

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الْأَرْبَاءُ الْفَقِهِيَّةُ

قِسْمُ الْبَيْعِ (٦)

الجزء التاسع

تأليف

آية الله الأستاذ الشيخ هادي النجفي

سرشناسه	: نجفی، هادی، ۱۳۴۲ -
عنوان و نام پدیدآور	: الآراء الفقهیه / تألیف هادی نجفی.
مشخصات نشر	: تهران: چتر دانش، ۱۴۴۰ ق. = ۱۳۹۷.
مشخصات ظاهری	: ج.
شابک	: ۷-۲۸۲-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸؛ دوره؛ ۴-۲۸۳-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸؛ ج. ۱؛ ۱-۲۸۴-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸؛ ج. ۲؛ ۸-۲۸۵-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸؛ ج. ۳؛ ۵-۲۸۶-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸؛ ج. ۴؛ ۲-۲۸۷-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸؛ ج. ۵؛ ۹-۲۸۸-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸؛ ج. ۶؛ ۶-۲۸۹-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸؛ ج. ۷؛ ۹-۲۹۱-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸؛ ج. ۸
وضعیت فهرست‌نویسی: فیبا	
یادداشت	: عربی.
موضوع	: معاملات (فقه)
موضوع	: Transactions (Islamic law)*
موضوع	: معاملات اموال شخصی و منقول (فقه)
موضوع	: Sales (Islamic law)
موضوع	: فقه جعفری -- قرن ۱۴
موضوع	: Islamic law, Jafari -- 20th century*
شناسه افزوده	: موسسه آموزش عالی آزاد چتر دانش. مرکز تخصصی آموزش‌های حقوقی
رده‌بندی کنگره	: ۱۳۹۷ ۳۴۴ ن/۱۹۰ BP
رده‌بندی دیویی	: ۲۹۷/۳۷۲
شماره کتابشناسی ملی	: ۵۴۸۰۶۶۸

عنوان الكتاب	: الآراء الفقهية
الناشر	: چتر دانش
تأليف	: آية الله الاستاذ الشيخ هادي النجفي
سنة الطبع	: الطبعة الثالثة - ۱۴۰۱ ش
التعداد	: ۱۰۰۰
شابک الجزء التاسع	: ۹-۲۹۱-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸
شابک دوره	: ۷-۲۸۲-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸
سعر الجزء التاسع	: ۲۶۰۰۰۰ تومان
سعر التسعة الاجزاء	: ۳۷۶۰۰۰ تومان

فروشگاه مرکزی: تهران، میدان انقلاب، خ‌منیری جاوید (اردیبهشت شمالی)، پلاک ۸۸
تلفن مرکز پخش: ۶۶۴۹۲۳۲۷ - تلفن فروشگاه کتاب: ۶۶۴۰۲۳۵۳
پست الکترونیک: nashr.chatr@gmail.com
کلیه‌ی حقوق برای مؤلف و ناشر محفوظ است.

بسم الله الرحمن الرحيم
وبه نستعين

الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على سيدنا ونبينا محمد وآله
الطيبين الطاهرين واللعن على اعدائهم اجمعين الى يوم الدين

ومعبد - فائق خيرة عيني الاثر العالم العامل زعيم الافاضل وفخر الامل
المعلنة المحيطة حضرة الحاج الشيخ هادي البختي ادام الله ثابته وعضاه
وكثر في العلم امثاله لقد بذل جده وجهده في كسب معالم الدين وتحصيل
احكام الشريعة المبين حتى ملأ بحمد الله ثغره رتبة الاجتهاد المقتضى فله العمل
بما استنبطه من الاحكام الشرعية على الطريق المألوف بين الاعلام العظيمة
وقد اشرت له بما استبان في حق الاجازة عن مشايخ المحققين قدس الله ارحم
من نقل الروايات المعتمدة عن الجوامع المعتمدة كالكتب الاربعة للتحسين
الثلاثة المستندة والكتب الثلاثة للتحسين الثلاثة المتأخرة وكذا عن غيرهما
من الاصول المعتمدة للشريعة اعياناً للحرم والضيقات ينضج لذلك
واسئل الله تعالى ان يؤيده ويوفقه لما يوجب رضاه وجعل مستقبل امره
خير مما مضى فانه سمح الدعاء والسلام عليه وعلى جميع اخواننا المؤمنين

ورحمه الله وبركاته

شعبان المعظم
١٣٣٢ هـ



نقل الكتاب
الى مجلس
الاستفتاء
بمجلس
العلماء

إجازة الاجتهاد التي أصدرها المرجع الديني آية الله العظمى

الشيخ محمد تقى المجلسي الإصفهاني - دام ظله - للمؤلف بعد رؤية الكتاب

وصدّقها شيخ العلماء آية الله المعظم الشيخ مجتبى البهشتي النجفي (ح ١٣٣٢-١٤٣٩)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقريظ العلامة المحقق الأديب الأستاذ الحجة

السيد عبدالستار الحسني - دام ظله -

تاريخ إكمال آخر أجزاء كتاب (البيع) من ضمن موسوعة «الآراء الفقهية»

لسماحة آية الله الفقيه الكبير الأستاذ الشيخ هادي النجفي دام ظلّه الوارف-

فقيه بني المجد اعتلى صرح علمه وبالمثل العليا تسامى اتسامه
وما زال يحبو الخلق غر نفائس الـ بحوث وما قد عزّ فينا مرامه
بـ (آرائه الفقهية) امتاز نهجه وسحّ بوضاح البيان غمامه
فقل هو بحر مدّه غير جازر ولؤلؤه الرطب استنار انتظامه
وبذر الدجا (الهادي) إلى شريعة الهدى (جواهر) في سبط النضار (كلامه)
علا قدره في حوزة العلم مثلاً بمؤنديات الفكر سام مقامه
له شهدت آثاره وشيوخه بنيل اجتهاد صحّ فيه اعتياده^(١)
تجلّب أبراد^(٢) الفقهية يافعاً وكهلاً وبالتنقيب دام التزامه
وأخر سفر (البيع) وافى مُحققاً وأسفر عن خير الثمار تمامه
وبالواحد الفرد استعانوا فأرخوا: «وفاخ بيان (البيع) مسكاً ختامه»

(١) (٩٥) (٦٣) (١١٣) (١٢١) (١٠٤٦)

سنة ١٤٣٩هـ = ١٤٣٨ + ١

الأقل عبّ السّتار عفا عنه المليك الغفار، وعن والدّه

(١) اعتمام بمعنى اختار.

(٢) أبراد جمع بُرد، وهو الثوب؛ والجمع الآخر بُرود. والكلام مبني على الاستعارة.

وَصَلَّى:

تَمَنَّى

شَرَّطَ الْعَوَضَيْنِ

٤- القدرة على التسليم

«القدرة على التسليم شرط إجماعاً كما في التذكرة^(١) وتعليق الإرشاد^(٢) وظاهر الغنية^(٣) أو صريحها، ولا خلاف فيه كما في الرياض^(٤)، وفي المبسوط^(٥) والتذكرة^(٦) الإجماع على عدم جواز بيع الطير في الهواء. وفي الغنية^(٧) نفى الخلاف عنه وعن عدم جواز بيع السمك في الماء»^(٨).

تنقيح موضوع البحث

القدرة على التسليم ممّا تسالم عليه الفقهاء من الخاصة والعامة في الجملة والمراد بها ليس قدرة خصوص البائع على تسليم المبيع فيكون هذا الشرط من شرائط المتعاقدين بل المراد نتيجة ذلك أي إمكان وصول المبيع في يد المشتري حين البيع فيكون من شرائط العوضين.

ولكن بعض الفقهاء عدّها من شرائط المتعاقدين لا من شرائط العوضين واستدلوا بأنّ «القدرة على التسليم من اوصاف العاقد والبائع ومن وظائفه وتكاليفه كما أنّ العاقد،

(١) تذكرة الفقهاء: في العوضين ٤٨/١٠.

(٢) حاشية الإرشاد (حياة المحقق الكركي وآثاره) ٣٤٠/٩.

(٣) غنية النزوع: في البيع ٢١١/.

(٤) رياض المسائل: في القدرة على التسليم ١٥٣/٨.

(٥) المبسوط: في بيع الغرر ١٥٧/٢.

(٦) تذكرة الفقهاء: في العوضين ٥١/١٠.

(٧) غنية النزوع: في البيع ٢١١/.

(٨) مفتاح الكرامة ١٤/١٣.

يجب أن يكون عاقلاً وبالغاً كذلك يجب أن يكون قادراً على تسليمه، فجعل هذا من شرائط العين والعوضين ليس بصحيح مع أن ذلك من اوصاف المتعاقدين.

رفع المحقق النائيني^(١) هذا الشبهة بأن هذا الشرط، يرجع إلى العين ويكون متعلقاً على العين ولو كان وصف للعائد في مرحلة الظاهر، لأن العين إذا لم يكن مقدور التسليم، لم يكن مالاً وليست له جدة اعتبارياً.

بعبارة أخرى، الملكية، تكون من مقولة الجدة ومن المصاديق الاعتبارية للجدة عليها، المال الذي ليس مقدوراً لتسليمه، ليس له اعتبار كونه جدة فكأنه حالة في العين لا أنه حالة في العائد.

بعبارة ثالثة، يرجع هذا إلى فقد المالية والملكية [اليتين] اعتبرت في العين. ولكن فيه ما لا يخفى: أن مسألة فقد المالية، شرط آخر بحث في المكاسب المحرمة وليس هذا من شرائط خصوص البيع بل من شرائط مطلق المعاملات وهذا الشرط الذي يقال هنا، غير ذلك الشرط حيث إن هذا الشرط ليس راجعاً إلى مسألة المالية هذا أولاً.

وثانياً: قد قلنا أن المال: ما يرغب فيه العقلاء، والملك: إضافة خاصة ويقول المحقق النائيني: جدة اعتبارية، وبين المال والملك أعم من وجه فكأنه عرض الخلط في كلامه المنقول عنه بين المالية والملكية والفرق بينهما واضح حيث أن المالية، ليست جدة اعتبارية بل هو كون الشيء بحيث يرغب فيه العقلاء حتى أن المعادن تحت الأرض أموال تحت الأرض حيث كانت مورداً لرغبة العقلاء وليست بملك حتى أن المباحات من الآجام والمعادن، أموال وليست ملك أحد. كما أن الطير في الهواء، مال وليس بملك والسّمك في الماء مال وليس بملك.

وثالثاً: قوله^(١): «إذا لم يكن مالاً، لم يكن ملكاً»، لا يصح لأن حبة حنطة ليست بمال بل يكون ملكاً.

(١) منية الطالب ٣٣٩/٢.

