

لا اله الا الله العلي العظيم
السيد
الرحمن

الحمد لله الذي
جعل في كتابه
الحق والهدى

٦

سبحانك يا ذا الجلال والإكرام

بسم الله الرحمن الرحيم

الفقه المصنف

المجلد الثاني

مِنْهَا حُفَّتِ الْفُتُوحَا

التَّعْلِيْقُ عَلَى كِتَابِ الشَّيْخِ الْأَكْظَمِ

لِلْإِمَامِ الْعَلَمِيِّ السَّيِّدِ مُحَمَّدٍ بَدْرٍ دَوَّادٍ رَحِمَهُ

الْجَنَّةُ السَّيِّدَاتُ



الكتاب: منهاج الفقاهه / ج ٦
المؤلف: آيت الله العظمى السيد محمد صادق الروحاني
الطبعة: الرابعة
تاريخ النشر: ١٤١٨ هـ - ١٣٧٦ هـ
المطبعة: العلمية
الكمية: ١٠٠٠ نسخة
السعر: ٩٥٠ تومان

الخيارات

﴿بسم الله الرحمن الرحيم﴾

الحمد لله على ما أولينا من التفقه في الدين والهداية الى الحق، وافضل صلواته
واكمل تسلياته على رسوله صاحب الشريعة الخالدة، وعلى آله العلماء بالله الأمناء
على حلاله وحرامه، سيما بقية الله في الارضين ارواح من سواه فداه.
وبعد،

فهذا هو الجزء السادس من كتابنا منهاج الفقاهة وقد وفقنا الى طبعه، وهو اخر
اجزاء هذه الموسوعة وقد من الله تعالى على بالتوفيق لاتمام هذا السفر الجليل انه ولى
التوفيق

الخامس خيار التأخير

قال في التذكرة من باع شيئاً ولم يسلمه الى المشتري ولا قبض الثمن ولا شرط تأخيرهُ ولو ساعة لزم البيع ثلاثة ايام، فإن جاء المشتري بالثمن في هذه الثلاثة فهو احقّ بالعين وان مضت الثلاثة ولم يأت بالثمن تخيّر البائع بين فسخ العقد والصبر والمطالبة بالثمن [١] عند علمائنا اجمع، والأصل في ذلك قبل الاجماع المحكي عن الانتصار والخلاف والجواهر وغيرها المعتضد بدعوى الاتفاق المصرح بها في التذكرة والظاهرة من غيرها وبما ذكره في التذكرة من أنّ الصبر ابدأ مظنة الضرر المنفي بالخبر، [٢] بل الضرر هنا اشدّ من الضرر في الغبن حيث انّ المبيع هنا في ضمانه وتلفه منه وملك لغيره لا يجوز له التصرف فيه

خيار التأخير

الخامس خيار التأخير.

[١] المشهور بين الاصحاب ما افاده العلامة في التذكرة، وذكره المصنف في المتن قال وان مضت الثلاثة ولم يات بالثمن تخير البائع بين فسخ العقد والصبر والمطالبة بالثمن وعن غير واحد منهم العلامة في التذكرة والتبصرة دعوى الاجماع عليه وعن ظاهر المبسوط والاسكافي وصرح الكفاية والحدائق بطلان البيع وانفساخه بعد الثلاثة، وتوقف في الحكم جماعة منهم المحقق الأردبيلي رحمته الله وقد استدلل للمشهور

مضافا الى الاجماع الذي ادعاه غير واحد - بوجوه:

[٢] احدها: حديث لا ضرر^(١) فان صبر البائع بعدم تصرفه في المبيع مع عدم اخذه الثمن، وضمانه وتلفه منه لكونه من التلف قبل القبض، ووجوب حفظه المبيع للمشتري ضرر عليه فينفي بالخبر.

وفيه: اولاً: ان هذا لا ينطبق على ما بنوا عليه سعة وضيقا، نفياً واثباتاً.

الاعبار المستفيضة [١] منها رواية على بن يقطين، قال: سألت ابا الحسن عليه السلام عن الرجل يبيع البيع ولا يقبضه صاحبه ولا يقبض الثمن، قال: الاجل بينهما ثلاثة ايام، فإن قبض بيعه وإلا فلا يبيع بينهما ورواية اسحاق بن عمار عن العبد الصالح، قال: من اشترى يبعاً فبضت ثلاثة ايام ولم يجيء فلا يبيع له ورواية ابن الحجاج قال: اشترت عملاً واعطيت بعض الثمن وتركت عند صاحبه، ثم احتبست اياماً ثم جئت الى بائع المحمل لأخذه، فقال: قد بعته، فضحكت ثم قلت لا والله لا ادعك او اقاضيك فقال: اترضى بأبي بكر بن عياش قلت: نعم، فاتيناه فقصصنا عليه قصتنا، فقال ابو بكر بقول من تحب [تريد] ان اقضي بينكما ابقول صاحبك او غيره؟ قلت: بقول صاحبي، قال: سمعته يقول من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة ايام، وإلا فلا يبيع له.

وثانيا: انه قد تقدم في خيار الغبن انه لا يصح الاستدلال به على نفي اللزوم وثبوت الخيار.

وثالثا: ان هذه المعاملة قبل مضي الثلاثة محكومة باللزوم، وخارجة عن تحت الحديث بالنص والاجماع، فلا يصح التمسك به بعدها بناء على عدم جواز التمسك بما لا عموم زمامي له بعد مضي زمان التخصيص.

ورابعا: ان الضرر من ناحية كون تلفه منه لا يرتفع بالحديث لقاعدة: كل مبيع تلف... إلخ ومن الناحيتين الأخيرتين يمكن التخلص منه بالالتزام بان له اخذ المبيع مقاصة عن الثمن.

ثانياها: ان مقتضى اطلاق العقد تسليم المبيع وتسلم الثمن على غير وجه المسامحة عرفا، وحيث انه غير منضبط عرفا حدده الشارع الأقدس بثلاثة ايام، فرجعه الى الشرط الضمني والخيار عند تخلف الشرط، وهذا في الجملة وان كان متينا الا انه لا يثبت به ما افتي الأصحاب به من اختصاصه بالبائع وغير ذلك من القيود.

[١] ثالثها الاخبار كصحيح على بن يقطين^(١) وخبر اسحاق بن عمار^(٢) ورواية ابن الحجاج^(٣) المذكورة في المتن.

(١) الوسائل - باب ٩ - من ابواب الخيار حديث ٣.

(٢) نفس المصدر ح ٤.

(٣) نفس المصدر ح ٢

وصحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قلت له: الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده، فيقول آتيك بثمنه قال ان جاء ما بينه وبين ثلاثة ايام وإلا فلا بيع له. [١]

وظاهر هذه الاخبار بطلان البيع، كما فهمه في المبسوط حيث قال روى اصحابنا أنه إذا اشترى شيئاً بعينه بثمن معلوم، وقال للبائع اجيئك بالثمن ومضى، فإن جاء في مدة الثلاثة كان البيع له وان لم يرتجع بطل البيع، انتهى.
وربما يحكى هذا عن ظاهر الاسكا في المعبر بلفظ الروايات، وتوقف فيه المحقق الاردبيلي، وقواه صاحب الكفاية، وجزم به في الحقائق طاعناً على العلامة في المختلف حيث أنه اعترف بظهور الأخبار في خلاف المشهور، ثم اختار المشهور مستدلاً بأن الأصل بقاء صحة العقد وحمل الأخبار على نفي اللزوم.

[١] وصحيح زرارة^(١) المذكور في المتن، ونحوها غيرها

واما معتبر علي بن يقطين عن أبي الحسن عليه السلام : عن رجل اشترى جارية وقال: أجيئك بالثمن، فقال: ان جاء فيما بينه وبين شهر والا فلا بيع له.^(٢)
فهو غير معمول به بين الأصحاب، ولا قائل به، وعلى فرض عدم وهنه بذلك فلمعارضته مع ما تقدم لابد من طرحه او حمله على استحباب الصبر له وعدم الفسخ الى مضي المدة المذكورة كما قيل، او مخصوص بالجارية كما عن الشيخ الطوسي.
وعلى اي حال: فالمعتمد هي النصوص المتقدمة،
وتحقيق القول فيها، ان محتملاتها ثلاثة:

الأول: انه يشترط في صحة البيع القبض في الثلاثة، فمع عدم القبض في الثلاثة لا يكون البيع صحيحاً من الأول، استظهره السيد من النصوص.
الثاني: صحة البيع قبل مضي الثلاثة، وبطلانه بمضيها مع عدم القبض او انفساخ العقد بذلك.

الثالث: عدم لزوم العقد بالتأخير عن الثلاثة، وصيرورة اللازم جائزاً.

اقول ظهور الأخبار في الفساد في محله إلا أن فهم العلماء وحملهم الأخبار على نفي اللزوم [١] مما يقرب هذا المعنى مضافاً الى ما يقال من ان قوله عليه السلام في اكثر تلك الاخبار لا يبيع له [٢] ظاهر في انتفاء البيع بالنسبة الى المشتري فقط، ولا يكون إلا نفي اللزوم من طرف البائع، إلا أن في رواية ابن يقطين فلا يبيع بينهما، [٣] وكيف كان فلا اقل من الشك فيرجع الى استصحاب الآثار المترتبة على البيع [٤] وتوهم كون الصحة سابقاً في ضمن اللزوم، فيرتفع

والمشهور على الأخير، والآخرين على الثاني،
والأول خلاف الظاهر، فان ظاهر النصوص سؤالا وجوابا تامة البيع قبل مضي الثلاثة، ونفي البيع من حين مضى، فيدور الأمر بين الأخيرين.
والمنصف بعد اعترافه بظهورها في انفسها في الأول منها ذهب الى ان هناك قرينتين صارفتين عن هذا الظهور.

[١] احدهما: فهم الأصحاب وحملهم الأخبار على نفي اللزوم،
[٢] ثانيتهما: ان قوله عليه السلام في اكثر تلك الأخبار لا يبيع له ظاهر في ارادة انتفاء البيع بالنسبة الى المشتري خاصة، وحيث ان نفي الصحة لا يعقل من احد الطرفين، فلا محالة يكون المراد منه نفي اللزوم.
[٣] ثم اورد على الثاني منها: بان في رواية ابن يقطين فلا يبيع بينهما ولأجله تردد في ظهورها في نفي اللزوم، قال:

[٤] ولا اقل من الشك فيرجع الى استصحاب الآثار المترتبة على البيع.
اما ما ذكره من القرينة الأولى فيرده ان فهم الأصحاب من حيث هو لا يصلح صارفا عن الظهور ما لم يوجب الاطمئنان بوجود القرينة الصارفة، وحيث انه يحتمل ان يكون منشأ القرينة الثانية فلا يعتمد عليه،
فالعمدة بيان حال الثانية.

قد يقال: ان ظاهر تلك الجملة نفي الصحة من جهة كونها من قبيل نفي الحقيقة نظير لاصالة الابطهور.

بارتفاعه، مندفع بأنّ اللزوم ليس من قبيل الفصل للصحة، [١] وأنّما هو حكم مقارن له في خصوص البيع الخالي من الخيار،

وفيه: ان نفي الحقيقة في المخترعات الشرعية كالصلاة صحيح، واما في الامور الحقيقية الخارجية او الاعتبارية العقلانية فلا يصح. فتأمل.

والحق: ان هذه الجملة مسوقة لبيان نفي الحكم بلسان نفي الموضوع، وظاهر ذلك في نفسه وان كان عدم ترتب الحكم الشرعي على البيع من غير فرق بين الصحة واللزوم، لا ما افاده المحقق الايرواني رحمته الله من ان ظاهره نفي البيع المحكوم باللزوم شرعا وعرفا دون مطلق البيع،

الا ان قوله لا بيع له بعد ملاحظة ان الصحة غير قابلة للتبعض بخلاف اللزوم ظاهر في ارادة نفي اللزوم.

وبعبارة اخرى: ان المنفي هو البيع للمشتري لا البيع مطلقا، فعنى هذه الجملة: انه ليس للمشتري بيع يستحق به قبض المبيع من البائع بخلاف البائع، فان امر البيع بيده فله مطالبة المشتري بالثمن وله ترك ذلك محل البيع.

واما قوله لا يملك في خبر ابن يقطين فلا بيع بينهما فلا ينافي ذلك لصديق النسبة اليهما بلحاظ احدهما.

لا يقال: انه يحتمل ان يكون المراد بالبيع المنفي المبيع كما هو المراد منه في قوله من اشترى بيعا فقوله لا بيع له ايضا ظاهر في فساد البيع وانفساخه.

فانه يقال انه خلاف الظاهر جدا، ومجرد استعماله فيه في صدر الحديث لا يصلح قرينة لذلك.

فتحصل: ان الأظهر ما هو المشهور بين الأصحاب.

[١] قوله مندفع بان اللزوم ليس من قبيل الفصل للصحة

ما افاده رحمته الله وان كان متينا فان الصحة عبارة عن كون هذه المعاملة مشمولة لما امضاه الشارع وحكم بثبوت الملكية بعدها، واللزوم عبارة عن عدم السلطنة على حل المعاملة لا انه من انحاء وجود الملكية كما افاده السيد

الا انه لو كان فصلا حقيقيا لها لما كان ذلك مانعا عن اجراء الاستصحاب، فان تبدل مثل هذا الفصل عند العرف لا يوجب تبدل الموضوع

ثم أنه يشترط في هذا الخيار امور:

احدها: عدم قبض المبيع، [١] ولا خلاف في اشتراطه ظاهراً، ويدلّ عليه من الروايات المتقدمة قوله في صحيحة عليّ بن يقطين المتقدمة فإن قبض بيعه وإلا فلا بيع بينهما، [٢] بناء على أن البيع، هنا بمعنى المبيع لكنّ في الرياض انكار دلالة الاخبار على هذا الشرط وتبعه بعض المعاصرين ولا اعلم له وجهاً غير سقوط هذه الفقرة عن النسخة المأخوذة منها الرواية واحتمال قراءة قبض بالتخفيف وبيعه بالتشديد [٣] يعنى قبض بئنه الثمن ولا يخفى ضعف هذا الاحتمال لأن استعمال البيع بالتشديد مفرداً نادر، [٤] بل لم يوجد مع امكان اجراء اصالة عدم التشديد، [٥] نظير ما ذكره في الروضة من أصالة عدم المدّ في لفظ البكاء الوارد في قواطع الصلاة

ولذا بعد تبدل الجواز في البيع باللزم، باتقضاء المجلس مثلاً لا يرى العرف الابقاء الملكية الثابتة في المجلس.

شرائط خيار التاخير - اعتبار عدم قبض المبيع

ثم انه يشترط في هذا الخيار امور:

[١] احدها: عدم قبض المبيع، ولا خلاف في اشتراطه ظاهراً.
[٢] وقد استدل لاعتبار هذا الشرط بقوله عليه السلام في خبر علي بن يقطين المتقدم فان قبض بيعه بناء على ان البيع هنا بمعنى المبيع.
[٣] واورد عليه: باحتمال قراءة قبض بالتخفيف وبيعه بالتشديد، يعنى قبض البائع الثمن.

واجاب المصنف رحمه الله عنه بجوابين:

[٤] احدهما: ان استعمال البيع بالتشديد مفرداً نادر، بل لم يوجد.
[٥] ثانيهما: اجراء اصالة عدم التشديد نظير اصالة عدم المد في لفظ البكاء الوارد في قواطع الصلاة.

ولكن يرد على الأول: منعه، وعلى الثاني: ان التشديد والتخفيف من انحاء

حول اعتبار عدم قبض المبيع ١١

ثمَّ أنّه لو كان عدم قبض المشتري لعد وان البائع بأن بذل له الثمن فامتنع من اخذه واقباض المبيع [١] فالظاهر عدم الخيار لان ظاهر النص والفتوى كون هذا الخيار ارفاقاً للبائع ودفعاً لتضرره، [٢] فلا يجري فيما اذا كان الامتناع من قبله

وجود الكلمة كالجهر والاختفات، فاصالة عدم التشديد تعارض اصالة عدم التخفيف، مع ان الخفف مبائن بحسب الهيئة مع المشدد،

ولا يقاس ذلك باصالة عدم المد، فان مقتضى المد زيادة الهمة، فيمكن اجراء اصالة عدم الزيادة بخلاف المقام،

فالانصاف انه حيث يحتمل قراءة بيعه بالتشديد، وقراءة، قبض بالتخفيف ففاد هذه الجملة اعتبار قبض البائع الثمن.

ويحتمل قراءة قبض بالتشديد، سواء قرأ بيعه بالتشديد او التخفيف. فيكون مفادها اعتبار اقباض المبيع.

ويحتمل قراءة بيعه بالتشديد مع قراءة قبض بالتخفيف، ففادها ايضا اعتبار اقباض المبيع، ولا معين لأحد الأخيرين، فتكون جملة لا يستفاد منها اعتبار اقباض المبيع.

فالأظهر عدم اعتباره،

ثم ان ها هنا فروعاً متفرعة على اعتبار هذا الشرط:

[١] احدها: انه اذا بذل المشتري الثمن والبائع امتنع عن اخذه واقباض المبيع، هل

يثبت الخيار ام لا؟ والظاهر عدم الخيار

لا لما افاده السيد عليه السلام بان المدار في الأخبار على عدم مجيئه بالثمن فع بذله لا خيار،

فان هذا الوجه يتم بالاضافة الى عدم قبض الثمن لا بالاضافة الى عدم اقباض

المبيع، بل لما افاده المصنف عليه السلام

[٢] من ان ذلك كالقبض بملاحظة ملاك الخيار وهو الارفاق بالبائع،

وحيث ان عدم اقباض البائع مع بذل المشتري الثمن بامتناع منه، فلا موجب

للارفاق، فلا خيار لعدم الملاك.

ولو قبضه المشتري على وجه يكون للبائع استرداده، كما اذا كان بدون اذنه مع عدم اقباض الثمن. ففي كونه كلابض مطلقاً او مع استرداده او كونه قبضاً، وجوه رابعها ابتناء المسألة على ما سيجيء في احكام القبض من ارتفاع الضمان عن البائع بهذا القبض وعدمه. ولعله الاقوى [١] اذ مع ارتفاع الضمان بهذا القبض لا ضرر على البائع، الا من جهة وجوب حفظ المبيع لمالكه وتضرره بعدم وصول ثمنه اليه وكلاهما ممكن الاندفاع بأخذ المبيع مقاصّة. وأما مع عدم ارتفاع الضمان بذلك فيجري دليل الضرر بالتقريب المتقدّم وان ادعى انصراف الاخبار الى غير هذه الصورة، لكنّه مشكل كدعوى شمولها ولو قلنا بارتفاع الضمان ولو مكّن المشتري من القبض فلم يقبض، فالاقوى ايضاً ابتناء المسألة على ارتفاع الضمان وعدمه.

ثانيها: انه لو قبضه المشتري على وجه يكون للبائع استرداده كما اذا كان بدون اذنه مع عدم اقباض الثمن ففيه وجوه

ثالثها التفصيل بين استرداده وعدمه،

رابعها ابتناء المسألة على ارتفاع الضمان عن البائع بهذا القبض وعدمه.

[١] وقد اختار المصنف رحمته الله الوجه الرابع، ومحصل ما افاده في وجهه: ان ثبوت

الخيار للبائع انما يكون من جهة الضرر، وهو انما يكون من جهات:

احداها: من جهة وجوب حفظ المبيع لمالكه وعدم جواز تصرفه فيه.

ثانيها: من جهة تاخير الثمن وعدم الانتفاع به مدة.

ثالثها: من جهة ان ضمان المبيع وتلفه منه.

والضرر من الجهتين الأوليتين يتدارك بالتمكن من المقاصّة باخذ المبيع، والضرر من

الجهة الأخيرة يندفع بالالتزام بعدم الضمان، فلو بنينا على ارتفاعه به لا يبق محل للخيار

والا فالخيار باق.

وفيه: اولاً: ما تقدم من ان مدرك هذا الخيار ليس هو حديث نفي الضرر بل

النصوص الخاصة.

وثانياً: ان ذلك لو تم فانما هو في صورة امكان الاسترداد، ومعه يرتفع الضرر

حول اعتبار عدم قبض المبيع ١٣

وربما يستظهر من قول السائل في بعض الروايات ثمّ يدعه عنده عدم كفاية التمكن [١] وفيه نظر، والاقوى عدم الخيار لعدم الضمان [٢] وفي كون قبض بعض المبيع كلا قبض لظاهر الاخبار او كالتبضع لدعوى انصرافها الى صورة عدم قبض شيء منه او تبعض الخيار بالنسبة الى المقبوض وغيره استناداً مع تسليم الانصراف المذكور الى تحقق الضرر بالنسبة الى غير المقبوض لا غير وجوه. [٣]

من الناحية الثالثة، فان تلفه وان كان منه الا انه لا من حيث تلف مال الغير، بل من حيث انه ماله.

وثالثاً: انه لا يجوز التقاص مع عدم اقباض الثمن مطلقاً، بل مع امتناعه عن الاقباض كما لا يخفى.

واستدل للثالث: بانه مع عدم استرداده يكون اذناً في القبض بقاء، وهو يكتفي. وفيه: ان صورة عدم الاسترداد مع التمكن منه اظن انها خارجة عن مورد النسي والاثبات.

واستدل للأول - اي كون هذا القبض كلا قبض مطلقاً - بالانصراف، اي انصراف النصوص عن صورة تحقق القبض على غير الوجه المادون فيه،

ولكن مع ذلك الا وجه هو الثاني، من جهة ان مدرك اعتبار هذا الشرط قوله عليه السلام ان قبض يبيعه فلو كان كل منها بالتخفيف كان مفاده عدم الخيار مع قبض المشتري المبيع، ومقتضى اطلاقه عدم الفرق بين اذن البائع وعدمه.

[١] ثالثها: لو مكّن المشتري من القبض فلم يقبض، ففيه وجوه،

[٢] اختار المصنف رحمه الله الخيار على القول بارتفاع الضمان وعدمه على القول بعدم

الارتفاع،

والحق ان يقال: انه ان قلنا بان التمكن والتخليه بنفسه قبض فلا اشكال في السقوط، والا فمقتضى الجمود على ظواهر النصوص عدم سقوطه.

[٣] رابعها: انه لو قبض بعض المبيع فهل هو كلا قبض، او كالتبضع، او يبيّض الخيار

الشَّرط الثَّاني: عدم قبض مجموع الثمن [١] واشتراطه بجمع عليه نصاً وفتوى وقبض البعض كلا قبض بظاهر الاخبار المعتضد بفهم أبي بكر بن عيَّاش في رواية ابن الحجاج المتقدمة، وربما يستدلّ بتلك الرواية تبعاً للتذكرة وفيه نظر [٢]

وجوه: اظهرها الأول لظهور قوله عليه السلام فان قبض يبيعه في صحيح علي بن يقطين^(١) الذي هو المدرك لهذا الشرط في ارادة قبض المجموع لا البعض.

اعتبار عدم قبض مجموع الثمن

[١] الشرط الثاني: عدم قبض مجموع الثمن.

هذا الشرط مما اتفقت على اعتباره كلمات الأصحاب ونصوص الباب،

انما الكلام في فروع:

الأول: انه لو قبض البعض فهل يسقط الخيار ام لا؟ وجهان:

استدل العلامة رحمته الله للثاني بخبر ابن الحجاج قال: اشترت محملاً فاعطيت بعض ثمنه وتركت عند صاحبه ثم احتبست اياماً ثم جئت الى بائع المحمل لاخذه فقال: قد بعته، فضحكت ثم قلت: لا والله لا ادعك او اقاضيك، فقال لي: ترضى بأبي بكر بن عيَّاش؟ قلت: نعم، فاتيته فقصصنا عليه قصتنا فقال: أبو بكر يقول من تريد ان اقضى بينكما بقول صاحبك او غيره؟ قال: قلت: بقول صاحبي، قال: سمعته يقول: من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة ايام والا فلا بيع له^(٢)

حيث انه يدل ان قبض البعض كلا قبض.

[٢] وتنظر فيه المصنف

واورد عليه المحقق النائيني رحمته الله: بان ابن عيَّاش في ذلك الخبر قد فهم من كلام الامام عليه السلام اعتبار قبض المجموع، وعدم كفاية قبض البعض

والقبض بدون الاذن كعدمه [١] لظهور الاخبار في اشتراط وقوعه بالاذن في بقاء البيع على اللزوم، مع ان ضرر ضمان المبيع مع عدم وصول الثمن اليه على وجه يجوز له التصرف فيه باق. نعم لو كان القبض بدون الاذن حقاً كما اذا عرض المبيع على المشتري فلم يقبضه.

فالظاهر عدم الخيار لعدم دخوله في منصرف الأخبار وعدم تضرر البائع بالتأخير، [٢] وربما يقال بكفاية القبض هنا مطلقاً مع الاعتراف باعتبار الاذن في الشرط السابق

والمتنازعان قد قنعا بما حكى عن الامام عليه السلام،

فاستدل العلامة عليه السلام به في محله.

وفيه: اولاً: ان الخبر ضعيف السند لأن ابن عياش لم تثبت وثاقته ولا كونه شيعياً، بل الظاهر كونه عامياً.

وثانياً: ان فهم ابن عياش والمتنازعين لا يكون حجة علينا.

وثالثاً: انه ليس في الخبر ما يشهد بان ابن عياش فهم من كلام الامام عليه السلام عدم كفاية قبض البعض، كيف وهو غير متضمن الالبان نقل عبارة الامام عليه السلام في مقام الحكم، ولا يتضمن تمييز المحكوم له عن المحكوم عليه.

وبما ذكرناه ظهر انه - مضافاً الى عدم صحة الاستدلال به، لا يكون هو معتزداً لما يستفاد من النصوص،

فالمتعين الاستدلال له بظهور الأخبار لأنه يصدق انه ما قبض الثمن.

[١] الفرع الثاني: انه لو قبض البائع الثمن بدون اذن المشتري،

فهل هو كالا قبض مطلقاً، او كالقبض المأذون فيه،

ام يفصل بين كونه بحق كما اذا عرض المبيع على المشتري فلم يقبضه فهو كالقبض المأذون فيه وبين كونه بباطل فلا يسقط الخيار كما اختاره المصنف عليه السلام؟ وجوه.

[٢] وقد استدلل المصنف عليه السلام لما اختاره: بان ظاهر الأخبار وان كان اعتبار وقوعه

بالاذن، الا انه اذا كان القبض عن حق تكون الأخبار منصرفه عنه ولا يتضرر البائع

اعنى قبض المبيع نظر إلى أنهم شرطوا في عناوين المسألة في طرف المبيع عدم اقباض المبيع إياه، وفي طرف الثمن عدم قبضه، [١] وفيه نظر، لأنّ هذا التحو من التعبير من مناسبات عنوان المسألة باسم البائع، فيعبّر في طرف الثمن والمثمن بما هو فعل له وهو القبض في الأوّل والاقباض في الثّاني، فتأمّل.

لا من جهة تاخير الثمن كما هو واضح

ولا من جهة ضمان المبيع، لأنّ له دفع الضرر عن نفسه باقباض المبيع، فاذا لم يقبض كان هو المقدم على الضرر، بخلاف ما اذا كان القبض عن غير حق، فانه لا يتمكن من دفع ضرر الضمان الا بالوقوع في ضرر التأخير.

وفيه: اولاً: ان المتعين ملاحظة النصوص لا الضرر.

وثانياً: انه اذا كان القبض بغير اذن لو اقبض البائع المبيع يحل له التصرف في الثمن فهو متمكن عن دفع الضرر في الفرضين باقباض المبيع من دون ان يقع في ضرر التأخير. وثالثاً: ان عدم جواز تصرفه في الثمن حتى مع عدم اقباض المبيع لم يدل عليه دليل، وبمجرد ان له الامتناع عن اقباض الثمن لا يصلح شاهداً لعدم جواز تصرفه فيه بعد كونه ملكاً له.

[١] واستدل للأول: بان المدار في الأخبار على مجيء الثمن ولا يصدق ذلك في

المفروض.

وفيه: ان هذا العنوان لا موضوعية له قطعاً، ولذا لو فرض كونه مقبوضاً له قبل ذلك او في ذمته لا يحتاج الى شيء آخر، بل هو طريق الى وصول الثمن الى البائع المتحقق في الفرض.

فالأظهر هو الثاني،

ويؤيده ان قبض الثمن ارتضاء للبيع، فيكون مسقطاً للخيار من هذه الجهة،

ولعل سر تعبير الأصحاب عن هذا الشرط بعدم قبض الثمن هو ذلك

ولو اجاز المشتري قبض الثمن بناء على اعتبار الاذن كانت في حكم الاذن [١] وهل هي كاشفة أو مثبتة اقواهما الثاني [٢] ويترتب عليه ما لو قبض قبل الثلاثة فأجاز المشتري بعدها.

الشَّرط الثالث: عدم اشتراط تأخير تسليم احد العوضين، [٣] لأنَّ المتبادر من النَّص غير ذلك فيقتصر في مخالفة الأصل على منصرف النَّص مع أنَّه في الجملة اجماعي.

[١] الفرع الثالث: بناء على اعتبار الاذن لو قبض البائع الثمن قبل مضي الثلاثة واجاز المشتري بعد مضيتها، فهل هي كاشفة فالخيار ساقط، ام مثبتة فهو باق؟ وجهان [٢] اختار المصنف رحمته الله الثاني.

واورد عليه المحقق الايرواني رحمته الله بقوله: الظاهر انه لا ثمة لهذا البحث، فان الرضا المذكور ان كان كاشفا او كان مؤثراً في كون القبض اذنيا من الحين كان مقتضاه عدم الخيار، اما على الأول: فواضح، واما على الثاني: فلأن اجازة القبض السابق تدل على الرضا بالمعاملة وهو من مسقطات الخيار.

وفيه: ان الرضا بالمعاملة ان كان مسقطا للخيار فهو رضا من له الخيار، ومن له الخيار في المقام هو البائع والراضي هو المشتري.

وكيف كان: فالأظهر هو الثاني، فان القول بالكشف انما يكون في تاثير العقد في الملكية التي هي امر اعتباري، واما في الامور الخارجية كاتصاف العقد بكونه مجازا فلا يعقل فيه الكشف والا لزم انقلاب الشيء عما وقع عليه.

وعليه ففي المقام اذا كان المسقط للخيار القبض الماذون فيه في الثلاثة فلا جازة بعدها لا توجب اتصاف القبض في الثلاثة بكونه ماذونا فيه، فالمتعين هو البناء على عدم الكشف.

