

مِصْبَاحِي
مِنْهَاجُ الصَّالِحِينَ

تَأْلِيفُ أَقْبَلِ الْعَبَّادِ

الْحَاجِّ السَّيِّدِ تَقِيٍّ الطَّيْمُاطِيِّ الْمَعْنِيِّ

بِإِشْرَافِ

الْشَيْخِ عَبَّاسِ الْحَاجِيَانِي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الفصل الرابع الخيارات

الخيار حق يقتضى السلطنة على فسخ العقد برفع مضمونه^(١) وهو
اقسام الاول خيار المجلس^(٢) يعنى مجلس البيع فانه اذا وقع البيع

(١) الخيار على قسمين : خيار حكمي وخيار حقي فان الخيار الحكمي لا
يكون قابلا للأسقاط ولا يورث وأما الخيار الحقي فقابل للأسقاط ويورث وحيث
ان الخيار المبحوث عنه في المقام هو الخيار الحقي عبر عنه الماتن بالحق فان
من له الخيار له أن يفسخ العقد .

(٢) بلا اشكال ولا كلام بل يمكن أن يقال : انه من ضروريات الفقه وتدل عليه
جملة من النصوص منها رواه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال قال
رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : البيعان بالخيار حتى يفترقا وصاحب الحيوان
بالخيار ثلاثة ايام (* ١) .

(١) الوسائل الباب ١ من أبواب الخيار الحديث : ١

ومنها رواه زرارة عن أبي عبدالله عليه السلام قال سمعته يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وآله البيعان بالخيار حتى يفترقا (* ١) .

ومنها ما رواه فضيل عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال : قلت له : ما الشرط في غير الحيوان قال : البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما (* ٢) .

ومنها ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام ايما رجل اشترى من رجل بيعا فهما بالخيار حتى يفترقا فإذا افترقا وحب البيع (* ٣) .

ومنها ما رواه علي بن أسباط عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال سمعته يقول: الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري وفي غير الحيوان أن يفترقا (* ٤) .

ومنها ما رواه الحسين بن عمر ابن يزيد عن أبيه عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم اذا التاجران صدقا « وبر اخصال » بورك لهما فاذا كذبا وخانا لم يبارك لهما وهما بالخيار ما لم يفترقا فان اختلفا قال قول رب السلعة او يتار كلويتشاركا (* ٥) .

وأما حديث غياث بن ابراهيم عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام قال : قال علي عليه السلام اذا صفق الرجل على البيع فقد وجب وان لم يفترقا (* ٦) الدال على عدم خيار المجلس فهو على فرض كونه تاماً سنداً لا بد من رفع اليد عنه بعد كونه مخالفاً مع الضرورة أو تأويله .

وافاد سيدنا الأستاذ على ما في التقرير انه لا يحتاج الى التأويل اذ المراد من الصفق المذكور في الرواية الزام البيع واسقاط الخيار والأنصاف ان ما افاده لا

(١) الوسائل الباب ١ من أبواب الخيار الحديث ٢

(٢) باب ١ من أبواب الخيار الحديث ٣

٣ و ٤ و ٥ و ٦ نفس المصدر الحديث ٤ و ٥ و ٦ و ٧

كان لكل من البايع والمشتري الخيار في المجلس ما لم يفترقا فاذا
افترقا عرفاً لزم البيع وانتفى الخيار^(١) ولو كان المباشر للعقد الوكيل
كان الخيار للمالك^(٢) فان الوكيل وكيل في اجراء الصيغة فقط فليس

يخلو من تأمل واشكال والله العالم.

(١) فانه الظاهر من اللفظ بحسب الفهم العرفي وبعبارة اخرى الافتراق مقابل
الأجتماع والمراد من الأجتماع المقابل للافتراق هو الأجتماع في مجلس البيع
فما دام يصدق الأجتماع ولم يصدق عنوان الافتراق يكون الخيار باقياً بمقتضى
النصوص فلاحظ .

(٢) نقل عن صاحب الحقائق قدس سره ان الخيار ثابت للوكيل في اجراء
الصيغة حتى مع منع المالك بتفريب ان الخيار حق ثابت للوكيل بمجرد اجراء
الصيغة فلا يبطل بمنع المالك والمشهور على خلافه وان الخيار ليس للوكيل في
اجراء الصيغة .

وقد استدل على المدعى بوجوه الوجه الأول : انصراف ادلة الخيار عن
الوكيل في اجراء الصيغة .

وفيه انه لا منشأ للانصراف لا من ناحية المادة ولا من ناحية الهيئة فان البيع
عبارة عن تمليك عين بعوض ولا يشترط في تحققه كون العين ملكاً للبايع ولذا لا
اشكال في بيع الولي مملوك المولى عليه ولا شبهة في صدق عنوان البايع عليه هذا من
ناحية المادة وأما الهيئة فهي تدل على انتساب المادة الى الذات فهذا الوجه لا يتم
للاستدلال به على المدعى .

الوجه الثاني ان جعل الخيار ارفاق بالنسبة الى المالك كي يتروى ويعمل
على طبق ما يكون على صلاحه وخيره وفيه ان الحكم لا يدور مدار الحكمة بل
المتبع اطلاق الدليل .

الوجه الثالث ان خيار المجلس في بعض الروايات يقارن مع خيار الحيوان ولا اشكال في اختصاص خيار الحيوان بالمالك ومقتضى وحدة السياق كون خيار المجلس كذلك . ان قلت في بعض ادلة خيار المجلس لا تقارن بينه وبين خيار الحيوان ولا وجه لحمله على المقيد فانه لا تنافي بين المثبتين .

قلت : الأمر كما بينت فانه لا موجب للتنقييد ولكن نفهم من التقارن الوارد في بعض النصوص ان خيار المجلس يختص بالمالك .

وفيه انه اي ربط بين المقامين فان خيار الحيوان بمقتضى دليله ثابت للمالك وخيار المجلس ثابت للبايع فلا موجب للألزام بكون خيار المجلس للمالك وبعبارة اخرى كل حكم تابع لموضوعه ومما ذكرنا يعلم ان اختصاص بعض الخيارات أو اكثرها بالمالك «كخيار الغبن» مثلاً لا يقتضي اختصاص خيار المجلس بالمالك كما هو ظاهر .

الوجه الرابع ان المستفاد من ادلة هذا الخيار ان ذا الخيار يتسلط على ارجاع ما انتقل عنه الى ملكه بعد فرض تسلطه على التصرف فيما انتقل اليه ومن الظاهر ان الوكيل في اجراء الصيغة لا يجوز له التصرف فيما انتقل الى البايع فانه ملك للغير ولا يجوز له التصرف في ملك الغير الا باذنه فلا خيار له . وفيه ان الخيار متعلق بالعقد لا العين فهذا الوجه ايضاً كالوجه السابق .

الوجه الخامس ان خيار المجلس ثابت لمن يكون له الاقالة وحيث ان الوكيل في اجراء الصيغة ليس له حق الاقالة فلا خيار له .

ويرد عليه انه ان كان المراد ان الخيار لا بد أن يكون في مورد تجري فيه الاقالة ، فيه ان الأمر ليس كذلك فان الفسخ في النكاح جائز بالعيوب الموجبة له ومع ذلك لا اقالة فيه ، وان كان المراد ان دليل الخيار منصرف الى صورة امكان

الأقالة ولا يشمل من لا تكون له الأقالة، ففيه انه لا وجه للانصراف وقد تقدم الجواب عن الاستدلال بالانصراف .

وان كان المراد ان مرجع الخيار الى الأقالة فالأمر ليس كذلك فان الأقالة متوقفة برضى الطرفين وأما الفسخ فامر قائم بطرف واحد ولا يقوم بالطرفين بل ربما يجتمعان كما في موارد وجود الخيار وقد يكون الخيار موجوداً ولا أقالة كما في النكاح في موارد الميوب الموجبة للفسخ وقد تكون الأقالة ممكنة ولا خيار كما في البيع الذي لا خيار فيه فهذا الوجه ايضاً ساقط .

الوجه السابع ان الوكيل في اجراء الصيغة فقط قليل لانه لا يكون الا في غير العربي مع اشتراط كون الأيجاب بكون الصيغة عربية وحيث انه قليل الوجود فدليل الخيار ينصرف عنه .

وفيه اولا ان قلة الوجود لا توجب الانصراف عنه وثانياً ان الوكيل في اجراء الصيغة في حد نفسه كثير فان الناس حتى الأعراب في ايجاب النكاح يوكلون من يجري الصيغة وكذلك في بقية المعاملات اذا كانت خطيرة .

الوجه الثامن ان شمول دليل الخيار لموارده بالأطلاق وبمقدمات الحكمة والوجوه المذكورة توجب عدم جريان المقدمات وتوجب الشك في اطلاق الحكم فلا يتحقق الأطلاق ولا اقل من الشك في تحققه فلا مجال للأخذ به .

وفيه ان مقدمات الأطلاق ان كانت موجودة وتامة فلا مجال للتوقف بل ينبغي به كل احتمال مخالف له ومع الشك في كون المولى في مقام البيان يحكم بكونه في مقامه ببركة اصالة البيان ، وان لم تكن تامة فلا مقتضي للأطلاق وصفة القول ان التريب المذكور في غاية السقوط .

الوجه التاسع انه لو كان خيار المجلس ثابتاً للوكيل في اجراء الصيغة لكان

ثابتاً للفضولي اذ يصدق عليه البايع والحال انه لاخلاف في عدم ثبوته له فلا يكون ثابتاً في المقام .

وفيه اولا ان عدم الالتزام بثبوته للفضولي بواسطة الأجماع لا مقتضي لأن يقاس عليه المقام ، وثانياً ان الخيار حكم للبيع الصحيح وبيع الفضولي لا اثر له في وعاء الشرع وفي حكم العدم فلامجال لثبوت الخيار له .

الوجه العاشر ان دليل الخيار مخصص بدليل وجوب الوفاء بالعقد ودليل وجوب الوفاء لا يشمل الوكيل في اجراء الصيغة اذ انه اجنبي عن العقد ولا يرتبط به وفيه اولا ان هذا التقريب على فرض تماميته انما يتم على فرض كون المستفاد من دليل وجوب الوفاء حكماً تكليفاً وأما على القول بأن المستفاد من الآية الحكم الوضعي اى اللزوم فلا يتم التقريب المذكور اذ معناه على هذا المسلك ان شارع الأقدم يرشد الى لزوم العقد بعد تحققه فيشمل كل عاقد وان شئت قلت ان المستفاد من الآية اعلام كل عاقد وارشاده الى لزوم العقد وحيث ان الوكيل يصدق عليه العاقد يشمل الدليل وثانياً انه لا دليل على أن دليل الخيار يختص بمن يشمل الدليل وجوب الوفاء بل لنا أن نقول ان مقتضى اطلاق دليل الخيار ثبوته لكل من يصدق عليه عنوان البايع والبيع ولو مع عدم كونه مشمولاً لدليل وجوب الوفاء فلاحظ .

الوجه الحادي عشر ان ثبوت الخيار للوكيل فسي اجراء الصيغة يضاد مع سلطنة المالك على ماله لأنه بالفسخ يخرج المال عن ملكه بلا اختيار منه فدليل الخيار يثبت الخيار للوكيل ولو مع عدم رضى المالك فيقع التعارض بين دليل السلطنة ودليل الخيار والترجيح مع دليل السلطنة وان كانت النسبة بينهما بالعموم من وجه فان دليل السلطنة مؤيد بحكم العقل والعقلاء . وان ابيت عن الترجيح فلا لقل من التساقط فيرجع الى استصحاب بقاء الملكية . وفيه أولاً انه لا دليل على

السلطنة كى يقع التعارض بين الدليلين، وثانياً لوجه لترجيحه على فرض التعارض وثالثاً أنه لاتصل التوبة الى استصحاب الملكية بعد التعارض لعدم جريان الاستصحاب في الحكم الكلي كما حقق في محله .

الوجه الثانيمشتر : الإجماع وفيه ان الاجماع على تقدير تحققه يحتمل أن يكون مستنداً الى الوجوه المذكورة في المقام فانقدح انه لايمكن الجزم بالمدعى وطريق الاحتياط ظاهر هذا بالنسبة الى الوكيل وأما ثبوت الخيار للموكل في هذه الصورة فيشكل الجزم به اذ المفروض ان المالك لم يتصد للبيع وانما البيع صدر عن الوكيل فيكون اطلاق البيع على المالك بالمجاز وشمول اللفظ للمصداق المجازي يحتاج الى القرينة .

وأفاد السيد قدس سره في حاشية المباركة انه يمكن الالتزام بكون صدق العنوان على الموكل حقيقة كصدقه على الوكيل غاية الأمر صدور الفعل عن احدهما بالمباشرة وعن الآخر بالتسبيب ولذا يصح أن يقال احرق النار عمرواً وأيضاً يصح أن يقال احرق زيد عمرواً فان جميع المسببات التوليدية من هذا القبيل .

ويرد على ما افاده ان المقام ليس داخلا تحت تلك الكبرى فان البيع امر مباشرى اذ هو عبارة عن الاعتبار النفساني اولا وابرار ذلك الاعتبار بالمبرز ثانياً والبايع بنفسه يقوم به بخلاف الاحراق ونحوه فان هذه الأمور يستحيل عادة صدورها من الأشخاص مباشرة وهذا قرينة على ارادة صدورها تسبباً ولكن الانصاف ان الجزم بعدم صدق العنوان على الموكل مشكل فانه يصح أن يقال باع زيد داره ولو بسبب التوكيل ولا يصح لو سئل عن بيع داره ان يجيب بالنفى باعتبار عدم تصديه مباشرة فعليه لو كان الوكيل وكيلا في اجراء الصيغة يثبت الخيار للمالك أيضاً .

له الفسخ عن المالك^(١) ولو كان وكيلًا في تمام المعاملة وشؤونها كان له الفسخ عن المالك^(٢) والمدار على اجتماع المباشرين واقتراحهما لالمالكين^(٣) ولو فارقا المجلس مصطحبين بقي الخيار لهما حتى يفترقا^(٤) ولو كان الموجب والقابل واحداً وكالة عن المالكين أو ولاية عليهما ففي ثبوت الخيار اشكال بل الاظهر العدم^(٥)

(١) لا اشكال في أنه ليس له الفسخ عن المالك اذا المفروض انه ليس وكيلًا في الفسخ انما الكلام في ثبوته له استقلالاً بحيث يكون له الفسخ حتى مع منع المالك .

(٢) الوكيل تارة يكون وكيلًا في الفسخ والامضاء وهذه الصورة لا اشكال في أنه يمكنه الفسخ والامضاء عن قبل الموكل ولكن هذا ليس محل الكلام في المقام ، وانما الكلام في أنه هل يشمل دليل الخيار أم لا ؟ الظاهر انه لا اشكال في شمول الدليل له وثبوت الخيار لتامة الموضوع .

(٣) يختلج بالبال أن مرجع هذا الكلام الى التناقض لأنه ان كان المراد ان الخيار مختص بالوكيل ولا خيار للمالك فيتوجه السؤال بأنه ما الفرق بين هذه الصورة وبين ما يكون الوكيل وكيلًا في اجراء الصيغة فقط، وان كان المراد ان الخيار ثابت للمالك لكن المدار بافتراق الوكيلين فلا وجه له فان الموضوع للزوم العقد عنوان افتراق البيعين، فاذا افترق المالكان بصدق الموضوع ولا بد من الحكم بالزوم ولو مع اجتماع الوكيلين وبعبارة اخرى الحكم مترتب على عنوان الافتراق فكلما صدق هذا العنوان يلزم العقد ويتم زمان الخيار فلاحظ .

(٤) لأن الميزان بافتراق البيعين لامفارتقهما عن مجلس العقد .

(٥) لا يبعد أن يكون الماتن ناظرًا الى صورة عدم حضور المالكين الموكلين

حاضرين في مجلس العقد والا يكون الخيار ثابتاً للموكلين والوكيل عنهما مادام بقاء الاجتماع وانما الاشكال في ثبوت الخيار للشخص الواحد المتصدي للبيع والشراء وقد وقع الخلاف بين القوم في هذا المقام وقد ذهب بعضهم الى ثبوته له بتقريب انه يصدق على الوكيل عنوان البايع والمشتري باعتبارين فلا مانع من شمول دليل الخيار له وقد ذكرت وجوه للمنع عن شمول الدليل اياه :

الوجه الأول ان موضوع الخيار في دليبه عنوان البيعين ومن الظاهر ان قوام صيغة التثنية بالتعدد ولا تصدق على الواحد فلا مجال لصدق العنوان على الواحد وقد اجيب بأن المستفاد من الدليل ثبوته للبايع والمشتري ولا خصوصية لعنوان التثنية وانما اتى بها لأجل الغلبة الخارجية حيث ان الغالب ان البايع غير المشتري وان شئت قلت : المستفاد من الدليل ان الخيار ثابت للبايع وثابت للمشتري ولا اشكال في صدق كل واحد من العنوانين على الوكيل عن المالكين .

الوجه الثاني : ان الخيار مغبى بالافتراق وهذه الغاية تستحيل بالنسبة الى الشخص الواحد ولا يمكن أن تكون غاية الحكم أمراً مستحيلاً كما لو قيل هذا الحكم ثابت الى زمان لزوم اجتماع الضدين . وفيه اولاً ينقض بمورد يكون المتعاملان شخصين متلاصقين فانه لا يمكن ولا يتصور الافتراق بينهما وأيضاً يرد التنقض بما لو كانا محكومين بالحبس الا بدى ولا يتصور افتراقهما فيلزم أن لا يكون لهما الخيار وهل يمكن الالتزام بهذا اللازم .

وثانياً سلمنا المدعى وهو عدم امكان كون الغاية أمراً مستحيلاً لكن لا مانع من كون الغاية جامعاً بين الممكن والمستحيل كما لو قال المولى يحرم اكل المتنجنس الى أن يطهر والخال ان بعض افراده غير قابل للتطهير وفي المقام يكون الامر كذلك كما هو ظاهر فان أكثر افراد الموضوع يتصور فيه التفرق . وثالثاً لانسلم عدم امكان كون الغاية أمراً مستحيلاً فان المستفاد من مثله كون الحكم ابدىاً كقوله تعالى

(مسألة ١) : هذا الخيار يختص بالبيع ولا يجري في غيره من المعاوزات^(١) .

(مسألة ٢) : يسقط هذا الخيار باشتراط سقوطه في العقد^(٢) .

« حتى يلج الجمل في سم الخياط » فلاحظ .

(١) لعدم المقتضي في غير البيع فان ادلته تختص بالبيع ولا طريق لتتبع المناط فلا مجال للالتزام به في غير البيع فلاحظ .

(٢) يتصور هذا على نحوين : أحدهما : اشتراط سقوطه ومرجهه الى اسقاط الخيار بالشرط ثانيهما عدم كون العقد خيارياً فيقع الكلام في موضعين : الموضوع الأول : اشتراط الاسقاط بالشرط وربما يقال - كما قيل - : انه اسقاط لما لم يجب فلا يصح . واجيب عن هذا الاشكال بأن دليل الخيار لا يشمل مورد الاشتراط . وفيه انه لا وجه لهذه الدعوى الا انصراف دليل الخيار عن مورد اشتراط الاسقاط بتقريب ان جعله للارفاق على المالك ومع اشتراط الاسقاط لا مجال للارفاق .

وفيه : انه على فرض صحة دعوى الانصراف يكون بدوياً ودليل الخيار يشمل مورد الاشتراط أيضاً مضافاً الى أن الاشتراط المذكور يتوقف على شمول دليل الخيار والافلا مجال لاشتراط اسقاطه فالاشتراط يتوقف على شمول دليل الخيار فاذا قلنا بعدم شمول دليل الخيار للمورد يلزم الخلف اذ الوجه في السقوط الاشتراط والمفروض ان دليل الخيار لا يشمل المورد والحال ان عدم شموله يتوقف على شمول دليل الشرط .

وان شئت قلت شمول دليل الاشتراط يتوقف على عدم شمول دليل الخيار وعدم شموله يتوقف على شمول دليل الاشتراط وهذا دور فلا اشكال في الشرط المذكور الا من ناحية التعليق ولا دليل على بطلان التعليق الا الاجماع والقدر المعلوم منه العقود وبعبارة اخرى بطلان التعليق ليس بحكم العقل كي لا يمكن فيه

التخصيص بل دليله الاجماع وشموله للمقام اول الكلام والاشكال فالظاهر انه لامانع من شرط السقوط بهذا المعنى فلا حظ .

وأما الموضع الثاني وهو اشتراط عدم كون العقد خيارياً فقد ذكرت فيه اشكالات : الأول : انه يشترط في صحة الشرط أن يكون متعلقه أمراً مقدوراً للمكلف ويكون فعلاً اختيارياً والخيار أمره وضعاً ورقعاً بيد الشارع فكيف يمكن أن يقع مصداقاً للشرط .

والجواب عن هذا الاشكال ان الأمر وان كان كما ذكر لكن مقتضى حديث سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سأله عن رجل كان له اب مملوك وكانت لآبيه امرأة مكاتبه قد أدت بعض ما عليها فقال لها ابن العبد : هل لك ان اعينك في مكاتبتك حتى تؤدي ما عليك بشرط أن لا يكون لك الخيار على أبي إذا أنت ملكت نفسك ؟ قالت : نعم ، فأعطاها في مكاتبتها على أن لا يكون لها الخيار عليه بعد ذلك ، قال : لا يكون لها الخيار المسلمون عند شروطهم (*) (١) ، جواز اشتراط عدم الخيار سيما بعد تطبيقه عليه السلام الكبرى الكلية على المورد بقوله عليه السلام : « لا يكون لها الخيار المسلمون عند شروطهم » والشرط في مورد الرواية لا يكون ابتدائياً بل واقع في ضمن الهبة فلامجال لأن يقال الشرط الابتدائي لأثره بالاجماع .

الثاني ان اشتراط عدم الخيار ينافي مع مقتضى العقد فلا يصح وفيه أولاً ان الخيار ليس من مقتضيات العقد بل حكم شرعي مترتب على العقد وحيث انه حق قابل للاسقاط لامانع من اشتراط عدمه وثانياً يكفي للحكم بالجواز حديث سليمان ابن خالد (*) (٢) ومع وجود النص الدال على الجواز لامجال للاشكال كما هو ظاهر .

(١) الوسائل ، الباب ١١ من أبواب المكاتب الحديث ١

(٢) مرآة

كما يسقط باسقاطه بعد العقد^(١)

الثالث ان الشرط لابد من وقوعه فسي العقد اللازم وأما الشرط الواقع في العقد الجائز فلا يجب الوفاء به لأن الفرع لا يزيد على الأصل فلزوم الشرط في المقام يتوقف على لزوم العقد والحال ان لزوم العقد يتوقف على لزوم الشرط وهذا دور وفيه أولاً انه لا دليل على المدعى فان الشرط لازم الوفاء مطلقاً ولا تنافي بين جواز العقد ولزوم الشرط وثانياً يكفي للحكم بالجواز النص الخاص الوارد في المقام فلا حظ .

الرابع : ان دليل الخيار يعارض مع دليل الشرط والنسبة بين الدليلين عموم من وجه فلا وجه لتقديم دليل الشرط على دليل الخيار وفيه أولاً ان كل مشروط قبل ورود الشرط عليه محكوم بحكم وذلك الحكم اما موافق مع الشرط واما مخالف ولا مجال لاختصاص دليل الشرط بخصوص القسم الأول للزوم اللغوية والتفكيك في القسم الثاني يوجب الترجيح بلامرجح فلا بد من الالتزام بالعموم وثانياً انه لا يبعد أن لا يرى العرف التعارض بين الدليلين كما لا يرى تعارضاً بين ادلة العناوين الأولية وادلة العناوين الثانوية والعرف ببابك . وثالثاً يكفي للحكم بالجواز حديث سليمان بن خالد (* ١) .

(١) ما يمكن أن يستدل به على المدعى وجوه : الوجه الأول : الاجماع وفيه انه يحتمل كونه مدركياً ومع هذا الاحتمال لا يكون تعديلاً كاشفاً عن رأيه عليه السلام . الوجه الثاني ان دليل السلطنة (* ٢) يدل على المقام بالفحوى فانه لو ثبت جواز التصرف في المال يثبت جواز التصرف في الحق وبعبارة اخرى لودل الدليل على جواز التصرف في المال حتى بالتصرف الذي يكون معدماً له يدل على جواز اعدام الحق باسقاطه .

(١) لاحظ ص ١٣

(٢) بحار الانوار ج ٢ ط جديد ص : ٢٧٢ حديث : ٧

وفيه ان حديث الناس مسطون على اموالهم ضعيف سنداً مضافاً الى أنه لو فرض قيام دليل على جواز التصرف في المال على الاطلاق لا بد من تقييده اذ لا يجوز اعدام المال فيما يكون اسرافاً نعم يجوز بيعه وهبته وغيرهما من العقود والايقاعات كما يجوز اكل الطعام واباحته وشرب المايح فلا يجوز التصرف الاعدامي على الاطلاق . نعم لا بأس لتقريب الفحوى بأن يتمسك بجواز العتق فان العتق اعدام للملكية فيجوز اعدام الحق باسقاطه فلاحظ .

الوجه الثالث: ما يدل على سقوط الخيار بالتصرف معللاً بأنه رضا بالبيع لاحظ ما رواه علي بن رثاب عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الشرط في الحيوان ثلاثة ايام للمشتري اشترط أم لم يشترط فان أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الايام فذلك رضا منه فلا شرط ، قيل له : وما الحدث ؟ قال ان لامس أو قبل أو نظر منها الى ما كان يحرم عليه قبل الشراء الحديث (* ١) .

فان المستفاد من هذا الحديث ان ذا الخيار له اسقاط خياره وبعبارة اخرى الامام عليه السلام طبق الكبرى الكلية على التصرف في الحيوان فيفهم عرفاً ان له الاسقاط غاية الأمر يكون التصرف الكذائي مصداقاً لهذه الكبرى ولو بالتعبد .

الوجه الرابع : قوله عليه السلام « المسلمون عند شروطهم » (* ٢) بتقريب انه باطلاقه يشمل اسقاط الخيار وفيه أولاً ان الشرط ارتباط أحد الشئيين بالآخر والالتزام الابتدائي لا يصدق عليه الشرط فالخروج تخصصي وثانياً ما المراد من الشرط في المقام فان كان المراد من الشرط الالتزام بعدم الخيار بقاء ففيه ان الحكم الشرعي أمره بيد الشارع ولا معنى للالتزام بعدمه أو وجوده وان كان المراد الالتزام

(١) الوسائل الباب ٤ من أبواب الخيار الحديث ١

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

الثاني : خيار الحيوان : كل من اشترى حيواناً ^(١) انساناً كان او غيره ^(٢) ثبت له الخيار ثلاثة ايام ^(٣)

بسقوطه بالاسقاط، ففيه ان دليل الشرط لا يكون مشرعاً بل لابد من احراز المشروعية قبل الاشتراط ومع الشك في المشروعية لامجال للأخذ بدليل الشرط اذ قد حقق في محله انه لا يجوز التمسك بالعام في الشبهة المصداقية بل بمقتضى الاستصحاب يمكن احراز عدم المشروعية فانه لو شك في أن أمر العقد بيد المتعاقدين وهل يمكن الزامه باسقاط الخيار أم لا يكون مقتضى الاستصحاب عدمه فانه قبل الشرع لم يكن أمر العقد بينهما والان كذلك .

الوجه الخامس انه لا اشكال في أن الحق قابل للاسقاط ومن ناحية اخرى الخيار على قسمين أحدهما حكمي غير قابل للاسقاط كالخيار في الهبة . ثانيهما : الخيار الحقيقي وحيث ان خيار المجلس وامثاله خيار حقيقي فيكون قابلاً للاسقاط فلا اشكال في الحكم .

(١) خيار الحيوان في الجملة اجماعي بل ضروري عند علماء المنعجب هكذا في الجواهر .

(٢) لاطلاق النصوص وصراحة بعضها لاحظ ما رواه علي ابن رثاب قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى جارية لمن الخيار؟ فقال : الخيار لمن اشترى الى أن قال : قلت له : أرأيت ان قبلها المشتري أو لأمس ، قال : فقال : اذا قبل أو لأمس أو نظر منها الى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط ولزمته (*١).

(٣) وتدل على التدعى جملة من النصوص : منها ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : في الحيوان كله شرط ثلاثة ايام للمشتري وهو بالخيار

فيها ان شرط أولم يشترط (* ١) .

ومنها ما رواه علي بن فضال قال : سمعت أبا الحسن علي بن موسى الرضا عليه السلام يقول : صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة أيام (* ٢) .
ومنها ما رواه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان ، وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفرقا (* ٣) .
ومنها ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال : وقال في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري وهو بالخيار فيها اشترط أو لم يشترط (* ٤) .
ومنها ما رواه فضيل عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت له : ما الشرط في الحيوان ؟ قال : ثلاثة أيام للمشتري (* ٥) .

ومنها ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال سمعته يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : البيعان بالخيار حتى يفرقا وصاحب الحيوان ثلاث الحديث (* ٦) .

ومنها ما رواه علي بن أسباط عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال : سمعته يقول : الخيار في الحيوان ثلاثة للمشتري الحديث (* ٧) .
ومنها ما رواه علي ابن رثاب (* ٨) .

(١) الوسائل الباب ٣ من أبواب الخيار الحديث ١

(٢) نفس المصدر الحديث ٢

(٣) نفس المصدر الحديث ٣

(٤) نفس المصدر الحديث ٤

(٥) نفس المصدر الحديث ٥

(٦) نفس المصدر الحديث ٦

(٧) نفس المصدر الحديث ٨

(٨) لاحظ ص ١٥

مبدأها زمان العقد^(١)

(١) قد وقع الخلاف بينهم في ان مبدا خيار الحيوان من حين العقد أو من حين انقضاء المجلس والذي يقتضيه ظواهر ادلة خيار الحيوان هو الاول فان الظاهر من قوله عليه السلام في حديث زرارة (* ١) ان خيار الحيوان من حين العقد الى ثلاثة ايام فلا بد في رفع اليد عن الظواهر من التماس دليل . وما ذكر في تقريب رفع اليد من الظهور وجوه :

الوجه الاول : ان الخيار من حين ثبوت العقد والعقد لا يثبت الا من حين التفرق اذ قبله غير ثابت لاجل خيار المجلس .

ويرد عليه اولاً انه لو لم يكن العقد قابلاً لاجتماع خياري المجلس والحيوان فيه فلا بد من رفع اليد عن احدهما وترجيح خيار المجلس على خيار الحيوان ترجيح من غير مرجح وبعبارة اخرى كما انه يمكن رفع الاشكال بالالتزام بعدم خيار الحيوان مادام لم يفترقا كذلك يمكن رفع الاشكال بالالتزام بعدم خيار المجلس الا بعد انقضاء الثلاثة .

وثانياً : يمكن رفع التنافي بوجه آخر وهو الالتزام بعدم خيار المجلس في الحيوان أو بالالتزام بعدم خيار الحيوان الا فيما لا يكون خيار المجلس متحققاً .

وثالثاً : ان الاشكال المذكور لا يرجع الى محصل اذ لو كان المراد ان الخيار لا بد من عروضه لعقد غير قابل للانفساخ فهو يرجع الى التناقض اذ فرض كون العقد غير قابل للانفساخ ينافي كونه خيارياً وان كان المراد ان الخيار لا بد من عروضه لعقد يكون لازماً لولا الخيار فهو تام ولا اشكال في كون البيع كذلك وهذا الوجه لا يقتضي انفكاك احد الخيارين عن الآخر وان كان المراد ان اجتماع الخيارين في حد نفسه فيه محذور فيرد عليه انه لا نرى مانعاً في اجتماعهما واذا تم الدليل في مقام

.....

الاثبات نلتزم بتعدد الخيار بلاي محذور واشكال .

الوجه الثاني : ان مقتضى الاستصحاب بقاء الخيار الى ثلاثة ايام من حين التفرق ولهذا الاستصحاب تقريبان .

احدهما : ان يستصحب عدم تحقق خيار الحيوان مادام بقاء المجلس .

ثانيهما : بقاءه الى الثلاثة من حين الافتراق .

ويرد على التقريب الاول انه لا يترتب المقصود على الاصل بهذا التقريب الا على القول بالمثبت فان لازم عدم حدوثه الا بعد الافتراق بقاءه الى ثلاثة ايام من حين الافتراق والاصل المثبت لا دليل على اعتباره .

ويرد على التقريب الثاني ان الاستصحاب الجاري في الحكم الكلي معارض باستصحاب عدم الجعل الزائد مضافاً الى أنه لا مجال للاصل مع وجود الدليل والمفروض ان مقتضى الادلة بحسب الظهور ان خيار الحيوان من حين العقد .

الوجه الثالث : انه لو لم نلتزم بانفكاك خيار الحيوان عن خيار المجلس يلزم احد المحذورين على سبيل منع الخلو وهما اجتماع المثلين واجتماع سببين على مسبب واحد وكلاهما محال .

ويرد عليه ان الاحكام الشرعية ليست داخلية في المسببات بل اعتبارات لموضوعاتها ومن الظاهر انه لا مانع من اعتبار خيارات متعددة لعقد واحد بتعدد موضوعاتها مضافاً الى أنه لو سلم ان وزانها وزان التكوينية فلا يترتب عليه اشكال عقلي ولذا نرى انه يمكن ايجاد الحرارة في البدن بسببين فاذا سبق احدهما على الاخر يوجد المسبب بالسبب السابق كما انه لو انعدم احدهما يبقى المسبب ببقاء الاخر فان الحرارة توجد بالغضب والحركة اذا وجداماً واذا سبق احدهما يكون مؤثراً في تحققها كما انه لو انعدم احدهما تبقى الحرارة ببقاء الاخر فلا حظ .

الوجه الرابع : انه قد دل بعض النصوص على أن تلف الحيوان في الثلاثة من البايع لاحظ ما رواه ابن سنان يعني عبدالله قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري الدابة أو العبد ويشترط الى يوم أو يومين فيموت العبد والدابة أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك ؟ فقال : على البايع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري (* ١) .

ومن ناحية أخرى انه ثبت ان التلف في زمان الخيار المشترك ممن انتقل اليه فعليه يقتضى أن يقال ان مبدء خيار الحيوان من حين انقضاء المجلس كى لا يتوجه اشكال وربما يقال انه يحمل دليل كون التلف من البايع على الغالب حيث ان الغالب كون التلف بعد انقضاء المجلس فيكون التلف من البايع بمقتضى قاعدة ان التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له وبعد انقضاء المجلس لا خيار للبائع فالقاعدة لا تنحزم . وفيه اولا ان الغلبة المدعاة اول الكلام .

وثانياً على فرض تماميتها لا تكون الغلبة مانعة عن الاطلاق ومقتضاه شمول الحكم لمورد يكون التلف قبل انقضاء المجلس فالحق في الجواب أن يقال ان الدليل قائم على أن التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له وأما التلف في زمان الخيار المشترك فمقتضى القاعدة الاولى أن يكون ممن انتقل اليه لكن يرفع اليد عن هذا الاطلاق بالدليل الوارد في المقام ويقيد الاطلاق . وبعبارة أخرى رفع اليد عن القاعدة بالدليل ليس عزيزاً .

وثالثاً سلمنا التنافي بين هذه القاعدة وهذا الرواية لكن نقول كما يمكن رفع التنافي بالالتزام يكون مبدء الثلاثة من حين انقضاء المجلس كذلك يمكن رفع التنافي بالالتزام بعدم خيار المجلس في المقام وايضاً يمكن رفع التنافي بأن نقول مبدء الثلاثة من

.....

حين العقد لكن الخيار ثابت من حين الانقضاء فلاحظ فتحصل انه لاوجه لهذا القول .

والحق أن يقال ان مبدء الثلاثة من حين العقد على ما هو المستفاد من ظواهر ادلة خيار الحيوان . هذا كله على تقدير عدم التنافي والتعاند بين خيار المجلس وخيار الحيوان وأما لو قلنا بأن المستفاد من الادلة عدم اجتماعهما في مورد واحد فلا تصل النوبة الى البحث . وبعبارة اخرى البحث الموجود على فرض امكان اجتماعهما وأما على فرض التعاند وعدم الاجتماع فلا موضوع للبحث فنقول لاثبات التعاند تقريران :

احدهما : ان المستفاد من دليل خيار المجلس انقضائه حين انقضاء المجلس لاحظ ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ايما رجل اشترى من رجل بيعاً فهما بالخيار حتى يفرقا ، فاذا افترقا وجب البيع الحديث (* ١) . ومقتضى دليل خيار الحيوان انقضاء الخيار بانقضاء الثلاثة لاحظ ما رواه الحلبي ايضاً (* ٢) فهذاان الدليلان يتعارضان فيما يكون المبيع حيواناً .

والجواب انه لو قلنا بأن كل واحد من الدليلين متعرض للحكم الثابت في مورده وناظر في النفي الى ذلك الحكم وبعبارة اخرى ان كان كل دليل متعرضاً لحكم حيثي ولا إطلاق فيه فالامر واضح اذ عليه يكون النفي بلحاظ خاص والظاهر انه كذلك عرفاً وأما لو قلنا بأنه مطلق فغايبه العموم ومقتضى الصناعة أن يخصص كل واحد من الدليلين بالدليل الاخر ويلتزم بعموم الحكم وتخصيصه .

(١) الوسائل الباب ١ من أبواب الخيار ، الحديث : ٤

(٢) لاحظ ص ١٧

ثانيهما : ان المستفاد من حديث ابن مسلم (* ١) بحسب الفهم العرفي التقسيم والتفصيل بين الحيوان وغيره والتقسيم قاطع للشركة فيستفاد من هذه الرواية ان الخيارين لا يجتمعان في مورد واحد فبين الخيارين تعاند وتضاد بحسب الحكم الشرعي .

وربما يقال ان الرواية مورد اضرار الاصحاب فلا تكون حجة . وفيه ان الاضرار لا يوجب سقوط الرواية عن الاعتبار .

وربما يقال ان الحديث في مقام بيان انتهاء زمان خياري الحيوان والمجلس ولا تعرض في الحديث لبيان موضوعي الخيارين فلا يتم الاستدلال .

وفيه ان اثبات هذه الدعوى مشكل وهذا العرف ببابك فان المستفاد من الحديث ان المبيع ان كان حيوانا فالخيار فيه ثلاثة ايام وان كان غير حيوان فالخيار مادام لم يحصل الافتراق .

وربما يقال : يستفاد من حديث آخر لمحمد بن مسلم ، عن ابي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم البيعان بالخيار حتى يفترقا وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة ايام (* ٢) انه لو كان المبيع حيوانا لا يكون الخيار للبائع بل يختص خيار الحيوان بالمشتري فيقع التعارض بين هذه الرواية وتلك الرواية بالعموم من وجه فان مادة الافتراق من ناحية تلك الرواية صورة كون الثمن والمثلن كليهما حيوانا ومادة الافتراق من ناحية هذه الرواية صورة كون الثمن فقط حيوانا ومادة الاجتماع صورة كون المبيع فقط حيوانا فان مقتضى هذه الرواية عدم الخيار للبائع ومقتضى تلك الرواية ثبوت الخيار للبائع فيقع التعارض بين الحديثين وال ترجيح بموافقة

(١) لاحظ ص ١٧

(٢) الوسائل الباب ١ من أبواب الخيار الحديث ١

وإذا كان العقد في أثناء النهار لفق المنكسر من اليوم الرابع^١ والليلتان المتوسطتان داخلتان في مدة الخيار^٢ وكذا الليلة الثالثة في صورة تلفيق المنكسر^٣ وإذا لم يفرق المتبايعان حتى مضت ثلاثة أيام سقط خيار الحيوان وبقي خيار المجلس^٤.

الكتاب مع ما يدل على عدم الخيار فان مقتضى وجوب الوفاء بالعقد لزومه وعدم الخيار فلا يبقى مجال لتقريب ان التقسيم قاطع للشركة فلا دليل على التنافي بين الخيارين . هذا غاية ما يمكن أن يقال في هذا المقام .

وفيه ان هذا البيان يقتضي عدم الخيار بالنسبة الى البائع وأما بالنسبة الى المشتري فلا وبعبارة اخرى : تقريب ان التقسيم قاطع للشركة وان الاستفادة من الحديث بمقتضى تقسيم المبيع بين كونه حيواناً وغيره بحاله وقوته بالنسبة الى المشتري فالنتيجة ان مقتضى الصناعة عدم اجتماع خيار الحيوان والمجلس في محل واحد فلاحظ .

(١) كما هو كذلك في نظائر المقام من قصد الاقامة والايام المقررة في الحيض والنفاس وغيرهما فان العرف يفهم من الدليل كفاية التلفيق .

(٢) اذ الاستفادة من الدليل استمرار الخيار من اوله الى آخره فيكون الخيار ثابتاً في الليلتين كما هو كذلك في الحيض وامثاله .

(٣) كما هو ظاهر لعين التقريب المتقدم وهو استمرار الخيار من المبدء الى المنتهى .

(٤) والوجه فيه ان كل حكم حدوثاً وبقاء تابع لموضوعه والمفروض ان خيار المجلس تابع لبقاء المجلس فاذا كان المجلس باقياً الى ما بعد الثلاثة يسقط خيار الحيوان ويبقى خيار المجلس .

(مسألة ٣) : يسقط هذا الخيار باشرط سقوطه في متن العقد
كما يسقط باسقاطه بعده^١ وبالتصرف في الحيوان تصرفاً يدل على
امضاء العقد واختيار عدم الفسخ^٢ .

(١) كما تقدم في خيار المجلس .

(٢) ما افاده على طبق القاعدة فانه لو علم انه اراد عدم الفسخ وبعبارة اخرى
لوابرز امضائه العقد واسقاطه الخيار بفعل من الأفعال يسقط خياره بلا اشكال الا يلزم
أن يكون المبرز لامضاء العقد خصوص اللفظ وهذا ظاهر واضح .

انما الكلام في أنه لو علم انه لا يريد من تصرفه الفسخ بل يريد ابقاء العقد
بحاله فهل يسقط خياره كما لعله المستفاد من المتن أم لا يسقط ؟ الحق هو الثاني
اذ لا اشكال في أن اسقاط الخيار من الأمور الانشائية .

وصفة القول ان القاعدة الاولى تقتضي انه لو اسقط الخيار والتزم بالبيع يسقط
خياره بلا فرق بين كون مبرزه لفظاً أو فعلاً هذا مقتضى القاعدة الاولى وفي المقام
نصوص لا بد من ملاحظتها ومن تلك النصوص ما رواه علي ابن رثاب عن ابي عبد الله
عليه السلام قال : الشرط في الحيوان ثلاثة ايام للمشتري اشترط أم لم يشترط فان
أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة ايام فذلك رضا منه فلا شرط ، قيل
له : وما الحدث ؟ قال ان لامس أو قبل او نظر منها الى ما كان يحرم عليه قبل الشراء
الحديث (* ١) .

والمستفاد من هذه الرواية ان كل حدث احدثه المشتري في المبيع يوجب
سقوط الخيار وبعد سؤال الراوي عن الحدث أجاب عليه السلام « ان لامس أو قبل
أو نظر منها الى ما كان يحرم عليه قبل الشراء » فيستفاد من الحديث ان كل تصرف
بل كل فعل يكون مرتبطاً بالمبيع ولا يكون جائزاً للمشتري قبل الاشتراء يوجب

سقوط الخيار ولو لم يكن قاصداً للاسقاط فان قوله عليه السلام : « فذلك رضا منه فلا شرط » يقتضي كون احداث الحدث رضى بالبيع بالتعبد الشرعي والظاهر ان الرضا المذكور في كلامه عليه السلام هو الاختيار لا الرضا النفساني الذي هو عبارة عن طيب النفس ويكون من صفات النفس والشاهد على هذه الدعوى امور :

منها حمله على الفعل الخارجي ولا يصح حمل الصفة النفسانية على الفعل الخارجي الابلعناية .

ومنها ان مجرد الرضا النفساني لا يكون مؤثراً في الفسخ وبعبارة اخرى الرضا النفساني بلا مبرز لا يكون مؤثراً في الامور الانشائية .

ومنها ان الرضا النفساني وطيب النفس يتعدى بالجار فيقال رضى بكذا وأما الرضا بمعنى الاختيار فيتعدى الى المفعول بنفسه وبدون وساطة حرف الجر والمقام كذلك كما ترى .

وهذا الوجه قابل للنقاش كما يظهر لمن يراجع كلام اهل اللغة في المقام .

ومنها ان لسان الرواية لسان الحكومة . والقاعدة في باب الحكومة ان الحكم في المنزل عليه مسلم ومفروغ عنه والحاكم بالحكومة يجعل للمنزل عليه فرداً تنزلياً مثلاً العالم حكمه وجوب الاكرام وبالحكومة يجعل الحاكم ولد العالم من افراد العالم بقوله ولد العالم عالم وفي المقام جعل العمل الخارجي كالنظر مثلاً منزلة الرضا فالرضا حكمه مفروغ عنه ومعلوم والشارع يجعل له فرداً تنزلياً ومن الظاهر ان الرضا الموجب لسقوط الخيار هو الفسخ الفعلي أو اللفظي لا الرضا القلبي وهذا الوجه هو العمدة .

وملخص الكلام انه لا اشكال في ان الرضا الموجب لسقوط الخيار هو الفسخ

باللفظ أو الفعل والشارع الاقدس جعل التصرف بل مطلق الفعل الذي يتوقف شرعاً على الملكية موجباً لسقوط الخيار بالحكومة فلاحظ .

فالنتيجة ان كل تصرف من قبل المشتري يكون متوقفاً على الملكية يكون مسقطاً للخيار بلافرق بين التصرفات اذ الاستفادة من التصرفات المذكورة في كلامه عليه السلام من التقييل والمس والنظر التمثيل لا الموضوعية والعرف ببابك . ومن تلك الروايات مكتبة الصفار قال : كتبت الى ابي محمد عليه السلام في الرجل اشترى من رجل دابة فأحدث فيها حدثاً من أخذ الحافر أو انعلها أو ركب ظهرها فراسخ أله أن يردها في الثلاثة الايام التي له فيها الخيار بعد الحدث الذي يحدث فيها أو الركوب الذي يركبها فراسخ ؟ فوقع عليه السلام . اذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء انشاء الله (* ١) .

والاستفاد من هذه الرواية ان احداث الحدث في المبيع يوجب سقوط الخيار وفي تلك الرواية بين المراد من الحدث الذي احدث فيه . ومن تلك النصوص ما رواه ابن رثاب (* ٢) .

والاستفاد من هذا الحديث ما هو الاستفادة من حديثه الاخر فالنتيجة ان كل فعل صادر من المشتري متعلق بالمبيع من الافعال التي لا تكون جائزة لغير المالك يوجب سقوط الخيار .

ان قلت : على هذا يكون جعل خيار الحيوان لغواً اذ في كل مورد من موارد التحقق فعل يتعلق بالحيوان ويوجب سقوط الخيار .

قلت : ليس الامر كذلك اذ لو فرض بقاء الحيوان عند البائع في مدة الخيار لا يتحقق موجب لسقوطه كما انه لو تسلم الحيوان ولم يتصرف فيه تصرفاً غير جائز

(مسألة ٤) : يثبت هذا الخيار للبائع ايضاً ، اذا كان الثمن

حيواناً^(١) .

بسقيه وعلفه وامثالهما لا يكون وجه لسقوط الخيار نعم على هذا المبنى تكون دائرة الخيار غير واسعة وتكون فائدة جعل الخيار اقل ولكن الاحكام التبعية زمامها بيد الشارع وليس لنا التصرف فيها كما هو المقرر عند الكل .

ان قلت : يستفاد من حديث عبدالله بن الحسن عن ابيه عن جعفر بن محمد عليهم السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله في رجل اشترى عبداً بشرط ثلاثة ايام فمات العبد في الشرط ، قال : يستحلف بالله ما راضيه ثم هو بريء من الضمان (* ١) ، ان احداث الحدث لا يوجب سقوط الخيار حيث انه صلى الله عليه وآله لم يفصل بين احداث الحدث وعدمه وحكم بعدم الضمان على الاطلاق وفيه أولاً ان الرواية ضعيفة سنداً وثانياً ان المراد بالرضا الرضا الفعلي وهو الاختيار وقد استفيد من الدليل كما مر ان احداث الحدث مصداق للرضا بالتعبد.

(١) لاحظ ما رواه زرارة (* ٢) فان مقتضى اطلاق الرواية ان صاحب الحيوان له الخيار بلا فرق بين البائع والمشتري . والنصوص الدالة على كون الخيار للمشتري موردها بالنصوصية أو بالظهور صورة كون المبيع حيواناً وغاية دلالتها نفى الخيار بالنسبة الى البائع بالاطلاق . وبعبارة اخرى غاية ما يمكن أن يقال ان تلك النصوص حيث انها في مقام التحديد تنفي الخيار بالنسبة الى غير المشتري لكن لا مانع من تقييد تلك الروايات بهذه الرواية والالتزام بثبوت الخيار فيما يكون الثمن حيواناً .

وصفوة القول ان النصوص المشار اليها على فرض دلالتها على نفى الخيار

(١) الوسائل الباب ٥ من أبواب الخيار الحديث ٤

(٢) لاحظ ص ١٢ .

(مسألة ٥) : يختص هذا الخيار بالبيع ، ولا يثبت في غيره من
المعاوضات^(١) .

(مسألة ٦) : اذا تلف الحيوان قبل القبض أو بعده في مدة الخيار
كان تلفه من مال البائع ورجع المشتري عليه بالثمن اذا كان دفعه

عن البائع يكون بالاطلاق أى بلا فرق بين كون الثمن حيواناً أم لا وهذا الاطلاق
يقيد بهذه الرواية . اضعف الى ذلك كله انه لا وجه للالتزام بالمفهوم فانه قد قرر
في محله ان اللقب لا مفهوم له الا انه قد تقدم ان المفهوم من ناحية التحديد وبيان
الضابطة ويضاف الى ذلك كله انه يمكن أن يقال ان النصوص الدالة على اختصاص
خيار الحيوان بالمشتري فيما يكون المبيع حيواناً ناظرة الى أن الخيار الناشئ
من كون المبيع حيواناً للمشتري فلا ينافي ثبوت الخيار للبائع من ناحية اخرى
ولذا لا مجال لان يقال بأن هذه الروايات تنفي خيار المجلس بالنسبة الى البائع
وعلى هذا الاساس نقول لا تنافي بين الدليلين فان الدليل الدال على اختصاص
الخيار بالمشتري ناظر الى مورد كون المبيع حيواناً والدليل الدال على أن صاحب
الحيوان مطلقاً له الخيار ناظر الى اثبات الخيار لمن انتقل اليه الحيوان بسائماً
كان أو مشترياً فلا تصل التوبة الى أن يقال بين الدليلين تعارض بالعموم من وجه
فان ما به الافتراق من طرف دليل صاحب الحيوان ما يكون المبيع حيواناً فقط
وما به الافتراق من ناحية صاحب الحيوان المشتري مورد كون الثمن غير حيوان
وما به الاجتماع ما يكون الثمن والمشتري حيواناً فان مقتضى دليل الاختصاص
عدم الخيار ومقتضى اطلاق صاحب الحيوان ثبوت الخيار فانه قد ظهر مما ذكرنا
عدم مجال لهذا التقريب فلاحظ فما افاده في المتن تام .

(١) لعدم مقتضي في غير البيع من المعاوضات فان نصوصه تختص بالبيع .

اليه^١ .

(مسألة ٧) : اذا طرء عيب في الحيوان مسن غير تفريط من المشتري لم يمنع من الفسخ والرد^٢ وان كان بتفريط منه سقط خياره^٣ .
الثالث : خيار الشرط والمراد به : الخيار المجعول باشرطه في العقد ، اما لكل من المتعاقدين أولاًحدهما بعينه^٤

(١) كما هو المقرر عندهم من أن التلف في زمن الخيار ممن لاختيار له وتفصيل الكلام موكول الى بحث احكام الخيار فانتظر .

(٢) لعدم دليل عليه ولا وجه لسقوطه .

(٣) قد تقدم من الماتن ان خيار الحيوان يسقط بالتصرف فيه تصرفاً يدل على امضاء العقد فالميزان في نظره سقوط الخيار باسقاط من له الخيار وعليه فاي وجه في كون التفريط مسقطاً لخيار الحيوان . هذا على مسلكه من عدم موضوعية للتصرف وأما على ما سلكتاه من كوننا لتصرف بنفسه مسقطاً للخيار فلا أرى وجهاً للسقوط بالتفريط الا ان يقال ان الارتكاز يقتضي سقوطه في الفرض المذكور بأن يقال مقتضى الارتكاز اشتراط سقوطه فيما يكون العيب مسبباً عن تفريطه والله العالم .

(٤) ما يمكن أن يقال في تقريبه وجوه : الوجه الاول الاجماع وقد ادعى الشيخ قدس سره ان نقل الاجماع عليه مستفيض . ويرد عليه ان تحصيل الاجماع التعبدى الكاشف لا يمكن .

الوجه الثاني ما عن سيدنا الاستاد وهو ان الاهمال في الواقع غير معقول وعليه البايع حين البيع اما يملك العين الى حين قوله فسخت واما على الاطلاق . أما على الثاني فيرجع الى التناقض فيتمين الاول وهو التمليك الى حين قوله فسخت ، والشارع المقدس يمضي العقد بهذا النحو اذ العقود تابعة للقصد وعلى هذا الاساس لا يتوجه الاشكال من ناحية ان شرط الخيار مخالف للكتاب اذ

مقتضى وجوب الوفاء بالعقد كونه لازماً غير قابل للفسخ .
ويرد عليه أولاً انه يلزم الفرار اذ لا يعلم انه يفسخ وسيدنا الاستاد لا يلتزم بصحة البيع الفرري . وثانياً ان لازم هذا القول ان المشتري لو باع العين من ثالث ثم فسخ البائع البيع يكون العقد الثاني باطلا اذ بالفسخ يكشف ان المشتري باع مالا يملكه ويبيع مالا يملكه باطل وسيدنا الاستاد لا يلتزم بهذا اللازم . وثالثاً : ان البيع الموقت غير معهود عند العرف والمنشعة وبعبارة اخرى البيع الموقت وان كان امراً متصوراً لكن البيع الموقت غير معهود بل البيع تمليك ابدى دائمى ورابعاً : ان الفسخ لدى العرف والعقلاء رافع الامر الثابت لأن يكون امداً للامر الموقت .

وخامساً : انا لانسلم ان جعل الخيار ينافي التمليك الا بدى بل الفسخ يتوقف على دوام متعلقه .

توضيحه ان البيع مثل النكاح والفسخ مثل الطلاق فكما ان النكاح عبارة عن ايجاد العلاقة الزوجية الدائمة والطلاق يرفع الامر الثابت المستقر كذلك البيع يقتضى تحقق الملكية الدائمة والفسخ يرفع هذا الامر الثابت .

وان شئت قلت الفسخ قاطع للعلاقة الثابتة لا امدلها ولذا نقول يتوقف الفسخ على الدوام لانه ينفيه فان البيع جعل الملكية الدائمة وشرط الخيار يجعل لمن له الخيار حق قطع هذا الامر الدائم الثابت ولك ان تقول ان وزان خيار الشرط وزان توكيل الزوج زوجته في ضمن العقد في طلاقها فكما ان ذلك الشرط هناك امر جائز واقع متعارف كذلك شرط الخيار في المقام فلاحظ .

الوجه الثالث : النصوص الدالة على جواز الشرط منها ما رواه عبدالله ابن سنان عن ابي عبد الله عليه السلام قال: سمعته يقول: من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا يجوز له ، ولا يجوز على الذي اشترط عليه ، والمسلمون عند شروطهم مما

وافق كتاب الله عز وجل (* ١) ، بتقريب ان جعل الخيار من مصاديق الشرط ومقتضى النصوص الواردة في المقام جواز الشرط . ويمكن ان يناقش في هذا الاستدلال بوجوه من الاشكال :

الاشكال الاول : ان الشرط يجب أن يكون موافقاً مع الشرع وهذا الشرط خلاف الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى اوفوا بالعقود (* ٢) فان مقتضاه لزوم كل عقد . وأما السنة فقوله عليه السلام في خيار المجلس فاذا افترقا وجب البيع (* ٣) .

ان قلت : شرط الخيار ليس مخالفاً للكتاب والسنة اذ اللزوم من مقتضيات اطلاق العقد لامن مقتضيات طبعه فيجوز شرط الخيار .

قلت : هذا التقريب لا يرجع الى محصل فان العقد بمقتضى الكتاب والسنة لازم واشتراط الخيار فيه يكون على خلاف الجعل الشرعي واذا فرض قيام دليل على جواز العقد في مورد نأخذ به ولا ينافي كون العقد لازماً اذ امر العقد بيد الشارع فله الحكم باللزوم في مورد وبالجواز في مورد آخر .

ان قلت : ان اللزوم حتي ورعاية لحال المتعاقدين فلهما جعل العقد خيارياً . قلت : لادليل على هذه الدعوى فان مقتضى الادلة كون العقد لازماً .

ان قلت : اشتراط الخيار اشتراط ان يسترجع ما دفعه متى اراد وبأخذه ويملكه وعموم ادلة الشرط يشمل هذا الشرط فيجوز ويكون المشروط عليه ملزماً بالدفع عند اعمال الخيار .

قلت : ما المراد من الاسترجاع فان كان المراد به ان الشارع له أن يحكم

(١) الوسائل الباب ٦ من أبواب الخيار الحديث : ١

(٢) المائدة / ١

(٣) الوسائل الباب ٢ من أبواب الخيار الحديث ٤

بالرجوع عند اعمال الخيار فلا اشكال فيه لكن لادليل على حكم الشارع بالرجوع وان كان المراد ان له أن يسترجع بلا سبب شرعي فهذا الاسترجاع باطل اذ لا يجوز تملك مال الغير بلا سبب مجوز ودليل الشرط لا يصلح لاثبات الجواز اذ دليبه لا يكون مشرعاً بل يلزم احراز المشروعية في الرتبة السابقة كى يقع عليه الشرط ولو وصلت النوبة الى الشك يكون مقتضى الاصل عدم المشروعية فلا يصح الاشتراط وان كان المراد الاسترجاع باذن المشتري وموافقة فلا يحتاج الى الشرط اذ الاقالة جائزة بل راجحة ، وان كان المراد ان المشروط عليه يلتزم بأنه عند الاسترجاع يقبل اى يشترط عليه الاقالة عند الاستقالة فهذا صحيح ولكن لا يرتبط بالمقام كما هو ظاهر .

الاشكال الثاني ان مفاد ادلة الشروط هو الحكم التكليفي فلا يشمل الاحكام الوضعية .

وفيه انه لا وجه لهذا التقييد فان مقتضى اطلاق ادلة الشرط هو الاعم فان متعلق الشرط ان كان فعلاً من الافعال يجب أو يحرم وان كان امراً وضعياً يلزم بل يستفاد المدعى من بعض تلك النصوص لاحظ ما رواه الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام في رجلين اشتركا في مال وربحا فيه ربحاً وكان المال ديناً عليهما ، فقال أحدهما لصاحبه : اعطني رأس المال والربح لك وما توى فعليك ، فقال : لا بأس به اذا اشترط عليه ، وان كان شرطاً يخالف كتاب الله عز وجل فهو رد الى كتاب الله عز وجل الحديث (* ١) فان مورد حكمه عليه السلام بالصحة الحكم الوضعي .

الاشكال الثالث ان شرط الخيار مخالف مع مقتضى العقد فعليه يكون مرجع جعل الخيار الى المتنافيين .

وفيه ان مقتضى العقد الملكية واما اللزوم والجواز فهما حكمان خارجان
يعرضان للعقد بمقتضى الدليل .

الاشكال الرابع : ان جعل الخيار فعل الشارع وليس تحت اختيار المكلف
ولا معنى لاشتراط فعل الشارع فان الشرط يتعلق بامر مقدور .

وفيه اولاً : انا نرى صحة هذا الاشتراط حتى ممن لا يعتقد به سبحانه فيعلم
ان هذا التقريب فاسد وثانياً لاشكال في أن جعل الخيار فعل من افعال الشارع
ولكن لا ينافي جعله من قبل المتعاملين وبعبارة اخرى جعل الخيار اعتبار من
الاعتبارات ويمكن للمتعاقدين اشتراط هذا الاعتبار . غاية الامر نفوذه ولزومه
يتوقف على امضاء الشارع والكلام في المقام في دليل نفوذ هذا الاعتبار .

الاشكال الخامس : ان الشرط بماله من المفهوم لا يتحقق في المقام اذ الشرط
عبارة عن ارتباط احد الامرين بالآخر واما الالتزام الابتدائي فلا يصدق عليه عنوان
الشرط وفيه انه يمكن تصوير الشرط في المقام بأن يعلق العقد على الالتزام بالخيار .
لا يقال ان التعليق في العقود باطل فانه يقال التعليق على امر مجهول باطل وأما
التعليق على امر معلوم كما لو علق العقد على كون اليوم يوم الجمعة وهما يعلمان ان
اليوم يوم الجمعة فلا يكون باطلا والمقام كذلك اذ الالتزام عند العقد بالخيار
معلوم عندهما فتحصل ان الاشكال الوارد هو الاشكال الاول واما بقية الاشكالات
فغير واردة .

الوجه الرابع ما رواه فضيل عن ابي عبد الله عليه السلام في حديث قال : قلت
له : ما الشرط في غير الحيوان ؟ قال البيعان بالخيار ما لم يفرقا ، فاذا افرقا فلا
خيار بعد الرضا منهما (* ١) .

بتقريب ان المستفاد من هذه الرواية ان امر العقد لزوماً وجوازاً بيد المتعاقدين حيث قال عليه السلام : «واذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما» فالميزان برضاهما وهذه الدعوى لاشاهد عليها والرضا المذكور في الحدث فيه احتمالات . منها احتمال ان يكون المراد منه الرضا بالعقد اى العقد الصادر عن رضا الطرفين يلزم بالافتراق ومنها : احتمال أن يكون المراد منه انه لو حصل الرضا بعد العقد به ولم يحصل الفسخ فلا اثر لعدمه بعد الافتراق . ومنها احتمال كون المراد منه ان الافتراق الناشئ عن الرضا يسقط لا الافتراق الاكراهي والحاصل انه لا يرجع هذا الدليل الى محصل معتد به .

الوجه الخامس : انه لا اشكال في صحة اشتراط فعل في ضمن العقد كاشتراط الخياطة ولا يتحقق مفهوم الشرط بالابتليق الالتزام والوفاء به وبعبارة اخرى الشرط ارتباط احد الامرين بالآخر وهذا الارتباط يتوقف على تعليق الوفاء بذلك الشرط كالخياطة والالتزام بها فعند التخلف يثبت خيار تخلف الشرط وحكم الامثال واحد فاذا صح جعل الخيار هناك يجوز جعله مستقلاً .

وفيه انا لانسلم صحته هناك ايضاً الا بأن يتم بدليل . وأما اشتراط الفعل كالخياطة فلا يتوقف على تعليق الوفاء به بل يمكن أن يعلق عليه نفس العقد وقد مر قريباً انه لا يتوجه الاشكال بأن التعليق باطل في العقود . فراجع ما ذكرناه آنفاً .

الوجه السادس : ما رواه سعيد بن يسار قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : انا نخالط اناساً من اهل السواد وغيرهم فنبيعهم ونربح عليهم للعشرة اثني عشر والعشرة ثلاثة عشر ، ونؤخر « نوجب » ذلك فيما بيننا وبين السنة ونحوها ، ويكتب لنا الرجل على داره أو على أرضه بذلك المال الذي فيه الفضل الذي أخذنا شراءاً قد باع وقبض الثمن منه فتعده « فعندنا - يب فبعده خ ل » ان هو جاء بالمال الى وقت بيننا وبينه أن نرد عليه الشراء فان جاء الوقت ولم يأتنا بالدارهم

اولاجنبى^١ .

فهو لنا ، فما ترى في الشراء ؟ فقال : أرى أنه لك ان لم يفعل ، وان جاء بالمال للوقت فرد عليه (* ١) .

فان المستفاد من هذه الرواية جواز جعل الخيار للمشتري . وفيه انه حكم بالخيار في الصورة الخاصة وهي صورة رد الثمن فلا وجه للتعدي عنها .

الوجه السابع ما رواه ابن سنان عن ابي عبد الله عليه السلام في حديث قال : وان كان بينهما شرط اياماً معدودة فهلك في يد المشتري قبل أن يمضي الشرط فهو من مال البايع (* ٢) .

بتقريب ان المستفاد من الحديث ان جواز جعل الخيار امر مفروغ عنه وانه عليه السلام يبين حكم التلف في زمان الخيار وبعبارة اخرى يفهم من الحديث صدىً وذيلاً انه يجوز اشتراط الخيار للمشتري وان التلف في ذلك الزمان على البايع . وان شئت قلت انه عليه السلام بعد ان اجاب عن سؤال الراوي بين كبرى كلية وهي انه لو كان الخيار مجعولاً للمشتري في ثلاثة ايام أو اربعة أو خمسة يكون التلف في ذلك الزمان على البايع فيستفاد جواز جعل الخيار للمشتري في ايام معدودة على الاطلاق . والظاهر انه لا بأس بهذا الوجه .

الوجه الثامن : السيرة الجارية على جعل الخيار من المتعاملين بلا تكبير من احد وهذه آية الجواز فلاحظ مضافاً الى أن المدعى يستفاد من حديث الحلبي لاحظ ص : ١٦ ، اذ يستفاد منه جواز اشتراط الخيار . والله العالم .

(١) لا اشكال ثبوتاً في جعل الخيار للأجنبي وانه امر ممكن . انما الكلام في مقام الاثبات والدلالة وحيث ان شرط الخيار مخالف للشرع لان العقد لازم

(١) الوسائل الباب ٧ من أبواب الخيار الحديث ١

(٢) الوسائل الباب ٨ من أبواب الخيار الحديث ٢ لاحظ صدر الحديث في ص : ٢٠ .

(مسألة ٨) : لا يتقدر هذا الخيار بمدة معينة، بل يجوز اشتراطه ما يشاء ، من مدة قصيرة أو طويلة^١ متصلة أو منفصلة عنه^٢ نعم لا بد من تعيين مبدأها وتقديرها بقدر معين ولو مادام العمر فلا يجوز جعل الخيار بلامدة ، ولا جعله مدة غير محدودة قابلة للزيادة والنقص

شراً لا يجوز جعل الخيار ويحتاج الى الدليل وحيث لا دليل عليه لا يكون مشروعاً ودعوى السيرة في المقام جزافية .

(١) لعدم الدليل على التقدير وحكم الامثال واحد .

(٢) ربما يقال بأنه لا يجوز الانفصال اذ يلزم جواز العقد بعد لزومه . ويمكن أن يذنب الاشكال اولا بالنقض بخيار الرؤية والتأخير وثانياً بالحل بأن يقال ان مقتضى جواز الشرط عدم الفرق . لكن يرد على الجواب الاول بأن القياس في غير محله اذ الخيار في الموردين ثابت بالدليل كما سيجيء انشاء الله تعالى . وعلى الجواب الثاني بأنه قد مر انه لا يمكن الاستدلال على الخيار بدليل الشرط لان المستفاد من الشرع لزوم العقد وجعل الخيار خلاف الحكم الشرعي فلا يجوز .

اذا عرفت ما ذكرنا نقول الاشكال المذكور في المقام بأنه يلزم الجواز بعد اللزوم غير سديد ولا مانع منه في حد نفسه وانما الاشكال في المقام عدم الدليل ، اذ الدليل ينحصر في الاجماع والسيرة والدليل اللفظي لا بد من الاقتصار فيه على القدر المتيقن منه ومن هذا البيان يظهر الاشكال في جواز جعل الخيار مادام العمر اذ مقتضى قاصر فالمرجع دليل اللزوم لكن قد مر انه يمكن الاستدلال على المدعى بما رواه ابن سنان (*١) وقلنا ان مقتضى كلامه عليه السلام جواز جعل الخيار على الاطلاق فلا يتقدر بمقدار خاص وقدر مخصوص ومما ذكر يمكن ان يقال ان مقتضى اطلاق

وموجبة للغرر^(١) والا بطل العقد^(٢).

(مسألة ٩) : اذا جعل الخيار شهراً كان الظاهر منه المتصل بالعقد، وكذا الحكم في غير الشهر من السنة او الاسبوع او نحوهما^(٣) واذا جعل الخيار شهراً مردداً بين الشهور احتل البطلان من جهة عدم التعيين ، لكن الظاهر الصحة فان مرجع ذلك هو جعل الخيار في تمام تلك الشهور^(٤).

قوله عليه السلام في هذه الرواية « وان كان بينهما شرط اياماً معدودة » عدم الفرق بين اتصال المدة وانفصالها فلاحظ .

(١) لم افهم المراد من العبارة اذ كيف يعقل جعل الخيار بلا مدة وبعبارة اخرى الاهمال في الواقع غير معقول فلا بد من تقديره بمقدار واما الاهمال في مقام الاثبات فمرجه الى جعل مدة قابلة للزيادة والنقصان نعم لا يبعد أن يكون المراد من العبارة عدم ذكر المدة في مقام الاثبات فتارة لا يذكر الحد واخرى يذكر لكن الحد مردد بين الطويل والقصير .

(٢) لابد من اتمام المدعى بالاجماع والتسالم والا فلا دليل على فساد الغرر على الاطلاق .

(٣) فان العرف ببابك ولا اشكال في أن المتفاهم العرفي يقتضي الاتصال وبعبارة اخرى لو لم يدل دليل على الانفصال يكون الظاهر هو الاتصال وقد ذكر انه يمكن اثبات الاطلاق بحدوث ابن سنان حيث ان مقتضى اطلاقه عدم الفرق بين اتصال المدة وانفصالها .

(٤) تارة يجعل الخيار شهراً ومرجه الى كون ذي الخيار مخيراً في اختيار كل شهر اراد ومعناه جعل الخيار في تمام السنة من اولها الى آخرها ولا اشكال

(مسألة ١٠) : لا يجوز اشتراط الخيار في الاقباعات، كالطلاق

والعتق^١ .

فيه واخرى يجعل الخيار شهراً مردداً وهذا الجعل باطل اذ المردد لا واقع له وثالثة يجعل الخيار شهراً معيناً عند الله وهو الشهر الذي يحدث فيه الحادث الكذائي فان مرجعه ليس بجعل الخيار في تمام السنة كما انه ليس مردداً ومبهما بل معين واقعاً وربما يوجب الفرر فلا حظ .

(١) يقع الكلام في هذا المقام تارة في الوجوه المانعة واخرى في وجود المقتضي للجواز وعدمه فيقع الكلام في موضعين أما الموضع الاول فما يمكن أن يذكر في تقريب المانع وجوه :

الوجه الاول الاجماع فانه نقل عن المسبوط دعوى الاجماع على عدم جريانه في الطلاق والعتق وعن المسالك عواء على عدم جريانه في البراء .
وفيه ان الاجماع المنقول لا يكون حجة والمحصل منه على تقدير حصوله محتمل المدرك فانه يحتمل أن يكون المجمعون مستنديين الى الوجوه المذكورة في المقام .

الوجه الثاني ان دليل الشرط منصرف عن الشرط الواقع في ضمن الايقاع كما انه منصرف عن الشرط الابتدائي وعن القاموس ان الشرط التزام في ضمن البيع وغيره بناءً على كون المراد من غيره بقية العقود .

وفيه انه لا وجه للانصراف والشرط الابتدائي لا يكون مصداقاً للشرط فهو خارج عن دائرة الشرط تخصيصاً لا تخصيصاً. وصفوة القول ان الشرط ارتباط احد الامرين بالآخر ولا فرق فيه بين كونه في ضمن العقد او الايقاع والانصراف على فرض تسلمه بدوي . والرجوع الى كلام القاموس لا وجه له بعد احراز دائرة سعة المفهوم بالتبادر ونحوه مضافاً الى عدم وضوح المراد من كلامه بل الظاهر من لفظ غيره

عدم الفرق بين العقد والايقاع للاطلاق .

الوجه الثالث ان الايقاع بماله من المفهوم امر قائم بالطرف الواحد والشرط لا بد من تحققه بين الطرفين .

وفيه انه لاتنافي بين كون الايقاع قائماً بطرف واحد وتحقق الشرط وقيامه بطرفين فانه يجوز أن يعتق المولى عبده ويشترط عليه امرأ .

الوجه الرابع ان الايقاع امر عديمي مثلاً العتق ازالة للملكية والفسخ ايضاً ازالة للامر الثابت فمرجع جعل الخيار فيه اعتبار العدم في العدم .

وفيه انه لا بد من ملاحظة ما هو الاشكال فان الاشكال ان كان من ناحية استحالة اعادة المعدوم فهذا اشكال فلسفي وتحقيقه موكول الى مبحثه وربما يقال بجواز اعادته وعلى كل حال هذا الاشكال مشترك بين جميع موارد الفسخ مضافاً الى أنه يمكن دفع الاشكال بأن يقال ليس الفسخ اعادة للمعدوم بل ايجاد لفرد مماثل للمعدوم والنظر المسامحي يراه اعادة له وان كان وجه الاشكال من ناحية ان الفسخ ازالة للامر الثابت فلا يعقل تعليقه بالامر العدمي ، فجوابه انه لو قلنا بأنه ايجاد للفرد المماثل فلا مانع من تعلقه بالامر العدمي .

الوجه الخامس : ان المنشأ كعتق العبد اما معلق على امر أو لا يكون معلقاً أما على الاول فيلزم التعليق المبطل للعقد والايقاع وأما الثاني فيكون شرطاً ابتدائياً والشرط الابتدائي لا يصح .

وفيه اولاً ان التعليق على امر محرز عند الجعل لا يكون باطلا وبعبارة اخرى مدرك بطلان التعليق هو الاجماع والقدر المتيقن منه صورة الشك في وجود المعلق عليه وأما لو احرز المعلق عليه فلا اجماع ويشهد لما ذكرنا النص الخاص لاحظ ما رواه يعقوب ابن شعيب قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اعتق جاريته وشرط

عليها ان تخدمه خمس سنين فأبقت ثم مات الرجل فوجدها ورثته ألهم ان يستخدموها ؟ قال : لا . (* ١) .

فان المستفاد من الرواية جواز تعليق العتق على الخدمة وثانياً نفرض عدم تعليق الايقاع على امر لكن الخيار مشروط اذ يمكن ان يعتق مملوكه وبشروط عليه انه لو لم يخدمه يكون له الخيار في فسخ العتق .

الوجه السادس ان الخيار ملك فسخ العقد ولا يتعلق الحل الا فيما يكون بين الجانبين فلا موضوع للفسخ في الايقاعات لعدم تقومها بطرفين .

وفيه ان الخيار ملك فسخ ما اعتبره المعتبر بلا فرق بين العقد والايقاع ولذا نرى كثيراً ما يستعمل ويقال عرفت الله بفسخ العزائم فالفسخ ابطال ما بنى عليه فانقذح بما ذكرنا ان الموانع المذكورة في هذا الباب لا ترجع الى محصل صحيح . هذا تمام الكلام في الموضوع الاول .

وأما الموضوع الثاني : فالذي يختلج بالبال أن يقال لا يجوز جعل الخيار في الايقاعات وذلك لعدم الدليل على الجواز الا دليل الشرط ودليل نفوذ الشرط لا يكون مشرعاً بل لابد من احراز مشروعية امر في الرتبة السابقة كي يلزم بالاشتراط فمجرد الشك في الجواز يكفي لعدمه من حيث كون الشبهة مصداقية وعدم جواز الاخذ بالعام فيها . وعلى الجملة يشترط في جواز الاشتراط عدم كون الشرط مخالفاً للشرع ومع الشك في المشروعية لا يجوز الشرط .

ان قلت لو شك في كونه مخالفاً يحوز عدم المخالفة بالاستصحاب . قلت : مقتضى استصحاب عدم جعل الشارع الخيار عدم جواز الاشتراط وبعبارة اخرى لا مجال لاستصحاب عدم كون الشرط مخالفاً اذ الشك في المخالفة مسبب عن الشك في جعل الشارع الخيار ومقتضى الاصل عدم جملة وصفة القول

ولأفي العقود المجائزة ، كالوديعة والعارية ^(١) ويجوز اشتراطه

ان دليل الشرط بنفسه لا يمكن أن يكون دليلاً لجواز اشتراط الخيار اذ يلزم احراز الجواز وعدم المخالفة مع الشرع في الرتبة السابقة فلو شك في جواز جعل الخيار يكون مقتضى الاصل عدم جوازه وعدم جعله فيكون اشتراطه مخالفاً للشرع فلا يجوز الاشتراط وثبوت الجواز بالدليل الخاص في مورد لا يقتضي الجواز على نحو العموم فالنتيجة عدم جواز جعل الخيار في الاقباعات فلاحظ .

(١) والكلام في المقام ايضاً يقع في موضعين احدهما فيما يمكن أن يكون مانعاً ثانيهما في وجود المقتضي وعدمه .

أما المقام الاول : فقد ذكرت في تقرير المانع وجوه :

الوجه الاول : ان جعل الخيار مع كون العقد جازياً لغو .

وفيه انه لانسلم اللغوية اذ مع فرض ثبوته ينتقل بموت من له الخيار الى وارثه على ما هو المقرر عندهم مضافاً الى أن اثره يظهر عند سقوط الخيار كما لو تصرف المتهب في الهبة فانه يسقط خيار الواهب فعلى تقدير ثبوت الخيار له يمكنه اعماله حتى بعد التصرف .

الوجه الثاني : ان جعل الخيار مع فرض كون العقد خيارياً يستلزم اجتماع المثلين .

وفيه انه على هذا لا يمكن فرض تعدد الخيار على الاطلاق والحال انه لا اشكال في جواز تعدد الخيار كما لو اجتمع خيار الحيوان مع خيار المجلس وانعيب مضافاً الى أنه قيل : ان الخيار الحكمي متعلق بالعين والحقي متعلق بالعقد ويضاف الى ذلك كله انه لا مجال لهذا الاشكال فان اجتماع المثلين يتصور في الامور المتأصلة الحقيقية والاعراض الخارجية والمقام داخل في الامور الاعتبارية فلا موضوع لهذا البيان .

الوجه الثالث : ان اشتراط الخيار بتحصيل للحاصل وهو محال .

في العقود اللازمة عدا النكاح ، وفي جواز اشتراطه في الصدقة
وفي الهبة اللازمة وفي الضمان اشكال ، وان كان الاظهر عدم
الجواز في الاخير والجواز في الثاني^(١) .

وفيه : انه ليس تحصيلاً للمحصل بل ايجاد لفرد آخر من الخيار فلا حظ .
الوجه الرابع ان العقود الجائزة عقود اذنية فاذا رفع اليد عن اذنه لا يترتب
على العقد اثر .

وفيه اولاً ان العقود الجائزة ليس كلها اذنية بل فيها مالا يكون كذلك كالهبة
قاله دليل اخص من المدعى .

وثانياً ان العقود الاذنية اذا تحققت بصورة العقد يترتب عليها ما يترتب على
العقد فيجوز جعل الخيار فيها كما يجوز جعلها في العقد اللازم مثلاً اذا باع زيد
داراً من عمرو وشرط في ضمن البيع اعارة كتابه وجعل المعبر الخيار لنفسه فيها
وقلنا بصحة جعل الخيار في العارية يجوز له الاخذ بالخيار ولا يجوز له الرجوع
في اذنه لان العقد الجائز اذا وقع تلو الشرط يصير لازماً بالتبع . هذا تمام الكلام
في المقام الاول .

وأما المقام الثاني فالحق عدم دليل على جواز اشتراط الخيار في العقود الجائزة
بالقريب الذي تقدم في الايقاعات فلا نعيد وراجع ما ذكرناه آنفاً وعلى الجملة
مقتضى الاصل عدم جعل الشارع جواز جعل الخيار فاذا لم يجز لا يجوز جعله
بالشرط اذ يشترط في متعلق الشرط أن لا يكون مخالفاً للشرع فلا حظ .

(١) الذي ينبغي في المقام أن يلاحظ كل واحد من العقود اللازمة بحياله
واستقلاله وبيان ما يستفاد من الأدلة بالنسبة اليه وقبل الخوض في ذكر اقسام
العقد اللازم تقدم مقدمة وهي ان مقتضى القاعدة الاولى عدم الجواز الامع الدليل

عليه اذ قد تقدم منا ان دليل الشرط لا يفي بالمقصود فلا بد من احراز الجواز اولا وفي الرتبة السابقة ثم نلزمه بدليل نفوذ الشرط ومضافاً الى ما تقدم في الاقاعات والعقود الجائزة من أن مقتضى الاصل عدم جعل الشارع الجواز يمكن الاستدلال على المدعى في المقام بالدليل الاجتهادي وهو عموم وجوب الوفاء بالعقود المستفاد من الكتاب فان المستفاد من الآية الشريفة (* ١) ان كل عقد لازم ويجب الوفاء به فاشتراط الخيار مخالف للكتاب فلاحظ واغتنم .

اذا عرفت ما ذكرنا نقول من العقود اللازمة عقد الاجارة ولا اشكال في جواز جعل الخيار فيه للسيرة الجارية على جعل الخيار لكل من الطرفين فلا اشكال في جواز جعل الخيار فيها .

ومنها النكاح فان جعل الخيار في النكاح من ناحية عدم المقتضي اذ لا دليل على جواز جعل الخيار فيه .

وان شئت قلت لا دليل على جواز الاقالة فيه كي يجوز جعل الخيار فيه ويمكن أن يقال ان جواز الاقالة لا يقتضي جواز جعل الخيار لان الاقالة تحصل برفع اليد من الطرفين وأما الخيار فهو ملك فسخ العقد من طرف واحد ولو لم يكن الطرف المقابل راضياً فالنتيجة ان المقتضي للجواز قاصر .

وأما من ناحية المانع فيمكن تقرير المنع بوجوه : الوجه الاول : الاجماع على عدم الجواز وفيه ما فيه .

الوجه الثاني انه ثبت في الشرع ان رافع النكاح هو الطلاق فلا يرتفع بغيره وفيه ان اثبات الشيء لا ينفي ماعداه ولذا نرى ان الفسخ جائز في جملة من الموارد

في باب النكاح .

الوجه الثالث ان الخيار انما يجرى فيما يجرى فيه التقايل وحيث ان التقايل لايجري في النكاح فلايجري فيه الخيار .

وفيه انه اول الكلام والدعوى ولذا نرى جواز الفسخ في جملة من الموارد والحال ان التقايل لايجري فيها .

الوجه الرابع ان النكاح فيه شائبة العبادية وما كان له تعالى لا رجوع فيها لاحظ ما رواه الحكم قال قلت لابي عبد الله عليه السلام: ان والدي تصدق علي بداره ثم بداله أن يرجع فيها، وان قضاتنا يقضون لي بها، فقال: نعم ما قضت به قضاتكم وبش ما صنع والدك ، انما الصدقة لله عزوجل ، فما جعل لله عزوجل فلا رجعة له فيه ، فان أنت خاصمته فلا ترفع عليه صوتك ، وان رفع صوته فاخفض أنت صوتك قال : قلت : فانه توفي قال : فاطب بها (* ١) .

وفيه اولا ينتفض بموارد جواز الفسخ بالعيوب الموجبة لجوازه فتأمل .
وثانياً ان النكاح ليس امراً عبادياً مضافاً الى انه لايبعد عدم شمول الرواية هذه الامور بأن يقال لعل الظاهر من تلك الادلة الامور المالية كالصدقة وامثالها والله العالم .

الوجه الخامس : ان فسخ النكاح بوجب ابتذال المهرثة وهو ضرر عليها فينفي بدليل نفي الضرر .

وفيه اولا ان الدليل اخص من المدعى اذ ربما لا يوجب ابتذالها .
وثانياً انها بنفسها اقدمت على الاشتراط المذكور فهل يمكن الالتزام بشمول الحديث للمقام مع القرض .

.....

وثالثاً المستفاد من دليل لاضرر حرمة الاضرار لانفى الحكم الضرري .

الوجه السادس : ان بناء النكاح على الدوام فينافي جعل الخيار وفيه ان جعل الخيار لا ينافيه بل يؤكده وانما المنافي هو التوقيت .

الوجه السابع ان لزوم النكاح حكمي فليس قابلاً للفسخ وفيه انه اول الدهوى الا أن يقال انه لا اشكال عندهم في علم جواز الافالة كما انه لا يجوز عندهم جعل الخيار فيه وبعبارة واضحة عدم الجواز لمسلم عند القوم فالنتيجة انه مضافاً الى علم المقتضي للجواز المانع عنه موجود والله العالم .

ومنها الوقف على تقدير كونه داخلاً في العقود وما يمكن أن يذكر في وجه منع اشتراط الخيار فيه امور :

الاول : الاجماع وفيه ما فيه الثاني : ان الوقف من الامور العبادية وما كان له تعالى لا يرجع فيه وتدل على المدعى جملة من النصوص منها ما رواه الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله انما مثل الذي يرجع في صدقته كالذي يرجع في قبته (* ١) .

وفيه ان الوقف لا يشترط بقصد القرية ولذا يصح وقوعه من المخالف مع ان العادة يشترط فيها الولاية .

الثالث : ان الوقف فك الملك ولا يكون فيه التعاوض والخيار انما يتصور في العقود المعاوضية .

ويرد عليه ان الوقف ليس فك ملك في جميع اقسامه بل تملك غاية الامر ملك مجوس ولادليل على أن الخيار انما يتصور في المعاوضات فقط ولذا نرى ان

الهبة من العقود الجائزة وفيها الخيار والحال ان الهبة غير المعوضة لامعاوضة فيها .

الرابع : ان الوقف بنائه على التأييد فجعل الخيار فيه ينافيه وفيه اولا على القول بجواز الوقف الموقت يتصور عدم التأييد في الوقف وثانياً انه لا تنافي بين التأييد وجعل الخيار كما هو كذلك في البيع وامثاله .

الخامس ان الوقف يقتضي السكون وجعل الخيار فيه ينافيه . وفيه ان الاقتضاء المذكور في الوقف الذي لا يكون فيه الخيار والاقتضاء فيه مضافاً الى أنه يمكن أن يقال ان الوقف مادام وقفاً فيه الاقتضاء المذكور واعمال الخيار فيه يخرج عنه هذا العنوان وينقلب الى موضوع آخر .

السادس ما رواه اسماعيل بن فضل وهو حديثان : الاول قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير ، قال : ان احتجت الى شيء من المال فأنا أحق به ، ترى ذلك له وترى جعله لله يكون له في حياته ، فاذا هلك الرجل يرجع ميراثاً أو يمضي صدقة ؟ قال : يرجع ميراثاً على أهله (* ١) .

الثاني ما عن أبي عبد الله عليه السلام قال : من اوقف أرضاً ثم قال ان احتجت اليها فأنا أحق بها ثم مات الرجل فانها ترجع الى الميراث (* ٢) .
وتقريب الاستدلال بالحدثين على المدعى ان الاستفادة منهما بطلان الوقف المزبور ولاوجه للبطلان الا من ناحية الشرط المذكور .

وفيه ان الظاهر من الروايتين ان الوقف المذكور منقطع الآخر فلا يرتبطان

(١) الوسائل الباب ٣ من أبواب الوقوف والصدقات الحديث ٣

(٢) التهذيب ج ٩ - ص ١٠٥ - الحديث ٥٩

• • • • •

بما نحن فيه . وبعبارة اخرى ليس المراد من الشرط اشتراط الخيار .
السابع ان الخيار يجري فيما تجري فيه الاقالة وحيث ان الاقالة لا تجري في
الوقف فلا يجري فيه الخيار وفيه انه لا يرتبط احد المقامين بالآخر .

اذا عرفت ما تقدم نقول لو لم يدل دليل على جواز اشتراط الخيار في الوقف
يكون مقتضى القاعدة عدم جوازه أما على فرض كون الوقف من العقود فظاهر
فان مقتضى وجوب الوفاء بالعقد عدم جواز الاشتراط المذكور وأما على القول
الآخر فيكفي لعدم الجواز ما تقدم من أن مقتضى الاصل عدم جعل جواز اعتبار
الخيار فيه فيكون اشتراطه مخالفاً للشرع فلا يصح فلاحظ .

ومنها الصدقة والحق عدم جواز الخيار فيه لما تقدم من النص الدال على ان
ما كان لله لا يرجع مضافاً الى أنه يكفي لعدم الجواز وجوب الوفاء بالعقد .
ومنها الصلح ولعل جواز جعل الخيار فيه مشهور فيما بين القوم بل ادعى
عليه الاجماع ومقتضى الاصل الاول عدم الجواز اذ جعل الخيار ينافي وجوب
الوفاء بالعقد كما أن مقتضى الدليل الفقاهي ايضاً كذلك كما تقدم . فان ثبت اجماع
تبعدي على جوازه فهو والا فيشكل الجزم بالجواز الا أن يقال: أن السيرة الخارجية
جارية على جعل الخيار في صلح الاموال .

ومنها الضمان والحق انه لو لم يتم دليل على جواز اشتراط الخيار فيه لم يكن
مجال لجعله فان مقتضى وجوب الوفاء بالعقد عدم الجواز كما ان مقتضى الاصل
العملي كذلك فلاحظ .

ومنها الهبة المعوضة فان لم يتم اجماع او دليل غيره على جواز جعل
الخيار فيه يكون مقتضى القاعدة عدم الجواز بالتقريب الذي تقدم فلانعبد . ومما
ذكرنا تعرف الحال في بقية العقود اللازمة ففي كل مورد تم الدليل على الجواز فهو

(مسألة ١١) : يجوز اشتراط الخيار للبائع في مدة معينة متصلة بالعقد ، او منفصلة عنه ، على نحو يكون له الخيار في حال رد الثمن بنفسه مع وجوده أو ببدله مع تلفه ، ويسمى بيع الخيار فاذا مضت مدة الخيار لزم البيع وسقط الخيار وامتنع الفسخ ، واذا فسخ في المدة من دون رد الثمن أو ببدله مع تلفه لا يصح الفسخ ، وكذا لو فسخ قبل المدة فلا يصح الفسخ الا في المدة المعينة ، في حال رد الثمن أو رد ببدله مع تلفه ثم ان الفسخ اما أن يكون بانشاء مستقل في حال الرد ، مثل فسخت ونحوه ، أو يكون بنفس الرد ، على أن يكون انشاء الفسخ بالفعل وهو الرد ، لا بقوله فسخت ونحوه^(١) .

والايشكل الالتزام بالجواز فلاحظ .

(١) في هذه المسئلة فروع : القرع الاول : انه يجوز جعل الخيار مدة معينة للبائع برد الثمن ويسمى هذا البيع مع هذا الخيار ببيع الخيار وادعى في الجواهر الاجماع بقسميه على جوازه وتدل على جوازه ايضاً جملة من النصوص منها ما رواه سعيد بن يسار (* ١) .

ومنها ما رواه أبو الجارود عن أبي جعفر عليه السلام « عبدالله خ ل » قال : ان بعت رجلاً على شرط فان أتاك بمالك والا فالبيع لك (* ٢) .
ومنها ما رواه اسحاق بن عمار قال : حدثني من سمع أبا عبد الله عليه السلام وسأله رجل وانا عنده فقال : رجل مسلم احتاج الى بيع داره فجاء الى اخيه فقال :

أبيعك داري هذه وتكون لك احب الي من أن تكون لغيرك على ان تشرط لي ان أنا جيتك بثمانها الى سنة أن ترد علي ، فقال : لا بأس بهذا ان جاء بثمانها الى سنة ردها عليه ، قلت فانها كانت فيها غلة كثيرة فأخذ الغلة لمن تكون الغلة ؟ فقال : الغلة للمشتري ألا ترى أنه لو احترقت لكانت من ماله (* ١) .

ومنها ما رواه معاوية بن ميسرة قال سمعت أبا الجارود سأل ابا عبد الله عليه السلام عن رجل باع داراً له من رجل وكان بينه وبين الرجل الذي اشترى منه الدار حاصر ، فشرط انك ان اتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك ، فأتاه بماله ، قال : له شرطه قال أبو الجارود : فان ذلك الرجل قد اصاب في ذلك المال في ثلاث سنين ، قال : هو ماله وقال أبو عبد الله عليه السلام : رأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار دار المشتري (* ٢) .

ويمكن الاستدلال عليه بما يستدل به على خيار الشرط فان هذا الخيار من افراذه ومصاديقه .

الفرع الثاني: أنه يجوز أن تكون المدة المعينة متصلة بالعقد ويجوز أن تكون منفصلة عنه ويمكن الاستدلال على المدعى بما رواه ابو الجارود (* ٣) فان مقتضى اطلاق قوله عليه السلام ان بيعت رجلاً الخ عدم الفرق بين اتصال المدة بالعقد وعدمه مضافاً الى أنه قد مر انه يجوز في خيار الشرط كون الخيار منفصلاً عن العقد كما انه يجوز أن يكون متصلاً بالعقد .

الفرع الثالث: انه لا بد من رد نفس الثمن مع وجوده وان لم يكن موجوداً

(١) الوسائل الباب ٨ من أبواب الخيار الحديث ١

(٢) نفس المصدر الحديث ٣

(٣) لاحظ ص ٤٨

٥٠ مباني منهاج الصالحين ج ٨

(مسألة ١٢) : المراد من رد الثمن احضاره عند المشتري ،
وتمكينه منه ، فلو احضره كذلك جاز له الفسخ وان امتنع المشتري
من قبضه^(١) .

يتحقق الرد برد بدله والامر كما افاده اذ مع وجود عين الثمن لو فسخ العقد ينتقل
الثمن الى ملك المشتري فلا بد من رده واما مع تلفه تصل التوبة الى بدله لكن يمكن
جعل الخيار برد بدل الثمن ولو مع وجوده غاية الامر بعد الفسخ ينتقل نفس الثمن
الى ملك المشتري .

الفرع الرابع : انه لو مضت المدة لزم البيع وسقط الخيار والامر كما افاده
اذ المفروض ان الخيار جعل في تلك المدة ومع انقضائها لا يبقى موضوع للخيار
وهذا ظاهر .

الفرع الخامس : انه لو فسخ في تلك المدة بدون رد الثمن لا يكون فسخه
صحيحاً لان البايع انما يمكنه الفسخ عند الرد ومع عدمه لا مقتضي لان يفسخ .

الفرع السادس : انه لو فسخ قبل المدة لا يصح لعدم جعل الخيار في ذلك الزمان
فلا يمكنه الفسخ .

الفرع السابع . ان الفسخ اما مستقل ولفظي عند الرد ففي زمان الرد يقول
فسخت واما يكون فسخاً فعلياً حاصل بالرد وكلاهما صحيح ولكن المستفاد من
النصوص بحسب الظهور هو الفسخ الفعلي بأن يكون الفسخ بنفس الرد فلا حظ .

(١) فانه الظاهر من نصوص المقام ولا يستفاد منها حصول القبض من الطرف
مضافاً الى أنه يمكن ان يمتنع من القبض فلا يترتب على جعل الخيار برد الثمن
اثر مرغوب فيه . وبعبارة اخرى انما جعل هذا الخيار لاجل استرجاع العين واذا
اشترط بالقبض لا تحصل النتيجة المقصودة .

(مسألة ١٣) : الظاهر انه يجوز اشتراط الفسخ في تمام المبيع
يرد بعض الثمن^(١) كما يجوز اشتراط الفسخ في بعض المبيع بذلك^(٢).
(مسألة ١٤) : اذا تعذر تمكين المشتري من الثمن لغيبه، أو جنون،
أو نحوه مما يرجع الى قصور فيه فالظاهر أنه يكفي في صحة الفسخ
تمكين وليه ، ولو كان الحاكم الشرعي أو وكيله، فاذا أحضره كذلك
جاء الفسخ^(٣).

(١) هذا على طبق القاعدة الاولى اذ المفروض جعل خيار الشرط وهذا من
مصاديقه .

(٢) قال في الحقائق (* ١) « الخامس : قال في الدروس لو شرط ارتجاع
بعضه ببعض الثمن أو الخيار في بعضه ففي الجواز نظر . اقول : الظاهر ان وجه
النظر المذكور ينشأ من مخالفة النصوص الواردة في المسئلة وكون هذا الفرد
خارجاً عنها ومن عموم المؤمنون عند شروطهم وفي المسالك استوجه الثاني ولا يخلو
من قرب فان النصوص المذكورة لادلالة فيها على حصر الصحة في الصورة المذكورة
فيها وان ما عداها غير جازم مع ان هذا الشرط سائغ في حد ذاته ولا مانع منه » .
انتهى .

وفيه انه قد مر ان دليل الشرط بنفسه لا يفيد بل لابد من احراز جواز الشرط في
الرتبة السابقة والمفروض وحدة البيع فجعل الخيار بالنسبة الى بعض المبيع بلا دليل
ومقتضى الاصل عدم جوازه فلا يجوز اشتراطه بدليل الشرط بعد احراز كونه خلاف
المقرر الشرعي فتأمل .

(٣) لا اشكال في أن الخيار في المقام بجعل المتعاملين ولا بد من لحاظ ما هو

(مسألة ١٥) : نماء المبيع من زمان العقد الى زمان الفسخ للمشتري ، كما ان نماء الثمن للبائع^(١) .

(مسألة ١٦) : لا يجوز للمشتري فيما بين العقد الى انتهاء مدة الخيار التصرف الناقل للعين من هبة أو بيع أو نحوهما^(٢) ولو تلف المبيع

مجعول عندهما ومن ناحية اخرى الاهمال محال في الواقع وعليه اما يسع دائرة الجعل بحيث يشمل الحاكم أو الوكيل فلا اشكال في الكفاية والا فلامجال لان يقال انه فرق بين كون المعلق عليه احضار المال عند المشتري فلا يكفي احضاره عند الحاكم أو الوكيل وبين كون المعلق عليه قبض المشتري فيكفي لان فعل الولي فعله كما ان فعل الوكيل كذلك . وان شئت قلت : ان المجعول اما فيه الاهمال واما فيه الاطلاق واما فيه التقييد أما الاول فمحال وأما الثاني فلا اشكال في الكفاية لان المجعول في المقام باختيار الجاعل . وأما الثالث فلا اشكال في عدم الكفاية . ثم انه على تقدير التنزل نقول انما يكفي لو كان المعلق عليه قبض المشتري اذ قبض الولي أو الوكيل قبضه وأما لو كان المعلق عليه احضار المال عنده فلا يكفي اذ لا دليل على كون الاحضار عند الولي أو الوكيل احضار عنده كما انه على تقدير التنزل انما يكفي قبض الحاكم لو قلنا بكونه ولياً على الغائب حتى فيما لو كان الامتناع اضطرارياً . أما لو لم نقل بذلك وقلنا تختص الولاية بمورد الامتناع الاختياري فلا مجال للقول بالكفاية فيما كان الامتناع عن اضطرار .

(١) كما هو ظاهر اذ المفروض ان المبيع للمشتري والثمن للبائع ونماء كل ملك تابع للملك في الملكية والمفروض ان الفسخ من الحين لامن اول الامر كما قرر في محله .

(٢) وجه عدم الجواز ان البائع يريد الرجوع الى العين ولم يقطع النظر عن

كان ضمانه على المشتري^(١) ولا يسقط بذلك خيار البايع الا اذا كان المقصود من الخيار المشروط خصوص الخيار في حال وجود العين بحيث يكون الفسخ موجباً لرجوعها نفسها الى البائع ، لكن الغالب الاول^(٢) .

ماله ولذا جعل لنفسه الخيار فاشتراط عدم التصرف في المبيع من قبل البايع على المشتري واضح فيجب على المشتري العمل بالشرط فيحرم التصرف فيه وبما ذكرنا يظهر انه لا مجال لان يقال ان الخيار على تقدير بقاء العين ومن الظاهر ان شرط الواجب ليس واجباً فان المجهول امر ان احدهما الخيار ثانيهما ابقاء العين فلاحظ .

(١) كما هو ظاهر اذ لا وجه لان يكون ضمانه على البايع أو على شخص آخر فان ضمان كل مملوك على مالكة الا أن يقوم دليل على خلافه .

(٢) ربما يقال ان الخيار قائم بالعين فيسقط بتلف العين وفيه ان الخيار قائم بالعقد لا بالعين . ويمكن الاستدلال على سقوط الخيار بتلف العين بأن غرض البايع نوعاً أن يصون ماله بماله من الخصوصية فيسقط الخيار بتلف العين وفيه ان الاغراض والدواعي لا تؤثر في مركز الجعل فالحق أن يقال انه لا بد من لحاظ دائرة الجعل فاذا كانت دائرة الجعل تسع ما بعد التلف يكون الخيار باقياً والافلا والظاهر انه بحسب الغالب يكون الغرض متعلقاً بابقاء العين بما لها من الخصوصية ولا يبعد أن يكون الظاهر في مقام الاثبات جعل الخيار في زمان بقاء العين فلا يشمل صورة تلفها خلافاً لما في المتن ويمكن أن يقال انه لا دليل على صحة جعل الخيار بحيث يبقى بعد التلف اذ النصوص الخاصة التي مرت (*) لا تشمل هذه الصورة

(مسألة ١٧) : اذا كان الثمن المشروط رده ديناً في ذمة البايع ، كما اذا كان للمشتري دين في ذمة البايع لباعه بذلك الدين ، واشترط الخيار مشروطاً برده كفى في رده اعطاء فرد منه^(١) واذا كان الثمن عيناً في يد البائع فالظاهر ثبوت الخيار في حال دفعها للمشتري^(٢) واذا كان الثمن كلياً في ذمة المشتري فلدفع منه فرداً الى البايع بعد وقوع البيع فالظاهر كفاية رد فرد آخر في صحة الفسخ^(٣) .

(مسألة ١٨) : لو اشترى الولي شيئاً للمولى عليه بيع الخيار فارتفع حجره قبل انقضاء المدة كان الفسخ مشروطاً برد الثمن اليه ولا يكفى الرد على وليه^(٤) ولو اشترى احد الوليين كالأب ببيع الخيار

ودليل الشرط لا يكون دليلاً على اصل الصحة كما مرفلاً حظ .

(١) لا يخفى ان رد الثمن في المقام لا يمكن الا برد فرد منه اذ الكلي بما هو كلي لا يتحقق في الخارج وانما تحققه بتحقيق فرد ومصادقه وحيث ان المفروض الثمن هو الكلي الثابت في ذمة البايع فلا يبقى له وجود بعد البيع اذ نتيجة ملكية ما في النفس هو السقوط ببقاء الخيار منوط بجعله حين رد فرد من افراد ذلك الكلي والا فلا يمكن تحقق الخيار في الفرض المذكور اذ لا يعقل رد الثمن لانفسه ولا فرد منه لسقوطه بالبيع .

(٢) كما هو ظاهر لان المفروض ان الثمن تلك العين وقد فرض ردها .

(٣) فان رد الكلي برد فرد منه .

(٤) اذ الرد الى الولي من باب كونه نازلاً منزلة المولى عليه وبعد ارتفاع الحجر وصيرورته بالغا لا يكون الولي ولياً عليه فيرتفع الموضوع .

جاز الفسخ بالرد الى الولي الاخر كالجدة، الا أن يكون المشروط الرد الى خصوص الولي المباشر للشراء^(١).

(مسألة ١٩) : اذا مات البائع قبل اعمال الخيار انتقل الخيار الى ورثته فلهم الفسخ بردهم الثمن الى المشتري ويشتريون في المبيع على حساب سهامهم^(٢) ولو امتنع بعضهم عن الفسخ لم يصح للبعض الاخر الفسخ ، لافى تمام المبيع ، ولا فى بعضه^(٣) ولومات المشتري كان للبائع الفسخ برد الثمن الى ورثته^(٤).

(مسألة ٢٠) : يجوز اشتراط الخيار فى الفسخ للمشتري برد

(١) ما افاده على طبق القاعدة اذ فرض في كلامه انه لو جعل الخيار بالرد الى مطلق الولي والمفروض ان الجد ولي كالأب فيكفي الاحضار عنده كما يكفي الاحضار عند الأب فلاحظ .

(٢) لان الخيار من الحقوق والحق يورث فما افاده تمام على ما هو المقرر عندهم من ارث الخيار .

(٣) اما عدم جواز الفسخ في تمام المبيع فواضح لعدم مقتضي بل لوجود المانع اذ لايجوز التصرف في مال الغير وسلطانه وأما عدم جوازه في بعضه فلاختصاص دليل الخيار باسترجاع تمام المبيع وبعبارة اخرى في البيع الواحد خيار واحد فلامجال للتنجيز .

(٤) الذي يخطر ببالي في هذه العجالة انه لايجوز جعل الخيار الى ما بعد الموت وبعبارة اخرى دائرة الجعل اما تختص بصورة بقاء المشتري واما تشمل ما بعد وفاته واما مهملاً أما الاهمال فغير مقبول كما مر قريباً وأما في صورة الاختصاص

المبيع الى البايع^١ والظاهر منه رد نفس العين ، فلا يكفي رد البديل حتى مع تلفها^٢ الا أن تقوم قرينة على ارادة ما يعم رد البديل عند التلف^٣ كما يجوز ايضاً اشتراط الخيار لكل منهما عند رد ما انتقل اليه بنفسه أو يبدله عند تلفه^٤ .

(مسألة ٢١) : لا يجوز اشتراط الخيار في الفسخ برد البديل مع

والتيقيد فالامراظهر اذ بقاء الخيار مع التقييد خلف ومحال وأما في صورة التوسعة فيشكل الجعل لعدم المقتضي اذ دليل خيار الشرط اما السيرة واما النصوص الخاصة أما السيرة فحيث انها دليل لبي لها قدر متيقن فلا بد من الاقتصار فيها على المقدار المعلوم ولا اطلاق فيها وأما النصوص فكما ترى لا اطلاق فيها يشمل صورة فوت المشتري مضافاً الى أن العين تنتقل بالموت الى الوارث فباي مجوز يتصرف فيها البايع وبعبارة اخرى التصرف في المملوك محدود بحال الحياة وأما التصرف الواقع بعدها فلا ينفذ الا في الموارد الخاصة التي قام عليها الدليل كالتدبير والوصية على ما هو المقرر في محالها . والله العالم .

(١) النصوص الواردة في المقام تختص بالخيار برد الثمن لكن لا يبعد قيام السيرة على جواز جعل خيار الفسخ في كل من الطرفين من المشتري والبايع واذا فرض جوازه فلا اشكال في جوازه معلقاً على رد المبيع اذا مر الجعل بيد الجاعل .

(٢) والعرف بيباك والظاهر عدم مجال لانكار هذا الظهور فلاحظ .

(٣) لكن الاشكال في المقتضي وقد مر الكلام في جواز جعل الخيار مع تلف العين .

(٤) قد تقدم الاشكال في جعل الخيار مع تلف المبيع فراجع المسئلة (١٦) .

وجود العين بلافرق بين رد الثمن ورد المثل^(١) وفي جواز اشتراطه
برد القيمة في المثلي أو المثل في القيمي مع التلف اشكال، وان كان
الظاهر ايضاً العدم^(٢).

(مسألة ٢٢) : يسقط هذا الخيار بانقضاء المدة المجمولة له
مع عدم الرد^(٣) وباسقاطه بعد العقد^(٤).

الرابع : خيار الغبن . اذا باع باقل من قيمة المثل ثبت له الخيار
وكذا اذا اشترى باكثر من قيمة المثل^(٥).

(١) فان هذا الشرط خلاف المقرر الشرعي لان الفسخ يوجب انتقال كل من
العوضين الى ملك مالكة الاول فلا يمكن تبديله مع بقاءه وبعبارة اخرى مقتضى
الفسخ انتقال نفس العين الى مالكة الاول وهذا الاشتراط ينافيه فلا يصح فلاحظ .
(٢) الكلام فيه هو الكلام اذ المفروض ان بدل المثلي هو المثل فلا يجوز جعل
القيمة بدله انما الاشكال في العكس ولا يبعد أن لا يكون فيه اشكال اذ قد مر في بحث
القيمي والمثلي ان الثابت في التالف ثبوت نفس ذلك الشيء في ذمة الضامن وانما
يكفى بالقيمة في القيمي من باب انه الاقرب الى التالف وأما مع فرض امكان
المثل فلا وجه لعدم الاكتفاء به نعم في باب الغصب لا بد من رعاية القيمة بلحاظ
حديث أبي ولاد فلاحظ (* ١) .

(٣) اذ مع انقضاء المدة لا مقتضى للخيار وفي الحقيقة ليس هذا اسقاطاً ولا سقوطاً
بل ينتهي زمان الخيار .

(٤) اذ الخيار الحفي قابل للاسقاط فاذا اسقط سقط . والله العالم .

(٥) ما قيل أو يمكن أن يقال في تقريب الاستدلال على خيار الغبن وجوه : الوجه

الاول : الاجماع كما نقل عن الغنية وفيه الاشكال الساري في جميع الاجماعيات بأن المنقول منه غير حجة والمحصل منه على تقدير تحصيله محتمل المدرك فلا يكون كاشفاً تعديلاً .

الوجه الثاني : قوله تعالى لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل (* ١) بتقريب ان البيع الغبني من الاسباب الباطلة فيكون اكل المال به اكلاً بالسبب الباطل . وفيه اولا انه على هذا الاساس لازمه بطلان البيع من الاول لا الصحة وثبوت الخيار والكلام في ثبوت الخيار وعدمه . وثانياً ان البيع الغبني ليس من الاسباب الباطلة لعدم الدليل على كونه باطلاً ومقتضى اطلاق حلية البيع جوازه وصحته .

الوجه الثالث : قوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم (* ٢) وللاستدلال بالاية على المدعى تقريران : احدهما : ان المغبون لو علم بالحال لا يكون راضياً فلا تكون التجارة عن تراض . وفيه اولا ان لازمه بطلان البيع من الاول لاثبوت الخيار وثانياً ان الكراهة التقديرية لا تؤثر مع وجود الرضا الفعلي . ثانيهما ان الرضا المعتبر في التجارة هو معنى الاسم المصدري الذي له بقاء لا المعنى المصدري وحيث لا يبقى بعد تبين الغبن لا يبقى الرضا فتدخل المعاملة في المستثنى منه وتخرج عن المستثنى .

وفيه اولا ان المدار هو المعنى المصدري الذي لا بقاء له والا يلزم ثبوت الخيار له في صورة ترقى قيمة المبيع فان البائع لا يرضى بالتجارة الواقعة في هذه الصورة وهل يمكن الالتزام به ؟ وثانياً ان لازم ما ذكر بطلان البيع لاثبوت الخيار فان الرضا شرط للصحة فيلزم بطلان المعاملة من اول الامراذ الحكم تابع لموضوعه الواقعي والمفروض انه لا دوام لرضاه . وثالثاً ان لازم هذا القول عدم ثبوت الخيار

إذا كان الرضا باقياً بعد التبين والحال ان خيار الغبن ثابت ولومع بقاء الرضا غاية الامر قد يعمل له ذوالخيار واخرى لا يعمل له .

الوجه الرابع قاعدة نفى الضرر المستفادة من النصوص :

منها ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام في حديث ان رسول الله صلى الله عليه وآله قال : لا ضرر ولا ضرار (* ١) .

ومننا ما رواه عتبة بن خالد عن ابي عبد الله عليه السلام في حديث ان رسول الله صلى الله عليه وآله قال : لا ضرر ولا ضرار (* ٢) .

ومننا ما رواه زرارة عن ابي جعفر عليه السلام في حديث ان رسول الله صلى الله عليه وآله قال : لا ضرر ولا ضرار على مؤمن (* ٣) .

بتقريب ان لزوم العقد يوجب الضرر بالنسبة الى المغبون فيرفع بدليل نفيه وفيه اولا انه على تقدير تمامية الاستدلال بحسب التقريب انما يتم اذا قلنا بما قاله المشهور في مفاد القاعدة واما اذا اخترنا مسلك شيخ الشريعة في مفاد القاعدة بأن قلنا مفادها النهي لالتفى فلا يبقى لهذا الاستدلال مجال . وثانياً على فرض تسلم صحة الاستدلال بالقاعدة يكون مقتضاه فساد المعاملة لاثبوت الخيار وذلك لان الضرر حاصل بنفس العقد نعم الخيار والفسخ ورد العين يكون جابراً ودليل لا ضرر لا يفي بالجبران بل يدل على نفى الضرر ولا كلام بين الاصحاب في صحة المعاملة القينية .

الوجه الخامس النصوص الواردة في تلقى الركبان وان لهم الخيار اذا

(١) الوسائل الباب ١٧ من أبواب الخيار الحديث ٣

(٢) نفس المصدر الحديث ٤

(٣) نفس المصدر الحديث ٥

دخلوا السوق فمن تلك النصوص ما روى في عوالي اللآلي عن النبي صلى الله عليه وآله انه نهى عن تلقى الركبان وقال من تلقاها فصاحبها بالخيار اذا دخل السوق (*) (١) ومنها ما رواه السيد ابن زهرة في الغنية عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال: فان تلقى متلق فصاحب السلعة بالخيار اذا ورد السوق (* ٢) وهاتان الروايتان ضعيفتان سنداً مضافاً الى عدم دلالتهما على المدعى من ثبوت الخيار للمغبون .

الوجه السادس: جملة من النصوص منها ما رواه اسحاق ابن عمار عن ابي عبد الله عليه السلام قال : غبن المسترسل سحت (* ٣) وهذه الرواية ضعيفة بأبي جميلة مضافاً الى أنها لا تدل على خيار الغبن بل تدل على حرمة الغبن .

ومنها ما رواه ميسر عن ابي عبد الله عليه السلام قال : غبن المؤمن حرام (* ٤) وهذه الرواية لا تدل على الخيار بل تدل على حرمة الغبن فلا ترتبط بالمقام .

ومنها ما رواه ابن طاروس في كتاب (الاستشارات) عن احمد بن محمد بن يحيى قال : اراد بعض اوليائنا الخروج للتجارة فقال : لا اخرج حتى آتى جعفر بن محمد عليه السلام فأسلم عليه واستشيريه في امرى هذا وأسأله الدعاء لي قال فأتاه فقال له : يا بن رسول الله اني عزمت على الخروج الى التجارة واني آليت على نفسي ان لا اخرج حتى اذك وأستشيرك وأسألك الدعاء لي ، قال : فدعاه وقال: عليه السلام : عليك بصدق اللسان في حديثك ولا تكتم عيماً يكون في تجارتك ولا تغبن المسترسل فان غبنه لا يحل ولا ترض للناس الا ما ترضى لنفسك واعط الحق

(١) مستدرک الوسائل الباب ٢٩ من أبواب آداب التجارة الحديث : ٣

(٢) نفس المصدر الحديث ٤

(٣) الوسائل الباب ١٢ من أبواب الخيار الحديث ١

(٤) نفس المصدر الحديث ٢

وخذه ولا تخف ولا تخن، فان التاجر الصدوق مع السفرة الكرام البررة يوم القيامة واجتنب الحلف، فان اليمين الفاجرة تورث صاحبها النار، والتاجر فاجر الا من اعطى الحق وأخذه واذا عزمت على السفر او حاجة مهمة فأكثر الدعاء والاستخارة. فان أبي حدثني عن أبيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وآله كان يعلم اصحابه الاستخارة كما يعلم السورة من القرآن الحديث (١ *).

وهذه الرواية لا تدل على الخيار بل تدل على حرمة الغبن مضافاً الى كونها مرسله ولا اعتبار بالمرسلات.

ومنها ما رواه السكوني عن جعفر بن محمد عن ابيه عن آبائه عليهم السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله : غبن المسترسل ربا (٢*) وهذه الرواية تدل على حرمة الغبن لاعلى الخيار عند الغبن مضافاً الى كون سندها ضعيفاً.

ومنها ما ارسله في دعائم الاسلام عن ابي عبد الله عليه السلام انه قال : اذا باع رجل من رجل سلعة ثم ادعى انه غلط في ثمنها وقال : نظرت في بارنا مجاني فرأيت فوتاً من الثمن وغبناً بيناً قال : ينظر في حال السلعة ، فان كان مثلها يساع بمثل ذلك الثمن او يقرب منه مثل ما يتقارب الناس بمثله فالبيع جائز وان كان امراً فاحشاً وغبناً بيناً، حلف البائع بالله الذي لا اله الا هو على ما ادعاه من الغلط ان لم يكن له بينة ثم قيل للمشتري : ان شئت خذها بمبلغ القيمة وان شئت فدع (٣*) وهذه الرواية لا رسالتها لا اعتبار بها وان كانت دلالتها على المقصود لا بأس بها .

الوجه السابع الاشتراط الضمني الارتكازي بتقريب ان كل شخص عاقل في

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

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

(٣) نفس المصدر الحديث ٢

ولا يثبت هذا الخيار للمغبون اذا كان عالماً بالحال^(١)

(مسألة ٢٣) : يشترط في ثبوت الخيار للمغبون ، ان يكون التفاوت موجباً للغبن عرفاً بأن يكون مقداراً لا يتسامح به عند غالب

مقام التحفظ على ماله ففي مقام المعاملة والمبادلة يريد أن يحفظ مالية ماله في ضمن بدله فبطبيعة الحال لا يرضى بأن يبدل ماله بما يكون اقل قيمة ولا يتحقق هذا المقصود الا باحد الانحاء الثلاثة: الاول : التقييد ولا يمكن الالتزام به في الجزئي الخارجي اذ الجزئي غير قابل للتقييد .

الثاني: التعليق ولكن التعليق وان كان ممكناً عقلاً لكنه باطل شرعاً . الثالث الاشتراط بأن يشترط الخيار في صورة ظهور الغبن .

ان قلت ليس الكلام في صورة الاشتراط بل الكلام في صورة عدم الاشتراط قلت يكفي الارتكاز والتقدير والمقدر كالمذكور، ان قلت : اذا كان تخلف الداعي موجباً للخيار يلزم ثبوت الخيار في جميع موارد تخلفه وهل يمكن الالتزام به . قلت: تخلف الدواعي الشخصية لا اثر له وأما الداعي النوعي فتخلفه يؤثرو لذا يتحقق جملة من الخيارات بهذا التقريب مثلاً اذا اراد المشتري أن يشتري عبداً كاتباً واشترى عبداً بهذا العنوان فبان غير كاتب لا اشكال في ثبوت الخيار بتخلف الوصف والدليل على ثبوته ليس الا الاشتراط الارتكازي . والذي يدل بوضوح على صدق المدعى الرجوع الى العقلاء والعرف في معاملاتهم ومكاسبهم فانه لاشبهة في ثبوت الخيار في مثل هذه الموارد. والشارع الاقدس قرر هذه السيرة والطريقة وهذا احسن الوجوه واسدأ فلاحظ .

(١) والوجه فيه ظاهر اذ المدرك للخيار الاشتراط ومع العلم بالحال لا مجال للاشتراط المذكور .

الناس ، فلو كان جزئياً غير معتدبه لقلته لم يوجب الخيار^(١) وحده بعضهم بالثلث وآخر بالربع وثالث بالخمس ولا يبعد اختلاف المعاملات في ذلك ، فالمعاملات التجارية المبنية على المماكة الشديدة يكفي في صدق الغبن فيها العشر بل نصف العشر والمعاملات العادية لا يكفي فيها ذلك والمدار ما عرفت من عدم المسامحة الغالبة^(٢) .

(مسألة ٢٤) : الظاهر كون الخيار المذكور ثابتاً من حين العقد لامن حين ظهور الغبن فلو فسخ قبل ظهور الغبن صح فسخه مع ثبوت الغبن واقعاً^(٣) .

(١) اذ لو كان مما يتسامح لا يشمل الشرط الارتكازي والا يلزم الخلف . وبعبارة اخرى كونه مما يتسامح مرجعه الى عدم الاشتراط فلا وجه للخيار .

(٢) الحق كما يظهر من عبارة المنع وانه ليس قابلاً للتحديد بل يختلف موضوع الخيار باختلاف الموارد فلا بد من عدم كونه مما يتسامح واذا وصلت النوبة الى الشك فالظاهر ان مقتضى الاصل عدم ثبوت الخيار فان مقتضى عدم كون المورد من موارد الاشتراط عدم الخيار كما ان مقتضى الاستصحاب عدم ثبوت الخيار شرعاً وبعبارة اخرى مقتضى الاصل الموضوعي والحكمي كليهما عدم الخيار . اصف الى ذلك ان المستفاد من وجوب الوفاء بالعقد لزومه فلاحظ .

(٣) والوجه فيه ان الخيار ثابت بمقتضى الاشتراط الضمني والعلم بالغبن لا موضوعية له بل هو مجرد طريق الى الواقع فعلى تقدير الجهل وكون الغبن في الواقع يكون الخيار موجوداً فاذا فسخ صدر من اهله ووقع في محله فلاحظ .

(مسألة ٢٥) : ليس للمغبون مطالبة الغابن بالتفاوت وترك
الفسخ^(١) ولو بذل له الغابن التفاوت لم يجب عليه القبول بل بتخير
بين فسخ البيع من أصله وأمضائه بتمام الثمن المسمى^(٢) نعم لو تصالحا
على إسقاط الخيار بمال صح الصلح وسقط الخيار ووجب على
الغابن دفع عوض المصالحة^(٣).

يسقط الخيار المذكور بأمور : الأول : إسقاطه بعد العقد^(٤) وإن
كان قبل ظهور الغبن^(٥) ولو إسقطه بزعم كون التفاوت عشرة فتيين
كونه مائة فإن كان التفاوت بالقل ملحوظاً قيداً بطل الإسقاط وإن
كان ملحوظاً من قبيل الداعي كما هو الغالب صح وكذا الحال لو

(١) لعدم المقتضي للمطالبة وإنما له حق الفسخ .

(٢) هذا أيضاً كسابقه في عدم ما يقتضي وجوب القبول فلا يجب عليه القبول بل
له بمقتضى خياره أن يفسخ ويرد ما فيه الغبن وله أن لا يرد ويبقى المعاملة بحالها .

(٣) فإن الصلح جائز ومن ناحية أخرى حيث إن الخيار حقي يكون قابلاً للإسقاط
والظاهر من المتن فرض المصالحة على أن يسقط الخيار بنفس الصلح فيكون نظير
شرط النتيجة ويمكن التصالح على أن يسقط على نحو شرط الفعل فيكون الإسقاط
واجباً عليه كما أنه يجب على الغابن دفع عوض المصالحة .

(٤) فإن الخيار الحقي قابل للإسقاط فيسقط بإسقاط ذي الخيار .

(٥) إذا قد مر أن ثبوت الخيار تابع للغبن واقعاً فطى تقدير غبنه الخيار موجود
فقابل للإسقاط والسقوط .

صالحه عليه بمال^(١) .

الثاني : اشتراط سقوطه في متن العقد^(٢) واذا اشترط سقوطه بزعم كونه عشرة فتبين انه مائة جرى فيه التفصيل السابق^(٣) الثالث : تصرف المغبون بائعاً كان أو مشترياً فيما انتقل اليه تصرفاً يدل على الالتزام بالعقد هذا اذا كان بعد العلم بالغبن^(٤) اما لو كان قبله فالمشهور عدم السقوط به ولا يخلو من تأمل بل البناء على السقوط به لو كان دالا على الالتزام بالعقد لا يخلو من وجه^(٥) نعم اذا لم يدل على ذلك كما هو الغالب في التصرف حال الجهل بالغبن فلا يسقط الخيار به^(٦)

(١) الامر كما افاده فانه لو كان على نحو التقييد لا يسقط مع عدم القيد اذا المقيد لا ينطبق على ذلك الخيار الموجود على الفرض فلا وجه للقسوط واما ان كان بنحو الداعي فيسقط اذ المفروض انه اسقطه بلا تقييد لكن تخلف داعيه وبعبارة اخرى من مصاديق الاشتباه في الانطباق والخطاء في التطبيق .

(٢) اذا الاسقاط جائز فشرط السقوط شرط جائز فيصح ويسقط .

(٣) الكلام فيه هو الكلام والتقريب هو التقريب فلاحظ .

(٤) اذ مع فرض دلالة على الاسقاط يسقط لانه لا فرق في الاسقاط بين اللفظ

والقول .

(٥) اذا كان التصرف قبل العلم بالغبن خالياً عن قصد الاسقاط فلا يسقط على القاعدة ونقل عليه الاجماع وأما مع قصد الاسقاط فلا وجه لعدم السقوط والمفروض ان الخيار لا يشترط بالعلم بالغبن كما مر فيمكن اسقاطه ولو مع عدم العلم به .

(٦) كما هو ظاهر فان الاسقاط من الامور الانشائية ويحتاج الى الدلالة عليه

في مقام الاثبات .

ولو كان متلفاً للعين أو مخرجاً لها عن الملك أو مانعاً عن الاسترداد كالاستيلاء^(١) .

(مسألة ٢٦) : إذا ظهر الغبن للبائع المغبون ففسخ البيع فإن كان المبيع موجوداً عند المشتري استرده منه^(٢) وإن كان تالفاً بفعله أو بغير فعله رجع بمثله ، إن كان مثلياً وبقيمته إن كان قيمياً^(٣) وإن وجدته معيباً بفعله أو بغير فعله أخذه مع ارش العيب^(٤) وإن وجدته خارجاً عن ملك المشتري بأن نقله إلى غيره بعقد لازم كالبيع والهبة المعوضة أولدي الرحم ، فالظاهر أنه يحكم بالتالف فيرجع عليه بالمثل أو القيمة^(٥) وليس له إلزام المشتري بإرجاع العين بشرائها أو

(١) إذا الخيار متعلق بالعقد ومع تلف العين حقيقة أو حكماً أو عدم قابلية رجوع العين لأوجه لسقوط الخيار كما في المتن .

(٢) فإنه بعد الفسخ يرجع كل من العوضين إلى مالكة الأولى فاسترداد المبيع مع بقاءه عند المشتري على طبق القاعدة الأولى .

(٣) بمقتضى قاعدة اليد والاقدام فإن المشتري أقدم على كون ذلك المبيع عليه والمفروض وصوله إليه ووقوعه تحت سلطته فيكون مضموناً في يده وعليه إذا انفسخ العقد لا بد من تداركه على فرض تلفه فإن كان مثلياً يجب المثل والأفالقيمة على ما هو الميزان في باب الضمان .

(٤) بمقتضى ضمان اليد فإنه يجب على الضامن التدارك فيجب عليه الارش

(٥) فإن التلف الحكمي في حكم التلف الحقيقي .

استيها بها^(١) بل لا يبعد ذلك لو نقلها بمقد جاز كالهبة والبيع بخيار فلا يجب عليه الفسخ وارجاع العين^(٢) بل لو اتفق رجوع العين اليه باقالة أو شراء أو ميراث أو غير ذلك بعد دفع البذل من المثل أو القيمة لم يجب عليه دفعها الى المغبون^(٣) نعم لو كان رجوع العين اليه قبل دفع البذل وجب ارجاعها اليه^(٤) وأولى منه في ذلك لو كان رجوعها اليه قبل فسخ المغبون^(٥) بلافراق بين أن يكون الرجوع بفسخ العقد

(١) اذ لا وجه للالزام فانه بعد الفسخ يكون المبيع باقياً في ملك من ملكه بالاشتراء أو الهبة أو بسبب آخر والفاسخ يملك ما تلف في ذمة من عليه الخيار وحيث لا يكون عنده لا يلزم الا بالمثل أو القيمة .

(٢) الكلام فيه هو الكلام فانه لا وجه للالزام .

(٣) اذ بعد برائة الضامن لامقتضى لاشتغال ذمته بنفس العين .

(٤) لان المفروض ان ما في ذمته ينطبق على العين فهي بنفسها مملوكة لذي الخيار الذي فسخ العقد ولما انجر الكلام الى هنا اقول الذي يخلج ببالى القاصر في هذه العجالة أن يقال ان العين المضمونة اذا تلفت وتنتقل ماهيتها الشخصية الى ذمة الضامن فاذا فرض تحقق تلك العين عند الضامن تكون مملوكة للمالك وعلى هذا الاساس يتوجه سؤال في المقام وهو انه ما الوجه في عدم وجوب ارجاع العين مع الامكان مثلاً اذا كان الضامن ضامناً للمثل أو القيمة ولم يكن عنده أليس واجباً عليه ان يقدم ويجده ويسلمه الى الطرف وما الفرق بين المقامين ولذا لو نقله بناقل لازم ويمكنه الارجاع يجب .

(٥) اذ بعد الفسخ تصير العين مملوكة للفاسخ بلافصل زمني لانه مع وجود العين لا يكون مجال لانتقال شيء آخر اليه ولا مقتضى لاشتغال ذمة الغائب .

السابق وأن يكون بعقد جديد فانه يجب عليه دفع العين نفسها الى الفاسخ المغبون^(١) ولا يجتزى بدفع البذل من المثل أو القيمة^(٢) وإذا كانت العين باقية عند المشتري حين فسخ البائع المغبون لكنه قد نقل منفعتها الى غيره بعقد لازم كالأجارة اللازمة أو جائز كالأجارة المشروطة فيها الخيار لم يجب عليه الفسخ أو الاستقالة مع امكانها^(٣) بل يدفع العين وارث النقصان الحاصل بكون العين مسلوقة بالمنفعة مدة الاجارة^(٤).

(مسألة ٢٧): اذا فسخ البائع المغبون وكان المشتري قد تصرف في المبيع تصرفاً مغيراً له فاما أن يكون بالنقبصة أو بالزيادة أو بالامتراج بغيره ، فان كان بالنقبصة اخذ البائع المبيع من المشتري مع ارش النقبصة^(٥) وان كان بالزيادة فاما أن تكون الزيادة صفة محضة كطحن الحنطة وصياغة الفضة وقصارة الثوب. واما أن تكون صفة مشوبة بالعين كصبغ الثوب واما أن تكون عيناً غير قابلة للفصل كسمن

(١) فانه لا وجه للفرق اذ الميزان كون العين في يد من فسخ العقد عليه .

(٢) اذ مع وجود نفس العين لاتصل النوبة الى البذل ولا وجه له .

(٣) لوحدة الملاك والتقريب هو التقريب .

(٤) اذ المفروض ان العين باقية في يده فترجع الى مالكة الاولى غاية الامر تكون مسلوقة بالمنفعة فيجبر بالارش فلاحظ .

(٥) اذ المفروض ان اليد يد ضمان كما تقدم ومع العيب لا بد من دفع الارش وهذا ظاهر .

الحيوان ونمو الشجرة أو قابلية للفصل كالثمرة والبناء والغرس والزرع فان كانت صفة محضه أو صفة مشوبة بالعين فان لم تكن لها مالية لعدم زيادة قيمة العين بها فالمبيع للبائع ولا شيء للمشتري^(١) وكذا ان كانت لها مالية ولم تكن بفعل المشتري كما اذا اشترى منسة عصي عوجاء فاعتدلت أو خلا قليل الحمولة فزادت حموضته^(٢) وان كانت لها مالية وكانت بفعل المشتري فلكون الصفة للمشتري وشركته مع الفاسخ بالقيمة وجه^(٣) ولكنه ضعيف والظاهر انه لا شيء للمشتري^(٤) وان كانت الزيادة عيناً فان كانت غير قابلة للانفصال كسمن الحيوان ونمو الشجرة فلا شيء للمشتري ايضاً^(٥) وان كانت قابلة للانفصال

(١) اذ المفروض ان عين المبيع موجودة فترجع الى مالكة الاول بالفسخ ولا شيء للمشتري لعدم مقتضى ومقتضى الاصل عدم ثبوت شيء له .

(٢) الامر كما افاده لعدم ما يقتضي ثبوت شيء للمشتري ومقتضى الاصل عدمه .

(٣) لا يبعد أن يكون الوجه فيه انه ان كان بفعله يثبت له حق .

(٤) لعدم دليل على الشركة في المالية فان المشتري مالك للمبيع وبالفسخ يرجع المبيع الى مالكة الاول ولا مقتضى لثبوت شيء للمشتري كما في المتن .

(٥) اذ مع عدم قابلية الانفصال كسمن الحيوان أو نمو الشجر يكون المبيع ذلك الشيء الاول . وبعبارة اخرى مملوك واحد والمفروض انه يرجع بالفسخ الى مالكة الاول وان شئت قلت المبيع هو الذي انتقل من البائع الى المشتري ولم يتغير بل هو غاية الامر التغير في بعض احواله وصفاته فهو يرجع الى مالكة ولا وجه لثبوت شيء للمشتري .

كالصوف واللبن والشعر والثمر والبناء والزرع كانت الزيادة للمشتري^(١) وحيث أن لم يلزم من فصل الزيادة ضرر على المشتري حال الفسخ كان للبائع الزام المشتري بفصلها كاللبن والثمر^(٢) بل له ذلك وإن لزم الضرر على المشتري من فصلها^(٣) وإذا أراد المشتري فصلها فليس للبائع منعه عنه^(٤) وإذا أراد المشتري فصل الزيادة بقطع الشجرة أو الزرع أو هدم البناء فحدث من ذلك نقص على الأرض تداركه ، فعليه طم الحفرة وتسوية الأرض ونحو ذلك^(٥) وإن كان

(١) والحق ما أفيد إذ المفروض أن المبيع نفس الحيوان وأما لبنة فهو من حين حدوثه ملك للمشتري وله وجود ممايز عن الحيوان ومثله ثمرة الشجرة و البناء والزرع فتكون الأمور المذكورة كلها للمشتري ولا وجه لرجوعها إلى البائع .

(٢) كما هو ظاهر إذ المفروض أن الفسخ يوجب رد المبيع إلى البائع فله الزام المشتري بإفراغ ملكه عن مملوكة وهذا واضح ظاهر والمفروض عدم لزوم الضرر .

(٣) لا يبعد أن يكون الوجه فيه تعارض ضرر المشتري بضرر البائع الناشئ عن منعه من سلطانه وبعدها تعارض والتساقط تصل النوبة إلى الرجوع إلى تسلط الناس على أموالهم المتسالم عليه عند القوم. هذا على القول المشهور في مفاد القاعدة وأما على مسلك كون مفاد القاعدة النهي كما هو منذهب شيخ الشريعة فلا تصل النوبة إلى هذا التقريب كما هو ظاهر فلاحظ .

(٤) إذ لا يجوز لأحد منع الآخر عن التصرف في ماله .

(٥) لأن الخراب الحادث في الملك بفعل المشتري وعليه إصلاحه ولقائل أن

بالامتزاج بغير الجنس فحكمه حكم التالف بضمنه المشتري ببدله من المثل أو القيمة سواء عد المبيع مستهلكاً عرفاً كامتزاج ماء الورد المبيع بالماء وامثال ذلك أم لم يعد مستهلكاً بل عد موجوداً على نحو المزج مثل خلط الخل بالعسل أو السكر فإن الفاسخ بفسخه يملك الخل مثلاً، والمفروض انه لا وجود له وانمسا الموجود طبيعة ثالثة حصلت من المزج فلا مناص من الضمان بالمثل أو القيمة^(١) بل الحال كذلك في الخلط بهجنسه كخلط السمن بالسمن سواء كان الخلط به مثله أو كان بالاجود والارداً فإن اللازم بعد الفسخ رد شخص المبيع فإن لم يمكن من جهة المزج وجب رد بدله من المثل أو القيمة^(٢).

يقول ان لم يعد الخراب الحادث عيباً في المبيع فلا مقتضى لمطالبة المشتري بشيء. اذ المفروض ان المشتري تصرف في ملكه والمفروض ايضاً رجوع المبيع على ما هو عليه الى البائع بالفسخ والتغير الحاصل فيه لا يوجب نقصاناً في العين . وان كان الخراب كحفر الارض عيباً وعد نقصاً يجب على المشتري تداركه بالارض فعلى كلا التقديرين لوجه لوجوب طم الحفر على المشتري الا أن يقال ان مقتضى القاعدة الاولى ارجاع العين الى الحالة الاولى بلا فرق بين تلف العين وتلف بعض صفاته والله العالم .

(١) الظاهر ان ما افاده تام اذ في صورة الاستهلاك لا يبقى موضوع للمبيع كي يرجع بالفسخ الى البائع وأما في صورة المزج بغير الجنس فايضاً لوجه للشركة اذ المفروض ان المبيع غير باق . وبعبارة اخرى يشترط في الرجوع بقاء الصورة النوعية العرفية والمفروض انتفائها بالمزج فلا موضوع للرجوع .

(٢) بتقريب ان تحقق الشركة يتوقف على امتزاج احد المملوكين بالآخر

(مسألة ٢٨) : اذا فسخ المشتري المغبون وكان قد تصرف في المبيع تصرفاً غير مسقط لخياره لجهله بالغبن ، فتصرفه ايضاً تارة لا يكون مغيراً للعين واخرى يكون مغيراً لها بالنقص أو الزيادة أو بالمزج ، وتأتي فيه الصور المتقدمة وتجرى عليها احكامها . وهكذا لو فسخ المشتري المغبون وكان البائع قد تصرف في الثمن أو فسخ البائع المغبون وكان هو قد تصرف في الثمن تصرفاً غير مسقط لخياره فان حكم تلف العين ونقل المنفعة ونقص العين وزيادتها ومزجها بغيرها وحكم سائر الصور التي ذكرناها هناك جارها على نهج واحد^(١) .

(مسألة ٢٩) : الظاهر ان الخيار في الغبن ليس على الفور فلو أخر انشاء الفسخ عالماً عامداً لانتظار حضور الغابن أو حضور من يستشير في الفسخ وعدمه ونحو ذلك من الاغراض الصحيحة لم يسقط خياره فضلاً عما لو أخره جاهلاً بالغبن أو بثبوت الخيار للمغبون أو غافلاً عنه أو ناسياً فيجوز له الفسخ اذا علم او التفت^(٢) .

والمفروض ان الامتزاج حصل قبل الفسخ فلا مقتضي للاشتراك بعده وان شئت قلت : تحقق الشركة يتوقف على صيرورة المبيع ملكاً للبائع والحال ان صيرورته ملكاً للبائع بالامتزاج وهذا دور . وبعبارة ثالثة بعد الفسخ يرجع المبيع الى ملك الفاسخ وفي المقام لا يمكن رجوعه لمكان الامتزاج ورجوعه على نحو الاشتراك لا مقتضي له فما افيد تام والله العالم .

(١) الكلام فيه الكلام طابق النعل بالنعل فلاحظ .

(٢) لعدم ما يقتضي الفورية فلا وجه للسقوط اذا اخر الفسخ وبعبارة اخرى

(مسألة ٣٠): الظاهر ثبوت خيار الغبن في كل معاملة مبنية على المماكسة صلحا كانت أو اجارة او غيرهما^(١).

(مسألة ٣١): اذا اشترى شيئين صفقة بثمانين كعبد بعشرة و فرس بعشرة وكان مغبوناً في شراء الفرس جاز له الفسخ^(٢) ويكون للبائع الخيار في بيع العبد^(٣).

(مسألة ٣٢): اذا تلف ما في يد الغابن بفعله أو بأمر سماوي وكان قيمياً ففسخ المغبون رجع عليه بقيمة التالف وفي كونها قيمة زمان التلف أو زمان الفسخ أو زمان الاداء وجوه اقواها الثاني^(٤)

المدرک لخيار الغبن كما مر الاشتراط الضمني للخيار فلامجال لان يقال ان الخيار علي خلاف مقتضى وجوب الوفاء بالعقد فلايد من الاقتصار على القدر المتيقن فان مقتضى الاشتراط حدوث الخيار وبقائه الى زمان الاسقاط باحد المسقطات أو اعماله وعليه لاوجه لاطالة الكلام في هذا المقام ومن اراد التفصيل فليراجع ما ذكرناه في هذا المقام (* ١) .

(١) كما هو ظاهر فان حكم الامثال واحد وملاك ثبوته سار في جميع الموارد وهو الاشتراط الضمني الارتكازي والله العالم .

(٢) اذ المفروض تحقق عقدين وبيعين غاية الامر وقوعهما بانشاء واحد فلكل واحد منهما حكمه فعلى فرض تحقق الغبن في احدهما يثبت فيه خيار الغبن .

(٣) لتبعض الصفقة كما هو المفروض .