والذي يمكن ان يقال: أنَّ الوجه في عدم جعل هذا الشرط من شرائط المتعاقدين وجعلوه من شرائط العين، ليس لأجل تمامية الجهات الرجعة إلى نفس العاقد بل لجهة راجعة إلى العين يعني ليست للعين حالة يُعدُّ بها من غير المقدور كالطير في الهواء والسّمك في الماء.

فعلى هذا، كونه مقدور التسليم، خصوصية في العين ومن شرائط مورد المعاملة لا من شرائط المتعاقدين وهذا كلّ، في تنقيح محلّ النزاع^(١).

أقول: لتوضيح مقالة المحقق النائيني رحمته الله أذكرها مختصراً مع نقده مكرراً: «وأما ما في منية الطالب^(٢) من أنَّ عدّ القدرة من شرائط العوضين مع أنَّ عدّه من شروط المتعاقدين أنسب لأنّ مرجعه إلى مانعية عجز البائع عن صحة العقد إنّما هو لأجل أنَّ مناط مالية المال هو كونه بحيث يتسلّط مالكة على قلبه وانقلابه بأيّ نحوٍ من أنحاء التصرف، فإذا لم يتمكن من التصرف فيه بنحو من الأنحاء كالسّمك في الماء والطير في الهواء فلا يعدّ مالاً بحسب الاعتبار العقلائي، فهذا الشرط في الحقيقة من شرائط العوضين. إذ مرجع اشتراط القدرة على التسليم إلى اشتراط المالية التي من شرائط العوضين.

ففيه: أولاً: إنّ اشتراط القدرة في كلامهم في مقابل اشتراط المالية، بعبارة أخرى إنّ اعتبار المالية شرط في أصل تحقق الموضوع وهو البيع لعدم صدقه بدونها، وإنّما الكلام في شرط صحته بعد تحقّقه فعدم القدرة على التسليم إن كان لعدم المالية فهو خارج عن محلّ الكلام، وإن كان لعدم وصول المالك إليه فهو محلّ الكلام.

وثانياً: إنّ ذلك غير مطرد في كلّ ما لا يقدر على تسليمه وقت التسليم فإنّه مع رجاء حصوله بعد ذلك فضلاً عن صورة العلم به بعد مدّة يعدّ مالاً، مع أنَّ المحكي عن جماعة البطلان فيهما.

(١) تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات ٥٣/٥.

(٢) منية الطالب ٣٣٩/٢.

وثالثاً: إنهم حكموا بصحة بيع العبد الآبق مع الضميمة فلو كان الوجه في اعتبار القدرة انتفاء المالية لكان باطلاً إذ الضميمة لا تجعله مالاً فتأمل وجهه أنّ الضميمة لا يجعل غير المال مالاً كذلك لا يجعل غير المقدور بالاعتبار المتقدم مقدوراً فجواز البيع مع الضميمة ليس إلا عن باب التعبد المحض منه.

ورابعاً: إنهم بعد حكمهم بفساد بيع ما لا يقدر على تسليمه اختلفوا في صحة صلحه، واستدل القائل بالصحة بأنّ الغرر منفي في البيع دون غيره من المعاملات.

ورده القائل بالفساد بعدم انحصار الرواية في نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر، لورود نهيه ﷺ عن الغرر على نحو الإطلاق أيضاً فيشمل الصلح، فلو كان منشأ البطلان عدم المالية لم يبق مجال لهذا النزاع، لأنّ المالية شرط في تحقق أصل المعاوضة فإذا انتفت المالية انتفت المعاوضة صلحاً كانت أو غيره»^(١).

وبما ذكرنا ظهر عدم تمامية ما ورد في العقد النضيد من قوله: «وبالجملة: لا دليل على لزوم إدراج هذا الشرط في شروط العوضين بل يمكن البحث عنه حتّى من خلال البحث عن شرائط المتعاملين»^(٢).

(١) غنية الطالب ٤٨٣/٣ و ٤٨٤، لآية الله الشيخ مرتضى الأردكاني (١٢٨٦-١٣٧٥ش)

(٢) العقد النضيد ١٨٠/٥.

أدلة اشتراط القدرة على التسليم

١- نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر

وفيه جهات من البحث:

الجهة الأولى: إنّ هناك ثلاثة روايات:

أ: نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر

ورد من الطرق الشيعية في كتاب دعائم الإسلام^(١) للقاضي نعمان المصري فقط.

ومن طرق العامة في مسند أحمد^(٢) عن ابن عباس.

ب: نهى النبي ﷺ عن الغرر

لم يرد في الكتب الرواية من الخاصة والعامة، نعم ورد في الكتب الاستدلال نحو الخلاف^(٣) والتذكرة^(٤).

ج: عن ابن مسعود قال رسول الله ﷺ: لا تشتري السمك في الماء فإنه غرر^(٥).

تدل الرواية الأولى والثالثة على النهي عن البيع الغرري فيكون البيع الغرري باطلاً لو تمت الدلالة.

ولكن الرواية الثانية تدلّ على أنّ الغرر في المعاملات مبطل بلا فرق بين البيع وغيره.

ولكن الرواية الثانية لم تثبت لعدم وجودها في الكتب الروائية وورودها في الكتب الاستدلال يمكن أن يكون للتلخيص.

وأما الرواية الثالثة فروت في الكتب العامة فقط ولم يذكر من طرقنا ومن المعلوم

(١) دعائم الإسلام ٢/٢١، ح ٣٤.

(٢) مسند أحمد ١/٣٠٢ عن ابن عباس.

(٣) الخلاف ٣/٣١٩، مسألة ١٣.

(٤) تذكرة الفقهاء ١٠/٩٥.

(٥) مسند أحمد ١/٣٨٨، سنن البيهقي ٥/٣٤٠، المعجم الكبير للطبراني ٩/٣٢١، مجمع الزوائد

٤/٨٠، الأمّ ٧/١٠٩.

عدم ثبوت طرقهم ورواياتهم في حقنا.

وأما الرواية الأولى فقد قال الشيخ الأعظم في شأن سندها: «اشتهار الخبر بين الخاصة والعامة يجبر ارساله»^(١).

وأنت ترى بأنها لم يشتهر لا بين الخاصة ولا العامة، لأنها لم ترد في كتبنا الروائية إلا في الدعائم ولم ترد في صحاحهم الستة، والمروى عنهم ورد في مسند أحمد، فالاشتهار ممنوع إن كان المراد من الشهرة الروائية منها، مع أنها لم تفد في جابرية ضعف الأسناد.

وأما إن كان المراد من الشهرة الفتوائية منها وهي تطابق فتوى المشهور من الفقهاء من دون الاستناد إلى الرواية، فهي ثابتة ولكنها لم تفد في جابرية ضعف الأسناد.

وأما إن كان المراد من الشهرة العملية منها وهي استناد فتوى المشهور من الفقهاء على رواية، فهي مفقودة ولكنها لو كانت موجودة تفيدنا في جابرية ضعف الأسناد. وبالجملة: الشهرة الروائية مفقودة ولو كانت موجودة لم تفدنا في الجابرية. والشهرة الفتوائية موجودة ولكنها لم تفدنا في الجابرية.

والشهرة العملية مفقودة وهي لو كانت موجودة نستفيد منها في الجابرية. فظهر مما ذكرنا عدم تمامية مقالة الشيخ الأعظم رحمته في المقام.

الجهة الثانية: ما معنى الغرر؟

دلالة الرواية منوطة بأن معنى الغرر في الخبر هو الخدعة والخديعة وأما لو احتملنا معاني آخر فلا تتم الدلالة.

ومن المعلوم عرّف اللغويون «الغرر» بمعاني عديدة:

منها: الغفلة^(٢) والخطر^(٣) والخديعة^(٤) وما كان له ظاهر يغتر المشتري وباطن

(١) المكاسب ١٧٦/٤.

(٢) الصحاح ٧٦٨/٢، القاموس المحيط ١٠١/٢.

(٣) المصدران وأساس البلاغة ٣٢٢، والمصباح المنير ٤٤٥/ والمغرب ٣٣٨/ للمطرزي

مجهول^(٥)، وما كان على غير عهدة ولا ثقة^(٦).

مقالة المحقق الاصفهاني ونقده

قال رحمته في ارجاع المعاني إلى معنى الخديعة ما نصه: «ما ذكره أهل اللغة في تفسير الغرر راجع إلى الغفلة والخديعة والخطر؛ وعمل ما لا يؤمن معه من الضرر؛ وما كان على غير عهدة وثقة؛ وما له ظاهر محبوب وباطن مكروه.

والمظنون قوياً أنّ هذه التفسيرات ليست كلّها بياناً لمعناه الحقيقي، بل بعضها بيان مفهومه وبعضها الآخر بيان لازمه الدائمي، وبعضها بيان لازمه الغالب، وبعضها بيان لمورده، والظاهر كما يساعده موارد استعماله ما يقرب من الخديعة، ولازمها الدائمي هو الغفلة، ولازمها غالباً هو الخطر والوقوع في الضرر، والمنخدع لا يكون على عهدة وثقة وإلا لما كان منخدعاً، كما أنّ مورد الخدعة ما كان له ظاهر محبوب وباطن مكروه. ومنه تعرف أنّ معناه ليس هو الخطر؛ حتّى تكون المعاملة الخطرية منهياً عنها، وغاية ما يمكن أن يقال في جعل المعاملة الخطرية غررية - وتوجيه النهي إليها بعنوان الغررية - هو أنّ المعاملة إذا كانت خطيرة - من حيث عدم الوثوق بتسلّم البذل - فصدورها من العاقل بمنزلة صدورها من الغافل المغرور، فاقدامه على مثل هذه المعاملة تغير بنفسه، فكأنّه يغرّ نفسه، فالملتفت إلى أنّه غير مقدور التسليم عمله عمل الغافل، فالنهي عن الغرر - بمعنى الخديعة - نهى عن تغريره بنفسه في المعاملة التي لا تكاد تصدر إلا من الغافل المغرور، فتدبر^(٧).

ولكن يردّ عليه: هذه المقالة مع لطافتها «تعدّ كلاماً ذوقياً لا دليل عليه، حيث لا دليل على أنّ هذه المعاني المذكورة تعدّ بعضها لوازم دائميّة، وبعضها لوازم غاليّة، وبعضها

→ ومجمل اللغة ٥٣٢/ لابن فارس، مجمع البحرين ٤٢٣/٣.

(٤) المصدران.

(٥) النهاية ٣٥٥/٣ لابن الأثير، الغريبين ١٣٦٦/٤.

(٦) المصدر، وتهذيب اللغة ٨٣/١٦.

(٧) حاشية المكاسب ٢٧٧/٣.

موارده.