الشرط الثالث والرابع

[٣] الشرط الثالث: عدم اشتراط تأخير تسليم احد العوضين
بلا خلاف فيه، بل هو اجماعي في الجملة.

الشَّرط الرَّابِع: ان يكون المبيع عيناً أو شبهه كصاع من صبرة، [١] نصّ عليه الشَّيْخ في عبارته المتقدّمة في نقل مضمون روايات اصحابنا وظاهره كونه مفتيّ به عندهم، وصرّح به في التحرير والمهذّب البارِع وغاية المرام وهو ظاهر جامع المقاصد حيث قال لا فرق في الثمن بين كونه عيناً أو في الدّمة، وقال في الغنية وروى اصحابنا انّ المشتري اذا لم يقبض المبيع وقال اجيئك بالثمن ومضى، فعلى البائع الصّبر عليه ثلاثاً ثمّ هو بالخيار بين فسخ البيع ومطالبة بالثمن، هذا إذا كان المبيع ممّا يصحّ بقائه، فإن لم يكن كذلك كالحضرات فعليه الصّبر يوماً واحداً، ثمّ هو بالخيار ثمّ ذكر انّ تلف المبيع قبل الثلاثة من مال المشتري وبعده من مال البائع ثمّ قال ويدلّ على ذلك كلّ اجماع الطّائفة، انتهى.

وفي معقد اجماع الانتصار والخلاف وجواهر القاضي لو باع شيئاً معيّناً بثمن معيّن لكن في بعض نسخ الجواهر لو باع شيئاً غير معيّن، وقد اخذ عنه في مفتاح الكرامة وغيره ونسب الى القاضي دعوى الاجماع على غير المعيّن، واظنّ الغلط في تلك النّسخة.

وقد استدل له: بان المتبادر من النص غير ذلك.

توضيحه: انه لو اشترط تاخير الثمن فحيث ان الشرط في ثبوت الخيار عدم مجيء المشتري بالثمن، وهذا انما هو فيما من شأنه ان يجيء به، ومع اشتراط التأخير ليس من شأنه ذلك، فيكون الفرض خارجاً عن مورد النص.

ولو اشترط تاخير المبيع، فحيث ان الشرط عدم اقباض البائع، فيما وظيفته الاقباض، فلا يشمل ما اذا كانت وظيفته عدمه.

[١] الشرط الرابع: ان يكون المبيع عيناً أو شبهه، كصاع من صبرة، نص عليه شيخ الطائفة في عبارة ظاهرة في كونه مفتيّ به عندهم، وصرح به في التحرير والمهذّب البارِع، وجامع المقاصد وغيرها.

وملخص القول فيه بالبحث في موارد:

الأول: فيما يستفاد من كلمات الأصحاب.

الثاني: فيما تقتضيه قاعدة نفي الضرر.

والظاهر انّ المراد بالثمن المعين في معقد اجماعهم هو المعلوم في مقابل المجهول لأنّ تشخّص الثمن غير معتبر اجماعاً. ولذا وصف في التحرير تبعاً للمبسوط المبيع بالمعّين والثمن بالمعلوم، ومن البعيد اختلاف عنوان ما نسبته في الخلاف الى اجماع الفرقة واخبارهم مع ما نسبته في المبسوط الى روايات اصحابنا مع أنّنا نقول انّ ظاهر المعّين في معاهد الاجماع التّشخيص العيني لا مجرد المعلوم في مقابل المجهول ولو كان كلياً خرجنا عن هذا الظاهر بالنسبة الى الثمن للاجماع على عدم اعتبار التّعيين فيه مع أنّه فرق بين الثمن المعّين والشّيء المعّين، فإنّ الثّاني ظاهر في الشّخصي بخلاف الأوّل. وأمّا معقد اجماع التّذكرة المتقدّم في عنوان المسألة فهو مختصّ بالشّخصي، لأنّه ذكر في معقد الإجماع انّ المشتري، لو جاء بالثمن في الثلاثة فهو أحقّ بالعين ولا يخفى انّ العين ظاهر في الشّخصي هذه حال معاهد الإجماعات. وأمّا حديث نفي الضرر فهو مختصّ بالشّخصي [١] لأنّه المضمون على البائع قبل القبض فيتضرّر بضمانه وعدم جواز التصرف فيه وعدم وصول بدله إليه بخلاف الكلي

الثالث: في مقتضى النصوص الخاصة.

اما المورد الأوّل: فقد اتعب المصنف رحمه الله نفسه الزكية لاثبات ان المشهور بين الأصحاب اعتباره، ولكن يرد عليه:

اولاً: ان غاية ما اثبتته سيّدنا سكوت الفقهاء عن بيان حكم غير المبيع الشّخصي، وهذا لا يدل على الاختصاص.

وثانياً: انه معارض بان الشهيد رحمه الله نسب الخلاف الى الشيخ فقط، وقد نسب التعميم الى الأكثر، وعن الاحتجاج: دعوى الاجماع عليه.

وثالثاً: انه غير بالغ حد الاجماع.

ورابعاً: انه لو كان بالغاً حده لما كان حجة بعد معلومية مدرك المفتين.

[١] واما المورد الثاني: فقد افاد المصنف رحمه الله: ان قاعدة نفي الضرر تقتضي

الاختصاص، اذ المبيع الشّخصي مضمون على البائع قبل القبض، فيتضرر بضمانه، وعدم جواز التصرف فيه، وعدم وصول بدله اليه بخلاف الكلي.

وأما التّصوص فروايتا ابن يقطين وابن عمّار مشتملتان على لفظ البيع المراد به المبيع الذي يطلق قبل البيع على العين المعرضة للبيع ولا مناسبة في إطلاقه على الكلّي [١] كما لا يخفى

ورواية زرارة ظاهرة أيضاً في الشّخصي من جهة لفظ المتاع، وقوله: يدعه عنده فلم يبق إلا قوله عليه السلام في رواية أبي بكر بن عيّاش: من اشترى شيئاً، فإنّ إطلاقه وان شمل المعين والكلّي، إلا أنّ الظاهر من لفظ الشّيء الموجود الخارجيّ، كما في قول القائل اشتريت شيئاً، [ولو في ضمن أمور متعددة كصاع من صبرة] والكلّي المبيع ليس موجوداً خارجيّاً، إذ ليس المراد من الكلّي هنا الكلّي الطّبيعي الموجود في الخارج، لأنّ المبيع قد يكون معدوماً عند العقد والموجود منه قد لا يملكه البائع حتّى يملكه، بل هو امر اعتباري يعامل في العرف والشّرع معه معاملة الاملاك، وهذه المعاملة وان اقتضت صحّة اطلاق لفظ الشّيء عليه او على ما يعمّه، إلا أنّه ليس بحيث لو اريد من اللفظ خصوص ما عداه من الموجود الخارجيّ الشّخصي احتيج الى قرينة على التّقييد، فهو نظير المجاز المشهور،

واورد عليه السيد الفقيه: بانه يكفي في لزوم الضرر لو كان المبيع كلياً ضرر الصبر عن الثمن وان لم يكن ضمان.

وفيه: ان ضرورية تاخير الثمن انما تكون من جهة عدم وصول ما انتقل اليه، وحرمانه من التصرف فيما انتقل عنه والا فجرد حرمانه عن الانتفاع بالثمن لا يعد ضرراً، بل هو عدم النفع، ومعلوم ان هذا يختص بالمبيع الشّخصي. ولكن الذي يسهل الخطب ان المدرك لهذا الخيار ليس هو حديث نفي الضرر.

واما المورد الثالث: فالالفاظ الواقعة في النصوص الماخوذة موضوعاً لهذا الخيار ثلاثة: البيع، المتاع، الشّيء. وقد ادعى المصنف عليه السلام اختصاص الجميع بالشّخصي.

[١] اما الأول: فبدعوى ان المراد بالبيع المبيع، وهو قبل البيع يطلق على العين الشخصية باعتبار معرضيته للبيع، ولا مناسبة في إطلاقه على الكلّي.

وفيه: اولاً: ان اطلاق البيع ليس باعتبار المعرضية، إذ ليس هنا هذا العنوان بل باعتبار المشاركة والأول: وعليه فكما يشمل الشّخصي يشمل الكلّي.

والمطلق المنصرف إلى بعض افراده انصرفا لا يحوج إراد المطلق الى القرينة، [١] فلا يمكن هنا دفع احتمال ارادة خصوص الموجود الخارجي باصالة عدم القرينة فافهم.

فقد ظهر ممّا ذكرنا ان ليس في ادلة المسألة من النصوص والاجامعات المنقولة ودليل الضّرر ما يجري في المبيع الكلي، وربما ينسب التّعميم الى ظاهر الأكثر لعدم تقييدهم البيع بالشخصي، وفيه ان التأمّل في عباراتهم، مع الانصاف يعطي الاختصاص بالمعيّن، او الشك في التّعميم، مع أنّه معارض بعدم تصرّح احد بكون المسألة محلّ الخلاف من حيث التّعميم والتّخصيص، الاّ التّهميد في الدّروس، حيث قال: انّ الشّيخ رحمته الله قيّد في المبسوط هذا الخيار بشراء المعين، فإنّه ظاهر في عدم فهم هذا التّقييد من كلمات باقي الاصحاب، لكنك عرفت انّ الشّيخ رحمته الله قد اخذ هذا التّقييد في مضمون روايات اصحابنا

وثانيا: ان اطلاقه في خبر اسحاق بن عمار انما يكون على نحو الحقيقة، لقوله من اشترى يباع اذ من المعلوم ان الاشتراء انما يكون بعد البيع، فهذا الاطلاق حقيقي ويصدق على الكلي ايضا.

واما الثاني؛ فالانصاف انه محتص بالشخصي، لأن المتاع ما يتمتع به وينتفع به، ومن المعلوم ان هذا شأن الشخصي دون الكلي، مضافا الى قوله يدعه فانه ظاهر في الشخصي.

وما افاده المحقق الايرواني رحمته الله من ان المراد به عدم قبضه الشامل للكلي، خلاف الانصاف، الا انه لا مفهوم له كي يدل على عدم ثبوت الخيار فيما اذا كان المبيع كليا، فيعارض مع غيره ويقيده.

واما الثالث: فرما يدعى اختصاصه بالشخصي لوجهين:

الأول: ان الشيئية مساوقة للوجود، فهو لا يصدق على الكلي.

وفيه: ان هذا وان كان تاما الا انه لا اختصاص له بالموجود الخارجي، بل يشمل كل ماله نحو من الثبوت، ومن انحائه الثبوت في الذمة.

[١] الثاني: ما افاده المصنف رحمته الله، وحاصله: ان ارادة الشخصي منه على العموم

وكيف كان، فالتأمل في أدلة المسألة وفتاوي الأصحاب يشرف الفقيه على القطع باختصاص الحكم بالمعين، ثم أنّ هنا أموراً قليلة باعتبارها في هذا الخيار منها عدم الخيار لأحدهما أو لهما قال [١] في التحرير ولا خيار للبائع لو كان في المبيع خيار لأحدهما.

وفي السرائر قيد الحكم في عنوان المسألة بقوله: ولم يشترطاً خياراً لهما أو لاحدهما، وظاهره الإختصاص بخيار الشرط، ويحتمل أن يكون الإقتصار عليه لعنوان المسألة في كلامه بغير الحيوان وهو المتاع، وكيف كان، فلا أعرف وجهاً معتمداً في اشتراط هذا الشرط سواء أريد ما يعم خيار الحيوان أم خصوص خيار الشرط، وسواء أريد مطلق الخيار ولو اختصّ بما قبل انقضاء الثلاثة أم أريد خصوص الخيار المحقق فيما بعد الثلاثة.

ليست بمبحث تحتاج الى قرينة، فيمكن أن يدعى أنه المراد ولا يمكن نفيه بأصالة عدم القرينة، كما في المجاز المشهور، والمطلق المنصرف الى بعض افراده انصرافاً لا يحوج ارادة المطلق الى القرينة.

وفيه: أن المقام ليس نظيراً للمجاز المشهور، فلو كان فهو من قبيل المطلق المنصرف، وهو ممنوع، لأن بيع الكلي متداول، فلا ترجيح لأحد الثبوتين على الآخر حتى يدعى الانصراف الى احدهما، مع أن المدار في حجية العموم ظهوره في العموم لا أصالة عدم القرينة.

فتحصل: أن الأظهر عدم الاختصاص بالشخصي.

ما قيل باعتباره في خيار التأخير

[١] وهنا أمور قليلة باعتبارها في هذا الخيار،

منها عدم الخيار لأحدهما أو لهما.

وفيه أقوال أربعة:

الأول: ما عن العلامة في التحرير، هو: اشتراط خيار التأخير بعدم الخيار للبائع والمشتري مطلقاً.

الثاني: ما عن ابن إدريس، وهو: اعتبار أن لا يكون لهما خيار الشرط لا مطلق الخيار

سواء احدث فيها ام بعدها وواجه ما يقال في توجيه هذا القول مضافاً الى دعوى انصراف النصوص الى غير هذا الفرض ان شرط الخيار في قوّة اشتراط التأخير وتأخير المشتري بحق الخيار ينفي خيار البائع.

وتوضيح ذلك ما ذكره في التذكرة في احكام الخيار، من أنّه لا يجب على البائع تسليم المبيع ولا على المشتري تسليم الثمن في زمان الخيار، [١] ولو تبرّع احدهما بالتسليم لم يبطل خياره ولا يجبر الآخر على تسليم ما في يده الآخر، وله استرداد المدفوع قضية للخيار، وقال بعض الشافعية ليس له استرداده وله اخذ ما عند صاحبه بدون رضاه كما لو كان التسليم بعد لزوم البيع، انتهى.

الثالث: ما مال اليه صاحباً مفتاح الكرامة والجواهر، وهو: اعتبار ان لا يكون للبائع خيار، واما خيار المشتري فلا يعتبر عدمه.

الرابع: ما هو المشهور، وهو: عدم اعتبار هذا الشرط مطلقاً.
وقد استدلل للأول بوجوه:

[١] منها: ان من احكام الخيار عدم وجوب تسليم الثمن او الثمن لمن له الخيار، وبالتالي لا يجب على الآخر تسليم ما انتقل عنه.

وقد تقدم ان ظاهر الأخبار كون عدم مجيء المشتري بالثمن بغير حق التأخير، كما ان ظاهرها ايضا كون عدم اقباض البائع لعدم قبض الثمن لا لحق له في عدم الاقباض.

وفيه: ان ما افاده من ان من احكام الخيار عدم وجوب اقباض من له الخيار ما انتقل عنه - وان اعترف به المصنف رحمته الله في باب القبض

الا انه غير تام، اذ لا مدرك له سوى ما افاده المحقق النائيني رحمته الله،

وهو: ان القبض والاقباض من الشروط الضمنية، فاذا كان العقد خيارياً كان كذلك بجميع ما تضمنه من الشروط، فكما لا يجب الوفاء بالعقد لا يجب الوفاء بما في ضمنه من الشروط. هذا بالنسبة الى من له الخيار،

واما الآخر فلا يجب عليه التسليم، لأن التسليم والتسليم التزام من الطرفين،

وحينئذ فوجه هذا الاشتراط أنّ ظاهر الاخبار كون عدم بحسب المشتري بالثمن بغير حقّ التأخير، وذو الخيار له حقّ التأخير، وظاهرها ايضاً كون عدم اقباض البائع لعدم قبض الثمن لا لحقّ له في عدم الاقباض.

والحاصل أنّ الخيار بمنزلة تأجيل احد العوضين وفيه بعد تسليم الحكم في الخيار وتسليم انصراف الاخبار الى كون التأخير بغير حق [١] أنّه ينبغي على هذا القول كون مبدأ الثلاثة من حين التفرق، [٢] وكون هذا الخيار مختصاً بغير الحيوان مع اتفاقهم على ثبوته فيه [٣] كما يظهر من المختلف، وذهب الصدوق الى كون الخيار في الجارية بعد شهر، الاّ ان يراد بما في التحرير عدم ثبوت خيار التأخير ما دام الخيار ثابتاً لأحدهما،

فاذا لم يف احدهما به لا يجب على الاخر ذلك، وهو غير تام، فان الخيار ليس الا السلطنة على حل العقد، واما الشروط فان كان وجه توهم عدم وجوب الوفاء بها انها تابعة للعقد، فيرد عليه: ان التبعية انما تكون في الوجود لا في دليل النفوذ وال لزوم، فان دليل لزومها المؤمنون عند شروطهم، وان كان وجهه انه اذا كان العقد جائزاً لا معنى لكون الشرط لازماً فيرد عليه ما تقدم في مبحث خيار المجلس والحيوان من ان ذلك فاسد، وانه لا منافاة بين ان يكون له اعدام الموضوع، ولكن على فرض بقاء الموضوع يجب عليه الوفاء بالشرط. واما المقدمة الثانية المذكورة في الاستدلال فهي تامة، وقد مر تقريبها في الشرط الثالث.

وبذلك يظهر انه لا مورد لقول المصنف رحمته الله [١] وتسليم انصراف الأخبار الى كون التأخير بغير حق الموهوم لعدم التسليم. واورد عليه المصنف: - مضافاً الى منع المقدمتين - بوجهين آخرين: [٢] احدهما: ان لازمه كون مبدأ الثلاثة بعد التفرق، مع ان ظاهر الأخبار كونه من حين العقد.

[٣] ثانيهما: ان لازمه عدم جريان خيار التأخير في بيع الحيوان لثبوت خياره للمشتري، مع اتفاقهم على ثبوته فيه.

فلا ينا في ثبوته في الحيوان بعد الثلاثة [١] وقد يفصل بين ثبوت الخيار للبائع من جهة أخرى، فيسقط معه هذا الخيار لأن خيار التأخير شرع لدفع ضرره، وقد اندفع بغيره ولدلالة النص والفتوى على لزوم البيع في الثلاثة فيختص بغير صورة ثبوت الخيار له قال: [٢] ودعوى أن المراد من الأخبار اللزوم من هذه الجهة مدفوعة، بأن التأخير سبب للخيار، ولا يتقيد الحكم بالسبب [٣] وبين ما اذا كان الخيار للمشتري فلا وجه لسقوطه مع أن اللازم منه عدم ثبوت هذا الخيار في الحيوان ووجه ضعف هذا التفصيل أن ضرر الصبر بعد الثلاثة لا يندفع بالخيار في الثلاثة. وأما ما ذكره من عدم تقيد الحكم بالسبب

[١] ثم اجاب عن الثاني: بانه يمكن ان يكون مراد المستدل ان مبدأ الثلاثة في خيار التأخير بعد انقضاء ثلاثة الحيوان، من جهة انه مقتضى الجمع بين دليل خيار الحيوان ومادل على عدم استحقاق التسليم في زمان الخيار ودليل خيار التأخير. وبهذا البيان ظهر اندفاع ايراد السيد الفقيه على المصنف رحمته الله من عدم ارتباط هذا الجواب بما اورده على المستدل،

ولكن يرد عليه: ان هذا الجمع ليس عرفيا، فانه اذا كانت المنافاة بين دليل خيار الحيوان ودليل خيار التأخير - من جهة ان خيار الحيوان يوجب فقد شرط خيار التأخير، حيث انه يكون عدم التسليم عن حق، والشرط هو عدم التسليم عن غير حق - لا يصح الجمع بالنحو المذكور.

[٢] ومنها: ان الأخبار ظاهرة في لزوم البيع في الثلاثة، وخياريته بعدها، وحيث ان الخيار الثابت بعد الثلاثة هو الخيار المطلق، فالمنفي في الثلاثة هو الخيار المطلق، فيختص بغير صورة ثبوت الخيار في الثلاثة.

[٣] ودعوى ان المثبت بعدها الخيار المقيد بكونه عن سبب خاص، مندفعه باستحالة تقيد المسبب بسببه، والا لزم كون الشيء مقتضيا لنفسه ولاقتضائه وهو محال

ودعوى ان المنفي خصوص خيار التأخير - اي ان المراد بالأخبار اللزوم من هذه

الجهة

مندفعة بمنافاته لقرينة المقابلة وتأخير الثمن من المشتري،

فلا يمنع من كون نفي الخيار في الثلاثة من جهة التضرر بالتأخير [١] ولذا لا ينافي هذا الخيار خيار المجلس ومنها تعدد المتعاقدين لأن النص مختص بصورة التعدد، [٢] ولأن هذا الخيار ثبت بعد خيار المجلس [٣]

وبهذا يندفع ما اجاب به المصنف رحمته الله عن هذا الوجه [١] من ان عدم تقييد الحكم بالسبب لا يمنع من كون نفي الخيار في الثلاثة من جهة الضرر بالتأخير.

ولكن يرد عليه: ان المثبت ليس هو الخيار المقيّد بالسبب ولا المطلق، بل الحصة الخاصة من طبعي الخيار، والمنفي في الثلاثة ذات تلك الحصة لا مطلق الخيار. ومنها: انصراف النصوص الى غير هذا الفرض. وفيه: انه لا وجه لدعوى الانصراف.

وقد استدلل للثاني: بان مرجع شرط الخيار الى شرط تأخير المبيع من البائع، اذ مرجعه الى اخذ زمام العقد بيده، فله السلطنة عليه بما له من المقتضيات التي منها التسليم، وقد تقدم اعتبار ان لا يكون التأخير عن حق.

وفيه: ان لزوم التسليم من آثار العقد اعم من اللازم والجائز، وعليه فشرط الخيار لا يكون شرطاً لكون زمام هذا الأثر بيده.

وقد استدلل للثالث: بان هذا الخيار جعل لاندفاع ضرر البائع، فاذا كان هذا الضرر مندفعاً من جهة ثبوت الخيار له من جهة أخرى فلا موجب لخيار التأخير.

وفيه: ان مدرك هذا الخيار هو النصوص، فلا بد من ملاحظتها دون رعاية حكمة الجعل. فتحصل: ان الأظهر هو القول الرابع.

ومما قيل باعتبارها: تعدد المتعاقدين، وقد استدلل لا اعتباره بوجهين:

[٢] أحدهما: ان النص مختص بصورة التعدد، فان مورده ذلك.

وفيه: ان القبض والاقباض من وظائف المالكين او من له الولاية او الوكالة المفوضة لا العاقدين بما هما عاقدان، وعليه فالعبرة بتعدد المتبايعين لا المتعاقدين.

[٣] ثانيها: ان هذا الخيار يثبت بعد خيار المجلس، وخيار المجلس باق مع

وخيار المجلس باق مع اتحاد العاقد الا مع اسقاطه.

وفيه ان المناط عدم الاقباض والقبض ولا اشكال في تصوّره من المالكين مع اتحاد العاقد من قبلهما. واما خيار المجلس فقد عرفت انه غير ثابت للوكيل في مجرد العقد وعلى تقديره فيمكن اسقاطه او اشتراط عدمه. نعم لو كان العاقد ولياً بيده العوضان لم يتحقّق الشرطان الأوّلان اعنى عدم الاقباض والقبض، وليس ذلك من جهة اشتراط التّعذّد، ومنها ان لا يكون المبيع حيواناً او خصوص الجارية [١] فإنّ المحكي عن الصدوق في المقنع، أنّه اذا اشترى جارية فقال: اجيئك بالثمن، فإن جاء بالثمن فيما بينه وبين شهر وإلا فلا بيع له

وظاهر المختلف نسبة الخلاف الى الصدوق في مطلق الحيوان والمستند فيه رواية ابن يقطين عن رجل اشترى جارية فقال: اجيئك بالثمن فقال: ان جاء بالثمن فيما بينه وبين شهر، والا فلا بيع له ولا دلالة فيها على صورة عدم اقباض الجارية ولا قرينة على حملها عليها، [٢] فيحتمل الحمل على اشتراط المجيء بالثمن الى شهر في متن العقد، فيثبت الخيار عند تخلف الشرط ويحتمل الحمل على استحباب صبر البائع وعدم فسخه الى شهر،

وفيه: اولاً: ان خيار المجلس انما يثبت له اذا كان ولياً او وكيلاً مفوضاً من الجانبين او من جانب ومالكا من طرف آخر، ولا يثبت للعاقد بما هو عاقد.

وثانياً: انه يمكن اسقاطه او اشتراط عدمه.

وثالثاً: انه قد تقدم انه لا يثبت بعد خيار المجلس

فلاّ ظهر عدم اعتبار هذا الشرط ايضاً.

[١] ومنها: ان لا يكون المبيع حيواناً او خصوص الجارية.

وقد استدلل له بخبر ابن يقطين^(١) المذكور في المتن

[٢] واورد عليه المصنف^{عليه السلام} بانه غير ظاهر في ارادة صورة عدم اقباض الجارية،

ويحتمل حمله على اشتراط المجيء بالثمن الى شهر، فيثبت الخيار عند تخلف الشرط ويحتمل الحمل على استحباب صبر البائع وعدم فسخه الى شهر.

وكيف كان، فالرواية مخالفة لعمل المعظم فلا بدّ من حملها على بعض الوجوه، ثمّ إنّ مبدأ الثلاثة من حين التّفرق او من حين العقد، [١] وجهان، من ظهور قوله فإن جاء بالثمن بينه وبين ثلاثة، أيّام في كون مدّة الغيبة ثلاثة ومن كون ذلك كناية عن عدم التقابض ثلاثة أيّام، كما هو ظاهر قوله عليه السلام في رواية ابن يقطين الأجل بينهما ثلاثة أيّام، فإن قبض بيعه وإلا فلا بيع بينهما وهذا هو الأقوى. [٢]

وفيه: ما ذكره من عدم ظهوره في صورة عدم قباض الجارية حق، لكن قد عرفت عدم اعتبار قباضه في هذا الخيار،

مع انه لو قلنا باعتباره عدم ظهور هذا الخبر في اعتباره لا يكون اشكالا عليه، اذ لا يجب تعرض الدليل لجميع الخصوصيات،

مضافا الى امكان الالتزام بالفرق وانه لا يعتبر ذلك في بيع الجارية.

واما الحمل الأول فيبيعه (فاء) التفريع المعتضد بعدم تعيين المدة.

واما الحمل الثاني فهو ابعد، فان قوله فلا بيع له كيف يحمل على الاستحباب

فالصحيح الجواب عنه باعراض الأصحاب عنه وعدم عملهم به

[١] قال المصنف ثم ان مبدأ الثلاثة من حين التفرق او من حين العقد...

ظاهره عليه السلام ابتناء المسألة على ان المراد بالجميء بالثمن في قوله ان جاء بالثمن ما بينه

وبين ثلاثة ايام، هل هو معناه الظاهر الملازم للافتراق اذ لا يمكن الجميء مع الاجتماع، او

معناه الكناي وهو عدم قباض الثمن، وهو مقتضى

[٢] قوي الثاني بقربة قوله عليه السلام في خبر ابن يقطين: فان قبض بيعه.

ولكن يرد عليه: ان خبر ابن يقطين في المبيع وغيره في الثمن، فلا يكون احدهما

قرينة على الاخر، والظاهر لا يرفع اليد عنه بواسطة احتمال ارادة المعنى الكناي، اللهم الا ان

يقال: ان من المعلوم عدم اعتبار الجميء بهذا المعنى، وانه لو كان عنده الثمن فاقبضه لا يكون

كافيا، فلا محالة يكون المراد به الاقباض. فالأقوى ان المبدأ من حين العقد.

مسألة: يسقط هذا الخيار بأمور:

أحدها: اسقاطه بعد الثلاثة بلا اشكال، ولا خلاف، [١] وفي سقوطه بالاسقاط في الثلاثة وجهان، [٢] من أن السبب فيه الضرر المحاصل بالتأخير، فلا يتحقق إلا بعد الثلاثة [٣]

سقوط خيار التأخير بالاسقاط

وتام الكلام في المقام في طي مسائل:

الاولى: في مسقطاته، او قيل بكونه مسقطا،

[١] أحدها: اسقاطه بعد الثلاثة بلا خلاف بين الأصحاب.

ولكن مدرك هذا الخيار ان كان هو الاجماع صح ما افاده وان كان هي الأخبار او قاعدة نفي الضرر لا يصح،

اما اذا كان هي النصوص فلأن مفادها نفي اللزوم بعد الثلاثة، وبديل ذلك هو الجواز لاحق الخيار القابل للاسقاط،

كما انه ان كان المدرك هي قاعدة نفي الضرر لا يصح اسقاطه، فان مقتضاها كما تقدم نفي اللزوم خاصة لا اثبات حق خيارى قابل للاسقاط، بل هو يلائم مع كونه جوازا حكما غير قابل للاسقاط،

ومقتضى الاستصحاب عدم سقوطه بشيء من المسقطات.

لا يقال: انه يلتزم بسقوطه بالاسقاط بواسطة الاجماع.

فانه يجاب عنه: اولاً: انه غير ثابت،

وثانياً: انه ليس اجماعاً تعديداً كاشفاً عن رأي المعصوم عليه السلام،

ومع الاغراض عن ذلك وتسليم سقوطه بالاسقاط وانه حق

يقع، الكلام في اسقاطه ومسقطاته.

[٢] وفي سقوطه بالاسقاط في الثلاثة وجهان:

قد استدل على عدم سقوطه بالاسقاط في الثلاثة بوجهين:

[٣] أحدهما: انه انما يثبت بعد الثلاثة، وسببه الضرر المحاصل بالتأخير غير المحقق

في الثلاثة، فاسقاطه اسقاط لما لا يجب، فلا يصح.

وفيه: ان اسقاط ما لم يجب منجزاً غير معقول، واما معلقاً على ثبوته فهو معقول

ولذا صرّح في التذكرة بعدم جواز اسقاط خيار الشرط قبل التفرق اذا قلنا بكون مبدئه بعده، مع أنّه اولى بالجواز ومن أنّ العقد سبب الخيار، فيكفي وجوده في اسقاطه [١] مضافاً الى فحوى جواز اشتراط سقوطه في ضمن العقد. [٢]

ولا دليل على مبطلية التعليق سوى الاجماع غير الشامل للمقام من جهة انه تعليق على ما يتوقف على الشيء، بل مبطلية التعليق مطلقاً في غير البيع غير مسلمة. ثانيهما: ما افاده المحقق الاصفهاني رحمته الله، وهو: ان المراد بالاسقاط ان كان هو الاسقاط الفعلي المنجز فهو غير معقول، وان كان المراد الاسقاط معلقاً على تقدير ثبوته فهو معقول، الا انه لا دليل على نفوذه، فان الدليل على جواز اسقاط الحق هي القاعدة المجمع عليها من انه لكل ذي حق اسقاط حقه، والظاهر منها ان من كان له حق فعلا له اسقاطه فعلاً، ولا يشمل المقام.