(٤) بتقريب ان الفسخ من الحين وفي ذلك الوقت تشتغل ذمة الغابن فالميزان بزمان الفسخ ويمكن أن يقال ان العين بنفسها في الذمة كما مر منافي المباحث

ولو كان التلف باتلاف المغبون لم يرجع عليه بشيء^(١) ولو كان باتلاف اجنبي ففي رجوع المغبون بعد الفسخ على الغابن أو على الاجنبي أو بتخير في الرجوع على احدهما وجوه اقواها الاول: ويرجع الغابن على الاجنبي^(٢) وكذا الحكم لو تلف ما في يد المغبون ففسخ بعد التلف فانه ان كان التلف بفعل الغابن لم يرجع على المغبون بشيء، وان كان بآفة سماوية أو بفعل المغبون أو بفعل اجنبي رجع على المغبون بقيمة يوم الفسخ ورجع المغبون على الاجنبي ان كان هو المتلف^(٣) وحكم تلف الوصف الموجب للارش حكم تلف العين^(٤).

الخامس: خيار التأخير. اطلاق العقد يقتضي أن يكون تسليم كل من العوضين فعلياً فلو امتنع احد الطرفين عنه اجبر عليه فان لم

السابقة وعليه يكون الميزان بيوم الاداء فلاحظ.

(١) اذ قرار الضمان عليه فلامجال لرجوعه الى غيره.

(٢) اذ المفروض ان الغابن يملك العوض في ذمة المتلف وبعد الفسخ حيث ان المفروض تلف العين يملك الفاسخ البديل في ذمة الغابن ولاوجه لرجوعه على المتلف فلاوجه للتخير كما انه لاوجه لتعيين الرجوع على المتلف بل المتعين الرجوع على الغابن. نعم الغابن يرجع على المتلف لانه أتلف ماله ومملوكه، فلاحظ.

(٣) الكلام هو الكلام والتقريب هو التقريب فلاوجه للاعادة فتأمل وطبق ما قلناه على المقام ايضاً.

(٤) فان حكم الامثال واحد.

يسلم كان للطرف الآخر فسخ العقد^(١) بل لا يبعد جواز الفسخ عند الامتناع قبل الاجبار ايضاً^(٢) ولا يختص هذا الخيار بالبيع بل يجري في كل معاوضة^(٣) ويختص البيع بخيار وهو المسمى بخيار التأخير، ويتحقق فيما اذا باع سلعة ولم يقبض الثمن ولم يسلم المبيع حتى يجيء المشتري بالثمن فانه يلزم البيع ثلاثة ايام فان جاء المشتري بالثمن فهو أحق بالسلعة والا فللبائع فسخ البيع^(٤).

(١) الظاهر ان المدرك لهذا الخيار الاشتراط الارتكازي الضمني الجاري بين العرف والعقلاء وهذا أحد مصاديق خيار الشرط وبعبارة اخرى لاشبهة في أن تسليم كل من العوضين واجب فلو امتنع عن التسليم يجوز اجباره فان لم يسلم يكون للطرف الآخر الخيار وهذا حكم عقلائي امضاه الشارع.

(٢) اذ لا يبعد أن يكون دائرة الشرط واسعاً بمعنى ان مفاد الشرط جعل الخيار عند عدم تسليم ما خرج عن ملكه ودخل في ملك غيره فلا يتوقف على الامتناع المسبوق بالاجبار.

(٣) لجريان هذا الشرط الضمني الارتكازي في كافة المعاضات.

(٤) ما يمكن أن يستدل به على المدعى وجوه : الوجه الاول : الاجماع وفيه ما فيه.

الوجه الثاني : قاعدة نفي الضرر بتقريب ان البائع لا يجوز له التصرف في المبيع لكونه ملكاً للمشتري ويكون تلفه عليه لان التلف قبل القبض على البائع والمفروض انه لم يقبض الثمن . وفيه اولاً : ان حديث لا ضرر على فرض اثباته الخيار لا ينطبق على القيود المذكورة في هذا الخيار . وثانياً انه على فرض تمامية الاستدلال انما يتم على المسلك المشهور في مفاد القاعدة واما على مسلك شيخ

الشرعية فلا .

الوجه الثالث : النصوص الخاصة الواردة في المقام . وهي العمدة : منها ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : قلت له : الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده ، فيقول : حتى آتيك بشئ ، قال : ان جاء فيما بينه وبين ثلاثة ايام والا فلا بيع له (* ١) .

ومنها ما رواه عبد الرحمن بن الحجاج قال : اشتريت محملاً فأعطيت بعض ثمنه وتركته عند صاحبه ، ثم احتبست اياماً ثم جئت الى بايع المحمل لاخذته ، فقال : قد بعته فضحكت ثم قلت : لا والله لا أدعك أو اقاضيك ، فقال لي : ترضى بأبي بكر بن عياش ؟ قلت : نعم ، فأتيته فقصصنا عليه قصتنا ، فقال أبو بكر : يقول من تريد ان اقضى بينكما ؟ يقول صاحبك أو غيره ؟ قال قلت : يقول صاحبي ، قال : سمعته يقول : من اشترى شيئاً فجاء بالثمن مما بينه وبين ثلاثة ايام والا فلا بيع له . (* ٢) .

ومنها ما رواه اسحاق بن عمار عن عبد صالح عليه السلام قال : من اشترى بيعاً فمضت ثلاثة ايام ولم تجيء فلا بيع له . (* ٣) .

والاحتمالات المتصورة في هذه النصوص ثلاثة : الاول : أن يكون القبض شرطاً في صحة البيع فان لم يتحقق القبض في الثلاثة يكون البيع باطلاً من الاول . الثاني : انه لو لم يتحقق القبض يتحقق الخيار للبائع كما هو المدعى في المقام . الثالث انه لو لم يتحقق القبض في الثلاثة يبطل البيع بعد الثلاثة .

(١) الوسائل الباب ٩ من أبواب الخيار الحديث ١

(٢) نفس المصدر الحديث ٢

(٣) نفس المصدر الحديث ٤

إذا عرفت ذلك فاعلم ان الاحتمال الاول خلاف الظاهر اذ لا اشكال في أن العرف لا يفهم من هذه الروايات ان البيع باطل من اول الامر والا كان التصرف للبائع جازياً من اول الامر مع الشك في القبض أو القطع بعدمه . أما مع القطع بعدم فظاهر واما مع الشك ، فيمقتضى الاستصحاب الاستقبالي . وأما الاحتمال الثالث فهو الظاهر من نصوص الباب اذ مفاد الروايات نفى الموضوع فمعناه اما نفى الحكم بنفى الموضوع اى لا يصح بعد الثلاثة واما يكون المراد من لفظ البيع المبيع اى لا مبيع له . والنتيجة واحدة وفهم المشهور من الروايات نفى اللزوم بالنسبة الى البائع بأن المراد انه ليس للمشتري بعد الثلاثة أن يقبض الثمن ويقبض المبيع بل الامر بيد البائع فان له الخيار اذا شاء يفسخ واذا شاء يمضي لا يكون حجة نعم ربما يقال كما قيل : ان نفى البيع بالنسبة الى المشتري وحده لا يمكن لان قوام البيع بطرفيه فيكون المراد نفى اللزوم بالنسبة الى البائع .

وفيه ان نفى البيع من طرف يدل على البطلان من الطرف الاخر ايضا لان قوام البيع بطرفيه وهذا التعبير الواقع في النصوص لا يدل على الصحة من الطرف الاخر كى يلزم حمل قوله عليه السلام على خلاف الظاهر ونقول المراد من الروايات نفى اللزوم من طرف البائع فان اللقب لامفهوم له مضافاً الى حديث على بن يقطين انه سأل أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يبيع البيع ولا يقبضه صاحبه ولا يقبض الثمن ، قال : فان الأجل بينهما ثلاثة ايام فان قبض يبعه والا فلا بيع بينهما (* ١) .

فان المذكور في هذا الحديث لفظ التثنية قال عليه السلام والا فلا بيع بينهما فغاية ما في تلك النصوص عدم الدلالة على البطلان لكن يكفي هذا الحديث لاثبات

ولو تلفت السلعة كانت من مال البائع سواء أكان التلف في الثلاثة^(١) أم بعدها حال ثبوت الخيار^(٢)

البطلان ولو اغمض عما ذكر قلنا بالتعارض بينهما فالترجيح بالاحدية مع ما يدل على البطلان فالنتيجة هو البطلان . اللهم الا أن يكون في المقام اجماع تعبدى كشف عن الصحة وثبوت الخيار للبائع . وأما الاحتمال الثاني فقد ظهر مما ذكرنا انه لا يمكن الالتزام به والله العالم .

(١) ما يمكن أن يستدل به على المدعى وجوه الاول الاجماع وحاله في الاشكال ظاهر . الثاني ما ارسل عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال : كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه (* ١) وهذه الرواية لا اعتبار بها سنداً وعمل المشهور بها على فرض تحققه لا يفيد كما مر مراراً .

الثالث ما رواه عتبة بن خالد عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل اشترى متاعاً من رجل واوجبه غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه ، قال : آتيك غداً انشاء الله ، فسرقت المتاع من مال من يكون ؟ قال : من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته ، فاذا أخرجه من بيته فالمتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله اليه (* ٢) وهذه الرواية ضعيفة سنداً .

(٢) استدل عليه بوجوه الاول الاجماع وفيه ما فيه . الثاني : النبوى المتقدم واورد فيه بأن قاعدة التلف قبل القبض تعارضها قاعدتان اخريان الاولى : قاعدة التلازم بين النماء والدرك المستفادة من أن المخرج بالضمآن (* ٣) .

الثانية قاعدة ان التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له ، المستفادة من النص

(١) مستدرک الوسائل الباب ٩ من أبواب الخيار

(٢) الوسائل باب ١٠ من أبواب الخيار ، الحديث : ١

(٣) المبسوط كتاب البيوع

وبعد سقوطه^(١) .

(مسألة ٣٣) : الظاهر ان قبض بعض الثمن كلاقبض وكذا قبض بعض المبيع^(٢) .

(مسألة ٣٤) : المراد بالثلاثة ايام: الايام البيض^(٣) ويدخل فيها

لاحظ ما رواه ابن سنان يعنى عبدالله قال : سألت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري الدابة أو العبد ويشترط الى يوم أو يومين فيموت العبد والدابة أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك ؟ فقال : على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري (* ١) .

وما رواه ايضاً عن ابي عبدالله عليه السلام في حديث قال: وان كان بينهما شرط اياماً معدودة فهلك في يد المشتري قبل أن يمضي الشرط فهو من مال البائع (* ٢) . وفيه ان القاعدة الاولى اعم من النبوي فتخصص به مضافاً الى أنه لا مدرك معتبر لها . وأما الثانية فغير جارية في المقام لأمور : منها انها تختص بخياري الحيوان والشرط ومنها انها تختص بما بعد القبض كما يستفاد من نصوصها ومنها ان موردها تلف ما انتقل الى من له الخيار وفي المقام ليس كذلك .

(١) للاجماع وللنبوي فلاحظ .

(٢) والوجه فيه ان الحكم مترتب في النصوص على عدم قبض الثمن والمبيع والمفروض عدم تحققه ويدل على المدعى ما رواه ابن الحجاج (* ٣) .

(٣) لم يظهر لي مراد الماتن من هذا التقييد وكيف كان المستفاد من النصوص ثلاثة ايام .

(١) الوسائل الباب ٥ من أبواب الخيار الحديث ٢

(٢) الوسائل الباب ٨ من أبواب الخيار الحديث ٢

(٣) لاحظ ص ٧٦

البلتان المتوسطتان دون غيرهما ويجزي في اليوم الملقق كما تقدم في مدة خيار الحيوان^(١) .

(مسألة ٣٥) : يشترط في ثبوت الخيار المذكور عدم اشتراط تأخير تسليم احد العوضين والا فلا خيار^(٢) .

(مسألة ٣٦) : لا اشكال في ثبوت الحكم المذكور فيما لو كان المبيع شخصياً^(٣) وفي ثبوته اذا كان كلياً في الدمة قولان فالاحوط وجوباً عدم الفسخ بعد الثلاثة الا برضى الطرفين^(٤) .

(١) بعين التقريب الذي ذكرناه في خيار الحيوان بالنسبة الى الثلاثة فان كلا المقامين من باب واحد من هذه الجهة .

(٢) العدة في مدرك هذا الحكم انصراف نصوص الباب عن صورة اشتراط التأخير في احد العوضين قال الشيخ الاعظم الانصاري قدس سره : الثالث : عدم اشتراط تأخير تسليم احد العوضين لان المتبادر من النص غير ذلك فيقتصر في مخالفة الاصل على متصرف النص مع انه في الجملة اجماعي انتهى .

وفي المقام اشكال وهو انه ما المراد من اشتراط تأخير الثمن فانه لو كان المراد منه انه يكون للمشتري هذا الحق ولومع مطالبة البايع يكون الشرط على خلاف المقرر الشرعي فلا يصح وان كان المراد ان المشتري يشترط على البايع عدم المطالبة فهذا الشرط صحيح لكن هذا شرط الفعل فلو عصى البايع ومطالبه يجب على المشتري الدفع والتسليم اذ الحق الوضعي باق بحاله الا أن يقال : ان السيرة جارية على الاشتراط على النحو الاول ولم تردع من قبل الشارع والله العالم .

(٣) فانه لا اشكال فيه نصاً وفتوى فلاحظ .

(٤) ما يمكن أن يقال في وجه الاختصاص امور : الاول الاجماع وفيه ما فيه .

(مسألة ٣٧) : ما يفسده المبيت مثل بعض الخضر والبقول واللحم في بعض الاوقات يثبت الخيار فيه عند دخول الليل فاذا فسخ جاز له أن يتصرف في المبيع كيف شاء^(١)

الثاني قاعدة نفى الضرر اذ الضرر متوجه في صورة كون المبيع شخصياً والا فلا وفيه مضافاً الى امكان تصور توجه الضرر حتى فيما كان المبيع كلياً اذ قد سبق ان المدرك للحكم النصوص الخاصة وأما القاعدة فلا تكون مدرك الحكم .

الثالث : الاستظهار من نصوص المقام فنقول أما حديث زرارة فلا اشكال في ظهوره في العين الشخصية فان قوله « يدعه عنده » صريح أظهار في العين الشخصية كما هو ظاهر واضح وأما حديث ابن الحجاج فهو كذلك ايضاً والعرف ببابك وأما حديث ابن يقطين فافاد الشيخ قدس سره بأن اطلاق البيع على المبيع باعتبار كون العين في معرض البيع فالمراد بالعين الشخصية وربما يقال : بأن الاطلاق يلحظ الأول والمشاركة فلا فرق بين العين الشخصية والكلي من هذه الجهة فالنتيجة عدم الاختصاص اذ لاتنافي بين المثبتين وما يسدل على جريان الخيار في العين الشخصية لمفهوم له كي يقيد به اطلاق حديث ابن يقطين ولكن الجزم بالاطلاق في حديث ابن يقطين مشكل فلولم يكن ظاهراً في الشخصي فلاقل من الاجمال فيختص الحكم بالعين الشخصية وفي الكلي لابد من الاحتياط كما في المتن .

(١) قد اجاد الماتن في تعبيره بقوله ما يفسده المبيت وقد ذكرنا في الدورة السابقة على ما في كلام المقرر من أن المتاع لو فرض فساد في اليوم فلا اثر للخيار في الليل اعم من أن يكون الدليل النص أو قاعدة لاضرر ولذا ما افاده في الدروس من كون هذا الخيار خيار ما يفسده المبيت متين فلا بد أن يكون المراد باليوم مجموع اليوم والليل ويكون المراد بالفساد الاشراف عليه لانه لا يتحققه .

وكيف كان ما يمكن ان يستدل به على المدعى امور: الاول النص الخاص
لاحظ ما ارسله محمد بن أبي حمزة أو غيره عن ذكره عن أبي عبد الله « او -
يب » وأبي الحسن عليهما السلام في الرجل يشتري الشيء الذي يفسد من يومه
ويتركه حتى يأتيه بالثمن قال ان جاء فيما بينه وبين الليل بالثمن والا فلا يبيع
له (١*) . وهذا الرواية مخدوشة سنداً بالارسال وأما من حيث الدلالة فلا يبعد أن
تكون دالة على انفساخ البيع وبطلانه بقاء لاعلى الخيار .

ولاحظ ما ارسله الصدوق : عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال :
العهد فيما يفسده من يومه مثل البقول والبطيخ والفواكه يوم الى الليل (٢*) «
وهذه رواية مرسله ولا اعتبار بالمرسلات فلا تصل النوبة الى ملاحظة دلالتها وما يظهر
من صاحب الوسائل قدس سره من كونها رواية مسندة الظاهر انه اشتباه منه كما
يظهر من نقل الرواية مرسله في بابي الخامس والتاسع فلاحظ .

الثاني قاعدة نفى الضرر فانها تقتضي الخيار اذا للزوم يوجب الضرر بالنسبة
الى البايع وفيه انه انما يتم الاستدلال بالقاعدة على المسلك المشهور في مفادها
من كونها حاكمة على الاحكام وأما على مسلك شيخ الشريعة قدس سره من كون
مفادها النهي فلا يتم .

الثالث : الاشتراط الارتكازي الضمني فان مقتضاه الخيار لكن مقتضى الشرط
الارتكازي تحقق الخيار عند التأخير وأما كونه محدوداً بالحد المخصوص فلا يتم
بالشرط فلاحظ .

(١) الوسائل الباب ١١ من أبواب الخيار الحديث ١

(٢) الوسائل الباب ١١ من أبواب الخيار الحديث ٢

ويختص هذا الحكم بالمبيع الشخصي^(١) .

(مسألة ٣٨) يسقط هذا الخيار باسقاطه بعد الثلاثة^(٢) وفي سقوطه باسقاطه قبلها^(٣)

(١) كما هو ظاهر اذ الفساد في الكلي لا يتصور .

(٢) بلا اشكال فان الخيار الشخصي يسقط باسقاط ذي الحق

(٣) لا يعد أن يكون وجه الاشكال ان الاسقاط في الثلاثة من مصاديق اسقاط ما لم يجب وهو لا يجوز ويمكن أن يجاب عن هذا الاشكال بأن اسقاط ما لم يجب لاشكال فيه الامن ناحية التعليق وبطلان التعليق مستند الى الاجماع والاجماع دليل لبي والقدر المتيقن منه غير المقام .

نعم الاسقاط على وجه التنجيز لا يجوز اذ لا واقع له وبعبارة اخرى الاسقاط امر تعلقي لا بد أن يتعلق بشيء والمفروض انه لا متعلق له بانفعل فلا يعقل التنجيز فيه . وعلى الجملة : الاشكال من ناحية التعليق ولادليل على بطلانه الا أن يقال : ليس الكلام في المانع بل الكلام في المقتضي بتقريب : ان كل ممكن ثبوتي لا يمكن اثباته بل يحتاج في مقام الاثبات الى الدليل فيسأل من انه اي دليل دل على جواز اسقاط ما لم يجب قبل تحققه وثبوته .

ويمكن توجيه الجواز بوجوه : الوجه الاول : ان العقد سبب للخيار والمفروض انه تحقق في الخارج فيجوز اسقاط الخيار الذي يوجد بعده . وفيه : ان وزان الاحكام الشرعية وزان الموضوعات والاحكام ولا مجال فيها للسببية والمسببية فلا ترتبط بذلك الباب مضافاً الى أن السببية التامة لم توجد بعد على الفرض والاشكال في أنه ما الدليل على جواز الاسقاط قبل ثبوت الخيار .

الوجه الثاني : جواز اشتراط سقوطه في ضمن العقد فالجواز في المقام

وباشتراط سقوطه في ضمن العقد اشكال والظاهر السقوط^{١)}

بالاولوية . وفيه : انه لو كان المدرك للجواز هناك الاجماع لكن لادعاء الاولوية وجه وأما لو كان المدرك دليل جواز الشرط فالاشكال جار هناك أيضاً فلا يتم المدعى في الاصل فكيف بالفرع .

الوجه الثالث : ان الخيار وان كان بعد الثلاثة لكن مبدأ تحققه من حين تحقق العقد اذ من حين العقد يجب على المشتري دفع الثمن والخيار بلحاظ تأخير الدفع وعدم تسليم الثمن فمرجع اسقاط الخيار الى اسقاط حقه عن المطالبة وحق المطالبة حق فعلي قابل للاسقاط . ويرد عليه : اولاً : ان كون حق المطالبة قابلاً للاسقاط اول الكلام ولقائل أن يقول : انه لادليل على هذه الدعوى . وثانياً : ان حق المطالبة لا يرتبط بحق الخيار وكل واحد منهما أمر في قبال الآخر فاشكال اسقاط ما لم يجب بحاله . وثالثاً : ان اسقاط حق المطالبة لا يوجب سقوط الخيار اذ الخيار لا يترتب على صورة وجود حق المطالبة بل يترتب على عدم تسليم الثمن أهم من أن يكون عن حق كما لو اسقط حق المطالبة أم لا عن حق .

الوجه الرابع ان هذا الخيار بلحاظ الاشتراط الضمني وليس بالتعبد الشرعي كخيارى الحيوان والمجلس نعم الشارع تصرف في مورده وحدوده ولا يبعد ان الشارط يملك حقاً على المشروط عليه وهذا الحق فعلي مثلاً لو باع زيد من عمرو كتاباً واشترط عليه أن يحج عن أبيه في الموسم أو اشترط عليه خياطة ثوبه بعد شهر هل يمكن أن يقال : انه لا يمكن أن يتجاوز الشارط عن حقه . وبعبارة اخرى هذا الحق فعلي وهذه الملكية حاصلة فلا يكون داخلاً في اسقاط ما لم يجب . والحاصل : انه لا يبعد أن يقال : ان المورد لا يكون تحت تلك الكبرى بل الحق فعلي ويتجاوز الشارط عن حقه ويسقطه فلا حظ .

(١) تارة يشترط سقوطه في ضمن عقد آخر بعد تحقق العقد الخيارى واخرى

والظاهر عدم سقوطه ببذل المشتري الثمن بعد الثلاثة قبل فسخ

الباب ١١

يشترط سقوطه في نفس العقد الخياري أما الشق الأول فالظاهر انه لا مانع منه اذ قد مر جواز الاسقاط وهذا من مصاديقه . وأما الشق الثاني فإتمامه بالدليل مشكل اذ المفروض عدم ثبوته بعد والمفروض عدم تحقق العقد كى يقال : يتجاوز عن حقه بالشرط الا أن يرجع اشتراط سقوطه الى عدم اشتراط ثبوته .

وبعبارة اخرى : يتجاوز عن الشرط الارتكازي وعلى هذا يشكل بأن الخيار بعد الثلاثة تعبدى شرعى فاشتراط عدمه خلاف المقرر الشرعى . هذا بحسب القاعدة الاولى وأما بلحاظ النص الخاص فيمكن الالتزام بالجواز لاحظ ما رواه سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن رجل كان له أب مملوك وكانت لايه امرأة مكاتبه قد أدت بعض ما عليها فقال لها ابن العبد هل لك أن اعينك في مكاتبتك حتى تؤدي ما عليك بشرط أن لا يكون لك الخيار على أبي إذا أنت ملكت نفسك قالت : نعم فاعطاها في مكاتبتها على أن لا يكون لها الخيار عليه بعد ذلك قال : لا يكون لها الخيار المسلمون عند شروطهم (* ١) .

فان الاستفادة من هذه الرواية جواز اشتراط سقوط الخيار الذي يتحقق بعد ذلك والظاهر انه بحسب الفهم العرفي لا فرق بين الموارد فاذا جاز هذا الشرط في مورد جاز في جمع الموارد الا أن يقال : ان المفروض في المقام اشتراط سقوط الخيار في نفس العقد وفي ذلك الباب يشترط سقوطه في عقد آخر فلا وجه للتعدي وهذا الاشكال لا دافع له فالجزم بالجواز مشكل والله العالم .

والذي يهون الخطب انه قد مر منا ان الاستفادة من نصوص الباب البطلان بعد الثلاثة لا ثبوت الخيار والله العالم .

(١) اذلاوجه للسقوط وان شئت قلت : كما أن الثبوت يحتاج الى الدليل كذلك

ولا بمطالبة البايع للمشتري بالثمن^(١) نعم الظاهر سقوطه بأخذه الثمن منه بعنوان الجرى على المعاملة^(٢) لا بعنوان العارية أو الوديعة^(٣) وبكفى ظهور الفعل في ذلك ولو بواسطة بعض القرائن^(٤) .

(مسألة ٣٩) : في كون هذا الخيار على الفور أو التراخي قولان اقوامهما الثاني^(٥) السادس: خيار الرؤية : ويتحقق فيما لو رأى شيئاً ثم اشتراه فوجده على خلاف مسار آه أو اشترى موصوفاً غير

السقوط يحتاج اليه .

(١) الكلام فيها هو الكلام فان مطالبة الثمن لا يقتضي سقوط الخيار .
(٢) مجرد أخذ الثمن بعنوان الجرى على المعاملة لا يقتضي سقوط الخيار اذا لاتنافي بين الامرين بل يمكن أن يكون الاخذ غافلاً عن الخيار أوجاهلاً . وعلى الجملة: لا نرى وجهاً للسقوط بمجرد الاخذ نعم اذا قصد الاسقاط بالاخذ ولو بمعونة القرينة بحيث يكون أخذه مصداقاً للاسقاط يسقط بلا اشكال لان الاسقاط الفعلي كالاسقاط القولي .

(٣) اخذ الثمن بعنوان العارية أو الوديعة انما يتصور في الثمن الكلي وأما في الثمن الشخصي فلامجال له لان الثمن ملك للبايع فلا يتصور فيه العارية أو الوديعة وفي الثمن الكلي اذا قصد بالدفع تسليم الثمن فكيف يمكن أخذه بعنوان العارية أو الوديعة واذا قصد احد العنوانين فلا يمكن أخذه بعنوان الثمن والله العالم .

(٤) كما هو ظاهر فان الاسقاط الفعلي كاسقاط القولي وقد مر منا آنفاً .

(٥) لا وجه للفورية اذ على تقدير كون المدرك له النصوص الخاصة فمقتضى اطلاقها التراخي وان كان المدرك لاشتراط الضمني فالامر كذلك اذ الفورية تحتاج الى الدليل ويتوقف على القصد والجعل على النحو الكذائي .

مشاهد فوجده على خلاف الوصف فان للمشتري الخيار بين الفسخ والامضاء^(١).

(١) ما يمكن أن يستدل به على المدعى وجوه : الوجه الاول : الاجماع . وحال هذه الاجتماعات في الاشكال ظاهر فان المنقول منه غير حجة والمحصل منه على فرض تحققه لاحتمال المدركة لا يكون حجة وكاشفاً تعدياً عن رأى المعصوم عليه السلام .

الوجه الثاني : قاعدة لا ضرر بتقريب : ان لزوم العقد ضرري فيرفع القاعدة وفيه : اولاً : انه يتم الاستدلال على فرض تمامية التقريب على مسلك المشهور وأما على مذهب شيخ الشريعة فلا يتم . وثانياً : انه على فرض الضرر يكون المشتري مغبوناً فيكون له الخيار بدليل خيار الغبن والحال ان خيار الرؤية في قبال بقية الخيارات مضافاً الى أن الضرر يوجب بطلان العقد من اول الامر لا ثبوت الخيار بعد فرض صحته .

الوجه الثالث : النصوص : منها : ما رواه جميل بن دراج قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ضيعة وقد كان يدخلها ويخرج منها فلما أن نقد المال صار الى الضيعة فقلبها « ففتشها به » ثم رجع فاستقال صاحبه فلم يقله فقال أبو عبد الله عليه السلام : انه لو قلب « قبلها - به » منها ونظر الى تسعة وتسعين قطعة ثم بقي منها قطعة ولم يرها لكان له في ذلك خيار الرؤية (* ١) .

وفي هذه الرواية لادلالة على كشف الخلاف الموجب للخيار بل فيها دلالة على عدم ما يقتضي الفسخ لان المشتري استقال صاحبه ولم يقله ومقتضى كشف الخلاف الفسخ بلحاظ الانتكاز العرفي والاشتراط الدائر في العرف فيحتمل أن يكون المراد من الرواية ان المشتري نظر الى المبيع قبل البيع ولكن لم ينظر الى جميع

الضيعة بل نظر الى تسعة وتسعين قطعة منها فمقدار من المبيع كان مجهولاً والمركب من المعلوم والمجهول يكون مجهولاً فيكون البيع غريباً فيكون باطلاً فالمراد بالخيار الاختيار في تجديد البيع ورفع اليد عنه فلا يرتبط بالمدعى . ويحتمل أن يكون النظر الوارد في الرواية النظر بعد البيع وأما قبله فلم ينظر ومن الظاهر ان النظر بعد البيع لا يوجب الخيار . مضافاً الى أن الخيار المبحوث عنه في المقام خيار الرؤية لا خيار عدم الرؤية .

ويحتمل أن يكون المراد من عدم الرؤية الوارد في الحديث عدم الوجدان اي لم يجد قطعة منها فيكون الخيار خيار تبعض الصفقة ويكون على القاعدة لكن لا يرتبط بالمقام . وعلى الجملة لا تكون الرواية دليلاً على ثبوت خيار الرؤية على جميع التقادير .

ومنها: ما رواه زيد الشحام قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى سهام القصابين من قبل أن يخرج السهم فقال: لا تشتر شيئاً حتى تعلم أين تخرج السهم فان اشترى شيئاً فهو بالخيار اذا خرج (* ١) .

وتقريب الاستدلال بالرواية: انه لو خرج السهم المشاع على خلاف ما وصفه البائع يكون للمشتري خيار الرؤية والظاهر - والله العالم - ان هذه الرواية لا ترتبط بخيار الرؤية المبحوث عنه في المقام فان الظاهر من صدر الحديث النهي عن اشتراء السهم قبل خروجه . وبعبارة اخرى: يرشد عليه السلام الى فساد العقد والامر كذلك على القاعدة لان السهم قبل خروجه لا يكون ملكاً فعلياً للشريك فليس له بيعه فالاشتراء باطل فالمراد بالذيل الوارد في الحديث ان المشتري مختار في الاشتراء الجديد وعدمه ويحتمل كما في كلام المحقق الشهيدي قدس سره أن يكون المراد

من الاشتراء ارادته اي اذا أراد الشراء فله ذلك بعد ما خرج السهم . وان أبيت وقلت : ان الظاهر من الخيار المذكور في الحديث الخيار الاصطلاحي قلت : على هذا الفرض يكون الخيار المذكور خياراً مستقلاً قبال بقية الخيارات ولا يرتبط بخيار الرؤية لعدم الدليل عليه فعلى جميع التقادير لا تكون الرواية من ادلة خيار الرؤية .

ومنها : ما رواه منهل القصاب قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : أشتري الغنم أو يشتري الغنم جماعة ثم يدخل داراً ثم يقوم « رجل خ » على الباب فيعد واحداً واثنين وثلاثة وأربعاً وخمساً ثم يخرج السهم قال : لا يصلح هذا انما تصلح السهام اذا عدلت القسمة (* ١) .

وهذه الرواية لا ترتبط بالمقام مضافاً الى كون سندها ضعيفاً فان منهل لم يوثق . الوجه الرابع : الاشتراط الارتكازي فان مقتضاه شرط الخيار عند تخلف الوصف والظاهر انه لا شبهة في ثبوت الخيار عند العرف والعلاء فان المشتري لو كان في مقام اشتراء العبد الكاتب والبايع وصف العبد الفلاني بالكتابة فاشتراه على هذا الاساس لم يكن اشكال عند العرف في كون المشتري ذا خيار عند كشف الخلاف وتخلف الوصف عند الرؤية أو التوصيف عند البيع فهذا الاشتراط ارتكازي فيصح لدليل جواز جعل الخيار فيصح اشتراطه بعد فرض جوازه كما مر في خيار الشرط وهذا هو العمدة في دليل هذا الخيار .

ولتوضيح المدعى نقول : لا اشكال في صحة اشتراط الخيار في ضمن العقد بالسيرة العقلانية الممضاة عند الشارع فعليه لا يتوجه اشكال ان دليل نفوذ الشرط لا يكون مشرعاً فلا بد من صحة الشرط في الرتبة السابقة ووجه عدم توجه الاشكال ان اشتراط

(مسألة ٤) : لا فرق في الوصف الذي يكون تخلفه موجباً للخيار بين وصف الكمال الذي تزيد به المالية لعموم الرغبة فيه وغيره إذا اتفق تعلق غرض للمشتري به سواء أكان على خلاف الرغبة العامة مثل كون العبدامياً لا كاتباً ولا قارئاً أم كان مرغوباً فيه عند قوم ومرغوباً عنه عند قدم آخرين مثل اشتراط كون القماش أصفر لا أسود^١.

(مسألة ٤١) : الخيار هنا بين الفسخ والرد وبين ترك الفسخ وامساك العين مجاناً وليس لذي الخيار المطالبة بالارش وترك الفسخ^٢ كما أنه لا يسقط الخيار ببذل البايع الارش ولا بإبدال العين بعين أخرى واجدة للوصف^٣.

(مسألة ٤٢) : كما يثبت الخيار للمشتري عند تخلف الوصف يثبت للبائع عند تخلف الوصف إذا كان قد رأى المبيع سابقاً فباعه بتخييل

الخيار جاز مع قطع النظر عن دليل الشرط فلاحظ .

- (١) فإن حكم الامثال واحد . وبعبارة أخرى : المناط في تحقق الخيار هو الاشتراط الارتكازي والمفروض تحققه في هذه الموارد كلها فلا وجه للفرق .
- (٢) الأمر كما أفاده إذ لا وجه لاخذ الارش بعد عدم الدليل عليه ومقتضى الفسخ انفساخ العقد فعلى تقدير الفسخ يرجع كل من العوضين الى مالكه الاول وعلى تقدير الامضاء لا مقتضى لمطالبة الارش .

(٣) فانه لا وجه للسقوط اذ كما لا مقتضى في طرف المشتري في الزامه البايع لاخذ الارش كذلك لا مقتضى في طرف البايع لالزامه المشتري بقبول الارش أو التبديل .

انه على ما رآه فتبين خلافه أو باعه بوصف غيره فانكشف خلافه^(١).
(مسألة ٤٣) : المشهور ان هذا الخيار على الفور ولكن الاقرب
عدمه^(٢).

(مسألة ٤٤) : يسقط هذا الخيار باسقاطه بعد الرؤية هل قبلها
وبالتصرف بعد الرؤية اذا كان دالا على الالتزام بالعقد وكذا قبل
الرؤية اذا كان كذلك وفي جواز اشتراط سقوطه في ضمن العقد
وجهان اقواهما ذلك فيسقط به^(٣).

(مسألة ٤٥) : مورد هذا الخيار بيع العين الشخصية ولا يجري
في بيع الكلي فلو باع كلياً موصوفاً ودفع الى المشتري فرداً فاقداً
للو وصف لم يكن للمشتري الخيار وانما له المطالبة بالفرد الواجد
للو وصف^(٤) نعم لو كان المبيع كلياً في المعين كما لو باعه صاعاً من

(١) لعين الملاك فان الشرط الارتكازي المدرك لهذا الخيار يكون في طرف
البائع كما يكون في طرف المشتري كما أن الامر كذلك لو تخلف وصف الثمن
عما تعاقد عليه .

(٢) فانه لا وجه لفوريته بعد ما سبق من كون المدرك لاشتراط الارتكازي الضمني
وليس المدرك الاجماع أوقاعدة لاضرر كي يكون مجالا للبحث .

(٣) قد تقدم البحث حول هذه الفروع سابقاً فلا وجه للاعادة .

(٤) اذ كشف الخلاف يتصور في الامر الخارجي وأما الكلي فلامعنى لانكشف
الخلاف فيه فان البيع اذا وقع على العبد الكاتب على النحو الكلي وفي مقام الوفاء
دفع عبداً غير كاتب لا ينطبق عليه المبيع فللمشتري مطالبته بدفع الكاتب ولا خيار له.

هذه الصبرة الجيدة فتبين الخلاف كان له الخيار^(١) .

السابع خيار العيب: وهو فيما لو اشترى شيئاً فوجد فيه عيباً فان له الخيار بين الفسخ برد المعيب وامضاء البيع^(٢) .

(١) اذ يتصور فيه كشف الخلاف كالعين الشخصية كما انه يتصور كشف الخلاف في الكلي المشاع .

(٢) اجماعاً محصلاً ومحكياً مستفيضاً صريحاً وظاهراً - هكذا في الجواهر - والظاهر انه لا مجال للاشكال فان ثبوت خيار العيب في الجملة مورد التسالم ومن الامور الواضحة وهذا بنفسه حجة لمدعي الخيار وربما يستدل بقاعدة لا ضرر كما استدل بها على الخيار في غير المقام لكن الظاهر عدم قيام القاعدة لاثبات المدعى أما على مسلكنا من كون مفاد القاعدة النهي لا النفي فظاهر وأما على المسلك المشهور في مفاد القاعدة فعلى تقدير تمامية الاستدلال بها يكون مقتضاه بطلان البيع اذ الضرر ناش من المعاملة والخيار يتداركه وقاعدة لا ضرر لا تنفي باثبات التدارك.

ويمكن الاستدلال على المدعى بجملة من النصوص منها: ما عن فقه الرضا عليه السلام: وروى في الرجل يشتري المتاع فيجده عيباً يوجب الرد فان كان المتاع قائماً بعينه رد على صاحبه وان كان قد قطع أو خبط أو حدث فيه حادثة رجع فيه بنقصان العيب على سبيل الارش وقال في موضع آخر فان خرج في السلعة عيب وعلم المشتري فالخيار اليه ان شاء رد وان شاء أخذه أورد عليه بالقيمة ارش العيب الى آخره (* ١) . ولا اعتبار بهذا الكتاب لعدم ثبوت انتسابه اليه عليه السلام .

ومنها: مرسل جميل عن احدهما عليهما السلام في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد فيه عيباً فقال: ان كان الشيء قائماً بعينه رده على صاحبه وأخذ الثمن وان

فان لم يمكن الرد جازاه الامساك والمطالبة بالارش^(١).

كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب (* ١) . والمرسل لا اعتبار به .

ومنها : ما رواه عمر بن يزيد قال : كنت أنا وعمر بالمدينة فباع عمر جراباً هروياً كل ثوب بكذا وكذا فأخذه فافتموه فوجدوا ثوباً فيه عيب فقال لهم عمر اعطيكم ثمنه الذي بعتمكم به قالوا : لا ولكننا نأخذ منك قيمة الثوب فذكر ذلك عمر لابي عبد الله عليه السلام فقال : يلزمه ذلك (* ٢) .

والظاهر ان هذه الرواية تامة سنداً ودلالة على المدعى اذ يستفاد من الحديث انه يجوز رد الثوب المعيوب فاذا رد ثبت خيار تبعض الصفقة فيجوز رد جميع الثياب فاذا لم يرد البايع رد الجميع يكون عليه دفع تمام قيمة الثوب كي لا يرد اليه جميع ما باعه .

وبعبارة واضحة : يمكن للمشتري رد جميع الثياب المشتراة اذا لعيب يوجب الرد فاذا رد المعيب وحده تبعض الصفقة ويثبت الخيار من هذه الجهة فاذا اراد البايع أن لا يردوا جميع الثياب يلزمه أن يرد جميع قيمة الثوب والا يجوز لهم رد جميع الثياب والبايع لا يريد ذلك فلاحظ . ويمكن الاستدلال على المدعى بالاشتراط الضمني العقلاني الممضى عند الشارع الاقدس .

(١) لا اشكال في أن ظهور العيب في السلعة يقتضي جواز الرد وأخذ الارش في الجملة انما الاشكال في أن الامرين في عرض واحد أو أخذ الارش مترتب على مورد لا يمكن الرد - كما في المتن - وما يمكن أن يقال في وجه التخيير بين الامرين .

(١) الوسائل الباب ١٦ من أبواب الخيار الحديث ٣

(٢) نفس المصدر الحديث ١

امور : الامر الاول ماعن الفقه الرضوي (* ١) وهذه الرواية لا اعتبار بها سنداً بل استناد الكتاب الى الرضا عليه السلام اول الكلام والاشكال .

الامر الثاني : ان اخبار الرد مطلقة بالنسبة الى تمام الثمن المنطبق على الفسخ والى رد جزء منه المنطبق على أخذ الارش . ويرد عليه اولاً : ان الظاهر من اخبار الرد رد الثمن بتمامه . وبعبارة اخرى : يستفاد من تلك الاخبار فسخ البيع من رأسه وثانياً : ان هذا البيان انما يتم على تقدير كون الرد في الارش من عين الثمن والحال ان الامر ليس كذلك بل الارش يجوز أن يكون من غير الثمن . وثالثاً : يستفاد من بعض النصوص التفكيك بين الرد وأخذ الارش بأن المبيع ان كان قائماً بعينه يرد وان لم يكن قائماً بعينه يؤخذ الارش والتقسيم قاطع للشركة لاحظ حديث جميل (* ٢) .

ورابعاً : ان وصف الصحة لا يقابل بالمال بل يؤثر في زيادة قيمة السلعة كما ان العيب يؤثر في نقصانها . الامر الثالث : ان الخيار معلول للعيب فلو كان المبيع معيباً يثبت للمشتري الخيار بين الامرين ولكن حيث ان حق الرد ضعيف يسقط بالتصرف ويبقى حق الارش . وفيه : ان هذا التقريب لا بأس به ثبوتاً لكن الاشكال في مقام الاثبات والدلالة .

الامر الرابع : ان المستفاد من النصوص ان حق الارش يثبت بالتصرف اعم من أن يكون التصرف قبل العلم بالعيب أو بعده ويعد بنظر العرف أن يكون الوطىء مثلاً موجبا للاحق آخر . وبعبارة اخرى : مناسبة الحكم والموضوع تقتضي أن يكون حق الارش في عرض حق الرد غاية الامر بالتصرف يسقط الثاني ويبقى الاول .

(١) لاحظ ص ٩٢

(٢) لاحظ ص ٩٢

.

وفيه: ان هذا التقريب استحساني ذوقي وليس تحته شيء فلا بد من ملاحظة نصوص الباب والعمل بما يستفاد منها .

فنفول - وعلى الله التوكل والتكلان - : من النصوص التي يمكن الاستدلال بها على المدعى ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : ايما رجل اشترى شيئاً وبه عيب وعوار لم يتبرأ اليه ولم يبين له فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً ثم علم بذلك العوار وبذلك الداء انه يمضى عليه البيع ويرد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به (* ١) وهذه الرواية ضعيفة بموسى بن بكر . ومنها : ما أرسله جميل (* ٢) والمرسل لا اعتبار به ومنها ما رواه عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام انه سأل عن رجل ابتاع ثوباً فلما قطعه وجد فيه خروفاً ولم يعلم بذلك حتى قطعه كيف القضاء في ذلك ؟ قال : اقبل ثوبك والافهاى صاحبك بالرضا وخفض له قليلاً ولا يضرك ان شاء الله فان أبى فاقبل ثوبك فهو أسلم لك ان شاء الله (* ٣) . وهذه الرواية ضعيفة بعقبة .

ومنها : النصوص التي تدل على أن الامة التي اشترت اذا انكشف فيها عيب غير الجبل بعد الوطىء لا ترد بل يثبت الارش لاحظ ما رواه ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال : قال علي السلام : لا ترد التي ليست بحبلى اذا وطأها صاحبها ويوضع عنه من ثمنها بقدر عيب ان كان فيها (* ٤) وغيره مما ورد في الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب من الوسائل .

(١) الوسائل الباب ١٦ من أبواب الخيار الحديث : ٢

(٢) لاحظ ص ٩٢

(٣) المصدر السابق الحديث ٤

(٤) الوسائل الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب الحديث : ١

وهذه الروايات واردة في مورد خاص ولادلالة فيها على عموم الحكم . اذا عرفت ما تقدم فاعلم ان النصوص الواردة في الخيار وأحكام العيب على طوائف : الطائفة الاولى ما يدل على الرد بلا تعرض للارش لاحظ ما رواه عمر بن يزيد (* ١) . وما رواه ابن فضال عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال : ترد الجارية من أربع خصال : من الجنون والجذام والبرص والقرن القرن الحذبة الا انها تكون في الصدر تدخل الظهر وتخرج الصدر (* ٢) .

وما رواه أبوهمام قال : سمعت الرضا عليه السلام يقول : يرد المملوك من أحداث السنة من الجنون والجذام والبرص فقلت كيف يرد من أحداث السنة ؟ قال : هذا أول السنة فاذا اشتريت مملوكا به شيء من هذه الخصال ما بينك وبين ذى الحجة رددته على صاحبه فقال له محمد بن علي : فالأباق ؟ قال : ليس الاباق من ذا الآن يقيم البينة انه كان ابق عنده (* ٣) .

وما رواه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال في حديث : وعهده يعني الرقيق السنة من الجنون فما بعد السنة فليس بشيء (* ٤) .

وما رواه علي بن أسباط عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال : سمعته يقول : الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري وفي غير الحيوان أن يتفرقا وأحداث السنة ترد بعد السنة قلت : وما أحداث السنة ؟ قال : الجنون والجذام والبرص والقرن فمن اشترى فحدث فيه هذه الاحداث فالحكم أن يرد على صاحبه الى تمام السنة من

(١) لاحظ ص ٩٣

(٢) الوسائل الباب ٢ من أبواب أحكام العيوب الحديث ١

(٣) نفس المصدر الحديث ٢

(٤) نفس المصدر الحديث ٣

.

يوم اشتراه (* ١) .

وما رواه الكليني قال: وروي عن يونس أيضاً ان المهددة في الجنون والجذام

والبرص سنة (* ٢) .

وما رواه ايضاً قال: وروى الوشاء ان المهددة في الجنون وحده الى سنة (* ٣) .

وما رواه ابن فضال عن أبي الحسن الثاني عليه السلام قال: في أربعة أشياء

خيار سنة : الجنون والجذام والبرص والقرن (* ٤) .

وما رواه داود بن فرقد قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى

جلدية مدركة فلم تحض عنده حتى مضى لها ستة أشهر وليس بها حمل فقال : ان

كان مثلها تحبض ولم تكن ذلك من كبر فهذا عيب ترد منه (* ٥) .

وما رواه ميسر عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قلت له : رجل اشترى زق

زيت فوجد فيه دودياً قال : فقال : ان كان يعلم ان ذلك يكون في الزيت لم يرده

وان لم يكن يعلم ان ذلك يكون في الزيت رده على صاحبه (* ٦) .

وما رواه أبو صادق قال : دخل أمير المؤمنين عليه السلام سوق النمارين فاذا

امراً قائمة تبكي وهي تخاصم رجلاً تماراً فقال لها: مالك؟ فقالت: يا أمير المؤمنين

اشتريت من هذا تمرأ بدينهم وخرج اسفله ردياً ليس مثل الذي رأيت قال : فقال:

رد عليها فأبى حتى قالها ثلاثاً فأبى فعلاه بالدرة حتى رد عليها وكان يكره أن

(١) نفس المصدر الحديث : ٤

(٢) نفس المصدر الحديث : ٥

(٣) نفس المصدر الحديث : ٦

(٤) نفس المصدر الحديث : ٧

(٥) الوسائل الباب ٣ من أبواب أحكام العيوب

(٦) الوسائل الباب ٧ من أبواب أحكام العيوب الحديث : ١

يجل التمر (* ١) .

الطائفة الثانية ما يدل على ثبوت الارش اذا أحدث في المعيب حدث لاحظ ما رواه زرارة (* ٢) وما رواه جميل (* ٣) والحديثان ضعيفان سنداً أما الاول فبموسى بن بكر وأما الثاني فبالارسال .

الطائفة الثالثة ما يدل على أن احداث الحدث في المعيب يسقط الرد بلاتعرض للارش لاحظ ما رواه عقبة بن خالد (* ٤) . وهذه الرواية ضعيفة سنداً بعقبة بن خالد .

الطائفة الرابعة: ما يدل على أن الامة اذا ظهر فيها عيب بعد الوطىء غير الجبل لم ترد بل يثبت للمشتري الارش لاحظ ما رواه ابن سنان (* ٥) وما رواه طلحة بن زيد عن أبي عبدالله عليه السلام قال قضى امير المؤمنين عليه السلام في رجل اشترى جارية فوطأها ثم وجد فيها عيباً قال : تقوم وهي صحيحة وتقوم وبها الداء ثم يرد البايع على المبتاع فضل ما بين الصحة والداء (* ٦) .

وما رواه منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل اشترى جارية فوقع عليها قال: ان وجد بها عيباً فليس له أن يردّها ولكن يرد عليه بقيمة (بقدر يب) ما نقصها العيب قال : قلت : هذا قول على عليه السلام ؟ قال : نعم (* ٧) .

(١) نفس المصدر الحديث : ٢

(٢) لاحظ ص : ٩٥

(٣) لاحظ ص : ٩٢

(٤) لاحظ ص : ٩٥

(٥) لاحظ ص : ٩٥

(٦) الوسائل الباب ٤ من أبواب أحكام الميوب الحديث : ٢

(٧) نفس المصدر الحديث : ٣

وما رواه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام أنه سأل عن الرجل يتناع الجارية فيقع عليها ثم يجدها عيباً بعد ذلك قال: لا يردّها على صاحبها ولكن تقوم ما بين العيب والصحة فيرد على المبتاع معاذ الله أن يجعل لها اجراً (*) (١) .

وما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : كان علي بن الحسين عليه السلام لا يرد التي ليست بحلي إذا وطأها وكان يضع له من ثمنها بقدر عيبها (*) (٢) .

وما رواه عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : أيما رجل اشترى جارية فوقع عليها فوجد بها عيباً لم يردّها ورد البايع عليه قيمة العيب (*) (٣) .

وما رواه حماد بن عيسى قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : قال علي بن الحسين عليه السلام : كان القضاء الأول في الرجل إذا اشترى الأمة فوطأها ثم ظهر على عيب أن البيع لازم وله ارش العيب (*) (٤) .

وما رواه محمد بن ميسرة عن أبي عبد الله 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 اجراً (*) (٥) .

الطائفة الخامسة ما يدل على أن المشتري إذا وطئ الجارية المشتراة ثم علم بحملها يجوز له ردها ما يقابل وطئها لاحظ ما رواه ابن سنان قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية حلي ولم يعلم بحملها فوطأها قال :

(١) نفس المصدر الحديث : ٤

(٢) نفس المصدر الحديث : ٥

(٣) نفس المصدر الحديث : ٦

(٤) نفس المصدر الحديث : ٧

(٥) نفس المصدر الحديث : ٨

ولافرق بين المشتري والبايع فلو وجد البايع عيباً في الثمن كان له الخيار المذكور^١ .

يردها على الذي ابتاعها منه ويرد معها نصف عشر قيمتها لنكاحها إياها الحديث (* ١) : وما رواه عبد الملك بن عمير (عمرو خ ل) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا ترد التي ليست بحبلى إذا وطأها صاحبها وله ارش العيب وترد الحبلى ويرد معها نصف عشر قيمتها (* ٢) وغيرها مما ورد في الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب من الوسائل .

الطائفة السادسة: ما يدل على سقوط الرد بامتزاج المبيع بغيره وثبوت الارش لاحظ ما رواه السكوني عن جعفر عن أبيه ان علياً عليه السلام قضي في رجل اشترى من رجل عكة فيها سمن احنكرها حكرة فوجد فيها ربا فخاصمه الى علي عليه السلام فقال له علي عليه السلام: لك بكيل الرب سمناً فقال له الرجل: انما بعته منك حكرة فقال له علي عليه السلام: انما اشترى منك سمناً ولم يشتر منك ربا (* ٣) .

وهذه الرواية ضعيفة سنداً بالنوفلي بل وغيره فالنتيجة انه ليس في النصوص المعتبرة ما يدل على أنه لو كان المبيع معيباً يجوز رده الا اذا أحدث فيه حادث فتصل النوبة الى الارش وقد ظهر مما ذكرنا ان الجمع بين الروايات ايضاً لا يقتضي هذا التفصيل وعليه لابد من اتمام الامر بالتسالم والاجماع فتأمل .

(١) لاشكال في عموم الحكم ان كان المدرك الاشتراط الارتكازي أو كان قاعدة نفي الضرر لوحدة التقريب كما انه لاشكال في الاختصاص ان كان المدرك الاجماع

(١) الوسائل الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٢

(٣) الوسائل الباب ٧ من أبواب أحكام العيوب الحديث : ٣

(مسألة ٤٦) : يسقط هذا الخيار بالالتزام بالعقد بمعنى اختيار عدم الفسخ ومنه التصرف في المعيب تصرفاً يدل على اختيار عدم الفسخ^(١).

لان القدر المتيقن منه ثبوت الحكم في طرف المشتري وأما ان كان المدرك النصوص فما يمكن أن يقال في وجه التعميم امور :

الامر الاول: ان للموضوع المأخوذ في الدليل عنوان الاشتراء لاحظ حديث رزاة ومرسل جميل (* ١) والاشتراء كما يستعمل في مقام الشراء يستعمل في مقام البيع فمقتضى الاطلاق عموم الحكم. وفيه: انه على فرض صحة المدعى لاشكال في أن المستفاد من الدليل بيان حكم المبيع المعيب والعرف بيباك وبعبارة اخرى: مقتضى الظهور العرفي كذلك مضافاً الى ضعف السند في كلا الحديثين .

الامر الثاني: ان الأدلة وان كانت ظاهرة في المبيع ولكن هذا لاجل الغلبة حيث ان الغالب في الاثمان النقود والعيوب بحسب الغالب في الامتعة وأما في النقود فاقبل قليل وهذا وجه التقييد والافالحكم عام وفيه : اولاً : ان الظهور حجة وحمله على الغالب لدليل عليه وبعبارة اخرى: لدليل على عموم الحكم مع عدم شمول الدليل لمحل النزاع . وثانياً : كون الغالب في الاثمان النقود في هذه الازمنة وان كان غير قابل للانكار لكن كون الغالب كذلك في زمانهم عليهم السلام فغير مسلم فلاحظ .

الامر الثالث: ان الأدلة وان كانت مختصة بالمبيع الا اننا نقطع بعموم الحكم. وفيه ما فيه وادعاء هذه الدعوى جزاف محض مع الاعتراف بكون التعديلات مرجعها الى أهلها والله العالم .

(١) كما هو ظاهر وقد مر الكلام في تقريره . وعلى الجملة الخيار الحقيقي قابل

موارد جواز طلب الارش :

لا يجوز فسخ العقد بالعيب وانما يتعين جواز المطالبة بالارش في موارد : الاول : تلف العين . الثاني : خروجها عن الملك ببيع أو عتق أو هبة أو نحو ذلك الثالث : التصرف الخارجى فى العين الموجب لتغيير العين مثل تفصيل الثوب وصبغه وخیاطته ونحوها الرابع : التصرف الاعتباري اذا كان كذلك مثل اجارة العين ورهنها . الخامس : حدوث عيب فيه بعد قبضه من البايع ففى جميع هذه الموارد ليس له فسخ العقد برده^(١) .

للاستقاطقولا وفعلا فان كان مراد الماتن من اختيار عدم الفسخ اسقاط الخيار يسقط وان كان مراده ان مجرد اختيار عدم الفسخ في مقام العزم والبناء يوجب سقوط الخيار فالامر ليس كذلك .

(١) الماتن تعرض في المقام لفروع ينبغي جعل كل واحد منها مورد البحث وبيان حكمه حسب ما يستفاد من الادلة .

الفرع الاول : انه لو تلف العين تلفاً حقيقياً يسقط خيار العيب ويتعين جواز اخذ الارش وما يمكن أن يستدل به على المدعى وجوه : الوجه الاول : الاجماع وحاله في الاشكال ظاهر الا أن يكون الامر عندهم بمرحلة من الظهور بحيث لا يكون قابلاً للاشكال . الوجه الثاني : مرسل جميل (* ١) فان المستفاد من هذه الرواية ان العين اذا كانت قائمة بعينها يجوز الرد والا يكون له الارش . والمرسل لا اعتبار به .

الوجه الثالث: ان المستفاد من جملة من النصوص ان الموضوع لهذا الخيار عنوان الرد وقد سبق ذكر أكثر الروايات في ذيل مسألة ٤ في شرح قوله «السابع خيار العيب» الى آخره فراجع ولاحظ الباب ٦ من أبواب أحكام العيوب من الوسائل. والظاهر ان هذا الوجه لا بأس للاستدلال به على المدعى فان المستفاد من هذه النصوص ان الموضوع عنوان الرد ومع عدم امكانه لاموضوع له هذا بالنسبة الى الرد وأما بالنسبة الى أخذ الارش فقد مر الاشكال في عدم دليل على الكبرى الكلية بأن نقول: كلما سقط حق الرد ثبت حق أخذ الارش نعم الحكم في الجملة مستفاد من النصوص الا أن يتم المدعى بالتسالم والاجماع .

الفرع الثاني: انه يسقط الخيار اذا خرج العين عن الملك ببيع أو هبة أو عتق أو نحو ذلك ويمكن الاستدلال على المدعى بأن المستفاد من النصوص كما تقدم عنوان الرد والمراد به رد العين بالرد الملكي اي يرد العين في ملك البائع ومع خروجها عن ملكه بأحد أسبابه لا يمكن ردها فلا خيار للمشتري بالنسبة الى العين نعم اذا أمكن استرداد العين في الملك بأن كان له الخيار ففسخ العقد الثاني وانتقل المبيع في ملكه أو انتقل اليه بناقل غير اختياري كالارث مثلا لا يبعد أن يقال بجواز الرد فان مقتضى اطلاق ادلة جواز الرد جوازه .

وبعبارة اخرى : يصدق عنوان الموضوع المأخوذ في الدليل وهو الرد فان الرد عبارة عن اعادة العين في ملك البائع . وافيد في بعض الكلمات انه لا بد من التفصيل بين الفسخ وغيره من الاسباب بأن يقال : اذا رجعت العين الى المشتري بالفسخ يجوز الرد الى البائع والا فلا والوجه فيه ان هذا الحق متعلق بالعين اي رد ربطها الملكي فلا بد من رعاية صدق هذا العنوان والحال ان الملكية الحاصلة من غير الفسخ مغايرة للملكية الحاصلة من قبل البائع وأما مع الفسخ فتزد تلك الملكية

نعم يثبت له الارش ان طالبيه ^(١) .

الاولية فلا بد من التفصيل . وفيه : انه ليس دليل على هذه الدعوى بل الموضوع المأخوذ في الدليل رد العين الى مالکها وهذا العنوان يصدق على الاطلاق فلاحظ هذا بالنسبة الى الفسخ وأما بالنسبة الى الارش فالكلام هو الكلام والقصور في المقتضي الا أن يتم الامر بالتسالم عند الاصحاب .

الفرع الثالث : ان التصرف الخارجي في العين المغير لها كصبغ الثوب أو خياطته يوجب سقوط الخيار . وفيه : انه لا دليل معتبر على هذه الدعوى الا أن يتم بالاجماع والله العالم .

الفرع الرابع : ان التصرف الاعتباري كالاجارة كالتصرف الخارجي يوجب السقوط والكلام فيه هو الكلام وأما الكلام من حيث الارش في هذا الفرع وسابقه هو الكلام والاشكال هو الاشكال .

الفرع الخامس : انه ان حدث في العين حدث بعد القبض من البايع يسقط خيار الرد . وما يمكن ان يستدل به على المدعى وجهان : احدهما : الاجماع فان تم اجماع تعبدى كاشف عن قوله عليه السلام فهو الا فلا يتم وهل يمكن تحصيله؟ ثانيهما : قوله عليه السلام في حديث جميل (* ١) « ان كان الشيء » الى آخره بتقريب : ان الموضوع للخيار ما يكون قائماً بعينه والمفروض أن بعد حدوث العيب لا تكون العين باقية بعينها . وفيه : انه قد مر ان الرواية ضعيفة بالارسال . (١) وقد مر الاشكال فيه وان الادلة قاصرة عن اثباته الا أن يتم الامر بالتسالم فتأمل . ويظهر من عبارة المتن ان دفع الارش من قبل البايع متوقف على مطالبة المشتري والحال ان المستفاد من جملة من النصوص (* ٢) انه مع كون المبيع

(١) لاحظ ص : ٩٢

(٢) لاحظ ص : ٩٥ ٩٦ ٩٧

نعم اذا كان حدوث عيب آخر في زمان خيار آخر للمشتري كخيار الحيوان مثلاً جازده ^(١) .

(مسألة ٤٧): يسقط الارش دون الرد فيما لو كان العيب لا يوجب نقصاً في المالية كالخصاء على العبيد اذا اتفق تعلق غرض نوعي به بحيث صارت قيمة المخصى تساوي قيمة الفحل ^(٢) .

واذا اشترى ربواً بجنسه فظهر عيب في أحدهما قبل لا ارش حذراً من الربا لكن الاقوى جواز أخذ الارش ^(٣) يسقط الرد والارش بأمرين : الاول : العلم بالعيب قبل العقد ^(٤) .

معيماً يجب على البايع الارش .

(١) اذ المدعى سقوط خيار العيب بحدوث الحادث في العين وأما خبر خيار العيب كخيار الحيوان فلا وجه لسقوطه كما هو ظاهر .

(٢) كما هو ظاهر اذ لاموضوع للارش مع فرض عدم النقصان .

(٣) الظاهر ان ما أفاده تام اذ الارش غرامة عينت من قبل الشارع ولا ترتبط بالثمن ولذا لا يجب ادائها منه وعلى الجملة : لا تفاضل في المعاوضة بين الربويين ولا يصدق العنوان المحرم فلا وجه لعدم الجواز .

(٤) بلا خلاف ولا اشكال - كما نقل عن الشيخ قدس سره - والذي يمكن أن يقال في هذا المقام : ان المدرك لخيار العيب ان كان الاجماع فلاجماع في المقام ان لم يكن على خلافه وان كان حديث لا ضرر ولا ضرار فلا مجال للاجتهاد به في المقام اذ مع العلم بالعيب لا يكون رفع اللزوم امتناعياً فتأمل . مضافاً الى ما مر من أن الخيار لا يستفاد من القاعدة .

ويضاف الى ما ذكر ان الاستدلال على فرض تماميته انما يتم على مسلك

المشهور لا على مسلك شيخ الشريعة قدس سره، وان كان المدرك الشرط الارتكازي فلالمجال للاشتراط مع العلم بالعيب وان كان المدرك النصوص فيمكن أن يستدل على المدعى بحديث زرارة (١*) فان المستفاد من الحديث ان الخيار متوقف على الجهل بالعيب ولكن قد مر ان الحديث ضعيف سنداً نعم يمكن استفادة المدعى من جملة من النصوص لاحظ احاديث طلحة ومنصور ومحمد بن مسلم وعبدالرحمان وحماة وابن سنان ورفاعة (٢*) .

وما رواه عبدالرحمان بن أبي عبدالله قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري الجارية فيقع عليها فيجدها حبلى قال: يردها ويرد معها شيئاً (٣*). وما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في الرجل يشتري الحبلى فينكحها وهو لا يعلم قال : يردها ويكسوها (٤*) .

وما رواه فضيل مولى محمد بن راشد قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل باع جارية حبلى وهو لا يعلم فنكحها الذي اشترى قال : يردها ويرد نصف عشر قيمتها (٥*) .

وما رواه سعيد بن يسار عن أبي عبدالله عليه السلام قال: في رجل باع جارية حبلى وهو لا يعلم فنكحها الذي اشترى قال: يردها ويرد نصف عشر قيمتها (٦*)

(١) لاحظ ص : ٩٥

(٢) لاحظ ص : ٩٨ و ٩٩

(٣) الوسائل الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب الحديث : ٥

(٤) نفس المصدر الحديث : ٦

(٥) نفس المصدر الحديث : ٨

(٦) نفس المصدر الحديث : ٩

الثاني تبرؤ الباع من العيوب بمعنى اشتراط عدم رجوع المشتري عليه بالثمن أو الارش ^(١) .

وما رواه ميسر (* ١) .

فان المستفاد من هذه الروايات بحسب الفهم العرفي ان الخيار معلق على الجهل بالعيب. وبعبارة اخرى : يفهم من هذه الروايات ان المدار في ثبوت خيار العيب وجدان العيب والعلم به بعد البيع مضافاً الى أن جملة من النصوص المشار اليها تدل على المدعى بالمفهوم لاحظ احاديث منصور وعبدالرحمن وحماد وميسر (* ٢) .

(١) تارة يقع الكلام في التبري بالمعنى الظاهر منه وما يتبادر منه عند العرف واخرى في التبري بالمعنى المذكور في المتن أما بالمعنى الظاهر منه فيدل على كونه مسقطاً للخيار حديثان : احدهما ما رواه زرارة (* ٣) .

ثانيهما : ما رواه جعفر بن عيسى قال : كتبت الى أبي الحسن عليه السلام جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد فينادي عليه المنادي فاذا نادى عليه بريء من كل عيب فيه فاذا اشتراه المشتري ورضيه ولم يبق الانقذال الثمن فربما زهد فاذا زهد فيه ادعى فيه عيوباً وانه لم يعلم بها فيقول المنادي قد برئت منها فيقول المشتري : لم اسمع البراءة منها أبصلق فلا يجب عليه الثمن أم لا يصدق فيجب عليه الثمن؟ فكتب : عليه الثمن (* ٤) .

وكلا الحديثين ضعيفان أما الاول فبموسى بن بكرو أما الثاني فبابني عيسى

(١) لاحظ ص : ٩٧

(٢) لاحظ ص : ٩٨ ٩٩ و ٩٧

(٣) لاحظ ص : ٩٥

(٤) الوسائل الباب ٨ من أبواب أحكام العيوب

(مسألة ٤٨) : الاقوى ان هذا الخيار أيضاً ليس على الفور^(١).

(مسألة ٤٩): المراد من العيب ما كان على خلاف مقتضى الخلقة

الاصلية سواء أكان نقصاً مثل العور والعمى والصمم والخرس والمخرج ونحوها أم زيادة مثل الاصبع الزائدة واليد الزائدة^(٢).

وأما بالمعنى المذكور في المتن فيجوز على القاعدة اذ اعمال الخيار ليس واجباً بل امرجائز وباشتراط عدم اعماله يجب كما ان مطالبة الارش كذلك لكن لو عصي وفسخ العقد يلزم الانفساخ اذ الاشتراط لا يسقط حقه وكذلك الحال بالنسبة الى الارش مضافاً الى أنه قد مر ان المستفاد من بعض النصوص ان وجوب دفع الارش لا يتوقف على مطالبة فالاشتراط المذكور لا يوجب سقوط الارش بل يجب على البائع دفعه ولو مع اشتراط عدم المطالبة فلاحظ .

(١) اذ لا مقتضى للفورية أما على تقدير كون مدركه النصوص الخاصة بمقتضى اطلاقها عدم الفورية كما انه لو كان المدرك الاشتراط الارتكازي أوقاعدة لاضرر فالامر كذلك أيضاً لعدم المقتضى للتنقييد والفورية نعم لو كان المدرك الاجماع فالقدر المتيقن منه هو الفورية .

(٢) لا اشكال في أن العيب بماله من المفهوم أمر عرفي ففي كل مورد صدق هذا العنوان يترتب عليه حكمه فالميزان صدق هذا المفهوم بلافق بين كونه ناشياً عن الزيادة أم عن النقيضة وبلافق بين أن يكون على خلاف الخلقة الاصلية وبين غيره.

نعم المستفاد من خبر السيارى قال: روى عن ابن ابي ليلى انه قدم اليه رجل خصماً له فقال : ان هذا باعني هذه الجارية فلم اجد على ركبها حين كشتها شعراً وزعمت انه لم يكن لها قط قال : فقال له ابن ابي ليلى : ان الناس يحتملون لهذا بالحيل حتى ينهبوا به فما الذي كرهت ؟ قال : ايها القاضي ان كان عيباً فانقض لي

أما ما لم يكن على خلاف مقتضى الخلقة الاصلية لكنه كان عيباً عرفاً مثل كون الارض مورداً لتزول العساكر ففي كونه عيباً بحيث يثبت به الارش اشكال وان كان الثبوت هو الاظهر^(١) .
(مسألة ٥٠) : اذا كان العيب موجوداً في أغلب أفراد ذلك الصنف مثل الثيوبه في الاماء فالظاهر عدم جريان حكم العيب عليه^(٢) .

به قال : اصبر حتى أخرج اليك فاني اجد أذى في بطني ثم دخل وخرج من باب آخر فأتى محمد بن مسلم الثقفي فقال له : أي شيء تروون عن أبي جعفر عليه السلام في المرأة لا يكون على ركبته شعريكون ذلك عيباً ؟ فقال محمد بن مسلم : أما هذا نصاً فلا أعرفه ولكن حدثني أبو جعفر عليه السلام عن أبيه عن آبائه عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال : كل ما كان في أصل الخلقة فزاد أو نقص فهو عيب فقال له ابن أبي ليلى حسبك ثم رجع الى القوم ففرض لهم بالعيب (*) (١) أن الميزان في العيب خروج العين عن الخلقة الاصلية بالنقص أو بالزيادة ولكن الخبر لا اعتبار به بالارسال وغيره .

(١) قد ظهر مما تقدم عدم وجه للتشديد فالصحيح ما في المتن من اطلاق الحكم .
(٢) يمكن أن يكون الوجه فيه انصراف نصوص الباب عن هذا النوع من العيب نعم في خصوص الثيوبه ورد النص الخاص لاحظ مما رواه سماعة قال : سألت (سألت أبا عبد الله خ ل) عن رجل باع جارية على أنها بكر فلم يجدوها على ذلك قال : لا تره عليه ولا يوجب « يجب خ » عليه شيء انه يكون يذهب في حال مرض أو أمر يصيبها (*) (٢) .

وحيث ان الحديث معتبر منذ لا بد من الالتزام به فان المذكور فيه في كلامه

(١) الوسائل الباب ١ من أبواب أحكام العيوب

(٢) الوسائل الباب ٦ من أبواب أحكام العيوب الحديث : ٢

(مسألة ٥١) : لا يشترط في العيب أن يكون موجباً لنقص المالية^(١) نعم لا يثبت الارش اذ الم يمكن كذلك كما تقدم^(٢).

(مسألة ٥٢) : كما يثبت الخيار بالعيب الموجود حال العقد كذلك يثبت بالعيب الحادث بعده قبل القبض فيجوز رد العين به^(٣).

عليه السلام « انه يكون يذهب في حال مرض أو أمر يصيبها » مضافاً الى أن المذكور في الخبر انه باعها على أنها بكر ولا اشكال ظاهراً في تحقق الخيار مع الاشتراط وصاحب الوسائل قدس سره حمل الرواية على عدم الاشتراط في متن العقد والله العالم .

(١) لاطلاق الدليل .

(٢) لعدم موضوعه كما تقدم .

(٣) ما يمكن أن يستدل به على المدعى وجهان : الوجه الاول الاجماع قال في الجواهر - في مقام اثبات الخيار بالعيب الحادث قبل القبض وبعد العقد - : « بخلاف بل حكى الاجماع عليه غير واحد » (* ١) .

الوجه الثاني النصوص الدالة عموماً أو خصوصاً على أن تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه لاحظ ما عن عوالي اللالي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال : كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه (* ٢) .

وما رواه عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجه غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه قال : آتيك غداً انشاء الله، فسرق المتاع من مال من يكون قال : من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض

(١) جواهر الكلام ج ٢٣ ص : ٢٤١

(٢) مستدرک الوسائل الباب ٩ من أبواب الخيار

المتاع ويخرجه من بيته فاذا أخرجه من بيته فالمتناع ضامن لحقه حتى يرد ماله اليه (* ١) .

وتقريب الاستدلال بهذه الطائفة من الاخبار على المدعى مع ان موردها تلف العين ان المراد من كون التلف على البائع كون المبيع بعد في عهده وكان المعاملة لا تتم الا بالقبض فيكون ذكر التلف من باب كونه أظهر الافراد ثم ان معنى كون العهدة عليه ان التلف والعيب كانه في ملكه فالمراد بالضمان ضمان المعاملة لاضمان اليد .

وحاصل المراد ان تلف تمام المبيع كتلفه قبل البيع وكذا تلف بعضه وكذا عيبه قبل القبض كعيبه وهو في ملك المالك البائع ولازم ذلك الانقاسخ بالنسبة الى الكل في صورة تلفه والانقاسخ في بعضه في صورة تلف البعض وثبوت الخيار في الصورة الثالثة وليس المراد من كونه من مال البائع انه يؤخذ منه عوضه على وجه الغرامة لان ضمانه ضمان المعاملة لاضمان اليد .

وصفة القول: ان المستفاد من النصوص ان الشارع الاقدس جعل المبيع قبل القبض في حكم المبيع قبل البيع والعقد يترتب عليه ان تلف المبيع يسوجب الانقاسخ مطلقا وتلف البعض يسوجب انقاسخ بعض المبيع وحدوث العيب فيه يسوجب الخيار .

لكن الجزم بهذا التقريب مشكل واسراء الحكم بالنسبة الى العيب الحادث لادليل عليه واستفادة تنزيل المبيع قبل القبض منزلة المبيع قبل البيع بلاوجه وانما الدليل دال بالنسبة الى التلف بل يمكن الاشكال بالنسبة الى تلف بعض المبيع لان الدليل وارد في تلف الكل واجراء حكمه بالنسبة الى البعض مشكل اضع الى ذلك

وفي جواز اخذ الارش به قولان اظهرهما عدم الجواز اذا لم يكن العيب بفعل المشتري^(١) والا فلا أثر له^(٢).

(مسألة ٥٣) : يثبت خيار العيب في الجنون والجدام والبرص والقرن اذا حدث بعد العقد الى انتهاء السنة من تاريخ الشراء^(٣).

(مسألة ٥٤) : كيفية أخذ الارش أن يقوم المبيع صحيحاً ثم يقوم معيباً وتلاحظ النسبة بينهما ثم ينقص من الثمن المسمى بتلك النسبة فاذا قوم صحيحاً بثمانية ومعيباً بأربعة وكان الثمن أربعة ينقص من الثمن النصف وهو اثنان وهكذا^(٤).

كله ان السند في كلا الحديثين ضعيف فلا بد من اتمام الامر بالنسبة الى الخيار بالاجماع والتسالم فتأمل .

وأما الارش فحيث ان المسألة محل الكلام والاشكال فالقاعدة تقتضي عدم جواز اخذه اذ ثبوت الارش يحتاج الى الدليل وحيث ليس دليل عليه في المقام فلامجال للالتزام به .

(١) قد ظهر مما تقدم وجه الاظهرية .

(٢) اذ العيب لو كان بفعل المشتري لا يكون ضمانه على البائع بل ضمانه على نفسه كما أن تلف العين بالتلاف المشتري يكون ضمانه عليه فلا أثر للتلف الذي يكون بفعل المشتري فلاحظ .

(٣) لاحظ حديث أبي همام (* ١) .

(٤) وقع الكلام بين الاعلام في أن الارش الوارد في المقام ما به التفاوت بين الصحيح والمعيب بحسب القيمة الواقعية ومع قطع النظر عن العقد الواقع أو

المراد منه ما به التفاوت بالنسبة الملحوظة بينهما بحسب الثمن الواقع في مقابل المبيع ؟ ولا بد من ملاحظة النصوص الواردة في المقام والاخذ بما يستفاد منها فمن تلك النصوص ما رواه ابن سنان (* ١) .

ولا اشكال في أن المستفاد من هذه الرواية ان الارش ما به التفات بين الصحيح والمعيب بلحاظ الثمن فان قوله عليه السلام « ويوضع عنه من ثمنها » صريح في أن الارش بعض من الثمن فالعبرة بما هو التفاوت بلحاظ الثمن لا بحسب الواقع . ومنها : ما رواه طلحة بن زيد (* ٢) والمستفاد من هذه الرواية أيضاً كذلك حيث قال عليه السلام : « ثم يرد البايع على المبتاع فضل ما بين الصحة والداء » فان المستفاد من رد فضل ما بين الصحة والداء ان الميزان ملاحظة ما به التفاوت بلحاظ الثمن وهذه الرواية مخدوشة سنداً حيث ان طلحة بن زيد لم يوثق .

ومنها : ما رواه منصور بن حازم (* ٣) والكلام في هذه الرواية هو الكلام في الرواية الثانية والتقريب هو التقريب . ومنها : ما رواه محمد بن مسلم (* ٤) والتقريب من حيث الاستدلال بهذه الرواية هو التقريب أيضاً فان المستفاد من الرد أن ما به التفاوت يرد الى المشتري من الثمن .

ومنها ما رواه زرارة (* ٥) وهذه الرواية واضحة الدلالة على أن المدار هو الثمن لا الواقع حيث قال عليه السلام « وكان يضع له من ثمنها بقدر عيبها »

(١) لاحظ ص : ٩٥

(٢) لاحظ ص : ٩٨

(٣) لاحظ ص : ٩٨

(٤) لاحظ ص : ٩٩

(٥) لاحظ ص : ٩٩

و يرجع فى معرفة قيمة الصحيح والمعيب الى أهل الخبرة^(١)

ومنها : مارواه عبدالرحمن بن أبى عبدالله (* ١) وتقريب الاستدلال بالرواية على أن الميزان ملاحظة الثمن يظهر مما تقدم . ومنها : ما رواه محمد بن ميسر (* ٢) وتقريب الاستدلال بهذه الرواية عين التقريب المتقدم ومنها : مارواه حماد بن عيسى (* ٣) ولا يبعد أن يقال : ان هذه الرواية مجملة ولا يكون المراد منه معلوماً لكن يكفي ما لا يكون كذلك .

وان تنزلنا وقلنا ان مقتضى اطلاق قوله عليه السلام : وبأخذ ارش العيب « النسبة الواقعية نقول بمقتضى بقية النصوص نرفع اليد عن اطلاق هذه الرواية ونقيدها ونقول: المقصود من الارش ما يكون ما به التفاوت بالنسبة الى الثمن وان شئت قلت : ان الامر بدفع الارش لو لم يكن مقروناً بقربة يفهم منه ما به التفاوت بحسب الواقع وأما في المقام فلا يستفاد منه ذلك لان المفروض وقوع المعاملة بين المبيع والثمن وبهذا اللحاظ يتسبب الى الثمن ما به التفاوت بلحاظ الثمن ولا اقل من الاجمال وعلى كلا التقديرين تكفي بقية النصوص لاثبات المدعى مضافاً الى أن مناسبة الحكم والموضوع تقتضي ذلك لان لحاظ النسبة الواقعية قد توجب ان البائع يرد الى المشتري أضعاف مقدار الثمن الذي اخذه من المشتري وهل يمكن الالتزام بهذا اللازم ؟

(١) اذ قول أهل الخبرة حجة والسيرة جارية على العمل بقولهم والشارع الاقدس امضى هذه السيرة وان شئت قلت : ان وظيفة الجاهل الرجوع الى العالم .

(١) لاحظ ص : ٩٩

(٢) لاحظ ص : ٩٩

(٣) لاحظ ص : ٩٩

وتعتبر فيهم الامانة والوثاقة^(١) .

(مسألة ٥٥) : اذا اختلف أهل الخبرة في قيمة الصحيح والمعيب فان اتفقت النسبة بين قيمتي الصحيح والمعيب على تقويم بعضهم مع قيمتها على تقويم البعض الآخر فلا اشكال كما اذا قوم بعضهم الصحيح بشمانية والمعيب بأربعة وبعضهم الصحيح بستة والمعيب بثلاثة فان التفاوت على كل من التقويمين يكون بالنصف فيكون الارش نصف الثمن^(٢) واذا اختلفت النسبة كما اذا قوم بعضهم الصحيح بشمانية والمعيب بأربعة وبعضهم الصحيح بشمانية والمعيب بستة ففيه وجوه وأقوال والذي تقتضيه القواعد لزوم الاخذ بقول اقواهم خبرة^(٣) والاحوط التصالح^(٤) .

(مسألة ٥٦) : اذا اشترى شيئين بثمنين صفقة فظهر عيب في احدهما كان له الخيار في رد المعيب^(٥) وحده^(٦) فان اختار الرد كان

(١) كما هو ظاهر اذ مع عدم الوثوق لا يمكن اتباعه ولادليل على اعتباره والماتن جمع بين الامانة والوثاقة فان كان العطف تفسيرياً فهو والا لا يكون المراد واضحاً .

(٢) كما هو ظاهر والامر كما أفاده .

(٣) فان الوظيفة العقلانية عند التعارض الرجوع الى الاعلم كما هو المقرر في جمع الموارد .

(٤) لا اشكال في أنه احوط .

(٥) اذ المفروض ظهور العيب المقتضي للخيار فله رده .

(٦) يمكن أن يقال : ان المشتري لورد البعض المعيب وحده يثبت له خيار التبعض فيجوز له رد الصحيح أيضاً لا يبعد أن يدل على المدعى ما رواه عمر بن

للبايع الفسخ في الصحيح^١ وكذا اذا اشترى شيئين بثمن واحد^٢
 لكن ليس له رد المعيب وحده بل يردهما معاً على تقدير الفسخ^٣.
 (مسألة ٥٧) : اذا اشترك شخصان في شراء شيء فوجداه
 معيباً جاز لاحدهما الفسخ في حصته وبثبت الخيار للبايع حينئذ على
 تقدير لفسخه^٤

يزيد (* ١) وقد تعرضنا لفقه الحديث في اول خيار العيب فراجع .

(١) لتبعض الصفقة .

(٢) الكلام فيه هو الكلام .

(٣) لان المفروض ان المبيع واحد في مقابل ثمن واحد .

(٤) بتقريب : ان البيع ينقسم بانقسام المشتري وتعدده الى بيعين فيثبت خيار
 العيب بالنسبة الى كل واحد منهما فيجوز التفكيك بينهما في اعمال الخيار وعدمه
 وقد ذكرت وجوه في المقام لعدم الجواز وعدم الخيار لاحدهما :

منها : ان الخيار يوجب الضرر بالنسبة الى البايع من حيث تبعض الصفقة .
 ويرد عليه اولاً : انه يلزم عدم الخيار حتى في صورة تعدد العقد والحال ان الخصم
 لا يلتزم به . وثانياً : ان الدليل اخص من المدعى اذ يمكن فرض عدم ضرر البايع
 برجوع بعض المبيع اليه . وثالثاً : يتعارض ضرر البايع مع ضرر المشتري بسبب
 الصبر على المبيع المعيب . ورابعاً : على فرض تمامية الاستدلال انما يتم على
 مسلك المشهور في مفاد قاعدة لاضرر وأما على مسلك شيخ الشريعة فلا .

ومنها : انه لو رد احدهما دون الاخر لا يصدق ان المبيع قائم بعينه ومقتضى

حديث جميل (١*) لزوم بقاءه قائماً بعينه كي يمكن رده باعمال الخيار . وفيه :
اولاً : ان السند مخدوش كما سبق . وثانياً : لا بد أن يكون قائماً بعينه قبل اعمال
الخيار بأن يقع الفسخ حال كونه قائماً بعينه وفي المقام التغير يحصل باعمال الخيار
فلا يكون مانعاً .

ومنها : ان دليل الخيار منصرف عن الصورة المفروضة ، وفيه : انه لا وجه
للاصراف الاقلة الوجود وقلة الوجود لا توجب الانصراف ، وبعبارة اخرى : المطلق
لا ينصرف الا الفرد النادر لانه منصرف عنه وكم فرق بين الامرين .

اذا عرفت ما تقدم فنقول : دليل الخيار في المقام ان كان اجماع الاصحاب فمن
الظاهر عدم شموله للمقام كما هو ظاهر وان كان المدرك الشرط الارتكازي فلا يمكن
ادعاء الارتكاز بالنسبة الى كل واحد من المشتريين في الصورة المفروضة وان كان
المدرك النصوص فالانصاف انها لا تنفي بالمدعى وليس فيها اطلاق من هذه الجهة
وأما أحاديث زرارة وجميل وعقبة (٢*) فضيفة وأما حديث عمر بن يزيد (٣*)
فلا يستفاد منه الاطلاق اذ المفروض انهم ارادوا رد الثوب المعيب ولا تبعض في
الرد وأما احاديث جواز الرد بآحداث السنة فهي صريحة في رد الحيوان المعيب
ولا اطلاق فيها من حيث التبعض وأما بقية النصوص فعدم دلالتها على المدعى ظاهر
لمن راجعها

فالنتيجة : عدم جواز التفكيك ويؤيد ما ذكرنا ما في الجواهر حيث قال :
« كان لهما معاً امساكه مع الارش وليس لاحدهما رد نصيبه دون صاحبه على المشهور

(١) لاحظ ص ٩٢

(٢) لاحظ ص : ٩٥ و ٩٢

(٣) لاحظ ص : ٩٣

(مسألة ٥٨) : لوزال العيب قبل ظهوره للمشتري فالأظهر عدم سقوط الخيار فيجوز له الرد مع امكانه^(١) والاطالب بالارش^(٢) .

تذنيب في أحكام الشرط :

كما يجب الوفاء بالعقد اللازم يجب الوفاء بالشرط المجعول فيه كما اذا باعه فرسه بثمان معين واشترط عليه أن يخيظ له ثوبه فان البايع يستحق على المشتري الخياطة بالشرط فتجب عليه خياطة ثوب البايع^(٣)

بين الاصحاب نقلاً وتحصيلاً « (* ١) الى آخر كلامه رفع في علو مقامه .

(١) فان المناط هو الواقع ولا يدخل للعلم بالعيب في تحقق موضوع الخيار وترتب الحكم عليه فمقتضى اطلاق الدليل ثبوت الخيار في الفرض المذكور .

(٢) على ما هو المقرر عند القوم وقدر الاشكال فسي دليل الارش وقصوره الا في موارد خاصة فلاحظ .

(٣) بلا اشكال وتدل عليه جملة من النصوص منها : ما رواه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سمعته يقول : من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا يجوز له ولا يجوز على الذي اشترط عليه والمسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله عز وجل (* ٢) .

ومنها : ما رواه أيضاً عن أبي عبدالله عليه السلام قال : المسلمون عند شروطهم

(١) جواهر الكلام ج ٢٣ ص : ٢٤٩

(٢) الوسائل الباب ٦ من أبواب الخيار الحديث ١

الاكل شرط خالف كتاب الله عز وجل فلا يجوز (* ١) .
ومنها : ما رواه ابن سنان قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الشرط في
الاماء لاتباع ولا توهب قال : يجوز ذلك غير الميراث فانها تورث لان كسل
شرط خالف الكتاب باطل (* ٢)
ومنها : ما رواه اسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليه السلام ان على بن أبي
طالب عليه السلام كان يقول : من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به فان المسلمين
عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً أو حل حراماً (* ٣) .
ومنها : ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن الشرط في
الاماء لاتباع ولا تورث ولا توهب فقال : يجوز ذلك غير الميراث فانها تورث وكل
شرط خالف كتاب الله فهو رد (* ٤) .
ومنها : ما رواه جميل عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام في
رجل اشترى جارية وشرط لاهلها أن لا يبيع ولا يهب قال : يفي بذلك اذا شرط
لهم (* ٥) .
ومنها : ما رواه منصور بن رزق عن عبد صالح عليه السلام قال : قلت له : ان
رجلاً من مواليك تزوج امرأة ثم طلقها فبانت منه فأراد أن يراجعها فأبى عليه الا
أن يجعل لله عليه أن لا يطلقها ولا يتزوج عليها فأعطاها ذلك ثم بدا له في التزويج
بعد ذلك فكيف يصنع ؟ فقال : بش ما صنع وما كان يدريه ما يقع في قلبه بالليل

(١) نفس المصدر الحديث ٢

(٢) نفس المصدر الحديث : ٣

(٣) نفس المصدر الحديث : ٥

(٤) الوسائل الباب ١٥ من أبواب بيع الحيوان الحديث : ١

(٥) نفس المصدر الحديث : ٢

والنهار قل له : فليف للمرأة بشرطها فان رسول الله صلى الله عليه وآله قال :
المؤمنون عند شروطهم (*) (١) .

ومنها : مارواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام انه سئل عن رجل قال
لامرأته : ان تزوجت عليك أوبت عنك فأنت طالق فقال : ان رسول الله صلى الله
عليه وآله قال : من شرط لامرأته شرطاً سوى كتاب الله عز وجل لم يجز ذلك عليه
ولاله الحديث (*) (٢) .

ومنها : مارواه جميل قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن كاتب مملوكاً
واشترط عليه ان ميراثه له قال : رفع ذلك الى علي عليه السلام فأبطل شرطه وقال :
شرط الله قبل شرطك (*) (٣) .

ومنها : مارواه أبو البخري عن جعفر عن أبيه أن رجلاً كاتب عبداً له وشرط
عليه أن له ماله اذا مات فسعى العبد في كتابته حتى عتق ثم مات فرفع ذلك الى
علي عليه السلام وقام أقارب المكاتب فقال له سيد المكاتب : يا أمير المؤمنين فما
ينفعني شرطي ؟ فقال علي عليه السلام شرط الله قبل شرطك (*) (٤) .

فان المستفاد من هذه النصوص صحة الشرط ونفوذه وبعبارة واضحة ، قوله
عليه السلام : « المسلمون عند شروطهم » يدل على لزوم الشرط وعدم انفساخه
برفع اليد عنه ، وان شئت قلت : ان الشرط عبارة عن الالتزام بأمر كخياطة الثوب
مثلاً ولا يعقل وجود الالتزام بفعل وعدم الاتيان به هذا من ناحية ومن ناحية اخرى ان

(١) الوسائل الباب ٢٠ من أبواب المهور الحديث : ٤

(٢) الوسائل الباب ١٣ من أبواب مقدمات الطلاق الحديث : ١

(٣) الوسائل الباب ٢٢ من أبواب موانع الارث الحديث : ١

(٤) نفس المصدر الحديث : ٢

ويشترط في وجوب الوفاء بالشرط أمور : منها : أن لا يكون مخالفاً للكتاب والسنة^١

المستفاد من النصوص بقاء هذا الالتزام في وعاء الشرع فإذا كان باقياً شرعاً يجب ترتيب الأثر عليه والأفلا معنى لبقائه .

وصفة القول: ان المستفاد من قولهم عليهم السلام: «المؤمنون عند شروطهم» ما هو المستفاد من قوله تعالى: «أوفوا بالعقود» (*١) فان المستفاد في كلا المقامين الارشاد الى اللزوم ومن الظاهر ان رتبة اللزوم متأخرة عن الصحة فكل شرط مع اجتماع شرائطه المقررة صحيح لازم شرعاً وهذا هو المدعى .

(١) وقع الكلام بين القوم في أنه ما المراد من الكتاب الواقع في النصوص فهل المراد منه هو القرآن الكريم أو المراد منه الكتاب التشريعي أي الكتاب التشريعي الأعم من القرآن وبعبارة أخرى: المقصود منه الحكم الشرعي الإلهي؟ ربما يقال: بأن المراد من الكتاب التشريعي لا القرآن المقدس ويستدل بما ارسل عن علي عليه السلام انه قال : أرادت عائشة أن تشتري بريرة فاشتريت موليها عليها ولاها فاشتريتها منهم على ذلك الشرط فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وآله فصعد المنبر فحمد الله وأثنى عليه ثم قال : ما بال قوم يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله يبيع احدهم الرقبة ويشترط الولاء والولاء لمن أعتق وشرط الله أكد وكل شرط خالف كتاب الله فهو رد الخبر (*٢) .

بتقريب : ان الاشتراط المذكور يخالف الكتاب فهو فاسد اذ ليس في القرآن من الحكم المذكور أثر لانفياء ولا اثباتاً . ان قلت : مقضى قوله تعالى : « ويحل

لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث » (*١) ان جميع الامور المحللة والمحرمة
مذكورة في الكتاب فكيف لا يكون مذكوراً؟ قلت: اولاً: ان الظاهر من الآية الحلية
التكليفية والحرمة كذلك فلا تشمل الآية الوضعيات وثانياً ان المستفاد من الآية الكريمة
ان الله تبارك وتعالى احل الطيبات وحرم الخبائث وأما تمييز الطيب من غيره فلا بد
من البيان وبعبارة اخرى : لا يمكننا أن نحكم بأن الامر للفلاني طيب أو خبيث .

وفيه : ان الخبر المذكور لا اعتبار بسنده فلا تصل النوبة الى ملاحظة دلالتها
وتأويلها، والحق ان يقال : ان المراد بالكتاب القرآن الكريم للظهور فان الظهور
حجة مضافاً الى أنه قيل انه قد جمع في بعض النصوص بين الكتاب والسنة والتقسيم
قاطع للشركة فالمراد من الكتاب القرآن الكريم . ثم ان الشرط لا بد أن يكون
موافقاً للكتاب أو أن لا يكون مخالفاً له والعمدة النصوص الواردة في المقام وملاحظة
ما يستفاد منها فمن تلك النصوص الواردة مارواه عبد الله بن سنان (*٢) وفي هذه
الرواية قد جمع بين الامرين فجعل في صدر الرواية الميزان في صحة الشرط
عدم كونه مخالفاً لكتاب الله وفي الذيل جعل الميزان موافقته ربما يقال - كما في
كلام السيد اليزدي قدس سره - : انه لاتنافي بين الامرين لما قرر في محله من
عدم التنافي بين المثبتين .

ويرد عليه : ان اشتراط الموافقة يفني عن الاخر اذ لا يعقل أن يكون الشرط
موافقاً مع الكتاب ومع ذلك يكون مخالفاً له فعليه يقع التعارض بين الصدر والذيل
وتصير الرواية مجملة وغير قابلة لأن يستفاد منها شيء ، ومنها : مارواه أيضاً (*٣)
والستفاد من هذه الرواية ان الميزان عدم كون الشرط مخالفاً للكتاب .

(١) الاعراف/ ١٥٨

(٢) لاحظ ص : ١١٨

(٣) لاحظ ص ١١٨

ومنها ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في رجلين اشتركا في مال وربحا فيه ربحاً وكان المال ديناً عليهما فقال أحدهما لصاحبه : اعطني رأس المال والربح لك وماتوى فعليك فقال : لا بأس به إذا اشترط عليه وإن كان شرطاً يخالف كتاب الله عز وجل فهو رد إلى كتاب الله عز وجل الحديث (* ١) . والمستفاد من هذه الرواية أن الميزان عدم المخالفة والسند ضعيف بعلي بن حديد .

ومنها : ما رواه إسحاق بن عمار (* ٢) والمستفاد من هذه الرواية عدم كون الشرط محللاً للحرام أو محرماً للحلال والسند ضعيف بغيث بن كلوب والخشاب . ومنها : ما رواه ابن سنان (* ٣) والمستفاد من هذه الرواية أن المنطوق في الفساد كون الشرط مخالفاً للكتاب . ومنها : ما رواه الحلبي (* ٤) والمستفاد من هذه الرواية أن الميزان عدم المخالفة للكتاب . ومنها : ما رواه جميل (* ٥) والمستفاد من الحديث أن الميزان بعدم المخالفة ومنها : ما رواه أبو البختري (* ٦) والكلام فيه هو الكلام والسند ضعيف . ومنها : ما رواه الحلبي (* ٧) والمستفاد من هذه الرواية أنه يلزم موافقة كتاب الله لكن الرواية نقلت تارة بهذا النحو . « من شرط لامراته » وأخرى على نحو الإطلاق بلا قيد لامراته (* ٨) وإذا دار الأمر بين

(١) الوسائل الباب ٦ من أبواب الخيار ، الحديث : ٤

(٢) لاحظ ص : ١١٩

(٣) لاحظ ص : ١١٩

(٤) لاحظ ص : ١١٩

(٥) لاحظ ص : ١٢٠

(٦) لاحظ ص : ١٢٠

(٧) لاحظ ص : ١٢٠

(٨) الوسائل الباب ١٨ من أبواب مقلعات الطلاق وشرائط الحديث : ١

الزيادة والنقصان يرجح احتمال النقيصة والرواية مع الزيادة واردة في مورد خاص وحكم مخصوص لا يستفاد منها عموم الحكم وإطلاقه .

ومنها : ما رواه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام في رجل تزوج امرأة وشرط لها أن هو تزوج عليها امرأة أو هجرها أو اتخذ عليها سرية فهي طالق ففضى في ذلك أن شرط الله قبل شرطكم فإن شاء وفي لها لما اشترط وإن شاء أمسكها واتخذ عليها ونكح عليها (* ١) ، وهذه الرواية ضعيفة سنداً بالحسن بن علي .

ومنها ما رواه ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل قال لامرأته : إن نكحت عليك أو تسريت فهي طالق قال : ليس ذلك بشيء إن رسول الله صلى الله عليه وآله قال : من اشترط شرطاً سوى كتاب الله فلا يجوز ذلك له ولا عليه (* ٢) وهذه الرواية ضعيفة سنداً فإن طريق الشيخ إلى علي بن إسماعيل مجهول على ما ذكره الحاجباني مضافاً إلى النقاش في علي بن إسماعيل .

ومنها : ما رواه زرارة أن ضريباً كانت تحت بنت حمران فجعل لها أن لا يتزوج عليها ولا يتسري أبداً في حياتها ولا بعد موتها على أن جعلت له هي أن لا يتزوج بعده أبداً وجعلا عليهما من الهدى والحج والبدن وكل مال لهما في المساكن إن لم يف كل واحد منهما لصاحبه ثم أنه أتى أبا عبد الله عليه السلام فذكر ذلك له فقال : إن لابنة حمران لحقاً ولن يحملنا ذلك على أن لا نقول لك الحق اذهب فتزوج وتسرقان ذلك ليس بشيء وليس عليك ولا عليها وليس ذلك الذي صنعتما بشيء فجاء فتسرى وولد له بعد ذلك أولاداً (* ٣) وهذه الرواية ضعيفة بموسى بن بكر والرواية ضعيفة بسندها الآخر أيضاً .

(١) الوسائل الباب ٣٨ من أبواب المهور الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث ٢

(٣) الوسائل الباب ٢٠ من أبواب المهور الحديث ٢

ومنها : مارواه العياشي في تفسيره عن ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام
 قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة تزوجها رجل وشرط عليها وعلى
 أهلها ان تزوج عليها امرأة أو هجرها أو أتى عليها سرية فأنها طالق فقال : شرط
 الله قبل شرطكم ان شاء وفي بشرطه وان شاء أمسك امرأته ونكح عليها وتسرى
 عليها وهجرها ان أتت بسبيل ذلك قال الله تعالى في كتابه : « فانكحوا ما طاب لكم
 من النساء مثنى وثلاث ورباع » وقال : « احل لكم ما ملكت ايما نكم » وقال :
 « واللاتى تخافون نشوزهن » الآية (* ١) .

وهذه الرواية ضعيفة بالارسال. اضيف الى ذلك انه لا يمكن اشتراط الموافقة
 اذ ليس حكم كل شيء مذکور في الكتاب فلو كانت الموافقة شرطاً في صحة الشرط
 يلزم اخراج أكثر الشروط والحال ان السيرة جارية على الاشتراط بلا رعاية هذه
 الشرط . فالنتيجة : ان الميزان عدم المخالفة ويضاف الى جميع ذلك ان المستفاد
 من حديث منصور بزرج (* ٢) جواز الشرط بلا اشتراط كونه موافقاً للكتاب
 فان الشرط المذكور في الرواية اي عدم التزويج والطلاق غير مذکور في الكتاب
 ومثله في الدلالة حديث اسحاق بن عمار (* ٣)

هذا كله بالنسبة الى اشتراط عدم كون الشرط مخالفاً للكتاب وأما بالنسبة الى
 اشتراط عدم كونه مخالفاً مع السنة فمضافاً الى كون الحكم مورد التسالم بل الظهور
 والوضوح ولولا لبان وظهور وشاع وذاع، يمكن الاستدلال على المدعى بأن المستفاد
 من ادلة صحة لشرط ونفوذها ما هو المستفاد من دليل وجوب الوفا: بالعقود بتقريب:

(١) نفس المصدر الحديث : ٦

(٢) لاحظ ص ١١٩

(٣) الوسائل الباب ٨ من أبواب الخيار الحديث : ١

ويتحقق هذا في موردين : الاول أن يكون العمل بالشرط غير مشروع في نفسه كما اذا استأجره للعمل في نهار شهر رمضان بشرط أن يفطر أو يبيعه شيئاً بشرط أن يرتكب محرماً من المحرمات الالهية الثاني أن يكون الشرط بنفسه مخالفاً لحكم شرعي كما اذا زوجه امته بشرط أن يكون ولدها رقاً أو باعه أو وهبه مالا بشرط أن لا يرثه منه ورثته أو بعضهم وأمثال ذلك فان الشرط في جميع هذه الموارد باطل^(١).

ان المستفاد من الأدلة لزوم الشرط ومن الظاهر ان اللزوم فرع الصحة فلا بد من احراز الصحة في الرتبة السابقة اذ الحكم غير متعرض لموضوع نفسه ولا يعقل فلا بد من احراز عدم المخالفة كي يقع تحت دليل نفوذ الشرط ولزومه . وان شئت قلت : في كل مورد لابد من احراز الصحة كي يعرضها اللزوم .

ان قلت : لو احتمل اختصاص صحة الشرط باشتراط الواجب أو ترك المحرم فما الحل في الحكم بصحة مطلق الشرط مع عدم كون دليل الشرط مشرعاً؟ قلت : اولاً يكفي للاطلاق السيرة الخارجية على اشتراط الامور المباحة والمستحبة وغيرهما وثانياً : كيف يمكن الاختصاص بفعل الواجب وترك الحرام والحال ان نفس الحكم الابتدائي يكفي فيهما ولا يحتاج الى الشرط وثالثاً : يمكن استفادة العموم من النصوص الواردة في الموارد العديدة التي يستفاد منها جواز الشرط على الاطلاق ولا يختص بخصوص مورد الوجوب والحرمة وان شئت قلت : ان الحكم واضح بمرتبة لا يثريها الريب ولولم يكن جازماً لبان وظهر فلاحظ .

(١) الظاهر ان الجامع أن يكون متعلق الالتزام أمراً مخالفاً للشرع وبعبارة اخرى : الشرط عبارة عن التزام المشروط عليه بشيء يلافرق بين كون الملزم به

ومنها: أن لا يكون منافياً لمقتضى العقد كما اذا باعه بشرط أن لا يكون له ثمن أو أجره الدار بشرط أن لا يكون لها اجرة^(١).

فعلا من الافعال كما لو باعه داره واشترط عليه أن يشرب الخمر وبين كونه أمراً اعتبارياً كما لو اشترط عليه في ضمن العقد أن يكون ولده رقاً فان الشرط في كلا الموردين باطل لكون متعلق الالتزام مخالفاً للشرع ومما ذكرنا علم ان ما أفاده في المتن غير تام بل الحق أن يقال - كما ذكرنا - ان الميزان في البطلان كون متعلق الالتزام بخلاف الشرع وبعبارة اخرى : القسم الثاني الواقع في عبارة المتن لا يكون الشرط فيه بنفسه مخالفاً لحكم شرعي بل المخالف متعلق الالتزام فلاحظ .

(١) الشرط اما يكون على نحو شرط فعل أو عدمه واما يكون على نحو شرط النتيجة أما القسم الاول فلا مانع من اشتراطه مادام لا يكون مخالفاً للشرع كما لو اشترط في ضمن عقد البيع عدم البيع أو بيعه أو اشترط في ضمن عقد البيع خياطة الثوب الى غيرها من الشروط الفعلية ولكن الحق خروج هذا القسم من الشرط من عنوان موضوع البحث اذ الخياطة أو عدمها أو البيع أو عدمها ليست من مقتضيات العقد فخروج هذا القسم موضوعي. وأما القسم الثاني فتارة يشترط عدم تحقق ما يترتب على العقد كما لو اشترط عدم تحقق الملكية وعدم ترتبها على البيع واخرى يشترط عدم ترتب الاحكام المترتبة على الملكية من جواز البيع والاجارة وامثالها اما الشق الاول فيفسد الشرط لاوله الى التناقض لان البايع حين البيع يقصد تمليك ماله الى الغير واشتراط عدم الملكية يناقض العقد الاول .

وان شئت قلت : مرجع الاشتراط المذكور الى قصد الضدين والعقود تابعة للتصود فيكون العقد باطلا مضافاً الى أنه مخالف للشرع فيكون باطلا من هذه المحهة أيضاً وأما الشق الثاني فباطل أيضاً لانه شرط أمر مخالف للشرع فلا يصح

ومنها : أن يكون مذكوراً في ضمن العقد صريحاً أو ضمنياً كما إذا قامت القرينة على كون العقد مبنياً عليه ومقيداً به أما لذكره قبل العقد أو لاجل التفاهم العرفي مثل اشتراط استحقاق التسليم حال التسليم فلو ذكر قبل العقد ولم يكن العقد مبنياً عليه عمداً أو سهواً لم يجب الوفاء به^(١)

وأما ما ذكره في المتن من البيع بشرط عدم الثمن والاجارة بشرط عدم الاجرة فالظاهر خروجه عن العنوان اذ عقد البيع متقوم بالمبيع والثمن كما أن الاجارة متقومة بالمنفعة والاجرة فاذا فرض العقد خالياً عن الثمن أو الاجرة لا يكون من مصاديق عقد البيع والاجارة وبعبارة اخرى : الثمن في البيع جزء المقتضي كما أن الاجرة في الاجارة جزء المقتضي فهما بنفسهما جزءان للمقتضي بالكسر وليسا داخلين في المقتضي بالفتح فلاحظ والله العالم .

(١) ما أفاده تام فإن العقود تابعة للقصد وفي كل عقد لابد من الاعتبار النفسي وابرازه بالمبرز اذ الامور الانشائية لابد من انشائها وابرازها بمبرز والا لا يترتب عليها الاثر ويؤيد المدعى بعض النصوص لاحظ ما رواه ابن بكير قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : اذا اشترطت على المرأة شروط المتعة فرضيت به واوجبت التزويج فاردد عليها شرطك الاول بعد النكاح فان اجازته فقد جازوان لم تجزه فلا يجوز عليها ما كان من شرط قبل النكاح (* ١) .

وما رواه ايضاً قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح وما كان بعد النكاح فهو جائز (* ٢) .

(١) الوسائل ، الباب ١٩ من أبواب المتعة الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث ٢

ومنها: أن يكون مقدوراً عليه^(١) بل لو علم عدم القدرة لم يمكن إقضاء الالتزام به^(٢).

(مسألة ٥٩): لا بأس بأن يبيع ماله ويشترط على المشتري بيعه منه ثانياً ولو بعد حين^(٣) نعم لا يجوز ذلك فيما إذا اشترط على المشتري أن يبيعه ما قبل مما اشتراه أو يشترط المشتري على البائع بأن يشتريه بأكثر مما باعه والبيع في هذين الفرضين محكوم بالبطلان^(٤).

وما رواه محمد بن مسلم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز وجل « ولا جناح عليكم فيما تراضيتُم به من بعد الفريضة » فقال: ما تراضوا به من بعد النكاح فهو جائز وما كان قبل النكاح فلا يجوز الإبرضاها وبشيء يعطيها فترضى به (* ١).

(١) إذ لو يكن مقدوراً لا يمكن أن يكون صحيحاً ولا يمكن أن يكون متعلقاً لوجوب الوفاء لأنه كيف يمكن أن يكون صحيحاً والحال أن المفروض عدم كونه تحت الاختيار.

(٢) إذ الالتزام لا يتعلق بأمر غير ممكن.

(٣) أما بحسب القواعد الأولية فالظاهر أنه لا مانع من الصحة فلا بد للمانع من إقامة دليل على الفساد.

(٤) ما يمكن أن يذكر في تقريب عدم الجواز وجوه: السوجه الأول: أن مرجع هذا الاشتراط إلى الدور الباطل بتقريب: أن كل مشروط يتوقف على تحقق شرطه فيتوقف البيع الأول على شرطه وهو البيع الثاني والحال أن البيع الثاني يتوقف على البيع الأول، وفيه أولاً: ينقض بما لو اشترط بيعه من شخص آخر

(مسألة ٦٠) : لا يعتبر في صحة الشرط أن يكون منجزاً بل يجوز فيه التعليق كما اذا باع داره وشرط على المشتري أن يكون له السكنى فيها شهراً اذا لم يسافر^(١) بل الظاهر جواز اشتراط أمر مجهول

اذ الكلام فيه هو الكلام والخصم لا يلتزم بالفساد هناك . وثانياً : ان البيع الاول معلق على التزام المشتري بالبيع وغير معلق على نفس البيع فالبيع الثاني يتوقف على البيع الاول وأما البيع الاول فهو معلق على الالتزام بالبيع الثاني .

الوجه الثاني : ان الاشتراط المذكور يستلزم عدم قصد البيع ومن الظاهر ان البيع لا يتحقق بلا قصد وفيه : اولاً : انه لا اشكال في صحة البيع لو كان قاصداً كل منهما البيع الثاني بلا اشتراط والحال ان ملاك الفساد موجود في كلتا صورتين . وثانياً : لاتنا في بين قصد البيع والشرط المذكور بل هذا الشرط يؤكد تحقق القصد فان البائع يقصد البيع الاول مقدمة لتحقيق البيع الثاني .

الوجه الثالث : ما رواه علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سأله عن رجل باع ثوباً بعشرة دراهم ثم اشتراه بخمسة دراهم أيحل ؟ قال : اذا لم يشترط ورضياً فلا بأس ورواه علي بن جعفر في كتابه الا أنه قال : بعشرة دراهم الى أجل ثم اشتراه بخمسة دراهم بنقد (* ١) .

وهذه الرواية يستفاد منها انه لا يجوز ، بيع شيء بضمن مؤجل بشرط أن يبيع المشتري منه بضمن نقداً قل فاذا لم يكن الثمن مؤجلاً لا يشمل الحديث كما أنه لا يشمل الاشتراط من الطرف الآخر بأن يشتري شيئاً ويشترط على البائع أن يشتري منه بأكثر من الثمن الذي اشترى منه ولعل الحكم له مستنداً آخر لم اظفر به .

(١) لاطلاق دليل الشرط ولا وجه للبطلان ومن الظاهر ان التعليق في الشرط

أيضاً^(١) الا اذا كانت الجهالة موجبة لان يكون البيع غررياً فيفسد البيع حينئذ^(٢).

لا يسري الى العقد ولا يوجب كون العقد معلقاً كي يقال : ان التعليق في العقد يوجب بطلانه ويمكن الاستدلال على المدعى بما رواه سليمان بن خالد (*) (١) .

بتقريب : ان الشرط الواقع في مورد الرواية على نحو التعليق وحيث علق على الشرط وهو عدم الخيار على أن تملك المكتبة نفسها اذ قال لها : بشرط أن لا يكون لك الخيار على أبي اذ أنت ملكت نفسك .

(١) ما يمكن أن يذكر في تقريب عدم الجواز امور: منها : انه نهى عن الفرر على نحو الاطلاق لاحظ النبوي (*) (٢) . وفيه : ان المرسل لا اعتبار به ، ومنها : ان بطلان الفرر في البيع مسلم فيتعدي الى كل أمر غرري . وفيه : انه لا وجه للتعدي ، ومنها : أن غررية الشرط تستلزم غررية البيع فيبطل وبعد فرض بطلان البيع يبطل الشرط الواقع فيه ، وفيه : ان الاستلزام المذكور اول الكلام والاشكال ويجري الكلام حوله ان شاء الله مضافاً الى أن استلزام مطلق الجهل للفرر اول الكلام .

(٢) سراية الفرر من الشرط الى البيع بحيث يصدق على البيع عنوان الفرر ويقال : بيع غرري مشكل اذ من الظاهر ان الشرط ليس جزءاً من المبيع ولذا لا يقسط عليه الثمن وأيضاً اشتراط الوصف المجهول في المبيع لا يمكن لان التعليق في العقد يوجب البطلان وبعبارة اخرى : لا يرجع الشرط الى تقييد المبيع اذ مرجع التقييد الى التعليق حيث ان المبيع اذا كان جزئياً خارجياً لا يكون قابلاً للتقييد فيلزم أن يكون بنحو التعليق والتعليق باطل .

ان قلت : مع كون الشرط غررياً يصدق على البيع نفسه عنوان الفرر قلت :

(١) لاحظ ص : ٨٥

(٢) التذكرة ج ١ ص : ٤٦٦

(مسألة ٦١): الظاهران فساد الشرط لا يحري الى العقد المشروط

فيه فيصح العقد ويلغو الشرط^(١).

على هذا لوجه التفصيل بين سراية الضرر من الشرط الى البيع وبين عدم السراية بأن يحكم بالصحة في الصورة الثانية وبالفساد في الصورة الاولى مضافاً الى أن البيع اذا صار غريباً بالسراية لادليل على فساد فساد فان القدر المثبت من الاجماع ما يكون البيع بنفسه غريباً فلاحظ .

(١) ما يمكن أن يقال في تقريب كونه مفسداً امور : الاول : ان الشرط قسطاً من الثمن فاذا بطل الشرط يكون الثمن مجهولاً ، وفيه : انه لا يقسط الثمن على الشرط ولذا لو تخلف البائع عن الشرط ليس للمشتري استرجاع مقدار من الثمن .

الثاني : ان التراخي وقع على المقيد ومع انتفاء القيد ينتفي المقيد والعقد تابعة للمقصود فالعقد المقيد لم يقع وبالقيد لم يقصد . وفيه : ان العقد معلق على الالتزام من الطراف الاخر ولا اشكال في تحقق الالتزام فالمعلق عليه يوجد ويتبعه يوجد العقد وبعبارة اخرى : المقصود من البطلان عدم تحقق امضاء الشارع له وعدم اعتباره شرعاً لكن لا اشكال في تحقق الالتزام والالتزام موجود حين العقد فما علق عليه العقد موجود حينه وما يكون باطلاً شرعاً لا يكون معلقاً عليه .

الثالث : النص الخاص لاحظ : مارواه عبد الملك بن عتبة قال : سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن الرجل ابتاع منه طعاماً أو ابتاع منه متاعاً على أن ليس علي منه وضعية هل يستقيم هذا؟ وكيف يستقيم وجه ذلك ؟ قال : لا ينبغي (*١) .
بتقريب ان المستفاد من كلامه عليه السلام فساد العقد وحيث ان سند الرواية مخدوش بعبد الملك الهاشمي غير الموثق لاتصل النوبة الى ملاحظة الدلالة قال

سيدنا الاستاذ في رجاله : « ان الراوي عن عبد الملك اذا كان علي بن الحكم ولم يقيد عبد الملك بالصير في يحمل على كون المراد منه الهاشمي » .

ولاحظ حديث علي بن جعفر (* ١) بتقريب : ان المستفاد من الحديث ان العقد مع الشرط المذكور باطل وهذا هو بطلان العقد بالشرط الفاسد ، وفيه : ان الشرط المذكور غير فاسد لكن المستفاد من الحديث ان العقد المشروط بهذا الشرط فاسد ونلتزم به ، وبعبارة اخرى : الشارع الاقدس حكم في مورد خاص ببطلان العقد المشروط بهذا الشرط ومن الظاهر ان هذا لا يقتضي فساد العقد بفساد الشرط ، وان شئت قلت ، لاربط ولاجامع بين المقامين فانفدح بما ذكرنا انه لاوجه للبطلان بل يظهر من بعض النصوص عدم سراية بطلان الشرط الى العقد .

لاحظ ما رواه الحلبي قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أمة كانت تحت عبد فاعتقت الأمة قال : أمرها بيدها ان شئت تركت نفسها مع زوجها وان شئت نزعته نفسها منه وقال : وروى « وذكرى » ان بريرة كانت عند زوج لها وهى مملوكة فاشتريتها عائشة وأعتقتها فخيرها رسول الله صلى الله عليه وآله وقال : ان شئت أن تفر عند زوجها وان شئت فارقته وكان موالها الذين باعوها اشترطوا علي عائشة ان لهم ولائها فقال رسول الله صلى الله عليه وآله : الولاء لمن أعتق وتصدق علي بريرة بلحم فأهدته الي رسول الله صلى الله عليه وآله فعلقته عائشة وقالت : ان رسول الله صلى الله عليه وآله لا يأكل لحم الصدقة فجاء رسول الله صلى الله عليه وآله واللحم معلق فقال : ما شأن هذا اللحم لم يطبخ ؟ فقالت : يا رسول الله صدق به علي بريرة وأنت لا تأكل الصدقة فقال : هو لها صدقة ولنا هذية ثم أمر بطبخه فجاء فيها ثلاث من السنن (* ٢) .

(١) لاحظ ص : ١٣٠

(٢) الوسائل الباب ٥٢ من أبواب نكاح العبد والاماء الحديث : ٢

(مسألة ٦٢) : اذا امتنع المشروط عليه من فعل الشرط جاز للمشروط له اجباره عليه^١ والظاهر أن خياره غير مشروط بتعذر اجباره بل له الخيار عند مخالفته وعدم اتيانه بما اشترط عليه حتى مع التمكن من الاجبار^٢

(مسألة ٦٣) : اذا لم يتمكن المشروط عليه من فعل الشرط كان للمشروط له الخيار في الفسخ وليس له المطالبة بقيمة الشرط سواء كان عدم التمكن لقصور فيه كما لو اشترط عليه صوم يوم فمرض فيه^٣ أو كان لقصور في موضوع الشرط كما لو اشترط عليه خياطة ثوب فنلف وفي الجميع له الخيار لا غير^٤ .

فان مقتضى هذا الحديث جواز البيع وبطلان شرط الولاء ولاحظ ما رواه الحلبي (١*) أيضاً فان المستفاد من الرواية ان شرط عدم الارث مع كونه فاسداً لا يفسد العقد فتحصل ان العقد الذي يشترط فيه شرط فاسد يكون صحيحاً .

(١) فانه يوجد بالشرط حق للمشروط له في نظر العقلاء فيجوز له اجباره .
(٢) اذ بحسب الارتكاز ان الخيار مترتب على امتناع المشروط عليه ، وبعبارة اخرى : بمقتضى الارتكاز يكون الخيار في الفسخ والامضاء مجعولا للشارط ولا يتوقف على عدم التمكن من الاجبار .

(٣) اذ لا مقتضى لمطالبة قيمة الشرط بل المترتب على عدم الاتيان بالشرط بمقتضى الارتكاز جعل الخيار في الرد والامضاء بلافق بين منشأ عدم الاتيان بالشرط من قصور في المشروط عليه كما لو مرض أو عصيان أو غيرهما .

(٤) الانصاف ان الجزم بالخيار في صورة عدم تحقق الشرط فيما يكون لقصور

الفصل الخامس أحكام الخيار :

الخيار حق من الحقوق فاذا مات من له الخيار انتقل الى وارثه^(١)

في موضوعه - كما في المتن - مشكل والذي يوضح الاشكال ان المشروط له لو أتلّف الموضوع لاجل الوصول الى الخيار فهل يمكن الالتزام به ؟ والذي يخلّج بالبال أن يقال: ان هذه الصورة خارجة عن دائرة الاشتراط الارتكازي واذا وصلت النوبة الى الشك يكفي دليل اللزوم . وبعبارة اخرى الخيار يحتاج الى الدليل وتخصيص العام يتوقف على احراز التخصيص لكن صورة اتلاف الشارط للتوصل الى الخيار خارجة عن دائرة الشرط قطعاً ولا يقاس عليها بقية الصور فلاحظ .

(١) اثبات ارث الخيار يتوقف على ثلاث مقدمات : الاولى : اثبات كون الخيار من الحقوق لا من الاحكام اذ من الظاهر ان الحكم الشرعي غير قابل للانتقال بالارث ولا اشكال في أن الخيار المبحوث فيه في محل الكلام من الحقوق وهو مورد التسالم والاتفاق والاجماع ولذا نرى لايشك احد في جواز اسقاطه والحكم الشرعي غير قابل للاسقاط فالمقدمة الاولى تامة .

الثانية : اثبات كونه قابلاً للانتقال اذ من الظاهر ان مجرد كونه حقاً لا يستلزم جواز الانتقال ولا دليل على هذا التلازم على نحو الكبرى الكلية بل الدليل قائم على خلافه ولذا نرى انه في جملة من الموارد لا يكون الحق قابلاً للانتقال فاذا لم يكن قابلاً للانتقال لا يكون قابلاً للارث ولا يبقى بعد وفاة ذي الحق .

ان قلت : يمكن اثبات بقاء حق الخيار بعد الموت بالاستصحاب فيتحقق موضوع الارث . قلت : الاستصحاب في الحكم الكلي غير جار لمعارضته باصالة عدم الجعل الزائد ومع الشك في بقاءه وعدمه لامجال للاخذ بادلة الارث فان الاخذ بالعام في الشبهة المصدقية غير جائز لكن الذي يسهل الخطب ان قابليته

للاتتقال مورد التسالم والاجماع ولذا نرى ان بحث ارث الخيار مطرح انظارهم
 ويقع الكلام بينهم من الجهات المختلفة فالمقدمة الثانية تامة كالمقدمة الاولى .
 الثالثة شمول ادلة الارث والظاهر انه لا مانع من شمول تلك الادلة لحق الخيار
 فان مقتضى قوله تعالى : « كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيراً
 الوصية للوالدين والاقرين بالمعروف حقاً على المتقين » (* ١) .
 وقوله : « للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقرهون وللنساء نصيب مما
 ترك الوالدان والاقرهون مما قل منه او كثر نصيباً مفروضاً » (* ٢) .
 وقوله : « يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين فان كن نساءً
 فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وان كانت واحدة فلها النصف ولا بويه لكل واحد
 منهما السدس مما ترك ان كان له ولد فان لم يكن له ولد وورثه ابواه فلأمه الثلث
 فان كان له اخوة فلأمه السدس من بعد وصية يوصي بها أو دين آباؤكم وابناؤكم
 لا تدرون ايهم اقرب لكم نفعاً فريضة من الله ان الله كان عليماً حكيماً ولكم نصف
 ما ترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد
 وصية يوصي بها أو دين ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد فان كان لكم ولد
 فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين وان كان رجل يورث كلالة
 أو امرأة وله أخ أو اخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم
 شركاء في الثلث » الآية (* ٣) ، عدم الفرق بين كون ما تركه الميت عيناً أو منفعة

(١) البقرة / ١٨٠

(٢) النساء / ٧

(٣) النساء / ١١ و ١٢

أوضحاً كما ان قوله صلى الله عليه وآله : « ما ترك ميت من حق فهو لوارثه » (* ١) صريح في المدعى ولكن المعلق كتب في الهامش : « لم نثر على هذه الرواية في كتب الاحاديث من العامة والخاصة بعد الفحص عنها في مظانها وان استدلوأها في الكتب الفقهية كالرياض ومفتاح الكرامة وغيرها » .

وصفة القول : انه لا مانع من شمول دليل الارث اياه اصف الى ذلك اجماع الاصحاب عليه قال في الجواهر : « اذا مات من له الخيار انتقل الى الوارث من اي انواع الخيار كان بلا خلاف معتد به بل ظاهرهم الاجماع بل عن بعضهم دعواه صريحاً » الى آخره (* ٢) .

وربما يقال : العين المملوكة تنتقل بالارث الى الوارث وأما الخيار فكيف ينتقل والحال انه ملك فسخ العقد . وبعبارة اخرى متعلق الملكية ينتقل بالارث لانفس الملكية ويمكن أن يجاب عن هذا الاشكال بأن اختيار امضاء العقد وفسخه بيد ذي الخيار واي مانع من انتقال هذا الاختيار الى الوارث لو ساعده الدليل ولكن مع ذلك كله لا يمكن الجزم بالمدعى فانه اذا ثبت اجماع تعبدى على ارث الخيار وانه على اي نحو يؤخذ به فهو انما الكلام في تحقق هذا الاجماع وهل يمكن الالتزام بتحقيق الاجماع التعبدى الكاشف في المقام مع هذا الاختلاف الواقع بين القوم فمع قطع النظر عن الاجماع لا بد من النظر في ادلة الارث وانها هل يمكن شمولها للمقام أم لا ؟ .

فنقول : لا اشكال في أن الخيار متعلق بالعقد والعقد واحد وكذلك الخيار أمر بسيط ليست له أجزاء بحيث ينقسم بين الافراد كى يقال : بأن ثلثه لزيد وربعه لبكر وخمسه

(١) جواهر الكلام ج ٢٣ ص : ٧٥

(٢) جواهر الكلام ج ٢٣ ص : ٧٤

ويحرم منه من يحرم من ارث المال القتل أو الكفر أو الرق^(١) ويحجب عنه ما يحجب عن ارث المال^(٢) ولو كان العقد الذي فيه الخيار متعلقاً

لخالد وهكذا بل اما يكون من له الخيار شخصاً واحداً واما يكون مجموع الاشخاص مالكا له ويكون للمجموع من حيث المجموع نعم في عالم الثبوت يمكن أن يجعل في عقد واحد الخيار لجماعة على نحو العموم الاستفراقي بحيث يكون لكل واحد منهم خيار مستقل في قبال البقية لكن من الظاهر ان الامكان الثبوتي لا يكفي مادام لم يقم دليل عليه في مقام الاثبات وقد مر ان الحديث النبوي الدال على أن ما تركه الميت من حق فلو ارثه ضعيف سنداً وأما بقية ادلة الارث كتاباً وسنة فهي تدل على السهام المقررة في الشريعة المقدسة وقد قلنا: ان الخيار بسيط وغير قابل للتقسيم والتجزئة فالادلة قاصرة لأن تشملها فلولا الاجماع لا يمكن الالتزام بآرث الخيار ولا مقتضى لانقسام المال وتقديره في كل مورد بذلك المقدار اى على حسب السهام فان الخيار متعلق بالعقد وغير قابل للانقسام وأما حديث حمزة بن حمران قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام من ورث رسول الله صلى الله عليه وآله؟ فقال: فاطمة ورثته متاع البيت والفرش وكل ما كان له (*١) ففيه اولا ان سنده ضعيف بابن حمران وثانياً: ان الظاهر منه انحصار الوارث وكون الصديقه الطاهرة وارثة فقط فلا بد في عموم الحكم من التوسل الى الاجماع والتسالم .

وعلى هذا الاساس لامجال للابحاث المترتبة عليه لانتفاء الموضوع وعلى تقدير البحث فيها يكون على فرض تمامية المدعى وبعبارة اخرى: بحوث فرضية.

(١) لاطلاق ادلة الحرمان .

(٢) بعين التقريب والبيان وهو الاطلاق أو العموم .

بمال يحرم منه الوارث كالحبوة المختصة بالذكر الأكبر والأرض التي لا يرث منها الزوجة ففي حرمان ذلك الوارث من ارث الخيار وعدمه أقوال أقربها عدم حرمانه والخيار لجميع الورثة فلو باع الميت أرضاً وكان له الخيار أو كان قد اشترى أرضاً وكان له الخيار ورثت منه الزوجة كغيرها من الورثة^(١).

(مسألة ١) : إذا تعدد الوارث للخيار فالظاهر أنه لا أثر لفسخ بعضهم بدون انضمام الباقين إليه في تمام المبيع^(٢) ولا في حصته^(٣) إلا إذا رضي من عليه الخيار فيصبح في حصته^(٤).

(١) لعدم ما يقتضي المنع وبعبارة أخرى كل حكم تابع لموضوعه والدليل قد دل على اختصاص الحبوة بالولد الأكبر وأما الخيار المتعلق بها فلا وجه لاختصاصه به.

(٢) فإنه لا وجه للتأثير في تمام المبيع لأن الموروث خيار واحد وأمره ليس بيد واحد منهم بل كل واحد منهم ذو علاقة بالنسبة إليه فلا بد من انضمام الباقين .
(٣) إذ ليس لكل واحد منهم خيار بالنسبة إلى حقه كي يؤثر فيها بل الخيار واحد قائم بهم .

(٤) لا أدري بأي وجه يصح في حصته مع فرض عدم الخيار وعلى فرضه لا يكون أعماله مشروطاً برضا من عليه الخيار ويمكن أن يكون الماتن ناظراً إلى أنه مع رضا الطرفين يدخل في باب الإقالة بناءً على جريانها في جميع ما وقع عليه العقد وجريانها في بعضه ويقع الكلام فيها في آخر كتاب البيع إن شاء الله تعالى .

(مسألة ٢) : إذا فسخ الورثة بيع مورثهم فإن كان عين الثمن موجوداً دفعوه الى المشتري وإن كان تالفاً أوبحكمه اخرج من تركه الميت كساهر دونه^(١) .

(مسألة ٣) : لو كان الخيار لاجنسي عن العقد فمات لم ينتقل الخيار الى وارثه^(٢) .

(مسألة ٤) : إذا تلف المبيع في زمان الخيار في بيع الحيوان فهو من مال الهائم^(٣)

(١) اذ الفسخ يوجب انتقال كل من الموهبين الى مالكة الاول ففي صورة بقاء الثمن يرجع الى ملك من عليه الخيار وأما اذا كان تالفاً أوبحكم التالف اخرج من تركه الميت .

(٢) هذا على تقدير جواز جعل الخيار للاجنبي وأما على تقدير عدم الجواز فلامجال لهذا البحث كما هو ظاهر وقد انكرنا جوازه ومن أراد الاطلاع على ما ذكرنا فليراجع الى الجزء الرابع من كتاب «دراساتنا» وملخص الكلام في هذا المقام ان الشرط لا يكون مشرعاً ومن ناحية اخرى لا بد من متعلق الشرط أن لا يكون مخالفاً للشرع فمع الشك في المشروعية لا يجوز لعدم جواز التمسك بالاطلاق والعموم في الشبهة المصدقية بل بمقتضى استصحاب عدم مشروعيتها شرعاً يكون اشتراطه مخالفاً للشرع فلا يصح .

وكيف كان الحق كما أفاده من عدم انتقاله بالارث الى الوارث والوجه فيه عدم دليل على الانتقال فانه لا دليل على انتقال ارث الخيار على الإطلاق والقدر المتيقن من الاجماع غير هذا المورد فلاحظ .

(٣) مقتضى القاعدة الاولى ان تلف المال يحسب على مالكة ولكنه لا بد من

وكذا اذا تلف قبل انتهاء مدة الخيار في خيار الشرط اذا كان الخيار للمشتري^(١) أما اذا كان للبائع أو تلف في زمان خيار المجلس بعد القبض فلا يظهر انه من مال المشتري^(٢)

رفع اليد عن القاعدة بالنص الخاص الوارد في المقام لاحظ ما رواه ابن سنان يعني عبدالله قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري الدابة أو العبد ويشترط الى يوم أو يومين فيموت العبد والدابة أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك فقال: على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري (*١).
ولاحظ ما أرسله ابن رباط عن أبي عبدالله عليه السلام قال: ان حدث بالحيوان قبل ثلاثة أيام فهو من مال البائع (*٢).

(١) لاحظ ما رواه ابن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال : وان كان بينهما شرط اياماً معدودة فهلك في يد المشتري قبل أن يمضي الشرط فهو من مال البائع (*٣) وأما حديث عقبة بن خالد (*٤) الدال على أن الضمان محدود بالاقباض ولا ضمان على البائع بعد القبض فهو ضعيف سنداً .

(٢) اذ الاصل الاولي يقتضي ضمان كل مال على مالكه وانما الخروج عن القاعدة يتوقف على الدليل والمفروض أنه يختص بخياري الحيوان والشرط وانما قيد في المتن بقوله : « بعد القبض » لان المبيع قبل القبض من مال المالك وضمانه عليه وسيقع الكلام حول الموضوع في أحكام القبض ان شاء الله تعالى .

(١) الوسائل الباب ٥ من أبواب الخيار الحديث : ٢

(٢) نفس المصدر الحديث ٥

(٣) الوسائل الباب ٨ من أبواب الخيار الحديث ٢

(٤) لاحظ ص : ١١٠

الفصل السادس : ما يدخل في المبيع

من باع شيئاً دخل في المبيع ما يقصد المتعاملان دخوله فيه دون غيره^(١) ويعرف قصدهما بما يدل عليه لفظ المبيع وضماً أو بالقرينة العامة أو الخاصة فمن باع بستاناً دخل فيه الأرض والشجر والنخل والطوف والبئر والناعور والحضيرة ونحوها مما هو من اجزائها أو توابعها^(٢) أما من باع أرضاً فلا يدخل فيه الشجرة والنخل الموجودان وكذا لا يدخل الحمل في بيع الأم ولا الثمرة في بيع الشجرة^(٣) نعم إذا باع نخلاً فإن كان النمر مؤبراً فالنمر للبايع وإن لم يكن مؤبراً فهو للمشتري^(٤)

(١) فإن العقود تابعة للقصد .

(٢) كما هو ظاهر فإن الظهور حجة بلافرق بين كونه مستنداً إلى الوضع وبين كونه مستنداً إلى القرينة العامة أو الخاصة .

(٣) لعدم دليل وقرينة على دخولهما في المبيع والمفروض أن البيع واقع على الأرض فلا وجه لدخول الشجر والنخل في مورد المعاملة وكذا الكلام في الحمل والثمرة .

(٤) لاحظ ما رواه غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : من باع نخلاً قد أبره فثمره للبائع إلا أن يشترط المبتاع ثم قال : قضى به رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم (*) (١) فإن مقتضى هذا الحديث

ويختص هذا الحكم ببيع النخل^(١) أما في نقل النخل بغير البيع أو بيع غير النخل من سائر الشجر فالثمر فيه للبائع مطلقاً وإن لم يكن مؤبراً^(٢) هذا إذا لم تكن قرينة على دخول الثمر في بيع الشجر أو الشجر في بيع الأرض أو الحمل في بيع الدابة أما إذا قامت القرينة على ذلك وإن كانت هي التعارف الخارجى عمل عليها وكان جميع ذلك للمشتري^(٣).

(مسألة ١) : إذا باع الشجر وبقي الثمر للبائع مع اشتراط بقائه واحتياج الشجر إلى السقى جاز للبائع سقيه وليس للمشتري منعه^(٤) وإذا لم يحتاج إلى السقى لم يجب على البائع سقيه وإن أمره المشتري بذلك^(٥) ولو تصرر أحدهما بالسقى والاخر تركه ففي تقديم حق البائع أو المشتري وجهان بل قولان أرجحهما الثاني أن اشترط الإبقاء

التفصيل بين التأبير وعدمه .

(١) بلحاظ النص الخاص الذي مرقبياً .

(٢) لعدم دليل خاص ومن ناحية أخرى قد ذكرنا أنه لا مقتضى للدخول فلا تدخل .

(٣) كما هو ظاهر فإنه مع قصد الدخول يدخل في المبيع بلا اشكال لوجود المقتضى وعدم المانع مضافاً إلى النص به في خبر غياث المتقدم قريباً .

(٤) فإن المفروض أن البائع بالشرط صار ذاقق وبعبارة أخرى الالتزام بالشيء التزام بلوازم ذلك الشيء ولا أثر لنهى المشتري .

(٥) إذ لا مقتضى لوجوب امتثال البائع أمر المشتري فلا يجب عليه .

والا فالارجح الاول^(١) .

(مسألة ٢) : اذا باع بستاناً واستثنى نخلة مثلاً فله المصرا اليهما والمخرج منها ومدى جرائدها وعروقها من الارض وليس للمشتري منع شيء من ذلك^(٢) .

(مسألة ٣) : اذا باع داراً دخل فيها الارض والبناء الاعلى

(١) الظاهر ان الصحيح ان يقال: ارجحهما الاول ولعل السهول من الناسخ ولذا يكون في نسخة اخرى ما ذكرنا وكيف كان الذي يمكن أنه يقال ان حديث لا ضرر يجري بالنسبة الى كل منهما ويمتط بالتعارض فعلى تقدير اشتراط الابقاء يكون الترجيح في طرف البايع اذ مع الاشتراط يثبت للبايع حق ومع فرض الحق لامجال لمنع ذي الحق الانتفاع من حقه ومع عدم الاشتراط يكون الترجيح في طرف المشتري هذا على مسلك المشهور في مقام لا ضرر وأما على المسلك الاخر فالامر كذلك ايضاً اذ مع الاشتراط يكون البايع ذاق ولا مجال لمنعه عن حقه وأما مع عدم الاشتراط فلا حق له في الاضرار بالغير .

(٢) تارة يبحث من حيث القاعدة واخرى من حيث النص الخاص أما من حيث القاعدة فان شرط في ضمن البيع أن يكون له حق الدخول والمخرج واصلاح النخل بما ذكر يصح الشرط ويجوز له التصرف بهذا المقدار ولا يجوز للمشتري منعه لانه ملزم أن يفي بشرطه ولا فرق بين أن يكون الدعا على الشرط التصريح به وبين كون الدال القرينة العوجودة خاصة كانت أو عامة وهذا ظاهر وأما من حيث النص الخاص ففي المقام ثلاثة أحاديث .

احدها : ما رواه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قضى النبي صلى الله عليه وآله في رجل باع نخلاً واستثنى عليه نخلة فنقض له رسول الله صلى الله

والاسفل الا أن يكون الاعلى مستقلا من حيث المدخل والمخرج
فيكون ذلك قرينة على عدم دخوله وكذا يدخل في بيع الدار السرايب
والبشر والابواب والاشباب الداخلة في البناء وكذا السلم المثبت بل
لا يبعد دخول ما فيها من نخل وشجر واسلاك كهربائية وانايب الماء
ونحو ذلك مما يعد من توابع الدار حتى مفتاح الغلق فان ذلك كله

عليه وآله بالمدخل اليها والمخرج منها ومدى جرايدها (* ١) وهذه الرواية
ضعيفة بالنوفلي وبسندها الاخر ايضا ضعيفة بضعف اسناد الصدوق الى السكوني.

ثانيها : ما رواه عقبة بن خالد ان النبي صلى الله عليه وآله قضى في هوائ
النخل أن تكون النخلة والنخلتان للرجل في حائط الاخر فيختلفون في حقوق ذلك
فقضى فيها ان لكل نخلة من اولئك من الارض مبلغ جريدة من جرايدها حين
بعدها (* ٢) وهذه الرواية ضعيفة .

ثالثها : ما رواه الصفار قال : كتبت اليه يعني الحسن بن علي العسكري عليه
السلام في رجل باع بستانا له فيه شجر وكسرم فاستثنى شجرة منها هل له ممر الى
البستان الى موضع شجرته التي استثنىها ؟ وكم لهذه الشجرة التي استثنىها الى
حوالها بقدر أغصانها أو بقدر موضعها الذي هي ثابتة فيه ؟ فوقع : له من ذلك على
حسب ما باع وأمسك فلا يتعدي الحق في ذلك ان شاء الله (* ٣) ولا يستفاد
من هذه الرواية أزيد من مقتضى القاعدة .

(١) الفروع من الكافي ج ٥ ص : ٢٩٥ حديث : ١ والوسائل الباب ٣٠ من أبواب

احكام العقود الحديث : ٢

(٢) الفروع من الكافي ج ٥ ص : ٢٩٥ حديث : ٤

(٣) الوسائل الباب ٣٠ من أبواب احكام العقود الحديث : ١

داخل في المبيع الا مع الشرط ^(١) .

(مسألة ٤) : الاحجار المخلوقة في الارض والمعادن المتكونة فيها تدخل في بيعها اذا كانت تابعة للارض عرفاً ^(٢) وأما اذا لم تكن

(١) فان الظاهر ان ما أفاده تام اذ قد تقدم ان ما يقصد دخوله في المبيع يكون داخلاً فيه ومن ناحية اخرى لا فرق بين كون الدال على المقصود التصريح به وبين كون الدال القرينة عامة كانت أو خاصة ويؤيد المدعى بل يدل عليه حديثان : احدهما : ما رواه الصفار انه كتب الى أبي محمد الحسن بن علي عليهما السلام في رجل اشترى من رجل بيتاً في داره بجميع حقوقه وفوقه بيت آخر هل يدخل البيت الاعلى في حقوق البيت الاسفل أم لا ؟ فوقع عليه السلام : ليس له الا ما اشتراه باسمه وموضعه ان شاء الله (* ١) .

ثانيهما : ما رواه أيضاً انه كتب اليه في رجل اشترى حجرة أو مسكناً في دار بجميع حقوقها وفوقها بيوت ومسكن آخر فتدخل البيوت الاعلى والمسكن الاعلى في حقوق هذه الحجرة والمسكن الاسفل الذي اشتراه أم لا ؟ فوقع : ليس له من ذلك الا الحق الذي اشتراه ان شاء الله (* ٢) فان المستفاد من الحديثين ان الميزان بالمقصود المدلول عليه بدال من الدوال فلا حظ .