نعم، لا ترد يد أن الخدعة لها مثل هذه الأمور المذكورة، ولكن ما هو الدليل على أن مفهوم الغرر ومعناه هو الخديعة والخدعة؟ فإن المحقق المذكور لم يقم دليلاً يفيد ذلك»^(١). أقول: لا يمكن إرجاع جميع المعاني إلى المعنى الواحد بلا فرق بين أن يكون الخديعة أو الخطر أو غيرهما ولكن ما ورد في الأثر: نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر، لا بد من أخذ معنى للغرر حتى يتناسب مع البيع الذي أضاف إليه وهذا ليس إلا معنى الخديعة لأن النهي يقتضي مقدورية متعلّقه، والغفلة والخطر وغيرهما معانٍ لـ«غرر» الذي يكون لازماً فلا يتعلّق النهي بها.

وأما الخديعة يكون متعدّياً ولها خادع ومخدوع ومخدوع به فالنهي يتعلّق ببيع الخدعة وأن يكون البائع خادعاً والمشتري مخدوعاً والعين مخدوعاً به. «ولا ينافي ذلك ما في كلام اللغويين من التمثيل لبيع الغرر ببيع السمك في الماء والطير في الهواء، لصدق الخديعة عليهما، فإن الخدعة تناسب ما ذكره في كلماتهم من أن الغرر هو «ما له ظاهر محبوب وباطن مكروه» أو «توهم حسن ما هو قبيح واقعاً»^(٢). هذا ما يخطر في البال على سبيل الاستعجال.

الجهة الثالثة: هل النهي الوارد في الأثر يدلّ على الفساد؟

«اتفق الفقهاء على أن النهي المتعلّق بالمعاملة له ظهوران:

ظهور أولي في الزجر عن المعاملة.

وظهور ثانوي في الدلالة على الفساد.

لكن القاعدة المذكورة غير منطبقة على النبوي، حيث لم ينه عن العاجز عن تسليم المبيع مباشرة، بل الوارد فيها قوله: (نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر)، ولذلك ينبغي البحث عن أن هذا النهي هل يحمل على ظهوره الأولي في الزجر عن العمل والنهي

(١) العقد النضيد ١٨٦/٥.

(٢) هدى الطالب ٥٨٣/٧.

التكليفي، أم فضلاً عن ذلك فيه إرشاد إلى الفساد؟
وبعبارة أخرى: هل النبوية تدلّ على مجرّد النهي التكليفي، أم أنّها دالة عليه وعلى الوضعي معاً؟

لا شك أنّ القاعدة تقتضي حمل النهي في الظهور على الزجر والنهي التكليفي، لكن المشكلة أنّ عموم الفقهاء استفادوا النهي الوضعي من النهي الوارد في النبوية، فحكموا بفساد المعاملة، ولا يبعد صحّته حيث يمكن تأييد ذلك بقيام القطع بعدم حرمة صدور البيع الغري، وأنّ العادل المتعامل به لا ينقلب فاسقاً، فالقطع المذكور يوجب حمل النهي الوارد في النبوية على الإرشاد إلى فساد المعاملة^(١).
والحاصل: هذا الدليل غير تام عندنا لما مرّ في الجهة الأولى وكذا جهتنا الثانية والثالثة لا إشكال فيهما.

فرع: هل يمكن تصحيح بيع الغري بالشرط؟
«كأن يقول: «بعتك الطير في الهواء بشرط أن أسلمك» أم لا؟
لا يقال: إنّ هذه المعاملة المشروطة باطلة، لكن لا من جهة التعليق المبطل للعقد - لأنّ التعليق على شرط يبتني الصحّة عليه لا يعدّ مبطلاً - بل لاستلزامه الدور، حيث أنّ صحّة الشرط متوقّفة على صحّة الشيء الذي وقع الشرط في ضمنه، فصحّة الشرط متوقّفة على صحّة البيع وبالعكس، وهذا دور واضح، فلا يمكن تصحيح العقد بالشرط المذكور.

لأنّا نقول: إنّ بطلان المعاملة يتوقّف على ثبوت غرريّته، ومع انضمام شرط التسليم إلى البيع لم يتحقّق بيع غرريّ؛ لأنّه لا يخلو:
إمّا أن يتحقّق الشرط، فلا غرر حينئذٍ.
وإن لم يتحقّق، فإنّه مع تخلف الشرط لا لزوم، ومع عدم اللزوم لا [غرر] ليستلزم البطلان.

(١) العقد النضيد ١٨٧/٥.

وعليه تكون المعاملة المذكورة بشرط التسليم صحيحة، ولا مجال للحكم عليها بالبطلان.

[اللهم] إلا أن يقال: إنَّ لازم اعتبار صحّة البيع مع شرط التسليم، هو الحكم بثبوت الخيار عند تخلف الشرط المذكور، وهذا ما لا قائل به، ومعه يكون الحكم بالبطلان مع شرط التسليم لأجل مخالفته للإجماع لا للمحذور العقلي^(١).

٢- قوله ﷺ: لا تبع ما ليس عندك

قد بحثنا حول إسناده في الاستدلال على بطلان عقد الفضولي بالسنة^(٢) فلا نعيد. وتمسك كلُّ من الفاضل النراقي^(٣) والسيد بحر العلوم الطباطبائي^(٤) وصاحبي الجواهر^(٥) والمكاسب^(٦) بهذا النبوي الشريف للاستدلال على شرطية القدرة على التسليم.

تقريب الاستدلال: «منوط ببيان المعاني المشار إليها في المتن لكلمة «عند» وهي أربعة:

الأوّل: الحضور في مقابل الغيبة. وقد أبطله بالإجماع على جواز بيع الغائب والسلف.

الثاني: مجرد الملكية، وقد أبطلها بأنَّ المناسب حينئذٍ ذكر اللام بأنَّ يقال: «ما ليس لك» بدل «عندك».

الثالث: مجرد السلطنة والقدرة على التسليم سواء أكانت حاصلةً حين العقد أم

(١) العقد النضيد ١٨٨/٥.

(٢) راجع الآراء الفقهيّة ٢٦٤/٥.

(٣) مستند الشيعة ٣٢٣/١٤.

(٤) المصابيح للسيد محمدمهدي بحر العلوم / مخطوط، ونقله عنه في الجواهر ٦٢٥/٢٣ (٣٨٨/٢٢).

(٥) الجواهر ٦٢٥/٢٣ (٣٨٨/٢٢).

(٦) المكاسب ١٨٣/٤.

بعده، كما إذا باعه ثم اشتراه من مالكه. فالمراد مطلق السلطنة.
وقد أبطله المصنف بوجهين:

أحدهما: تمسك العامة والخاصة بهذا النبوي على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة للغير ثم شرائها من مالكها، فإنه لو كان المراد مطلق السلطنة على التسليم لكان تمسكهم المزبور منافياً لذلك، لحصول السلطنة حينئذٍ، خصوصاً إذا كان وكيلاً عن المالك في بيعه ولو من نفسه. فتمسكهم المزبور يكشف عن عدم إرادة مطلق السلطنة من قوله ﷺ: «ما ليس عندك».

ثانيهما: أن بيع العين المملوكة للغير مورد الرواية، فلو كان المراد مجرد السلطنة على التسليم لزم منه صحة بيعه، لقدرة على التسليم بالقدرة على مقدمته أعني بيعه من نفسه، إذ المفروض كونه وكيلاً في بيعه ولو من نفسه.
الرابع: السلطنة التامة الفعلية المتوقفة على أمرين: أحدهما: الملكية، والآخر كونه تحت يده وقدرة وإن كان غائباً عنه.

ولمّا بطلت المعاني الثلاثة المتقدمة تعيّن هذا المعنى الرابع، فيدلّ النبوي على إعتبار أمرين: الملكية، والقدرة على التسليم، فلا بأس بالاستدلال به على إعتبار القدرة على التسليم^(١).

واستشكل صاحب الجواهر ﷺ على الاستدلال بقوله: «لكن قد يقال: إنّ المراد به الإشارة إلى ما هو مستعمل الآن وفي السابق من بيع الشيء المخصوص مظهراً له أنّه ماله وعنده، ثم يمضي بعد ذلك إلى صاحبه ويشتريه منه بأنقص ممّا باعه، ثم يدفعه إلى الذي باعه إياه أولاً^(٢)».

وأجابه الشيخ الأعظم: «بعدم الشاهد على اختصاصه بهذا المورد، وليس في الأخبار المتضمنة لنقل هذا الخبر ما يشهد باختصاصه بهذا المورد»^(٣).

(١) هدى الطالب ٦١١/٧.

(٢) الجواهر ٦٢٥/٢٣ ٣٨٩/٢٢.

(٣) المكاسب ١٨٤/٤.

ثمّ استشكل الشيخ الأعظم^(١) في دلالة النبوي على فساد بيع ما لا قدرة على تسليمه بوجهين:

الوجه الأوّل: «أنّ غاية ما يدلّ عليه النبوي هو فساد البيع بمعنى عدم كون العقد علّة تامّة لترتب الأثر المقصود عليه، لا عدم ترتب أثرٍ عليه أصلاً، بحيث يكون وجوده كعدمه، فيمكن أن يقع مراعى بإنتفاء الغرر، وصيرورة المبيع مقدور التسليم»^(٢).

الوجه الثاني: «بعد تسليم ظهور الخبر في بطلان بيع ما لا قدرة على تسليمه - وعدم الجدوى في حصول القدرة عليه بعد العقد - يتعيّن رفع اليد عن الظهور المزبور، وحملُ النهي «عن بيع ما ليس عندك» على عدم العلية التامة في التأثير، وذلك لأنّه - بناءً على دلالة النهي في النبوي على الفساد واللغوية - يدور الأمر بين إرتكاب أحد أمرين: إمّا رفع اليد عن الظهور في اللغوية، والإلتزام بجعل الفساد عبارةً عن عدم العلية التامة للتأثير، ولازمه صيرورة البيع مراعى بإرتفاع الغرر.

وإمّا حفظ الظهور في اللغوية، والإلتزام بتخصيص النبوي في موارد إلّزموا بوقوع البيع فيها مراعى - كبيع الرهن - مع كون البائع في تلك الموارد عاجزاً شرعاً عن التسليم. فلا بدّ أن يقال: «بيع ما ليس عندك فاسدٌ رأساً، إلّا بيع الرهن، وبيع ما لا يملكه حين البيع، وبيع المحجور، وبيع العبد الجاني عمداً» فإنّها تقع مراعى بإجارة من له الأمر. ولا ريب في عدم المجال لهذا التخصيص، وذاك لأنّ التخصيص وإن كان أولى من المجاز في سائر المقامات، إلّا أنّه في المقام لكثرتة ليس أرجح من المجاز أعني به إرتكاب خلاف الظاهر في النهي بجمله على الفساد، بمعنى عدم العلية المنحصرة. ومع عدم أرجحية التخصيص من المجاز وبالعكس يتساوى الإحتمالان، فيصير الكلام مجملاً، فلا يصح معه الإستدلال.