وفيه: ان تلك القاعدة ليست مضمون رواية خاصة كي يستدل بظاهرها، بل هي مستفادة من دليل السلطنة بالتقريب المتقدم في خيار المجلس، وهو غير مختص بالصورة المفروضة،

مع انه قد تقدم في ذلك المبحث ان مدرك مشروعيته فحوى ما دل على ان التصرف انما يكون مسقطاً لكونه اسقاطاً للحق والتزاماً بالعقد. فراجع.

وقد استدلل لجواز اسقاطه بوجوه:

احدها: ما افاده المصنف رحمته الله، وهو:

[١] ان العقد سبب الخيار، فيكفي وجوده في اسقاطه.

وفيه: ما تقدم في خيار المجلس مفصلاً من انه لا ثبوت للشيء قبل تحقق جميع اجزاء علته، وان تحقق مقتضيه، ولا سقوط حقيقة قبل الثبوت، مع ان تمييز المقتضيات عن الشروط في باب الأحكام الشرعية مشكل، بل لا تكون الموضوعات والأسباب والشرائط مقتضيات قطعاً. وتام الكلام في محله.

الثاني: ما افاده المصنف رحمته الله ايضاً، وهو:

[٢] فحوى جواز اشتراط سقوطه في ضمن العقد.

وفيه: ما سيجيء منه قريباً من انه يتم ذلك لو كان المدرك في الأصل الاجماع،

الثاني: اشتراط سقوطه في متن العقد، [١] حكى عن الدّروس وجامع المقاصد وتعليق الإرشاد، ولعلّه لعموم أدلّة الشّروط [٢] ويشكل على عدم جواز إسقاطه في الثلاثة بناء على أنّ السّبب في هذا الخيار هو الضّرر الحادث بالتأخير دون العقد، فإنّ الشرط إنّما يسقط به ما يقبل الاسقاط بدون الشرط، ولا يوجب شرعيّة سقوط ما لا يشرع اسقاطه بدون شرط، [٣] فإن كان اجماع على السّقوط بالشرط، كما حكاه بعض قلنا به، بل بصحّة الاسقاط بعد العقد لفحواه وإلّا فللنّظر فيه مجال.

واما ان كان المدرك عموم ادلة الشروط فهو غير ثابت في الأصل.
الثالث: ما افاده المحقق النائيني رحمته الله، وهو: ان اسقاطه قبل ثبوته مرجعه الى اجتيازه عن حق مطالبة الثمن الثابت بالعقد.
وفيه: ان حق المطالبة لم يثبت كونه من الحقوق، ولعله من الأحكام غير القابلة للاسقاط.
فالصحيح ما ذكرناه في وجه سقوطه بالاسقاط في ضمن الجواب عن ادلة المانعين.
فراجع.

[١] الثاني: اشتراط سقوطه في متن العقد.
[٢] وقد استدل لكونه مسقطا بعموم ادلة الشروط^(١)
واورد عليه المصنف بناء على عدم جواز اسقاطه في الثلاثة:
[٣] بان الشرط إنّما يسقط به ما يقبل الاسقاط بدون الشرط، ولا يوجب شرعية سقوط ما لا يشرع اسقاطه بدون الشرط.
وفيه: اولاً: ان المشروط ان كان سقوطه بعد ثبوته لا يكون ذلك خلاف المشروع بل هو مشروع.
وثانياً: ان المشروط ان كان هي النتيجة يكفي ادلة الشروط دليلاً لصحة الشرط المذكور. وتام الكلام في محله.

الثالث: بذل المشتري للثمن بعد الثلاثة [١] فإن المصرّح به في التذكرة سقوط الخيار حينئذ، وقيل بعدم السقوط بذلك استصحاباً وهو حسن لو استند في الخيار الى الاخبار.

وأما اذا استند فيه الى الضرر، فلا شك في عدم الضرر حال بذل الثمن، فلا ضرر ليتدارك بالخيار [٢] ولو فرض تضرره سابقاً بالتأخير، فالخيار لا يوجب تدارك ذلك وأما يتدارك به الضرر المستقبل، ودعوى أنّ حدوث الضرر قبل البذل يكفي في بقاء الخيار مدفوع، بأنّ الاحكام المترتبة على نفي الضرر تابعة للضرر الفعلي، لا مجرد حدوث الضرر في زمان: ولا يبعد دعوى انصراف الاخبار الى صورة التضرر فعلاً بلزوم العقد بأن يقال: بأنّ عدم حضور المشتري علّة لانتفاء اللزوم يدور معها وجوداً وعدمًا، وكيف كان فختار التذكرة لا يخلو عن قوّة.

بذل المشتري للثمن بعد الثلاثة

[١] الثالث: بذل المشتري للثمن بعد الثلاثة.

يقع الكلام تارة: بناء على كون المدرك قاعدة نفي الضرر، واخرى: بناء على كونه الاخبار.

[٢] اما على الأول: فقد ادعى المصنف رحمته الله انه مسقط، وذلك لأنه لا ضرر في حال البذل، فلا ضرر ليتدارك بالخيار، والضرر السابق لا يتدارك به، وانما المتدارك به الضرر المستقبل، ولا سبيل الى توهم كفاية حدوث الضرر لبقاء الخيار، لأن الحكم يدور مدار بقاء موضوعه.

واورد عليه المحقق الايرواني رحمته الله: بان الخيار حكم عديمي، وهو عنوان لعدم حكم الشارع باللزوم، وعدم حكم الشارع هذا يستصحب عند الشك، وارتفاع المناط انما يضر باستصحاب الحكم الوجودي دون العدمي.

وفيه: ان الخيار امر وجودي قطعاً، وهو ملك فسخ العقد والسلطنة على حله. وربما يورد عليه: بان مفاد لا ضرر نفي الحكم عن الموضوع الضرري، ومع انتفاء

الضرر بما ان الموضوع يكون باقيا وتبدل الضرر من قبيل تبدل الحالة لا يضر بالاستصحاب.

وفيه: ان المختار عنده وعندنا ان المنفي هو الحكم الضري، فاذا لم يكن الحكم ضروريا لا يكون منفيا.

واما على الثاني: فقتضى اطلاق النصوص وعدم استنفالها بين دفع المشتري للثمن بعد الثلاثة وعدمه عدم كونه مستقلا،

ولكن المصنف رحمته الله كأنه لا يسلّم ذلك، لأنه بعد نقل الاستدلال لعدم السقوط بالاستصحاب قال: وهو حسن لو استند في الخيار الى الأخبار، ولعل منشأه ان قوله عليه السلام ان جاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة ايام لا اطلاق له ليشمل ما بعد الثلاثة، وحيث ان الشرطية الثانية تصريح بمفهوم الاولى، والمفهوم تابع للمنطوق سعة وضيقا، فلا يكون شاملا للبذل بعد الثلاثة.

ولكن يرد: ان خبر اسحاق بن عمار متضمن لشرطية مستقلة، لاحظ قوله عليه السلام من اشترى يبعه فضت ثلاثة ايام ولم يجيء فلا بيع له وكفى به مطلقا. واما ما افاده رحمته الله من قرب دعوى انصراف الأخبار الى صورة التضرر فعلا بلزوم العقد،

فيرد عليه: انه من المحتمل ان يكون حكم الشارع بالجواز مجازاة للضرر الذي اورده على البائع، وعليه فلا وجه لدعوى الانصراف،

ثم على تقدير الانصراف لا وجه لدعوى عدم جريان الاستصحاب، فان غاية ما يدعي قصور نصوص الباب عن الشمول لما بعد بذل المشتري الثمن، وهذا لا يمنع من اجراء الاستصحاب،

نعم على المختار من عدم جريان الاستصحاب في الأحكام الكلية لا يجري في المقام. فتحصل: ان مقتضى اطلاق النصوص عدم كونه مستقلا. وعليه فيقع الكلام في الشرط.

الرَّابِع: اخذ الثمن من المشتري بناء على عدم سقوطه بالبذل [١] وإلا لم يحتجّ الى الاخذ به والسقوط به لانه التزام فعليّ بالبيع ورضاء بلزومه [٢] وهل يشترط افادة العلم بكونه لأجل الالتزام او يكفي الظنّ، فلو احتمل كون الأخذ بعنوان العارية او غيرها لم ينفع ام لا يعتبر الظنّ ايضاً وجوه من عدم تحقق موضوع الالتزام بالأعلم ومن كون الفعل مع افادة الظنّ اشارة عرفيّة على الالتزام كالقول، ومما تقدّم من سقوط خيار الحيوان او الشرط بما كان رضاءً نوعياً بالعقد، [٣] وهذا من اوضح افراده وقد بيّنا عدم اعتبار الظنّ الشّخصي في دلالة التّصرف على الرّضا، وخير الوجوه أوسطها، لكنّ الاقوى الأخير

اخذ الثمن من المشتري

[١] الرابع: وهو اخذ الثمن من المشتري بناء على عدم سقوطه بالبذل.

يقع الكلام في المقام في جهتين:

الاولى: في ان اخذ الثمن هل يكون مسقطاً ام لا؟ وما الفرق بين هذا الخيار وسائر الخيارات حيث لم يحتمل احد فيها سقوط الخيار باخذ الثمن، وفي هذا الخيار مضافاً الى احتماله ذهب اليه جمع.

الثانية: في انه على فرض كونه مسقطاً من جهة كونه التزاماً فعلياً هل يعتبر العلم بكونه بقصد الالتزام، ام يعتبر الظنّ الشّخصي، ام لا يعتبر الظنّ ايضاً؟.

اما الجهة الاولى: فقد استدل لمسقطيته

[٢] بانه التزام فعليّ بالبيع، ورضاء بلزومه،

ولعل الفرق بينه وبين سائر الخيارات ان هذا الخيار من ناحية تاخير الثمن وتضرر البائع بعدم وصول ماله اليه، فيصح ان يقال ان اخذ الثمن التزام بالبيع.

ولكن الانصاف انه ليس التزاماً بالبيع، بل هو تتميم للمعاملة، وجعل للمعاوضة العقدية عملية، وهذا يلائم مع كون البائع بانياً على الفسخ. فالحق انه بنفسه ليس مسقطاً.

[١] واما الجهة الثانية: فقد استدل لعدم اعتبار العلم او الظنّ بما تقدم من سقوط خيار

وهل يسقط الخيار بمطالبة الثمن [١] المصرّح به في التذكّرة وغيرها العدم، للأصل وعدم الدليل، ويحتمل السقوط لدلالته على الرضا بالبيع، وفيه ان سبب الخيار هو التضرر في المستقبل، لما عرفت من ان الخيار لا يتدارك به ما مضى من ضرر الصبر ومطالبة الثمن لا يدلّ على التزام الضرر المستقبل، حتّى يكون التزاماً بالبيع، بل مطالبة الثمن انما هو استدفاع للضرر المستقبل كالفسخ، لا الإلزام بذلك الضرر ليسقط الخيار، وليس الضرر هنا من قبيل الضرر في بيع الغبن ونحوه ممّا كان الضرر حاصلًا بنفس العقد، حتّى يكون الرضا به بعد العقد والعلم بالضرر التزاماً بالضرر الذي هو سبب الخيار. [٢]

وبالجملة، فالمسقط لهذا الخيار ليس الاّ دفع الضرر المستقبل ببذل الثمن أو التزامه بإسقاطه، أو اشتراط سقوطه، وما تقدّم من سقوط الخيارات المتقدّمة بما يدلّ على الرضا فإنّما هو حيث يكون العقد سبباً للخيار ولو من جهة التضرر بلزومه، وما نحن فيه ليس من هذا القبيل، مع ان سقوط تلك الخيارات بمجرد مطالبة الثمن ايضاً محلّ نظر لعدم كونه تصرفاً والله العالم.

الحيوان أو الشرط بما كان رضا نوعياً بالعقد، وهذا من اوضح افراده. وفيه: ان التصرف انما يكون مسقطاً لخيار الحيوان للنص غير الشامل لغيره، فالميزان هو حصول العلم أو الظهور العرفي، ومع فقد هما لا يكتفى بالظن ايضاً. [١] وهل يسقط الخيار بمطالبة الثمن؟ وجهان.

الظاهر انّ مطالبته ليست من المسقطات لعدم كونها مسقطّة في شيء من الخيارات لا لعدم كونها تصرفاً كما قيل اذ لا يلزم ان يكون الدال على الاسقاط تصرفاً، بل يكفي فيه كل ما يدل عليه من القول أو الفعل، بل لعدم كونها دالة عليه.

[٢] وأما ما افاده المصنف رحمه الله بناء على كونها مسقطّة لسائر الخيارات بانه في سائر الخيارات يكون سبب الخيار العقد ولو من جهة التضرر بلزومه، وأما في هذا الخيار فالسبب ليس هو العقد ولا الضرر الماضي، بل الضرر المستقبل، لأنّه الذي يندفع بالخيار

مسألة: في كون هذا الخيار على الفور او التراخي قولان، [١] وقد تقدّم ما يصلح ان يستند اليه لكلّ من القولين في مطلق الخيار، مع قطع النظر عن خصوصيات الموارد، وقد عرفت انّ الاقوى الفور، ويمكن ان يقال في خصوص ما نحن فيه انّ ظاهر قوله عليه السلام لا بيع له نفي البيع رأساً والانسب بنفي الحقيقة بعد عدم ارادة نفي الصّحة هو نفي لزومه رأساً [٢] بأن لا يعود لازماً أبداً، فتأمل.

دون ما مضى، ومطالبة الثمن لاتكون التزاما بالضرر المستقبل، بل هي التزام بما مضى،
فيرد عليه: ان دليل الخيار هو النص، ولعل منشأ الضرر بالتأخير في الثلاثة، ويكون الخيار مجازاة له لاتداركا.

فورية خيار التأخير وعدمها

[١] المسألة الثانية: في كون هذا الخيار على الفور او التراخي فيه قولان.
والكلام في هذه المسألة يقع في موردين:
الأول: في بيان ما يستفاد من النص.
الثاني: فيما تقتضيه القواعد.
اما المورد الأول: فقد استدل المصنف عليه السلام على القول بالتراخي:
[٢] بان الانسب بنفي الحقيقة بعد عدم ارادة نفي الصّحة هو نفي لزومه رأساً،
فقوله عليه السلام لا بيع له ظاهر في التراخي.
والجواب عنه ما ذكره جل المحشين: بان هذا ينافي ما تقدم منه آنفا من انصراف
الأخبار الى صورة الضرر فعلا بلزوم العقد، اذ عليه لايشمل اطلاق النص ما اذا كان
الضرر مستندا الى اختياره بعدم فسخ العقد في اول ازمته الامكان ولكن قد مر عدم
تمامية ما افاده هناك،
فاطلاق النص يقتضى البناء على التراخي، فان نفي لزوم البيع بقول مطلق معناه ذلك.

ثمّ على تقدير اهمال النّص وعدم ظهوره في العموم يمكن التمسّك بالاستصحاب [١] هنا، لأنّ اللزوم اذا ارتفع عن البيع في زمان، فعوده يحتاج الى دليل، وليس الشك هنا في موضوع المستصحب نظير ما تقدّم في استصحاب الخيار، لأنّ الموضوع مستفاد من النّص فراجع، وكيف كان فالقول بالتراخي لا يخلو عن قوّة. أمّا لظهور النّص وأمّا للاستصحاب.

مسألة: لو تلف المبيع بعد الثلاثة، كان من البائع اجماعاً [٢] مستفيضاً، بل متواتراً، كما في الرّياض، ويدلّ عليه التّبوي المشهور وان كان في كتب روايات اصحابنا غير مسطور كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه، [٣] واطلاقه كمعاهد الاجماعات يعمّ ما لو تلف في حال الخيار ام تلف بعد بطلانه، كما لو قلنا بكونه على الفور فبطل بالتأخير، او بذل المشتري الثمن فتلف العين في هذا الحال.

[١] واما المورد الثاني: فقد استدل المصنف رحمته الله: بالاستصحاب للقول بالتراخي، مع انه لم يسلم جريانه في خيار الغبن. وما افاده تام على مسلكه، فانه انما منع من جريانه هناك من جهة ان الموضوع غير مستفاد من النص بالتقريب المتقدم، وفي المقام يكون مستفاداً منه، ولكن قد عرفت انه لا مانع من جريانه هناك من هذه الناحية، ولا يجري من جهة اخرى، وهي موجودة في المقام، وهي عدم جريان الاستصحاب في الأحكام الكلية. فتدبر،

مع انه قد تقدم ان المرجع عموم ﴿اوفوا بالعقود﴾ فراجع.

تلف المبيع بعد الثلاثة من البائع

[٢] الثالثة: ولو تلف المبيع فان كان التلف بعد الثلاثة كان من البائع اجماعاً. مستفيضاً بل متواتراً كما في الرّياض

[٣] ويشهد له: النّبي المعمول به بين الأصحاب غير المسطور في كتب روايات اصحابنا: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه. (١)

وقد يعارض النبوي بقاعدة الملازمة بين النماء والدرك [١] الاستفادة من النص والاستقراء والقاعدة المجمع عليها، من أن التلف في زمان الخيار يمن لا خيار له، [٢] لكن النبوي اخص من القاعدة الاولى، فلا معارضة والقاعدة الثانية لا عموم فيها، يشمل جميع افراد الخيار لا جميع احوال البيع، حتى قبل القبض، بل التحقيق فيها كما سيجيء ان شاء الله اختصاصها بخيار المجلس. والشرط والحيوان مع كون التلف بعد القبض ولو تلف في الثلاثة فالمشهور كونه من مال البائع ايضاً. [٣]

وقد اورد عليه: بانه يعارض مع قاعدتين اخريين:
[١] احدهما: قاعدة التلازم بين النماء والدرك الاستفادة من النص الخراج بالضمان^(١) والاستقراء.

[٢] ثانيتهما: قاعدة التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له.^(٢)
ولكن الاولى اعم من النبوي فتخصص به،
بل يمكن ان يقال انه لا معارضة بينها، فان مفاد النبوي على ما هو المشهور انتقال المبيع الى البائع قبل التلف آناً، والتلف في ملكه، وفي ذلك الآن وان كان زماناً قصيراً يكون النماء للبائع.

واما الثانية: فهي غير شاملة للمقام لوجوه:
الأول: انها مختصة بخيار الحيوان والشرط ولا تشمل كل خيار.
الثاني: انها مختصة بما بعد القبض، ولا تشمل ما قبل القبض.
الثالث: ان موردها ما اذا تلف ما انتقل الى من له الخيار، كما في الحيوان المنتقل الى المشتري، وفي المقام التالف هو ما انتقل عن من له الخيار.
[٣] واما ان كان التلف في الثلاثة فالمشهور بين الأصحاب كونه من مال البائع، وهو مقتضى النبوي،

وعن جماعة من القدماء منهم المفيد والسيد: كونه من المشتري.
وقد استدل له: بقاعدة ضمان المالك لماله، ولكنها مع جريانها في الصورة السابقة

(١) صحيح الترمذي ج ٥ ص ٢٨٥ وسنن ابي داود ج ٢ ص ٢٥٥ والمبسوط كتاب البيوع.
(٢) الوسائل - باب ٥ و ٨ - من ابواب الخيار.

وعن الخلاف الاجماع عليه خلافاً لجماعة من القدماء، منهم المفيد والسيدان مدّعين عليه الاجماع وهو مع قاعدة ضمان المالك لماله يصحّ حجة لهذا القول، لكنّ الاجماع معارض، بل موهون والقاعدة مخصّصة بالتبوي المذكور المخبر من حيث الصّدور مضافاً الى رواية عقبة بن خالد في رجل اشترى متاعاً من رجل واوجبه غير أنّه ترك المتاع عنده ولم يقبضه قال آتيك غداً أن شاء الله، فسرقت المتاع من مال من يكون؟ قال من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتّى يقبض المال ويخرجه من بيته فإذا اخرجته من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتّى يردّ إليه حقه ولو مكّنه من القبض [١] فلم يتسلّم ضمان البائع مبني على ارتفاع الضمان بذلك وهو الأقوى، قال الشيخ في النهاية اذا باع الانسان شيئاً ولم يقبض المتاع ولا قبض الثمن ومضى المبتاع، فإنّ العقد موقوف ثلاثة ايام، فإن جاء المبتاع في مدّة ثلاثة ايام كان المبيع له وان مضت ثلاثة ايام كان البائع اولى بالمتاع، فإن هلك المتاع في هذه الثلاثة ايام ولم يكن قبضه اياه كان من مال البائع دون المبتاع.

اخص من التبوي فتخصص به.

فالتفصيل بين صورتين في غير محله،

مع ان خبر عقبة^(١) المذكور في المتن. يدل على انه من مال البائع، وهو من جهة ان مفروض السؤال حيث قال: آتيك غداً فسرقت المتاع هو التلف في الثلاثة لا بعدها مختص بهذه الصورة.

فاستدل صاحب الجواهر رحمته الله به في الصورة السابقة في غير محله.

[١] ولو مكّنه من القبض فلم يتسلم فتلفت السلعة،

فان قلنا بكفاية التخلية بين المال ومالكة وعرضه عليه في صدق القبض فلا كلام،

والا فقد بنى الشيخ رحمته الله ضمان البائع وعدمه على ارتفاع الضمان بذلك وعدمه،

وهو قويّ الأول.

توضيحه: ان التمكين من المشتري يوجب ارتفاع ضمان البائع، ومعه يرتفع الخيار،

ومع ارتفاعه لا يكون المورد مشمولاً لقاعدة كل مبيع تلف قبل قبضه

للاصراف

وان كان قبضه آياه ثم هلك في مدّة الثلاثة أيّام كان من مال المُبتاع وان هلك بعد الثلاثة أيّام كان من مال البائع على كلّ حال، لأنّ الخيار له بعدها، انتهى [١]. المحكي في المختلف وقال بعد الحكاية وفيه نظر، اذ مع القبض يلزم البيع، انتهى.

اقول كأنّه جعل الفقرة الثالثة مقابلة للفقرتين، فيشمل ما بعد القبض وما قبله خصوصاً مع قوله على كلّ حال، لكنّ التعميم مع أنّه خلاف الإجماع مناف لتعليل الحكم [٢] بعد ذلك بقوله لأنّ الخيار له بعد الثلاثة أيّام، فإنّ المعلوم أنّ الخيار إنّما يكون له مع عدم القبض، فيدلّ ذلك على أنّ الحكم المعلّل مفروض فيما قبل القبض.

مسألة: لو اشترى ما يفسد من يومه فإن جاء بالثمن ما بينه وبين الليل وإلاّ فلا بيع له، كما في مرسله محمد بن أبي حمزة والمراد من نفي البيع نفي لزومه ويدلّ عليه قاعدة نفي الضرر، فإنّ البائع ضامن للمبيع ممنوع عن التصرف فيه محروم عن الثمن.

وفيه: ان الانصراف ممنوع

والتلازم بين ارتفاع الخيار وارتفاع الضمان ايضاً كذلك،
فالأظهر انه من مال بائعه على هذا المسلك.

[١] قال في محكي النهاية: وان هلك بعد الثلاثة ايام كان من مال البائع على كل حال لأنّ الخيار له بعدها.

ويمكن ان يكون وجه التعميم في هذه الصورة: ان هذا الخيار لا يسقط بالاقباض بعد الثلاثة عنده، وهو ممن نسب اليه ان انتقال المبيع الى المشتري انما يكون بعد انتضاء الخيار من غير فرق بين الخيار المتصل والمنفصل، فانه على هذا يكون التلف من البائع لوقوعه في ملكه، فلا يتوجه ايراد المصنف عليه السلام عليه

[٢] بان التعميم مناف لتعليل الحكم بأن الخيار له بعد الثلاثة،

وانما لا يلزم بذلك في الاقباض في الثلاثة من جهة ان الاقباض قبلها رافع لموضوع الخيار.

شراء ما يفسد من يومه

[٣] الرابعة: المشهور بين الأصحاب: انه لو اشترى ما يفسد من يومه فان جاء

ومن هنا يمكن تعدية الحكم الى كلّ مورد يتحقّق فيه هذا الضّرر، وان خرج عن مورد النصّ، كما اذا كان المبيع ممّا يفسد في نصف يوم او في يومين فيثبت فيه الخيار في زمان يكون التأخير عنه ضرراً على البائع، لكن ظاهر النصّ يوهم خلاف ما ذكرنا، لأنّ الموضوع فيه ما يفسد من يومه والحكم فيه بثبوت الخيار من أوّل الليل، فيكون الخيار في أوّل ازمة الفساد.

ومن المعلوم أنّ الخيار حينئذ لا يجدى للبائع شيئاً، لكنّ المراد من اليوم اليوم وليله، [١]

بالتن ما بينه وبين الليل والا فلا بيع له.

وقد استدلّ لثبوت هذا الخيار بوجوه:

منها: ما رواه الكليني عن محمد بن يحيى عن محمد بن احمد عن يعقوب بن يزيد عن محمد بن ابي حمزة او غيره عن ذكره عن ابي عبد الله او ابي 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 بيع له. (١)

والكلام فيه في موردين،

الأول: في سند الحديث.

الثاني: في فقهه.

اما الأول: فلاشكال فيه من وجوه:

منها انه مرسل.

ومنها: ان محمد بن ابي حمزة مشترك بين ابن الثمالي والتيملي الذي لم يوثق.

ومنها: ان من يروي عنه ابن يزيد لم يثبت كونه ابن ابي حمزة ولعله غيره.

واما الثاني: فقولاه من يومه اما يراد به في يومه من كون من للطرفية فيكون اول الليل الذي هو اول زمان الخيار بعد تحقق الفساد في النهار، وهذا الضرر لا يتدارك بالخيار، اما يراد به معناه المعروف وهو كونه للابتداء فيكون اول الليل الذي هو اول زمان الخيار بعد تحقق الفساد من اول اليوم وحاله حال السابق، فلا بد من التصرف باحد نحوين:

[١] احدهما: ما في المتن، وهو: ان المراد باليوم اليوم وليله

فالمنعنى أنّه لا يبقى على صفة الصّلاح ازيد من يوم بليله، فيكون المفسد له المبيت لا بمجرد دخول اللّيل، فإذا فسخ البائع أوّل اللّيل امكن له الانتفاع به وببدله، ولأجل ذلك عبر في الدّروس عن هذا الخيار بخيار ما يفسده المبيت وأنّه ثابت عند دخول اللّيل وفي معقّد اجماع الغنية أنّ على البائع الصبر يوماً واحداً ثمّ هو بالخيار. وفي محكيّ الوسيلة أنّ خيار الفواكه للبائع فإذا مرّ على المبيع يوم ولم يقبض المبتاع كان البائع بالخيار ونحوها عبارة جامع الشّرائع. نعم عبارات جماعة من الاصحاب لا يخلو عن اختلال في التّعبير، لكنّ الاجماع على عدم الخيار للبائع في التّهار يوجب تأويلها الى ما يوافق الدّروس، واحسن تلك العبارات عبارة الصّدوق في الفقيه التي اسندها في الوسائل الى رواية زرارة [١] قال: العهدة فيما يفسد من يومه مثل البقول والبطيخ والفواكه يوم الى اللّيل فإنّ المراد بالعهدة عهدة البائع.

فالمنعنى انه لا يبقى على صفة الصّلاح ازيد من يوم بليله. ثانيهما: ما افاده بعض المحققين، وهو حمل ما يفسد على الاشراف على الفساد، فيكون من المجاز بالمشاركة، ويصح جعل الخيار من اول اللّيل لثلا يقع في الضرر الذي اشرف عليه، وكل منهما صحيح لا مرجح لأحدهما على الاخر، واما تقريب دلالتة على الخيار لا الانفساخ فهو ما تقدم في نصوص خيار التأخير. [١] ومنها: ما ارسله الصدوق في الفقيه، وفي آخر الخبر: العهدة فيما يفسد من يومه مثل البقول والبطيخ والفواكه يوم الى اللّيل. (١) والكلام فيه من جهتين:

الاولى: في سنده، وهو مضافا الى كونه مرسلًا، لم يثبت كونه تنمة الرواية، بل من المحتمل كونه من كلام الصدوق، بل في محكى الجواهر: لعله الظاهر. الجهة الثانية: في دلالتة، وقد يقال: ان مفاده جعل الخيار ونفي اللزوم، وفي حاشية السيد: ويحتمل ان يكون المراد كون عهدة تلفه على البائع يومًا الى اللّيل وبعده على المشتري

وقال في النهاية واذا باع الانسان ما لا يصحّ عليه البقاء من الخضر وغيرها ولم يقبض المبتاع ولا قبض الثمن كان الخيار فيه يوماً، فإن جاء المبتاع بالثمن في ذلك اليوم وإلا فلا بيع له، انتهى.

ونحوها عبارة السرائر، والظاهر أنّ المراد بالخيار اختيار المشتري في تأخير القبض والاقباض مع بقاء البيع على حاله من اللزوم، وأمّا المتأخرون فظاهر أكثرهم يومهم كون الليل غاية للخيار، [١] وإن اختلفوا بين من عبّر بكون الخيار يوماً، ومن عبّر بأن الخيار الى الليل، ولم يعلم وجه صحيح لهذه التعبيرات مع وضوح المقصد الإمتابعة عبارة الشيخ في النهاية

من جهة تقصيره في الأخذ.
ولكن ان كان المراد بالعهد عهدة المبيع تعيّن ارادة ما احتمله السيد، فان أثرها حينئذ ان دركه عليه وهو في ضمانه،
وان كان المراد بها عهدة البيع تعين ارادة الأول، فان اثر عهدة البيع لزومه وعدم انفكاكه عنه،
والظاهر هو الثاني، لأن عهدة المبيع لا تكون مغياة بزمان، بل بالقبض بخلاف عهدة البيع. ومنها: حديث لا ضرر^(١) فان البائع ضامن للمبيع ممنوع من التصرف فيه محروم عن الثمن.