(٢) بلا خلاف اجده فيها مما عدا ثاني الشهيدين هكذا في الجواهر والامر كما أفاده فانها اذا كانتا تابعتان للارض عرفاً تكونان داخلتين في المبيع كبقية التوابيع فان حكم الامثال واحد بل المعادن جزء من الارض فيصح أن يقال : ان بعض أجزاء تلك الارض الواقعة في المكان الفلاني ملح أو فيروزج .

(١) الوسائل الباب ٣١ من أبواب أحكام العقود الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٢

تأبئة لها كالمعادن المكنونة في جوف الأرض فالظاهر أنها غير مملوكة لاحد^١ ويملكها من يخرجها^٢ وكذلك لا تدخل في بيع الأرض الاحجار المدفونة فيها والكنوز المودعة فيها ونحوها^٣.

الفصل السابع : التسليم والقبض

يجب على المتبايعين تسليم العوضين عند انتهاء العقد^٤ اذا لم يشترط التأخير^٥ ولا يجوز لواحد منهما التأخير مع الامكان الا برضى الآخر^٦ فان امتنعا اجبرا^٧ ولو امتنع احدهما مع تسليم صاحبه اجبر

(١) اذ لا وجه للملكية فانها تحتاج الى سبب ومع عدمه لا تتحقق .

(٢) بلا اشكال ولا كلام فان المعدن يملك بالخراج ويتعلق به الخمس وتفصيل الكلام فيه موكول الى كتاب الخمس .

(٣) لعدم ما يقتضي الدخول اذ المفروض ان البيع وقع على الأرض والاحجار المدفونة فيها وكذلك الكنوز المودعة فيها ونحوها لا تكون تابعة لها لعدم دخولها على طبق القاعدة .

(٤) فان مال الغير يحرم امساكه ولا يجوز التصرف فيه ويجب تسليمه الى مالكة مضافاً الى أن مقتضى الشرط الارتكازي في ضمن العقد في كل من الطرفين بالنسبة الى الطرف الآخر التسليم فوجوب التسليم من ناحيتين .

(٥) اذ مع الشرط بصير المشروط له ذا حق في التأخير وبعبارة اخرى يأذن المشروط عليه في ضمن البيع للمشروط له أن يؤخر التسليم فلا يجب عليه فوراً (٦) كما هو ظاهر اذ لا يجوز الحيولة بينه وبين ماله مضافاً الى الشرط الضمني

نعم مع رضى المالك لامانع من التأخير كما هو ظاهر واضح .

(٧) الظاهر ان المقصود انهما اجبرا من قبل الحاكم الشرعي فانه ولي الممتنع

الممتنع^(١) ولو اشترط أحدهما تأخير التسليم إلى مدة معينة جاز وليس لصاحبه الامتناع عن تسليم ما عنده حيثل^(٢) كما يجوز أن يشترط البائع لنفسه سكنى الدار أو ركوب الدابة أو زرع الأرض أو نحو ذلك من الانتفاع بالمبيع مدة معينة^(٣).

(مسألة ١) : التسليم الواجب على المتباعين في المنقول وغيره هو التخلية برفع المانع عنه والاذن لصاحبه في التصرف^(٤).

(مسألة ٢) : إذا تلف المبيع بأفة سماوية أو أرضية قبل قبض المشتري انفسخ البيع وكان تلفه من مال البائع ورجع الثمن إلى المشتري^(٥)



فله الاجبار .

(١) الظاهر انه يجوز للطرف اجباره بلا توسط إلى الحاكم الشرعي إذ إن اختيار ماله بيده وله استنقاذ ماله وأيضاً بلحاظ الاشتراط يصير ذاق على الطرف فيجوز له الاجبار بنفسه .

(٢) فإن الوفاء بالشرط لازم والمفروض أن الشرط تحقق من طرف واحد فيجب على الطرف الآخر التسليم .

(٣) كما هو ظاهر فإن الأمور الجائزة تصير لازمة بالشرط والله العالم .

(٤) الظاهر أن مقصود الماتن أن المقدار الواجب في التسليم هذا المقدار وهي التخلية بين المال ومالكه وإن لم يصدق عليها القبض والأمر كما أفاده إذ وجوب أزيد من هذا المقدار لا دليل عليه .

(٥) في بعض الكلمات : «انه لا كلام ولا اشكال في ذلك وانه لو تلف قبل

.....

القبض يكون ضمانه على البايع وفي المقام روايتان : احدهما : ما عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال : « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه » (١) وهذه الرواية ضعيفة بالارسال وعلى فرض استناد الاصحاب اليها لاينجبر ضعفها كما ذكرناه مراراً .

ثانيتهما : رواية عتبة بن خالد (* ٢) وهذه الرواية ضعيفة بمحمد بن عبد الله بن هلال والكلام فيه هو الكلام فلا بد من اتمام الامر بالاجماع والتسالم والعجب ممن لايعمل بالرواية الضعيفة ولا يرى العمل بها جابراً لها ومع ذلك يفتي على طبق مضمونها ويبحث في الخصوصيات المستفادة منها .

وكيف كان : لا يبعد أن يكون المستفاد من الحديثين انفساخ العقد بتلف المبيع وتقديره قبل التلف داخل في ملك البايع وتلفه من ماله فان كلمة الجار « من » اما نشوية أو تبعية أو ابتدائية فان كانت نشوية يكون معنى الجملة ان المؤلف بهذا الوصف أى بوصف كون تلفه قبل البيع تالفاً من مال البايع فيكون لازمه دخوله في ملكه اولاً ثم تلفه من ملكه ومن الظاهر ان دخوله في ملكه لا يكون دخولاً مجانياً فلا بد من أن ينفسخ العقد ويرجع المبيع في ملك البايع ويدخل الثمن في ملك المشتري فيتم ما أفاده في المتن وأما ان كانت للتبعض فمعناه ان التلف وارد على بعض مال البايع فلا بد من الالتزام بالفسخ بعين البيان المتقدم واما ان كانت للابتداء بأن يكون ضمير هو عائداً الى التلف المفهوم من المشتق نظير قوله : « اعدلوا هو اقرب للتقوى » فيكون المعنى كل مبيع تلف قبل قبضه فذلك المؤلف من مال البايع فعلى جميع التقادير يستفاد ان التلف وارد على مال البايع فلا بد من الالتزام بالانفساخ

(١) مستدرک الوسائل الباب ٩ من أبواب الخيار

(٢) لاحظ ص : ١١٠

وكذا اذا تلف الثمن قبل قبض البايع^(١) وهكفي في القبض الموجب للخروج عن الضمان التخلية بالمعنى المتقدم في غير المنقولات كالاراضي^(٢) وأما في المنقول فلا بد فيه من الاستيلاء عليه خارجاً

وصفوة القول: انه فرق بين أن يقال : التلف عليه وبين أن يقال التلف من وان شئت قلت ان الضمان المستفاد من النص ضمان المعاوضة لاضمان الغرامة .

(١) ما يمكن أن يستدل به عليه أو استدل وجوه : الوجه الاول: الاجماع وحاله في الاشكال ظاهر. الوجه الثاني: حديث عقبة بن خالد (* ١) فان المستفاد من هذا الحديث ان المشتري ضامن للثمن. وفيه : ان الضمان اعم من المعاوضي فيجوز أن يكون بالغرامة . ان قلت : قد صرح في الصدر بكون الضمان معاوضياً فبالنسبة الى الثمن أيضاً كذلك . قلت : التعبير في الصدر بغير التعبير في الذيل فكيف يمكن الجزم بالمدعى مضافاً الى أن المستفاد من الحديث تحقق الضمان بالنسبة الى الثمن بعد قبض المبيع فالدليل اخص من المدعى اصف الى ذلك كله ان الرواية ضعيفة سنداً فلاحظ .

الوجه الثالث : صدق المبيع على الثمن فيشمله الدليل وفيه : انه ليس الامر كذلك وليس لفظ البيع من الاضداد .

الوجه الرابع : كونه على طبق القاعدة اذ بمقتضى الالتزام الضمني يكون المشتري ملتزماً بأن يسلم الثمن الى البايع فاذا لم يمكنه التسليم تبطل العوضية وفيه ان الثمن عوض المبيع لا يرتبط بوجوب تسليمه على المشتري وبعبارة اخرى: الثمن بقيد بقائه وعدم تلفه لا يكون عوضاً والا يلزم بطلان البيع من اول الامر .

(٢) اذ صدق القبض في غير المنقولات بهذا النحو وبعبارة اخرى : لا بد من

مثل اخذ الدرهم والدينار واللباس واخذ لجام الفرس أو ركوبه^(١) وفي حكم التلف تعذر الوصول اليه كما لو سرق أو غرق أو نهب أو أبق العبد أو أفلت الطائر أو نحو ذلك^(٢) ولو أمر المشتري البائع بتسليمه الى شخص معين فقبضه كان بمنزلة قبض المشتري وكذا لو أمره بارساله الى بلده أو غيره فارسله كان بمنزلة قبضه ولا فرق بين تعيين المرسل معه وعدمه^(٣) والاقوى عدم عموم الحكم المذكور لما اذا أنلفه البائع أو الاجنبي الذي يمكن الرجوع اليه في تدارك خسارته^(٤)

صدق القبض حيث اخذ بهذا العنوان في موضوع الحكم .

(١) فيلزم تحقق ما يوجب تعونه بعنوان القبض لترتب الحكم عليه .

(٢) اما بدعوى انه بصدق عليه عنوان التلف واما بدعوى الاجماع على اللاحق وكلا الوجهين فاسدان أما الاول فلعدم الصدق وأما الثاني فبأنه كيف يمكن تحصيل الاجماع على اللاحق والحال ان تحقق الاجماع في الملحق به اول الكلام والاشكال كما امر الآن يقال: ان اللاحق يستفاد من رواية عقبة بن خالد (*) حيث الحق بالتلف السرقة ومن الظاهر ان السرقة في حكم التلف فيتم اللاحق .

(٣) اذ لو كان بامرهم وطلبه يصدق القبض فلا موضوع للضمان .

(٤) لم يظهر وجه التفصيل في الاتلاف فان التلف اذا صدق على مورد كون التلف باتلاف المتلف فلا وجه للتفصيل بين اتلاف البائع والاجنبي الذي يمكن الرجوع اليه وبين غيرهما واذا لم يصدق فايضاً لاوجه للتفصيل الا أن يقال : يصدق

بل يصح العقد^(١) وللمشتري الرجوع على المثلّف بالبدل من مثل
أو قيمة^(٢) وهل له الخيار في فسخ العقد لتعذر التسليم أشكال
والأظهر ذلك^(٣) وإذا حصل للمبيع نماء فتلف الأصل قبل قبض
المشتري كان النماء للمشتري^(٤) ولو حدث في المبيع عيب قبل
القبض كان للمشتري الرد كما تقدم^(٥).

(مسألة ٣) : لو باع جملة فتلف بعضها قبل القبض انفسخ البيع
بالنسبة الى التالف ورجع اليه ما يخصه من الثمن وكان له الخيار
في الباقي^(٦).

ولكن منصرف عن هاتين الصورتين فتأمل . والظاهر انه لا يبعد صدق عنوان
التلف ولو كان بفعل القاعل المختار فتيرتب عليه الحكم .

(١) أي يصح بقاء ولا ينفسخ وتقدم الأشكال فيه .

(٢) كما هو مقضى الضمان في جميع موارد اتلاف مال الغير .

(٣) لم يظهر لي وجه الأشكال وعلى تقدير عدم الانفساخ لأشكال في أن للمشتري
الخيار لتخلف الشرط وبعبارة أخرى : مقتضى الشرط الارتكازي هو الخيار .

(٤) كما هو ظاهر فإن النماء تابع للأصل والمفروض أن العين للمشتري فنمائها
أيضاً له .

(٥) وقد تقدم شرح كلام الماتن فراجع .

(٦) بتقريب : أن البيع ينحل الى بيوع متعددة بتعدد أجزاء المبيع فإذا تلف
بعض الأجزاء يدخل في الكبرى وينفسخ البيع بالنسبة اليه ويبقى صحيحاً بالنسبة
الى الباقي إلا أن الأشكال في أن البيع الواحد كيف ينحل الى بعض أجزاء المبيع

(مسألة ٤) : يجب على الباع تفريغ المبيع مما كان فيه من متاع أو غيره حتى انه لو كان مشغولاً بزرع حان وقت حصاده وجبت ازالته منه ولو كان للزرع عروق تضر بالانتفاع بالارض أو كانت في الارض حجارة مدفونة وجب ازلتها وتسوية الارض ولو كان شيء لا يمكن فراغ المبيع منه الا بتخريب شيء من الابنية وجب اصلاحه وتعمير البناء^١ ولو كان الزرع لم يحن وقت حصاده واشترط بقاءه جازلما لكة ابقائه الى وقته وعليه الاجرة ان لم يشترط ابقاءه مجاناً^٢.

(مسألة ٥) من اشترى شيئاً ولم يقبضه فان كان مما لا يكال ولا يوزن جاز بيعه قبل قبضه^٣ وكذا اذا كان مما يكال أو يوزن وكان

ويبقى بالنسبة الى البعض الآخر اللهم الا أن يتم الامر بالاجماع والتسالم والنص الخاص الوارد في بعض الموارد (* ١) فلاحظ .

(١) لما تقدم من وجوب التخلية بين المال ومالكة ولا يجوز مزاحمة المالك ومن الشرط الضمني المقتضي للافراغ فيتم جميع ما أفاده في هذا الفرع وبعبارة اخرى: ان هذه المذكورات متفرعة على وجوب التسليم فان كل واحد من هذه الامور ينافي التسليم والتخلية وينافي الالتزام الضمني فلو استلزم التخريب يجب الاصلاح والعمارة.

(٢) بمقتضى الاشتراط فيجوز له ابقاءه وتجب عليه الاجرة الا أن يشترط ابقاءه مجاناً .

(٣) لعدم ما يقتضي المنع ومقتضى الادلة الجواز فيجوز كما في المتن مضافاً الى النص الخاص لاحظ ما رواه منصور قال : سألت ابا عبدالله عليه السلام عن

البيع برأس المال أما لو كان بربح ففقه قولان اظهرهما المنع^(١).

رجل اشترى ببيع ليس فيه كيل ولا وزن أله أن يبيعه مرابحة قبل أن يقبضه ويأخذ ربحه فقال : لا بأس بذلك ما لم يكن كيل ولا وزن فان هو قبضه فهو أبرأ لنفسه (١ *) .
وبمقتضى قانون تخصيص العام بالخاص وتقييد المطلق بالمقيد يقيد ما يدل باطلاقة على المنع كحديث عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال : بعث رسول الله صلى الله عليه وآله رجلا من أصحابه والياً فقال له : اني بعثتك الى أهل الله يعني أهل مكة فانهم عن بيع ما لم يقبض وعن شرطين في بيع وعن ربح ما لم يضمن (٢ *)
اضف الى ذلك ان صاحب الجواهر أفاد بأنه عليه الاجماع بقسميه (٣ *) .

(١) ومنشأ الخلاف اختلاف النصوص الواردة في المقام والحرى بنا أن نلاحظ كل واحد من هذه النصوص واخذ النتيجة من مجموعها فمن تلك النصوص ما رواه منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : اذا اشتريت متاعاً فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى يقبضه الا أن توليه فاذا لم يكن فيه كيل ولا وزن فبعه يعني انه يوكل المشتري بقبضه (٤ *) . وهذه الرواية ضعيفة بضعف اسناد الصدوق الى منصور بن حازم على ما في نخبة المقال للحاجيائي فلا تصل النوبة الى ملاحظة الدلالة .

ومنها : ما رواه عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال : سألت عن رجل عليه كر من طعام فاشترى كراً من رجل آخر وقال للرجل : انطلق فاستوف حقتك قال :

(١) الوسائل الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود الحديث : ١٨

(٢) الوسائل الباب ١٠ من أبواب أحكام العقود الحديث : ٦

(٣) جواهر الكلام ج ٢٣ ص : ١٦٤

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

لا بأس به (* ١) . ومفاد هذه الرواية لا يرتبط بما نحن فيه فإن ما يستفاد منها إما حوالة أو وكالة والكلام في المقام في البيع قبل القبض .

ومنها : ما رواه خالد بن حجاج الكرخي قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : اشتري الطعام من الرجل ثم أبيع من رجل آخر قبل أن أكتاله فاقول : ابعت وكيالك حتى يشهد إذا قبضته قال : لا بأس (* ٢) . وهذه الرواية ضعيفة بخالد بن حجاج .

ومنها : ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن الرجل يشتري الثمرة ثم يبيعها قبل أن يأخذها قال : لا بأس به إن وجد بها ربحاً فليبع (* ٣) ومفاد هذه الرواية اجنبية عن المقام فإن الثمرة على الشجرة لا تباع بالكيل والوزن .

ومنها : ما رواه الحلبي أيضاً عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في الرجل يتاع الطعام ثم يبيع قبل أن يكال قال : لا يصلح له ذلك (* ٤) . وهذه الرواية تدل على بطلان بيع الطعام قبل الكيل فلا ترتبط بالمقام .

ومنها : ما رواه جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يشتري الطعام ثم يبيع قبل أن يقبضه قال : لا بأس ويوكل الرجل المشتري منه بقبضه وكياله قال : لا بأس (* ٥) وهذه الرواية ضعيفة بجميع طرقها أما بعلي بن حديد وأما بالارسال فلا تصل النوبة إلى ملاحظة دلالتها .

ومنها : ما رواه اسحاق المدايني قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن القوم يدخلون السفينة يشترون الطعام فيتساومون بها ثم يشتريه رجل منهم فيسألونه فيعطونهم

(١) نفس المصدر الحديث : ٢

(٢) نفس المصدر الحديث : ٣

(٣) نفس المصدر الحديث : ٤

(٤) نفس المصدر الحديث : ٥

(٥) نفس المصدر الحديث : ٦

ما يريدون من الطعام فيكون صاحب الطعام هو الذي يدفعه اليهم ويقبض الثمن قال : لا بأس ما أراهم الا وقد شركوه الحديث (*) (١) وهذه الرواية ضعيفة بالمدايني فلا أثر لمدلولها .

ومنها : ما رواه أبو حمزة عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألت عن رجل اشترى متاعاً ليس فيه كيل ولا وزن أبيه قبل أن يقبضه ؟ قال : لا بأس (*) (٢) . وهذه الرواية تدل على جواز بيع غير المكيل والموزون قبل القبض ولا ترتبط بالمقام . ومنها : ما رواه علي بن جعفر عن اخيه انه سأل أخاه موسى بن جعفر عليهما السلام

عن الرجل يشتري الطعام أبصلح بيعه قبل أن يقبضه ؟ قال : اذا ربح لم يصلح حتى يقبض وان كان يوليه فلا بأس وسألت عن الرجل يشتري الطعام أيحل له أن يولي منه قبل أن يقبضه ؟ قال : اذا لم يربح عليه شيئاً فلا بأس فان ربح فلا بيع حتى يقبضه (*) (٣) . وهذه الرواية تدل على عدم جواز بيع الطعام المشتري قبل القبض .

ومنها : ما رواه الحلبي قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قوم اشتروا بزاً ، فاشتركوا فيه جميعاً ولم يقسموه أبصلح لاحد منهم بيع بزه قبل أن يقبضه ؟ قال : لا بأس به وقال : ان هذا ليس بمنزلة الطعام ان الطعام يكال (*) (٤) . وهذه الرواية هي بيان حكم غير المكيل والموزون فلا ترتبط بالمقام وان أبيت عما ذكرنا فغايتها الدلالة على عدم جواز بيع المكيل والموزون قبل القبض فيقيد بالمقيد كما سيجيء .

ومنها : ما رواه معاوية بن وهب قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل

(١) نفس المصدر الحديث : ٧

(٢) نفس المصدر الحديث : ٨

(٣) نفس المصدر الحديث : ٩

(٤) نفس المصدر الحديث : ١٠

يبيع البيع قبل أن يقبضه فقال: ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه
الا أن توليه الذي قام عليه (*) (١) . والمستفاد من هذه الرواية عدم جواز بيع المكيل
والموزون قبل الكيل والوزن فلا ترتبط بالمقام .

ومنها: ما رواه منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا اشتريت
مناخاً فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه الا أن توليه فان لم يكن فيه كيل ولا وزن
فبعه (*) (٢) والمستفاد من هذه الرواية عدم جواز بيع المكيل والموزون قبل
القبض الا تولية فهذه الرواية تدل على المدعى في المقام .

ومنها : ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال في الرجل يتاع الطعام
ثم يبيعه قبل أن يكنا له قال: لا يصلح له ذلك (*) (٣) وهذه الرواية لا ترتبط بالمقام
كما تقدم في نظيرها .

ومنها: ما رواه عبد الرحمن بن أبي عبد الله وأبو صالح عن أبي عبد الله عليه السلام
مثل ذلك وقال : لا تبعه حتى تكيله (*) (٤) والكلام فيها هو الكلام .

ومنها: ما رواه سماعة قال : سألت عن الرجل يبيع الطعام أو الثمرة وقد كان
اشترها ولم يقبضها قال: لا حتى يقبضها الا أن يكون معه قوم يشاركهم فيخرجه
بعضهم من نصيبه من شركته بريح أو يوليه بعضهم فلا بأس (*) (٥) . والمستفاد من
هذه الرواية عدم جواز بيع الطعام المشتري قبل القبض الا للشريك .

ومنها : ما رواه أبو بصير قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى

(١) نفس المصدر الحديث : ١١

(٢) نفس المصدر الحديث : ١٢

(٣) نفس المصدر الحديث : ١٣

(٤) نفس المصدر الحديث : ١٤

(٥) نفس المصدر الحديث : ١٥

طعاماً ثم باعه قبل أن يكيله قال : لا يعجبني أن يبيع كيلاً أو وزناً قبل أن يكيله أو يزنه إلا أن يوليه كما اشتراه إذا ربح فيه أو يضع وما كان من شيء عنده ليس بكيل ولا وزن فلا بأس أن يبيعه قبل أن يقبضه (* ١) . وهذه الرواية ضعيفة بالبطائني . ومنها : مارواه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام من احتكر طعاماً أو حلقاً أو ابتاعه بغير حكمة وإراد أن يبيعه فلا يبيعه حتى يقبضه ويكتا له (* ٢) .

والمستفاد من هذه الرواية عدم جواز بيع الطعام المشتري وكذا العلف قبل القبض والكيل .

ومنها : مارواه منصور (* ٣) . وهذه الرواية تدل على عدم جواز بيع المتاع المشتري قبل القبض إذا كان من المكيل أو الموزون .

ومنها : مارواه ابن حجاج الكرخي قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام اشتري الطعام إلى أجل مسمى فيطلبه التجار بعد ما اشتريته قبل أن أقبضه قال : لا بأس أن تبيع إلى أجل اشتريت وليس لك أن تدفع قبل أن تقبض « أو تقبض به » قلت : فإذا قبضته جعلت فدائلي أن أدفعه بكيله ؟ قال : لا بأس بذلك إذا رضوا (* ٤) . وهذه الرواية ضعيفة بالكرخي .

ومنها : ما رواه غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام أنه مكروه بيع صك الورق حتى يقبض (* ٥) وهذه الرواية لا ترتبط بالمقام .

(١) نفس المصدر الحديث : ١٦

(٢) نفس المصدر الحديث : ١٧

(٣) لاحظ ص : ١٥٣

(٤) الوسائل الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود الحديث : ١٩

(٥) نفس المصدر الحديث : ٢٠

• • • • •

ومنها : ما رواه حزام بن حكيم بن حزام قال : ابتعت طعاماً من طعام الصدقة فأربحت فيه قبل أن أقبضه فأردت بيعه فسألت النبي صلى الله عليه وآله فقال : لا تبعه حتى تقبضه (* ١) . وهذه الرواية ضعيفة سنداً فلا تصل النوبة الى البحث في دلالتها .

ومنها : ما رواه علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهم السلام قال : سألت عن رجل اشترى بيعاً كيلاً أو وزناً هل يصلح بيعه مرابحة ؟ قال : لا بأس فان سمي كيلاً أو وزناً فلا يصلح بيعه حتى تكيله أو توزنه (* ٢) وهذه الرواية ضعيفة بعبد الله بن الحسن وأما حديثا علي بن جعفر (* ٣) أيضاً فضعيفان سنداً بعبد الله ابن الحسن فلامجال لملاحظة مدلوليهما .

إذا عرفت ما تقدم نقول : مقتضى حديث منصور (* ٤) التفصيل بين المكمل والموزون وغيرهما بجواز البيع على الإطلاق في الثاني وبعدم الجواز في الأول الا بالتولية ومقتضى حديث ابن جعفر (* ٥) عدم جواز بيع الطعام قبل القبض الا بالتولية ومقتضى حديث سماعة (* ٦) عدم جواز بيع الطعام على الإطلاق الا من الشريك فيقع التعارض بين الحديثين بالعموم من وجه ويجتمعان فان حديث سماعة يدل على جواز البيع للشريك تولية وحديث ابن جعفر لا يعارضه وحديث ابن جعفر

(١) نفس المصدر الحديث : ٢١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٢٢

(٣) نفس المصدر الحديث : ٢٣ و ٢٤

(٤) لاحظ ص : ١٥٢

(٥) لاحظ ص : ١٥٦

(٦) لاحظ ص : ١٥٧

الفصل الثامن : النقد والنسيئة :

من باع ولم يشترط تأجيل الثمن كان الثمن حالاً فللبائع المطالبة به بعد انتهاء العقد^(١) كما يجب عليه أخذه إذا دفعه إليه المشتري وليس له الامتناع من أخذه^(٢) وإذا اشترط تأجيل الثمن يكون نسيئة^(٣)

يدل على جواز البيع تولية من الشريك وحديث سماعة لا يعارضه ويتعارضان في موردین : أحدهما : البيع من الشريك بربح ثانيهما : البيع من غير الشريك بالتولية وال ترجيح مع دليل الجواز لموافقته مع الكتاب فان مقتضى قوله تعالى : « احل الله البيع (* ١) جوازه والله العالم .

(١) الامر كما أفاده اذا لنسيئة تتوقف على اشتراط التأخير فاذا باع ولم يشترط تأجيل الثمن يكون للبائع المطالبة بالثمن لانه ملكه ولا وجه لحبسه وان شئت قلت : المالك مسلط على ملكه وليس لاحد أن يحول بينه وماله الا بسبب من الاسباب .

(٢) ادعي عليه الاجماع والتسالم ويمكن أن يستدل على المدعى مضافاً الى الاجماع بأن الثمن اماكنى واما عين خارجية وعلى كلا التقديرين لا يجوز الامتناع عن قبوله لان الامتناع عنه بلا رضى الطرف المقابل يتنافى سلطنة المشتري على ذمته وعن عهده عن العين الخارجية المملوكة للبائع فاذا لا يرضى ببقاء الثمن الكلي في ذمته أولاً يرضى ببقاء الثمن الشخصى عنده يكون عدواناً من قبل البائع .

(٣) شرط التأجيل ليس معناه تعليق العقد على مجيء الزمان المستقبل فان التعليق يفسد البيع وايضاً يلزم عدم صيرورة المبيع للمشتري ولا يكون معناه تقييد العين بالزمان اذا الاعيان لا تتقييد بالزمان فلا معنى لان يقال : الحنطة المقيدة بيوم فلان أو شهر فلان بل التأجيل عبارة عن اشتراط التأخير .

وفي المقام شبهة وهى : ان مرجع هذا الاشتراط الى أن التأخير يكون حقاً للمشتري وهذا الاشتراط خلاف الشرع اذ ليس لاحد التأخير في اداء حق الغير ومن ناحية اخرى لا يكون دليل الشرط مشرعاً كي يقال : ان الاشتراط يوجب جوازه فما الحيلة وما الوسيلة ؟ ويمكن أن يجاب عن هذا الاشكال بالاجماع والتسالم على الجواز مضافاً الى ماورد من النصوص في باب السلم لاحظ مارواه عبدالله بن سنان قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يسلم في غير زرع ولا فخل قال : يسمى كيلاً معلوماً الى اجل معلوم الحديث (١ *) .

وما رواه أبو مريم الانصاري عن أبي عبدالله عليه السلام : ان أباه لم يكن يرى بأساً بالسلم في الحيوان بشيء معلوم الى اجل معلوم (٢ *) .
وما رواه قتيبة الاعشى عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يسلم في أسنان من الغنم معلومة الى اجل معلوم فيعطى الرباع مكان الشيء فقال : أليس تسلم في أسنان معلومة الى اجل معلوم ؟ قلت : بلى قال : لا بأس (٣ *) .
وما رواه سماعة قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن السلم وهو السلف في الحرير والمتاع الذى يصنع في البلد الذى انت به قال : نعم اذا كان الى اجل معلوم (٤ *) .

وما رواه غياث ابن ابراهيم عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام لا بأس بالسلم كيلاً معلوماً الى اجل معلوم ولا تسلمه الى دياس

(١) الوسائل الباب ٣ من أبواب السلف الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٢

(٣) نفس المصدر الحديث : ٣

(٤) نفس المصدر الحديث : ٤

.

ولا الى حصاد (* ١) .

ومارواه سليمان بن خالد في حديث انه سأل أبا عبدالله عليه السلام عن رجل
يسلم في غير زرع ولا نخل قال : يسمى شيئاً الى اجل مسمى (* ٢) .

وما رواه حديد بن حكيم قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : رجل اشترى
الجلود من القصاب فيعطيه كل يوم شيئاً معلوماً فقال : لا بأس به (* ٣) .

وما رواه سماعة قال : سألته عن السلم وهو السلف في الحرير والمتاع الذي
يصنع في البلد الذي انت فيه قال : نعم اذا كان الى اجل معلوم وسألته عن السلم
في الحيوان اذا وصفته الى اجل وعن السلف في الطعام كيلا معلوماً الى اجل معلوم
فقال : لا بأس به (* ٤) .

حيث ان المستفاد من تلك النصوص جواز التأجيل ويضاف الى ذلك انه لا اشكال
في جواز الاذن في التأخير فيما يكون الثمن كلياً كما انه لا اشكال في جواز الاذن في
بقاء العين الشخصية عند المشتري وبعد فرض الجواز يجب العمل بالشرط وليس
للمشروط عليه نقضه اذ يجب الوفاء بالشرط وعلى الجملة اذا اذن في البقاء في
ضمن العقد بالشرط يلزمه ولا يمكنه التخلف .

ويضاف الى ذلك كله ماورد من النص الخاص الدال على جواز النسبة لاحظ
مارواه أحمد بن محمد قال : قلت لابي الحسن عليه السلام : اني اريد الخروج الى
بعض الجبال « الجبل خ ل » فقال : ما للناس يد من أن يضطر بواستهم هذا فقلت
له : جعلت فداك انا اذا بعناهم نسبة كان أكثر للربح قال : فبعهم بتأخير سنة قلت :

(١) نفس المصدر الحديث : ٥

(٢) نفس المصدر الحديث : ٦

(٣) نفس المصدر الحديث : ٧

(٤) نفس المصدر الحديث : ٨

لا يجب على المشتري دفعه قبل الاجل وان طال به البايع^(١) ولكن يجب على البايع اخذه اذا دفعه اليه المشتري قبله الا ان تكون القرينة على كون التأجيل حقاً للبايع ايضاً^(٢) ويجب ان يكون الاجل معيناً لا يتردد فيه بين الزيادة والنقصان فلو جعل الاجل قدوم زيد أو الدياس أو الحصاد أو جذاذ التمر أو نحو ذلك بطل العقد^(٣) ولو كانت معرفة

بتأخير سنتين؟ قال : نعم قلت : بتأخير ثلاث؟ قال : لا (١ *) .

وما رواه عمار بن موسى عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل اشترى من رجل جارية بثمن مسمى ثم افترقا فقال : وجب البيع والثن اذا لم يكونا اشترطا فهو نقد (٢ *) .

وما رواه احمد بن محمد بن أبي نصر انه قال لابي الحسن الرضا عليه السلام : ان هذا الجبل فدفن على الناس منه باب رزق فقال : ان أردت الخروج فاخرج فانها سنة مضطرب وليس للناس بدمن معاشهم فلا تدع الطلب فقلت : انهم قوم ملاء ونحن نحتمل التأخير فنبايعهم بتأخير سنة قال : بعهم قلت : سنتين؟ قال : بعهم قلت : ثلاث سنين؟ قال لا يكون لك شيء أكثر من ثلاث سنين (٣ *) .

(١) كما هو ظاهر اذ المفروض انه يتحقق له بالشرط نسلط على الابقاء ومطالبة البايع لا تؤثر اذ قلنا انه يلزمه بالاشتراط ويجب عليه الوفاء وضماً .
(٢) كما سبق فانه ليس لاحد مزاحمة الغير نعم اذا كان الاشتراط على نحو يكون للبايع ايضاً حق الابقاء له أن لا يقبل .

(٣) ما يمكن أن يذكر في وجهه امور : الاول : الاجماع . وفيه انه هل يمكن

(١) الوسائل الباب ١ من أبواب أحكام العقود الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٢

(٣) نفس المصدر الحديث : ٣

الاجل محتاجة الى الحساب مثل اول الحمل أو الميزان فالظاهر البطلان " نعم لو كان الاجل اول الشهر القابل مع التردد فى الشهر الحالي بين الكمال والنقصان فالظاهر الصحة ^(٢) .

(مسألة ١) : لو باع شيئاً بثمن نقداً وبأكثر منه مؤحلاً بأن قال بعنك الفرس بعشرة نقداً وبعشرين الى سنة فقبل المشتري فالمشهور البطلان وهو الاظهر ^(٣) .

تحصيل الاجماع الكاشف في المقام مع الاستدلال بالوجوه المذكورة .

الثاني : قياس المقام بالبيع المؤجل فانه يستفاد من جملة من النصوص الواردة في باب السلف جواز تأجيل المبيع (* ١) . وفيه : انه ربما يقال : بأن ملاكات الاحكام مجهولة ولا وجه لقياس المقام بذلك الباب .

الثالث : انه نهى عن بيع الغرر لاحظ ما عن النبي صلى الله عليه وآله : ونهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن بيع المضطرو عن بيع الغرر (* ٢) وهذه الرواية ضعيفة سنداً وضعف الرواية الضعيفة لاينجبر بالعمل مضافاً الى أن الجهل مطلقاً لا يستلزم الغرر الذي بمعنى الخطر فالوجوه المذكورة لا تفى باثبات المدعى الا أن يقال : الامر ظاهر عند القوم ولا مجال للنقاش فلاحظ .

(١) للغرر .

(٢) بلا كلام ولا اشكال فانه لا ريب في اغتفاره والسيرة جارية عليه .

(٣) تارة يقع البحث من حيث القاعدة واخرى من حيث المستفاد من النص الخاص فهنا مقامان : أما المقام الاول فنقول : الظاهر ان مقتضى القاعدة هو البطلان

(١) لاحظ ص : ١٦١ - ١٦٢

(٢) الوسائل الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة الحديث : ٣

اذ البيع على هذا النحو لم يتحقق . وبعبارة واضحة ثالثة بعد ايجاب البايع يقبل المشتري احد الامرين فالظاهر انه لا مانع من الصحة واخرى يقبل الانشاء المردد الصادر عن البايع كما هو ظاهر المتن فمقتضى القاعدة فساد اذ على هذا لم تقع المعاملة على شيء وبعبارة اخرى: البايع ينشيء انشائين ويبيع بيعين ولكن المشتري لا يقبل احدهما فلا يتحقق عقد فلا يتم المعاملة .

وأما المقام الثاني فقد وردت في المقام عدة روايات : منها : ما رواه السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام ان علياً عليه السلام قضى في رجل باع بيعاً واشترط شرطين بالنقد كذا و بالنسيئة كذا فأخذ المتاع على ذلك الشرط فقال : هو بأقل الثمنين وأبعد الاجلين يقول : ليس له الا اقل النقيدين الى الاجل الذي أجله بنسيئة (* ١) وهذه الرواية ضعيفة سنداً فلامجال لملاحظة دلالتها .

ومنها : ما رواه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام من باع سلعة فقال : ان ثمنها كذا وكذا يبدأ بيد و ثمنها كذا وكذا نظرة فخذها بأي ثمن شئت وجعل « واجعل يب » صفقتها واحدة فليس له الا اقلهما وان كانت نظرة قال : وقال عليه السلام : من ساوم بثمانين أحدهما عاجلاً والاخر نظرة فليس أحدهما قبل الصفقة (* ٢) . والمستفاد من هذه الرواية ان المشتري اذا قبل احد النحويين يصلح البيع ويتم البيع له بأقل الثمنين مع الاجل .

ومنها : ما رواه الحسين بن زيد عن الصادق عن آبائه عليهم السلام في مناهي النبي صلى الله عليه وآله قال : ونهى عن بيعين في بيع (* ٣) . وهذه الرواية

(١) الوسائل الباب ٢ من أبواب أحكام العقود الحديث : ٢

(٢) نفس المصدر الحديث : ١

(٣) نفس المصدر الحديث : ٥

(مسألة ٢) : لا يجوز تأجيل الثمن الحال بل مطلق الدين بازيد منه بأن يزيد فيه مقداراً ليؤخره الى اجل ^١

ضعيفة بالحسين بن زيد حيث انه لم يوثق .

ومنها : ما رواه سليمان بن صالح عن أبي عبدالله عليه السلام قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن سلف وبيع وعن بيعين في بيع وعن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما يضمن (* ١) .

وهذه الرواية تدل على بطلان بيعين في بيع على الإطلاق ونسبة حديث ابن قيس الى هذه الرواية نسبة المقيّد الى المطلق والخاص الى العام فبمقتضى القاعدة يقيد المطلق بالمقيّد ويخصص العام بالخاص فنلتزم بالصحة في هذا الفرد الخاص .
ومنها : ما رواه عمار عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث ان رسول الله صلى الله عليه وآله بعث رجلاً الى أهل مكة وأمره أن ينهائهم عن شرطين في بيع (* ٢) .
والمراد من هذه الرواية اما النهي عن بيعين في بيع واما أمر آخر فعلى الاول يكون الكلام فيها هو الكلام الذي مر في حديث سليمان بن صالح وعلى الثاني لا ترتبط الرواية بالمقام والله العالم .

(١) قال الشيخ الأعظم قدس سره : « لا خلاف - على الظاهر من الحدائق - المصرح به في غيره في عدم جواز تأجيل الثمن الحال بل مطلق الدين بازيد منه لأنه ربالة حقيقة الربا في القرض راجعة الى جعل الزيادة في مقابل امهال المقرض وتأخير المطالبة الى اجل » الى آخر كلامه رفع في علوم مقامه . ويمكن الاستدلال

(١) نفس المصدر الحديث : ٤

(٢) نفس المصدر الحديث : ٣

• • • • •

مضافاً الى ما ذكر من عدم الخلاف في عدم جوازه بوجوه الوجه الاول : ما عن ابن عباس قال : كان الرجل منهم اذا حل دينه علي غريمه فطالبه به قال المطلوب منه له : زدني في الاجل وازيدك في المال فيتراضيان عليه ويعملان به فاذا قيل لهم هذا ربا قالوا هما سواء يعنون بذلك ان الزيادة في الثمن حال البيع والزيادة فيه بسبب الاجل عند محل الدين سواء قدمهم الله به (* ١) فان هذه الرواية تدل بوضوح على حرمة الزيادة لاجل التأخير.

الوجه الثاني : مارواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام والحلي عن أبي عبد الله عليه السلام انهما قالا في الرجل يكون عليه الدين الى اجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول : انقذني من الذي لي كذا وكذا وأضع لك بقيته أو يقول انقذ لي بعضاً وامتد لك في الاجل فيما بقي عليك قال : لأرى به بأساً ما لم يزد على رأس ماله شيئاً بقول الله : لكم رؤس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون (* ٢) . فان المستفاد من الحديث ان الزيادة للتأجيل حرام .

الوجه الثالث : مارواه اسحاق بن عمار عن أبي الحسن عليه السلام قال : سألت عن الرجل يكون له مع رجل مال قرضاً فيعطيه الشيء من ربحه مخافة أن يقطع ذلك عنه فيأخذ ماله من غير أن يكون شرط عليه قال : لا بأس بذلك « به خ ل » ما لم يكن شرطاً (* ٣) فان المستفاد من هذه الرواية ان اعطاء شيء للداين لاجل التأخير في المطالبة مادام لا يكون بعنوان الشرط والالزام لا بأس به .

(١) مجمع البيان ج ٢ ص : ٣٨٩

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

(٣) الوسائل الباب ١٩ من أبواب الدين والقرض الحديث : ٣

وكذا لا يجوز أن يزيد في الثمن المؤجل ليزيد في الاجل " ويجوز عكس ذلك بأن يعجل المؤجل بنقصان منه على وجه الصلح أو

الوجه الرابع : النصوص الدالة على جواز اعمال الحيلة الشرعية لتأجيل الدين لاحظ ما رواه مسعدة بن صدقة عن أبي عبدالله عليه السلام قال : مثل عن رجل له مال على رجل من قبل عينة عينها اياه فلما حال عليه المال لم يكن عنده ما يعطيه فاراد ان يقلب عليه ويربح أبيبعه لؤلؤاً أو غير ذلك ما يسوي مائة درهم بألف درهم ويؤخره ؟ قال : لا بأس بذلك وقد فعل ذلك أبي رضى الله عنه وأمرني أن افعل ذلك في شيء كان عليه (* ١) .

ومارواه محمد بن اسحاق بن عمار قال : قلت لأبي الحسن عليه السلام يكون لي على الرجل دراهم فيقول أخرني بها وأنا اربحك فأبيعه بجبة « حبة خ ل » تقوم علي بألف درهم بعشرة آلاف درهم أو قال : بعشرين ألفاً وأؤخره بالمال قال : لا بأس (* ٢) .
ومارواه محمد بن اسحاق بن عمار قال : قلت للرضا عليه السلام : الرجل يكون له المال فيدخل على صاحبه يبيعه لؤلؤة تسوي مائة درهم بألف درهم ويؤخر عنه المال الى وقت قال : لا بأس به قد أمرني أبي ففعلت ذلك وزعم انه سأل ابا الحسن عليه السلام عنها فقال : مثل ذلك (* ٣) فان الاستفادة من هذه النصوص ان التأجيل مع العوض بهذا النحو وبهذه الحيلة جائز فلو كانت الزيادة جائزة بلا اعمال الحيلة لم يكن وجه لاعمالها .

(١) كما هو مورد بعض النصوص لاحظ ما رواه محمد بن مسلم والحلي (* ٤)

(١) الوسائل الباب ٩ من أبواب أحكام العقود الحديث : ٣

(٢) نفس المصدر الحديث : ٤

(٣) نفس المصدر الحديث : ٦

(٤) لاحظ ص : ١٦٧

الابراء^١ ويجوز بيع الاكثر المؤجل بالاقبل الحال في غير ما يكال ويوزن وأما فيهما فلا يجوز لانه ربا^٢ ولا يجوز في الدين المؤجل أن ينقل بعضه قبل حلول الاجل على أن يؤجل له الباقي الى أجل آخر^٣.

(مسألة ٣) : اذا اشترى شيئاً نسيئة جاز شرائه منه قبل حلول الاجل أو بعده بجنس الثمن أو بغيره مساوياً له أو زائداً عليه أو ناقصاً عنه حالاً كان البيع الثاني أو مؤجلاً^٤ نعم اذا اشترط البايع على المشتري في البيع الاول أن يبيعه عليه بعد شرائه بأقل مما اشتراه به أو شرط المشتري على البايع في البيع الاول أن يشتريه منه بأكثر

(١) كما هو مقتضى القاعدة الأولية ويدل عليه حديث محمد بن مسلم والحلي.

(٢) لوجود المقتضي وعدم المانع هذا في غير المكيل والموزون وأما فيهما فلا يجوز للزوم الربا كما في المتن .

(٣) لأدري ما الوجه فسي عدم الجواز مع التصريح بعدم البأس في حديث محمد بن مسلم والحلي .

(٤) لعدم دليل على المنع ومقتضى ادلة صحة البيع جوازه بل يدل على الجواز بعض النصوص الخاصة لاحظ ما رواه بشار بن يسار قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع بنساء فيشتريه من صاحبه الذي يبيعه منه قال : نعم لا بأس به فقلت له : اشترى متاعي ؟ فقال : ليس هو متاعك ولا بقرك ولا غنمك (١*).

مما اشتراه به فان المشهور فيه البطلان وهو الاظهر^(١).

الحاق في المساومة والمرا بحة والمواضعة والتولية:

التعامل بين البايع والمشتري تارة يكون بملاحظة رأس المال الذي تشتري به البايع السلعة واخرى لا يكون كذلك والثاني يسمى مساومة وهذا هو الغالب المتعارف والاول تارة يكون بزيادة على رأس المال واخرى بنقصه عنه وثالثة بلا زيادة ولا نقصه والاول يسمى مرا بحة والثاني مواضعه والثالث يسمى تولية^(٢).

(١) في المقام حديثان : احدهما : مارواه الحسين بن المنذر قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : يجيئني الرجل فيطلب العينة فأشتري له المتاع مرا بحة ثم أبيعها ثم اشترى منه مكاني قال : اذا كان بالخيار ان شاء باع وان شاء لم يبيع وكنت أنت بالخيار ان شئت اشتريت وان شئت لم تشتري فلا بأس فقلت : ان أهل المسجد يزعمون ان هذا فاسد ويقولون : ان جاء به بعد أشهر صلح قال : انما هذا تقديم وتأخير فلا بأس (*) (١) وهذه الرواية ضعيفة بالحسين بن المنذر حيث انه لم يوثق .
ثانيها : مارواه علي بن جعفر (*) (٢) وهذه الرواية تامة سنداً وحيث ان عدم البأس علق في كلامه عليه السلام على عدم الاشتراط يستفاد فساد البيع معه ولكن الظاهر من الرواية صورة الاشتراط من قبل البايع فلا وجه لتسرية الحكم الي جانب المشتري كما في المتن والله العالم .

(٢) قال في الحقائق في مقام بيان أقسام البيع بالنسبة الى الاخبار بالثمن وعدمه :
« لا يخلو عن اقسام اربعة : لانه اما أن يخبر بالثمن أولا الثاني المساومة والاول

(١) نفس المصدر الحديث : ٤

(٢) لاحظ ص : ١٣٠

(مسألة ١) : لابد في جميع الاقسام الثلاثة من ذكر الثمن تفصيلاً^١ فلو قال : بعتك هذه السلعة برأس مالها وزيادة درهم أو بنقيصة درهم أو بلا زيادة ولا نقيصة لم يصح حتى يقول بعتك هذه السلعة بالثمن الذي اشتريتها به وهو مائة درهم بزيادة درهم مثلاً أو بنقيصة أو بلا زيادة ولا نقيصة^٢.

(مسألة ٢) : اذا قال البائع : بعتك هذه السلعة بمائة درهم وربح في كل عشرة فان عرف المشتري ان الثمن مائة وعشرة دراهم صح البيع بل الظاهر الصحة اذا لم يعرف المشتري ذلك حال البيع ويعرفه بعد الحساب وكذلك المحكم في المواضعة كما اذا قال : بعتك بمائة

اما يبيعه برأس ماله أو بزيادة عليه أو بنقيصة عنه والاول التولية والثاني المراجعة والثالث المواضعة الى آخره .

(١) والدليل عليه ما رواه اسماعيل بن عبد الخالق قال : قلت لابي عبد الله عليه السلام اننا نبعث بالدراهم لها صرف الى الاهواز فيشترى لنا به المتاع ثم نلبث فاذا باعه وضع عليه صرف فاذا بعناه كان علينا أن نذكر له صرف الدراهم في المراجعة ويجزينا عن ذلك ؟ فقال : لا بل اذا كانت المراجعة فاخبره بذلك وان كانت مساومة فلا بأس (* ١) .

(٢) فان استفاد من روايه اسماعيل انه لابد من الذ كر مضافاً الى انه لو لم يذكر يلزم الثمن الذي بنوا على بطلان البيع بلزومه .

درهم مع خسران درهم في كل عشرة ^(١).

(مسألة ٣) : اذا كان الشراء بالثمن المؤجل وجب على البائع
مراбحة أن يخبر الاجل فان اخفى تخير المشتري بين الرد والامساك
بالثمن ^(٢).

(مسألة ٤) : اذا اشترى جملة صفقة بثمان لم يجز له بيع افرادها
مراбحة بالتقويم الا بعد الاعلام ^(٣)

(١) للاطلاق المنعقد في حديث اسماعيل فان مقتضى اطلاقه هو الجواز مع
ذكر راس المال والربح هذا فيما لا يكون فيه غرر واما معه فطى القول ببطلان بيع
الغرر بشكل الالتزام بالصحة لمانعية الغرر عن صحة البيع والجواز المستفاد من
حديث اسماعيل ناظر الى هذه المراбحة المذكورة في كلام الرواي في الحديث
للاصحة على الاطلاق من جميع الجهات .

(٢) الظاهر ان الوجه فيه : ان للاجل قسطاً من الثمن فاذا أخفى الاجل لم يبيع
مراбحة فله المشتري الفسخ لانه خلاف الشرط الضمني والظاهر من حديث اسماعيل
بن عبد الخالق بطلان البيع والله العالم .

(٣) لحديث اسماعيل بن عبد الخالق فان المستفاد منه اشتراط بيع المراбحة
ببيان الثمن ولحديث محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام في الرجل يشتري
المتاع جميعاً بثمان ثم يقوم كل ثوب بما يسوى حتى يقع على رأس ماله يبيعه
مراбحة ثوباً ثوباً قال : لا حتى يبين له انه انما قومه (* ١) .

وحديث أبي حمزة عن أبي جعفر عليه السلام قال : سأله عن الرجل يشتري
المتاع جميعاً بالثمان ثم يقوم كل ثوب بما يسوى حتى يقع على رأس ماله جميعاً

(مسألة ٥) : اذا تبين كذب البائع لمسي اخباره برأس المال كما اذا أخبر أن رأس ماله مائة وباع بربح عشرة وكان في الواقع رأس المال تسعين صح البيع وتخبر المشتري بين فسخ البيع وامضائه بتمام الثمن المذكور في العقد وهو مائة وعشرة^(١).

(مسألة ٦) : اذا اشترى سلعة بثمن معين مثل مائة درهم ولم يعمل فيها شيئاً كان ذلك رأس مالها وجاز له الاخبار بذلك^(٢) أما اذا عمل في السلعة عملاً فان كان باجرة جاز ضم الاجرة الى رأس المال فاذا كانت الاجرة عشرة جاز له أن يقول : بعثك السلعة برأس مالها مائة وعشرة وربح كذا^(٣) وان كان العمل بنفسه وكان له

ايبيعه مرابحة؟ قال: لا حتى يبين له أنها قومه (١*) مضافاً الى دهوي الاجماع على الحكم.

(١) هذا هو المشهور بين القوم على ما في الحقائق وتقريب الصحة مع الخيار ان التراضي بين البائع والمشتري وقع على هذا المقدار من الثمن فيصح البيع وأما الخيار فلاجل كذب البائع واشتراط الخيار الضمني ولكن الذي يخلج بالبال أن يقال ان مقتضى حديث اسماعيل بن عبدالمخالق بطلان البيع فلا حظ.

(٢) كما هو ظاهر واضح ولا اشكال فيه.

(٣) بتقريب: ان رأس ماله في العين المذكورة الثمن والعشرة الزائدة فيصح القول المذكور ولا موجب للفساد وللخيار.

اجرة لم يجزله أن يضم الاجرة الى رأس المال بل يقول : رأس المال مائة وعلمي يساوي كذا وبعتموها بما ذكر وربح كذا^(١) وإذا اشترى معيياً فرجع على البايع بالارش كان الثمن مابقى بعد الارش^(٢) ولو اسقط البايع بعض الثمن تفضلاً منه أو مجازاة على الاحسان لم يسقط ذلك من الثمن بل رأس المال هو الثمن في العقد^(٣).

الفصل التاسع الربا

وهو قسمان : الاول : ما يكون في المعاملة^(٤)

- (١) اذ المفروض ان العمل عمل نفسه فلا يكون رأس المال الا مائة وأما مع بيان رأس المال والتصريح بعمله فيه فلا وجه للفساد كما هو ظاهر .
- (٢) لان الثمن في الحقيقة المقدار الباقي بعد الارش فلا بد من اخراج الارش .
- (٣) اذ الاسقاط لا يوجب تغييراً في الثمن كما لو وهبه شيئاً آخر فهل يتوهم ارتباطه بالثمن .

(٤) وهو المبحوث عنه في المقام ولا اشكال في حرمة وادعى في الجواهر ان حرمة بالكتاب لاحظ قوله تعالى : « الذين يأكلون الربوا لا يقومون الا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس ذلك بأنهم قالوا انما البيع مثل الربوا وأحل الله البيع وحرم الربوا فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره الى الله ومن عاد فاولئك أصحاب النار هم فيها خالدون يحق الله الربوا ويربي الصدقات والله لا يحب كل كفار أثيم (*) (١) » .

• • • • •

وقوله تعالى: « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربوا أضعافاً مضاعفة واتقوا الله لعلكم تفلحون » (* ١) والسنة لاحظ ما رواه هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : درهم ربا « عند الله يبيع » اشد من سبعين زنية كلها بذات محرم (* ٢) .

وما رواه سعد بن طريف عن أبي جعفر عليه السلام قال : اخبث المكاسب كسب الربا (* ٣) ولاحظ بقية الروايات في الباب : ١ من أبواب الربا من الوسائل . وباجماع المؤمنين بل المسلمين ثم قال : « بل لا يبعد كونه من ضرورات الدين » . وفي المقام شبهة وهي : ان الاستفادة من الآية الكريمة حرمة الزيادة فلا تكون المعاملة باطلة بل الزيادة حرام تكليفاً . ويذهب الاشكال المذكور مضافاً الى التسالم على بطلان بيع الربوي انه لا كلام في حرمة الزيادة وعدم صيرورتها ملكاً لمن يأخذها فلا يصح البيع بالنسبة اليها وعدم الصحة بالنسبة اليها يستلزم البطلان على الاطلاق لان المفروض ان المقصود لم يقع وغير المقصود لا مقتضى لصحته ولا يقاس المقام بالعقد الواقع على الشاة والخنزير اذ المفروض وقوع مقدار من الثمن مقابل الشاة ومقدار منه في مقابل الخنزير فالبطلان بالنسبة الى الخنزير لا يستلزم البطلان بالنسبة الى الشاة اصف الى ذلك ان وحدة السياق تقتضي الحرمة الوضعية فان قوله تعالى : « احل الله البيع » (* ٤) ارشاد الى الصحة الوضعية فبمقتضى وحدة السياق يكون المراد من قوله تعالى : « وحرّم الربوا » (* ٥) الفساد الوضعي

(١) آل عمران/ ١٢٩

(٢) الوسائل الباب ١ من أبواب الربا الحديث : ١

(٣) نفس المصدر الحديث : ٢

(٥) البقرة/ ٢٧٤

الثاني : ما يكون في القرض وبأني حكمه في كتاب القرض
ان شاء الله تعالى ^{١)}

أما الاول : فهو بيع احد المثلين بالآخر مع زيادة عينية في
أحدهما كبيع من من الحنطة بمنين أو من من الحنطة بمن ودرهم ^{٢)}
أو زيادة حكمية كبيع من من حنطة نقداً بمن من حنطة نسيئة ^{٣)}

فالنتيجة ان البيع الربوي فاسد وضماً .

(١) ونتعرض لشرح كلامه هناك ان شاء الله تعالى فانظر .

(٢) قال في الجواهر : « وكيف كان فهو اي الربا يثبت في البيع بلاخلاف
بين المسلمين بل هو كالضروي من الدين لكن مع وصفين : أحدهما : اتحاد الثمن
والثمن في الجنسية والثاني كونهما مما يعتبر ان بالكيل والوزن » انتهى .
(٣) ما يمكن أن يستدل به على المدعى امور : منها : الاجماع . وفيه ان تحقق
الاجماع اول الكلام فان السيد اليزدي قدس سره أفاد : بأنه عن الاردبيلي قدس سره
عدم الربا في الزيادة الحكمية وعلى فرض تحقق الاجماع وحصوله يحتمل كونه
مدر كياً .

ومنها : ما رواه خالد بن الحجاج قال : سأله عن الرجل كانت له مائة
درهم عدداً قضائها مائة وزناً قال : لا بأس ما لم يشترط وقال : جاء الربا من قبل
الشروط انما يفسده الشروط (* ١) بتقريب : ان المستفاد من الحديث ان الربا
من قبل الشروط . وفيه ان السند ضعيف فلا تصل النوبة الى ملاحظة دلالة .
ومنها : ان المستفاد من الدليل اشتراط المثلية في الاجناس الربوية لاحظ ما رواه
عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث انه قال : يا عمر قد أحل الله

وهل يختص تحريمه بالبيع أو يجري في غيره من المعاوضات؟ قولان والظاهر اختصاصه بما كانت المعاوضة فيه بين العيين سواء أكانت بعنوان البيع أم بعنوان الصالح مثل صالحتك على أن تكون هذه العشرة التي لك بهذه الخمسة التي لي^١

البيع وحرم الربا بع واربح ولا تر به قلت: وما الربا؟ قال: دراهم بدراهم مثلين بمثل وحنطة بحنطة مثلين بمثل (* ١) .

وما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: الفضة بالفضة مثلاً بمثل والذهب بالذهب مثلاً بمثل ليس فيه زيادة ولا نقصان الزايد والمستزيد في النار (* ٢) .

وما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: الدقيق بالحنطة والسويق بالدقيق مثل بمثل لا بأس به (* ٣) .

فإن المستفاد من هذه الروايات اشتراط المماثلة وبالشرط لا تتحقق المماثلة فتبطل المعاملة. والانصاف: أن الجزم بهذا التقريب مشكل فإن الظاهر منها اشتراط المماثلة في العوضين بأن لا يكون أحدهما أزيد عن الآخر وهذا العنوان لا يزول بالاشتراط وإن أبيت فلا أقل من الأجمال فالادلة الأولية الدالة على الصحة محكمة .

١) قال السيد اليزدي قدس سره: « الأقوى ما هو المشهور من جريان الربا في غير البيع من المعاوضات خلافاً للحلي والعلامة فخصاه بالبيع والقرض » إلى آخر كلامه رفع في علوم مقامه ولا يبعد أن يكون الأمر كذلك بمقتضى جملة من النصوص:

١) الوسائل الباب ٦ من أبواب الربا الحديث: ٢

٢) الوسائل الباب ١ من أبواب الصرف الحديث: ١

٣) الوسائل الباب ٩ من أبواب الربا الحديث: ٤

• • • • •

منها : ما رواه الحلبي (* ١) فان المستفاد من هذه الرواية اشتراط أن يكون الفضة في مقابلها مثلاً بمثل ومقتضى اطلاق الرواية عدم اختصاص الحكم في الذهب .

ومنها : ما رواه أبو بصير وغيره عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الحنطة والشعير رأساً برأس لا يزداد واحد منهما على الآخر (* ٢) فان المستفاد من الرواية ان الحنطة في مقابل الشعير بلا زيادة احدهما على الآخر . ومنها : ما رواه زرارة (* ٣) والتقريب هو التقريب .

ومنها : جملة اخرى من الروايات لاحظ ما رواه عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال : قلت لابي عبد الله عليه السلام أيجوز قفيز من حنطة بقفيزين من شعير ؟ فقال : لا يجوز الا مثلاً بمثل ثم قال : ان الشعير من الحنطة (* ٤) .

وما رواه صفوان عن رجل من أصحابه عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الحنطة والدقيق لا بأس به رأساً برأس (* ٥) .

وما رواه أبو بصير قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الحنطة بالدقيق فقال : اذا كان سواء فلا بأس والا فلا (* ٦) .

وما رواه سيف التمار قال : قلت لابي بصير : احب أن تسأل أبا عبد الله عليه السلام

(١) لاحظ ص : ١٧٧

(٢) الوسائل الباب ٨ من أبواب الربا الحديث ٣

(٣) لاحظ ص : ١٧٧

(٤) الوسائل الباب ٨ من أبواب الربا الحديث : ٢

(٥) الوسائل الباب ٩ من أبواب الربا الحديث : ٥

(٦) نفس المصدر الحديث : ٦

أما اذا لم تكن المعاوضة بين العينين كالصالح في مثل صالحك على أن تهب لي تلك العشرة وأهب لك هذه الخمسة وكالبراء في مثل أبرأتك على الخمسة التي لي عليك بشرط أن تبرئني عن العشرة التي لك علي ونحوها فالظاهر الصحة ^(١).

عن رجل استبدل قوصرتين فيهما بسر مطبوخ بقوصرة فيها تمر مشقق قال : فسأله أبو بصير عن ذلك فقال : هذا مكروه فقال أبو بصير ولم يكره ؟ فقال : ان علي بن أبي طالب عليه السلام كان يكره أن يستبدل وسقاً من تمر المدينة بوسقين من تمر خيبر لان تمر المدينة أدونهما ولم يكن علي عليه السلام يكره الحلال (* ١) . وما رواه عبدالله بن سنان قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : كان علي عليه السلام يكره أن يستبدل وسقاً من تمر خيبر بوسقين من تمر المدينة لان تمر خيبر أجودهما (* ٢) .

وما رواه ابن مسكان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : كان علي عليه السلام يكره أن يستبدل وسقين من تمر المدينة بوسق من تمر خيبر (* ٣) وما رواه محمد ابن قيس قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام يكره وسقاً من تمر المدينة بوسقين من تمر خيبر لان تمر المدينة أجودهما (* ٤) فالتيجة ان الحكم عام كما في المتن والله العالم .

(١) لخروج الفرض عن موضوع نصوص المنع فان المنهي عنه المقابلة بين الزائد والناقص في الاجناس الربوية وفي المقام لا يكون كذلك كما هو ظاهر .

(١) الوسائل الباب ١٥ من أبواب الربا الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٢

(٣) نفس المصدر الحديث : ٣

(٤) نفس المصدر الحديث : ٤

يشترط في تحقق الربا في المعاملة امران : الاول : اتحاد الجنس والذات عرفاً^(١) .

(١) بلا اشكال ولا كلام عندهم وتدل على المدعى جملة من النصوص لاحظ
مارواه الحلبي (١*) وما رواه الوليد بن صبيح قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام
يقول : الذهب بالذهب والفضة بالفضة الفضل بينهما هو الربا المنكر (٢ *) .
وما رواه محمد عن أبي جعفر عليه السلام انه قال : في الورق بالورق وزناً
بوزن والذهب بالذهب وزناً بوزن (٣ *) .

وما رواه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: لا تبيعوا درهمين بدرهم
قال : ومنع التصريف وقال : من كانت عنده دراهم فسول فليبعهن بأثمانهن بما
شاء من المتاع (٤ *) .

وما رواه الحسين بن زيد عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السلام في مناهي
النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: ونهى عن بيع الذهب بالذهب زيادة الا وزناً
بوزن (٥ *) .

وما رواه اسحاق بن عمار قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الدرهم بالدرهم
والرصاص فقال : الرصاص باطل (٦ *) .

(١) لاحظ ص : ١٧٧

(٢) الوسائل الباب ١ من أبواب الصرف الحديث : ٢

(٣) نفس المصدر الحديث : ٣

(٤) نفس المصدر الحديث : ٤

(٥) نفس المصدر الحديث : ٥

(٦) نفس المصدر الحديث : ٦

.....

وما رواه هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سئل عن الرجل يبيع الرجل الطعام الاكرار فلا يكون عنده ما يتم له ما باعه فيقول له : خذ مني مكان كل نفيز حنطة قفيزين من شعير حتى تستوفي ما تنقص من الكيل قال : لا يصلح لان أصل الشعير من الحنطة ولكن يرد عليه الدراهم بحساب ما ينقص من الكيل (* ١) .

وما رواه عبد الرحمن بن أبي عبد الله (* ٢) وما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال : لا يباع مخنومان من شعير بمخنوم من حنطة ولا يباع الا مثلاً « مثل » وبمثل والتمر « والتمن خ ل » مثل ذلك قال : وسئل عن الرجل يشتري الحنطة فلا يجده صاحبها الا شعيراً أبصلح له أن يأخذ اثنين بواحدة ؟ قال : انما أصلهما واحد وكان علي عليه السلام يعد الشعير بالحنطة (* ٣) .

وما رواه محمد بن مسلم في حديث قال : اذا اختلف الشيطان فلا بأس به مثلين بمثل يبدأ بيد (* ٤) .

وما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ما كان من طعام مختلف أو متاع أوشي من الاشياء يتفاضل فلا بأس ببيعه مثلين بمثل يبدأ بيد فأما نظرة فلا يصلح (* ٥) .

وما رواه سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام قال المختلف مثلان بمثل يبدأ بيد لا بأس (* ٦) .

(١) الوسائل الباب ٨ من أبواب الربا الحديث : ١

(٢) لاحظ ص : ١٧٨

(٣) الوسائل الباب ٨ من أبواب الربا الحديث : ٤

(٤) الوسائل : الباب ١٣ من أبواب الربا الحديث : ١

(٦٥٥) نفس المصدر الحديث : ٢ و ٩

ومارواه علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سأله عن رجل اشترى سمناً ففضل له فضل أيحل له أن يأخذ مكانه رطلا اورطلين زيت ؟ قال إذا اختلفا وتراضيا فلا بأس (* ١) .

ومارواه سماعة قال : سأله عن الطعام والتمر والزبيب فقال : لا يصلح شيء منه اثنان بواحد إلا أن يصرفه نوعاً الى نوع آخر فاذا صرفته فلا بأس اثنان بواحد واكثر « من ذلك به » (* ٢) .

ومارواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال : الكيل يجري مجرى واحد قال : ويكره قفيز لوز بققيزين وقفيز تمر بققيزين ولكن صاع حنطة بصاعين تمر وصاع تمر بصاعين زبيب إذا اختلف هذا والفاكهة اليابسة تجري مجرى واحد وقال : لا بأس بمعاوضة المتاع ما لم يكن كيلاً أولاً وزناً كيلاً أو وزن خ ل « (* ٣) .

وما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام عن الزيت بالسمن اثنان بواحد قال : يد بيد لا بأس (* ٤) .

ومارواه منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سأله عن البيضة بالبيضتين قال : لا بأس به والثوب بالثوبين قال : لا بأس به والفرس بالفرسين

(١) نفس المصدر الحديث : ١١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٥

(٣) نفس المصدر الحديث : ٣

(٤) نفس المصدر الحديث : ٧

وان اختلفت الصفات فلا يجوز بيع من من الحنطة الجيدة بمنين من الرديئة ولا بيع من من الارز الجيد كالعنبر بمنين منه أو من الرديء كالحويزاوي^(١) أما اذا اختلفت الذات فلا بأس كبيع من من الحنطة بمنين من الارز^(٢).

فقال: لا بأس به ثم قال: كل شيء يكال أو يوزن فلا يصلح مثلين بمثل اذا كان من جنس واحد فاذا كان لا يكال ولا يوزن فلا بأس به اثنين بواحد (* ١) .

والمراد بالجنس النوع المنطقي الذي هو جنس عرفي لغوي وضابطه أن يكون له اسم خاص ولم يكن تحته قدر مشترك يسمى باسم خاص كالحنطة والتمر والزبيب والذهب والفضة ونحوها مما يكون الاقدار المشتركة التي تحتها اصنافاً لها وليس لها اسم خاص بل تذكر مع الوصف فيقال : الحنطة الحمراء أو الصفراء أو الجيدة أو الرديئة أو نحو ذلك وكذلك في بقية المذكورات وعلى ما ذكر فمثل الطعام والحب ونحوهما مما يكون تحته اقدار مشتركة كالحنطة والشعير والماش والعدس لاتعد جنساً واحداً فلا يكون مثل الحنطة والماش من جنس واحد .

(١) لاطلاق النصوص الواردة في المقام فان مقتضى اطلاق النهي عن الزيادة في المماثل عدم الفرق في الخصوصيات كالجودة والردائة ويدل على المدعى جملة من النصوص : لاحظ أحاديث سيف التمار وعبدالله بن سنان وابن مسكان ومحمد ابن قيس (* ٢) .

(٢) كما هو ظاهر اذ المفروض اختلاف الجنس .

(١) الوسائل الباب ١٦ من أبواب الربا الحديث : ٣

(٢) لاحظ ص : ١٧٨ و ١٧٩

الثاني: أن يكون كل من العوليين من المكيل اوالموزون^(١).
فان كان مما يباع بالعد كالبيض والعوز فلا بأس فيجوز بيع بيضة

(١) بلا كلام وتدل عليه جملة من النصوص لاحظ مارواه زرارة عن أبي
 عبدالله عليه السلام قال : لا يكون الربا الا فيما يكال أو يوزن (* ١) ومارواه
 عمر بن يزيد (* ٢) .

ومارواه عبيد بن زرارة قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : لا يكون
 الربا الا فيما يكال أو يوزن (* ٣) .

ومارواه أبو الربيع الشامي قال : كره أبو عبدالله عليه السلام قفيلوز بقفيزين
 لوز وقفيزاً من تمر بقفيزين من تمر (* ٤) .

ومارواه منصور قال : سأله عن الشاة بالشاتين والبيضة بالبيضتين قال : لا بأس
 ما لم يكن كيلاً أو وزناً (* ٥) .

واما كون الميزان في المكيل والموزون بزمان النبي صلى الله عليه وآله فلا
 دليل عليه والاجماع المدعى في المقام لا يكون حجة فانه قد ثبت في محله انه لا اعتبار
 بالاجماع المنقول وعلى الجملة الظاهر من الأدلة ان حرمة الربا كبقية الاحكام رتب
 على المكيل والموزون على نحو القضية الحقيقية ففي كل مورد وفي كل زمان تحقق
 الموضوع يترتب عليه حكمه ولا خصوصية لزمان النبي الاكرم صلى الله عليه وآله
 وسلم .

(١) الوسائل الباب ٦ من أبواب الربا الحديث : ١

(٢) لاحظ ص : ١٢٦

(٣) الوسائل الباب ٦ من أبواب الربا الحديث : ٣

(٤) نفس المصدر الحديث : ٤

(٥) نفس المصدر الحديث : ٥

ببيضتين وجوزة بجوزتين^{١)} .

(مسألة ١) : الحنطة والشعير في باب الربا جنس واحد فلا يباع من من حنطة بمنين من الشعير^{٢)} وان كانا في باب الزكاة جنسين فلا يضم احدهما الى الاخر في تكميل النصاب فلو كان عنده نصف

(١) لعدم دخوله في موضوع الحرمة فلا وجه لها .

(٢) لجملة من النصوص لاحظ احاديث هشام وعبدالرحمن وأبي بصير والحلي (* ١) .

ومارواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال : ولا يصلح الشعير بالحنطة الا واحد بواحد (* ٢) .

ومارواه سماعة قال : سألت عن الحنطة والشعير فقال : اذا كانا سواء فلا بأس قال : وسألت عن الحنطة والدقيق « بالدقيق خ ل » فقال : اذا كانا سواء فلا بأس (* ٣) .
ومارواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال : لا يصلح الحنطة والشعير الا واحداً بواحد وقال : الكيل يجري مجرى واحداً (* ٤) .

ومارواه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : لا تبع الحنطة بالشعير الا يداً بيد ولا تبع قفيزاً من حنطة بقفيزين من شعير الحديث (* ٥) .

(١) لاحظ ص : ١٨١ ١٧٨

(٢) الوسائل الباب ٨ من أبواب الربا الحديث : ٥

(٣) نفس المصدر الحديث : ٦

(٤) نفس المصدر الحديث : ٧

(٥) نفس المصدر الحديث : ٨

نصاب حنطة ونصف نصاب شعير لم تجب فيهما الزكاة^(١) والظاهر ان العلس ليس من جنس الحنطة والسلت ليس من جنس الشعير^(٢).

(مسألة ٢) : اللحوم والالبان والادهان تختلف باختلاف الحيوان فيجوز بيع حقة من لحم الغنم بحقتين من لحم البقر وكذا المحكم في لبن الغنم بلبن البقر فانه يجوز بيعهما مع التفاضل^(٣).

(مسألة ٣) : التمر بانواعه جنس واحد^(٤) والحبوب كل واحد منها جنس فالحنطة والارز والماش والذرة والعدس وغيرها كل واحد

(١) والوجه فيه انه لا اشكال في عدم اتحادهما جنساً فعدم الاحتساب في باب الزكاة على طبق القاعدة الاولى وانما خرجنا عن القاعدة في المقام للنصوص الخاصة.

(٢) أما على تقدير صحة السلب فالامر ظاهر وأما مع الشك في الصدق فايضاً لا يلحقان بهما حكماً لعدم جواز التمسك بالعام في الشبهة المصدقية بل يمكن احراز عدم الصدق بالاستصحاب بناءً على ما بيننا عليه من جريانه في الشبهات المفهومية.

(٣) قال في الجواهر : « واللحوم مختلفة في الجنس بحسب اختلاف اسماء الحيوان باختلاف بل في التذكرة الاجماع عليه والاشترار في اسم اللحم لا يقتضي الاتحاد كالاشترار في اسم الحيوان ».

والامر كما أفاده وبعبارة اخرى: مجرد اشترار الجنس تحت جامع واحد وعنوان فارد لا يوجب كونهما من جنس واحد والابلزم اتحاد جميع الاجناس لاشترارها في عنوان الشيء وهو كما ترى فالميزان ما تقدم في بيان وحدة الجنس وتعدد.

(٤) فان كل واحد من أفراد مصداق للتمر وانما الاختلاف في الخصوصيات فانه تارة يوصف بالرطب واخرى باليابس وثالثة باضافته الى نخل خاص وهكذا.

جنس^(١) والفلزات من الذهب والفضة والصفرة والحديد والرصاص وغيرها كل واحد منها جنس برأسه^(٢).

(مسألة ٤) الضأن والمعز جنس واحد^(٣) والبقر والجاموس جنس واحد^(٤) والابل العرب والبخاتي جنس واحد^(٥) والطيور كل صنف يختص باسم فهو جنس واحد في مقابل غيره فالعصفور غير الحمام وكل ما يختص باسم من الحمام جنس في مقابل غيره فالفاخنة والحمام المتعارف جنسان^(٦) والسمك جنس واحد على قول واجناس على قول آخر وهو أقوى^(٧).

(١) فان كل واحد منها له عنوان خاص ولا اشتراك بينها الا العنوان الجامع العام الذي يجمع المختلفات والمتشقات.

(٢) الامر فيها كما في الحبوب طابق النعل بالنعل.

(٣) الامر كما أفاده والعرف ببابك قال في الجواهر في هذا المقام: «بلاخلاف اجده فيه بل الاجماع في محكي الكتابين عليه لدخولهما تحت لفظ الغنم الظاهر في أنه اسم للنوع الذي لا يقدح في اتحاد الحقيقة فيه مثل هذا الاختلاف كالانسان».

(٤) قال في الجواهر في شرح قول المصنف في هذا المقام: «اجماعاً في المحكي عن الغنية والتذكرة مؤيداً بما تقدم في باب الزكاة لدخولهما تحت لفظ البقر لغة» الي آخر كلامه.

(٥) قال في الجواهر: «بلاخلاف أيضاً والاجماع في محكي الكتابين عليه نحو ما عرفت» انتهى.

(٦) الامر كما أفاده فان هذا هو الميزان في الاتحاد والتعدد.

(٧) الانصاف ان الجزم باحد الطرفين مشكل اذ السموك يجمعها داخلة تحت

(مسألة ٥) : الوحشي مسن كل حيوان مخالف للاهلي فالبقرة
الاهلي يخالف الوحشي فيجوز التفاضل بين لحميهما وكذا الحمار
الاهلي والوحشي والغنم الاهلي والوحشي^(١).
(مسألة ٦) : كل اصل مع ما يتفرع عنه جنس واحد وكذا
الفروع بعضها مع بعض كالحنطة والدقيق والخبز وكالحليب واللبن
والجبين والزبد والسمن وكالبسر والرطب والتمر والدبس^(٢).

عنوان السمك كما ان جميع أقسام التمر داخل تحت عنوان التمر ومن ناحية اخرى
السمك له أنواع خاصة يفاير كل منها الأنواع الاخرى اذا وصلت النوبة الى الشك
يشكل الجزم بالحكم لعدم جواز التمسك بالعام في الشبهه المصادقية .

(١) الانصاف انه لافرق بينهما من حيث كونهما داخلين تحت مفهوم واحد وهو
الضابط الكل كما تقدم فان لم يتم اجماع تعبدى على الحكم بشكل الالتزام بالجواز
وطريق الاحتياط ظاهر.

(٢) ادعى عليه عدم الخلاف بل الاجماع وتدل على المدعى جملة من النصوص
لاحظ مارواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : قلت له ما تقول في
البسر بالسويق ؟ فقال : مثلاً بمثل لابس ؟ قلت : انه يكون له ربيع « أو أي خل »
انه يكون له فضل فقال : أليس له مؤنة ؟ فقلت : بلى قال : هذا بذو وقال : اذا
اختلف الشيثان فلا بأس مثلين بمثل يداً بيد (*) (١) ومارواه صفوان (*) (٢) ومارواه
زرارة (*) (٣) .

(١) الوسائل الباب ٩ من أبواب الربا الحديث ١

(٢) لاحظ ص : ١٧٨

(٣) لاحظ ص : ١٧٧

(مسألة ٧) : اذا كان الشيء مما يكال أو يوزن وكان فرعه لا يكال ولا يوزن جاز بيعه مع اصله بالتفاضل كالصوف الذي هو من الموزون والثياب المنسوجة منه التي ليست منه فانه يجوز بيعها به مع التفاضل وكذلك القطن والكتان والثياب المنسوجة منهما^(١)

ومارواه محمد بن مسلم وزرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : الحنطة بالدقيق مثلاً بمثل والسويق بالسويق مثلاً بمثل والشعير بالحنطة مثلاً بمثل لا بأس به (* ١) ومارواه سماعة (* ٢) ومارواه علي بن ابراهيم مرسل (* ٣) .

ويمكن الاستدلال بماورد في بعض النصوص الدالة على اتحاد الحنطة والشعير من حيث الحكم لاحظ مارواه هشام وعبد الرحمن (* ٤) فان عموم التعليل يقتضي عموم الحكم والعمدة الوجه الاخير اذ الاجماع مخدوش اولافن الاردبيلي الحذشة في هذه الكلية وثانياً على فرض تحققه يمكن أن يكون مدركياً فلا يكون كاشفاً تعدياً عن رأى المعصوم عليه السلام واما النصوص الدالة على وحدة الحكم في جملة من الموارد فلا أثر لها للحكم الكلى لانها واردة في تلك الموارد فقط والكلية تحتاج الى الدليل وأما مرسل علي بن ابراهيم (* ٥) فغير معتبر لارساله وكون المرسل مثله لا يفيد كما حققناه في محله فليس الا عموم التعليل المقتضي لتسرية الحكم والله العالم .

(١) فان الحكم تابع لموضوعه وبعبارة اخرى : كل موضوع شرط بالنسبة الى

(١) الوسائل الباب ٨ من أبواب الربا الحديث : ٢

(٢) لاحظ ص : ١٨٥

(٣) الوسائل الباب ١٧ من أبواب الربا الحديث : ١٢

(٤) لاحظ ص : ١٨١

(٥) الوسائل الباب ١٧ من أبواب الربا الحديث : ١٢

(مسألة ٨) : اذا كان الشيء في حال موزوناً أو مكيلاً وفي حال أخرى ليس كذلك لم يجز بيعه بمثله متفاضلاً في الحال الاولى وجاز في الحال الثانية ^(١) .

(مسألة ٩) : الاحوط عدم جواز بيع لحم حيوان بهيوان حي بجنسه بل بغير جنسه ايضاً كبيع لحم الغنم ببقرة وان كان الاظهر الجواز في الجميع ^(٢) .

(مسألة ١٠) : اذا كان للشيء حالتان حالة رطوبة وحالة جفاف كالرطب يصير تمرأ والعنب يصير زيبأ والخبز اللين يكون هابساً بجوز بيعه جافاً بجاف منه ورطباً برطب منه متماثلاً ^(٣) ولا يجوز

حكمه المترتب عليه ومع فرض تحقق الشرط بتحقيق المشروط .

(١) الكلام فيه هو الكلام فان الاحكام الشرعية مترتبة على موضوعاتها في كل زمان تحقق الموضوع يترتب عليه حكمه .

(٢) والمدرّك في هذا الحكم ما رواه غياث بن ابراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام أن علياً عليه السلام كره بيع اللحم بالحيوان (* ١) .

والظاهر من الرواية الحكم التكليفي ان قلت : المذكور في الرواية عنوان الكراهة وهذا العنوان اعم من الحرمة قلت : الامر وان كان كما ذكرت لكن قد ذكر في بعض الروايات ان علياً عليه السلام لم يكن يكره الحلال لاحظ ما رواه سيف التمار (* ٢) فالنتيجة انه يشكل الجزم بالجواز والاحتياط طريق النجاة .

(٣) كما هو ظاهر اذا لموجب لعدم الجواز.

(١) الوسائل الباب ١١ من أبواب الربا

(٢) لاحظ ص : ١٧٨

متفاضلاً^(١) وأما بيع الرطب منه بالجفاف متماثلاً ففيه اشكال^(٢) والظاهر الجواز على كراهة^(٣).

(١) لحرمة الربا .

(٢) منشأ الاشكال عدم التماثل في المقدار فان الجاف أزيد .

(٣) لانه يصدق التماثل في الوزن وبعبارة اخرى: الرطوبة الموجودة في الرطب ليست خارجة ولا تحسب اجنبياً عنها وعلى الجملة يصدق بيع احد المصدقين بالمصدق الاخر بلا تفاضل فيجوز هذا بحسب القاعدة الاولى وأما بحسب النصوص الخاصة فالروايات مختلفة في المقام فمنها ما يدل على عدم الجواز لاحظ ما رواه الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام قال : لا يصلح التمر اليابس بالرطب من أجل أن التمر يابس والرطب رطب فاذا ييس نقص الحديث (* ١) .

وما رواه داود الازاري عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سمعته يقول : لا يصلح

التمر بالرطب ان التمر يابس والرطب رطب (* ٢) .

وما رواه داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سمعته يقول :

لا يصلح التمر بالرطب ان الرطب رطب والتمر يابس فاذا ييس الرطب نقص (* ٣) .

وفي قبالها ما يدل على الجواز لاحظ ما رواه سماعة قال : مثل ابو عبد الله

عليه السلام عن العنب بالزبيب قال : لا يصلح الا مثلاً بمثل قال : والتمر والرطب

بالرطب مثلاً بمثل (* ٤) .

فان مقتضى هذه الرواية الجواز والترجيح مع دليل الجواز لموافقه مع

(١) الوسائل الباب ١٤ من ابواب الربا الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٧

(٣) نفس المصدر الحديث : ٦

(٤) نفس المصدر الحديث : ٣

ولا يجوز بيعه متفاضلاً حتى بمقدار الزيادة بحيث اذا جف يساوي الجفاف^(١).

(مسألة ١١) : اذا كان الشيء يباع جزافاً في بلد ومكبلاً أو موزوناً في آخر فلكل بلد حكم نفسه وجاز بيعه متفاضلاً في الاول ولا يجوز في الثاني^(٢) وأما اذا كان مكبلاً أو موزوناً في غالب البلاد فالاحوط لزوماً أن لا يباع متفاضلاً مطلقاً^(٣).

الكتاب فان مقتضى اطلاق قوله تعالى : « احل الله البيع » (* ١) هو الجواز ويمكن أن يقال : ان مقتضى رواية محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام في حديث ان أمير المؤمنين عليه السلام كره أن يباع التمر بالرطب عاجلاً بمثل كيله الى اجل من أجل ان التمر ييس فينقص من كيله (* ٢) ، حرمة تكليفاً فان المستفاد من هذه الرواية ان علماً عليه السلام كره أن يباع التمر بالرطب ومن ناحية اخرى لم يكن عليه السلام يكره الحلال والله العالم .

(١) للربا ولحديث سماعة المتقدم ذكره آنفاً .

(٢) لتبعية الحكم لموضوعه ففي كل مكان يترتب الحكم المترتب على ذلك الموضوع . وبعبارة واضحة الاحكام الشرعية مجعولات على موضوعاتها على نحو الفضية الحقيقية فالنتيجة اختلاف الحكم مع اختلاف الموضوع .

(٣) الظاهر ان الوجه انه في مفروض الكلام يصدق ان الشيء الفلاني من المكيلات أو من الموزونات وعلى هذا لا يجوز التفاضل فيه حتى بالنسبة الى ذلك المكان الذي يباع فيه جزافاً والحق أن يقال : انه لو احرز كون شيء داخل في

(مسألة ١٢) : يتخلص من الربا بضم غير الجنس الى الطرف الناقص بأن يبيع متاعاً من الحنطة ودرهماً بمئين من الحنطة وبضم غير الجنس الى كل من الطرفين واومع التفاضل فيهما كما لو باع درهمين ومئين من حنطة بدرهم ومن منها ^١ .

موضوع المكيل أو الموزون يترتب عليه حكم الجنس الربوي وإن أحرز عدمه فلا يترتب وإن شك يمكن أحرار عدمه باستصحاب عدم الأزلي والله العالم .

(١) نقل عليه الاتفاق والاجماع وتدل على المدعى جملة من النصوص منها : ما رواه عبدالرحمان بن الحجاج قال : سألت عن الصرف فقلت له : الرفقة ربما عجلت فخرجت فلم تقدر على الدمشقية والبصرية وإنما يجوز نيسابور الدمشقية والبصرية فقال : وما الرفقة ؟ فقلت : القوم يترافقون ويجتمعون للخروج فإذا عجلوا فربما لم يقدرُوا على الدمشقية والبصرية فبعثنا بالغلة فصرفوا ألفاً وخمسين منها بألف من الدمشقية والبصرية فقال : لا خير في هذا فلا يجعلون فيها ذهباً لمكان زيادتها فقلت له : أشتري ألف درهم وديناراً بألفي درهم فقال : لا بأس بذلك إن أبي كان أجراً على أهل المدينة مني فكان يقول : هذا فيقولون : إنما هذا القرار لو جاء رجل بدينار لم يعط ألف درهم ولو جاء بألف درهم لم يعط ألف دينار وكان يقول لهم : نعم الشيء القرار من الحرام الى الحلال (* ١) .

ومنها : ما رواه أيضاً عن أبي عبد الله عليه السلام قال : كان محمد بن المنكدر يقول لأبي عبد الله عليه السلام يا أبا جعفر رحمك الله والله أنا لنعلم أنك لو أخذت ديناراً والصرف بثمانية عشر فدرت المدينة على أن تجد من يعطيك عشرين ما وجدته

(مسألة ١٣) : المشهور على أنه لا ربا بين الوالد وولده فيجوز لكل منهما بيع الاخر مع التفاضل^١

وما هذا الاقرار كان أبي يقول : صدقت والله ولكنه فرار من باطل الى حق (* ١) .
ومنها : ما رواه أيضاً قال : سأله عن رجل يأتي بالدرهم الى الصير فيقول له : آخذ منك المائة بمائة وعشرين أو بمائة وخمسة حتى يراوضه على الذي يريد فاذا فرغ جعل مكان الدرهم الزيادة ديناراً أو ذهباً قال له : قد زادتك البيع وانما ابيعك على هذا لان الاول لا يصلح أو لم يقل ذلك وجعل ذهباً مكان الدرهم فقال : اذا كان آخر البيع على الحلال فلا بأس بذلك قلت فان جعل مكان الذهب فلوساً قال : ما أدري ما الفلوس (* ٢) .

ومنها : ما رواه أبو بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سأله عن الدرهم بالدرهم وعن فضل ما بينهما فقال : اذا كان بينهما خامس أو ذهب فلا بأس (* ٣) .
ومنها : ما رواه الحسن بن صدقة عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال : قلت له : جعلت فداك اني أدخل المعادن وأبيع الجواهر بترابه بالدنانير والدرهم قال : لا بأس به قلت : وأنا أصرف الدرهم بالدرهم واصير الغلة وضحاً واصير الوضوح غلة قال : اذا كان فيها ذهب فلا بأس قال : فحكيت ذلك لعمار بن موسى الساباطي فقال لي : كذا قال لي أبوه ثم قال لي : الدنانير أين تكون ؟ قلت : لا أدري قال عمار : قال لي أبو عبد الله عليه السلام : يكون مع الذي ينقص (* ٤) .

(١) ما يمكن أن يستدل به على المدعى جملة من النصوص منها : ما رواه عمرو

(١) نفس المصدر الحديث : ٢

(٢) نفس المصدر الحديث : ٣

(٣) نفس المصدر الحديث : ٧

(٤) الوسائل الباب ٢٠ من أبواب الربا الحديث : ١

وكذا بين الرجل وزوجته^١ وبين المسلم والحربي إذا اخذ المسلم الزيادة ولكنه مشكل والاحوط وجوباً تركه^٢ نعم يجوز اخذ الربا

ابن جميع عن ابي عبدالله عليه السلام قال : قال امير المؤمنين عليه السلام : ليس بين الرجل وولده رباً وليس بين السيد وعبد ربا (* ١) وهذه الرواية ضعيفة بمعاذ بن ثابت بل وبغيره ايضاً ظاهراً .

ومنها : ما رواه زرارة عن ابي جعفر عليه السلام قال : ليس بين الرجل وولده وبينه وبين عبده ولا بين اهله رباً انما الربا فيما بينك وبين مالا تملك قلت : فالمشركون بيني وبينهم ربا ؟ قال : نعم قلت : فانهم مما ليك فقال : انك لست تملكهم انما تملكهم مع غيرك انت وغيرك فيهم سواء فالذي بينك وبينهم ليس من ذلك لان عبدك ليس مثل عبدك وعبد غيرك (* ٢) وهذه الرواية ضعيفة بالضرير .

ومثلها في الضعف حديث زرارة ومحمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام مثله الا انه قال : لان عبدك ليس عبد غيرك (* ٣) وعمل المشهور بهذه الروايات على تقدير تحققه لا أثر له .

(١) وبدل عليه ما رواه زرارة والحديث ضعيف بالضرير وبدل عليه مرسل الصدوق قال : قال الصادق عليه السلام : ليس بين المسلم وبين الذمي ربا ولا بين المرأة وبين زوجها ربا (* ٤) والمرسل لا اعتبار به .

(٢) لاحظ ما رواه عمرو بن جميع عن ابي عبدالله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : ليس بيننا وبين أهل حربنا ربا فأخذ منهم ألف ألف درهم

(١) الوسائل الباب ٧ من أبواب الربا الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٣

(٣) نفس المصدر الحديث : ٤

(٤) نفس المصدر الحديث : ٥

من الحربي بعد وقوع المعاملة من باب الاستنقاذ^(١) .

(مسألة ١٤) : الاظهر عدم جواز الربا بين المسلم والذمي^(٢)

ولكنه بعد وقوع المعاملة يجوز اخذ الربا منه^(٣) من جهة قاعدة
الالتزام^(٤) .

بدرهم ونأخذ منهم ولانعطيههم (* ١) وقد مر ضعف الرواية .

(١) لا اشكال في جواز الاخذ من باب الاستنقاذ لكن الظاهر من كلام الماتن
جواز العقد الربوي مع الحربي ومقتضى ادلة حرمة المعاملة الربوية تكليفاً حرمتها .

(٢) يدل على الجواز مرسل الصدوق (* ٢) والمرسل لا اعتبار به وما ذكرناه
في الحربي جارفي المقام ايضاً اي لا يجوز المعاملة الربوية مع الذمي .

(٣) فما دام لم تقع المعاملة لا يجوز لعدم موضوع للقاعدة وبعبارة اخرى :
يتوقف انطباق القاعدة على تحقق المعاملة وتحققها حرام تكليفاً .

(٤) الظاهر ان مدرك القاعدة أمران : احدهما : الاجماع وحاله في الاشكال
ظاهر ثانيهما : النصوص فلا بد من ملاحظتها سنداً ودلالة كي نرى هل يمكن الالتزام
بها ؟ فنقول : من تلك الروايات ما رواه علي بن أبي حمزة انه سأل أبا الحسن
عليه السلام عن المطلقة على غير السنة أجز وجهها الرجل ؟ فقال : الزموم من ذلك
ما ألزموه انفسهم وتزوجوهن فلا بأس بذلك (* ٣) وهذه الرواية ضعيفة بالبطائني
وبالارسال .

ومنها : ما رواه جعفر بن سماعة انه سئل عن امرأة طلقت على غير السنة ألي

(١) نفس المصدر الحديث : ٢

(٢) لاحظ ص : ١٩٥

(٣) الوسائل الباب ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه الحديث : ٥

ان أتزوجها ؟ فقال : نعم فقلت له : أأست تعلم ان علي بن حنظلة روى : اياكم والمطلقات ثلاثاً على غير السنة فانهن ذوات أزواج ؟ فقال : يا بني رواية علي بن أبي حمزة أوسع على الناس روى عن أبي الحسن عليه السلام انه قال : ألزموهم من ذلك ما ألزموه أنفسهم وتزوجوهن فلا بأس بذلك (* ١) وهذه الرواية ضعيفة بجعفر بن سماعة مضافاً الى انه لا تستفاد من الرواية القاعدة السارية في جميع الموارد بل تختص بالعامّة والكلام في المقام في أهل الذمة .

ومنها : مارواه عبدالله بن العلوي قال : سألت ابا الحسن الرضا عليه السلام عن تزويج المطلقات ثلاثاً فقال لي : ان طلاقكم « الثلاث » لا يحل لغيركم وطلاقهم يحل لكم لانكم لا ترون الثلاث شيئاً وهم يوجبونها (* ٢) وهذه الرواية ضعيفة بجعفر بن محمد .

ومنها : مارواه عبدالله بن محرز عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قلت له : رجل ترك ابنته واخته لاييه وامه قال : المال كله لابنته وليس للاخت من الأب والأم شيء فقلت : انا قد احتجنا الى هذا والرجل الميت من هؤلاء الناس واخته مؤمنة عارفة قال : فخذلها النصف خذوا منهم ما يأخذون منكم في سنتهم وقضائهم وأحكامهم قال : فذكرت ذلك لزرارة فقال : ان على ما جاء به ابن محرز لنوراً نخذهم بحقك في أحكامهم وسنتهم كما يأخذون منكم فيه (* ٣) وهذه الرواية ضعيفة يضعف اسناد الشيخ الى علي بن الحسن بن فضال وبغيره .

ومنها مارواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : سأله عن الاحكام

(١) نفس المصدر الحديث : ٦

(٢) نفس المصدر الحديث : ٩

(٣) تهذيب الاحكام ج ٩ ص : ٣٢١ حديث ٩

قال : يجوز علي أهل كل ذي دين بما يستحلون (* ١) وهذه الرواية ضعيفة بضعف اسناد الشيخ الى علي بن الحسن .

ومنها : مارواه ابراهيم بن محمد الهمداني قال : كتبت الى أبي جعفر الثاني عليه السلام مع بعض أصحابنا فأتاني الجواب بخطه : فهمت ماذا كرت من أمر ابتك وزوجها الى أن قال : ومن حشته بطلاقها غير مرة فانظر فان كان ممن يتولانا ويقول بقولنا فلا طلاق عليه لانه لم يأت أمر أجهله وان كان ممن لا يتولانا ولا يقول بقولنا فاختلعهامنه فانه انما نوى الفراق بعينه (* ٢) وهذه الرواية لا ترتبط بالمقام وانما يستفاد منها حكم خاص في مورد مخصوص .

ومنها : مرسل الهيثم بن أبي مسروق قال : ذكر عند الرضا عليه السلام بعض العلويين ممن كان ينتقصه فقال : أما انه مقيم على حرام قلت : جعلت فداك وكيف وهي امرأته ؟ قال : لانه قد طلقها قلت : كيف طلقها ؟ قال : طلقها وذلك دينه فحرمت عليه (* ٣) والرواية ضعيفة بالارسال .

ومنها : مارواه عبد الرحمن البصري عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت له : امرأة طلقت على غير السنة فقال : يتزوج هذه المرأة لا تترك بغير زوج (* ٤) .

ومنها : مارواه عبد الله بن سنان قال : سألته عن رجل طلق امرأته لغير عدة ثم امسك عنها حتى انقضت عدتها هل يصلح لي أن أتزوجها ؟ قال : نعم لا تترك المرأة بغير زوج (* ٥) والحديثان لا يرتبطان بالمقام ويستفاد منهما حكم خاص في

(١) تهذيب الاحكام ج ٩ ص : ٣٢٢ حديث ١١

(٢) الوسائل الباب ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه الحديث : ١

(٣) نفس المصدر الحديث : ٢

(٤) نفس المصدر الحديث : ٣

(٥) نفس المصدر الحديث : ٤

• • • • •

مورد مخصوص .

ومما ذكرنا يظهر الجواب عن حديث عبد الأعلى عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن الرجل يطلق امرأته ثلاثاً قال: ان كان مستخفاً بالطلاق ألزمته ذلك (١*).

وأيضاً مما ذكرنا يظهر الجواب عن حديث أبي العباس البقباق قال: دخلت على أبي عبد الله عليه السلام فقال: أروعتي أن من طلق امرأته ثلاثاً في مجلس واحد فقد بانت منه (٢*).

ومنها: ما أرسله الصدوق قال: وقال عليه السلام: من كان يدين بدين قوم ألزمته أحكامهم (٣*) والمرسل لا اعتبار به والحديث ضعيف أيضاً بطريقة الأخر.

ومنها: ما رواه عبد الله بن طاووس قال: قلت لأبي الحسن الرضا عليه السلام: ان لي ابن أخ زوجة ابنتي وهو يشرب الشراب ويكثر ذكر الطلاق فقال: ان كان من اخوانك فلا شيء عليه وان كان من هؤلاء فأبنتها منه فانه عنى الفراق قال: قلت أليس قدروي عن أبي عبد الله عليه السلام انه قال: اياكم والمطلقات ثلاثاً فسي مجلس فانهن ذوات ازواج فقال: ذلك من اخوانكم لا من هؤلاء انه من دان بدين قوم ألزمته أحكامهم (٤*).

والرواية ضعيفة سنداً ايضاً فعلى هذا لا بد من اتمام الامر بالتسالم والاجماع وهل يمكن تحصيل الاجماع التعبدى الكاشف في المقام الا أن يقال: قاعدة الالزام وصحتها أوضح من أن تخفى وتحتاج الى الاستدلال والله العالم .

(١) نفس المصدر الحديث : ٧

(٢) نفس المصدر الحديث : ٨

(٣) نفس المصدر الحديث : ١٠

(٤) نفس المصدر الحديث : ١١

(مسألة ١٥): الأوراق النقدية لما لم تكن من المكيل والموزون لا يجري فيها الربا فيجوز التفاضل في البيع بها^١ لكن اذا لم تكن المعاملة شخصية لا بد في صحة المعاملة من امتياز الثمن عن المثل كبيع الدينار العراقي في الذمة بالدينار الكويتي أو بالريال الإيراني مثلاً ولا يجوز بيع الدينار العراقي بمثله في الذمة^٢ نعم ان تنزيل الأوراق لا بأس به^٣ وأما ما يتعارف في زماننا من اعطاء سند بمبلغ من الأوراق النقدية من دون أن يكون في ذمته شيء فيأخذه آخر فيترله عند شخص ثالث باقل منه فالظاهر عدم جواز ذلك^٤ نعم لا بأس به في المصارف غير الاهلية بجعل ذلك وسيلة الى أخذ مجهول المالك والتصرف فيه بعد اصلاحه بمراجعة الحاكم الشرعي^٥.

(١) الامر كما أفاده ولا يحتاج الى البحث والاستدلال.

(٢) الظاهر ان الوجه في البطلان في الصورة المفروضة عدم صدق البيع عليه اذا ثبت في الذمة قبل البيع وبعده شيء واحد وليس الامجرد اللفظ ولقلقة اللسان.

(٣) اذا كان المراد من التنزيل بيع ما في الذمة باقل من شخص ثالث كما هو ظاهر من عبارة المتن بقريئة ما بعدها فالظاهر هو الجواز اذا كان البيع بالاكتر أيضاً كما ان مقتضى القاعدة الجواز ولو كان البيع من المديون أيضاً.

(٤) والوجه في البطلان ان البيع بلامبيع باطل ولا يترتب عليه اثر والمفروض انه لا واقع له.

(٥) هذا مبني على القول بكون اموال الهيئة الحاكمة في الحكومات التي لا تكون شرعية من مصاديق مجهول المالك فعلى تقدير كونه كذلك لا بد من ترتيب

الفصل العاشر بيع الصرف :

وهو بيع الذهب أو الفضة بالذهب أو الفضة^(١) ولا فرق بين المسكوك منهما وغيره^(٢).

(مسألة ١) : يشترط في صحة بيع الصرف التقابض قبل

حكم مجهول المالك عليه ولنا في هذا المقام كلام ولا يبعد عندنا كون الهيئة مالكة لأموالها وقد ذكرنا ما يرتبط بهذه المسألة في رسالة مفردة من المسائل المستحدثة وإن شئت فراجع تلك الرسالة والله العالم .

(١) قال في الجواهر (* ١) في تعريف الصرف - : « وهولغة الصوت وشرعاً أومتشعبة ببيع الاثمان أي الذهب والفضة مسكوكين أولاً بالاثمان » انتهى موضع الحاجة من كلامه رفع في الفردوس مقامه لاحظ مارواه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : لا يتاع رجل فضة بذهب الا بدأ بيد ولا يتاع ذهباً بفضة الا بدأ بيد (* ٢) .

ولاحظ مارواه منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : اذا اشترت ذهباً بفضة أو فضة بذهب فلا تفارقه حتى تأخذ منه وان نزي حائطاً فانزعه (* ٣) فان المستفاد من الحديثين ان بيع الصرف يتحقق ببيع الذهب أو الفضة بالفضة أو الذهب اعم من المسكوك وغيره .

(٢) يستفاد المدعى من النصوص .

(١) ج ٢٤ ص : ٣

(٢) الوسائل الباب ٢ من أبواب الصرف الحديث : ٣

(٣) نفس المصدر الحديث : ٨

الافتراق فلو لم يتقاهضا حتى افترقا بطل البيع^(١) ولو تقابضا في بعض المبيع صح فيه وبطل في غيره^(٢) ولو باع النقد مع غيره بنقد صفقة

(١) قال في الجواهر - في شرح قول المحقق قدس سره - : « على الأشهر بل المشهور نفلا وتحصيلا شهرة عظيمة كادت تكون اجماعاً » الى أن قال : « وفي الغنية الاجماع عليه بل ظاهره اجماع المسلمين حيث نفى الخلاف مناوئهم » الى آخره وتدل على المدعى جملة من النصوص لاحظ ما رواه محمد بن قيس ومنصور (* ١) .

وما رواه عبدالرحمن بن الحجاج قال : سأله عن الرجل يشتري من الرجل الدرهم بالدنانير فيزنها وينفدها ويحسب ثمنها كم هو ديناراً ثم يقول : أرسل غلامك معي حتى اعطيه الدنانير فقال : ما أحب أن يفارقه حتى يأخذ الدنانير فقلت : انما هم في دار واحدة وأمكنتهم قريبة بعضها من بعض وهذا يشق عليهم فقال : اذا فرغ من وزنها وانتقادها « وانتقادها خ ل » فليأمر الغلام الذي يرسله أن يكون هو الذي يبايعه ويدفع اليه الورق ويقبض منه الدنانير حيث يدفع اليه الورق (* ٢) . وما رواه محمد بن مسلم قال : سأله عن الرجل يتاع الذهب بالفضة مثلين بمثل قال : لا بأس به بدأ بيد (* ٣) .

(٢) ادعى عدم الخلاف فيهما وبطل على الفساد ما رواه الحلبي قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ابتاع من رجل بدينار رواقاً بنصفه بيعاً وبنصفه ورقاً قال : لا بأس وسأله هل يصلح أن يأخذ بنصفه ورقاً أو بيعاً ويترك نصفه حتى

(١) لاحظ ص : ٢٠١

(٢) الوسائل الباب ٢ من أبواب الصرف الحديث : ١

(٣) نفس المصدر الحديث : ٢

واحدة ولم يتقابضا حتى افترقا صح في غير النقد وبطل في النقد^(١).
(مسألة ٢): لو فارقا المجلس مصطحبين وتقابضا قبل الافتراق
صح البيع^(٢).

(مسألة ٣): لا يشترط التقابض في الصلح الجاري في النقدين

يأتي بعد فيأخذ به ورقاً أو بيعاً فقال: ما أحب أن أترك منه شيئاً فلا تفعله (* ١)
فان قوله عليه السلام: «لا تفعله» ارشاد الى الفساد في الكل وقوله عليه السلام -
في المصدر: «لا أحب» ليس نصاً في الصحة بل اعم فلاحظ.

(١) تارة يكون البيع متعدداً ولكل بيع مبيع مستقل غاية الامر جمعا في انشاء
واحد وصفقة واحدة واخرى يكون البيع واحداً واقعاً على مبيع واحد أما
الصورة الاولى فالظاهر انه لا اشكال في صحة بيع غير الصرف لتمامية المقتضي
وعدم المانع وأما الصورة الثانية فلا يبعد أن يستفاد من حديث الحلبي المتقدم
ذكره آنفاً فسادها.

مضافاً الى اشكال في المقام وهو ان العقود تابعة للصدود فان قصد بيع مركب
بما هو مركب لا يمكن التجزئة بين أجزائه بالالتزام بالصحة في بعضها والفساد في
الآخر وبعبارة اخرى: وقع العقد بالمقيد ومن الظاهر ان المقيد ينتفي بانتفاء قيده
فالصحة تحتاج الى دليل خارجي وأما بحسب القاعدة الاولى فمقتضاها البطلان
لكن قدمنا انه يمكن التفكيك بين الصحة في البعض والفساد في البعض الآخر
بمادل على صحة البيع فيما يملك والفساد فيما لا يملك.

(٢) بلا خلاف كما في الجواهر ويدل المدعي بوضوح ما رواه منصور (* ٢).

بل تختص شرطيته بالبيع^(١).

(مسألة ٤): لا يجري حكم الصرف على الأوراق النقدية كالدينار العراقي والنوط الهندي والتومان الايراني والدولار والپاون ونحوها من الأوراق المستعملة في هذه الازمنة استعمال النقدين فيصح بيع بعضها ببعض وان لم يتحقق التقابض قبل الافتراق كما انه لا زكاة فيها^(٢).

(مسألة ٥): اذا كان له في ذمة غيره دين من احد النقدين فباعه عليه بنقد آخر وقبض الثمن قبل التفرق صح البيع ولا حاجة الى قبض المشتري ما في ذمته^(٣) ولو كان له دين على زيد فباعه على عمرو بنقد وقبضه من عمرو ووكل عمرو زيدا على قبض ما في ذمته ففي صحته بمجرد التوكيل اشكال بل لا يبعد عدم الصحة حتى يقبضه زيد ويعينه في مصداق بيعه^(٤).

(١) لاختصاص الدليل بالبيع فلا وجه لاشتراطه في الصلح.

(٢) كما هو ظاهر فان عنوان الموضوع في الادلة الذهب والفضة فعليه لامتنعي لجريانه في الأوراق النقدية وبعبارة اخرى: خروجها خروج موضوعي وبالتخصص فلاحظ.

(٣) فانه لا مجال للقبض في مفروض الكلام اذ نتيجة تملك ما في النفس هو السقوط فلا موضوع للقبض.

(٤) اذ مجرد التوكيل لا يوجب تحقق القبض فلا بد من قبض زيد ويعينه في مصداق بيعه.

(مسألة ٦) : اذا اشترى منه دراهم معينة بنقد ثم باعها عليه أو على غيره قبل قبضها لم يصح البيع الثاني^(١) فاذا قبض الدراهم بعد ذلك قبل التفرق صح البيع الاول^(٢) فان أجاز البيع الثاني وأقبضه صح البيع الثاني ايضاً^(٣) واذا لم يقبضها حتى افترقا بطل البيع الاول والثاني^(٤).

(مسألة ٧) : اذا كان له دراهم في ذمة غيره فقال له حولها دنانير في ذمتك فقبل المديون صح ذلك وتحول ما في الذمة الى دنانير وان لم يقبضها وكذا لو كان له دنانير في ذمته فقال له حولها دراهم وقيل المديون فانه يصح وتتحول الدنانير الى دراهم^(٥).

(١) لانه قبل القبض لا يكون ملوكا له فالبيع الثاني وارد على مال الغير فلا يصح.

(٢) فان شرط البيع الاول يتحقق بالقبض فيصح.

(٣) بمقتضى صحة الفضولي مع الاجازة على ما هو المقرر.

(٤) فان بطلان البيع الاول لاجل عدم تحقق شرطه وهو التقابض وبعد فرض فساد الاول لامجال لصحة الثاني فان صحة الثاني متفرعة على صحة البيع الاول.

(٥) الدليل عليه حديث اسحاق بن عمار قال قلت لابي عبدالله عليه السلام تكون للرجل صدي من الدراهم الوضوح فيلقاني فيقول : كيف معك الوضوح اليوم؟ فاقول له : كذا فيقول : أليس لي عندك كذا وكذا ألف درهم وضحاً؟ فاقول : بلى فيقول لي : حولها دنانير بهذا السعر واثبتها لي عندك فماتري في هذا؟ فقال لي : اذا كنت قد استقصيت له السعر يومئذ فلا بأس بذلك فقلت : اني لم اوازنه ولم اناقده انما كان كلام مني ومنه فقال : أليس الدراهم من عندك والدنانير

وكذلك الحكم في الاوراق النقدية اذا كانت في الذمة فيجوز تحويلها من جنس الى آخر^١ .

(مسألة ٨) : لا يجب على المتعاملين بالصرف اقباض المبيع أو الثمن حتى لو قبض احدهما لم يجب عليه اقباض صاحبه ولو كان للمبيع أو الثمن نماء قبل القبض كان لمن انتقل عنه لا لمن انتقل اليه^٢ .

(مسألة ٩) : الدراهم والدنانير المغشوشة ان كانت رائجة في المعاملة بها يجوز خرجها وانفاقها والمعاملة بها سواء أكان غشها

من عندك ؟ قلت : بلى قال : فلا بأس بذلك (* ١) .

وحديث عبيد بن زرارة قال : سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون لي عنده دراهم فآتيه فاقول : حولها دنانير من غير أن اقبض شيئاً قال لا بأس قلت : يكون لي عنده دنانير فآتيه فاقول : حولها دراهم وأثبتها عندك ولم اقبض منه شيئاً قال : لا بأس (* ٢) .

(١) الظاهر من الحديثين جواز التحويل بما هو وبعبارة اخرى : عنوان التحويل والتعويض بما هو يصح في مورد هما لاجل التعبد وعليه يشكل الجزم باجرائه في غير النقدين كالاوراق النقدية والله العالم .

(٢) لعدم ما يقتضي الوجوب وبعبارة اخرى : وجوب التقابض في المجلس وجوب شرطي لا تكليفي فلا يجب وحيث انه مادام لم يحصل التقابض لا يتحقق الملكية يكون نماء المبيع للبائع ونماء الثمن للمشتري كما في المتن .

(١) الوسائل الباب ٤ من أبواب الصرف الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٢

مجهولاً أم معلوماً وسواء أكان مقدار الغش معلوماً أم مجهولاً (١).

(١) بلاخلاف بل يمكن تحصيل الإجماع عليه فضلاً عن محكيه للسيرة القطعية بعد الأصل هكذا في الجواهر. ويمكن الاستدلال على المدعى بما رواه عبد الرحمن بن الحجاج قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : أشتري الشيء بالدرهم فأعطى الناقص الحبة والحببتين قال : لا حتى تبينه ثم قال : الآن يكون نحو هذه الدراهم الأوضاحية التي تكون عندنا عدداً (* ١) فإن المستفاد من هذه الرواية أنه يجوز إذا كان رايح المعاملة بين الناس .

ويؤيد المدعى حديث أبي العباس قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الدراهم المحمول عليها فقال : إذا أنفقت ما يجوز بين أهل البلد فلا بأس وإن أنفقت ما لا يجوز بين أهل البلد فلا (* ٢) .

ومارواه حرير بن عبد الله قال : كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فدخل عليه قوم من أهل سجستان فسألوه عن الدراهم المحمول عليها فقال : لا بأس إذا كان جواز المصر (* ٣) وأما رواية الجعفي قال : كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فالتقى بين يديه درهم فالتقى إلي درهماً منها فقال : ايش هذا فقلت : ستوق فقال : وما الستوق ؟ فقال : طبقتين فضة وطبقة من نحاس وطبقه من فضة فقال : اكسرها فإنه لا يحل بيع هذا ولا انفاقه (* ٤) الدالة على وجوب الكسر فضيفة سنداً فالنتيجة هو الجواز مع الرواج ومقتضى إطلاق حديث عبد الرحمن جواز المخرج والانفاق على الإطلاق كما في المتن .

(١) الوسائل الباب ١٠ من أبواب الصرف الحديث : ٧

(٢) نفس المصدر الحديث : ٩

(٣) نفس المصدر الحديث : ١٠

(٤) نفس المصدر الحديث : ٥

وان لم تكن رائجة فلا يجوز خرجها وانفاقها والمعاملة بها الا بعد اظهار حالها ^(١) .

(مسألة ١): يجوز تصريف الريال العراقي بأربعة دراهم عراقية فان الريال وان كان ينقص عن اربعة دراهم وزناً الا ان المعاملة انما تقع عليها بما انها معدودات ولا نظر الى مقدار وزنها فلا يجري عليها أحكام الموزون وان كانت مادتها من الموزن ويجري ذلك في تصريف سائر المسكوكات من الفضة أو النحاس الى ابعاضها مثل تصريف المجيدي والروبية الى ارباعها أو انصافها وكذا امثالها من المسكوكات فانه يجوز ولو مع التفاضل بين الاصل وابعاضه

(١) بلا خلاف بل يمكن تحصيل الاجماع عليه فضلاً عن محكيه - كما في الجواهر - والوجه في عدم الجواز كونه مصداقاً للغش الحرام ويؤكد المدعى حديث الجعفي ويدل عليه حديث عبدالرحمن (* ١) .

وأما حديث عمر بن يزيد قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن انفاق الدراهم المحمول عليها فقال : اذا جازت الفضة المثليين فلا بأس (* ٢) وحديث معمر أو عمر بن يزيد عن أبي عبدالله عليه السلام في انفاق الدراهم المحمول عليها فقال : اذا كان الغالب عليها الفضة فلا بأس بانفاقها (* ٣) فلا بد من تقييدهما بحديث عبدالرحمان الآن يقال يجوز مع الاعلام مطلقاً فيلغو العنوان المأخوذ في حديث عمر بن يزيد اللهم الا أن يقال انه اذا صدق عنوان الغش يكون حراماً بلا كلام

(١) لاحظ ص : ٢٠٧

(٢) الوسائل الباب ١٠ من أبواب الصرف الحديث : ٣

(٣) نفس المصدر الحديث : ٤

كما هو الغالب ^(١) نعم لا يجوز ذلك في المسكوكات الذهبية فانها من الموزون فلا يجوز تصريفها الى ابعاضها مع التفاضل الامع الضميمة ^(٢).
(مسألة ١١) : يكفي في الضميمة التي يتخلص بها عن الربا الغش الذي يكون في الذهب والفضة المغشوشين ^(٣) اذا كان الغش غير مستهلك ^(٤) وكان له قيمة في حال كونه غشاً ولا يكفي أن يكون له قيمة على تقدير التصفية ^(٥). فاذا كان الطرفان مغشوشين كذلك صح مع التفاضل ^(٦) وان كان أحدهما مغشوشاً دون الآخر جاز التفاضل

ولا اشكال والله العالم .

(١) فان الربا يختص بالمكيل والموزون فاذا لم يكن منهما يجوز التفاضل فيه كما هو ظاهر .

(٢) الظاهر ان المسكوكات الذهبية في هذا الزمان ليست من الموزونات وهذا امر عرفي خارجي وتشخيص الموضوعات بيد العرف .

(٣) اذا لمستفاد من الدليل كفاية الضميمة للتخلص من الربا فلا فرق بين مصاديقها ومنها ما ذكر .

(٤) اذمع الاستهلاك لاموضوع للضميمة .

(٥) فان الدليل الدال على كفاية الضميمة في التخلص لا يشمل مالا قيمة له وبعبارة اخرى : مقتضى ادلة حرمة الربا حرمة على الاطلاق وانما خرج مورد ضم شيء ذي مالية ففي مورد ضم مالا مالية له يؤخذ باطلاق دليل المنع الآن يقال : ان ضم الضميمة يوجب الجواز ويخرج المعاملة عن كونها ربوية فلا حظ .

(٦) كما هو ظاهر ولا يلزم الربا قطعاً .

إذا كانت الزيادة في الخالص ولا يصح إذا كانت الزيادة في المغشوش^(١).

(مسألة ١٢) : الآلات المحلاة بالذهب يجوز بيعها بالذهب إذا كان أكثر من الذهب المحلي بها^(٢) والا لم يجوز^(٣) نعم لو بيع السيف المحلي بالسيف المحلي جاز مطلقاً وإن كانت الحلية في أحدهما أكثر من الحلية في الآخر^(٤).

(مسألة ١٣) : الكلبتون المصنوع من الفضة يجوز بيعه بالفضة إذا كانت أكثر منه وزناً أو مساوياً له والمصنوع من الذهب يجوز

(١) إذا لو كانت الزيادة في المغشوش لا تكون إضافة الضميمة إليه مؤثرة فإن التفاضل بعدموجود وأما إذا فرضت الزيادة في الخالص يتخلص بالضميمة المفروضة في المغشوش عن الربا فإنه يجعل شرعاً تلك الزيادة في مقابل الضميمة .

(٢) والوجه فيه أن الزائد يجعل في مقابل الآلة فلا يلزم الربا .

(٣) إذا يلزم الربا لأنه لو لم يكن أكثر فاما يكون مساوياً في مقدار الذهب الموجود في المقابل وأما يكون أقل وعلى كلا التقديرين يلزم التفاضل أما على الثاني فظاهر وأما على الأول فلكون الآلة تكون زيادة فيلزم الربا ولزوم الربا متوقف على كونه داخل في الموزون .

(٤) إذا المفروض أن الضميمة موجودة في كلا الطرفين فلا يلزم الربا وأما حديث إبراهيم بن هلال قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : جام فيه فضة وذهب اشتريه بذهب أو فضة ؟ فقال : إن كان يقدر على تخليصه فلا وإن لم يقدر على تخليصه فلا بأس (*١) فهو ضعيف سنداً ولا يبعد أن يكون الوجه في الجواز كونه خارجاً

بيعه بالذهب اذا كان أكثر منه وزناً أو مساوياً له ^(١) .

(مسألة ١٤) : اذا اشترى فضة معينة بفضة أو بذهب وقبضها قبل التصرف فوجدها جنساً آخر وصاصاً أو نحاساً أو غيرها بطل البيع ^(٢) وليس له المطالبة بالاببدال ^(٣) ولو وجد بعضها كذلك بطل البيع فيه وصح في الباقي ^(٤)

عن الموزون .

(١) لا يعد أن يكون الوجه في الجواز عدم كون الكلبتون من المكيل والموزون لكن عليه اذا كان الكلبتون أكثر وزناً يلزم الجواز أيضاً والله العالم .

(٢) اذ المفروض ان العقد وقع على الفضة وانكشف الخلاف وبعبارة اخرى : ما وقع عليه العقد وقصد الصورة النوعية من الفضة وما في الخارج لا يكون مصداقاً لها فيكون نظير بيع الحمار الخارجي والحال ان ما في الخارج البقر فما قصد لم يقع وما وقع عليه العقد في الخارج لم يقصد .

(٣) اذ المفروض بطلان المعاملة فلا مقتضي للمطالبة .

(٤) بتقريب : انحلال البيع الى الاجزاء فيصح في البعض الواحد للشرط ويفسد في الفاقد له ولكن يتوجه الاشكال الذي ذكرنا سابقاً من أن بيع شيء واحد لا يكون يبيعاً متعددة ولذا لا مجال لان يقال : انه لو باع زيد داره من عمر ويتحقق لكل منهما من ناحية خيار المجلس خيارات عديدة لانحلال بيع الدار الى بيع عديدة .

هذا بحسب ما تقتضيه القاعدة ولكن يمكن أن يستفاد من بعض النصوص جواز الانحلال وتماميته لاحظ ما رواه محمد بن الحسن الصفار انه كتب الى أبي محمد الحسن بن علي العسكري عليهما السلام في رجل له قطاع أرضين « أرض »

وله حينئذ ردا لكل لتبعض الصفقة^(١) وان وجدها فضة معينة كان بالخيار فله الرد والمطالبة بالأرض مع عدم التمكن من الرد^(٢) ولا فرق بين كون الثمن من جنس المبيع وغيره^(٣)

فيحضره الخروج الى مكة والقرية على مراحل من منزله ولم يكن له من المقام ما يأتي بحدود أرضه وعرض حدود القرية الأربعة فقال للشهود اشهدوا أنني قد بعث فلاناً يعني المشتري جميع القرية التي حدها كذا والثاني والثالث والرابع وانما له في هذه القرية قطاع أرضين فهل يصلح للمشتري ذلك وانما له بعض هذه القرية وقد اقرله بكلها؟ فوقع عليه السلام : لا يجوز بيع ما ليس بملك وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك (*) فان مقتضى هذه الرواية صحة البيع بالنسبة الى المقدار المملوك وحكم الامثال واحد الآن يقال : ان الاحكام التعبدية منوطة بقيام الدليل عليها ولا يجوز التعدي عن مورد الدليل فلاحظ .

(١) لاجل الاشتراط الارتكازي للخيار في صورة التبعض .

(٢) لاجل خيار العيب على ما تقدم منه من خيار الرد مع الامكان وجواز الأرض مع عدم الامكان مع ما فيه من بعض الكلام فراجع .

(٣) لعدم دليل على التفريق وربما يقال : بعدم الجواز فيما يكون الثمن من جنس المبيع لاجل الربا ولكن الحق عدم لزومه اذ المعاملة قد تحققت اولا بلا موجب للفساد وبعبارة اخرى : الشيء لا يتقلب عما هو عليه والمفروض ان المعاملة التي وقعت كانت جامعة لشرائط الصحة ولم تكن في احد الطرفين زيادة على الطرف الاخر والأرض غرامة شرعية ثبتت بدليله ولا يوجب تعنون العقد بالربوى .

وكون اخذ الارش قبل التفرق وبعده ^(١) واذا اشترى فضة في الذمة بفضة أو بذهب وبعد القبض وجدها جنساً آخر رصاصاً أو نحاساً أو غيرهما فان كان قبل التفرق جاز للبائع ابدالها فاذا قبض البديل قبل التفرق صح البيع وان وجدها جنساً آخر بعد التفرق بطل البيع ^(٢) ولا يكفي الابدال في صحته ^(٣) واذا وجدها فضة معينة فالأقوى ان المشتري مخير بين رد المقبوض وابداله والرضا به من دون الارش وليس له فسخ العقد من اصله ^(٤) ولا فرق بين كون الثمن من جنس

(١) فانه لو تم موضوع جواز اخذ الارش يجوز اخذه ولا فرق بين زماني التفرق وقبضه وربما يقال: بأنه يلزم اخذه قبل التفرق لانه داخل في بيع الصرف فيلزم التقابض فيه في المجلس .

ويرد عليه ان الامر ليس كذلك وان الارش غرامة شرعية فلا يجري عليه احكام بيع الصرف. وبعبارة اخرى: لا وجه لاشتراط الاخذ قبل التفرق الا توهم انه جزء المبيع بأن يكون المبيع العين المعينة مع الارش فلا بد من قبضه في المجلس قبل التفرق وهذا التوهم فاسد اذ لم يقصد المتعاقدان وانما ثبوته بتعبد شرعي الهي فلا يترتب عليه تلك الاحكام المخصوصة ببيع الصرف .

(٢) اذ لو لم يحصل التفرق لا يبطل البيع فيمكن الابدال ويصح البيع لتامة شرائطه على الفرض وأما مع التفرق فلا مجال للصحة اذ ما قبض ليس مصداقاً للمبيع وما يكون مصداقاً له لم يقبض .

(٣) قد ظهر وجهه بما ذكرنا آنفاً .

(٤) والوجه فيه ان البيع وقع على الكلي في الذمة والمبيع هو الكلي الصحيح فلا مجال لاخذ الارش كما أنه لا مجال للفسخ اذ المفروض ان البيع لم يقع على

المبيع وغيره " ولا بين كون ظهور العيب قبل التفريق وبعده "٢) .
 (مسألة ١٥) : لا يجوز أن يشتري من الصائغ أو غيره خانماً أو غيره من المصنوعات من الفضة أو الذهب بجنسه مع زيادة بملاحظة اجرة الصياغة بل إما أن يشتريه بغير جنسه أو بأقل من مقداره من جنسه مع الضميمة ليتخلص من الربا "٣) .

المعيب كى يترتب عليه خيار الرد أو اخذ الارش فله الاستبدال واخذ الصحيح كما أن له الرضا بما دفع اليه وهو المعيب .

ان قلت : ان كان المبيع الجامع بين الصحيح والمعيب فليس له الاستبدال وان كان خصوص الصحيح فالمعيب لا يكون مضداً للمبيع فكيف يمكن جعله مصداقاً له ؟ قلت : يمكن أن يقال : ان البيع واقع على خصوص الصحيح لكن لا مانع من المراضاة وتبدل ذلك الكلي بالفرد المدفوع لكن الالتزام به يتوقف على صحة مطلق التجارة ولا ينحصر العقد الصحيح في خصوص العناوين المذكورة في الفقه كما أنه يمكن أن يقال : بأن البيع واقع على الجامع ولكن بالشرط الارتكازي يشترط على البائع أن يدفع الفرد الصحيح فاذا سلم الفرد المعيب فقد سلم الكلي غاية الامر للمشتري أن يطالب بالابدال كما أن له الرضا بالمعيب واذا لم يبدل يكون للمشتري خيار الفسخ للشرط الارتكازي الضمني .

(١) لعدم دليل على التفريق ولعدم لزوم الربا فرضاً اذ لا زيادة في احد الطرفين على الآخر .

(٢) لعدم وجه للتفريق المذكور اذ التقابض قد حصل قبل التفريق فالعقد صحيح .

(٣) فان الضميمة توجب التخلص من الربا المحرم .

(مسألة ١٦) : لو كان على زيد دنائير كاللحيرات الذهبية واخذ منه شيئاً من المسكوكات الفضية كالروبيات فان كان الاخذ بعنوان الاستيفاء ينقص من الليرات في كل زمان أخذ فيه بمقدار ما اخذ بسعر ذلك الزمان فاذا كان الدين خمس ليرات وأخذ منه في الشهر الاول عشر روبيات وفي الثاني عشرأ وفي الثالث عشرأ وكان سعر الليرة في الشهر الاول خمس عشرة روبية وفي الثاني اثنتى عشرة روبية وفي الثالث عشر روبيات نقص من الليرات ثلثا ليرة في الشهر الاول وخمسة اسداس في الثاني وليرة تامة في الثالث ^(١) وان كان الاخذ بعنوان القرض كان ما اخذ ديناً عليه وبقي دين زهد عليه ^(٢) وفي جواز احتساب احدهما دينه وفاءً عن الاخر اشكال والاظهر الجواز ^(٣) وتجاوز المصالحة

(١) كيف يمكن أن يكون بنحو الاستيفاء والحال ان الروبية ليست مصداقاً للدينار فيلزم أن تقع المعاوضة بين الروبية والليرة وعليه يكون تابعا لقصدتهما وليس له ميزان منضبط فلامجال لان يقال: اي مقدار ينقص من الليرات الذهبية التي في ذمة المديون ويمكن أن يكون ما أفاده مستنداً الى نص لا يحضرني عاجلا والله العالم .

(٢) كما هو ظاهر واضح .

(٣) ما يمكن أن يكون وجهاً للاشكال امران : احدهما : انه يشترط في بيع الصرف القبض في المجلس ولا قبض في المقام . ثانيهما : انه من مصاديق بيع الكالي بالكالي الذي يكون فاسداً وشيء من الوجهين لا يتم أما الاول فلا يتم لان بيع الدين لا يحتاج الى القبض وان شئت قلت : ما في الذمة مقبوض - كما في الجواهر - وبتعبير آخر لا يمكن فيه القبض اذ بمجرد صيرورته ملكاً للمديون

بينهما على ابراء كل منهما صاحبه مما له عليه ^(١) .

(مسألة ١٧) : اذا أقرض زيداً نقداً معيناً من الذهب أو الفضة أو أصدق زوجته مهراً كذلك أو جعله ثمناً في الذمة مؤجلاً أو حالاً فتغير السعر لزمه النقد المعين ولا اعتبار بالقيمة وقت اشتغال الذمة ^(٢)

(مسألة ١٨) : لا يجوز بيع درهم بدرهم بشرط صياغة خاتم مثلاً ^(٣) ويجوز أن يقول له صنع لي هذا الخاتم وأبيعك درهماً بدرهم على أن يكون البيع جعلاً لصياغة الخاتم ^(٤) كما يجوز أيضاً أن يشتري منه مثقال فضة مصوغاً خاتماً بمثقال غير مصوغ ^(٥) .

يسقط ولا مجال لقبضه وأما الثاني فلان بيع الكالي بالكالي بيع المؤجل بالمؤجل وما نحن فيه بيع الحال بالحال مضافاً الى أنه يستفاد من النص الخاص بجوازه لاحظ ما رواه عبيد بن زرارة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام في الرجل يكون له عند الصيرفي مائة دينار ويكون للصيرفي عنده ألف درهم فيقاطعه عليها قال : لا بأس (* ١) .

(١) بلا اشكال لجواز المصالحة شرعاً على ما قرر في محلها .

(٢) لان الثابت في الذمة ذلك النقد المعين من الذهب والفضة ولا وجه لاعتبار القيمة .

(٣) للربا فان الربا يتحقق بالزيادة العينية والزيادة الحكمية على ما تقدم من الماتن وقد تقدم الاشكال في التعميم فراجع .

(٤) لا بهذا الطريق يتخلص من الربا .

(٥) لعدم الزيادة . ويرد فيه بأنه لو كانت الزيادة اعم من الحكمية للزم عدم

(مسألة ١٩) : لو باع عشر درويبات بليرة ذهبية الا عشرين فلساً صح بشرط أن يعلم مقدار نسبة العشرين فلساً الى الليرة ^١ .

(مسألة ٢٠) المصوغ من الذهب والفضة معاً لا يجوز بيعه بأحدهما بلا زيادة بل اما أن يباع بأحدهما مع الزيادة أو يباع بهما معاً أو بجنس آخر غيرهما ^٢ .

(مسألة ٢١) : الظاهر ان ما يقع في التراب عادة من أجزاء الذهب والفضة ويجتمع فيه عند الصائغ وقد جرت العادة على عدم مطالبة مالك بهاملك للصائغ نفسه ^٣ والاحوط أن يتصدق به عن مالكه

جواز بيع مثقال فضة بمثقال فضة مصوغة خاتماً والحال انهم لا يلتزمون بعدم الجواز وان كان المراد من الزيادة الزيادة العينية يلزم الجواز مع شرط الصياغة فلاحظ .

(١) اذ مع عدم العلم بالنسبة يلزم الغرر فيبطل البيع بناءً على أن الغرر يوجب البطلان ويكون الجهل ملازماً للغرر وفي كلتا المقدمتين اشكال .

(٢) الظاهر أن المراد من العبارة انه لو بيع المصوغ منهما بالذهب مثلاً لا بد أن يكون الذهب الذي يجعل ثمناً أزيد من الذهب الذي يكون جزءاً للمصوغ كي تقع تلك الزيادة بازاء غير المجانس ويحفظ التماثل بين الذهب المبيع والذهب الذي يجعل ثمناً وبهذا النحو يتخلص من الربا .

(٣) بتقريب: ان المالك الاول يمرض عن الاجزاء المذكورة والاعراض يوجب الخروج عن الملك فيجوز للغير تملكها ولكن الظاهر من عبارة المتن صيرورتها ملكاً للصائغ بلا قصد التملك الا أن يقال: بأن مقتضى السيرة المستمرة المتصلة بزمان

كما أن الاحوط مع معرفة صاحبه الاستيذان منه في ذلك^(١) ويطرد المحكم المذكور في الخياطين والنجارين والحدادين ونحوهم فيما يجتمع عندهم من الاجزاء المتصلة من أجزاء الثياب والخشب والحديد ولا يضمنون شيئاً من ذلك وان كان له مالية عند العرف اذا كان المتعارف

المعصوم عليه السلام كونها مملوكة للصائغ ولو لم يقصد تملكها وهل يمكن اثباتها وربما يقال : بأن الوجه في صيرورتها ملكاً للصائغ تملكه لها اذ المالك اذن في تملكها فتلك الاجزاء باقية على ملك مالِكها غاية الامر حيث ان المالك اذن في التملك تصير ملكاً للمتملك باذن صاحبها .

ويرد فيه : بأنه اى دليل دل على جواز مثل هذا التملك وبعبارة اخرى : تملك مال الغير يتوقف على أسبابه ولا دليل على جواز التملك باباحة المالك التملك والله العالم .

(١) لا يبعد أن يكون الوجه في الاستحباب المذكور في المتن ما رواه علي بن ميمون الصائغ قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عما يكتس من التراب فأبيعه فما أصنع به ؟ قال : تصدق به فاما لك واما لاهله الحديث (* ١) .

وما رواه أيضاً قال : سألت عن تراب الصياغين وانا نبيعه قال : أما تستطيع أن تستحله من صاحبه ؟ قال : قلت : لا اذا أخبرته اتهمني قال : بعه قلت : بأي شيء نبيعه ؟ قال : بطعام قلت : فاي شيء أصنع به ؟ قال : تصدق به اما لك واما لاهله «لاهلك خ ل» الحديث (* ٢) والحديثان ضعيفان سنداً فان الصائغ لم يوثق كما ان علي بن حديد غير موثق فلاحظ .

(١) الوسائل الباب ١٦ من أبواب الصرف الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٢

في عملهم انفصال تلك الاجزاء^(١) .

الفصل الحادي عشر في السلف :

ويقال له السلم أيضاً وهو: ابتياع كلي مؤجل بثمن حال عكس النسبة ويقال للمشتري المسلم (بكسر اللام) وللبائع المسلم اليه وللثمن المسلم وللمبيع المسلم فيه (بفتح اللام) في الجميع .

(مسألة ١) : يجوز في السلف أن يكون المبيع والثمن من غير النقيدين مع اختلاف الجنس أو عدم كونهما أو أحدهما من المكمل والموزون^(٢)



- (١) فان حكم الامثال واحد .
- (٢) قال في الحقائق : « المشهور جواز اسلاف الاعراض في الاعراض اذا اختلفت بل ادعى عليه المرتضى الاجماع وكون الثمن نقداً أو عرضاً ما لم يؤد الى الربا وعن ابن الجنيد انه منع اسلاف عرض في عرض اذا كانا مكيلين أو موزونين أو معدودين كالسمن بالزيت (* ١) انتهى كلامه رفع في علو مقامه .
- وقال في الجواهر : « يجوز اسلاف الاعراض في الاعراض اذا اختلفت أو اتفقت ولم تكن مقدرة باحد الامرين أو الثلاثة لاطلاق الادلة (* ٢) الى آخره .
- ويدل على المدعى اطلاق الادلة لاحظ ما رواه عبدالله بن سنان (* ٣) .

(١) الحقائق الناضرة ج ٢٠ ص : ١٠

(٢) جواهر الكلام ج ٢٤ ص : ٢٧٣

(٣) لاحظ ص : ١٦١

كما يجوز أن يكون أحدهما من النقيدين والآخر من غيرهما ثمناً كان أو مثمناً^(١). ولا يجوز أن يكون كل من الثمن والمثمن من النقيدين اختلافًا في الجنس أو أنفقاً^(٢). يشترط في السلف أمور: الأول: أن

ويؤيد المدعى ما رواه وهب عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام قال :
لا بأس بالسلف ما يوزن فيما يكال وما يكال فيما يوزن (* ١) .

وأما حديث عبدالله بن سنان قال: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: لا ينبغي للرجل اسلاف السمن بالزيت ولا الزيت بالسمن (* ٢) فهو مخدوش سنداً بجميع استاده مضافاً الى القصور في دلالة فان غاية ما يستفاد منه ان اسلاف الزيت بالسمن أو بالعكس مكروه .

(١) قال في الجواهر: وأما اسلاف الاعراض في الاثمان فقد نص عليه غير واحد لاطلاق الادلة خلافاً لابي حنيفة فلا يجوز لانها لا تثبت في الذمة الا ثمناً فلا تكون مشخصة وفيه منع واضح اذ لا ريب في جواز بيع الذهب والفضة بهما اللهم الا أن يريد اذا كان احد المقابلين عرضاً وفيه منع واضح أيضاً وفي خبر غياث عن جعفر عن أبيه عليهم السلام قال : لا بأس بالسلف في الفلوس (* ٣) فالحق انه يجوز كجواز اسلاف الاثمان في الاعراض الذي لا خلاف فيه بيننا بل ولا بين المسلمين (* ٤) الى آخر كلامه رفع في حلو مقامه .

(٢) الذي يظهر من كلمات الاصحاب ان الفساد في هذه الصورة موضع وفاق

(١) الوسائل الباب ٧ من أبواب السلف الحديث : ١

(٢) الوسائل الباب ١ من أبواب السلف الحديث : ١٢

(٣) نفس المصدر الحديث : ٣

(٤) جواهر الكلام ج ٢٤ ص : ٢٢٤

يكون المبيع مضبوط الاوصاف التي تختلف القيمة باختلافها كالجودة والردائة والطعم والريح واللون وغيرها كالمخضر والفواكه والجوب والجوز واللوز والبيض والملابس والاشربة والادوية وآلات السلاح وآلات التجارة والنساجة والخياطة وغيرها من الاعمال والحيوان والانسان وغير ذلك فلا يصح فيما لا يمكن ضبط أوصافه كالجواهر والثالي والبساطين وغيرهما مما لا ترتفع الجهالة والغرر فيها الا بالمشاهدة^(١) الثاني ذكر الجنس والوصف الراجع للجهالة^(٢)

قال في التذكرة : « وانما لم يجز بالنقدين لانه يكون صرفاً ومن شرطه التقابض في المجلس ولو فرض امتداده حتى يخرج الاجل فالاولى المنع أيضاً » (* ١) . وقال في الشرايع : لا يجوز اسلاف الاثمان ولو اختلفا « وصرح الشهيد في المسالك في شرح قول المحقق بأن المنع موضع وفاق مضافاً الى لزوم الربا فان للاجل قسطاً من الثمن . لكن هذا التقريب يختص بصورة تماثل العوضين وأما في صورة التخالف فلا يتم كما هو ظاهر .

(١) ما ألفاده ظاهر فانه يشترط في السلم ذكر الاوصاف الدخيلة: في المبيع من حيث القيمة كما سيجي التعرض له فلا بد من كون المبيع مضبوط الاوصاف والا فلا يتحقق فيه شرط الصحة فلاحظ .

(٢) لجملة من النصوص منها : مارواه جميل بن عداج عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لا بأس بالسلم في المتاع اذا وصف الطول والعرض (* ٢) . ومنها مارواه معاوية بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألت عن

(١) التذكرة ج ١ ص : ٥٥١

(٢) الوسائل الباب ١ من ابواب السلف الحديث : ١

الرجل يسلف في الغنم الثنيان والجذعان وغير ذلك الى أجل مسمى قال : لا بأس به الحديث (* ١) .

ومنها : ما رواه زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا بأس بالسلم في الحيوان اذا وصفت أسنانها (* ٢) .

ومنها : ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سئل عن الرجل يسلم في الغنم ثنيان وجذعان وغير ذلك الى أجل مسمى قال : لا بأس الى أن قال : والاكسية مثل الحنطة والشعير والزعفران والغنم (* ٣) .