وعليه فالتمسك بالنبوي على إعتبار القدرة على التسليم ليس في محلّه، ولا مانع

(١) المكاسب ١٨٤/٤.

(٢) هدى الطالب ٦١٨/٧.

حينئذٍ من التمسك بالقواعد العامة المقتضية للصحة^(١).

ثم قال الشيخ الأعظم: «ولكن الإنصاف: أن الظاهر من حال الفقهاء اتفاقهم على فساد بيع الغرر بمعنى عدم تأثيره رأساً، كما عرفت من الإيضاح^(٢)»^(٣).

مراده رحمته: إن ما استظهره «من معنى الفساد - وهو عدم العلية التامة لا عدم ترتب الأثر رأساً - خلاف ظاهر حال الفقهاء، لأن ظاهرهم الاتفاق على كون فساد البيع عبارة عن عدم ترتب الأثر أصلاً. وهذا كاشف عن كون المراد بالنبويين هو الفساد محضاً، فلا يصح حملهما على ما ذكره من عدم العلية التامة»^(٤).

أقول: يمكن أن يجاب عن وجهي الشيخ الأعظم رحمته:

أما على الأول: فوقوع العقود مراعى بحيث لا يصدق عليه الصحيح ولا الفاسد محل تأمل بل منع لأن العقود والايقاعات إمّا وقعت صحيحة أو لا شيء أصلاً ولكن اثبات وقوعها مراعى يحتاج إلى دليل مفقود في المقام هذا أولاً. وثانياً: يرجع وقوع العقد مراعى حتى ينتفي صفة الغرر أو تحقق كون المبيع مقدوراً تسليمه إلى الفرع الذي مرّ آنفاً^(٥) في ذيل الدليل الأول وقد ذهبنا إلى عدم امكان تصحيح بيع الغرري بالشرط فراجع ما حررناه هناك.

وأما على الثاني: فيتم لو تم الوجه الأول ولكن بعد الجواب عنه فلا يتم ما بناه عليه، لأن قد مرّ عدم وقوع العقد مراعى ويدلّ النبويان على فساد البيع مع عدم القدرة على التسليم.

وما ذكره رحمته من موارد جواز البيع: مع عدم القدرة على التسليم يخرج عمّا نحن فيه موضوعاً - يعني البائع يقدر على تسليم المبيع - أو حكماً - يعني قد ورد الدليل على

(١) هدى الطالب ٦١٩/٧.

(٢) إيضاح الفوائد ٤٣٠/١.

(٣) المكاسب ١٨٥/٤.

(٤) هدى الطالب ٦٢٣/٧.

(٥) راجع صفحة ١٥ من هذا المجلد.

جواز البيع في هذا الموارد الخاص - فلا يكون تخصيصاً مستهجناً في المقام.
وأما ما ذكره تحت عنوان «لكن الإنصاف» فتام ولا بد أن نذهب إليه لا لإتفاق
الفقهاء على الفساد بل لما يدلّ الدليل عليه واتفاقهم - قدس الله أسرارهم - على الفساد
يكشف عن صحة فهمنا في الاستنباط، والحمد لله.

مقالة المحقّق الاصفهاني في تأييد استشكال الشيخ الأعظم في دلالة النبوي على المقام ونقدها

قال المحقّق الاصفهاني رحمته الله: «قد مرّ^(١) منّا في مبحث الفضولي؛ وفي مبحث من باع
ثم ملك^(٢) في مقام الجواب عن هذه الأخبار أن المراد إمّا هو البيع الإنشائي الموصوف
بالصحة والفساد أو البيع الحقيقي الموصوف بالوجود والعدم، وأنّ النهي على الأوّل إرشاد
إلى عدم النفوذ وعدم الأثر المترقب من السبب، وعلى الثاني إرشاد إلى عدم تحققه.
وقد ذكرنا أنّ الحكم ببطلانه من رأس أو الحكم بعدم تحققه كذلك مبني على
الاطلاق، إمّا بلحاظ الآثار من حيث الصحة الفعلية والتأهلية معاً على الأوّل، وإمّا بلحاظ
الأحوال من حيث تملكه بعد العقد أو دخوله تحت يده ونحو ذلك على الأوّل والثاني معاً.
والاطلاق من كلا الوجهين باطل، أمّا من الوجه الأوّل فلما مرّ من أنّ الصحة
التأهلية انتزاعية لا شرعية فلا يعمه الإطلاق، وأمّا من الوجه الثاني فلأنّ المطلق لا بدّ من
انحفاظه في جميع الحالات ليستوي الحكم بسريانه، وعدم كونه عنده بمعنى ملك الرقبة؛
وبمعنى ملك التصرف؛ وبمعنى القدرة على التسليم كلّها غير منحلّة مع تبدّل الحال،
فالنهي عنه باعتبار عدم ملكه له لا يعقل أن يعم ما إذا أضيف إليه بإضافة الملكية؛ أو كان
مقدوراً بعد إن لم يكن كذلك، فلو نفذ البيع وتحققت الملكية لم يكن من بيع غير المقدور
وممّا ليس عنده، وبقيّة الكلام تطلب ممّا تقدم»^(٣).

(١) حاشية المكاسب ١٠١/٢، تعلية ٨٦ و ٨٧.

(٢) حاشية المكاسب ٢٢٦/٢، تعلية ٢٠٩ و ٢١٠.

(٣) حاشية المكاسب ٢٨١/٣.

توضيح مقال الاصفهاني: «إن هيئة النهي في قوله: «لا تبع» واردة على مادة البيع، وهناك احتمالان في البيع المنهي عنه:

١- احتمال أن يكون البيع إنشائياً.

٢- احتمال أن يكون حقيقياً.

١- إذا كان إنشائياً، فإن النهي عما يعد سبباً للملك يكون إرشاداً إلى الفساد وعدم ترتب الآثار.

لكن لا مجال لتحقيق ذلك، إلا مع تمامية إطلاق النهي، بحيث يعم الصحة الفعلية والصحة التأهيلية، ليدل على أن إنشاء بيع ما ليس عند البائع فاقد لاقتضاء الصحة الفعلية، بل غير مؤهل لها، خلافاً لبيع الفضولي الذي فيه الصحة التأهيلية دون الفعلية. ودعوى القوم على أن إطلاق الخبر المذكور ينفي الصحتان عن البيع [الذي لا يقدر على تسليمه].

ولكن لا يخفى أن هناك فرقاً بين الصحة الفعلية والصحة التأهيلية، فالأولى مجعول شرعي، والثانية أمر انتزاعي ينتزع من البيع المنشأ الفاقداً لإجازة المالك، فمن خلال الإنشاء يتحقق الاقتضاء، لكن بما أنه فاقداً للشرط، ويستفاد مجرد الصحة التأهيلية، وعليه فلا تعدد من المجعولات الشرعية، ولا يشملها إطلاق النهي، فالنهي المذكور في الخبر يختص بنفي الصحة الفعلية.

٢- أمّا إذا كان المراد من البيع هو الحقيقي منه، فإن أمره يدور بين الوجود والعدم دون الصحة والفساد، وبالتالي يصبح قوله: «لا تبع...» إرشاداً إلى أن بيع المعدوم غير موجود.

ولكن لا يخفى أن إطلاقه يدور مدار تحقق الموضوع وعدمه، أي مادام يكون البيع بيع ما ليس عندك، يكون الخبر دالاً على عدمه، وأمّا مع انقلابه وتبدل الموضوع، فإنه يستحيل بقاء النهي المذكور، فالخبر ينهي عن وجود البيع الحقيقي مادام لا قدرة على التسليم، لكن متى وجدت القدرة فمن الطبيعي انتفاء الحكم بانتفاء موضوعه.

و [بناءً] عليه، التزمنا بصحة البيع الفضولي بمجرد لحوق الإجازة به، من دون

الحاجة إلى عقد جديد؛ لأنّ قوله: «لا بيع إلّا في ملك» ينفي البيع مادام لم يكن هناك ملك، فإذا صدرت الإجازة من المالك، أو أصبح المبيع مملوكاً للبائع، انتفى مدلول الخبر بانتفاء موضوعه، وهكذا الأمر في المقام.

وبالتالي فإنّ بيع ما ليس عندك محكومٌ بالصحة التأهليّة، وقابلة للصحة الفعلية بعد تبدل الموضوع.

وبالجملة: سواء كان البيع حقيقياً أو إنشائياً، فإنّ البرهان قائم على أنّ قوله ﷺ: «لا تبع ما ليس عندك» لا ينفي اقتضاء الصحة^(١).

نقد مقال الاصفهاني: قد أورد عليه: «أولاً: إنّ تقسيم البيع إلى الإنشائي والحقيقي ممنوع، بل المتحقّق ليس إلّا البيع الإنشائي؛ لأنّ الثابت عند الجميع أنّ البيع -على جميع المباني سواء اعتبرناه نقل العين بالعوض، أو تبديل طرفي الإضافة، أو تبديل العين بالعوض - يعدّ من الأمور الاعتبارية، وبالتالي فلا شبهة في أنّ إنشائية البيع أمرٌ معقول ثبوتاً وإثباتاً، وهناك مسالك عديدة في تفسير إنشائية البيع، والمعتبر منها إثنان:

١- قيام البائع بإيجاد ملكيّة عين معيّنة بعوض معيّن في عالم الاعتبار.

٢- قيام البائع بإيجاد ملكيّة عين معيّنة بعوض معيّن في وعاء الاعتبار وإبراز ذلك خارجاً.

والبيع المنشأ تارةً يمضيه العرف والشرع، وأخرى ينفبانه، وعليه فليس هناك بيع حقيقي زائد على ما اعتبره الشارع أو العرف بأنّه بيعٌ، ولذلك نرى أنّ في تقسيم البيع إلى الحقيقي والإنشائي تأمّل، لأنّ حقيقة البيع ليس إلّا صدور المادّة من البائع سواء كان أصيلاً أو فضولياً، والمنشأ المذكور قد يمضيه الشارع وقد يرفضه، وبالتالي فلا مجال لتصوير البيع الحقيقي، إلّا البيع الذي تعلّق به إمضاء الشارع.

فإنّ أصرّ القائل على تسميته بالبيع الحقيقي، فلا مشاحة في الاصطلاح، لكن الحقيقة أنّ تسمية البيع الممضى شرعاً بالحقيقي ممنوعٌ؛ لأنّ مثل هذا البيع المتقوم بإمضاء

(١) العقد النضيد ١٩٢/٥ و ١٩٣.

الشارع يستحيل تعلّق النهي به، لما ثبت من أنّ متعلّق النهي يجب أن يكون مقدوراً، والبيع المتقوم بإمضاء الشارع يستحيل تعلّق النهي به بعد إمضائه. ولذلك نعتقد أنّه لا يعقل حمل قوله ﷺ: «لا تبع ما ليس عندك» على البيع الحقيقي المتقوم بإمضاء الشارع. هذا فضلاً عن أنّه لا ثمرة لمثل هذا التقسيم، لعدم إمكان تصوير الإطلاق كما مرّ ذكره، ولا تنفاء الموضوع بعد الوجدان.