وترد عليه الوجوه الأربعة التي اوردناها على الاستدلال به لخيار التأخير،
ومنها: ان مقتضى اطلاق العقد تسليم المبيع وتسلم الثمن ما لم يفسد، ومرجع ذلك الى الشرط الضمني والخيار عند تخلف الشرط.
ويرد عليه ما ذكرناه عند الاستدلال به لخيار التأخير.
وينبغي التنبيه على امور:

[١] منها ان ظاهر هذا الكلام وكذا كلمات جمع من الأساطين، منهم اكثر المتأخرين: كون الليل، غاية للخيار، مع انه لاشبهة بحسب النص والفتوى ان مبدأ الخيار الليل

وقد اول المحقق الأردبيلي رحمته الله كلماتهم بجعل الى الليل متعلقا بما يفسد لا بالخيار، ولكن ذلك يتم في كلمات جمع منهم دون جميعهم، لاحظ ما عن النهاية وعبارة

لكِنَّكَ عرفت أَنَّ المراد بالخيار فيه اختيار المشتري، وأنَّ له تأخير القبض والاقباض [١] وهذا الاستعمال في كلام المتأخرين خلاف ما اصطَلَحوا عليه لفظ الخيار، فلا يحسن المتابعة هنا في التعبير والاولى تعبير الدُّروس كما عرفت.

ثم الظاهر ان شروط هذا الخيار شروط خيار، التأخير [٢] لأنَّه فرد من افرادها كما هو صريح عنوان الغنية وغيرها، فيشترط فيه جميع ما سبق من الشُّروط. نعم لا ينبغي التأمُّل هنا في اختصاص الحكم بالبيع الشَّخصي أو ما في حكمه كالصَّاع من الصُّبرة، وقد عرفت هناك أنَّ التأمُّل في الادلة والفتاوى يشرف

التذكرة: فالخيار فيه الى الليل.

وقد تَوَلَّى كما احتمله المحقق الاصفهاني رحمته الله: بان اطلاق الخيار باعتبار اول الأمر اليه بمضي اليوم واقبال الليل باعتبار وجود مقتضيه وهو كون المبيع مما يؤول امره الى الفساد باقبال الليل والمقتضا له ثبوت بثبوت مقتضيه وفعلية مقتضاه باقبال الليل.

ولكن هذا يتم في مثل عبارة النهاية ولا يتم في مثل عبارة التذكرة المتضمنة لكون الغاية الليل، فالمتعين حمل كلماتهم على ما افاده المصنف رحمته الله وهو: ان مرادهم بالخيار معنى غير الخيار المصطلح الثابت من اول الليل، وهو

[١] ان المشتري مختار في القبض والاقباض في اليوم،

وان له التأخير الى الليل من دون ان يستتبعه شيء، ولازمه لزوم الصبر على البائع الى الليل، ولزوم البيع عليه.

[٢] ومنها هل يعتبر في هذا الخيار شروط خيار التأخير كما عن الغنية وغيرها، ام

لا؟ وجهان:

قد استدلل للأول: بانه فرد من افراد خيار التأخير، وبوحدة لسان الدليلين.

ولكن الانصاف انهما متغايران، اذ المدار في خيار التأخير المتقدم على تأخير قبض الثمن وهنا على تأخير قبض الثمن، والحكمة في ذلك الخيار دفع ضرر البائع من ناحية الصبر عن الثمن، وفي هذا الخيار دفع ضرره من ناحية الفساد الموجب لضمان المبيع، ومبدأ الخيار في المقام اول الليل، وفي الخيار السابق بعد مضي ثلاثة ايام، وعليه فالشروط المعتبرة في ذلك الفرد من التأخير لا وجه للبناء على اعتبارها في

هذا الفرد

الفقيه على القطع بالإختصاص أيضاً وحكم الهلاك في اليوم هنا، وفيما بعده حكم المبيع هناك في كونه من البائع في الحالين ولازم القول الآخر هناك جريانه هنا، كما صرح به في الغنية حيث جعله قبل الليل من المشتري ثم إنَّ المراد بالفساد في النص والفتوى ليس الفساد الحقيقي [١] لأنَّ موردها هو الخضر والفواكه والبقول، وهذه لا تضيع بالميت ولا تهلك

[٢] بل المراد ما يشمل تغير العين نظير التغير الحادث في هذه الامور بسبب الميت ولو لم يحدث في البيع إلفوات السوق، [٣] في إلحاقه بتغير العين وجهان من كونه ضرراً ومن امكان منع ذلك لكونه فوت نفع لاضرر. [٤]

[١] ومنها انه هل المراد بالفساد هو الفساد الحقيقي، او ما يشمل تغير العين الحادث بسبب الميت؟ وجهان،

اختار المصنف الثاني، واستدل له:

[٢] بان مورد النص والفتوى الخضر والفواكه والبقول، وهذه لا تضيع بالميت ولا تهلك.

واورد عليه المحقق الايرواني رحمته الله بان المراد به الفساد الحقيقي، وهو خروج العين الى حالة لا تتمول من جهة عدم ترتب الاثار المرغوبة من الطبيعة عليها مع: اندراجها بذاتها تحت الطبيعة، واما الذي يخرج عن الصورة النوعية فذاك هو التلف دون الفساد كما توهمه المصنف رحمته الله.

ولكن ما افاده في الفرق بين الفساد والتلف وان كان متينا الا انه مع ذلك ليس المراد الفساد الحقيقي، اذ مرور يوم على مثل البقول والفواكه لا يوجب خروجها عن المالية، بل يوجب تغير العين بزوال طراوتها وشبهها.

[٣] ومنها انه لو لم يحدث في المبيع الالفوات السوق، فلا اشكال ولا كلام في عدم شمول النص والفتوى له، لانه ليس من الفساد قطعاً،

انما الكلام في انه اذا كان المدرك حديث لاضرر. هل يشمل ام لا؟ المصنف رحمته الله

[٤] جعل اثبات الخيار ونفيه دائرين مدار كون نقص القيمة ضرراً او فوات نفع، والحق انه ليس ضرراً ولا فوت نفع بالنسبة الى البائع بعد عدم كون نقص القيمة السوقية موجبا لضان البائع، وهو ضرر بالنسبة الى المشتري، ولا يكون ذلك موجبا لجعل الخيار على البائع.

السادس خيار الرؤية

والمراد به الخيار المسبب عن رؤية المبيع على خلاف ما اشترطه فيه المتبايعان [١] ويدلّ عليه قبل الاجماع [٢] المحقّق والمستفيض حديث نفي الضرر، [٣] واستدلّ عليه ايضاً

وبذلك ظهر ما في حاشية السيد، وهو ان الأقوى اللاحق، لأنه يصدق عليه الضرر عرفاً وان كانت العين باقية كما كانت، لأن المناط فيه فوات المالية، ولا فرق فيه بين نقص العين والقيمة، فالضرر صادق خصوصاً في الأموال المعدة للتجارة.

خيار الرؤية

السادس: خيار الرؤية والمراد به الخيار المسبب عن رؤية المبيع على خلاف ما وصفه فمن اشترى موصوفاً غير مشاهد كان للمشتري خيار الفسخ اذا وجده دون الوصف

وهذا التعبير اولى من تعبير المصنف حيث قال:

[١] والمراد به الخيار المسبب عن رؤية المبيع على خلاف ما اشترطه، فيه المتبايعان لأن مورد هذا الخيار ليس خصوص ما لو رأى المبيع على خلاف ما اشترطه فيه المتبايعان ليكون من افراد خيار الشرط، كما هو ظاهر المتن، بل مورد ما اذا تخلف الوصف الذي وقعت المعاملة عليه سواء كان بالاشتراط او باخبار البائع به والاعتماد عليه من غير تعهد والتزام منه، او برؤية بعض المبيع واعتقاد موافقة بعضه الاخر له. وعليه فالنسبة بين مورد هذا الخيار ومورد خيار تخلف الشرط عموم من وجه، والمجمع ما كان التوصيف بعنوان الاشتراط، ومورد افتراق هذا الخيار ما اشترنا اليه، ومورد افتراق ذاك شرط الفعل.

ودليل هذا الخيار امور:

[٢] الاول: الاجماع، وهو لمعلومية مدركه لا يعتمد عليه.

[٣] الثاني: حديث^(١) لا ضرر.

منها صحيحة جميل بن درّاج قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى ضيعة وقد كان يدخلها ويخرج منها، فلما ان نفذ المال صار الى الضيعة فقبلها، ثم رجع فاستقال صاحبه، فلم يقله فقال ابو عبدالله عليه السلام انه لو قلب منها ونظر إلى تسع وتسعين قطعة ثم بقي منها قطعة لم يرها لكان له فيها خيار الرؤية ولا بدّ من حملها على صورة يصحّ معها بيع الضيعة. [١] أمّا بوصف القطعة الغير المرئية او بدلالة ما رآه منها على ما لم يره.

وقد يستدلّ بصحيحة زيد الشحام قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل

وفيه: ما تقدم من انه لا يصلح منشئاً لاثبات الخيار،

مع انه اذا كان المبيع بماله من التخلف يسوى بالذي دفع من الثمن لا يكون هناك ضرر الا من ناحية تخلف الغرض الشخصي.

الثالث صحيح جميل^(١) المذكور في المتن

وتقريب الاستدلال به: ان الظاهر من الخبر ان المشتري لرؤية عمدة الضيعة كان معتقداً ان ما لم يره يكون مثل ما رآه، فوقعت المعاملة صحيحة، ثم بعد المعاملة وملاحظة ما لم يره وانه غير ما رآه ندم من المعاملة، وقد حكم عليه السلام بثبوت خيار الرؤية.

وفيه: انه لا يدل الخبر على تخلف الوصف، وان ما لم يره لم يكن مطابقاً لما رآه لو لم يكن دالاً على خلافه، وعليه فليس هو من الخيار المصطلح،

بل الظاهر منه ارادة البطلان. اما في الجميع لو رجع الضمير في قوله لكان له فيها خيار الرؤية الى الضيعة، او في خصوص القطعة التي لم يرها،

ولعل الأول اظهر من جهة ان مورد السؤال هو الضيعة بتمامها.

[١] قوله ولا بد من حملها على صورة يصحّ معها بيع الضيعة

قد عرفت دلالة الصحيح على البطلان وانه اجنبى عن المقام

الرابع صحيح^(٢) زيد الشحام المذكور في المتن

اشترى سهام القصّابين من قبل ان يخرج السهم، فقال عليه السلام لا يشتري شيئاً حتى يعلم اين يخرج السهم، فإن اشترى شيئاً فهو بالخيار إذا خرج قال في الحديث. وتوضيح معنى هذا الخبر ما رواه في الكافي والتّهذيب في الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج عن منال القصّاب وهو مجهول، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام اشترى الغنم جماعة، ثم تدخل داراً ثم يقوم رجل على الباب فيعدّ واحداً واثنين وثلاثة وأربعة وخمسة ثم يخرج السهم قال: لا يصلح هذا إنما تصلح السهام إذا عدلت القسمة، الخبر.

اقول لم يعلم وجه الاستشهاد به لما نحن فيه، لأن المشتري لسهم القصّاب ان اشتراه مشاعاً فلا مورد لخيار الرؤية، وان اشترى سهمه المعين الذي يخرج فهو شراء فرد غير معين وهو باطل، وعلى الصحة فلا خيار فيه للرؤية كالمشاع. [١]

وتقريب الاستدلال به: انه يدل على ان الحصة المشاعة بوصف البائع اذا تبين بعد وقوع السهم انها ليست على ما وصف يثبت للمشتري خيار الرؤية.

[١] واورد عليه المصنف رحمته الله: بان المبيع ان كان هو الحصة المشاعة فلا مورد لخيار الرؤية، وان كان هو السهم المعين الذي يخرج فهو شراء فرد غير معين وهو باطل.

ثم مال هو تخيّر الى كون الخيار الذي يثبته الخبر خيار الحيوان اذا خرج السهم، والظاهر ان وجه نفي الموردية لو كان المبيع الحصة المشاعة ليس هو اشاعتها، حتى يرد عليه ما افاده المحقق الايرواني رحمته الله: بان خيار الرؤية يجري في بيع المشاع اذا بيع بوصف المجموع فظهر للجميع على خلاف الوصف.

بل وجهه ان التعيين المبني على عدم التعديل في القسمة لا يصلح وجهاً لثبوت الخيار في البيع بل في القسمة.

واورد عليه السيد الفقيه بقوله: يبعده قوله اذا خرج، فان خيار الحيوان غير معلق على الخروج بل يثبت بمجرد العقد. انتهى.

وفيه: ان حكمة جعل خيار الحيوان الاطلاع على العيب، وهو لا يكون الا بعد التعيين.

ولكن يرد على المصنف رحمته الله: ان الظاهر من الخبر كون المبيع ما يقع عليه السهم،

ويمكن حمله على شراء عدد معين نظير الصّاع من الصّبرة، ويكون له خيار الحيوان [١] اذا خرج السّهم، ثمّ إنّ صحيحة جميل مختصة بالمشتري. والظاهر الاتفاق على أنّ هذا الخيار يثبت للبائع ايضاً [٢] اذا لم ير المبيع وباعه بوصف غيره، فتبين كونه زائداً على ما وصف

وهو لغررته باطل كما يشهد له قوله: لا تشتري شيئاً... الخ الظاهر في الارشاد الى الفساد، وعليه

فقوله له الخيار يكون المراد به ان له الخيار في انشاء معاملة جديدة بعد تعيين المبيع، نظير ما ورد في نصوص بيع ما ليس عنده من قوله: وهذا عليك بالخيار ان شاء اشتراه منك بعد ما تاتي به وان شاء رده.

وقد يحتمل ان يكون المراد بالخيار خيار القسمة لكونها غير معدلة، او للحاجة في التعيين الى التراضي، وعلى اي حال فلا ربط له بخيار الرؤية.

[١] قوله ويمكن حمله على شراء عدد معين نظير الصّاع من الصّبرة ويكون له خيار الحيوان

الظاهر ان وجه تخصيص خيار الحيوان، بما اذا كان المبيع من قبيل الكلى في المعين دون الكسر المشاع، لحاظ الحكمة في ذلك الخيار، وهو الاطلاع على العيب في الثلاثة اذا لمشاع لو كان فيه عيب كان جزء منه للمشتري قهراً فلا يتوقف ثبوت الخيار على خروج السهم بخلاف الكلى في المعين اذ لا تعين له للمشتري الا بعد التعيين من البائع او تلف ماعاده.

الخامس صحيح عبدالرحمن بن الحجاج^(١) المذكور في المتن وفيه: انه اجنبي عن المقام بالمرة، بل وارد في مقام بيان كيفية التقسيم، وان التقسيم بلا تعديل السهام على النحو الذي يبينه السائل باطل.

فتحصل: انه لا دليل عليه، ولكن الظاهر تسالم القوم على ثبوته وسيأتي رجوع ذلك الى خيار الشرط، فيدل على مشروعيته دليل ذلك الخيار والله العالم.

واستقصاء القول في المقام بالتعرض لامور:

[٢] الأول: انه هل يثبت هذا الخيار للبائع ايضاً كما هو المتفق عليه

وحكى عن بعض أنه يحتمل في صحيحة جميل ان يكون التفتيش من البائع بأن يكون البائع باعه بوصف المشتري، وحينئذ فيكون الجواب عاماً بالنسبة اليهما على تقدير هذا الاحتمال [١] ولا يخفى بعده وابعده منه دعوى عموم الجواب والله العالم.

مسألة: مورد هذا الخيار بيع العين الشخصية الغائبة، [٢] والمعروف أنه يشترط في صحته ذكر اوصاف المبيع التي يرتفع بها الجهالة الموجبة للغرر، اذ لولاها لكان غرراً وعبر بعضهم عن هذه الاوصاف بما يختلف الثمن باختلافه، كما في الوسيلة وجامع المقاصد وغيرهما، وآخر بما يعتبر في صحة السلم وآخرون كالشيخين والحلي اقتصروا على اعتبار ذكر الصفة.

فلو لم يشاهده البائع وباعه بالوصف فظهر اجود كان الخيار للبائع
ام يخص بالمشتري؟ وجهان.

وحق القول في المقام: ان مدرك هذا الخيار ان كان هو الاجماع، او حديث لا ضرر او مادل على ثبوت الخيار عند تخلف الشرط، لم يكن وجه للاختصاص بالمشتري. واما ان كان المدرك هي النصوص الخاصة اختص به.

[١] واحتمال ان يكون التفتيش من البائع بان يكون البائع باعه بوصف المشتري فيكون الجواب عاماً، بعيد، لعدم تقدم ذكر من البائع، ومرجع الضمائر المستترة في السؤال هو المشتري، وعلى تقدير هذا الاحتمال كان الخيار مختصاً بالبائع، اذ لا عموم للجواب.

مورد خيار الرؤية

[٢] الثاني: المعروف بين الأصحاب: ان مورد هذا الخيار بيع العين الشخصية الغائبة، وانه يشترط في صحته ذكر اوصاف المبيع بما ترتفع به الجهالة الموجبة للغرر. وقد اختلفت تعابيرهم عن هذه الأوصاف، والمراد واحد، ولذا ادعى الاجماع على كل واحد منها.

والظاهر أنّ مرجع الجميع واحد، ولذا ادّعى الاجماع على كلّ واحد منها، ففي موضع من التذكرة يشترط في بيع خيار الرؤية وصف المبيع وصفاً يكفي في السلم عندنا. وعنه في موضع آخر من التذكرة ان شرط صحة بيع الغائبة وصفها بما يرفع الجهالة عند علمائنا اجمع ويجب ذكر اللفظ الدال على الجنس، ثم ذكر أنّه يجب ذكر اللفظ الدال على التميز وذلك بذكر جميع الصفات التي يختلف الاثنان باختلافها ويتطرّق الجهالة بترك بعضها، انتهى.

وفي جامع المقاصد ضابط ذلك، أنّ كلّ وصف يتفاوت الرغبات بشوته وانتفائه ويتفاوت به القيمة تفاوتاً ظاهراً لا يتسامح به يجب ذكره، فلا بدّ من استقصاء اوصاف السلم، انتهى.

وربّما يترأى التناهي بين اعتبار ما يختلف الثمن باختلافه وكفاية ذكر اوصاف السلم من جهة أنّه قد يتسامح في السلم في ذكر بعض الاوصاف لافضائه الى عزّة الوجود او لتعذّر الاستقصاء على التحقيق [١] وهذا المانع مفقود فيما نحن فيه، قال في التذكرة

وتنقيح القول فيه: ان المراد من العين الشخصية ما يقابل الكلي في الذمة: الشامل للكسر المشاع الذي هو جزئيّ بجزئية منشأ انتزاعه، والكلي في المعين المتعين باضافته الى الجزئي الخارجى، لا ما يقابل غير المتعين بتمام انحاء التعين

وعليه فلا يرد عليه ما اورده بعضهم بعدم اختصاص الخيار بذلك وجريانه في الكلي الخارجى وفي الحصة المشاعة لقاعدة الضرر وتخلف الشرط، بل يمكن دعوى فهم المثالية من صحیحة جميل كما ان مراده من الغائبة ليس هي الغيبوبة الخارجیة: لعدم العبرة بها، بل المراد الغيبوبة الذهنية بمعنى عدم المعرفة به، فلا ايراد عليه.

الثالث: في الاشكالات التي اوردت في المقام، وهي اربعة:

[١] احدها: انهم ذكروا في المقام ضابطين للأوصاف اللازم ذكرها، وهما: اعتبار الأوصاف الدخيلة في مالية العوضين، واعتبار ما يعتبر في باب السلم، وهما متنافيان، فانه يكتفي في باب السلم باقل من ذلك،

ولا يعتبر الاستقصاء بذكر كل وصف دخيل في المالية، لأنّه يؤدي الى عزّة الوجود، وهذا المانع مفقود فيما نحن فيه.

في باب السلم لا يشترط وصف كل عضو من الحيوان بأوصافه المقصودة وان تفاوت به الغرض والقيمة لافضائه إلى عزة الوجود، انتهى.

وقال في السلم في الاحجار المتخذة للبناء: أنه يذكر نوعها ولونها ويصف عظمها فيقول: ما يحمل البعير منها اثنين او ثلاثاً او اربعاً على سبيل التقريب دون التحقيق لتعذر التحقيق، ويمكن ان يقال: ان المراد ما يعتبر في السلم في حد ذاته، [١] مع قطع النظر عن العذر الموجب للمساحة في بعض افراد السلم وان كان يمكن ان يورد على مساحتهم هناك ان الاستقصاء في الاوصاف شرط في السلم غير مقيد بحال التمكن، فتعذره يوجب فساد السلم لا الحكم بعدم اشتراطه، كما حكموا بعدم جواز السلم فيما لا يمكن ضبط اوصافه وتام الكلام في محله، ثم ان الاوصاف التي يختلف الثمن من اجلها غير محصورة [٢] خصوصاً في العبيد والاماء فان مراتبهم المالية التي يختلف بها اثمانهم غير محصورة جداً والاعتصار على ما يرفع به معظم الغرر احالة على مجهول، بل يوجب الاكتفاء على ما دون صفات السلم

[١] واجاب عنه المصنف رحمه الله - بعد الايراد على القوم بان تعذر استقصاء الأوصاف في السلم موجب لفساد السلم لا الفتوى بعدم اعتبار ذكر الأوصاف فيه: بانه يمكن ان يكون مرادهم باعتبار ما يعتبر في باب السلم ما يعتبر في ذلك الباب بالطبع لولا عروض المانع، فلا تنافي.

وفيه: ان الايراد على القوم في غير محله، اذ لو حكمنا بفساد السلم في الفرض لزم سد باب السلم لما اشار اليه من عموم هذا العذر، والمعلوم من الشرع خلافه، مع ان حمل ما ذكره في الضابط الثاني على ذلك لا شاهد له.

فالحق في الجواب ان يقال: ان مرادهم بالأوصاف الدخيلة في المالية الأوصاف الدخيلة في المالية بلحاظ الاثار المترتبة من ذلك الشيء عند نوع العقلاء لا الأوصاف الدخيلة في المالية بحسب الغرض الشخصي، وعليه فيرتفع التنافي، اذ ما يتعذر استقصائه في باب السلم ما كان من قبيل الثاني دون الأول.

[٢] ثانيها: ان الأوصاف التي يختلف الثمن من اجلها غير محصورة خصوصاً في

لا انتفاء الغرر عرفاً بذلك، مع أنّا علمنا أنّ الغرر العرفي اخصّ من الشرعي، وكيف كان فالمسألة لا يخلو عن اشكال واشكل من ذلك أنّ الظاهر أنّ الوصف يقوم مقام الرؤية المتحقّقة في بيع العين الحاضرة، وعلى هذا فيجب ان يعتبر في الرؤية ان يحصل بها الاطلاع على جميع الصفات المتبعة في العين الغائبة ممّا يختلف الثمن باختلافه [١] قال في التذكرة: يشترط رؤية ما هو مقصود بالبيع كداخل الثوب، فلو باع ثوباً مطويّاً او عيناً حاضرة لا يشاهد منها ما يختلف الثمن لأجله كان كبيع الغائب يبطل ان لم يوصف وصفاً يرفع الجهالة، انتهى.

وحاصل هذا الكلام اعتبار وقوع المشاهدة على ما يعتبر في صحة السلم وبيع الغائب

ومن المعلوم من السيرة عدم اعتبار الاطلاع بالرؤية على جميع الصفات المتبعة في السلم وبيع العين الغائبة، فإنّه قد لا يحصل الاطلاع بالمشاهدة على سنّ الجارية بل ولا على نوعها ولا غيرها من الامور التي لا يعرفها الا اهل المعرفة بها، فضلاً عن مرتبة كما لها الإنساني المطلوبة في الجوّاري المبذول بإزائها الإموال، ويبعد كلّ البعد التزام ذلك او ما دون ذلك في المشاهدة، بل يلزم من ذلك عدم صحة شراء غير العارف باوصاف المبيع الرّاجعة الى نوعه او صفه او شخصه، بل هو بالنسبة الى الاوصاف التي اعتبروها كالأعمى لا بدّ من مراجعته لبصير عارف، ولا أجد في المسألة أوثق من ان يقال: أنّ المتبر هو الغرر العرفي في العين الحاضرة والغائبة الموصوفة، [٢] فإن دلّ على اعتبار ازيد من ذلك حجة معتبرة اخذ به

العبيد والاماء، والاكتفاء بذكر معظمها حالة على المجهول.

[١] ثالثها: ان لازم كون التوصيف بمنزلة الرؤية لزوم مشاهدة ما يجب التوصيف به، مع انه لا يعتبر بعد مشاهدة العين الاطلاع على الخصوصيات التي يجب ذكرها في العين الغائبة، فما الفرق بين المقامين مع اتحاد الدليل وهو ما دل على النهي عن بيع الغرر.

[٢] واجاب عنها المصنف رحمته الله: بان الميزان رفع الغرر العرفي الذي هو اخص من الشرعي، وهو يرتفع بمشاهدة العين وان لم يطلع على الخصوصيات اللازم ذكرها اذا كانت

وليس فيما ادّعاه العلامة في التذكرة من الاجماع حجة، مع استناده في ذلك الى كونه غرراً عرفاً، حيث قال في أوّل مسألة اشتراط العلم بالعوضين أنّه اجمع علماؤنا على اشتراط العلم بالعوضين ليعرف ما ملك بازاء ما بذل، فينتفي الغرر فلا يصحّ بيع العين الغائبة ما لم يتقدّم رؤية او يوصف وصفاً يرفع الجهالة، انتهى.

ولا ريب أنّ المراد بمعرفة ما ملك معرفته على وجه وسط بين طرفي الاجمال والتّفصيل، ثمّ أنّه يمكن الاستشكال في صحّة هذا العقد بأنّ ذكر الاوصاف لا يخرج البيع عن كونه غرراً، [١] لأنّ الغرر بدون اخذ الصفات من حيث الجهل بصفات المبيع، فإذا اخذت فيه مقيّداً بها صار مشكوك الوجود، لأنّ العبد المتّصف بتلك الصفات مثلاً لا يعلم وجوده في الخارج والغرر فيه اعظم، ويمكن ان يقال أنّ اخذ الاوصاف في معنى الاشتراط لا التقيد [٢] فيبيع العبد مثلاً ملتزماً بكونه كذا وكذا ولا غرر فيه حينئذ عرفاً. وقد صرّح في التّهاية والمسالك في مسألة ما لو رأى المبيع، ثمّ تغيّر عمّا رآه أنّ الرّؤية بمنزلة الاشتراط

العين غائبة.

وفيه: - مضافا الى ان الغرر لا حقيقة شرعية له كي يقال ان الغرر العرفي اخص من الشرعي، وما يترأى من الحكم بالفساد مع عدم الغرر العرفي كسواء المجهول بخيار او بالمتيقن من قيمته فانما هو لدليل آخر فتأمل.

ان الغرر العرفي ايضاً لا يرتفع بذلك في العين الحاضرة.

فالحق في الجواب: ان المعتبر في بيع العين المشاهدة الاطلاع على الخصوصيات الدخيلة في المالية بلحاظ الأثر المترقب من ذلك الشيء عند نوع العقلاء، والابطال البيع، كما ان اللازم ذكر هذه الأوصاف في العين الغائبة.

[١] رابعها: ان توصيف المبيع بالأوصاف المجهول وجودها يوجب الجهل بوجود المبيع، اذ العبد المتّصف بتلك الصفات مثلاً لا يعلم وجوده في الخارج، والغرر فيه اعظم.

[٢] واجاب عنه المصنف رحمته الله: بان التوصيف يرجع الى الاشتراط لا التقيد.

ولازمه كون الوصف القائم مقام الرؤية اشتراطاً.

ويمكن ان يقال ببناء هذا البيع على تصديق البائع او غيره في اخباره باتصاف المبيع بالصفات المذكورة، كما يجوز الاعتماد عليه في الكيل والوزن، ولذا ذكروا أنه يجوز مع جهل المتبايعين بصفة العين الغائبة المباعة بوصف ثالث لها، وكيف كان، فلا غرر عرفاً في بيع العين الغائبة مع اعتبار الصفات الرافعة للجهالة ولا دليل شرعاً ايضاً على المنع من حيث عدم العلم بوجود تلك الصفات، فيتعين الحكم بجوازه مضافاً إلى الاجماع عليه بمن عدا بعض العامة، ثم ان الخيار بين الرد والامساك مجاناً هو المشهور بين الأصحاب، [١] وصريح السرائر تخييره بين الرد والامساك بالارش وأنه لا يجبر على احدهما ويضعف بأنه لا دليل على الارش.

نعم لو كان للوصف المفقود دخل في الصحة توجه اخذ الارش، لكن بخيار العيب لا خيار رؤية المبيع على خلاف ما وصفه، اذ لولا الوصف ثبت خيار العيب ايضاً وسيجيء عدم اشتراط ذكر الأوصاف الرجعة الى وصف الصحة، واضعف من هذا ما ينسب إلى ظاهر المقنعة والنهاية والمراسم من بطلان البيع، اذا وجد على خلاف ما وصف،

وفيه: - مضافا الى التامل في صحة اشتراط غير الفعل وغير النتيجة على ما سياتي في محله ان التوصيف اذا لم يكن رافعا للفرر لم يكن الاشتراط ايضاً رافعاً له، وثبوت الخيار عند تخلف الشرط لا يصلح رافعاً له، والا ارتفع باشتراط الخيار في كل بيع غرري في نفسه، وعليه فاللازم هو الاطمئنان بوجود الوصف او اخبار من يكون خبره حجة شرعية.

الخيار بين الرد والامساك مجاناً

[١] الرابع: ان الخيار بين الرد والامساك مجاناً هو المشهور بين الأصحاب،

وعن السرائر: التخيير بين الرد والامساك بالارش

وعن بعض: تعين اخذ الارش،

وعن المقنعة والنهاية والمراسم: بطلان البيع.

لكنّ الموجود في المقنعة والتهاية ان لم يكن على الوصف كان البيع مردوداً ولا يبعد كون المراد بالمردود القابل للرد لا الباطل فعلاً، وقد عرّ في التهاية عن خيار الغبن بذلك فقال: ولا بأس بأن يبيع الإنسان متاعاً بأكثر مما يسوى اذا كان المبتاع من اهل المعرفة، فإن لم يكن كذلك كان البيع مردوداً وعلى تقدير وجود القول بالبطلان، فلا يخفى ضعفه لعدم الدليل على البطلان بعد انقاده صحيحاً عدماً في جمع البرهان.