ومنها : ما رواه سليمان بن خالد في حديث انه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يسلم في غير نخل ولا زرع قال : يسمى شيئاً مسمى الى أجل مسمى (* ٤) .

ومنها : ما رواه عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا بأس بالسلم في الحيوان اذا سميت شيئاً معلوماً (* ٥) .

ومنها : ما رواه سماعة قال : سئل أبو الله عليه السلام عن السلم في الحيوان فقال : أسنان معلومة واسنان معدودة الى أجل مسمى لا بأس به (* ٦) .

ومنها : ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا بأس بالسلم في

(١) نفس المصدر الحديث : ٢

(٢) نفس المصدر الحديث : ٣

(٣) نفس المصدر الحديث : ٤

(٤) نفس المصدر الحديث : ٥

(٥) نفس المصدر الحديث : ٦

(٦) نفس المصدر الحديث : ٧

الثالث قبض الثمن قبل التفرق^(١) ولو قبض البعض صح فيه وبطل في الباقي^(٢) ولو كان الثمن ديناً في ذمة البايع فالأقوى الصحة^(٣) إذا كان

الحيوان إذا سميت الذي يسلم فيه فوصفته فإن وفية والافانث احق بدراهمك (* ١).

ومنها : ما رواه زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا بأس بالسلم في الحيوان والمتاع إذا وصفت الطول والعرض (* ٢) .

فإن المستفاد من هذه النصوص اشتراط السلف بذكر الأوصاف المنظورة في المبيع مضافاً إلى ما اشتهر بين القوم بأن الجهل بالأوصاف يوجب الغرر الموجب لفساد البيع .

(١) قال في الحقائق : « الشرط الرابع : قبض الثمن قبل التفرق فيبطل بدونه على الأشهر بل نقل في التذكرة عليه الإجماع قال : فلا يجوز التفرقة قبله وإن تفرقا قبل القبض بطل السلم عند علمائنا أجمع » إلى آخره .

وقال في الجواهر : « الشرط الثالث من الشرائط : قبض رأس المال قبل التفرق شرط في صحة العقد اجتماعاً في الغنية والمسالك وحيث لو افترق قبله بطل عند علمائنا أجمع في التذكرة » الخ فالعمدة التسالم والاجماع بين الأصحاب وصرح صاحب الحقائق بعدم وقوف نص والله العالم .

(٢) لوجود مقتضي من العقد والقبض فيصح وعدم تحقق الشرط في البعض فلا يصح .

(٣) ربما يقال بفساد البيع في هذه الصورة لأنه من مصاديق الدين بالدين لقوله عليه السلام في حديث طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله

(١) نفس المصدر الحديث : ٩

(٢) نفس المصدر الحديث : ١٠

الدين حالاً لا مؤجلاً^(١) الرابع، تقدير المبيع ذى الكيل أو الوزن أو العدد بمقداره^(٢) الخامس : تعيين أجل مضبوط للمسلم فيه بالأيام أو

صلى الله عليه وآله : لا يباع الدين بالدين (* ١) وفيه : أولاً أن الحديث مخدوش سنداً بطلحة حيث أنه لم يوثق . وثانياً : أن المقام ليس من بيع الدين بالدين بل الدين يحصل بالبيع .

وأما حديث اسماعيل بن عمر أنه كان له على رجل دراهم فعرض عليه الرجل أن يبيعه بها طعاماً إلى أجل فأمر اسماعيل يسأله فقال : لا بأس بذلك فعاد إليه اسماعيل فسأله عن ذلك وقال : اني كنت أمرت فلاناً فسألك عنها فقلت : لا بأس فقال : ما يقول فيها من عندكم قلت : يقولون : فاسد فقال : لا تفعله فاني أوهمت (* ٢) فهو مخدوش سند أفلا تصل النوبة إلى ملا حظة دلالة .

وأما حديث علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام قال : سأله عن السلم في الدين قال : إذا قال : اشتريت منك كذا وكذا بكذا وكذا فلا بأس (* ٣) فضعيف سنداً ايضاً .

(١) اذ لو كان الثمن حالاً في ذمة البايع يتحقق القبض بالنسبة إلى الثمن الذي شرط في صحة السلم فيصح وأما إذا كان مؤجلاً فلا يتحقق القبض فلا يصح البيع .
(٢) اذ مع الجهل يلزم الفرر فيوجب البطلان وقد تقدم في شروط العوضين أنه لا بد أن يكون مقدار كل من العوضين المتعارف تقديره عند البيع من كيل أو وزن أو عدد أو مساحة معلوماً فراجع .

(١) الوسائل الباب ٨ من أبواب السلف الحديث : ٢

(٢) نفس المصدر الحديث : ١

(٣) نفس المصدر الحديث : ٣

الشهور أو السنين أو نحوها ولو جعل الاجل زمان الحصاد أو الدباس أو الحضيرة بطل البيع^(١) ويجوز فيه أن يكون قليلا كيوم ونحوه وأن يكون كثيرا كعشرين سنة^(٢). السادس : امكان دفع مانع الباع دفعه وقت الحلول وفي البلد الذي شرط التسليم فيه اذا كان قد شرط ذلك^(٣)

(١) « بلا خلاف اجده بيننا بل عن نهج الحق والغنية الاجماع عليه » هكذا في الجواهر ويمكن الاستدلال على المدعى بما دل على نفى الغرر لاحظ ما عن علي عليه السلام قال : وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن بيع المضطر وعن بيع الغرر (* ١) وبالنبوي : « من اسلف فيسلف في كيل معلوم الى اجل معلوم » (* ٢) .

مضافاً الى جملة من النصوص : لاحظ احاديث عبدالله بن سنان وابي مريم الانصاري وقتيبة الاعشى وسماعة وغيث بن ابراهيم وسليمان بن خالد وحديد بن حكيم (* ٣) وكون مورد هذه النصوص الموارد الخاصة لا يضر بالاستدلال للاتفاق على عدم الفرق بل لا يبعد أن يقال : ان العرف يفهم من مجموع النصوص ان ذكر الاجل شرط في السلم ومن تلك النصوص ما رواه غياث (* ٤) بل لا يبعد تحقق الاطلاق في بعضها لاحظ حديث سليمان بن خالد (* ٥) .

(٢) لاطلاق النصوص الواردة في المقام فلاحظ .

(٣) الظاهر انه مورد الاجماع - على ما يظهر من الجواهر - ويمكن الاستدلال

(١) الوسائل الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة الحديث : ٣

(٢) جواهر الكلام ج ٢٤ ص : ٣٠٠

(٣) لاحظ ص : ١٦١ و ١٦٢

(٤) لاحظ ص : ١٦١

(٥) لاحظ ص : ١٦٢

سواء أكان عام الوجود أم نادره^(١)

على المدعى بما رواه عبدالرحمن بن الحجاج قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : الرجل يجيئني بطلب المتاع فاقوله على الربح ثم اشتره فأبيعه منه فقال : أليس ان شاء أخذ وان شاء ترك؟ قلت : بلى قال : فلا بأس به قلت : فان من عندنا يفسده ، قال : ولم ؟ قلت قد باع ما ليس عنده قال : فما يقول في السلم قد باع صاحبه ما ليس عنده قلت : بلى قال : فانما صلح من أجل انهم يسمونه سلماً ان أبي كان يقول لا بأس ببيع كل متاع كنت تجده في الوقت الذي بعته فيه (* ١) فان المستفاد من هذا الخبر انه يشترط في صحة البيع امكان دفع ما باعه في الوقت الذي عين في العقد .

(١) قال صاحب الجواهر قدس سره : « لا اجد دليلاً على هذا الشرط بل اطلاق الأدلة يقضي بخلافه بل شدد التكثير المقدس الاردبيلي على اشتراط هذا الشرط وادعى ان موثقة عبدالرحمن دالة على خلافه » الخ .

والظاهر ان المراد بالموثقة المذكورة ما رواه اسحاق بن عمار وعبدالرحمن ابن الحجاج جميعاً قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشتري منه حالا قال : ليس به بأس قلت : انهم يفسدونه عندنا قال : وأي شيء يقولون في السلم ؟ قلت : لا يرون به بأساً يقولون هذا الى اجل فاذا كان الى غير اجل وليس عند صاحبه فلا يصلح فقال : فاذا لم يكن الى اجل كان أجود « أحق به » ثم قال : لا بأس بأن يشتري الطعام وليس هو عند صاحبه « حالا » والى اجل فقال لا يسمى له أجلاً الا أن يكون بيعاً لا يوجد مثل العنب والبطيخ وشبهه في غير زمانه فلا ينبغي شراء ذلك حالا (* ٢) .

(١) الوسائل الباب ٧ من أبواب أحكام العقود الحديث : ٣

(٢) نفس المصدر الحديث : ١

فلو لم يمكن ذلك ولو تسبباً لعجزه عنه ولو لكونه في سجن أو في بيداء لا يمكنه الوصول إلى البلد الذي اشترط التسليم فيه عند الاجل بطل^١.

(مسألة ٢) : اطلاق العقد يقتضي وجوب تسليم المسلم فيه في بلد العقد الا أن تقوم قرينة على الاطلاق أو على تعيين غيره فيعمل عليها والاقوى عدم وجوب تعيينه في العقد الا اذا اختلفت الامكنة في صعوبة التسليم فيها ولزوم الخسارة المالية بحيث يكون الجهل

فان المستفاد من هذه الرواية ان امكان الوجود عند حلول الاجل شرط في صحة البيع لأزيد من هذا المقدار بل يستفاد المدعى - كما في كلام صاحب الجواهر - مما رواه زرارة قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل اشترى طعام قرية بعينها قال : لا بأس ان خرج فهو له وان لم يخرج كان ديناً عليه (* ١) .

فان المستفاد منه ان مجرد الامكان يكفي في الصحة بل يمكن أن يستفاد المدعى من حديث خالد بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يشتري طعام قرية بعينها وان يسم قرية بعينها أعطاه من حيث شاء (* ٢) .

فان المستفاد من هذه الرواية انه مع عدم تعيين مكان خاص يمكن الاعطاء من اي مكان شاء فالنتيجة ان مجرد امكان الحصول في المكان الذي تعهد الاعطاء منه شرط في الصحة وأما الزائد على هذا المقدار فلا .

(١) قد ظهر وجه ما أفاده .

(١) الوسائل الباب ١٣ من أبواب السلف الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٣

بها ضرراً فيجب تعيينه حينئذ^(١).

(مسألة ٣) : اذا جعل الاجل شهراً قمرياً أو شمسياً أو شهرين فان كان وقوع المعاملة في اول الشهر فالمراد تمام ذلك الشهر وان كان في أثناء الشهر فالمراد من الشهر مجموع ما بقى منه مع اضافة مقدار من الشهر الثاني يساوى الماضى من الشهر الاول وهكذا^(٢).

(مسألة ٤) : اذا جعل الاجل جمادى أو ربيعاً حمل على أولهما من تلك السنة وحل بأول جزء من ليلة الهلال واذا جعله الجمعة أو الخميس حمل على الاول من تلك السنة وحل بأول جزء من نهار اليوم المذكور^(٣).

(مسألة ٥) : اذا اشترى شيئاً سلفاً جاز بيعه من بايعه قبل حلول الاجل وبعده بجنس آخر أو بجنس الثمن بشرط عدم الزيادة ولا يجوز بيعه من غيره قبل حلول الاجل ويجوز بعده سواء باعه بجنس آخر أو بجنس الثمن مع الزيادة أو النقص أو التساوي^(٤).

(١) الظاهر ان الامر كما أفاده فان الاطلاق لولاقرينة خارجية صارفة ينصرف الى بلد العقد ومع قيام القرينة لابد من اتباعها ولا يلزم التعيين الامع التفاوت ولزوم الفرع مع الجهل فما أفاده تام.

(٢) فان ما أفاده مقتضى الظهور العرفي الذي يكون حجة عند العرف في المحاورات.

(٣) كل ذلك للظهور العرفي والعرف ببابك فلاحظ.

(٤) في هذه المسألة فروع : الفرع الاول : انه اذا اشترى شيئاً سلفاً جاز بيعه

من بايعه قبل حلول أجله.

وقال في الحقائق: « المسألة الثانية لو أراد بيع ما أسلف فيه فهناصور: أحديها بيعه قبل حلول الأجل حالا والظاهر انه لاخلاف في عدم الجواز لعدم استحقاقه له » (* ١) الخ .

وقال في الجواهر: « اذا أسلف في شيء لم يجز بيعه قبل حلوله لعدم ملكيته قبل الأجل ضرورة عدم مدخلية فيها إذا العقد هو السبب في الملك والأجل انما هو للمطالبة » الى أن قال : « بل للاجماع المحكي في التنقيح وظاهر الغنية وجامع المقاصد وغيرهما وعن كشف الرموز ان لم يكن محصلا بل لعله كذلك » (* ٢) الخ . ولايبعد ان الماتن لا يرى الاجماع المدعى في المقام اجماعاً تعديلاً كاشفاً عن رأى المعصوم عليه السلام ويمكن أن يكون الوجه فيه عدم تحقق الاجماع بالنسبة الى البيع من البائع قال في الجواهر - ناقلاً عن الوسيلة - : « واذا اراد أن يبيع المسلف ما أسلف فيه من المستلف عند حلول الأجل أو قبله بجنس ما ابتاعه بأكثر مع الثمن الذي ابتاعه لم يجوز من باع بجنس غير ذلك جاز » .

وعليه يكون مقتضى ادلة صحة البيع جوازه حيث انه لا يكون ما يوجب تقييد اطلاق ادلة الصحة.

الفرع الثاني : انه يجوز بيعه قبل حلول الأجل منه بجنس آخر غير جنس الثمن بلا تقيده بقيد والوجه فيه انه لا موجب للتقييد ومقتضى اطلاق الادلة هو الجواز .

الفرع الثالث : انه يجوز بيعه من بايعه بعد حلول الأجل بجنس آخر على

• • • • •

الاطلاق والوجه فيه ان المقتضي موجود بلا مانع .

الفرع الرابع : انه لا يجوز بيعه من بايعه قبل حلول الاجل وبعده بأكثر من جنس الثمن للاجماع المدعى في المقام ولجملة من النصوص منها ما رواه الحلبي حسن أبي عبدالله عليه السلام قال : مثل عن الرجل يسلم في الغنم ثنيان وجذعان وغير ذلك الى أجل مسمى قال : لا بأس ان لم يقدر الذي عليه الغنم على جميع ما عليه أن يأخذ صاحب الغنم نصفها أو ثلثها أو ثلثيها ويأخذ رأس مال ما بقي من الغنم دراهم ويأخذ دون شروطهم ولا يأخذون فوق شروطهم والاكسية أيضاً مثل الحنطة والشعير والزعفران والغنم (* ١) فان المستفاد من هذه الرواية انه لا يجوز بيعه من بايعه أكثر من رأس ماله.

ومنها : ما رواه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أعطى رجلاً ورقاً في وصيف الى أجل مسمى فقال له صاحبه لانجد لك وصيفاً خذ مني قيمة وصيفك اليوم ورقاً قال : فقال : لا يأخذ الا وصيفه أو ورقه الذي اعطاء اول مرة لا يزداد عليه شيئاً (* ٢) .

ومنها : ما رواه أيضاً عن أبي جعفر عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : من اشترى طعاماً أو علفاً الى أجل فلم يجد صاحبه وليس شرطه الا الورق وان قال : خذ مني بسعر اليوم ورقاً فلا يأخذ الا شرطه طعامه أو علفه فان لم يجد شرطه وأخذ ورقاً لامحالة قبل أن يأخذ شرطه فلا يأخذ الا رأس ماله لا تظلمون ولا تظلمون (* ٣) .

(١) الوسائل الباب ١١ من أبواب السلف الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٩

(٣) نفس المصدر الحديث : ١٥

هذا في غير المكيل والموزون وأما بيعهما فلا يجوز بيعهما قبل القبض مرابحة مطلقاً كما تقدم^(١).

(مسألة ٦) : إذا دفع البائع المسلم فيه دون الصفة لم يجب على المشتري القبول^(٢)

ومنها : ما رواه يعقوب بن شعيب قال : سألت أبا عبد الله « جعفره » عليه السلام عن الرجل يسلف في الحنطة والتمر مائة درهم فيأتي صاحبه حين يحل الذي له فيقول : والله ما عندي الا نصف الذي لك فخدمني ان شئت بنصف الذي لك حنطة وبنصفه ورقاً فقال : لا بأس اذا أخذ منه الورق كما أعطاه (* ١).

وفي المقام رواية عن علي بن جعفر قال : سألت عن رجل له على آخر تمر أو شعير أو حنطة أيا خذ بقيمته دراهم ؟ قال : اذا قومه دراهم فسدلان الاصل الذي يشتري « اشترى خ ل » به دراهم فلا يصلح دراهم بدراهم وسألته عن رجل أعطى عبده عشرة دراهم على أن يؤدي العبد كل شهر عشرة دراهم أيحل ذلك ؟ قال : لا بأس (* ٢) فان كانت قابلة للجمع مع بقية النصوص فهو والا يرد علمها الى أهلها .

الفرع الخامس : انه لا يجوز بيعه من غير بايعه قبل حلول الاجل مطلقاً وذلك للاجماع .

الفرع السادس : انه يجوز بيعه من غير بايعه بعد حلول الاجل على الاطلاق لوجود المقتضي وعدم الاجماع على المنع .

(١) وقد تقدم الكلام حول الفرع فراجع .

(٢) لعدم ما يقتضي وجوب القبول وبعبارة اخرى : لا يجب على المشتري

(١) نفس المصدر الحديث : ١٦

(٢) نفس المصدر الحديث : ١٢

ولو رضى بذلك صح^١ وكذلك اذا دفع أقل من المقدار وتبرأ ذمة البائع اذا أبرأ المشتري الباقي^٢ واذا دفعه على الصفة والمقدار وجب عليه القبول^٣ واذا دفع فوق الصفة فان كان شرط الصفة راجعاً الى استثناء مادونها فقط وجب القبول ايضاً^٤ وان كان راجعاً الى استثناء مادونها وما فوقها لم يجب القبول ولو دفع اليه زائداً على المقدار لم يجب القبول^٥.

(مسألة ٧) : اذا حل الاجل ولم يتمكن البائع من دفع المسلم فيه تخير المشتري بين الفسخ والرجوع بالثمن بلا زيادة ولا نقبصة وبين أن ينتظر الى أن يتمكن البائع من دفع المبيع اليه في وقت آخر^٦

رفع اليد عن حقه .

(١) تارة يكون المبيع ما هو الجامع بين الموصوف وغيره وقد اشترطت الصفة فيه واخرى يكون المبيع هو الموصوف أما على الاول فلا اشكال في جواز القبول اذا لفاقد فرد من الكلي والمشتري رفع اليد عن حقه بالنسبة الى الوصف وأما على الثاني فلا بد من تراض جديد وتبدل بين الفاقد والواجد اذا المفروض ان مملوكه ومطلوبه يفاير المدفوع اليه فكيف يصير مصداقاً لذلك الكلي وان شئت قلت : ان بدلية غير المطلوب عنه تتوقف على سبب فلا حظ .

(٢) كما هو ظاهر فان مرجع قبول الاقل الى البرائة عن الاكثر .

(٣) كما هو ظاهر اذ لا وجه لجواز عدم القبول .

(٤) كما هو ظاهر أيضاً بعين التقريب .

(٥) وهذا أيضاً ظاهر اذ لا يجب عليه القبول الا ما كان حقاله ومطلوبه وأما الزائد فلا .

(٦) فان له الفسخ بمقتضى الشرط الارتكازي كما ان له الانتظار ويمكن

ولو تمكن من دفع بعضه وعجز عن دفع الباقي كان له الخيار في الباقي بين الفسخ فيه والانتظار^(١) وفي جواز فسخه في الكل حينئذ اشكال والظاهر الجواز^(٢) نعم لو فسخ في البعض جاز للبائع الفسخ في الكل^(٣) (مسألة ٨) : لو كان المبيع موجوداً في غير البلد الذي يجب التسليم فيه فان تراضيا تسليمه في موضع وجوده جاز^(٤) والا فان أمكن وتعارف نقله الى بلد التسليم وجب نقله على البائع^(٥) والا فيجري الحكم المتقدم من الخيار بين الفسخ والانتظار^(٦).

الاستدلال على المدعى بما رواه عبدالله بن بكير قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أسلف في شيء يسلف الناس فيه من الثمار فذهب زمانها « ثمارها » ولم يستوف سلفه قال : فليأخذ رأس ماله أولينظره (* ١) .

فاذا فسخ يرجع الثمن اليه بلا زيادة ولا نقيصة وهذا على طبق القاعدة الاولى .
(١) بتقريب : ان البيع ينحل الى المتعدد فيجري في كل فرد منه حكمه فتأمل .
(٢) يمكن أن يكون الوجه في الاشكال عدم المقتضي للفسخ في الكل اذ المفروض دفع البائع بعض المبيع لكن كما قال الماتن الحق جواز الفسخ في الكل للشرط الارتكازي الضمني .
(٣) لخيار التبعض فلاحظ .

(٤) بلا اشكال فانه مع التراضي بينهما لا يبقى وجه للاشكال .
(٥) كما هو ظاهر فان الدفع واجب عليه فيجب ما يتوقف عليه .
(٦) اذ مع التخلف يشبث الخيار فله الفسخ والانتظار والله العالم .

الفصل الثاني عشر : بيع الثمار والخضر والزرع

لا يحوز بيع ثمرة النخل والشجر قبل ظهورها عاماً واحداً بلا

ضميمة^(١)

(١) قال في الجواهر - في هذا المقام - : « اجماعاً بقسميه بل المحكي منهما متواتر كالنصوص ولذا نسه بعضهم الي الضرورة » الخ .

وتدل على المدعى جملة من النصوص : منها : ما رواه الحلبي قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام عن شراء النخل والكرم والثمار ثلاث سنين أو أربع سنين فقال : لا بأس تقول : ان لم يخرج في هذه السنة اخرج في قابل وان اشتريته في سنة واحدة فلا تشتره حتى يبلغ وان اشتريته ثلاث سنين قبل أن يبلغ فلا بأس وسئل عن الرجل يشتري الثمرة المسماة من أرض فتهلك ثمرة تلك الأرض كلها فقال : قد اختصموا في ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وآله فكانوا يذكرون ذلك فلما رآهم لا يدعون الخصومة نهاهم عن ذلك البيع حتى تبلغ الثمرة ولم يحرمه ولكن فعل ذلك من أجل خصومتهم (* ١) .

ومنها : ما رواه ربعي قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : ان لي نخلاً بالبصرة فأبيعه واسمي الثمن وأستثنى الكرم من التمر أو أكثر أو العدد من النخل فقال : لا بأس قلت جعلت فداك بيع الستين قال : لا بأس قلت : جعلت فداك . ان ذا عندنا عظيم قال : اما انك ان قلت ذاك لقد كان رسول الله صلى الله عليه وآله احل ذلك فتظالموا « فتظالموا » فقال عليه السلام : لا تباع الثمرة حتى يبدو صلاحها (* ٢) .

(١) الوسائل الباب ١ من أبواب بيع الثمار الحديث : ٢

(٢) نفس المصدر الحديث : ٤

.

ومنها : ما رواه أبو الربيع الشامي قال : قال أبو عبدالله عليه السلام : كان أبو جعفر عليه السلام يقول : اذا بيع الحائط فيه النخل والشجر سنة واحدة فلا يباعن حتى تبلغ ثمرته واذا بيع سنتين أو ثلاثاً فلا بأس ببيعه بعد أن يكون فيه شيء من الخضرة « الخضر خ » (* ١) .

ومنها : ما رواه معاوية بن ميسرة قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن بيع النخل سنتين قال : لا بأس الحديث (* ٢) .

ومنها : ما رواه عمار بن موسى عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألت عن الكرم متى يحل بيعه ؟ قال : اذا عقد وصادعروفاً (* ٣) .

ومنها : ما رواه سليمان بن خالد قال : قال أبو عبدالله عليه السلام : لا تشتري النخل حولاً واحداً حتى يطعم وإن شئت أن تبتاعه سنتين فافعل (* ٤) .

وعن الحقائق : الجزم بالصحة وربما يقال — كما في الجواهر — : إن النصوص المانعة تحمل على الكراهة والظاهر أن الوجه فيه جملة من النصوص : منها : ما رواه « ابن يزيد » بريد قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرطبة تباع قطعنتين أو ثلاث قطعان فقال : لا بأس قال : وأكثر السؤال عن أشباه هذا فجعل يقول : لا بأس به فقلت : أصلحك الله استحياء من كثرة ما سألته وقوله : لا بأس به : إن من يلينا يفسدون هذا كله فقال : أظنهم سمعوا حديث رسول الله صلى الله عليه وآله في النخل ثم حال بيني وبينه رجل فسكت فأمرت محمد بن مسلم أن يسأل أبا جعفر عليه السلام عن

(١) نفس المصدر الحديث : ٧

(٢) نفس المصدر الحديث : ١١

(٣) نفس المصدر الحديث : ٦

(٤) نفس المصدر الحديث : ٩

ويجوز بيعها عامين فما زاد^(١) وعاماً واحداً مع الضميمة على الأقوى^(٢)
وأما بعد ظهورها فإن بدّ أصلها أو كان البيع في عامين أو مع
الضميمة جاز بيعها بلا اشكال^(٣) أما مع انتفاء الثلاثة فالأقوى الجواز

قول رسول الله صلى الله عليه وآله في النخل فقال أبو جعفر عليه السلام خرج رسول
الله صلى الله عليه وآله فسمع ضوضاء قال : ما هذا ؟ فقيل له : تباع الناس بالنخل
فقمعد النخل العام فقال عليه السلام : أما إذا فعلوا فلا تشتروا النخل العام حتى
يطلع فيه الشيء ولم يحرمه (* ١) .

ومنها : مارواه الحلبي (* ٢) فان المستفاد من هذه الطائفة من النصوص ان
النبي صلى الله عليه وآله لم يحرم البيع وانما النهى نهى كراهي فعليه لوجه القول
بالحرمة والفساد لكن هل يمكن رفع اليد عن الاجماع المتقولة والتسالم بينهم
بحد نسب الى بعضهم انه قال : « انه ضروري » ولولاه كان للنقاش في استفادة المدعى
من النصوص المشار اليها مجال فان الجمع فيها يقتضي حمل النواهي الواقعة فيها
على الكراهة .

(١) كما هو منصوص في الروايات لاحظ مارواه الحلبي (* ٣) .

(٢) لاحظ مارواه سماعة قال : سألت عن بيع الثمرة هل يصلح شراؤها قبل أن
يخرج طلوعها ؟ فقال لا الا أن يشتري معها شيئاً من غيرها رطبة أو بقلًا فيقول : اشتري
منك هذه الرطبة وهذا الشجر بكذا فان لم تخرج الثمرة كان رأس مال المشتري
في الرطبة والبقل الحديث (* ٤) .

(٣) أما جوازه بعد بدّ والصلاح فلما نص به في بعض النصوص لاحظ ما رواه

(١) نفس المصدر الحديث : ١

(٢) لاحظ ص : ٢٣٤

(٣) لاحظ ص : ٢٣٤

(٤) الوسائل الباب ٣ من أبواب بيع الثمار الحديث : ١

والاحوط العدم^(١).

(مسألة ١) : بدو الصلاح في الثمر هو كونه قابلاً للاكل في العادة وان كان اول أو ان أكله^(٢).

رابعي (* ١) . وأما جواز بيعه عامين فلحديث سليمان بن خالد (* ٢) وأما جوازه مع الضميمة فلما رواه سماعة (* ٣) .

(١) يمكن أن يكون الوجه في نظره ان مقتضى الجمع بين النصوص هو الجواز لكن بملاحظة الاجماع والتسالم على عدم الجواز ترفع اليد عن النصوص وحيث ان القدر المتيقن من الاجماع صورة عدم ظهور الثمرة يقتصر في المنع على هذا المقدار ويحكم بالجواز في غيرها ومقتضى الاحتياط الالتزام بعدم الجواز على الاطلاق والله العالم .

(٢) لا يبعد أن يكون الماتن ناظرًا إلى أن الظهور العرفي يقتضي ذلك اذا يمكن أن تكون النصوص الواردة في المقام ضعيفة عنده لاحظ ما رواه الحسن بن علي الوشاء قال : سألت الرضا عليه السلام هل يجوز بيع النخل اذا حمل ؟ قال : لا يجوز بيعه حتى يز هو قلت : وما الزهو جعلت فداك قال : يحمرو يصفر وشبه ذلك (* ٤) .

وما رواه علي بن أبي حمزة في حديث قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى بستاناً فيه نخل ليس فيه غيره بسرا «غير بسر خ ل» أخضر قال : لا حتى

(١) لاحظ ص : ٢٣٤

(٢) لاحظ ص : ٢٣٥

(٣) لاحظ ص : ٢٣٦

(٤) الوسائل الباب ١ من أبواب بيع الثمار الحديث : ٣

• • • • •

يزهو قلت : وما الزهو ؟ قال : حتى يتلون (* ١) .

ومارواه الحسين بن زيد عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السلام في حديث
مناهي النبي صلى الله عليه وآله قال ونهى أن يتنازع الثمار حتى تزهو يعني تصفرو أو
تحمّر (* ٢) .

ومارواه أبو عبيد القاسم بن سلام بإسناد متصل إلى النبي صلى الله عليه وآله أنه
نهى عن المخاضرة وهو أن يتنازع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ومن خضر بعد ويدخل
المخاضرة أيضاً بيع الرطاب والبقول وأشباهاها ونهى عن بيع الثمر قبل أن يزهو
وزهوه أن يحمر أو يصفر (* ٣) .

وماروي قال وفي حديث آخر : نهى ببيع قبل أن تشقح ويقال : يشقح والتشقح
هو الزهو أيضاً وهو معنى قوله : حتى يأمن العاهة والعاهة الافة تصيبه (* ٤) فيبقى
الظهور العرفي ملاكاً للحكم .

ويمكن أن يكون ناظراً إلى ما رواه عمار عن أبي عبد الله عليه السلام سئل عن
الفاكهة متى يحل بيعها ؟ قال : إذا كانت فاكهة كثيرة في موضع واحد فاطعم بعضها
فقد حل بيع الفاكهة كلها فإذا كان نوعاً واحداً فلا يحل بيعه حتى يطعم فإن كان أنواع
متفرقة فلا يباع شيء منها حتى يطعم كل نوع منها وحده ثم تباع تلك الأنواع (* ٥)
فإن الميزان المجوز جعل في الرواية بلوغ الفاكهة إلى مرحلة قابلة لأن تطعم .

(١) نفس المصدر الحديث : ٥

(٢) نفس المصدر الحديث : ١٤

(٣) نفس المصدر الحديث : ١٥

(٤) نفس المصدر الحديث : ١٦

(٥) الوسائل الباب ٢ من أبواب بيع الثمار الحديث : ٥

(مسألة ٢) : يعتبر في الضميمة المعجوزة لبيع الثمر قبل بدو صلاحه أن تكون مما يجوز بيعه منفردة وكونها مملوكة لمالك وكون الثمن لها وللمنضم على الاشاعة^(١) ولا يعتر فيها أن تكون متبوعة على الاقوى فيجوز كونها تابعة^(٢).

(مسألة ٣) : يكتفى في الضميمة في ثمر النخل مثل السعف والكرب والشجر اليابس الذي في البستان^(٣).

(مسألة ٤) : لو بيعت الثمرة قبل بدو صلاحها مع أصولها جاز بلا اشكال^(٤).

(مسألة ٥) : اذا ظهر بعض ثمر البستان جاز بيع المتجدد في تلك السنة معه وان لم يظهر اتحد الجنس أو اختلف اتحد البستان أم تكثر

(١) يمكن الاستدلال على ما أفاده بحديث سماعة (* ١) فان قوله عليه السلام « اشترى منك » الخ يدل على أنه لا بد من كون الضميمة مملوكة للبائع والافكيف يمكن الاشتراء منه وأيضاً يدل على أنه لا بد من كونها قابلة للاشتراء كالرطبة والبقل وتكون الضميمة بحيث تقع وحدها في مقابل الثمن وأيضاً يدل على أن يكون الاشتراء على نحو الاشاعة .

(٢) للاطلاق .

(٣) للاطلاق .

(٤) اذ لا وجه للاشكال وان شئت قلت : غاية ما يلزم وجود الضميمة وليكن الاصل مصداقاً للضميمة .

على الاقوى^(١).

(مسألة ٦) : اذا كانت الشجرة تثمر في السنة الواحدة مرتين
ففي جريان حكم العامين عليهما اشكال^(٢) أظهره الجرهمان^(٣).
(مسألة ٧) : اذا باع الثمرة سنة أو سنتين أو أكثر ثم باع
اصولها على شخص آخر لم يبطل بيع الثمرة بل تنتقل الاصول الى
المشتري مسلوقة المنفعة في المدة المعينة وله الخيار في الفسخ مع
الجهل^(٤) ولا يبطل بيع الثمرة بموت بائعها بل تنتقل الاصول الى

(١) كل ذلك للاطلاق فان مقتضى اطلاق دليل الجواز مع الضميمة ما ذكر
مضافاً الى دلالة بعض النصوص عليه لاحظ ما رواه يعقوب بن شعيب قال : قال أبو
عبد الله عليه السلام اذا كان الحائط فيه ثمار مختلفة فأدرك بعضها فلا بأس ببيعها
جميعاً (* ١) .

(٢) الظاهر ان منشأ الاشكال عدم صدق العنوان المأخوذ في دليل الجواز فان
المأخوذ في الدليل سنتان فما فوقهما .

(٣) بتفريب: ان العرف يفهم وحدة الملاك فلا خصوصية لتعدد السنة بل المناطق
بتكرر الثمرة وللتأمل فيما ذكر مجال ولعل الماتن فيما أفاده مستند الى وجه آخر والله
العالم .

(٤) لعدم ما يقتضي البطلان غايته ثبوت الخيار للمشتري كما في المتن اذا كان
جاهلاً .

ورثة البايع بموته مسلوقة المنفعة^(١) وكذا لا يبطل بيعها بموت المشتري بل تنتقل الى وولته^(٢).

(مسألة ٨) : اذا اشترى ثمرة فتلفت قبل قبضها انفسخ العقد وكانت الخسارة من مال البايع كما تقدم ذلك في أحكام القبض وتقدم ايضاً الحاق السرقة ونحوها بالتلف وحكم مالو كان التلف من البايع والمشتري والاجنبي^(٣).

(مسألة ٩) : يجوز لبائع الثمرة أن يستثنى ثمرة شجرات أو نخلات بعينها وان يستثنى حصة مشاعه كالربع والخمس وان يستثنى مقداراً معيناً كمن ووزنة^(٤) لكن في الصورتين لو خاست الثمرة وزع النقص على المستثنى والمستثنى منه على النسبة^(٥) ففي صورة استثناء حصة مشاعة يوزع الباقي بتلك النسبة واما اذا كان المستثنى

(١) لعدم وجه للبطلان .

(٢) الكلام فيه هو الكلام .

(٣) وقد مر الكلام حول القرع وتقدم شرح كلام الماتن هناك فراجع .

(٤) الظاهر ان جوازه على القاعدة الاولى مضافاً الى النص الخاص الوارد في المقام لاحظ ما رواه ربعي عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يبيع الثمرة ثم يستثنى كيلاً وتمراً قال : لا بأس به قال : وكان مولى له عنده جالساً فقال المولى انه يبيع ويستثنى أوساقاً يعني أبا عبد الله عليه السلام قال : فنظر اليه ولم ينكر ذلك من قوله (* ١) .

(٥) كما هو ظاهر فانه لازم الاشاعة بخلاف الصورة الاولى فان مملوك احدهما

مقداراً معيناً فطريق معرفة النقص تخمين الفائت بالثلث أو الربع مثلاً
 فيسقط من المقدار المستثنى بتلك النسبة فإن كان الفائت الثلث يسقط
 منه الثلث وإن كان الربع يسقط الربع وهكذا^(١).

(مسألة ١٠) : يجوز بيع ثمرة النخل وغيره في أصولها بالنقد
 وبغيرها كالامتنعة والحيوان والطعام وبالمنافع والأعمال وغيرها كغيره
 من أفراد البيع^(٢) نعم لا تجوز المزابنة وهي بيع ثمرة النخل ثمراً
 كانت أو رطباً أو بساً أو غيرها بالتمر من ذلك النخل^(٣) وأما بيعها
 بثمر غيره سواء كان في الدمة أم كان معيناً فالظاهر جوازه^(٤)

متميز عن المملوك الآخر فالخسارة الواردة على واحد منهما تختص بموردها .

(١) الظاهر أن الأمر كما أفاده والله العالم .

(٢) الظاهر أن ما أفاده على طبق الموازين الأولية .

(٣) لاحظ ما رواه عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام قال :
 نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن المحاقلة والمزابنة قلت وما هو ؟ قال : أن
 يشتري حمل النخل بالتمر والزرع بالحنطة (* ١) وقال في الجواهر - في مقام
 الاستدلال على عدم الجواز - : « أجمعاً بقسميه بل المحكي منه مستفيض أو
 متواتر » إلى أن قال : « ولأن هذه المعاملة هي المتيقن من تحريم المزابنة التي
 علم بالنص والاجماع حرمتها » الخ .

(٤) لبعض النصوص لاحظ ما رواه الحلبي قال : قال أبو عبد الله عليه السلام في
 رجل قال لآخر : بعني ثمرة نخلك هذا الذي فيها بقميزين من تمر أو اقل أو أكثر يسمى
 ماشاء فباعه فقال : لا بأس به وقال : التمر والبسر من نخلة واحدة لا بأس به فأما

وان كان الترك أحوط^(١) والظاهر عدم جواز بيع ثمر غير النخل بشمرة أيضاً^(٢)

أن يخلط الثمر العتيق أو البسر فلا يصلح والزبيب والعنب مثل ذلك (* ١) .
ولاحظ مارواه أبو الصباح الكناني قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول :
ان رجلاً كان له على رجل خمسة عشرو سقاً من تمر وكان له نخل فقال له : خذ ما في
نخلي بتمرك فأبى ان يقبل فأتى النبي صلى الله عليه وآله فقال : يا رسول الله لفلان
علي خمسة عشرو سقاً من تمر فكلمه يأخذ ما في نخلي بتمره فبعث النبي صلى الله عليه وآله
وآله اليه فقال : يا فلان خذ ما في نخله بتمرك فقال : يا رسول الله لا يفني وأبي ان
يفعل فقال رسول الله عليه وآله لصاحب النخل : اجذذ نخلك فجذده فكاله فكان
خمسة عشرو سقاً فأخبرني بعض أصحابنا عن ابن رباط ولا أعلم الا اني قد سمعته منه
أن أبا عبد الله عليه السلام قال : ان ربيعة الرأي لما بلغه هذا عن النبي صلى الله عليه وآله
وآله قال : هذا رباً قلت : اشهد الله انه لمن الكاذبين قال : صدقت (* ٢) وحديث
عبد الرحمن وان كان عاماً في الحرمة ولكن يخصص عمومه بمادل على الجواز .
(١) خروجاً عن شبهة الخلاف ولا اشكال في حسن الاحتياط .

(٢) اختار في الحقائق الجواز حيث ان دليل الحرمة من الاجماع والنص
يختصان بالنخل فيبقى غيره على تحت القواعد العامة المقتضية للجواز وما يمكن ان
يذكر في وجه عدم الجواز امور .

الاول : انه لا يؤمن من الربا فلا يجوز لاجله وفيه : ان الربا يخص بالمكيل
والموزون وثمر الشجرة تباع بالمشاهدة .

الثاني : عموم العلة في بعض النصوص الدال على منع بيع الرطب بالتمر
معللاً بلزوم الربا للاحظ النصوص الدالة على المدعى في الباب ١٤ من أبواب الربا

(١) الوسائل الباب ٦ من أبواب بيع الثمار الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٣

وأما بيعه بغير ثمره فلا اشكال فيه اصلاً^(١).

(مسألة ١١) : يجوز أن يبيع ما اشتراه من الثمر في أصله بثمن زائد على ثمنه الذي اشتراه به أو ناقص أو مساو^(٢) سواء أباعه قبل قبضه أم بعده^(٣).

من الوسائل ومن تلك النصوص ما رواه الحلبي (* ١) وفيه : انه قد مر في فصل الربا ان النصوص متعارضة والترجيح مع ما يدل على الجواز فراجع ما ذكرناه هناك .

الثالث : ما أفاده في الجواهر من تعليل عدم الجواز بعدم جواز اتحاد الثمن والمثمن. وفيه : ان هذا خلف الفرض فان المفروض في الكلام تفاير المبيع والثمن وبعبارة أخرى : ان كان المراد من التقريب انه لا بد من عدم كونهما من شجرة واحدة فهذا عين المدعى ولا مجال للاستدلال به وان كان المراد انه لا بد من كون المبيع ملكاً للبائع والثمن ملكاً للمشتري فلا اشكال في لزومه لكن لا مانع من هذه الناحية اذ يمكن فرض كون مقدار من الثمرة مملوكاً لاحد والمقدار الاخر منها مملوكاً لآخر حتى يمكن فرض التميز الخارجي بينهما بأن يكون الواقع في الطرف الشرقي ملكاً لاحدهما والواقع في الطرف الغربي ملكاً لآخر فلا حظ .

(١) لعدم ما يقتضي المنع .

(٢) لعدم ما يقتضي المنع والقاعدة الاولى تفتضي الجواز مضافاً الى عدم الخلاف والاشكال كما في الجواهر .

(٣) لوحدة الملاك مضافاً الى النص لاحظ ما رواه محمد الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن الرجل يشتري الثمرة ثم يبيعها قبل أن يأخذها قال :

(مسألة ١٢) : لا يجوز بيع الزرع قبل ظهوره على الاحوط^(١) ويجوز بيعه تبعاً للأرض لو باعها معه^(٢) أما بعد ظهوره فيجوز بيعه مع أصله بمعنى بيع القدر الظاهر مع أصوله الثابتة^(٣) فإن شاء المشتري فصله^(٤) وإن شاء أبقاه مع اشتراط الأبقاء أو باذن من صاحب الأرض^(٥) فإن أبقاه حتى يسنبل كان له السنبل وعليه اجرة الأرض إذا لم يشترط

لابأس به أن وجد ربها فليبع (* ١) .

ومارواه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام أنه قال في رجل اشترى الثمرة ثم يبيعها قبل أن يقبضها قال : لا بأس (* ٢) .

(١) لا يبعد أن يكون منشأ الأشكال لزوم الجهل والغرر مضافاً إلى أن الظاهر أن المشهور قائلون بعدم الجواز قال في الحقائق (* ٣) : « المشهور بل الظاهر أنه لا خلاف فيه أنه لا يجوز بيعها قبل ظهورها وإنما يجوز بعد ظهورها لقطة ولقطات وجزء وجزأت فيما يجز كالقبول وفيما يخترط كالحناء والتوت » الخ .

(٢) لوجود المقتضي وعدم المانع .

(٣) لوجود ما يقتضي الجواز من أدلة جواز البيع وعدم ما يكون مانعاً .

(٤) لأنه ملكه ما يشاء من التصرف في مملوكه .

(٥) أما مع الاشتراط فلأن الأبقاء حتى له بحسب الشرط المذكور وأما مع الإذن ورضا المالك فلجواز التصرف في ملك الغير بإذنه .

(١) الوسائل الباب ٧ من أبواب بيع الثمار الحديث : ٢

(٢) نفس المصدر الحديث : ٣

(٣) ج ١٩ ص : ٣٤٢

الابقاء مجاناً^(١) وان فصله قبل أن يسنبل فنمت الاصول الثابتة في الارض حتى سنبل كان له أيضاً^(٢) ولا تجب عليه اجرة الارض^(٣) وان كان الوجوب أحوط^(٤) ويجوز بيعه لامع اصله بل قصيلاً اذا كان قد بلغ أو ان فصله أو قبل ذلك على أن يبقى حتى يصير قصيلاً أو قبل ذلك^(٥)

(١) لحرمة مال الغير فلا يجوز التصرف والانتفاع به مجاناً كما هو ظاهر.
(٢) اذا لمفروض ان الاصل له فيكون الفرع له أيضاً بمقتضى تبعية الفرع للاصل كما هو المقرر عند العقلاء .

(٣) اذ فرض اشتراط الابقاء .
(٤) بتقريب انصراف اشتراط الابقاء الى صورة عدم الفصل .
(٥) للمقتضي وعدم المانع مضافاً الى دلالة جملة من النصوص على الجواز لاحظ مارواه الحلبي قال: قال أبو عبد الله عليه السلام : لا بأس بأن يشتري رزعاً أخضر ثم تركه حتى تحصد ان شئت ان (أو خ ل) تعلقه من قبل أن يسنبل وهو حشيش الحديث (* ١) .

ومارواه بكيرين أعين قال : قلت لابي عبد الله عليه السلام أيجل شراء الزرع الاخضر؟ قال : نعم لا بأس به (* ٢) .

ومارواه زرارة مثله وقال: لا بأس ان تشتري الزرع والقصيل أخضر ثم تركه ان شئت حتى يسنبل ثم تحصده وان شئت ان تعلق دابتك قصيلاً فلا بأس به قبل

(١) الوسائل الباب ١١ من أبواب بيع الثمار الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٢

.

أن يسنبل فأما إذا استنبل فلا تعلفه « تعلفه خل » رأساً رأساً فإنه فساد (* ١) .
 ومارواه معلى بن خنيس قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : أشتري الزرع
 قال . إذا كان قد رشبر (* ٢) .
 ومارواه معاوية بن عمار قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : لا تشتري
 الزرع مالم يسنبل فإذا كنت تشتري أصله فلا بأس بذلك الحديث (* ٣) .
 ومارواه سليمان بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لا بأس بأن تشتري
 زرعاً اخضر فإن شئت تركته حتى تحصده وإن شئت فبعه حشيشاً (* ٤) .
 وماروا سماعة قال : سألته عن شراء القصيل يشتره الرجل فلا يقصه ويبدو له
 في تركه حتى يخرج سنبله شعيراً أو حنطة وقد اشتراه من أصله وما كان على أربابه
 من خراج فهو على العليج قال : إن كان اشترط حين اشتراه أن شاء قطعه وإن شاء
 تركه كما هو حتى يكون سنبلًا والأفلا ينبغي له أن يتركه حتى يكون سنبلًا (* ٥) .
 ومارواه سماعة (* ٦) ومارواه زرارة عن أبي عبدالله عليه السلام في زرع
 بيع وهو حشيش ثم سنبل قال : لا بأس إذا قال : ابتاع منك ما يخرج من هذا الزرع
 فإذا اشتراه وهو حشيش فإن شاء أعفاه وإن شاء تربص به (* ٧) .

(١) نفس المصدر الحديث : ٣

(٢) نفس المصدر الحديث : ٤

(٣) نفس المصدر الحديث : ٥

(٤) نفس المصدر الحديث : ٦

(٥) نفس المصدر الحديث : ٧

(٦) نفس المصدر الحديث : ٨

(٧) نفس المصدر الحديث : ٩

فان قطعه ونمت الاصول حتى صارت سنبلًا كان السنبل للبائع^(١) وان لم يقطعه كان لصاحب الارض الزامه بقطعه وله ابقاءه والمطالبة بالاجرة^(٢) فلو أبقاه فنى حتى سنبل كان السنبل للمشتري^(٣) وليس لصاحب الارض الا مطالبة الاجرة^(٤) وكذا الحال لو اشترى نخلا^(٥) ولو اشترى الجذع بشرط القلع فلم يقلعه ونمى كان النماء للمشتري^(٦).
(مسألة ١٣) : يجوز بيع الزرع محصوداً ولا يشترط معرفة

ومارواه أبو بصير (* ١) ومارواه معاوية بن عمار قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : لا تشتري الزرع مالم يسنبل فاذا كنت تشتري أصله فلا بأس بذلك أو ابتعت نخلاً فابتعت أصله ولم يكن فيه حمل لم يكن به بأس (* ٢) .
(١) اذ المفروض ان الاصل ملك للبائع والفرع تابع للاصل فيكون للبائع .
(٢) لتسلط الناس على أموالهم فله الالتزام بالقطع وإفراغ ملكه عن مملوك غيره كما ان له الإبقاء والمطالبة بالاجرة لحرمة ماله وعدم ما يقتضي المجانية .
(٣) اذ المفروض انه له وبعبارة اخرى : مملوك المشتري صار سنبلًا فيكون له .
(٤) اذ المفروض ان السنبل ملك المشتري كما مر غاية الامر استفاد المشتري بملك البائع فله الاجرة كما هو مقتضى عدم المجانية .

(٥) الكلام فيه هو الكلام .

(٦) اذ المفروض ان الفرع تابع للاصل فيكون النماء للمشتري كما في المتن فلاحظ .

(١) نفس المصدر الحديث : ١٠

(٢) تهذيب الاحكام ج ٧ ص : ١٤٤ حديث : ٢٢

مقداره بالكيل أو الوزن بل تكفى المشاهدة^(١).

(مسألة ١٤) : لا يجوز المحاقلة وهي بيع سنبل الحنطة أو الشعير

بالحنطة منه وكذا بيع سنبل الشعير بالشعير منه بل وكذا بيع سنبل غير

الحنطة والشعير من الحبوب بحب منه^(٢)

(١) فإن المتعارف فيه البيع مع المشاهدة والجهل بالمقدار غير مضر لعدم كونه من المكيل والموزون .

(٢) الاصل في هذا الحكم ما رواه عبد الرحمن بن أبي عبد الله (* ١) وما رواه أيضاً عن أبي عبد الله عليه السلام قال : نهى رسول الله صلى الله وآله عن المحاقلة والمزابنة فقال : المحاقلة النخل بالتمر والمزابنة بيع السنبل بالحنطة الحديث (* ٢) .
والمستفاد من الحديثين اختصاص الحكم بالحنطة فإن تحقق اجماع تعبدى كشف عن رأى المعصوم عليه السلام على عموم الحكم فهو الاقما أفاده في المتن : من العموم بشكل الالتزام به قال في الحقائق في هذا المقام : « وليس غير هاتين الروايتين في الباب فالحاق ما ذكره من الافراد بالحنطة مشكل » ثم : ان المستفاد من الخبرين النهى عن بيع السنبل بالحنطة بلانقيده بكونها منه فلا أدري ما الوجه في تقييد الفقهاء وقال في مجمع البحرين في مادة حقل : « المحاقلة بيع الزرع في سنبله بحب من جنسه » وقال في مادة « زبن » في تفسير المزابنة هي بيع الرطب في رأس النخل بالتمر والله العالم .

وفي المقام حديث رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال : لا بأس أيضاً أن يشتري زرعاً قد سنبل وبلغ بحنطة (* ٣) يستفاد منه جواز بيع

(١) لاحظ ص : ٢٤٢

(٢) الوسائل الباب ١٣ من أبواب بيع الثمار الحديث : ٣

(٣) الوسائل الباب ١٢ من أبواب بيع الثمار الحديث : ١

(مسألة ١٥) : الخضر كالخيار والباذنجان والبطيخ لا يجوز بيعها قبل ظهورها على الاحوط ^(١) ويجوز بعد ظهورها مع المشاهدة لقطعة واحدة أو لقطات ^(٢) والمرجع في تعيين اللقطة عرف الزراع ^(٣) ولو كانت الخضرة مستورة كالشليم والجزر ونحوهما فالظاهر جواز بيعها أيضاً ^(٤).

(مسألة ١٦) : اذا كانت الخضرة مما يجر كالكراث والنعناع واللفت ونحوها يجوز بيعها بعد ظهورها على الاحوط والمرجع في

السبل بالحنطة وحيث انه مطلق يقيد بما لا يكون المبيع الحنطة فلاحظ .

بقي شيء وهو ان الوارد في احد الحديثين (* ١) عنوان الزرع والوارد في الخبر الاخر عنوان السبل ويقانون حمل المطلق على المقيد يقيد الخبر الاول بالخبر الثاني لا يقال : لاتنافي بين المثبتين فانه يقال : مفهوم الحدحجة والمفروض ان الخبر الثاني في مقام بيان تعريف المزبنة فلا بد من التقييد .

(١) الظاهر ان الوجه في الاحتياط ما ذكرناه في وجه عدم بيع الزرع قبل ظهوره .
(٢) لوجود المقتضي وعدم المانع كما يظهر الجواز من عبارة الحدائق التي قد منها في شرح مسألة : ١٢ .

(٣) فان هذه الامور راجعة الى العرف فنظره هو الميزان .

(٤) لعل الوجه فيما افاده ان كونها مستورة لا ينافي اشتراط الظهور وبعبارة اخرى : المراد بالظهور ان يكون الزرع قابلاً لان يلقط فاذا وصل هذا الحد يجوز بيعه لوجود المقتضي وعدم المانع .

تعيين الجزة عرف الزراع كما سبق وكذا الحكم فيما يخرط كورق الحناء والتوت فانه يجوز بيعه بعد ظهوره خرطة وخرطات ^(١).
(مسألة ١٧): اذا كان نخل أو شجر أو زرع مشتركاً بين اثنين جاز ان يتقبل أحدهما حصة صاحبه بعد خرصها بمقدار معين فيتقبلها بذلك المقدار فاذا اخرص حصة صاحبه بوزنة مثلاً جاز أن يتقبلها بتلك الوزنة ^(٢).

- (١) قد ظهر الوجه فيما أفاده في هذه المسألة مما ذكرنا فلانعيد .
(٢) قال في الحقائق (* ١) : «ولو كان بين اثنين أو أكثر نخل أو شجر فيتقبل بعضهم بحصة الباقيين بشيء معلوم كان جائزاً وليس هذا من قبيل البيع وانما هي معاوضة مخصوصة تسمى بالقبالة وهي مستثناة من المزانبة والمحاكلة الخ والدليل على هذا الحكم جملة من النصوص منها ما رواه يعقوب بن شعيب في حديث قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجلين يكون بينهما النخل فيقول احدهما لصاحبه: اختر اما أن تأخذ هذا النخل بكذا وكذا كيل (كيلاه) مسمى وتعطيني نصف هذا الكيل اما زاد أو نقص واما أن آخذه أنا بذلك قال : نعم لا بأس به (* ٢) .
ومنها : ما رواه الحلبي قال: أخبرني أبو عبد الله عليه السلام أن أباة حدثه ان رسول الله صلى الله عليه وآله أعطى خيبر بالنصف أرضها ونخلها فلما أدركت الثمرة بعث عبد الله رواحة فقوم عليه قيمة وقال لهم: اما أن تأخذوه وتعطوني نصف الثمر (الثنخل) واما اعطيكم نصف الثمر فقالوا: بهذا قامت السموات والارض (* ٣) .

(١) ج ١٩ ص ٣٦١

(٢) الوسائل الباب ١٠ من أبواب بيع الثمار الحديث : ١

(٣) نفس المصدر الحديث : ٢

زادت عليها في الواقع أو نقصت عنها أو ساوتها^(١) والظاهر عدم الفرق بين كون الشركاء اثنين أو أكثر^(٢) وكون المقدار المتقبل به منها وفي الذمة^(٣) نعم إذا كان منها فتلفت الثمرة فلا ضمان على المتقبل بخلاف ما لو كان في الذمة فإنه باق على ضمانه^(٤) والظاهر أنه صلح على تعيين المقدار المشترك فيه في كمية خاصة على أن يكون اختيار التعيين بيد

ومنها : ما رواه أبو الصباح قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : إن النبي صلى الله عليه وآله لما افتتح خيبر تركها في أيديهم على النصف فلما أدركت الثمرة بعث عبد الله بن رواحة اليهم فخرص عليهم فجاؤوا إلى النبي صلى الله عليه وآله فقالوا : إنه قد زاد علينا فأرسل إلى عبد الله فقال : ما يقول هؤلاء ؟ فقال : خرصت عليهم بشيء فإن شاؤوا يأخذون بما خرصت وإن شاؤوا أخذنا فقال رجل من اليهود : بهذا قامت السموات والأرض (* ١) فإن المستفاد من هذه النصوص جواز التقبل بالنحو المذكور في المتن .

(١) كما صرح به في حديث يعقوب بن شبيب .

(٢) كما يظهر من عبارة الحقائق ولا يبعد أن العرف يفهم من نصوص الباب عدم الفرق مضافاً إلى حديث خير فإن التقبل بين مبعوث النبي صلى الله عليه وآله وجماعة اليهود .

(٣) الجزم به مشكل فإن الظاهر من نصوص الباب أن المتقبل به منها .

(٤) لعدم ما يقتضي الضمان بخلاف ما في الذمة إذ المقروض ثبوت العوض في الذمة فلا بد من الأفراغ لكن الأشكال في الأساس وقد مر أنه لا دليل على جواز جعل

المتقبل " ويكفى فيها كل لفظ دال على المقصود " بل تجرى فيها المعاطاة كما في غيرها من المعقود ^(٣) .
(مسألة ١٨) : اذا مر الانسان بشيء من النخل أو الشجر جاز أن يأكل مع الضرورة العرفية من ثمره ^(٤) .

البدل من غيرها .

(١) لادليل على كونه صلحاً بل الظاهر انه معاملة مستقلة ولا يلزم اجراء أحكام الصلح عليه .

(٢) لاطلاق الدليل فان المستفاد من النصوص تحقق هذا التراضي والمبادلة بأي نحو واي لفظ واي مبرز .

(٣) للاطلاق كما مر آنفاً فلاحظ .

(٤) الاصل في هذا الحكم عدة نصوص : منها ما رواه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال النبي صلى الله عليه وآله فيمن سرق الثمار في كفه فما أكل منه فلا اثم عليه وما حمل فبعزر ويفرم قيمته مرتين (* ١) .

ومنها : ما رواه علي بن جعفر في كتابه عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام قال : سألت عن رجل يمر على ثمرة فيأكل منها ؟ قال : نعم قد نهى رسول الله صلى الله عليه وآله أن تستر الحيطان برفع بنائها (* ٢) .

ومنها : ما رواه محمد بن مروان قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : امر بالثمرة فأكل منها قال : كل ولا تحمل قلت جعلت فداك ان التجار اشتروها ونقدوا أموالهم قال : اشتروا ما ليس لهم (* ٣) .

(١) الوسائل الباب ٨ من أبواب بيع الثمار الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٢

(٣) نفس المصدر الحديث : ٤

بلا افساد للثمر أو الاغصان أو الشجر أو غيرها^(١) والظاهر جواز الاكل

ومنها: ما رواه يونس عن بعض رجاله عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن الرجل يمر بالبستان وقد حيط عليه أو لم يحيط عليه هل يجوز له أن يأكل من ثمره وليس يحمله على الاكل من ثمره الا الشهوة وله ما يغنيه عن الاكل من ثمره؟ وهل له أن يأكل من جوع؟ قال : لا بأس أن يأكل ولا يحمله ولا يفسده (* ١) .

ومنها غيرها من الروايات الواردة في الباب ٨ من أبواب بيع الثمار من الوسائل ويستفاد من حديث مسعدة بن زياد ان الاكل لا يجوز الا مع الضرورة روى عن جعفر بن محمد عليهما السلام انه سئل عما يأكل الناس من الفاكهة والرطب مما هولهم حلال فقال: لا يأكل أحد الا من ضرورة ولا يفسد اذا كان عليها فناء محاط ومن أجل الضرورة نهى رسول الله صلى الله عليه وآله أن يبنى على حدائق النخل والثمار بناء لكي يأكل منها كل احد (* ٢) .

(١) كما نص في حديث عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا بأس بالرجل يمر على الثمرة ويأكل منها ولا يفسد ونهى رسول الله صلى الله عليه وآله ان تبنى الحيطان بالمدينة لمكان المارة قال: وكان اذا بلغ نخلة أمر بالحيطان فخربت لمكان المارة (* ٣) .

مضافاً الى أن حرمة الافساد على طبق القاعدة الاولى فان التصرف في مال الغير حرام الا بالمقدار الذي يدل عليه الدليل والمفروض ان الدليل دل على جواز الاكل وأما الا فساد فلا دليل على جوازه .

(١) نفس المصدر الحديث : ٥

(٢) نفس المصدر الحديث : ١٠

(٣) نفس المصدر الحديث : ١٢

وان كان قاصداً له من أول الامر ^١ ولا يجوز له أن يحمل معه شيئاً من الثمر ^٢ وإذا حمل معه شيئاً حرم ما حمل ولم يحرم ما أكل ^٣ وإذا كان للبستان جدار أو حائط أو علم بكراهة المالك ففي جواز الأكل اشكال والمنع أظهر ^٤.

(١) للاطلاق ولكن الانصاف ان الجزم بالاطلاق مشكل فانه لا يبعد أن يقال: ان المنساق الى الذهن بحسب الفهم العرفي هو الذي يمر في الطريق بطبعه وأما المرور الذي يكون بهذا الداعي فيشكل كونه مشمولاً لدليل الجواز نعم الذي يمر في الطريق بحسب طبعه اذا اختار طريقاً يكون فيه البستان لان يأكل من ثمره يشمله الدليل .

(٢) لعدم الدليل عليه فلا يجوز على القاعدة مضافاً الى بعض النصوص لاحظ مارواه السكوني (١ *) وما رواه محمد بن مروان (٢ *) وما رواه يونس (٣ *) وما عن صاحب الزمان عليه السلام الى أن قال : وأما ما سألت عنه عن أمر الثمار من اموالنا يمر به المار فيتناول منه ويأكله هل يحل له ذلك فانه يحل له اكله ويحرم عليه حمله (٤ *) .

(٣) كما هو المستفاد من النصوص مضافاً الى القاعدة الاولى كما مر .

(٤) يستفاد من المتن انه لا يجوز الأكل في صورتين : احديهما : ما لو كان للبستان جدار أو حائط . ثانيتهما : ما لو علم بكراهة المالك اما الصورة الاولى

(١) لاحظ ص : ٢٥٣

(٢) لاحظ ص : ٢٥٣

(٣) لاحظ ص : ٢٥٤

(٤) الوسائل الباب ٨ من أبواب بيع الثمار الحديث : ٩

(مسألة ١٩) : لا بأس ببيع العرية وهي النخلة الواحدة لشخص في دار غيره فيبيع ثمرتها قبل أن تكون تمراً منه بخرصها تمراً^(١) .

فلا يبعد أن يكون الوجه في المنع ما في حديث مسعدة بن زياد (* ١) بتقريب : أنه نهى في هذه الرواية عن الفساد إذا كان عليها فناء محاط . وفيه : أنه لا يستفاد من الحديث النهي عن الأكل بل المنهي عنه الفساد .

وأما الصورة الثانية فيمكن أن يكون الوجه في المنع ما رواه علي بن يقطين قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يمر بالثمرة من الزرع والنخل والكرم والشجر والمباطح وغير ذلك من الثمرات هل له أن يتناول منه شيئاً ويأكل بغير إذن صاحبه؟ وكيف حاله إن نهاه صاحبه «صاحب الثمرة» أو أمره القيم فليس له وكم الحد الذي يسهه أن يتناول منه؟ قال : لا يحل له أن يأخذ منه شيئاً (* ٢) .

فإن المستفاد من هذا الحديث عدم الجواز في صورة النهي ولكن يرد عليه : أن المستفاد من هذا الحديث يختص بصورة النهي وأما مطلق الكرعة فلا دليل على كونها مانعاً بل المرجح إطلاق النصوص الدالة على الجواز .

(١) والأصل في هذه المسألة حديثان : أحدهما : ما رواه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : رخص رسول الله صلى الله عليه وآله في العرايا بأن تشتري بخرصها تمراً قال : والعرايا جمع عرية وهي النخلة يكون للرجل في دار رجل آخر فيجوز له أن يبيعها بخرصها تمراً ولا يجوز ذلك في غيره (* ٣) .

وثانيهما : ما رواه القاسم بن سلام بإسناد متصل إلى النبي صلى الله عليه وآله أنه رخص في العرايا واحدها عرية وهي النخلة التي يعريها صاحبها رجلاً محتاجاً

(١) لاحظ ص : ٢٥٤

(٢) الوسائل الباب ٨ من أبواب بيع الثمار الحديث : ٧

(٣) الوسائل الباب ١٤ من أبواب بيع الثمار الحديث : ١

الفصل الثالث عشر :

فى بيع الحيوان : يجوز استرقاق الكافر الاصلي اذا لم يكن معتصماً بعهد أو ذمام^(١) .

والاعراء ان يتناع تلك النخلة من المعرر بتمر لمواضع حاجته قال : وكان النبي صلى الله عليه وآله اذا بعث الخراص قال: خفضوا الخرص فان في المال العرية والوصية (* ١) .

والحديثا كلاهما ضعيفان سنداً فلا تصل النوبة الى ملاحظة دلالتها فلا خصوصية للعرية بما هي بل لا بد في موردها من العمل على طبق القواعد المقررة المستفادة من الادلة في باب البيع . ثم ان الماتن يخصص الحكم بخصوص بيع ثمرة النخلة قبل ان تكون تمراً والحال انه لا يستفاد هذا القيد لامن الحديثين الواردين في الباب ولا من اللغة ثم ان الماتن صرح في رسالته الفارسية (* ٢) بازوم بيع ثمرة النخلة بتمر منها والحال ان الحديثين لا يستفاد منهما هذا القيد ولعله ناظر فيما افاده الى الاجماع المدعى في المقام قال في الجواهر : « المسألة الرابعة لا خلاف بيننا وبين سائر المسلمين عدا ابي حنيفة في انه يجوز بيع العريا بخرصها تمراً بل الاجماع بقسميه عليه بل المحكي منه في اعلى مراتب الاستفاضة بل في المسالك : انه اجمع اهل العلم عدا ابي حنيفة على انه مستثنى من تحريم المزبنة وهو شاهد على ان المزبنة ما ذكرنا لما ستعرف من جواز بيع العرية بخرصها تمراً منها » الى آخر كلامه .

(١) قال في الجواهر : ويختص الرق اى الاسترقاق بأهل الحرب دون اليهود

(١) نفس المصدر الحديث : ٢

(٢) توضيح المسائل ص : ٣٥٨

سواء أكان في دار الحرب أم في دار الاسلام وسواء أكان بالقهر والغلبة أم بالسرقه أم بالغيلة " ويسري الرق في أعقابه وان كان قد أسلم "

والنصارى والمجوس القائمين بشرائط الذمة بلاخلاف في شيء من ذلك بل الاجماع بقسميه عليه مضافاً الى اصالة عدم ملك احد لاحد وغيرها عدا ماخرج بالدليل من استرقاق الكفار اهل الحرب الذين يجوز قتالهم الى ان يسلموا ويقيموا بشرائط الذمة ان كانوا من الفرق الثلاثة « (* ١) .

وقال ايضاً : « لاخلاف في ان الكفر الاصلي بأحد اسبابه سبب لجواز استرقاق الكافر المحارب الخارج عن طاعة الله ورسوله ولم يكن معتصماً بذمة او عهد او نحوهما ويلحقه في هذا الحكم ذراريه وان لم يتصفوا بوصفه ويسري الرق في اعقابه وان زال وصف الكفر عنه لانهم نماء الملك الذي قد فرض حصوله بحصول سبب التملك حال الاسترقاق ما لم يعرض الاسباب المحررة فينبعث اعقابه بعد الحرية فيها لخروجه عن الملك المقتضي لملكية النماء حيثئذ يخرج بالاصلي المنتحل للاسلام المتحصن به عن الاسترقاق اجماعاً والمرتد الذي خرج كفره المتجدد بتنحل الاسلام او ما في حكمه عن كونه اصلياً لاصالة الحرية السالمة عن المعارض بعد اختصاص الفتاوي والنصوص ولو بحكم التبادر في غيره بلاخلاف اجده في ذلك « (* ٢) .

(١) لان الميزان في جواز الاسترقاق ما ذكر فلا فرق في هذا الحكم بين الامكنة كما انه لا فرق فيه بين اسبابه .

(٢) كما هو المقرر عندهم فان ولد المملوك مملوك وبعبارة اخرى الرقية تسري

وأما المرتد الفطري والملي فلا يجوز استرقاقهما على الأقوى^(١) ولو قهر حربي حريباً آخر فباعه ملكه المشتري وإن كان أخاه أو زوجته أو من ممن ينعق عليه كإبيه وأمه وفي كونه بيعاً حقيقة وتجرى عليه أحكامه أشكال وإن كان أقرب .

(مسألة ١) : يصح أن يملك الرجل كل أحد غير الأب والام والجد وإن على لب كان أولام والولد وإن نزل ذكراً كان أو أنثى والمحامرم وهي الاخت والعمة والخالة وإن علون وبنات الاخ وبنات

ولو مع الاسلام .

(١) لا يبعد أن يكون الوجه في عدم الجواز القصور في المقتضي فإن دليل الجواز هو الاجماع كما مر عن الجواهر والدليل اللبي لا إطلاق فيه هذا من ناحية ومن ناحية أخرى التملك والاسترقاق على خلاف الأصل الأولي فلا بد من قيام دليل معتبر عليه لكن يمكن الاستناد في الجواز إلى بعض النصوص لاحظ مارواه العيص قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن قوم مجوس خرجوا على ناس من المسلمين في أرض الاسلام هل يحل قتالهم؟ قال : نعم وسيبهم (* ١) .

فإن مقتضى إطلاق عنوان المجوس عموم الحكم ولا وجه للانصراف وعلى فرضه بدوي فلا مانع من استرقاق المرتد إلا أن يقوم اجماع تعدي كاشف على عدم جوازه والله العالم . ولا يخفى أن الأحكام المترتبة على بيع الحيوان لا موضوع لها في زماننا فالأنسب أن نصرف الوقت فيما يكون أهم والله الموفق وعليه التوكل والتكلان .

الاخت وان نزلن ولا فرق في المذكورين بين النسبيين والرفصا عيين
واذا وجد السبب المملك اختيارياً كان كالشراء أو قهرياً كالارث
انعتق قهراً ولو ملك أحد الزوجين صاحبه ولو بعضاً منه استقر الملك
وبطل النكاح ويكره أن يملك غيره هؤلاء من ذوي قرابته كالاخ والعم
والخال واولادهم وتملك المرأة كل احد غير الاب والام والجد
والجدة والولد وان نزل ذكرأ كان أو انثى نسبين كانوا أو رفصا عيين .
(مسألة ٢) : الكافر لا يملك المسلم ابتداءً ولو أسلم عبد الكافر

بيع على مسلم واعطى ثمنه .

(مسألة ٣) : كل من أقر على نفسه بالعبودية حكم عليه بها
مع الشك اذا كان عاقلاً بالغاً مختاراً :

(مسألة ٤) : لو اشترى عبداً فادعى الحرية لم يقبل قوله الا

بالبينة .

(مسألة ٥) : يجب على مالك الامة اذا أراد بيعها وقد وطئها

أن يستبرئها قبل بيعها بحيضة ان كانت تحيض وبخمس وأربعين يوماً
من حين الوطء ان كانت لا تحيض وهي في سن من تحيض ولو
باعها بدون الاستبراء صح البيع ووجب على المشتري استبرأؤها
فلا يطؤها الا بعد حيضة أو مضي المدة المذكورة واذا لم يعلم ان البائع
استبرأها أو وطئها وجب عليه الاحتياط في استبرائها واذا علم ان البائع

لم يطأها أو انه استبرئها لم يجب عليه استبراؤها وكذا اذا أخبر صاحبها بأنه قد استبرئها أو انه لم يطأها اذا كان أميناً ولا يجب الاستبراء في أمة المرأة الا أن يعلم أنها موطوءة وطئاً محترماً ولا في الصغيرة ولا في اليائسة ولا في الحائض حال البيع نعم لا يجوز وطؤها حال الحيض ولا استبراء في الحامل نعم لا يجوز وطؤها في القبل الا بعد مضي أربعة أشهر وعشرة ايام من زمان حملها فان وطأها وقد استبان حملها عزل استحباباً فان لم يعزل فالاحوط لو لم يكن اقوى عدم جواز بيع الولد بل وجوب عتقه وجعل شيء له من ماله يعيش به

(مسألة ٦) : وجوب استبراء البائع للامة قبل البيع يثبت لكل مالك يريد نقلها الى غيره ولو بسبب غير البيع وكذلك وجوب استبراء المشتري قبل الوطؤ يثبت لكل من تنتقل اليه الامة بسبب وان كان ارثاً او استرقاقاً او نحوهما فلا يجوز له وطؤها الا بعد الاستبراء .

(مسألة ٧) : يجوز شراء بعض الحيوان مشاعاً كنصفه وربعه^(١) ولا يجوز شراء بعض معين منه كراسه وجلده اذا لم يكن مما يطلب لحمة بل كان المقصود منه الابقاء للركوب او الحمل او نحوهما^(٢) ولو كان مما يطلب لحمة جاز شراء بعض معين منه لكن لو لم يذهب

(١) كما هو ظاهر واضح .

(٢) لعدم دليل على الجواز فان الحيوان الحي لا يباع منه الجزء المعين بل يباع الجزء المشاع منه .

لمانع كما اذا كان في ذبحه ضرر مالي كان المشتري شريكاً بنسبة الجزء^(١) وكذا لو باع الحيوان واستثنى الرأس والجلد^(٢) واما اذا اشترك اثنان او جماعة وشرط احدهم لنفسه الرأس والجلد فانه يكون شريكاً بنسبة المال لا بنسبة الرأس والجلد^(٣).

(١) الظاهر ان الماتن ناظر الى حديث الغنوي عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل شهد بيعاً مريضاً وهو يباع فاشتراه رجل بعشرة دراهم واشترك فيه رجلاً بدرهمين بالرأس والجلد فقضى ان البعير بريء فبلغ ثمنه «ثمانية» دنانير قال : فقال لصاحب الدرهمين خمس ما بلغ فان قال : اريد الرأس والجلد فليس له ذلك هذا الضرر وقد اعطى حقه اذا اعطى الخمس (* ١) وهذه الرواية ضعيفة بيزيد بن اسحاق فان توثيق الشهيد الثاني اياه لا اثر له اذ الشهيد من المتأخرين ولا أثر لتوثقاتهم كما حقق في محله .

(٢) لاحظ ما رواه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : اختصم الى امير المؤمنين عليه السلام رجلان اشترى احدهما من الآخر بيعاً واستثنى البيع «البائع» في الرأس أو الجلد ثم بدا للمشتري أن يبيعه فقال للمشتري هو شريكك في البعير على قدر الرأس والجلد (* ٢) وهذه الرواية ضعيفة بالنوفلي بل وبغيره مضافاً الى ما في دلالتها من الاشكال وأما رواية الصدوق (* ٣) فضعيف ايضاً سنداً .

(٣) مقتضى القاعدة الاولى هو البطلان اذ ما يقصد لا يقع وما لا يقصد لا مقضي لوقوعه والعقد تابعه للقصد وصفوة القول في هذا المقام ان مقتضى القاعدة فساد البيع الجزء المعين من الحيوان الحي فانه خلاف السير الخارجية وهذه السيرة ممضاة

(١) الوسائل الباب ٢ من أبواب بيع الحيوان الحديث ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٢

(٣) نفس المصدر الحديث : ٣

(مسألة ٨) : لو قال شخص لآخر اشتر حيواناً بشركتي صح ويثبت البيع لهما على السوية مع الاطلاق و يكون على كل واحد منهما نصف الثمن ولو قامت القرينة على كون المراد الاشتراك على التفاضل كان العمل عليها ^(١) ولو دفع المأمور عن الامر ما عليه من جزء الثمن فان كان الامر بالشراء على وجه الشركة قرينة على الامر بالدفع عنه رجع الدافع عليه بما دفعه عنه والا كان متبرعاً وليس له الرجوع عليه به ^(٢).

(مسألة ٩) : لو اشترى امة فوطئها فظهر انها ملك لغير البائع كان للمالك انتزاعها منه وله على المشتري عشر قيمتها ان كانت بكرأ ونصف العشر ان كانت ثيباً ولو حملت منه كان عليه قيمة الولد يوم ولد حياً ويرجع على البائع بما اغرمه للمالك ان كان جاهلاً .
(مسألة ١٠) : الاقوى ان العبد يملك فلوله ملكه مولاه شيئاً ملكه

من قبل الشارع فلا مجال للاخذ باطلاق دليل صحة البيع كقوله تعالى احل الله البيع (* ١) والخروج عن القاعدة يتوقف على دليل معتبر والمفروض عدمه فلا طريق الى اثبات الصحة والله العالم .

(١) فانه مقتضى الظاهر وبعبارة اخرى : ما أفاده مقتضى المتفاهم العرفي ولا اشكال فيه .

(٢) اذ مع الامر بالدفع يكون الضمان على القاعدة ومع عدمه لامقتضى له

وكذا لو ملكه غيره أو حاز لنفسه شيئاً إذا كان باذن المولى ولا ينفذ تصرفه فيما يملكه بدون اذن مولاه .

(مسألة ١١) : إذا اشترى كل من العبدین المأذونین من مولاهما بالشراء صاحبه من مولاه فإن اقترن العقدان وكان شرائهما لانهما بطلا وان كان شرائهما للسيدین فالأقوى الصحة وان ترتبا صح السابق وأما اللاحق ان كان الشراء لنفسه فهو باطل وان كان الشراء لسيدته صح إذا كان اذنه بالشراء مطلقاً وأما إذا كان مقيداً بعبديته فصحته تنوقف على اجازته .

(مسألة ١٢) : لو وطئ الشريك جارية الشركة حد بنصيب غيره فإن حملت قومت عليه وانعقد الولد حراً وعليه قيمة حصص الشركاء من الولد عند سقوطه حياً بل يحتمل تقويمهم لها عليه بمجرد الوطئ مع احتمال الحمل .

(مسألة ١٣) : يستحب لمن اشترى مملوكاً تغيير اسمه واطعامه شيئاً من الحلوة والصدقة عنه بأربعة دراهم ولا يريه ثمنه في الميزان والاحوط عدم التفرقة بين الام والولد قبل الاستغناء عن الام أما البهائم فيجوز فيها ذلك ما لم يؤد الى اتلاف المال المحترم .
المخاتمة : في الاقالة : وهي فسخ العقد من أحد المتعاملين بعد طلبه من الآخر^١ والظاهر جريانها في عامة العقود اللازمة حتى الهبة

فلا وجه للرجوع فلاحظ .

(١) قال في مجمع البحرين في مادة قيل : « يقال أقاله يقبله اقالة أي وافقه

اللازمة غير النكاح والضمان وفي جريانها في الصدقة اشكال^{١)}

على نقض البيع وسامحه .

١) لا اشكال في ان الاقالة على خلاف القاعدة الاولى ويتوقف جوازها على قيام دليل عليه والنصوص الدالة على جوازها ورجحانها تختص بالبيع لاحظ مارواه هارون بن حمزة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ايما عبداً قال مسلماً في بيع أقاله الله عشرته يوم القيامة (* ١) .

ومارواه هذيل بن صدقة الطحان قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري المتاع أو الثوب فينطلق به الى منزله ولم ينقذ شيئاً فيبدو له فيرده هل ينبغي ذلك له ؟ قال : لا الا أن تطيب نفس صاحبه (* ٢) .

ومرسل الصدوق عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ايما مسلم أقال مسلماً بيع ندامة أقاله الله عز وجل عشرته يوم القيامة (* ٣) .

وما رواه سماعة بن مهران عن أبي عبد الله عليه السلام قال : اربعة ينظر الله عز وجل اليهم يوم القيامة : من أقال نادماً الحديث (* ٤) .

نعم حديث الجعفري عن بعض اهل بيته قال : ان رسول الله صلى الله عليه وآله لم يأذن لحكيم بن حزام في تجارته حتى ضمن له اقالة النادم وانظار المعسر وأخذ الحق واقفاً أو غير واف (* ٥) مطلق فتأمل ومثله حديث سماعة لكن النصوص المشار اليها كلها ضعيفة سنداً اللهم الا أن يقال يكفي دليلاً على المدعى حديث

١) الوسائل الباب ٣ من أبواب آداب التجارة الحديث : ٢

٢) نفس المصدر الحديث : ٣

٣) نفس المصدر الحديث : ٤

٤) نفس المصدر الحديث : ٥

٥) نفس المصدر الحديث : ١

وتقع بكل لفظ يدل على المراد وان لم يكن عربياً بل تقع بالفعل كما تقع بالقول ^(١) فاذا طلب احدهما الفسخ من صاحبه فدفعه اليه كان فسخاً واقالة ووجب على الطالب ارجاع ما في يده الى صاحبه ^(٢).

(مسألة ١) : لاتجوز الاقالة بزيادة عن الثمن أو المثلث أو نقصان فلو أقال كذلك بطلت وبقي كل من العوضين على ملك مالكة ^(٣) وإذا

الحلبي (* ١) فلا بد من اتمام الامر بالاجماع والتسالم ولا اشكال في تمامية الاجماع بالنسبة الى البيع ففي كل عقدتم الاجماع فهو والا لا يمكن الالتزام بجريانها فيه وفيما ذكرنا في شرح المسألة ١٠ من فصل الخيارات ماله نفع في المقام فراجع . ويمكن أن يقال ان كل عقد جاز اشتراط الخيار فيه يجوز فيه الاقالة بتقريب ان الاقالة المتأخرة كاشتراط الخيار قبل العقد وبعبارة اخرى : يفهم من جواز اشتراط الخيار ان أمر العقد باختيارهما والتأمل في التقريب المذكور مجال .

(١) اذ المستفاد من الدليل تحقق الاقالة وتحققها لا يتوقف على انشائها بلفظ مخصوص ولغة خاصة كما انه لا يتوقف على كونها باللفظ بل يكفي ابرازها بالفعل .
(٢) اذ يكون دفعه اليه مصداقاً للاقالة فيفسخ العقد فيجب على الطالب ارجاع ما في يده لكونه مال الغير فلا يجوز التصرف فيه ولو بالامساك ان صدق عليه التصرف فلاحظ .

(٣) كما هو مقتضى القاعدة الاولى اذ الاقالة عبارة عن الفسخ ومقتضى الفسخ رجوع كل من العوضين الى ملكه الاول فلا وجه للزيادة والتقيصة مضافاً الى النص الخاص لاحظ مارواه الحلبي قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ثوباً ولم يشترط علي صاحبه شيئاً فكرهه ثم رده على صاحبه فأبى أن يقبله « يقبله » الا

جعل له مالا في الدمة أو في الخارج لبقيله بأن قال له : اقلني ولك هذا المال أو اقلني ولك علي كذا نظير الجهالة فالأظهر الصحة^(١) وكذا لو اقال بشرط مال عين أو عمل كما لو قال للمستقبل أقلتك بشرط أن تعطيني كذا أو تخيط ثوبي فقبل^(٢).

بوضعية خ ل « قال : لا يصلح له أن يأخذه بوضعية فان جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه رد على صاحبه الأول مازاد (* ١) .

فانه يستفاد من الرواية انه لا تجوز الوضعية من الثمن ولا بد من الأقتصار على ما يستفاد منها على موردها اذ مفادها لا ينطبق على الموازين الاولى لأن الأقالة المشار اليها في الرواية ان كانت باطلة - كما هو الظاهر منها - يكون بيع المستقبل السلعة فضولياً متوقفاً على اجازة المستقبل والله العالم بحقايق الاشياء وهو المستعان .

(١) لجواز الجمالة والمقام من مصاديقها .

(٢) اذ بقبوله يلزم عليه العمل لدليل وجوب الوفاء بالشرط ويمكن أن يقال : بأنه لو لم يقل ولم يأت بما شرط لا تتحقق الأقالة اذ لو كان مرجع الاشتراط الى أن الأقالة في فرض الاتيان بالعمل الفلاني فلو لم يتحقق ذلك العمل في الخارج لم يتحقق ظرف الأقالة وان شئت قلت مع انتفاء الشرط ينتفي المشروط .

لكن الحق أن يقال تارة تكون الأقالة معلقة على الالتزام واخرى معلقة على العمل الخارجي أما على الاول تتحقق الأقالة لفرض تحقق الالتزام وأما على الثاني فلا تتحقق اذ المفروض عدم تحقق ما شرط وبعبارة اخرى : في الصورة الثانية تكون الأقالة واقعة بالشرط المتأخر ومع عدم تحقق الشرط المتأخر لا يتحقق المشروط المتقدم .

- (مسألة ٢) : لا يجري في الاقالة فسخ أو اقالة ^١
- (مسألة ٣) : في قيام وارث المتعاقدين مقام المورث في صحة الاقالة اشكال والظاهر العدم ^٢ نعم يجوز الاستقالة من الوارث والاقالة من الطرف الاخر ^٣.
- (مسألة ٤) : تصح الاقالة في جميع ما وقع عليه العقد وفي بعضه ويتقسط الثمن حينئذ على النسبة ^٤ وإذا تعدد البائع أو المشتري تصح الاقالة بين احدهما والطرف الاخر بالنسبة الى حصته ولا يشترط رضی الاخر ^٥

- (١) لعدم الدليل عليه .
- (٢) لعدم الدليل عليه وصفة القول : ان الاقالة نحو من الفسخ وجواز فسخ العقد يحتاج الى الدليل .
- (٣) الجزم بالجواز مشكل لان الظاهر من النصوص الواردة في المقام استقالة المشتري مضافاً الى ضعف اسنادها كما مر الا ان يتم الامر بالاجماع وهل يمكن تحصيله نعم قلنا انه يمكن استفادة الجواز من حديث الحلبي (* ١) والله العالم .
- (٤) استدل على المدعى في الجواهر باطلاق الادلة معتضداً بعدم الخلاف فيه عدا ما عن ابن المتوج وقلنا بأن النصوص المشار اليها ضعيفة سنداً مضافاً الى أنه يمكن أن يقال : ان النصوص منصرفة عن صورة التبعض فلاحظ .
- (٥) لا يبعد الالتزام بالجواز لتحقق موضوع الاقالة وان كان في النفس شيء اذا المفروض عدم اطلاق معتبر في المقام يؤخذ به فيشكل الجزم بالمدعى .

(مسألة ٥) : تلف أحد العوضين أو كليهما لا يمنع من صحة الأقالمة فإذا تقايلا رجع كل عوض إلى صاحبه الأول فإن كان موجوداً أخذه وإن كان تالفاً رجع بمثله إن كان مثلياً^(١) وبقيمتة يوم الفسخ إن كان قيمياً^(٢) والمخرج عن الملك يبيع أو هبة أو نحوهما بمنزلة التلف^(٣) وتلف البعض كتلف الكل يستوجب الرجوع بالبدل عن البعض التالف^(٤) والعيب في يد المشتري يستوجب الرجوع عليه بالارش^(٥) والحمد لله رب العالمين .

(١) الانصاف ان الالتزام بهذه الاحكام مشكل مع عدم دليل معتبر كما هو المفروض الا أن يتم الامر بالاجماع والتسالم وأنى لنا بذلك؟ وحديث الحلبي(*) (١) المشار اليه لا إطلاق فيه فلا حظ .

(٢) بل لا يبعد أن يقال : ان نفس العين في الذمة وعليه يكون المناط قيمة زمان الاداء كما مر منافي نظير المقام وقلنا في بحث القيمي والمثلي ان المثل اقرب الى التالف في جميع الموارد غاية الامر مع عدم التمكن تصل النوبة الى القيمة .

(٣) اذ مع فرض الخروج لامجال لرجوعه .

(٤) لو حدة الملاك وحكم الامثال واحد .

(٥) لم افهم ما الوجه في اختصاص الارش بالعيب الحادث في يد المشتري فانه ما الفرق بين المشتري والبايع ولقائل أن يقول : انه لا دليل على ثبوت الارش اذا المفروض ان الفسخ من الحين فلا مقتضي لالارش والمفروض أيضاً ان العين مملوكة للمشتري فلا مقتضي للارش .

كتاب الشفعة وفيه فصول

إذا باع أحد الشريكين حصته على ثالث كان لشريكه أخذ المبيع بالثمن المجعول له في البيع ويسمى هذا الحق بالشفعة^(١).

فصل في ما تثبت فيه الشفعة

تثبت الشفعة في بيع ما لا ينقل إذا كان يقبل القسمة كالأرضين والدور

وعلى الجملة لا مقتضي للضمان أما ما حدث في العين قبل الفسخ فوارد على مملوك المشتري وأما بعد الفسخ فلم يحدث فيها شيء إلا أن يقال إن المشتري مقدم على الضماني ولا يكون مسلطاً على العين مجاناً فلا بد من كونه ضامناً أما بالبدل المعاوضي المعاملي وأما بالبدل الواقعي أي المثل والقيمة فمادام لا يتحقق الفسخ يكون ضامناً بالبدل المعاوضي وبعد الفسخ يكون ضامناً بالبدل الواقعي فلا حظ والحمد لله أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً وصلى الله على محمد وآله الطاهرين المعصومين واللعن على أعدائهم من الأولين والآخرين من الآن إلى قيام يوم الدين آمين رب العالمين .

(١) قال في مجمع البحرين في مادة شفع « وهي في الأصل التقوية والاعانة وفي الشرع استحقاق الشريك الحصة المبيعة في شركة واشتقاقها على ما قبل من الزيادة لأن الشفيع يضم المبيع إلى ملكه فيشفعه به كأنه كان واحداً وتراً فصار زوجاً شفعاً » .

وقال في الحقائق (* ١) وعرفها المحقق في الشرايع بأنها استحقاق أحد الشريكين حصة شريكه بسبب انتقالها بالبيع الخ .

والبساتين بلاشكال^(١) وهل تثبت فيما ينقل كالالات والثياب والحيوان^(٢)

والمهم التعرض لأدلة المسئلة وملاحظة مقدار دلالتها .

(١) قال في الحقائق : « لا خلاف بين الأصحاب كما نقله غير واحد في ثبوتها في العقار الثابت القابل للقسمة كالأراضي والبساتين والمساكن وإنما الخلاف فيما عدا ذلك » الخ (* ١) .

وتدل على المدعى جملة من النصوص ، منها ما رواه عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وآله بالشفعة بين الشركاء في الأرضين والمساكن ، وقال : لا ضرر ولا ضرار ، وقال : إذا أرفقت الأرف وحذت الحدود فلاشفعة (* ٢) . ورواه الصدوق بإسناده عن عقبة بن خالد وزاد : ولا شفعة إلا لشريك غير مقاسم (* ٣) .

ومنها ما رواه يونس عن بعض رجاله ، عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال : الشفعة جائزة في كل شيء من حيوان أو أرض أو متاع الحديث (* ٤) .

(٢) مقتضى القاعدة الأولية عدم ثبوت حق الشفعة فانه خلاف تسلط الناس على أموالهم فلا بد من قيام دليل على ثبوتها في كل مورد ولاشكال في أن مجرد الشهرة على الجواز لا يكفي فإن الشهرة الفتوائية لا دليل على اعتبارها ، وأما النصوص الواردة في المقام فمنها ما يكون باطلاً بل بعمومه دالاً على الجواز على الإطلاق : لاحظ ما أرسله يونس (* ٥) . والمرسل لا اعتبار به .

(١) ج ٢٠ ص ٢٨٥

(٢) الوسائل الباب ٥ من أبواب الشفعة الحديث : ١

(٣) نفس المصدر الحديث : ٢

(٤) نفس المصدر الحديث : ٣

(٥) مرآة نقاً

ولاحظ ما رواه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال : لشفعة
 الا لشريك غير مقاسم (* ١) . والرواية ضعيفة بالتوفلي بل وبغيره .
 ولاحظ ما رواه ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا تكون الشفعة الا
 لشريكين ما لم يتقاسما الحديث (* ٢) وهذه الرواية ضعيفة بمحمد بن عيسى .
 ولاحظ مرسل جميل عن أحدهما عليهما السلام قال : الشفعة لكل شريك
 لم يقاسم (* ٣) . والمرسل لا اعتبار به .
 ولاحظ ما رواه ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : اذا وقعت السهام
 ارتفعت الشفعة (* ٤) . وهذه الرواية ضعيفة بابن حماد وبغيره ايضاً .
 واما الحديث المروي الذي رواه أبو العباس وعبد الرحمن بن أبي عبد الله جميعاً
 قال : سمعنا أبا عبد الله عليه السلام يقول : الشفعة لا تكون الا لشريك لم يقاسم (* ٥) ،
 ففيه ، مقام اشتراط ثبوت الشفعة بعدم القسمة وليس الحديث في مقام بيان اثبات حق
 الشفعة كي يؤخذ باطلاقه ومثله حديث طلحة بن زيد ومرسل يونس (* ٦) .
 ومما ذكرنا يظهر الأشكال في الاستدلال على المدعى بما رواه عقبة بن خالد
 عن أبي عبد الله عليه السلام قال قضى رسول الله صلى الله عليه وآله بالشفعة بين الشركاء
 في الأرضين والمساكن وقال لا ضرر ولا ضرار اذا ارفعت الارف وحدت الحدود

(١) الوسائل الباب ٣ من كتاب الشفعة الحديث : ٢

(٢) نفس المصدر الحديث : ١

(٣) نفس المصدر الحديث : ٣

(٤) نفس المصدر الحديث : ٤

(٥) نفس المصدر الحديث : ٦

(٦) نفس المصدر الحديث : ٨٩٧

وفيما لا ينتقل اذا لم يقبل القسمة قولان^١ اقواهما الاول^٢ فيما عدا

فلاشفعة (* ١) فتأمل مضافاً الى ضعف سنده .

(١) قد ظهر مما تقدم الأشكال في المقام ايضاً مضافاً الى انه يمكن أن يقال : ان المستفاد من جملة من النصوص اشتراط ثبوت حق الشفعة بامكان القسمة لاحظ حديث ابى العباس وعبدالرحمن بن ابى عبدالله جميعاً قالا : سمعنا ابا عبدالله عليه السلام يقول : الشفعة لا تكون الا لشريك لم يقاسم (* ٢) .

ومثله غيره في الباب المشار اليه فانه لا يبعد ان يقال ان المستفاد من هذه النصوص بحسب الفهم العرفي ان امكان القسمة شرط في تحقق الحق المزبور فلاحظ فعلى هذا الأساس لا بد في الالتزام بالعموم من التماس دليل يدل على المدعى كالتسالم والاجماع التبعدي الكاشف نعم لا يبعد ان يقال بثبوته في الحيوان لاحظ ما رواه ابن سنان انه سأله عن مملوك بين شركاه أراد أحدهم بيع نصيبه ، قال : يبيعه قلت فانهما كانا اثنين فاراد احدهما ببيع نصيبه فلما أقدم على البيع قال له شريكه : أعطنى ، قال هو احق به ثم قال عليه السلام لا شفعة في الحيوان الا ان يكون الشريك فيه [رقبة واحدة] واحداً (* ٣) .

(٢) قد ظهر انه مورد الأشكال والكلام ولعل الماتن ناظر فيما أفاده من العموم الى حديث الحلبي عن ابى عبدالله عليه السلام انه قال في المملوك يكون بين شركاه فيبيع أحدهم نصيبه فيقول صاحبه : انا احق به أله ذلك ؟ قال : نعم اذا كان واحداً قيل له في الحيوان شفعة ؟ قال : لا (* ٤) .

(١) الوسائل الباب ٥ من أبواب الشفعة الحديث : ١

(٢) الوسائل الباب ٤ من أبواب الشفعة الحديث : ٦

(٣) الوسائل الباب ٧ من أبواب الشفعة الحديث : ٧

(٤) الوسائل الباب ٧ من أبواب الشفعة الحديث : ٣

السفينة والنهر والطريق والحمام والرحى فانه لا تثبت فيها الشفعة^(١).
(مسألة ١) : لا تثبت الشفعة بالجوار فاذا باع أحد داره فليس
لجاره الاخذ بالشفعة^(٢).

وحديث ابن سنان قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: المملوك يكون بين شركاء
فباع احدهم نصيبه فقال احدهم: انا احق به أله ذلك؟ قال نعم اذا كان واحداً (* ١) .
بتقريب ان الموضوع المذكور في الرواية عنوان المملوك وهذا مفهوم عام
يشمل كل ملك ولكن يرد عليه ان المستفاد من اللغة كما في مجمع البحرين ان
المملوك بماله من المفهوم عبارة عن العبد مضافاً الى أن المستفاد من كلام الأصحاب
كذلك . ويضاف الى ما ذكر التبادر من لفظ المملوك والمماليك في نظر العرف
العام وان ابيت فلا اقل من عدم الجزم بالاطلاق فلاحظ .

(١) لاحظ ما رواه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله
صلى الله عليه وآله لاشفعة في سفينة ولا في نهر ولا في طريق ورواه الصدوق باسناده
عن السكوني مثله وزاد ولا في رحى ولا في حمام (* ٢) والحديث ضعيف سنداً .
(٢) على ما هو مقتضى القاعدة الأولية فان ثبوتها يتوقف على الدليل واما مع
عدمه فعدمها طبق الأصل الأولى مضافاً الى ما ورد من النص الدال على عدم
لاحظ ما رواه هارون بن حمزة الغنوي عن ابي عبد الله عليه السلام قال سألت عن
الشفعة في الدور اشياء واجب للشريك ويعرض على الجار فهو احق بها من غيره ؟
فقال : الشفعة في البيوع اذا كان شريكاً فهو احق بها بالثمن (* ٣) .

(١) نفس المصدر الحديث : ٤

(٢) الوسائل الباب ٨ من أبواب الشفعة الحديث ١

(٣) الوسائل الباب ٢ من أبواب الشفعة الحديث : ١

(مسألة ٢) : اذا كانت داران مختصة كل واحدة منهما بشخص وكانا مشتركين في طريقهما فبيعت احدى الدارين مع الحصة المشاعة من الطريق تثبت الشفعة لصاحب الدار الاخرى ^(١) سواء اكانت الداران قبل ذلك مشتركين وقسمتا أم لم تكونا كذلك ^(٢) ويجرى هذا الحكم في الدور المختصة كل واحدة منها بواحد مع الاشتراك في الطريق فاذا بيعت واحدة منها مع الحصة من الطريق ثبت الشفعة للباقي ^(٣) واذا بيعت احدى الدارين بلاهم حصة الطريق اليها لم تثبت الشفعة للشريك في الطريق ^(٤) واذا بيعت الحصة من الطريق وحدها تثبت

(١) قال في الجواهر: «ثبتت الشفعة في الأرض المقسومة بالاشتراك في الطريق أو الشرب كبئر ونهر اذا بيع معها بلا خلاف اجده فيه كما اعترف به بعضهم بل في محكى الخلاف الأجماع عليه» (* ١) الى آخر كلامه رفع في علو مقامه .
ويدل على المدعى مارواه منصورين حازم قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن دار فيها دور وطريقهم واحد في عرصة الدار فباع بعضهم منزله من رجل هل لشركائه في الطريق ان يأخذوا بالشفعة ؟ فقال : ان كان باع الدار وحول بابها الى طريق غير ذلك فلا شفعة لهم ، وان باع الطريق مع الدار فلهم الشفعة (* ٢) .

(٢) للأطلاق المنعقد في النص فان مقتضاه عدم الفرق فلاحظ .

(٣) كما هو مورد النص المشار اليه .

(٤) كما نص به في الرواية .

(١) جواهر الكلام ج ٣٧ ص : ٢٥٨

(٢) الوسائل الباب ٤ من ابواب الشفعة الحديث : ١

الشفعة للشريك^(١) وهل يختص المحكم المذكور بالدار أو بعم غيرها من الاملاك المفروزة المشتركة في الطريق وجهان أقواهما الاول^(٢) (مسألة ٣) : الحق جماعة بالطريق النهر والساقية والبئر فإذا كانت الداران المختصة كل منهما بشخص مشتركين في نهر أو ساقية أو بئر فبيعت احدهما مع الحصه من النهر أو الساقية أو البئر كان لصاحب الدار الاخرى الشفعة في الدار ايضاً وفيه اشكال بل منع^(٣) .

(١) لاحظ ما رواه منصور بن حازم قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام دار بين قوم اقتسموها فأخذ كل واحد منهم قطعة وبنوها وتركوا بينهم ساحة فيها ممرهم فجاء رجل فاشترى نصيب بعضهم أله ذلك ؟ قال نعم ولكن يسد بابه ويفتح باباً الى الطريق أو ينزل من فوق البيت ويسد بابه فان اراد صاحب الطريق بيعه فانهم أحق به والا فهو طريقه يجيئ حتى يجلس ذلك الباب (* ١) .

وما رواه الكليني نحوه الا انه قال : او ينزل من فوق البيت فان اراد شريكهم أن يبيع منقل قدميه فهم أحق به . وان اراد يجيئ حتى يقعد على الباب المسدود الذي باعه لم يكن لهم أن يمنعوه (* ٢) لكن السند في كلا الحديثين مخدوش بالكليني .

(٢) الأمر كما أفاده لأختصاص الدليل بعنوان الدار فلا وجه للتعدي .

(٣) لأختصاص الدليل بالطريق فلا وجه للاحاق الأمور المذكورة فلاحظ .

(١) نفس المصدر الحديث : ٢

(٢) نفس المصدر الحديث : ٣

(مسألة ٤) : اذا بيع المقسوم منقسماً الى حصة من المشاع صفقة واحدة كان للشريك في المشاع الاخذ بالشفعة في الحصة المشاعة بما يخصها من الثمن بعد توزيعه ^(١) وليس له الاخذ في المقسوم ^(٢).

(مسألة ٥) : تختص الشفعة في غير المساكن والارضين بالبيع فاذا انتقل الجزء المشاع بالهبة المعوضة أو الصلح أو غيرهما فلاشفعة للشريك ^(٣).

(١) قال في الجواهر في هذا المقام : «بلاخلاف ولا اشكال بل حكى الأجماع عليه صريحاً وظاهراً» الى آخر كلامه (* ١) والدليل مضافاً الى ما تقدم اطلاق الأدلة فان مقتضى الاطلاق عدم الفرق بين الموارد وشمول المحكم للمقام .
(٢) لأشتراط ثبوته بعدم القسمة كما هو المستفاد من النصوص فلاحظ .

(٣) قال في الحدائق : «الثاني من الشرائط المتقدم ذكرها انتقال الشفص بالبيع فلو جعله صداقاً أو صدقة أو هبة أو صلح عليه فلاشفعة على الأشهر الأظهر بل كاد يكون اجماعاً» (* ٢) الى آخر كلامه رفع في علومقامه .

ولا يخفى ان مقتضى القاعدة الأولية عدم ثبوت حق الشفعة فان ثبوته يحتاج الى قيام الدليل عليه فلا بد من الاقتصار على المورد الثابت فيه بالدليل، والنصوص الدالة عليه قد اخذ في موضوعها عنوان البيع لاحظ ما رواه منصور بن حازم (* ٣) واما النصوص الخالية عن عنوان البيع فلا تكون في مقام اثباته في كل مورد بل

(١) جواهر الكلام ج ٢٧ ص : ٢٦٥

(٢) الحدائق ج ٢٠ ص : ٢٩٨

(٣) لاحظ ص : ٢٧٥

واما المساكن والارضين فاختصاص الشفعة فيها بالبيع محل اشكال^(١).

تكون مسوقة لامر آخر ملحوظ بلحاظ كذلك فالتعدي بلاوجه .

مضافاً الى بعض الروايات الدال على عدمه في غير البيع لاحظ مارواه أبو بصير عن ابي جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوج امرأة على بيت في دار له وله في تلك الدار شركاء، قال: جاز له ولها ولا شفعة لاحد من الشركاء عليها (* ١) ، فان المستفاد من الرواية ان نفيه بلحاظ عدم البيع لا بلحاظ كون الشركاء أزيد من شريكين فتأمل .

ولاحظ مرسل يونس عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن الشفعة لمن هي؟ وفي اي شيء هي؟ ولمن تصلح؟ وهل تكون في الحيوان شفعة؟ وكيف هي؟ فقال: الشفعة جائزة في كل شيء من حيوان أو ارض أو متاع اذا كان الشيء بين شريكين لا غيرهما فباع احدهما نصيبه فشريكه احق به من غيره وان زاد على الاثنين فلا شفعة لاحد منهم (* ٢) ولاحظ ما رواه الغنوي (* ٣) .

(١) لم يظهر لي وجه الاشكال فان مقتضى ما تقدم من الاصل الاولى والنصوص عدم ثبوته في غير البيع والمخالف على ما نقل عنه ابن الجنيّد بدعوى ان الحكمة في ثبوته في البيع موجود في غير البيع وصفوة القول ان مقتضى القاعدة اجماعاً ونصاً واصلاً عدم ثبوته في غير البيع بلافق بين الموارد والله العالم ويمكن أن يكون الماتن ناظراً فيما أفاد الى ما رواه عقبة بن خالد (* ٤) فان مقتضى هذه الرواية ثبوته في الارضين والمساكن ولو كان الانتقال بغير البيع والحديث ضعيف

(١) الوسائل الباب ١١ من أبواب الشفعة الحديث : ٢

(٢) الوسائل الباب ٧ من أبواب الشفعة الحديث : ٢

(٣) لاحظ ص ٢٧٤

(٤) لاحظ ص ٢٧٢

(مسألة ٦) : اذا كانت العين بعضها ملكا وبعضها وقفاً فبيع الملك لم يكن للموقوف عليهم الشفعة على الاقوى وان كان الموقوف عليه واحداً^١ واذا بيع الوقف في مورد يجوز بيعه ففي ثبوت الشفعة للشريك قولان اقربهما ذلك^٢ .

(مسألة ٧) : يشترط في ثبوت الشفعة ان تكون العين المبيعة مشتركة بين اثنين فاذا كانت مشتركة بين ثلاثة فما زاد وباع احدهم لم تكن لاحدهم شفعة^٣ .

سنداً .

(١) فان ثبوت حق الشفعة على خلاف الاصل الاول كما تقدم والنصوص الواردة في الباب لا تشمل المقام فان الموقوف عليه والمالك هو الكلي لا الشخص الخارجي ولا اقل من عدم الجزم بالاطلاق لكن لو قيل بجواز الوقف في المنقطع يمكن الالتزام بثبوته بالنسبة الى الطبقة الاخيرة فان المالك في الطبقة الاخيرة مالك شخصي فلا مانع من الاخذ باطلاق الادلة والله العالم .

(٢) قال في المسالك على ما في الجواهر : « لا اشكال في ثبوتها حينئذ لوجود المقنضي وانتفاء المانع » (* ١) والحق كما أفاده وان كان في النفس شيء وهو ان المستفاد من النصوص ثبوتها في الملك المشترك بحيث يكون لكل منهما التصرف ويكون الحق ثابتاً لكل واحد منهما اذا تحقق موضوعه والمقام ليس كذلك .

(٣) قال في الحقائق : « الثالث من الشروط المعتبرة في الشفعة : أن لا يكون الشريك أكثر من واحد على المشهور ، واليه ذهب الشيخان والمرضى وأتباعهم

حتى ادعى ابن ادريس عليه الاجماع « (* ١) الى آخر كلامه رفع في علو مقامه .
والعمدة النصوص الواردة في المقام والمستفاد من جملة من النصوص هذا
الشرط منها ما رواه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لا تكون الشفعة الا
لشريكين ما لم يتقاسما فاذا صاروا ثلثة فليس لواحد منهم شفعة (* ٢) .
ومنها رسالة يونس (* ٣) ومنها ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله (* ٤)
ومنها ما رواه عبدالله بن سنان (* ٥) .

ومنها ما رواه عبدالله بن سنان أنه سأل عن مملوك بين شركاء اراد احدهم بيع
نصيبه قال : يبيعه قلت : فانهما كانا اثنين فاراد احدهما بيع نصيبه فلما أقدم على
البيع قال له شريكه اعطني قال : هو احق به ثم قال عليه السلام : لا تفعه في الحيوان
الا أن يكون الشريك فيه [رقبة واحدة] واحد (* ٦) .

فان المستفاد من هذه النصوص ان الشفعة مشروطة بعدم كون الشركاء أزيد من
اثنين وفي المقام حديثان ربما يستفاد منهما الخلاف احدهما ما رواه السكوني عن
جعفر عن ابيه عن آباءه عن علي عليه السلام قال : الشفعة على عدد الرجال (* ٧)
وهذه الرواية ضعيفة بالنوفلي وغيره ولها سند آخر ولكن اسماعيل بن مسلم بنفسه

(١) الحقائق ج ٢٠ ص : ٣٠١

(٢) الوسائل الباب ٧ من أبواب الشفعة الحديث : ١

(٣) لاحظ ص ٢٧٨

(٤) لاحظ ص : ٢٧٣

(٥) لاحظ ص : ٢٧٣

(٦) الوسائل الباب ٧ من أبواب الشفعة الحديث : ٧

(٧) الوسائل الباب ٧ من أبواب الشفعة الحديث : ٥

واذا باعوا جميعاً إلا واحداً منهم ففي ثبوت الشفعة له اشكال بل منع^(١) واذا كانت العين بين شرهين فباع احدهما بعض حصته ثبتت الشفعة للآخر^(٢).

فصل في الشفيع

يعتبر في الشفيع الاسلام اذا كان المشتري مسلماً فلاشفعة للكافر على المسلم^(٣)

ضعيف مضافاً الى أن الاطلاق قابل للتقييد بالمقيدات الواردة في المقام .
ثانيهما ما رواه اسمعيل بن مسلم عن جعفر بن محمد عن ابيه عليهما السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله : الشفعة على عدد الرجال (* ١) والحديث ضعيف سنداً مضافاً الى ما تقدم في الحديث الاول وللرواية سند آخر والسند ضعيف بطالحة (* ٢) .

(١) الامر كما أفاده لما تقدم من عدم الدليل على العموم بل الدليل قائم على خلافه .

(٢) فان المستفاد من نصوص الباب ثبوتها قبل القسمة ومقتضى الاطلاق عموم الحكم من هذه الجهة المذكورة في المتن فالامر كما أفاده الماتن والله العالم .

(٣) ربما يستدل على المدعى بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً (* ٣) بتقريب أن حق الشفعة نحو سبيل فليس له . وفيه انه يمكن أن يكون

(١) من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٤٥ حديث : ٣

(٢) لاحظ ص : ٢٨٠ والحديث ٤ من الباب المذكور

(٣) النساء / ١٤١

وان اشترى من كافر^١ وثبت للمسلم على الكافر وللکافر على مثله^٢.

(مسألة ١) : يشترط في الشفيع أن يكون قادراً على اداء الثمن فلا تثبت للعاجز عنه^٣ وان بذل الرهن أو وجد له ضامن الا ان يرضى

المراد من الآية من نفى سبيله نفى الحجة وان الاسلام يعلو ولا يعلى عليه واما النصوص الواردة في هذا المجال فمنها ما رواه طلحة بن زيد عن جعفر بن محمد عن ابيه عن علي عليه السلام في حديث قال ايس لليهودي ولا للنصراني شفعة (* ١) والرواية ضعيفة بطلحة اذ الرجل لم يوثق مضافاً الى أن المستفاد من الحديث انه لا شفعة لليهودي ولا للنصراني وليس المدلول عاماً .

ومنها ما رواه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ليس لليهودي «لليهود والنصارى» والنصراني شفعة وقال لا شفعة الا لشريك غير مقاسم (* ٢) والحديث ضعيف باسماعيل بن مسلم السكوني مضافاً الى ضعف سند الصدوق الى الرجل اضعف الى ذلك الاشكال المتقدم في الرواية الاولى ومنها ما عن الفقه الرضوي ولا شفعة لليهودي ولا نصراني ولا مخالف (* ٣) والرواية ضعيفة سنداً مضافاً الى أن مقتضاها عموم الحكم للمخالف والحال انه محكوم بالاسلام .

(١) لاطلاق الدليل .

(٢) لاطلاق الدليل الدال على المدعى بالاطلاق .

(٣) يظهر من كلام الاصحاب كما في الجواهر الاتفاق والتسالم عليه .

(١) الوسائل الباب ٦ من أبواب الشفعة الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٢

(٣) مستدرک الوسائل الباب ٦ من أبواب الشفعة الحديث : ٧

المشتري بذلك^(١) نعم اذا ادعى غيبة الثمن اجل ثلاثة ايام واذا ادعى أن الثمن في بلد آخر اجل بمقدار وصول المال اليه وزيادة ثلاثة ايام^(٢) فان انتهى الاجل فلاشفعة^(٣) وبكفي في الثلاثة ايام التلفيق^(٤) كما ان ان مبدأها زمان الاخذ بالشفعة لا زمان البيع^(٥).

(مسألة ٢) : اذا كان التأجيل الى زمان نقل الثمن من البلد الاخر حيث يدعى وجوده فيه زائداً على المقدار المتعارف فالظاهر سقوط الشفعة^(٦).

(١) لأطلاق كلامهم وعدم دليل على التخصيص .

(٢) لاحظ مارواه ابن مهزيار قال سألت ابا جعفر الثاني عليه السلام عن رجل طلب شفعة ارض فذهب على أن يحضر المال فلم ينض فكيف يصنع صاحب الارض ان اراد بيعها أبيعها أو ينتظر مجيء شريكه صاحب الشفعة؟ قال : ان كان معه بالمصر فلينتظره ثلاثة ايام فان أتاها بالمال والا فليبيع وبطلت شفעתه في الارض وان طلب الاجل الى ان يحمل المال من بلد الى آخر فلينتظر به مقدار ما يسافر الرجل الى تلك البلدة وينصرف وزيادة ثلاثة ايام اذا قدم فان وافاه والا فلاشفعة له . (* ١)
والرواية ضعيفة بابن أبي مسروق .

(٣) كما هو المستفاد من الرواية ولا يخفى ان ما يفهم من الحديث ثبوت الحق قبل البيع والحال ان الشفعة ثبوت الحق بعد البيع .

(٤) كما هو كذلك في أمثال المقام .

(٥) كما هو المستفاد من الحديث المذكور .

(٦) بتقريب ان المنصرف اليه من الحديث المقدار المتعارف من الزمان فلاشفعة

(مسألة ٣) : اذا كان الشريك غائباً عن بلد البيع وقت البيع جاز له الاخذ بالشفعة اذا حضر البلد وعلم بالبيع وان كانت الغيبة طريفة^١ واذا كان له وكيل مطلق في البلد او في خصوص الاخذ بالشفعة جاز لذلك الوكيل الاخذ بالشفعة عنه^٢ .

(مسألة ٤) : تثبت الشفعة للشريك وان كان سفيهاً أو صبيّاً أو مجنوناً فيأخذ لهم الولي^٣ بل اذا اخذ السفيه باذن الولي صح^٤ وكذا الصبي على احتمال قوي^٥ .

في الزايد .

(١) لاطلاق دليلها .

(٢) كما هو مقتضى الوكالة فان الوكيل في حكم الموكل فله الاخذ بها .

(٣) لاطلاق الدليل وعدم ما يصلح للتقييد فالأمر كما أفاده في المتن مضافاً الى الأجماع بقسميه عليه بالنسبة الى الصبي والمجنون كما في الجواهر اضاف الى ما ذكره حديث السكوني عن ابي عبدالله عليه السلام « الى ان قال » قال امير المؤمنين عليه السلام وصي البيت بمنزلة ابيه يأخذ له الشفعة اذا كان له رغبة وقال : للغائب شفعة « (* ١) .

(٤) لعدم دليل على سقوط انشائه عن الاعتبار .

(٥) وبشكل بالنسبة اليه فان عمده وخطأه واحد بمقتضى النص لاحظ ما رواه

محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام قال عمداً الصبي وخطأه واحد (* ٢) فان المستفاد من الحديث انه لا يترتب على عمداً الصبي اثر فلا اعتبار باغشائه

(١) الوسائل الباب ٦ من أبواب الشفعة الحديث : ٢

(٢) الوسائل الباب ١١ من أبواب المأقلة الحديث : ٢

(مسألة ٥) : تثبت الشفعة للمفلس اذا رضى المشتري ببقاء الثمن في ذمته او استدان اللئن من غيره أو دفعه من ماله باذن الزمراء^(١).
 (مسألة ٦) : اذا أسقط الولي على الصبي أو المجنون أو السفیه حق الشفعة لم يكن لهم المطالبة بها بعد البلوغ والرشد والعقل^(٢) وكذا اذا لم يكن الاخذ بها مصلحة فلم يطالب^(٣). اما اذا ترك المطالبة بها مساهلة منه في حقهم فالظاهر ان لهم المطالبة بها بعد البلوغ والرشد^(٤).

والتفصيل موكول الى مجال آخر .

(١) قال في الجواهر « لا جد خلافاً بينهم في ثبوتها للمفلس لاطلاق الادلة » (*١) الى آخر كلامه والامر كما أفاده فان مقتضى اطلاق الادلة ثبوتها بلامقيد ولا مخصص فلاحظ .

(٢) اذ بعد الاسقاط لاموضوع لها كما هو ظاهر .

(٣) في اطلاق الحكم اشكال بل لا بد من التفصيل فان ترك الاخذ ان كان بلحاظ اعسار الصبي أو المجنون فلا مجال لتحقيقها بعد ذلك فان شرط التحقق مفقود فلا حق وأما اذا لم يكن كذلك بل المصلحة تقتضي الترك مع اجتماع الشرائط فلا وجه لعدم ثبوتها بعد البلوغ والرشد .

(٤) فان تقصير الولي او قصوره عن احقاق الحق لا يقتضي سقوطها الا أن يقال انه لادليل على ثبوت الحق على التراخي وبعبارة اخرى لو قلنا بانه لامقتضي لبقاء الحق مترائياً يشكل الالتزام بالجوار .

(مسألة ٧) : اذا كان المبيع مشتركاً بين الولي والمولى عليه فباع الولي عنه جاز له أن يأخذ بالشفعة على الاقوى وكذا اذا باع الولي عن نفسه فانه يجوز له أن يأخذ بالشفعة للمولى عليه وكذا الحكم في الوكيل اذا كان شريكاً مع الموكل ^(١) .

« فصل في الاخذ بالشفعة »

الاخذ بالشفعة من الانشائيات المعترف فيها الايقاع ويكون بالقول مثل أن يقول : اخذت المبيع المذكور بثمانه وبالفعل مثل أن يدفع الثمن ويستقل بالمبيع ^(٢) .

(مسألة ١) : لا يجوز للشفيع أخذ بعض المبيع وترك بعضه بل اما أن يأخذ الجميع أو يدفع الجميع ^(٣) .

(مسألة ٢) : الشفيع يأخذ بقدر الثمن لا بأكثر منه ولا بالاقل ^(٤)

(١) لاطلاق الدليل والامر كما أفاد فانه على طبق القاعدة الاولى .

(٢) بلا اشكال ولا كلام فان الاخذ بها من الايقاعات فيدخل في الانشائيات وصفوة القول ان كونه منها من الأمور الواضحة الظاهرة وحيث لا دليل على اشتراط الأخذ بها باللفظ يكفي الفعل الدال عليه .

(٣) لعدم الدليل على جوازه ومقتضى الاصل الاولى عدم الجواز كما تقدم بل مقتضى ظواهر نصوص المقام عدم مشروعية التبعيض فلاحظ .

(٤) كما هو الظاهر من حديث الغنوي (*) (١) فان الظاهر من الحديث ان المراد

ولا يلزم أن يأخذ بعين الثمن بل له أن يأخذ بمثله ان كان مثلياً^(١) وفي ثبوت الشفعة في الثمن القيمي بان يأخذ المبيع بقيمته قولان اقواهما العدم^(٢).

(مسألة ٣) : اذا غرم المشتري شيئاً من اجرة الدلال أو غيرها أو تبرع به للبائع من خلعة ونحوها لم يلزم الشفيع نذاركه واذا حط البائع شيئاً من الثمن للمشتري لم يكن للشفيع تنقيصه^(٣).
(مسألة ٤) : الاقوى لزوم المبادرة الى الاخذ بالشفعة فيسقط مع المحاطلة والتأخير بلا عذر^(٤).

بالثمن عينه ومن الظاهر انه لا يكون المراد من الرواية عين الثمن فيكون المراد به اقرب المجازات اليه وهو مثله. *مرکز تحقیق کتب فقهی و حقوقی*
(١) بلا اشكال وكلام.

(٢) لعدم الدليل ومقتضى الاصل الاولي عدمها كما تقدم.

(٣) الامر كما أفاده لعدم الدليل ومقتضى اطلاق الادلة ثبوتها في جميع الصور المذكورة على نحو واحد.

(٤) المسئلة ذات أقوال ثلاثة فذهب جماعة الى الفورية وذهب آخرون الى التراخي وذهب بعض الأصحاب الى التوقف واستدل على الفورية بوجوه: الوجه الاول ان حق الشفعة على خلاف الاصل الاولي فيقتصر فيه على المقدار المعلوم ويكون مورد الاتفاق.

الوجه الثاني ان التراخي يوجب الضرر على المشتري لانه لا يقدم على عمارة ملكه اذا المفروض انه يعلم بتزلزله وهذا ضرر عظيم.

ولا يسقط اذا كان التأخير عن عذر كجهله بالبيع أو جهله باستحقاق الشفعة ، أو توهمه كثرة الثمن فبان قليلاً أو كون المشتري زيداً فبان عمراً أو أنه اشتراه لنفسه فبان لغيره أو العكس ، أو أنه واحد فبان اثنين أو العكس أو أن المبيع النصف بمائة فتبين أنه الربع بخمسين أو كون الثمن ذهباً فبان فضة أو لكونه محبوساً ظلماً أو بحق يعجز عن ادائه ، وكذا امثال ذلك من الاعذار^(١) .

(مسألة ٥) : المبادرة اللازمة في استحقاق الاخذ بالشفعة يراد

الوجه الثالث حديث ابن مهزيار (* ١) بتقريب ان هذا الحق لو لم يكن فورياً لم يكن وجه للتحديد بثلاثة ايام واستدل على القول بالترأخي بالاجماع الذي ادعاه المرتضى على ما في الحقائق وبان البيع سبب للثبوت والاصل بقاءه . اذا عرفت ما ذكرناه فاعلم ان الوجوه المذكورة في المقام قابلة للمناقشة ولا يبعد أن يكون مقتضى التحقيق الفورية اذ القصور في المقتضى فانه لا دليل معتبر على ثبوتها على نحو الاطلاق كى يقال بأن التقييد يحتاج الى الدليل فلا بد من الاقتصار على المقدار المتفق عليه بين الأصحاب .

(١) لا بد من اتمام الامر بالاجماع والتسالم والايشكل فان الاعذار لا مدخلية بها في الامور الوضعية ومن الظاهر ان ثبوت الحق في المقام امروضى وصفوة القول انه لو قلنا بان المعايلة توجب المقوط يكون الصذر مانعاً عنه لعدم صدقها وأما ان قلنا ان مقتضى القصور في دليل الحق الاقتصار على المقدار المتفق عليه فلا وجه لما ذكره وما ذكرنا يظهر الأشكال في الفرع التالي فسالتيه انه لا دليل

منها المبادرة على النحو المتعارف الذي جرت به العادة فإذا كان مشغولاً بعبادة واجبة أو مندوبة لم يجب عليه قطعها ، وإذا كان مشغولاً باكل أو شرب لم يجب قطعه ولا يجب عليه الإسراع في المشي ويجوز له ان كان غائباً انتظار الرفقة اذا كان الطريق مخوفاً أو انتظار زوال الحر أو البرد اذا جرت العادة بانتظاره ، وقضاء وطره من الحمام اذا علم بالبيع وهو في الحمام وأمثال ذلك مما جرت العادة بفعله لمثله ، نعم يشكل مثل عيادة المريض وتشجيع المؤمن ونحو ذلك ، اذا لم يكن تركه موجباً للطعن فيه وكذا الاشتغال بالنوافل ابتداءً والظاهر السقوط في كل مورد صدقت فيه المماثلة عرفاً ^(١) .

(مسألة ٦) : اذا كان غائباً عن بلد البيع وعلم بوقوعه وكان يتمكن من الأخذ بالشفعة بالتوكيل فلم يبادر اليه سقطت الشفعة ^(٢) .

(مسألة ٧) : لا بد في الأخذ بالشفعة من احضار الثمن ولا يكفي قول الشفيع اخذت بالشفعة في انتقال المبيع اليه فاذا قال ذلك وهرب أو ماطل أو عجز عن دفع الثمن بقي المبيع على ملك المشتري لانه ينتقل بالقول الى ملك الشفيع وبالعجز أو الهرب أو المماثلة يرجع

على الخيار في صورة عدم المبادرة الى الأخذ والزائد عليه باى نحو وصورة لا بد من قيام اجماع عليه .

(١) قد ظهر مما تقدم الأشكال في هذا الفرع كما نبهنا عليه .

(٢) اذ مع التمكن من التوكيل لا عذر له في التأخير فيسقط خياره بالمماثلة .

الى ملك المشتري^(١)

(مسألة ٨) : اذا باع المشتري قبل اخذ الشفيع بالشفعة لم تسقط بل جاز للشفيع الاخذ من المشتري الاول بالثمن الاول فيبطل الثاني^(٢) وتجزئ الاجازة منه في صحته له^(٣) وله الاخذ من المشتري الثاني بثمانه فيصح البيع الاول^(٤) واذا زادت العقود على الاثنين فان اخذ بالسابق بطل اللاحق ويصح مع اجازته وان اخذ باللاحق صح السابق وان اخذ بالمتوسط صح ما قبله وبطل ما بعده ويصح مع اجازته^(٥)

(١) لعدم دليل على ثبوتها على الإطلاق بل لابد من الاقتصار على المقدار المتفق عليه وبعبارة اخرى القصور في مقتضى فلا بد من الاقتصار على المقدار المعلوم لكن ان تم المدعى بالاجماع فهو والا فيمكن أن يقال ان مقتضى اطلاق نصوص الباب عدم التقييد بهذا القيد فلا حظ.

(٢) قال في الجواهر: «بلاخلاف اجده في شيء من ذلك بل ولا اشكال» (*١).
(٣) بمقتضى صحة الفضولي بالأجازة والأنصاف ان الجزم بالصحة بالأجازة مشكل اذا لمفروض ان البيع صدر من اهله ووقع في محله غاية الأمر بطل بلحاظ اعمال حق الشفعة فكيف يصح ثانيا بعد فرض البطلان ؟ الا أن يقال بأن ملاك الحكم بالصحة بالأجازة واحد اذا المفروض ان زمام الأمر بيد الشفيع بقاء أجازته تؤثر فتأمل .

(٤) لنحقق موضوع حق الشفعة فيترتب عليه حكمها .

(٥) ما افاده ظاهر فان حكم الامثال واحد .

(مسألة ٩) : اذا تصرف المشتري بالمبيع من وقف أو هبة لازمة أو غير لازمة أو يجعله صداقاً أو غير ذلك مما لاشفعة فيه كان للشفيع الاخذ بالشفعة بالنسبة الى البيع فتبطل التصرفات اللاحقة له^(١).
(مسألة ١٠) : الشفعة من الحقوق فتسقط بالاسقاط^(٢) ويجوز تعويض المال بازاء اسقاطها وبازاء عدم الاخذ بها^(٣) لكن على الاول لا يسقط الا بالاسقاط^(٤) فاذا لم يسقطه واخذ بالشفعة صحح^(٥) وكان آثماً^(٦) ومعطي العوض مخير بين الفسخ ومطالبة العوض وأن يطالبه باجرة المثل للاسقاط^(٧) والظاهر صحة الاخذ بالشفعة على الثاني أيضاً^(٨) وبصح الصلح عليه نفسه فيسقط بذلك^(٩) والظاهر انه لا اشكال في

(١) قد ظهر الوجه فيه مما سبق فان حق الشفعة سابق ولادليل على سقوطه ولازم تأثيره بطلان التصرفات المذكورة وإن كانت صادرة من اهله واقعة في محلها .

(٢) بلا اشكال عندهم كما يظهر من كلامهم .

(٣) على طبق القاعدة فان تعويض المال بالفعل جايئز والمقام من صغريات تلك الكبرى .

(٤) اذ مادام لم يتحقق الاسقاط لا وجه لسقوطه .

(٥) اذ المفروض بقاءه فيترتب الأثر على اعماله .

(٦) اذ يجب عليه الاسقاط فلو لم يسقطه ترك ماوجب عليه فيكون آثماً .

(٧) اذ يتحقق الخيار بالشرط الارتكازي فله الفسخ كما ان له المطالبة باجرة المثل .

(٨) اذ لاتنافي بين الصحة وحرمة الأخذ به فلو عصى واخذه يؤثر .

(٩) لوجود مقتضي وعدم المانع والنتيجة سقوطه بالصلح اذ المفروض انه

أنه لا يقبل الانتقال الى غير الشفيع^(١)

(مسألة ١١) اذا باع الشريك نصيبه قبل الاخذ بالشفعة فالظاهر سقوطها^(٢) خصوصاً اذا كان يبعه بعد علمه بالشفعة^(٣).

(مسألة ١٢) : المشهور اعتبار العلم بالثمن في جواز الاخذ بالشفعة فاذا اخذ بها وكان جاهلاً به لم يصح لكن الصحة لا تخلو من وجه^(٤).
(مسألة ١٣) : اذا تلف تمام المبيع قبل الاخذ بالشفعة سقطت^(٥).

بقبول الصلح يسقطه فلا مجال لبقائه بعده .

(١) لعدم الدليل عليه وان شئت قلت موضوعه الشفيع وغير الشفيع لا يكون موضوعاً وجواز النقل والانتقال يحتاج الى الدليل ولادليل عليه .

(٢) اذ المستفاد من النصوص ان حق الشفعة ثابت للشريك ومع البيع لا يكون الموضوع باقياً ولو وصلت النوبة الى الشك في البقاء وعدمه لا مجال للحكم ببقائه بالاستصحاب لمعارضته باصالة عدم الجعل الزايد مضافاً الى أنه لا مجال للاستصحاب مع عدم بقاء الموضوع .

(٣) لا يبعد ان يكون الوجه في الخصوصية عدم الخلاف فيه مع العلم على ما في الجواهر وقد ذكر في مقام الاستدلال ان البيع مع العلم يؤذن بالاعراض .

(٤) بتقريب ان الاخذ بالشفعة في حكم المعاوضة ومع الجهل بالثمن يلزم الفرر والفرر يقتضي فساد المعاملة . ويرد عليه اولاً عدم قيام دليل معتبر على افساد الفرر في مطلق المعاوضات . وثانياً كون الاخذ بالشفعة في حكم المعاوضة من هذه الجهة اول الكلام والاشكال وثالثاً ان الجهل بالثمن لا يستلزم الفرر على الإطلاق فالحق ما افاد في المتن من كون الصحة لا يخلو من وجه .

(٥) لعدم بقاء الموضوع فلا مجال لبقاء الحق .

واذا تلف بعضه دون بعض لم تسقط وجازله اخذ الباقي بتمام الثمن من دون ضمان على المشتري^(١) واذا كان التلف بعد الاخذ بالشفعة فان كان التلف بفعل المشتري ضمنه^(٢) وكذا اذا كان بغير فعله فيما اذا كان التلف بعد المطالبة ومسامحة المشتري في الاقباض^(٣).

(مسألة ١٤) : في انتقال الشفعة الى الوارث اشكال^(٤)

(١) فان مقتضى اطلاق الأدلة بقاء الحق على النحو الذي كان فلا بد من الاخذ لبعض الثمن ولا وجه للنقصان كما انه لا وجه لضمان المشتري ويؤيد المدعى حديث الغنوي (١*) ومرسل ابن محبوب قال كتبت الى الفقيه عليه السلام في رجل اشترى نصف دار مشاع غير مقسوم وكان شريكه الذي له النصف الاخر غائباً فلما قبضها وتحول عنها تهدمت الدار وجاء سيل خارق « جارف » فهدمها وذهب بها فجاء شريكه الغائب فطلب الشفعة من هذا فاعطاه الشفعة على ان يعطيه ماله كملا الذي نقد في ثمنها فقال له : ضع عني قيمة البناء فان البناء قد تهدمت وذهب به السيل ما الذي يجب في ذلك ؟ فوقع عليه السلام ليس له الا الشراء والبيع الاول انشاء الله (٢ *) .

(٢) فان اتلاف مال الغير يوجب الضمان .

(٣) لقاعدة اليد المقتضية للضمان .

(٤) وقع الكلام في ارثها بين الاصحاب واستدل على الاول بعمومات الارث كتاباً وهو قوله تعالى للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون وللنساء نصيب

(١) لاحظ ص : ٢٢٤

(٢) الوسائل الباب ٩ من كتاب الشفعة الحديث : ١

.

مما ترك الوالدان والأقربون مما قل أو أكثر نصيباً مفروضاً (* ١) ، وسنة لاحظ
 مارواه زرارة قال سمعت ابا عبدالله عليه السلام يقول : « ولكل جعلنا موالى مما
 ترك الوالدان والأقربون قال انما عنى بذلك اولوا الأرحام في الموارث ولم يعن
 اولياء النعمة فاولاهم بالميت اقربهم اليه من الرحم التي يجره اليها (* ٢) .
 ومرسل يونس عن أبي عبدالله عليه السلام قال : اذا التفت القرابات فالسابق
 احق بميراث قريبه فان امتوت قام كل واحد منهم مقام قريبه (* ٣) .
 اضيف الى ذلك انه نقل عن ظاهر بعض وصريح الآخر دعوى الأجماع عليه
 على ما في الجواهر (* ٤) .

ويضاف الى ذلك المرسل المعروف عنه صلى الله عليه وآله ما ترك الميت
 من حق فهو لوارثه (* ٥) فالقاعدة الأولية تقتضي الالتزام بآثار الشفعة نعم في
 المقام رواية رواها طلحة بن زيد عن جعفر عن ابيه عن علي قال : لا يشفع في الحدود
 وقال : لا تورث الشفعة (* ٦) ، تدل على الخلاف لكن الحديث ضعيف بطلحه.
 مضافاً الى اعراض جملة من الأعاضم بل مقتضى الاجماع المدعى اعراض الكل
 عنها وعلى الجملة ان ثبت اجماع تعبدى على ارث الشفعة بحيث يكون الحق
 للمجموع أو على النحو الآخر يؤخذ به لعدم اشكال في مقام الثبوت فلاحظ .

(١) النساء/٧

(٢) الوسائل الباب ١ من ابواب موجبات الارث الحديث : ١

(٣) الوسائل الباب ٢ من ابواب موجبات الارث الحديث : ٣

(٤) جواهر الكلام ج ٣٧ ص ٣٩١

(٥) نفس المصدر

(٦) الوسائل الباب ١٢ من ابواب الشفعة الحديث : ١

و على تقدير الانتقال ليس لبعض الورثة الاخذ بها مالم يوافقها الباقون^(١).
(مسألة ١٥) : اذا اسقط الشفيع حقه قبل البيع لم يسقط^(٢) وكذا
اذا شهد على البيع أو بارك للمشتري الا أن تقوم القرينة على ارادة
الاسقاط بعد البيع^(٣).

(مسألة ١٦) : اذا كانت العين مشتركة بين حاضرو غائب وكانت
حصة الغائب بيد ثالث فباعها بدعوى الوكالة عن الغائب جاز الشراء
منه والتصرف فيه^(٤)، وهل يجوز للشريك الحاضر الاخذ بالشفعة بعد
اطلاعه على البيع ؟ اشكال^(٥) وان كان اقرب^(٦) فاذا حضر الغائب
وصدق فهو وان انكر كان القول قوله بيمينه^(٧) فاذا حلف انتزع

- (١) فان الشفعة حق واحد فلا مجال لأعمال واحد وترك الآخر .
- (٢) فانه من صفريات كبرى اسقاط مالم يجب فلا يمكن الالتزام بالسقوط
بالاسقاط القبلي اذ لا دليل على تأثيره بل مقتضى القاعدة انه لا اثر له وان شئت
قلت : ان الحق مع الاسقاط القبلي اما يوجد فيسقط واما لا يوجد اما على الأول
فلا مقتضى لسقوطه بعد تحققه اذ المفروض تحققه وعدم عروض الاسقاط عليه واما
على الثاني فينافي اطلاق ادلة ثبوتها .
- (٣) فان المؤثر الاسقاط بعد البيع فما دام لم يتحقق الاسقاط بهذا العنوان
لاوجه للسقوط .

- (٤) فان عمل ذي اليد نافذ شرعاً فيجوز أن يشتري منه .
- (٥) لم يظهر لي وجه الاشكال .
- (٦) فان القاعدة تقتضيه .
- (٧) فان القول قول المنكر وأما اذا صدقه يتم الأمر كما هو ظاهر .

الحصة من يد الشفيع^(١) وكان له عليه الاجرة ان كانت ذات منفعة مستوفاة^(٢) بل مطلقا^(٣) فان دفعها الى المالك رجع بها على مدعي الوكالة^(٤).

(مسألة ١٧) : اذا كان الثمن مؤجلا جاز للشفيع الاخذ بالشفعة بالثمن المؤجل^(٥) والظاهر جواز الزامه بالكفيل^(٦) ويجوز ايضاً الاخذ بالثمن حالا ان رضى المشتري به^(٧) أو كان شرط التأجيل للمشتري على البائع^(٨).

(١) اذ على الفرض يكون مال الفائب تحت يده فيجوز الانتزاع منه .

(٢) فانه استوفى من مال الغير فيكون ضامناً .

(٣) لقاعدة على اليد .

(٤) لقاعدة الغرور .

(٥) فانه مقتضى ثبوت الحق وبعبارة اخرى مقتضى ثبوت حق الشفعة وعدم جواز الزام الشفيع بازيد من الثمن ان الحق ثابت له فيجوز الاخذ به على النحو المزبور والا يلزم احد المحذورين وهما عدم الفورية في الاخذ بالحق او الزام الشفيع بالزائد .

(٦) لعدم تساوي الذمم فيتدارك التأخير بالكفالة .

(٧) اذ مع رضى المشتري لامانع من التعجيل وبعبارة اخرى الحق للمشتري على الفرض فاذا فرض رضاه بالتعجيل فلا مانع منه وان شئت قلت : الحق لا يتجاوز الشفيع والمشتري فاذا رضيا يتم الأمر فلا حظ .

(٨) اذ في هذه الصورة لامانع من التعجيل فان الشرط من قبل المشتري وحيث

- (مسألة ١٨) : الشفعة لا تسقط بالاقالة فاذا تقايلا جاز للشفيع الأخذ بالشفعة فينكشف بطلان الاقالة^(١). فيكون نماء المبيع بعدها للمشتري ونماء الثمن للبائع كما كان الحال قبلها كذلك^(٢).
- (مسألة ١٩) : اذا كان للبائع خيار رد العين فالظاهر ثبوته^(٣) ولا تسقط الشفعة^(٤) لكن البائع اذا فسخ يرجع المبيع اليه^(٥) بل الظاهر ثبوت سائر الخيارات ايضاً^(٦).

ان المشتري له التعجيل فالشفيع يكون له التعجيل ايضاً فلا أثر لرضاه اذ المفروض ان اعمال حق الشفعة يجعل الشفيع بدلاً عن المشتري .

(١) بتقريب ان استحقاق الشفعة قد حصل بالعقد فحق الشفيع مقدم وباعمالها ينكشف فساد الاقالة ولكن الانصاف ان الجزم به في غاية الأشكال اذ الشفعة اخذ الشقص من المشتري ومع تحقق الاقالة لامجال للأخذ وبعبارة اخرى مع عدم الموضوع وانتفائه لامجال لبقاء الحق اللهم الا أن يثبت المدعى بالأجماع واني لنا بذلك .

(٢) كما هو ظاهر اذ مع فرض الاقالة يكون المبيع باقياً في ملك المشتري ويكون نمائه تابعاً له وكذلك الحال في طرف الثمن فلاحظ .

(٣) لعدم وجه للسقوط وبعبارة اخرى المقتضي للخيار موجود والمانع منقود فهو بحاله .

(٤) فانه لا وجه لسقوطها .

(٥) اذ خيار البائع باق فاذا فسخ العقد ترجع العين اليه وعلى الجملة لاتنافي بين بقاء الخيار للبائع وثبوت حق الشفعة للشريك .

(٦) الكلام فيها هو الكلام فلا وجه للاعادة .