وثانياً: لا شك أنّ النهي المتوجّه إلى العاجز عن تسليم المبيع، نهياً فعليّ يجعل البيع محكوماً بالفساد، ومع ملاحظة استحالة الإهمال في الواقعيّات فلا يعقل الإهمال في البيع الصادر عن العاجز عن التسليم، بل هو إمّا مقيّد بالقدرة، وقد استند فقهاؤنا بإطلاق النهي إطلاقاً حدوثياً في قوله: «لا تبع...» وحكموا بفساد البيع مع العجز عن التسليم. وخلاصة الكلام: إنّ دلالة قوله ﷺ: «لا تبع ما ليس عندك» على فساد المعاملة الصادرة من العاجز عن التسليم، تامة لا غبار عليها، فيستفاد منها اشتراط القدرة على التسليم»^(١).

لا يقال: «قد أطلق عنوان «ما ليس عندك» في بعض الأخبار على «غير المملوك»، ومعه يتردّد النهي بينه وبين غير المقدور، فتصبح النبويّة مجعولة وساقطة عن صلاحية الاستدلال بها على اشتراط القدرة.

ومن هذه الأخبار ما رواه الشيخ الكليني عن عليّ بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن عبدالرحمن بن الحجاج -والسند صحيح- قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الرجل يجيئني يطلب المتاع، فأقول له على الربح، ثمّ أشتريه فأبيعه منه؟

فقال: أليس إن شاء أخذ، وإن شاء ترك؟ قلت: بلى.

قال: فلا بأس به. قلت: فإنّ من عندنا يُقسّده.

قال: ولم؟ قلت: قد باع ما ليس عنده؟

قال: فما يقول في السلم، قد باع صاحبه ما ليس عنده؟!

قلت: بلى.

قال: فإنما صلح من أجل أنهم يسمونه سلماً، إن أبي كان يقول: لا بأس ببيع كل متاع كنت تجده في الوقت الذي بعته فيه»^(١).

[ومنها: صحيحة الأخرى قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشتري منه حالاً، قال: ليس به بأس، قلت: إنهم يفسدونه عندنا، قال: وأي شيء يقولون في السلم؟ قلت: لا يرون به بأساً يقولون: هذا إلى أجل، فإذا كان إلى غير أجل وليس عند صاحبه فلا يصلح، فقال: فإذا لم يكن إلى أجل، فإذا كان إلى غير أجل وليس عند صاحبه فلا يصلح، فقال: فإذا لم يكن إلى أجل كان أجود ثم قال: لا بأس بأن يشتري الطعام وليس هو عند صاحبه، «وإلى أجل، فقال: لا يسمي له أجلاً، إلا أن يكون بيعاً لا يوجد مثل العنب والبطيخ وشبهه في غير زمانه، فلا ينبغي شراء ذلك حالاً»^(٢)].

لأننا نقول: أن إطلاق «ما ليس عنده» في [هاتين الروایتين] لم يكن من باب حصر المفهوم في غير المملوك، بل من باب تطبيق كبرى «ما ليس عندك» على غير المملوك، ومن المعلوم أنه لا يتحقق الإجمال إذا كان الإطلاق من باب بيان المصدق، بخلاف ما إذا كان في مقام بيان المفهوم حيث يؤدي إلى الإجمال.

بيان ذلك: إن «ما ليس عندك» معنى عام له فردان، وهما غير المملوك وغير المقدور، حيث يصدق عليهما العنوان المذكور حقيقةً.

وعليه فالنبوية تتحدث عن مفهوم عام.

أمّا الصحيحتان فالمذكور فيهما حكم أحد فردي العام، وتطبيق العموم المذكور

(١) وسائل الشريعة ٤٧/١٨، ح ٣، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود.

(٢) وسائل الشريعة ٤٦/١٨، ح ١، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود.

على إحدى الحَصَّتَيْن، لا يوجب إجمال العنوان المذكور في النبويّة، خاصّة إذا لاحظنا ذيل الصحيحة [الأولى] من قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «إِنَّ أَبِي كَانَ يَقُولُ...» حيث يفيد ضرورة وجدان المتاع حين البيع، وأمّا غير المقدور فلا يصحّ بيعه لأنّه غير موجود. وهكذا ثبت أنّ دلالة النبويّة على مانعيّة العاجز عن التسليم عن صحّة البيع، تامّة ولا نقاش فيها»^(١).

٣- استحالة التكليف بالمتنع

«إنّ لازم العقد وجوب تسليم كلّ من المتبايعين العوضين إلى صاحبه فيجب أن يكون مقدوراً لاستحالة التكليف بالمتنع»^(٢).

توضيح الاستدلال: «أنّ مضمون العقد - وهو نقل كلّ من العوضين عن مالكة إلى صاحبه وصيرورته ملكاً للآخر الذي هو حكم وضعي - مستلزم لوجوب تسليم كلّ منهما ما انتقل عنه إلى مالكة، وحرمة حبسه، لأنّه ظلم. وهذا الوجوب كسائر التكاليف يقتضي مقدورية متعلّقه، فلا بدّ من كون التسليم الواجب مقدوراً، وإلا يلزم التكليف بالمتنع، وهو قبيح، فثبت اعتبار القدرة على التسليم.

وبعبارة أخرى: أنّ البيع الصحيح يستلزم وجوب التسليم تكليفاً، وهو متوقف على القدرة، وحيث إنّ لا قدرة حسب الفرض على التسليم، فلا وجوب، وبطلان اللازم يكشف عن بطلان الملزوم وهو البيع. وهذا مقتضى القياس الاستثنائي»^(٣).

واعترض عليه العلامة الطباطبائي في المصابيح: «بأنّه إن أريد إثبات اشتراط القدرة على التسليم بوجوب التسليم منجزاً، فذلك باطل؛ لأنّه مشروط بالبيع، وإن أريد إثبات اشتراطها بوجوب الإقدام على ما يتمكّن معه من فعل الواجب إذ وجب، منعنا الوجوب على الإطلاق؛ فإنّ التكليف مشروط بالقدرة، والعجز السابق على البيع

(١) العقد النضيد ٥/ (١٩٦-١٩٤) مع إضافة مثلاً.

(٢) المكاسب ٤/ ١٨٥.

(٣) هدى الطالب ٧/ ٦٢٣.

كالمتجدّد، فكما لا يجب التسليم في الثاني فكذا في الأوّل»^(١).

توضيح الاعتراض: «إنّ صحة البيع وضعاً -بمعنى تأثيره في نقل كلّ من العوضين إلى الآخر- وإن كانت مستلزماً لوجوب الوفاء به تكليفاً بمعنى ترتيب آثاره عليه من تسليم المبيع للمشتري، والتمن للبائع، إلّا أنّ إستفادة شرطية القدرة الفعلية على التسليم -حال العقد- من الأمر بالوفاء ممنوعة، وذلك لأنّ وجوب التسليم [١] إمّا أن يراد به وجوبه الفعلي المنجز بحيث يكشف العجز عنه عن الحكم الوضعي في الملزوم أعني بطلان العقد. و [٢] إمّا أن يراد به مطلق وجوبه الشامل للوجوب المطلق وللمشروط بالقدرة.

فإن أُريد الأوّل إتجه منع الملازمة بين الحكم الوضعي -وهو نفوذ البيع- وبين التكليفي أعني وجوب التسليم، ضرورة عدم إقتضاء الحكم الوضعي للتكليفي إلّا في الجملة، فيستفاد صحة البيع من إطلاق حله ومن التجارة عن تراض، ونحوهما، ولا يستفاد إطلاق التكليف بالتسليم من وجوب الوفاء بالعقد بعد دخل القدرة على المتعلّق في مطلق الخطابات الشرعية.

وإن أُريد الثاني، وهو إستلزام صحة البيع وجوب التسليم في الجملة -أي مشروطاً بالقدرة عليه- فالملازمة بين الوضع والتكليف محققة، ومعناه ترتب وجوب التسليم على العقد منوطاً بالتمكن منه. ومن المعلوم أنّ الوجوب المشروط بالقدرة قاصر عن إثبات اشتراط صحة العقد بالقدرة على التسليم.

وعليه فحكم القدرة على التسليم حال العقد وبعده واحد. فلو كان متمكناً من تسليم المبيع حين البيع ثم طرأ عليه العجز، لم يجب عليه، ولا يستلزم بطلان العقد، بل يتخيّر المشتري بين الفسخ والتربص. فكذا لو كان عاجزاً عن التسليم حال البيع، وتمكّن منه في المستقبل. فلا تكليف به فعلاً.

(١) المصابيح للسيد محمد مهدي بحر العلوم / مخطوط، ونقل عنه في الجواهر ٦٢٨/٢٣

(٣٩٠/٢٢) وفي غاية الآمال ٢١٠/٧.

هذا توضيح^(١) الاعتراض.

وناقش العلامة الطباطبائي الاعتراض بقوله: «لا يقال: الأصل في الوجوب عدم التقييد، وقد ثبت بالقياس إلى العجز المتجدد بخلاف السابق؛ لأنَّ القدرة على التسليم إذا كانت شرطاً كان الوجوب بالقياس إليها مطلقاً، لكونها مفروضة الحصول على هذا التقدير»^(٢).

تقريب المناقشة: يمكن أن يمنع عن الشق الثاني من الاعتراض وهو جعل وجوب التسليم مشروطاً بالقدرة عليه.

و «وجه المنع أنَّ تقييد الوجوب بالتمكن منه مخالف لأصالة عدم تقييد الوجوب، ويتعيّن الشق الأول، وهو كون وجوب التسليم فعلياً بنفس العقد، ويترتب عليه إنكشاف إنتفاء الملزوم من إنتفاء اللازم»^(٣). يعني يكشف عن عدم القدرة على التسليم الفعلي المنجّر بطلان العقد.

ثم أجاب عن مناقشته بقوله: «لأنَّ هذا الأصل معارض بمثله في جانب البيع؛ فإنَّ الأصل عدم اشتراطه بالقدرة على التسليم، فيجب تقييد وجوب التسليم بحصول القدرة السابقة كاللاحقة»^(٤).

توضيح الإجابة: «إنَّ دليل الصحة -كآية حلّ البيع- لم يُقيّد بالقدرة على التسليم، فلو شكّ في التقييد جرى أصالة عدم اشتراطه بها، وهذا الأصل العملي معارض لأصالة إطلاق وجوب التسليم، وبعد التساقط يبقى إطلاق دليل حلّ البيع بحاله، ويقال بصحة

(١) هدى الطالب ٦٢٤/٧ و ٦٢٥.