وحاصله وقوع العقد على شيء مغاير للموجود، فالمعقود عليه غير موجود والموجود غير معقود، عليه [١] ويضعف بأن محل الكلام في تخلف الأوصاف التي لا يوجب مغايرة الموصوف للموجود عرفاً، بان يقال ان المبيع فاقد للأوصاف المأخوذة فيه، لا أنه مغاير للموجود، [٢] نعم لو كان ظهور الخلاف فيما له دخل في حقيقة المبيع عرفاً، فالظاهر عدم الخلاف في البطلان ولو اخذ في عبارة العقد على وجه الإشتراط كان يقول بعثك ما في البيت على أنه عبد حبشي فبان حميراً حبشياً،

اما الأول فقد مر ما يمكن ان يستدل به له وعرفت تماميته
وقد استدل للثاني:

بان الضرر يرتفع بكل من الرد والامساك بالارش، فمقتضى حديث لا ضرر^(١)
التخيير بينهما.

وفيه: اولاً: ما تقدم من ان حديث لا ضرر لا يصح التمسك به في المقام.
وثانياً: انه لو صح اقتضى تعين اخذ الارش، لأنه مقتضى الجمع بين ادلة اللزوم
والحديث كما لا يخفى.

واستدل للرابع بوجهين:

[١] الأول: وقوع العقد على ما يغاير الموجود، فالمعقود عليه غير موجود،
والموجود غير معقود عليه، ولا يكفي في الجواب ما قيل
[٢] من ان محل الكلام الأوصاف التي لا توجب مغايرة الموصوف للموجود عرفاً،
وذلك فان التملك من الاعتباريات، وهو متعلق على الفرض بالموصوف بما هو موصوف
وهو غير موجود لفقد الوصف.

فالحق في الجواب ان يقال: ان الوصف اذا كان دخيلاً في حقيقة المبيع - بما ان

الآن يقال انّ الموجود وان لم يعد مغايراً للمعقود عليه عرفاً إلاّ انّ اشتراط اتّصافه بالأوصاف في معنى كون القصد إلى بيعه بانياً على ذلك الأوصاف، فإذا فقد ما بني عليه العقد، فالمقصود غير حاصل، فينبغي بطلان البيع، [١] ولذا التزم أكثر المتأخرين بفساد العقد بفساد شرطه، فإنّ قصد الشرط ان كان مؤثراً في المعقود عليه، فالواجب كون تخلفه موجباً لبطلان العقد، وإلّا لم يوجب فساده فساد العقد، بل غاية الأمر ثبوت الخيار.

ومن هنا يظهر انّ دفع ما ذكر في وجه البطلان الذي جعله المحقّق الاردبيلي موافقاً للقاعدة واحتمله العلامة رحمته في النهاية، فيما اذا ظهر ما رآه سابقاً على خلاف ما رواه، بأنّه اشتباه ناشيء عن عدم الفرق بين الوصف المعين للكليات والوصف المعين في الشخصيات، [٢] وبين الوصف الذاتي والعرضي، وانّ اقصى ما هناك كونه من باب تعارض الاشارة والوصف والاشارة اقوى

العين بما هي موجودة لاتكون مورد الاعتبار الملكية والمالية حتى تباع - فلا محالة يكون البيع متعلقاً بالوصف والعنوان، فتخلفه يوجب عدم البيع وان كان غير دخيل فيها، الذي هو محل الكلام، يكون البيع بحسب بناء العرف والمتعاملين متعلقاً بذات الموصوف، والوصف ليس عنواناً للمبيع، بل هو مطلوب آخر في المطلوب البيعي.

[١] الثاني: ان المعقود عليه وان كان هو عين الموجود في الخارج، الا ان العقد على الموجود وقع مبنياً على الوصف.

وبعبارة اخرى: الرضا في المعاملة لم يتعلق الا بالمقيد بالصفة، والفاقد لارضا به، وهذا يوجب البطلان.

[٢] واجاب عنه في الجواهر على ما حكى عنه المصنف رحمته، بما حاصله: ان الوصف المعين للكليات يوجب تضيق دائرة المبيع، من غير فرق بين الوصف الذاتي والعرضي، فيكون الموجود غير معقود عليه، واما الوصف المعين في الشخصيات فان كان ذاتياً فكذلك للمغايرة الذاتية، وان كان عرضياً فالمورد وان كان هو الموصوف الا انه يصدق على الموجود انه مورد للبيع وعلى فرض الاغماض عن ذلك في مورد العين الشخصية اذا كان

بجائزة لا محصل لها. [١] وأما كون الإشارة أقوى من الوصف عند التعارض، فلو جرى فيما نحن فيه لم يكن اعتبار بالوصف، فينبغي لزوم العقد واثبات الخيار من جهة كونه وصفاً لشخص لا مشخصاً لكلّي حتى يتقوّم به وكونه عرضياً لا ذاتياً إعادة للكلام السابق، ويمكن ان يقال انّ المستفاد من النصوص والاجماع في الموارد المتفرقة عدم بطلان البيع بمخالفة الصّفة المقصودة الغير المتقومة للبيع، سواء علم القصد اليها من الخارج ام اشترطت في العقد، كالحكم بمضيّ العقد على الميعب مع عدم القصد الاّ الى الصّحيح و منه المضرة وكالحكم في النّص والفتوى بتبعض الصّفة اذا باع ما يملك وما لم يملك وغير ذلك، [٢] فتأمل. وسيجيء بعض الكلام في مسألة الشرط الفاسد انشاء الله تعالى

الوصف غير دخيل في الحقيقة يكون المورد مع تلف الوصف من قبيل تعارض الوصف والإشارة، والإشارة أقوى.

[١] قوله بجائزة لا محصل لها

بناء على ما ذكرناه في بيان مراد الجواهر يكون ما افاده هو الذي افاده المصنف رحمته الله في الجواب عن الوجه الاول فلا يكون مجازفة نعم لا ربط له بالوجه الثاني.

ويرد على ما افاده رحمته الله اولاً: ان ما ذكر يفيد في مقام بيان اثبات الاتحاد ولا يفيد في الجواب عن اشكال عدم الرضا كما لا يخفى.

ويرد على ما افاده ثانياً: ان اقوائية كل من الإشارة والوصف انما تكون ضابطة صورة اشتباه المراد دون المقام،

مع ان اقوائية الإشارة لو اعتمد عليها في المقام لزم منها صحة البيع ولزومه لا الخيار.

[٢] واجاب المصنف رحمته الله عنه بالاستقراء، وان الشارع المقدس على حسب ما يستفاد من النصوص والاجماع في الموارد المتفرقة حكم بصحة البيع مع الخيار بمخالفة الصّفة المقصودة غير المتقومة للبيع.

وفيه: ان هذا المقدار لا يكفي في الجواب عن الوجه العقلي.

نعم هنا اشكال آخر من جهة تشخيص الوصف الداخلي في الحقيقة عرفاً الموجب ظهور خلافه بطلان البيع والخارج عنها الموجب ظهور خلافه للخيار، فإنّ الظاهر دخول الذكورة والأنوثة في المالك في حقيقة المبيع لا في مثل الغنم، وكذا الرّومي والزنجي حقيقتان عرفاً، وربّما يتغاير الحقيقتان مع كونه فيما نحن فيه من قبيل الاوصاف، كما اذا باعه الدّهن او الجبن او اللّبن على أنّه من الغنم فبان من الجاموس. وكذا لو باعه خلّ الزّبيب فبان من التمر، ويمكن احوالة اتحاد الجنس ومغايرته على العرف [١] وان خالف ضابطة التّغاير المذكورة في باب الرّباء، فتأمّل.

مسألة: الأكثر على أنّ الخيار عند الرّؤية فوري، [٢] بل نسب الى ظاهر الاصحاب بل ظاهر التّذكرة عدم الخلاف بين المسلمين الاّ من احمد، حيث جعله ممتدّاً بامتداد المجلس الذي وقعت فيه الرّؤية واحتمل في نهاية الأحكام ولم اجد لهم دليلاً صالحاً على ذلك الاّ وجوب الاقتصار في مخالفة لزوم العقد على المتيقّن، ويبقى على القائلين بالتّراخي في مثل خيار الغبن والعيب سؤال الفرق بين المقامين،

فالحق في الجواب ان يقال: ان الظاهر من عبارات المشترطين للأوصاف غير الدخيلة في حقيقة الشيء اخذها في المعاملة بنحو تعدد المطلوب، وان اتصافه بها مطلوب آخر في مطلوب نظير اشتراط عمل خارجي كخياطة الثوب.

[١] قوله ويمكن احوالة اتحاد الجنس ومغايرته على العرف

بل هذا هو المتعين لا من جهة تشخيص مفهوم الوصف الداخلي والخارجي حتى يقال انه لم ينط الحكم في لسان الدليل بها - بل من جهة ان ما يكون من قبيل الوصف الخارجي بنظر العرف بحسب ظهور الكلام ماخوذ بنحو تعدد المطلوب دون ما كان من قبيل الوصف الداخلي فتدبر.

خيار الرؤية فوري

[٢] الخامس: الأكثر على ان الخيار عند الرّؤية فوري.

وقد تقدم في مبحث خيار الغبن تنقيح القول، فيما تقتضيه القواعد من العمومات

مع أنّ صحيحة جميل المتقدّمة في صدر المسألة مطلقة يمكن التمسك بعدم بيان مدّة الخيار فيها على عدم الفوريّة وإن كان خلاف التحقيق كما نبّهنا عليه في بعض الخيارات المستندة الى النصّ.

وقد يتّسابقاً ضعف التمسك بالاستصحاب في اثبات التراخي وإن استندوا إليه في بعض الخيارات السّابقة.

مسألة: يسقط هذا الخيار بترك المبادرة عرفاً [١] على الوجه المتقدّم في خيار الغبن وبإسقاطه بعد الرّؤية [٢]

والاستصحاب وغيرهما وإن كل خيار ثبت ولم يكن لدليله إطلاق مقتضى القواعد انه فوري فراجع.

نعم لو كان مدرك هذا الخيار النص الخاص كان مقتضى إطلاقه كونه على التراخي، ولكن قد عرفت انه لا يكون مدركاً له، فالحق انه على الفور.

مسقطات خيار الرؤية

السادس: - قالو - انه يسقط هذا الخيار بامور:

[١] احدها: ترك المبادرة الى الفسخ، وقد مر الكلام فيه وعرفت انه صحيح لأن هذا الخيار على الفور.

[٢] ثانيها: اسقاطه بعد الرؤية.

اسقاط الخيار ان كان بعد الرؤية التي لاشك في تحقق الخيار عندها، كأنه من المسلمات عندهم نفوذه،

وهو محل تأمل لو كان مدرك هذا الخيار حديث لا ضرر كما تقدم في مبحث خيار الغبن.

نعم لو كان المدرك النص او الشرط الضمني تم ذلك: فان الخيار حينئذ من الحقوق، ولكل ذي حق اسقاط حقه.

وبالتصرف بعدها [١] ولو تصرف قبلها. ففي سقوط الخيار وجوه ثالثها ابتناء ذلك على جواز اسقاط الخيار قولاً قبل الرؤية بناءً على أنّ التصرف اسقاط فعلي، [٢] وفي جواز اسقاطه قبل الرؤية وجهان مبنيان على أنّ الرؤية سبب او كاشف، [٣] قال في التذكرة لو اختار امضاء العقد قبل الرؤية لم يلزم لتعلق الخيار بالرؤية، انتهى.

وحكي ذلك من غيرها ايضاً، وظاهره أنّ الخيار يحدث بالرؤية لا انه يظهر بها ولو جعلت الرؤية شرطاً لا سبباً امكن جواز الاسقاط بمجرد تحقق المسبب وهو العقد ولا يخلو عن قوة

[١] ثالثها: التصرف بعد الرؤية.

وقد تقدم الكلام ايضاً في مسقطية التصرف، وعرفت ان دليله الخاص غير عام لجميع الخيارات، وان فيما لانص فيه كالمقام لو كان التصرف كاشفاً عن الاسقاط ودالا عليه سقط به الخيار والا فلا.

هذا في التصرف بعد الرؤية

[٢] واما التصرف قبلها ففيه وجوه:

احدها مسقطيته على القول بمسقطية الاسقاط قولاً قبل الرؤية، وعدمها على القول بالعدم.

ثانيها: مسقطيته مطلقاً، واستدل لهذا الوجه: بان مسقطية التصرف انما تكون من جهة انه رضا متجدد بالبيع كما هو ظاهر التعليل بقوله عليه السلام فذلك رضا منه ويكون سقوط الحق لعدم الملاك لا لرفعه بعد ثبوته، وعليه فلا مانع من مسقطيته قبل ثبوت الخيار.

وفيه: ما تقدم في مبحث خيار الغبن من انه لا يكون مسقطاً لهذه الجهة. فراجع.

ثالثها: عدم مسقطيته مطلقاً، واستدل له: بانه لا يكون التصرف كاشفاً عن الرضا بالعقد ان كان قبل الرؤية كما في التصرف قبل العلم بالغبن.

[٣] واما الاسقاط قبل الرؤية فان قلنا بان الرؤية كاشفة عن حدوث الخيار من

حين العقد - كما هو مقتضى حديث لا ضرر^(١) لأن الضرر انما يتوجه من حين العقد

ولو شرط سقوط هذا الخيار، ففي فساد وفساده للعقد كما عن العلامة وجماعة او عدمها كما عن التّهاية وبعض او الفساد دون الافساد وجوه، بل اقوال [١] من كونه موجبا لكون العقد غرراً، [٢] كما في جامع المقاصد من أنّ الوصف قام مقام الرّؤية، فإذا شرط عدم الاعتداد به كان المبيع غير مرئي ولا موصوف، ومن أنّ دفع الغرر عن هذا البيع ليس بالخيار حتّى يثبت بارتفاعه،

وتخلف الشرط فانه من حين العقد - والنص الخاص - لاحظ ظاهر قوله عليه السلام في صحيح جميل: كان له في ذلك خيار الرؤية^(١) - فلا اشكال ايضاً وان قلنا بانها سبب او شرط ففيه اشكال، وقد تقدم الكلام فيه مفصلاً في مبحث خيار الغبن.

وبه يظهر ان الاسقاط منجزا غير معقول، ومعلقا على حدوثه لامانع منه لولا الاجماع، وانه لا فرق بين كونها سببا او شرطاً. فراجع.

اشتراط سقوطه

[١] رابعها: اشتراط سقوطه في ضمن العقد، ذكره الشيخ في النهاية وبعض اخر. وفيه قولان اخران:

- الأول -: ما عن العلامة وجماعة، وهو: فساد الشرط وفساده للعقد.
- الثاني -: ما عن جماعة، وهو: الفساد دون الافساد.
وقد استدلل للثاني بوجهين:

[٢] الأول: انه موجب لكون البيع غررياً، وللقوم في بيان ذلك تقرّيات، احدها: ما عن المحقق الثاني، وحاصله: ان بيع مجهول الوصف انما ترتفع غرريته من جهة تعهد الوصف باعتبار انه موجب لكون امر العقد بيده عند تخلف الشرط، فلا يذهب ماله هدرأً، فلا غرر، واذا شرط سقوط الخيار لم يرتفع الغرر لخروج زمام امر العقد من يده فيعود الغرر والخطر.

وفيه: ان الخيار حكم شرعي لا يرفع الغرر، ولو كان مؤثراً في رفع الغرر جاز بيع

فإنّ الخيار حكم شرعيّ لو أثر في دفع الغرر جاز بيع كلّ مجهول مترلزلاً والعلم بالمبيع لا يرتفع بالتزام عدم الفسخ عند تبين المخالفة فإنّ الغرر هو الاقدام على شراء العين الغائبة على أيّ صفة كانت، ولو كان الالتزام المذكور مؤدياً الى الغرر لكان اشتراط البراءة من العيوب ايضاً مؤدياً اليه، لأنّه بمنزلة بيع الشيء صحيحاً او معيباً بأيّ عيب كان، ولا شكّ أنّه غرر وإنّما جاز بيع الشيء غير مشروط بالصّحة اعتماداً على اصاله الصّحة لا من جهة عدم اشتراط ملاحظة الصّحة والعيب في المبيع، لأنّ تخالف افراد الصّحيح والمعيب افحش من تخالف افراد الصّحيح واقتصارهم في بيان الأوصاف المعتبرة في بيع العين الغائبة على ما عدا الصّفات الرّاجعة الى العيب إنّما هو للاستغناء عن تلك الأوصاف باصاله الصّحة لا لجواز اهمالها عند البيع، فحينئذٍ إذا شرط البراءة من العيوب، كان راجعاً الى عدم الاعتداد بوجود تلك الأوصاف وعدمها، فيلزم الغرر خصوصاً على ما حكاه في الدّروس عن ظاهر الشّيخ واتباعه من جواز اشتراط البراءة من العيوب فيما لا قيمة لمكسوره كالبيض والمجوز الفاسدين، كذلك حيث انّ مرجعه على ما ذكره هنا في اشتراط سقوط خيار الرّؤية الى اشتراط، عدم الاعتداد بمالية المبيع ولذا اعترض عليهم الشهيد واتباعه بفساد البيع مع هذا الشرط لكن مقتضى اعتراضهم فساد اشتراط البراءة من سائر العيوب ولو كان للمعيب قيمة لأنّ مرجعه الى عدم الاعتداد بكون المبيع صحيحاً ومعيباً بأيّ وصف كان، ثمّ أنّه قد ثبت فساد هذا الشرط لا من جهة لزوم الغرر في البيع حتّى يلزم فساد البيع ولو على القول بعدم استلزام فساد الشرط لفساد العقد بل من انه اسقاط لما لم يتحقق بناءً على ما عرفت من ان الخيار إنّما يتحقّق بالرّؤية، فلا يجوز إسقاطه قبلها فاشتراط الإسقاط لغو وفساده من هذه الجهة لا يؤثّر في فساد العقد، فيتعيّن المصير الى ثالث الأقوال المتقدّمة، لكنّ الانصاف ضعف وجه هذا القول

وأقوى الاقوال أولها، لأنّ رفع الغرر عن هذه المعاملة وإن لم يكن لثبوت الخيار لأنّ الخيار حكم شرعيّ لا دخل له في الغرر العرفيّ المتحقّق في البيع، إلّا أنّه لأجل سبب الخيار [١] وهو اشتراط تلك الأوصاف المنحلّ الى ارتباط الالتزام العقدي بوجود هذه الصفات، لأنّها أمّا شروط للبيع وأمّا قيود للمبيع كما تقدّم سابقاً، واشتراط سقوط الخيار راجع الى الالتزام بالعقد على تقدير وجود تلك الصفات وعدمها، [٢] والتّنافي بين الأمرين واضح، وأمّا قياس هذا الاشتراط باشتراط البرائة فيدفعه الفرق بينها بأن نفى العيوب ليس ماخوذاً في البيع على وجه الاشتراط أو التّقييد وإنّما اعتمد المشتري فيها على أصالة الصّحة لا على تعهّد البائع لانتهائها حتّى ينافي ذلك اشتراط براءة البائع عن عهدة انتهائها

كل مجهول مع شرط الخيار.

ثانيها: ما عن المصنف رحمته الله، وحاصل ما افاده يرجع الى امرين، بل لعل ظاهر صدر كلامه الأول، وظاهر ذيله الثاني:

[١] الأول: ان ارتفاع الغرر عن هذه المعاملة وإن لم يكن لثبوت الخيار الا انه من جهة سبب الخيار وهو اشتراط تلك الأوصاف الذي مرجعه الى ارتباط العقد بنفسه او بمتعلقه بنفس وجود الوصف، لأنّها اما شروط للبيع او قيود للمبيع، واشتراط سقوط الخيار الذي مرجعه الى الالتزام بالعقد على تقدير وجود تلك الصفات وعدمها ينافي ذلك، فما هو الموجب لرفع الغرر ينافيه هذا الاشتراط.

[٢] الثاني: ان اشتراط سقوط الخيار مرجعه الى الالتزام بالبيع مع عدم الوصف، وهذا ينافي الالتزام بالبيع المرتبط بالالتزام بالوصف،

والفرق بين الوجهين ان مرجع الأول الى ان لازم الشرط قيدية نفس الوصف وعدم قيديته، ومرجع الثاني الى الالتزام بالوصف وعدم الالتزام به.

وفيه: اولاً: ما تقدم من ان الموجب لرفع الغرر ليس هو الالتزام بالوصف بل الاطمئنان بوجوده او اخبار من يكون خبره حجة به، وفي غير ذلك لا يرتفع الغرر.

بخلاف الصفات فيما نحن فيه، فإنّ البائع يتعهد لوجودها في المبيع، والمشتري يعتمد على هذا التّعهد، فاشتراط البائع على المشتري عدم تعهده لها، والتزام العقد عليه بدونها ظاهر المنافاة لذلك.

نعم لو شاهده المشتري واشتراه معتمداً على اصالة بقاء تلك الصفات، فاشتراط البائع لزوم العقد عليه و عدم الفسخ لو ظهرت المخالفة كان نظير اشتراط البراءة من العيوب، كما أنّه لو اخبر بكيله او وزنه فصّدقه المشتري، فاشتراط عدم الخيار، ولو ظهر النقص، كان مثل ما نحن فيه، كما يظهر من التّحرير في بعض فروع الأخبار بالكيل والضّابط في ذلك ان كلّ وصف تعهده البائع. وكان رفع الغرر بذلك، لم يجز اشتراط سقوط خيار فقده، وكلّ وصف اعتمد المشتري في رفع الغرر على امارة اخرى جاز اشتراط سقوط خيار فقده، كالاصل او غلبة مساواة باطن الصّبرة لظاهرها او نحو ذلك.

ومّا ذكرنا ظهر وجه فرق الشّهيد وغيره في المنع والجواز بين اشتراط البراءة من الصفات المأخوذة في بيع العين الغائبة وبين اشتراط البراءة من العيوب في العين المشكوك في صحّته وفساده، وظهر ايضاً أنّه لو تيقّن المشتري بوجود الصفات المذكورة في العقد في المبيع، فالظاهر جواز اشتراط عدم الخيار على تقدير فقدها، لأنّ رفع الغرر ليس بالتزام تلك الصفات بل لعلمه بها

وثانياً: انه لو سلم كون الراجع الالتزام بالوصف، الا ان اشتراط سقوط الخيار ليس مرجعه الى الالتزام بعدم الوصف، ولا عدم الالتزام بالوصف كي ينفيه، فان الخيار ليس اثرأ لاينفك للالتزام بالصفات حتى يكون شرط سقوطه في قوة عدم الالتزام بالوصف، بل هو حكم شرعي ثبت في مورد الالتزام بالوصف قابل لأن يسقط بالشرط مع بقاء الالتزام.

وبهذا البيان يندفع ما استفاد بعض مشايخنا من كلام المحقق الخراساني رحمته الله في وجه ذلك الذي هو التقريب الثالث، وهو:

ان الخيار لازم اشتراط الوصف وابطال اللازم، ورفع اليد عنه ابطال للملزم
لفرض الملازمة، واذا ارتفع الملزم عاد الغرر لما عرفت من انه ليس لازماً لاينفك

وكذا لو اطمئن بوجودها ولم يتيقن والضابط كون اندفاع الغرر باشتراط الصفات وتعهدها من البائع وعدمه، هذا مع امكان التزام فساد اشتراط عدم الخيار على تقدير فقد الصفات المعتبر علمها في البيع خرج اشتراط التبري من العيوب بالنص والاجماع، لأن قاعدة نفي الغرر قابلة للتخصيص كما اشرنا اليه سابقاً وظهر ايضاً ضعف ما يقال [١] من أن الأقوى في محل الكلام الصحة لصدق تعلق البيع بمعلوم غير مجهول ولو أن الغرر ثابت في البيع نفسه لم يجد في الصحة ثبوت الخيار وإلّا لصح ما فيه الغرر من البيع مع اشتراط الخيار وهو معلوم العدم واقدامه على الرضاء بالبيع المشتراط فيه السقوط مع عدم الاطمئنان بالوصف ادخال الغرر عليه من قبل نفسه، انتهى.

توضيح الضعف أن المجدي في الصحة ما هو سبب الخيار، وهو التزام البائع وجود الوصف لانفس الخيار وأما كون الاقدام من قبل نفسه فلا يوجب الرخصة في البيع الغرري والمسألة موضع اشكال.

الوجه الثاني: انه اسقاط لما لم يتحقق، فاشتراط السقوط لغو وفاسد، والشرط الفاسد مفسد للعقد.

وفيه: اولاً: ما تقدم من ان خيار الرؤية يثبت من حين العقد، فاشتراط سقوطه ليس اسقاطاً لما لم يتحقق.

وثانياً: ما تقدم في مبحث خيار الغبن من ان اسقاط ما لم يتحقق على تقدير تحققه لا محذور فيه.

وثالثاً: ان الشرط الفاسد لا يفسد كما سيأتي تحقيقه.

وبما ذكرناه ظهر مدرك القول الثالث وضعفه،

فالأظهر هو القول الأول.

[١] قوله وظهر ايضاً ضعف ما يقال من ان الاقوى في محل الكلام الصحة

القائل هو صاحب الجواهر رحمته الله وحاصل ما افاده في رد من استدل على التنافي

بانه مع عدم الاطمئنان يكون لثبوت الخيار دخل في رفع الغرر

ان ثبوت الخيار اجنبى عنه بل الموجب لارتفاعه التوصيف الذى يصدق معه تعلق

البيع بمعلوم غير مجهول ولوان الغرر ثابت في البيع نفسه لم يكن ثبوت الخيار رافعاً له والا

لصح بيع الغرر بشرط الخيار الخ

واما ما افاده المصنف رحمته الله في وجه ضعفه فقد تقدم الكلام فيه مفصلاً.

مسألة: لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت ولا بابدال العين، لأنّ العقد إنّما وقع على الشّخصي فتملك غيره يحتاج الى معاوضة جديدة، [١] ولو شرط في متن العقد الابدال لو ظهر على خلاف الوصف. ففي الدّروس أنّ الاقرب الفساد، ولعلّه لأنّ البذل المستحقّ عليه بمقتضى الشرط ان كان بإزاء الثمن فرجعه الى معاوضة جديدة على تقدير ظهور المخالفة، بأن ينفسخ البيع بنفسه عند المخالفة، وينعقد بيع آخر، فيحصل بالشرط انفساخ عقد وانقضاء عقد آخر، كلّ منهما معلق على المخالفة. ومن المعلوم عدم نهوض الشرط لاثبات ذلك، وان كان بإزاء المبيع الذي ظهر على خلاف الوصف، فرجعه ايضاً الى انعقاد معاوضة تعلقيّة غرريّة، لأنّ المفروض جهالة المبدل وعلى ايّ تقدير، فالظاهر عدم مشروعيّة الشرط المذكور، فيفسد ويفسد العقد، [٢]

حكم بذل التفاوت وابدال العين

السابع: في سقوط هذا الخيار ببذل التفاوت وابدال العين، وجهان:
[١] قد استدل المصنف لعدم السقوط بان تملك غير العين الشخصية الواقع عليها البيع يحتاج الى معاملة جديدة.
ولكن هذا الوجه لا يكفي لاثبات المدعى، اذ تملك ما به التفاوت ببذل صاحبه امر، وعدم سقوط الخيار بعد الملكية امر آخر، ومورد الكلام هو الثاني، والدليل دليل للأول.
فالاولى الاستدلال له بان اطلاق النص يقتضي ذلك، وبذل التفاوت او ابدال العين لا يوجب عدم ضرورية الزوم من حيث الغرض المعاملي ولو بقاء كي لا تكون المعاملة بقاء مشمولة لحديث لا ضرر، وايضاً لا يؤثر في رفع ما اوجبه تخلف الشرط من الخيار عند تخلف الوصف هذا مع عدم الشرط
واما لو شرط في متن العقد احدهما لو ظهر على خلاف الوصف، فعن الدروس وفي المكاسب.

[٢] فساد الشرط وفساده للعقد في الأول، وفي الجواهر: الحكم بالفساد في الثاني
فالكلام يقع في موردين

الأول -: في صحة هذا الشرط وفساده.
 - الثاني -: في سقوط الخيار به وعدمه.
 اما المورد الأول: فغاية ما استدلل به للفساد في مقابل عموم ما دل على صحة الشرط ونفوذه^(١) وجوه:

احدها: ان مقدار التفاوت مجهول، فشرط بذله شرط امر مجهول، وهو غرري باطل.

وفيه: انه لو سلم بطلان الشرط الغرري ان محل الكلام صحة شرط البذل وعدمها، فلا بد وان يفرض الصحة من سائر الجهات بان يفرض العلم بمقدار ما به تفاوت الواجد والفاقد.

ثانيا: انه من قبيل التعليق في الشرط، وهو يبطل العقد والايقاع.
 وفيه: ان التعليق لادليل على مبطليته سوى الاجماع غير الشامل للشرط.
 ثالثا: ان شرط النتيجة غير نافذ.

وفيه: اولاً: ان محل الكلام اعم من ذلك ومن شرط الفعل.
 وثانيا: ان شرط النتيجة صحيح في غير ماله سبب خاص كالطلاق.
 فالأظهر صحة هذا الشرط ونفوذه.

واما المورد الثاني: فان كان مدرك هذا الخيار حديث لا ضرر او الشرط سقط الخيار، وذلك لأنه مع هذا الشرط وبذل التفاوت لا ضرر من حيث المالية، وهو واضح. ولا من حيث الغرض المعاملي، فان المعاملة مع هذا الشرط كاشف عن سعة دائرة الغرض المعاملي،

وان كان المدرك هو النص لم يسقط لاطلاق النص،

اللهم الا ان يدعي انصرافه عن مثل الفرض، والله العالم.
 واما شرط الابدال فظاهر صدر عبارة المصنف شرط الفعل، وظاهر ذيلها شرط
 النتيجة،

فالكلام فيه يقع في موضعين.

الأول: في شرط النتيجة،

وهو قد يكون بجعل الواجد بدلا عن الفاقد في قبال الثمن، وحيث انه لا يعقل وقوع
 مال الشخص بدلا عن ماله، فلا محالة يرجع هذا الشرط الى شرط انفساخ المعاملة
 وانعقادها بين الواجد والثمن،

وقد يكون بجعل الواجد بدلا عن الفاقد بوقوع احدهما في قبال الاخر.

اما الأول: فقد استدل لفساد الشرط بوجوه:

احدها: انه من قبيل شرط النتيجة، وقد تقدم ما فيه.