(مسألة ٢) : اذا كانت العين معيبة فان علمه المشتري فلا خيار له ولا ارش^١ فاذا اخذ الشفيع بالشفعة فان كان عالماً به فلا شيء عليه^٢ وان كان جاهلاً كان له الخيار في الرد^٣ وليس له اختيار الارش^٤ واذا كان المشتري جاهلاً كان له الارش^٥ ولا خيار له في الرد^٦ فاذا اخذ الشفيع بالشفعة كان له الرد^٧ فان لم يمكن الرد لم يبعد رجوعه على المشتري بالارش حتى اذا كان قد اسقطه عن البايع^٨ واذا اتفق اطلاق المشتري على العيب بعد اخذ الشفيع فالظاهر ان له

- (١) فانه مع العلم لا خيار ولا ارش كما حقق في محله .
- (٢) الكلام هو الكلام فانه مع العلم بالعيب لا مقتضى للخيار ولا للارش .
- (٣) لأن الشفيع قائم مقام المشتري فله الرد .
- (٤) اذ المستفاد من الأدلة ان الشفيع له الاخذ بالثمن ومع اخذ الارش يكون أنقص فلا يجوز .
- (٥) بمقتضى دليل الارش .
- (٦) لا يبعد أن يكون الوجه في عدم جواز الرد كون المبيع متعلقاً لحق الشفيع فلا يجوز له الرد فتأمل .
- (٧) لأن الشفيع قائم مقام المشتري وله الرد بمقتضى دليل الخيار ولا مانع منه .
- (٨) لأن جواز رجوعه بالارش على المشتري مورد اجماعهم على ما يظهر من الجواهر (* ١) لكن يظهر منهم ان اتفاقهم في صورة اخذ المشتري الارش من البايع لا مطلقاً فيشكل الحكم بالجواز .

اخذا الارش^(١) وعليه دفعه الى الشفيح^(٢) واذا اتفق اطلاق الشفيح عليه دون المشتري فليس له مطالبة البايح بالارش^(٣) ولا يبعد جواز مطالبة المشتري به ان لم يمكن الرد^(٤).

كتاب الاجارة وفيه فصول :

وهي المعاوضة على المنفعة عملا كانت أو غيره فالاول مثل اجارة الخياط للخياطة والثاني مثل اجارة الدار^(٥).

(١) بمقتضى دليل الارش .

(٢) بمقتضى الاتفاق المستفاد من كلامهم كما سبق .

(٣) بالتقريب المتقدم ذكره .

(٤) تقدم الكلام من هذه الجهة فلا وجه للأعادة والحمد لله على ما انعم .

(٥) لا يبعد أن يكون الماتن ناظراً في هذا التعريف الى مجموع ما يصدر عن

المؤجر والمستأجر اذا الاصل في باب المفاعلة ما يكون قائماً بالطرفين وقد عرفها

السيد اليزدي قدس سره في هرويه : « بأنها تمليك عمل او منفعة بعوض » وقد ذكرت

في مقام الايراد على التعريف المذكور عدة اشكالات :

الاول: ان الاجارة ليست تمليكا للمنفعة بل هي قائمة بالعين ذات المنفعة فنقول:

آجرت الدار ولا نقول آجرت منفعة الدار وقال : سيدنا الاستاد - على ما في

التقرير - « ان هذا الاشكال ضعيف غاية الضعف بداهة ان تمليك المنفعة لا بدو ان

يتعلق بالعين اذ الاجارة ليست تمليكا مطلقا بل حصة منه وهي المتعلقة بالمنفعة ومما

هذا شأنه لا مناص من تعلقه بالعين ولا معنى لتعلقه بالمنفعة والا يرجع الى قولنا :
ان الاجارة هي تمليك منفعة المنفعة ولا محصل له فالتمليك المتعلق بالمنفعة متعلق
بالعين بطبيعة الحال فيقال : آجرتك الدار « هذا ملخص كلامه .

والحق ان ما أفاده لا يرجع الى محصل مفهوم ولا يفهم من هذه الجملات الا
مجرد الدعوى وأفاد سيد المستمسك قدس سره : « انه لو بنى على حصول تمليك
المنفعة في الاجارة فليس هو عين الاجارة بل مسبب عنها وأثر لها والمناسب حينئذ ان
يقال : انها جعل العين موضوعاً للاجر بنحو يقتضي تمليك المنفعة لا أنها عين تمليك
المنفعة » .

والحق ان ما أفاده متين جداً وصفوة القول : ان الاجارة متعلقة بنفس العين
وجعلها بحيث يقتضي نقل المنفعة الى ملك المستأجر وبقاء العين في ملك المالك
اي الموجر بعكس بيع العين يجعل العين مسلوقة الانتفاع .

الثاني : ان المنفعة كسكنى الدار عرض قائم بالمستأجر ومن الصفات المتعلقة
به واجنبية عن المالك فكيف يملكها وينقلها الى المستأجر .

والجواب عن هذا الاشكال ان سكنى الدار لها حيثان حيثة المسكونية وحيثة
الساكنية والاولى قائمة بالعين وزمامها بيد مالِكها والثانية قائمة بالمستأجر والموجر
انما ينقل ما يرجع اليه الى المستأجر . وان شئت قلت : الموجر انما ينقل الى
المستأجر مملوكه والذي يوضح المدعى ان الفاصب للعين اذا تصرف في العين
المفصوبة كما لو ركب الدابة المفصوبة يجب عليه رد العين بالاضافة الى عوض
المنفعة التي استوفاه وبعبارة اخرى: يكون ضامناً للمنفعة المستوفاة وهل يمكن
الالتزام بضمان عمل نفسه والعرض القائم به ؟ كلا ثم كلا .

(مسألة ١) : لا بد فيها من الايجاب والقبول فالايجاب مثل

قول الخياط آجرتك نفسي وصاحب الدار : آجرتك داري والقبول

الثالث : انه قد لا يكون تملكه للمنفعة في مورد الاجارة كما لو استأجر المتولي للوقف مكاناً لجعله محرراً للغة فانه لا مالك للمنفعة فيكون مفهوم الاجارة أوسع من التعريف المذكور .

وقال سيدنا الاستاد في مقام الرد على الاشكال بأن الوقف على قسمين فتارة يتضمن التملك كالوقف على الذرية أو الوقف على العناوين العامة كالطلاب مثلاً او الوقف على المسجد وهكذا فان الملكية امر اعتباري والاعتبار خفيف المؤنة واخرى لا يكون في مورد تملك كما لو وقف مزرعة للصرف في زوار الحسين عليه السلام مثلاً فيكون الوقف لنفس الصرف ولا يتصور فيه تملك أما في الصورة الاولى فيكون المالك هو الموقوف عليه فان المتولي يستأجر المكان للموقوف عليه ولو كان مصداقه المسجد وأما في الصورة الثانية فيكون المالك نفس المتولي للوقف لكن بعنوان كونه متولياً ولا مانع من الالتزام به كما لو اقترض للوقف أو اشترى شيئاً للوقف فانه لا اشكال في أن القرض والبيع يستلزمان التملك والتملك والحال انه لا اشكال في جواز الاقتراض للوقف كما انه لا اشكال في جواز الاشتراء له .

اقول : يمكن أن يقال : بأن المالك في الصورة الثانية ايضاً العين الموقوفة لا المتولي فانه لا مانع من الالتزام بكون المزرعة الموقوفة للصرف في زوار الحسين عليه السلام مالاً للمنفعة فالمتولي يستأجر المكان للمزرعة ولا يرى مانعاً من فلا اشكال . مضافاً الى أنه يمكن ان يقال : ان الموقوف عليه في مفروض الكلام الجهة الخاصة والناحية الكذائية ولا يرى مانعاً من دخول العين الموقوفة في ملك الجهة والا يلزم اما عدم خروج الوقف عن ملك الواقف واما بقائه بلامالك وكلا الامرين مشكل .

قول المستأجر : قبلت ويجوز وقوع الإيجاب من المستأجر مثل :
استأجرتك لتخيط ثوبي واستأجرت دارك فيقول المؤجر : قبلت^(١).
(مسألة ٢) : يشترط في المتعاقدين أن لا يكون أحدهما محجوراً
عن التصرف لصغر^(٢)

(١) إذا لا اشكال ولا كلام في كون الاجارة من العقود والعقد مركب من الإيجاب والقبول ومع عدم ورود دليل على لزوم تركيب خاص يجوز تحققه بكل نحو فتارة يكون الإيجاب من المؤجر والقبول من المستأجر وأخرى يكون بالعكس كما ذكر في المتن .

(٢) لا اشكال في أن تصرف الصبي في ماله غير نافذ إذا كان بنحو الاستقلال فلا يجوز له إيجار داره وعقده الصادر منه لا يترتب عليه الأثر بلا اشكال ولا كلام بين القوم ظاهراً إنما الكلام في تصديده لمجرد إجراء الصيغة أما في ماله أوفي مال الغير وكالة عنه فهل يكون جازاً أم لا ؟

ويمكن أن يقال : بأن مقتضى بعض النصوص عدم جواز تصديده حتى لإجراء العقد لاحظ ما رواه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : عمد الصبي وخطاه واحد (* ١) بتقريب : أن المستفاد من الحديث أنه لا يترتب على عمده أثر فلا أثر لإيجابه وقبوله .

وأفاد سيدنا الاستاد في هذا المقام بأنه لا يستفاد المدعى من الرواية فإنه لو قال عليه السلام عمد الصبي كلا عمد ، لكن دالاً على المدعى ولكن جعل عمد الصبي كخطائه وظاهر هذه العبارة مشاركة هذين العنوانين فيما يترتب عليهما من الأحكام وإن كل حكم مترتب على الخطأ في غير الصبي يترتب على عمده لأن عمده خطأ

فيختص بباب الجنائيات ولا يشمل بقية الموارد فلاندل الرواية على سلب الاعتبار عن كلامه كي يقال : انه لا أثر لاجابه وان شئت قلت : انه لو باع داره فقال : بعث فرسي خطأ لا يترتب عليه الاثر لعدم العمد لا لاجل الخطأ فلا بد من اختصاص الرواية بمورد يكون لكل من العمد والخطأ حكم كي يصح تنزيل عمده منزلة الخطأ ومما يرشدك الى عدم امكان الاخذ باطلاق الرواية ان لازم الاخذ بهذا الاطلاق الالتزام بعدم بطلان صلاته اذا تكلم فيها عمداً كما ان لازمه الالتزام بعدم بطلان صومه بالافطار عن عمد وهل يمكن الالتزام بهذا اللازم ؟ (* ١) هذا ملخص كلامه .

اقول : يرد عليه اولاً ان الاهمال غير معقول في الواقع في الاحكام الشرعية ففي كل مورد يصدر فعل عن المكلف خطأ فاما يترتب عليه أثر ذلك الفعل في حكم الشارع واما لا يترتب ولا يمكن الاهمال فنقول : لو أراد شخص بيع داره فقال : بعث فرسي خطأ لا يترتب عليه الاثر وبعبارة اخرى : الشارع الاقدس لا يترتب الاثر المرغوب على الخطأ بلا اشكال وعليه يستفاد من الحديث المذكور ان عمد الصبي كخطائه فكما لا يترتب على الخطأ أثر كذلك لا يترتب على عمد الصبي وان شئت قلت : مقتضى اطلاق الحديث ان عمد الصبي في وعاء الشرع كالخطأ على الاطلاق فاذا كان الخطأ موضوعاً لحكم اثباتي كباب الجنائيات يترتب ذلك الاثر على عمد الصبي واذا كان الخطأ في مورد لا يكون مورداً وموضوعاً للأثر يكون عمد الصبي كذلك فلا وجه لاختصاص الحديث بمورد خاص وأما نقضه بمورد تعمده في ابطال صومه وصلاته فغير وارد اذ بعد قيام الدليل على شرعية عباداته نفهم ان الصبي لو أتى بما هو المقرر الشرعي في العبادة يكون مطلوباً للشارع ومن الظاهر ان المقرر الشرعي

أو سفه^١ أو تفليس^٢

مقيد بقيود وجودية أو عدمية مضافاً إلى أنه نرفع اليد عن الإطلاق في مورد التنقض بلحاظ الضرورة والاجماع وهذا لا يوجب رفع اليد عن الإطلاق على الإطلاق فلاحظ .

أضف إلى ذلك أنه ما المانع من الأخذ بإطلاق ما رواه أبو الحسين الخادم ببيع اللؤلؤ عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سأله أبي وأنا حاضر عن اليتيم متى يجوز أمره ؟ قال : حتى يبلغ أشده قال : وما أشده ؟ قال : احتلامه قال : قلت : قد يكون الغلام ابن ثمان عشرة سنة أو أقل أو أكثر ولم يحتلم قال : إذا بلغ وكتب عليه الشيء « ونبت عليه الشرط » جاز عليه أمره إلا أن يكون سفياً أو ضعيفاً (* ١) .

فإن مقتضى إطلاقه الرواية أن الفعل الصادر عن غير البالغ لا يصح فانه لو كانت وكالته عن الغير صحيحة في بيع دار الموكل أو كان يبيع داره صحيحاً بأذن الولي يكون أمره جازياً بهذا المقدار وهذا مناف مع إطلاق الرواية لكن الرواية مخدوشة سنداً .
(١) لا دليل على بطلان المعاملة إذا كان أحد العاقلين أو كليهما سفياً وبعبارة أخرى : الدليل قائم على بطلان تصرف السفية في ماله وأما اشتراط كون العاقد غير سفية فليس عليه دليل ويترتب عليه أنه لو أجرى العقد بعنوان الوكالة عن الغير يكون العقد صحيحاً إلا أن يقال : إن مقتضى حديث الخادم المتقدم ذكره أنفاً عدم نفوذ أمر السفية مطلقاً ولكن الأشكال في سند الحديث فلاحظ .

(٢) الكلام فيه هو الكلام فانه لا دليل على عدم اعتبار عقد المفلس فإذا عقد وكالة عن الغير يكون صحيحاً بل يمكن أن يقال : إن تصرفاته نافذة إذا كانت متعلقة ببذنه فلو أجر نفسه لحمل شيء تكون أجارته صحيحة .

أورق^١ كما يشترط أن لا يكون أحدهما مكرهاً على التصرف^٢ إلا أن يكون الاكراه بحق^٣. يشترط في كل من العوضين أمور :
الاول : أن يكون معلوماً بحيث لا يلزم الغرر على الاحوط فالأجرة اذا كانت من المكبل أو الموزون أو المعدود لا بد من معرفتها بالمكبل أو الوزن أو العدو ما يعرف منها بالمشاهدة لا بد من مشاهدته أو وصفه

(١) لا دليل على عدم جواز تصرف العبد في لسانه ولذا لا اشكال في جواز ان يقرأ القرآن وعليه لا مانع من ان يجري العقد وكالة عن الغير .

(٢) لحديث رفع الاكراه لاحظ ما رواه اسماعيل الجعفي عن ابي عبدالله عليه السلام قال: سمعته يقول : وضع عن هذه الامة ست خصال: الخطأ والنسيان وما استكروها عليه وما لا يعلمون وما لا يطيقون وما اضطروا اليه (*) (١) فان مقتضى اطلاق رفع الاكراه عدم ترتب اثر شرعي على مورده .

وقال سيدنا الاستاد في هذا المقام «بأن الحديث لا يشمل عقد المكره بالفتح اذا كان وكالة عن الغير ضرورة عدم ترتب اثر على هذا العقد بالنسبة الى المكره بالفتح» (*) (٢) .

وما أفاده غير تام فان المستفاد من الاطلاق كما ذكرنا ان الاثر الشرعي مرتفع عن الفعل الذي وقع عن اكراه على الاطلاق فا لظاهر اشتراط الاختيار في صحة العقد .

(٣) اذ في مورد كون الاكراه حقاً لا يشمل دليل الرفع والايرجع الأمر الى التناقض فلاحظ .

(١) الوسائل الباب ١٦ من أبواب الايمان الحديث : ٣

(٢) مستند العروة كتاب الأجرة ص : ٢٧

على نحو ترتفع الجهالة وأما المنفعة فلا يعتبر العلم بمقدارها فيما لا غرر مع الجهل به كما في اجارة السيارة مثلاً الى مكة أو غيرها من البلاد المعروفة فان المنفعة حينئذ أمر عادي متعارف ولا بأس بالجهل بمقدارها ولا بمقدار زمان السير وفي غير ذلك لا يهد من العلم بالمقدار وهو اما بتقدير المدة مثل سكنى الدار سنة أو شهراً أو المساحة مثل ركوب الدابة فرسخاً أو فرسخين واما بتقدير موضوعها مثل خياطة الثوب المعلوم طوله وعرضه ورقته وغلظته ولا يهد من تعيين الزمان في الاولين فاذا استأجر الدار للسكنى سنة والدابة للركوب فرسخاً من دون تعيين الزمان بطلت الاجارة الا أن تكون قرينة على التعيين كالاطلاق الذي هو قرينة على التعجيل والظاهر عدم اعتبار تعيين الزمان في الاجارة على مثل الخياطة غير المتقوم مالهته بالزمان فيجب الاثبات به متى طالب المستأجر^(١).

(١) لا يبعد أن يكون الوجه في بناء الاشتراط على الاحتياط عدم تمامية ادلته عنده واستدل على المدعى بنهي صلى الله عليه وآله عن الغرر على الإطلاق بتقريب: ان المستفاد من النهي المذكور الارشاد الى فساد المعاملة الغرورية ويرد عليه : ان هذه الرواية لا سند لها فلا اعتبار بها .

مضافاً الى أنه أفاد سيدنا الاستاد (*١): انه لأصل له وهذه الرواية غير مروية لا في كتبنا ولا في كتب العامة . وربما يستدل على المدعى بما رواه الصدوق بأسانيده عن الرضا عن آبائه عن علي عليهم السلام قال : وقد نها رسول الله صلى

الله عليه وآله عن بيع المضطر وعن بيع الفرر (* ١) وهذه الرواية مخصوصة بالبيع مضافاً الى عدم اعتبارها سنداً .

وربما يستدل بما رواه الحسين بن زيد عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السلام في حديث المناهي قال : نهى رسول الله عليه وآله ان يستعمل اجير حتى يعلم ما أجرته (* ٢) .

وهذه الرواية على تقدير تمامية دلالتها على المدعى لا تكون قابلة للاستدلال بها لكونها ضعيفة سنداً .

وربما يستدل بما رواه ابو الربيع الشامي عن أبي عبد الله عليه السلام : قال سألت عن ارض يريد رجل ان يتقبلها فاي وجوه القبالة احل ؟ قال : يتقبل الارض من اربابها بشيء معلوم الى سنين مسماة فيعمر ويؤدي الخراج فان كان فيها علوج فلا يدخل العلوج في قبالة فان ذلك لا يحل (* ٣) .

وهذه الرواية ضعيفة بابي الربيع لعدم ثبوت وثاقته ولا يكفي في اثبات وثاقته كونه في سلسلة اسناد تفسير القمي والرواية مروية بطريقتين احدهما ضعيف بابي الربيع واما الثاني فقام سنداً اذ يمكن ان خالد بن جرير ينقل الحديث مرتين مرة عن ابي الربيع ومرة ثانية عن الامام عليه السلام نفسه اذ يحتمل تعدد الواقعة وتعدد السؤال عن حكم المسألة فالسند تام لكن يبعد تعدد السؤال وتكرار الواقعة مع وحدة المضمون سؤالاً وجواباً مضافاً الى الاشكال الدلالي فان السؤال عن الاحل بنحو التفضيل والجواب وارد في مورده فغاية ما يستفاد من الحديث ان يكون الاحل والافضل ما يكون بهذا النحو .

(١) الوسائل الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة الحديث : ٣

(٢) الوسائل الباب ٣ من أبواب الأجرة الحديث : ٣

(٣) الوسائل الباب ١٨ من أبواب المزارعة والمساقاة الحديث : ٥

الثاني: أن يكون مقدوراً على تسليمه فلا تصح اجارة العبد الا بقى^(١) وان ضمت اليه ضميمة على الاقوى^(٢). الثالث: أن تكون العين المستأجرة

ويضاف الى ذلك كله ان الرواية واردة في باب المزارعة فلاحظ . وربما يستدل بما عن النبي صلى الله عليه وآله حيث نهى عن بيع وعمل بقوله صلى الله عليه وآله : لانها غرر كلها (* ١) .

بتقريب : ان المستفاد بلحاظ التعليل عموم الحكم لكل غرر وفيه ان السند ضعيف فلا اعتبار بالرواية واما ما في حديث الدعائم من قوله عليه السلام : « وهو غرر » (* ٢) فهو ضعيف سنداً ، فالنتيجة انه لا يكون دليل على المدعى فان ثبت اجماع تعبدى كاشف فهو والا يكون الحكم مبنياً على الاحتياط .

(١) افاد سيدنا الامstad في هذا المقام (* ٣) بانه مع عدم القدرة على التسليم لا يكون المالك مالاً لتلك المنفعة ومع عدم كونه مالاً كيف يملكها من الغير ولا اشكال في ان الاجارة تمليك للمنفعة .

وفيه : ان ما افاده مجرد الدعوى ولا اشكال في ان العبد الا بقى بجميع شؤنه مملوك لما لكه في نظر العقلاء ولذا لو اخذه غير المالك واستعمله واستفاد من منافعه يكون ضامناً للمالك ومع عدم كونه مملوكه كاله كيف يتصور الضمان وهذا ظاهر في كمال الظهور فلو تم اجماع على المدعى فهو والا يكون الحكم مبنياً على الاحتياط فلاحظ .

(٢) لاختصاص دليل الجواز بالبيع لاحظ ما رواه سماعة عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل يشتري العبد وهو آبق عن اهله قال : لا يصلح الا ان يشتريه معه

(١) الوسائل الباب ١٢ من ابواب عقد البيع وشروطه الحديث : ١٣

(٢) مستدرک الوسائل الباب ٧ من ابواب عقد البيع الحديث : ١

(٣) مهتد العروة كتاب الاجارة ص : ٣٨

ذات منفعة فلا تصح اجارة الارض التي لا ماء لها للزراعة^(١) الرابع :
أن تكون العين مما يمكن الانتفاع بها مع بقائها فلا تصح اجارة الخبز
للاكل^(٢) . الخامس : أن تكون المنفعة محللة فلا تصح اجارة
المساكن لاحراز المحرمات ولا الجارية للغناء^(٣) .

شيئاً آخر ويقول : اشترى منك هذا الشيء وعبدك بكذا وكذا فان لم يقدر على
العبد كان الذي نقده فيما اشترى منه (* ١) .

فان المستفاد من ذيل الحديث التفريع لا التعليل كي يقال : نتعدي بلحاظ عموم
العلة الى الاجارة فالتعدي عن غير مورد الرواية لا يجوز حتى في نفس البيع
فكيف بالاجارة .

(١) افاد سيد المستمسك قدس سره في هذا المقام بان اخذ الاجرة في الصورة
المفروضة مصداق لاكل المال بالباطل فلا يجوز فيه : ان اكل المال حرام
يسبب غير شرعي وبالاسباب الباطلة وبعبارة اخرى : المراد من الجار السبب لا
المقابلة كي يتم ما افاده فالحق ان يقال : ان الوجه في هذا الاشتراط ان التملك
لا يتعلق بمنفعة غير قابلة للتحقق وتمليك المنفعة حرج اساسي في باب الاجارة وبافتائها
لا تحقق لها فلاحظ .

(٢) فان الاجارة مقومة ببقاء العين واستيفاء المنفعة منها فاجارة العين بلحاظ
المنفعة التي تعدمها مرجعه الى انهدام ركنها .

(٣) ما ذكر في المقام للاستدلال على المدعى وجوه : الوجه الاول : ما عن
الميرزا قدس سره وهو ان المحرام لا يكون مملوكا للمكلف فكيف يملكه من غيره :
واورد عليه سيدنا الاستاد بان هذا يتم في اجارة الاعمال المحرمة واما بالنسبة الى
اجارة الاعيان لان يستفاد منها في المحرام فلا اذلا اشكال في ان المحرم ما يصدر

عن المستاجر واما المالك فيكون مالكا لمنفعة داره ، وبعبارة اخرى : للعين حيثان :
حيثية قابلية الانتفاع كحيثية المسكونية وحيثية الانتفاء كحيثية الساكنية والاولى
مملوكة للمالك والحرمة ترجع الى الحيثية الثانية ولا ترتبط بالمالك فهذا الوجه
لا يتم للاستدلال .

ولقائل ان يقول : ان احراز الخمر في مكان اذ الم يكن جائزاً للمستاجر لا يكون
جائزاً للمؤجر أيضاً فلا يكون ما لك هذه الحصة من المنفعة ومع عدم كونه مالكا
كيف يملكها من غيره .

الوجه الثاني : انه يشترط في مورد الاجارة ان يكون قابلاً للتسليم وحيث ان
غير المقدور شرعاً بلحاظ الحرمة كغير المقدور عقلاً لاتصح الاجارة . وفيه : انه
قد مر عدم الدليل على الاشتراط المذكور .

الوجه الثالث : ما افاده سيدنا الأستاذ وهو ان صحة العقد تستلزم الوفاء به
وحيث ان امثال وجوب الوفاء المستفاد من قوله تعالى « اوفوا بالعقود » (* ١)
غير ممكن لحرمة فلا تشمل ادلة صحة الاجارة .

ويرد عليه اولاً انه خلاف ما بنى عليه في محله من ان الوجوب المستفاد من قوله
« اوفوا » وجوب ارشادي الى لزوم العقد وليس حكماً تكليفاً اذ لا يحرم فسخ
العقد قطعاً بل المستفاد من الآية ان العقد بعد تحققه لا يفسخ بالفسخ لكونه لازماً .
وبعبارة اخرى : الامر بالوفاء في الآية لا يكون دليلاً على وجوب الوفاء واتمام
العقد وعدم الفسخ اذ لا اشكال في أن الفسخ لا يكون حراماً بل ارشاد الى لزوم
العقد بعد تحققه ولذا قلنا في محله ان الآية دليل لزوم العقد للصحة ولا يمكن
الاستدلال بها على الصحة لانها ناظرة الى العقود الصحيحة فالصحة مفروضة في
موضوعها وتقدم الموضوع على الحكم قطعي هذا اولاً .

السادس : امكان حصول المنفعة للعين المستأجرة فلا تصح اجارة الحائض لكنس المسجد ^١ .

وثانيا : ان سيدنا الاستاذ لا يرى الاعانة على الاثم حراماً والمفروض ان الحرام يصدر من المستأجر فاي مانع من تسليم الدار لمن يريد احراز الخمر فيها وبعبارة اخرى : المالك لا يرتكب الحرام كي يتم هذا البيان .

الوجه الرابع . مارواه صابر أوجابر قال : سألت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل يواجر بيته فيباع فيه « فيها خ ل » الخمر قال : حرام اجره (* ١) وفيه انه يعارضه خبر ابن اذينة قال : كتبت الى ابي عبدالله عليه السلام اسأله عن الرجل يؤاجر سفينته ودابته ممن يحمل فيها او عليها الخمر والخنازير قال : لا بأس (* ٢) فان مقتضاه الجواز وعلى تقدير المعارضة يكون الترجيح في جانب الجواز لكون دليله موافقاً للكتاب الدال على جواز التجارة اذا قلنا بان التجارة اعم من البيع . والذي يظهر من « الفقه على المذاهب الاربعة » في كتاب الاجارة (* ٣) ان اجارة شخص نفسه للمحرم باطل وعلى تقدير التساقط يكون المرجع اطلاق دليل صحة الاجارة اضعف الى ذلك كله انه لا يبعد كون سند الرواية ضعيفاً .

الوجه الخامس : كون حرمتها متسألماً عليه عند الاصحاب وخلافه مستنكر عند المشرعة وهذا هو العمدة .

(١) قد ذكرت في مقام الاستدلال على المدعى امور : الامر الاول : ما عن الميرزا وهو ان الحرام لا يكون مملوكاً للمكلف كي يملكه من غيره وفيه : ان الكنس بما هو لاحرمة فيه وانما الحرمة في مقدمته وهو لكونه في المسجد والحرمة لا تسري

(١) الوسائل الباب ٣٩ من أبواب ما يكتسب به الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٢

(٣) ج ٢ ص : ١٠٨

(مسألة ٣) : اذا آجر مال غيره توقفت صحة الاجارة على اجازة المالك^١ واذا آجر مال نفسه وكان محجوراً عليه لسفه أو ورق توقفت

من المقدمة الى ذبيها وانما الكلام في سرايتها من ذي المقدمة اليها .

الامر الثاني : انه غير مقدور التسليم شرعاً والممنوع شرعاً كالممتنع عقلاً .
وفيه : انه قد مر انه لا دليل عليه .

الامر الثالث : ما افاده سيدنا الاستاد وهو ان دليل الوفاء لا يشمل بعين التقريب الذي تقدم آنفاً . وفيه ما فيه وقد أوردنا عليه ما أوردناه فراجع . فالحق ان يقال : انه ان لم يتم اجماع تعبدى على البطلان لا يمكن الجزم به فان الصحة مقتضى القاعدة غاية الامر بلحاظ حرمة الدخول يجوز للاجير الامتناع من العمل فيحصل للمستاجر الخيار ويمكنه اخذ اجرة مثل العمل مثلاً الا ان يقال : لو وصلت النوبة الى هنا فلنائل ان يقول يكون المورد من مصاديق كبرى التزام فلا بد من اعمال قانونه فلاحظ .

(١) ما افاده يتوقف على كون الفضولي على طبق القاعدة الاولى والمقام من مصاديق تلك الكبرى ولنا كلام في هذا المقام تعرضنا له في بحث الفضولي من كتاب البيع وملخص ذلك الكلام انه استفيد من جملة من النصوص ان البيع الصادر عن غير المالك فاسد لاحظ النصوص في الباب ١ من ابواب عقد البيع وشروطه من الوسائل .

ومقتضى اطلاق تلك النصوص عدم صحته بالاجازة اللاحقة وان شئت قلت : الشيء لا ينقلب عما هو عليه والمفروض ان العقد صدر عن غير المالك فلا طريق الى تصحيحه بالاجازة المتأخرة وبعبارة اخرى : بيع غير المالك باطل ولو مع لحوق اجازة المالك ورضاه وصفوة القول انه لا يمكن تصحيح الفضولي بالقاعدة

على اجازة الولي^(١) واذا كان مكرها توقفت على الرضا لا بداعي الاكراه^(٢).

الاولية والادلة العامة لكن قد تقدم في كتاب البيع ان المستفاد من النص الخاص الوارد في نكاح العبد بدون اذن مولاه صحة نكاح العبد مع اجازة المولى وقلنا مفتضى العلة عموم الصحة في جميع الموارد فراجع ما ذكرناه هناك .

(١) لصحة الفضولي عند القوم والمقام من صفريات تلك الكبرى .

(٢) يظهر من كلامه ان العقد الصادر عن اكراه لا يصح الا بلحق الرضا المتأخر من المالك فيقع الكلام في موضعين : الموضوع الاول : في فساد العقد الاكراهي والحق كما افاده لدلالة جملة من النصوص على المدعى لاحظ ما رواه الجعفي (* ١) .

وما رواه ربعي عن ابي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله عفي عن امي ثلاث : الخطاء والنسيان والاستكراه الحديث (* ٢) .

وما رواه الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : وضع عن امي الخطاء والنسيان وما استكرهوا عليه (* ٣) وما رواه ايضاً (* ٤) .

فان المستفاد من هذه النصوص ان الفعل الصادر عن الاكراه لا يترتب عليه الاثر المرغوب فيه في وعاء الشرع فلا يصح العقد الصادر عن اكراه .

الموضع الثاني : في انه يصح بالرضا المتأخر وقد افاد الماتن في مقام الاستدلال على المدعى بان الفضولي صحيح على طبق القاعدة الاولى والوجه فيه ان الرضا امر قابل لان يتعلق بالامر المتقدم والمتأخر والمقارن فالعقد الصادر

(١) لاحظ ص ٣٠٥

(٢) الوسائل الباب ١٦ من أبواب الايمان الحديث : ٤

(٣) نفس المصدر الحديث : ٥

(٤) نفس المصدر الحديث : ٦

عن الفضولي بعد تعلق رضى المالك به يكون عقداً له فيصح بلا حاجة الى قيام دليل خاص عليه والمقام كذلك اذ العقد الصادر عن المكره بالفتح فاسد بلارضى المالك وبعد تعلق الرضا به يصير عقداً مرضياً فيكون صحيحاً .

اقول : على فرض تمامية الاستدلال في الفضولي لا يتم في المقام لانه يمكن ان يقال في ذلك الباب ان العقد تحقق في الخارج بجميع شرائطه واجزائه وانما النقصان من ناحية عدم انتسابه الى المالك وحيث ان الرضا امر قابل لان يتعلق بالامر المتقدم فلا مانع من انتسابه الى المالك من حين الاجازة فكان المالك باع داره من ذلك الزمان .

وبعبارة اخرى : لو بيع دار زيد فضولا يوم الخميس واجاز المالك البيع يوم الجمعة فكانه قال : بعث دارى من امس واما في المقام فالمفروض ان العقد صادر من المالك ومنتسب اليه ومن ناحية اخرى قام الدليل على ان العقد الاكراهي لا يصح ومن ناحية ثالثة ان الشيء لا يتقلب عما هو عليه والرضا المتأخر لا يغير العقد الصادر عن اكراه والمفروض ان العقد ينتسب الى المالك حين صدوره ومقتضى دليل رفع الاكراه ان العقد الاكراهي فاسد على الاطلاق ولومع لحوق الرضا المتأخر به .

وان شئت قلت : لم يتحقق في الخارج الاعقد واحد عن اكراه والرضا المتأخر لا يغيره والمفروض ان الصادر عن اكراه فاسد فاي فرق بين المقام وبين سيرورة العقد بعد كونه غبنياً غير غبنى وهل يمكن الالتزام بالصحة هناك والمقام كذلك فالحق ان العقد الصادر عن اكراه غير صحيح على الاطلاق ولا بد من تجديده . اللهم الا ان يستدل على المدعى بما ورد في نكاح العبد بلاذن سيده بتقريب : ان المستفاد من تلك الرواية ان الفساد من ناحية عدم رضا المالك فاذا رضى يصح العقد

واذا آجر السفية نفسه لعمل فالأظهر الصحة والاحوط الاستبدان من الولي^(١).

لكن في النفس شيء والله العالم .

(١) لعدم دليل على فساد اجارته نفسه ومقتضى الاطلاقات جوازها وصحتها وأفاد سيدنا الاستاد على ما في التقرير - انه لا تصح اجارة السفية نفسه واستدل على المدعى بحديثين أحدهما : ما رواه أبو الحسين الخادم (* ١) بتقريب : ان مقتضى مفهوم الشرطية عدم جواز أمره ان كان سفياً فلا يصح اجارته وهذه الرواية مخدوشة سنداً بأبي الحسين الخادم وقال سيدنا الاستاد ان الظاهر ان المراد بالرجل آدم بن المتوكل الثقة . والانصاف انه لا دليل على هذه الدعوى ولا وجه لهذا الاستظهار فان كثيراً من الرجال الواقعيين في أستاذ الروايات مجاهيل فليكن الرجل منهم وكون آدم يباع اللؤلؤ راوياً عن ابن سنان لا يكون دليلاً على أن الراوي في هذه الرواية آدم بل من المحتمل قوياً انه غيره فلا تصح الرواية سنداً .

ثانيهما : ما رواه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سأله أبي وأنا حاضر عن قول الله عز وجل : « حتى اذا بلغ أشده » قال : الاحتلام قال : فقال : يحتلم في ست عشرة وسبع عشرة سنة ونحوها فقال : لا اذا أتت عليه ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنات وكتبت عليه السيئات وجاز أمره الا أن يكون سفياً أضعفاً الحديث (* ٢) .

والتقريب هو التقريب وهذه الرواية ضعيفة بضعف اسناد الشيخ الى علي بن الحسن بن الفضال . وربما يقال - كما في كلام سيدنا الاستاد - : انه يستفاد المدعى عن عدم جواز تصرفه في ماله لوحدة الملاك . وفيه : ان الملاكات الشرعية مجهولة

(١) لاحظ ص : ٣٠٤

(٢) الوسائل الباب ٤٤ من أبواب أحكام الوصايا الحديث : ٨

(مسألة ٤): اذا استأجر دابة فلا بد من تعيين المحمل واذا استأجر دابة للركوب فلا بد من تعيين الراكب واذا استأجر دابة لحرث جريب من الارض فلا بد من تعيين الارض^(١) نعم اذا كان اختلاف الراكب أو المحمل أو الارض لا يوجب اختلافاً في المالية لم يجب التعيين^(٢).
(مسألة ٥): اذا قال آجرتك الدار شهراً أو شهرين بطلت الاجارة^(٣) واذا قال آجرتك كل شهر بدرهم صح في الشهر الاول وبطل في غيره^(٤).

عندنا والقياس ليس من مذهب الامامية فالحق انه لا اشكال في اجارته نفسه نعم الاحتياط يقتضي الاذن من الولي كما في المتن بل مقتضى الاحتياط عدم نفوذ انشاءه حتى مع الاذن فلاحظ .

(١) ما افاده من فروع اشتراط عدم الغرر في الاجارة وعلى تقدير تمامية الاشتراط ما افاده تام .

(٢) لعدم الغرر .

(٣) لجهالة المنفعة الموجبة للغرر الذي يوجب بطلان العقد هذا على تقدير أن يكون التردد في مقام الاثبات وفي نظر المستأجر وأما في نظر الموجب فمورد الاجارة معلوم وأما ان كان التردد في مقام الثبوت وفي واقع الامر فالجطلان من ناحية عدم تحقق الاجارة اذ لا يتصور تحقق الانشاء وتمليك المنفعة مع التردد في المتعلق فان الاهمال غير معقول في الواقعات فلاحظ .

(٤) بتقريب ان المقتضي للصحة موجود ولا مانع بيان ذلك ان الاجارة بالنسبة الى الشهر الاول معلومة منفعة واجرة فلا غرر ولا جهالة فمقتضى القاعدة الصحة وان قلنا بالفساد بالنسبة الى ما بعده اذ غاية ما يمكن أن يقال ان شرط الصحة بالنسبة

وكذا اذا قال آجرتك شهراً بدرهم فان زدت فبحسابه هذا اذا كان بعنوان الاجارة^(١).

الى ما بعد شهر الاول مفقود والمفروض ان الانشاء واحد ولكن هذا الوجه لا يكون قابلاً لكونه وجهاً للفساد بالنسبة الى الشهر الاول لان المنشأ متعدد وان كان الانشاء واحد ولذا قالوا بصحة البيع بالنسبة الى ما يملك لوباع ما يملك وما لا يملك بانشاء واحد فلا اشكال في صحة الاجارة بالنسبة الى الشهر الاول وأما بالنسبة الى بقية الشهور فتارة يكون متعلق الاجاره مطلقاً وغير محدود واخرى يكون محدوداً وثالثة يكون مهملاً.

أما على الاول فافاد سيد الاستاذ انه لا غرر في هذه الاجارة اذ معلوم عند المتعاقدين تحقق الاجارة على نحو الاطلاق كل شهر بكذا ولكن مع ذلك تكون الاجارة باطلة لمكان الجهالة وقد دل ما رواه أبو الربيع الشامي عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألت عن ارض يريد رجل أن يتقبلها فأي وجوه القبالة أحل؟ قال: يتقبل الارض من اربابها بشيء معلوم الى سنين مسماة فيعمر ويؤدي الخراج فان كان فيها علوج فلا يدخل العلوج في قبالة فان ذلك لا يحل (* ١) على فساد الاجارة في مورد الجهالة وقد مر (* ٢) ان الرواية ضعيفة سنداً فعليه لا بد من الالتزام بالصحة في هذه الصورة وأما على الثاني فايضاً لا بد من الالتزام بالصحة لعدم مانع عنها الا الجهالة ولادليل على كونه مفسدة للعقد وأما على الثالث فلا يتحقق العقد اذ المهمل غير قابل للتحقق فكون الاجارة فاسدة.

(١) افاد سيدنا الاستاذ بانه تارة يكون متعلق الاجارة محدوداً بحد معلوم عند الله تعالى فانه تعالى يعلم مقدار السكونة كعشر سنوات مثلاً ويؤجر العين بهذا

(١) الوسائل الباب ١٨ من أبواب المزارعة والمساقاة الحديث : ٥

(٢) لاحظ ص : ٣٠٧

المقدار من الزمان في مقابل الأجرة المعينة وأخرى يتعلق بالإجارة على السكونة الخارجية أما على الأول فلا وجه للبطلان إلا من ناحية الجهل بالمدة المانع عن صحة العقد وأما على الثاني فمضافاً إلى الجهل بالمدة يشكل من ناحية التعليق إذ المفروض أنه علق الإجارة على السكونة والتعليق يوجب بطلان العقد هذا بالنسبة إلى ما عدا الشهر الأول وأما الشهر الأول فإجارته تامة بلا إشكال .

أقول لا يخفى أن السكونة الخارجية متفرعة على الإجارة وبعبارة أخرى السكونة الخارجية متفرعة على ملكية المنفعة وهي السكونة فكيف يمكن أن تكون مقدمة لها وإن شئت قلت: ملكية المنفعة متفرعة على السكونة الخارجية على الفرض والحال أن السكونة لا تتحقق إلا بلباطن ملكية المنفعة أي السكونة فلا يمكن تصور ما أفاده إلا على نحو الدور إذ تنوقف الإجارة على السكونة والحال أن السكونة مترتبة على ملكية المنفعة نعم يمكن أن يكون المعلق عليه إرادة الإجارة بأن يكون مرجع هذا القول إلى التعليق على إرادة الإجارة بأن يكون المراد من هذه الجملة إجارة الدار بعد الشهر الأول على تقدير إرادة الإجارة وعلى هذا التقدير لا مناص عن الالتزام بالبطلان لمكان التعليق إذ الإهمال في الواقع غير معقول فالإجارة بالنسبة إلى إرادة الطرف بعد شهر أما مطلقاً وأما مهمل وأما مقيد ولا رابع وعلى جميع التقادير لا يتم المدعى أما على الأول فيلزم الخلف إذ المفروض أن الإجارة بمقدار الإرادة وأما على الثاني فلأن الإهمال غير معقول وأما على الثالث فيلزم التعليق الموجب لبطلان العقد على ما بنوا عليه وبنى سيدنا الأستاذ عليه أيضاً فالحق هو البطلان في غير الشهر الأول .

ولقائل أن يقول على فرض كون السكونة الخارجية معلقاً عليها لا يلزم الدور بتقريب أن السكونة الخارجية عنوان لمدة الإجارة فإن مقدار سكونة الخارجية معلوم

أما اذا كان بعنوان الجمالة بأن تجعل المنفعة لمن يعطى درهماً او كان من قبيل الاباحة بالعوض بأن يبيع المنفعة لمن يعطيه درهماً فلا بأس^(١).

عند الله تعالى والاجارة متعلقة بما هو معلوم عند الله فالسكونة الخارجية منفردة على الاجارة بل لزوم الدور ومع ذلك جعل البيع معلقاً عليها في مقام الانشاء ويرد عليه انه لو سكن الدار بعد الشهر الاول فما هو متعلق علم الله تعالى وبعبارة اخرى : يتوقف العلم بمقدار السكونة على تحققها خارجاً اذ العلم تابع للمعلوم لا العكس فيعود الاشكال اذ المفروض ان السكونة لا تتحقق الا على تقدير تمامية الاجارة وملكية المستأجر المنفعة والحال ان الاجارة بنفسها متوقفة على السكونة فلاحظ . وفي المقام رواية وهي ما رواه أبو حمزة عن أبي جعفر عليه السلام قال سألت عن الرجل يكثر الدابة فيقول اكثريتها منك الى مكان كذا وكذا فان جاوزته فلك كذا وكذا زيادة ، ويسمى ذلك قال : لا بأس به كله (* ١) .

ولا يبعد أن يكون الحديث ناظراً الى صورة الاشتراط في ضمن الاجارة بأن يكون المراد اجارة الدابة الى مكان كذا باجرة معينة بشرط أن يكون للمستأجر الاستفادة من الدابة وركوبها اي مقدار اراد باجرة مسماة فلا ترتبط الرواية بمقامنا كي يقال يمكن أن يستفاد منها حكم المقام فانه فرق بين وقوع الاجارة على المسدة المجهولة وبين اشتراط الاستفادة من مورد الاجارة باي مقدار اراد المستأجر فلاحظ .

(١) افاد الماتن انه لا مانع من الصحة اذا كان المراد من العبارة الجمالة أو الاباحة بالعوض فيقع الكلام في موردين المورد الاول أن يكون على نحو الجمالة والظاهر انه لا يمكن مساعدته فان الجمالة عبارة عن جعل شيء بعنوان الجمل على

عمل محترم صادر من الفاعل كما لو قال من كنس داري فله كذا علي وهذا المعنى لا ينطبق على المقام وان شئت قلت: الجعل على من يبذله في مقابل العمل الصادر عن الطرف والعمل الصادر من الطرف في المقام عبارة عن انتفاعه من العين اى السكونة والجعل على عهده فكيف يكون مصداقاً للجعالة .

ان قلت الجعل عبارة عن بذل المنفعة اى السكونة في مقابل عمل محترم وهو بذل الدرهم فيكون منطبقاً على الجعالة قلت : انه مجرد فرض وخيال ولا واقع له اذ المفروض ان بذل الدرهم بلحاظ السكونة لا العكس ولذا لا يرى المالك للدار نفسه مستحقاً للمطالبة الا بعد تحقق السكونة الخارجية وبعبارة اخرى بذل الدرهم بازاء السكونة لا العكس فالحق عدم صحته بعنوان الجعالة .

وأما المورد الثاني وهى الاباحة بالعوض فأفاد سيدنا الاستاد بأنه يمكن اتمامه بقاعدة سلطنة الناس على اموالهم فان المالك كما يمكنه الاباحة مجاناً كذلك له أن يبيع الانتفاع لمن يبذل هذا المقدار فلو بذل يكشف ان عمله كان حلالاً ولو لم يبذل يكشف كونه غاصباً لمال الغير اذ الاضافة تعلق بهذه الصورة الخاصة .

ويرد عليه ان العوضية لو حظت في المقام بحيث يكون المالك يرى نفسه مالكا للدرهم ويمكنه مطالبته والحال ان الامر ليس كذلك اذ نستل بأن السبب للمالكية للدرهم ما هو ؟ نعم يتصور الاباحة لمن يبذل درهماً مجاناً فان بذل كشف عن حلية تصرفه وان لم يبذل كشف عن عدم حليته فيكون ضامناً للاجرة وأما نفقسه بدخول الحمام وامثاله فغير وارد اذ لا يبعد أن تكون هذه الموارد كلها داخلة تحت عنوان اذن المالك في الانتفاع لامجاناً فيكون الشخص ضامناً لاجرة المثل وأما على غير هذا النحو بأن يكون المالك مالكا للعوض فلا دليل عليه والواقع الخارجي يمكن أن يكون ناشياً عن عدم المبالاة بالموازن الشرعية كما ان الامر كذلك

(مسألة ٦) : اذا قال : ان خطت هذا الثوب بدرز فللك درهم وان خطته بدرزين فللك درهمان فان قصد الجعالة كما هو الظاهر صحح^(١) وان قصد الاجارة بطل^(٢) وكذا ان قال ان خطته هذا اليوم

في كثير من الموارد وقليل من عبادي الشكور والله العالم .

(١) لتامة اركانها فلا وجه للبطلان هـ

(٢) الظاهر ان الكلام بين الاصحاب في صحة الاجارة ، بالنسبة الى احديهما لا في صحة كلتا الاجارتين وكيف كان : لا اشكال في فساد كلتا الاجارتين اذا كان المقصود اجارة المستاجر نفسه لكلا الامرين فيما يكون تناف بينهما بحيث لا يمكن الجمع بينهما اذ المستاجر على الفرض غير قادر على كلا العملين فلا يكون مالكا لهما كي يملكهما من غيره وترجيح احدهما على الاخر بلا مرجح فالنتيجة بطلان كلتا الاجارتين كما ان الامر كذلك في نظائر المقام مثلا : اذا باع زيد داره من بكر وفي نفس الوقت باع داره وكيله من شخص آخر يكون كلا العقدین باطلين لعين البيان فهذا لا اشكال فيه كما انه لا اشكال في صحة كلا العقدین فيما لا يكون تناف وتعاقد بين الموردين ويكونان قابلين للجمع وفرضنا ان العقد مركب من كليهما فان كليهما صحيحان بلا كلام لتامة المناط ولكن هذا ليس محلا للكلام ظاهراً .

واما الالتزام بالصحة في احديهما فالظاهر انه لا يمكن اذا الالتزام به يتوقف على وقوع العقد على احديهما والمردد لا واقع له كي يقع مصباً للعقدان قلت : يمكن الاشارة الى متعلق العقد بالعنوان وهو ما يكون معلوما عند الله تعالى فلا وجه للبطلان الا الجهالة واما الفرر فلا قلت : العلم تابع للمعلوم لا العكس فلا بد من فرض العمل كالخياطة مثلا كي يكون متعلقاً لعلمه تعالى فتحقق الاجارة يتوقف على تحقق الخياطة والحال ان الخياطة والالتزام بالخياط بها متوقفة على الاجارة وهذا دور .

فلك درهم وان خطته غداً فلك نصف درهم^(١) والفرق بين الاجارة والجمالة ان في الاجارة تشتغل ذمة العامل بالعمل للمستأجر حين العقد وكذا تشتغل ذمة المستأجر بالعوض ولاجل ذلك صارت عقداً وليس ذلك في الجمالة فان اشتغال ذمة المالك بالعوض يكون بعد عمل العامل من دون اشتغال لذمة العامل بالعمل اهداً ولاجل ذلك صارت ايقاعاً^(٢).

(مسألة ٧) : اذا استأجره على عمل مقيد بقيد خاص من زمان أو مكان أو آلة أو وصف فجاء به على خلاف القيد لم يستحق شيئاً على عمله^(٣) فان لم يمكن العمل ثانياً تخير المستأجر بين فسخ الاجارة

-
- (١) فان حكم الامثال واحد والكلام فيه هو الكلام الجاري في سابقه .
 (٢) كما هو ظاهر فان الاجارة من العقود وأما الجمالة فمن الايقاعات وتعرض لها ولاحكامها انشاء الله تعالى عند تعرض الماتن لها فانتظر .
 (٣) لعدم المقتضي للاستحقاق اذ المفروض ان ما صدر عن الاجير لا يكون مورداً للاجارة وفي المقام رواية رواها محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام قال : سمعته يقول : كنت جالساً عند قاض من قضاة المدينة فأتاه رجلان فقال احدهما : اني تكريت هذا يوافي بي السوق يوم كذا وكذا وانه لم يفعل قال : فقال : ليس له كراء قال : فدعوته وقلت : يا عبدالله ليس لك ان تذهب بحقه ، وقلت للآخر : ليس لك ان تاخذ كل الذي عليه اصطلاحاً فترادا بينكما (* ١) ربما يستفاد منها خلاف القاعدة كما نقل من حواشي ثاني الشهيد بن علي روضته (* ٢) فان المستفاد من

(١) الوسائل الباب ١٣ من أبواب احكام الاجارة الحديث : ١

(٢) جواهر الكلام ج ٢٧ ص ٢٣٠

وبين مطالبة الاجير باجرة المثل للعمل المستأجر عليه ^(١) فان طالبه بها لزمه اعطاؤه اجرة المثل ^(٢) وان امكن العمل ثانياً وجب الاتيان به على النهج الذي وقعت عليه الاجارة ^(٣) واذا استأجره على عمل بشرط بأن كان انشاء الشرط في ضمن عقد الاجارة كما اذا استأجره على خياطة ثوبه واشترط عليه قراءة سورة من القرآن فخاط الثوب ولم يقرأ السورة كان له فسخ الاجارة ^(٤) وعليه حينئذ اجرة المثل ^(٥)

الرواية انه يجب دفع شي من الاجرة والحال ان مقتضى القاعدة الاولى كما في المتن اما الفسخ واما بقاء العقد بحاله واخذ المستأجر اجرة المثل من الاجير .

(١) ما افاده على القاعدة اذ المفروض ان مملكه بالاجارة لم يصل اليه وغير قابل للايصال وبمقتضى الشرط الضمني يثبت له الخيار فيجوز له الفسخ كما انه يمكنه ان لا يفسخ ويطالب الاجير بدفع اجرة مثل العمل .

(٢) اذ قد اتلف مال الغير فهو ضامن للمستأجر فيجب عليه ان يدفع اجرة المثل .

(٣) اذا لاجير موظف باتيان العمل والمفروض امكانه فيجب عليه الاتيان به .

(٤) لتخلف الشرط الموجب لثبوت الخيار .

(٥) اذ المفروض ان عمله محترم ولم يتبرع الاجير بل قام به بلحاظ الاجارة وبعبارة اخرى ان المستأجر ملك العمل في ذمة الاجير بالاجارة قبال الاجرة المسماة والمفروض ان الاجير سلم اليه مملوكه غاية الامر للمستأجر ان يفسخ العقد فاذا فسخ يجب عليه ان يدفع اجرة عمل الاجير لكون عمله محترماً والظاهر ان ضمان المستأجر لاجرة المثل في محل الكلام مورد الاتفاق مضافاً الى ان الضمان لعه موافق للحكم العقلاني ولولا التسالم على المدعى لكان مجال لشبهة وهي انه باي وجه نستدل

وله امضاؤها ودفع الاجرة المسماة ^(١) والفرق بين القيد والشرط ان متعلق الاجارة في موارد التقييد حصّة خاصة مغايرة لسائر المحصن وأما في موارد الاشتراط فمتعلق الاجارة هو طبيعي العمل لكن الالتزام العقدي معلق على الالتزام بما جعل شرطاً ^(٢).

على الضمان في صورة الفسخ اذا الموجب للضمان هي الاجارة والمفروض انه داهما بالفسخ .

ولكن الظاهر لا يمكن الالتزام بها ولا يبعد ان يكون ابداء هذه الشبهة مستنكراً عند العرف والعقلاء ويترتب على الشبهة انه لو آجر شخص نفسه للخدمة عشر سنوات وشرط المستأجر عليه ان يقرء في كل يوم سورة التوحيد مرة فقام الاجير بالخدمة طول المدة ولكن لم يقرء السورة يجوز للمستأجر فسخ الاجارة وعدم دفع الاجرة للاجير لهذه المدة وهل يمكن الالتزام بهذا اللزم ؟

(١) كما هو ظاهر اذ الفسخ جائز لا واجب فاذا لم يفسخ يجب دفع الاجرة المسماة .

(٢) الامر كما ذكره اذ تارة يكون متعلق الاجارة مقيداً اذا الكلي قابل للتقييد فيستأجر الاجير للعمل المقيد كالصلاة في المسجد او قراءة القرآن في الحاضرة العلوية وهكذا واخرى يكون متعلقها مطلقاً غير مقيد بشي غايّة الامر يشترط على الاجير شيئاً كقراءة القرآن مثلاً ويعلق وفائه بالعقد على تحقق ذلك الشرط ففي الحقيقة في امثال المقام تتحقق امور ثلاثة :

الاول : نفس الاجارة الواقعة على موردّها ككنس الدار على الاطلاق الثاني : اشتراط قراءة القرآن في ضمن هذا العقد والمراد بالشرط في ضمن العقد ارتباط العقد بذلك الشرط فان الشرط بماله من المفهوم اشرب فيه الارتباط ولذا يقال

(مسألة ٨) : اذا استاجر منه دابة الى كربلاء بدرهم واشترط له على نفسه انه ان اوصله نهائياً اعطاه درهمين صح ^(١) .

للحبل الرابط بين الشئتين الشريط مثلاً اذا شرط قراءة القرآن في ضمن البيع معناه تعليق البيع على الالتزام بقراءة القرآن وهذا التعليق لا يضر بالعقد اولاً لان التعليق على الامر الموجود فعلاً المعلوم تحققه عند الطرفين لا يضر بالعقد كما لو قال البائع ان كان هذا اليوم يوم السبت تمت وكلا الطرفين يعلمان يكون اليوم يوم السبت ثانياً ان دليل بطلان التعليق مورد الاجماع ولا اجماع في امثلك المقام فلا مانع من صحة العقد ثالثاً اذا كان التعليق بهذا النحو مبطلا يلزم بطلان جميع الشروط الضمنية الاشرط الخيار اذا يتحقق الشرط الضمني الا بهذا النحو من التعليق وكل شرط ضمني بالنحو المذكور يجب الوفاء به لقوله عليه السلام المسلمون عند شروطهم (* ١) .

الثالث الالتزام العقدي على تقدير العمل بالشرط وجعل الخيار على تقدير التخلف الذي يعبر عنه بخيار تخلف الشرط فان البائع اولا يشترط في ضمن البيع قراءة القرآن على المشتري وثانياً يجعل الخيار على تقدير تخلف المشتري عن هذا الشرط وجعل الخيار جائز بالتسالم عند القوم ولولاه يلزم انتفاء خيار تخلف الشرط وانتفاء جعل الخيار ابتداء وهو كما ترى وهذا الذي ذكرناه بعينه يجري في الاجارة اذا عرفت ما ذكرنا تعرف ما افاده الماتن في ذيل المسئلة فلاحظ .

(١) بتقريب انه فعل وعمل مباح في حد نفسه وبوقوع الشرط عليه يجب الوفاء به بمقتضى جواز الشرط ونفوذه والظاهر ان هذا شرط الفعل اي مرجع الشرط الى اعطائه درهماً زائداً على ذلك التقدير فعلى تقدير حصول الشرط يكون الاجير ذاق

وكذا العكس بأن أستاجرها بدرهمين واشترط عليه ان يعطيه درهماً واحداً ان لم يوصله نهائياً صحت ذلك^(١) أما اذا استأجرها على أن يوصله

على المستأجر في اخذ الدرهم ولكن لا تكون ذمة المستأجر مشغولة بالدرهم اذ لم يقع في الخارج ما يقتضي اشتغال ذمته وبعبارة اخرى نفس الشرط ليس مشرعاً وليس من الاسباب بل لا بدوان يكون متعلقه امرأ جائزاً تكليفاً فيما يتعلق بفعل او وضماً فيما يتعلق بالنتيجة فعلى تقدير كون متعلق الشرط تمليك درهم من الاجير يكون الواجب عليه الحكم التكليفي ولا ضمان واما على تقدير تعلق الشرط بالنتيجة بأن يملكه من الان الدرهم على ذلك التقدير يكون هذا التمليك باطلاً اذ لا يدخل تحت احد العناوين المملوكة فان الهبة تتعلق بالعين الخارجية والمفروض انها لم تتعلق بها نعم لو قلنا بتعلق الهبة بما في الذمة بأن تكون الهبة موجبة لاشتغال الذمة بالموهوب امكن تصور الاشتراط على نحو شرط النتيجة وجواز هبة ما هو ثابت في الذمة من غير من هو عليه لا يستلزم جوازها في المقام كما هو الظاهر عند التأمل .

(١) تارة يقع الكلام في حكم هذه الصورة بحسب القواعد واخرى يقع الكلام فيها من حيث ورود النص الخاص اما الكلام فيها من الحيثية الاولى فيشكل الالتزام بالصحة اذ المفروض انه آجره بدرهمين ففي فرض عدم العمل بالشرط نسئل بان المستأجر هل يكون ضامناً لتمام الاجرة ام لا اما على الاول فاي موجب اوجب عدم تسليم الاجرة بتمامها واما على الثاني فما هو الموجب لعدم الاشتغال مع ان الاجارة وقعت على الفرض على درهمين .

وبعبارة اخرى ان المستأجر بعد فرض اشتغال ذمته بمتقضى الاجارة بدرهمين فما يكون سبباً لسقوط درهم من ذمته ان قلنا بسقوطه وان لم يقل بسقوطه فما يكون

نهاراً بدرهمين اوليلا بدرهم بحيث تكون الاجارة على احد الامرين
مردداً بينهما فالاجارة باطلة ^(١).

(مسألة ٩) : اذا استاجرهُ على أن يوصلهُ الى « كربلاء » وكان
من نيته زيارة النصف من شعبان ولكن لم يذكر ذلك في العقد ولم تكن
قرينة على التعيين استحق الاجرة وان لم يوصلهُ ليلة النصف من
شعبان ^(٢).

المجوز في الامساك عن الاداء مع لحاظ ان الشرط بنفسه لا يكون مشرعاً .
واما بلحاظ الحيثية الثانية اى بلحاظ النص الخاص فقد وردت رواية في
المقام وهى ما رواه محمد الحلبي قال كنت قاعداً الى قاض وعنده ابو جعفر عليه
السلام جالس فجاءه رجلان فقال احدهما : اني تكريت ابل هذا الرجل ليحمل لي
متاعاً الى بعض المعادن فاشترطت عليه ان يدخلني المعدن يوم كذا وكذا لانها
سوق اخاف ان يفوتني فان احتبست عن ذلك حططت من الكراء لكل يوم احتبسته
كذا وكذا وانه حبسني عن ذلك اليوم كذا وكذا يوماً فقال القاضي هذا شرط فاسد
وفه كراه فلما قام الرجل اقبل الي ابو جعفر عليه السلام فقال شرط هذا جائز ما لم
يحط بجميع كراه (* ١) تدل على صحة هذا الشرط ومع النص لا كلام كما
هو ظاهر .

(١) قذر الكلام مفصلاً في المردد فراجع .

(٢) الامر كما افاده فان الدواعي القلبية والارادات النفسية لا توجب تأثيراً في
متعلق الاجارة والمفروض ان متعلق الاجارة هو الايصال الى كربلاء وقد تحقق .

فصل وفيه مسائل

(مسألة ١٠) الاجارة من العقود اللازمة لايجوز فسخها^(١) .
الا بالتراضي بينهما أن يكون للفاسخ الخيار^(٢) .

(١) بلاخلاف كما في بعض الكلمات ونقل عليه الاجماع ويدل على المدعى عموم وجوب الوفاء بالعقود ومنها الاجارة مضافاً الى بعض النصوص لاحظ ما رواه ابن يقطين قال سألت ابا الحسن عليه السلام عن الرجل يتكاري من الرجل البيت او السفينة سنة او اكثر من ذلك او اقل قال : الكراء لازم له الى وقت الذي تكري اليه والخيار في اخذ الكراء الى ربها ان شاء اخذ وان شاء ترك (* ١) .

ولاحظ ما رواه اليقطيني انه كتب الى ابي الحسن علي بن محمد العسكري عليهما السلام في رجل دفع ابنه الى رجل وسلمه منه سنة باجرة معلومة ليخيط له ثم جاء رجل فقال : سلم ابنك مني سنة بزيادة هل له الخيار في ذلك ؟ وهل يجوز له ان يفسخ ما وافق عليه الاول ام لا ؟ فكتب عليه السلام يجب عليه الوفاء للاول مالم يعرض لابنه مرض او ضعف (* ٢) .

اضف الى ذلك انه لو كانت الاجارة من العقود الجائزة لشاع وذاع لكثرة الابتلاء بها في جميع الاعصار والامصار فلاحظ .

(٢) ان اتم اجماع تعبدية كاشف فهو والايشكل الالتزام بجريان الاقالة في الاجارة كالبيع وربما يستدل على جريانها بأن حقيقة المعاودة متقومة بالالتزام الطرفين فمع رفع اليد عنها لا يبقى العقد وفيه اولا ان لازم هذا الكلام جواز الفسخ من

(١) الوسائل الباب ٧ من أبواب احكام الاجارة الحديث ١

(٢) الوسائل الباب ١٥ من أبواب احكام الاجارة

الطرف الواحد وبعبارة اخرى هذا الكلام يستلزم عدم لزوم الاجارة وثانياً ان معنى اللزوم حكم الشارع ببقاء العقد وعدم زواله بالفسخ والتقابل .
وربما يستدل على المدعى بما رواه سماعة بن مهران عن أبي عبد الله عليه السلام قال اربعة ينظر الله عز وجل اليهم يوم القيامة : من اقال نادماً ، او اغاث لهفاناً ، او اعتق نسمة ، او زوج عزباً (* ١) .

وهذه الرواية ضعيفة بحمزة بن محمد العلوي اللهم الا ان يقال انه لو قلنا بجواز جعل الخيار لاحد الطرفين من اول الامر فجواز الاقالة بالا ولوية اذ الفسخ الناشي من جعل الخيار رفع اليد عن العقد من جانب واحد فاذا كان هذا جائزاً بمقتضى جعله من اول الامر بالاشتراط فجواز الاقالة بالا ولوية اذ الاقالة مرجعها الى رفع اليد عن العقد من الجانبين انما الاشكال في جعل الخيار باشرطه في ضمن العقد ومنشأ الاشكال انه يستفاد من كلامهم (* ٢) انهم استندوا في جوازه الى نفوذ الشرط والحال ان الشرط لا بد أن يكون في الرتبة السابقة امراً موافقاً للشرع ولولاه لايجوز الاشتراط وعليه يكون اثبات الجواز بدليل الشرط دورياً .

وان شئت قلت : جعل الخيار ان كان جائزاً ومعلوماً من الشرع فلا وجه للاستدلال لجوازه بدليل الشرط وان كان عدم جوازه معلوماً من الخارج فالامر أوضح وان كان جوازه مشكوكاً فيه لا يمكن الاستدلال على جوازه بدليل الشرط اذ التمسك بالعام غير جائز في الشبهة المصداقية بل يمكن احراز عدم جوازه باستصحاب عدم تجويز الشارع هذا الخيار فبالاستصحاب يحرز انه غير قابل للاشتراط .
وبالي انا قد اوردنا هذا الاشكال على جعل الخيار في البيع وعرضائه على

(١) الوسائل الباب ٣ من ابواب آداب التجارة الحديث : ٥

(٢) مستند العروة كتاب الاجارة ص : ١٦٠

والاظهر ان الاجارة المعاطانية ايضاً لازمة ^(١) .

سيدنا الاسناد فأجاب بأنه يمكن احراز جوازه بجواز الاقالة وهذا الوجه غير تام اذ الاقالة فسخ من الطرفين وقد دل الدليل على جوازها في البيع وعلى تقدير تمامية هذا البيان في البيع غير تام في المقام لعدم دليل على جوازها في الاجارة وصفوة القول ان مرجع جعل الخيار الى جعل حق لمن له الخيار وجوازها من قبل الشارع وجعله اول الكلام بل محرز لعدم بالاستصحاب فلا مجال للاستدلال عليه بدليل الشرط فلاحظ فلا بد من التثبت بذيل عناية الاجماع التعبدية الكاشف عن رأي المعصوم عليه السلام فان مثل هذا الاجماع يكون من الادلة الشرعية ويمكن أن يقال ان جعل الخيار عند تخلف الوصف امر عقلائي وقد امضاه الشارع فتأمل . ويمكن الاستدلال على المدعى بالسيرة الجارية بين العقلاء والمتشرعة بالانكير فان هذه السيرة لو لم تكن ممضاة من قبل الشارع لعلم بدليل ولا دليل على الردع وبعبارة اخرى يمكن كشف الامضاء من عدم دليل على الردع والاشاع وذاع مع كثرة الابتلاء وعموم البلوى فلاحظ .

(١) فان مقتضى اطلاق الادلة عدم الفرق بين العقد اللفظي والفعلي بل مقتضى العموم الوضعي المستفاد من وجوب الوفاء بالعقود كذلك فلا بد في رفع اليد عن العموم من وجود مخصص وما يمكن ان يستدل به على التخصيص ماورد في بعض النصوص من حصر المحرم في الكلام ومن تلك النصوص ما رواه الحلبي قال : سئل ابو عبدالله عليه السلام عن الرجل يزرع الارض فيشترط للبذر ثلثاً وللبقر ثلثاً قال : لا ينبغي ان يسمى شيئاً فانما يحرم الكلام (* ١) .

بدعوى ان المستفاد من الرواية ان المحرم منحصر بالكلام . وفيه : ان مدلول الرواية لا يرتبط بالمقام فان المراد منه ولو بقرينة بقية النصوص ان ذكر المقدار

(مسألة ١١) : اذا باع المالك العين المستاجرة قبل تمام مدة الاجارة لم تنفسخ الاجارة بل تنتقل العين الى المشتري مسلوقة المنفعة مدة الاجارة^(١) واذا كان المشتري جاهلاً بالاجارة أو معتقداً قلة المدة فتبين زيادتها كان له فسخ البيع^(٢) وليس له المطالبة بالارش^(٣) واذا فسخت الاجارة رجعت المنفعة الى البايع^(٤) ولا فرق فيما ذكرناه من عدم انفساخ الاجارة بالبيع بين أن يكون البيع على المستاجر وغيره^(٥).

(مسألة ١٢) : ادا باع المالك العين على شخص وآجرها وكيله

بهذا النحو ممنوع ولا بد من ذكره بعنوان الثلث أو النصف ونحوهما وان كانت النتيجة واحدة فلاحظ .

(١) اذلاوجه للانفساخ فان الثمن مقابل العين والمفروض انها انتقلت الى المشتري بالبيع غاية الامر تكون مسلوقة المنفعة .

(٢) للشرط الضمني الارتكازي هذا اذا كان جاهلاً واما مع العلم فقد اقدم على اشتراء العين بلامنفعة في مدة الاجارة ومع اقدمه عالماً لا يبقى موضوع للخيار ولا يخفى ان الالتزام بالخيار بعد غمض النظر عن الاشكال المتقدم وهو ان جعل الخيار يحتاج الى قيام دليل عليه ولا يمكن اثباته بدليل جواز الشرط .

(٣) لعدم الدليل عليه فان الارش في باب البيع قد ثبت بالدليل الخاص .

(٤) كما هو مقتضى القاعدة .

(٥) لوحدة حكم الامثال .

مدة معينة على شخص آخر واقرن البيع والاجارة زماناً بطلت الاجارة وصح البيع مسلوب المنفعة مدة الاجارة ويثبت الخيار حينئذ للمشتري^(١).

(مسألة ١٣) : لا تبطل الاجارة بموت المؤجر ولا بموت المستاجر^(٢).

(١) بتقريب : ان الاجارة تقتضي انتقال المنفعة الى المستاجر. والبيع يقتضي انتقالها الى المشتري ببيع العين فيقع التزاحم بين الامرين ولا ترجيح لاحدهما على الآخر فيسقط كل واحد منهما فالنتيجة هو انتقال المبيع الى المشتري بلا منفعة ويترتب عليه خيار الفسخ لتخلف الوصف الموجب لثبوت الخيار . وفيه : ان الاجارة تقتضي انتقال المنفعة الى المستاجر وأما البيع فلا يقتضي انتقالها الا ببيع العين فان المبيع اذا كان ذا منفعة ينتقل الى المشتري مع تلك المنفعة وأما مع عدم المنفعة فلا موضوع للتبعية وان شئت قلت : ما لا اقتضاء له لا يعارض ما فيه الاقتضاء فالحق أن يقال : يصح البيع والاجارة غاية الامر يثبت للمشتري الخيار على ما هو المقرر عندهم فلا حظ .

(٢) لعدم المقتضي للبطلان فان الاجارة بحالها وربما يقال بالبطلان بموت الموجر استناداً الى رواية ابراهيم بن محمد الهمداني قال : كتبت الى أبي الحسن عليه السلام وسألته عن امرة آجرت ضيعتها عشر سنين على أن تعطي الاجارة «الاجرة خ ل» في كل سنة عند انقضاءها لا يقدم لها شيء من الاجارة «الاجرة خ ل» ما لم يمض الوقت فماتت قبل ثلاث سنين أو بعدها هل يجب على ورثتها انفاذ الاجارة الى الوقت أم تكون الاجارة منقضية بموت المرأة ؟ فكتب : ان كان لها وقت مسمى لم يبلغ فماتت فلو ورثتها تلك الاجارة فان لم تبلغ ذلك الوقت وبلغت تلك أو نصفه

حتى اذا استاجر داراً على أن يسكنها بنفسه فمات ^(١) واذا آجر نفسه للعمل بنفسه فمات قبل مضي زمان يتمكن فيه من العمل فلانها تبطل ^(٢) وكذا اذا آجر البطن السابق من الموقوف عليهم العين الموقوفة فانقرضوا قبل انتهاء مدة الاجارة ^(٣) واذا آجرها البطن السابق ولاية منه على العين لمصلحة البطون جميعها لم تبطل بانقراضه ^(٤) وكذا اذا آجر نفسه للعمل بلا قيد المباشرة فانها لا تبطل بموته اذا كان متمكناً منه ولو بالتسبيب ^(٥) ويجب حينئذ اداء العمل من تركته كسائر الديون ^(٦).

أو شيئاً منه فتعطى ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت انشاء الله (* ١) وهذه الرواية ضعيفة سنداً فلا تتصل النوبة الى ملاحظة دلالتها على المدعى .

(١) بمعنى انه يشترط عليه أن يسكن الدار بنفسه فانه بمقتضى الشرط لا يجوز له اسكان الغير ولا وجه للبطلان بعد موته .

(٢) اذ المفروض ان المؤجر لابد أن يكون مالكا للمنفعة كي يمكنها تمليكها من الغير والمفروض في المقام انه لم يكن مالكا لها فلا تصح الاجارة .

(٣) لعين الملاك اذ بالانقراض يكشف عدم كونهم مالكين للمنفعة فلاموضوع للاجارة وصحتها .

(٤) لصور الاجارة من أهلها فلا وجه للبطلان .

(٥) اذ المفروض قدرته على القيام بمورد الاجارة فتصح .

(٦) فانه من ديونه فيجب الاداء والظاهر من عبارة المتن انه يجب اداء نفس الفعل وللنقاش فيه مجال فانه اي دليل أوجب اداء نفس الفعل على الورثة فان

(مسألة ١٤) : اذا آجر الولي مال الصبي في مدة تزيد على زمان بلوغه صحح^١ واذا آجر الولي الصبي كذلك ففي صحتها في الزيادة اشكال^٢ حتى اذا قضت ضرورة الصبي بذلك^٣ .

الدليل دل على أن الارث بعد الدين والوصية ومن الظاهر انه لا يكون دين الميت وهو الفعل في المقام على نحو الشركة في التركة بالاشاعة فانه غير معقول كما انه ليس على نحو الكلي في المعين اذ الشركة بذلك النحو بنصور في الجنس الواحد الشامل لكل واحد من أفراد كصاع من الصبرة حيث يصدق على كل صاع صاع بل الشركة في المقام على نحو الشركة في المالية فان المستاجر شريك فيما تركه الميت بهذا المقدار فباي دليل نستدل على وجوب اداء الفعل عليهم الآن يقال: بأن مقتضى الكتاب والسنة ان الارث بعد الدين والمفروض ان دينه الفعل الكذائي فما دام لم يدفع الدين اي الفعل الخاص لا يجوز التصرف فيما ترك للوارث فيجب اداء نفس الفعل ولتفصيل البحث مجال آخر .

(١) فانه مقتضى ولايته على ماله فكما يجوز له أن يبيع داره اذا كان البيع مصلحة له كذلك يجوز اجارة أمواله مدة تشتمل زمان بلوغه فان الصحة على القاعدة ظاهراً .

(٢) لعدم الدليل على ولايته عليه بالنسبة الى ما بعد بلوغه وان شئت قلت : فرق بين الولاية على مال الصبي وبين الولاية على البالغ فان التصرف في ماله مع المصلحة جاز وأما التصرف في نفسه بالنسبة الى زمان بلوغه فلا دليل عليه فلا تصح الاجارة .

(٣) فان الضرورة لا تقتضي سعة دائرة ولاية الولي نعم ربما يقال - كما في

(مسألة ١٥) : اذا آجرت المرأة نفسها للخدمة مدة معينة فتزوجت في أثنائها لم تبطل الاجارة وان كانت الخدمة منافية لحق الزوج^(١) واذا آجرت نفسها بعد التزويج توقفت صحة الاجارة على اجازة الزوج فيما ينافي حقه^(٢) ونهذت الاجارة فيما لا ينافي حقه^(٣).

كلام سيدنا الاستاد - (* ١) « بأنه لو اقتضت الضرورة يدخل المقام في الامور الحسبية والمرجع فيها الحاكم الشرعي ويجوز له التصدي اذ هو الولي العام في الامور » .

وما أفاده لا يختص بالمقام بل هذا الملاك جار في جميع الموارد ويترتب عليه انه لو اقتضت الضرورة ان يزيد أطلاق زوجته ولا يطلق يجوز أن يطلق الحاكم زوجته مع ان الطلاق بيد من أخذ بالساق واذا وصلت النوبة الى هنا وقلنا بالولاية للحاكم بهذا المقدار فنقول : مقتضى هذا البيان أن يكون للحاكم تغيير الاحكام من حيث شرائطها ومواردها وهل يمكن الالتزام بهذا اللازم وما الفرق بين طلاق الحاكم زوجة زيد بلاذنه وو كآلته وبين الحكم بطهارة المحل النجس بلا تطهيره بالمطهر؟ ومن اين يثبت هذه الولاية للحاكم ؟

(١) اذ حين الاجارة كانت مختارة بالنسبة الى نفسها فالاجارة وقعت من اهلها وفي محلها والزواج وقع على المرأة التي تكون مسلوقة المنفعة .

(٢) بتقريب : انها داخلة في الفضولي فلا تصح الا باذن الزوج ويشكل بأن الرضا المتأخر من الزوج لا يغير ما وقع عما هو عليه فاذا وقع فاسداً فكيف يصح لكن قد تقدم في بحث الفضولي في كتاب البيع جوازه بالنص الخاص فراجع .

(٣) لوجود المقتضي وعدم المانع فتصح .

(مسألة ١٦) : إذا آجر عبده أو أخته للمخدمة ثم أعققه قبل انتهاء مدة الاجارة لم تبطل الاجارة^(١) وتكون نفقته في كسبه ان أمكن له الاكتساب لنفسه في غير زمان الخدمة^(٢) وان لم يمكن فعلى المسلمين كفاية^(٣).

(مسألة ١٧) : إذا وجد المستأجر في العين المستأجرة عيباً فإن كان عالماً به حين العقد فلا أثر له^(٤) وان كان جاهلاً به فإن كان موجباً لفوات بعض المنفعة كخراب بعض بيوت الدار قسطنت الاجرة ورجع على المالك بما يقابل المنفعة الفائتة وله فسخ العقد من أصله^(٥) هذا اذا لم يكن الخراب قابلاً للانتفاع ولو بغير السكنى

- (١) لعدم وجه للبطلان.
- (٢) إذ المفروض انه يمكنه الاكتساب والارتزاق فعليه حفظ نفسه وتعيته .
- (٣) فان حفظ النفس المحترمة واجب كفاية ولكن لا يبعد ان يكون الوجوب الكفائي المذكور بعد عدم امكانه اعطائه من بيت المال وحيث ان المسألة ليست محللاً للاقتلاء فلا وجه لاطالة الكلام فيها وتطويلها .
- (٤) اذ مع العلم اقدم فلا خيار له كما انه لا مجال لسقوط الاجرة بالنسبة اذ مع العلم اقدم على استيجار العين على هذه الحالة والصفة
- (٥) نتائج تبعض الصفقة في المبيع ولكن الظاهر ان هذا الحكم يختص بمورد يكون التسيط ملحوظاً كما هو كذلك في اجارة الفنادق والمساكن المعدة لنزول الزوار والمسافرين واما ان لم يكن كذلك فلا مجال للتسيط بل يثبت الخيار فقط بمقتضى الاشتراط الارتكازي ولا يبعد ان يقال بفساد الاجارة في هذا الفرض لانتفاء

والا لم يكن له الاختيار العيب^(١) وان كان العيب موجبا لعيب في
المنفعة مثل عرج الدابة كان له الخيار في الفسخ^(٢) وليس له مطالبة
الارش^(٣) وان لم يوجب العيب شيئا من ذلك لكن يوجب نقص
الاجرة كان له الخيار^(٤) ولا ارش^(٥) وان لم يوجب ذلك ايضاً فلا
خيار ولا ارش^(٦) هذا كانت العين شخصية اما اذا كان كلباً وكان
المقبوض معيباً كان له المطالبة بالصحيح^(٧) ولا خيار في الفسخ^(٨)
واذا تعذر الصحيح كان له الخيار في أصل العقد^(٩) . واذا وجد

مورد الاجارة على الفرض .

(١) لم يظهر لي وجه هذا التفصيل اذ لو وقعت الاجارة على السكنى فلا اثر
لقابلية المكان لانفتاح منفعة اخرى واذا كانت الاجارة لمطلق الانتفاع فلا وجه للتفريط
بل يثبت الخيار فقط الا ان يقال : بأن محل الكلام ما لو وقعت الاجارة في قبال مطلق
الانتفاع وعلى هذا التقدير لو كان الخراب لا يكون قابلاً للسكنى بل يكون قابلاً للانتفاع
منه نقماً آخر غير السكنى لم يكن موقع للتفريط واما اذا لم يكن قابلاً للانتفاع
على الاطلاق فالتفريط في محله .

(٢) لاجل الاشتراط الارتكازي .

(٣) لعدم الدليل عليه فان جواز مطالبة الارش تتوقف على قيام دليل خاص .

(٤) فانه مغبون ويكون له خيار الغبن .

(٥) كما مر آنفاً مع وجهه .

(٦) لعدم مقتضى لا للخيار ولا للارش فلاحظ .

(٧) اذا المفروض ان مورد الاجارة كلي وقابل للانطباق على فرد آخر فيطالبه بدفعه .

(٨) لعدم موجب له .

(٩) للاشتراط الضمني .

المؤجر عيباً في الاجرة وكان جاهلاً به كان له الفسخ وليس له المطالبة بالارش واذا كانت الاجرة كلياً فقبض فرداً معيباً منها فليس له فسخ العقد بل له المطالبة بالصحيح فان تعذر كان له الفسخ^(١).

(مسألة ١٨) : يجري في الاجارة خيار الغبن وخيار الشرط حتى للاجنبي^(٢) وخيار العيب وخيار تخلف الشرط وتبعض الصفقة وتعذر التسليم^(٣) والتفليس^(٤) والتدليس والشركة وخيار شرط رد العوض

(١) الكلام فيه هو الكلام بلا فرق فلاحظ .

(٢) اذ جريان هذين الخيارين وامثالهما في البيع ليس بلحاظ دليل خاص بل المدرك في ثبوتهما الاشتراط الضمني الارتكازي وبعبارة اخرى : بعد البناء على جواز جعل الخيار شرعاً يثبت الخيار بالشرط الارتكازي الذي يكون في قوة الذكر وبعبارة واضحة يكون مقدراً في الكلام ولكن الانصاف ان الجزم بالجواز بالنسبة الى جعله للاجنبي في غايه الاشكال بل لوجه له .

(٣) فان الميزان الكلي في الجريان وعدمه ان الخيار ان كان من باب الاشتراط الضمني فلا فرق بين البيع والاجارة لوحدة المناط وتحقق الاشتراط في كلا المقامين كخيار العيب واشباهه وان كان لدليل خاص كخيار المجلس والحيوان فلا يجري في الاجارة لاختصاصهما بالبيع بمقتضى دليلهما .

(٤) ادعي عليه عدم الخلاف وربما يستدل عليه - كما في كلام سيدنا الاستاد - بما رواه عمر بن يزيد عن أبي الحسن عليه السلام قال : سألت عن الرجل يركبه الدين فيوجد متاع رجل عنده بعينه قال : لا يحاصه الغرماء (* ١) .

نظير شرط رد الثمن^١ ولا يجري فيها خيار المجلس ولا خيار الحيوان^٢.

(مسألة ١٩) : اذا حصل الفسخ في عقد الايجار ابتداء المدة فلا اشكال^٣ واذا حصل اثناء المدة فالاقوى كونه موجباً لانفساخ العقد في جميع المدة فيرجع المستأجر بتمام المسمى ويكون للمؤجر اجرة المثل بالنسبة الى ما مضى^٤.

بتقريب ان المستفاد من الحديث باطلاقه شمول الحكم للأجرة . والانصاف ان شمول الرواية للأجرة محل الاشكال فان الظاهر من الرواية بيان حكم مورد يكون قابلاً للمحاصة والحال ان العين المستأجرة مملوكة للمؤجر فلا مجال للمحاصة.
(١) قد تقدم وجهه وقلنا ان المنشأ للخيار الاشتراط الارتكازي .

(٢) لما ذكرنا من اختصاص الدليل بمورده وهو البيع .

(٣) كما هو ظاهر اذا المفروض ان له الخيار فيفسخ العقد من اول المدة فيرجع كل من العوضين الى مالكة الاولى .

(٤) قال سيدنا الاستاد : « هذا الحكم المنسوب الى المشهورا عني الصحة فيما مضى المستتبعة لاستحقاق المسمى واختصاص الفسخ بما بقي مبني على القول بأن الفسخ انما يؤثر من حينه وهذا وان كان صحيحاً في الجملة بمعنى ان الانفساخ انما يحكم به من حين تحقق الفسخ وانشائه خارجاً فلا اثر قبل حدوثه فانه سائلة بانقضاء الموضوع الا ان الكلام في ان تأثيره هل هو من الان فيترتب عليه انحلال العقد من حين صدور الفسخ او انه من الاصل ومبدء انعقاد العقد بحيث يفرض العقد الواقع كانه لم يكن ونتيجته استرجاع تمام الأجرة المسماة وهذا هو الاظهر لما عرفت فيما مر من ان مرجع جعل الخيار اما مطلقاً او مشروطاً بحصول شيء الى ان

التزامه باصل العقد منوط ومعلق على عدم الفسخ اما معه فلا يلتزم به من الاول .
وعليه فاذا فرضنا حصول سبب الفسخ وقد فسخ المستأجر خارجاً فمحتاه انه
لم يكن ملتزماً بالعقد الموجود بينهما من لدن حدوثه فالانشاء وان كان من الان
الا ان اثره من الاول فالتأخر انما هو في انشاء الفسخ وابرار حل العقد وهذا نظير
الاجازة في العقد الفضولي فان الامضاء وان كان متأخراً الا ان متعلقه هو البيع السابق
فمن الان يحكم بصحة ما وقع في ظرفه فلا جرم يترتب الاثر عليه من الاول .
وعليه فبعد الفسخ يفرص العقد كان لم يكن ونتيجته استرجاع تمام الاجرة المسماة
كما عرفت ولزوم رد المستأجر اجرة المثل للمنافع السابقة بعد امتناع استردادها
بانفسها وعدم ذهاب مال المسلم هدراً فمثلاً لو كان المستأجر مغبواً ففسخ من اجل
تخلف الشرط الضمني الارتكازي الذي هو المستند الصحيح في ثبوت هذا الخيار
لاقاعدة نفى الضرر وغيرها مما هي مخدوشة برمتها حسبما ذكر في محله فالفسخ
المزبور على القول المشهور انما يؤثر في استرجاع الاجرة في المدة الباقية فلو
استأجر الدار ستة كل شهر بمائة فتبين بعد ستة اشهر ان قيمتها العادلة كل شهر بخمسين
يسترجع بعد فسخه اجرة الستة اشهر الباقية .

واما على المختار فيفسخ العقد من اصله ويسترجع تمام الاجرة المسماة بكاملها
ويرد الي الموجد اجرة المثل للستة اشهر الماضية فان هذا هو مقتضى فرض العقد
المزبور في عالم الاعتبار كانه لم يقع بينهما ومنه تعرف ان ما ذكره في المتن من
قوله قده : « ويحتمل قريباً . . . الخ » هو المتعين الذي لا ينبغي التردد فيه نعم
في خصوص شرط الخيار فيما لو استأجر داراً مثلاً وشرط لنفسه الخيار متى شاء
لايعد قيام الارتكاز العرفي على ارادة اختصاص الفسخ بالمدة الباقية دون ماضى
فان الفسخ من الاصل على خلاف البناء العرفي والديدن الجاري بينهم في هذا

الخيار خاصة كما لا يخفى اذا العقد سنة مثلاً ينحل في الحقيقة الى عقود في شهور وشروط الخيار الناشيء غالباً من التردد في الاستمرار لاحتمال مفرا وشراء داوونحو ذلك من دواعي جعل الخيار ناظر بحسب فهم العرف بمقتضى متركز انهم الى التمكن من الفسخ في بقية المدة مع البناء منهم على امضاء ما مضى كما مضى واما في غير هذا النوع من الخيار مثل ما تقدم من خيار الغبن فالظاهر ان مقتضى الفسخ انحلال العقد من اصله حسبما ما عرفت « (* ١) » .

وما افاده مبني على ما اختاره من ان جعل الخيار مرجعه الى ان الالتزام بالعقد منوط ومعلق على عدم الفسخ ومع الفسخ يكشف عن عدم الالتزام بالعقد ومع فرض عدم الالتزام بالعقد لا مجال للصحة بالنسبة الى بعض المدة فهذا اساس ما افاده في المقام والظاهر انه غير تام فان العقد غير معلق على عدم الفسخ بل العقد يتحقق على الاطلاق ولو مع العلم بالفسخ ولا تنافي بين الامرين اذ الفسخ رفع للامر الثابت . وان شئت قلت : الفسخ يتوقف على بقاء العقد وتحققه وثبوته فكيف يمكن ان يكون العقد مطلقاً على عدمه ؟ وبعبارة واضحة : كيف يعقل ان يكون العقد متوقفاً على عدم الفسخ والحال ان الفسخ متوقف على العقد فما افاده غير تام .

وقال في العروة : « اذا حصل الفسخ في اثناء المدة باحد اسبابه تثبت الاجرة المسماة بالنسبة الى ما مضى ويرجع منها بالنسبة » الخ .

وقال سيد المستمسك قدس سره في هذا المقام في جملة كلام له : « بل يظهر من كلماتهم انه من المسلمات وقد ادعى بعض الاعيان ظهور اتفاقهم عليه » (* ٢) .
والحق ما افاده سيد العروة قدس سره فان الفسخ من الحين كما ان الامر كذلك

(١) مستند العروة كتاب الاجارة ص : ١٢٨ - ١٨٠

(٢) مستمسك العروة ج ١٢ ص : ٥١

فصل وفيه مسائل :

إذا وقع عقد الاجارة ملك المستأجر المنفعة في اجارة الاعيان والعمل في الاجارة على الاعمال بنفس العقد وكذا المؤجر والمؤجر
يملك الاجارة بنفس العقد^(١) لكن ليس للمستأجر المطالبة بالمنفعة أو العمل الا في حال تسليم الاجارة وليس للاجير والمؤجر المطالبة بالاجارة الا في حال تسليم المنفعة^(٢) ويوجب على كل منهما تسليم ما عليه تسليمه^(٣) الا اذا كان الاخر ممتنعاً عنه^(٤) وتسليم المنفعة يكون بتسليم العين وتسليم العمل فيما لا يتعلق بالعين باتمامه وفيما يتعلق بالعين يكون بتسليم العين بمعنى التخلية بينها وبين المالك مع اتمام

في البيع فلاحظ .

(١) كما هو ظاهر فان الاجارة تمليك المنفعة بالاجارة والمفروض تحققها فيترتب عليها انتقال كل من العوضين الى الطرف الاخر . وبعبارة اخرى : العقد والمعاوضة يفتضيان انتقال كل من العوضين الى المقابل كالبيع المقتضي لانتقال العين الى المشتري والتمن الى البائع وفي المقام عقد الاجارة يفتضي انتقال المنفعة الى ملك المستأجر والاجارة الى ملك المؤجر .

(٢) بمقتضى الشرط الارتكازي .

(٣) اذ يجب على كل احد تسليم ما عليه واداء دين يكون في رقبته .

(٤) فلا يجب باعتبار الاشتراط الضمني العقلاني .

العمل فيها^(١) وليس للاجبر المطالبة بالاجرة قبل اتمام العمل الا اذا كان قد اشترط تقديم الاجرة صريحاً أو كانت العادة جارية على ذلك^(٢) وكذا ليس للمستأجر المطالبة بالعين المستأجرة أو العمل المستأجر عليه مع تأجيل الاجرة الا اذا كان قد شرط ذلك وان كان لاجل جريان العادة عليه^(٣) واذا امتنع المؤجر من تسليم العين المستأجرة مع بذل المستأجر الاجرة جاز للمستأجر اجباره على تسليم العين^(٤) كما جاز له الفسخ وأخذ الاجرة اذا كان قد دفعها^(٥) وله ابقاء الاجارة والمطالبة بقيمة المنفعة الفائتة^(٦) وكذا اذا دفع المؤجر العين ثم أخذها من المستأجر بلا فصل أو في أثناء المدة^(٧) ومع الفسخ في الاثناء يرجع بتمام الاجرة^(٨)

(١) كما هو ظاهر .

(٢) اذ المفروض انه لم يسلم ما عليه فلا يستحق المطالبة الا في صورة اشتراط التقديم فله المطالبة بمقتضى الاشتراط الصريح أو بلحاظ القرينة العامة والعادة الخارجية أو القرينة الخاصة .

(٣) الكلام فيه هو الكلام .

(٤) فان جواز الاجبار على تسليم الحق أمر واضح .

(٥) بمقتضى الخيار المجعول بالشرط الضمني .

(٦) اذ الفسخ ليس واجباً فاذا لم يفسخ له المطالبة بقيمة المنفعة الثالثة فان من أنلف مال الغير فهو له ضامن فله اجبار الطرف باداء القيمة .

(٧) لعين الملاك .

(٨) اذ بالفسخ ينحل العقد من الاصل على ما هو الحق فيتحقق تمام الاجرة بالفسخ

وعليه اجرة المثل لما مضى^(١) وكذا الحكم فيما اذا امتنع المستأجر من تسليم الاجرة مع بذل المؤجر للعين المستأجرة^(٢).

(مسألة ٢٠) : اذا كان العمل المستأجر عليه في العين التي هي بيد الاجير فتلفت العين بعد تمام العمل قبل دفعها الى المستأجر من غير تفريط استحق الاجير المطالبة بالاجر فاذا كان أجيراً على عيطة ثوب لتلف بعد الخياطة وقبل دفعه الى المستأجر استحق الاجير مطالبة الاجرة^(٣) فاذا كان الثوب مضموناً على الاجير استحق عليه المالك قيمة الثوب مخيطةً والا لم يستحق عليه شيئاً^(٤) ويجوز للاجير

فيرجع كل من العوضين الى مالكة وبعبارة اخرى : ينحل عقد الاجارة بالفسخ فكأنه لم تقع الاجارة فيرجع كل من العوضين الى مالكة لكن حيث ان رجوع المنفعة غير معقول تصل النوبة الى البذل فلاحظ .

(١) اذ فرض انتفاعه بمال الغير لا مجاناً فيكون ضامناً لاجرة المثل على ما هو المقرر .

(٢) الكلام فيه هو الكلام .

(٣) اذ المفروض ان العمل المستأجر عليه الخياطة مثلاً وجعل الثوب مخيطة وقد حصل وتحقق في الخارج فيستحق الاجرة على القاعدة وبعبارة اخرى : ان ما على الاجير ايجاد صفة خاصة في العين كجعل الثوب مخيطة والمفروض تحقق الفعل والعمل اللازمين عليه فلا مانع من الاستحقاق ومن ناحية اخرى فرض انه ليس ضامناً كما لو كان التلف باقة سماوية بغير تفريط من الاجير .

(٤) الامر كما أفاده لان المفروض ان العين موصوفة بهذه الصفة مملوكة

بعد اتمام العمل حبس العين الى أن يستوفى الاجرة^(١) واذا حبسها لذلك فتلفت من غير تفريط لم يضمن^(٢) .

(مسألة ٢١) : اذا تلفت العين المستأجرة قبل انتهاء المدة بطلت الاجارة فان كان التلف قبل القبض أو بعده بلا فصل لم يستحق المالك على المستأجر شيئاً^(٣) وان كان بعد القبض بمدة كان للمستأجر الخيار في فسخ الايجار^(٤) فان فسخ رجع على المؤجر بتمام الاجرة المسماة وعليه للمؤجر اجرة المثل بالنسبة الى المدة الماضية^(٥) وان لم يفسخ قسّطت الاجرة على النسبة وكان للمالك حصة من الاجرة على نسبة المدة^(٦) هذا اذا تلفت العين بتمامها وأما اذا تلف بعضها

لمالكها فعلى تقدير الضمان يكون الاجير ضامناً للشوب المخيط مثلاً وعلى فرض عدم الضمان يتحقق اجرته بلا ثبوت شيء عليه اما استحقاق الاجرة فلأجل القيام بما عليه من العمل وإيجاده في الخارج واما عدم الضمان فلعدم موجه .

(١) بمقتضى الشرط الضمني .

(٢) لكونه مأذوناً في الحبس وعدم الدفع فلا تكون يده يد ضمان فلا ضمان .

(٣) فان تلف العين يكشف عن عدم كون المالك مالكا للمنفعة فلا موضوع لتمليك المنفعة وان شئت قلت : يكشف التلف عن بطلان الاجارة من اول الامر .

(٤) للتبعض .

(٥) اذ الانحلال بالفسخ من الاصل فيستحق مطالبة تمام الاجرة غاية الامر يكون

ضامناً للمالك بالنسبة الى تلك المدة اجرة المثل .

(٦) الامر كما افاده فان التقسيط مع عدم الفسخ على القاعدة .

ولم يمكن الانتفاع به تبطل الاجارة بنسبته من اول الامر أو في أثناء المدة ويثبت الخيار للمستأجر حينئذ ايضاً ^(١) .

(مسألة ٢٢) : اذا قبض المستأجر العين المستأجرة ولم يستوف

منفعتها حتى انقضت مدة الاجارة كما اذا استأجر دابة أو سفينة

للكوب أو حمل المتاع فلم يركبها ولم يحمل متاعه عليها أو استأجر

داراً وقبضها ولم يسكنها حتى مضت المدة استقرت عليه الاجرة ^(٢)

وكذا اذا بذل المؤجر العين المستأجرة فامتنع المستأجر من قبضها

واستيفاء المنفعة منها حتى انقضت مدة الاجارة ^(٣) وكذا الحكم في

الاجارة على الاعمال فانه اذا بذل الاجير نفسه للعمل وامتنع المستأجر

من استيفائه كما اذا استأجر شخصاً لخطاطة ثوبه في وقت معين فها

الاجير نفسه للعمل فلم يدفع المستأجر اليه الثوب حتى مضى الوقت

فانه يستحق الاجرة ^(٤) سواء اشتغل الاجير في ذلك الوقت بشغل لنفسه

أو غيره أم لم يشتغل ^(٥) كما لا فرق على الاقوى في الاجارة الواقعة

(١) الكلام فيه هو الكلام فلاوجه للاعادة فلاحظ .

(٢) اذا لوجه لعدم الاستقرار ولا موجب للخيار كما هو ظاهر واضح وبعبارة

اخرى : عدم استيفاء المالك من مملوكه لا يقتضي فساد العقد او الخيار .

(٣) الكلام فيه هو الكلام .

(٤) فان حكم الامثال واحد .

(٥) لعدم وجه للتفريق بين الموارد فان كلها من باب واحد .

على العين بين أن تكون العين شخصية مثل أن يؤجره الدابة فيبذلها المؤجر للمستأجر فلا يركبها حتى يمضي الوقت وأن تكون كلية كما إذا آجره دابة كلية فسلم فرداً منها اليه أو بذله له حتى انقضت المدة فانه يستحق تمام الاجرة على المستأجر^(١) كما لا فرق في الاجارة الواقعة على الكلي بين تعيين الوقت وعدمه اذا كان قد قبض فرداً من الكلي بعنوان الجري على الاجارة فان الاجرة تستقر على المستأجر في جميع ذلك وان لم يستوف المنفعة^(٢) هذا اذا كان عدم الاستيفاء باختياره أما اذا كان لعذر فان كان عاماً مثل نزول المطر المانع من السفر على الدابة أو السفينة حتى انقضت المدة هطلت الاجارة وليس على المستأجر شيء من الاجرة^(٣) وان كان العذر خاصاً بالمستأجر كما اذا مرض فلم يتمكن من السفر فلا اشكال في الصحة فيما لم تشترط فيه المباشرة^(٤) بل الاقوى الصحة فيما اذا

(١) لعين الملاك المذكور في الشخصي فانه لا فرق بين الشخصي والكلي من هذه الجهة .

(٢) فانه لا وجه لعدم استقرار الاجرة كما انه لا وجه للخيار فان اركان الاجارة قامة غايه الامر ان المستأجر فوت على نفسه ما ملك بالاجارة .

(٣) اذ في هذه الصورة لا يكون المالك مالكا لتلك المنفعة كي يملكها من غيره فتكون الاجارة فاسدة فلا موضوع للاجرة .

(٤) اذ لا وجه لتوهم الفساد والاشكال فان المفروض ان مورد الاجارة قابل للانتفاع كما ان المفروض وقوع الاجارة بلحاظ تلك المنفعة المقصودة وايضاً فرض

اشترطت مباشرته في الاستيفاء أيضاً^(١) الا اذا كان العذر على نحو
يوجب بطلان الاجارة اذا كان حاصله قبل العقد^(٢) فلذا استأجره
لقلم ضرره فبرىء من الا لم بطلت الاجارة^(٣).

عدم اشتراط المباشرة .

(١) اذ غاية ما يمكن ان يقال ان الشرط متعذر الحصول فيكون فاسداً والشرط
الفاسد يفسد العقد وفيه : اولاً ان الحق ان الشرط الفاسد لا يفسد العقد بل غايته
ثبوت الخيار عند التخلف والوجه فيه انه لا مقتضي لسراية فساد الشرط الى نفس
العقد فان العقد لو علق على الالتزام بالحرمان كشرط الخمر يتحقق العقد لتحقيق
المعلق عليه وهو الالتزام لكن هذا الالتزام لا يجب الوفاء به لحرمة وعند التخلف
يثبت الخيار بالا شرط الضمني فالشرط الفاسد لا يكون مفسداً .

وثانياً : ان المقام لا يكون داخل تحت تلك الكبرى اذ مرجع هذا الاشتراط
الى عدم انتفاع الغير مثلاً لو استأجر داراً واشترط الانتفاع منها مباشرة يكون مرجع
هذا الاشتراط الى عدم اسكان الغير في الدار ولا يكون معناه ان يسكنها بنفسه بحيث
يجب عليه السكونة وان شئت قلت : مقتضى الاشتراط حرمة اسكان الغير لا وجوب
سكنها بنفسه فلاحظ .

(٢) الظاهر انه لا يتصور ما افاده بالنسبة الى الاشتراط لما ذكرنا نعم يتصور ان
يشترط المؤجر على المستأجر فعلاً محرماً وفي هذا الفرض يدخل تحت كبرى
ان الشرط الفاسد هل يفسد العقد ام لا ؟ وقلنا : ان الحق عدم كونه مفسداً هذا اذا
كان على نحو الاشتراط وأما اذا كان على نحو التقييد بأن يكون المحرم مصعب الاجارة
تكون الاجارة باطلة على ما هو المقرر عند القوم وقدر الكلام في انه يشترط في
مورد الاجارة ان تكون المنفعة محظرة .

(٣) لا وجه للبطلان الاعلى القول بحرمة قلع الضرر اذا لم يكن به داء ولا دليل

(مسألة ٢٣) : اذا لم يستوف المستأجر المنفعة في بعض المدة جرت الاقسام المذكورة بعينها وجرت عليه أحكامها ^١ .

(مسألة ٢٤) : اذا غصب العين المستأجرة غاصب فتعذر استيفاء المنفعة فان كان الغصب قبل القبض تخير المستأجر بين الفسخ فيرجع على المؤجر بالاجرة ان كان قد دفعها اليه والرجوع على الغاصب باجرة المثل ^٢ وان كان الغصب بعد القبض تعين الثاني ^٣ وكذلك اذا منعه الظالم من الانتفاع بالعين المستأجرة من دون غصب العين

على حرمة بل مقتضى القاعدة صحة الاجارة حتي فيما يكون الاجارة واقعة على قطع الضرر بلا داع عقلائي فان غايته ان العمل الكذائي سفهائي والاجارة سفهائية اذ لم يتم دليل على بطلان العقد السفهائي والكلام و الاشكال في العقد الصادر عن السفه ولولا ذلك يلزم الالتزام بفساد كثير من العقود اذا لم يكن بداع عقلائي و هذا خلاف اطلاق ادلة صحة العقود المقتضي لعدم التفريق .

(١) فان حكم الامثال واحد ولا فرق بين الموردين مناصا فلاحظ .

(٢) اذ القبض شرط وفي ظرف عدم حصول القبض يكون للمستأجر الخيار بمقتضى الشرط الضمني الارتكازي فيجوز له الفسخ والرجوع الى المالك لاخذ الاجرة ان كان دفعها وله ابقاء العقد بحاله والرجوع الى الغاصب باجرة المثل لكونه ضامنا .

(٣) اذ فرض القبض فلا وجه للخيار واما الرجوع الى الغاصب باجرة المثل فهو المتعين .

فيرجع عليه بالمقدار الذي فوته عليه من المنفعة ^(١) .

(مسألة ٢٥) : ائلاف المستأجر للعين المستأجر بمنزلة قبضها

(١) بلافق بين قبل القبض وبعده اذ المفروض ان الظلم متوجه الى المستأجر ولا قصور في ناحية المؤجر وبعبارة اخرى : وظيفة المالك التخلية بين العين والمستأجر والمفروض تحققه فلا وجه للخيار بل الامر منحصر في الرجوع الى الظالم المانع عن الانتفاع بتقريب ، انه فوت المنفعة على المستأجر .

والذي يختلج بالبال ان يقال : ان ضمان الظالم بأي دليل يثبت فان دليل الضمان اما قاعدة اليد ولم يفرض في المقام فان منع الظالم لا يلزم وضع يده على العين واما قاعدة الائلاف فاذا فرضنا ان الظالم منع المالك من الانتفاع وانتفع من العين ظالم آخر كما لو منع المستأجر ظالم من السكنى في الدار المستأجرة فسكن غاصب آخر فيها فمن يكون ضامناً لاجرة المثل ؟ الظالم المانع او الغاصب الساكن او كلاهما ؟ لا سيبل الى الثالث .

الا ان يقال : ان المقام نظير توارد الايدي على عين واحدة فان للمالك مراجعة كل واحد من الغاصبين وقرار الضمان على من تلفت في يده وفي المقام قرار الضمان على الساكن في الدار .

وصفة القول : ان اثبات الضمان يتوقف على الدليل ولعل حكمهم بالضمان مستند الى قاعدة الائلاف بدعوى : ان منع الظالم من الانتفاع نحو من الائلاف كما عبر في عبارة المتن بالتفويت .

واقائل ان يقول في صورة منع الظالم ان انتفع غاصب من الدار يكون الضامن هو الساكن لكونه مباشراً وان لم ينتفع منها غير الظالم يكون هو الضامن بتقريب ان المباشر في الصورة الاولى هو الاقوى وفي الصورة الثانية يكون السبب متلفاً ومفوتاً فيكون ضامناً والله العالم .

واستيفاء منفعتها فتلزمه الاجرة^(١) واذا أنلفها المؤجر تخير المستأجر بين
الفسخ والرجوع عليه بالاحرة وبين الرجوع عليه بقيمة المنفعة^(٢) واذا
أنلفها الاجنبي فان كان بعد القبض رجع المستأجر عليه بالقيمة^(٣)
وان كان قبل القبض تخير بين الفسخ والرجوع الى المؤجر بالاجرة
وبين الامضاء والرجوع الى المتلف بالقيمة^(٤).

(مسألة ٢٦) : اذا انهدم بهض الدار التي استأجرها فبادر المؤجر
الى تجديدها فالأقوى انه ان كانت الفترة غير معتد بها فلا فسخ ولا
انفساخ وان كان معتدا بها رجع المستأجر بما يقابلها من الاجرة وكان

(١) فان اتلاف المستأجر للعين بمنزلة الاستيفاء عند العقلاء والعرف فالاجرة مستقرة
بالاضافة الى ضمان العين للمالك مطلوبة بالمنفعة وصفوة القول: ان اتلاف المستأجر
للعين لا يقاس بالتلف السماوي الكاشف عن بطلان الاجارة لعدم موضوعها فلا تغفل .
(٢) قد ظهر الوجه مما ذكر آنفاً فان اتلاف المالك لا يقاس بالتلف السماوي
بل اتلاف لمال الغير فيكون ضامناً لاجرة المثل ويكون المستأجر مخيراً بين الفسخ
بلحاظ الاشتراط الارتكازي حيث ان المتلف هو المالك وبين ابقاء الاجارة بحالها
ومطالبة المالك باجرة المثل .

(٣) فان القبض على الفرض تحقق فلا موجب للخيار بل للمستأجر مراجعة
المتلف باجرة المثل .

(٤) قد ظهر الوجه مما مر فان المستأجر مخير بين الفسخ لاجل عدم حصول
القبض فله خيار الفسخ بلحاظ الاشتراط وبين ابقاء والمتلف باجرة المثل
وملخص الكلام ان حكم الاتلاف في نظر العقلاء ليس حكم التلف فلا حظ .

له الفسخ في الجميع لتبعض الصفقة فاذا فسخ رجع بتمام الاجرة وعليه اجرة المثل لما قبل الانهدام واذا انهدم تمام الدار فالظاهر انفساخ العقد^(١) .

(مسألة ٢٧) : المواضع التي تبطل فيها الاجارة ويثبت للمالك اجرة المثل لافرق بين أن يكون المالك عالماً بالبطلان وجاهلاً به^(٢) .

(١) الذي يخلج بالبال ان يقال : لم يقم دليل بالخصوص على البطلان بالانهدام بل البطلان ناشيء من عدم الموضوع فلا وجه للتفصيل بين انهدام الكل والبعض بل الحق التفصيل بين كسوف الفترة معتدة بها وعدم كونها كذلك بالالتزام بالبطلان في الاول وعدمه في الثاني نعم فرق بين انهدام الكل والبعض في ثبوت خيار التبعض في انهدام البعض بالنسبة الى اجزاء العين وعدم ثبوته في انهدام الكل لعدم موضوع التبعض نعم يثبت خيار التبعض في انهدام الكل بالنسبة الى مدة الاجارة والنتيجة عدم الفرق بين انهدام الكل والبعض .

وفي النفس شيء وهو ان الدار المستأجرة مثلاً لو انهدمت كيف يمكن الالتزام ببقاء الاجارة فان المفروض ان الاجارة وقعت على الدار المنهدمة وبعبارة واضحة : ما وقعت عليه الاجارة تلك الدار المنهدمة والدار الموجودة بالعمارة الجديدة لا تكون تلك الدار المنهدمة ويمكن ان يقال : لو انهدم بعضها وبادر المؤجر الى تجديدها يصدق ان الدار تلك الدار بخلاف انهدام الكل والظاهر ان الماتن في التفريق بين الصورتين ناظر الى هذه الجهة والله العالم .

(٢) لعدم وجه للفرق بين العلم والجهل في ملاك الحكم وربما يقال : ان المالك اذا كان عالماً بالبطلان لا يستحق شيئاً لانه انفى احترام ماله فلا يثبت له حق . ويرد عليه انه لم يقدم على المجانية بل اقدامه على المعاملة مع طمه بالبطلان

(مسألة ٢٨) : تجوز اجارة الحصة المشاعة من العين^(١) لكن لا يجوز تسليمها الا باذن الشريك اذا كانت العين مشتركة^(٢) ويجوز أن يستأجر اثنان داراً أو دابة فيكونان مشتركين في المنفعة فيقسمانها بينهما كالشريكين في ملك العين^(٣) ويجوز أن يستأجر شخصين لعمل شيء معين كحمل متاع أو غيره أو بناء جدار أو هدمه أو غير ذلك^(٤) فيشتركان في الاجرة وعليهما معاً القيام بالعمل الذي استوجرا عليه^(٥).

شراً ناش من عدم مبالاته بالدين وهل يمكن ان نلتزم بحلية اجر الزانية اذا كان الزاني عالماً بالفساد؟ كلا ولذا التزموا بان « ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده » والميزان الكلي في الضمان عدم الاقدام على المجانية فلو آجر داره باجارة فاسدة مع العلم بالفساد وسلم المستأجر الدار وسكنها يكون ضامناً لاجرة المثل لاقلافة مال الغير وانتفاعه به .

نعم يشكل الامر في بعض الموارد كما لو آجر نفسه لعمل مع العلم بفساد الاجارة فنظام به كخياطة الثوب مثلاً ففي مثله ربما يشكل اثبات الضمان للمستأجر اذ لا يد على مال الغير كي يستدل بحديث على اليد ولم يتلف مالا للموَجِر كي يستدل بقاعدة من اتلف والمفروض بطلان الاجارة فاي دليل على ضمانه والمرجع الوحيد في امثاله الحكم العقلاني الممضى عند الشرع فلاحظ .

(١) لتسلط الناس على اموالهم .

(٢) فان التصرف الخارجي في المشترك يتوقف على اذن الشريك .

(٣) لوجود مقتضي وعدم المانع .

(٤) الكلام فيه هو الكلام .

(٥) كما هو ظاهر فانه مقتضى الاشتراك .

- (مسألة ٢٩) : لا يشترط اتصال مدة الاجارة بالعقد على الاقوى فيجوز أن يؤجر داره سنة مثلا متأخرة عن العقد بسنة أو أقل أو أكثر^(١) ولا يحد من تعيين مبدأ المدة^(٢) وإذا اطلقت الاجارة مدة معينة ولم يذكر المبدء انصرف الى الاتصال^(٣) .
- (مسألة ٣) : اذا آجره دابة كلية ودفع فرداً منها فتلف كان على الموجر دفع فرد آخر^(٤) .

فصل وفيه مسائل

- (مسألة ٣١) : العين المستأجرة امانة في يد المستاجر لا يضمنها اذا تلفت أو تعيبت الا بالتعدي أو التفريط^(٥) .

-
- (١) لعدم الدليل عليه فان اركان الاجارة تامة ومقتضى اطلاق دليلها عدم فرق بين كون المنفعة متصلة وكونها منفصلة ويكون المقام نظير الوجوب المعلق فلا حظ .
- (٢) كي لا يلزم الفرر او الجهل ببناء علي كونهما مفسدين للاجارة .
- (٣) بمقتضى الظهور العرفي والعرف ببابك .
- (٤) فان المفروض وقوع الاجارة على الكلي فيجب على المؤجر الوفاء بالعقد بتسليم فرد آخر من الكلي ولا وجه للانفاخ كما هو ظاهر عند التأمل والله العالم .
- (٥) يمكن الاستدلال على المدعى بوجوه : الوجه الاول : الاجماع . الوجه الثاني النصوص الدالة على كون الضمان مشروطاً بالتعدي أو التفريط لاحظ مارواه أبو ولاد الحنات قال : اكرتت بغلا الى قصراين هبيرة ذاهباً وجائياً بكذا وكذا وخرجت في طلب غريم لي فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبرت ان صاحبي توجه

الى النيل فتوجهت نحو النيل فلما أتيت النيل خبرت أن صاحبي توجه الى بغداد فاتبعته وظفرت به وفرغت مما بيني وبينه ورجعنا الى الكوفة وكان ذهابي ومجيئي خمسة عشر يوماً فأخبرت صاحب البغل بعذري وأردت أن اتحلل منه مما صنعت وارضه فبذلت له خمسة عشر درهماً فأبى أن يقبل فتراضينا بأبي حنيفة فأخبرته بالقصة وأخبره الرجل فقال لي: ما صنعت بالبغل؟ فقلت: قد دفعته اليه سليماً قال: نعم بعد خمسة عشر يوماً قال: فما تريد من الرجل؟ فقال: اريد كراء بغلي، فقد حبسه علي خمسة عشر يوماً فقال: ما أرى لك حقاً لأنه اكترأه الى قصر ابن هبيرة فخالف وركبه الى النيل والى بغداد فضمن قيمة البغل وسقط الكراء فلما رد البغل سليماً وقبضته لم يلزمه الكراء قال: فخرجنا من عنده وجعل صاحب البغل يسترجع فرحمته مما أفتى به أبو حنيفة فأعطيته شيئاً وتحللت منه وحججت تلك السنة فأخبرت أبا عبد الله عليه السلام بما أفتى به أبو حنيفة فقال: في مثل هذا القضاء وشبهه تجس السماء مائها وتمنع الأرض يركتها قال: فقلت لأبي عبد الله عليه السلام فما ترى أنت؟ فقال: أرى له عليك مثل كراء بغل ذاهباً من الكوفة الى النيل ومثل كراء بغل راكباً من النيل الى بغداد ومثل كراء بغل من بغداد الى الكوفة توفيه إياه قال: فقلت: جعلت فداك قد علقته بدراهم فلي عليه علفه؟ فقال: لا لأنك غاصب قال: فقلت له: أرايت لو عطب البغل ونفق أليس كان يلزمني؟ قال: نعم قيمة بغل يوم خالفته قلت: فان أصاب البغل كسر أود برأؤمز فقال: عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه فقلت: من يعرف ذلك؟ قال: أنت وهو اما أن يحلف هو على القيمة فيلزمك فان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه ذلك أوبأتني صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين اكترى كذا وكذا فيلزمك فقلت: اني كنت أعطيته دراهم ورضى بها وحللتني فقال: انما رضى بها وحللك حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور والظلم

ولكن ارجع اليه فأخبره بما أفتيتك به فان جعلك في حل بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك الحديث (* ١) .

وما رواه الحلبي قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل « ما تقول في رجل » تكرر دابة الى مكان معلوم فنفتت الدابة قال : ان كان جاز الشرط فهو ضامن وان دخل وادياً لم يوثقها فهو ضامن وان سقطت في بئر فهو ضامن لانه لم يستوثق منها (* ٢) .

وما رواه علي بن جعفر في كتابه عن أخيه قال : سألت عن رجل اكتوى دابة الى مكان فجاز ذلك المكان فنفتت ما عليه؟ فقال : اذا كان جاز المكان الذي استأجر اليه فهو ضامن (* ٣) .

فان استفاد من هذه النصوص ان الضمان متفرع على التجاوز ومشروط به وأما على فرض عدمه فلا ضمان وهذا هو المدعى .

الوجه الثالث : ما رواه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام في حديث : ولا يغرم الرجل اذا استأجر الدابة ما لم يكرها أو يئنها غائلة (* ٤) فان هذه الرواية تدل بالصراحة على عدم الضمان .

الوجه الرابع : ما دل من النصوص على عدم ضمان الأمين للامانة لاحظ ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان وقال : ليس على مستعير عارية ضمان وصاحب العارية والوديعة مؤتمن (* ٥) .

(١) الوسائل الباب ١٧ من أبواب أحكام الاجارة الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٣

(٣) نفس المصدر الحديث : ٦

(٤) الوسائل الباب ٣٢ من أبواب أحكام الاجارة الحديث : ١

(٥) الوسائل الباب ١ من أبواب أحكام العارية الحديث : ٦

.....

وما رواه ايضاً قال: سئل عن القصار يفسد فقال كل اجير يعطى الاجرة على أن يصلح فيفسد فهو ضامن (* ١) .

ومارواه ايضاً عن ابي عبدالله عليه السلام قال في الغسال والصباغ ماسرق منهم « منهما خ » من شيء فلم يخرج منه على امر بين انه قد سرق وكل قليل له او كثير فان فعل فلبس عليه شيء وان لم يقم البينة وزعم أنه قد ذهب الذي ادعى عليه فقد ضمنه ان لم يكن له بينة على قوله (* ٢) .

ومارواه ايضاً عن ابي عبدالله عليه السلام قال : كان امير المؤمنين عليه السلام يضمن القصار والصائغ احتياطاً للناس وكان أبي يتطول عليه ان كان مأموناً (* ٣) .
ومارواه خالده بن الحجاج « الحجال بب خ » قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الملاح احمله الطعام ثم اقبضه منه فينقص قال: ان كان مأموناً فلا تضمنه (* ٤) .
وغیرها من الروایات الواردة في الباب ٢٩ من ابواب احكام الاجارة والباب :
٥ من ابواب احكام الرهن من الوسائل .

فان المستفاد من هذه النصوص عدم الضمان على من يكون عنده امانة الامع التعدي او التفريط اصف الى ذلك كله انه لا متنضي للضمان الاخير « على اليد ما اخذت حتى تؤديه » (* ٥) وهذا الخبر لا اعتبار به سنداً فلا يكون قابلاً للاستدلال

(١) الوسائل الباب ٢٩ من أبواب أحكام الاجارة الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٢ و ٣

(٣) نفس المصدر الحديث : ٤

(٤) الوسائل الباب ٣٠ من أبواب أحكام الاجارة الحديث : ٣

(٥) مستدرک الوسائل الباب ١ من أبواب الغصب الحديث : ٤

وإذا اشترط المؤجر ضمانها بمعنى أداء قيمتها أو أرش عيبتها صح^(١)
وأما معنى اشتغال الذمة بمثلها أو قيمتها فالظاهر عدم صحة اشتراطه^(٢).

به بأن يقال : ان مقتضاه ان كل يد بوجب الضمان الا ما خرج بالدليل وعليه
لامقتضي للضمان .

وصفوة القول : انه لا دليل على ضمان المستأجر نعم في كل مورد ثبتت السيرة
على الضمان نلتزم به كما في موارد اخذ المال غصباً وبلا اذن من المالك او مع
الاذن ولكن مع الالتزام بالضمان كما في العقود الفاسدة واما في غير موارد قيام
السيرة فلا وجه للالتزام بالضمان والمقام كذلك .

(١) اذ لا اشكال في جواز تدارك المستأجر ضرر الموجد بان يعطيه بدل ما تلف
منه وبعد فرض جوازه يجب بالشرط لدليل « المؤمنون عند شروطهم » بل يمكن
الاستدلال بعموم وجوب الوفاء بالعقود فان المستفاد من وجوب الوفاء انه لا يفسخ
العقد بماله من القبود .

وصفوة القول : انه لا اشكال في ان الشرط اذا تعلق بالامر المباح يصير واجباً
بالشرط فالتدراك يجب بالشرط ولكن الشرط المذكور لا يقتضي ولا يوجب اشتغال
ذمة المستأجر لعدم موجب للاشتغال فلا يجوز ترتيب آثار الاشتغال عليه .

نعم بيالي ان سيدنا الاستاذ كان يقول : هذا الشرط يقتضي في عرف العقلاء
وسيرتهم حقاً للشارط على المشروط عليه فله ان يجبره على العمل الذي وقع الشرط
عليه فلو شرط عليه في ضمن عقد ان يكنس داره يجوز للشارط ان يجبر المشروط
عليه بان يكنس الدار .

(٢) اذ الشرط ليس مشرعاً وبعبارة اخرى : مرجع الشرط الى تطبيق العقد
على التزام المشروط عليه بفعل فلا بد ان يكون متعلق الشرط امرأ مقدوراً له
وجائزاً من قبل الشارع كالخياطة مثلاً اما لو لم يكن مقدوراً له فلا يمكن ان يتعلق

متعلق الالتزام اذا لالتزام لابد ان يتعلق بما يمكن ارتكابه للملتزم ومن الظاهر ان اشتغال ذمة شخص بيد الشارع فلا مجال لصحة مثل هذا الشرط نعم لسودل دليل على الجواز نلتزم به اذ بعد قيام الدليل نفهم ان الشارع الاقدس يحكم بالضمان مع الالتزام كما قام الدليل في العارية المضمونة فانقذح بما ذكرنا : ان الحق ما افاده في المتن من التفصيل المذكور .

ولقائل ان يقول : ان الالتزام باشتغال الذمة أمراً قابلاً ويمكن للمكلف وبدليل الشرط يحكم بصحة هذا الالتزام وتحققه فيصح الاشتراط المذكور فالصحيح في مقام تقريب الاستدلال على المدعى ان يقال : كل شرط يلزم ان يكون قبل ملاحظة دليل وجوب الوفاء شرعياً لان دليل الشرط لا يكون مشروعاً والمفروض انه لا دليل على شرعية الالتزام باشتغال الذمة بل مقتضى الاصل عدم كون الالتزام المذكور مؤثراً .

وربما يستدل على جواز الاشتراط المذكور بما رواه موسى بن بكر عن ابي الحسن عليه السلام قال : سأله عن رجل استأجر سفينة من ملاح فحملها طعاماً واشترط عليه ان نقص الطعام فعليه قال : جازي قلت : انه ربما زاد الطعام قال : فقال : يدعى الملاح انه زاد فيه شيئاً ؟ قلت : لا قال : هو لصاحب الطعام الزيادة وعليه النقصان اذا كان قد اشترط ذلك (* ١) .

ومارواه ايضاً عن العبد الصالح عليه السلام قال : سأله عن رجل استأجر ملاحاً وحمله طعاماً في سفينة واشترط عليه ان نقص فعليه قال : ان نقص فعليه قلت : وربما زاد قال : يدعي هو انه زاد فيه ؟ قلت : لا قال : فهو لك (* ٢) .

(١) الوسائل الباب ٣٠ من أبواب أحكام الاجارة الحديث : ٥

(٢) الوسائل الباب ٢٧ من أبواب أحكام الاجارة

كما ان الظاهر انه لا ضمان في الاجارة الباطلة اذا تلفت العين أو
تعيبت^(١).

بتقريب ان المستفاد من الروايتين جواز اشتراط الضمان وفيه : ان الروايتين
لا اعتبار بسنديهما من جهة موسى بن بكر فانه لم يوثق ووقوعه في اسناد تفسير
علي بن ابراهيم لا اثر له كما ذكرنا مراراً وقلنا : لا يستفاد التوثيق بالنسبة الى غير
الطبقة الاولى واما شهادة صفوان بان كتاب موسى بن بكر ليس فيه خلاف (* ١)
لا يكون توثيقاً للرجل اذ يمكن ان يكون الكتاب معتمداً عليه عند القوم بلحاظ
قرائن دالة على الاعتبار وعلى الجملة هذا اعم من التوثيق .

مضافاً الى انه يمكن ان يكون المراد من عدم الاختلاف عندهم في ان الكتاب
المذكور لموسى بن بكر لاحظ مارواه الحسن بن محمد بن سماعة قال : دفع الي
صفوان كتاباً لموسى بن بكر فقال لي : هذا سماعي من موسى بن بكر وقرأته
عليه فاذا فيه موسى بن بكر عن علي بن سعيد عن زرارة قال : هذا مما ليس فيه
اختلاف عند اصحابنا عن أبي عبد الله وعن أبي جعفر عليهما السلام انهما سئلا عن
امراة في الحديث (* ٢) ويضاف الى ذلك ان غاية ما في الباب انه لا خلاف
عند القوم في اعتبار الكتاب ولكن اتفاقهم على اعتبار الكتاب لا يفيدنا اذ يمكن
ان يكون الكتاب معتمداً عندهم بوجوه غير نقية عن الاشكال فالنتيجة ان الرواية
المشار اليها لا تفيد ولو كانت منقولة عن ذلك الكتاب واعتماد جعفر بن سماعة
على رواية موسى بن بكر ايضاً لا يقتضي التوثيق سيما في مورد خاص لاحظ ما أفاده
سيدنا الاستاد في المقام لاثبات وثاقة الرجل (* ٣) .

(١) لعدم دليل على الضمان ولا مقتضي له كما مر وتقدم وعلى الجملة الضمان

١ (٢) الكافي ج ٧ ص ٩٧ حديث : ٣

٣ (٣) معجم رجال الحديث : ج ٩ ص ٣٠

(مسألة ٣٢) : العين التي للمستاجر بيد الاجير الذي آجر نفسه على عمل فيها كالثوب الذي أخذه ليخيطه لا يضمن تلفه أو نقصه الا بالتعدي أو التفريط ^(١) وإذا اشترط المستاجر ضمانه على الاجير على اداء قيمتها أو أرش عيها صح ^(٢) وإذا تلف أو أتلّفه الاجنبي قبل العمل أو في الاثناء قبل مضي زمان يمكن فيه اتمام العمل بطات الاجارة ^(٣) ورجعت الاجرة كلا أو بعضاً الى المستاجر ^(٤) وإذا أتلّفه

اما يثبت بالاتلاف أو بقاعدة اليد أو بالسيرة أما الاتلاف فالمفروض عدمه في المقام وأما قاعدة اليد فلا دليل عليها وأما السيرة فغير قائمة في المقام بل السيرة في الاجارة على عدم ضمان المستاجر في صورة عدم الافراط والتفريط كما هو المفروض .
(١) اذ مع عدم التعدي أو التفريط لا مقتضي للضمان كما تقدم بـل النصوص الدالة على عدم ضمان الامين تقتضي عدم ضمانه نعم اذا كان المؤجر متهما يمكن أن يقال بجواز استحقاقه أو تضمينه الا مع اقامة البينة لكن هذا مطلب آخر اذ الكلام في أن يده يد ضمان أم لا ؟ ومقتضى ما ذكرنا انه لا ضمان عليه اصف الى ما ذكر انه يظهر من بعض الكلمات انه لا خلاف بين القوم في عدم الضمان .

(٢) الكلام فيه هو الكلام المتقدم فان الصحة مقتضى دليل الشرط بالتقريب الذي تقدم ذكره فلاحظ .

(٣) اذ التلف يكشف عن عدم قابلية صحة العقد اذ لاموضوع للاجارة بحسب الواقع .

(٤) اذ مع فرض بطلان الاجارة لامجال لكون المنفعة مملوكة للاجير غاية الامر اذا كان قبل العمل ترجع بتماها واذا كان في الاثناء يرجع بعضها .

والذي يخلج بالبال ان يقال : انه في مثل المقام يكشف عن بطلان العقد من

المستاجر كان اتلافه بمنزلة قبضه فيستحق الاجير عليه تمام الاجرة ^{١)} وإذا أتلفه الاجير كان المستاجر مخيراً بين فسخ العقد وامضائه فان أمضى جاز له مطالبة الاجير بقيمة العمل الفائت ^{٢)} .

(مسألة ٣٣) : المدار في القيمة على زمان الضمان ^{٣)} .

اول الامر . وبعبارة اخرى : البطلان لا يكون امراً عارضياً بل العقد بحسب الواقع باطل من اول الامر كلا أو بعضاً ولا يبعد ان يكون الماتن ناظراً الى ما ذكر وان عبر بالبطلان الظاهر في الحدوث والله العالم .

١) وليس مثل التلف السماوي كما انه ليس مثل اتلاف الاجنبي . وبعبارة اخرى يكون اتلافه بمنزلة الاستيفاء فيستحق الاجير تمام الاجرة والدليل عليه الحكم العقلاني والسيرة الجارية بين العرف .

٢) بدعوى ان اتلاف الاجير لا يقاس بالتلف السماوي وايضاً لا يقاس باتلاف الاجنبي وعليه يكون المستاجر مخيراً بين الامضاء ومطالبة الاجير بقيمة العمل التالف اذ لا وجه للبطلان فان الاجارة بحالها ، وبين فسخ الاجارة لفرض عدم قبض مالكة فله الخيار .

ولا يخفى ان اتمام الدعوى يتوقف على حكم العقلاء وتفرقتهم بين الموارد فاذا تم استقرار سيرتهم وصارت ممضاة عند الشارع يتم الامر فان الامور التعبدية منوطة بتمامية التعبد الشرعي وليست كالتقواعد العقلية فلامجال لان يقال ، انه لاوجه للتفريق بين الموارد من حيث الحكم .

٣) وهذا احد الاقوال في المسألة ومن الاقوال في المقام ان المناط يوم التلف والدليل عليه ان يوم التلف يوم انتقال الضمان الى القيمة فلا بد من ملاحظته .

وفيه : انه لاشكل في أن المكلف لا يكلف باداء العين بعد تلفها لعدم معقولة الامتثال وعدم امكان الداعوية لكن هذا لا يقتضي تعيين القيمة الخاصة بذلك اليوم .

وبعبارة اخرى : يمكن اعتبار اشتغال الذمة بنفس العين او بمثلها او بالقيمة على اختلافها وصفوة القول : انه لا اشكال في تغير متعلق التكليف وانه لا يمكن ان يكون التكليف متوجهاً باداء نفس العين مع فرض التلف وأما من حيث الوضع فلا بد من ملاحظة مقتضى الدليل .

ومن الاقوال في المقام وجوب اداء على القيم من زمان الغصب وقد قرب المدعى بوجوه : الوجه الاول : ان الضمان لا يختص بوقت دون آخر ففي كل يوم ارتفعت القيمة تكون الذمة مشغولة بها والنتيجة اعتباراً على القيم من زمان الغصب الى زمان الاداء .

وفيه : ان العين قبل التلف مضمونة فلا وجه لاعتبار القيمة كما انه بعد التلف اذا قلنا يكون العين في الذمة او مثلها لم يكن وجه للمدعى .

الوجه الثاني : ان المستفاد من حديث ابي ولاد (١) ان المغصوب مضمون على الغاصب من يوم الغصب وكل يوم يصدق عليه هذا العنوان فان رد نفس العين فهو والا فان رد أعلى القيم فقد رد قيمة يوم المخالفة بقول مطلق لدخول السفلى في العليا ضرورة انه لا يجب دفع قيمة كل يوم كما انه لو رد القيمة النازلة لم يرد القيمة بقول مطلق فيجب رد أعلى القيم من يوم الغصب الى يوم الاداء .

ويرد عليه : انه مع بقاء العين لا تشتغل الذمة بالقيمة واما بعد تلف الدين فالمستفاد من الرواية ان الذمة مشغولة بقيمة يوم المخالفة والشاهد عليه قوله السلام . « انه لو شهد الشاهدان على قيمة يوم الاكتراء » فان يوم الاكتراء هو يوم الغصب في مورد الرواية اذا الاكتراء في الاسفار القرية في نفس يوم السفر فالميزان قيمة يوم الغصب وان شئت قلت ان الطبيعي يصدق على اول وجود منه واول زمان الغصب

• • • • •

تشتغل الذمة بالقيمة فلا وجه لاعتبار غيرها ومع قطع النظر عن الرواية نقول :
بمجرد تلف العين تشتغل الذمة بفرد من افراد القيمة ولا وجه لحصول التغير فيها
فلا وجه للالتزام بأعلى القيم .

الوجه الثالث : ان الغاصب اذا وضع يده على المنصوب تشتغل ذمته به فلو
ادى العين مع بقائها اودى القيمة العليا مع تلفها تحصل البراءة والاشتغال اليقيني
يفتضي البراءة كذلك وفيه : ان مع بقاء العين لاتصل النوبة الى القيمة ومع تلفها
فمع قطع النظر عن الرواية الخاصة يكون الواجب اداء قيمه ذلك الوقت اذ العين
في الذمة وبلحاظ الرواية الخاصة تجب قيمة يوم المخالفة مضافا الى ان المقام
داخل في الشك بين الاقل والاكثر ومقتضى البراءة عن الاكثر وجوب الاقل .

الوجه الرابع : ان مقتضى الاستصحاب بقاء الاشتغال الى زمان اداء على
القيم وفيه : ان مقتضى الاستصحاب عدم اشتغال الذمة الا بالاقل مضافاً الى انه لاتصل
النوبة الى الاصل بعد وجود النص الخاص .

الوجه الخامس ان مقتضى حديث لا ضرر اداء الأعلى اذ لو لم يؤد الأعلى يضرر
المالك وفيه : ان ضرر المالك يعارضه ضرر الغاصب ولادليل على اخذه بأحق
الاحوال هذا اولاً وثانياً : ان الحديث متكفل للنفي لا للاثبات وثالثاً : انه لامجال
للاخذ بالحديث مع وجود نص خاص وارد في المقام : ورابعاً : انا ذكرنا في
محله ان المستفاد من القاعدة حرمة الاضرار لانفي الضرر .

الوجه السادس : ان الغاصب ازال يد المالك عن العين في جميع الازمنة
ومن جملة تلك الازمنة زمان علو القيمة فان رد العين يخرج من الضمان اذا المفروض
انه رد العين المنصوبة ومع ردها لامجال لضمان القيمة واما مع تلفها فلا يحصل
الخروج عن الضمان الا بدفعاً على القيم فان حيلولة الاجنبي يوجب الضمان ولذا

يجب دفع بدل الحيلولة في مورد حصول الحيلولة بين المالك ومملوكه .
ويمكن ان يقال: بأن قياس المقام بباب بدل الحيلولة مع الفارق اذا المفروض
ان العين في ذلك الباب باقية وانما حصلت الحيلولة وأما في المقام فالمفروض
تلف العين واشتغال الذمة ببذلها فعلى تقدير عدم النص وقطع النظر عن حديث
ابي ولاد يكون الوجوب قيمة يوم الاداء واما بلحاظ النص الخاص فالميزان قيمة
يوم الغصب كما سيوضح ان شاء الله تعالى عن قريب .

الوجه السابع ما عن بعض من ان مقتضى قوله تعالى « فمن اعتدى عليكم
فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » (* ١) ضمان اعلى القيم اذ عند صعود القيمة
يصدق الغصب والاعتداء فلا بد من ملاحظة اعلى القيم .

وفيه اولا ان دلالة الآية على ضمان الذمة محل الاشكال والكلام فان المستفاد
من الآية جواز ايراد مثل الاعتداء على المعتدي والكلام في المقام في مقدار الضمان .
وبعبارة اخرى : يمكن ان يكون المراد بكلمة « ما » المصدر ولم يرد منها
الموصول ومع هذا الاحتمال يكون المراد بالاعتداء هو الاعتداء بالافعال اي
اذا ضربك احد فاضرب به بمثل ذلك الضرب لا الازيد فتكون الآية اجنبية عن المقام
وثانياً : ان الكلام في المقام في مقدار الضمان بعد تحقق التلف وقتنا : ان مقتضى
القاعدة وجوب اداء قيمة يوم الاداء لان العين بنفسها في الذمة وثالثاً : انه لا مجال
لهذا الاستدلال مع لحاظ النص الخاص الوارد في المقام .

الوجه الثامن : ان المفروض كون اليديد ضمان في جميع الازمنة ومن جعلتها
زمان طو القيمة فلا بد من رعاية الاعلى وفيه : انه ان كان المراد تحقق الضمان ما
دام بقاء العين فلا اشكال فيه لكن المضمون نفس العين وان كان المراد تحقق الضمان

بكل الامرين من العين والقيمة فهو خلاف الاجماع مضافاً الى أنه يستلزم الجمع بين العوض والمعوض وان كان المراد ضمان الاعلى بعد تلف العين فهو عين المدعى اضيف الى ذلك انه لا مجال لهذا البيان مع وجود النص الخاص وهو حديث ابي ولاد. ومن الاقوال ما اختاره في العروة وهو ان الواجب اداء قيمة يوم الاداء بتقريب ان العين في الذمة وحيث ان ادائها غير مقدور تصل النوبة الى القيمة اذا المفروض ان العين قيمية ولا مثل لها فلو اوجب اداء قيمتها فالمناط قيمة ذلك اليوم .

وهذا القول متين من حيث القاعدة الاولى ومع قطع النظر عن النص الخاص فان العين مادام موجودة يجب ردها الى مالكيها وبعد تلفها تكون في الذمة فلا بد من اداء مثلها ان كان مثلية واداء قيمتها ان كانت قيمية .

وبعبارة اخرى : يكون المكلف موظفاً باداء نفس المصوب مع الامكان وباداء المثل ثانياً وباداء القيمة ثالثاً ويترتب على هذا ان الواجب اداء قيمة يوم الاداء لكن هذا بحسب القاعدة اما بحسب النص الخاص فلا يكون كذلك والنص الوارد في المقام ما رواه ابو ولاد (* ١) .

ومحل الشاهد في هذا الخبر قوله عليه السلام في جواب السائل : « نعم قيمة ببغل يوم خالفته » . وفي المراد من هذه الجملة احتمالات الاول : أن يكون لفظ القيمة مضافاً الى البغل ولفظ البغل مضافاً الى اليوم وعلى هذا الاحتمال يكون المستفاد من الجملة ، ان المناط قيمة يوم الغصب . لكن يشكل بأن لفظ البغل في بعض النسخ معرف بلام التعريف والمعرف لا يضاف مضافاً الى أن اسماء الفوات لا تنضاف الى الزمان ولا يقيد الذات به . وان شئت قلت : ان تنابع الاضافات وان كان جازماً كقوله : « وليس قرب قبر حرب قبر » . ولكن لا يمكن الالتزام به في

• • • • •

المقام للاشكالين المذكورين .

الثاني : أن يضاف لفظ القيمة اولا الى لفظ البغل وثانياً الى لفظ اليوم وهذا الاحتمال وان كان مصوناً من الاشكال لكن يرد فيه : ان مثل هذا الاستعمال لم يعمد في الاستعمالات لكن على تقدير القول به تكون النتيجة تلك النتيجة .