(٢) المصابيح للسيد محمد مهدي بحر العلوم / مخطوط، ونقل عنه في الجواهر ٦٢٨/٢٣ (٣٩٠/٢٢)، وفي غاية الآمال ٢١٠/٧.

(٣) هدى الطالب ٦٢٦/٧.

(٤) المصابيح للسيد محمد مهدي بحر العلوم / مخطوط، ونقل عنه في الجواهر ٦٢٨/٢٣ (٣٩٠/٢٢)، وفي غاية الآمال ٢١١/٧.

البيع حتّى مع العجز عن التسليم حال العقد، تمسكاً بإطلاق دليل الإمضاء»^(١).
ثمّ قال الشيخ الأعظم: «وفي الاعتراض والمعارضة نظر واضح فافهم»^(٢).
مراده من الاعتراض المناقشة ومن المعارضة جوابها، وأمّا وجه نظر الشيخ الأعظم يرجع إلى «أنّ أصالة عدم التقييد إن أُريد بها الأصل العملي، ففيه: أنّه لا أصل لها. وإن أُريد بها أصالة الإطلاق، ففيه: أنّها من شؤون ظواهر الألفاظ كالعموم والحقيقة وغيرهما، كما إذا قال المولى: «أكرم عالمًا» وشك في تقييده بالعدالة. بخلاف ما لو كان الدليل عليه ليبيًا. والوجوب فيما نحن فيه - حسب الفرض - ليس مستفاداً من اللفظ حتّى يتمسك في الشك في تقييده بأصالة الإطلاق، فإنّ الاستدلال المزبور ينادي بأنّ الوجوب من لوازم العقد، هذا.

وأما وجه النظر في المعارضة فهو: أنّ أصالة الإطلاق - بناءً على جريانها في ناحية وجوب التسليم - حاکمة على أصالة عدم تقييد البيع بهذا الشرط، لما ثبت في محله من حكومة أصالة الإطلاق في المقيّد على أصالة الإطلاق في المطلق»^(٣).
وأما قوله «فافهم»، «لعلّه إشارة إلى: أنّه بناءً على كون القدرة على التسليم من مقوّمات المالية لا من شرائط المتعاقدين - كما يؤمّي إليه تعرضهم لها في شرائط العوضين، لا في شرائط المتعاقدين - ينهدم أساس الملازمة بين الحكم الوضعي وبين وجوب التسليم المستكشف منه إعتبار القدرة على التسليم، وذلك لأنّ مضمون العقد لا يتحقق حينئذٍ في الخارج، لتقوم المعاوضة بمالية العوضين، وبدونها لا يمكن تأثير إنشاء المعاملة حتّى يدعى التلازم بين مضمون العقد وبين وجوب التسليم، فتدبر»^(٤).

مقالة المؤسس الحائري رحمته الله في الدفاع عن الدليل

قال المؤسس الحائري: «يمكن توجيه كلام المستدلّ على وجه يندفع عنه المنع

(١) هدى الطالب ٦٢٦/٧.

(٢) المكاسب ١٨٥/٤.

(٣) هدى الطالب ٦٢٦/٧.

(٤) هدى الطالب ٦٢٧/٧.

المزبور وهو أن يدعى أن مقتضى عقد البيع ليس هو الالتزام بملكية هذا بإزاء ملكية ذاك فقط، بل هو هذا الالتزام مع الالتزام بتسليم المبيع إلى المشتري وتسليم الثمن منه، ولو كان مقتضاه هو الالتزام الأول لزم في ما إذا يقطع الطرفان بانقطاع يد كل منهما عن المال إما لوقوعه في قعر البحر بحيث لا يرجى التمكن منه، أو وقوعه في أيدي بعض الظلمة والسراق الغير القابل بحسب العادة لاسترجاع المال من أيديهم أن يتمشى القصد الجدّي إلى البيع والشراء، والظاهر عدمه وأنّ حاله بعينه حال ما إذا لم يمكن فكّ الملكية عن البائع، فكما أنّ القصد الجدّي حينئذ من البائع إلى البيع يرجع إلى قصد المتناقضين كذلك في هذا المثال أيضاً قصد البيع الجدّي.

وعلى هذا فتسمية التسليم الخارجي من كلّ من الطرفين وفاء مع كون الوفاء عبارة عن الجري على طبق مقتضى العقد يكون على القاعدة، وإلا فمجرد كون حكم العقد إيجاب التسليم مع كونه صرف الالتزام بالملكية من باب وجوب تسليم مال الغير إليه لا يستحقّ اسم الوفاء، مع أنّه يكفي في الجري على طبق الإنشاء المتكفل لتبادل الملكين إمساك كلّ منهما المال بعنوان الغصب من صاحبه، فضرورة خصوص التسليم وفاء لا يستقيم إلا على ما عرفت من وجود الالتزامين العرضيين في حقيقة البيع إما على وجه التركيب وإما على وجه البساطة والاندماج.

لكن نتيجة هذا البيان هو اشتراط العلم بالقدرة لا واقعها^(١).

ولكن يرد على استدلال المؤسس الحائري رحمته أولاً: «هذا الاستدلال مبني على أنّ العلم بالقدرة على تسليم المبيع، هو المسوّغ لصدور الالتزام البيعي من البائع، وإن كان عاجزاً واقعاً، كما أنّ جهله بها مانع عن التزامه البيعي وإن كان قادراً واقعاً، لكن غاية دلالة مثل هذا الدليل شرطية العلم بالقدرة دون القدرة الواقعية، والشرطية المذكورة في كلمات الفقهاء هي شرطية القدرة واقعاً دون اشتراط العلم بالقدرة.

[ثانياً: أنّه لا شك أنّ الالتزام البيعي الذي أشار إليه والذي لا ينفكّ عن التمليك

(١) كتاب البيع ٢/٢٣٠ و ٢٣١.

٣٠ الآراء الفقهية - البيع (٦) / ج ٩

والتسليم، يعدّ من الشروط الخارجة عن العقد - برغم كونه مشروطاً بالالتزام العقدي - فهو شرط لكن في ضمن عقد البيع، ولا يخفى أنّ غاية دلالة مثل هذه الشروط الضمنية تأثيرها في جواز البيع ولزومه لا صحته، ففائدة مثل هذه الشروط ثبوت الخيار للمشتري عند التخلف عن الشرط برغم صحّة العقد.

وعليه، فغاية ما أفاده المحقّق الحائري إثبات صحّة البيع وجوازه عند العجز عن التسليم، دون البطلان الذي حاول بعض فقهاءنا إثباته عند فقدان القدرة على التسليم^(١).

٤- الغرض من البيع هو الانتفاع والتسليم مقدمة له

الدليل الرابع مركب من دعويين:

«إحدهما: كون الغرض من البيع منحصرّاً في إنتفاع كلّ من المتعاقدين بما ينتقل إليه.

ثانيتهما: توقف الإنتفاع - المترقب - على التسليم. فالتسليم مقدمة للغرض الداعي إلى المعاملة»^(٢).

وقد اعترض عليه الشيخ الأعظم^(٣) بوجهين:

الأوّل: «أنّ الغرض من البيع وإن كان هو الإنتفاع، إلّا أنّ توقف مطلق الإنتفاع على التسليم ممنوع، بشهادة جواز إنتفاع المشتري بعقّب العبد الآبق، مع عدم توقف هذا الإنتفاع الخاص على التسليم، فالدليل أخصّ من المدّعى.

ولو قيل: إنّ مطلق الإنتفاع وإن لم يكن منوطاً بالتسليم، إلّا أنّ الغرض من البيع هو الإنتفاع الخاص أعني المتوقف على التسليم، لا مطلق الإنتفاع.

يقال عليه: إنّ الإنتفاع المطلق صالح لكونه غرضاً من البيع»^(٤).

(١) العقد النضيد ٢٠٧/٥.

(٢) هدى الطالب ٦٢٧/٧.

(٣) المكاسب ١٨٥/٤.

(٤) هدى الطالب ٦٢٨/٧.

الثاني: «أنَّ الغرض من البيع وإن كان هو الانتفاع، لكنه لا يلزم نقض الغرض بالعجز عن التسليم، فإنَّ الشرط هو الانتفاع الخاص الحاصل بعد التسليم، لا مطلق الانتفاع ولو قبل التسليم حتَّى يكون تعذره قادحاً»^(١).
ولكن الأولى في جواب هذا الدليل أن يقال: «إنَّ الأغراض الداعية إلى الانشاءات لا تؤثر في صحة المعاملات بمعنى أنَّ تخلفها لا يبطلها»^(٢).

٥- بذل الثمن على غير المقدور سفه

هذا الدليل مؤلف من صغرى وكبرى:
وأما الصغرى فهي: «إنَّ بذل الثمن بإزاء المبيع غير المقدور على تسليمه للمشتري يكون سفهياً وتضييعاً للمال»^(٣).
وأما الكبرى فهي: «إنَّ البيع السفهى ممنوع شرعاً، لكونه من موارد أكل مال الغير بالسبب الباطل، لا بالتجارة عن تراضٍ، هذا»^(٤).
وأما النتيجة فهي: البيع الذي يكون المتبايعين غير قادرين على تسليم المبيع أو الثمن باطلاً، فالقدرة على التسليم يكون شرطاً لصحة البيع.

ولكن يمكن أن يناقش في هذا الدليل صغرى وكبرى

وأما الصغرى فيما ذكره العلامة بحر العلوم الطباطبائي في مصابحه: «المنع من لزوم السفه والتضييع على الإطلاق، فإنَّ بذل القليل من المال في مقابلة الخطير المتوقع الحصول ممَّا يقدم عليه العقلاء، ولا يعدُّ مثله سفهاً ولا تضييعاً. وإذا قلنا بعدم الاجتزاء بالضميمة في بيع غير المقدور - كما هو المشهور^(٥) - كان توجُّه المنع عليه أبين

(١) هدى الطالب ٦٢٨/٧.

(٢) هدى الطالب ٦٢٧/٧.

(٣) هدى الطالب ٦٢٩/٧.

(٤) هدى الطالب ٦٢٩/٧.

(٥) نقلت الشهرة في المصابيح في الفقه (للطباطبائي): البيع / مصباح: يشترط في المبيع القدرة

وأظهر^(١).

وأما الكبرى فيما مرّ منّا تبعاً للسيد المحقّق الخوئي رحمته الله من أنّ الأدلة دالة على بطلان بيع السفه لا بيع السفهي والفرق بينهما واضح. فمنع بطلان البيع السفهي مطلقاً. مضافاً إلى النسبة بين السفاهة والقدرة على التسليم عموم من وجه لعدم السفاهة مع إمكان الانتفاع بدون تسلّم المبيع كالتعقّق فالدليل أخص من المدعى على فرض تماميته.