ثانيها: ان كلا من انفساخ المعاملة وانعقادها يتوقف على سبب خاص، فشرط
 وقوعهما قهرا شرط مخالف للمشروع:

وفيه: ان مقتضى عموم مادل على وجوب الوفاء بالعقد،^(١) ونفوذ كل تجارة عن
 تراض،^(٢) صحة هذا الشرط، بل ولزومه،

مضافا الى دليل نفوذ الشرط ولزومه.^(٣)

ثالثها: ان الشرط مبادلة تعليلية، والتعليق يفسد المعاملة.

وفيه: ما تقدم من عدم مفسدية التعليق للشرط.

رابعها: انه مبادلة غررية، وهي باطلة.

وفيه: ان الفرر لو كان فهو من جهة الجهل بالوجود، وهو مندفع بان المعاوضة

(٢) النساء آية ٣٠.

(١) المائدة آية ٢.

(٣) الوسائل - باب ٦ - من ابواب الخيار.

حيث لا تنعقد الا عند ظهور التخلف، فهو عالم بانه اما تنعقد معاوضة او لا تنعقد، فلا غرر،
فالأظهر صحة هذا الشرط.

فان قيل: ان هذا الشرط وان صح الا انه بمجرد انحلال البيع ينحل الشرط، اذ
الشرط ما لم يكن في ضمن العقد لايجب الوفاء به، فلا سبب للمعاوضة الجديدة.

اجبنا عنه: بان الشرط انعقاده يتوقف على كونه في ضمن العقد، واما انحلاله بسبب
انحلال العقد فلا دليل عليه الا فيما اذا كان الشرط من قبيل الضميمة لأحد العوضين، وفي
المقام لا يتعلل ذلك، بل هو انما يكون للتحفظ على الغرض الواسع من المعاملة كما لا يخفى،
واما سقوط الخيار به فهو لا اشكال فيه لانتفاء موضوع الخيار بانفساخ المعاملة.

واما الثاني: اي جعل الواجد بدلا عن الفاقد، فمحذوره التعليق في الشرط الذي
نتيجته نتيجة البيع والجهالة والغرورية في المبدل، لأنه لا يعلم انه واجد للوصف ام فاقد،
وتعلقه بالنتيجة، وقد تقدم ان التعليق في الشرط لا دليل على مبطليته،

والغرر من حيث الجهل بالوجود يندفع بانه حين المعاوضة - وهو ظهور التخلف -
قاطع بكونه واجداً أو فاقداً، ومن حيث الجهل بالوصف يرتفع بتوصيفه بكونه غير واجد،
واما سقوط الخيار به فالكلام فيه ما تقدم في شرط بذل التفاوت.

الموضع الثاني: في شرط الفعل، وهو ايضاً قد يكون بمجعل الواجد بدلا عن الفاقد،
وقد يكون بمجعله بدلا عن الثمن الذي مرجعه الى شرط حل العقد الأول ثم تبديل الواجد
بالثمن،

اما المورد الأول: فانع مشروعية هذا الشرط ليس الاجهالة المبدل والتعليق في
الشرط، وقد تقدم ما فيها، واما سقوط الخيار به فهو ايضاً ظهر مما ذكرناه من ان هذا
الشرط يوسع دائرة الغرض المعاملي فلا ضرر.

واما المورد الثاني: فانع صحة الشرط بعض ما تقدم وعرفت ما فيه، ويجري فيه

وبذلك ظهر ضعف ما في الحقائق من الاعتراض على الشهيد^(١) حيث قال بعد نقل عبارة الدروس وحكمه بالفساد ما لفظه ظاهر كلامه ان الحكم بالفساد اعم من ان يظهر على الوصف او لا وفيه انه لا موجب للفساد مع ظهوره على الوصف المشروط ومجرد شرط البائع الابدال مع عدم الظهور على الوصف لا يصلح سبباً للفساد لعموم الاخبار المتقدمة.

نعم لو ظهر مخالفاً، فإنه يكون فاسداً من حيث المخالفة، ولا يجبره هذا الشرط لا طلاق الاخبار والاظهر رجوع الحكم بالفساد في العبارة الى الشرط المذكور حيث لا تأثير له مع الظهور وعدمه.

ما ذكر من انه بانحلال العقد ينحل الشرط. وجوابه ما تقدم،

واما في مسقطيته للخيار فحال هذا المورد حال المورد المتقدم، والله العالم.

[١] قال المصنف^(٢): وبذلك ظهر ضعف ما في الحقائق من الاعتراض على الشهيد محصل ما افاده صاحب الحقائق^(٣) بعد حمل الحكم بالفساد من الشهيد على فساد البيع: انه على اطلاقه ممنوع، بل يتم في صورة ظهور الخلاف، ووجه بطلانه حينئذ ان الموجود غير المبيع.

ودعوى ان هذا الشرط يجبر المخالفة، اذ معه كأنه يكون المبيع هو الواجد فلا مخالفة مندفة بانه شرط فاسد لا طلاق اخبار^(٤) الخيار، فلا يكون جابراً، واما مع عدم ظهور الخلاف. فمقتضى عموم اخبار الخيار عند ظهور الخلاف واخبار^(٥) البطلان القاضيتين بالصحة مع عدم ظهور الخلاف هو الحكم بالصحة،

ثم وجه كلام الشهيد^(٦): بان مراده الحكم بفساد الشرط ووجه فساده بانه لا تأثير له مع الظهور وعدمه، اذ مع الظهور على الوصف لا تخلف كي يجب الابدال ومع عدمه والمخالفة يكون الشرط مخالفاً للسنة، وهي اخبار الخيار فلا اثر له على التقديرين. وقد ظهر مما حققناه وجوه الضعف في كلامه، فلا حاجة الى الاعداء.

وبالجملة فإنّي لا اعرف للحكم بفساد العقد في الصّورة المذكورة على الاطلاق وجهاً يحمل عليه، انتهى.

مسألة: الظاهر ثبوت خيار الرّؤية في كلّ عقد واقع على عين شخصيّة موصوفة كالصلح والاجارة [١] لأنّه لو لم يحكم بالخيار مع تبين المخالفة، فيما ان يحكم ببطلان العقد لما تقدّم عن الاردبيلي في بطلان بيع العين الغائبة.

وامّا ان يحكم بلزومه من دون خيار، [٢] والاول مخالف لطريقة الفقهاء في تخلف الأوصاف المشروطة في المعقود عليه. والثاني فاسد من جهة أنّ دليل اللزوم هو وجوب الوفاء بالعقد وحرمة النقص.

ومعلوم أنّ عدم الالتزام بترتيب آثار العقد على العين الفاقدة للصفات المشترطة فيها ليس نقضاً للعقد، بل قد تقدّم عن بعض أنّ ترتيب آثار العقد عليها ليس وفاء وعملاً بالعقد حتى يجوز،

ثبوت خيار الرّؤية في كل عقد

[١] الثامن: هل يثبت خيار الرّؤية في العقود الاخر، ام يختص بالبيع؟ وجهان. الظاهر أنّ مدرك خيار الرّؤية ان كان حديث لا ضرر ثبت ذلك في كل عقد، لأن نسبة الحديث الى جميع المعاملات على حد سواء،

وان كان مدركه تخلف الشرط فكذلك كما هو واضح،
واما ان كان مدركه النص الخاص فورده خصوص البيع، فان امكن دعوى القطع بعدم خصوصية لموردها يتعدى الى سائر المعاملات، والا فلا
كما انه كذلك لو كان المدرك الاستقراء وتتبع الموارد الخاصة.

[٢] واما ما افاده المصنف رحمته الله من المنفصلة ذات الاطراف الثلاثة وهي: ان العقد لو تخلف الوصف اما ان يكون باطلا، او صحيحا لازما، او صحيحا جائزا، والاول باطل لانه خلاف طريقة الأصحاب في تخلف الأوصاف، والثاني باطل لأن دليل لزوم الوفاء بالعقد وهو ﴿او فوا بالعقود﴾ لا يشمل، فان عدم الالتزام بترتيب آثار العقد على العين الفاقدة للوصف المشترك فيه لا يكون نقضا للعقد، فيتعين الثالث.

بل هو تصرف لم يدل عليه العقد فيبطل.

والحاصل ان الامر في ذلك دائر بين فساد العقد وثبوته مع الخيار والاول مناف لطريقة الاصحاب في غير باب فتعين الثاني.

مسألة: لو اختلفا فقال البائع لم يختلف صفقة، [١] وقال المشتري قد اختلف. ففي التذكرة قدم قول المشتري لأصالة براءة ذمته من الثمن [٢] فلا يلزمه ما لم يقربه او يثبت بالبيئة، ورده في المختلف في نظير المسألة بأن اقراره بالشراء اقرار بالاشتغال بالثمن، ويمكن ان يكون مراده براءة الذمة عدم وجوب تسليمه [٣] الى البائع، بناء على ما ذكره في احكام الخيار من التذكرة من عدم وجوب تسليم الثمن ولا الثمن في مدة الخيار، وان تسلم الاخر

فيرد عليه ان دليل اللزوم لا ينحصر بما دل على وجوب الوفاء بالعقد، وفي غيره كفاية، مع ان اللزوم مقتضى الاستصحاب على ما تقدم.

واضف الى ذلك كله: ان الوصف ان كان قيذا مقوما للمعقود عليه لزم من تخلفه بطلان العقد، والا فان قلنا بان الالتزام بالشرط في قوة جعل الخيار عند تخلفه ثبت الخيار، والا فحيث ان الشرط التزام آخر في ضمن الالتزام المعاملي، فعدم امكان العمل بالالتزام الشرطي لا يقتضي جواز نقض الالتزام الأول.

اختلاف المتبايعين

[١] التاسع: لو اختلفا فقال البائع: لم يختلف صفقة وقال المشتري: قد اختلفت، فعن التذكرة: قدم قول المشتري.

وقد استدلت لتقديم قول المشتري بوجوه:

[٢] الأول: ما عن العلامة رحمته الله من ان الأصل براءة ذمته من الثمن ومراده ما وجهه

المصنف رحمته الله

[٣] بان المراد عدم وجوب دفعه الى البائع، اذ اشتغال الذمة باصله ثابت لفرض

صحة المعاملة، مع ان الثمن لم يفرض كليا، وعليه فلا يرد عليه ما افاده في محكي المختلف في نظير المسألة من ان اقراره بالشراء اقرار منه بالاشتغال بالثمن.

وكيف كان فيمكن ان يחדش بأن المشتري قد اقرّ باشتغال ذمته بالتّمن سواء اختلف صفة المبيع ام لم يختلف، غاية الأمر سلطنته على الفسخ لو ثبت أنّ البائع التزم على نفسه اتّصاف المبيع بأوصاف مفقودة، [١] كما لو اختلفا في اشتراط كون العبد كاتبا، وحيث لم يثبت ذلك، فالأصل عدمه، فيبقى الاشتغال لازماً غير قابل للإزالة بفسخ العقد، هذا، ويمكن دفع ذلك بأنّ اخذ الصّفات في المبيع وان كان في معنى الاشتراط، الاّ أنّه بعنوان التّقييد. فرجع الاختلاف الى الشّك في تعلّق البيع بالعين الملحوظ فيها صفات مفقودة، او تعلّقه بعين لو حظ فيها الصّفات الموجودة او ما يعمّها واللّزوم من احكام البيع [٢] المتعلّق بالعين على الوجه الثّاني، والاصل عدمه ومنه يظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين الاختلاف في اشتراط كتابة العبد. وقد تقدّم توضيح ذلك وبيان ما قيل أو يمكن ان يقال في هذا المجال في مسألة ما إذا اختلفا في تغيير ما شاهدها قبل البيع.

[١] واورد عليه المصنف عليه السلام بما حاصله: ان هذا الأصل محكوم باصالة عدم التزام البائع على نفسه باتصاف المبيع بوصف مفقود، فان الشك في وجوب التسليم مسبب عن الشك في الخيار، وهو مسبب عن الشك في التزام البائع بالوصف المفقود، فاذا جرى الأصل الحاكم كان قول البائع موافقا للأصل.

والجواب عنه - مضافا الى ذلك - ان كون حكم الخيار عدم وجوب التسليم محل نظر ومنع، بل هو واجب مادام لم يفسخ العقد.

[٢] الثّاني: ما افاده المصنف عليه السلام وهو: ان اللزوم من احكام البيع المتعلّق بالعين الملحوظ فيها الوصف الموجود او ما يعمه، والأصل عدمه، ولا تجرى اصالة عدم التزام البائع بالوصف المفقود التي ذكرها في رد العلامة من جهة ان اخذ الوصف في المبيع في قوة التقييد، وليس التزاما مستقلا، فيكون الالتزام واحدا، وامره دائرا بين تعلّقه بالموصوف او الموجود، وحيث ان اللزوم من احكام تعلّق البيع بالموجود، فتجري اصالة عدمه، ولا تعارضها اصالة عدم تعلّقه بالموصوف بالوصف المفقود لعدم ترتب الأثر عليها الا اذا ثبت بها وروده على الموجود.

مسألة: لو نسج بعض الثوب فاشتراه على ان ينسج الباقي كالأول بطل، [١] كما عن المبسوط والقاضي وابن سعيد رحمهم الله والعلامة في كتبه وجامع المقاصد. واستدل عليه في التذكرة وجامع المقاصد بأن بعضه عين حاضرة وبعضه في الذمة مجهول.

وفيه: ان من الواضح عدم دخالة الوصف الموجود في اللزوم، فان الدخيل فيه عدم تخلف الوصف وعدم فقده. وبعبارة اخرى: الخيار معلق على العقد على الموصوف بوصف مفقود، فاصالة عدم تعلق العقد بالموصوف بوصف مفقود تعبد بعدم الخيار البديل للزوم. الثالث: ما عن التذكرة وهو اصاله عدم الرضا بهذا الموجود.

وفيه: ان الرضا به مفروض، والألزم منه البطلان لا الخيار. وهناك وجوه اخر لاجل وضوح فسادها اغمضنا عن ذكرها، فظهر ان الأصل مع البائع.

وعن المحقق الخراساني رحمهما الله في مقام بيان ان الأصل مع البائع: انه لو كان الاختلاف في ذكر الوصف او في ظهور الخلاف كان الأصل عدمها.

وفيه: ان اصاله عدم ذكر الوصف وان كانت من الاصول العقلانية الا انها لا تجري في المقام لتعين ذكره دفعا للفرر، فالخلاف في انه الوصف المفقود او الموجود، ولا اصل عقلائي يعين احدهما،

واصاله عدم ظهور الخلاف ليست من الاصول العقلانية ولا من التعبدية الا اذا كان الخيار مترتبا على ظهور تخلف الوصف.

حكم نسج بعض الثوب

[١] العاشر: لو نسج بعض الثوب فاشتراه على ان ينسج الباقي كالأول بطل كما عن المبسوط والقاضي وابن سعيد والعلامة في جملة من كتبه وجامع المقاصد، وعن المختلف: صحته، والمصنف في المتن ذكر المسألة ونقل ما يمكن ان يستدل به فيها. ولكن الظاهر ان مورد كلام الفقهاء غير ما ذكره المصنف، وتقيق القول فيها ان للمسألة صوراً.

وعن المختلف صحته، ولا يحضرني الآن حتى أتأمل في دليله، والذي ذكر للمنع لا ينهض مانعاً، فالذي يقوى في النظر: أنه اذا باع البعض المنسوج المنضم الى غزل معين على ان ينسجه على ذلك المنوال فلا مانع منه، وكذا اذا ضمّ معه مقداراً معيناً كلياً من الغزل الموصوف على ان ينسجه كذلك، اذا لا مانع من ضمّ الكلي الى الشخصي، واليه ينظر بعض كلمات المختلف في هذا المقام، حيث جعل اشتراط نسج الباقي كاشتراط الخياطة والصّغ. وكذا اذا باعه اذرعاً معلومة منسوجة مع هذا المنسوج بهذا المنوال، ولو لم ينسجه في الصّورتين الاوليتين على ذلك المنوال ثبت الخيار، لتخلف الشرط ولو لم ينسجه كذلك في الصّورة الأخيرة لم يلزم القبول، وبقي على مال البائع وكان للمشتري الخيار في المنسوج لتبعض الصفقة عليه والله العالم.

احداها: ما هو ظاهر عنوان الأصحاب، وهو ما لو كان المبيع هو الثوب الشخصي الذي يكون بعضه موجوداً وبعضه معدوماً سيوجد.

وقد استدلل بطلان البيع فيها بوجوه:

الأول: ما عن الشيخ في المبسوط، وحاصله: ان البيع بالاضافة الى المنسوج لازم، وبالإضافة الى غيره موقوف على خيار الرؤية، اي يكون خيارياً على تقدير التخلف، فيجتمع في شيء واحد خيار الرؤية وعدمه وهما متناقضان، فهذا البيع المستلزم للمحال نفوذه محال نفوذه.

وفيه: اولاً: ان تخلف الوصف في البعض يوجب الخيار في الجميع دون البعض.

وثانياً: ان العقد ينحل بتعدد متعلّقه، فبعضه موضوع للزوم، وبعضه موضوع للخيار، فلا تناقض.

الثاني: ما عن العلامة في المختلف، وهو ان: الثابت في الشريعة اما بيع معدوم غير معين وهو الكلي في الذمة، او موجود معين وهو الشخصي الموجود، ولم يعهد بيع المعدوم المعين.

وفيه: انه لو شمله عموم ﴿احل الله البيع﴾ لا يضر عدم المعهودية.

.....

الثالث: ما عن العلامة في التذكرة، وهو: ان الباقي في الذمة مجهول.

وفيه: ان التوصيف يرفع الجهالة.

فالاولى ان يستدل له: بان اعتبار الملكية يحتاج الى محل له تعين ما، كالكلي في الذمة، والعين الموجودة في الخارج المضافة الى البائع، وما سيوجد بعد ليس في الذمة لعدم كونه كلياً، ولا تعين خارجي له مضافاً اليه، فلا يصح بيعه.

فتأمل فانه يمكن ان يقال: انه كما ان الكلي يكون في الذمة، كذلك الشخصي الذي سيوجد يعتبره العقلاء في العهدة، ومعه لا مانع من بيعه، والله العالم.

ثانيتهما: بيع المنسوج الموجود مع مقدار معين من الغزل الموجود على ان ينسجه كالموجود، فالمبيع بتمامه موجود، والشرط متعلق بنسج بعضه، ولو نسجه بذلك المنوال فلا كلام والا ثبت له خيار تخلف الشرط، وعلى التقديرين البيع صحيح.

ثالثتهما: ما اذا باع المنسوج الموجود ومقداراً كلياً من الغزل بشرط ان ينسجه كالموجود، ولا محذور فيه لا من حيث البيع اذ ضم الكلي الى الشخصي في مقام البيع لا مانع منه، ولا من حيث الشرط

ولو لم ينسجه على ذلك المنوال، فقد حكم الشيخ رحمته الله بثبوت خيار تخلف الشرط.

ولكن يرد عليه: ان الكلي بما انه لا يتعين في ما نسج ولذا للبائع الابدال، فلا يتعين

للمشتري القبول، ولا خيار له، بل له الامتناع عنه.

رابعتهما: ما لو باع المنسوج الموجود وغزلاً كلياً منسوجاً كالباقي فصفة المنسوجة

مقامة للمبيع الكلي لا انها شرط فيه، ولا محذور فيه من حيث البيع الا انه عند التخلف

يتعين الابدال.

السابع خيار العيب

اطلاق العقد يقتضي وقوعه مبنياً على سلامة العين من العيب [١] وإنما ترك اشتراطه صريحاً اعتماداً على اصالة السلامة [٢] وإلا لم يصح العقد من جهة الجهل بصفة العين الغائبة وهي صحتها التي هي من أهم ما يتعلق به الاغراض. ولذا اتفقوا في بيع العين الغائبة على اشتراط ذكر الصفات التي يختلف الثمن باختلافها، ولم يذكروا اشتراط صفة الصحة، فليس ذلك إلا من حيث الاعتماد في وجودها على الأصل، فإن من يشتري عبداً لا يعلم أنه صحيح سوى أم فالج مقعد لا يعتمد في صحته إلا على اصالة السلامة، كما يعتمد من شاهد المبيع سابقاً على بقائه على ما شاهده، فلا يحتاج الى ذكر تلك الصفات في العقد. وكما يعتمد على اخبار البائع بالوزن. قال في

اطلاق العقد يقتضي الصحة

[١] قوله اطلاق العقد يقتضي وقوعه مبنياً على سلامة العين من العيب، لا يخفى انه من المسلمات ثبوت خيار العيب في بيع العين الشخصية مع الجهل بالعيب - بالجهل المركب او البسيط - ولا اشكال في الاول -
انما الكلام في الثاني، وغرض المصنف رحمته الله ان يبين او لاصحة المعاملة - ثم ثبوت الخيار فيها - ثم الاحكام
ومنشأ الاشكال في الصحة بطلان البيع الغرري، اللازم من الجهل بصفات المبيع و من اهبها وصف الصحة وعليه فمع الشك في الصحة يلزم البناء على البطلان مع ان بناء القوم على اصالة الصحة
وللقوم في تقريب اصالة السلامة الرافعة للغرر الموجبة لصحة العقد وجوه:
[٢] احدها ما افاده المصنف وهو: ان الغالب في الأعيان حيث انه السلامة، وبناء العرف والعقلاء في معاملاتهم على التصريح بالعيب لو كان المتعلق معيوباً، فالاطلاق وعدم التقييد يقتضي وقوعه مبنياً على سلامة العين.
وهذا الوجه تام، غاية الأمر ان كفى الاشتراط في رفع الغرر نقول ان السلامة شرط ضمنى، والا كانت قيداً ووصفاً.

قال في التذكرة الأصل في المبيع من الأعيان والأشخاص السّلامة من العيوب والصّحة، فإذا أقدم المشتري على بذل ماله في مقابلة تلك العين، فإنما بنى أقدامه على غالب ظنّه المستند إلى أصالة السّلامة، انتهى. [١]

وقال في موضع آخر إطلاق العقد واشترط السّلامة يقتضيان السّلامة على ما مر من أن القضاء العرفي يقتضى أن المشتري إنما بذل ماله بناءً على أصالة السّلامة فكانت مشترطة في نفس العقد، انتهى. [٢]

ومما ذكرنا يظهر أن الإنصراف ليس من باب انصراف المطلق إلى الفرد الصحيح ليرد عليه: أولاً منع الإنصراف ولذا لا يجري في الأيمان والتّدور، وثانياً عدم جريانه فيما نحن فيه، لعدم كون المبيع مطلقاً، بل هو جزئي حقيقي خارجي. وثالثاً بأن مقتضاه عدم وقوع العقد رأساً على الميعب، فلا معنى لامضاء العقد الواقع عليه أو فسخه حتّى يثبت التّخيير بينها، ودفع جميع هذا بأنّ وصف الصّحة قد اخذ شرطاً في العين الخارجيّة نظير معرفة الكتابة أو غيرها من الصّفات المشروطة في العين الخارجيّة، وأنما استغني عن ذكر وصف الصّحة لاعتماد المشتري في وجودها على الأصل، كالعين المرئية سابقاً حيث يعتمد في وجود أصلها وصفاتها على الأصل. [٣]

ولقد أجاد في الكفاية حيث قال: إنّ المعروف بين الأصحاب أن إطلاق العقد

[١] ثانيها: أن الغالب في الأعيان الخارجيّة بقائها على خلقتها الأصليّة، والظن يلحق الشيء بالأعم الأغلب.

وفيه: أن الظن لا يغني عن الحق شيئاً.

[٢] ثالثها: أن بناء العرف والعقلاء على الصحة والسّلامة ما لم يثبت العيب.

وفيه: أن ذلك غير ثابت.

[٣] رابعها: أن البيع إنما يصح لأجل أخبار البائع بالصّحة، وهذا الأخبار ليس

بالصرّح بل علم من القرينة، وهي ما علم أن الناس لا يبذلون المال في مقابل الميعوب إذا لم يصرّحوا بالعيب، فلو بذل مال بازاء شيء علم أنه يريد ذلك الشيء بوصف الصحة.

وهناك تقارب آخر تقرب ما تقدم.

يقتضي لزوم السلامة، ولو باع كلياً حالاً أو سلباً كان الانصراف الى الصحيح من جهة ظاهر الاقدام ايضاً، ويحتمل كونه من جهة الاطلاق المنصرف الى الصحيح في مقام الاشتراء، وان لم ينصرف اليه في غير هذا المقام، فتأمل.

ثم انّ المصريح به في كلمات جماعة انّ اشتراط الصحة في متن العقد يفيد التأكيد [١] لانه تصرّح بما يكون الاطلاق منزلاً عليه، وإنما ترك الاعتماد المشتري على اصاله السلامة، فلا يحصل من اجل هذا الإشتراط خيار آخر غير خيار العيب، كما لو اشترط كون الصبرة كذا وكذا صاعاً، فإنه لا يزيد على ما اذا ترك الاشتراط واعتمد على اخبار البائع بالكيل، أو اشترط بقاء الشيء على الصفة السابقة المرئية، فإنه في حكم ما لو ترك ذلك اعتماداً على اصاله بقائها.

وبالجملة فالخيار خيار العيب اشترط الصحة ام لم يشترط، ويؤيده ما ورد من رواية يونس [٢] في رجل اشترى جارية على أنّها عذراء فلم يجدوها عذراء قال: يردّ عليه فضل القيمة، فإن اقتصره عليه على اخذ الأرض الظاهر في عدم جواز الرد يدلّ على أنّ الخيار خيار العيب، ولو كان هنا خيار تخلف الاشتراط لم يسقط الرد بالتصرف في الجارية بالوطء او مقدماته

[١] قوله ثم ان المصريح به في كلمات جماعة ان اشتراط الصحة في متن العقد يفيد

التاكيد

بعد ما عرفت في تقريب المراد من الالتزام الضمني وانه ليس هو الالتزام القلبي، بل انشاء لورود العقد على الصحيح، وربط العقد به، لاحالة يكون اشتراطه مفيداً للتأكد، ولكن ذلك لا يقتضي عدم ثبوت خيار تخلف الشرط وذلك لان مقتضى القاعدة ثبوت خيار تخلف الشرط في جميع موارد تخلف وصف الصحة، والنصوص الخاصة قاضية بثبوت خيار العيب، في مورد الشرط الضمني وانه لا يترتب آثار خيار تخلف الشرط كعدم سقوطه بالتصرف مثلاً، فلو صرح بالشرط مقتضى الدليلين البناء على ثبوتها معاً. [٢] قوله ويؤيده ما ورد في رواية يونس^(١) في رجل اشترى جارية المذكورة في المتن

ومنه يظهر ضعف ما حكاه في المالك من ثبوت خيار الاشتراط هنا، فلا يسقط الرد بالتصرف ودعوى عدم دلالة الرواية على التصرف او عدم دلالته على اشتراط البكارة في متن العقد كما ترى.

مسألة: ظهور العيب في المبيع يوجب تسلط المشتري على الرد وأخذ الأرض [١] بلا خلاف ويدل على الرد الاخبار المستفيضة الآتية.

وأما الأرض فلم يوجد في الاخبار ما يدل على التخيير بينه وبين الرد [٢] بل ما دل على الارش يختص بصورة التصرف المانع من الرد، فيجوز ان يكون الارش في هذه الصورة لتدارك ضرر المشتري لا لتعيين احد طرفي التخيير بتعذر الآخر.

الاستدلال والتأييد بتلك الرواية تتوقف على ثبوت امور
احدها: دلالتها على اشتراط البكارة صريحا وهي ممنوعة لامكان ان يكون المراد
من قوله، اشترى جارية على انها عذراء انه كان معتقدا كونها كذلك
ثانيها دلالتها على التصرف، ويمكن منعها ايضا بوجدانها غير عذراء بغير المباشرة
بالنقل والاشتهار
ثالثها كون الثبوتية عيباً وسياتي الكلام فيه

التخيير بين الرد واخذ الارش

[١] قوله ظهور العيب في المبيع يوجب تسلط المشتري على الرد واخذ الارش
بلاخلاف، وفي الجواهر: اجماعا محصلا ومحكما مستفيضا صريحا وظاهرا.
ويشهد بالرد - مضافا الى ذلك والى عموم ادلة الشروط كما مر - النصوص
المستفيضة الآتية.

[٢] واما الارش، فلم يوجد في الأخبار ما يدل على التخيير بينه وبين الرد، بل
مادل عليه يختص بما اذا لم يمكن الرد.
وقد استدلل للتخيير بينه وبين الرد بوجوه:

نعم في الفقه الرضوي: فإن خرج السلعة معيبا وعلم المشتري، فالخيار اليه ان شاء رده وان شاء اخذه او ردّ عليه بالقيمة ارش العيب. [١] وظاهره كما في الحدائق التّخيير بين الرّد واخذه بتمام الثمن وأخذ الأرض، ويحتمل زيادة الهمزة في لفظه او ويكون واو العطف. فيدل على التّخيير بين الرد والارش

[١] الاول ما في الفقه الرضوي^(١)

وفيه: ما تقدم في اول الجزء الاول من هذا الشرح من ان كتاب الفقه الرضوي لم يثبت اعتباره، بل لم يثبت كونه كتاب خبر، وضعفه غير منجر بالعمل.

الثاني: ان هناك طوائف من النصوص:

احداها: ما دل على الرد مع السكوت عن الارش^(٢)، وهي كثيرة.

ثانيها: ما اطلق الارش من غير ذكر للرد، كرواية يونس المتقدمة^(٣). بناء على عدم ظهورها في صورة التصرف.

وخبر السكوني عن جعفر عن ابيه: ان عليا عليه السلام قضى في رجل اشترى من رجل عكة سمن احتكرها حكرة فوجد فيها ربا فخاصمه الى علي عليه السلام فقال له علي عليه السلام: لك بكيل الرب سمن فقال الرجل انما بعته منك حكرة فقال له علي عليه السلام انما اشترى منك سمن ولم يشتر منك ربا^(٤) بناء على ان يكون الرب مخلوطا بالسمن، بحيث يعد عيبا فيه، وكون اخذ السمن بكيله من باب الارش.

ثالثها: ما تضمن تعيين الارش بعد التصرف^(٥).

والثالثة اخص من الأولتين فتخصصان بها، وانما التعارض بين الأولتين لأن مقتضى

(١) المستدرك - باب ١٢ - من ابواب الخيار حديث ٣.

(٢) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب الخيار حديث ٣. وجملة من ابواب احكام العيوب.

(٣) الوسائل - باب ٦ - من ابواب احكام العيوب حديث ١.