الثالث : أن يضاف لفظ القيمة اولا الى لفظ البغل ويضاف المركب من المضاف والمضاف اليه الى لفظ اليوم وتكون النتيجة أيضاً تلك النتيجة ويتوقف الالتزام به على صحة مثل هذا الاستعمال والظاهر جوازه كقولهم : « ماء ورد زيد » وقس عليه بقية الامثال كما انه يتوقف على تجريد لفظ البغل من حرف التعريف اذ المعروف لا يضاف وقد مر انه ذكر لفظ البغل معرفاً في بعض النسخ .

الرابع : أن يكون لفظ اليوم متعلقاً بقوله عليه السلام : « نعم » اي يلزمك القيمة يوم المخالفة فيكون المستفاد من الحديث ان يوم الغصب يوم الضمان بلا تعرض لمقدار القيمة فتكون الرواية اجنبية عن المراد وفي هذا الاحتمال اشكالان : الاشكال الاول : لزوم الضمان بالقيمة يوم المخالفة حتى مع فرض عدم التلف اي يكون الغاصب ضامناً في يوم الغصب للقيمة حتى مع فرض بقاء العين والحال انه لم يقل به احد بل مخالف لضرورة الفقه ويخالف مع الحكم العقلاني فان العين ما دامت باقية تكون الغاصب موظفاً بايصالها الى صاحبها .

الاشكال الثاني : ان تحقق الزمان في يوم الغصب امر واضح لا يحتاج الى البيان . الا أن يقال : بأن الضمان بالغصب أمر واضح ولكن الضمان بالقيمة في ذلك اليوم أمر غير ظاهر بل أمر مخالف للواقع كما مر فلاشكالان لا يرد ان على محل واحد بل يرد ان على نحو القضية المنفصلة الحقيقية بأن يقال : ان كان المراد بالضمان الضمان بالقيمة على الاطلاق فهذا خلاف حكم العقل وخلاف الاجماع

وان كان المراد أصل الضمان فلا يحتاج الى البيان لانه أمر واضح مضافاً الى أن ذكر القيمة لا وجه له فهذا الاحتمال ساقط عن درجة الاعتبار .

الخامس: أن يكون اليوم ظرفاً للقيمة بلاضافة ويؤيد هذا الاحتمال كون لفظ البغل معرفاً في بعض النسخ اذ مع تعريفه لا مجال للاضافة فيكون المستفاد من الجملة انه يلزمك قيمة يوم المخالفة اي يوم الغصب وهذا هو المقصود وقد ذكر في المقام وجوه من الاشكال :

الوجه الاول : ان الميزان اذا كان يوم المخالفة فلاوجه لتعرضه عليه السلام ليوم الاكتراء بقوله عليه السلام : « أو يأتي صاحب البغل » الخ فلا خصوصية ليوم الغصب . والجواب : انه لا يبعد أن يكون يوم الاكتراء في مورد الرواية هو يوم الغصب اذ المتعارف في الاسفار القريبة اكتراء الدابة في يوم السفر لاقبله بأيام فهذا الوجه يؤيد ويؤكد ما يدعى من أن المراد بالقيمة قيمة يوم المخالفة .

وان شئت قلت : انه عليه السلام قد عبر عن يوم الغصب بيوم الاكتراء ومما يدل على المدعى انه عليه السلام اقتصر في الجواب بقوله : « عليك قيمة ما بين الصحة والعيب » والظاهر ان السائل فهم مراده عليه السلام وانما يسأل عن طريق اثبات مقدار تلك القيمة وان أبيت صما ذكر فلاوجه لرفع اليد عن حكمه عليه السلام بالنسبة الى ضمان القيمة عند التلف .

وبعبارة اخرى : المستفاد من الجملة السابقة كما ذكرنا ان الظاهر منها ان الميزان قيمة يوم التلف . ان قلت : لا اشكال في أن كلا الامرين من باب واحد ولا يمكن التفريق بينهما . قلت : نلتزم بكون المراد من يوم الاكتراء يوم التلف اذ لم يقل احد بأن يوم الاكتراء له خصوصية فالمراد عن يوم الاكتراء هو يوم التلف فلا حظ .

الوجه الثاني : أن أبا ولاد قال : « قلت فإنا أصاب البغل كسرأود برأو غمز فقال عليه السلام : عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه » حيث ان الظاهر من هذه الجملة ان الميزان قيمة يوم الرد فتكون منافية لما مر من كون المدار قيمة يوم الغصب وبعبارة اخرى : قوله « عليك » متضمن لمعنى الفعل اى يلزمك .

وأورد عليه سيدنا الاستاد (* ١) بأن مقتضى هذا التقريب ثبوت القيمة في الذمة يوم الرد مع ان الضمان مستقر على الغاصب من اول يوم الغصب اصف الى هذا انه على هذا التقدير لا تكون الرواية متعرضه لبيان ان هذا التفاوت هل يلاحظ بالنسبة الى يوم الغصب أم يلاحظ بالنسبة الى يوم النقص أم يلاحظ بالنسبة الى يوم الرد وعليه تكون الجملة السابقة الدالة على كون المناط يوم الغصب قرينة على أنه عليه السلام ناظر الى تفاوت يوم الغصب .

الوجه الثالث : ان الظرف متعلق بلفظ القيمة فيكون المراد ان الواجب التفاوت الذي يكون ما بين الصحة والعيب في يوم الرد .

وعن الشيخ الانصاري قدس سره أنه لا يمكن الالتزام به فان الارش تابع لضمان اصل العين فلا يمكن التفكيك بين الامرين بالالتزام بكون المناط في ضمان العين بيوم الغصب وفي ضمان الارش بيوم الرد .

وأورد عليه سيدنا الاستاد بأن التفكيك خلاف الاجماع وأما كون العبرة بيوم الرد فليس مخالفاً للاجماع فاذا ثبت ان العبرة في الارش بيوم الرد يثبت ان المناط في ضمان العين بذلك اليوم أيضاً .

والذي يختلج بالبال أن يقال : ان الميزان لو كان يوم الرد لم يكن خصوصية ليوم الاكتراء فان الفصل بين يوم الاكتراء ويوم الرد كثير في مورد الرواية فلا أثر

لملاحظة يوم الاكتراء وعليه يكون المناخ في الارش يوم الغصب كما ان الامر كذلك بالنسبة الى نفس العين .

وصفة القول : ان يوم الاكتراء في مورد الرواية هو يوم الغصب فالميزان ذلك اليوم بلحاظ كلا الامرين هما : ضمان العين والارش . ولقائل أن يقول : انه لا دليل على كون تعلق الظرف بالقيمة بل يمكن تعلقه بلفظ العيب المقترن معه في الكلام فيكون المعنى ان العيب الحادث اذا استمر الى يوم الرد يجب اداء التفاوت بين الصحيح والمعيب من دون تعرض لتعيين يوم التفاوت وحيث ان الارش تابع لضمان العين وقد استفيد من الجملة السابقة ان الميزان يوم الغصب نلتزم بأن المدار في التفاوت ذلك اليوم أيضاً للاجماع على تبعية الارش للعين مضافاً الى أن يوم الاكتراء في مورد الرواية يوم الغصب فالميزان يوم الغصب مطلقاً .

الوجه الرابع : ان أبا ولاد سأل الامام عليه السلام عن المقوم وأجاب عليه السلام بقوله : «أنت وهو» الى آخر الكلام وعن الشيخ قدس سره أن ما ذكر مؤيد لكون المناخ في القيمة يوم التلف بتقريب : انه لو كان المناخ يوم الغصب كان المالك مدعياً لدعواه زيادة القيمة المخالفة للاصل وكان الغاصب منكراً وقوله موافقاً للاصل ومقتضى القاعدة توجه اليمين اليه والبيئة الى المالك .

وبعبارة اخرى : كيف يمكن الجمع بين البيئة واليمين بالنسبة الى شخص واحد فان المالك اذا كان مدعياً عليه تكون البيئة عليه وان كان منكراً فعليه اليمين فان جعلنا الملاك يوم المخالفة يلزم كون الرواية مخالفة للقواعد من ناحيتين الاولى : ان دعوى الزيادة من المالك تقتضي اقامة البيئة فلا وجه لليمين . الثانية : انه مع توجه اليمين لا مجال لاقامة البيئة فلا بد من جعل المناخ يوم التلف كي يرتفع الاشكال .

فنقول : الامام عليه السلام تعرض لصورتين : الاولى اتفاق المالك والغاصب على قيمة يوم الاكتراء لكن الغاصب يدعى النقصان والمالك ينكره فالبيئة على المدعي .

الثانية كونهما متفقين على اتحاد يوم الاكتراء ويوم التلف لكن المالك يدعى الزيادة في القيمة والغاصب ينكرها فالواجب على المالك اقامة البيئة والواجب على الغاصب الحلف .

ويرد عليه : انه يمكن تصوير النزاع على تقدير كون المدار يوم الغصب بنحو ينطبق على الموازين بأن نقول : اذا اتفقا على القيمة يوم الاكتراء والغاصب يدعي نقصان القيمة يوم الغصب تكون البيئة عليه واليمين على المالك اذ هو ينكر النقصان وأما اذا اتفقا على أن قيمة يوم الاكتراء هي القيمة في يوم الغصب ولكن اختلفا في الزيادة والنقصان تكون البيئة على المالك لانه مدع واليمين على الغاصب لكونه منكراً فلا فرق في النتيجة من هذه الجهة .

وعن المحقق الايرواني قدس سره انه حمل مورد الرواية على الامر العادي والحلف لاجل ادعان الطرف الاخر ولا يرتبط بالحكم الشرعي كي يتوجه الاشكال المذكور .

وأورد عليه سيدنا الاستاد بأن حمل مورد الرواية على الامر العادي خلاف الظاهر فان مقتضى الظاهر انه عليه السلام في مقام التشريع وبيان الحكم الالهي وأفاد أيضاً أن تصحيح مسورد الرواية وتصويره في ضمن صورتين خلاف الظاهر فان الظاهر ان كلا الامرين وارد ان في مورد واحد ولا مانع فيه فان قاعدة ان اليمين على المنكر والبيئة على المدعي ليست قاعدة عقلية غير قابلة للنخصيص بل قاعدة شرعية قابلة لان تخصص فنقول : في كل مورد يتحقق الغصب نظير مورد

(مسألة ٣٤) : كل من آجر نفسه لعمل في مال غيره اذا أفسد ذلك المال ضمن كالحجام اذا جنى في حجامته والختان في ختانه وهكذا الخياط والنجار والحداد اذا أفسدوا^(١) هذا اذا تجاوز الحد المأذون فيه أما اذا لم يتجاوز ففي الضمان اشكال^(٢) وان كان الاظهر عدم^(٣) وكذا الطبيب المباشر للعلاج بنفسه اذا أفسد فهو

الرواية اذا وقع الخلاف بين المالك والغاصب يكون الخيار للمالك بين اقامة البينة والحلف وهذا يناسب ارغام انف الغاصب فلاحظ ففي كل مورد تحقق الغصب وكان مورده من القيميات اذا تحقق الخلاف بين المالك والغاصب وكان المالك مدعياً يكون له الخيار بين اقامة البينة وبين الحلف وبين رد اليمين الى الغاصب .

فتحصل مما تقدم : ان مقتضى القاعدة الاولية ان الميزان يوم الرد لكن مقتضى النص الخاص ان الميزان يوم الغصب فاذا قام اجماع تعدي على عدم الفرق بين موارد الضمان في القيمي نلتزم بأن الميزان في جميع الموارد بيوم الضمان والا فلا بد من التفصيل بين موارد الغصب وغيرها بالالتزام يكون الميزان يوم الغصب في تلك الموارد والالتزام يكون الميزان يوم الاداء في غيرها والله العالم .

(١) لقاعدة الاتلاف مضافاً الى ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يعطى الثوب ليصبغه فيفسده فقال : كل حامل أعطيته أجر أعلى أن يصلح فأفسد فهو ضامن (* ١) .

(٢) ينشأ من أن الزمان مقتضى قاعدة الاتلاف ومقتضى اطلاق رواية الحلبي

(٣) بتقريب : ان قاعدة الاتلاف مصطادة وليس عليها دليل وحديث الحلبي

في الاجارة ٣٧٣
ضامن^١ وأما اذا كان واصفاً فالأظهر عدم الضمان^٢ وإذا تبرأ
الطبيب من الضمان وقبل المريض أو وليه بذلك ولم يقصر في الاجتهاد
فانه يبرأ من الضمان بالتلف وان كان مباشراً للعلاج^٣.

منصرف عن مورد الاتلاف باذن الطرف المقابل وبعبارة اخرى : تارة يتجاوز
عن المقدار المأذون فيه واخرى لا يتجاوز عن ذلك المقدار بل يقتصر بالمقدار
المأذون فيه فلا وجه للضمان . وان شئت قلت : ان الاتلاف باذن من يده الامر
لا يقتضى الضمان والمستفاد من الرواية ان الاجير للاصلاح لو أقصد بكون ضامناً
فلاحظ .

(١) لقاعدة الاتلاف ويؤيد المدعى ما رواه السكوني عن أبي عبد الله عليه
السلام قال : قال امير المؤمنين عليه السلام : من تطيب أو تبيطر فليأخذ البراءة من
وليه والا فهو له ضامن (*١) .

وانما عبرنا بالتأييد لكون الرواية ضعيفة بالتوفلي فان مجرد كونه في أسناد
كامل الزيارات لا يقتضى ثبوت وثاقته ان قلت الطبيب مأذون ولا ضمان مع الاذن
قلت : انه مأذون في الاصلاح لافي الافساد .

(٢) لعدم ما يقتضى الضمان ولا مجال لتوهم كونه السبب والسبب في المقام
أقوى من المباشر كما انه لا مجال للاخذ بالرواية بدعوى شمولها للمقام بالاطلاق
فانه لأشأن للواصف ولا يكون الفعل مستنداً اليه كما أن الرواية لا تشمل المقام فان
الظاهر من الرواية ان الموضوع فيها من يباشر العلاج مضافاً الى أنها ضعيفة سنداً
فلا اعتبار بها .

(٣) استدل على المدعى برواية السكوني وقد مر ان السند ضعيف فلا بد من

(مسألة ٣٥) : اذا عثر الحمال فسقط ما كان على رأسه أو ظهره فانكسر ضمنه مع الفربط في مشيه^(١) ولا يضمنه مع عدمه^(٢) وكذلك اذا عثر فوق ما على رأسه على اثناء غيره فكسره^(٣) .

(مسألة ٣٦) : اذا قال للخياط : ان كان هذا القماش يكفيني قميصاً فاقطعه فقطعه فلم يكفه ضمن^(٤) وأما اذا قال له : هل يكفيني قميصاً فقال : نعم فقال : اقطعه فقطعه فلم يكفه فالظاهر انه لا ضمان

انعقاد اجماع تعبدى على المدعى والا فلا بد من العمل على طبق القاعدة ومقتضاها الضمان لاطلاق الأدلة الا أن يقال بانصراف الأدلة عن صورة الاذن أو يقال بقيام السيرة على عدمه وان شئت قلت : مرجع التبري الى الاذن في العلاج والاتلاف مستنداً الى المالك وبأذنه لا يوجب الزمان لافي المالبات ولا في الاعضاء والله العالم .

(١) لقاعدة الاتلاف الموجبة للضمان .

(٢) لعدم المقتضي .

(٣) لعين المالك فان الضمان يحتاج الى الدليل وان شئت قلت : لا يستند الكسر اليه فلا يضمن الا مع التقصير فيضمن .

(٤) بتقريب : ان الاذن في القطع علق على الكفاية والمفروض عدمها فالضمان على القاعدة غاية الامر عدم كون الخياط مقصراً لاعتقاده الكفاية ولكن الضمان لا يختص بصورة التقصير بل يتحقق في صورة الاتلاف ولو مع العذر لكن لقائل أن يقول بأن التعليق على الكفاية بحسب الفهم العرفي يرجع الى ايكال الامر الى الخياط . وبعبارة اخرى : يرجع الى الاذن في القطع مع اعتقاد الخياط بالكفاية فلا وجه للضمان فلاحظ .

إذا كان الخياط مخطئاً في اعتقاده ^(١) .

(مسألة ٣٧) : إذا آجر عبده لعمل فافسداً لا قوى كون الضمان في كسبه فإن لم يف فعلى ذمة العبد يتبع به بعد العنق إذا لم يكن جناية على نفس أو طرف والاتفاق برقبته وللمولى فداؤه باقل الامر من الارش والقيمة ان كانت خطأ ^(٢) وان كانت عمداً تخير ولي المجنى عليه بين قتله واسترقاقه على تفصيل في محله ^(٣) .

(مسألة ٣٨) : إذا آجر دابته لحمل متاع فعثرت فتلف أو نقص فلا ضمان على صاحبها ^(٤) الا اذا كان هو السبب بنخس أو ضرب

(١) اذ المفروض ان القطع باذن المالك فلا وجه للضمان .

(٢) بتقريب : ان مقتضى الجمع بين روايتين واردتين في المقام ما ذكر الاولى ما رواه زرارة وأبو بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام في رجل كان له غلام فاستأجره منه صانع أو غيره قال : ان كان ضيع شيئاً أو أبق منه فموا اليه ضامنون (*) (١) .

الثانية : ما رواه أبو بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل استأجر مملوكاً فيستهلك ما لا كثيراً فقال : ليس على مولاه شيء وليس لهم أن يبيعه ولكنه يستسمى وان عجز عنه فليس على مولاه شيء ولا على العبد شيء (*) (٢) فنقول : الرواية الاولى تقيد بالثانية وتكون النتيجة ما أفاده في المتن .

(٣) وتفصيل الكلام موكول الى بابه فليراجع وليلاحظ .

(٤) لعدم المقتضي للضمان فلا ضمان .

(١) الوسائل الباب ١١ من أبواب أحكام الاجارة الحديث : ٢

(٢) نفس المصدر الحديث : ٣

وإذا كان غيره السبب كان هو الضامن ^(١) .

(مسألة ٣٩) : إذا استأجر سفينة أو دابة لحمل متاع فنقص أو سرق لم يضمن صاحبها ^(٢) وأو شرط عليه اداء قيمة التالف أو أرش النقص صح الشرط ولزم العمل به ^(٣) .

(مسألة ٤٠) : إذا حمل الدابة المستأجرة أكثر من المقدار المقرر بينهما بالشرط أو لاجل التعارف فتلفت أو تعينت ضمن ذلك ^(٤) وعليه اجرة المثل للزيادة مضافة الى الاجرة المسماة ^(٥) وكذا إذا استأجرها لنقل المتاع مسافة معينة فزاد على ذلك ^(٦) . وإذا استأجرها لحمل المتاع مسافة معينة فركبها أو بالعكس لزمته الاجرة المسماة واجرة المثل للمنفعة المستوفاة وكذا الحكم في أمثاله مما كانت فيه المنفعة المستوفاة مضادة للمنفعة المقصودة بالاجارة ^(٧)

(١) كما هو مقتضى القاعدة فإن الائلاف يستند الى صاحبها في الفرض الاول فيضمن والى الاجنبي في الفرض الثاني فيضمن هو فلاحظ .

(٢) لعدم موجب للضمان فان يد الامين ليست يد ضمان .

(٣) اذا رجع الى شرط الفعل وتقدم في اول الفصل تفصيل الكلام فراجع .

(٤) لكون يده في الفرض يد عدوان وخارجة عن الامانة فالضمان على القاعدة .

(٥) أما اجرة المثل فللزيادة وأما الاجرة المسماة فللاجارة .

(٦) الكلام فيه هو الكلام فلا وجه لاعادة التقريب .

(٧) لعين الملاك وصفوة القول : ان الاجارة تقتضى دفع الاجرة المسماة واجرة المثل بلحاظ الانتفاع الذي لا يكون مورداً للاجارة .

بلا فرق بين الاجارة الواقعة على الإعيان كالدار والدابة والاجارة الواقعة على الاعمال كما اذا استأجره لكتابة فاستعمله في الخياطة^(١).

(مسألة ٤١) : اذا استأجر العامل للخياطة فاشتغل العامل بالكتابة

للمستأجر عمداً أو خطأ لم يستحق على المستأجر شيئاً^(٢).

(مسألة ٤٢) : اذا آجر دابة لحمل متاع زيد فحملها المالك متاع

عمرو لم يستحق اجرة لا على زيد ولا على عمرو^(٣).

(مسألة ٤٣) : اذا استأجر دابة معينة من زيد للركوب الى مكان

معين فركب غيرها عمداً أو خطأ لزمته الاجرة المسماة للاوى

واجرة المثل للثانية واذا اشبهه فركب دابة عمرو لزمته اجرة المثل

لها مضافة الى الاجرة المسماة لدابة زيد^(٤).

(١) اذ حكم الامثال واحد ولا وجه للفرق بعد وحدة الملاك فلاحظ .

(٢) عدم استحقاق اجرة المثل للخياطة على القاعدة وأما عدم استحقاق الاجرة المسماة فلا وجه له اذ بالعقد يستحق الاجير الاجرة المسماة غاية الامر ان فسخ المستأجر لا يستحق شيئاً وان لم يفسخ يفي استحقاقه بالنسبة الى الاجرة المسماة بحاله ويضمن الاجير للمستأجر اجرة المثل للعمل الذي كان مورد الاجارة .

(٣) أما عدم الاستحقاق بالنسبة الى عمرو فعلى القاعدة اذ لم يكن بأمره وأما بالنسبة الى زيد فالاستحقاق متحقق بالعقد فاذا فسخ زيد الاجارة لا يستحق الاجير شيئاً والايقي الاستحقاق بحاله غاية الامر يضمن الاجير له اجرة مثل العمل الفائت كما مر في الفرع السابق فلاحظ .

(٤) ما أفاده ظاهر واضح فان الضمان بالنسبة الى احدهما بالعقد وأما بالنسبة

(مسألة ٤٤) : اذا استأجر سفينة لحمل الخل المعين مسافة معينة فحملها خمراً مع الخل المعين استحق المالك عليه الاجرة المسماة واجرة المثل لحمل الخمر لو فرض انه كان حلالاً^١ .

(مسألة ٤٥) : يجوز لمن استأجر دابة للركوب أو الحمل أن يضربها أو يكبحها باللجام على النحو المتعارف الاعم منع المالك^٢ وإذا تعدى عن المتعارف أو مع منع المالك ضمن نقصها أو تلفها^٣ وفي صورة الجواز لا ضمان للنقص على الاقوى^٤ .

الى الآخر فبالانتفاع ومن الظاهر ان مال المسلم محترم ولا يذهب هدرأ فالانتفاع يقتضي الضمان باجرة المثل فلاحظ .

(١) اذ فرض انه حملها ما لا يكون مورداً لاجارة فبمقتضى العقد يستحق الاجرة المسماة وبمقتضى الانتفاع الزائد يستحق اجرة المثل لكن هذا فيما يكون حمله حلالاً وأما اذا كان حراماً فلا يستحق الاجر اذ العمل الحرام لا يكون محترماً عند الشارع فلا يتصور له الاجر .

(٢) بأن يشترط عليه عدمه في ضمن العقد أو قام قرينة عرفية على عدم الجواز كما لو كان المالك مصاحباً مع المستأجر وكان المتعارف أن يكون المالك بنفسه سائقاً والا لم يكن أثر لمنعه مع فرض كون المتعارف جوازه وبعبارة اخرى : لا بد في الحكم بكون المنع مؤثراً من تقييده بكونه عن حق .

(٣) اذ المفروض انه لم يكن مرخصاً فيه وبمقتضى قاعدة ضمان التلف بالاتلاف يتحقق الضمان كما أنه لو تعدى بحيث خرجت اليد عن عنوان الامانة يتحقق الضمان بمقتضى قاعدة على اليد .

(٤) اذ بعد فرض كون تصرفه وضربه متعارفاً وموافقاً للقاعدة وجازاً شرعاً

- (مسألة ٤٦) : صاحب الحمام لا يضمن الثياب أو نحوها لو سرقت^(١) إلا اذا جعلت عنده ودبعة وقد تعدى أو فرط^(٢) .
- (مسألة ٤٧) : اذا استوجر لحفظ متاع فسرقت لم يضمن^(٣) إلا

لوجه للضمان اذ المفروض ان يده يدامنة وبعبارة واضحة : ان تصرفه يكون باذن المالك فلا مجال للضمان .

(١) لعدم المقتضي للضمان .

(٢) فان الامين لا يضمن مادام لا يتعدى ولا يفرط ولا يكون يده يد عدوان فالضمان على القاعدة .

(٣) لعدم ما يوجب الضمان بل الضامن هو السارق ويظهر من حديثين الضمان اذا كان اجيراً على الحفظ :

احدهما : ما رواه أبو البخري عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام انه كان لا يضمن صاحب الحمام وقال : انما يأخذ الاجر على الدخول الى الحمام (*١) .
فانيهما : ما رواه اسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه أن علياً عليه السلام كان يقول : لا ضمان على صاحب الحمام فيما ذهب من الثياب لانه انما اخذ الجعل على الحمام ولم يأخذ على الثياب (*٢) وكلا الحديثين ضعيفان سنداً .

وصاحب الوسائل أفاد بأن الصدوق روى الحديث الثالث من الباب عن ابن مسكان ولم نجده وعلى فرض تحققه لا أثر للحديث الا أن يصل السند الى المعصوم عليه السلام بطريق معتبر مضافاً الى ما دل على عدم الضمان لاحظ ما رواه الحلبي (*٣) .

(١) الوسائل الباب ٢٨ من أبواب أحكام الاجارة الحديث : ٢

(٢) نفس المصدر الحديث : ٣

(٣) لاحظ ص : ٣٥٦

مع التقصير في الحفظ ' والظاهر ان غلبة النوم لا تعد من التقصير^(١)
نعم اذا اشترط عليه اداء القيمة اذا سرق المتاع وجب الوفاء به^(٢)
وام يستحق اجرة في صورتين^(٣) .

(مسألة ٤٨) : انما يجب تسليم العين المستأجرة الى المستأجر
اذا توقف استيفاء المنفعة على تسليمها كما في اجارة آلات النساجة
والنجارة والخباطة أو كان المستأجر قد اشترط ذلك والا لم يجب

(١) اذا بالتعدي أو التفريط تخرج اليد عن الامانية وتدخل في اليد العلوانية
فالضمان على القاعدة .

(٢) اذا كان على النحو المتعارف ولم يكن مقصراً وتشخيص الموضوع بنظر
المكلف .

(٣) اذا التدارك جائز فاذا جاز وجب باشتراطه لقاعدة « المؤمنون عند
شروطهم »

(٤) بتقريب : ان مورد الاجارة حفظ المتاع والمفروض انه لا يكون قادراً فلا
موقع لايقاع الاجارة عليه . وبعبارة اخرى : اذا لم يكن قادراً على الحفظ لا يكون
مالكاً لهذا الفعل ومع عدم كونه مالكاً لا مجال لتمليكه من الغير بالاجارة فالاجارة
باطلة من الاول .

ولقائل أن يقول : المتعارف في أمثال المقام ايقاع الاجارة على ما يمكنه
وان شئت قلت : تقع الاجارة بازاء بذل الجهد في الحفظ لاعلى الحفظ بما هو
حفظ بحيث يكشف السرقة عن بطلان الاجارة لعدم قدرة الاجير عليه . ويرد على
الماتن انه لا يرى نفوذ الشرط الواقع في ضمن العقد الفاسد والمفروض ان العقد
فاسد في المقام فكيف يكون الشرط نافذاً والحق عندنا نفوذ الشرط ولو كان واقماً

فمن استأجر سفينة للركوب لم يجب على المؤجر تسليمها اليه ^(١) .
(مسألة ٤٩) : يكفي في صحة الاجارة ملك المؤجر المنفعة
وان لم يكن مالكا للعين فمن استأجر داراً جاز له أن يؤجرها من
غيره وان لم يكن مالكا لنفس الدار ^(٢) فاذا توقف استيفاء المنفعة على
تسليمها وجب على المؤجر الثاني تسليمها الى المستأجر منه ^(٣) وان
لم يأذن له المالك ^(٤) واذا لم يتوقف استيفاء المنفعة على التسليم
كالسفينة والسيارة لم يجب على المؤجر الاول تسليمها الى الثاني ^(٥)

في ضمن العقد الفاسد والتفصيل موكول الى مجال آخر .

(١) ما أفاده تام فان الواجب على المؤجر تسليم المنفعة ففي مثل اجارة السفينة
يكون للمستأجر الانتفاع بها والانتفاع منها لا يستلزم تسليم العين كما هو ظاهر
وعلى الجملة وجوب التسليم متوقف على قيام دليل عليه والا فلا وجه للالتزام بما
ذكر كما هو واضح وبعبارة واضحة ان الوجوب في مفروض الكلام بلا دليل فان
المستأجر له حق الانتفاع من العين المستأجرة فلو لم يتوقف الانتفاع على التسليم
لا يجب الامع الشرط كما في المتن فان التسليم جاز وبالشروط يجب .

(٢) لان الاجارة تمليك المنفعة وملك المنفعة لا يستلزم ملك العين كما هو ظاهر
فلو استأجر داراً مدة وقبل انقضاء المدة مات تتقل منفعة الدار الى وارثه ويجوز
له أن يؤجر الدار من الغير .

(٣) فان صحة الاجارة تستلزم وجوب تسليم موردها ان كان الانتفاع متوقفاً
على التسليم كما مر في بعض الفروع .

(٤) فانه ليس له حق المنع بعد ما آجر داره على النحو المتعارف .

(٥) كما مر اذ المفروض ان الانتفاع لا يتوقف على التسليم .

الا اذا اشترط عليه ذلك ^(١) ولا يجوز للمؤجر الثاني تسليمها الى المستأجر منه وان اشترط عليه ^(٢) بل الشرط يكون فاسداً ^(٣) نعم اذا اذن له المالك فلا بأس ^(٤) كما انه في الصورة السابقة التي يجب فيها تسليم المؤجر الثاني الى المستأجر منه لا يجوز التسليم الا اذا كان المستأجر منه اميناً ^(٥) فاذا لم يكن اميناً وسلمها اليه كان ضامناً ^(٦) هذا اذا كانت الاجارة مطلقة أما اذا كانت مقيدة كما اذا استأجر الدابة لركوب نفسه فلا تصح اجارتها من غيره فاذا آجرها من غيره بطلت الاجارة ^(٧) فاذا ركبها المستأجر الثاني وكان عالماً بالفساد

(١) حيث ان التسليم جائز وبالشرط يجب بمقتضى دليل الشرط .

(٢) اذ التسليم في الصورة المفروضة تصرف في مال الغير ويحتاج الى الاذن منه والشرط لا يكون مشروعاً ، وبعبارة اخرى : لابد من كون متعلق الشرط جائزاً في حد نفسه كي يجب بالشرط والمفروض عدم كونه مشروعاً .

(٣) لكونه على خلاف السنة فيفسد كما هو المقرر .

(٤) بلا اشكال فانه مع اذن المالك لا مانع من التصرف .

(٥) اذ مع عدم كونه اميناً يكون التسليم اليه خيانة في مال الغير ولا يجوز للمستأجر الخيانة في العين المستأجرة .

(٦) لخروج يده عن الامانية وتعنونها بالعدوانية مضافاً الى النص لاحظ ما رواه الصفار (* ١) .

(٧) اذ المفروض ان المؤجر الثاني لم يكن مالكاً للمنفعة المطلقة واجارة غيره

كان آثماً^(١) ويضمن للمالك اجرة المثل للمنفعة المستوفاة ولل مؤجر
باجرة المثل للمنفعة الفائتة^(٢).

المالك لأثر لها .

(١) لان تصرفه في مال الغير بلاذنه حرام شرعاً .

(٢) هذا مبني على صحة القول بتعلق الملكية بالمنافع المتضادة اذ على هذا
المبني يتم ما أفاده في المتن فان المستأجر الثاني يضمن للمالك وللمستأجر الاول
أما للمالك فللمنفعة المستوفاة وأما للمستأجر الاول فلفوت المنفعة المملوكة له
وحيث انجر الكلام الى هنا ناسب أن يرسل عنان البحث الى بيان الاشكال
الوارد في كلام القوم بالنسبة الى ملكية المنافع المتضادة وحاصل ذلك الاشكال
ان العين الواحدة ليست لها الا منفعة واحدة . وبعبارة اخرى : العين الواحدة
لا تتحمل الا منفعة واحدة فليس للمالك الا منفعة واحدة من تلك المنافع فلو فرض
انه لا يملك الا منفعة واحدة لم يكن مجال الا لضمان واحد .

والذي يدل على المدعى ان الغاصب للعين لا يكون ضامناً لجميع المنافع
فالنتيجة ان المالك يملك الجامع بين تلك المنافع وفي مقام التصرف له الخيار
في اختيار اي منفعة من تلك المنافع وصفوة القول : ان المنافع المتضادة لا تكون
قابلة للاجتماع في الخارج فلا يكون مالك العين الا مالكا للجامع .

وأفاد سيدنا الاستاد في هذا المقام « انه يمكن ملكية تمام المنافع المتضادة
في عرض واحد والسرفيه ان التضاد انما هو في نفس تلك المنافع اذ لا يعقل أن
يجتمع السير مع الدابة الى الطرف الشرقي مع السير بها الى الطرف الغربي
ولكن لامقتضي لسراية التضاد الواقع بينهما الى عالم اعتبار ملكيتها فلا تنافي بين
اعتبار هذه المنفعة والمنفعة الاخرى فان الاعتبار خفيف المؤنة فيمكن اجتماع
الاعتبارات في صعيد واحد .

ان قلت : لا بد أن يكون الاعتبار متعلقاً بأمر مقدور والا يكون لغوا قلت :
يكفي في عدم كونه لغوا كون المتعلق مقدوراً في نفسه لامع قيد اجتماعه مع المتعلق
الآخر وان شئت قلت : ان من بيده الامر يعتبر ملكية كل واحدة منها ولا يعتبر
ملكية المجموع بما هو مجموع فالجمع في الاعتبار لافي المعبر « .

ثم قال : « ويتضح المدعى بامعان النظر في الافعال المباحة المتضادة فانه
لاشكال في اشتراط القدرة في متعلق الاباحة وأيضاً لاشكال في التضاد بين الافعال
المتضادة وعدم امكان اجتماعها ومع ذلك نرى ان الشارع اباح كل واحد منها
فالجمع بين الاباحات لا بين المباحات والمقام كذلك فان اعتبار الملكية متعلق بكل
فائدة بحالها لا بعنوان كونها منضمة الى غيرها كى يقال : اجتماعها غير معقول
فاعتبار ملكيتها لغو .

ان قلت : لفائدة في هذا الاعتبار ومع عدم الفائدة واللغوية لا يصدر عن الحكيم
تعالى عن ذلك قلت : المالك وان لا يمكنه الجمع بين المتعلقات لكن تظهر فائدة
الاعتبار المذكور في مثل المقام حيث ان ضمان الاجرة المسماة يتحقق بالعقد
و ضمان اجرة المثل يتحقق بالاستيفاء وهذا أمر ظاهر مترتب على ملكية كل واحد
من تلك المنافع ويمكن أن يجعل صحيح أبي ولاد (*) مؤكداً ومعاضداً للمدعى اذ
يستفاد من تلك الرواية ان الغاصب ضامن للاجرة بالنسبة الى ما تجاوز عن الحد
وهو السير من الكوفة الى النبل الى آخره مضافة الى الاجرة المسماة التي لاخلاف
فيها حتى من أبي حنيفة .

وبعبارة اخرى : يستفاد من الحديث مفروغية ضمان الغاصب بالنسبة الى
الاجرة المسماة ولا يكون أبو حنيفة مخالفاً فيها وانما تعرض عليه السلام لمورد

الخلاف وهو التصرف العدواني الذي ارتكبه الغاصب ان قلت : الالتزام بملكية المنافع المتضادة يستلزم القول بكون الغاصب ضامناً لجميع المنافع وهل يمكن الالتزام بهذا اللازم؟ قلت : لا مقتضي لهذا القول لأن الضمان مسبب من احد امور ثلاثة :

الاول : الاتلاف. الثاني : وضع اليد العادية على المال. الثالث : الاستيفاء والمفروض ان الغاصب استوفى منفعة من تلك المنافع ويتحقق الضمان بالاستيفاء وأما بقية المنافع فلم يستوفها فلا ضمان من ناحية الاستيفاء وهكذا بالنسبة الى الاتلاف والتلف اذ لا يصدق انه أتلّف على المالك تلك المنفعة لان المالك لا يكون مالكاً للمجموع وقس عليه التلف .

وعلى الجملة حيث ان اجتماعها أمر غير ممكن لا يصدق الاتلاف ولا التلف بالنسبة الى المنافع غير المستوفاة نعم لو استوفى الغاصب من العين المفضوبة منفعة ضئيلة والحال انه يمكن استيفاء منفعة تكون أجرتها أزيد يكون الغاصب ضامناً للأجرة الراقية وبعبارة اخرى : هو ضامن للمقدار الذي تلف اعم من أن يستوفى تلك المنفعة الراقية أم لا .

وعلى الجملة حيث ان المنافع لا تجتمع خارجاً ولا يعقل اجتماعها لا يصح أن يقال أتلّف المنافع جميعها فان الاتلاف يقع على ما يكون قابلاً للانتفاع والمفروض ان الانتفاع بالجميع غير ممكن . ويدل على المدعى حديث أبي ولاد (* ١) فان الغاصب لو كان ضامناً لجميع المنافع لكان عليه عليه السلام البيان والحال انه لم يبين فيعلم ان الغاصب ضامن لمنفعة واحدة اي الدرجة العالية واغلاها .

هذا تمام الكلام على القول بكون المالك مالكاً لكل واحدة من المنافع وأما

على القول. بعدم الامكان فيدور الامر بين وجوه ثلاثة : الوجه الاول : ان المالك مالك للجامع بين المنافع فاذا طبقه على منفعة خاصة كما لو آجر الدابة للحمل لم يبق له مدة الاجارة الا ملك نفس الدابة ولا يكون مالكا لمنفعة الدابة وعليه لو استفاد المستاجر من الدابة منفعة اخرى لا يكون ضامنا للمالك .

ويرد عليه ان لازم هذا القول ان المستاجر لو استاجر الدابة لمنفعة ضئيلة في قبال اجرة زهيدة واستفاد منها المنفعة الراقية العظمى لم يكن ضامنا للمالك وهل يمكن الالتزام بهذا اللازم ؟ كلا . وهذا يشبه فتوى أبي حنيفة واضرا به اى بها تمنع السماء عن قطرها .

الوجه الثاني : الالتزام بأن المستاجر لما لم يستوف المنفعة المستأجرة واستوفى بدلها منفعة مضادة اقتضى ذلك انفساخ العقد وفساده ولذا لا يضمن الاجرة المثل بالنسبة الى ما استفاد وربما يقال : ان هذا يستفاد من حديث أبي ولاد بدعوى : ان التعرض لاجرة المثل والسكوت عن اجرة المسمى يكشف عن هذا الادعاء .

وفيه : اولاً : انه لا وجه لانفساخ العقد والشاهد على عدم الانفساخ ان المستاجر لو لم يستوف من العين وأبقاها معطلة فلا يكون ضامناً للاجرة المسماة فهل يمكن ان انتفاعه منفعة اخرى يوجب السقوط وانفساخ العقد؟ وهذا ينطبق على أية قاعدة فقهية ؟ وأما حديث أبي ولاد فقد مر البحث حوله وبيننا المستفاد منه .

وثانياً : ان لازم هذا المدعى براءة ذمة المستأجر عما اشتغلت به حين الاجارة كما لو استأجر دابة للرواح الى كربلاء مثلاً بدينا واستعمل الدابة في طريق تكون اجرتها بالنسبة الى ذلك الطريق نصف دينار فان مقتضى هذه الدعوى براءة ذمة المستأجر من النصف الاخر بلا موجب ووجه ولا يمكن الالتزام بهذا اللازم .

الوجه الثالث : ما عن الميرزا قدس سره وهو التفصيل بين ما اذا كانت اجرة

ولكنه مع الجهل وعلم المؤجر بالحال يرجع الى المؤجر بما غرمه للمالك^(١) واذا آجر الدابة للركوب واشترط على المستأجر استيفاء المنفعة بنفسه أو أن لا يؤجرها من غيره فأجرها قيل بطلت الاجارة فاذا استوفى المستأجر منه المنفعة كان ضامناً له اجرة المثل لا للمالك^(٢) ولكن الاظهر صحة الاجارة وثبوت الخيار للمالك في فسخ

المنفعة المستوفاة مساوية للاجرة المسماة أو اقل وبين ما اذا كانت أكثر فعلى الاول لا يستحق المالك الا المسماة وعلى الثاني يستحقها مع الضميمة .

وفيه : ان المنفعة المستوفاة ان كانت ملكاً للمالك العين استحق على المستوفى تمام الاجرة لامقدار ما به التفاوت فقط وان لم تكن ملكاً له فلا مقتضي لاستحقاق ذلك المقدار الزائد فالحق ما ذكرنا خلافاً لأبي حنيفة حيث ذهب الى مذهبه الباطل من أن الخراج بالضمان نعم ما ذكر في الوجه الثالث وجبه بالنسبة الى ما يكون النسبة بين المنفعتين نسبة الاقل والاكثر لان نسبة التضاد التي هي محل الكلام كما لو استأجر دابة لحمل بضاعة وزنها خمسون غراماً فحملها ما يعادل ستين فان المستأجر لا محالة يضمن لهذه الزيادة اذ لا موجب لذهاب تلك الزيادة هدرأ وقد كانت قابلة لان يستوفها المالك بأن يؤجر الدابة لحمل ستين غراماً والظاهر انه لاخلاف في هذا الفرض في ضمان الزيادة بخلاف المنافع المتضادة حيث وقعت محل الخلاف والكلام ولكن أبا حنيفة خالف في هذا الفرع أيضاً وذهب الى عدم الضمان بالنسبة الى الزيادة بدعوى : ان الخراج بالضمان (* ١) .

(١) لقاعدة ان المغرور يرجع الى من غره .

(٢) بتقريب : انه مع الشرط ليس له الاجارة من الغير ومع فرض الاجارة

عقده ومطالبة المستأجر منه بأجرة المثل^(١) .

وانتفاع المستأجر الثاني من العين يضمن للمستأجر الأول اجرة المثل للمنفعة المستوفاة .

(١) اذا الشرط لا يقصر سلطنته وضماً وغايته ثبوت الحكم التكليفي نعم اذا تخلف عن الشرط يثبت للمالك خيار التخلف فاذا فسخ العقد يثبت الضمان اي يضمن المستأجر الثاني اجرة المثل للمالك كما في المتن .

وربما يقال : ان الامر بالوفاء بالشرط ينافي الامر المتعلق بالوفاء بعقد الاجارة فلا يمكن أن تكون الاجارة صحيحة والجواب عن هذا الاشكال انه لا مجال لاجتماع الامرين اذ مادام لم يتحقق عقد الاجارة يكون الامر بالوفاء بالشرط موجوداً وأما الامر بالوفاء بعقد الاجارة غير موجود وبعد عصيان الامر بالوفاء بالشرط الامر بالوفاء بعقد الاجارة موجود مع انتفاء الامر بالوفاء بالشرط بالعصيان .

فان الامر بالوفاء بالشرط مادام موجوداً لاتصل النوبة الى الامر بالوفاء بالعقد وبعد سقوط الامر بالشرط بالعصيان تصل النوبة الى الامر بالوفاء بالعقد والامر بالشرط غير موجود فإين يجتمعان .

وربما يقال : ان الامر بالشرط يمنع عن صحة العقد فكأن المكلف بالتكليف الشرعي يكون غير قادر على الاجارة وفيه : ان التكليف بالوفاء لا يقتضي فساد الاجارة كيف وهو مأمور بالعمل بالشرط فلو لم يكن قادراً على العقد كيف يؤمر بالوفاء .

وربما يقال : ان اطلاق دليل وجوب العمل بالشرط حتى بعد الاجارة يقتضي فسادها وفيه : انه لا مجال لبقاء الامر بالشرط بعد العصيان فان المشروط عليه اذا خالف شرطه وآجر العين من الغير يسقط الامر بالشرط ويتحقق للمشروط له خيار تخلف الشرط فلاحظ .

(مسألة ٥٠) : اذا استأجر الدكان مدة فانتهت المدة وجب عليه ارجاعه الى المالك ولا يجوز له ايجاره من ثالث الا باذن المالك ^(١) . كما لا يجوز له اخذ مال من ثالث ليملكه من الدكان المسمى في عرفنا « سرقفلية » الا اذا رضى المالك ^(٢) واذا مات المستأجر لم يجز أيضاً لو ارثه اخذ « السرقفلية » الا اذا رضى المالك ^(٣) فاذا اخذها يرضى المالك لم يجب اخراج ثلث للميت اذا كان قد

ثم انه لا يخفى أن ما أفاده من ضمان المستأجر الثاني بالمثل للمالك مبني على مرام الماتن حيث يرى ان فسخ الاجارة من الاصل وأما على المسلك الاخر وهو كون الفسخ من الحين فلا وجه لبطلان الاجارة الثانية بل الاجارة الثانية باقية بحالها حتى بعد الفسخ غاية الامر للمالك مطالبة اجرة المثل من المستأجر الاول بالنسبة الى المدة الباقية بعد الفسخ وبعبارة اخرى : المستأجر الاول أتلف مال المالك بالتلف الحكمي فعليه دفع اجرة المثل .

(١) لان اختيار المال بيد مالكة فليس للمستأجر بعد انتهاء المدة التصرف في الدكان ويجب عليه ارجاع أمره الى مالكة ولا يجوز له ايجاره من الغير الا باذن المالك .

(٢) الظاهر ان المراد من الجملة تسليم الدكان الى غير المالك كما يعامل ذلك الغير مع المالك فيأخذ شيئاً في مقابل هذا التفويض والظاهر انه لا مانع منه اذا كان باذن المالك اذ لا مانع في التسليم والتفويض الا من ناحية التصرف في مال الغير فاذا رضى المالك به لا يبقى مانع منه .

(٣) الكلام فيه هو الكلام فانه لا وجه للجواز الامع اذن المالك ومع اذنه لا مانع منه .

أوصى^١ إلا إذا كان رضا المالك مشروطاً باخراج الثلث^٢ نعم
إذا اشترط المستأجر على المالك في عقد الاجارة أو عقد آخر لازم
أن يأخذ السرقفلية ، جاز له أخذها فاذا مات كان ذلك موروثاً
لوارثه ووجب اخراج ثلثه إذا كان أوصى^٣.

(١) لأن السرقفلية لا تكون مما تركه الميت فلا يجب اخراج الثلث منها .
(٢) كما هو ظاهر فإن الاخذ منوط باذن المالك وإن المالك مقصور فسي
هذه الدائرة وفي هذا الغرض فمع عدم الاخراج لا يجوز له الاخذ .
(٣) بمقتضى الشرط المقتضى للنفوذ وفي المقام اشكال وهو ان الشرط لا بد
أن يكون أمراً مشروعاً في وعاء الشريعة وبعبارة اخرى : دليل الشرط لا يكون
مشروعاً فلا بد من احراز شرعيته قبل وقوعه تحت دليل الشرط وعلى هذا الاساس
لا بد في المقام من كون هذا الحق شرعياً وبعد تماميته يقع مورد الشرط وما يتصور
في هذا المقام لصحته وجوه :
الوجه الاول : ان المالك له حق ايجار ملكه ويجوز له أن ينقل هذا الحق
الى الغير بعوض ومقتضى دليل جواز أكل المال بالتجارة عن تراض جواز هذه
المبادلة بل يمكن نقله بالمصالحة وبعد تحقق العقد المذكور يكون لازماً بمقتضى
عموم وجوب الوفاء بالعقد فعليه يكون نقل هذا الحق الى الغير جائزاً وصحيحاً
فلو وقع هذا النقل تحت عنوان الشرط بنحو شرط النتيجة يحصل المقصود ويرتفع
الاشكال فهذا الحق يبقى للطرف الاخر وبعد موته ينتقل الى وارثه بل له أن ينقله
الى غيره وهكذا كما هو المتداول عند الناس وأهل السوق .

وفيه : اولا انا لانفهم ولا نجد حقاً للمالك غير نفوذ معاملاته في ملكه من
البيع والاجارة وأمثالهما وأما الزائد عليه كى يقع عليه المعاملة فلا نجده وبعبارة
اخرى : حق الايجار كحق البيع وهل يمكن الالتزام بجواز نقل المالك حق بيعه

لماله الى الغير وان شئت قلت : المستفاد من الدليل الشرعي ان المالك لو باع داره أو آجر دكانه أو غسل يده النجسة يصح بيعه ونصح اجارته وتطهر يده فلا موضوع كي يقع عليه النقل والانتقال .

وثانياً : لو شك في وجود الحق المذكور يحكم بعدمه باصالة عدم تحققه شرعاً .

الوجه الثاني : أن يشترط المالك للمستأجر في ضمن عقد الاجارة أن لا يزاحمه بالنسبة الى اجارة الدكان أو الخان فيما يرتكبه المستأجر وبهذا الاشتراط يصبح المشروط له حراً في عمله وله ايجار الدكان بأي نحو يريد فيجوز اخذ السرقلية بهذه الحيلة .

ويسرد عليه اولاً : انه لو مات المالك وانتقل الملك الى وارثه فبأي مستند ينصرف المستأجر في ملك المالك اذ بعد موته يكون من يده الامر وارثه وانقطعت يد المالك عنه وثانياً : لو مات المستأجر لا يكون حق لوارثه اذ لم يكن المورث مالكا لحق كي يرثه وارثه بالموت الا أن يقال : بأن المالك يشترط عدم المزاحمة حتى مع وارث المستأجر .

وثالثاً : ان مجرد عدم المزاحمة لا يخرج العقد عن الفضولية بل يتوقف على الاجازة ولا اقل من الرضا فلو فرض انه لم يجز أو لم يرض يكون العقد باطلا وان كان الشارط عاصياً لعدم وفائه بالشرط الا أن يقال : ان الشرط يوجب حقاً للمشروط له فيمكنه اجبار الشارط على العمل به وان امتنع تصل النوبة الى دخالة الحاكم الشرعي في الامر وتصديه لانه ولي الممتنع وهل يمكن الالتزام بأن المتداول الخارجي على هذا المنوال .

الوجه الثالث : ان المستأجر يشترط على المالك في عقد الاجارة أن يعمل

المالك على طبق ما يريده المستأجر وبمقتضى هذا الشرط يكون المستأجر مبسوط اليد في كل امر يريد ويجب على المودر المالك موافقته بمقتضى الشرط .

وبرد عليه اولاً : ان المالك لو لم يوافق وعصى لا يكون المستأجر مبسوط اليد وبعبارة اخرى : مرجع هذا الشرط الى اشتراط الفعل وليس شرطاً للنتيجة غاية الامر يثبت للشارط حق اجبار المشروط عليه ولا بد من مراجعة الحاكم الشرعي لانه ولي الممتنع وثانياً ان المشروط عليه لو مات وانتقلت العين الى الورثة لا يبقى للمستأجر حق بعد موته اذ الامر بعدم موت المالك بيد وارثه وثالثاً : لو مات المشروط له يتم الامر وليس لوارثه ذلك الحق اذ لم يكن حق ينتقل اليه بمقتضى الارث .

الوجه الرابع : أن يوكل المالك المستأجر في ضمن عقد الاجارة في اجارة العين بأي نحو شاء وحيث ان هذه الوكالة تقع بعنوان الشرط في ضمن العقد تكون لازمة بمقتضى دليل الشرط بل بمقتضى وجوب الوفاء بالعقد وما يتعلق به فيكون المستأجر بمقتضى الوكالة اللازمة مبسوط اليد فيما يريد .

ويريد عليه اولاً : ان الوكالة تبطل بموت الموكل فلا أثر لهذه الحيلة لما بعد موته وان شئت قلت : ان الموكل بموته ينزل عن التصرف وينتقل المال الى الوارث وامره يفوض اليه فمافائدة هذه الوكالة وثانياً : ان الوكالة تبطل بموت الوكيل ولا أثر لها بعد موته واشتراط أن تنتقل بالارث الى الوارث لا يؤثر لان الشرط لا يكون مشرعاً وفي الرتبة السابقة لا بد من مشروعيته كي يلزم بالشرط والحال ان مقتضى القواعد عدم انتقال الوكالة بالارث نعم لو وكل المالك المستأجر في توكيل الوارث وعمل المستأجر بهذا التوكيل ووكل الوارث عن قبل المالك لاتصل النوبة الى الارث بل يكون الوارث وكيلاً من قبل الموكل اصالة لا بالارث وغير

خفي ان الوجه المذكور مجرد فرض وخيال وليس منه في الخارج أثر بل لا يخطر في ذهن احد من أهل السوق .

الوجه الخامس : انه لاشبهة ان العرف واهل السوق يتعاملون على السرقلية وهذه المعاملة رائجة دارجة في الاسواق فيؤخذ الموضوع من العرف ويحكم عليه بالصحة بالدليل الشرعي أي حلية أكل مال الغير بالتجارة عن تراض وامثاله .

قلت : برد عليه اولا النقص بأن العرف اذا عاملوا على حق البيع بأن أعطوا حقهم في بيع دارهم أو دكانهم في مقابل عوض أهمل يكون هذا صحيحاً وشرعياً ؟ وثانياً : بالحل بأنه قد سبق و مر انه لاحق في أمثال المقام واو شك فيه يحكم بعدمه بمقتضى استصحاب العدم الازلي فلا يكون مبدلاً في قبال البدل فلاحظ .

الوجه السادس : ان المالك يشترط للمستأجر أن يأذن له فيما يتركه ويكون راضياً بما يفعله وحيث ان هذا الاذن يقع بنحو الاشتراط يكون لازماً وليس له أن يرجع من اذنه ورضاه .

وفيه : ان هذا الاذن على فرض تماميته بالتقريب المذكور لا أثر له بعدموت المالك اذ العين بعد موت المورث يكون أمرها بيد الوارث ولا يترتب على اذن المورث اثر كما انه لو مات المأذون فلا وجه لبقاء الاذن اذ الاذن للمستأجر الا أن يقال يمكن تصوير سعة راثرة الاذن من الاول بأن يكون للمستأجر ولورشته .

وقد بين سيدنا الاستاد في رسالته العملية وجوهاً لتصحيح أخذ السرقلية :
الاول : ان المالك يمكنه أن يوجرد كانه كل شهر بمبلغ مائة تومان مثلاً مضافاً الى نصف مليون توماناً ويشترط للمستأجر أن لا يزاحمه ويكون له حق الاستيجار مادام يريد ولا يزيد على مقدار مال الاجارة واذا أراد المستأجر أن يفوض امر الاجارة الى

الغير يكون له هذا الحق ويعامل المالك مع المستأجر الثاني مثل ما عامل مع الاول ففي هذه الصورة يكون للمستأجر الاول أن يأخذ السرقلية من الثالث في قبال رفع يده عن الدكان ويكون حلالا له وبهذه الحيلة الشرعية يتم الامر وينسد باب الاشكال .

وفيه ان جعل هذا الحق للمستأجر بلا اذن من المالك يكون مخالفاً للشرع فلا يمكن الاشتراط ان قلت : هذا الاذن يرجع الى توكيل المستأجر وحيث ان التوكيل وقع بعنوان الاشتراط يلزم قلت : قد مر ان الوكالة تبطل بموت الموكل فلا أثر لهذه الوكالة لما بعد موته وأيضاً قلنا : ان الوكالة تبطل بموت الوكيل فلا أثر لهذه الحيلة لما بعد موت الوكيل .

مضافاً الى أن شرط الايجار من الثالث شرط فعل على المالك وغايته وجوب الايجار عليه فلو عصى ولم يؤجر لا يمكن الاجارة الابدخلية الحاكمة الشرعي في المعركة واجبار المالك على الايجار وهل الواقع في الخارج كذلك أو انه مجرد فرض وخيال ؟

الثاني : أن يوجر المالك دكانه من زيد ويشترط له أن لا يزاحمه مادام يريد البقاء في المحل ويشترط له أن لا يكون له حق في زيادة مال الاجارة وبعد تمامية الاجارة بهذا النحو يمكن لثالث أن يدفع مقداراً من المال للمستأجر كي يرفع اليد عن الدكان وبعد رفع يده يستأجر الثالث الدكان من المالك فيكون اخذ المستأجر ذلك المال من الثالث حلالا لانه في مقابل رفع اليد .

وفيه : ان الاشكال في أصل الاجارة اذا نسأل انه ما معنى ان لا يكون للمالك حق المزاحمة ويكون للمستأجر حق البقاء مادام يريد البقاء وان متعلق الشرط ان كان هو الحق ولو مع عدم رضا المالك يكون الشرط باطلا وان كان مرجعه الى

التوكيل فيتوجه اليه ما أوردناه في الوجه الاول ولا وجه للاعادة .

الثالث : أن يشترط المستأجر على المالك أن لاحق له في تعطيل الاجارة ورفع يد المستأجر وان يكون للمستأجر حق نقل سكناه الى الغير ففي هذه الصورة يمكن للمستأجر أن يأخذ السرقفية من ثالث في قبال ذلك الحق فحق السكنى ينتقل الى الثالث في قبال السرقفية .

وفيه : اولاً ان اشتراط هذا الحق للمستأجر يكون على خلاف المقرر الشرعي الا أن يرجع الى التوكيل والكلام فيه هو الكلام وثانياً : انه لا معنى لنقل حق السكنى وثبوت هذا الحق اول الكلام والاشكال مضافاً الى أن شرط كون المستأجر ذا حق في نقل هذا الحق الى الغير على خلاف الشرع فلا يشمل دليل الشرط .
ايضا : أفاد سيدنا الاسناد على ما في التقرير (١*) - ما حاصله : ان المالك ربما يملك منفعة داره أو دكانه من الغير في قبال اجرة فيكون الطرف مالكا للمنفعة بالاجارة وربما يأذن للغير أن يتصرف في الدار وفي هذه الصورة يكون المأذون بجائز التصرف في الدار ويكون الاذن مقوماً لجواز تصرفه وثالثة لاهذا ولا ذاك بل أمر متوسط بين الامرين وهو حق السكنى فان المالك يجعل الغير ذا حق في سكنى الدار أو الدكان وفي هذه الصورة لا يكون ذو الحق مالكا للمنفعة .

ولذا لا يمكنه ان يوجر الدار من الغير وأيضاً لا يكون له مجرد الاذن بحيث ينتهي زمان جواز التصرف بانتهاء الاذن بل حق السكنى له وهذا الحق كما يمكن أن يجعل للغير من قبل المالك ابتداء كما هو كذلك في باب السكنى فيقول اسكنتك هذه الدار مدة كذا كذلك يمكن جعل هذا الحق في ضمن العقد بالشرط والذي يقع بالاشتراط تارة يجعل للغير فقط واخرى يجعل له وللغير وبعبارة اخرى حق السكنى

حق قابل للجعل للغير من قبل المالك وقد ثبتت شرعيته بالنصوص وهذا الامر المشروع يمكنه جعله للغير بحيث لا يختص بفرد بل يجعل للطرف ولمن يعامل معه الطرف على هذا الحق وعلى الجملة لا يختص بالمباشر بل يعم غير المباشر ولو مع ألف واسطة فيبقى هذا الحق وبعد تحقق الاشتراط يلزم ويبقى الى زمان سعة الجعل هذا ملخص ما أفاده .

فنقول ينبغي أولاً التعرض لتلك النصوص سنداً ودلالة وثانياً ملاحظة انه هل يمكن اثبات ما أفاده بتلك النصوص أم لا؟ فمن تلك النصوص ما رواه حمران قال: سأله عن السكنى والعمرى فقال: الناس فيه عند شروطهم ان كان شرطه حياته سكن حياته وان كان لعقبه فهو لعقبه كما شرط حتى يفنوا ثم يرد الى صاحب الدار (* ١) .

والمستفاد من هذه الرواية انه يصح جعل السكنى للغير مدة حياته وكذلك يصح جعله للغير ولعقبه وبعد أن يفنوا يرجع المال الى صاحبه ومقتضاه بقاء حق السكنى لمن جعل له ولعقبه بعد وفاته وأما الومات المالك فهل يبقى حق السكنى فيه اشكال اذ لا تعرض له في الحديث ومقتضى القاعدة الاولى عدم البقاء اذ أمر المال بيسد الوارث بعد مسوت المورث بل صرح في الرواية برجوع الغبن الى صاحبه الا أن يقال ان مقتضى قوله عليه السلام «الى أن يفنوا» بقاء الحق مادام بقائهم وبعد انقراضهم يرجع المال الى صاحبه الشرعي ولم يفرض في الحديث كون صاحب المال المالك الاول الذي جعل السكنى للغير ولعقبه وعلى كل حال لا يستفاد من الرواية حكم المقام اذ المفروض عند أهل السوق ان حق السرقفلية حق لمن جعل له وقابل للتفويض الى الغير كما انه يورث من ذبه الى وارثه وهل يستفاد من الحديث

ثبوت هذا الحق شرعاً بهذا النحو مضافاً الى الاشكال في السند بحمران .
ومنها : ما رواه أبو الصباح عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سئل عن السكنى
والعمرى فقال : ان كان جمل السكنى في حياته فهو كما شرط وان كان جعلها له
ولعقبه من بعده حتى يغنى عقبه فليس لهم أن يبيعوا ولا يورثوا ثم ترجع الدار الى
صاحبها الاول (* ١) والمستفاد من هذا الحديث هو المستفاد من ذلك الحديث
والكلام فيه هو الكلام مضافاً الى الاشكال في سند الحديث بمحمد بن الفضيل .
ومنها : ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال : وسألته
عن رجل أسكن رجلاً داره حياته قال : يجوز له وليس له ان يخرجها قلت : فله ولعقبه
قال يجوز وسألته عن رجل أسكن رجلاً ولم يوقت له شيئاً قال يخرجها صاحب
الدار اذا شاء (* ٢) والمستفاد من هذه الرواية مضافاً الى ما استفيد منهما انه لو لم
يوقت يكون للمالك الخيار متى شاء أن يرجع يمكنه الرجوع .
ومنها : ما رواه الحلبي أيضاً عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يسكن
الرجل داره ولعقبه من بعده قال : يجوز وليس لهم أن يبيعوا ولا يورثوا قلت فرجل أسكن
داره رجلاً حياته قال يجوز ذلك قلت فرجل أسكن رجلاً داره ولم يوقت قال :
جائز ويخرجها اذا شاء (* ٣) .

والمستفاد من هذا الحديث ما هو المستفاد من الحديث الثالث مضافاً الى أن
المستفاد منه عدم جواز البيع وعدم الارث .

ومنها : ما رواه الحسين بن نعيم عن أبي الحسن موسى عليه السلام قال :
سألته عن رجل جعل داراً سكنى لرجل أبان حياته أو جعلها له ولعقبه من بعده قال

(١) عين المصدر حديث : ٢٢

(٢) نفس المصدر ص ٣٤ حديث ٢٤

(٣) عين المصدر حديث : ٢٥

هي له ولعقبه من بعده كما شرط قلت : فان احتاج يبيعها ؟ قال : نعم قلت فينقض بيعه الدار السكنى ؟ قال : لا ينقض البيع السكنى كذلك سمعت أبي عليه السلام يقول : قال ابو جعفر عليه السلام لا ينقض البيع الاجارة ولا السكنى ولكن بيعه على أن الذي يشتريه لا يملك ما اشترى هو حتى ينقضي السكنى على ما شرط والاجارة الحديث (* ١) .

والمستفاد من هذه الرواية مضافاً الى ما هو المستفاد من غيرها ان صاحب الدار يمكنه ويجوز له أن يبيع الدار ولكن البيع لا يبطل السكنى كما انه لا يبطل الاجارة .

ومنها : ما رواه خالد بن رافع البجلي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سأله عن رجل جعل لرجل سكنى دار له حياته يعني صاحب الدار فلعامات صاحب الدار أراد ورثته أن يخرجوه ألهم ذلك ؟ قال : فقال : أرى أن تقوم الدار بقيمة عادلة وينظر الى ثلث الميت فان كان في ثلثه ما يحيط بثلث الدار فليس للورثة أن يخرجوه وان كان الثلث لا يحيط بثلث الدار فلهم أن يخرجوه قيل له : أرأيت ان مات الرجل الذي جعل له السكنى بعد موت صاحب الدار يكون السكنى لعقب الذي جعل له السكنى ؟ قال : لا (* ٢) وهذه الرواية ضعيفة بخالد .

ومنها : ما رواه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام قضي في العمرى انها جائزة لمن أعمرها فمن أعمر شيئاً مادام حياً فانه لو رثته اذا توفي (* ٣) .

والمستفاد من هذه الرواية ان من أعمر شيئاً مادام حياً اذا مات يكون ذلك

(١) عين المصدر ص : ٣٨ الحديث ٣٨

(٢) عين المصدر الحديث : ٣٩

(٣) تهذيب الاحكام ج ٩ ص : ١٤٣ حديث ٥٩٥

الشيء لو ارثه ومن الظاهر انه لا يستفاد حكم المقام من هذه الرواية .

ومنها : ما رواه علي بن معبد قال : كتب اليه محمد بن احمد بن ابراهيم بن محمد سنة ثلاث وثلاثين ومائتين يسأله عن رجل مات وخلف امرأة وبنين وبنات وخلف لهم غلاماً او قفه عليهم عشرين ثم هو حري بعد العشرين فهل يجوز لهؤلاء الورثة بيع هذا الغلام وهم مضطرون اذا كان على ما وصفته لك جعلني الله فداك؟ فكتب لاتبعه الى ميقات شرطه الا ان يكونوا مضطرين الى ذلك فهو جائز لهم (*) . وهذه الرواية ضعيفة بعلي بن معبد .

ومنها : ما رواه ابو البختري عن جعفر عن ابيه عن علي عليه السلام ان السكني بمنزلة العارية ان احب صاحبها ان يأخذها اخذها وان احب ان يدعها فعل اي ذلك شاء (*) (٢) وهذه الرواية ضعيفة سنداً بأبي البختري .

ومنها : ما رواه عبد الرحمن الجعفي قال : كنت اخلف الى ابن ابي ليلى في مواريث لنا لي قسمها وكان فيه حبيس فكان يدا فغني فلما طال شكوته الى ابي عبد الله عليه السلام فقال : أو ما علم ان رسول الله صلى الله عليه وآله امر برد الحبيس وانفاذ المواريث قال : فأتيت ففعل كما كان يفعل قلت له : اني شكوتك الى جعفر بن محمد عليه السلام فقال لي : كيت وكيت قال : فحلفني ابن ابي ليلى انه قال ذلك فحلفت له فقضى لي بذلك (*) (٣) وهذه الرواية ضعيفة بعبد الرحمن الجعفي مضافاً الى انها في مقام بيان حكم الحبيس .

ومنها : ما رواه عمر بن اذينة قال : كنت شاهداً عند ابن ابي ليلى وقضى في رجل جعل لبعض قرابته غلة داره ولم يوقت وقتاً فمات الرجل وحضر ورثته ابن ابي

(١) نفس المصدر ص : ١٣٨ . حديث : ٥٨١

(٢) الوسائل الباب ٤ من أبواب أحكام السكني والحبيس الحديث : ٣

(٣) تهذيب الاحكام ج ٩ ص ١٤١ . حديث : ٥٩٢

وهذه السرقفلية من مؤن التجارة فلا خمس فيها نعم اذا كان للدافع حق في أخذها من غيره وان لم يرض المالك كان ذلك الحق من أرباح التجارة يجب اخراج خمسه بقيمته وربما زادت القيمة وربما نقصت وربما ساوت ما دفعه ^١ .

(مسألة ٥١) : يجوز للمستأجر مع عدم اشتراط ا لباشرة وما بمعناها أن يؤجر العين المستأجرة بأقل مما استأجرها به وبالمساوي ^٢

ليلي وحضر قرابة الذي جعل له الدار فقال ابن أبي ليلى : أرى أن أدعها على ما تركها صاحبها فقال له محمد بن مسلم الثقفى أما ان علي بن أبي طالب عليه السلام قد قضى في هذا المسجد بخلاف ما قضيت فقال : وما علمك ؟ قال : سمعت أبا جعفر محمد ابن علي عليه السلام يقول : قضى علي بن ابيطالب عليه السلام برد الجيس وانقاذ الموارد فقال له ابن أبي ليلى : هذا عندك في كتاب ؟ قال : نعم قال : فأرسل اليه وأتني به قال محمد بن مسلم علي أن لا تنظر في الكتاب الا في ذلك الحديث قال : لك ذلك فأراه الحديث عن أبي جعفر عليه السلام في الكتاب فرد قضيته (*) (١) .

وهذه الرواية تدل على أن المحبوس يرجع الى الورثة بعد موت المالك فالمتحصل مما تقدم عدم قيام دليل يفي باثبات مشروعية اخذ السرقفلية بالنحو المتداول في السوق .

(١) قد تكلمنا حول هذه الجهة في كتاب الخمس عند تعرض الماتن فراجع ما ذكرناه هناك .

(٢) الجواز على طبق القاعدة الاولى فان المستأجر بعد فرض كونه مالكا

وكذا بالاكتر منه اذا أحدث فيها حدثاً^(١) أو كانت الاجرة من غير جنس الاجرة السابقة^(٢). بل يجوز أيضاً مع عدم الشرطين المذكورين^(٣) عدا البيت والدار والدكان والاجير فلا يجوز اجارتها بالاكتر حيثل^(٤).

للمنفعة يجوز له التصرف في مملوكة بأي نحو كان والتخصيص متوقف على قيام دليل .

(١) كتوسيع المسلك أو تبييض الغرف وأمثالهما فان الدليل المانع قد قيدت بهذا القيد مضافاً الى أنه يكفي للجواز الادلة الاولى فان التخصيص يحتاج الى الدليل كما تقدم .

(٢) اذ الاستفادة من دليل المنع أن لا يكون أكثر من حيث الجنس لأكثر ماله فاذا كان الثاني مختلفاً من حيث الجنس مع الاول لا يشمل دليل المنع وان شئت قلت : دليل المنع يكون ظاهراً في المتحد جنساً ولا اقل من عدم ظهوره في الاطلاق فيكفي للجواز الادلة الاولى المقتضية للجواز .

(٣) لاختصاص المنع بالموارد الخاصة ففي غيرها يعمل على طبق القاعدة الاولى ومقتضاها الجواز .

(٤) يمكن الاستدلال على المدعى بالنسبة الى البيت والاجير بما رواه أبو الربيع الشامي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سأله عن الرجل يتقبل الأرض من الدهاقين ثم يواجرها بأكثر مما ثقلها به ويقوم فيها بحظ السلطان فقال : لا بأس به ان الأرض ليست مثل الاجير ولا مثل البيت ان فضل الاجير والبيت حرام (* ١) . وما رواه ابراهيم بن ميمون ان ابراهيم بن المثنى سأل أبا عبدالله عليه السلام وهو يسمع عن الأرض يستأجرها الرجل ثم يواجرها بأكثر من ذلك فقال : ليس

به بأس ان الارض ليست بمنزلة الاجير والبيت ان فضل البيت حرام وفضل الاجير حرام (*) (١) .

ولكن السند في كليهما مخدوش أما في الاول فبابي الربيع فانه لم يوثق وكونه في اسناد تفسير القمي لا يفيد وأما الثاني فبسهل وابن ميمون وأفاد سيدنا الاستاد انه يمكن الاستدلال على المدعى بالنسبة الى البيت بمادل على المنع بالنسبة الى الدار اذا من الممكن أن لا يكون للموَجِر غير البيت فيرجع الى الحقيقة الى اجارة البيت .

ويرد عليه ان الاخذ بالاطلاق يتوقف على صدق الموضوع وعليه كيف يمكن استفادة حكم البيت من الدليل الوارد في الدار مع اختلاف الدار والبيت مفهوماً .

ويمكن الاستدلال بالنسبة الى الاجير بما رواه أبو المعز عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يواجر الارض ثم يواجرها بأكثر مما استأجرها قال : لا بأس ان هذا ليس كالحانوت ولا الاجير ان فضل الحانوت والاجير حرام (*) (٢) .

وأما بالنسبة الى الدار فيمكن الاستدلال على المدعى بعدة نصوص : منها : ما رواه اسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليهما السلام ان أباه كان يقول : لا بأس ان يستأجر الرجل الدار أو الارض أو السفينة ثم يواجرها بأكثر مما استأجرها به اذا أصلح فيها شيئاً (*) (٣) وهذه الرواية ضعيفة بحسن بن موسى الخشاب وغيث بن كلوب .

ومنها : ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لو أن رجلاً استأجر

(١) نفس المصدر الحديث : ٥

(٢) نفس المصدر الحديث : ٤

(٣) الوسائل الباب ٢٢ من أبواب أحكام الاجارة الحديث : ٢

والاحوط الحاق السفينة بها^(١) بل الاحوط الحاق الرحى^(٢)

داراً بعشرة دراهم فسكن ثلثيها و آجر ثلثها بعشرة دراهم لم يكن به بأس ولا يؤجرها بأكثر مما استأجرها به الا أن يحدث فيها شيئاً (* ١) .

ومنها : ما رواه أيضاً عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يستأجر الدار ثم يواجرها بأكثر مما استأجرها به قال : لا يصلح ذلك الا أن يحدث فيها شيئاً (* ٢) .
والظاهر ان الحديثين تامان سنداً ودلالة فلا اشكال في المدعى وأما بالنسبة الى الدكان فيمكن الاستدلال على المدعى بما رواه أبو المعز (* ٣) .

(١) يدل على المدعى ما رواه اسحاق بن عمار (* ٤) ولكن قد مر ان الحديث ضعيف سنداً ،

(٢) يمكن الاستدلال على المدعى بحديثين : احدهما : ما رواه سليمان بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام قال : انى لأكره أن أستأجر الرحى وحنها ثم اواجرها بأكثر مما استأجرتها الا أن احدث فيها شيئاً أو أضرم فيها غراماً (* ٥) وهذه الرواية قاصرة عن الدلالة على المدعى اذ الكراهة اعم من الحرمة .

ثانيهما : ما رواه أبو بصير عن أبي عبدالله عليه السلام قال : انى لأكره أن أستأجر رحى وحنها ثم اواجرها بأكثر مما استأجرتها به الا أن يحدث فيها شيئاً أو يفرم فيها غرامة (* ٦) والاشكال في هذه الرواية هو الاشكال في سابقتها .

(١) نفس المصدر الحديث : ٣

(٢) نفس المصدر الحديث : ٤

(٣) لاحظ ص : ٤٠٢

(٤) لاحظ ص : ٤٠٢

(٥) الوسائل الباب ٢٠ من أبواب أحكام الاجارة الحديث : ١

(٦) الوسائل الباب ٢٢ من أبواب أحكام الاجارة الحديث : ٥

والارض أيضاً^(١)

(١) يدل على الجواز حديثا الشامي وأبي المعز (١*) وحديث أبي المعز تمام سنداً وفي قبال هذه الطائفة طائفة أخرى تدل على المنع لاحظ ما رواه الحلبي قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام اتقبل الأرض بالثلث أو الربع فاقبلها بالنصف قال: لا بأس به قلت فأتقبلها بألف درهم واقبلها بالمئين قال : لا يجوز قلت لم ؟ قال : لأن هذا مضمون وذلك غير مضمون (٢*) .

وما رواه اسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال : اذا تقبلت أرضاً بذهب أو فضة فلا تقبلها بأكثر مما تقبلتها به وان تقبلتها بالنصف والثلث فلك أن تقبلها بأكثر مما تقبلتها به لان الذهب والفضة مضمونان (٣*) .

وما رواه أبو بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : اذا تقبلت أرضاً بذهب أو فضة فلا تقبلها بأكثر مما قبلتها به لان الذهب والفضة مصمتان اي لا يزيدان (٤*) فيقع التعارض بين الطرفين فان قلنا بأن مقتضي الصناعة أن يحمل دليل المنع على الكراهة بقربة دليل الجواز فهو والافلابد من اعمال قانون التعارض وحيث ان دليل الجواز موافق لاطلاق الكتاب حيث ان مقتضي قوله تعالى : الا أن تكون تجارة عن تراض (٥*) هو الصحة يقدم دليل الجواز على دليل المنع الا أن يقال ان التجارة لاتصدق على الاجارة ويمكن أن يقال : أنه لاتعارض بين الجانبين اذا ما يدل على الجواز يفصل وحديث المنع مطلق فلا بد من تخصيص العام بالخاص وتقييد المطلق بالمقيد .

(١) لاحظ ص : ٤٠١ و ٤٠٢

(٢) الوسائل الباب ٢١ من أبواب أحكام الاجارة الحديث : ١

(٣) نفس المصدر الحديث : ٢

(٤) نفس المصدر الحديث : ٦

(٥) النساء / ٢٩

وان كلن الاقوى فيهما الجواز على كراهة ^(١) ولا يجوز أن يؤجر
بعض احد هذه الاربعة بل السفينة أيضاً على الاحوط بأزيد من الاجرة
كما اذا استأجر داراً بعشرة دراهم فسكن بعضها وأجر البعض الآخر
بأكثر من عشرة دراهم الا أن يحدث فيها حدثاً ^(٢) ولما اذا أجره
بأقل من العشرة فلا اشكال ^(٣) والاقوى الجواز بالعشرة ايضاً ^(٤) .
(مسألة ٥٢) : اذا استؤجر على عمل من غير اشتراط المباشرة

(١) قد عرفت ان مقتضى الصناعة على تقدير التعارض الالتزام بالجواز بلا كراهة
وأيضاً قد عرفت مراراً انا نرى التعارض بين الدليلين في أمثال المقام لكن تقدم
آتفاً انه لا بد من التفصيل في الارض فلاحظ .

(٢) بتقريب : ان العرف يفهم من دليل المنع بالنسبة الى الجزء بالاولوية
مضافاً الى ما رواه الحلبي (* ١) فان المستفاد من هذه الرواية انه لو استأجر داراً
بمبلغ لا يجوز اجارة بعضها بأزيد من ذلك المقدار الا أن يحدث فيها حدثاً ويجوز
أن يوجر مقداراً منها بذلك المقدار ولا يخفى انه تقدم عدم دليل معتبر على المدعى
بالنسبة الى السفينة .

(٣) كما هو مقتضى القاعدة الاولى اذ لا يشمل دليل المنع مضافاً الى حديث
الحلي فانه يستفاد منه الجواز بالنسبة الى الاقل بالاولوية .

(٤) كما نص به في الحديث مضافاً الى أنه مقتضى القاعدة ثم انه لا وجه
للاشتراط المذكور بالنسبة الى الدكان والاجير فان مقتضى دليل المنع عدم الجواز
حتى مع احداث حدث فلو أحدث في الدكان حدثاً لا يجوز ايجاره أزيد مما أجره
وكذلك الامر في الاجير فلاحظ .

ولا مع الانصراف اليها يجوز أن يستأجر غيره لذلك العمل بتلك
الاجرة أو الاكثر " ولا يجوز بالاقبل الا اذا أتى ببعض العمل ولو
قليلاً كما اذا تقبل خياطة ثوب بدرهمين ففصله أو خاط منه شيئاً ولو
قليلاً فإنه يجوز أن يستأجر غيره على خياطته بدرهم " بل لا يبعد

(١) كما هو مقتضى القاعدة الاولى ولا دليل على المنع .

(٢) لجملة من النصوص لاحظ ما رواه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما
السلام أنه سئل عن الرجل يتقبل بالعمل فلا يعمل فيه ويدفعه الى آخر فيربح فيه
قال : لا الا أن يكون قد عمل فيه شيئاً (* ١) .

وما رواه الحكم الخياط قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام اني أتقبل الثوب
بدرهم واسلمه « بأكثر بأقل خ ل » من ذلك لأزيد على أن اشقه قال : لا بأس به
ثم قال : لا بأس فيما تقبلته من عمل قد استفضلت فيه (* ٢) .

وما رواه أبو حمزة عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألت عن الرجل يتقبل
العمل فلا يعمل فيه ويدفعه الى آخر يربح فيه قال : لا (* ٣) .

وما رواه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال : سألت عن الرجل
الخياط يتقبل العمل فيقطعه ويعطيه من يخطه ويستفضل قال : لا بأس قد عمل
فيه (* ٤) .

وما رواه مجمع قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : أتقبل الثياب اخطها
ثم اعطيها الغلمان بالثلثين فقال : أليس تعمل فيها فقلت : أقطعها وأشتري لها

(١) الوسائل الباب ٢٣ من أبواب أحكام الاجارة الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٢

(٣) نفس المصدر الحديث : ٤

(٤) نفس المصدر الحديث : ٥

الاكتفاء في جواز الاقل بشراء الخيوط والابرة^(١).

(مسألة ٥٣) : في الموارد التي يتوقف العمل المستاجر عليه على تسليم العين الى الاجير اذا جاز للاجير أن يستاجر غيره على العمل الذي استؤجر عليه جاز له أن يسلم العين الى الاجير الثاني نظير ما تقدم في تسليم العين المستاجرة الى المستاجر الثاني^(٢).

(مسألة ٥٤) : اذا استؤجر للعمل بنفسه مباشرة ففعله غيره قبل مضي زمان يتمكن فيه الاجير من العمل بطلت الاجارة ولم يستحق

الخيوط قال : لا بأس (*) (١).

وما رواه علي الصائغ قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : أتقبل العمل ثم اقبله من غلمان يعملون معي بالثلثين فقال : لا يصلح ذلك الآن تعالج معهم فيه قال : قلت فاني اذيه لهم « قال به » فقال : ذلك عمل فلا بأس (*) (٢).

(١) والانصاف انه بعيدا لا يصدق عليه العمل فيه الذي هو المستفاد من نصوص الباب نعم في حديث مجمع قلت : اقطعها واشتري لها الخيوط قال : « لا بأس » لكن مجرد الاشتراء بلا قطع لا يكون مشمولا للحديث مضافا الى أنه ضعيف سنداً.

(٢) الظاهر ان الحق كما أفاده فانه لو جاز استيجار الغير وتوقف العمل على تسليم العين جاز التسليم كما أن الامر كذلك في اجارة العين فانه يجوز تسليمها ويمكن الاستدلال على الجواز بما رواه الصفار قال : كتبت الى الفقيه عليه السلام في رجل دفع ثوباً الى القصار ليقصره فدفعه القصار الى قصار غيره ليقصره فضاء

(١) نفس المصدر الحديث : ٦

(٢) نفس المصدر الحديث : ٧

العامل ولا الاجير الاجرة^(١) وكذلك اذا استؤجر على عمل في ذمته لا يقيد المباشرة لفصله غيره لا يقصد التبرع عنه^(٢) وإنما اذا خطه يقصد التبرع عنه كان اداءاً للعمل المستاجر عليه واستحق الاجير الاجرة^(٣).

الثوب هل يجب على القصار أن يرده اذا دفعه الى غيره وان كان القصار مأموناً فوق عليه السلام هو ضامن له الا أن يكون ثقة مأموناً ان شاء الله (ج ١) .
فإن مقتضى هذه الرواية جواز التسليم غاية الامر يكون الاجير ضامناً اذا لم يكن الاجير الثاني ثقة وهذا لا يقتضي عدم جواز التسليم بل يقتضي التسليم مع الضمان ومع كونه ثقة يجوز بلا ضمان فلاحظ .

(١) الوجه فيه ان متعلق الاجارة لا بد أن يكون أمراً مقدوراً للأجير والمفروض عدم كونه مقدوراً له فتكون الاجارة باطلة ومع فرض البطلان لاموضوع للاستحقاق أما بالنسبة الى الاجير فلبطلان الاجارة وأما بالنسبة الى العامل فلعدم المقتضي للاستحقاق اذ المفروض ان عمله لم يكن مستنداً الى من عمل له .

(٢) والوجه فيه هو الوجه والفرق بين الموردين ان المتبرع يتصور في الصورة الثانية اذ المفروض عدم قيد المباشرة في متعلق الاجارة ولا يتصور في الصورة الاولى لكن حيث ان المفروض عدم قصد التبرع عن الاجير لم يكن وجه لاستحقاق الاجير شيئاً وان شئت قلت: ان عمل الغير يبطل الاجارة وبعبارة اخرى: يكشف عن بطلان الاجارة اذ لا وجه لحدوث البطلان بل الصحيح ان الاجارة كانت باطلة من الاول .

(٣) فان التبرع في أداء دين الغير مورد المسيرة الخارجية الممضاة عند الشارع قطعاً وبعبارة اخرى: يجوز افراغ ذمة الغير ولا يحتاج الى اذن منه بل لا يلزم علمه به ولا فرق بين كون الدين من الاثمان وبين أن يكون من الاعمال أو الاموال .

(مسألة ٥٥) : اجارة الاجير تكون على قسمين الاول : أن تكون الاجارة واقعة على منفعة الخارجية من دون اشتغال ذمته بشيء نظير اجارة الدابة والدار ونحوهما من الاعيان المملوكة الثاني أن تكون الاجارة واقعة على عمل في الذمة فيكون العمل المستاجر عليه دهناً في ذمته كسائر الديون^(١) فان كانت على النحو الاول فقد تكون الاجارة على جميع منافعه في مدة معينة وحينئذ لا يجوز له في تلك المدة العمل لنفسه ولا لغيره لا تبرعاً ولا باجارة ولا بجعالة^(٢) نعم لا بأس ببعض الاعمال التي انصرفت عنها الاجارة ولا تشملها ولا تكون منافية لما شملته كما انه اذا كان مورد الاجارة أو منصرفها الاشتغال بالنهار مثلاً فلا مانع من الاشتغال ببعض الاعمال في الليل له أو لغيره تبرعاً أو باجارة أو بجعالة^(٣) الا اذا أدى الى ضعفه في النهار عن القيام بما

(١) فان الدار مثلاً لها منافع متعددة وحيثيات مختلفة وكذلك الدابة الى غيرهما من الاعيان الخارجية فربما يكون متعلق الاجارة فيها منفعة خاصة واخرى يكون موردها مطلق المنافع وهذا يتصور في الانسان أيضاً مضافاً الى أنه يمكن أن تكون الاجارة واقعة على الذمة وهي القسم الثاني في كلام الماتن والقسم الثاني لا يتصور في الاعيان الخارجية حيواناً كانت أو غيرها فلاحظ .

(٢) اذ المفروض ان جميع منافعه مملوكة للغير فلا يجوز له التصرف فيها وبعبارة اخرى : التصرف في منافعه يكون تصرفاً في مملوك الغير .

(٣) اذ المفروض انه خارج عن تحت العقد فلا يكون مملوكاً للغير فيجوز التصرف فيه لعدم ما يقتضي المنع .

استؤجر عليه^(١) فاذا عمل في المدة المضروبة في الاجارة بعض الاعمال المشمولة لها فان كان العمل لنفسه تخير المستاجر بين فسخ الاجارة واسترجاع تمام الاجرة وبين امضاء الاجارة ومطالبته بقيمة العمل الذي عمله لنفسه^(٢) وكذا اذا عمل لغيره تبرعاً^(٣) نعم يحتمل ان له أيضاً حينئذ مطالبة بغيره بقيمة العمل الذي استوفاه فيتخير بين امور ثلاثة

(١) فانه لا يجوز في هذه الصورة اذ المفروض انه يجب عليه القيام بالعمل المستاجر عليه في النهار والاشتغال في الليل يمنعه عن القيام فلا يجوز لتكليفاً ولا وضماً أما تكليفاً فلأن الواجب عليه تسليم مملوك الغير والمفروض عدم امكان التسليم مع الاشتغال في الليل وأما وضماً فلأن المفروض انه لا يمكن الجمع بين الامرين ومن ناحية اخرى المنافع النهارية مملوكة للغير بالعقد الاجاري الاول فلا مجال لجواز العقد الثاني.

(٢) أما جواز الفسخ فلتختلف الشرط الموجب لحدوث الخيار وأما جواز اخذ قيمة العمل فلأن المفروض انه مملوكة وقد فوته على مالكه .

(٣) الكلام فيه هو الكلام ويختلج بالبال أن يقال : ان المستاجر لو لم يفسخ عقداً لاجارة يمكنه اخذ اجرة المثل لما فوت عليه الاجير لاجرة مقدار العمل الذي اتى به الاجير وبعبارة اخرى : يمكن أن يكون اجرة العمل الذي عمله مقدراً اقل من اجرة المثل الفائت وبعبارة ثالثة : الاجير قد فوت المنفعة بمقدار ساعة مثلاً فيضمن الاجرة بهذا المقدار وأما العمل الذي عمله فيمكن أن لا يكون له الاجرة بهذا المقدار ولتوضيح المدعى نقول : لو غصب الغاصب فرس زيد يوماً يكون ضامناً لاجرة المثل في قبال أعلى منافع الفرس أعم من أن استفاد منه أم لا فالميزان في الضمان قابلية المورد للنفع الكذائى الذي يكون أعلى مراتبه فلاحظ لكن

ولا يخلو من وجه^(١) وأما اذا عمل لغيره بعنوان الاجارة أو الجعالة فله الخيار بين الامرين المذكورين أولاً^(٢) وبين امضاء الاجارة أو الجعالة واتخذ الاجرة أو الجعل المسمى فيها^(٣) ويحتمل قريباً ان له مطالبة غيره كما عرفت فتخير بين امور اربعة^(٤) ثم اذا اختار المستاجر فسخ الاجارة الاولى في جميع الصور المذكورة ورجع بالاجرة المسماة فيها وكان قد عمل الاجير بعض العمل للمستاجر كان له عليه اجرة المثل^(٥) هذا اذا كانت

المستفاد من حديث أبي ولاد (*١) ضمان المنافع المستوفاة .

(١) هذا الاحتمال ضعيف اذ لا وجه لضمان من تبرع له الاجير حتى اذا أمره بالعمل اذ مجرد الامر لا يقتضي الضمان ولذا لو أمر واحد غيره باتلاف ملك شخص فأتلف المأمور ملك ذلك الشخص لا يكون الامر ضامناً بل الضامن المتلف للمال نعم ربما يوجب الضمان بلحاظ الغرور وكيف كان في فرض التبرع لا مجال لتوجه الضمان الى من تبرع له نعم لا اشكال في أن الامر بارتكاب عمل محترم يوجب ضمان الامر بالنسبة الى المأمور اذا لم يقصد التبرع والدليل على الضمان السيرة العقلانية المستقرة في الخارج الممضاة عند الشارع الاقدس بلا كلام ولا اشكال وصفوة القول : عدم وجه لضمان الغير والله العالم .

(٢) قد مر الاشكال في اتخاذ الاجرة وبيننا وجه الاشكال فلا نعيد .

(٣) بناءً على صحة الفضولي وتمايمته باجازة من يده الامر كما هو المقرر في محله .

(٤) قد مر انه ضعيف ولا وجه له فلاحظ .

(٥) اذ المفروض ان الاجير لم يقصد التبرع في عمله وعمله محترم وكان عمله

الاجارة واقعة على جميع منافعه أما اذا كانت على خصوص عمل بعينه كالخياطة فليس له أن يعمل ذلك العمل لنفسه ولا لغيره لا تبرعاً ولا بالاجارة ولا بالجمالة فاذا خالف وعمل لنفسه تخير بين الامر بين السابقين وان عمل لغيره تبرعاً تخير بين الامور الثلاثة وان عمل لغيره بالاجارة أو الجمالة تخير بين الامور الاربعة كما في الصورة السابقة^(١) وفي هذه الصورة لاماتم من أن يعمل لنفسه أو لغيره باجارة أو جمالة غير ذلك العمل اذا لم يكن منافياً له^(٢) فاذا آجر نفسه في يوم معين للصوم عن زيد جاز له أن يخطط لنفسه أو لغيره باجارة أو جمالة وله الاجر أو الجمل المسمى^(٣) أما اذا كان منافياً له كما اذا آجر نفسه للخياطة فاشتغل بالكتابة تخير المستاجر بين فسخ الاجارة والمطالبة بقيمة العمل المستاجر عليه الذي فوته على المستاجر^(٤) واذا كانت الاجارة على

بمقتضى المعاقدة مع المستاجر وان شئت قلت : دخوله في العمل بعنوان اخذ الاجرة مع موافقة المستاجر وما أفاده مبني على كون الفسخ من الاصل لامن الحين وقد مر منا انه ليس الامر كذلك وان الفسخ من الحين .

(١) الكلام فيه هو الكلام تقريباً واشكالا فراجع وطبق ما مر قريباً على المقام.

(٢) كما هو ظاهر اذ لا مقتضى للمنع والناس مطلعون على أموالهم وانفسهم.

(٣) لعدم التنافي بين الامرين .

(٤) أما جواز الفسخ فلعدم تسليم العمل الذي يكون مملوكاً للمستاجر وعدم تسليمه يقتضي الخيار وأما جواز المطالبة بالقيمة فلتفويت مال الغير وحقه فيضمن بقاعدة الائتلاف ان قلت : الاجير بتفويته يكون ضامناً للقيمة وكيف يمكن الجمع

النحو الثاني الذي يكون العمل المستأجر عليه في الذمة فتارة تؤخذ المباشرة قيماً على نحو وحدة المطلوب وتارة على نحو تعدد المطلوب فان كان على النحو الاول جاز له كل عمل لا ينافي الوفاء بالاجارة^{٩٥} ولا يجوز ما ينافيه سواء اكان من نوع العمل المستأجر عليه أم من غيره^{٩٦} واذا عمل ما ينافيه تخير المستأجر بين فسخ الاجارة والمطالبة

بين الامرين وبعبارة اخرى: خيار الفسخ يمتني على بقاء العمل في ملك المستأجر فاذا فسخ العقد يرجع الى الاجير والاجرة ترجع الى ملك المستأجر وأخذ الاجرة يمتني على الضمان فلا يمكن الجمع بين الامرين اذ مرجعه الى الجمع بين المبدل والمبدل قلت : الحق ان الثابت في ذمة الضامن عين التالف والقيمة تكون بدلا عنها فلا تنافي بين الامرين .

(١) كما هو مقتضى القاعدة اذ لا مقتضي للمنع .

(٢) لا تكليفاً ولا وضعاً أما تكليفاً فلأنه يجب عليه تسليم ما في ذمته وباشتتاله بالمنافي يكون عاصياً وأما وضعاً فلأنه لا يمكن أن يحكم الشارع بصحة العقد الثاني مع عدم قدرته شرعاً . ان قلت : قد حقق في محله ان الترتيب صحيح وعلى طبق القاعدة فيمكن الالتزام بالصحة بنحو الترتيب قلت : الترتيب وان كان صحيحاً لكن لا يمكن اجرائه في أمثال المقام اذ يتوقف على أن يكون العقد الثاني معلقاً على العهيدان والتطبيق يوجب فساد العقد فمن هذه الجهة لا يمكن .

وعلى الجملة العقد الثاني اما يتحقق على الاطلاق واما يتحقق على نحو التطبيق وكلاهما فاسدان أما الاول فلتنافي المقدين وأما الثاني فلأن التعليق يبطل العقد كما حقق في محله اللهم الا أن يقال: ان التعليق على ما يتوقف عليه صحة العقد لا يكون مبطلاً ولذا لو شك البائع في كون العين مملوكة له يجوز له أن يقال : ان كان

بقيمة العمل الفائت المستأجر عليه^١ وإذا آجر نفسه لما ينافيه توقفت
 صحة الاجارة الثانية على اجازة المستأجر الاول بمعنى رفع يده عن
 حقه^٢

هذا ملكاً لي فقد بعته وان شئت قلت دليل بطلان التعليق ليس الا الاجماع وحيث
 انه دليل لبني يقتصر فيه على القدر المتيقن منه فلاحظ .

(١) أما الفسخ فلتختلف الشرط وعدم تسليم مورد الاجارة واما جواز اخذ الاجرة
 فلأن الاجير أنفد مملوك المستأجر والاتلاف يوجب الضمان .

(٢) الظاهر انه لا أثر لاجازته ورفع يده عن حقه اذ المفروض ان العقد حين
 صدوره لم يكن واجداً للشرط والشيء لا ينقلب عما هو عليه نعم لو أسقط حقه قبل
 الاجارة الثانية تصحح الا أن يقال : ان الكلام في المقام مبني على صحة الفضولي
 باجازه من بيده الامر والمفروض ان اذن المستأجر الاول يصحح الاجارة الثانية فاذا
 كان اذنه السابق مؤثراً في صحته حدوثاً يكون اجازته مؤثرة في الصحة بقاءً أكبئية
 الموارد وبعبارة اخرى: على تقدير القول بصحة الفضولي مع اجازة من بيده الامر
 كما هو بناء القوم لا يكون مجال للاشكال في المقام اذ المقام من مصاديق الفضولي .
 لكن يرد على هذا البيان ان مجرد رفع اليد عن الحق كما في عبارة الماتن
 لا أثر له فان رفع اليد قبل العقد بمعنى رفع المانع عن التأثير ومع عدم المانع يكون
 العقد الاجاري الثاني مؤثراً وأما رفع اليد بعد العقد فلا أثر له وان شئت قلت :
 العقد الاجاري الثاني حين حدوثه كان مقروناً بالمانع وحين رفع المانع لا يوجد
 عقد في الخارج كي يؤثر .

نعم لقائل أن يقول : هذا الاشكال انما يتوجه فيما يكون اجازة المستأجر الاول
 بمعنى رفع يده عن حقه كما في عبارة الماتن وان كان مرجعه الى انفاذ العقد
 واجازته فيكون مؤثراً واي فرق بين المقام واجازة مالك العين يبيع القاصب ايها

• • • • •

فان اجازة من بيده الامر مؤثرة اعم من أن يكون مالكا أو وكيلاعنه أو ولياً عليه أو ذا حق على العين كما في المقام ومثل المقام من هذه الجهة بيع الراهن العين المرهونة فان المرتهن اذا أجاز العقد يكون مؤثراً ولكن جميع ما ذكر مبني على صحة الفضولي مع الاجازة وأما لو لم نقل بصحة العقد الفضولي مع الاجازة كما هو المسلك الحق عندنا فلا تصل النوبة الى البحث في هذا الفرع وأمثاله اذ اساس القاعدة مخدوش فلاحظ والعجب كل العجب من سيدنا الاستاد حيث أفاد في هذا المقام على ما في التقرير (* ١) مع انه قائل بصحة الفضولي انه لا أثر لاجازة المستأجر الاول لان الاجارة الثانية صدرت غير صحيحة وغير مشروعة والاجازة اللاحقة لا توجب انقلاب الشيء عن ما هو عليه ولا تقتضي الصحة هذا ملخص كلامه .

ويرد عليه اولا: النقص ببيع الفضولي مال الغير فان بيعه خلاف الشرع وغير صحيح والاجازة اللاحقة لاتغيره عن ما وقع عليه وثانياً : ان الملاك في صحة الفضولي عند القوم استناد العقد بقاء الى من بيده الامر وهذا الملاك في جميع الموارد موجود وحكم الامثال واحد نعم لا بد من أن المستأجر الاول بمضي العقد بحيث يستند اليه لا مجرد اسقاط حقه فان اسقاط الحق قبل العقد يؤثر لانه مع اسقاط حقه لا يبقى مانع من الصحة وأما اسقاط الحق بقاء فلا أثر له والسرفيه ان العقد حين صلوره كان مقروناً بالمانع وارتفاع المانع بعد تحققه لا أثر له وأما امضائه واجازته بحيث يستند العقد الى نفسه فيكون مؤثراً كما أن الامر كذلك في البيع الفضولي فان المالك لا بد أن يجيز وينفذ وأما اذا أسقط حقه فلا أثر له لكن الحق صحة الفضولي بالرضا المتأخرو قد اخترنا في كتاب البيع صحته بالاجازة اللاحقة

فان لم يجز بطلت ^(١) واستحق الاجير على من عمل له اجرة المثل ^(٢) كما أن المستأجر الاول يتخير كما تقدم بين فسخ الاجارة الاولى والمطالبة بقيمة العمل الفائت ^(٣) وان أجاز صحت الاجارة الثانية ^(٤) واستحق الاجير على كل من المستأجر الاول والثاني الاجرة المسماة في الاجارتين وبرئت ذمته من العمل الذي استؤجر عليه اولاً ^(٥) وان كانت الاجارة على نحو تعدد المطلوب فالحكم كذلك ^(٦) نعم لا يسقط العمل المستأجر عليه عن ذمة الاجير بمجرد الاجازة للاجارة الواقعة على ما ينفيه بل يسقط شرط المباشرة ويجب

فراجع ما ذكرناه هناك وليعلم انه لا أثر لرفع اليد عن الحق قبل الاجارة الا أن يرجع الى الاذن فيها اذ الحق المذكور غير قابل لرفع اليد عنه وان شئت قلت: ان كل مملوك أمره بيد مالكة وهذه الحيثية غير قابلة للاسقاط فلاحظ .

(١) بل تبطل مع الاجازة أيضاً كما تقدم لكن تقدم انه لا وجه للاشكال على اساس صحة الفضولي بالاجازة .

(٢) اذ ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وان شئت قلت : اقدام الاجير على العمل لا يكون بقصده التبرع بل مبني على الضمان والمفروض ان عمله محترم ولا يذهب هدراً وحيث ان المفروض فساد الاجارة تصل التوبة الى اجرة المثل .

(٣) وقد تقدم شرح كلام الماتن .

(٤) بنقريب صحة الفضولي بالاجازة .

(٥) اذ المفروض صحة كلا العقدين وكلتا الاجارتين فاستحقاق الاجير لكلتا الاجرتين على القاعدة .

(٦) لو حدة الملاك فان حكم الامثال واحد .

على الاجير العمل للمستأجر الاول لابنحو المباشرة والعمل للمستأجر الثاني بنحو المباشرة^(١) لكن فرض تعدد المطلوب في الذميات لا يخلو من شبهة^(٢).

فصل وفيه مسائل

(مسألة ٥٦) : لانجوز اجازة الارض للزرع بما يحصل منها حنطة أو شعيراً مقداراً معيناً كما لانجوز اجارتها بالحصة من زرعها مشاعة ربعاً أو نصفاً^(٣)

(١) اذ لا وجه للسقوط بعد فرض تعدد المطلوب.

(٢) يمكن أن يكون الوجه في الشبهة ان اشتغال الذمة بنحو تعدد المطلوب لا يتصور فان الذمة اما مشغولة بالجامع بين الامرين واما مشغولة بالنوع الخاص وعلى كلا التقديرين لاتعدد في المطلوب.

(٣) يقع الكلام قارة فيما هو المستفاد من النصوص الخاصة واخرى فيما يكون مقتضى القاعدة الاولى فيقع الكلام في موضعين : الموضع الاول :

في مفاد الروايات الخاصة فمنها ما رواه الفضيل بن يسار قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن اجارة الارض بالطعام قال : ان كان من طعامها فلا خير فيه (* ١) وهذه الرواية ضعيفة بموسى بن بكر وصالح بن السندي .

ومنها : ما رواه أبو بردة قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن اجارة الارض المحدودة «المخابرة خل» بالدراهم المعلومة قال : لا بأس قال : وسألته عن اجارتها بالطعام فقال : ان كان من طعامها فلا خير فيه (* ٢) وهذه الرواية ضعيفة بأبي

(١) الوسائل الباب ١٦ من أبواب المزارعة والمساقاة الحديث : ٥

(٢) نفس المصدر الحديث : ٩

بسرده .

ومنها : ما رواه يونس بن عبد الرحمن عن غير واحد عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام أنهما سئلا ما العلة التي من أجلها لا يجوز أن تواجر الأرض بالطعام وتواجرها بالذهب والفضة ؟ قال : العلة في ذلك ان الذي يخرج منها حنطة وشعير ولا تجوز اجارة حنطة بحنطة ولا شعير بشعير (*) (١) وهذه الرواية ضعيفة بالارسال وابن مرار .

ومنها : ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا تستأجر الأرض بالحنطة ثم تزرعها حنطة (*) (٢) والمستفاد من هذه الرواية حرمة اجارة الأرض بالحنطة ثم زراعة الحنطة فيها .

وقال سيدنا الاستاد : لا اشكال في زراعة الحنطة في الفرض المزبور كما أنه لا اشكال في عدم فساد الاجارة وعدم اشتراطها بعدم زراعة الحنطة فالنهي ليس تحريماً كما انه ليس ارشاداً الى الاشتراط .

ومنها : رواه أبو المعز قال : سأل يعقوب الاحمر أباً عبد الله عليه السلام وأنا حاضر فقال : أصلحك الله انه كان لي أخ قد هلك وترك في حجري يتيماً ولي أخ يلي ضيعة لنا وهو يبيع العصير ممن يصنعه خمرأ ويواجر الأرض بالطعام فأما ما يصيبني فقد تنزهت فكيف أصنع بنصيب اليتيم ؟ فقال : أما اجارة الأرض بالطعام فلا تأخذ نصيب اليتيم منه الا أن تواجرها بالربع والثلث والنصف الحديث (*) (٣) . وأفاد سيدنا الاستاد « بأن الرواية لا ترتبط بالمقام بل ترتبط بالمزارة حيث جوز عليه السلام اذا كان بالكسر المشاع الذي يختص بباب المزارة » وما أفاده

(١) نفس المصدر الحديث : ١١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٣

(٣) نفس المصدر الحديث : ٧

قريب عن الصواب اذ لا اشكال في جواز اجارة الارض بالطعام فالرواية ناظرة الى حكم المزارعة .

ومنها : ما رواه أبو بصير عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لا تواجر الأرض بالحنطة ولا بالشعير ولا بالتمر ولا بالأربعاء ولا بالنطاف ولكن بالذهب والفضة لان الذهب والفضة مضمون وهذا ليس بمضمون (* ١) .

والمستفاد من هذه الرواية النهي عن اجارة الارض بغير الذهب والفضة وحيث انه لا اشكال في جواز الاجارة بغيرهما لامجال للاخذ بها ويحمل النهي فيها على الكرامة .

ومنها : ما رواه أبو بصير أيضاً عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لا تواجر الأرض بالحنطة ولا بالتمر ولا بالشعير ولا بالأربعاء ولا بالنطاف (* ٢) .

والكلام في هذه الرواية هو الكلام في سابقها فالنتيجة انه لا يستفاد المنع من النصوص الخاصة اما من ناحية القصور في السند أو الدلالة أو كلا الأمرين . وأما الموضع الثاني فتارة يقع البحث في مقام الثبوت واخرى في مقام الاثبات والدلالة أما بحسب مقام الثبوت فحيث ان الملكية من الامور الاعتبارية وخفيف المؤنة لامانع من تعلقها بالشيء الذي يوجد فيما بعد ولذا لا اشكال في اجارة الشجر بلحاظ ثمره فان المستأجر يملك الثمرة المعدومة التي توجد بعد ذلك وايضاً لا اشكال في جواز اجارة البستان بلحاظ أثماره وغيرها من منافعه غير الموجودة وقت الاجارة الا أن يقال : بأن المملوك في أمثال ما ذكر الحبيشة الخاصة وقابلية الانتاج وبعبارة اخرى : لا يكون الثمر بنفسه مملوكاً بالاجارة بل المملوك تلك الحبيشة وغيرها من منافعه غير الموجودة وقت الاجارة ولا اشكال ايضاً في صحة

(١) نفس المصدر الحديث : ٢

(٢) نفس المصدر الحديث : ٦

بيع الثمرة مع الضميمة والعوض في باب المزارعة الكسر المشاع من الحاصل الذي يوجد بعد ذلك .

وصفوة القول : انه لا اشكال في مقام الثبوت وانما الاشكال في مقام الاثبات والدلالة فانه لو لم يدل دليل على صحة جعل مال الاجارة من طعام الأرض غير الموجود ولم يكن أمراً دائراً بين العقلاء فلا دليل على صحته ومن الظاهر ان صحة الاجارة تحتاج الى دليل يدل عليها .

وان شئت قلت : ان المستأجر يملك مال الاجارة من الموجر ففي الرتبة السابقة لا بد من كونه مالكا له كي يمكنه التملك من الغير وكونه مالكا له قبل الاجارة لا دليل عليه بل الدليل على عدمه لأن مقتضى الاستصحاب عدم كونه مالكا له في وعاء الشرع .

وبكلمة اخرى : كل معاملة لم يتم دليل على صحتها من قبل الشرع يحكم بفسادها شرعاً اذ الأصل الأولي في أبواب المعاملات هو الفساد .

وفي المقام روايات تدل على الجواز لاحظ ما رواه الحلبي قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام أتقبل الأرض بالثلث أو الربع فأقبلها بالنصف قال : لا بأس به قلت : فأقبلها بألف درهم وأقبلها بألفين قال : لا يجوز قلت : لم ؟ قال لأن هذا مضمون وذلك غير مضمون (*) (١) .

فان المستفاد من هذه الرواية جواز الاجارة بما يخرج من الأرض ان قلت : الرواية ناظرة الى المزارعة ولا ترتبط بالاجارة قلت : يشترط في المزارعة أن يكون العوض على نحو الاشاعة والمستفاد من هذه الرواية جواز جعل الاجرة الدرهم غاية الامر يشترط أن لا يكون أزيد مما استأجرها والشاهد على المدعى ان صاحب الوسائل ذكر الرواية في كتاب الاجارة .

ولا حظ ما رواه اسحاق بن همار عن أبي عبدالله عليه السلام قال : اذا تقبلت أرضاً بذهب أو فضة فلا تقبلها بأكثر مما تقبلتها به وان تقبلتها بالنصف والثالث فلك أن تقبلها بأكثر مما تقبلتها به لأن الذهب والفضة مضمونان (* ١) .

ولاحظ ما رواه اسماعيل بن الفضل الهاشمي عن أبي عبدالله عليه السلام قال سألت عن الرجل استأجر من السلطان من أرض الخراج بدراهم مسماة أو بطعام مسمى ثم آجرها وشرط لمن يزرعها أن يقاسمه النصف أو أقل من ذلك أو أكثر وله في الأرض بعد ذلك فضل أيصلح له ذلك ؟ قال : نعم اذا حفر لهم نهراً أو عمل لهم شيئاً يعينهم بذلك فله ذلك قال : وسألت عن الرجل استأجرني أرض الخراج بدراهم مسماة أو بطعام معلوم فيؤجرها قطعة قطعة أو جرياً جرياً بشيء معلوم فيكون له فضل فيما استأجر من السلطان ولا ينفق شيئاً أو يؤجر تلك الأرض قطعاً على أن يعطيهم البذور والنفقة فيكون له في ذلك فضل على اجارته وله تربة الأرض أو ليست له فقال له : اذا استأجرت أرضاً فأنفقت فيها شيئاً أو رسمت فيها فلا بأس بما ذكرت (* ٢) .

ولاحظ ما رواه الفيص قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : جعلت فداك ما تقول في الأرض أتقبلها من السلطان ثم اوجرها من آخرين على أن ما أخرج الله منها من شيء كان لي من ذلك النصف والثالث أو أقل من ذلك أو أكثر قال : لا بأس الحديث (* ٣) .

ويضاف الى ما ذكرناه لآمانع من الأخذ باطلاق دليل الاجارة بل لآمانع من الأخذ باطلاق قوله تعالى : « الا أن تكون تجارة عن تراض » (* ٤) بناءً على

(١) نفس المصدر الحديث : ٢

(٢) نفس المصدر الحديث : ٤٣

(٣) نفس المصدر الحديث : ٥

(٤) النساء / ١٢٩

وتجوز اجارتها بالحنطة أو الشعير في الدمة ولو كان من جنس ما يزرع فيها فضلاً عن اجارتها بغير الحنطة والشعير من الحبوب^(١) وان كان الاحوط تركه^(٢).

(مسألة ٥٧) تجوز اجارة حصة مشاعة من أرض معينة كما تجوز اجارة حصة منها على نحو الكلي في المعين^(٣).

(مسألة ٥٨) : لا تجوز اجارة الارض مدة طويلة لتوقف مسجداً ولا تترتب آثار المسجد عليها^(٤).

شمولها للاجارة وعدم اختصاصه بخصوص البيع .

(١) لوجود مقتضي وعدم المانع فان مقتضي اطلاق ادلة الاولى هو الجواز والمنع يتوقف على الدليل .

(٢) لعله لأجل ان الظاهر من جملة من النصوص المنع وقلنا لا بد من رفع اليد عن ظهورها والله العالم .

(٣) كما ان الامر كذلك في باب البيع والسيرة الخارجية جارية عليه فانه ربما توجر عين خارجية واخرى توجر الحصة المشاعة وثالثة الكلي في المعين ورابعة الكلي في الدمة .

(٤) استدل سيدنا الاستاد على عدم الجواز بأن المسجدية تساوي التأيد ولا توقف فيها ويدل على المدعى من الكتاب قوله تعالى في صورة الجن «وان المساجد لله فلا تدعوا مع الله أحداً» بتقريب : ان المستفاد من الآية ان المسجد مختص به تعالى وبيت من بيوته فاذا كان ملكاً له تعالى فلا يكون ملكاً لغيره ولو بعد مدة طويلة .

ويدل على المدعى من النصوص ما رواه الحسين بن علوان عن جعفر عن

أبيه ان علياً عليه السلام كان يقول : من تصدق بصدقة فردت عليه فلا يجوز له أكلها ولا يجوز له الا انفاقها انما منزلتها بمنزلة العتق لله فلو أن رجلاً أعتق عبداً لله فرد ذلك العبد لم يرجع في الأمر الذي جعله الله فكذلك لا يرجع في الصدقة (* ١) وبدل على المدعى أيضاً ما رواه طلحة بن زيد عن جعفر عن أبيه عليه السلام قال : من تصدق بصدقة ثم ردت عليه فلا يأكلها لأنه لا شريك لله عز وجل في شيء مما جعل له انما هو بمنزلة العتاقة لا يصلح ردها بعد ما يعتق (* ٢) .

بتفريب: ان المستفاد من هذه الطائفة من النصوص ان ما كان له تعالى لا يرجع ويكون مثل الصدقة اى لامجال لرجوعها .

اقول : ان علم من الخارج ان عنوان المسجدية عنوان يساقق الابدية غير موقت يتم الامر بلا اشكال اذ فرض كونه ابدياً فلا مجال للتوقيت وأما اثبات المدعى بما ذكر من النص وأمثاله فيشكل اذ الحكم لا يتعرض لموضوعه فان ما كان له تعالى لا يرجع وأما ما كان له تعالى فلا بد فيه من التأييد فلا يستفاد من النص كما أن المدعى لا يستفاد من الآية الشريفة بل المستفاد منها ان المسجد له تعالى ولا شريك له اما كون المسجد امراً وعنواناً ابدياً دائماً فلا يستفاد من الآية الشريفة كما لا يستفاد من النصوص المشار اليها .

وان شئت قلت: ان المستفاد من الآية والرواية ان المسجد مادام مسجداً لا شريك له تعالى فيه كما انه لا يكون قابلاً للرجوع لكن الكلام في أنه بأي دليل نستدل على ابدية المسجد أضف الى ذلك انه لو فرض انه لو بنى احد مسجداً ولم يقصد القربة فلا يكون له تعالى ولم يقصد عنوان التقرب فلا يدخل في موضوع النصوص ولا مجال لادعاء ان بناء المسجد مشروط بالقربة اذ مع انه لا دليل عليه منقوض

(١) الوسائل الباب ٢٤ من أبواب الصدقة الحديث : ١

(٢) الوسائل الباب ١١ من أبواب الوقوف والصدقات الحديث : ٣

بأن مساجد العامة من مصاديق العنوان ويترتب عليها أحكام المسجد مع أن الأمر التعبدية الصادر عنهم باطل ويشترط في العبادة الولاية .

إذا عرفت ما ذكرنا نقول : يمكن اثبات المدعى بنحو آخر وهو أنه لا دليل لنا يدل بعمومه أو إطلاقه على مشروعية بناء المسجد ولو على النحو الموقت ومع عدم الدليل لا مجال لدعوى جواز التوقيت فيه بل مقتضى الأصل عدم مشروعيته . وبعبارة أخرى : نشك في أن الشارع الأقدس هل جعل حكماً عاماً أو جعل مشروعيته في أطار خاص ودائرة مخصوصة ومقتضى الأصل عدم العموم والإطلاق ولا يعارض بأصالة عدم التقييد إذ لا يترتب عليه العموم الأعلى نحو الإثبات الذي لانقول به مضافاً إلى أنه يسقط بالمعارضة فتبقى صورة التأيد خالية عن الإشكال . ويضاف إلى ذلك أنه لا يبعد أن يكون المرتكز في إذهان المشرعة التأيد في عنوان المسجد ولا يبعد أن يقال : أنه لو كان التوقيت فيه جازياً لذاع وشاع والله العالم بحقايق الأشياء .

هذا كله على تقدير عدم كون المسجد داخلاً في الوقف وكونه داخلاً في عنوان التحرير وأما على تقدير كونه مصداقاً للوقف فيترتب عليه ما يترتب على الوقف من الأحكام ويكون بحسب ما أوقفه أهله كما هو مقتضى النص لاحظ ما رواه الصفار أنه كتب إلى أبي محمد الحسن بن علي عليهما السلام في الوقف وما روي فيه «الوقوف وما روي فيها خ ل» عن آبائه عليهم السلام فوقع عليه السلام : الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله (١) .

وما رواه محمد بن يحيى قال : كتب بعض أصحابنا إلى أبي محمد عليه السلام في الوقوف وما روي فيها فوقع عليه السلام : الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها

نعم تجوز اجارتها لتعمل مصلى يصلى فيه أو يتعبد فيه أو نحو ذلك من أنواع الانتفاع^(١) ولا يترتب عليها أحكام المسجد^(٢) .

(مسألة ٥٩) : يجوز استيجار الشجرة لفائدة الاستظللال ونحوه كربط الدواب ونشر الثياب ويجوز استيجار البستان لفائدة التنزه^(٣)

ان شاء الله (* ١) .

والذي يقوى في النفس ان عنوان المسجد في قبال الاوقاف العامة والخاصة وانه لا يكون داخلاً في الوقف بل كما قالوا تحرير للملك وانه له تعالى بمقتضى قوله تعالى « انما يعمر مساجد الله من آمن بالله واليوم الآخر » (* ٢) وقوله تعالى « وان المساجد لله فلا تدعوا مع الله احداً » (* ٣) .

وعلى الجملة: ان عنوان المسجد مغاير لعنوان الوقف والذي يدل على المدعى انه لا يتحقق عنوان المسجد الا بأن يقصد هذا العنوان في مقام الجعل ولا يتحقق هذا العنوان بجعل الأرض وفقاً للطاعة والعبادة بل بصير نوعاً من الوقف ولا يترتب عليه الأحكام الخاصة للمسجد اذ الى ذلك ان الوقف اخراج للعين من الملك والحال ان العين المستأجرة باقية في ملك المؤجر فكيف يمكن اجارة الأرض لتوقف مسجداً وان شئت قلت ان جعل الأرض مسجداً تحريرها من الملكية فلا يعقل صيرورتها مسجداً مع بقائها في ملك ما لكها .

(١) لوجود المقتضي وعدم المانع .

(٢) اذ المفروض عدم تحقق عنوان المسجدية فلا يترتب عليه ما للمسجد من الأحكام .

(٣) لوجود المقتضي وعدم المانع فان المفروض انه منفعة محللة فلا مانع

(١) نفس المصدر الحديث : ٢

(٢) التوبة / ١٩

(٣) الجن / ١٩

(مسألة ٦٠) : يجوز استئجار الانسان للاحتطاب والاحتشاش والاستقاء ونحوها " فان كانت الاجارة واقعة على المنفعة الخاصة وحدها أو مع غيرها ملك المستأجر العين المحازة وان قصد الاجير نفسه أو شخصاً آخر غير المستأجر " وان كانت واقعة على العمل

من اجارة العين بلحاظها . ان قلت : ان الانتفاع بظل شجر الغير أو حائطه جازي ولو مع عدم رضاه قلت : لاتنافي بين الامرين اذ بالاجارة يملك المستأجر هذه المنفعة وليس للمالك بعد الاجارة قطع الشجرة أو هدم الحائط .

(١) وقع الكلام بين القوم في صحة هذه الاجارة ومنشأ الاشكال ان الحيازة سبب لصيرورة المحاز ملكاً للحائز فلا ترجع المنفعة الى المستأجر فتكون الاجارة باطلة . ويرد عليه : اولاً : انه ما المانع من صحة الاجارة اذا كان فيها غرض عقلائي ولو مع عدم رجوع المنفعة الى المستأجر فلا مانع من وقوع الاجارة على عمل يرجع نفعه الى العامل مع وجود مصلحة.

وثانياً : ان الحيازة اذا كانت ملكاً للمستأجر بالاجارة تترتب على الحيازة صيرورة المحاز ملكاً للمستأجر بيان ذلك : انه لادليل على صيرورة المحاز ملكاً للحائز على الاطلاق كي يرد هذا الاشكال فان دليل سببية الحيازة للملكية منحصر في النص والسيرة أما النص فما رواه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام قال في رجل ابصر طيراً فتبعه حتى وقع على شجرة فجاء رجل فأخذه فقال أمير المؤمنين عليه السلام : للعين مارأت ولليد ما أخذت (*) (١) وهذه الرواية ضعيفة وأما السيرة فهي جارية على أن المحاز للحائز ولكن فيما لاتكون الحيازة مملوكة للغير بالاجارة ونحوها والايكون المحاز لمالك الحيازة فالي هنا ثبت انه لو حاز الأجير شيئاً للمستأجر يكون المحاز له بواسطة الاجارة . (٢) وقع الكلام بين القوم في أنه هل يشترط في سببية الحيازة للملكية قصد

التملك أم لا تشترط بذلك بل لابد من قصد التملك بالحيازة ربما يستدل على المدعى بمادل من النص على ما في جوف السمكة المشتراة من الدرة للمشتري وهو ما رواه أبو حمزة عن أبي جعفر عليه السلام في حديث ان رجلاً عابداً من بني اسرائيل كان محارفاً فأخذ غزلاً فاشترى به سمكة فوجد في بطنها لؤلؤة فباعها بعشرين ألف درهم فجاء سائل فدق الباب فقال له الرجل : ادخل فقال له : خذ احد الكيسين فأخذ أحدهما وانطلق فلم يكن بأسرع من أن دق السائل الباب فقال له الرجل : ادخل فدخل فوضع الكيس في مكانه ثم قال : كل هنيئاً مريئاً أنا ملك من ملائكة ربك انما اراد ربك أن يبلوك فوجدك شاكراً ثم ذهب (* ١) .

بتقريب : ان البائع لم يقصد التملك فليس له : وفيه : ان النص المشار اليه لا يدل على اشتراط قصد التملك بالحيازة بل غاية ما يدل عليه النص اشتراط قصد الحيازة فان البائع لجهله بوجود الدرة في جوف السمكة لم يقصد الحيازة ولا اشكال في أن الحيازة الموجبة للملكية ما يكون مقصوداً وأما الحيازة بلا قصد فلا تكون سبباً للملكية فكون المشتري مالكاً للدرة أمر على القاعدة كما أن عدم كون البائع مالكاً لها كذلك فالنتيجة انه يكفي لحصول الملكية مجرد قصد الحيازة وأما الزائد عليه فلا والنص المشار اليه شاهد على المدعى مضافاً الى السيرة .

ثم انه لو سلمنا وقلنا يلزم في الحيازة المملوكة قصد التملك نقول : يكفي مجرد قصد التملك ولا يلزم قصد التملك لمن تكون له الحيازة فلو حاز مباحاً من المباحات قاصداً بها التملك لغيره يصير المحاز ملكاً للحائز ولا يصير ملكاً لذلك الغير وان شئت قلت : ملكية المحاز تابعة للحيازة وعليه لو كان الحائز اجيراً أو كانت الاجارة واقعة على الحيازة يكون المحاز للمستأجر اذ المفروض ان الحيازة

في الذمة فان قصد الاجير تطبيق العمل المملوك عليه على فعله الخاص بأن كان في مقام الوفاء بعقد الاجارة ملك المستأجر المحاز أيضاً^(١) وار لم يقصد ذلك بل قصد الحيازة لنفسه أو غيره فيما يحوز الحيازة له كان المحاز ملكاً لمن قصد الحيازة له^(٢) وكان للمستأجر الفسخ والرجوع الاجرة المسماة والامضاء والرجوع بقيمة العمل المملوك له بالاجارة الذي فوته عليه^(٣).

(مسألة ٦١) : يجوز استئجار المرأة للارضاع^(٤) بل للرضاع أيضاً بمعنى ارتضاع اللبن وان لم يكن بفعل منها أصلامدة معينة^(٥)

مملوكة له فتأمل .

(١) بمقتضى الاجارة اذا المفروض ان المستأجر مالك في ذمة الاجير الحيازة والاجير شخص ما في ذمته في الخارج فيكون ملكاً للمستأجر .
(٢) اذا فرض جواز الحيازة للغير فاذا قصد نفسه أو قصد غيره كان المحاز ملكاً لمن قصد .

(٣) اذا بعد عدم تسليم مورد الاجارة يكون للمستأجر أن يفسخ بمقتضى الشرط الارتكازي كما ان له الامضاء والرجوع باجرة المثل .

(٤) بلا اشكال فانه عمل محترم فلا مانع من ايقاع الاجارة بلحاظه كبقية الاعمال المحترمة ويدل على المدعى مضافاً الى بقية الأدلة الخاصة والعامة قوله تعالى : « فان أرضعن لكم فأتوهن اجورهن » (* ١) .

(٥) فان حيثية الارضاع كحيثية سكنى الدار فلا مانع من اجارة المرأة للرضاع كما يجوز اجارة الدار للسكنى فلا يرد الاشكال بأن الاجارة تمليك للمنفعة واللبن

ولا بد من معرفة الصبي الذي استوجرت لارضاعه ولو بالوصف على نحو يرتفع الغرر كما لا بد من معرفة الموضعة كذلك كما لا بد أيضاً من معرفة مكان الرضاع وزمانه اذا كانت تختلف المالية باختلافهما^(١) (مسألة ٦٢) : لا بأس باستيجار الشاة والمرأة مدة معينة الانتفاع بلبنها الذي يتكون فيها بعد الايجار وكذلك استيجار الشجرة للثمرة والبشر للاستقاء وفي جواز استيجارها للمنافع الموجودة فيها فعلاً

من الاعيان ولا تملك الاعيان بالاجارة ، فانه يمكن دفع هذه الشبهة بأن نقول حيثية الارتضاع كحيثية السكنى قابلة للتملك فلا مانع من اجارة المرأة نفسها لهذه الحيثية مضافاً الى أن الاجارة تملك للمنفعة والمنفعة قد تكون عيناً واخرى لا تكون فلا اشكال .

(١) كل ذلك لنفي الغرر ولا يخفى ان الغرر عبارة عن الخطر كما صرح به الراغب في المفردات وعليه يمكن رفع الخطر ولو مع الجهل مثلاً لو باع احداً في الصندوق مسن غيره بكذا مقدار كعشرة دراهم مثلاً والمشتري لا يعلم بما في الصندوق ولكن يعلم ان ما في الصندوق يسوي عشرة دراهم ويمكن أن يسوي دنائير لا يكون هذه المعاملة خطرياً بالنسبة الى المشتري فالجهل بالخصوصيات لا يستلزم الغرر مضافاً الى أنه لا دليل على اشتراط عدم الغرر في مطلق المعاملات ومادل على نفي الغرر في البيع ضعيف سنداً لاحظ ما رواه الصدوق بأسانيد عن الرضا عن آباءه عن علي عليهم السلام قال : « وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن بيع المضطر وعن بيع الغرر (* ١) وهذه الرواية ضعيفة سنداً (* ٢) ولاحظ ما عن صحيفة الرضا عليه السلام قال : وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن

(١) الوسائل الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة الحديث : ٣

(٢) لاحظ السند بها مش الوسائل في نفس المصدر

من اللبن والثمرة والماء اشكال بل المنع أظهر ^{١١} .

(مسألة ٦٣) : تجوز الاجارة لکنس المسجد والمشهد ونحوهما

بيع المضطر وعن بيع الغرر (١*) وهذه الرواية أيضاً لا اعتبار بها لعدم الوثوق بكونها عن المعصوم عليه السلام .

(١) فرق الماتن بين كون الاجارة بلحاظ المنفعة المعدومة وبين كون الاجارة بلحاظ المنفعة الموجودة بالفعل فجوز الاول ونهى عن الثاني بتقريب : ان الاجارة في قبال البيع فان البيع تمليك للعين والاجارة تمليك للمنفعة فاذا كانت الثمرة موجودة لايجوز ايجار الشجر بلحاظ ثمره لأن الثمر عين ولا تقع العين مورد الاجارة وأما اذا كان غير موجود فلا مانع من الاجارة لأن حيشة الاستعداد وقابليته من منافع الشجر ولا مانع من وقوع الاجارة على المنفعة وبهذا النحو تصح الاجارة لأبأن الانتفاع من الثمرة منفعة للشجر .

والحاصل ان الثمرة منفعة للشجر ولكن الاشكال في أنها من الأعيان فلا بد من التفصيل كما فصل في المتن ولوالتزمنا بجواز اجارة العين بلحاظ ما يترتب عليها من الأعيان لجاز اجارة الحيوان بلحاظ أولاده فيجوز اجارة البقر بلحاظ ما يولد منه وكذلك في جميع موارد التوالد وهل يمكن الالتزام بجوازه ؟ .

بقي شيء وهو انه قد مر جواز اجارة المرأة نفسها لحيشة الارتضاع فلا يرد اشكال ان الاجارة لتمليك المنافع لا لتمليك الأعيان وعلى هذا ما المانع من أن يقال في أن اجارة الشجر باعتبار الانتفاع من أثمارها فان الارتضاع نحو انتفاع وحكم الامثال واحد وبهذه الحيلة ترتفع الغائلة ويتصالح بين المانعين والمجوزين ولكن على هذا تكون العين باقية على ملك مالکها الاول ولا ينتقل اللبن في الضرع أو الثمرة على الشجرة الى المستاجر بل المستاجر مالك لحيشة الانتفاع بلا

واشغال سراجهما ونحو ذلك^(١).

(مسألة ٦٤) : لاتجوز الاجارة عن الحي في العبادات الواجبة^(٢)

فرق بين الموجود وما سيوجد فله الانتفاع بثمر الشجر الموجود بالفعل كما ان له الانتفاع من الثمر الذي يوجد بعد ذلك .

وقال سيدنا الامتاد وبملك المستأجر حيثية كون العين قابلة لأمر كذلك كحيثية كون البقرة قابلة للحلب وبالتبع يملك العين بعد تحققها وحصولها في الخارج(*) (١) هذا ملخص ما أفاده في هذا المقام .

اقول : يمكن أن يقال ان المنفعة اعم من العين ولا مانع من اجارة العين بلحاظ المنفعة ولو كانت عيناً أيضاً نعم لا بد من الاقتصار على ما تعارف بين العقلاء ولذا لاتجوز اجارة الدابة بلحاظ ولدها ولا تجوز اجارتها بهذا اللحاظ ولو بالنسبة الى ولدها غير الموجود فعلاً وبعبارة اخرى : لاتجوز اجارة الدابة بلحاظ حيثية التوليد .

وصفوة القول : انه لاتصح اجارة الحيوان بلحاظ ولده ولكن مع ذلك كله في النفس شيء وهو ان الاجارة تمليك للمنفعة فاذا كانت المنفعة من الاعيان بتوجه السؤال بأنه ما الفرق بين الاجارة والبيع فنقول : لا بد من تعلق الاجارة بالمنافع وانما نلتزم بصحة الاجارة في بعض الموارد مع كون المنفعة فيه عيناً كاجارة البئر للنزح حيث ان منفعته عين الماء للتعبد والسيرة الجارية عليه والله العالم وعلى الجملة : الاجارة تمليك للمنفعة التي لاتكون عيناً وانما نخرج عن هذه الكلية في جملة من الموارد للتعبد .

(١) بلا اشكال فان هذه الأعمال محترمة وتترتب عليها منافع فلا مانع من ايقاع الاجارة بلحاظها كما ان السيرة الخارجية قائمة عليها .

(٢) القاعدة الأولية تقتضي عدم الجواز فان كل تكليف يقتضي أن يأتي بمتعلقه

من كلف به وكفاية عمل الغير في مقام الامتثال يحتاج الى الدليل وما يمكن أن يستدل به على الجواز جملة من الروايات :

منها : ما رواه محمد بن مروان قال : قال أبو عبدالله عليه السلام : ما يمنع الرجل منكم أن يبر والديه حيين وميتين يصلي عنهما ويتصدق عنهما ويحج عنهما ويصوم عنهما فيكون الذي صنع لهما وله مثل ذلك فيزيده الله عز وجل ببره وصلته خيراً كثيراً (* ١) .

وهذه الرواية ضعيفة بحكم بن مسكين وغيره . ومنها : ما رواه علي بن أبي حمزة في أصله قال : سألت عن الرجل يحج ويعتمر ويصلي ويصوم ويتصدق عن والديه وذوي قرابته قال : لا بأس به يوجر فيما يصنع وله أجر آخر بصلة قرابته قلت : ان كان لا يرى ما أرى وهو ناصب ؟ قال يخفف عنه بعض ما هو فيه (* ٢) وهذه الرواية ضعيفة بعلي بن أبي حمزة مضافاً الى اشكال آخر في السند .

ومنها : ما رواه علي بن أبي حمزة أيضاً قال : قلت لأبي ابراهيم عليه السلام احج واصلي وأنصدق عن الأحياء والأموات من قرابتي وأصحابي ؟ قال : نعم تصدق عنه وصل عنه ولك أجر بصلتك إياه (* ٣) وهذه الرواية ضعيفة أيضاً بعلي بن أبي حمزة مضافاً الى اشكال آخر في السند .

ومنها : ما أرسله ابن فهد في عدة الداعي قال : قال عليه السلام : ما يمنع أحدكم أن يبر والديه حيين وميتين يصلي عنهما ويتصدق عنهما ويصوم عنهما فيكون الذي

(١) الوسائل الباب ١٢ من أبواب قضاء الصلوات الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٨

(٣) نفس المصدر الحديث : ٩

الا في الحج عن المستطيع العاجز عن المباشرة^(١) وتجاوز في المستحبات^(٢) ولكن في جوازها فيها على الاطلاق حتى في مثل الصلاة

صنع لهما وله مثل ذلك فيزيده الله ببره خيراً كثيراً (* ١) . والمرسل لا اعتبار به فالنتيجة انه لا دليل على جواز النيابة في الواجبات عن الحي فلا يجوز كما في المتن فلاحظ .

(١) وقد تعرض الماتن لهذا الفرع في مناسكه وشرحنا كلامه في كتابنا ومصباح الناسك في شرح المناسك ، فراجع .

(٢) لم يبين مورد الجواز في المستحبات ولا اشكال في أن المستحب كالواجب في عدم الجواز فيه الا مع الدليل وقد دل بعض النصوص على جواز الاستنابة في زيارة الحسين عليه السلام لاحظ ما رواه هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث طويل انه قال له رجل هل يزار والدك ؟ قال : نعم وبصلى عنده وقال : يصلى خلفه ولا يتقدم عليه قال : فما لمن أتاه ؟ قال : الجنة ان كان ياتم به قال : فما لمن تركه رغبة عنه ؟ قال : الحسرة يوم الحسرة قال : فما لمن أقام عنده ؟ قال : كل يوم بألف شهر قال : فما للمنفق في خروجه اليه والمنفق عنده ؟ قال : كل درهم بألف درهم الي أن قال قال : فما لمن تجهز اليه ولم يخرج لعله تصيبه قال : يعطيه الله بكل درهم ينفقه مثل احد من الحسنات ويخلف عليه أضعاف ما أنفق الحديث (* ٢) .

والرواية ضعيفة سنداً وكون روايتها واقعة في أسناد كامل الزيارات لا أثر له مضافاً الى أن المذكور في الرواية التجهز وكلامنا في التجهيز والاستنابة ولكن يكفي لاثبات المدعى في جواز الاستنابة في الزيارة السيرة الخارجية الجارية بين

(١) الوسائل الباب ٢٨ من أبواب الاحتضار الحديث : ٥

(٢) الوسائل الباب ٤٢ من أبواب المزار وما يناسبه

والصيام اشكالا^(١) ولا بأس بها في فرض الاتيان بها رجاء^(٢) وتجاوز
الاجارة عن الميت في الواجبات والمستحبات^(٣).

المتشعبة فلان النيابة عن الغير في الزيارات استنباه وكذلك الاستنباه للزيارة جارية
في الخارج بلا تكبير مضافاً الى ما ورد في النيابة عن الحي في الحج لاحظ
النصوص الواردة في الباب ٢٨ من ابواب النيابة في الحج من الوسائل منها ما
رواه محمد بن اسماعيل قال : سألت ابا الحسن عليه السلام كم اشرك في حجتي
قال : كم شئت (* ١) .

(١) لعدم الدليل عليه الا النصوص التي تقدمت مع الاشكال في اسنادها .

(٢) فان باب الرجاء واسع .

(٣) فان جواز الاجارة فرع جواز النيابة وقد دلت على جواز النيابة عن الميت
في الواجب والمستحب جملة من النصوص منها : ما رواه عمر بن يزيد قال : قلت
لأبي عبدالله عليه السلام تصلي عن الميت ؟ فقال : نعم حتى انه ليكون في ضيق
فيوسع الله عليه ذلك الضيق ثم يؤتى فيقال له : خفف عنك هذا الضيق بصلاة
فلان اخيك عنك قال : فقلت : فأشرك بين رجلين في ركعتين ؟ قال : نعم (* ٢)
ومنها : ما رواه الصدوق مرسل قال : وقال عليه السلام : يدخل على الميت في
قبره الصلاة والصوم والحج والصدقة والبر والدعاء ويكتب اجره للذي يفعله
وللميت (* ٣) .

ومنها مرسله الاخرى قال : وقال عليه السلام : من عمل من المسلمين عن ميت

(١) الوسائل الباب ٢٨ من ابواب النيابة في الحج الحديث : ١

(٢) الوسائل الباب ٢٨ من ابواب الاحتضار الحديث : ١

(٣) نفس المصدر الحديث : ٣

هملاً صالحاً اضعف الله له أجره ونفع الله به الميت (*) (١) .

ومنها : ما رواه معاوية بن عمار قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : ما يلحق الرجل بعد موته ؟ فقال : سنة سنّها يعمل بها بعد موته فيكون له مثل أجر من يعمل بها من غير أن ينقص من أجورهم شيء والصدقة الجارية تجري من بعده والولد الطيب يدعو لوالديه بعد موتها ويحج ويتصدق ويعتق عنهما ويصلي ويصوم عنهما فقلت اشركهما في حجتي ؟ قال نعم (*) (٢) .

ومنها : ما رواه عمر بن يزيد قال : كان أبو عبد الله عليه السلام يصلي عن ولده في كل ليلة ركعتين وعن والده في كل يوم ركعتين قلت له : جعلت فداك كيف صار للولد الليل ؟ قال لأن الفراش للولد قال : وكان يقرأ فيهما : انا انزلناه في ليلة القدر وانا اعطيناك الكوثر (*) (٣) .

ومنها : ما رواه معاوية بن عمار قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام اي شيء يلحق الرجل بعد موته ؟ قال يلحقه الحج عنه والصدقة عنه والصوم عنه (*) (٤) .

ومنها : ما رواه ورام بن ابي فراس في كتابه قال : قال عليه السلام : اذا تصدق الرجل بنية الميت امر الله جبرئيل ان يحمل الى قبره سبعين الف ملك في يد كل ملك طبق فيحملون الى قبره ويقولون : السلام عليك يا ولي الله هذه هدية فلان بن فلان اليك فينزل لأقبره « منتقلة الى قبره » وأعطاه الله ألف مدينة في الجنة وزوجه

(١) نفس المصدر الحديث : ٤

(٢) نفس المصدر الحديث : ٦

(٣) نفس المصدر الحديث : ٧

(٤) نفس المصدر الحديث : ٨

.

ألف حوراء وألبسه ألف حلة وقضى له ألف حاجة (*) (١) .

ومنها : ما رواه محمد بن مروان (*) (٢) .

ومنها : ما رواه علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سألت أبي جعفر بن محمد عليه السلام عن الرجل هل يصلح له أن يصلي أو يصوم عن بعض موثاه ؟ قال : نعم فليصل على ما أحب ويجعل تلك للميت فهو للميت إذا جعل ذلك له (*) (٣) .

ومنها : ما رواه أيضاً قال : سألت أخي موسى بن جعفر عليه السلام عن الرجل هل يصلح له أن يصوم عن بعض أهله بغير موثاه ؟ فقال : نعم يصومها أحب ويجعل ذلك للميت فهو للميت إذا جعله له (*) (٤) .