ثمّ إنّ هاهنا تنبيهات لابدّ أن نذكرها

التنبيه الأوّل: القدرة على التسليم هل هي شرط في صحة البيع أو العجز يكون مانعاً؟

ذهب الشيخ الأعظم رحمته الله^(٢) إلى شرطية القدرة على التسليم وصاحب الجواهر^(٣) إلى أنّ العجز هو المانع عن صحة البيع. واستظهر صاحب الجواهر من عبارة الغنية^(٤) «بل وغيرها عند التأمل: أنّ المراد من هذا الشرط عدم جواز بيع ما يعجز عن تسليمه كالأمثلة السابقة، وقد يطلق اشتراط القدرة على إرادة كون العجز مانعاً، نحو ما ذكره في كون القدرة شرطاً في التكليف. وتظهر الثمرة: في المشكوك فيه؛ فإنّه بناءً على شرطية القدرة يمتنع بيعه، بخلافه بناءً على مانعية العجز.

ومما يرشد إلى ذلك: أنّهم قد ذكروا الإجماع - كما عرفت - على اشتراط القدرة،

→ على التسليم ورقه ٢٣٧ (مخطوط).

(١) مصابيح الأحكام للسيد محمد مهدي بحر العلوم / مخطوط، ونقله في الجواهر ٦٢٩/٢٣ (٣٩١/٢٢).

(٢) المكاسب ١٨٦/٤.

(٣) الجواهر ٦١٨/٢٣ (٣٨٥/٢٢).

(٤) غنية النزوع ٢١١/.

مع أنّهم قد حكوا الخلاف في أمور:

منها: بيع الضالّ، فإنّه قد قيل^(١): فيه وجوه:

الأوّل: صحّة بيعه مع الضميّة - لا مطلقاً - غير مراعى بالتسليم، وإن لم أجد به مصرّحاً على التعيين، كما اعترف به بعض الأساطين^(٢).

الثاني: صحّته مطلقاً مراعاة بالتسليم، فلو تعدّر تخيّر المشتري، وهو اختيار للمعة^(٣) والمعالم^(٤).

الثالث: صحّة بيعه متردّداً بين إلحاقه بالآبق فيفتقر إلى الضميّة، ووقوعه مراعى مطلقاً فلا يحتاج إليها، قاله في التذكرة^(٥) والقواعد^(٦).

الرابع: بطلان بيعه منفرداً، مع التردّد فيه منضمّاً وفي التقسيط والاختصاص على تقدير الصحّة وتعدّر التسليم، وهو للعلامة في النهاية^(٧).

الخامس: البطلان مطلقاً كما في ظاهر الروضة^(٨) والمسالك^(٩) وحواشي التحرير^(١٠).

ومنها: بيع الضالّة، وفيها احتمالات:

(١) كما في المصابيح في الفقه: البيع / مصباح: قال ابن حمزة ولا يصحّ بيع ما فيه غرر وورقه ٢٤٠ (مخطوط).

(٢) المصدر السابق.

(٣) اللعة الدمشقيّة: المتأجر، الفصل الثاني، ١١١/.

(٤) معالم الدين (لابن القطّان): البيع، في البيع ٣٤٣/١.

(٥) تذكرة الفقهاء: البيع، في العوضين ٤٩/١٠.

(٦) قواعد الأحكام: المتأجر، في العوضين ٢٣/٢-٢٤.

(٧) نهاية الإحكام: البيع، في المعقود عليه ٤٨٢/٢.

(٨) الروضة البهيّة: المتأجر، الفصل الثاني ٢٥١/٣.

(٩) مسالك الأفهام: التجارة، شروط المبيع ١٧٢/٣.

(١٠) نقله عنها في المصابيح في الفقه (للطباطبائي): البيع، مصباح: قال ابن حمزة ولا يصحّ بيع ما فيه غرر ورقة ٢٤٠ (مخطوط).

أولها: الصحة بشرط الضميمة؛ إلحاقاً لها بالآبق لأنها في معناه، بل هي أولى منه بها؛ فإن الآبق ممتنع على صاحبه بخلاف الضالة. وإن كان فيه منع؛ لأن الآبق لتمدنه يظهر أمره، ولا كذلك الضالة.

ثانيها: الصحة مراعاة بالتسليم كالضال، قاله في المجمع^(١).

ثالثها: البطلان لتعذر التسليم، وهو خيرة الدروس^(٢).

ومنها: ما في معنى الآبق من الحيوان الممتنع؛ كالجمل الشارد والفرس الغائر ونحوهما، وفيه أيضاً وجوه:

البطلان، كما هو خيرة الشهيدين^(٣).

والصحة مع الضميمة كالأبق.

وفي النهاية: بطلانه منفرداً، مع التردد فيه منضماً^(٤).

والصحة مطلقاً، كما هو مقتضى إطلاق المجمع صحة بيع الضالة^(٥).

والغرض من ذلك كله: بيان أن المراد بالإجماع المزبور على اشتراط القدرة ما عرفت من عدم جواز بيع ما تحقق العجز عن تسليمه؛ كبيع طير صيد ثم فرّ ومضى في الهواء، وسمك صيد ثم مضى في الماء، ورجعا على حالهما السابق قبل أن يصطادا. لا أن المراد: اشتراط القدرة فعلاً على تسليمه؛ كي يتجه عدم جواز مطلق ما لا يعلم حاله من الضال والضالة وغيرهما؛ وإلا لم يكن لما عرفت من الخلاف في الأمور المزبورة وجه، ضرورة عدم تحقق القدرة فعلاً في شيء منها؛ ومن هنا كان المتجه فيها جميعها: الصحة مطلقاً؛ لإطلاق الأدلة.

(١) مجمع الفائدة والبرهان: المتأجر، في العوضين ١٧٣/٨.

(٢) الدروس الشرعية: البيع، ٢٠٠/٣، درس ٢٣٩.

(٣) الشهيد الأول في الدروس: (انظر الهامش السابق)، والشهيد الثاني في المسالك: التجارة،

شروط المبيع ١٧٢/٣، والروضة البهيّة: المتأجر، الفصل الثاني ٢٥١/٣.

(٤) نهاية الأحكام: البيع، في المعقود عليه ٤٨٢/٢.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان: المتأجر، في العوضين ١٧٣/٨.

نعم، لو بان بعد ذلك التعذر تخيير المشتري، كما سمعته من اللمعة والمعالم.
كما أنّ وجه الفساد في الذي قد عجز عن تسليمه - على وجه يكون كالمثاليين -
السفه وغيره ممّا تعرفه، هذا»^(١).

وردّ الشيخ عليه بقوله: «وفيه: -مع ما عرفت من أنّ صريح معاقد الإجماع،
خصوصاً عبارة الغنية المتأكّدة بالتصريح بالانتفاء عند الانتفاء، هي شرطية القدرة: - أنّ
العجز أمرٌ عديمي؛ لأنّه عدم القدرة عمّن من شأنه صنفاً أو نوعاً أو جنساً أن يقدر، فكيف
يكون مانعاً؟ مع أنّ المانع هو الأمر الوجودي الذي يلزم من وجوده العدم؟ ثمّ لو سلّم
صحّة إطلاق «المانع» عليه لا ثمره فيه، لا في صورة الشكّ الموضوعي أو الحكمي، ولا
في غيرهما؛ فإنّنا إذا شككنا في تحقّق القدرة والعجز مع سبق القدرة فالأصل بقاؤها، أو لا
معه فالأصل عدمها - أعني العجز - سواء جعل القدرة شرطاً أو العجز مانعاً، وإذا شككنا
في أنّ الخارج عن عمومات الصحّة هو العجز المستمرّ أو العجز في الجملة أو شككنا في
أنّ المراد بالعجز ما يعمّ التعسّر - كما حكى^(٢) - أم خصوص التعذر، فاللازم التمسك
بعمومات الصحّة من غير فرق بين تسمية القدرة شرطاً أو العجز مانعاً.

والحاصل: أنّ التردّد بين شرطية الشيء ومانعية مقابله إنّما يصحّ ويشمر في
الضدّين مثل الفسق^(٣) والعدالة، لا فيما نحن فيه وشبهه كالعلم والجهل^(٤). وأمّا اختلاف
الأصحاب في مسألة الضالّ والضالّة فليس لشكّ المالك في القدرة والعجز، ومبنيّاً على
كون القدرة شرطاً أو العجز مانعاً - كما يظهر من أدلّتهم على الصحّة والفساد - بل لما
سيجيء عند التعرّض لحكمها^(٥)»^(٦).

(١) الجواهر ٢٣/٦٢١-٦١٨ [٢٢/٣٨٥ و ٣٨٦].

(٢) الحماكي صاحب المصابيح والجواهر ٢٣/٦٤٩ (٢٢/٤٠٣)، والحكي عن الشيخ في الخلاف

٣/١٥٥، م ٢٤٥.

(٣) بناءً على أن يكون الفسق أمراً وجودياً لا عديماً، وهو عدم العدالة وتقابلها العدم والمملكة.

(٤) لأنّ الجهل عديمي.

(٥) راجع المكاسب ٤/١٩٨.

(٦) المكاسب ٤/١٨٦ و ١٨٧.

توضيح نقد الشيخ على صاحب الجواهر

اعترض الشيخ الأعظم على صاحب الجواهر رحمته بالوجه الأربعة:

«الأوّل: أنّ إستظهار مانعية العجز من كلمات الأصحاب ممنوع، لمنافاته لظهور بعضها وصريح الآخر، قال العلامة رحمته: «الشرط الرابع - من شرائط العوضين - القدرة على التسليم، وهو إجماع في صحة البيع، ليخرج البيع عن أن يكون بيع غرر»^(١). ومن المعلوم أنّ حمل شرطية القدرة على مانعية العجز تصرّف في الدلالة بلا موجب»^(٢).

الثاني: تعريف المانع لا ينطبق على العجز لأنّ «المانع هو الأمر الوجودي المزاحم لتأثير المقتضي في مقتضاه، كالرطوبة المانعة عن تأثير النار في المحترق، والعجز أمر عديم لا يصحّ إعتبار مانعيته عن البيع»^(٣).

الثالث: «لو سلّم إطلاق «المانع» على العجز - لعدم كونه من العدم المطلق، بل من المضاف الذي له حظّ من الوجود - قلنا: إنّ الثمرة التي ذكرها الجواهر بين شرطية القدرة ومانعية العجز لا تترتب على النزاع المزبور، وذلك لأنّ الشك في القدرة والعجز إمّا مسبوق بالعلم بأحدهما، وإمّا غير مسبوق به.