(٤) الوسائل - باب ٧ - من ابواب احكام العيوب حديث ٣.

(٥) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب الخيار حديث ٢ و باب ٤ من ابواب الاحكام العيوب.

وقد يتكلف لاستنباط هذا الحكم من سائر الاخبار [١] وهو صعب جداً، وأصعب منه جعله مقتضى القاعدة بناء على انّ الصّحة، وان كانت وصفاً، فهي بمنزلة الجزء، فيتدارك فائته باسترداد ما قابله من الثمن، ويكون الخيار حينئذ لتبعض الصّفقة وفيه منع المنزلة عرفاً ولاشراً.

ولذا لم يبطل البيع فيما قابله من الثمن بل كان الثّابت بفواته مجرد استحقاق المطالبة بل لا يستحقّ المطالبة بعين ما قابله على ما صرّح به العلامة وغيره،

الاولى تعين الرد، ومقتضى الثانية تعين الارش، ومقتضى الجمع بينها البناء على التخيير بان يحمل كل منها على بيان احد فردي التخيير، او يقال انها متعارضتان فيحكم بالتخيير.

وفيه: اولاً: انه ليس في شيء من النصوص ما يكون ظاهراً في تعيين الارش مع امكان الرد، والخبران كما ترى.

وثانياً: ان الجمع بالنحو المذكور لا شاهد له، ولا يكون عرفياً، بل هما متعارضتان عند العرف، والرجوع الى التخيير في المتعارضين انما يكون بعد فقد المرجحات، والترجيح مع نصوص الرد كما لا يخفى.

الثاني: ما اشار اليه المصنف رحمته الله بقوله:

[١] وقد يتكلف لاستنباط هذا الحكم من سائر الأخبار، وهو صعب جداً

ووجوه التكلف متعددة،

منها: ما في تعليقه السيد الفقيه، وهو ان يدعي ان المراد بالرد في نصوصه رد البيع في الجملة اعم من ان يكون بالرجوع بتمام الثمن بان يفسخ، او بالرجوع بالارش لأنه ايضاً رد للبيع في الجملة، حيث لم يبقه على حاله من مقابلة المبيع بتمام الثمن.

ثمّ منع كون الجزء الفاتئ يقابل بجزء من الثمن اذا اخذ وجوده في المبيع الشخصي على وجه الشرطيّة، كما في بيع الأرض على أنّها [أنّه] جربان معيّنة وما نحن فيه من هذا القبيل. [١]

وفيه: ان الارش ليس جزء من الثمن، فاخذه ليس ردّاً للبيع في بعض مقتضاه، مع ان الظاهر من النصوص كان متعلّق الرد فيها رد المبيع او البيع هو رد البيع بتمامه كما هو واضح.

ومنها: ان التقييد بعدم امكان الرد في نصوص الارش وارد مورد الغالب، لأنّ العادة قاضية بعدم امساك المعيب.

وفيه: ان هذا لو تمّ فالما هو فيما اذا كان لدليل الارش اطلاق فيجمع بينها بذلك، والافجرد عدم المانع اثباتا لا يجدي.

ومنها: غير ذلك مما هو واضح الفساد.

الرابع: كون ذلك مقتضي القاعدة. بتقريب: ان وصف الصحة الفاتئ بمنزلة الجزء، فالمعقود عليه منحل الى اجزاء ثمنا ومثمنا، فكما انه في فوات الجزء يسترجع مقدار من الثمن يقابل ذلك الجزء، فكذلك في وصف الصحة، فثبوت الارش على القاعدة.

واما ثبوت جواز الرد فمن جهة ان فوات الوصف يوجب تبعض الصفقة، فله الرد لذلك.

وفيه: اولاً: ان لازم ذلك بطلان البيع بالنسبة الى الوصف الفاتئ، ورجوع مقدار من الثمن الى المشتري، مع انهم لا يقولون بذلك، بل باستحقاق المطالبة، بحيث لو لم يطالب لا يرجع شيء من الثمن، بل مع المطالبة ايضاً لا يرجع مقدار من الثمن، بل ما يوازيه في المالية.

وثانياً: ان الارش قابل للاسقاط ولو كان ذلك عبارة عن رجوع مقدار من الثمن لم يكن قابلاً للاسقاط.

[١] واما ما افاده المصنف عليه السلام في مقام الجواب ثانياً، وحاصله: ان الجزء الخارجي ايضاً اذا اخذ على وجه الشرطية لا يقابل بالمال ولا يقع شيء من الثمن بازائه.

وبالجملّة فالظاهر عدم الخلاف في المسألة بل الاجماع على التّخيير بين الرّد والأرّش، نعم يظهر من الشّيخ في غير موضع من المبسوط أنّ اخذ الأرّش مشروط باليأس عن الرّد، لكنه مع مخالفته لظاهر كلامه في النّهاية وبعض مواضع المبسوط ينفيه اطلاق الاخبار بجواز اخذ الارش [١] فافهم.

ثمّ إنّ في كون ظهور العيب مثبتاً للخيار او كاشفاً عنه [٢] ما تقدّم في خيار الغبن. وقد عرفت أنّ الاظهر ثبوت الخيار بمجرد العيب والغبن واقعاً، وإن كان ظاهر كثير من كلماتهم يوهّم حدوثه بظهور العيب، خصوصاً بعد كون ظهور العيب بمنزلة رؤية المبيع على خلاف ما اشترط.

ففيه ان الجزء يقابل بالمال مطلقاً، اخذ على نحو الشطرية او الشرطية، لأن الثمن يجعل في مقابل المجموع عند اهل العرف، وهم المدار في الباب، واما الأوصاف فهي وان اوجبت زيادة المالية الا انها ليست بمال ولا يجعل شيء من الثمن بازاائها. وتام الكلام في محله. الخامس: الاجماع، ولا بأس بالاستدلال به، فان هذا الحكم على خلاف القاعدة، ومن المستبعد جدا استناد الفقهاء والأساطين الى ما تقدم من الوجوه، ومع ذلك طريق الاحتياط واضح.

[١] قوله ينفيه اطلاق الاخبار بجواز اخذ الارش

المراد من هذا الاطلاق هو الاطلاق من حيث امكان الرد وامتناعه، والاطلاق الذي انكره، هو اطلاق النصوص من حيث التصرف وعدمه فلا يتوهم التنافي بين هذه العبارة وبين ما تقدم منه من انه لا اطلاق لنصوص الارش يشمل ما لو لم يتصرف.

ظهور العيب كاشف عن ثبوت الخيار لامثبته له

[٢] وفي كون ظهور العيب مثبتاً للخيار او كاشفاً عنه وجهان.

وملخص القول: انه ان كان مدرك هذا الخيار الشرط الضمني كان الخيار ثابتاً

وقد صرح العلامة بعدم جواز اسقاط خيار الرؤية قبلها، معللاً بأن الخيار إنما يثبت بالرؤية، لكن المتفق عليه هنا نصاً وفتوى جواز التبري واسقاط خيار العيب [١]

من حين العقد، فان الشرط صحة المبيع واقعاً لا عدم ظهور العيب فالتخلف من حينه، وكذلك الخيار. كما انه لو استند الى حديث لا ضرر كان لازمه ثبوته من حين العقد، فان لزوم العقد على العيب ضرر وان لم يلتفت المشتري الى العيب.

وان كان: المدرك هو الاخبار فقد يتوهم ان مقتضاها ثبوت الخيار من حين ظهور العيب، فان نصوص الباب المتقدمة اشتملت على لفظ ظهور العيب ووجد انه ورؤيته والعلم به، والظاهر من كل عنوان اخذ في الموضوع موضوعيته وحمله على الطريقة يتوقف على القرينة،

ولكن يمكن دفعه بان هذه الكلية تامة في غير العناوين التي تكون الطريقة والمرآة من مقومات حقائقها كالعلم، واما فيها فالظاهر هو اخذها بعنوان الطريقة والمرآة، ولذا في جميع الموارد التي يؤخذ العلم في الموضوع يحمل على ارادة الطريقة لا الموضوعية، ومن تلك الموارد مقامنا هذا،

مع انه في بعض الصحاح جعل السبب نفس العيب لا ظهوره. لا حظ قول ابي جعفر عليه السلام

في الصحيح: ايا رجل اشترى شيئاً وبه عيب او عوار ولم يتبرأ اليه ولم يبين له الخبر.^(١) والجمع يقتضي البناء على ارادة الطريقة من الطائفة الاولى.

[١] وربما يقال: ان المتفق عليه نصاً وفتوى جواز التبري واسقاط خيار العيب، وذلك دليل على ان الخيار يثبت قبل ظهور العيب، والا لم يصح اسقاطه.

ولكن بناء على عدم صحة الاسقاط ما لم يثبت وان كان سببه موجودا كما هو الحق في الاسقاط المنجز الاستدلال بهذه النصوص والفتاوى متين، فانه يستشكف من جواز اسقاطه قبل ظهور العيب ثبوت الخيار قبله، واما بناء على مختار المصنف عليه السلام من صحة الاسقاط مع وجود السبب فلا يتم كما هو واضح.

ويؤيد ثبوت الخيار هنا بنفس العيب، [١] ان استحقاق المطالبة بالأرض الذي هو احد طرفي الخيار لا معنى لثبوته بظهور العيب، بل هو ثابت بنفس انتفاء وصف الصحة هذا مضافاً الى ان الظاهر من بعض اخبار المسألة ان السبب هو نفس العيب، لكنّها لا تدلّ على العليّة التامة، فلعلّ الظهور شرط، وكيف كان فالتحقيق ما ذكرنا في خيار الغبن من وجوب الرجوع في كلّ حكم من احكام هذا الخيار الى دليله، وأنّه يفيد ثبوته بمجرد العيب او بظهوره، والمرجع فيما لا يستفاد من دليله احد الأمرين هي القواعد، فافهم.

ثمّ أنّه لا فرق في هذا الخيار بين الثمن والمثمن، كما صرح به العلامة وغيره، هنا وفي باب الصرف فيما إذا ظهر احد عوضي الصرف معيماً. والظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه وان كان مورد الأخبار ظهور العيب في المبيع، لأنّ الغالب كون الثمن نقداً غالباً والمثمن متاعاً فيكثر فيه العيب بخلاف النقد. [٢]

[١] قوله ويؤيد ثبوت الخيار هنا بنفس العيب ان استحقاق المطالبة... بظهور العيب لعل مقصوده ان الارش تدارك للفئات، وهذا لاربط له بظهور فوات الوصف لانه تدارك نفسه لا تدارك ظهوره

وفيه ان هذا استبعاد محض لامانع من الالتزام به اى بثبوت الارش بعد ظهور العيب - وبعبارة اخرى يكون السبب هو العقد، ولكن شرط تأثيره بظهور العيب.

[٢] قوله ثم انه لا فرق في هذا الخيار بين الثمن والمثمن
ما افاده يبيّن في وجه ثبوت خيار العيب في الثمن من ان التقييد في النصوص بالمبيع محمول على الغالب من كون الثمن نقداً غالباً والمثمن متاعاً فيكثر فيه العيب بخلاف النقد، لا يفيد فان حمل التقييد على الغالب، يفيد فيما اذا كان هناك اطلاق وفي المقام لا اطلاق
يعم الثمن والمثمن

فالحق ان يقال ان مدرك هذا الخيار، ان كان هو الشرط الضمني - او حديث لا ضرر - او الاجماع - ثبت ذلك بالاضافة الى الثمن ايضاً، وان كان المدرك هو الاخبار فهي وان اختصت بالمبيع الا انه يمكن التعدى بضميمة دعوى القطع بعدم الخصوصية للمبيع في ذلك والله العالم.

القول في مسقطات هذا الخيار

بطرفيه او احدهما.

مسألة: يسقط الردّ خاصّة بأمور.

احدها: التصريح بالتزام العقد واسقاط الردّ واختيار الأرض [١] ولو اطلق الالتزام بالعقد، فالظاهر عدم سقوط الأرض ولو اسقط الخيار فلا يبعد سقوطه. [٢]
الثاني: التصرف في الميعب عند علمائنا، [٣] كما في التذكرة. وفي السرائر الأجماع على أن التصرف يسقط الردّ بغير خلاف منهم، ونحوه المسالك،

مسقطات الرد - الاسقاط

الرابعة: يسقط الرد خاصة بامور،

[١] احدها: التصريح بالتزام العقد واسقاطه واختيار الارش: فان هذا لازم التخيير بين الرد والامساك بالارش، لكونه من الحقوق ولو اطلق الالتزام بالعقد فالظاهر ايضا عدم سقوط الارش.
واما لو اسقط الخيار، فسقوط الرد به لا اشكال فيه ولا كلام: لأنه من الحقوق التي تسقط بالاسقاط كما عرفت في الخيارات السابقة،
وانما الكلام في الارش،
[٢] وفي المتن لا يبعد سقوطه.

ووجهه السيد بان الارش ليس امرا خارجا عن الخيار وزائدا عليه، بل نحو وجود خيار العيب هو التخيير بين امور ثلاثة: الالتزام بالعيب، والرد، والارش.
وفيه: ان للخيار معنى واحدا في جميع الموارد وهو ملك حل العقد واقراره، وهذا من احكام العقد. واما الارش فهو غرامة شرعية لتدارك الفائت واجنبي عن احكام العقد، فاسقاط الخيار لا يوجب اسقاط حق الارش.

التصرف مسقط

[٣] ثانيها: التصرف في الميعب عند علمائنا كما عن التذكرة، وعن السرائر والمسالك: الاجماع عليه في الجملة.

وسياتي الخلاف في الجملة من الإسكافي والشيخين وابن زهرة. وظاهر المحقق، بل المحقق الثاني، واستدل عليه في التذكرة أيضاً، تبعاً للغنية بأنّ تصرّفه فيه رضا منه به على الإطلاق، ولو لا ذلك كان ينبغي له الصبر والثبات حتّى يعلم حال صحته وعدمها، ويقول أبي جعفر عليه السلام في الصحيح: أيما رجل اشترى شيئاً وبه عيب أو عوار ولم يتبرأ إليه ولم يتبين له فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً ثم علم بذلك العوار وبذلك العيب فإنه يمضي عليه البيع، ويردّ عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء والعيب، من ثمن ذلك لو لم يكن به. [١]

وكلمات القوم في المقام مضطربة، ولا يمكن تحصيل الاتفاق على شيء، والوجه المحتملة كثيرة:

منها: مسقطية التصرف مطلقاً.

ومنها: مسقطيته اذا كان دالاً نوعاً على الرضا.

ومنها: مسقطية التصرف الكاشف عن الرضا وتغير المبيع.

ومنها: مسقطية التصرف المغير للعين خاصة.

ومنها: تغييرها ولو من غير تصرف،

ومنها غير ذلك، والمهم ملاحظة الأدلة.

الظاهر ان التصرف اذا كان بقصد الالتزام بالعقد وكاشفا عنه كان مسقطاً على القاعدة من جهة ان الاسقاط كسائر الانشائيات لا يعتبر فيه اللفظ ويمكن انشاءه بالفعل، وان لم يكن بقصد الاسقاط

فقد استدل لمسقطيته بوجوه:

[١] احدها: صحيح زرارة^(١) المذكور في المتن بضميمة ما تقدم في خيار الحيوان

من التمثيل للحدث بالنظر والتقبيل واللمس.

وفيه: اولاً: ما تقدم في ذلك الباب من ان المراد من احدث الحدث ليس كل تصرف، بل كل تصرف مالكي لم يكن له قبل البيع.

ويدل عليه مرسله جميل عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يشتري الثوب او المتاع فيجد به عيباً، قال: ان كان الثوب قائماً بعينه ردهً على صاحبه وأخذ الثمن، وان كان الثوب قد قطع او خيط او صبغ رجع بنقصان العيب. هذا، ولكن الحكم بسقوط الرد بمطلق التصرف حتى مثل قول المشتري للعبد المشتري ناولني الثوب او اغلق الباب، على ما صرح به العلامة في غاية الاشكال، [١] لا طلاق قوله عليه السلام ان كان الثوب قائماً بعينه ردهً المعتضد باطلاق الاخبار في الرد. خصوصاً ما ورد في ردّ الجارية بعد ما لم تحض ستة اشهر عند المشتري، وردّ المملوك في احداث السنة. ونحو ذلك مما يبعد التزام التقييد فيه بصورة عدم التصرف فيه بمثل اغلق الباب ونحوه، وعدم ما يصلح للتقييد مما استدللّ به للسقوط، فإن مطلق التصرف لا يدلّ على الرضا، خصوصاً مع الجهل بالعيب.

وأما المرسله، فقد عرفت اطلاقها لما يشمل لبس الثوب واستخدام العبد، بل وطي الجارية لولا النص المسقط للخياره.

وثانياً: ان احداث الحدث غير احداث شيء في المبيع، والظاهر من الثاني ايجاد شيء في المبيع يكون باقياً بخلاف الأول فهو عبارة اخرى عن تغير العين.

ثانيها: اطلاق معقد الاجماع المدعى في كثير من العبارات.

وفيه: اولاً: ما تقدم من منع الاجماع المحصل، والمنقول منه ليس بحجة، وثانياً انه ليس اجماعاً تعدياً كاشفاً عن رأي المعصوم عليه السلام.

ثالثها: قيام النص^(١) والاجماع على سقوط رد الجارية بوطئها قبل العلم مع عدم دلالتهم على الالتزام بالبيع وعدم تغييره للعين.

[١] وفيه: انه لا وجه للتعدي عنه الى سائر التصرفات، فلا دليل على مسقطية التصرف مطلقاً، بل المستفاد من الصحيح مسقطية التصرف المغير للعين، فيوافق مضمونه مع مفاد مرسل جميل^(٢) المذكور في المتن

وأما الصحيحة، فلا يعلم المراد من أحداث شيء في المبيع، لكن الظاهر بل المقطوع عدم شموله لغة ولا عرفاً لمثل استخدام العبد وشبهه، مما مر من الأمثلة، فلا يدل على ازيد مما دل عليه ذيل المرسلة من أن العبرة بتغير العين وعدم قيامها بعينها. اللهم إلا أن يستظهر بمعونة ما تقدّم في خيار الحيوان، من النص الدال على أن المراد بأحداث الحدث في المبيع هو أن ينظر الى ما حرم النظر اليه قبل الشراء، فإذا كان مجرد النظر المختص بالمالك حدثاً دلّ على سقوط الخيار هنا بكلّ تصرف، فيكون ذلك النص دليلاً على المراد بالحدث هنا. وهذا حسن، لكن إقامة البيّنة على اتحاد معنى الحدث في المقامين، مع عدم مساعدة العرف على ظهور الحدث في هذا المعنى مشكلة، ثم أنه إذا قلنا بعموم الحدث في هذا المقام، لمطلق التصرف، فلا دليل على كونه من حيث الرضا بالعقد، فلا يتقيد بالتصرف الدالّ عليه، وإن كان النص في خيار الحيوان دالاً على ذلك، بقرينة التعليل المذكور فيه على الوجه المتقدمه هناك في المراد من التعليل، [١] لكنّ كلمات كثير منهم في هذا المقام ايضاً يدلّ على سقوط هذا الخيار بالتصرف من حيث الرضا، بل عرفت من التذكرة والغنية أن علّة السقوط دلالة التصرف نوعاً على الرضا

فان قلت: ان الاستفادة من المرسل مسقطية التغير ولو كان عن غير اختيار، الاستفادة من الصحيح مسقطية التصرف المغير فكيف التوفيق.
اجبنا عنه انه لا مفهوم للصحيح كي يدل على عدم مسقطية غير ما تضمنه، فلا مقيد لا طلاق المرسل.

فالمتحصل: ان المسقط تغير العين وعدم قيامها بعينها، كان بالتصرف او بغيره، [١] وعموم التعليل في اخبار الحيوان^(١) الذي استدل به على مسقطية التصرف الكاشف عن الرضا نوعاً وان لم يكن بقصد الاسقاط ستعرف حاله عند بيان ما يرد على المصنف.

ويعضد ما اخترناه من عدم مسقطية التصرف بقول مطلق ما ورد في رد الجارية بعد ما لم تحض ستة اشهر عند المشتري،^(٢) ورد المملوك في أحداث السنة،^(٣) ونحو ذلك مما يبعد

(٢) الوسائل - باب ٣ - من ابواب احكام العيوب.

(١) الوسائل - باب ٤ - من ابواب الخيار.

(٣) الوسائل - باب ٢ - من ابواب احكام العيوب.

ونحوه في الدلالة على كون لسقوط بالتصرف من حيث دلالاته على الرضا كلمات جماعة بمن تقدم عليه ومن تأخر عنه، قال في المقتعة فإن لم يعلم المشتري بالعيب، حتى أحدث فيه حدثاً، لم يكن الرد، وكان له ارش العيب خاصة، وكذلك حكمه اذا أحدث فيه حدثاً بعد العلم، ولا يكون احداثه الحدث بعد المعرفة بالعيب رضاء به منه، انتهى.

فإنّ تعليله عدم سقوط الأرض بعدم دلالة الاحداث على الرضا بالعيب ظاهر خصوصاً بملاحظة ما يأتي من كلام غيره في أنّ سقوط الرد بالحدث لدلالاته على الرضا باصل البيع ومثلها عبارة التّهاية من غير تفاوت. وقال في المبسوط اذا كان المبيع بهيمة فاصاب بها عيباً كان له ردّها، فإذا كان في طريق الرد جاز له ركوبها وعلفها وسقيها وحلبها وأخذ لبنها، وان نتجت كان له نتائجها، كلّ هذا لأنّه ملكه وله فيه فائدتة وعليه مؤنته، والرد لا يسقط، لأنّه انما يسقط الرد بالرضا بالعيب او ترك الرد بعد العلم به او بأن يحدث فيه عيب عنده وليس هنا شيء من ذلك، انتهى.

وقال في الغينة: ولا يسقط بالتصرف بعد العلم بالعيب حقّ المطالبة بالأرض، لأنّ التصرف دلالة الرضا بالبيع لا بالعيب، انتهى.

وفي السرائر قال في حكم من ظهر على عيب فيما اشتراه ولا يجبر على احد الأمرين يعني الرد والأرض قال: هذا اذا لم يتصرّف فيه تصرّفاً يؤذن بالرضا في العادة، او ينقص قيمته بالتصرف، انتهى.

وفي الوسيلة ويسقط الرد بأحد ثلاثة اشياء بالرضا ويترك الرد بعد العلم به اذا عرف ان له الرد ويحدث عيب آخر عنده، انتهى.

وهي بعينه كعبارة المبسوط المتقدمة، ظاهرة في أنّ التصرف ليس بنفسه مسقطاً الا اذا دلّ على الرضا، وقال في التذكرة: لو ركبها ليسقيها، ثمّ يردها لم يكن ذلك رضاء منه بامساكها، ولو حلبها في طريق الرد، فالأقوى أنّه تصرّف يؤذن بالرضا بها، وقال بعض الشافعية لا يكون رضاء بامساكه، لأنّ اللبن ماله قد استوفاه في حال الرد، انتهى.

وفي جامع المقاصد والمسالك في ردّ ابن حمزة القائل بأنّ التصرف بعد العلم يسقط الأرض أيضاً. أنّ التصرف لا يدلّ على اسقاط الأرض، نعم يدلّ على الالتزام بالعقد. وفي التحرير: لو نقل المبيع او عرضه للبيع او تصرف فيه بما يدلّ على الرضا قبل علمه بالعيب وبعده سقط الرّد، انتهى.

وقد ظهر من جميع ذلك أنّ التصرف من حيث هو ليس مسقطاً، وأنّما هو التزام ورضاء بالعقد فعلاً، فكلّ تصرف يدلّ على ذلك عادة فهو مسقط، وما ليس كذلك فلا دليل على الاسقاط به، كما له وقع نسياناً او للاختبار، ومقتضى ذلك أنّه لو وقع التصرف قبل العلم بالعيب لم يسقط، خصوصاً اذا كان ممّا يتوقف العلم بالعيب عليه، وحصل بقصد الاختبار، لأنّ المعروف خصوصاً بين العلّامة ومن تأخّر عنه: عدم الفرق في السقوط بالتصرف بين وقوعه قبل العلم بالعيب او بعده، والذي ينبغي ان يقال: وان كان ظاهر المشهور خلافه: أنّ التصرف بعد العلم مسقط للرّد إذا كان دالاً بنوعه على الرضا، [١] كدلالة اللفظ على معناه لا مطلق التصرف، والدليل على اسقاطه مضافاً الى أنّه التزام فعليّ فيدلّ عليه ما يدلّ على اعتبار الالتزام اذا دلّ عليه باللفظ ما تقدّم في خيار الحيوان من تعليل السقوط بالحدث بكونه رضاء بالمبيع. ولذا تعدّينا الى خيار المجلس والشرط وحكمنا بسقوطهما بالتصرف فكذلك خيار العيب. وأمّا التصرف قبل العلم بالعيب، فإن كان مغيراً لنعين بزيادة او نقيصة او تغيير هيئة أو ناقلاً لها بنقل لازم او جائز.

الالتزام التقييد فيه بصورة عدم التصرف.

وجعل هذه الأخبار مخصصة لما دلّ على مسقطية التصرف كما عن صاحب الحقائق وان كان متيناً لو كان دليل على مسقطية التصرف مطلقاً - الا انه مع عدم الدليل عليها تكون هي معتضة لما اخترناه.

[١] وافاد المصنف بما حاصله: ان التصرف الكاشف عن الرضا والالتزام بالعقد مسقط ولكن ان كان مراده مسقطية التصرف اذا كان مع قصد الالتزام به فنعم الوفاق، وان كان مراده مسقطية التصرف الكاشف وان لم يكن بقصد الالتزام به واسقاط الخيار - كما يظهر من استدلاله بما تقدم في خيار الحيوان من تعليل السقوط بالحدث بكونه رضاء بالمبيع - فيرد عليه ما عرفت هناك من ان المراد به تنزيل الحدث منزلة الرضا بالعقد تعبدًا. فراجع.

وبالجملة صار بحيث لا يصدق معه قيام الشيء بعينه، فهو مسقط ايضاً،
لمرسلة جميل المتقدمة، ويلحق بذلك تعذر الرد بموت او عتق او اجارة او شبه ذلك.
وظاهر المحقق في الثرائع الاقتصار على ذلك، حيث قال في أوّل
المسألة: ويسقط الرد بأحداثه فيه حدثاً، كالعتق وقطع الثوب سواء كان قبل العلم
بالعيب أو بعده.

وفي مسألة ردّ المملوك من احداث السنة، فلو احدث ما يغيّر عينه او صفته
ثبت الأرض، انتهى.

وهو الظاهر من المحكي عن الاسكافي حيث قال: فإن وجد بالسلعة عيباً وقد
احدث فيه ما لا يمكن معه ردّها الى ما كانت عليه قبله، كالوطىء للأمة والقطع
للثوب او تعذر الرد بموت او نحوه، كان له فضل ما بين الصحة والعيب، انتهى.
وهذا هو الذي ينبغي ان يقتصر عليه من التصرف قبل العلم وأما ما عدا
ذلك من التصرف قبل العلم كحلب الدابة وركوبها وشبه ذلك، فلا دليل على
السقوط به بحيث يطمئن به النفس، واقصى ما يوجد لذلك صحيحة زارة المتقدمة
بضميمة ما تقدّم في خيار الحيوان، من التمثيل للحدث بالنظر وبالمس وقيام النص
والاجماع على سقوط ردّ الجارية بوطنها قبل العلم، مع عدم دلالة على الالتزام
بالبيع وعدم تغييره للعين، واطلاق معقد الاجماع المدعى في كثير من العبائر،
كالتذكرة والسرائر والغنية وغيرها، وفي نهوض ذلك كله لتقييد اطلاق اخبار الرد،
خصوصاً ما كان هذا التقييد فيه في غاية البعد، كالنص برّد الجارية بعد ستة اشهر،
ورّد الجارية اذا لم يطأها ورّد المملوك من احداث السنة نظر، بل منع، خصوصاً
معاهد الاجماع، فإن نقلة الاجماع كالعلامة والحلي وابن زهرة قد صرّحوا في كلماتهم
المتقدمة بأن العبرة بالرضا بالعقد. فكان دعوى الاجماع وقعت من هؤلاء على
السقوط [١] بما يدل على الرضا من التصرف، خصوصاً ابن زهرة في الغنية حيث أنّه
اختار ما قويّناه من التفصيل بين صورتي العلم والمجهل، والمغير وغيره

[١] قوله فكان دعوى الاجماع وقعت من هؤلاء على السقوط

حيث قال يَرْجُو وخامسها يعني مسقطات الرّد التصرف في المبيع الذي لا يجوز مثله الأَبْلَكة، أو الاذن الحاصل له بعد العلم بالعيب، فإنّه يمنع من الرّد لشيء من العيوب ولا يسقط حق المطالبة بالأرض، لأنّ التصرف دلالة الرضا بالبيع لا بالعيب. وكذا حكمه أن كان قبل العلم بالعيب، وكان مغيراً للعين بزيادة فيه مثل الصبغ للثوب أو نقصان فيه كالقطع للثوب، وإن لم يكن كذلك، فله الرّد بالعيب إذا علمه ما لم يكن وطىء الجارية فإنّه يمنع من ردها لشيء من العيوب إلاّ الحبل، انتهى كلامه.

وقد أجاد يَرْجُو فيما استفاده من الأدلّة. وحكي من المبسوط أيضاً أنّ التصرف قبل العلم لا يسقط به الخيار، لكن صرح بأنّ الصبغ وقطع الثوب يمنع من الرّد فاطلاق التصرف قبل العلم محمول على غير المغيّر.

وظاهر المقنعة والمبسوط: أنّه إذا وجد العيب بعد عتق العبد والامة، لم يكن له ردهما، وإذا وجده بعد تدبيرهما أو هبتهما، كان مخيراً بين الرّد واخذ أرض العيب، وفرقاً بينهما وبين العتق بجواز الرجوع فيهما دون العتق، ويردّه مع أنّ مثلها تصرّف يؤذن بالرضا مرسله جميل، [١] فإنّ العين مع الهبة والتدبير غير قائمة، وجواز الرجوع وعدمه لا دخل له في ذلك

حيث انهم يصرون بعدم الفرق بين التصرف قبل العلم بالعيب وبعده وفي كلا الموردين يحكمون بسقوط الخيار، فيعلم أن مرادهم بما ذكروه ما هو ظاهره من أن التصرف بنفسه رضا بالعقد أي مسقط للخيار لانه يكون مسقطاً إذا كان دالاً على الرضا - فيكون هذه العبارة منهم كعبارة ^(١) الامام عليه السلام في احداث الحدث في خيار الحيوان من الحكم بانه رضا بالبيع.