ومنها : ما رواه محمد بن عمر بن يزيد قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام يصلي من الميت ؟ فقال : نعم حتى أنه يكون في ضيق فيوسع عليه ذلك الضيق ثم يؤتى فيقال له : خفف عنك هذا الضيق بصلاة فلان أخيك (*) (٥) .

ومنها : ما رواه هشام بن سالم عنه عليه السلام قال : قلت له يصل إلى الميت الصدقة والصدقة والصوم ونحوها ؟ قال : نعم قلت : أو يعلم من يصنع ذلك به ؟ قال : نعم ثم قال : يكون مسخوطاً عليه فرضي عنه (*) (٦) .

(١) نفس المصدر الحديث : ٩

(٢) لاحظ ص : ٤٣٢

(٣) الوسائل الباب ١٢ من أبواب قضاء الصلوات الحديث : ٢

(٤) نفس المصدر الحديث : ٣

(٥) نفس المصدر الحديث : ٤

(٦) نفس المصدر الحديث : ٧

ومنها : حديثا علي بن أبي حمزة (*) (١) ومنها : ما رواه الحسن بن محبوب في كتاب المنيخة عن الصادق عليه السلام قال : تدخل على الميت في قبره الصلاة والصوم والحج والصدقة والبر والدعاء ويكتب أجره للذي فعله وللميت (*) (٢) ومنها : ما رواه علي بن يقطين عن أبي الحسن موسى عليه السلام في الرجل يتصدق عن الميت أو يصوم ويصلي ويمتق قال : كل ذلك حسن يدخل منفعة على الميت (*) (٣) .

ومنها : ما رواه كردين قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : الصدقة والصوم والحج يلحق بالميت ؟ قال : نعم قال : وقال هذا القاضي خطني وهو لا يرى ذلك قلت : وما أنا وذا فوالله لو أمرتني أن أضرب عنقه لضربت عنقه (*) (٤) .

ومنها : ما رواه أيضاً قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام قلت : اني لم اتصدق بصدقة منذ ما تت امي الا عنها قال : نعم قلت أفترى غير ذلك ؟ قال نعم نصف عنك ونصف عنها قلت : أيلحق بها ؟ قال : نعم (*) (٥) .

ومنها : ما رواه حماد بن عثمان في كتابه قال : قال أبو عبدالله عليه السلام : ان الصلاة والصوم والصدقة والحج والعمرة وكل عمل صالح ينفع الميت حتى ان الميت ليكون في ضيق فيوسع عليه ويقال : هذا يعمل ابنك فلان ويعمل أخيك فلان أخوك في الدين (*) (٦) .

(١) لاحظ ص : ٤٣٢

(٢) الوسائل الباب ١٢ من أبواب قضاء الصلوات الحديث : ١٠

(٣) نفس المصدر الحديث : ١١

(٤) نفس المصدر الحديث : ١٢

(٥) نفس المصدر الحديث : ١٤

(٦) نفس المصدر الحديث : ١٥

ومنها : ما رواه مسمع عن أبي عبد الله عليه السلام قال قلت له : ان امي هلكت ولم اتصدق بصدقة منذ هلكت الا عنها فيلحق ذلك بها ؟ قال : نعم قلت : والصلاة قال نعم قلت : والحج ؟ قال : نعم ثم سألت أبا الحسن عليه السلام بعد ذلك عن الصوم فقال : نعم (* ١) .

ومنها : ما رواه ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام قال : يقضى عن الميت الحج والصوم والعق وفعاله الحسن (* ٢) .

ومنها : ما عن البزنطي وكان من رجال الرضا عليه السلام قال : يقضى عن الميت الصوم والحج والعق وفعاله الحسن (* ٣) .

ومنها : ما رواه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال يقضى عن الميت الحج والصوم والعق وفعاله الحسن (* ٤) .

ومنها : ما رواه حماد بن عثمان في كتابه قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : من عمل من المؤمنين عن ميت عملاً أضعف الله له أجره وينعم به الميت (* ٥) .
ومنها : ما رواه ابن أبي يعفور عن الصادق عليه السلام قال يقضى عن الميت الحج والصوم والعق والفعل الحسن (* ٦) .

ولا يبعد أن يستفاد من هذه النصوص ان النيابة عن الميت جائزة في جميع الامور الخيرية وسند بعض هذه الروايات وان كان ضعيفاً لكن في الاعتبار منها غنى

(١) نفس المصدر الحديث : ١٧

(٢) نفس المصدر الحديث : ١٩

(٣) نفس المصدر الحديث : ٢١

(٤) نفس المصدر الحديث : ٢٣

(٥) نفس المصدر الحديث : ٢٤

(٦) نفس المصدر الحديث : ٢٧

وتجوز أيضاً الاجارة على أن يعمل الاجير عن نفسه ويهدى ثواب عمله الى غيره ^(١) .

(مسألة ٦٥) : اذا امره غيره باتيان عمل فعمله المأمور فان قصد المأمور التبرع لم يستحق اجرة ^(٢) وان كان من قصد الامر دفع الاجرة ^(٣) وان قصد الاجرة استحق الاجرة ^(٤) وان كان من قصد الامر

وكفاية فلاحظ .

(١) فان اهداء الثواب جوازه على القاعدة لأن الاهداء استدعاء منه تعالى والدعاء للمؤمن جاز وحسن فالاجارة عليه صحيحة بلا اشكال وربما يستدل على جواز الاهداء بما رواه داود الصرمي قال : قلت له يعني أبا الحسن العسكري عليه السلام اني زرت أباك وجملت ذلك لك فقال : لك بذلك من الله ثواب واجر عظيم ومنا المحمدة (*) (١) .

ولا يبعد ان يستفاد من الرواية جواز العدول بالنية الى الغير كما عبر بهذا التعبير في مسألة العدول من صلاة الى اخرى بقوله «أربع مكان ربع» مضافاً الى انه لا يبعد قيام السيرة على اهداء الثواب في الامور الخيرية الى الاموات .

(٢) لأن الاجير بقصده المجانية الفى احترام ماله وبعبارة اخرى : في صورة قصد الاجير المجانية لا يقتضي للضمان .

(٣) فان مجرد قصد الامر لا يقتضي الضمان مادام لم يقصد العامل اخذ الاجرة .

(٤) للسيرة العقلية الجارية على الضمان في امثال المقام ويمكن الاستدلال على المدعى بما ورد في كسب الحجام لاحظ الروايات الواردة في الباب : ٩ من ابواب ما يكتسب به من الوسائل منها : ما رواه ابو بصير يعني المرادي عن ابي

النبرع^(١) الا أن تكون قرينة على قصد المجانية كما اذا جرت العادة على فعله مجاناً أو كان المأمور من ليس من شأنه فعله باجرة أو نحو ذلك مما يوجب ظهور الطلب في المجانية^(٢).

(مسألة ٦٦) : اذا أستأجره على الكتابة أو الخياطة فمع اطلاق الاجارة يكون المداد والخيوط على الاجير وكذا المحكم في جميع الاعمال المتوقفة على بذل عين فانها لا يجب بدلها على المستأجر^(٣)

ابي جعفر عليه السلام قال : سألته عن كسب الحجام فقال : لا بأس به اذا لم يشارط (* ١) .

حيث يستفاد منه كراهة تعيين الاجرة من اول الامر وان الاولى ان يأمره بها ثم يدفع الاجرة فالأمر بنفسه يقتضي الضمان وربما يستدل على المدعى بأن عمل المسلم محترم وان ماله كدمه (* ٢) وأورد عليه سيدنا الاستاد بأن قاعدة الاحترام لا تقتضي الضمان اذ المفروض ان العامل باختياره اقدم على العمل ولا يكون مجبوراً .

ويرد عليه انه لو اكل طعام الغير مع رضاه بالأكل لكن لأعلى نحو المجانية فهل يكون ضامناً ام لا؟ فمجرد الاختيار والرضا لا يقتضيان عدم الضمان وكيف كان لا اشكال في الضمان .

(١) اذ قصده بمجرده لا يقتضي عدم الضمان كما هو ظاهر .

(٢) كما هو ظاهر فانه لا مقتضي للضمان في هذا الفرض .

(٣) في المقام قولان : احدهما ان ما يتوقف عليه العمل على الاجير بتقريب

(١) الوسائل الباب ٩ من أبواب ما يكتسب به الحديث : ١

(٢) الوسائل الباب ١٥٨ من أبواب أحكام العشرة الحديث : ٣

الا أن يشترط كونها عليه أو تقوم القرينة على ذلك ^(١).

(مسألة ٦٧) : يجوز استئجار الشخص للقيام بكل ما يراد منه مما يكون مقدوراً له ويتعارف قيامه به ^(٢) والاقوى ان نفقته على نفسه لا على المستأجر الا مع الشرط أو قيام القرينة ولو كانت العادة ^(٣).

ان العمل واجب عليه فتجب مقدمته بمقتضى ان مقدمة الواجب واجبة .

ثانيهما : انه على المستأجر بتقريب : ان الواجب على الأجير نفس العمل وليس عليه شيء آخر فيكون على المستأجر .

والذي يخلج بالبال ان يقال : الواجب اتباع الظهور العرفي ولو بحسب القرائن العامة او الخاصة واما مع عدم الظهور يكون مقتضى القاعدة انه على الأجير فان الاجارة تقتضي صبرورة المستأجر مالكا للمنفعة الكذائية في ذمة الأجير فعليه القيام بتسليمها قضاءاً للدين وبعبارة اخرى : اذا استوجر الخياط لخياطة الثوب يكون مطلوباً بالخياطة فاللازم عليه القيام بها ولذا لا اشكال في ان اجرة الماكينة للخياطة عليه وليس له مطالبة الماكينة او اجرتها من المستأجر وقس عليها بقية الامور والله العالم .

(١) فان الشرط ملزم كما هو ظاهر .

(٢) بلا اشكال ولا كلام فانه قسم من اقسام الاجارة فان الغالب في استئجار شخص للمخدمة على هذا النحو .

(٣) فانه لولا الشرط ولولا الظهور الناشئ عن القرينة العامة او الخاصة لاوجه لكونها على المستأجر فانه على خلاف القاعدة الأولية هذا بحسب الأصل الاولي واما بحسب النص الخاص فقد ورد في المقام حديث يدل على انها على المستأجر لاحظ ما رواه سليمان بن سالم قال : سألت ابا الحسن عليه السلام عن رجل استأجر رجلاً بنفقة ودراهم مسماة على ان يبعثه الى ارض فلما ان قدم اقبل رجل

(مسألة ٦٨) : يجوز أن يستعمل العامل ويأمره بالعمل من دون تعيين اجرة ^(١) ولكنه مكروه ^(٢) .

من اصحابه يدعوه الى منزله الشهر والشهرين فيصيب عندهما يغنيه عن نفقة المستأجر فنظر الأجير الى ما كان ينفق عليه في الشهر اذا هو لم يدعه فكافاه به الذي يدعوه فمن مال من تلك المكافاة ؟ امن مال الأجير او من مال المستأجر ؟ قال : ان كان في مصلحة المستأجر فهو من ماله والا فهو على الأجير وعن رجل استأجر رجلا بنفقة مسماة ولم يفسر « يعين يب » شيئا على ان يعثه الى ارض اخرى فما كان من مؤنة الأجير من غسل الثياب والحمام فعلى من ؟ قال : على المستأجر (* ١) والحديث ضعيف بسليمان بن سالم فالأمر كما قلنا والله العالم .

(١) بلا اشكال ولا كلام اذ لا مقتضى للاشكال او التأمل فان استعمال الغير للعمل المباح امر دائر بين العقلاء والسيرة جارية عليه عند المشرعة بلانكبر من احد .
(٢) لبعض النصوص لاحظ ما رواه مسعدة بن صدقة عن ابي عبد الله عليه السلام قال : من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يستعملن اجيراً حتى يعلم ما أجره ومن استأجر اجيراً ثم حبسه عن الجمعة يئوه بائمه وان هو لم يحبسه اشتركا في الأجر (* ٢) وهذه الرواية ضعيفة بمسعدة فانه لم يوثق وكونه في اسناد كامل الزيارات لا يفيد .

ولاحظ ما رواه الجعفري قال : كنت مع الرضا عليه السلام في بعض الحاجة فأردت ان أنصرف الى منزلي فقال لي : انصرف معي فبت عندي الليلة فانطلقت معه فدخل الى داره مع المغيث فنظر الى غلمانهم يعملون في الطين او اري الدواب وغير ذلك واذا معهم أسود ليس منهم فقال : ما هذا الرجل معكم ؟ قالوا : يعاوننا

(١) الوسائل الباب ١٠ من أبواب الاجارة الحديث : ١

(٢) الوسائل الباب ٣ من أبواب أحكام الاجارة الحديث : ٢

ويكون عليه اجرة المثل لاستيفاء عمل العامل وليس من باب
الاجارة^(١).

(مسألة ٦٩) : اذا استاجر أرضاً مدة معينة فغرس فيها أوزرع
ما يبقى بعد انقضاء تلك المدة فاذا انقضت المدة جاز للمالك أن
يأمره بقلعه^(٢)

ونعطيه شيئاً قال : قاطعتموه على أجرته ؟ قالوا : لاهو يرضى منا بما نعطيه فأقبل
عليهم بضربهم بالسوط وغضب لذلك غضباً شديداً فقلت جعلت فداك لم تدخل على
نفسك ؟ فقال : اني قد نهيتهم عن مثل هذا غير مرة أن يعمل معهم أحد « اجير .
يب » حتى يقاطعه على أجرته واعلم انه ما من احد يعمل لك شيئاً بغير مقاطعة
ثم زدته لذلك الشيء ثلاثة اضعاف على أجرته الا ظن انك قد نقصته أجرته واذا
قاطعته ثم أعطيته أجرته حمدك على الوفاء فان زدته حبة عرف ذلك لك ورأى انك
قد زدته (* ١) .

والظاهر ان هذه الرواية لا بأس بها سنداً والمستفاد منها ان الاستعمال بسلا
مقاطعة مكروه فان اللسان لسان النهي الكرامي لا التحريمي فلاحظ مضافاً الى انه
لو كان حراماً تكليفاً او وضعاً لشاع وذاع وأما نهى الامام عليه السلام غلامانه وضربهم
أمر شخصي لاستفاد منه الكلية .

(١) كما هو ظاهر اذ المفروض انه لم تتحقق الاجارة ومن ناحية اخرى لا يكون
عمل العامل بعنوان المجانية فطبعاً تجب اجرة المثل .

(٢) فان الناس مسيطون على اموالهم وليس لأحد التصرف في مال الغير بدون
اذنه ولا فرق في هذا الحكم بين أن يتضرر المستاجر وعدمه فان دليل لا ضرر

وكذا اذا استأجرها لخصوص الزرع أو الغرس^(١) وليس له الابقاء بدون رضا المالك وان بذل الاجرة^(٢) كما انه ليس له المطالبة بالارش اذا نقص بالقلم^(٣) وكذلك اذا غرس مسا لا يبقى فاتفق بقائه لبعض الطواري على الاظهر^(٤).

(مسألة ٧٠) : خراج الارض المستأجرة اذا كانت خراجية على

المالك^(٥)

لا يقتضي الجواز أما على ما سلكتناه من كون مفاد القاعدة النهى عن الاضرار فواضح لأن المالك مسلط على ماله ودليل حرمة الاضرار لا يسلب حق الملاك بالنسبة الى أموالهم والا يلزم تأسيس فقه جديد وأما على القول المشهور في مفاد القاعدة فيقع النزاع بين ضرر المستأجر وضرر المالك فان التصرف في ماله بلا اذنه ضرر بالنسبة اليه ولا وجه لترجيح احدهما للآخرين على الآخر نعم الضرر الوارد على المستأجر يتدارك ببقاء غرسه في ملك الغير لكن القاعدة لا تتكفل لهذه الجهة ولا تدل على جواز التدارك مضافاً الى أن ايجاب التدارك على المالك يوجب الضرر بالنسبة اليه ولا ترجيح كما تقدم .

(١) بعين التقريب .

(٢) اذا لوجه لاجبار المالك ولو مع بذل الاجرة .

(٣) اذا لمقتضى للمطالبة بعد عدم حق له في الابقاء فلاحظ .

(٤) فان حكم الامثال واحد .

(٥) فانه طرف المعاملة مع الحاكم الجائر ومقتضى القاعدة الاولى كونه ملزماً

باداء الخراج ووجوبه على المستأجر يحتاج الى دليل مفقود وان شئت قلت :

الضمان يحتاج الى الدليل ولا دليل عليه بالنسبة الى المستأجر فيكون على المالك

نعم إذا شرط أن تكون على المستأجر صبح على الأقوى^(١).

كما في المتن .

(١) تارة يشترط أن الضامن هو المستأجر وأخرى يشترط الدفع على المستأجر أما الصورة الأولى فلا تصح لكون الشرط الملاء كور على خلاف المقرر الشرعي والشرط إنما يصح إذا كان صحيحاً شرعياً وأما الصورة الثانية فلا مانع من الصحة غير ما يمكن أن ينوهم أن الجهل بمقداره يوجب الفساد .

وفيه : أولاً : أنه يمكن أن لا يكون مجهولاً فإن الخراج كما صرح به المائت في المكاسب المحرمة ضريبة النقد وبعمارة أخرى : الخراج مقدار معين من الدرهم أو الدينار أو غيرهما فلا يتوجه اشكال الجهل إلا أن يقال : أنه لا تنافي بين كونه ضريبة نقدية وكونه غير معلوم كما ورد في بعض النصوص « وربما زاد وربما نقص » وثانياً : أن الجهالة في الشرط لا دليل على كونها مفسدة بصحة العقد .

مضافاً إلى النص الخاص الوارد في المقام لاحظ ما رواه يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها ويصلحها ويؤدي خراجها وما كان من فضل فهو بينهما قال : لا بأس بالحديث (*) (١) .

ولاحظ ما رواه داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل تكون له الأرض عليها خراج معلوم وربما زاد وربما نقص فيدفعها إلى رجل على أن يكفيه خراجها ويعطيه مائة درهم في السنة قال : لا بأس (*) (٢) .

وحيث أنه لا يَحْتَمِلُ الفرق بين الإجارة والمزارعة من هذه الجهة يكون الدليل الوارد في باب المزارعة مستنداً للحكم في باب الإجارة والإفتايل أن يقول النص

(١) الرسائل الباب ١٠ من أبواب المزارعة والمساواة الحديث ٢

(٢) المواعيل الباب ١٧ من أبواب المزارعة والمساواة الحديث ١

(مسألة ٧١): لا بأس بأخذ الاجرة على ذكر مصيبة سيد الشهداء عليه السلام وفضائل أهل البيت عليهم السلام والخطب المشتملة على المواعظ ونحو ذلك مما له فائدة عقلائية دينية أو دنيوية^(١).

(مسألة ٧٢): يجوز الاستبجار للنيابة عن الاحياء والاموات في العبادات التي تشرع فيها النيابة^(٢) دون ما لا تشرع فيه كالواجبات العبادية مثل الصلاة والصيام عن الاحياء^(٣) وتجوز عن الاموات^(٤) وكذا لا تجوز الاجارة على تعليم الحلال والحرام وتعليم الواجبات مثل الصلاة والصيام وغيرها مما كان محل الابتلاء^(٥) أما اذا لم يكن محل الابتلاء ففيه اشكال^(٦) وكذا لا يجوز أخذ الاجرة على تغسيل الاموات وتكفينهم

لم يرد في المقام بل ورد في باب المزارة ولا دليل على وحدتهما من هذه الجهة والله العالم.

(١) لوجود مقتضي وعدم المانع فان ذكر المصيبة وكذلك ذكر الاخبار وأمثالها أمر جاز بل راجع فلا مانع من ايقاع الاجارة عليه.

(٢) بلا اشكال اذ بعد فرض جواز النيابة لا مانع من ايقاع الاجارة عليها كبقية الأعمال المباحة.

(٣) قد مر الكلام حول هذا الفرع في مسألة ٦٤ فراجع.

(٤) قد تقدم الكلام في تلك المسألة فراجع.

(٥) بدعوى انه يشترط في اثباته المجانية واثبات هذا المدعى مشكل وقد تكلمنا حول هذا الجهة في المكاسب المحرمة.

(٦) لعدم شمول الدليل على فرض تحققه لهذه الصورة فالجزم باحد الطرفين مشكل ومقتضى الصناعة جواز أخذ الاجرة فان المنع يتوقف على قيام دليل عليه

ودفنهم^(١) نعم الظهرا نه لا باس باخذ الاجرة على حفر القبر على نحو
خاص من طوله وعرضه وعمقه^(٢) وأما أخذ الاجرة على مسمى حفر
القبر اللازم فلا يجوز ولا نصح الاجارة عليه^(٣).

(مسألة ٧٣) : اذ اقيمت اصول الزرع في الارض المستاجرة
للزراعة فثبت فان أعرض المالك عنها فهي لمن سبق اليها^(٤) بلافراق
بين مالك الارض وغيره^(٥)

والا فلا وجه للاشكال .

(١) بدعوى انه علم من الشرع انه لا بد من الاتيان به مجاناً ودليله منحصر
في الاجماع والتسالم .

(٢) اذ النحو الخاص لا يجب فلا مانع من أخذ الاجرة عليه حيث انه لم يتم
دليل على الحرمة في الفرض .

(٣) لما تقدم من الوجه فلاحظ .

(٤) اذ الأعراض بمقتضى السيرة العقلية الممضاة عند الشارع يوجب خروج
متعلقه عن ملك المعرض فيكون في حكم المباحات الأصلية التي يجوز لكل
احد تملكها .

وبعبارة واضحة : ان الأعراض مخرج للمال عن ملك مالكة . ان قلت : ان
كان الأعراض مخرجاً عن الملك فلا يكون للمالك بعد الأعراض الرجوع الى من
تملك مورده والحال انه يجوز له الرجوع والمطالبة . قلت : جواز الرجوع بعد
الأعراض اول الكلام والاشكال نعم يمكن أن يكون الرجوع ناشئاً عن عدم الأعراض
واما لو ثبت الأعراض وتحقق التملك من ناحية اخرى فجواز الرجوع يحتاج الى
الدليل فلاحظ .

(٥) فان المباح يجوز تملكه لكل احد ولا وجه لاختصاصه بصاحب الأرض

نعم لا يجوز الدخول في الأرض إلا بأذنه^(١) وإن لم يعرض عنها فهي له^(٢)
(مسألة ٧٤): إذا استأجر شخصاً للذهاب حيوان فذهبه على غير
الوجه الشرعي فصار حراماً ضمن^(٣) وكذا لو تبرع بلا اجارة فذهبه
كذلك^(٤).

(مسألة ٧٥) إذا استأجر شخصاً للخياطة ثوب معين لا بقيد المباشرة
جاز لغيره التبرع عنه فيه وحينئذ يستحق الاجير الاجرة المسماة
لا العامل^(٥) وإذا خاطه غيره لا بقصد النيابة عنه بطلت الاجارة إذا لم

نعم التصرف في ملك المالك بلا رضاه حرام لكن هذا مطلب آخر لا يرتبط
بالمدعى.

(١) تقدم وجهه .

(٢) لعدم تحقق ما يوجب خروجه كما هو المفروض فهو باق في ملكه على
طبق القاعدة الأولية .

(٣) لأنه أئلف مال الغير فهو ضامن للتألف على طبق القاعدة الأولية مضافاً إلى
عدة نصوص تدل على المدعى لاحظ احاديث الحلبي والصفار (*) (١) .

(٤) الكلام فيه هو الكلام فان التألف يوجب ضمان المتلف .

(٥) بلا اشكال فان التبرع في اداء الدين من قبل الغير جاز بالسيرة العقلانية
الممضاة فيستحق الاجير في هذه الصورة الاجرة فان المستأجر ضامن للاجرة بمقتضى
الاجارة فالمستأجر ضامن للاجرة والاجير ضامن للعمل ودين في ذمته والمفروض
ان الثالث المتبرع تبرع وأدى دينه فالاجارة بحالها بلا اشكال والعامل لا يستحق

بعض زمان يتمكن فيه الاجير من المخابطة^(١) والاثبت الخيار لكل منهما^(٢) هذا فيما اذا لم تكن المخابطة من غير الاجير بامر من المستاجر أو باجارته ثانياً والافالظاهر ان الاجير يستحق الاجرة لان التفويت حينئذ مستند الى المستاجر نفسه كما اذا كان هو الخائض^(٣) وأما الخائض فيستحق على المالك اجرة المثل ان خاط بأمره^(٤) وكذا اذا كان قد استاجره ثانياً للمخابطة فان الاجارة الثانية باطلة ويكون للمخاط اجرة المثل^(٥)

الاجرة اذ المفروض انه قصد التبرع .

(١) اذ صحة الاجارة تنوقف على قدرة الاجير على الاتيان بالعمل ومع فرض عدم مضي زمان يمكن للاجير الاتيان بالعمل يكشف عن عدم قدرته عليه فالاجارة باطلة وبعبارة واضحة: لو استوَجِرَ للمخابطة يوم الجمعة وبادر الثالث فخاط الثوب يوم الخميس لا يكون الاجير قادراً على الاتيان بالعمل الذي يكون مورد الاجارة .

(٢) أما للمستاجر فلأن الاجير لم يسلمه العمل فيمكن الأخذ بالخيار والرجوع في الاجرة كما أنه يمكنه ابقاء الاجارة بحالها ومطالبة الاجير باجرة المثل وأما الخيار للاجير فلم يظهر لي وجهه اذ الظاهر انه لا موجب للخيار بالنسبة اليه لأن المفروض مضي زمان يمكنه العمل ولم يعمل .

(٣) الظاهر ان الأمر كما أفاده اذ المفروض ان التفويت مستند الى المستاجر فلا وجه لبطلان الاجارة كما أنه لا وجه للخيار بل الاجير بمقتضى الاجارة يستحق الاجرة وله اخذها وعلى المستاجر دفعها .

(٤) كما هو ظاهر اذ المفروض ان المخابطة تحققت بأمره .

(٥) الظاهر انه لا وجه للبطلان فان غاية ما يترتب على الاجارة الثانية كون

وان خطه بغير أمره ولا اجازته لم يستحق عليه شيئاً^(١) وان اعتقد ان المالك أمره بذلك^(٢) .

(مسألة ٧٦) : اذا استأجره ليوصل متاعه الى بلد كذا في مدة معينة فسافر بالمتاع وفي أثناء الطريق حصل مانع عن الوصول بطلت الاجارة^(٣) واذا كان المستأجر عليه نفس ايصال المتاع لم يستحق شيئاً^(٤) وان كان مجموع السفر وايصال المتاع على نحو تعدد المطاوب

المستأجر مالكا للعمل في ذمة شخصين ولا محذور فيه وعلى هذا يكون للخائض الاجرة المسماة. ان قلت : المحل غير قابل للعمل المتعدد ويشترط في صحة الاجارة القدرة على العمل . قلت : يكفي قابلية المحل لكل من العاملين وكل من الأجيرين قادر على الاتيان به في حد نفسه .

لكن الحق عدم تصحيح العقد بهذا التقريب اذ المفروض عدم امكان الجمع بين الامرين وحيث ان الجمع بين العاملين غير ممكن فلا تصح الاجارة لاشتراط القدرة في متعلقها الآن يقال : الجامع بين المقدور وغير المقدور مقدور والاجارة تقع على الجامع لاعلى الفرد والله العالم .

(١) لعدم مقتضي للاستحقاق .

(٢) فان الاعتقاد لا يغير الواقع عما هو عليه فلاحظ .

(٣) اذ المفروض عدم قدرة الأجير على القيام بمورد الاجارة ومع عدم قدرته على العمل لا تكون الاجارة صحيحة .

(٤) اذ المفروض ان مورد الايجار نفس الايصال ولتوضيح المقام نقول : تارة تقع الاجارة على نتيجة العمل واخرى تقع الاجارة على مجموع العمل من حيث المجموع وثالثة تقع الاجارة على العمل المركب بحيث تنحل الاجارة الواحدة

استحق من الاجرة بنسبة ما حصل من قطع المسافة الى مجموع المستاجر عليه^(١) أما اذا كان على نحو وحدة المطلوب فلا ظهر عدم استحقاقه شيئاً^(٢).

(مسألة ٧٧) : اذا كان للاجير الخيار في الفسخ لغبن أو تخلف شرط أو وجود عيب أو غيرها فان فسخ قبل الشروع في العمل فلا شيء له^(٣) وان كان بعد تمام العمل كان له اجرة المثل^(٤) وان كان في أثناءه

في مقام الانشاء الى اجارات متعددة فان كان من قبيل الأول كما لو آجره على الايصال الذي يكون نتيجة للعمل وهو السير لا يستحق شيئاً ويكون حدوث المانع كشفاً عن بطلان الاجارة كما أن الأمر كذلك لو كان على النحو الثاني وأما اذا كان على النحو الثالث فتتحل الاجارة بنأي مقدار تحقق العمل في الخارج تصح وأما بالنسبة الى المقدار المصادف مع المانع تبطل فلا حظ.

(١) قد ظهر وجهه مما ذكرناه .

(٢) لما تقدم من عدم مقتضى للاستحقاق .

(٣) لعدم المقتضي اذ المفروض ان العقد بالفسخ انحل ومن ناحية اخرى لم يأت الاجير بعمل يوجب اخذ الاجرة .

(٤) اذ المفروض انه لم يقدم على العمل مجاناً وبلا عوض بل أقدم على العمل بمقتضى الاجارة وحيث ان الاجرة المسماة لم تسلم له بمقتضى الفسخ تصل النوبة الى اجرة المثل وهذا مبني على مسلك الماتن وهو ان الفسخ في باب الاجارة من الأصل وأما على القول الاخر فلا مجال للفسخ لعدم ترتب أثر عليه وبعبارة اخرى لاموضوع للفسخ .

استحق بمقدار ما أتى به من اجرة المثل^(١) الا اذا كان مجموع العمل ملحوظاً بنحو وحدة المطلوب كما اذا استأجره على الصلاة أو الصيام فانه لو فسخ في الاثناء لم يكن له شيء^(٢) وكذا اذا كان الخيار للمستأجر^(٣) ويحتمل انه اذا كان المستأجر عليه وهو المجموع على نحو وحدة المطلوب ففسخ المستأجر في الاثناء كما اذا استأجر على الصلاة ففسخ في أثنائها يستحق بمقدار ما عمل من اجرة المثل^(٤).
(مسألة ٧٨) : اذا استأجر عيناً مدة معينة ثم اشتراها في أثناء المدة فالاجارة باقية على صحتها^(٥) واذا باعها في أثناء المدة فهي

(١) لعين التقريب وحكم الامثال واحد والاشكال هو الاشكال وقد تقدم ان الحق ان الفسخ من الحين.

(٢) اذ في هذه الصورة لا موجب لاستحقاقه الاجرة كما مر نظير المقام في المسألة السابقة .

(٣) لعين التقريب والبيان .

(٤) لا يبعد أن يكون ناظراً الى أن عمل المؤمن محترم ولا يذهب هدرأ لكن يرد عليه انه مع فرض وقوع الاجارة على المجموع بما هو مجموع لا مقتضي للضمان لأن المفروض ان الضمان ناش من قبل الاجارة والاجارة واقعة على المتدبما هو مقيد فالذي وقع عليه الاجارة لم يقع والواقع لم تقع عليه الاجارة .

(٥) اذ لاتنافي بين الأمرين فان الاجارة أوجبت ملكية المنفعة والبيع أوجب ملكية العين ولا مقتضي لفساد الاجارة وان شئت قلت : المنفعة تابعة للعين فاذا بيعت عين تنتقل الى المشتري مع ما يترتب عليه من المنفعة ولكن هذا فيما تكون المنفعة بحالها ولم تكن مملوكة بسبب آخر والا تنتقل العين مسلوقة بالمنفعة والأمر

تبعية المنفعة للعين وجهان^(١) أحدهما ذلك^(٢) .

(مسألة ٧٩) : تجوز اجارة الارض مدة معينة بتعميرها داراً

مظاهر واضح .

(١) فربما يقال: بأن الانتقال بالتبعية يشترط فيه أن يكون المالك البائع مالكا للنابع بالتبعية والامتثال العين المشقرا خالية عن المنفعة غاية الأمر يثبت له الخيار ان كان جاهلا بالحال .

وأفاد سيدنا الاستاد : ان المشتري ان كان جاهلا يلزم فساد البيع لأنه يشترط في صحة العقد التطابق بين الإيجاب والقبول والمفروض ان البائع قصد نقل العين خالية عن المنفعة والمشتري قصد اشتراء العين مع المنفعة فما وقع الإيجاب عليه يغاير ما وقع عليه القبول فيبطل العقد فالأمر دائر بين الصحة بلا خيار وبين البطلان اذ على تقدير التطابق وقصد البائع بيع العين مع مالها من المنفعة يصح البيع بلا خيار وأما لو باع العين خالية عن المنفعة ومسلوبة المنفعة يكون البيع باطلا . ويرد عليه : ان الجزئي الخارجي غير قابل للتقييد فالمشتري الذي قصد اشتراء العين مع المنفعة اما يعلق القبول على تبعية المنفعة للعين في الانتقال واما يقيد العين بكونها ذات منفعة واما يشتري على الاطلاق غاية الأمر يشترط ان التزامه بالبقاء موقوف على انتقال المنفعة ولا رابع اما التعليق فباطل اجماعاً وأما التقييد فباطل عقلاً فينحصر الأمر في الثالث .

وربما يقال: ان الانتقال بالتبعية لا يشترط فيه هذا الشرط بل العين المبيعة تنتقل الى المشتري مع مالها من المنافع الا فيما قصد التفكيك اذا عرفت ما تقدم نقول حيث ان الحاكم بالتبعية بناء العرف والمشرعة وليس في بنائهم هذا الاشتراط اي لا يشترط بكون المنفعة مملوكة للبائع بالتبعية يكون الحق هو القول الثاني .

(٢) قد ظهر وجهه مما ذكرنا فلاحظ .

أو تعميرها هستاناً بكرى الانهار وتنقية الاربار وخرس الاشجار ونحو ذلك^١ ولا بد من تعيين مقدار التعمير كما وكيفاً^٢ .

(مسألة ٨٠) : تجوز الاجارة على الطباية ومعالجة المرضى سواء اكانت بمجرّد وصف العلاج أم بالمباشرة كجبر الكسبر وتضميد القروح والجروح ونحو ذلك^٣ وتجوز المقاطعة عليه بقصد البراءة

(١) الجواز على طبق القاعدة الاولى فان الاجارة عبارة عن تمليك المنفعة بعوض ففي كل مورد تحقق هذا المعنى مع شروطها تتحقق الاجارة وتصح ويمكن الاستدلال على المدعى بجملة من الروايات :

منها : ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا بأس بقبالة الأرض من أهلها عشرين سنة أو اقل من ذلك أو أكثر فيعمرها ويؤدي ما خرج عليها ولا يدخل العلوج في شيء من القبالة لانه لا يحل (* ١) .

ومنها : ما رواه يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال وسألته عن الرجل يعطى الأرض «الخربة يه» وهى لك ويقول : اصمرها ثلاث سنين أو خمس «أربع خ ل» سنين او ماشاء الله قال : لا بأس (* ٢) .

ومنها : ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ان القبالة أن تأتى الأرض الخربة فتقبلها من أهلها عشرين سنة أو اقل أو أكثر فتعمرها وتؤدي ما خرج عليها فلا بأس به (* ٣) .

(٢) دفعاً للفرر فان بناء الأصحاب على أن الفرر يوجب فساد العقد .

(٣) كما هو مقتضى القاعدة فان عدم الجواز يحتاج الى الدليل بعد فرض اطلاق

(١) الوسائل الباب ٩٣ من أبواب ما يكتسب به الحديث : ٣

(٢) الوسائل الباب ١١ من أبواب المزارعة والساقاة الحديث : ١

(٣) نفس المصدر الحديث : ٢

اذا كانت العادة تقتضي ذلك كما في سائر موارد الاجارة على الاعمال الموقوفة على مقدمات غير اختيارية للاجير وكانت توجد عادة عند ارادة العمل^(١).

(مسألة ٨١) : اذا أسقط المستاجر حقه من العين المستاجرة لم يسقط وبقيت المنفعة على ملكه^(٢).

(مسألة ٨٢) : لا يجوز في الاستيجار للحجج البلدي أن يستاجر

دليل الجواز من الأدلة العامة والخاصة وربما ينوهم أن وجوبه الكفائي مانع عن الصحة ويدفع أولاً: بأنه يمكن فرض عدم الوجوب لوجود من به الكفاية وثانياً: ان الوجوب العيني لا يستلزم الفساد فكيف بالكفائي الا أن يقوم دليل على وجوب أمر مجانباً فما أفاده على طبق القاعدة.

(١) انما قيده بهذا القيد كي لا يلزم التعليق في العقد وبعبارة اخرى: لو لم تكن المقدمات محرزة بحسب العادة يلزم التعليق على وجود تلك المقدمات أو على المشية والتعليق يقتضي بطلان العقد وبعبارة واضحة: الاجارة تمليك للمنفعة وهذا يتوقف على كون الاجير قادراً ومالكاً لتلك المنفعة فاذا فرض توقف عمل على أمر غير اختياري لامجال للاجارة لأن ما يتوقف على أمر غير اختياري غير اختياري ايضاً وعليه اذا كان المتوقف عليه لا يكون موجوداً في ظرفه والموجر يعلم به لا يمكنه أن يؤثر المعلق لعدم كونه مالكا لمورد الاجارة واذا كان معلوم الوجود تجوز الاجارة بلا اشكال حتى مع التعليق فان التعليق على أمر معلوم الوجود لا يضر واذا كان مجهول الوجود لا تجوز الاجارة الا على النحو التعليق والتعليق يوجب بطلان العقد.

(٢) اذ لا وجه للسقوط ولا مقتضي له وان شئت قلت: ما يكون للمستاجر ملكية المنفعة ولا تنصور حقاً غيرها كي يسقط نعم يجوز له الانتفاع كما أنه يجوز

شخصاً من بلد الميت الى النجف مثلاً وآخر من النجف الى المدينة وثالثاً من المدينة الى مكة بل لا بد من أن يستاجر من يسافر من البلد بقصد الحج الى أن يحج^(١).

(مسألة ٨٣) : اذا استوجر للصلاة عن الحي أو الميت فنقص بعض الاجزاء أو الشرائط غير الركنية فان كانت الاجارة على الصلاة الصحيحة كما هو الظاهر عند الاطلاق استحق تمام الاجرة^(٢) وكذا ان كانت على نفس الاعمال المخصوصة وكان النقص على النحو المتعارف^(٣) وان كان على خلاف المتعارف نقص من الاجرة بمقداره^(٤)

وضماً تمليكها من الغير والحكم الشرعي أمره بيد الشارع وليس لأحد اسقاطه كما انه ليس لأحد احداثه فما دام لا يتحقق سبب لانتقال المنفعة عن ملكه لا تسقط بل تكون باقية بحالها.

(١) لأن سبب زيد من قم الى النجف مثلاً لا تكون مقدمة لعمل من يقوم بالحج وهذا لا يرتبط بمسألة اختصاص وجوب المقدمة بخصوص الموصلة بل الأمر كذلك حتى على القول بوجوب المقدمة مطلقاً وعلى الجملة الأشكال من ناحية ان المقدمة التي أتى بها شخص لا تكون مقدمة لفعل آخر ومعنى الحج البلدي أن يحج شخص عن البلد وان شئت قلت : الاثبات بالمقدمة بلا ترتب ذهابها عمل لغو ولا يترتب عليه شيء ويكون نظير أن يفتسل أحد غسل الاحرام ويحرم الآخر وهل يمكن الالتزام باجزائه وشرعيته؟ كلا .

(٢) اذا المفروض انه مسلم ما عليه من الصلاة الصحيحة .

(٣) الكلام هو الكلام فان النقصان بالمقدار المتعارف مفتر .

(٤) الظاهر انه لا وجه للنقصان لأن المفروض ان الأجر بالاجارة صار مالاً

(مسألة ٨٤) : اذا استؤجر لمختتم القرآن الشريف فلا حوط
الترتيب بين السور هل الظاهر لزوم الترتيب بين آيات السور وكلماتها^١
واذا قرأ بعض الكلمات غلطاً والتفت الى ذلك بعد الفراغ من السورة
أو المختتم فان كان بالمقدار المتعارف لم ينقص من الاجرة شيء^٢
وان كان بالمقدار غير المتعارف ففي امكان تداركه بقراءة تلك الكلمة
صحيحة اشكال^٣ والاحوط للاجبر أن يقرأ السورة من مكان الغلط
الى آخرها^٤.

للاجرة المسماة ولا مقتضى لحرمانه نعم يمكن أن يقال: انه يثبت للمستأجر خيار
الفسخ فاذا فسخ تصل النوبة الى اجرة المثل فلاحظ . الا أن يقال : ان النقصان
اذا كان عمدياً يوجب البطلان وليس هو محل الكلام وأما السهو فيكون كاشفاً عن
عدم قدرته ومع عدم القدرة تكون الاجارة بالنسبة الى المقدار المفروض تركه باطله
لكن يمكن أن يقال: انه يكفي في صحة الاجارة كون العمل مقدوراً ولو بالاستعانة من
الغير بأن يذكره كي لا ينقص من عمله شيء . وليعلم انه على القول بكون الفسخ من
الحين تنقص من الاجرة المسماة بالنسبة الا أن يقال : انه مع عدم الانفساح كما
هو المفروض تصل النوبة الى اجرة المثل بالمقدار الناقص .

(١) الظاهر ان الوجه فيه ظهور مورد الاجارة في القراءة مرتبة وبعبارة اخرى
المبتدأ من ختم القرآن الاتيان بقرائته مرتبة من اوله الى آخره .

(٢) الامع كون الناقص بالمقدار المتعارف لانقصان في مورد الاجارة فلا وجه
للقصان من الاجرة .

(٣) لعدم دليل على الكفاية بعد عدم شمول مورد الاجارة له .

(٤) وجه عدم جزمه ان الاجارة منصرفه الى القراءة المتعارفة والقراءة المتعارفة
تشمل الناقص بلا عمد وتقصير .

(مسألة ٨٥) : اذا استوجر للصلاة عن زيد فاشتبه وصلى عن عمر وفان كان على نحو الخطأ في التطبيق بان كان مقصوده الصلاة لمن استوجر للصلاة عنه فاخطأ في اعتقاده انه عمرو وصح عن زيد واستحق الاجرة^١ وان كان على نحو آخر لم يستحق الاجرة ولم يصح عن زيد^٢.

ويرد عليه ان القراءة المتعارفة ان كانت شاملة للناقص فلا يلزم اعادة نفس الكلمة ولا تعارف في اعادة نفس الكلمة فقط بل قرائنها فقط لغو اذ لا يفيد المعنى المقصود فاما يلتزم بعدم الجبر ان حتى بالنسبة الى تلك الكلمة واما يلتزم بجبر انها باعادة السورة من اولها كي تصدق قراءة تلك السورة وهذا هو الحق اذ بمقتضى الاجارة تجب عليه قراءة تلك السورة والمفروض ان الاجير لم يقرأها ولا دليل على الاجتزاء ببعض السورة نعم لا يلزم الاعادة من أول القرآن فانه خلاف المتفاهم العرفي لكن الظاهر انه يكفي الاعادة من ذلك المحل الذي صار غلطاً الى آخر السورة والشاهد عليه انه لو قرأ سورة دفعات بأن قرأ منها مقداراً كما لو قرأ الثلث منها ثم قرأ الثلث الثاني ثم قرأ الثالث دفعات يصح وتفرغ الذمة فالمقام من قبيل ذلك فما أفاده في المتن بنحو الاحتياط هو الاظهر والله العالم .

(١) اذ المفروض انه أتى عنه غاية الأمر بتخيل انه عمرو وبعبارة اخرى :

يقصد النيابة عن الذي وقع الاجاره على النيابة عنه فلا وجه لعدم الصحة .

(٢) بأن يقصد عمرو أبما أنه هو لا بعنوان الخطأ في التطبيق وفي هذه الصورة

لا يستحق الاجرة بالنسبة الى الفعل المأتي به لعدم موجب للاستحقاق وبعبارة اخرى الاشتباه الصادر من الاجير لا يغير الواقع فلا موجب للاستحقاق وأما بالنسبة الى مورد الاجارة فالاستحقاق على حاله ولا وجه لعدمه فان الاستحقاق تحقق بالاجارة

(مسألة ٨٦) : الموارد التي يجوز فيها استيجار البالغ للنيابة في العبادات المستحبة يجوز فيها أيضاً استيجار الصبي " والله سبحانه العالم .

« كتاب المزارعة »

المزارعة هي الاتفاق بيسن مالك الارض والزارع على زرع الارض بحصة من حاصلها " ويعتبر في المزارعة امور : الاول

فهو باق بحاله غاية الأمر للمستأجر خيار الفسخ بمقتضى الشرط الضمني حيث ان الاجير لم يسلم مورد الاجارة فيكون للمستأجر خيار الفسخ كما ان له اخذ اجرة المثل .

(١) بتقريب : انه بعد ما فرض كون عباداته شرعية صحيحة لامجال للاشكال في النيابة فان الصبي لو زار نيابة عن حي او ميت تصح زيارته وكذلك لو حج اذ فرض كون عباداته شرعية فيجوز أن يستأجر من وليه للزيارة والحج وان شئت قلت : قد دل الدليل على استحباب الاستنابة في جملة من الامور المستحبة عن الأحياء والأموات او عن خصوص الأموات ومقتضى اطلاق ذلك الدليل عدم الفرق بين كون النائب بالغاً وكونه غير بالغ والله العالم وله الحمد وقد تم كتاب الاجارة في اليوم الثلاثاء الرابع والعشرين من شهر ربيع الأول من سنة : ١٤٠٨ في بلدة قم المشرفة على مشرفها آلاف التحية والثناء .

(٢) قال في المستمسك : المزارعة مصدر (فاعل) وهو للسمي نحو الفعل بخلاف فعل فانه لوقوع الفعل فاذا قلت : قتل زيد عمرواً فقد اخبرت عن وقوع القتل على عمرو من زيد فاذا قلت : قاتل زيد عمرواً فقد اخبرت عن سعي زيد لقتل

الايجاب من المالك والقبول من الزارع" بكل ما يدل على تسليم الارض المروعة وقبول الزارع لها من لفظ كقول المالك للزارع مثلاً سلمت اليك الارض اترعها فيقول الزارع قبات" أو فعل دال

عمرو . فاذا قلت زارع زيد عمرو كان المراد أنه سعى زيد لتحقيق الزرع ووقوعه من عمرو ففي المثالين يراد من فاعل السعى ويختلفان في كيفية وقوع الفعل ، ولا يقال: زارعت الحب بمعنى سعت الى زرع كما يقال قاتلت زيداً فهذا الاختلاف ناشيء من اختلاف الموارد . انتهى (* ١) .

وقال المحقق قدس سره في الشرايع : أما المزارعة فهي لغة معاملة على الأرض بحصة من حاصلها . وقال في الجواهر في جملة من كلامه في هذا المقام « وقد عرفت غير مرة ان المراد بنحو هذا التعريف في كلامهم التصوير والتعريف في الذهن في الجملة فلا يناسب الأطناب في بيان فقدته لوازم التعريف من الطرد والعكس وغيرهما كما هو واضح » (* ٢) انتهى موضع الحاجة من كلامه .

(١) اذا لا اشكال في كونها من العقود والعقد مركب من الإيجاب والقبول ويظهر من بعض الكلمات انه لا خلاف فيه بل الاجماع بقسميه عليه .

(٢) فان مقتضى عموم ادلة الصحة أو اطلاقها عدم اشتراط العقد بصيغة خاصة ولقاتل أن يقول ما المراد من الأدلة وما المراد من الاطلاق المذكور ؟ أما عموم وجوب الوفاء المستفاد من الآية الشريفة (* ٣) فلا يمكن جعله دليلاً للصحة وتعرض لتقريب المدعى في ذيل مسألة ١١ فانتظر وأما قوله تعالى الا أن تكون

(١) مستمسك المروة ج ١٣ ص ٢٢٦

(٢) الجواهر ج ٢٧ ص ٢٠

(٣) المائدة / ١

على تسليم الأرض للزارع وقبول الزارع لها من دون كلام^(١) ولا يعتبر فيها العربية والماضوية^(٢) كما لا يعتبر تقديم الإيجاب على القبول^(٣) ولا يعتبر أن يكون الإيجاب من المالك والقبول من الزارع بل يجوز العكس^(٤).

تجارة عن تراض (* ١) فايهاً يشكل الاستدلال به إذا التجارة بما لها من المفهوم لا يبعد أن تكون عبارة عن البيع كما يستفاد من بعض أهل اللغة فتبقى النصوص الواردة في جواز المزارعة وهل يمكن الالتزام بالعموم أو الإطلاق في هذه النصوص لكن الظاهر أن الحكم مورد الاتفاق والتسالم بين الأصحاب فلاحظ .

(١) فتكفي المعاطاة كما تكفي في البيع بملاك واحد وهو صدق العنوان المترتب عليه الحكم .

(٢) كما لا يعتبر هذه الأمور في صيغة البيع وذلك للإطلاق والعموم فتأمل .
(٣) لا يخفى أن القبول العقدي لا يتصور أن يتقدم على الإيجاب إلا على النحو التعليق وبعبارة أخرى قبول ما صدر عن الغير يتوقف على أن يكون متأخراً عنه فتقدمه يستلزم الخلف نعم لأمناح من تقديم القبول فيكون إيجاباً وما صدر عن الطرف المقابل بعده يكون قبولاً ويكون العقد صحيحاً لصدق العنوان عليه فيكون مشمولاً لأدلة الصحة وبعبارة واضحة لو قدم الإنشاء من طرف الزارع يكون إنشائه إيجاباً ويكون إنشاء المالك بعده قبولاً .

(٤) كما تقدم وبدل على المدعى حديث عبدالله ابن سنان أنه قال في الرجل يزارع فيزرع أرض غيره فيقول : ثلث للبقر وثلث للبذر وثلث للأرض قال : لا يسمى شيئاً من الحب والبقر ولكن يقول : أزرع فيها كذا وكذا إن شئت نصفاً

الثاني: أن يكون كل من المالك والزارع بالغاً وعاقلاً ومختاراً^(١)
وأن يكون المالك غير محجور عليه لسفه أو فلس وكذلك العامل
إذا استلزم تصرفاً مالياً^(٢).

الثالث: أن يكون نصيبهما من تمام حاصل الأرض فلو جعل
لاحدهما أول الحاصل وللآخر آخره بطلت المزارعة وكذا الحال
لو جعل الكل لاحدهما^(٣).

وان شئت ثلثاً (* ١) .

وحديث أبي الربيع الشامي عن أبي عبدالله عليه السلام أنه سئل عن الرجل
يزرع أرض رجل آخر فيشترط عليه ثلثاً للبذر وثلثاً للبقر فقال : لا ينبغي أن يسمى
بذراً ولا بقرأ ولكن يقول لصاحب الأرض أزرع في أرضك ولك منها كذا وكذا
نصف أو ثلث أو ما كان من شرط ولا يسمى بذراً ولا بقرأ فانما يحرم الكلام (* ٢)
(١) قد تعرضنا لاشتراط كل واحد من هذه الشروط وادلتها في كتاب البيع فان
هذه الأمور شروط عامة لمطلق التصرف ومعتبرة في كافة العقود فراجع ما ذكرناه
هناك .

(٢) فان الحجر مانع عن التصرف المالي فيكون عدمه شرطاً في التصرف
المالي .

(٣) ادعى الاجماع على كلا الأمرين ويمكن الاستدلال على المدعى بما رواه
الحلي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: لا تقبل الأرض بحنطة مسماة ولكن بالنصف
والثلث والرابع والخمس لا بأس به وقال : لا بأس بالمزارعة بالثلث والرابع

(١) الوسائل الباب ٨ من أبواب المزارعة الحديث ٥

(٢) نفس المصدر الحديث ١٠

الرابع أن تجعل حصة كل منهما على نحو الاشاعة كالنصف
والثلث ونحوهما فلو قال للزارع ازرع وأعطني ما شئت لم تصح
المزارعة وكذا لو عين للمالك أو الزارع مقدار معين كمشرة امان^(١).
الخامس - تعيين المدة بالاشهر أو السنين أو الفصل بمقدار
يمكن حصول الزرع فيه وعليه فلو جعل آخر المدة ادراك الحاصل
بعد تعيين اولها كفى في الصحة^(٢).

والخمس (* ١) .

(١) ادعى عليه الاجماع ويدل على المدعى من النصوص حديث الحلبي المتقدم
ذكره آنفاً.

(٢) ادعى عليه الاجماع فان تم فهو والافيشكل الجزم بالحكم اذ ما يمكن أن
يستدل به على المدعى وجهان أحدهما ما رواه أبو الربيع الشامي عن أبي عبد الله
عليه السلام قال : سألت عن أرض يريد رجل أن يتقبلها ، فأي وجوه القبالة احل ؟
قال : يتقبل الأرض من أربابها بشيء معلوم الى سنين مسماة فيعمرو يؤدي الخراج
فان كان فيها علوج فلا يدخل العلوج في قبالة فان ذلك لا يحل (* ٢) .

وهذه الرواية ضعيفة بابن جرير بل في أبي الربيع نقاش ايضاً مضافاً الى
المناقشة في الدلالة اذ يمكن أن يكون المراد من القبالة غير المزارعة : ثانيهما
دليل نفى الغرر وفيه اولاً ان الدليل اخص من المدعى اذ يمكن أن يتصور الجهل
بنحو لا يستلزم الغرر وثانياً لادليل على حرمة الغرر على نحو الاطلاق بل لا بد من
الاجماع والتسالم حتى في البيع فكيف بالمقام .

(١) الوسائل الباب ٨ من أبواب المزارعة الحديث ٣

(٢) الوسائل الباب ١٨ من أبواب المزارعة الحديث : ٥

السادس — أن تكون الأرض قابلة للزراعة ولو بالعلاج والاصلاح
وأما إذا لم تكن كذلك كما إذا كانت الأرض مبيخة لا يمكن الانتفاع
بها أو نحوها بطلت المزارعة^(١) .

السابع : تعيين الزرع إذا كان بينهما اختلاف نظر في ذلك والا
لم يلزم التعيين^(٢) .

الثامن — تعيين الأرض وحدودها ومقدارها فلو لم يعينها بطلت
وكذا إذا لم يعين مقدارها نعم لو عين كلياً موصوفاً على وجه لا غرر
فيه بأن يقول مقدار جريب من هذه القطعة من الأرض التي لا اختلاف
بين اجزائها صحت^(٣) .

التاسع : تعيين ما عليهما من المصارف كالبذر ونحوه بأن يجعل
على أحدهما أو كليهما^(٤) ويكفي في ذلك المتعارف الخارجي لا انصراف

(١) اجماعاً كما في كلام القوم مضافاً الى انه كيف يصح العقد مع امتناع
موضوعه فلاحظ .

(٢) اذ مع اختلاف النظر اما يكون مورد المعاملة المردد واما يكون مورد
ما في نظر الزارع أما على الاول فلا مجال للصحة اذ المردد لا واقع له واما
على الثاني فالظاهر ان الوجه في البطلان الغرر وفيه اشكال قد تقدم .

(٣) يظهر من المتن وغيره من المتن التسالم على كون الغرر مفسداً فلو تم
اجماعاً تعدياً والا فيشكل كما تقدم .

(٤) قد ورد في المقام حديث يعقوب بن شبيب عن أبي عبد الله عليه السلام
قال : وسأته عن المزارعة فقال : النفقة منك والأرض لصاحبها فما اخرج الله من

(مسألة ١) : يجوز للعامل أن يزرع الأرض بنفسه أو غيره أو بالشركة مع غيره هذا فيما إذا لم يشترط المالك عليه المباشرة والالتزم أن يزرع بنفسه^(٢).

(مسألة ٢) : لو أذن شخص لآخر في زرع أرضه على أن يكون الحاصل بينهما بالنصف أو الثلث أو نحوهما فهل هو من المزارعة المصطلحة أولا وجهان الظاهر أنه من المزارعة ويترتب عليه أحكامها^(٣)

شيء قسم على الشطر وكذلك أعطى رسول الله صلى الله عليه وآله خير حين أتوه فاعطاهم إياها على أن يعمروها ولهم النصف مما أخرجه (* ١).

يستفاد منه أن النفقة على الزارع والأرض للمالك ولكن حكى عن جامع المقاصد الأطباق على صحة المزارعة مع كون البذر على المالك فإن تم فهو والا يشكل التخلف عن مفاد الحديث الآن يقال : أن المقصود من ذيل الحديث أن النفقة على الزارع في ما لا يشترط خلافه وبعبارة أخرى : يمكن أن يقال : أن المستفاد من صدر الحديث صحة الشرط والمستفاد من ذيله حكم المزارعة بدون الشرط المذكور والله العالم .

(١) لأن الإطلاق ينصرف اليه .

(٢) ما أفاده على القاعدة ولا يحتاج إلى البحث فلاحظ .

(٣) الأذن من الأبقاعات فكيف يترتب عليه أحكام المزارعة التي هي من العقود كما مر نعم لو رجع أذنه إلى إنشاء المزارعة وقيام الزارع يكون قبولا لذلك الإيجاب يكون الأذن المذكور من مصاديق المزارعة .

وكذلك الحال لو اذن لكل من يتصدى للزراع وان لم يعين شخصا معيناً بأن يقول لكل من زرع ارضي هذه نصف حاصلها أو ثلثها^(١) .
(مسألة ٣) : يجوز اشتراط مقدار معين من الحاصل لاحدهما وتقسيم الباقي بينهما بنسبة معينة^(٢) اذا علما ببقاء شيء من الحاصل بعد استثناء ذلك المقدار^(٣) كما يجوز استثناء مقدار البذر لمن كان

(١) الفرق بين الصورة الاولى والثانية ان الطرف في الصورة الاولى الشخص المعين وفي الثاني العنوان الكلي وأما الصورة الثالثة فهي داخلة في الجمال فوعليه لا تكون من مصاديق المزارعة .

(٢) لا اشكال في أن دليل جواز الشرط ليس مشرعاً بل لا بد في جواز الاشتراط والالتزام بنفوذه احراز مشروعية مورد الشرط في الرتبة السابقة هذان ناحية ومن ناحية اخرى المستفاد من نصوص باب المزارعة انه لا بد من كون النماء مشتركاً بين المالك والزارع وصفوة القول ان المستفاد من النصوص ان وضع المزارعة على الاشتراك في النماء بين المالك والزارع فالالتزام بجواز تخصيص احدهما بمقدار من الحاصل يحتاج الى الدليل ودليل الشرط لا يعزز ولا يبين موضوع نفسه فيشكل القول بالجواز .

وأما الاستدلال على المدعى بحديث سهل بن اليسع قال سألت ابا الحسن موسى عليه السلام عن الرجل يزرع له الحراث بالزعفران ويضمن له على أن يعطيه في كل جريب أرض يمسح عليه وزن كذا وكذا درهما فربما نقص وغرم وربما استفضل وزاد ، قال لا بأس به اذا تراضيا (* ١) ففيه ان الحديث ضعيف بمحمد سهل فعلى تقدير تمامية دلالة على المدعى لا يكون قابلاً للاستدلال به فلاحظ .
(٣) الظاهر انه لا مدخلية للعلم وانما المناط هو الواقع .

منه أو استثناء مقدار خراج السلطان أو ما يصرف في تعمير الأرض^(١)
(مسألة ٤) : إذا عين المالك نوعاً خاصاً من الزرع من حنطة
أو شعير أو نحو ذلك في ضمن عقد المزارعة تعين ذلك على الزارع
فلا يجوز له التعدي عنه^(٢) ولكن لو تعدى إلى غيره وزرع نوعاً آخر
منه فللمالك الخيار بين الفسخ والامضاء^(٣) فإن فسخ فيرجع على
العامل باجرة مثل المنفعة الفائتة للأرض^(٤) وأما الحاصل فهو للعامل

(١) لاحظ ما رواه يعقوب ابن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألت عن
الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها
ويصلحها ويؤدي خراجها وما كان من فضل فهو بينهما قال : لا بأس (* ١) فإن
جواز الأمور المذكورة في المتن يستفاد من الحديث وظاهره اشتراط الأمور
الثلاثة جميعها ويدل على بعض المقصود ما رواه الكرخي (* ٢) نعم ان المستفاد
من ذيل حديث يعقوب بن شعيب ان النفقة على الزارع الا أن يقال ان الاجماع
قائم على الجواز .

(٢) اذ يجب العمل بالشرط بمقتضى دليل وجوب الوفاء به ولا يجوز للزارع
التعدي عنه وهذا ظاهر .

(٣) فان التخلف عن الشرط يستلزم الخيار بمقتضى الشرط الارتكازي الضمني
الثابت بالسيرة العقلية .

(٤) اذ بالفسخ يبطل عقد المزارعة هذا من ناحية ومن ناحية اخرى ان الزارع
استوفى منفعة الأرض والاستيفاء يقتضي الضمان فيكون الزارع ضامناً لأجرة المثل

(١) الوسائل الباب ١٠ من أبواب المزارعة الحديث : ٢

(٢) نفس المصدر الحديث : ١

ان كان البذر له^(١) وان كان للمالك فله المطالبة ببذله ايضاً^(٢) وعلى تقدير البذل كان الحاصل للعامل ايضاً^(٣) وليست له مطالبة المالك باجرة العمل مطلقاً هذا اذا علم المالك بذلك بعد بلوغ الحاصل^(٤) وأما اذا علم به قبل بلوغه فله المطالبة ببذل المنفعة الفائتة^(٥) والزام العامل بقطع الزرع أو ابقائه بالاجرة أو مجاناً ان كان البذر له^(٦) وأما اذا كان للمالك فله المطالبة ببذل المنفعة الفائتة وبذل البذر ايضاً^(٧) ومع بذله يكون الزرع للعامل^(٨) هذا اذا كان على نحو الاشتراط وأما اذا كان التعيين على نحو التقييد بطلت المزارعة^(٩)

للمالك .

- (١) فان الزرع للزارع وان كان غاصباً .
- (٢) اذ المفروض ان اليد يد ضمان فيكون ضامناً .
- (٣) اذ في صورة البذل يكون الزرع للزارع فان المبدول في حكم المملوك .
- (٤) لعدم مقتضى المطالبة .
- (٥) لما تقدم فان الاستيفاء يقتضي الضمان .
- (٦) لتسلط الناس على اموالهم ولا يكون للزارع حق الأبقاء مع عدم الرضا فللمالك الزامه بالقطع أو ابقائه على احد النحويين المذكورين في المتن .
- (٧) لما تقدم .
- (٨) كما تقدم .
- (٩) اذ ما وقع في الخارج غير ما وقع عليه العقد فتبطل المزارعة الواقعة بينهما ويختلج بالبال أن يقال انه لاوجه للبطلان بل مقتضى القاعدة ضمان الزارع للمالك فيضمن له اجرة المثل فلاحظ .

وحكمه ما تقدم^١ .

(مسألة ٥) : اذا ظهر بطلان المزارعة بعد الزرع فان كان البذر للمالك كان الزرع له^٢ وعليه للزارع ما صرفه من الاموال وكذا اجرة عمله واجرة الآلات التي استعملها في الارض^٣ وان كان البذر للزارع فالزرع له^٤ وعليه للمالك اجرة الارض وما صرفه المالك واجرة اعيانه التي استعملت في ذلك الزرع^٥ ثم ان رضى المالك والزارع ببقاء الزرع في الارض بالاجرة او مجاناً فهو^٦ وان لم يرض المالك بذلك جاز له اجبار الزارع على ازالة الزرع وان لم يدرك الحاصل وتضرر بذلك^٧ وليس للزارع اجبار المالك على

(١) بالتقريب المتقدمة فلاحظ .

(٢) فان الزرع لصاحب البذر .

(٣) اذ المالك استوفى هذه المنافع من الزارع فيكون ضامناً له بالمثل وبعبارة اخرى ليس العمل مبنياً على المجانية بل بناء العمل على الضمان والعوض والمفروض تحقق الاستيفاء .

(٤) الكلام هو الكلام .

(٥) لعين ما تقدم من التقريب فان الزارع استوفى المنفعة من ملك المالك فيكون ضامناً .

(٦) فان الأمر بينهما فيتم الأمر باتفاقهما على طرف كما في المتن .

(٧) لأن الانسان مسلط على ماله فيجوز له الاجبار وتضرر الزارع لا يمنع من جواز الاجبار أما على مسلك شيخ الشريعة في مفاد القاعدة فظاهر اذ على ذلك

بقاء الزرع في الارض ولو باجرة^(١) كما انه ليس للمالك اجبار الزرع على ابقاء الزرع في الارض ولو مجاناً^(٢) وكذلك الحال فيما اذا انقضت مدة المزارعة الصحيحة ولم يدرك الحاصل^(٣).

(مسألة ٦) : يصح أن يشترط احدهما على الآخر شيئاً على ذمته من ذهب او فضة أو نحوهما مضافاً الى حصته^(٤).

المسلك يكون مفادها النهي لا النفي وأما على المسلك المشهور فيمكن أن يقال ان ضرر الزارع يعارضه ضرر المالك فان منعه عن التصرف في ملكه وجعله مكثوف اليد ضرر عليه .

وأما ما ذهب اليه الماتن من أن مفاد القاعدة امتناني ومنع المالك خلاف الأمتان بالنسبة اليه فقد أوردنا عليه في بعض المباحث بأن مفاد القاعدة امتناني بالنسبة الى من تنطبق عليه القاعدة والمفروض أن المتضرر في المقام هو المالك وبعبارة اخرى لا يشترط في تطبيق القاعدة على موارد كونها امتنائياً بالنسبة الى الجميع والتفصيل موكول الى مجال آخر .

(١) اذا لامقتضي لاجبار الغير وسلب اختياره .

(٢) الكلام فيه هو الكلام بلا فرق وحكم الأمثال واحد .

(٣) قد ظهر الوجه فيه مما تقدم فان الملاك واحد وحكم الأمثال فارد فلاحظ .

(٤) عن الجواهر انه المشهور بل عليه عامة من تأخر واستدل على المدعى في المستمسك بعموم دليل الشرط وفيه ان دليل الشرط غير مشرع فلا بد من احراز صحة امر مع قطع النظر عن الشرط كي يلزم بالشرط وجواز الضمان بالنحو المذكور اول الكلام والاشكال .

(مسألة ٧) : المزارعة عقد لازم لا يفسخ^(١) الا بالتقابل^(٢) أو الفسخ

بختيار الشرط^(٣) أو بختيار تخلف بعض الشروط المشترطة فيه^(٤)

وعن الشرايع حكاية القول بالبطلان وربما يستدل عليه بما رواه سهل (*١) وهذه الرواية ضعيفة سنداً بمحمد بن سهل فلا تصل النوبة الى ملاحظة دلالتها وفي المقام رواية اخرى وهي رواية عبدالله بن بكير عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سأله عن الرجل يزرع له الزعفران فيضمن له الحراث على أن يدفع اليه من كل اربعين منا زعفران رطب مناً ويصالحه على اليابس، واليابس اذا جفف ينقص ثلثة ارباع ويبقى ربه وقد جرب قال : لا يصلح . قلت : وان كان عليه امين يحفظه لم يستطع حفظه لأنه يعالج بالليل ولا يطاق حفظه قال : يقبله الأرض اولا على أن له في كل اربعين منا مناً (*٢) والكلام فيها هو الكلام فان الرواية ضعيفة سنداً فان تم اجماعاً والا يشكل الجزم بالجواز .

(١) ادعى عليه الاجماع بقسميه وتقتضيها القاعدة الأولية فانها من العقود وكل عقد لازم بمقتضى عموم وجوب الوفاء به .

(٢) للتسالم بينهم على جواز التقابل وجوبه في عامة العقود .

(٣) استدل عليه في المستمسك بدليل الشرط وفيه ان دليل الشرط غير مشروع كما تقدم فلا بد من وجود دليل على صحته مع قطع النظر عن دليل الشرط لكن الظاهر ان جواز جعل الخيار في العقود مورد التسالم بين القوم فيجوز .

(٤) اذ الخيار مجعول ومشروط ولو بالارتكاز عند تخلف الشرط والافمجرد تخلف الشرط لا يقتضي الخيار وتفصيل الكلام موكول الى محل آخر .

(١) لاحظ ص ٤٦٦

(٢) الوسائل الباب ١٤ من ابواب المزارعة الحديث : ٢

ولا ينقسخ بموت أحدهما فيقوم الوارث مقامه^(١) نعم ينقسخ بموت
الزارع إذا قيد المزارعة بمباشرة للعمل^(٢).

(مسألة ٨) : إذا ترك الزارع الأرض بعد عقد المزارعة فلم
يزرع حتى انقضت المدة فإن كانت الأرض في تصرفه وكان تركه
بلاعذر ضمن اجرة المثل للمالك^(٣) ولا فرق في ضمانه في هذه الصورة
بين أن يكون المالك عالماً بالحال وأن يكون غير عالم^(٤) وإن لم
تكن الأرض تحت يده بل كانت تحت يد المالك فحينئذ إن كان
المالك مطلعاً بذلك فالظاهر عدم ضمانه^(٥) وإن لم يكن مطلعاً فالظاهر

(١) إذا لوجه للانقاسخ بالموت غابة الأمر يجب على ولي أمره القيام بمأثبات
في ذمته وإن شئت قلت أنه من ديونه فيجب أدائه .

(٢) كما هو ظاهر فإنه في هذه الصورة لا يمكن القيام بها والنتيجة هو البطلان
الأن يقال أنه لا وجه للبطلان على الإطلاق بل لابد من التفصيل بأن نقول : إن كان
قابلاً وكان الزارع قادراً على القيام ولم يتم حتى مات لا تبطل المزارعة ولا تبطل .
(٣) لأن بناء المعاملة على الضمان والمفروض استيلاء الزارع على مال الغير
وبعبارة أخرى : مقتضى السيرة العقلية أن الأقدام على الضمان مع الاستيلاء
يقتضي الضمان ويترتب عليه الضمان في مفروض الكلام .

(٤) إذا لوجه للفرق فإن مدرك الضمان الذي ذكرنا موجود في كلا التقديرين .
(٥) إذا لوجه للضمان فإن مجرد الأقدام لا يقتضي الضمان بل الأقدام المنظم
والمفروض عدم الاستيلاء . ويمكن أن يقال : إن الزارع بالمزارعة يجعل نفسه
مديوناً للمالك بالعمل والمفروض أنه فوته ولم يأت به فيكون ضامناً لاجرة
المثل .

ضمائه^(١) .

(مسألة ٩) : يجوز لكل من المالك والزارع أن يخرص الزرع بعد ادراكه بمقدار معين منه بشرط رضا الآخر به وعليه فيكون الزرع للآخر وله المقدار المعين^(٢) .

الا أن يقال كما في المستمسك : ان الاعمال الذمية لا تكون مضمونة والأجير على عمل اذا لم يأت به تبطل الاجارة ولا يستحق الاجرة لانه يستحق الاجرة ويكون ضامناً للعمل المستأجر ولكن هل يكون المدعى صحيحاً ؟
(١) لصلى التفويث فان الزارع بتركه الزرع قد قوت منفعة الأرض على المالك فيكون ضامناً فان تفويث المنفعة كاتلاف مال الغير يوجب الضمان بلا اشكال .

(٢) لا يبعد أن يكون الحكم مورد اتفاقهم واستدل على المدعى بحملة من النصوص منها : ما رواه سهل (* ١) وهذه الرواية ضعيفة سنداً بمحمد بن سهل . ومنها : ما رواه محمد بن عيسى ، عن بعض اصحابنا قال : قلت لابي الحسن عليه السلام : ان لنا اكرة فنزارعهم « فيجيئون خ ل » فيقولون : قد حزرنا هذا الزرع بكذا وكذا فاعطونا ونحن نضمن لكم أن نعطيكم حصته « حصتكم خ » على هذا الحزر قال : وقد بلغ ؟ قلت : نعم قال : لا بأس بها قلت : فانه يجبيء بعد ذلك فيقول لنا : ان الحزر لم يجبيء كما حزرت قد نقص ، قال : فاذا زاد يرد عليكم ؟ قلت : لا ، قال : فلكم أن تأخذوه بتمام الحزر كما انه اذا زاد كان له ، كذلك اذا نقص (* ٢) والمرسل لا اعتبار به .

(١) لاحظ ص : ٤٦٦

(٢) الوسائل الباب ١٤ من ابواب المزارعة الحديث : ٤

ويمكن الاستدلال على المدعى بجملة من الروايات : منها : ما رواه يعقوب بن شعيب (في حديث) قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجلين يكون بينهما النخل فيقول احدهما لصاحبه: اختر اما ان تأخذ هذا النخل بكذا وكذا كيل (كيلا - به) مسمى : وتعطيني نصف هذا الكيل اما زاداو نقص ، واما أن آخذه انا بذلك ؟ قال : نعم لا بأس به (* ١) .

ومنها : ما رواه الحلبي قال أخبرني أبو عبد الله عليه السلام ان اياه حدثه ان رسول الله صلى الله عليه وآله اعطى خيبر بالنصف ارضها ونخلها : فلما ادركت الثمرة بعث عبد الله بن رواحة فقوم عليه قيمة ، وقال لهم : اما أن تأخذوه وتعطوني نصف الثمر «الثلث خ ل» واما اعطيكم نصف الثمر ، فقالوا بهذا قامت السماوات والأرض (* ٢) .

ومنها : ما رواه أبو الصباح قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : ان النبي صلى الله عليه وآله لما افتتح خيبر تركها في ايديهم على النصف ؟ فلما ادركت الثمرة بعث عبد الله بن رواحة اليهم فخرص عليهم ، فجاءوا الى النبي صلى الله عليه وآله فقالوا : انه قد زاد علينا : فارسل الى عبد الله فقال : ما يقول هؤلاء ؟ قال : خرصت عليهم بشيء فان شائوا يأخذون بما خرصت ، وان شائوا أخذنا ، فقال رجل من اليهود : بهذا قامت السماوات والأرض (* ٣) .

ومنها : ما رواه يعقوب بن شعيب قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المزارعة ، فقال : النفقة منك والأرض لصاحبها ، فما اخرج الله من شيء قسم على

(١) الوسائل الباب ١٠ من ابواب بيع الثمار الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٢

(٣) نفس المصدر الحديث : ٣

ولو تلف الزرع أو بعضه كان عليهما معاً^(١).

(مسألة ١٠) : اذا غرقت الارض قبل القبض أو بعده قبل ظهور الزرع أو قبل ادراكه بطلت المزارعة^(٢). واذا غرق بعضها تخير المالك والعامل في الباقي بين الفسخ والامضاء^(٣).

(مسألة ١١) : الاقوى عدم جواز عقد المزارعة بين ازيد من اثنين بأن تكون الارض من واحد والبذر من آخر والعمل من ثالث والعوامل من رابع وكذا الحال اذا وقع العقد بين جماعة على النحو المذكور^(٤).

الشرط ، وكذلك قبل رسول الله صلى الله عليه وآله خير اتوه فاعطاهم ايأما على أن يعمروها على أن لهم نصف ما اخرجت ، فلما بلغ الثمر امر عبدالله بن رواحة فخرص عليهم النخل ، فلما فرغ منه خيرهم ، فقال : قد خرصنا هذا النخل بكذا صاعاً ، فان شتمم فخذوه وردوا علينا نصف ذلك ، وان شتمم اخذناه واعطيناكم نصف ذلك ، فقالت اليهود : بهذا قامت السماوات والارض (*) (١).

(١) كما هو ظاهر فانه مقتضى الاشتراك على نحو الاشاعة.

(٢) كما هو ظاهر فانه لاموضوع لها.

(٣) لخيار التبعض.

(٤) اختار السيد اليزدي (قدس سره) في عروقه الجواز والمسئلة ذات قولين واستدل على الجواز بعموم وجوب الوفاء بالعقود والاستدلال به على المدعى يتوقف على كون الآية الشريفة ناظرة الى الصحة والحال انها ناظرة الى اللزوم بتقريب ان الوفاء عبارة عن الاتمام والوفاء بالعقداتما هو وعدم الفسخ ومن الظاهر ان الفسخ ليس

حراماً تكليفاً فيكون المستفاد من الآية الارشاد الى اللزوم وعدم تأثير الفسخ وحيث انها تدل على اللزوم يجب أن تكون الصحة مفروضة في الرتبة السابقة .

وبعبارة واضحة دليل وجوب الوفاء اما يشمل جميع العقود الفاسدة بالافرق بين الصحيح والفاسد واما ناظر الى خصوص العقود الفاسدة واما يكون ناظراً الى خصوص العقود الصحيحة ، أما القسم الأول والثاني فلا سبيل اليهما كما هو ظاهر ويبقى القسم الثالث فالنتيجة ان الصحة لاستفاد من دليل اللزوم .

ان قلت : ما المانع من الالتزام باستفادة كلا الأمرين من الدليل بتقريب ان اللزوم يستلزم الصحة فالدليل عليه دليل عليها ، وان شئت قلت الدليل على اللزوم دليل على الملزوم فيما لا يكون اللازم اهم .

قلت : اذا كانت القضية خارجية يتم هذا البيان فان المولى لو حكم باللزوم على عقد خارجي يستفاد انه صحيح بالدلالة الالتزامية وأما اذا كان الحكم على نحو القضية الحقيقية كما هو كذلك في الأحكام الشرعية فلا مجال لهذا التفريب اذ فرض وجود الموضوع شرط في القضية الحقيقية فلا بد من فرض العقد الصحيح في الرتبة السابقة كي يحكم عليه باللزوم، فالنتيجة ان دليل وجوب الوفاء لا يمكن كونه مدركاً للصحة في مورد الشك .

وربما يستدل على الجواز بالنصوص الدالة على مزارعة النبي صلى الله عليه وآله اهل خيبر منها ما رواه يعقوب بن شعيب (*) (١) .

ومنها : ما رواه أبو الصباح قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : ان النبي صلى الله عليه وآله لما افتتح خيبر تركها في ايديهم على النصف الحديث (*) (٢)

(١) لاحظ ص : ٤٦٤

(٢) الوسائل الباب ٨ من ابواب المزارعة الحديث : ١

(مسألة ١٢) : لا فرق في صحة عقد المزارعة بين أن يكون البذر من المالك أو العامل أو منهما معاً^(١) ولكن كل ذلك يحتاج إلى

ومنها : ما رواه الحلبي ، قال : أخبرني أبو عبد الله عليه السلام أن إياه عليه السلام حدثه أن رسول الله صلى الله عليه وآله أعطى خيبر بالنصف أرضها وتخلها الحديث (* ١) .

وحنها : ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في حديث) أنه مثل عن مزارعة أهل الخراج بالربيع والنصف والثلث ، قال : نعم لا بأس به قد قبل رسول الله صلى الله عليه وآله خيبر أعطاها اليهود حين فتحت عليه بالخير والخير هو النصف (* ٢) .

فإن المستفاد من هذه النصوص أن المزارعة وقعت بين أكثر من شخصين وفيه : أنه لا إشكال في جواز كون العامل أكثر من واحد ، إنما الكلام في دخول غير صاحب الأرض والعامل فيها بحيث تقوم بهما وبثالث أو بهما وبأثنين آخرين أو أكثر ولا يستفاد هذا المعنى من نصوص خير مضافاً إلى أنه لم يثبت أن كل أرض بعينها كان لها أكثر من زارع ومن الجائز أن تكون كل أرض لها زارع واحد فكانت مزارعات كثيرة ، فالحق ما أفاده في المتن من عدم الجواز إذ لا دليل عليه ومع عدم الدليل تصل التوبة إلى الأصل ومقتضاه الفساد فلاحظ .

(١) عن جامع المقاصد (* ٣) الإطباق على صحة المزارعة مع كون البذر على المالك ويستفاد من حديث ابن شبيب (* ٤) أن النفقة على الزارع والأرض للمالك فإن تم الإجماع التعبدى على الجواز فهو والا يشكل الجزم به مع هذه

١ (٢٠) الوسائل الباب ٨ من أبواب المزارعة الحديث : ٢ و ٨

(٣) مستمسك العروة ج - ١٣ ص : ٢٩٢

(٤) لاحظ ص : ٤٦٤ و ٤٦٥

تعيين وجعل في ضمن العقد^(١) الا أن يكون هناك متعارف ينصرف اليه الاطلاق^(٢) وكذا لا فرق بين أن تكون الارض مختصة بالمزارع أو مشتركة بينه وبين العامل كما أنه لا يلزم أن يكون تمام العمل على العامل فيجوز أن يكون عليهما وكذا الحال في سائر التصرفات والالات والضابط ان كل ذلك تابع للجعل في ضمن العقد^(٣).

(مسألة ١٣) : اذا وجد مانع في الاثناء قبل ظهور الزرع أو قبل بلوغه وادراكه كما اذا انقطع الماء عنه ولم يمكن تحصيله أو استولى

الرواية ، مضافاً الى أن مقتضى الأصل الاقتصار على المقدار المعلوم ولا عموم في المقام يؤخذ به عند الشك كما تقدم ولكن قد تقدم أيضاً بأنه يمكن أن يقال : ان صدر الحديث ناظر الى صورة الاشتراط وذيله الى صورة الاطلاق فيلزم التفصيل وراجع ما ذكرناه هناك (* ١).

ويستفاد جواز كون البذر من واحد والأرض والعمل من آخر من حديث سماعة قال: سألت عن مزارعة المسلم المشترك فيكون من عند المسلم البذر والبقر وتكون الأرض والماء والخراج والعمل على العليج ، قال : لا بأس به الحديث (* ٢) لكن الرواية واردة في مورد خاص .

- (١) فان الاهمال غير معقول في الواقع فلا بد من التعيين .
- (٢) فان الظهور متبع مادام لم يقم على خلافه دليل .
- (٣) الكلام فيه هو الكلام فان رفع اليد عن حديث ابن شبيب يتوقف على تحقق اجماع تعبدى كشف عن الجواز الشرعي في جميع هذه الموارد الا أن

عليه ولم يمكن قطعه أو وجد مانع لم يمكن رفعه فالظاهر بطلان المزارعة من الاول لكشفه عن عدم قابلية الارض للزراعة^(١) وعليه فيكون الزرع الموجود لصاحب البذر^(٢) فان كان البذر للمالك فعليه اجرة مثل عمل العامل وان كان للعامل فعليه اجرة مثل ارضه^(٣).

(مسألة ١٤) : اذا كانت الارض التي وقعت المزارعة عليها مغصوبة وكان البذر من العامل بطلت المزارعة بالاضافة الى المزارع^(٤) فان اجاز المالك عقد المزارعة وقع له^(٥) والا كان الزرع للزارع^(٦) وعليه اجرة المثل للارض للمالك^(٧) ويرجع فيما خسره الى المزارع

يقال : ان الحق التفصيل كما تقدم .

(١) فانه مع عدم قابلية الأرض للزراعة تكون المزارعة باطلة فكانت الصحة ظاهرية.

(٢) فان الزرع لصاحب البذر .

(٣) اذ أقدم المالك على الضمان والمفروض انه استوفى المنفعة فيكون ضامناً للعامل وهذا التقريب يجري في فرض كون البذر للعامل فيكون ضامناً للمالك فلاحظ .

(٤) كما هو ظاهر فان التصرف في مال الغير باطل ويكون فضولياً .

(٥) بمقتضى صحة الفضولي مع الاجازة كما هو المقرر عندهم على كلام لنا في صحة الفضولي بالاجازة وان كان الأقوى الصحة .

(٦) فان الزرع للزارع وان كان خاصياً .

(٧) لانه استوفى المنفعة من ملك الغير وهو يقتضي الضمان .

ان كان مغروراً من قبله والا فلا رجوع اليه^(١) واذا انكشف الحال قبل بلوغ الزرع وادراكه كان المالك مخيراً امضاً بين الاجازة والرد^(٢) فان رد فله الامر بالا زالة أو الرضى بهقائه ولو باجرة^(٣) وعلى الزارع اجرة المثل بالنسبة الى ما مضى ويرجع الى المؤارع بالخسارة مع الغرور كما تقدم^(٤) .

(مسألة ١٥) : تجب على كل من المالك والزارع الزكاة اذا بلغ حصة كل منهما حد النصاب وتجب على احدهما اذا بلغت حصته كذلك هذا اذا كان الزرع مشتركاً بينهما من الاول او من حين ظهور الثمر قبل صدق الاسم^(٥) وأما اذا اشترطا الاشتراك بعد صدق الاسم أو من حين الحصاد والتصفية فالزكاة على صاحب البذر سواء أكان هو المالك أو العامل^(٦) .

(مسألة ١٦) : الباقي في الارض من اصول الزرع بعد الحصاد

- ١) لقاعدة الغرور فمع الخسارة يرجع وأما مع عدمه فلا مقتضى للرجوع .
- ٢) فله الاجازة بمقتضى صحة الفضولي بالاجازة كما انه له الرد .
- ٣) اذ المالك مسلط على مملوكه فله الأمر بالازالة كما أن له الرضا بالبقاء مع الاجرة أو مجاناً .
- ٤) بالتقريب المتقدم .
- ٥) لتحقق موضوع وجوب الزكاة بالنسبة الى كليهما .
- ٦) والوجه فيه عدم تحقق الموضوع الا بالنسبة الى صاحب البذر فلا وجه لتعلق الوجوب بالنسبة الى الآخر .

وانقضاء المدة اذا نبتت في السنة الجديدة وادرك فحاصله لمالك الارض ان لم يشترط في عقد المزارعة اشتراكهما في الاصول^(١) .
 (مسألة ١٧) : اذا اختلف المالك والزارع في المدة فادعى احدهما الزيادة والآخر القلة فالقول قول منكر الزيادة^(٢) ولو اختلفا في الحصص قلة وكثرة فالقول قول صاحب البذر المدعي للقلة^(٣) وأما اذا اختلفا في اشتراط كون البذر أو العمل أو العوامل على ايهما فالمرجع التحالف ومع حلفهما أو نكولهما تنفسخ المعاملة^(٤) .

(مسألة ١٨) : الزارع اذا قصر في تربية الارض فقل الحاصل لا يبعد ضمانه التفاوت فيما اذا كان البذر للمالك^(٥) وأما اذا كان للعامل وكان التقصير قبل ظهور الزرع فلا ضمان^(٦) ولكن للمالك حينئذ

(١) لم يظهر لي وجه ما أفاده فإنا الحاصل تابع للأصل فلا بد من ملاحظة ان الأصل ملك للمالك الأرض أو ملك للزارع أو مشترك بينهما فعلى الأول يكون للمالك الأرض وعلى الثاني للزارع وعلى الثالث يكون مشتركاً بينهما والله العالم .

(٢) على ما هو الميزان من أن القول قول المنكر وعلى المدعي اقامة البينة .
 (٣) بعين التقريب المتقدم .

(٤) كما هو الميزان في باب القضاء .

(٥) بتقريب ان الزارع مدين للمالك بالعمل والمفروض انه فوته فيكون ضامناً لاجرة المثل .

(٦) الذي يختلج بالبال ان لا يفرق بين المقامين فان العمل في الذمة اذا كان

الفسخ والمطالبة باجرة المثل للارض^١ .

(مسألة ١٩) : لو ادعى المالك على الزارع عدم العمل بمسا
اشترط عليه في ضمن عقد المزارعة من بعض الاعمال أو ادعى تقصيره
فيه على وجه يضر بالزراعة أو تقصيره في الحفظ أو نحو ذلك وانكره
الزارع فالقول قوله^٢ وكذلك الحال في كل مورد ادعى احدهما شيئاً
وانكره الاخر ما لم يثبت ما ادعاه شرعاً^٣ .

(مسألة ٢٠) : اذا اوقع المتولي للوقف عقد المزارعة على
الارض الموقوفة على البطون الى مدة حسب ما يراه صالحاً لهم لزم

مضموناً فالضمان في كلا الموردين وان لم يكن مضموناً فلا ضمان في كلا المقامين .

(١) من باب تخلف الشرط فان الوفاء منوط بالوفاء من الطرف الاخر ومع

تخلفه يثبت الخيار . *مركز تحقيقات كميونير علوم اسلامی*

(٢) بتقريب ان قول الامين حجة فيما يدعى وبخبر ولولا كان القول قول الطرف
اذا ااصل موافق معه فيكون منكراً والقول قول المنكر لكن بمقتضى السيرة الجارية
على قبول قول الامين في مورد ما او ثمن عليه والموظف لاداء عمل في اداء
وظيفة يؤخذ بقوله .

وعن الجواهر : عد قبول اخبار الوكيل في التطهير من الضروريات وصفوة
القول ان المستفاد من السيرة الجارية بين العقلاء والمتشعبة قبول قول من يكون
موظفاً بعمل اذا اخبر بتحقيق ذلك العمل والمقام من صغريات تلك الكبرى الكلية
فلاحظ .

(٣) اذا القول قول المنكر وقول المنكر يوافق الاصل ، لكن قد عرفت ان
الاخذ بقول الزارع ربما يكون من باب كونه اميناً وليس عليه الا اليمين .

ولا يبطل بالموت^(١) واما اذا اوقعه البطن المتقدم من الموقوف عليهم
ثم مات في الاثناء قبل انقضاء المدة بطل العقد من ذلك الحين^(٢)
الا اذا اجاز البطن اللاحق^(٣).

(مسألة ٢١): يجوز لكل من المالك والعامل بعد ظهور الحاصل
أن يصالح الآخر عن حصته بمقدار معين من جنسه أو غير جنسه^(٤) بعد
التخمين بحسب المتعارف في الخارج^(٥) كما يجوز ذلك قبل ظهور
الحاصل مع الضميمة^(٦).

(١) لأن المتولي له التصرف فما صدر عنه صادر عن اهله واقع في محله فيكون
لازماً ولا يبطل لعدم وجه للبطلان فان المتولي من بيده الأمر فتصرفه ينفذ ولا يبطل
بموته .

(٢) لأن تصرفه بالنسبة الى ما بعد موته في غير محله فيكون باطلا .

(٣) بناء على صحة الفضولي بالاجازة على ما هو المقرر عند القوم .

(٤) لجواز الصلح بحسب ادلته .

(٥) يمكن أن يقال كما في كلام بعض الاصحاب انه لا يشترط فيه التخمين بل
يجوز بدونه أيضاً .

(٦) تارة يعلم بوجوده في المستقبل واخرى يعلم بعدمه وثالثة يكون شاكاً ،
أما مع العلم بوجوده في المستقبل فلا مانع من المصالحة عنه ولو مع عدم
الضميمة ، وأما مع العلم بعدمه فلا مجال للمصالحة لانقضاء الموضوع وأما في
صورة الشك فالظاهر جواز المصالحة مع الضميمة وأما مع عدمها فيشكل الحكم
بالصحة لعدم احراز موضوعها الا على النحو التعليق ان لم نقل ببطلانه .

(مسألة ٢٢) : لا يعتبر في عقد الزراعة على الأرض أن تكون قابلة للزرع من حين العقد وفي السنة الأولى بل يصح العقد على أرض باثرة وخربة ليست قابلة للزرع إلا بعد إصلاحها وتعميرها سنة أو ازيد وعليه فيجوز للمتولي أن يزارع الأراضي الموقوفة وفقاً عاماً أو خاصاً التي أصبحت باثرة إلى عشر سنين أو أقل أو ازيد حسب ما يراه صالحاً^(١) .

كتاب المساقاة

المساقاة هي اتفاق شخص مع آخر على سقى أشجار مثمرة وإصلاح شتونها إلى مدة معينة بحصة من ثمارها^(٢) وبشرط فيها أمور:
الأول - الإيجاب والقبول^(٣) ويكفي فيه كل ما يدل على المعنى المذكور من إفظ أو فعل أو نحوه^(٤) ولا يعتبر فيها العربية ولا

(١) لعدم دليل على التقييد ، ويكفي لاثبات الصحة إطلاق دليل المزارعة ، فلاحظ .

(٢) قال في الحقائق : « وهي معاملة على أصول ثابتة بحصة من ثمارها » الخ ومن الظاهر أن التعاريف المذكورة في هذه المقامات أشارة إلى مركز البحث فلا يهم التحقيق فيها .

(٣) لأنها من العقود وكل عقد يحتاج إلى الإيجاب والقبول .

(٤) قد مر الكلام في كتاب المزارعة وقلنا أنه لا بد في إتمام المدعى في مقام الاستدلال من التوصل بالاتفاق والتسالم بين الأصحاب إذ لا إطلاق ولا عموم يتمسك

الثاني - البلوغ والعقل والاختيار^(٢) وأما عدم الحجر لسفه أو فلس فهو إنما يعتبر في المالك دون العامل محضاً^(٣) .

الثالث - أن تكون أصول الأشجار مملوكة عيناً ومنفعة أو منفعة فقط أو يكون تصرفه فيها نافذاً بولاية أو وكالة أو تولية^(٤)

بهما في اثبات توسعة الحكم .

الأن يقال أن المستفاد من حديث يعقوب بن شبيب - عن أبي عبد الله عليه السلام (في حديث) قال : سألته عن رجل يعطي الرجل أرضه وفيها ماء أو نخل أو فاكهة ، ويقول : اسق هذا من الماء وأعمره ولك نصف ما أخرج « الله عز وجل منه » قال : لا بأس (* ١) ، هو الإطلاق فإن قوله عليه السلام في جواب السائل لا بأس يقتضي الجواز بلافرق بين كون القبول من قبل العامل لفظاً أو فعلاً وبلافرق بين كونه بالعربي الماضوي أو بغيره .

(١) الكلام فيه هو الكلام لكن مقتضى إطلاق الحديث هو عموم الحكم كما مر .

(٢) هذه شروط عامة في جميع العقود وقد مر تعرضها في كتاب البيع فلا وجه للاعادة .

(٣) فإن الحجر لسفه أو فلس فإنما يكون مانعاً عن التصرف المالي فلا يكون مانعاً في طرف العامل ، محضاً فلاحظ .

(٤) إذا في غير هذه الصور لا يجوز له التصرف فتكون المعاملة باطلة .

الرابع - أن تكون معلومة ومعينة عندهما^(١) .

الخامس - تعيين مدة العمل فيها اما ببلوغ الثمرة المساقى عليها واما بالاشهر او السنين بمقدار تبلغ فيها الثمرة غالباً فلو كانت اقل من هذا المقدار بطلت المساقاة^(٢) .

السادس - تعيين الحصة^(٣) وكونها مشاعة في الثمرة فلا يجوز أن يجعل للعامل ثمرة شجر معين دون غيره^(٤) نعم يجوز اشتراط مقدار معين كمن من الثمرة مثلاً بالاضافة الى الحصة المشاعة لاحدهما اذا

(١) اما اشتراط العلم فيتوقف على قيام اجماع تعبدى عليه والا فيشكل اتمامه بالدليل اذ قد مر الاشكال في الاستدلال بحرمة الفرع في كتاب المزارعة وأما التعيين فان كان المراد منه ما يقابل المردد فلا اشكال في اشتراطه اذ المردد لا واقع له .
(٢) لا يبعد أن يكون الوجه في هذا الاشتراط الاقتصار على ما يستفاد من النص الوارد في المقام فان المستفاد من حديث ابن شبيب بحسب الفهم العرفي جعل المدة الى زمان بلوغ الثمرة .

وبعبارة واضحة : ليس في المقام دليل يقتضي الصحة على الاطلاق فلا بد من الاقتصار على المقدار الذي يستفاد من النص الخاص والمفروض ان الرواية لا تدل على أزيد من هذا المقدار فلا بد من الاقتصار عليه ولذا لو كانت اقل تبطل المساقاة لعدم الدليل على الصحة ومقتضى الاصل الاول الفساد .

(٣) فان المردد لا واقع له فلا بد من التعيين .

(٤) يظهر من كلامهم انه من الواضحات عندهم ومن المسلمات في انظارهم ومقتضى الحديث الوارد في المقام هكذا ولا مجال للتعدي عن مورده اذ قد مر انه

علم وجود ثمرة غيرها^(١) .

السابع - تعيين ما على المالك من الامور وما على العامل من الاعمال^(٢) ويكفي الانصراف اذا كان قرينة على التعيين^(٣) .

الثامن - أن تكون المساقاة قبل ظهور الثمرة^(٤) أو بعده قبل

لاطلاق كي يؤخذ به في موارد الشك .

(١) الظاهر من حديث ابن شبيب ان الاشاعة معتبرة في تمام الثمرة فالحكم بالجواز في مفروض الكلام يتوقف على قيام دليل عليه ، فلاحظ .

(٢) وهذا واضح اذ مرجع عدم التعيين الى الثريد والمردد لا واقع له وبعبارة اخرى : لا بد من تعيين مركز المعاقدة فان المعاقدة متقومة به .

(٣) بلا اشكال فانه من طرق التعيين في المتعارفات والمحاورات ويمكن أن يقال - كما في بعض الكلمات - : ان مقتضى المساقاة وجوب جميع الامور المتعلقة بالثمرة على العامل وما يتعلق بالاصول يجب على المالك فان وجود الاصول مفروض في باب المساقاة وانما العامل مؤثر في تحقق الثمرة فيجب عليه كل امر دخيل في تحققها ، فلاحظ .

(٤) اجماعاً بقسميه كما عن الجواهر ، والظاهر من حديث ابن شبيب (*) (١*) وفروع المعاقدة قبل ظهور الثمرة الا أن يقال : لا وجه لحمل قوله في مقام السؤال ولك نصف ما اخرج الخ على ما قبل الظهور بل مقتضى الاطلاق عدم الفرق بين الحالتين كما في المتن اي يشمل الحديث باطلاقه ما قبل البلوغ أيضاً لكن الانصاف انه يشكل صدق عنوان الاخراج على البالغ الا أن يقال : ان العرف يفهم من هذا الكلام ما يحصل في الخارج فيعم كلتا الحالتين .

البلوغ اذا كان محتاجاً الى السقي ونحوه^(١) وأما اذا لم يحتاج الى ذلك فصحتها بلحاظ القطف والحفظ محل اشكال^(٢) .

التاسع - أن تكون المعاملة على اصل ثابت وأما اذا لم يكن ثابتاً كالطبخ والياذنجان ونحوهما فالظاهر عدم وقوع المساقاة^(٣) وأما كونها معاملة مستقلة محكومة بالصحة فمحل اشكال والاحتياط لا يترك^(٤) ولا تصح المساقاة على الاشجار غير المثمرة كالصفصاف والغرب ونحوهما بل صحتها على الشجر الذي ينتفع بورقه كالحناء ونحوه لا تخلو عن اشكال^(٥)

(مسألة ١) : يصح عقد المساقاة في الاشجار المستغينة عن

(١) أما فيما يحتاج الى السقي فظاهر وأما مع عدم الاحتياج الى السقي فان تم المدعى بالاجماع والتسالم فهو والإفشال الجزم بالجواز لعدم الدليل فان حديث ابن شعيب الذي هو اساس جواز عقد المساقاة متعرض للسقي فمع عدمه يشكك الجواز ، فلاحظ .

(٢) لعدم الدليل على الصحة بل مقتضى الأصل الاولي هو البطلان ، والله العالم .

(٣) العمدة في الاشكال عدم الدليل على العموم فان حديث ابن شعيب كما ترى لا يشمل غير الثابت .

(٤) اذ لا دليل على صحة هذا النحو وبعبارة اخرى قد سبق في مطاوي كلماتنا ان دليل وجوب الوفاء دليل على اللزوم لاعلى الصحة وأما التجارة فصحتها على غير البيع محل اشكال وكلام سيما مثل المساقاة وأمثالها .

(٥) لعين التقريب فانه لا دليل عليه وحديث ابن شعيب لا يشمله فلاحظ .

السقي بالمطر أو بمص رطوبة الأرض إذا احتاجت إلى أعمال آخر^(١).
(مسألة ٢) : يجوز اشتراط شيء من الذهب أو الفضة للعامل أو المالك زائداً على المحصة من الثمرة^(٢) وهل يجب الوفاء به إذا لم تسلم الثمرة قولان بل اقوال اظهرها الوجوب بلافرق بين أن يكون الشرط للمالك وأن يكون للعامل ولا بين صورة عدم ظهور

(١) الانصاف ان اتمامه بالنص الوارد في المقام مشكل بل لا يمكن فان حديث ابن شبيب (١*) صرح فيه بالسقي فلا يشمل مورد عدم الاحتياج اليه .
وأما حديثه الآخر، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها ويصلحها ويؤدي خراجها ، وما كان من فضل فهو بينهما، قال : « لا بأس » إلى أن قال : وسألته عن المزارعة فقال : النفقة منك، والأرض لصاحبها، فما أخرج الله من شيء قسم على الشطر وكذلك أعطى رسول الله صلى الله عليه وآله خير حين أتوه فأعطاهم إياها على أن يعمروها ولهم النصف مما أخرجت (٢*) فأيضاً لا يمكن الاستناد إليه في الحكم لعدم معلومية الخصوصيات فيما عامله رسول الله صلى الله عليه وآله مع أهل خير مضافاً إلى أن الرواية موردها المزارعة إلا أن يتم الأمر بالنسالة عند الأصحاب كما يظهر من كلام سيد المستمسك (قده) (٣*) في هذا المقام .

(٢) بلا خلاف كما في بعض الكلمات ويتنضيه عموم وجوب الوفاء بالشرط فانه شرط جاز ، ويجوز جعله ويجب الوفاء به على ما هو المقرر في محله من وجوب الوفاء بالشرط.

(١) لاحظ ص : ٤٨٥

(٢) الوسائل الباب ١٠ من أبواب المزارعة الحديث : ٢

(٣) ج ١٢ ص : ٤٠٠

الثمرة اصلاً وصورة تلفها بعد الظهور^١ .

(مسألة ٣) : يجوز تعدد المالك واتحاد العامل فيساقى الشريكان عاملاً واحداً ويجوز لعكس فيساقى المالك الواحد عاملين بالنصف له مثلاً والنصف الآخر لهما ويجوز تعددهما معاً^٢ .

(مسألة ٤) : خراج الأرض على المالك^٣ وكذا بناء الجدران وعمل الناضح ونحو ذلك مما لا يرجع إلى الثمرة وإنما يرجع إلى غيرها من الأرض أو الشجر^٤ .

(مسألة ٥) : يملك العامل مع إطلاق العقد الحصة في المساقاة

(١) إذ لا وجه للتنقييد والاختصاص بالمالك أو العامل كما أن مقتضى وجوب الوفاء بالشرط عدم الفرق بين الصور المذكورة فإن المفروض تحقق الشرط في ضمن العقد فيجب الوفاء به فلا حظ .

(٢) أن تم المدعى بالاجماع فهو والا يشكل إذ لا دليل عليه غير حديث ابن شبيب وأما نصوص خبير (*) (١) فلا يستفاد منها جواز المساقاة، وعلى تقدير دلالتها إنما تدل على جواز التعدد في طرف العامل فلا حظ .

(٣) قال سيد المستمسك (قدس سره) في هذا المقام كما هو المصرح به في كلامهم على نحو يظهر أنه مما لا إشكال فيه ولا خلاف ويمكن الاستدلال على المدعى أن الخراج على الأرض فهو على المالك المتصرف في الأصل .

(٤) فإن ما يجب على العامل أمور راجعة إلى الثمرة فإذا فرض أمر لا يكون راجعاً إليها لا يكون واجباً على العامل بل واجب على المالك .

من حين ظهور الثمرة^(١) وإذا كانت المساقاة بعد الظهور ملك الحصّة من حين تحقق العقد^(٢).

(مسألة ٦) : الظاهر ان عقد المغارسة باطل وهي أن يدفع شخص أرضه الى غيره ليغرس فيها على أن تكون الاشجار المغروسة بينهما بالسوية أو بالتفاضل على حسب القرار الواقع بينهما^(٣) فإذا اتفق وقوعها كان الغرس لمالكه^(٤) فإن كان هو مالك الأرض استحق العامل عليه اجرة مثل عمله^(٥) وان كان هو العامل استحق عليه مالك الأرض اجرة مثل أرضه^(٦) ولكن ليس له اجبار مالك الأرض على ابقائها ولو باجرة^(٧) بل وجب عليه قلعها ان لم يرض المالك ببقائها^(٨)

(١) كما هو ظاهر خبر ابن شبيب .

(٢) إذا المفروض تحقق العقد بعد زمان الظهور فيملك من حين العقد لفرض وجود المملوك وتحقق العقد المملك الآن يقال : ان الاستفادة من حديث ابن شبيب تعلق الملكية بما يتحقق بعد ذلك اعم من الظهور والبلوغ فلا تكون المساقاة مملكة للموجود بالفعل والله العالم .

(٣) ادعى على بطلانها الاجماع ومقتضى الأصل الأولي هو البطلان أيضاً وقد مر منا ان عموم وجوب الوفاء بالعقود لا يقتضي الصحة .

(٤) كما هو ظاهر لعدم ما يقتضي الخروج عن ملك مالكه .

(٥) فانه استوفى العمل من العامل وبناء المعاملة على الضمان .

(٦) إذا المفروض انه استوفى المنفعة من ملك الغير بلا قصد المجانية في العقد .

(٧) لعدم ما يقتضي جواز الاجبار والناس مسيطرون على اموالهم .

(٨) لحرمة التصرف في مال الغير .

كما ان عليه طم الحفر التي تحدث في الارض بذلك^١ وليس على المالك نقص الاشجار بالقلم^٢ نعم لو قلعها المالك فنقصت وعابت ضمن تفاوت القيمة^٣.

(مسألة ٧) : يبطل عقد المساواة بجعل تمام الحاصل للمالك^٤ ومع ذلك يكون تمام الحاصل والثمرة له^٥ وليس للعامل مطالبة بالاجرة حيث انه اقدم على العمل في هذه الصورة مجاناً^٦ وأما اذا كان بطلان المساواة من جهة اخرى وجب على المالك أن يدفع للعامل اجرة مثل ما عمله حسب المتعارف^٧.

(مسألة ٨) : عقد المساواة لازم لا يبطل ولا يفسخ^٨ الا بالتقابل والتراضي^٩

-
- (١) اذ المفروض ان الحفر بفعله فيجب عليه الطم .
 - (٢) اذ لامقتضي للوجوب عليه .
 - (٣) فان اتلاف مال الغير يوجب الضمان .
 - (٤) اذ لادليل على الصحة في الفرض المذكور فيكون العقد باطلا وأما الالتزام بالصحة من حيث كونه عقداً برأيه فلا دليل عليه أيضاً كما مر مراراً فلاحظ.
 - (٥) كما هو ظاهر اذ لامقتضي لخروجه عن ملكه بعد فرض البطلان .
 - (٦) لما في المتن من انه اقدم على المجانية فلا مقتضي للضمان .
 - (٧) اذ المفروض ان المالك استوفى منفعة وليس مبيئاً على المجانية فالضمان على القاعدة .

(٨) فان مقتضى وجوب الوفاء بالعقود لزومها كبقية العقود .

(٩) بناء على جريانها في كافة العقود كما مر في المزارعة .

أو الفسخ ممن له الخيار^١ وأومن جهة تخلف بعض الشروط التي جعلها في ضمن العقد أو بعروض مانع موجب للبطلان^٢.

(مسألة ٩) : إذا مات المالك قام وارثه مقامه ولا تنفسخ المساقاة^٣ وإذا مات العامل قام وارثه مقامه إن لم يؤخذ المباشرة في العمل قيداً^٤ فإن لم يقم الوارث بالعمل ولا استاجر من يقوم به فللمحاكم الشرعي أن يستاجر من مال الميت من يقوم بالعمل ويقسم الحاصل بين المالك والوارث^٥ وأما إذا اخذت المباشرة في العمل قيداً انفسخت المعاملة^٦.

(مسألة ١٠) : مقتضى إطلاق عقد المساقاة كون الأعمال التي تتوقف تربية الأشجار وسقيها عليها والآلات مشتركة بين المالك والعامل بمعنى أنهما عليهما لأعلى تخصيص واحد منهما نعم إذا كان هناك تعيين أو انصراف في كون شيء على العامل أو المالك فهو الاتباع والضابط أن كون عمل خاص أو آلة خاصة على أحدهما دون الآخر

(١) فإن مقتضى ثبوت الخيار جواز الفسخ كما هو ظاهر .

(٢) فإن الخيار ثابت في الفرضين المذكورين على ما هو المقرر في باب ثبوت الخيار بتخلف الشرط .

(٣) إذ لا وجه للانفساخ فتكون المساقاة بحالها .

(٤) إذ مع عدم قيد المباشرة يكون العمل ديناً في ذمته فلا بد من تأديته .

(٥) فإنه ولي الأمر في هذه الأمور .

(٦) لعدم إمكان الاتمام فينكشف البطلان .

تابع للجعل في ضمن العقد بتصریح منهما او من جهة الانصراف من الاطلاق والا فهو عليهما معاً^(١) .

(مسألة ١١) : اذا خالف العامل فترك ما اشترط عليه من بعض الاعمال للمالك اجباره على العمل المزبور^(٢) كما ان له حق الفسخ^(٣) وان فات وقت العمل فله الفسخ من جهة تخلف الشرط^(٤) وليس له أن لا يفسخ وبطال به باجرة العمل بالاضافة الى حصته على الاظهر الاقوى^(٥) .

(مسألة ١٢) : لا يعتبر في المساواة أن يكون العامل مباشراً للعمل بنفسه ان لم يشترط عليه المباشرة فيجوز له أن يستاجر شخصاً في بعض اعمالها أو في تمامها وعليه الاجرة^(٦) كما انه يجوز أن يشترط

(١) كي لا يلزم الترجيع بلا مرجع وبعبارة اخرى لو لم يكن تعارف خارجي ولم يكن معين من انصراف أو قرينة خاصة يكون الامر كما افاده فان الشركة في النتيجة تقتضي الشركة في المقدمات .

(٢) للحق الوضعي الذي يثبت للمالك بواسطة الشرط على العامل فيجوز له اجباره على العمل .

(٣) للاشتراط الضمني الارتكازي .

(٤) للخيار الثابت له بالشرط الارتكازي كما مر آنفاً .

(٥) لا يبعد أن يكون الوجه فيما افاده ان ما يجب على العامل بالشرط لا يكون مملوكاً للمالك كي يقال مع عدم الاتيان به يكون ضامناً بل الثابت على العامل بلحاظ الشرط الوجوب التكليفي فلا مقتضي للضمان ، والله اعلم .

(٦) لعدم دليل عليه ، نعم مع الشرط يجب من حيث وجوب الوفاء به .

كون اجرة بعض الاعمال على المالك^(١).

(مسألة ١٣) : اذا كان البستان مشتملا على انواع من الاشجار كالنخل والكرم والرمان ونحوها من انواع الفواكه فلا يعتبر العلم بمقدار كل واحد من هذه الانواع تفصيلا في صحة المساقاة عليها بل يكفي العلم الاجمالي بها على نحو يرتفع معه الغرر^(٢) ولا فرق في صحة المساقاة بين أن تكون على المجموع بالنصف او الثلث او نحوهما وبين أن تكون كل نوع منها بحصته مخالفة لحصة نوع آخر كأن تجعل في النخل النصف مثلا وفي الكرم الثلث وفي الرمان الربع وهكذا^(٣).

(مسألة ١٤) : تصح المساقاة مرددا مثلا بالنصف ان كان السقي

(١) بشكل الجزم بالجواز فان الشرط لا يكون مشرعا فيلزم احراز الصحة في الرتبة السابقة وجواز جعل شيء في ذمة الغير في غير موارد التي قامت عليها الدليل اول الكلام والاشكال نعم لا مانع من الجعل بالشرط اذا كان راجعا الى اشتراط الفعل واما على نحو شرط النتيجة بحيث تصير ذمة المشروط عليه مشغولة بالاشتراط فلا دليل على صحته وجوازه.

(٢) بل يمكن أن يقال بأن الغرر لا يوجب الفساد لعدم الدليل عليه مضافا الى أنه اخص من المدعى.

(٣) الجزم بالجواز مشكل فان النص الوارد في المقام لا يشمل الا ان يتم المدعى بالتسالم عليه أو بأنه يفهم من النص جوازه عرفا لعدم الفرق بين هذه الامور فتأمل وايضا يمكن الالتزام بالجواز على تقدير ثبوت السيرة على جريانها.

بالناصح وبالثالث ان كان السقى بالسبيع ولا يضر هذا المقدار من
الجهالة بصحتها^(١).

(مسألة ١٥) : اذا تلف بعض الثمرة فهل ينقص عما اشترط
احدهما على الآخر من ذهب او فضة او نحوهما بنسبة ما تلف من
الثمرة ام لا وجهان الاقوى الثاني^(٢).

(مسألة ١٦) : اذا ظهر بطريق شرعي ان الاصول في عقد
المساقاة مغصوبة فعندئذ ان اجاز المالك المعاملة صحت المساقاة
بينه وبين العامل^(٣) والابطلت^(٤) وكان تمام الثمرة للمالك^(٥) وللعامل
اجرة المثل يرجع بها الى الغاصب^(٦) واذا كان ظهور الغصب بعد

(١) المسئلة محل الكلام ، وعن الشرايع انها باطلة ، وعمدة الاشكال عدم
الدليل على صحتها ، الا أن يقال يفهم من النص الوارد في المقام عدم الفرق بين
انواعها فان جزم الفقيه بما ذكر فهو والا يشكل عليه الفتوى بالجواز والصحة
فلاحظ .

(٢) الحق كما افاده اذ لا وجه لرفع اليد عن الاشتراط ولا وجه للنقص والاحتساب
المذكور ، فلاحظ .

(٣) على ما هو المقرر عندهم من صحة العقد الفضولي بالأجازة والمقام من
مصاديق تلك الكبرى .

(٤) كما هو ظاهر .

(٥) فان الثمرة تابعة للشجرة والفروع ان الشجرة للمالك .

(٦) فان الغاصب استوفى المنفعة من العامل مع البناء على العوض لا المجانية.

تقسيم الثمرة وتلفها فعندئذ للمالك أن يرجع الى الغاصب فقط بتمام عوضها وله أن يرجع الى كل منهما بمقدار حصته وليس له أن يرجع الى العامل بتمام العوض^١ .

(مسألة ١٧) : تجب الزكاة على كل من المالك والعامل اذا بلغت حصة كل منهما حد النصاب فيما اذا كانت الشركة قبل زمان الوجوب والا فالزكاة على المالك فقط^٢ .

(مسألة ١٨) : اذا اختلف المالك والعامل في اشتراط شىء على احدهما وعدمه فالقول قول منكره^٣ ولو اختلفا في صحة العقد

١) الظاهر انه لا وجه للتفريق بين الغاصب والعامل اذ المفروض ان يد كل منهما يدعدوان ويوجب الضمان .

ان قلت : العامل يكون جاهلاً بالغصبية فلا يكون ضامناً الا بالنسبة الى حصته التي تلفت عنده . قلت : اولاً لم يفصل في المتن بين العالم والجاهل وثانياً يمكن أن يفرض كون الغاصب أيضاً جاهلاً بالحال فهل يفرق بين الصورتين ؟ .
والذي يختلج بالبال أن يقال : لا فرق بينهما من هذه الجهة وان ملاك الضمان هو الغصب وهو مشترك بينهما بلا فرق بين صورتي العلم والجهل : وعلى الجملة ان سبب الضمان من اليد أو الائتلاف ان تحقق يثبت الضمان والا فلا .

٢) هذا ظاهر فان الحكم تابع لموضوعه والمفروض تحققه بالنسبة الى كليهما في الصورة الاولى فتجب عليهما وفي الصورة الثانية يختص بالمالك فلا تجب على العامل فلاحظ .

٣) فان المدعي يجب عليه أن يقيم البينة والقول قول المنكر لكونه موافقاً مع الاصل .

وفساده قدم قول مدعي الصحة^(١) ولو اختلفا في مقدار حصة العامل فالقول قول المالك المنكر للزيادة^(٢) وكذا الحال فيما اذا اختلفا في المدة^(٣) وأما اذا اختلفا في مقدار الحاصل زيادة ونقصاً بأن يطالب المالك العامل بالزيادة فالقول قول العامل ولا تسمع دعوى المالك على العامل الخيانة أو السرقة أو الانلاف أو كون التلف بتفريط منه ما لم تثبت شرعاً بعد ما كان المفروض ان العامل كان أميناً له^(٤).

كتاب الجعالة

الجعالة من الايقاعات^(٥) لا بد فيها من الإيجاب عاماً مثل : من

(١) فان مقتضى اصالة الصحة صحة العقد الواقع بينهما فمدعي الفساد تجب عليه البينة .

وبعبارة أخرى : لا مجرى لاصالة العدم مع اصالة الصحة الجارية في كافة العقود فقول منكر الصحة مخالف مع الظاهر وان شئت قلت : قول مدعي الصحة موافق مع ما هو مقتضى القاعدة الاولى فالمنكر يجب عليه اقامة البينة .

(٢) فان دعوى العامل الزيادة خلاف الاصل فتجب عليه البينة .

(٣) الكلام فيه هو الكلام .

(٤) فان دعوى الزيادة خلاف الاصل كما ان دعوى الخيانة وغيرها مما هو المذكور في المتن تحتاج الى الاثبات ويد العامل يد امانة وليس على الامين الا اليمين ، فلاحظ والحمد لله اولاً وآخراً .

(٥) كما يظهر من تعاريفهم ايها ، قال في الجواهر (* ١) « وهي على ما صرح

رد عبدي الابق اوبنى جداري فله كذا^(١) وخصوصاً مثل ان خطت ثوبي
 فلك كذا^(٢) ولا تحتاج الى القبول لانها ليست معاملة بين الطرفين
 حتى تحتاج الى قبول بخلاف المضاربة والمزارعة والمساقاة ونحوها^(٣)
 وتصح على كل عمل محال مقصود عند العقلاء^(٤) ويجوز أن يكون

به غير واحد لغة ما يجعل للانسان على شيء بفعله وشرعاً انشاء الالتزام بمعرض
 على عمل محلل مقصود بصيغة دالة على ذلك ، انتهى ولا اشكال في كونها من
 الايقاعات ولذا لا تحتاج عندهم الى القبول .

وأيضاً يدل على المدعى كفاية الايجاب العام ، مضافاً الى بعض النصوص
 لاحظ ما رواه عبدالله بن سنان قال : سمعت أبي يسأل أبا عبدالله عليه السلام وانا اسمع
 فقال : أمرنا الرجل فيشتري لنا الارض والدار والغلام والجارية ، ونجعل له جملاً
 قال : لا بأس (* ١) . فان المستفاد من الحديث انه لا بأس بجعل جعل للدلال
 ومثله .

(١) بلا كلام عندهم ويمكن الاستدلال على كفاية الايجاب العام بما رواه ابن
 جعفر قال : سأله عن جعل الابق والضالة قال : لا بأس به (* ٢) فان الحديث
 لو لم يكن منصرفاً الى مورد الايجاب العام فلا اشكال في انه باطلقة يشمل .

(٢) كما يدل عليه حديث ابن سنان المتقدم .

(٣) كما تقدم .

(٤) قيد موردها بقيدتين : احدهما : كونه محطلاً فلا يجوز جعلها في مقابل الحرام
 بل يمكن أن يكون المراد عدم جواز جعلها في مقابل العمل الواجب كما يظهر

(١) الوسائل الباب ٤ من أبواب الجمالة

(٢) الوسائل الباب ١ من أبواب الجمالة

مجهولاً^(١) كما يجوز في العوض أن يكون كذلك إذا كان منحولاً يؤدي إلى التنازع مثل: من رد عبدي فله نصفه أو هذه الصبرة أو هذا الثوب^(٢)

من بعض كلمات القوم .

ثانيهما : كون ذلك العمل مقصوداً عند العقلاء فإذا لم يكن عقلاً لا يكون جائزة و اتمام المدعى في كلا الموردين باقامة الدليل عليهما مشكل كما يشكّل اتمامه في مورد الاجارة أيضاً لعدم دليل تام عليه .

نعم لا يبعد أن يقال: ان الالتزام بالصحة على الاطلاق يتوقف على قيام الدليل على الصحة مطلقاً ، ولولاه لا يتم الامر فان مقتضى الاصل الاول هو الفساد ولا دليل على صحة الجمالة على الاطلاق .

(١) وهو مورد الاتفاق على ما يظهر من كلام الجواهر في هذا المقام وقال أيضاً « ان الغرض من شرعية الجمالة تحصيل الاعمال المجهولة غالباً كرد الابق والفضالة ونحوهما مما لا تعلم مسافة مسع مسيس الحاجة اليه » وصرح بأن جواز الجمالة على مثله من قطعيات الفقه .

وكيف كان ؛ لا اشكال في عدم اشتراط كون موردها معلوماً ، ويمكن أن يستفاد المدعى من النص الخاص الوارد في المقام لاحظ ما رواه ابن جعفر (* ١) فانه يستفاد من الحديث ان جعل الجمل للابق والفضالة جائز مع ان كون المورد مجهولاً واضح .

(٢) ربما يستدل بلزوم كون العوض معلوماً بنفي الفرر في الشريعة .

ولا يخفى انه لا دليل على اشتراط انتفاء الفرر في مطلق العقد والايقاع نعم لابد في اثبات الجواز من دليل يدل عليه .

وإذا كان العوض مجهولاً محضاً مثل من رد عبدي فله شيء بطلت^(١)
 وكان للعامل اجرة المثل^(٢).

(مسألة ١) : إذا تبرع العامل بالعمل فلا اجرة له سواء أجعل
 لغيره أم لم يجعل^(٣).

(مسألة ٢) : يجوز أن يكون الجعل من غير المالك كما إذا
 قال: من خاط ثوب زيد فله درهم فإذا خاطه أحد لزم القائل الدرهم

ويمكن أن يستدل على الإطلاق وعدم الاشتراط بحديث ابن جعفر (* ١) فإن
 مقتضى إطلاق الجعل وعدم بأسه المستفاد من جوابه عليه السلام عدم اشتراط كونه
 معلوماً.

(١) قال في الجواهر: «فتحصل من مجموع ما ذكرنا عدم اعتبار المعلوماتية
 في العوض كالأجارة والبيع وعدم الاكتفاء بالمطلق ذي الأفراد المختلفة، كالثوب
 والدابة ونحوهما وخصوصاً مثل الشيء والمال» إلى آخر كلامه رفع في علو
 مقامه والوجه فيه أما عدم الدليل على الإطلاق بهذا المقدار فيرجع إلى الأصل
 المقتضي للفساد وأما الاعتماد على التسالم على الاشتراط بهذا المقدار.

(٢) إذا المفروض أن بناء الجمالة على الضمان والمفروض تحقق الاستيفاء
 وحيث أن الجمالة فوضت فاسدة تصل النوبة إلى اجرة المثل فلاحظ.

(٣) وهذا ظاهر واضح فإن المتبرع لا يستحق شيئاً، وإن شئت قلت إن التبرع
 ينافي الاستحقاق وهما لا يجتمعان. وبعبارة أخرى: التبرع ينافي استحقاق الجعل
 على الإطلاق.

دون زهد^(١) .

(مسألة ٣) : يستحق الجعل بالتسليم اذا كان المجعول عليه التسليم^(٢) اما اذا كان المجعول عليه غيره كما اذا قال : من اوصل عبدي الى البلد كان له درهم استحق العامل الدرهم بمجرد الايصال الى البلد وان لم يسلمه الى احد واذا قال : من خاط هذا الثوب فله درهم استحق الخياط الدرهم بمجرد الخياطة^(٣) .

(مسألة ٤) : الجمالة جائزة يجوز للجاعل الرجوع فيها قبيل

العمل^(٤)

(١) بلاخلاف ولا اشكال - كما في الجواهر - والسرفيه انه لا يلزم في الجمالة وصول نفع الى الجاعل ، بل تجوز ولو للاجنبي ولا يبعد استفادة المدعى من اطلاق حديث ابن جعفر (* ١) اذ من الظاهر انه يمكن جعل الجعل للابق والضالة من غير المالك .

(٢) كما هو ظاهر فان المفروض ان الجعل مجعول على التسليم فلا بد منه في تحقق الاستحقاق .

(٣) وهذا ظاهر ايضاً اذ المفروض ان الجعل مجعول على مجرد العمل .
(٤) بلاخلاف اجده - كما في الجواهر - وصرح بأنه لا فرق بين كونها عقداً أو ايقاعاً ، ويشكل القول بالجواز على القول بكونها عقداً اذ على فرض كونها عقداً يشمل دليل وجوب الوفاء بالعقود .

الا أن يقال : ان عنوان العقد يصدق على العهد من طرف واحد فلا فرق بين القولين من هذه الجهة ، لكن كون الالتزام الصادر من طرف واحد من مصاديق العقد محل الكلام والاشكال .

وفي جواز الرجوع في اثنا عشر اشكال^(١) فان صح رجوعه فيها فلا اشكال في أن للعامل اجرة المقدار الذي عمله^(٢) .

(مسألة ٥) : اذا جعل جعلين بأن قال : من خاط هذا الثوب فله درهم ثم قال : من خاط هذا الثوب فله دينار ، كان العمل على الثاني فاذا خاطه الخياط لزم الجاعل الدينار لا الدرهم ، ولو انعكس الفرض لزم الجاعل الدرهم لا الدينار^(٣) واذا لم تكن قرينة على العدول

وكيف كان لا اشكال عندهم في عدم كونها لازمة قبل الشروع في العمل ومقتضى القاعدة الأولية كذلك لعدم دليل على اللزوم .

مضافاً الى ما قيل في هذا المقام من أن المستفاد من ادلتها كونها بمنزلة الامر للغير بعمل له اجرة فلا يجب المضي فيه من الجانبين هكذا في الجواهر .

(١) لا يبعد أن يكون وجه الاشكال اختلاف الاصحاب في المسألة فانه يظهر من مراجعة كلماتهم انه قد ذهب بعضهم الى اللزوم من طرف الجاعل بعد الشروع في العمل ، ولادليل على اللزوم بعد الشروع اذ قد مر ان الجعالة من قبيل الامر فلا وجه للزوم .

(٢) بل فيه اشكال ظاهر اذ لو كانت الجعالة على تمام العمل لم يكن وجه للتقيط ، نعم حيث ان العامل لا يقدم على العمل الا بالعوض ولا تقصير منه فهو غير متبرع فيبقى على اصالة احترام عمل المسلم فيبقى ضمانه باجرة المثل ، ضرورة كون المقتضي له الغرور وعدم التقصير ونحوهما لا العقد المقتضي للتقيط ، نعم لو فرض ارادة الجاعل التوزيع على اجزاء العمل على نحو الاجارة ، اتجه حينئذ التقيط على المسمى . اللهم الا أن يكون المراد من العبارة اجرة المثل ، والله العالم .

(٣) اذ المفروض ان للمالك الفسخ والرجوع عما جعله فيكون المدار هو

من الاول الى الثاني وجب الجمelan معاً^١ .

(مسألة ٦) : اذا جعل لفعل فصدر جميعه من جماعة من كل واحد منهم بعضه كان للجميع جعل واحد^٢ لكل واحد منهم بعضه بمقدار عمله^٣ ولو صدر الفعل بتمامه من كل واحد منهم كان لكل واحد منهم جعل تام^٤ .

(مسألة ٧) : اذا جعل جعلاً لمن رده من مسافة معينة فردّه من

الاخير ، ولا فرق في الصورتين المذكورتين اذ المناط بالثانية .

(١) اذ لا مانع من جعلهما معاً في مقام الثبوت فاذا لم تكن في مقام الاثبات قرينة على العدول يثبت كلاهما على طبق القاعدة .

(٢) اذ المفروض ان الجعل للفعل الكذائي ، وقد فرض صدوره من جماعة فيكون الجعل واحداً كما في المتن .

(٣) اذا تفاوت مورد الجمالة بحسب من يقوم به بحسب الافراد فالتوزيع ظاهر ، وأما في صورة عدم التفاوت في نفس المتعلق كرد العبد والتفاوت في المقدمات فيمكن أن يقال - كما في الجواهر - : كان لهم الجعل بالسوية لعدم ما يقتضي التفاوت بين الافراد ، ولكن يمكن أن يقال بأنه يكفي للتوزيع بلحاظ العمل فرض التجزئة في المتعلق وان شئت قلت : يصح أن يقال ان مقدار الرد الصادر عن زيد يسوى هذا المقدار والمقدار الصادر القائم بـ كـريـسوى مقداراً يغاير المقدار الاول وهذا امر معقول في مقام التصور ويكفي للتفاضل والله العالم .

(٤) لصدق الموضوع فيترتب عليه الحكم وبعبارة اخرى لا ترجيح لاحدهم على الآخر بل كل واحد منهم يصدق عليه انه صدر عنه الفعل المجعول عليه الجعل فكلهم يستحقون الجعل كما في المتن ، فلاحظ .

بعضها كان له من الجعل بنسبة عمله مع قصد الجاعل التوزيع^(١) .
 (مسألة ٨) : اذا تنازع العامل والمالك في الجعل وعدمه أو في تعيين المجمعول عليه أو القدر المجمعول عليه أو في سعى العامل كان القول قول المالك^(٢) واذا تنازعا في تعيين الجعل ففيه اشكال^(٣) والظاهر انه مع التنازع في قدره يكون القول قول مدعي الاقل^(٤) ومع التنازع في ذاته يكون القول قول الجاعل في نفى دعوى العامل^(٥) وتجب عليه التخلية بين ما يدعيه للعامل وبينه^(٦) .

(مسألة ٩) : عقد التأمين للنفس أو المال - المعبر عنه في هذا العصر بالـ «سيكورته» - صحيح بعنوان المعاوضة ان كان للمتعهد بالتأمين عمل محترم له مالية وقيمة عند العقلاء من وصف نظام للاكل أو الشرب أو غيرهما أو وضع محافظ على المال أو غير ذلك من الاعمال

(١) الامر كما افاده في مقروض كلامه اذ قد فرض ان الجاعل قصد التوزيع فلا بد من ملاحظة النسبة .

(٢) الامر كما افاده لان قول المالك في جميع الصور موافق للاصل فالقول قوله كما هو المقرر في باب الدهاوي والمرافعات .

(٣) لم يظهر لي وجه الاشكال .

(٤) كما هو مقتضى القاعدة فان المدعي للاقل يكون قوله موافقاً للاصل فيتوقف قول الآخر على قيام البينة كما هو المقرر في بابه .

(٥) فان قول الآخر مخالف للاصل .

(٦) لاعترافه بهذا المقدار فتجب عليه التخلية بمقتضى اعترافه ، فلاحظ .

المحترمة فيكون نوعاً من المعاوضة واخذ المال من الطرفين حلال والا فالعقد باطل واخذ المال حرام^(١) نعم اذا كان بعنوان الهبة المشروطة فيدفع مقداراً من المال هبة ويشترط على المتهب دفع مال آخر على نهج خاص بينهم فاخذ المال من الطرفين حلال^(٢).

كتاب السبق والرماية

(مسألة ١) : لا بد فيهما من ايجاب وقبول^(٣) وانما يصحان في السهام والحرايب والسيوف، والابل، والفيلة، والخبيل، والبغال، والحمير^(٤).

(١) الحكم بالصحة متوقف على وجود دليل عليها، والدليل المتصور في المقام اما عموم وجوب الوفاء بالعقود واما اطلاق التجارة عن تراض وكلاهما مورد الاشكال.

أما الاول : فلما مر مراراً من أن الآية دليل على اللزوم، ولا يمكن جعلها دليلاً على الصحة، فراجع ما ذكرناه في تقريب ما ادعينا.

وأما الثاني : فلما ذكرنا أن التجارة لا يبعد كونها مرادفة للبيع ولا تصدق على غيره، فلا يمكن الاستدلال باطلاقها لصحة غيره من المعاوضات وصفوة القول أن صدق التجارة على غير البيع اول الكلام والاشكال.

(٢) ما افاده تام فإن الهبة امرجايز ومن العقود والشرط في ضمنه صحيح نافذ ويجب العمل على طبقه.

(٣) كما لا بد منهما في غيرهما من العقود.

(٤) قال في الحقائق : (* ١) « قد صرح الاصحاب رضي الله عنهم بأنه يقتصر

في جواز المسابقة على النصل والخف والحافر وقوفاً على مورد الشرع وانه يدخل تحت النصل السهم والنشاب والحرايب والسيف وان الخف يتناول الابل والقبيلة اعتباراً باللفظ وانه لا تجوز المسابقة بالطيور ولا على القدم ولا بالسفن ولا المصارعة انتهى موضع الحاجة .

ويمكن الاستدلال على المدعى بما رواه الحسين بن علوان عن جعفر عن ابيه عليهما السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله : لاسبق الا في حافر او نصل او خف (* ١) قال في مجمع البحرين والنصل حديدة السهم والرمح والسكين والسيف ما لم يكن له مقبض .

ان قلت : قد فسر النصل بالنضال في حديث حفص ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لاسبق الا في خف او حافر او نصل يعني النضال (* ٢) وقال في مجمع البحرين اصل النضال المراماة فيختص بالحكم ببعض اقسام النصل . قلت : ان التفسير من الراوي كما هو معتقد المجلسي (قدس سره) في مرآة العقول وتقتضيه القاعدة الاولى العربية حيث اتى بصيغة المضارع الغائب لا بصيغة المتكلم وحده فالامر سهل وان كان التفسير من الامام روحى فداه فغايبته عدم دلالة هذه الرواية على المطلوب ، لكن يكفي للمدعى حديث ابن علوان فان المقرر في محله عدم التنافي بين الاثباتين .

ان قلت : حديث حفص بمفهوم الحصر يقيد الحكم قلت : نرفع اليد عن الحصر بمنطوق حديث ابن علوان ، ويؤيد المدعى مرسل الصلوق (قدس سره) قال : قال الصادق عليه السلام : ان الملائكة لتنفر عند الرهان ، وتعلن صاحبه ما خلا

(١) الوسائل الباب ٣ من ابواب السبق والرماية الحديث : ٤

(٢) الوسائل الباب ٣ من ابواب السبق والرماية الحديث : ١

ولا يبعد صحة المسابقة في جميع الآلات المستعملة في الحرب كالآلات المتداولة في زماننا^(١).

(مسألة ٢) : يجوز أن يكون العوض عيناً ودنياً^(٢)

الحافر والخف والريش والنصل، وقد سبق رسول الله صلى الله عليه وآله اسامة بن زيد وأجرى الخيل (*) (١).

فالتيجة : ان ما افاده في المتن تام فان السهام والحرايب والسيوف داخل في النصل والابل والفيلة والخيل والبغال والحمير داخلة اما في حافر اوفى خف ، فلاحظ .

(١) فانه مقتضى المناسبة بين الحكم والموضوع اذا الظاهر ان ملاك تجويز المذكورات الاستعداد للمقابلة مع الاعداء فلا خصوصية للمذكورات بل للملاك موجود في جميع آلات الحرب ويؤيد المدعى ان لم يدل عليه قوله تعالى « واعدوا لهم ما استطعتم من قوة » (*) (٢).

(٢) كما هو كذلك في بقية العقود وبدل على جواز جعله عيناً حديث طلحة بن زيد، عن أبي عبد الله، عن أبيه عليهما السلام ان رسول الله صلى الله عليه وآله أجرى الخيل التي اضمرت من الحصى « الحصى خ ل » الى مسجد بنى زريق وسبقها من ثلاث نخلات ، فاعطى السابق عذقا ، واعطى المصلي عذقا ، واعطى الثالث عذقا (*) (٣).

وبدل على جواز جعله ديناً ما رواه غياث بن ابراهيم، عن أبي عبد الله عن أبيه عن علي بن الحسين عليهم السلام ان رسول الله صلى الله عليه وآله أجرى الخيل

(١) الوسائل الباب ١ من أبواب السبق والرماية الحديث ٦

(٢) الانتقال / ٦٠

(٣) الوسائل الباب ٤ من أبواب السبق والرماية الحديث : ١

وأن يبذله اجنبي^(١) أو أحدهما^(٢) أو من بيت المال^(٣) ويجوز جمعه للسابق^(٤) وللمحطل^(٥) وليس المحطل شرطاً^(٦).

مسألة (٣) : لا بد في المسابقة من تعيين الجهات التي يكون الجهل بها موجباً للنزاع فلا بد من تقدير المسافة والعوض وتعيين

وجعل سبقها أواقى من فضة (* ١) .

(١) قال في الجواهر (* ٢) « وإذا بذل السبق غير المتسابقين صح إجماعاً من المسلمين إذا كان الإمام عليه السلام ومطلقاً من المؤمنين » الخ ويدل على المدعى ما رواه الحسين بن علوان ، عن جعفر عن أبيه عليهما السلام أن رسول الله صلى الله عليه وآله سابق بين الخيل ، وأعطى السوابق من عنده (* ٣) .

(٢) قال في الجواهر « وإذا بذله أحدهما أوهما صح عندنا ولو لم يدخله محطل خلافاً لبعض العامة أيضاً فلم يجوزهما من أحدهما خاصة معللاً بأنه قمار ، وهو كالاجتهاد في مقابل النص الذي منه الإطلاق والعموم » الخ .

(٣) قال في الجواهر : « ولو بذله الإمام عليه السلام من بيت المال جاز بلا خلاف ولا إشكال لأن فيه مصلحة للإسلام والمسلمين وهي مصرفه » .

(٤) بلا إشكال ولا كلام .

(٥) قال في الجواهر : « ولو جعل السبق للمحطل بانفراده إذا سبق جاز أيضاً لإطلاق الأدلة وعمومها » انتهى موضع الحاجة من كلامه (قده) . ويظهر من كلام القوم التسالم على جواز جعل المحطل فيما يكون سابقاً فلا إشكال فيما قلناه .

(٦) كما تقدم عن الجواهر نقله .

(١) الوسائل الباب ١ من أبواب السبق والرماية الحديث : ١

(٢) ج ٢٨ - ص ٢٢٥

(٣) الوسائل الباب ٤ من أبواب السبق والرماية الحديث : ٣

الدابة ولا بد في الرماية من تقدير عدد الاصابة وصفتها ، وقدر المصافة ، والغرض ونحو ذلك^(١) .

(مسألة ٤) : اذا قالا بعد ان اخرج كل منهما سبقاً من نفسه وادخلا محللاً : من سبق منا ومن المحلل فله العوضان ، فمن سبق من الثلاثة فهماله فان سبقا فلكل ماله ، وان سبق احدهما والمحلل فللسابق ماله ونصف الاخر والباقي للمحلل^(٢) .

(مسألة ٥) : المحلل هو الذي يدخل بين المتراهنين ولا يبدل معهما عوضاً بل يجري دأبه بينهما أولي احد الجانبين على وجه يتناوله العقد على أنه ان سبق بنفسه او مع غيره اخذ العوض او بعضه

(١) لا يبعد أن يقال : يظهر منهم انها عندهم من المسلمات والعمدة في الاستدلال عليها عدم دليل يدل باطلاقه أو عمومته على عدم اشتراطها ولولاه لاشكل اثبات المدعى فان الاستدلال بنفي الفرر مخدوش لعدم دليل على بطلانه سيما على نحو العموم الجاري في جميع الموارد .

مضافاً الى أنه انحص من المدعى كما يظهر عند التأمل كما أن الاستدلال بأن الشارع يريد حسم مادة النزاع والجهل والتردد يوجب النزاع فلا بد من حسمه لا يرجع الى محصل . اذ يرد عليه اولاً : انه انحص من المدعى فانه ربما يكون على نحو لا يتحقق النزاع .

وثانياً : انه من أين علم ان الشارع اراد حسم مادة النزاع ، نعم لاشكال في أن التردد الراجع الى عدم التعين الواقعي لامجال له لعدم تحقق المردد وعدم مصداق له .

(٢) ما افاده ظاهر واضح لا يحتاج الى شرح وبسط ، فلاحظ .

على حسب الشرط وان لم يسبق لم يغرم شيئاً^١ .

(مسألة ٦) : اذا فسد العقد فلا اجرة للغالب^٢ ويضمن العوض اذا ظهر مستحقاً للغير^٣ مع عدم اجازته^٤ وعدم كون الباذل غاراً^٥ ويحصل السبق بتقدم العنق او الكتد وهو العظم النائي بين الظهر واصل العنق اذا لم تكن قرينة على خلاف ذلك^٦ .