فعلى الأوّل يستصحب ما كان سابقاً. فإنّ كانت الحالة السابقة هي القدرة، فيستصحب القدرة أو عدم العجز. وإن كانت هي العجز فيستصحب العجز أو عدم القدرة. ولا فرق بين الإستصحابين نتيجةً، إذ بناءً على شرطية القدرة أو مانعية العجز إن كانت الحالة السابقة المعلومة هي القدرة، فيستصحب القدرة أو عدم العجز. وإن كانت هي العجز فيستصحب العجز أو عدم القدرة. وعلى كلّ حال لا تبقى ثمرة للسؤال بشرطية القدرة ومانعية العجز.

ولا فرق في إنتفاء الثمرة - بين شرطية القدرة ومانعية العجز - بين أنحاء الشبهة من كونها موضوعية أو مفهومية أو حكمية.

وبيانه: أن الشك تارةً في إنطباق المفهوم المبين على ما في الخارج، كما إذا علم

(١) تذكرة الفقهاء ٤٨/١٠.

(٢) هدى الطالب ٦٣٢/٧.

(٣) هدى الطالب ٦٣٣/٧.

بحدود مفهوم القدرة، وأنه «ما لا يصل إلى حد الاستحالة العادية» ولكن شك في خصوص المورد أنه هل يكون محالاً عادياً بالنسبة إليه أم لا. وأخرى في حدود المفهوم وسعته وضيقه، وأن القدرة تختص بغير الخارج عن الأسباب العادية أو تعم الخارج عن المتعسر وإن لم يصل إلى حد المحال العادي. وثالثة يشك فيما خرج عن حيّز عمومات الصحة، من أنه العجز المستمر أو خصوص العجز حين العقد^(١).

ثم في الشبهة الموضوعية: «يعني -بعد الإحاطة بمفهوم القدرة والعجز، وأنه تعذر التسليم مثلاً لا تعسره- لو شك في تحققها، فتارة تكون الحالة السابقة محرزة، وهي إما القدرة فتستصحب، ويصح البيع، وإما العجز فيستصحب ويُحكم بالفساد. وأخرى لا تكون مُحرزة، ولم يتعرض الشيخ الأعظم رحمته لحكمها، [وهو] تترتب الثمرة على القولين فيما إذا لم تعلم الحالة السابقة. فعلى القول بالشرطية لا يصح البيع، لعدم إحراز الشرط بوجه. وعلى القول بالمانعية يصح البيع، لأن المقتضي لصحة البيع موجود والمانع غير محرز، وعدم إحرازه كاف في ترتب الأثر على المقتضي، لأنه يُحرز عدم المانع بالأصل حتى يستشكل فيه بتساوي الأصل بالنسبة إلى القدرة والعجز. وإن كان فيه ما لا يخفى، لعدم ترتب الأثر بالفرض على القدرة حتى يجري الأصل في عدمها.

لكن ما ذكرناه من كفاية عدم إحراز المانع مبني على حجية قاعدة المقتضي والمانع كما لا يخفى. ولما لم تكن القاعدة معتبرة عند الشيخ الأعظم فلا بد من التمسك للفساد فيما لم تعلم الحالة السابقة بأصالة الفساد، للشك في كون الخارج هل هو هذا أم غيره؟ فلا يمكن التمسك بعمومات الصحة^(٢).

وفي الشبهة الحكمية: مثلاً لو «علمنا بتخصيص عمومات الصحة بمثل النية عن بيع الغرر، وأن القدرة على التسليم شرط في الجملة أو أن العجز مانع كذلك، ولكن لم نعلم بأن

(١) هدى الطالب ٦٣٤/٧.

(٢) هدى الطالب ٦٣٥/٧.

المانع هو العجز المستمر في مدّة طويلة، أم هو العجز في الجملة أي في مدّة قصيرة بعد العقد.

والمرجع في غير القدر المتيقن من المخصّص عن عمومات الإمضاء، فيحكم بالصحة لو كان العجز في فترة قصيرة وأمكن التسليم بعدها^(١). وفي الشبهة المفهومية: نحو لو «عُلم دخل القدرة أو عدم العجز، ولكن شك في أنّ القدرة المعتبرة هي ما تقابل تعذر التسليم عرفاً، أم تعم ما يقابل التعسّر كذلك، بحيث لو كان في التسليم مشقة صدّق عليه العجز أو عدم القدرة. والشبهة المفهومية كالحكمية من مرجعية عمومات الصحة في غير القدر المتيقن»^(٢).

الرابع: «إنّ اختلافهم في بيع الضال لا يشهد بكون العجز مانعاً، فالقائل بالبطلان تمسك بالنهي عن الغرر، والقائل بالصحة منع الغرر، مدّعياً: أنّ المبيع قبل قبضه يكون في ضمان البائع لا المشتري، فلو تعدّر تسليمه بطل البيع من زمان ظهور العجز، لا من حين العقد. ومن المعلوم أنّ مقتضى مانعية العجز الواقعي بطلان البيع من أوّل الأمر»^(٣).

نقد الشيخ الأعظم رحمته الله في الميزان

يرد على نقده الأوّل: من تسالم الفقهاء على كون القدرة شرطاً. «ففيه: أنّه مضافاً إلى عدم كون كلامهم حجة أنّهم لا يذكرون هذه الكلمات إلّا من باب التعبير من دون ملاحظة المعاني المصطلحة للشرط والمانع أصلاً وإنّما يريدون بهما مجرد دخل الشيء في الحكم بل يعبرون بمثل هذه الكلمات في موارد عديدة من غير تحقيق وتفكّر في أطرافها، فلا بدّ من النظر إلى دليل المسألة، والمستفاد من النبوي الذي نهى النبي فيه عن بيع الغرر على فرض تماميته كون العجز مانعاً، فإنّ النهي فيه إرشاد إلى

(١) هدى الطالب ٦٣٦/٧.

(٢) هدى الطالب ٦٣٦/٧.

(٣) هدى الطالب ٦٣٩/٧.

المانعية وقد أُخرج البيع الغرري عن تحت عمومات الباب بالتخصيص»^(١). وهذا الإيراد يرد على صاحب الجواهر أيضاً حيث استظهر من عبارة الغنية وغيرها مانعية العجز.

ويرد على نقده الثاني: «المانع في المعاملات المانع في المعاملات والعبادات غير المانع المعدّ عدمه من أجزاء العلّة التامة، حيث إن المانع المزبور لا يمكن كونه أمراً عديمياً؛ لأنّ عدم لا يمنع عن تأثير شيء، بل المراد به ما يكون عدمه مأخوذاً في متعلق الحكم أو موضوعه وضعياً كان أو تكليفاً، وتقبيد المتعلق أو الموضوع في جعل الحكم [بأمر عديمي] كتقبيدهما بأمر وجودي أمر ممكن.

وبتعبير آخر: لو كان التقبيد بأمر وجودي فيطلق على ذلك الأمر الوجودي الشرط، ولو كان بأمر عديمي يطلق على ذلك الأمر العدمي المانع، فالمانعية ترجع إلى الاشتراط لا محالة.

وبهذا يظهر أنّ ما ذكر من أنّ الالتزام برجوع المانع في حقيقته إلى الاشتراط فرار من المطر إلى الميزاب؛ لأنّ عدم إذا لم يمكن كونه مانعاً فكيف يمكن كونه شرطاً، حيث إنّ الشرط ما يكون واسطة في التأثير.

[و] لا يخفى ما فيه من خلطه بين الشرط الفلسفي والشرط باصطلاح الفقيه»^(٢) هذا أولاً.

ثانياً: لو تمت مقالة الشيخ الأعظم من عدم صحة اطلاق المانع على أمر عديمي إنّما تتم «في ما إذا كان التقابل بين الشئيين تقابل الايجاب والسلب لا في مثل الموارد التي يكون التقابل بالعدم والملكية، بداهة أنّه لا مانع من أن يكون المانع في هذه الموارد أمراً عديمياً، وضروري أنّه لا نعني بالمانع في هذه الموارد إلّا أن يكون عدمه مأخوذاً في الموضوع، والمقام أيضاً كذلك حيث أنّه يعتبر في صحّة البيع أن لا يكون غريباً وغير

(١) التنقيح في شرح المكاسب ٣٣١/٢.

(٢) ارشاد الطالب ٦٦/٥.

مقدور على تسليم المبيع فيه، وليس المقام إلا مثل قولنا إن العمى مانع عن صحة الجماعة ويعتبر أن لا يكون الإمام أعمى، ومن هنا يظهر أن ما قد يتراءى من كلام بعض من عدم إمكان تأثير المعدوم في الموجود ليس كما ينبغي، لأن مرادنا بالمانع ليس هو معناه المصطلح بل المراد منه كما ذكرنا ما يكون عدمه مأخوذاً في موضوع الحكم^(١).

وأما نقده الثالث: من نفي وجود الثمرة في نزاع شرطية القدرة وموانعية العجز: «فهو تام لكن لا لما ذكره من الرجوع إلى الاستصحاب على كلا الفرضين لأننا نفرض الكلام فيما إذا كان الشخص جاهلاً بالحالة السابقة أو مسبقاً بحالتين وشك في التقدم والتأخر، بل الوجه في إنكار الثمرة أنه كما لا بد من إحراز الشرط لا بد من إحراز عدم المانع أيضاً، فلا ثمرة بين القولين إلا على القول بقاعدة المقتضي والمانع بأن يقال إن العقد مقتضي الصحة وعدم القدرة مانع فالأصل عدمه، ولكنه قد ذكرنا في موطنه أنه لا أصل لهذه القاعدة، بل يمكن أن يقال إنه لا شك لنا أصلاً بناءً على ما ذكره شيخنا الأنصاري رحمته في معنى الغرر من احتمال الخطر، بدهة أنا في موارد الشك نحتمل الخطر فالمانع محرز فلا يصح العقد.

وبالجملة: أن الثمرة المذكورة بين القولين مردودة لأنه كما يعتبر إحراز الشرط يعتبر إحراز عدم المانع أيضاً. وبعبارة أخرى أن المناط في القدرة والعجز ليس وجودهما الواقعي بل وجودهما الاحرازي، فلا بد من إحرازهما سواء قلنا بكون القدرة شرطاً أو العجز وعدم القدرة مانعاً، فعليه إذا كان عدم القدرة مسبقاً بالحالة السابقة نستصحب ونحرز عدمها ونحكم ببطالان العقد، ولكن هذا مبني على ما ذهب إليه الشيخ رحمته وقواه الميرزا [النائيني] رحمته واختارناه من أنه لا يعتبر في جريان الاستصحاب أن يكون المستصحب حكماً شرعياً أو موضوعاً لحكم شرعي، بل المعتبر في جريانه عدم اللغوية من جريانه، خلافاً لصاحب الكفاية حيث اعتبر في جريانه أن يكون حكماً شرعياً أو موضوعاً لحكم شرعي، بدهة أنه بناءً على ما ذهب إليه لا يجري الاستصحاب المذكور

(١) التنقيح في شرح المكاسب ٣٣١/٢.