(١) قال في الحديثق: (*١) : « قالوا والمحلل وهو الذي يدخل بين المتراهنين ولا يذل معهما عوضاً بل يجري فرسه بينهما أو على احد الجانبين على وجه يتناوله العقد وحكمه انه ان سبق اخذ العوض المبذول للسابق وان سبق لم يلزم شيئاً وسمى محللاً لان العقد لا يحل بدونه عند ابن الجنيّد والشافعي » الخ .

(٢) لعدم مقتضي لثبوتها .

(٣) فان يده عدوانية فتوجب الضمان .

(٤) وأما مع الاجازة فلا اشكال لما تقرر عندهم من صحة الفضولي .

(٥) يظهر من عبارة المتن عدم الضمان مع الغرور وفيه ان الضمان لا يتنافى الغرور غاية الامر يمكنه الرجوع الى الغار بعد اداء الغرامة فان الغرور لا يقتضي عدم الضمان بالنسبة الى مال المالك ، فلاحظ .

(٦) قال في الحديثق (*٢) « والمشهور ان السبق يحصل بالتقدم بعنق دابته وكنتها بفتح التاء المثناة من فوق وكسرهما وهي العالي بين اصل العنق والظهر ويعبر عنه بالكامل وقال في الروضة والكتد بفتح الفوقانية اشهر من كسرهما مجمع الكتفين بين اصل العنق والظهر » ، انتهى موضع الحاجة من كلامه رفع في علو

كتاب الشركة

(مسألة ١) : تصح الشركة في الاموال^(١) ولا تصح في الاعمال

مقامه .

وقال في الجواهر : (* ١) : « وهو الذي يتقدم ولو بالعنف والكند بفتح التاء وكسرها وهو العالي بين الظهر واصل العنق ويعبر عنه بالكاهل » . الى ان قال « كما ان في الاول منعاً واضحاً ان اريد الحمل عليه وان كان العرف على خلافه ضرورة عدم الوضع الشرعي فيه وعلى تقديره فلا مدخيلة له في الفاظ المتراخين فالتحقيق حيثئذ ايكاله الى العرف ولعله في زماننا لا يصدق الا أن يسبق بالكل »
السخ .

اذا عرفت ما تقدم نقول لوجه لما افاده في المتن بحصول التقدم باحد الوجهين فانه لادليل عليه بل الميزان بحسب الجعل فيما بين المتعاقدين هذا اولا وثانياً لوجه للترديد كما في عبارة المتن اذ احد الامرين اخص من الاخر ويتقدم في الوجود دائماً على الاعم .

وان شئت قلت : ان التخيير بين الاقل والاكثر لا مجال له ولذا نرى في عبارتي الحقائق والجواهر عطف احد الامرين على الاخر بالواو لا باو ، فلاحظ والحمد لله اولا وآخرأ .

(١) في مقابل الشركة في الابدان والافعال والشركة بالمفاوضة والشركة بالوجوه قال في الجواهر : (* ٢) : « وانما تصح عندنا بالاموال بلاخلاف فيه بل

(١) ج - ٣٨ ص : ٢١٢

(٢) ج - ٢٦ ص : ٢٩٨

بأن يتعاقد اعلی أن تكون اجرة عمل كل منهما مشتركة بينهما فاذا تعاقدنا على ذلك بطل^(١).

الاجماع بقسميه أيضاً على الصحة فيها وهي المسماة بشركة العنان من عنان الدابة الى آخر كلامه رفع في الجنان مقامه .

(١) قال في الجواهر : « ولا تصح الشركة بالاعمال كالخياطة والنساجة بلا خلاف معتد به اجد فيه بيننا بل الاجماع بقسميه عليه بل المحكي منهما مستفيض او متواتر » الخ .

وما حكى (* ١) من شركة سعد بن أبي وقاص وعبدالله بن مسعود وعمار ابن ياسر فيما يغتمونه فأنى سعد باسبرين ولم يأتي بشيء فاقرهم النبي وشركهم جميعاً ، لادليل على اعتباره مع امكان أن يكون ذلك يوم بدر الذي غنائه للنبي على ما نقل عن التذكرة فيكون هبة منه صلى الله عليه وآله وسلم لهم فلا ترتبط الرواية بالمدعى .

وعن مفتاح الكرامة : اجمعوا على نقل الاجماع اذ هو محكي في تسعة عشر كتاباً او اكثر كما سمعت وهو معلوم محصل قطعاً وذكرت في مقام الاستدلال على المدعى ، مضافاً الى الاجماع المدعاة في المقام وجوه اخر :

الوجه الاول : ان الشركة عقد شرعي فيقف على الاذن فيه ومع عدم ثبوت الاذن يكون مقتضى الاصل الاول هو الفساد وعدم ترتب اثر عليه ولا مجال للحكم بصحته بقوله تعالى « اوفوا بالعقود » (* ٢) اذ قد ذكرنا ان وجوب الوفاء دليل اللزوم ولا يمكن أن يكون دليلاً على الصحة كما انه لا مجال للاخذ باطلاق «تجارة

(١) جواهر الكلام ج ١٦ ص : ٢٩٦

(٢) المائدة / ١

وكان لكل منهما اجرة عمله^(١) نعم لو صالح كل منهما صاحبه على أن يكون نصف منفعة نفسه بنصف منفعة صاحبه مدة معينة فقبل الآخر صح^(٢) وكان عمل كل منهما مشتركاً بينهما^(٣) ولو تصالحا في ضمن عقد آخر لازم على أن يعطى كل منهما نصف أجرته للآخر صح ذلك ووجب العمل بالشرط^(٤) ولا تصح الشركة في الوجوه بأن يتعاقد على

عن تراض^(*) (١) فان صدق التجارة بمالها من المفهوم على غير البيع اول الكلام والاشكال .

الوجه الثاني : انه غرر عظيم وفيه انه لادليل على حرمة الغرر وضماً على الاطلاق كما مر الكلام من هذه الجهة مراراً ، مضافاً الى أنه يمكن أن يقال بأن هذا الدليل اخص من المدعى .
الوجه الثالث : ان العامل اذا آجر نفسه لعمل يكون مقتضى الاجارة دخول الاجرة في ملك الاجير فنقول هذه الاجارة اما فاسدة او صحيحة أما على الاول فتكون الشركة أيضاً باطلة لانها متفرعة عليها، واما على الثاني فلا موضوع للشركة لفرض دخول الاجرة في ملك الاجير بلا شركة كما في المتن .
وصفوة القول انه لامقتضي لصحة الشركة لافي الفرض الاول ولا في الفرض الثاني فالنتيجة هو البطلان .

- (١) لفرض بطلان عقد الشركة كما تقدم .
- (٢) لجواز الصلح بدليله فلا تكون داخلة في شركة الاعمال ولا بد من الالتزام بجواز الصلح فيما يتعلق بما يوجد بعد ذلك .
- (٣) الظاهر ان المراد من المتن ان اجرة عمل كل منهما لانفس العمل .
- (٤) اذ المفروض ان الشرط الوارد في ضمن العقد اللازم يجب الوفاء به والمقام

أن يشتري كل منهما مالا بثمن في ذمته الى اجل ثم يبيعانه ويكون ربحه بينهما والخسران عليهما^(١) ولا تصح شركة المفاوضة بأن يتعاقدا على أن يكون ما يحصل لكل منهما من ربح تجارة او زراعة او ارض او غير ذلك بينهما ، وما يرد على كل منهما من غرامة تكون عليهما معاً^(٢) فلو تعاقدا في المقامين على ما ذكر كان لكل منهما ربحه وعليه خسارته^(٣) نعم اذا تصالحا في ضمن عقد آخر لازم على أنه ان ربح

من صفريات تلك الكبرى والفرق بين القسمين ان المصالحة في القسم الاول على المبادلة بين المالكين فلا يتوقف تملك كل منهما على تمليك ثانياً بل يكفي لتملكهما نفس المصالحة الواقعة ، وأما في القسم الثاني فيشترط في ضمن عقد المصالحة تمليك كل منهما الاجرة من الآخر .

(١) قد فسرت الشركة في الوجوه أو بالوجوه بتعابير مختلفة ، وقد ذكر في الجواهر لها اربعة تفاسير وادعى قيام الاجماع بقسميه على بطلانها والتفسير في المتن ليس منها .

ولكن الظاهر ان فسادها بالمعنى المذكور على طبق القاعدة الاولى اذ لا دليل على صحة الشركة بهذا النحو بل مقتضى الاصل الاول كما ذكرنا مراراً عدم صحتها .

(٢) اجماعاً بقسميه كما في الجواهر مضافاً الى عدم الدليل على صحتها ، بل مقتضى الاصل الاول فسادها .

(٣) اذ بعد فرض بطلان التعاقد المشار اليه يكون مقتضى القاعدة الاولى ما افاده في المتن فان الربح والخسران تابعان للمملوك الا أن يقوم دليل معتبر على الخلاف .

احدهما اعطى صاحبه نصف ربحه وان خسر احدهما تدارك صاحبه نصف خسارته صح في المقامين^(١) .

(مسألة ٢) : تتحقق الشركة في المال باستحقاق الشخصين فما زاد مالا واحداً عيناً كان اوديناً بارث او وصية او بفعلهما معاً كما اذا حضرا بشراً ، او اصطادا صيداً ، او اقتلعا شجرة ونحو ذلك من الاسباب الاختيارية وغيرها^(٢) وقد تكون بمزج المالين على نحو يرتفع الامتياز بينهما مع الاتحاد في الجنس كمزج الحنطة بالحنطة والماء بالماء واختلافه كمزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير ودهن اللوز بدهن الجوز^(٣) .

- (١) فان الشرط في ضمن المعاودة الصلحية صحيح ونافذ بلا اشكال ولا كلام.
 - (٢) تحقق الشركة في الموارد المذكورة امر واضح ظاهر لا يحتاج الى اقامة دليل عليه وبعبارة اخرى : الشركة في الموارد المذكورة على طبق القاعدة الاولى وخلافها يحتاج الى الدليل وانما يلزم الاستدلال على صحة الشركة العقدية .
 - (٣) بلا خلاف اجده فيه بل لعل الاجماع بقسميه عليه - هكذا في الجواهر - وربما يقال : ان الامتزاج ان اوجب صيرورة الممتزجين شيئاً واحداً في نظر العرف كامتزاج الخل بالدهس تكون الشركة واقعية والا فلا شركة .
- ويظهر من الجواهر انه لا شركة في مفروض الكلام وبعبارة اخرى الامتزاج بما هو لا يوجب الشركة بل يكون كل منهما على ملكه ويتوقف التمييز بين السهمين على القرعة أو الالتزام بالصلح القهري .

ويظهر من بعض الكلمات ان الشركة واقعية وظاهرية قهرية ومثل للاولى بالشركة الحاصلة بالاستحقاق كالارث ونحوه وللثانية بامتزاج احد المالين بالآخر والذي يختلج بالبال ولا يعد أن يقال ان الميزان في تحقق الشركة بالامتزاج

(مسألة ٣) : يلحق كلام من الشريكين من الربح والخسران بنسبة ماله فان تساويا في الحصة كان الربح والخسران بينهما بالسوية وان اختلفا فبالنسبة^(١) .

(مسألة ٤) : اذا اشترطا المساواة في الربح والخسران مع اختلاف الحصص أو اشترطا الاختلاف مع تساوي الحصص صح اذا كان للمشروط له عمل والا لم يصح الشرط^(٢) .

زوال ارتفاع التميز فان زال التميز تتحقق الشركة بلا فرق بين اتحاد الجنس كما في مزج الحنطة بالحنطة مع اتفاق صفاتهما وتغاير الجنس كما في مزج الخل بالدبس بحيث يصير الممزوج حقيقة ثالثة عرفية ففي كل مورد زال الامتياز ولو مع تغاير الجنس أو تغاير الصفات تتحقق الشركة ولذا لو امتزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير أو امتزج دهن اللوز بدهن الجوز تحصل الشركة كما في المتن وأما في غير هذه الصورة كمزج الحنطة بالغير فلا تحصل ، والله العالم بحقايق الاشياء .

(١) هذا على طبق القاعدة الاولى فان الربح والخسران تابعان للمال والخروج عنه يحتاج الى الدليل فلاحظ .

(٢) تارة يبحث مع قطع النظر عن الدليل الخارجي واخرى مع ملاحظة الدليل كذلك ، أما على فرض عدم ملاحظة الدليل الخارجي فيمكن أن يقال : ان الشرط المذكور باطل على الاطلاق وأما العقد فهو صحيح ، أما كون العقد صحيحاً فلانه لاوجه لكونه فاسداً وما يمكن أن يكون وجهاً لفساده فساد الشرط الواقع فيه وقد بنينا في محله على ان الشرط الفاسد لا يفسد العقد ولا يسري منه اليه الفساد فراجع ما حققناه هناك .

وأما الشرط فلا وجه لصحته اذ ذكرنا وقلنا مراراً ان الشرط بنفسه لا يكون

(مسألة ٥): لا يجوز لأحد الشريكين التصرف في العين المشتركة

بلون اذن شريكه^١ واذا اذن له في نوع من التصرف لم يجوز التعدي الى نوع آخر^٢ نعم اذا كان الاشتراك في امر تابع مثل البئر والطريق غير النافذ والدھليز ونحوها مما كان الانتفاع به مبنياً عرفاً على عدم الاستئذان جاز التصرف وان لم يأذن الشريك^٣ واذا كان ترك التصرف موجباً لنقص العين كما لو كانا مشتركين في طعام فاذا

مشروعاً بل لابد من صحته في الرتبة السابقة كي يشمل دليل صحة الشرط وحيث ان التمليك واصول الملكية يتوقف على تحقق سببه الشرعي والمفروض عدم ذلك السبب لا يكون الشرط شرعياً ويكون مخالفاً للشرع فلا يصح ولا ينفذ .

وبعبارة اخرى: الشرط بما هو شرط لا يكون سبباً من اسباب الملك والمفروض

انه لا سبب لها في المقام غير الشرط .

وان شئت قلت : يتوقف صحة الشرط على وجود السبب الملكية والملكية تتوقف على الشرط وهذا دور فالنتيجة ان العقد بنفسه صحيح وأما الشرط فهو فاسد لعدم مقتضى لصحته بل مقتضى القاعدة بطلانه هذا على تقدير قطع النظر عن الدليل الخارجي وأما مع ملاحظة الدليل الخارجي فان تم اجماع تعدي كشف عن رأى المعصوم عليه السلام على الجواز في صورة كون المشروط له ذا عمل فهو والا فلا وجه للقول بالصحة .

(١) فان التصرف في مال الغير يتوقف على اذنه والا فلا يجوز .

(٢) كما هو ظاهر فان التعدي عن مورده خلاف الوظيفة الشرعية فلا يجوز .

(٣) للسيرة الجارية الممضاة عند الشارع .

لم يأذن الشريك رجع الى الحاكم الشرعي ليأذن في أكله أو بيعه أو نحوهما ليسلمه من الضرر^(١) وكذا اذا كانا شريكين في دار فتعاسرا وامتنع احدهما من الاذن في جميع التصرفات بحيث ادى ذلك الى الضرر فيرجع الى الحاكم الشرعي ليأذن في التصرف الاصلح حسب نظره^(٢).

(مسألة ٦) : اذا طلب احد الشريكين القسمة فان لزم الضرر منها لنقصان في العين أو القيمة بما لا يتسامح فيه عادة لم تجب اجابته^(٣) والا وجبت الاجابة ويجبر عليها لو امتنع^(٤) وكذلك اذا طلب الشريك بيع ما يترتب على قسمته نقص ليقسم الثمن فانه تجب الاجابة ويجبر

(١) فان الحاكم ولي الممتنع فاللزام الرجوع اليه .

(٢) الكلام فيه هو الكلام فان الحاكم ولي الممتنع لكن ليس له الاختيار التام بل دائرة نفوذه محدودة والمتيقن منها ما يكون أصلح والله العالم .

(٣) بتقريب ان الضرر مرتفع في الشريعة وأيضاً لا يجوز الاسراف والاستدلال بقاعدة لا ضرر انما يتم على مسلك القوم القائلين بأن مفادها النفي واما على مسلك شيخ الشريعة (قده) القائل بكون مفادها النهي فلا يتم الاستدلال ، الا أن يقال : ان المفروض توجه الضرر بالقسمة فيشمله دليل حرمة الاضرار، مضافاً الى أنه يمكن أن يقال ان اجبار المالك الشريك على عدم القسمة ضرر بالنسبة اليه فيتعارض الضرران وأما الاستدلال بحرمة الاسراف فيمكن عروض عنوان يخرج القسمة عن عنوان الاسراف فلاحظ .

(٤) بلاخلاف اجده فيه بل الظاهر الاتفاق عليه . هكذا في الجواهر . والقاعدة

الشريك عليها لو امتنع^(١) نعم اذا اشترط احد الشريكين في عقد لازم عدم القسمة الى اجل بعينه لم تجب الاجابة حينئذ الى أن ينتهي الاجل^(٢).

(مسألة ٧) : يكفي في تحقق القسمة تعديل السهام ثم القرعة^(٣)

الاولية تقتضيه اذ الناس مسطون على اموالهم .

(١) بعين التقريب والكلام فيه هو الكلام .

(٢) اذ مع الشرط يجب على المشروط عليه الوفاء بالشرط ويوجد للمشروط

له حق التأخير فلا يمكن اجباره على التقسيم .

(٣) اي لا يحتاج الى رضا الشريكين بعد القرعة والذي يخلج بالبال : أن

يقال: ان القسمة اما قسمة بالاجبار واما قسمة بالاختيار، أما في الصورة الاولى فلا مجال لاشتراط الرضا فان مرجعه الى الخلف فتكفي القرعة بلا كلام كما هو كذلك عندهم رضوان الله عليهم وأما في الصورة الثانية فلا تصور عدم الرضا اذ المفروض تحقق الرضا بالقرعة والتراضي عليها فكيف يمكن عدم الرضا الا أن يفرض الندم بعد التراضي .

انما الكلام في أن دليل القرعة يشمل مثل المقام مما لا واقع له او ان القرعة

تختص بما يكون له واقع مجهول في الظاهر ولا يبعد أن يكون بعض النصوص الواردة فيها يشمل مالا واقع له ، لاحظ حديث سيابة وابراهيم بن عمر جميعاً ، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل قال : اول مملوك املكه فهو حر ، فورث ثلاثة قال : يقرع بينهم فمن اصابه القرعة اعتق، قال : والقرعة سنة (* ١) .

فان مورد الرواية مالا واقع له اذ المفروض انه لا ينطبق عنوان الاول على واحد

وفي الاكتفاء بمجرد التراضي وجه ، لكن الاحوط استحباباً خلافه^(١)

من الثلاثة فلا واقع له كي يعين بالقرعة وبعد بيان الصغرى طبق عليها الكبرى الكلية بقوله عليه السلام والقرعة سنة .

ولاحظ حديث منصور بن حازم قال: سألت بعض أصحابنا أبا عبد الله عليه السلام عن مسألة فقال: هذه تخرج في القرعة ثم قال: فاي قضية اعدل من القرعة اذا فوضوا امرهم الى الله عز وجل أليس الله يقول : « فساهم فكان من المدحضين » (* ١) . فانه عليه السلام حكم بأن الرجوع الى القرعة اعدل القضايا وتمسك بالاية الشريفة والحال انه لا واقع في مورد الاية .

ان قلت : ان الحوت كان يطلب يونس فكان الواقع منطبقاً عليه ، فلا ترتبط الرواية بالمقام قلت: ما ذكرت وان كان حقاً فان الحوت كان مأموراً بأخذ يونس ولكن الامر لم يكن معلوماً لاهل السفينة ولو كان معلوماً لما كانوا محتاجين الى القرعة فالنتيجة ان القرعة لا تختص بمورد يكون له واقع .

(١) الظاهر ان المسألة ذات قولين وفي بعض الكلمات قيل : ان عدم الاكتفاء ظاهر للجميع فان تم المدعى بالاجماع التعبدى الكاشف فهو والا فيمكن أن يقال بالكفاية وعدم الاشتراط والدليل عليه الروايات الواردة في قسمة الدين : منها : ما رواه عبد الله بن سنان ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن رجلين بينهما مال منه دين ومنه عين فاقتهما العين والدين فتوى الذي كان لهما من الدين أو بعضه ، وخرج الذي للاخر أبرد على صاحبه ؟ قال : نعم ما يذهب بماله (* ٢) .

ومنها : ما رواه غياث ، عن جعفر عن أبيه ، عن علي عليهم السلام، مثله الا

(١) الوسائل الباب ١٣ من أبواب كيفية الحكم الحديث : ١٧

(٢) الوسائل الباب ٦ من أبواب الشركة الحديث : ٢

(مسألة ٨) : تصح قسمة الوقف مع الملك الطلق^١ .

انه قال : ما اقتضى احدهما فهو بينهما ، وما يذهب بينهما (* ١) .
بتقريب ان الظاهر من هذه النصوص صحة القسمة بلا قرعة ، ودعوى عدم
صدق القسمة بلا قرعة وعدم دخولها في مفهومها كما ترى .
(١) الذي يختلج باليال بدو ، عدم الجواز اذ الوقوف تكون على حسب ما
يوقفها اهلها بحسب النص ، لاحظ مكتبة الصغار الى أبي محمد بن الحسن بن علي
عليه السلام في الوقف وما روي فيه «الوقوف وما روي فيها» عن آبائه عليهم السلام
فوقع عليه السلام: الوقوف تكون على ما حسب ما يوقفها اهلها ان شاء الله (* ٢) .
لكن يظهر من القوم جوازه فان تم اجماع تعبدى كاشف فهو والا يشكل اذ
ذكر في مقام الاستدلال على الجواز كما في عبارة الشرايع انه تمييز للوقف عن
غيره .

وفيه اولاً : انه ليس تمييزاً للوقف عن غيره اذ المفروض هي الاشاعة فلا تميز
في الواقع كي يحرز بالقسمة فان التمييز يخالف الاشاعة وبعبارة اخرى : الاشاعة
تستلزم عدم التميز .

وثانياً : فرضنا صحة المدعى لكن المفروض ان الوقف تحقق هكذا ولا
يجوز تغييره ودعوى عدم صدق التغيير عهدتها على مدعيها .
واستدل على الجواز مضافاً الى ما ذكر كما في الجواهر بأنه مغتفر فيها (* ٣)
وفيه : انه من اين علم الاغتفار المذكور فلا بد من رجوع الوجه الثاني اما الى
الوجه الاول واما الى أن جواز التغيير اجماعي .

(١) الوسائل الباب ٦ من ابواب الشركة الحديث : ١

(٢) الوسائل الباب ٢ من ابواب الوقف الحديث : ١

(٣) جواهر الكلام ج ٢٦ ص : ٢١٢

ولا تصح قسمة الوقف في نفسه اذا كانت منافية لشرط الواقف والا صحت^١.

ان قلت : الناس مسلطون على اموالهم والمفروض اشتراك الوقف مع الطلق ومالك الطلق له رفع الاشاعة وتعيين مملوكه وافرازه عن الوقف .
قلت : قاعدة الناس مسلطون على اموالهم لا تكون مشرعة كما حقق في محله بل تقتضي الجواز بالمقدار المستفاد من الأدلة .

وان شئت قلت : ان تسلط الانسان على مملوكه لا يقتضي رفع اليد عن مقتضى عدم جواز التصرف في الوقف . ان قلت : هذا الاشكال يجري في المشترك بين المالكين وقد مر جواز التقسيم هناك وحكم الامثال واحد .

قلت : قد ثبت في الشريعة المقدسة جواز القسمة في الملك المشترك . وبعبارة اخرى : الجواز هناك من الواضحات ولولاه لكان للاشكال مجال في تلك المسئلة أيضاً والله العالم .

(١) بناء الماتن في بحث الشرط على أنه لا يتحقق هذا المفهوم الا بأحد نحوين : احدهما : تعليق العقد أو الايقاع على شيء ثانيهما : تعليق الوفاء على امر والسرفيه ان الشرط مأخوذ من الشريط وهو الارتباط ولذا لا معنى للشرط الابتدائي المتداول في الالسن فان الشرط ينافي الابتدائية فلا بد من الارتباط ، هذا مجمل الكلام والتفصيل موكول الى بحث الشرط فعلى هذا الاساس نقول ما المراد من الشرط المذكور في كلام الماتن فان كان مراده ان الوقف معلق على بقاء الاشاعة أي وقف الواقف علق على عدم القسمة الخارجية والتميز فلا يرجع المدعى الى محصل فان المفروض ان تحقق القسمة معلق على عدم الاشتراط فاذا كان الوقف معلقاً على عدم القسمة يكون التقريب دورياً وان كان المراد ان الوقف وارد وواقع على المشاع لكن الواقف اضاف الى الوقف حكمه بعدم الافراز فلا دليل على وجوب تبعية حكم الواقف ، بل لابد من متابعة الدليل الشرعي .

- (مسألة ٩) : الشريك المأذون أمين لا يضمن ما في يده من المال المشترك الا بالتعدي او التفريط^(١) .
- (مسألة ١٠) : تكره مشاركة الذمي^(٢) .

نعم الذي نتصور ويكون قابلاً للالتزام ان امر الواقف في مقام الانشاء بيد الواقف سعة وضيقاً ومن ناحية اخرى لامجال للاهمال في الواقع فكل قيد اخذ في المتعلق يؤخذ به ولا يجوز التصرف المغاير بمقتضى وجوب العمل على طبق انشاء واقف .

وكيف كان في الجزم بالجواز في صورة عدم الاشتراط على فرض تسليم تمامية المدعى في انتشيق اشكال لما مر من الاشكال في تمييز الوقف عن الطلق ، فلاحظ .

(١) الظاهر ان الحكم عندهم من المسلمات وقد ثبتت في الشريعة المقدسة ان الامين لبس عليه الا اليمين فلا يكون يده يد ضمان الا بالتعدي أو التفريط كما في المتن .

(٢) عن التذكرة (* ١) انه يكره مشاركة المسلم لأهل الذمة من اليهود والنصارى والمجوس وغير اهل الذمة من سائر الكفار عند علمائنا انتهى .

ويدل على ما في المتن حديث ابن رثاب قال : قال أبو عبد الله عليه السلام لا ينبغي للرجل المسلم أن يشارك الذمي ولا يضعه بضاعة ولا يودعه وديعة ولا يضافه المودة (* ٢) .

والحمد لله أولاً وآخراً والصلاة على محمد وآله الطاهرين المعصومين واللعن الدائم على أعدائهم من الأولين والآخرين .

(١) الحقائق : ج - ٢١ ص : ١٥٥

(٢) الوسائل الباب ٢ من كتاب الشركة الحديث : ١

كتاب المضاربة

المضاربة هي أن يدفع الانسان مالا الى غيره ليتجر فيه^(١) على أن يكون الربح بينهما بالنصف أو الثلث أو نحو ذلك^(٢) ويعتبر فيها أمور : الاول الايجاب والقبول^(٣)

(١) المضاربة من العقود ومن الظاهر ان العقد امر انشائي والدفع أمر خارجي مترتب على المضاربة لأنها عبارة عنه نعم يمكن انشاؤها وايجابها بالدفع كما يستفاد من بعض النصوص لاحظ ما رواه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال : سألت عن الرجل يعطى المال مضاربة وينهى أن يخرج به فخرج قال : يضمن المال والربح بينهما (* ١) .

(٢) قال السيد اليزدي قدس سره في عروته في هذا المقام « المضاربة عبارة عن دفع الانسان مالا الى غيره ليتجر به على أن يكون الربح بينهما ، لأن يكون تمام الربح للمالك ولا أن يكون تمامه للعامل » الى آخر كلامه رفع في علو مقامه .

(٣) كبقية العقود المتقومة بالطرفين فتتوقف على الايجاب والقبول انما الكلام في اثبات كونها من العقود المتقومة بالطرفين قال سيد المستمسك قدس سره في مقام اثبات كونها من العقود : « لما كان مفاد المضاربة خروج حصة من الربح من ملك صاحب المال ودخولها في ملك العامل وكان الخروج عن الملك قهراً بخلاف قاعدة السلطنة على المال كما ان الدخول في الملك قهراً بخلاف قاعدة السلطنة على النفس تعين أن يكون ذلك تحت ولاية المالك والعامل معاً فيكون ذلك المفهوم

ويكفي فيهما كل ما يدل عليهما من لفظ أو فعل أو نحو ذلك ولا يعتبر فيهما العربية ولا الماضوية^(١).

عقداً محتاجاً الى الايجاب من احدهما والقبول من الآخر» انتهى موضع الحاجة من كلامه.

ويرد عليه ان ما افاده من التقريب وان كان تاماً لكن لا يترتب عليه المدعى اذ لو فرض قيام الدليل على صحة المضاربة نلتزم به ومجرد صحتها لا يستلزم كونها من العقود وان شئت قلت لا اشكال في صحة المضاربة وكون الربح مشتركاً بين المالك والعامل انما الكلام في كونها من العقود أو من الايقاعات مضافاً الى أن تسلط العامل على نفسه لا يستلزم كون قبوله مقوماً للمضاربة فان الجعالة من الايقاعات ومع ذلك يملك العامل الجعل بعمله مع كونه مسلطاً على نفسه وباختياره يملك الجعل فالتسلط على النفس لا يكون دليلاً على المدعى نعم الظاهر ان كونها من العقود متسالم عليه عندهم قال سيد المستمسك قدس سره : « دعوى الاجماع على كون المضاربة من العقود المحتاجة الى الايجاب والقبول صريحة أو ظاهرة في كلام جماعة ».

وقال في الحقائق : « قال العلامة في التذكرة : لا بد في هذه المعاملة من لفظ ذال على الرضا من المتعاقدين ». وقال في الجواهر ما مضمونه : انه جعل العقد في التذكرة والقواعد من اركان هذه المعاملة وصفوة القول انه يظهر من كلماتهم في هذا المقام انه لا اشكال ولا كلام في كونها من العقود انما الكلام في بعض الخصوصيات والله العالم .

(١) ان تسم المدعى بالاجماع فهو والا فيشكل الجزم به فانه لا مجال لاثباته بوجوب الوفاء (* ١) بالعقد لانا ذكرنا سابقاً ان دليل وجوب الوفاء بالعقد ناظر

- الثاني البلوغ والعقل والاختيار في كل من المالك والعامل^(١)
وأما عدم الحجر من سفه أو فلس فهو انما يعتبر في المالك دون العامل^(٢)

الى اثبات اللزوم وغير ناظر الى الصحة كما انه لا مجال للتمسك بحلية التجارة
عن تراض (* ١) .

فان صدق التجارة على غير البيع محل الاشكال والكلام وعلى هذا الأساس
ينحصر الدليل في الاجماع نعم في هذه العجالة لا ارى مانعاً من التمسك ببعض
الاطلاقات الواردة في أبواب المضاربة منها ما رواه عبد الملك بن عتبة قال سألت
بعض هؤلاء يعني أبا يوسف وأبا حنيفة فقلت : اني لأزال ادفع المال مضاربة
الى الرجل فيقول : قد ضاع أو قد ذهب قال : فادفع اليه أكثره قرضاً والباقي
مضاربة فسألت أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك فقال : يجوز (* ٢) .

فان العنوان المستول عنه عنوان المضاربة ففي كل مورد صدق هذا العنوان
يترتب عليه حكمه عليه السلام بالجواز ومقتضاه كفاية كل مبرز لفظاً كان أو فعلاً
كما ان مقتضاه جواز انشائها بكل لفظ هرياً كان أو غيره ما ضوياً كان أو غيره
ولا حظ ما رواه ابن مسلم (* ٣) .

(١) هذه هي الشرائط العامة الجارية في جميع المعاملات وقد تعرض الماتن
لها في كتاب البيع في شرائط المتعاقدين وشرحنا ما أفاده هناك فراجع .

(٢) بتقريب انه لا دليل على كون الحجر من سفه أو فلس مانعاً عن التصرف في
النفس فالمرجع الأدلة الأولية الدالة على الجواز وحيث ان المالك يتصرف في
ماله دون العامل يكون الاشتراط مخصوصاً بالمالك ولا يجري في العامل وتفصيل

(١) النساء/ ٣٤

(٢) الوسائل الباب ٢ من احكام المضاربة الحديث ٢

(٣) لاحظ ص : ٥٢٥

الثالث تعيين حصة كل منهما من نصف أو ثلث أو نحو ذلك^(١)
 إلا أن يكون هناك تعارف خارجي ينصرف اليه الاطلاق^(٢) .

الكلام موكل الى كتاب الحجر .

(١) قال في المستمسك في شرح قول الماتن في هذا المقام « بلاخلاف كما في التذكرة بل ظاهر أنه لاخلاف فيه بين المسلمين ، وقد ذكره الأصحاب شرطاً للمضاربة على نحو ذكر المسلمات من دون تعرض منهم لتقل خلاف أو اشكال فكانه لاخلاف فيه بيننا » انتهى .

فان تم المدعى بالاجماع والتسالم فهو والافلللمناقشة فيه مجال اذ تارة يكون المراد من عدم التعيين التردد واخرى يكون المراد منه أن لا يكون معلوماً عند المتعاملين وان كان معلوماً في الواقع ويشار اليه بعنوان من العناوين أما على الاول فلا اشكال في البطلان فبان المردد لا واقع له ولا يصدق على ما في الخارج والا يلزم الخاف ، وأما على الثاني فلا مانع من الصحة الا من ناحية الفرر .

لاحظ ما رواه القاسم بن سلام باسناد متصل الى النبي صلى الله عليه وآله أنه نهى عن المجر الى أن قال وذلك غرر (* ١) .

وما رواه أيضاً باسناد متصل الى النبي صلى الله عليه وآله أنه نهى عن المناهذة الى أن قال : وهذه يبيع كان اهل الجاهلية يتبايعونها فنهى رسول الله صلى الله عليه وآله عنها لأنها غرر كلها (* ٢) .

وفيه : ان الدليل اخص من المدعى اذ يمكن تصوير المجهول على نحو لا يستلزم الفرر مضافاً الى ضعف سند حديث النهي عن الفرر .

(٢) اذ مع الانصراف يخرج عن كونه مجهولاً .

(١) الوسائل الباب ١٠ من أبواب عقد البيع الحديث : ٢

(٢) الوسائل الباب ١٢ من أبواب عقد البيع الحديث : ١٣

الرابع أن يكون الربح بينهما فلو شرط مقدار منه لاجنبي لم تصح المضاربة^(١) الا اذا اشترط عليه عمل متعلق بالتجارة^(٢) .
الخامس أن يكون العامل قادراً على التجارة اذا كان المقصود مباشرته للعمل وأما اذا كان عاجزاً عنه لم تصح هذا اذا اخذت المباشرة قيداً^(٣) وأما اذا كانت شرطاً لم تبطل المضاربة^(٤) ولكن يثبت للمالك الخيار عند تخلف الشرط^(٥) وأما اذا لم يكن لاهذا ولا ذاك وكان العامل عاجزاً عن التجارة حتى مع الاستعانة بالغير بطلت المضاربة^(٦) ولا فرق في البطلان بين تحقق العجز من الاول وطوره

(١) يمكن الاستدلال عليه بأن المستفاد من نصوص الباب كون الربح مشتركاً بين المالك والعامل فان لم يكن كذلك لا يكون العقد مصداقاً للمضاربة مضافاً الى أن الأصل عدم الجواز ولا مجال للاستدلال على الصحة بدليل الشرط اذ قد ذكرنا في كتاب البيع ان دليل الشرط ليس مشرعاً فيلزم احراز الجواز في الرتبة السابقة ثم اتمامه والزامه بالشرط .

(٢) بناء على جواز تعدد العامل كما سيتعرض له في المسئلة (٢٠) .

(٣) اذ مع العجز لاموضوع للمقابلة بين الربح والمنفعة وبعبارة اخرى كما ان الاجارة فاسدة مع فرض انتفاء المنفعة كذلك الحال في المقام وهذا ظاهر .

(٤) لعدم ما يوجب البطلان .

(٥) على ما هو المقرر عندهم من جواز اشتراط الخيار وهذا مورد الاشكال مضافاً الى أن عقد المضاربة جائز من الطرفين كما سيتعرض له في المسئلة (٨) فما فائدة جعل الخيار فيه فتأمل .

(٦) اذ قد مر انه مع العجز لامجال للصحة .

بعد حين فتنفسخ المضاربة من حين طرو العجز^١ .
 (مسألة ١) : الاقوى صحة المضاربة بغير الذهب والفضة
 المسكوكين بسكة المعاملة من الاوراق النقدية ونحوها^٢ وفي صحتها
 بالمنفعة أو بالدين اشكال^٣

(١) بل الصحيح أن يقال انه لا ينعقد صحيحاً بالنسبة الى زمان طرو العجز لأنه
 ينعقد صحيحاً ثم يبطل فلاحظ .

(٢) عن الجواهر : دعوى الاجماع بقسميه على الاشتراط . وعن التذكرة :
 نسبته الى علمائنا . وسيد المستمسك أفاد بأنه يكفي للاشتراط الأصل فان مقتضاه
 عدم صحة المضاربة بغير الذهب والفضة المسكوكين بسكة المعاملة .
 والذي يختلج ببالي القاصر انه لا مانع من الأخذ باطلاق النصوص الواردة
 في المقام وهي كثيرة منها ما رواه محمد بن مسلم (* ١) فان المال مطلق ولا وجه
 لتقييده بخصوص الذهب والفضة ومثله غيره في هذا الباب وفي بقية الأبواب
 فلاحظها والاشكال في الاستدلال بالنصوص بأنها ليست في مقام البيان من هذه الجهة
 فلامجال للأخذ باطلاقها، في غير محله اذ اصالة البيان في جميع الموارد محكمة
 وبعبارة واضحة المال بماله من المفهوم يصدق على الاوراق النقدية ومقتضى اطلاق
 كلام السائل شموله لها كما ان مقتضى القاعدة الأولية الأخذ بمقتضى اطلاق كلامه
 عليه السلام .

(٣) ادعى الاجماع على عدم الجواز والانصاف ان الاشكال في محله اذ لا دليل
 على كفاية المنفعة أو الدين ومقتضى الأصل الأولي عدم الجواز ويؤيده ادعاء
 الاجماع كما انه يؤيده أيضاً ما رواه السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال :
 قال أمير المؤمنين عليه السلام في رجل له على رجل مال فيتقاضاه ولا يكون عنده

(مسألة ٢) : لا يعتبر في صحة المضاربة أن يكون المال بيد العامل

فلو كان بيد المالك وتصدى العامل للمعاملة صحت^(١).

(مسألة ٣) : مقتضى عقد المضاربة الشركة في الربح^(٢) ويكون

لكل من العامل والمالك ما جعل له من الحصة نصفاً أو ثلثاً أو نحو ذلك^(٣)

فيقول هو عندك مضاربة قال : لا يصلح حتى تقبضه منه (* ١) .

(١) الانصاف ان الجزم بما أفاده مشكل اذ مضافاً الى أن كون المال بيد المالك خلاف المتعارف الخارجي لو شك في الصحة وعدمها لا يكون دليل يقتضي الجواز فان النصوص الواردة في باب المضاربة لا تعرض لها هذه الجهة ومن ناحية أخرى ان مقتضى الأصل الأولي عدم الجواز فما هو الدليل على الجواز فلاحظ .

ان قلت : مقتضى اطلاق بعض النصوص عدم الاشتراط لاحظ ما رواه المرادي قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يقول للرجل أبتاع لك متاعاً والربح بيني وبينك قال : لا بأس (* ٢) .

فان مقتضى اطلاق هذه الرواية عدم الاشتراط قلت مقتضى اطلاق هذه الرواية كفاية الاشتراء بالذمة وهل يمكن الالتزام به ؟ . وان شئت قلت : صدق عنوان المضاربة مع كون المال بيد العامل مورد الاشكال فلاشكال في تحقق الموضوع .

(٢) كما هو ظاهر نصاً وفتوى .

(٣) كما هو مقتضى العقد الواقع عليه ويستفاد المدعى من بعض النصوص

(١) الوسائل الباب ٥ من احكام المضاربة الحديث : ١

(٢) الوسائل الباب ٣ من احكام المضاربة الحديث : ١

وإذا وقع فاسداً كان للعامل اجرة المثل وللمالك تمام الربح^(١) .

(مسألة ٤) : يجب على العامل أن يقتصر على التصرف المأذون

فيه فلا يجوز التعدي عنه فلو أمره ان يبيعه بسعر معين أو ببلد معين أو سوق معين أو جنس كذلك فلا يجوز التعدي عنه^(٢) ولو تعدى الى غيره لم ينفذ تصرفه وتوقف على اجازة المالك^(٣) .

(مسألة ٥) : لا يعتبر في صحة المضاربة أن يكون المال معلوماً

قدرأً ووصفاً^(٤) كما لا يعتبر أن يكون معيناً فلو أحضر المالك مالين

لاحظ ما رواه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال قضى علي عليه السلام

في تاجر اتجر بمال واشترط نصف الربح فليس على المضاربة ضمان (*١) .

(١) أما كون اجرة المثل للعامل فللقاعدة ما يضمن وقاعدة الأقدام فان عمل

العامل لا يكون مبنياً على المجانية وحيث ان المضاربة فرضت فاسدة يكون له اجرة

مثل عمله وأما كون الربح للمالك فلأن الربح تابع للأصل والمفروض صحة

المعاملة حيث انها وقعت باذن المالك انما الفاسد المضاربة فلاحظ .

(٢) تصرف العامل في المال اما تصرف خارجي واما تصرف اعتباري وعلى

كلا التقديرين منوط بنظر المالك ويتوقف على اذنه والايكون التصرف الخارجي

حراماً والتصرف الاعتباري باطلاً وهذا واضح ظاهر مضافاً الى دلالة النصوص

على المدعى فلاحظ .

(٣) لأنه مع التعدي تكون المعاملة فضولية تحتاج الى الاجازة من المالك .

(٤) تارة بشكل من ناحية عدم المقتضي وعدم اطلاق يقتضي الصحة واخرى

من ناحية وجود المانع وهو لزوم القرار أما الاشكال من الناحية الأولى فيمكن دفعه

وقال قارضتك باحدهما صحت وان كان الاحوط أن يكون معلوماً كذلك ومعيناً^(١).

(مسألة ٦) : لاخسران على العامل من دون تفريط^(٢) وإذا اشترط المالك على العامل أن تكون الخسارة عليهما كالربح في ضمن العقد فالظاهر بطلان الشرط^(٣) نعم لو اشترط على العامل أن يتدارك الخسارة

بالاطلاق المتعقد في جملة من النصوص فانه اخذ في كثير من نصوص الباب عنوان دفع المال ومقتضى اطلاق هذا العنوان عدم تقيده بكونه معلوماً قدرأ أو وصفاً ، وأما الاشكال من الناحية الثانية ففيه اولا ان الجهل اعم من الفرر وثانياً لادليل على بطلان الفرر على نحو العموم والاطلاق فلاحظ .

(١) تارة يراد بقوله باحدهما المردد واخرى يراد به التخيير أما الصورة الأولى فلا اشكال في بطلانها اذ المردد لا واقع له ، وأما الصورة الثانية فسان كان المراد باحدهما الاشارة الى المعين في الواقع بأن يراد ما يكون مطلوباً للعامل فالظاهر صحتها لأن مرجع التردد الى المعين وأما اذا كان الايجاب معلقاً على قبول العامل فالظاهر فساد اذ المفروض توقف الايجاب على القبول والحال ان القبول يتوقف على الايجاب الا أن يرجع الى تقديم القبول على الايجاب والجزم بجوازه مشكل لعدم الدليل .

(٢) اذ لا مقتضى لضمانه مضافاً الى النص الخاص الوارد في المقام لاحظ ما رواه محمد بن قيس (*١) .

(٣) والوجه في البطلان كون الشرط المذكور مخالفاً للشرع فتكون باطلاً فان المستفاد من الدليل عدم كونه ضامناً فاشتراط الضمان على خلاف المقرر الشرعي

من كيسه اذا وقعت صح ولا بأس به^(١).

(مسألة ٧) : اذا كان لشخص مال موجود في يد غيره امانة أو غيرها فضاربه عليه صح^(٢) واذا كان المال في يده غصباً أو لغيره مما تكون اليد فيه يد ضمان فضاربه عليه فهل يرتفع الضمان بذلك أم لا قولان : الاقوى هو الاول ، وذلك لان عقد المضاربة في نفسه وان لم يقتض رضا المالك ببقاء المال في يده لما عرفت من أنه لا يعتبر في صحته كون المال بيد العامل الا ان عقد المضاربة من المالك على ذلك المال قرينة عرفية على رضاه ببقاء هذا المال في يده وتصرفه فيه نعم اذا لم تكن قرينة على ذلك لم يرتفع الضمان^(٣).

(مسألة ٨) : عقد المضاربة جائز من الطرفين فيجوز لكل منهما

فسخه^(٤)

مركز تحقيق مكتبة نور علوم اسلامی

وهل يوجب بطلان العقد أم لا؟ مقتضى القاعدة صحة العقد وبعبارة اخرى الشرط الفاسد لا يوجب فساد العقد .

- (١) اذ هو شرط سائح فلا مانع من الاشتراط ويشمله دليل نفوذ الشرط .
- (٢) اذ المقتضي للصحة موجود والظاهر انه لا مانع منها فتصح .
- (٣) تقدم الاشكال في صحة المضاربة مع كون المال في يد المالك فعليه يكون قوام المضاربة بكون المال في يد العامل ويترتب عليه عدم الضمان اذ عقد المضاربة على هذا الأساس يقتضي كون المال بيد العامل فلا مقتضي للضمان بعد تحقق المضاربة نعم لو قلنا بعدم الاشتراط المذكور كما هو مسلك الماتن فما أفاده من التفصيل تام فلاحظ .

(٤) مقتضى وجوب الوفاء بالعقود لزوم عقد المضاربة كبقية العقود وانما

سواء كان قبل الشروع في العمل أم بعده كان قبل تحقق الربح أو بعده كما انه لا فرق في ذلك بين كونه مطلقاً أو مقيداً الى أجل خاص^(١).
(مسألة ٩) : لا يجوز للعامل خلط رأس المال مع مال آخر لنفسه أو غيره الا مع اذن المالك عموماً أو خصوصاً^(٢) وعليه فلو خلط بدون اذنه ضمن ما تلف تحت يده من ذلك المال^(٣) ولكن هذا لا يضر بصحة

لا يلتزمون باللزوم للاجماع المدعى في المقام قال في الحقائق : « قد صرح جملة من الأصحاب بأنه لما كان القراض من العقود الجائزة فكل من المالك والعامل فسخه » الخ . وعن المسالك دعوى عدم الخلاف وعن الجواهر الاجماع بقسميه عليه .

(١) بدعوى كون معقد الاجماع مطلقاً ولولاه يشكل لعدم دليل لفظي، يؤخذ باطلاقه وللمناقشة فيه مجال اذ كيف يمكن تحصيل الاجماع الكاشف على المدعى على نحو الاطلاق الا أن يقال حيث انه لانص في المقام يكون الاجماع تعديداً لكن مع ذلك يكون للتأمل مجال قال في الحقائق : « قال في التذكرة : قد بينا ان القراض من العقود الجائزة من الطرفين كالوكالة والشركة بل هو بينهما فانه وكالة في الابتداء ثم يصير شركة في الأثناء » الى آخر ما نقل عنه فانه يستفاد من هذا الكلام ان مستند الالتزام بالجواز كون المضاربة داخلة تحت عنوان الوكالة والشركة .

(٢) اذ التصرف في مال الغير حرام والمفروض صورة عدم الاذن من المالك.

(٣) لقاعدة « على اليد » مضافاً الى النصوص الدالة على الضمان في صورة مخالفة المالك لاحظ ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في الرجل يعطي المال فيقول له ابت ارض كذا وكذا ولا تجاوزها واشتر منها ، قال : فان

المضاربة بل هي باقية على حالها والربح بينهما على النسبة^(١) .
(مسألة ١٠) : يجوز للعامل مع اطلاق عقد المضاربة التصرف بحسب ما يراه مصلحة من حيث البائع والمشتري ونوع الجنس^(٢) نعم لا يجوز له أن يسافر به من دون اذن المالك^(٣) الا اذا كان هناك تعارف ينصرف الاطلاق اليه^(٤) وعليه فلو خالف وسافر وتلف المال ضمن^(٥)

جاوزها وهلك المال فهو ضامن وان اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه وان ربح فهو بينهما (*) (١) .

وما رواه الحلبي أيضاً عن أبي عبد الله عليه السلام انه قال في المال الذي يعمل به مضاربة له من الربح وليس عليه من الوضعية شيء الا أن يخالف امر صاحب المال فان العباس كان كثير المال وكان يعطي الرجال يعملون به مضاربة ويشترط عليهم أن لا ينزلوا بطن واد ولا يشتروا اذا كبدا رطبة فان خالفت شيئاً مما أمرتك به فانت ضامن المال (*) (٢) فانه يستفاد منهما ومن غيرهما من النصوص ان عصيان العامل يوجب الضمان .

(١) اذ لا وجه لبطلانها وان شئت قلت لا تكون المضاربة بهذا القيد فتكون المضاربة بحالها والربح بينهما على النسبة .

(٢) كما هو ظاهر واضح اذ لا مقتضي لعدم الجواز .

(٣) لانه تصرف في مال الغير فلا يجوز مضافاً الى دلالة النصوص على المدعى فلاحظ .

(٤) كما هو ظاهر .

(٥) بمقتضى ضمان اليد والنصوص الواردة في المقام .

(١) الوسائل الباب ١ من احكام المضاربة الحديث : ٢

(٢) الوسائل الباب ١ من احكام المضاربة الحديث : ٧

وكذا الحال في كل تصرف وعمل خارج عن عقد المضاربة^(١).
 (مسألة ١١) : مع اطلاق العقد يجوز البيع حالا ونسيئة^(٢) اذا
 كان البيع نسيئة أمراً متعارفاً في الخارج ينصرف اليه الاطلاق^(٣)
 وأما اذا لم يكن أمراً متعارفاً فلا يجوز بدون الاذن الخاص^(٤) ولو
 خالف وباع نسيئة فعندئذ ان استوفى الثمن قبل اطلاع المالك فهو^(٥)
 وان اطعم المالك قبل الاستيفاء فان أجاز صح البيع^(٦)

(١) لوحدة الملاك وحكم الأمثال واحد .

(٢) كما هو ظاهر اذ مع الاطلاق وعدم ما يوجب التقييد يجوز ما يكون مصداقاً
 للمطلق .

(٣) لم يظهر لي وجه لهذا التقييد فان المانع عن الصحة انصراف المطلق
 عن مورد واما الانصراف اليه فلا يكون شرطاً للصحة بل يكفي صدق المطلق عليه
 وشموله اياه الا أن يكون المراد من الانصراف ظهور اللفظ في الجامع بين
 الامرين .

(٤) فان الجواز يحتاج الى الاذن ومع فرض عدم التعارف لا يشمل الاذن فلا
 يجوز التصرف لاخارجاً ولا اعتباراً وبعبارة اخرى التعارف الخارجي في المعاملات
 يمنع عن انعقاد الاطلاق .

(٥) مقتضى القاعدة الأولية بطلان المعاملة وتوقفها على اجازة المالك لكون
 المعاملة فضولية ويترتب عليها اختصاص الربح بالمالك ان أجاز، لكن مقتضى بعض
 النصوص ان الربح بينهما على خلاف القاعدة الأولية لاحظما رواه الحلبي(*) (١)
 فان الاستفادة من هذه الرواية ان يبيع العامل صحيح والربح بينهما .

(٦) اذ يصح العقد الفضولي بالاجازة كما هو المقرر عندهم ولكن مقتضى

والابطال^(١) .

(مسألة ١٢) : اطلاق العقد لا يقتضي بيع الجنس بالنقد بل يجوز بيع الجنس بجنس آخر ايضاً^(٢) نعم لو كان الجنس من الاجناس التى لا رغبة للناس فيها اصلاً فعندئذ لا يجوز ذلك لانصراف الاطلاق عنه^(٣) .

(مسألة ١٣) : يجب على العامل بعد عقد المضاربة العمل بما يعتاد بالنسبة اليه وعليه أن يتولى ما يتولاه التاجر لنفسه من الامور المتعارفة فى التجارة اللائقة بحاله فيجوز له استئجار من يكون متعارفاً استجاره كالدلال والحمال والوزان والكيال والمحل وما شا كل ذلك ومن هنا يظهر انه لو استأجر فيما كان المتعارف مباشرته فيه بنفسه فالاجرة من ماله لا من الوسط كما انه لو تولى ما يتعارف الاستئجار

القاعدة أن يكون الربح مختصاً بالمالك اذ المفروض ان العامل لم يعمل على ما وقع عليه العقد والنصوص المشار اليها الدالة على خلاف القاعدة لان شمل المقام ويمكن أن يقال ان مقتضى اطلاق حديث الحلبي وغيره شموله للمقام أيضاً فان اطلاق الحديث يقتضي الحكم بالصحة ولو مع عدم قبض الثمن فلاحظ .

(١) كما هو ظاهر فان البيع الفضولي لا يصح الا بالاجازة الا أن يقال مقتضى اطلاق حديث الحلبي الصحة ولو مع عدم الاجازة اللهم الا أن يكون الحكم بالصحة مع عدم الاجازة خلاف المتسالم عليه بينهم .

(٢) الأمر كما أفاده اذ لا مقتضى للانصراف .

(٣) فان القرينة المقامية تقتضي الانصراف المذكور .

له جازله أن يأخذ الاجرة ان لم يتصدله مجاناً^(١) .

(مسألة ١٤) : نفقة سفر العامل من المأكل والمشرب والملبس والمسكن واجرة الركوب وغير ذلك مما يصدق عليه النفقة من رأس المال اذا كان السفر باذن المالك ولم يشترط نفقته عليه وكذلك الحال بالاضافة الى كل ما يصرفه من الاموال في طريق التجارة نعم ما يصرفه مما لا تتوقف عليه التجارة فعلى نفسه والمراد من النفقة هي الائقة بحاله فلو أسرف حسب عليه نعم لو قتر على نفسه أو صار ضيفاً عند شخص لا يحسب له^(٢) .

(مسألة ١٥) : اذا كان شخص عاملاً لاثنين أو ازيد أو عاملاً لنفسه ولغيره توزع النفقة على نسبة العاملين على الاظهر لاعلى نسبة المالكين كما قبل^(٣) .

(١) الظاهر ان ما افاده تام مطابق للقاعدة الأولية ولا يحتاج الى بحث واستدلال فان الميزان في هذه الموارد هو المتعارف بين الناس فاذا لم يقدّر دليل على خلافه يكون المتعارف الخارجي هو المرجع فلاحظ .

(٢) الامر كما افاده فان المضارب عامل للمالك ونفقته عليه على ما هو المتعارف اللائق بحاله فاذا أسرف حسب عليه وأما لو قتر على نفسه أو صار ضيفاً فلا وجه للاحتساب له ولا مقتضي له وان شئت قلت انه مأذون في صرف نفقته من مال المالك بحيث يصرف فيها لأنه يأخذ هذا المقدار من مال المالك .

(٣) الحق ما افاده الماتن اذ لا وجه لملاحظة نسبة المالكين فان كلا من العقدين اجنبي عن الآخر ولا بد من ملاحظة ان العمل في كل منهما بأي مقدار يقتضي فالميزان

- (مسألة ١٦) : لا يشترط في استحقاق العامل النفقة تحقق الربح بل ينفق من اصل المال^١ نعم اذا حصل الربح بعد هذا تحسب منه ويعطى المالك تمام رأس ماله ثم يقسم الربح بينهما^٢ .
- (مسألة ١٧) : اذا مرض العامل في السفر فان لم يمنعه من شغله فله اخذ النفقة^٣ نعم ليس له اخذ ما يحتاج اليه المبرء من المرض^٤ وأما اذا منعه عن شغله فليس له اخذ النفقة^٥ .

بالعمل لا بالمال .

(١) فان العامل كالمالك فربما تكون التجارة رابحة واخرى لا تكون فعلى كلا التقديرين العامل نائب عن المالك ونفقته عليه فلا يشترط في استحقاق النفقة تحقق الربح .

(٢) فان الميزان في تحقق الربح ومقداره بعد اخراج المؤنة وهذا أمر متعارف في باب التجارات وخلافه يحتاج الى عناية خاصة ولحاظ مخصوص فما أفاده تام .

(٣) كما هو ظاهر اذ لا مقتضى لعدم الجواز بعد فرض كونه مشغولاً بوظيفته وعدم كون المرض مانعاً عن اشتغاله .

(٤) الانصاف انه ليس لما ذكر ميزان منضبط بل لا بد من الاحالة الى العرف وما يتعارف بين الناس واذا وصلت النوبة الى الشك يكون مقتضى القاعدة عدم جواز الأخذ فان التصرف في مال الغير يتوقف على الاذن والمفروض عدم احرازه فلا يجوز .

٥ (الأمر كما ذكرنا فان الميزان هو العرف والمتعارف ولا يبعد اختلاف الموارد .

(مسألة ١٨) : اذا فسخ عقد المضاربة في اثناء السفر أو انفسخ نفقة الرجوع عليه لاعلى المال المضارب به^١ .

(مسألة ١٩) : اذا اختلف المالك والعامل في أنها مضاربة فاسدة أو قرض ولم يكن هناك دليل معين لاحدهما فقد يكون الاختلاف من جهة ان العامل يدعي القرض ليكون الربح له والمالك يدعي المضاربة لئلا يكون عليه غير اجرة المثل ويكون الربح له ففي مثل ذلك يتوجه الحلف على المالك وبعده يحكم بكون الربح للمالك وثبت اجرة المثل للعامل^٢ وقد يكون من جهة ان المالك يدعي القرض لدفع الخسارة عن نفسه أو لعدم اشتغال ذمته للعامل بشيء والعامل يدعي المضاربة الفاسدة فيحكم فيه بعد التحالف بكون الخسارة على

(١) اذا لوجه لأخذه نفقة الرجوع من مال المالك بعد فرض ارتفاع العقد وانعدامه .

(٢) اذا مقتضى الأصل عدم كونه قرضاً فيكون المالك منكراً وعليه الحلف فيكون الربح للمالك لعدم ما يقتضي كون العامل شريكاً نعم حيث ان عمله يكون محترماً له اجرة المثل لكن العامل بدعواه القرض يكون مقرراً بعدم استحقاقه الاجرة فكيف يجوز له الأخذ .

الا أن يقال : انه لا مجال لهذا الاشكال اذ المفروض ان العامل يرى نفسه ذا حق غاية الأمر لاسبب احترام عمله بل بسبب آخر ويمكن أن يقال : ان الترافع عند الحاكم لحسم مادة النزاع وحيث انه لا دليل على القرض الذي يدعيه العامل ومن ناحية اخرى عمل العامل محترم والمالك معترف بعدم كون عمله مجانياً يحكم

المالك وعدم اشتغال ذمته للعامل هذا اذا كان الاختلاف بينهما في كونها مضاربة فاسدة أو قرصاً^(١) وأما اذا كان الاختلاف بينهما في أنها مضاربة فاسدة أو بضاعة فالظاهر في هذه الصورة أن يكون الربح تماماً للمالك بعد حلف المالك ولا يكون للعامل اجرة المثل^(٢) .

(مسألة ٢٠) : يجوز أن يكون المالك واحداً والعامل متعدداً سواء أكان المال واحداً ايضاً أو كان متعدداً وسواء أكان العمال متساوين في مقدار الجعل في العمل أم كانوا متفاضلين وكذا يجوز أن يكون المالك متعدداً والعامل واحداً^(٣) .

الحاكم يكون الربح للمالك واجرة المثل للعامل والله العالم بحقائق الأمور .
(١) فان دعوى كل منهما مخالفة للأصل فتصل التوبة الى اليمين وبعد التحالف يحكم بكون الخسارة على المالك لعدم دليل على كون الخسارة على العامل وخسارة كل عين على مالها بحسب القاعدة الأولية كما ان ضمان المالك للعامل على خلاف الأصل فيحكم بعدمه ويمكن أن يقال انه لا تصل التوبة الى التحالف في مفروض الكلام لأن مرجع الدعوى الى دعوى العامل حقاً على المالك وانكار المالك تلك الدعوى فمقتضى القاعدة أن يحلف المالك فلا مجال للتحالف فلاحظ .

(٢) أما كون تمام الربح للمالك فعلى طبق القاعدة الأولية ادعاء كل ملك تابع لذلك الملك وأما عدم الاجرة لعمل العامل فلعدم دليل عليه وان شئت قلت : ان المالك لا يدعي حقاً على العامل بل ينفي حق العامل المدعي على نفسه وأما العامل فهو يدعي أمراً مخالفاً للأصل فعليه البينة وأما المالك فعليه الحلف والله العالم .
(٣) قال سيد المستمسك قدس سره في هذا المقام « والظاهر انه لا اشكال ولا خلاف في جميع ذلك فقد ذكر في كثير من الكتب من دون تعرض لخلاف أو

(مسألة ٢١) : اذا كان المال مشتركاً بين شخصين وقارضا واحداً واشترطا له النصف وتفاضلا في النصف الاخر بأن جعل لاحدهما أزيد من الاخر مع تساويهما في رأس المال أو تساويافيه بأن كانت حصة كل منهما مساوية لحصة الاخر مع تفاضلهما في رأس المال فالظاهر بطلان المضاربة اذا لم تكن الزيادة في مقابل عمل^١ نعم لو كان المقصود من ذلك النقص على حصة العامل بمعنى ان احدهما قد جعل للعامل في العمل بماله اقل مما جعله الاخر مثلاً جعل احدهما له ثلث ربح حصته وجعل الاخر له ثلثي ربح حصته صحت المضاربة^٢ .

(مسألة ٢٢) : تبطل المضاربة بموت كل من المالك والعامل

تردد ويقتضيه اطلاق الأدلة انتهى كلامه ومراده من الأدلة ان كان العمومات فقد مر أنها لا تشمل المقام وان كان المراد النصوص الواردة في المقام فالانصاف انه لا يبعد أن يستفاد منها الاطلاق وان ابيت عن الاطلاق فلا أقل من أن العرف يفهم عدم الفرق بين الموارد ويستفيد عموم الحكم والله العالم .

(١) الذي يختلج ببالي القاصر في وجه عدم الجواز ان الشركة في المال تقتضي الشركة في الربح بالنسبة فالشرط المذكور مخالف للمقرر الشرعي الا أن تكون الزيادة في مقابل عمل فلا يكون منافياً للشركة لكن مقتضى هذا التقريب بطلان هذا الشرط وأما العقد فلا وجه لبطلانه لأنه ثبت في محله ان الشرط الفاسد لا يفسد العقد .

(٢) اذا لوجه للفساد فان اختيار مقدار الحصة للعامل بيد المالك .

أما على الأول فللفرض انتقال المال الى وارثه بعد موته فإبقاء المال بيد العامل يحتاج الى مضاربة جديدة وأما على الثاني فللفرض اختصاص الاذن به^(١).

(مسألة ٢٣): لا يجوز للعامل أن يوكل وكيلا في عمله أو يستاجر شخصا إلا بأذن المالك كما لا يجوز أن يضارب غيره إلا بأذنه فلو فعل ذلك بدون أذنه وتلف ضمن^(٢) نعم لا بأس بالاستئجار أو التوكيل في بعض المقدمات على ما هو المتعارف في الخارج المنصرف اليه الاطلاق^(٣).

(مسألة ٢٤): يجوز لكل من المالك والعامل أن يشترط على الآخر في ضمن عقد المضاربة مالا أو عملا كخياطة ثوب أو نحوها أو إيقاع بيع أو صلح أو وكالة أو قرض أو نحو ذلك^(٤) ويجب الوفاء بهذا الشرط^(٥) سواء تحقق الربح بينهما أم لم يتحقق وسواء ، أكان

(١) الأمر كما أفاده فإن وجه البطلان كما قرره فلاحظ .

(٢) كما هو ظاهر فإن التصرف في مال الغير لا يجوز بغير أذنه فليس له أن يتصرف في مال المالك لا التصرف الخارجي ولا التصرف الاعتباري ومع هذا الفرض لو تصرف يكون ضامناً لقاعدة اليد .

(٣) إذا المفروض شمول الاذن له فيجوز .

(٤) فإن المقتضى للاشتراط موجود والمانع مفقود فيصح الشرط بمقتضى دليل جوازه .

(٥) بمقتضى دليل وجوب الوفاء به .

عدم تحقق الربح من جهة مانع خارجي أم من جهة ترك العامل العمل بالتجارة^(١).

(مسألة ٢٥) : مقتضى عقد المضاربة ملكية العامل لحصته من حين ظهور الربح ولا تتوقف على الانقضاء أو القسمة^(٢)

(١) فان الشرط نافذ ولا وجه للتفريق بين الموارد وما ذكر من الأمور، لا وجه لأن يكون مانعاً بعد اطلاق الدليل وعدم ما يصلح أن يكون مانعاً فلاحظ.

(٢) عن المسالك انه لا يكاد يتحقق فيه مخالف ويمكن الاستدلال على المدعى بما رواه محمد بن قيس (ميسر) قال قلت لأبي عبدالله عليه السلام رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة فاشترى أباه وهو لا يعلم، فقال يقوم فاذا زاد درهما واحداً اعتق واستسعى في مال الرجل (* ١).

فان المستفاد من هذه الرواية ان العامل يملك الربح بمجرد الظهور اذلولاه لم يكن وجهه للانعتاق فوجه الانعتاق صيرورة العامل مالكا بمقدار حصته وهذا هو المدعى . مضافاً الى أن مقتضى عقد المضاربة كون الربح بينهما والمفروض تحققه فيكون بينهما ولأن الربح مملوك بلا اشكال ولا يكون بتمامه ملكاً للمالك فيكون مقدار منه مملوكاً للعامل ولاطلاق النصوص الدالة على أن الربح بينهما والمفروض تحققه فيكون مملوكاً لهما بالاشتراك .

وعن الجواهر الاشكال في القول المشهور بأن الربح غير موجود خارجي بل امر وهمي وليس قابلاً لأن يملك وأجاب عن هذا الاشكال سيد المستمسك قدس سره بقوله : « ان المراد من الربح في باب المضاربة الذي يشترك فيه المالك والعامل الحصة من العين الزائدة على مقدار رأس المال مالية لا الربح اللغوي

والعرفي كما يقوله في الجواهر كي يتوجه عليه ما ذكره من الاشكال « انتهى موضع الحاجة من كلامه رفع في علو مقامه .

والذي يختلج ببالي القاصر ان يقال انه ما المانع من الالتزام بالشركة في المالية نظير ارث الزوجة من البناء ونظير شركة الفقير في المال الزكوي على ما هو المعروف عندهم فلا يلزم أن تكون الحصصة من العين مملوكة كي يقال انه لا دليل على الاشتراك في العين واشتراك الربح لا يستلزم الاشتراك في العين .

وصفوة القول انه لا نرى مانعاً من كون المقام داخلاً في الشركة في المالية ولا يتوجه اشكال صاحب الجواهر قدس سره بأن الربح موهوم فانه كيف يكون موهوماً والحال انه يبذل لاجله الثمن ويصدق زيادة المالية ويتعلق به الخمس هذا من ناحية ومن ناحية اخرى ان الملكية امر اعتباري لا يلزم تعلقه بوجود خارجي ويؤيد ما ذكرنا ما أفاده السيد اليزدي قدس سره في عروته في مسئله (٣٤) من كتاب المضاربة وكون القيمة امراً وهمياً ممنوع هذا ما يخطر ببالي مع اعترافي بقصوري وقلة بضاعتي والله المستعان .

لكن الذي يستفاد من كلام الأصحاب في هذا المقام ان العامل يملك حصّة من العين بالنسبة قال السيد اليزدي قدس سره في العروة في مسئله (٣٤) من احكام المضاربة: ادعى الاتفاق على عدم كون مقدار حصّة العامل من الربح للمالك الخ . وقال السيد الاصفهاني قدس سره في الوسيلة في مسئله (٢٧) من كتاب المضاربة : « الظاهر صيرورة العامل شريكاً مع المالك في نفس العين الموجودة بالنسبة فيصح له مطالبة القسمة وله التصرف في حصته من البيع والصلح » . وقال سيدي الوالد قدس سره في الذخيرة في مسئله (٣١) من كتاب المضاربة يملك العامل حصته من الربح الى أن قال : وصحة تصرفاته فيه بالبيع الخ . فالمتحصل من كلام الأصحاب في المقام اشتراك العامل مع المالك في نفس

نعم لو عرض بعد ذلك خسران أو تلف يجبر به الى أن تستقر ملكية العامل^(١) وهل يكفي في الاستقرار قسمة تمام الربح بينهما لحسب من دون فسخ المضاربة أو لا يكفي؟ وجهان الظاهر هو الاول^(٢) وعليه

العين الخارجية لافي الربح بالمعنى العرفي اللغوي وهذا القول اى تحقق ملكية العامل بظهور الربح هو المشهور بين الأصحاب وفي قبال هذا القول اقوال اخر منها أن العامل لا يملك الا بالانضاض بدعوى ان قبله لاجود للربح كى يملك وقد ظهر الجواب عن هذا التقريب بما ذكرنا والذي يشهد لفساد هذه الدعوى ان المالك ليس له الفسخ والاستقلال بالعين وأيضاً يكون للعامل حق المطالبة بالقسمة فلاحظ. ومنها : أن يصير ملكاً بالقسمة واستدل لهذا القول على ما قيل : بأنه لو ملك قبل القسمة يلزم أن يكون النقصان الحادث بعد ذلك شايعاً في المال كسائر الأموال المشتركة وأيضاً لازمه اختصاص العامل بربح ما ملكه وينب الاشكال بأن ملكه قبل القسمة متزلزل فلا يستقر الا ببقاء المال سالماً وأيضاً مقتضى جعل مقدار من الربح وتعيينه مانع عن الزايد عليه .

مضافاً الى أن الاشكال متوجه على القول بكون الحصة من العين مملوكة للعامل وأما على القول بالشركة في المالية فلا لكنه قد مر ان المتسالم عليه عندهم اشتراكه في نفس العين بالنسبة .

ومنها : ان القسمة كاشفة عن الملك السابق وربما يستدل عليه بأن القسمة بنفسها لا تكون مملكة فتكون كاشفة عن الملك وهذا القول لا ينافي القول المشهور وكيف كان الحق ما ذهب اليه المشهور .

(١) كما هو مقتضى عقد المضاربة اذ الربح انما يقسم بعد اخراج المؤنة وتدارك الخسارة وان شئت قلت : ان الربح وقاية لرأس المال فلاحظ .

(٢) يظهر من كلام الجواهر : انه تنصور في المقام صور :

الصورة الأولى : أن ينضم الى الظهور الانضاض مع الفسخ والقسمة قال
قدس سره : « لا ريب في الاستقرار حيثئذ ضرورة انتهاء العقد بجميع توابعه مع
تراضيهما بذلك » . والأمر كما افاده فان المفروض انتهاء امر المضاربة بتمام
معنى الكلمة وان شئت قلت : لا كلام عندهم في الاستقرار في هذا الفرض .

الصورة الثانية : الصورة بحالها مع عدم القسمة ويمكن أن يقال - كما هن
جملة من الأساطين - : انه يستقر الملك في هذه الصورة بتقريب ان رأس المال
ناض والعقد مرتفع بالفسخ ولا مجال لاستصحاب بقاء حكم المضاربة اذ فيه مضافاً
الى أن المفروض انتفاء الموضوع معارض باستصحاب عدم الجعل الزائد والانصاف
ان هذا القول وجيه .

الصورة الثالثة : أن يفسخ العقد بلا أن ينض المال فان حصلت القسمة يستقر
اذا المفروض انقطاع حكم القراض بالفسخ .

الصورة الرابعة : أن تحصل القسمة فقط قال في الجواهر : « ولا ريب في عدم
مدخلية في الاستقرار » الى آخر كلامه .

اذا عرفت ما تقدم نقول لا يبعد أن يقال ان الموجب للاستقرار هو الفسخ فانه
بالفسخ يرتفع العقد وينتهي امد المعاملة فلا مجال لترتيب احكامها فكل من المالك
والعامل يختص بحصته ويستقر ملك العامل فالخسران المتأخر عن الفسخ لا يتوجه
اليه والله العالم بحقايق الامور .

(١) بل التلف بعد الفسخ لا يتوجه الى العامل كما تقدم لكن مع عدم القسمة
لا بد من الالتزام بالاشاعة ومسح فرض الاشاعة يتوجه الضرر الى كليهما بمقتضى
الاشاعة فلا حظ وصفوة القول : انه مع الاشاعة لا بد من الالتزام باشتراك الضرر

(مسألة ٢٦) : اذا ظهر الربح وتحقق في الخارج فطلب احدهما قسمته فان رضي الاخر فلاماتم منها^١ وان لم يرض فان كان هو المالك فليس للعامل اجباره عليها^٢ وان كان هو العامل فالظاهر ان للمالك اجباره عليها^٣ وان اقتسماه ثم عرض الخسران فان حصل بعده ربح جبره اذا كان بمقداره او اكثر وأما اذا كان الاقل منه وجب على العامل رد اقل الامرين من مقدار الخسران وما اخذه من

أيضاً .

(١) كما هو ظاهر اذ مع توافقهما على القسمة لامجال لعدم صحتها .

(٢) استدلل على المدعى بلزوم الضرر لاحتمال الخسران بعد ذلك . واورد عليه بأن احتمال الضرر باحتمال الخسران غير مطرد مع انه لا يمنع عن القسمة وانما يمنع عن وجوب تمكين العامل من حصته مضافاً الى امكان تدارك الضرر المحتمل بأخذ الكفيل ويضاف الى ذلك كله ان احتمال الضرر المالي غير منفي وغير مأخوذ موضوعاً للأحكام وانما المأخوذ الضرر النفسي ويمكن أن يقال في وجه عدم الاجبار ان العقد باق بحاله ولم يفسخ فلا مقتضي للالتزام المالك بالقسمة وبعبارة اخرى مادام العقد باقياً لا وجه للالتزام بالتقسيم .

(٣) قال السيد اليزدي في عروته : « قيل وان لم يرض العامل فكذلك أيضاً لأنه لو حصل الخسران وجب عليه رد ما أخذه ولعله لا يقدر بعد ذلك عليه لقواته في يده وهو ضرر عليه . وفيه ان هذا لا يعد ضرراً فالأقوى انه يجبر اذا طلب المالك » انتهى .

ويمكن الاستدلال على المدعى بالتقريب المتقدم وهو ان العقد باق فلا وجه للاجبار وطريق الاحتياط ظاهر .

الربح" وكذلك الحال فيما اذا باع العامل حصته من الربح أو وهبها أو نحو ذلك ثم طرأت الخسارة على مال المضاربة غاية الامر ان على العامل في هذه الصورة دفع اقل الامرين من قيمة ما باعه أو وهبه ومقدار الخسران^٢ ولا يكشف الخسران اللاحق عن بطلان البيع أو الهبة أو نحوهما بل هو في حكم التلف^٣.

(مسألة ٢٧) : لا فرق في جبر الخسارة بالربح بين الربح السابق واللاحق مادام عقد المضاربة باقياً^٤ بل الاظهر الجبر وان كانت الخسارة قبل الشروع في التجارة كما اذا سرق في اثناء سفر التجارة قبل الشروع فيها أو في البلد قبل الشروع في السفر هذا في تلف

(١) بتقريب ان حكمه متزلزل فلا بد من جبران الخسارة به ولا يبعد ان ما افاده في المقام يناقض ما تقدم منه في الفرع السابق حيث حكم بأن التلف بعد القسمة لا يكون محسوباً من الربح .

(٢) بعين التقريب .

(٣) لأن المفروض ان التصرف وقع من المالك في ملكه فلا وجه لفساده . غاية الأمر يكون حكمه حكم تلف الربح فالعامل ضامن لذلك المقدار وبعبارة واضحة ان ملك العامل يتحقق حين ظهور الربح والخسران المتأخر لا يكشف عن عدمه غاية الأمر اذا تحقق الخسران يرجع ويخرج عن ملكه فالمراد من التزلزل وعدم الاستقرار عوده بعد ثبوته لاعداد تحققه أصلاً هذا فيما يكون باقياً وأما لو تلف بالبيع ونحوه يكون العامل ضامناً للبدل .

(٤) كما هو مقتضى عقد المضاربة فان بنائه على جبران الخسارات بالأرباح والشركة في الربح بعد التصفية .

البعض^١ وأما لوتلف الجميع قبل الشروع في التجارة فالظاهر انه موجب لبطلان المضاربة هذا في التلف السماوي^٢ وأما اذا أتلفه العامل أو الاجنبي فالمضاربة لا تبطل اذا ادى المتلف بدل التالف^٣.

(مسألة ٢٨) : فسخ عقد المضاربة او انفساخه تارة يكون قبل الشروع في العمل واخرى بعده وقبل ظهور الربح وعلى كلا التقديرين لاشياء للمالك ولا عليه وكذا العامل مسن دون فرق بين أن يكون الفسخ من العامل أو المالك^٤ نعم لو كان الفسخ من العامل بعد السفر باذن المالك وصرف مقدار من رأس المال في نفقته فالاحتياط في هذه الصورة لا يترك^٥ واذا كان الفسخ أو الانفساخ بعد حصول الربح

(١) اذ المفروض تحقق عقد المضاربة فلا فرق في الخسارة المجبورة بالربح بين القبل والبعد .

(٢) اذ مع التلف السماوي لاموضوع للعقد فيبطل بنفسه وهذا ظاهر .

(٣) اذ بدل التالف يقوم مقامه بقانون بدلية البذل وفيه تأمل الا أن يشمله عقد المضاربة .

(٤) لعدم مقتضي .

(٥) لاشكال في حسن الاحتياط ولكن مقتضى الصناعة انه ليس على العامل شيء فان مقتضى قانون المضاربة أن يكون المصارف على المالك ومن ناحية اخرى ان العامل له الفسخ كما ان للمالك نعم اذا كان العامل قاصداً للفسخ من اول الأمر وان اقدمه بالمعاقدة لاجل السفر وبذل نفقة السفر من كيس المالك فيمكن أن يقال بأن شمول اطلاق الدليل اياه مشكل .

فان رضى كل من المالك والعامل بالقسمة فلا كلام^(١) وان لم يرض احدهما اجبر عليها^(٢).

(مسألة ٢٩) : اذا كانت في مال المضاربة ديون فهل يجب على العامل اخذها بعد الفسخ أو الانقاسخ أولاً؟ وجهان والوجوب ان لم يكن اقوى فهو احوط^(٣) نعم لا يجب على العامل بعده الا التخلية بين المالك وبين ماله وأما الايصال اليه فلا يجب الا اذا أرسله الى بلد آخر فعندئذ الاظهر وجوب الرد الى بلده^(٤).

(مسألة ٣٠) : اذا اختلف المالك والعامل في مقدار رأس المال الذي أعطاه للعامل بأن يدعي المالك الزيادة وانكرها العامل

(١) كما هو ظاهر . *مركز تحقيق مكتبة نور*

(٢) اذ المفروض تحقق الشركة فلكل منهما اقرار حقه ولا حق للآخر أن يمنع فيجبر والله العالم .

(٣) مقتضى القاعدة الاولية عدم الوجوب بعد فرض فسخ العقد وانتهاء المعاملة ولكن اذا دلت القرائن على اذن المالك بالأداة مشروطاً بالاستيفاء وبعبارة اخرى لودلت القرائن على لزوم جباية الديون بعد الفسخ يجب عليه وهذا يختلف بحسب اختلاف الموارد .

(٤) الظاهر ان هذه الامور ليس لها ميزان منضبط فكل امر متعارف ومتداول في المعاملات الواقعة بين العقلاء والعرف لا بد من رعايته وفي غيره يكون الأمر تابعاً للقرائن الشخصية فلو لم يكن متعارف في الخارج ولم يكن دليل خاص على امر يكون مقتضى القاعدة عدم وجوب أمر على العامل بعد الفسخ فلاحظ .

قدم قول العامل مع يمينه اذا لم تكن للمالك بينة عليها ولا فرق في ذلك بين كون رأس المال موجوداً أو تالفاً مع ضمان العامل واذا اختلفا في مقدار نصيب العامل بأن يدعي المالك الاقل والعامل يدعي الاكثر فالقول قول المالك^(١).

(مسألة ٣١) : اذا ادعى المالك على العامل الخيانة والتفريط فالقول قول العامل^(٢) نعم لو ادعى المالك على العامل انه شرط عليه بأن لا يشتري الجنس الفلاني أو لا يبيع من فلان أو نحو ذلك والعامل ينكره فالقول قول المالك فان الشك يرجع الى أن المالك هل اذن فيما يدعيه العامل ام لا فالأصل عدمه^(٣).

(١) ما أفاده ظاهر واضح فان البينة على المدعي واليمين على من انكر ، وبمقتضى هذه القاعدة يكون قول العامل في القسم الأول من الدعوى موافقاً مع الأصل والبينة على المالك كما ان قول المالك في القسم الثاني موافقاً مع الأصل فالبينة على العامل فلاحظ .

(٢) فان قول المالك المدعي للخيانة مخالف للأصل فلا بد له من اقامة البينة .
(٣) الذي يختلج ببالي القاصر انه لا بد من التفصيل بأن نقول كل عمل صادر من العامل اذا كان محتاجاً الى اذن خاص من المالك فاذا ادعى العامل الاذن والمالك انكره يكون قول المالك موافقاً مع الأصل والبينة على العامل وأما كل فعل صادر من العامل يكون جائزاً على طبق عقد المضاربة وعدم جوازه يشترط فيه بمنع من المالك فادعى المالك المنع ويكون العامل منكراً تكون البينة على المالك لكون قوله مخالفاً مع الأصل واليمين على العامل الا أن يقال ان مرجع نزاع العامل

(مسألة ٣٢) : لو ادعى العامل التلف وانكره المالك قدم قول العامل وكذا الحال اذا ادعى الخسارة^(١) أو عدم الربح أو عدم حصول المطالبات مع فرض كونه مأذوناً في معاملات النسبة^(٢) ولا فرق في سماع قول العامل في هذه الفروض بين أن يكون الدعوى قبل فسخ المضاربة أو بعده^(٣) بل الاظهر سماع قوله حتى فيما اذا ادعى بعد الفسخ التلف بعده^(٤) .

(مسألة ٣٣) : اذا مات العامل وكان عنده مال المضاربة فان كان

والمالك في مثله الى دعوى العامل أمراً ينكره المالك فتكون البينة على العامل اللهم الا أن يكون قوله موافقاً للظاهر المعتبر فلاحظ .

(١) عن الجواهر : بلا اشكال ولا خلاف ويمكن الاستدلال ببعض النصوص لاحظ ما رواه مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ليس لك أن تأتمن من خائفك ولا تتهم من أئتمنت (* ١) . وما رواه مسعدة بن زياد عن جعفر بن محمد عن أبيه عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه وآله قال : ليس لك أن تتهم من قد ائتمنته ولا تأتمن الخائن وقد جربته (* ٢) فان المستفاد من الحديثين انه لا يجوز اتهام الأمين .

(٢) لما تقدم مضافاً الى أن قوله موافق مع اصالة العدم .

(٣) اذ المفروض انه أمين وليس على الأمين الا البمين .

(٤) بتقريب ان العرف يفهم من ادلة عدم ضمان الأمين انه لا مجال لاتهامه بالخيانة والقول قوله يمينه ولا يبعد أن نقول بتمامية التقريب المذكور والله العالم .

معلوماً بعينه فلا كلام^(١) وان علم بوجوده في التركة من غير تعيين فيأخذ المالك مقدار ماله منها^(٢) ولا يكون المالك شريكاً مع الورثة بالنسبة على الاظهر الاقوى^(٣).

(مسألة ٣٤): اذا كان رأس المال مشتركاً بين شخصين فضاربا واحداً ثم فسخ احد الشريكين دون الاخر فالظاهر بقاء عقد المضاربة بالاضافة الى حصة الاخر^(٤).

(١) كما هو واضح ظاهر.

(٢) لم يعلم وجهه مع عدم تميزه ولا يبعد أن يكون المورد من موارد جريان الفرعة فانها لكل أمر مشكل.

(٣) لعدم ما يقتضي الشركة فان مجرد الاختلاط الخارجي مسع تميز البعض عن البعض الاخر لا يقتضي الشركة والنص الوارد في المقام ضعيف سنداً وهو ما رواه السكوني عن جعفر عن ابيه عن آبائه عن علي عليهم السلام انه كان يقول: من يموت وعنده مال مضاربة قال: ان سماه بعينه قبل موته فقال هذا لفلان فهو له وان مات ولم يذكر فهو اسوة الغرماء (* ١).

(٤) اذا لوجه لانفساخ الاخر وبعبارة اخرى المفروض تحقق المضاربة مع كل منهما فلكل واحد حكمه لكن يشكل الجزم به فان المفروض عقد واحد ومضاربة واحدة فكيف يمكن انفساخ بعضه وبقاء الاخر وتعبير واضح ان العقد واحد على الفرض فكيف يمكن الالتزام بانفساخه وبقائه بل يشكل فسخ احدهما دون الاخر مع فرض كون العقد واحداً اذ العقد الواحد له خيار واحد والا يلزم جواز الأخذ بخيار المجلس بالنسبة الى بعض المبيع وهل يمكن الالتزام به، نعم اذا كان كل

(مسألة ٣٥) : إذا اخذ العامل مال المضاربة وأهفاه عنده ولم يتجربه الى مدة قليلة أو كثيرة لم يستحق المالك عليه غير أصل المال وإن كان عاصباً في تعطيل مال الغير^(١).

(مسألة ٣٦) : إذا اشترط العامل على المالك في عقد المضاربة عدم كون الربح جابراً للخسران المتقدم على الربح أو المتأخر عنه فالظاهر الصحة^(٢).

واحد منهما ضارب واحداً لآخرى نحو الاشتراك فلا مانع من الالتزام بما أفيد في المتن لأن العقد متعدد ويترتب على كل واحد حكمه فلاحظ .

(١) لعدم موجب للضمان ومجرد العصيان والمخافة لا يوجب الضمان كما هو ظاهر .

(٢) الذي يختلج بآل القاضين هذا الشرط لا يصح لأنه خلاف المقرر الشرعي فإن المستفاد من الدليل أن المضاربة تقتضي شرعاً أن يكون الربح بين المالك والعامل ويكون الخسران على المال لاحظ ما رواه اسحاق بن صمار عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألت عن مال المضاربة، قال: الربح بينهما والوضيعة على المال(*) (١) فإن المستفاد من هذا الحديث أن الخسران وارد على المال ولكن الربح بينهما وبعبارة أخرى المستفاد من الرواية أن الخسران الوارد على المال لا يجبر بشيء لامن مال المالك ولا من مال العامل ولا يخرج بأزائه شيء من كيس المتعاملين وأما الربح الحاصل فيدخل في كيسهما .

مضافاً إلى ما أفاده سيد المستمسك قدس سره في هذا المقام بقوله : هذا من

كتاب الودیعة

وهی من العقود الجائزة^(١) ومفادها الائتمان في الحفظ^(٢).

(مسألة ١) : يجب حفظ العين^(٣)

الأحكام المسلمة بينهم وفي المسائل كانه محل وفاق ويفتضيه ما عرفت من ان الربح
المجموع للعامل ما زاد على تدارك النقص المالي الحادث من خسران أو تلف «
انتهى موضع الحاجة من كلامه .

وفي المراجعة الأخيرة لم نثر على كلامه وكيف كان الاشتراط المذكور
خلاف الحكم الشرعي فيكون باطلا والحمد لله أولا وآخر أظهاراً وباطناً والصلوة
والسلام على محمد وآله الطاهرين المعصومين والسلام علينا وعلى عباد الله الصالحين
ورحمة الله وبركاته .

(١) بلا اشكال ولا خلاف بل الأجماع بقسميه عليه وهو الحجة في تخصيص الآية
وغيرها من أدلة اللزوم هكذا في الجواهر .

(٢) فهي الأمانة بالمعنى الأنحص .

(٣) يمكن الاستدلال على المدعى بوجوه: الاول : الأجماع بل لا يبعد أن يقال
وجوب حفظ الأمانة من الأحكام القطعية فلا مجال للنقاش في الأجماع من حيث
احتمال كونه مدركياً . الثاني: انه من مقتضيات العقد فان مرجع عقد الودیعة الى
الاستنباط في الحفظ .

الثالث : الايات : منها قوله تعالى : ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى
اعلها (*) (١) .

ومنها قوله تعالى فان امن بعضكم بعضاً فليؤد الذي اؤتمن امانته (* ١) .
والروايات: منها ما رواه أبو كهمس عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: عبد الله بن أبي يعفور يقرأك السلام، قال: وعليك وعليه السلام، اذا أتيت عبد الله فاقراه السلام وقل له ان جعفر بن محمد يقول لك: انظر ما بلغ به علي عند رسول الله صلى الله عليه وآله فالزمه، فان علياً عليه السلام انما بلغ ما بلغ به عند رسول الله صلى الله عليه وآله بصدق الحديث وأداء الأمانة (* ٢) .

ومنها: ما رواه اسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا تغفروا بكثرة صلاتهم ولا بصيامهم فان الرجل ربما لهج بالصلاة والصوم حتى لو تركه استوحش ولكن اختبروهم عند صدق الحديث وأداء الأمانة (* ٣) .

ومنها: مرفوعة أبي طالب قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: لا تنظروا الى طول ركوع الرجل وسجوده فان ذلك شيء اعتاده فلو تركه استوحش لذلك ولكن انظروا الى صدق حديثه وأداء أمانته (* ٤) .

ومنها: ما رواه سدير عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال ابوذر: سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول: حاقنا الصراط يوم القيمة الرحم والأمانة، فاذا مر الوصول للرحم المؤدي للأمانة نفذ الى الجنة، واذا مر الخائن للأمانة القطوع للرحم لم ينفعه معها عمل، وتكفأ به الصراط في النار (* ٥) .

ومنها: ما رواه عبد الرحمن بن سيابة عن أبي عبد الله عليه السلام (في حديث)

(١) البقرة/٢٨٣

(٢) الوسائل الباب ١ من ابواب أحكام الودعة الحديث : ١

(٣) نفس المصدر الحديث : ٢

(٤) نفس المصدر الحديث : ٣

(٥) نفس المصدر الحديث : ٤

قال : ألا اوصيك ؟ قلت : بلى ، قال : عليك بصدق الحديث وأداء الأمانة تشرك الناس في اموالهم هكذا ، وجمع بين اصابه قال : فحفظت ذلك عنه فزكيت ثلاثمائة الف درهم (* ١) .

ومنها : ما رواه ابن أبي العلاء عن الصادق عليه السلام قال : احب العباد الى الله عزوجل رجل صدوق في حديثه محافظ على صلاته وما افترض الله عليه مع اداء الامانة ، ثم قال : من اؤتمن على امانة فأداها فقد حل الف عقدة من عنقه من عقد النار ، فباد رواه اداء الامانة فان من اؤتمن على امانة وكل به ابليس مائة شيطان من مردة اعوانه ليضلوه ، ويوسوسوا اليه حتى يهلكوه الا من عصمه الله (* ٢) .

ومنها : ما رواه ابراهيم بن محمد الهمداني عن محمد بن علي الجواد عليهما السلام عن ابيه عن آبائه عن علي عليه السلام قال : لا تنظروا الى كثرة صلاتهم وصومهم وكثرة الحج والمعروف وطنطتهم بالليل ، انظروا الى صدق الحديث واداء الامانة (* ٣) .

ومنها : ما رواه أبو ولاد عن أبي عبد الله عليه السلام قال : كان ابي يقول : اربع من كن فيه كمل ايمانه ولو كان ما بين قرنه الى قدمه ذنوباً لم ينقصه ذلك قال : هي الصدق واداء الامانة والحياء وحسن الخلق (* ٤) .

ومنها : ما رواه موسى بن بكر عن أبي ابراهيم عليه السلام قال : اهل الارض بخير ما يخافون وادوا الامانة وعملوا بالحق (* ٥) الى غيرها من الروايات لاحظ

(١) نفس المصدر الحديث : ٦

(٢) نفس المصدر الحديث : ٧

(٣) نفس المصدر الحديث : ٨

(٤) نفس المصدر الحديث : ٩

(٥) نفس المصدر الحديث : ١٠

بمجرى العادة^(١) واذا عين المالك محرراً تعين^(٢) فلو خالف ضمن^(٣)
الامع الخوف اذا لم ينص المالك على الخوف^(٤) والا ضمن حتى مع
الخوف^(٥) وكذا يضمن لو تصرف فيها تصرفاً منافياً للاستئمان وموجباً

النصوص الدالة على المدعى في الباب الثاني ، من أبواب أحكام الوديعة من
الوسائل فان الايات والروايات المشار اليها تدل على وجوب حفظ الامانة بتقريب
انه لو لم يكن الحفظ واجباً لم يكن الرد كذلك .

الرابع ما يدل على الضمان مع التفريط لاحظ مكانة محمد بن الحسن قال
كتبت الى أبي محمد عليه السلام رجل دفع الى رجل وديعة وامره أن يضعها في
منزله او لم يأمره « به » فوضعها في منزل جاره فضاعت هل يجب عليه اذا خالف
امره واخرجها عن ملكه ؟ فوقع عليه السلام هو ضامن لها انشاء الله (* ١) بتقريب
انه لولا وجوب الحفظ لم يكن وجه للضمان .

(١) كالثوب في الصندوق والشاة في المراح والدابة في الاصطبل الى غيرها
اذ لاحد له شرعاً فالمرجع هو العرف كما هو ظاهر .

(٢) لحرمة التصرف في مال الغير بغير اذنه .

(٣) لانه عاد بالمخالفة فلا تكون يده يد امانة بل يد عدوان .

(٤) بتقريب ان الودعي في هذا الفرض مأذون في التصرف ومحسن وما على
المحسنين من سبيل ولا يبعد أن يقال انه لا مقتضي للضمان في هذه الصورة وبتعبير
آخر القصور في المقتضي .

(٥) اذ مع نص المالك لامجال للودعي التصرف في المال ويصدق انه متعد
وربما يقال كما يشاهد في كلماتهم انه يجوز له النقل مع الخوف ولو مع نهى

لصدق الخيانة كما اذا خلطها بماله بحيث لا تتميزز أو اودعه كيساً مختوماً ففتح ختمه او اودعه طعاماً فاكل بعضه او دراهم فاستقرض بعضها^(١) واذا اودعه كيسين فتصرف في احدهما ضمنه دون الاخر^(٢) واذا كان التصرف لا يوجب صدق الخيانة كما اذا كتب على الكيس بيتاً من الشعر او نقش عليه نقشاً او نحو ذلك فانه لا يوجب ضمان الوديعة وان كان التصرف حراماً لكونه غير مأذون فيه^(٣).

(مسألة ٢) : يجب على الودعي علف الدابة وسقيها ويرجع به

على المالك^(٤).

المالك لأنه يجب عليه حفظ المال والنهي عن اضاءة المال فيجب النقل كي يحفظ وما افيد لا يرجع الى محصل صحيح اذ لا دليل على وجوب الحفظ بالنسبة الى الاجنبي والنهي عن الاضاءة متوجه الى المالك فالحق ما أفاده في المتن والله العالم.
(١) كما هو ظاهر لخروج اليد عن كونها امانية والنتيجة هو الضمان فلاحظ.
(٢) لعدم سراية حكم احدهما الى الاخر فيرتب على كل كيس حكمه كما هو المقرر .

(٣) كما هو ظاهر لعدم ما يقتضي الضمان ولا تنافي بين تحقق الأثم بالتصرف غير المجاز وعدم الضمان .

(٤) تارة يأمر المالك بذلك واخرى ينهى عنه وثالثة يكون ساكتاً عن هذه الجهة .

أما في الصورة الاولى فيجب عليه علف الدابة وسقيها لأن حفظ الحيوان يتوقف عليهما فيجب على الودعي فان شأن الودعي حفظ المال عن التلف والمفروض ان العلف والسقي من مقدماته فيجب من باب وجوب مقدمة الواجب . وملخص الكلام

(مسألة ٣) : اذا فرط الودعي ضمن^١

انه لاشكال عندهم في الوجوب وأما رجوعه الى المالك فلأن المالك أستوفى المنفعة بالأمر وبناء المعاملة على الضمان لا المجانية .

وأما الصورة الثانية : فلا يجب عليه الحفظ على الإطلاق اذ المفروض ان المالك ينهى عن التصرف فيه بهذا النحو واحترام المال لا يقتضي الوجوب ولذا لا يجب التقاط الحيوان وبعبارة اخرى لادليل على حفظ مال الغير عليه ليس الرجوع الى المالك في هذه الصورة لو علفها او سقاها .

وأما الصورة الثالثة : فان كان في الواقع ونفس الامر تدخل تحت الصورة الاولى يلحقها حكمها وان كانت داخلة تحت الصورة الثانية يلحقها حكمها كذلك اذ لا يخلو الامر في الواقع عن احد القسمين وان لم يكن الواقع معلوماً ومحرزاً فمقتضى الاصل عدم طيب نفس المالك بالعلف والسقي فلا يجوز لكن هل يمكن الالتزام به ؟ الحق انه في غاية الاشكال ولا يبعد ان السيرة العقلانية في امثال المقام الحفظ بمقدماته ثم الرجوع الى المالك .

ويؤيد المدعى بل يدل عليه ما رواه أبو ولاد فان السائل يسئل الامام عليه السلام عن علف الدابة وضمانه قال عليه السلام « ليس لك علفه عليه لأنك غاصب » فيفهم من أن الميزان في الضمان وعدمه صدق عنوان الغصب وعدمه فانه مع عدم صدق الغصب يتحقق الضمان بالتعليف وأما مع صدق عنوان الغصب فلا فلاحظ .

(١) فان الضمان يتوقف على صدق الخيانة والتقصير وعليه الاجماع بقسميه على ما يظهر من الجواهر ويستفاد من بعض النصوص ان المدار في عدم الضمان صدق عنوان الايمان لاحظ ما رواه ابن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام قال : سألت عن الرجل يستبضع المال فيهلك أو يسرق أعلى صاحبه ضماناً ؟ فقال : ليس عليه غرم

ولا يزول الضمان الا بالرد الى المالك^(١) او الابراء منه^(٢).

(مسألة ٤) : يجب على الودعي أن يحلف للظالم^(٣)

بعد أن يكون الرجل اميناً (* ١).

فان المستفاد من هذه الرواية ان الميزان في عدم الضمان صدق عنوان الامين ومن الظاهر عدم صدق هذا العنوان مع الخيانة مضافاً الى أنه مع فرض التفريط تخرج اليد عن عنوان الأمانة وتعنون بعنوان يد العنوان ويد العنوان تقتضي الضمان بلا اشكال ولا كلام.

(١) وقع الكلام بين القوم في أنه لو زال عنوان الخيانة واعاد عنوان الودیعة بعد التفريط أو التعدي بأن لبس الثوب ثم نزع ووضع في الحرز هل تبرأ أم لا ؟ قال في الجواهر « لا تبرأ للأصل وغيره ». والظاهر ان المراد بالأصل استصحاب الضمان وقد حقق في الأصول عدم اعتبار الاستصحاب الجاري في الحكم الكلي وكونه معارضاً بأصالة عدم الجعل الزائد .

والذي يختلج بالبال أن يقال ان تم اجماع تعدي كاشف عن الحكم فهو والا فيشكل الجزم بالمدعى بل يقتضي القاعدة عدم الضمان بعد زوال العنوان وبعبارة اخرى يظهر من الاصحاب ان عقد الودیعة بحالها وانه لا يفسخ بالتفريط فعليه لوجه للضمان بل مقتضى ادلة عدم ضمان الامين عدم ضمانه .

(٢) الذمة قبل التلف غير مشغولة فلامجال للبراء الا أن يقال : الاجماع قائم على عدم الضمان في صورة الابراء أو يقال ان مقتضى القاعدة عدم الضمان وانما خرجنا عن تحت القاعدة للاجماع الا في صورة الابراء وحيث لا اجماع فلا ضمان فلاحظ .

(٣) اذ الحفظ يتوقف على الحلف كاذباً والمفروض جوازه عند الضرورة

فيجب بوجوب مقدمة الواجب واستدل على المدعى بجملة من النصوص :
 منها : ما رواه أبو الصباح قال : والله لقد قال لي جعفر بن محمد عليه السلام
 ان الله علم نبيه التنزيل والتأويل فعلمه رسول الله صلى الله عليه وآله علياً عليه السلام
 قال : وعلمنا والله ثم قال : ما صنعتكم من شيء أو حلفتكم من يمين في تقية فانتم
 منه في سعة (* ١) .

ومنها : ما رواه زرارة قال : قلت لأبي جعفر عليه السلام : نمر بالمال على
 العشار فيطلبون منا أن نحلف لهم ويخلون سبيلنا ولا يرضون منا الا بذلك ، قال :
 فاحلف لهم فهو أحل « احلى خ ل » من التمر والزبد (* ٢) .

ومنها : ما رواه زرارة قال : وقال أبو عبد الله عليه السلام : التقية في كل ضرورة
 وصاحبها أعلم بها حين تنزل به (* ٣) .

ومنها : ما رواه الحلبي انه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يحلف
 لصاحب العشور يحرز « يجوز خ ل » بذلك ماله قال : نعم (* ٤) .

ومنها : مرسة الصدوق قال : وقال الصادق عليه السلام اليمين على وجهين
 « الى أن قال : فأما الذي يؤجر عليها الرجل اذا حلف كاذباً ولم تلزمه الكفارة فهو
 أن يحلف الرجل في خلاص أمراً مسلم أو خلاص ماله من متعد يتعدي عليه من
 لص أو غيره الحديث (* ٥) .

ومنها : ما رواه سعد الأشعري عن أبي الحسن الرضا عليه السلام في حديث

(١) الوسائل الباب ١٢ من ابواب الايمان الحديث : ٢

(٢) نفس المصدر الحديث : ٦

(٣) نفس المصدر الحديث : ٧

(٤) نفس المصدر الحديث ٨

(٥) نفس المصدر الحديث : ٩

ویوری ان امکن^١ ولواقرله ضمن^٢ .

(مسألة ٥) : یجب رد الودیعة الی المودع أو وارثه بعد موته^٣
وان کان کافراً^٤

قال : سألته عن رجل أحلفه السلطان بالطلاق أو غیر ذلك فحلف ، قال : لا جناح علیه وعن رجل يخاف علی ماله من السلطان فيحلفه لينجوبه منه ، قال : لا جناح علیه وسألته هل يحلف الرجل علی مال أخيه كما يحلف علی ماله ؟ قال : نعم (١*) .

(١) لا یبعد أن یستفاد جواز الکذب ولو مع امکن التوریة لاحظ ما رواه الأشعري (٢*) فان مقتضى اطلاق الحديث جواز الحلف کاذباً ولو مع امکن التوریة وطریق الاحتیاط ظاهر .

(٢) وبه صرح الأصحاب كما فی الحدائق والوجه فی صدق التفريط الموجب للضمان .

(٣) فی اول اوقات الامکان بلاخلاف بل الاجماع بقسمیه علیه مضافاً الی ما دل من الكتاب والسنة علی الامر باداء الامانة الی أهلها والی عدم جواز وضع الید علی مال الغیر بغیر اذنه والقرض عدمه هنا - هكذا فی الجواهر - وصفوة القول انه لا إشکال فی الحكم المذكور .

(٤) ان تم اجماع تعبدی کاشف عن الحكم فهو والافاتمام المدعی بالنصوص الواردة فی المقام مشکل فمن تلك النصوص ما رواه الحسین بن مصعب «مصدق خ ل» الهمدانی قال : سمعت أبا عبد الله یقول : ثلاث «ثلاثة خ ل» لا عذر لاحد

(١) نفس المصدر الحديث : ١

(٢) مرآة

فيها : أداء الأمانة الى البر والفاجر ، والوفاء بالعهد للبر والفاجر ، وبر الوالدين برين كانا أو فاجرين (*) (١) .

ومنها : ما رواه عمر بن أبي حفص قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول اتقوا الله وعليكم بأداء الأمانة الى من ائتمنكم ، فلو أن قاتل علي ائتمنتني على أمانة « أدء الأمانة ، يب » لأدينها اليه (*) (٢) .

ومنها : ما رواه أبو شبل قال : قال لي أبو عبد الله عليه السلام ابتداء منه : احببتمونا وابغضنا الناس « الى أن قال : » فاتقوا الله فانكم في هدنة وادوا الأمانة فإذا تميز الناس ذهب كل قوم بهوهم ، وذهبت بالحق ما أطمعنونا « الى أن قال : » فاتقوا الله وادوا الأمانة الى الأسود والابيض ، وان كن حرورباً ، وان كن شامياً (*) (٣) .

ومنها : ما رواه عبد الله القرشي : (في حديث) ان رجلاً قال لا يبعد الله عليه السلام : الناصب يحل لي اغتياله ؟ قال : أد الأمانة الى من ائتمنك وأراد منك النصيحة ولو الى قاتل الحسين عليه السلام (*) (٤) .

ومنها : ما رواه الحسين الشباني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت له : رجل من مواليك يستحل مال بني امية ودماهم وانه وقع لهم عنده ودعة ، فقال أدوا الأمانة الى اهلها ، وان كانوا مجوساً ، فان ذلك لا يكون حتى قام قائمنا فيحل ويحرم (*) (٥) .

ومنها : ما رواه محمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين

(١) الوسائل الباب ٢ من أبواب أحكام الودعة الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٢

(٣) نفس المصدر الحديث : ٣

(٤) نفس المصدر الحديث : ٤

(٥) نفس المصدر الحديث : ٥

عليه السلام أدوا الامانة « فأت خ ل » ولو الى قاتل ولد الأنبياء (* ١) .
ومنها : ما رواه ابو العلا عن ابي عبد الله عليه السلام قال : ان الله عز وجل لم
يبعث نبياً الا بصدق الحديث وأداء الامانة الى البر والفاجر (* ٢) .
ومنها : ما رواه عمار بن مروان قال : قال أبو عبد الله عليه السلام في وصيته
له : اعلم ان ضارب علي عليه السلام بالسيف وقاتله لو ائتمني واستنصحتني
واستشارني ثم قبلت ذلك منه لأديت اليه الامانة (* ٣) .
ومنها : ما رواه محمد بن القاسم قال : سألت أبا الحسن يعني موسى عليه
السلام عن رجل استودع رجلاً مالا له قيمة والرجل الذي عليه المال رجل من
العرب يقدر على أن لا يعطيه شيئاً ولا يقدر له على شيء ، والرجل الذي استودعه
خبث خارجي ، فلم ادع شيئاً . فقال لي : قل له : يرد عليه فانه ائتمنه عليه بأمانة
الله ، قلت : فرجل اشترى من امرأة من العباسيين بعض قطائعهم فكتب عليها كتاباً
انها قد قبضت المال ولم تقبضه ، فيعطيه المال أم يمنها ؟ قال : ليمنها اشد المنع
فانها باعته مالم تملك (* ٤) .
ومنها : ما رواه الحلبي قال : استودعني رجل من موالي آل مروان الفدينار
فغاب فلم أدر ما أصنع بالدنانير فأتيت أبا عبد الله عليه السلام فذكرت ذلك له ،
وقلت له : أنت أحق بها ، فقال : لان أبي كان يقول : انما نحن فيهم بمنزلة هدنة
نؤدي امانتهم ونرد ضالتهم ونقيم الشهادة لهم وعليهم ، فاذا تفرقت الاهواء لم

(١) نفس المصدر الحديث : ٦

(٢) نفس المصدر الحديث : ٧

(٣) نفس المصدر الحديث : ٨

(٤) نفس المصدر الحديث : ٩

يسع أحد المقام (*) (١) .

ومنها : ما رواه الأعمش عن جعفر بن محمد عليهما السلام (في حديث) في
الامانة يشتمل على النص على الائمة الاثنى عشر عليهم السلام الى أن قال : دينهم
الورع والصدق والصلاح والاجتهاد واداء الامانة الى البر والفاجر وطول
السجود وقيام الليل واجتناب المحارم وانتظار الفرج بالصبر وحسن الصحبة وحسن
الجوار (*) (٢) .

ومنها : ما رواه الحسين بن مصعب قال : سمعت الصادق جعفر بن محمد
عليهما السلام يقول : أدوا الامانة ولو الى قاتل الحسين بن علي عليهما السلام (*) (٣) .
ومنها : ما رواه أبو حمزة الثمالي قال : سمعت سيد العابدين علي بن الحسين
بن علي أبي طالب عليهم السلام يقول لشيعته : عليكم باداء الامانة فوالذي بعث
محمد أبالحق نبياً لو أن قاتل أبي الحسين بن علي عليهما السلام أتممني على السيف
الذي قتله به لأديته اليه (*) (٤) .

ومنها : ما في الخصال باسناده عن علي عليه السلام في حديث أربعمائة قال
أدوا الفريضة والامانة الى من أئتمنكم ولو الى قنلة اولاد الانبياء عليهم السلام (*) (٥)
ومنها : ما رواه السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى
الله عليه وآله : ليس منامن أخلف بالامانة قال : وقال رسول الله صلى الله عليه وآله

(١) نفس المصدر الحديث : ١٠

(٢) نفس المصدر الحديث : ١١

(٣) نفس المصدر الحديث : ١٢

(٤) نفس المصدر الحديث : ١٣

(٥) نفس المصدر الحديث : ١٤

اداء الأمانة تجلب الرزق والخيانة تجلب الفقر (*) (١) .

ومنها : ما رواه الحسين بن زيد عن الصادق عن آبائه عن النبي صلى الله عليه وآله في حديث المناهي أنه نهى عن الخيانة ، وقال : من خان أمانة في الدنيا ولم يردّها الى أهلها ثم أدركه الموت مات على غير ملتي ، ويلقى الله وهو عليه غضبان ومن اشترى خيانة وهو يعلم فهو كالذي خانها (*) (٢) .

ومنها : ما رواه الحسين خالد عن الرضا عن آبائه عليهم السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : من كان مسلماً فلا يمكر ولا يخذع ، فاني سمعت جبرئيل يقول : ان المكر والخديعة في النار ثم قال : ليس منا من غش مسلماً وليس منا من خان مؤمناً (*) (٣) .

ومنها : ما رواه موسى بن القاسم رفعه الى علي بن أبي طالب عليه السلام قال : اربعة لا تدخل واحدة منهم بيتاً الا خرب ولم يعمر بالبركة : الخيانة ، والسرقه وشرب الخمر ، والزنا (*) (٤) .

ومنها : ما عن النبي صلى الله عليه وآله قال : ومن خان امانة في الدنيا ولم يردّها على أهلها مات على غير دين الاسلام ولقى الله وهو عليه غضبان فيؤمر به الى النار فيهوى به في سفير جهنم ابد الابد ، ومن اشترى خيانة وهو يعلم انها خيانة فهو كمن خانها في عارها واثمها ومن اشترى سرقه وهو يعلم أنها سرقه فهو كمن سرقها في عارها واثمها (*) (٥) .

(١) الوسائل الباب ٣ من أبواب الودعة الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٢

(٣) نفس المصدر الحديث : ٣

(٤) نفس المصدر الحديث : ٤

(٥) نفس المصدر الحديث : ٥

ومنها : ما رواه معاوية بن وهب قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : كيف ينبغي لنا أن نصنع فيما بيننا وبين قومنا ، وفيما بيننا وبين خلطانا من الناس ؟ قال : فقال : تؤدون الأمانة إليهم وتقيمون الشهادة لهم وعليهم وتعودون مرضاهم وتشهدون جنازتهم (* ١) .

ومنها : ما رواه زيد الشحام قال : قال لي أبو عبد الله عليه السلام اقرأ على من ترى أنه يطيعني منهم وياخذ بقولي السلام ، وأوصيكم بتقوى الله عز وجل والورع في دينكم والاجتهاد لله وصدق الحديث وإداء الأمانة وطول السجود وحسن الجوار فبهذا جاء محمد صلى الله عليه وآله وإدوا الأمانة إلى من ائتمنكم عليها براً أو فاجراً فان رسول الله صلى الله عليه وآله كان يأمر بأداء الخيطة والمخيطة صلوا عشائركم واشهدوا جنازتهم وعودوا مرضاهم وأدوا حقوقهم ، فان الرجل منكم اذا ورع في دينه وصدق الحديث وأدى الأمانة وحسن خلقه مع الناس قبل هذا جعفري ، فيسرني ذلك ويدخل علي منه السرور ، وقيل هذا أدب جعفر واذا كان علي غير ذلك دخل علي بلاؤه وعاره ، وقيل هذا أدب جعفر ، والله لحدثني أبي عليه السلام ان الرجل كان يكون في القبيلة من شعبة علي عليه السلام فيكون زينها أدامهم للأمانة واقضاهم للحقوق واصدقهم للحديث اليه وصاياهم وودائعهم ، تسأل العشيرة عنه فتقول من مثل فلان انه اداها للأمانة واصدقنا للحديث (* ٢) .

ومنها : ما رواه معاوية بن وهب قال : قلت له كيف ينبغي لنا أن نصنع فيما بيننا وبين قومنا وبين خلطانا من الناس ممن ليسوا على امرنا ؟ فقال تنظرون إلى أئمتكم الذين تقتدون بهم فتصنعون ما يصنعون ، فوالله انهم ليعودون مرضاهم

الا اذا كان المودع غاصباً فلا يجوز ردها اليه بل يجب ردها الى

ويشهدون جنازتهم ويقيمون الشهادة لهم وعليهم ويؤدون الامانة اليهم (*) (١) .

ومنها : ما رواه كثير بن علقمة قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام اوصني فقال

اوصيك بتقوى الله والورع والعبادة وطول السجود واداء الامانة وصدق الحديث

وحسن الجوار فبهذا جاءنا محمد صلى الله عليه وآله صلوا في عشائركم وعودوا

مرضاكم واشهدوا جنازكم وكونوا لنا زيناً ولا تكونوا علينا شيناً ، حبيبونا الى

الناس ولا تبغضونا اليهم فجروا الينا كل مودة وادفعوا عنا كل شر (*) (٢) .

ومنها : ما رواه أبو أسامة قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : عليكم

بتقوى الله والورع والاجتهاد وصدق الحديث واداء الامانة وحسن الخلق وحسن

الجوار وكونوا لنا زيناً ولا تكونوا علينا شيناً (*) (٣) .

فان جملة من هذه النصوص ضعيفة سنداً وجملة منها لا تشمل الكافر والظاهر انه

ليس في هذه الروايات ما يدل على حرمة الخيانة في امانة الكافر نعم جملة من هذه

النصوص تدل لكن لا اعتبار باسناده . ان قلت يكفي لاثبات المدعى قوله تعالى

حيث يدل بعمومه على وجوب رد كل امانة الى اهلها فلا قصور في المقتضي .

قلت : الامر وان كان كذلك لكن عموم الآية لا يقتضي وجوب الرد حتى بالنسبة

الى العربي اذ لو قلنا بجواز تملك مال الكافر العربي تخرج الودعة بالتملك

من عنوان الامانة ويتعنون بعنوان آخر فعليه لا يبعد أن يفصل في هذا الحكم بين

العربي وغيره بجواز التملك في الاول وعدمه في الثاني فلاحظ .

(١) نفس المصدر الحديث : ٣

(٢) نفس المصدر الحديث : ٨

(٣) نفس المصدر الحديث : ١٠

مالكها^١ فان ردها الى المودع ضمن^٢ ولو جهل المالك عرف بها فان لم يعرفه تصدق بها عنه^٣ فان وجد ولم يرخص بذلك فالظاهر عدم الضمان^٤ ولو اجبره الغاصب على اخذها منه لم يضمن^٥ واذا اودعه الكافر الحربي فالاحوط انه تحرم عليه الخيانة ولم يصح له التملك للمال ولا بيعه^٦.

(مسألة ٦) : اذا اختلف المالك والودعي في التفريط وقيمة

(١) اذا لاجوز دفع مال الغير الى الغاصب بل يجب أن يعمل على طبق الوظيفة المقررة الشرعية ومقتضاها ردها الى مالكها .

(٢) اذا دفع المال الى الغاصب من مصاديق العدوان فيوجب الضمان .

(٣) قد تعرض الماتن لحكم مجهول المالك في (مسئلة ٣٩) من المكاسب المحرمة وقد تكلمنا هناك مفصلاً وبينامنا وصل اليه فهمنا القاصر فراجع ما ذكرناه هناك .

(٤) فانه على تقدير وجوب التصديق لا يكون وجه للضمان اذ على هذا التقدير يكون التصديق به باذن مالك الملوكة فلا مجال للضمان .

(٥) لا يبعد أن يكون الوجه في عدم الضمان عدم المقتضي له فان المفروض عدم كون الودعي مقصراً والمفروض انه لا يجب عليه الحفظ مع الاجبار وقاعدة على اليد بنفسها لادليل عليها كى يقال: ان مقتضاها الضمان فان المفروض ان التوديع من قبل الغاصب فان حديث على اليد ضعيف سنداً فمجرد وضع اليد على مال الغير لا يقتضي الضمان والمفروض ان بناء عقد الوديعة على عدم الضمان وبعبارة واضحة انه لا مقتضي للضمان في مورد الكلام .

(٦) الحكم مبني على الاحتمال كما بناء عليه في المتن والا فلا يبعد أن يكون

العين كان القول قول الودعي مع يمينه^(١) وكذلك إذا اختلفا في التلف^(٢)
ان لم يكن الودعي متهماً^(٣) وإذا اختلفا في الرد فلا يظهر ان القول قول

مقتضى الصناعة جواز التصرف وتملكها والله العالم .

(١) اما قبول قوله في عدم التفريط فلأنه امين وليس عليه الا اليمين مضافاً
إلى أن مقتضى الأصل عدم الخيانة وبدونها لا مقتضى للضمان وأما قبول قوله في
القيمة فلأن عدم الزيادة موافق للأصل وبعبارة أخرى يكون الودعي منكراً لا أكثر
واليمين على من انكر.

(٢) والوجه فيه ان ضمان الودعي في صورة التلف يتوقف على خيانه ففي
الامانة والأصل عدمها وبعبارة أخرى الشك في الضمان ينشأ من الشك في الخيانة
والأصل عدمها فقول الودعي موافق للأصل وهذا هو المشهور .

وأما حديث مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال ليس لك أن
تتهم من أئتمنته ، ولاتأتمن الخائن وقد جربته (* ١) ، الدال على عدم جواز اتهام
المؤتمن فهو ضعيف سنداً كما ان مرسل المقنع قال : سئل الصادق عليه السلام :
عن المودع اذا كان غير ثقة هل يقبل قوله ؟ قال : نعم ولا يمين عليه (* ٢)
لاعتبار به .

وأما حديث مسعدة بن زياد عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام ان
رسول الله صلى الله عليه وآله قال : ليس لك ان تتهم من قد أئتمنته ولا تأتمن
الخائن وقد جربته (* ٣) فلا بأس به سنداً .

(٣) لم يظهر لي وجه التقييد لأن الميزان في ثبوت الضمان تحقق الخيانة ومع

(١) الوسائل الباب ٩ من أبواب أحكام الودعة الحديث : ١

(٢) الوسائل الباب ٤ من أبواب أحكام الودعة الحديث : ٢

(٣) نفس المصدر الحديث ١٠

المالك مع يمينه^(١) وكذلك اذا اختلفا في انهادين أو ودعة مع التلف^(٢)
(مسألة ٧) : لا يصح اهداع الصبي والمجنون^(٣) فان لم يكن

الشك يحكم بعدم تحققها . ويمكن أن يكون المائن ناظراً الى النصوص الدالة على الضمان في صورة الاتهام .

منها : ما رواه جعفر بن عثمان قال : حمل أبي متاعاً الى الشام مع جمال فذكر ان حملاً منه ضاع فذكرت ذلك لأبي عبدالله عليه السلام فقال : أنتهمه ؟ قلت : لا قال : فلا تضمنه (* ١) ومثله غيره الوارد في الباب المشار اليه من الوسائل .

وتدل على الضمان على نحو الاطلاق جملة اخرى من النصوص منها : ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سئل عن رجل جمال استكرى منه ابلاً « م بل » وبعث معه بزيت الى ارض فزعم ان بعض زقاق الزيت انخرق فاهراق ما فيه فقال : ان شاء اخذ الزيت وقال : انه انخرق ولكنه لا يصدق الابينة عادلة (* ٢) ومثله غيره المذكور في الباب المشار اليه من الوسائل وبمقتضى قانون تقييد المطلق تقييد النصوص المطلقة بما قيد بقيد الاتهام فلاحظ .

(١) كما هو ظاهر فان المالك منكر والقول قوله مع يمينه .
(٢) لاحظ ما رواه ابن عمار قال : سألت ابا الحسن عليه السلام عن رجل استودع رجلاً الف درهم فضاقت ، فقال الرجل : كانت عندي ودعة ، وقال الآخر : كانت لي عليك قرضاً ، فقال : المال لازم له الا ان يقيم البينة أنها كانت ودعة (* ٣) .
(٣) الودعة امانة عند الداعي ويجب عليه حفظها وحيث ان الصبي والمجنون

(١) الوسائل الباب ٣٠ من ابواب أحكام الاجارة الحديث : ٦

(٢) نفس المصدر الحديث : ١

(٣) الوسائل الباب ٧ من ابواب الودعة الحديث : ١

مميزاً لم يضمن الودعة حتى اذا تلف^(١)

ليس عليهما تكليف ولا يجب عليهما الحفظ لا يصح ايداعهما ، وان شئت قلت لا يترتب على ايداعهما الاثر المترقب في الودعة .

(١) بتقريب ان غير المميز لا قصد له فلا يوجب الضمان، وفيه ان لازم ما ذكر ان النائم لو ألتف مال الغير لا يكون ضامناً وهل يمكن الالتزام به ؟ الا ان يقال انه لودار الامر بيسن استناد التلف الى المباشر او السبب يستند الى السبب اذا كان اقوى من المباشر والمقام كذلك . وبعبارة اخرى : الميزان في الضمان صدق الاتلاف وأما تسليط المالك فهو للحفظ لالاتلاف غاية ما في الباب عرض ماله للتلف لعدم قابلية غير المميز للحفظ وهذا المقدار لا يقتضي أن لا يكون اتلافه موجباً للضمان نعم لو تلف من ناحية التفريط في الحفظ لا يكون ضامناً اذ لا يجب عليه الحفظ فالنتيجة التفصيل بين التلف والاتلاف بعدم الضمان في الاول والضمان في الثاني .

هذا بحسب ما هو المقرر عندهم ولنا في هذا المقام كلام وهو ان مقتضى حديث عمار عن ابي عبد الله عليه السلام قال سألت عن الغلام منى تجب عليه الصلاة قال : اذا اتى عليه ثلاث عشرة سنة ، فان احتلم قبل ذلك فقد وجب عليه الصلاة وجرى عليه القلم ، والجارية مثل ذلك ان اتى لها ثلاث عشرة سنة او حاضت قبل ذلك فقد وجب عليها الصلاة وجرى عليها القلم (* ١) ، ان القلم لا يجري على غير البالغ ومقتضى اطلاق الحديث عدم الفرق بين التكليف والوضع وعليه لا يضمن الصبي بموجبات الضمان .

ان قلت : رفع القلم حكم امتناني ورفعه في المقام لا يكون امتنائياً بالنسبة الى من تاف ماله قلت : على فرض تسليم كون الرفع امتنائياً يلزم أن يكون امتنائاً

(١) الوسائل الباب ٤ من أبواب مقدمة العبادات الحديث : ١٢

وكذلك المجنون^(١) وإذا كان الصبي مميزاً ضمن بالاتلاف^(٢) ولا يضمن بمجرد القبض^(٣) ولا سيما إذا كان باذن الولي^(٤) وفي ضمانه بالتفريط والاهمال اشكال والظاهر الضمان^(٥)

بالنسبة الى من يرتفع عنه القلم لبالنسبة الى غيره فالنتيجة ان مقتضى الحديث باطلاقة عدم تحقق الضمان بالنسبة الى غير البالغ .

(١) لادليل بالنسبة الى المجنون كى يلتزم بعدم ضمانه فعليه لا بد من العمل على طبق القاعدة فلا يبعد أن يفصل فيه بين الاتلاف والتلف .

(٢) اذا الاتلاف يوجب الضمان والظاهر ان التفريق بين المميز وغيره من باب كون السبب اقوى من المباشر وبعبارة اخرى اذا كان المتلف صبياً غير مميز او مجنوناً لا يستند الاتلاف اليه بل يستند الى المودع وقد تقدم التفصيل والتفريق بين الصبي والمجنون .

(٣) اذا لا مقتضى للضمان حتى فيما يكون الودعي مكلفاً فكيف بالمقام وبعبارة اخرى بناء الوديعة على عدم الضمان وقاعدة على اليد بنفسها وعلى الاطلاق غير تامة .

(٤) لم يظهر لي وجه الخصوصية اذ المفروض بطلان ايداع الصبي فاي أثر لاذن الولي .

(٥) بتقريب انه يصدق على تفريطه واعماله الخيانة والخيانة في مال الغير يقتضي الضمان والمفروض تمييز الصبي فيصدق عليه انه خان وفرط والحكم الوضعي لا يفرق فيه بين البالغ وغير البالغ فلاحظ هذا على ممالك القوم وأما على ما سلكتاه فقد ظهر ان الحق عدم الضمان بالنسبة اليه . والحمد لله اولاً وآخراً وظاهراً وباطناً .

كتاب العارية

وهي التسليط على العين للانتفاع بها مجاناً^(١) .

(مسألة ١) : كل عين مملوكة يصح الانتفاع بها مع بقائها تصح اعارتها^(٢) وتجوز اعاره ما تملك منفعته وان لم تملك عينه^(٣) .

(مسألة ٢) : ينتفع المستعير على العادة الجارية^(٤) ولا يجوز له التعدي عن ذلك^(٥) فان تعدي ضمن^(٦) ولا يضمن مع عدمه^(٧) الا أن يشترط

(١) العارية من العقود قال في الجواهر : « فقد ذكر المصنف في تعريفها انها عقد ثمرته التبرع بالمنفعة » .

(٢) بلا اشكال ولا كلام اذ فائدة العارية الانتفاع بالعين فاذا كانت العين مملوكة وقابلة للانتفاع بها تصح عاريتها للانتفاع بها .

(٣) اذ قوام العارية بالانتفاع بمنفعة العين فاذا كانت الانتفاع بها جازياً تجوز اعاره تلك العين باعتبار الانتفاع بها فلا فرق بين العين القابلة للتملك وغيرها .

(٤) فانه يجوز له الانتفاع على حسب العادة بلا اشكال لأن العارية لأجل الانتفاع .

(٥) لعدم جواز التصرف في مال الغير بدون اذنه والمفروض ان تصرفه عدواني وغير مشمول لأذن المالك فيحرم .

(٦) اذ المفروض انه بالتصرف غير المأذون فيه خان والخائن ضامن للمال .

(٧) بلا خلاف ولا اشكال كما يستفاد من كلمات القوم بل ادعى عليه الاجماع ويدل على المدعى ان العين امانة مالكية فسي يد المستعير وليس على الامين الا اليمين وتدل على المدعى جملة من النصوص منها : ما رواه الحلبي عن ابي عبد الله

عليه الضمان^(١) أو تكون العين من الذهب أو الفضة^(٢) وان لم يكن مسكوكين^(٣)

عليه السلام قال : اذا هلك العارية عند المستعير لم يضمته الا أن يكون اشترط عليه (* ١) .

وأما حديث وهب عن جعفر عن أبيه عليهما السلام ان علياً عليه السلام كان يقول : من استعار عبداً مملوكاً لقوم فعيب فهو ضامن ، وقال : من استعار حراً صغيراً فعيب فهو ضامن (* ٢) ، الدال على الضمان فعلى تقدير تمامية سنده لا بد من حمله على بعض المحامل كما حمله في الوسائل اذ الحكم مورد التسالم والاتفاق عند الاصحاب ، قال في الحقائق : « واما ما رواه الشيخ عن وهب عن جعفر عليه السلام عن أبيه ان علياً عليه السلام كان يقول من استعار عبداً مملوكاً لقوم فعيب فهو ضامن فلا يخفى ما في حال روايته من الضعف فلا يبلغ قوتاً في معارضة ما ذكرناه من الاخبار الخ (* ٣) . مركز تحقيق كليات علوم اسلامی

(١) كما نص به في حديث الحلبي .

(٢) لاحظ ما رواه زرارة قال : قلت لابي عبد الله عليه السلام : العارية مضمونة؟ فقال : جميع ما استعرت فتوى فلا يلزمك تواه الا الذهب والفضة فانهما يلزمان الا ان تشترط عليه انه متى توى لم يلزمك تواه وكذلك جميع ما استعرت فاشترط عليك لزمك ، والذهب والفضة لازم لك وان لم يشترط عليك (* ٤) .

(٣) فان مقتضى حديث زرارة المتقدم ذكره آنفاً عدم الفرق .

(١) الوسائل الباب ١ من أبواب العارية الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ١١

(٣) الحقائق : ج - ٢١ ص : ٥٥٥

(٤) الوسائل الباب ٣ من أبواب العارية الحديث : ٢

على اشكال ضعيف^(١) ولو اشترط عدم الضمان فيهما صح^(٢)
(مسألة ٣) : اذ انقصت العين المستعارة بالاستعمال الماذون

(١) ما يمكن أن يقال في هذا المقام أو قيل ان طائفة من نصوص المقام تدل على استثناء الدينار والدرهم لاحظ حديث ابن سنان قال : قال أبو عبدالله عليه السلام: لاتضمن العارية الا أن يكون قد اشترط فيه ضمان الا الدنانير فانها مضمونة وان لم يشترط فيها ضماناً (* ١) وحديث عبدالملك بن عمرو عن ابي عبدالله عليه السلام قال : ليس على صاحب العارية ضمان الا أن يشترط صاحبها الا الدراهم فانها مضمونة اشترط صاحبها او لم يشترط (* ٢) .

وطائفة اخرى تدل على استثناء مطلق الذهب والفضة لاحظ ما رواه زرارة (* ٣) وطائفة ثالثة تدل على عدم ضمان العارية مطلقاً لاحظ ما رواه الحلبي (* ٤) ومقتضى تخصيص المطلق بالمقيد تقييد الطائفة الثالثة بالاولى فاذا تم انقلاب النسبة تكون نسبة الطائفة الثالثة بعد التقييد بالطائفة الاولى مع الطائفة الثانية نسبة العموم من وجه فيقع التعارض بين الجانبين لكن قد بنينا في محله على عدم تمامية الانقلاب فلا تعارض بل مقتضى القاعدة تخصيص الطائفة الثالثة بالثانية والطائفة الاولى وتكون النتيجة ما افاده في المتن من الحكم بعدم الضمان في مطلق الذهب والفضة والماتن يرى تمامية قانون الانقلاب والله العالم .

(٢) لاحظ ما رواه زرارة (* ٥) .

(١) الوسائل الباب ٣ من أبواب العارية الحديث ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٣

(٣) لاحظ ص : ٥٧٨

(٤) لاحظ ص : ٥٧٧

(٥) لاحظ ص : ٥٧٨

٥٨٠ ————— مباني منهاج الصالحين ج ٨

فيه لم تضمن^(١) وإذا استعار من الغاصب ضمن^(٢) فإن كان جاهلاً رجع على المعير بما أخذ منه إذا كان قد غره^(٣).

(مسألة ٤) : إذا اذن له في انتفاع خاص لم يجز التعدي عنه إلى غيره وإن كان معتاداً^(٤).

(مسألة ٥) : تصح الاعارة للرهن^(٥) وللمالك المطالبة بالملك بعد المدة^(٦)

(١) إذا فرض عدم الضمان في العارية الأমে الخيانة والمفروض عدمها فلا وجه للضمان .

(٢) لقاعدة اليد مضافاً إلى خصوص حديث إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام : قال إذا استعيرت عارية بغير إذن صاحبها فهلك فالمستعير ضامن (*١).

(٣) لقاعدة الغرور فلا حظ .

(٤) كما هو ظاهر فإن الاختيار بيد المالك فلا يجوز التجاوز عن مقدار اذنه.

(٥) قال في الجواهر في شرح قول المحقق - وإذا رهن مال غيره بأذنه - : «صح

بلا خلاف فيه بيننا بل الإجماع بقسميه عليه عندنا بل وغيرنا» الخ . وجوازها على القاعدة فإن الإنسان يجوز أن يتصرف في ماله بأي نحو أراد ولا تنافي بين جواز العارية ولزوم الرهن إذ هذا اللزوم بالعارض وبعبارة أخرى جعل العين وثيقة للدين الذي هو عبارة عن الرهن من الفوائد المترتبة عليها فيجوز إعارتها بهذا الاعتبار وبعد جعل المستعير العين وثيقة تلزم العارية .

(٦) إذا المفروض انقضاء الأجل وزمان العارية بهذا المقدار فله أن يطالب .

(١) الوسائل الباب ٤ من أبواب العارية الحديث : ١

(٢) الجواهر ج ٢٥ ص ٢٣١

بل قيل له المطالبة قبلها ايضاً^١ ولا يبطل الرهن^٢ واذا لم يفك الرهن
جاز بيع العين في وفاء الدين^٣ وحينئذ يضمن المستعير العين بما بيعت
به^٤ الا ان تباع باقل من قيمة المثل^٥ وفي ضمان الراهن العين لو تلفت
بغير الفك اشكال^٦ والظاهر عدم الضمان الا مع اشتراطه^٧

(١) لكن هذا القول خلاف المشهور بل عن ثاني الشهيدين قدس سره ان
لزومها اجماعي فليس له المطالبة .

(٢) اذ لا دليل على بطلانه .

(٣) فان صحة الرهن تستلزم جواز بيع العين والا يلزم الخلف .

(٤) اذ ليست العارية للرهن مبنية على المجانية وبعبارة اخرى اقدم المستعير
على الضمان واستفاد من العين فاذا بيعت فقد خرجت من ملك بايعها فيكون المستعير
ضامناً للعين بما بيعت .

(٥) فلا بد من تدارك الباقي .

(٦) اذ لا وجه للضمان مع فرض ان العارية غير مضمونة الا بالتعدي .

(٧) كما مر وقلنا لا تضمن الامع الشرط فلاحظ والحمد لله اولاً وآخرأ .

تنبيه الغافل وأعلام الجاهل

لا يخفى على العارف بالصناعة ان ديدن الاصحاب جار على ترجيح احد المتعارضين من الخبرين على معارضه في الرتبة الاولى بموافقة الكتاب وفي الرتبة الثانية بمخالفة القوم والظاهر ان المدرك الوحيد الذي تخيل اعتباره حديث عبد الرحمان بن أبي عبد الله قال: قال الصادق عليه السلام: اذا ورد عليكم حديثان مختلفان فاعرضوهما على كتاب الله فما وافق كتاب الله فخذوه وما خالف كتاب الله فردوه فان لم تجدوهما في كتاب الله فاعرضوهما على أخبار العامة فما وافق أخبارهم فزروه وما خالف أخبارهم فخذوه (* ١) .

وعبر سيدنا الاستاد عن الحديث المزبور بالصحيحة (* ٢) والحال ان احد رجال الحديث ابو البركات الجوزي . وقال سيدنا الاستاد في ج ١١ من رجاله ص ٣٧٥ : « قال الشيخ الحرفي تذكرة المتبحرين : الشيخ أبو البركات علي بن الحسين الجوزي الحلبي عالم صالح محدث يروي عن أبي جعفر بن بابويه » وهذا مدرك توثيق الرجل وسيدنا الاستاد لا يعتبر توثيق المتأخرين الا أن يقال :

(١) الوسائل الباب ٩ من أبواب صفات القاضي الحديث : ٢٩

(٢) مصباح الاصول ج ٣ ص : ٤١٥

ما الفرق بين المتقدمين والمتأخرين فان كان الفصل الزماني يضر بالتوثيق فتوثيق المتقدمين مع الفصل الزماني لا يفيد وان لم يكن مضرًا فتوثيق المتأخرين أيضاً معتبر ولا وجه للتفصيل لكن يشكل الاعتماد على توثيق الشيخ الحر من ناحية اخرى أيضاً وهو ان نرى ان ديدن اهل الرجال انهم يصرحون بالوثاقة بالنسبة الى من ثبت عندهم انه ثقة ولا ثبات هذه الدعوى نذكر عدة موارد :

منهم المفيد قدس سره فان العلامة والشيخ والنجاشي صرحوا بكونه ثقة ومنهم الطوسي فان العلامة والنجاشي صرحا بوثاقته ومنهم الكليني فان العلامة والشيخ والنجاشي صرحوا بوثاقته ومنهم زرارة فقد صرح العلامة والشيخ والنجاشي بوثاقته ومنهم الشيخ علي بن عبد الصمد قال منتجب الدين في حقه : « دين ثقة » ومنهم قطب الدين ابن هبة الله قال منتجب الدين في حقه : « فقيه عين صالح ثقة » ومنهم علي بن عبد العالي قال الشيخ الحر في ترجمة : « كان فاضلاً عاملاً متبحراً محققاً مدققاً جامعاً كاملاً ثقة زاهداً عابداً ورعاً جليلاً القدر عظيم الشأن فريداً في عصره » فنرى ان جميعهم يصرحون بالوثاقة بالنسبة الى موارد تراجمهم فعلى هذا الاساس كيف نكتفي بأن يقال : « فلان صالح أودين » فان الشيخ الحر قدس سره كما ذكرنا يفرق بالنسبة الى الموارد فبالنسبة الى أبي البركات يقول : « صالح » ولا يقول : ثقة وأما بالنسبة الى علي بن عبد العالي يصرح بوثاقته مع تصريحه بكونه ورعاً مع انه لا يبعد ان الشهادة بالورع أقوى من الشهادة بالصلاح .

ان قلت : اذا لم يكن الشخص ثقة كيف يمكن أن يقال في حقه انه صالح ؟ قلت : الذي يختلج بالبال في هذه العجالة انه لو نرى صلاح الشخص في جملة من الامور ولم تطلع على جميع اموره بنحو الكمال يصح أن يقال : انه صالح وهذا أمر متعارف بين الناس ولكن لا بدل هذا الكلام وأمثاله على أنه صالح بتمام

معنى الكلمة والايلازم أن تكون الشهادة بالصالح أو الديانة كأن يقال : فلان صالح أو دين شهادة بعدالته وهو كما ترى فعليه لا يستفاد من الشهادة بالصالح كون الشخص ثقة ولا اقل من عدم امكان الجزم .

فالنتيجة : عدم ثبوت وثاقة أبي البركات فيسقط الحديث عن الاعتبار مضافاً الى تصريح الشيخ الحر قدس سره في الفائدة الثانية عشرة من فوائده في ج ٢٠ من الوسائل بقوله : « لا ترى انا نرجع الى وجداننا فنجد عندنا جزءاً بثقة كثير من رواتنا وعلماؤنا الذين لم يوثقهم احد لما بلغنا من آثارهم المفيدة للعلم بثقتهم وتوثيق بعض الثقات الاجلاء من جملة القرائن المفيدة لذلك » الخ فيعلم ان الشيخ الحر ليس توثيقه مبنياً على التوثيق بل أعسم لكن هذا الذي أفاده أمر على طبق القاعدة الاولى فان الطرق الحسية للوصول الى المطلوب كثيرة فلاحظ .

أضف الى ذلك كله ان الشيخ الحر قدس سره قال في الفائدة الثانية عشرة من القوائد التي ذكرها في المجلد العشرين من الوسائل : « وانما نذكر هنا من يستفاد من وجوده في السند » الخ فانه قد صرح ان نص احد على مدحه وجلالته وان لم يوثق دليل على كونه معتمداً عنده وهذا هي عبارته « ومنها : من نصوا على مدحه وجلالته وان لم يوثقوه مع كونه من اصحابنا والحال ان المدح اعم من التوثيق فمن الممكن ان شهادته بالصالح في حق احد ناشية من التصريح بمدحه فالنتيجة انه لا يمكن الاعتماد في وثاقة الراوي بمقالة الحر قدس سره فلاحظ وعلى هذا الاساس لا يبقى مجال للترجيح بالموافقة مع الكتاب ولا بالمخالفة مع العامة فيبقى للترجيح كون احد المتعارضين أحدث من الاخر فاننا بنينا في بحث التعادل والترجيح على كون الاحدية من المرحجات وتفصيل الكلام موكول الى ذلك الباب .