[١] قوله ويرده مع ان مثلها تصرف يؤذن بالرضا مرسله (٢) جميل
يرد على ما افاده اولاً ان مفروض عبارة المقنعة والمبسوط التصرف قبل العلم بالعيب وهو عنده يَرْجُو لا يؤذن بالرضا
ويرد على ما افاده ثانياً - ماسيجىء انشاء الله تعالى من ان الخروج عن الملك ليس من مصاديق عدم قيام العين بعينها.

ولذا اعترض عليها الحلّي بالتقضى بمالوباعه بخيار، مع أنّه لم يقل احد من الأئمة بجواز الردّ حينئذ، وقال بعد ما ذكر: أنّ الذي يقتضيه اصول المذهب أنّ المشتري اذا تصرف في المبيع أنّه لا يجوز له ردّه، ولا خلاف في أنّ الهبة والتّشدير تصرف.

وبالجمله فتعميم الأكثر لا فراد التّصرف مع التّعميم لما بعد العلم وما قبله مشكل والعجب من المحقّق الثّاني أنّه تنظر في سقوط الخيار بالهبة المجانزة، مع تصريحه في مقام آخر بما عليه الأكثر.

الثّالث: تلف العين او صيرورته كالتّلف، فإنّه يسقط الخيار هنا [١] بخلاف الخيارات المتقدّمة الغير السّاقطة بتلف العين، والمستند فيه بعد ظهور الإجماع اناطة الردّ في المرسلة السّابقة بقيام العين، [٢] فإنّ الظّاهر منه اعتبار بقائها في ملكه،

تلف العين مسقط لهذا الخيار

[١] الثّالث: تلف العين او صيرورته كالتّلف فانه يسقط الخيار هنا

فها هنا فروع:

الأول: انه لو تلف العين حقيقة يسقط الخيار.

والوجه فيه امران:

[٢] احدهما: ان الردّ علّق في المرسل على قيام العين بعينها، وعدم ذلك

تارة بتغير هيئتها وخصوصية من خصوصياتها،

واخرى بتلف العين، ويكون من قبيل السالبة بانتفاء الموضوع.

ثانيهما: ان الحق في هذا الخيار في نصوص الباب علّق على الرد، فاما ان يكون

حقيقة هذا الخيار بخلاف سائر الخيارات حق رد العين، او تكون مثلها حق فسخ العقد،

غاية الأمر مقيدا بفسخه برد العين. وعلى اي تقدير مع انتفاء الموضوع لا يعقل الرد، فلا

يكون الحق باقيا.

فلو تلف أو انتقل إلى ملك الغير أو استؤجر أو رهن أو ابق العبد أو انعتق العبد على المشتري، فلا ردّ. [١]

ومما ذكرنا ظهر أن عدّ انعتاق العبد على المشتري مسقطاً برأسه، كما في الدّروس لا يخلو عن شيء. نعم ذكر أنّه يمكن ارجاع هذا الوجه الى التصرف، وهو أيضاً لا يخلو عن شيء، والاوّل ما ذكرناه، ثمّ أنّه لو عاد الملك الى المشتري لم يجوز ردّه للأصل [٢] خلافاً للشيخ بل المفيد رحمته.

[١] الثاني: انه اذا خرجت العين عن ملكه بانتقالها الى الغير او بانعتاقها يسقط هذا الخيار.

والوجه فيه: ان مقتضى اطلاق الصحيح فاحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً أن اخراجه عن ملكه وسلب هذا الأمر الاعتبارى منه موجب لسقوط حق الرد. وبهذا البيان يمكن تصحيح استدلال المصنف رحمته بالمرسل، فانه لا تكون العين قائمة بعينها.

اضف الى ذلك ما تقدم من كون هذا الحق متعلقا بالرد، فع خروج وجه عن ملكه لا يكون الموضوع باقيا، اذ المراد بالرد ليس هو الرد الخارجى بل رد الربط الملكى، ومع زوال الملك لا ربط ملكى كي يرجع الى البائع.

[٢] الثالث: انه لو عاد الملك الى المشتري فهل يجوز رده كما عن الشيخ والمفيد، ام لا كما في المكاسب ام هناك تفصيل؟ وجوه.

قد استدل السيد الفقيه وتبعه المحقق الايروانى رحمته للأول:

بانه يصدق ان العين قائمة بعينها، فان ظاهر ذلك عدم وجود وصف التغير فيها فعلا لا عدم حدوث التغير وان كان قد زال، وزاد المحقق الايروانى رحمته: بان منصرف احداث شيء هو استمرار ذلك الحدث.

وفيه: ان هذا يتم فيما لو عاد الملك بالفسخ، واما لو عاد بارث او اشتراء ونحوهما فلا يتم، فان هذا الحق متعلق برد العين - اي رد ربطها الملكى - ومقتضى حقيقة الرد ومفهومه كون المردود جائيا من قبل البائع، والملك الجديد لم يجيء من قبله. فتدبر، فالحق هو التفصيل.

الرَّابِع: من المسقطات حدوث عيب عند المشتري [١] وتفصيل ذلك أنّه اذا حدث العيب بعد العقد على المعيب، فإنّما ان يحدث قبل القبض، وأمّا ان يحدث بعده في زمان خيار، يضمن فيه البائع المبيع اعنى خيار المجلس والحيوان والشرط. وأمّا ان يحدث بعد مضي الخيار، والمراد بالعيب الحادث هنا هو الاخير. وأمّا الأوّل فلا خلاف ظاهراً في أنّه لا يمنع الرّد، [٢] بل في أنّه هو كالموجود قبل العقد حتّى في ثبوت الأرض فيه على الخلاف الآتي في احكام القبض.

حدوث عيب عند المشتري

[١] الرابع من المسقطات: حدوث عيب عند المشتري.

وتفصيل القول في ذلك بالبحث في موارد:

الأول: فيما اذا حدث العيب بعد العقد قبل القبض، والكلام فيه،

تارة: في انه هل يكون سبباً لثبوت الخيار للمشتري ام لا،

[٢] واخرى: في انه هل يمنع عن الرد بالخيار المسبب عن العيب السابق ام لا؟

اما الجهة الاولى: فقد استدلت لثبوت الخيار به: بقاعدة الضرر، وبالارفاق بالمشتري، وبالنصوص الدالة على ان تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه.^(١)

بتقريب: ان معنى كونه من مال بائعه وقوع التلف في ملك البائع، ولازم تقديره في ملك البائع ان العقد كأنه لم يقع، ومقتضاه لو كان التالف تمام المبيع انفساخ العقد ولو كان التالف جزئه انفساخه بالنسبة الى ذلك الجزء، ولو كان وصف الصحة جريان احكام العيب، فان المنفي على الأخير حيثية الوصف لفرض وقوع العقد، ومعنى عدم وقوع العقد على الموصوف مع فرض وقوع العقد وقوعه على المعيب،

او بتقريب ان الاستفادة من الاخبار تنزيل التلف او النقص قبل القبض منزلة التلف والنقص قبل العقد، ولازم ورود العقد على الناقص اجراء احكام خيار العيب.

(١) الوسائل - باب ١٥ - من ابواب الخيار - والمستدرک - باب ٩ - من ابواب الخيار.

وأما الحادث في زمن الخيار فكذلك، لا خلاف في أنه غير مانع عن الرد، [١] بل هو سبب مستقل موجب للرد، بل الأرض على الخلاف الآتي

وفي الجميع نظر:

أما قاعدة نفي الضرر: فلما مر من أنها لا تصلح لاثبات الخيار.

وأما الارفاق: فهو بنفسه لا يصلح لذلك.

وأما النصوص: فالموضوع فيها تلف المبيع، وهو لا يشمل تلف وصف الصحة فانه

ليس مبيعا ولا جزء منه،

وحملها على كون ذكر التلف من باب كونه اظهر الافراد يحتاج الى قرينة.

مع انه يرد على التقريب الأول: ان الوصف لم يقع عليه العقد، ففرض العقد كأن لم

يكن غير مؤثر في ضمان الوصف وترتب حكم الخيار.

ويرد على التقريب الثاني: ان غاية ما يستفاد من كون التلف من البائع دخوله في

ملك البائع، بحيث يضاف اليه التلف وهو ملكه،

وليس لازم ذلك فرض دخوله في ملك البائع قبلا، او فرض وقوع التلف قبل العقد

حتى يكون لازمه ورود العقد على الناقص. وتام الكلام في محله.

وأما الجهة الثانية: فلخص القول فيها: ان مقتضى اطلاق مفهوم المرسل ان كان

الثوب قائما بعينه رده على صاحبه،^(١) ان العيب الحادث بعد العقد ولو كان قبل القبض

يمنع عن الرد بالعيب السابق، وهذا لا يفرق فيه بين ان يكون هذا العيب موجبا لحدوث

الخيار ام لا.

حدوث العيب بعد القبض

[١] المورد الثاني: ما اذا كان حدوث العيب بعد القبض وفي زمان خيار المشتري،

فما قبل القبض، بناءً على اتحاد المسألتين، كما يظهر من بعض، ويدلّ على ذلك ما يأتي من أنّ الحدث في زمان الخيار مضمون على البائع ومن ماله، ومعناه ضمانه على الوجه الذي يضمنه قبل القبض، بل قبل العقد لأنّ المحكي عن المحقّق في درسه فيما لو حدث في المبيع عيب [١] أنّ تأثير العيب الحادث في زمن الخيار. وكذا عدم تأثيره في الرّد بالعيب القديم أمّا هو ما دام الخيار، فإذا انقضى الخيار كان حكمه حكم العيب المضمون على المشتري، قال في الدّروس لو حدث في المبيع عيب غير مضمون على المشتري لم يمنع من الرّد ان كان قبل القبض، او في مدّة خيار المشتري المشترط او بالاصل فله الرّد ما دام الخيار، فإن خرج الخيار في الرّد خلاف بين ابن نما وتلميذه المحقّق رحمهما، فجوّزه ابن نما، لأنّه من ضمان البائع ومنعه المحقّق رحمهما لأنّ الرّد لمكان الخيار، وقد زال. ولو كان حدوث العيب في مبيع صحيح في مدّة الخيار فالباب واحد، انتهى.

والكلام فيه من حيث انه يوجب سقوط الرد بالعيب السابق هو الكلام فيما اذا حدث العيب قبل القبض،

واما من جهة انه هل يوجب الخيار ام لا، فالنصوص متضمنة لأن ضمان المال وضمان الحدث الحادث الشامل ذلك للعيب وزوال وصف الصحة، على من لا خيار له، والمراد بالضمان ان كان هو العهدة، فظاهاه ثبوت الغرامة عليه لا الخيار ولا الانفساخ.

وان كان هو التلف من البائع واستقرار الخسارة عليه اما انفساخا في التلف او فسخا كما في العيب، فالمتحصل منها ان الخسارة تستقر على البائع، فيسترجع المشتري تمام الثمن من البائع، اما لانفساخ العقد قهرا كما في التلف، او للأخذ بالخيار. وعلى اي تقدر لا يوجب حدوث الخيار.

[١] قوله الا ان المحكي عن المحقّق في درسه فيما لو حدث في المبيع عيب الى آخر

ما نقله عنه

الظاهر ان مراد المحقّق رحمهما ان العيب الحادث في ثلاثة الحيوان لا يؤثر في حدوث الخيار وانما للمشتري الرد بنفس خيار الحيوان ولا ينافي ذلك كون ضمان الوصف الفات

لكنّ الذي حكاه في اللّمة عن المحقّق هو الفرع الثّاني وهو حدوث العيب في مبيع صحيح، ولعلّ الفرع الأوّل مترتب عليه، لأنّ العيب الحادث اذا لم يكن مضموناً على البائع [١] حتّى يكون سبباً للخيار غاية الأمر كونه غير مانع عن الرّد بالخيارات الثلاثة كان مانعاً عن الرّد بالعيب السّابق، اذ لا يجوز الرّد بالعيب مع حدوث عيب مضمون على المشتري، فيكون الرّد في زمان الخيار بالخيار لا بالعيب السّابق. فنشأ هذا القول عدم ضمان البائع [٢] للعيب الحادث. ولذا ذكر في اللّمة أنّ هذا من المحقّق مناف لما ذكره في الشّرائع [٣] من أنّ العيب الحادث في الحيوان مضمون على البائع مع حكمه بعدم الأرش، ثمّ أنّه ربّما يجعل قول المحقّق عكساً لقول شيخه، [٤] ويضعف كلاهما بأنّ الظّاهر تعدّد الخيار، وفيه أنّ قول ابن نما رحمته الله لا بأبي عن التّعدّد كما لا يخفى.

على البائع بمعنى استقرار خسارته عليه بالمعنى المتقدّم.

[١] قوله لان العيب الحادث اذا لم يكن مضموناً على البائع

قد عرفت ان المحقّق رحمته الله لا ينكر كونه مضموناً على البائع وانما هو ملتزم بانه لا يوجب حدوث الخيار - ومع ذلك لا مانع من الالتزام بانه يمنع عن الرد بالعيب السابق من جهة ما دل على سقوطه بتغير العين.

[٢] قوله فنشأ هذا القول عدم ضمان البائع

قد عرفت انه ليس منشأ له بل المنشأ هو وجود المقتضى وهو مادل على سقوط

الرد مع عدم قيام العين

[٣] قوله هذا من المحقّق مناف لما ذكره في الشرائع

بما ذكرناه ظهر عدم التنافي فلا حظ وتامل

[٤] قوله ثم انه ربما يجعل قول المحقّق عكساً لقول شيخه

الجامع هو صاحب الجواهر رحمته الله وهو غير تام فان المحقّق يقول بخيار واحد وهو

خيار الحيوان وشيخه ملتزم بثبوت خيارين احدهما خيار الحيوان والاخر خيار العيب

الحادث في زمان الخيار فلا وجه لدعوى المعاكسة وكان صاحب الجواهر رحمته الله تخيل ان ابن

نما يقول بثبوت خيار العيب خاصة فجعل قوله عكس قول المحقّق وضعفهما بان مقتضى

الادلة التعدد.

وأما الثالث: اعنى العيب الحادث في يد المشتري بعد القبض والخيار. [١]
 فالمشهور أنه مانع عن الرد بالعيب السابق، بل عن شرح الإرشاد لفخر الإسلام.
 وفي ظاهر الغنية الإجماع عليه، والمراد بالعيب هنا مجرد النقص لا خصوص ما
 يوجب الأرض، فيعم عيب الشركة وتبعض الصفقة اذا اشترى اثنان شيئاً فأراد
 أحدهما رده بالعيب، او اشترى واحد صفقة وظهر العيب في بعضه فأراد ردّ المعيب
 خاصة، ونحوه نسيان العبد الكتابة كما صرح به في القواعد وغيره ونسيان الدابة
 للطحن كما صرح به في جامع المقاصد ويمكن الاستدلال على الحكم في المسألة
 برسلة جميل المتقدمة، فإن قيام العين وان لم يناف بظاهره مجرد نقص الأوصاف، كما
 اعترف به بعضهم في مسألة تقديم قول البائع في قدر الثمن مع قيام العين. إلا أن
 الظاهر منه بقرينة التمثيل لمقابله بمثل قطع الثوب وخياطته وصبغه ما يقابل تغير
 الأوصاف والنقص الحاصل ولو لم يوجب أرشاً كصبغ الثوب وخياطته.
 نعم قد يتوهم شموله لما يقابل للزيادة، كالثمن وتعلم الصنعة، لكنه يندفع بأن

العيب الحادث بعد القبض والخيار

[١] المورد الثالث: ما اذا كان حدوث العيب في يد المشتري بعد القبض والخيار،
 والكلام فيه في جهات:
 الاولى: في بيان الأدلة التي اقيمت لما نعية العيب الحادث بعد انقضاء الخيار للرد
 بالعيب القديم، وهي امور:
 الاول: ما عن مفتاح الكرامة، وهو: ان العيب الحادث من جهة كونه مضموناً على
 المشتري كان بمنزلة احداثه في المبيع حدثاً المنصوص على مانعيته من الرد.
 وفيه: انه لم يدل دليل على هذا التنزيل، ومشاركتها في كون العيب مضموناً على
 المشتري مع افتراقها من جهة كون الاحداث فعلاً من افعال المشتري لاتصلح دليلاً
 للتنزيل.

الظاهر من قيام العين بقائه بمعنى ان لا ينقص ماله لا بمعنى ان لا يزيد ولا ينقص، كما لا يخفى على المتأمل.

واستدل العلامة في التذكرة على اصل الحكم قبل المرسله، بأن العيب الحادث يقتضى اتلاف جزء من المبيع، فيكون مضموناً على المشتري، [١] فيسقط ردّه للنقص الحاصل في يده، فإنه ليس تحمّل البائع له بالعيب السابق اولى من تحمّل المشتري به للعيب الحادث هذا. ولكن المرسله لا تشمل جميع افراد النقص مثل نسيان الدابة للطحن وشبهه والوجه المذكور في التذكرة قاصر عن افادة المدعي، لأن المرجع بعد عدم الاولوية من احد الطرفين الى اصالة ثبوت الخيار، وعدم ما يدلّ على سقوطه، غاية الأمر أنه لو كان الحادث عيباً كان عليه الأرض للبائع اذا ردّه، كما اذا تقايلا او فسخ احدهما بخياره بعد تعيب العين، اما مثل نسيان الصنعة وشبهه فلا يوجب ارشاً بل يرده، لأن النقص حدث في ملكه وأما يضمن وصف الصحة لكونه كالجزمه التالف. فيرجع البائع بعد الفسخ ببذله. نعم لو علّل الرد بالعيب القديم، بكون الصبر على الميعب ضرراً، امكن ان يقال ان تدارك ضرر المشتري بجواز الرد مع تضرر البائع بالصبر على العيب الحادث ممّا لا يقتضيه قاعدة نفي الضرر لكن العمدة في دليل الرد هو النص والاجماع، فاستصحاب الخيار عند الشك في المسقط لا باس به

[١] الثاني: ما عن العلامة رحمته في التذكرة، وعبارته لا تخلو عن تشابه، وتوضيح ما افاده: ان العيب الحاصل تحت يد البائع يكون البائع متحماً له، وتداركه انما يكون بجواز رد المشتري للمبيع على البائع، والعيب الحاصل تحت يد المشتري يكون المشتري متحماً له، وتداركه انما يكون بجواز امتناع البائع من استرداده، فاحدهما مقتض والاخر مانع، فلا يؤثر المقتضي في جواز الرد، فيتعين الامساك.

وفيه: ان مقتضى اطلاق ادلة خيار العيب جواز الرد في صورة حدوث العيب عند المشتري، ولا معارض لها في مقام الاثبات

سوى قاعدة نفي الضرر من جانب البائع، وهي مع معارضتها بقاعدة نفي الضرر من جانب المشتري وتساقطها معاً لاتصلح لمعارضة اخبار خيار العيب.

إِلَّا أَنَّ الْإِنْصَافَ أَنَّ الْمُسْتَفَادَ مِنَ التَّمْثِيلِ فِي الرِّوَايَةِ بِالصَّبْغِ وَالْخِيَاطَةِ هُوَ اِنَاطَةُ الْحُكْمِ بِمَطْلُوقِ النَّقْصِ.

توضيح ذلك أنَّ المراد بقيام العين هو ما يقابل الأعمَّ من تلفها وتغيُّرها على ما عرفت من دلالة ذكر الأمثلة على ذلك، لكنَّ المراد من التَّغْيِيرِ هُوَ الْمَوْجِبُ لِلنَّقْصِ لَا الزَّيَادَةَ، لِأَنَّ مِثْلَ السَّمَنِ لَا يَمْنَعُ الرَّدَّ قِطْعاً، وَالْمَرَادُ بِالنَّقْصِ هُوَ الْأَعْمُ مِنَ الْعَيْبِ الْمَوْجِبِ لِلارْشِ، [١] فَإِنَّ النَّقْصَ الْحَاصِلَ بِالصَّبْغِ وَالْخِيَاطَةِ أَمَّا هُوَ لَتَعْلَقَ حَقُّ الْمُشْتَرِي بِالثُّوبِ مِنْ جِهَةِ الصَّبْغِ وَالْخِيَاطَةِ. وَهَذَا لَيْسَ عَيْباً اصْطِلَاحِيّاً وَدَعَايَ اخْتِصَاصِهِ بِالتَّغْيِيرِ الْخَارِجِيِّ الَّذِي هُوَ مُورَدُ الْأَمْثَلَةِ فَلَا يَحْتَمِلُ مِثْلَ نَسْيَانِ الدَّابَّةِ لِلطَّحْنِ، يَدْفَعُهُ أَنَّ الْمَقْصُودَ بِمَجْرَدِ النَّقْصِ مَعَ أَنَّهُ إِذَا ثَبَتَ الْحُكْمُ فِي النَّقْصِ الْحَادِثِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَيْباً اصْطِلَاحِيّاً، ثَبَتَ فِي الْمَغْيَرِ وَغَيْرِهِ لِلْقَطْعِ بِعَدَمِ الْفَرْقِ، فَإِنَّ الْحَتْمَ هُوَ ثَبُوتُ الْفَرْقِ فِي النَّقْصِ الْحَادِثِ بَيْنَ كَوْنِهِ عَيْباً اصْطِلَاحِيّاً لَا يَجُوزُ رَدُّ الْعَيْنِ

الثالث: ما عن الجواهر، وهو عدم صدق الرد حينئذ، واقتضاء الرد عدم تعيب المبيع وجبره بالارش لا يصيره ردا حقيقة.

وفيه: ان صدق الرد يتوقف على بقاء ذات المبيع لا على بقاء جميع خصوصياته.
الرابع: مرسل جميل^(١) المتضمن لكون المردود قائما بعينه، ولا يصدق على الميعب انه قائم بعينه.

[١] الجهة الثانية: في ان المدار على كون الحادث عيبا اصطلاحيا، وهو ما يوجب الارش، او على ما يوجب نقصا في ماليته، او على التغير الحسي، او على التغير مطلقا لا ينبغي التوقف في انه ليس المراد به العيب الاصطلاحي لعدم اخذه في الموضوع، مع ان خياطة الثوب الواقعة في المرسل ليست عيبا، كما انه لا ينبغي التوقف في عدم كون المراد خصوص التغير المنقص للمالية لعدم كون الخياطة كذلك، فيدور الأمر بين الأخيرين.

والظاهر من المرسل هو الأخير، فان عدم قيام العين قد يكون بورود النقص على ذاتها، وقد يكون بوروده على صفتها القائمة بجرم المبيع، وقد يكون بورود النقص على

الأم مع ارشه وكونه مجرد نقص لا يوجب ارشاً كنسيان الكتابة والطحن. أما الفرق في افراد النقص الغير الموجب للارش، بين مغير العين حساً وغيره فلا مجال لاحتماله.

ثم ان ظاهر المفيد في المنفعة، المخالفة في اصل المسألة، وان حدوث العيب لا يمنع من الرد لكنه شاذ على الظاهر، ثم مقتضى الأصل عدم الفرق في سقوط الخيار بين بقاء العيب الحادث وزواله، فلا يثبت بعد زواله [١] لعدم الدليل على الثبوت بعد السقوط، قال في التذكرة عندنا ان العيب المتجدد مانع عن الرد بالعيب السابق، سواء زال ام لا، لكن في التحرير لو زال العيب الحادث عند المشتري ولم يكن بسببه كان له الرد ولا ارش عليه، انتهى.

ولعل وجهه ان الممنوع هو رده معيوباً، [٢] لأجل تضرر البائع وضمان المشتري لما يحدث وقد اتفق الامران

وصفها القائم بنفسها كنسيان العبد للكتابة، وقد يكون بورود النقص الاعتباري كالشركة، ومقتضى اطلاق المرسل السقوط بكل ما يصدق عليه عنوان التغير الملازم لعدم قيام العين.

المجهة الثالثة: اذا تغيرت العين بالزيادة، فهل يكون ذلك مانعاً عن الرد لاطلاق المرسل، ام لا لما افاده المصنف رحمه الله وغيره بان الظاهر من قيام العين بقائها بمعنى ان لا ينقص ماليتها لا بمعنى ان لا تزيد ولا تنقص، ام هناك تفصيل؟ وجوه:

اقواها الأخير، فان الزيادة اذا كانت مما يكون للمشتري بحيث لو فسخ البيع يكون له الرجوع على البائع بقيمتها، او يكون شريكاً له في العين بالنسبة، فهي تمنع عن الرد، لأن صبح الثوب بل وخياطته من هذا القبيل

وان لم تكن كذلك -كسمن الدابة وتعلم الصنعة - لا تكون مانعة، لأن المنع من الرد لما كان رعاية لحال البائع، فلا محالة يكون المرسل منصرفاً عن ذلك. فتأمل.

[١] المجهة الرابعة: اذا زال العيب الحادث هل يجوز رد المبيع ام لا؟

وقد استدلل للأول بوجوه:

[٢] الأول: ما في المتن، وحاصله: ان الممنوع هو رد المبيع معيوباً من جهة اقتضاء

ولو رضى البائع بردهً مجبوراً بالأرش أو غير مجبور جاز الرد، [١] كما في الدروس وغيره لأن عدم الجواز لحقّ البائع [٢] وإلاً فقتضى قاعدة خيار الفسخ عدم سقوطه بمحدث العيب، غاية الأمر ثبوت قيمة العيب، وأنما منع من الرد هنا للنص والاجماع أو للضرر

دليل نفي الضرر، وكون العيب الحادث مضموناً على المشتري، فإذا انتفى الأمران - كما في المقام - ارتفع المانع عن التمسك باطلاق دليل الخيار المقتضي لثبوته. وفيه: ان المقيّد للاطلاق هو مرسل جميل المتضمن لتقييده بقيام المبيع بعينه، فالمتعين ملاحظة حاله.

الثاني: ما في الحاشية، وهو: ان كون المبيع معيباً مقتض للرد، والعيب الحادث مانع، فإذا زال المانع اثر المقتضي اثره.

وفيه: انه في الشرعيات لا يتميز المقتضي عن المانع، ولا بد من ملاحظة المقتضي في مقام الاثبات.

الثالث: ما في حاشية السيد ايضاً، وهو صدق قيام العين حينئذ، بدعوى ان ظاهره اعتبار قيامها على حال الرد، وحين ارادته، وهذا يصدق في الفرض.

وفيه: ان الحادث غير الزائل بناء على امتناع اعادة المدوم فالعين غير قائمة،

فالأظهر بحسب النص عدم جواز الرد بلا حاجة الى التمسك بالاستصحاب.

[١] الجهة الخامسة: اذا رضى البائع برد المعيب بالعيب الحادث مجبوراً بالأرش أو

غير مجبور، هل للمشتري الرد بحق الخيار، أو لا يجوز الا بالاقالة والتفاسخ؟ وجهان.

قد استدلل للأول بوجهين:

[٢] الأول: ما في المتن، وحاصله: ان عدم جواز الرد على البائع من باب رعاية

حال البائع، والا فالتغير لا يمنع من الفسخ، وحقه يسقط برضاه، فيبقى حق المشتري بلا مزاحم.

وفيه: ان مقتضى اطلاق دليل الخيار ثبوت حق الرد حتى مع التغير، والمرسل قيده

بما اذا كانت العين قائمة بعينها، ولا يكون متكفلاً لاثبات حق للبائع. وجواز امتناع البائع

ومما ذكرنا يعلم أنّ المراد بالأرض الذي يغرّمه المشتري عند الرد قيمة العيب لا الأرض [١] الذي يغرّمه البائع للمشتري عند عدم الرد لأنّ العيب القديم مضمون بضمان المعاوضة والحادث مضمون بضمان اليد. [٢]

ثمّ أنّ صريح المبسوط أنّه لو رضي البائع بأخذه معيوباً لم يجز مطالبته بالأرض وهذا أحد المواضع التي اشرنا في أوّل المسألة الى تصريح الشيخ فيها بأنّ الأرض مشروط باليأس من الرد، وينافيه اطلاق الأخبار بأخذ الأرض.

من قبول الرد انما هو لعدم الخيار للمشتري لا لثبوت حق شرعي له، وما افاده الله من ان ذلك لرعاية حال البائع لا يثبت به كون ذلك حقاً قابلاً للاسقاط.

الثاني: قصور دليل مانعيه العيب الحادث عن الشمول لما اذا رضى البائع، فلا مانع عن الخيار الثابت بدليله في ذلك الفرض.

وفيه: ان منطوق المرسل ان كان الثوب قائماً بعينه غير مقيد برضا البائع، فكيف يقيد مفهومه به مع ان المفهوم تابع للمنطوق في العموم والخصوص؟
فالأظهر انه ليس له الرد الا بعنوان الاقالة.

[١] قوله ومما ذكرنا يعلم ان المراد بالأرض الذي يغرّمه المشتري عند الرد قيمة العيب لا الأرض

محصل الفرق بينهما، ان الأرض الذي يغرّمه البائع، انما يكون بازاء مقدار من الثمن جعل بازاء وصف الصحة ولو في لب الارادة فلو اشترى ما يسوى درهمين بدرهم، فظهر كونه معيوباً، وكان قيمة المعيوب نصف قيمة الصحيح، يكون البائع في المعاملة ملتزماً بنصف درهم في مقابل وصف الصحة لا بدرهم، وهذا بخلاف ما يغرّمه المشتري، فانه ان فسخ البيع يتعين عليه رد ما اخذه من البائع اليه، او قيمته، فحيث انه اتلف على البائع ما يوازي درهما فلا بد من ان يغرّمه بهذا المقدار، وهذا هو مراد المصنف رحمه الله بقوله

[٢] ان العيب القديم مضمون بضمان المعاوضة والحادث مضمون بضمان اليد.

تنبيه

ظاهر التذكرة والدروس أنّ من العيب المانع من الرد بالعيب القديم تبعض الصّفقة على البائع. [١]

وتوضيح الكلام في فروع هذه المسألة أنّ التعدّد المتصور فيه التبعض أمّا في احد العوضين وأمّا في البائع وأمّا في المشتري.

فالأوّل: كما اذا اشترى شيئاً واحداً أو شيئين بثمان واحد من بائع واحد فظهر بعضه معيباً، وكذا لو باع شيئاً بثمان، فظهر بعض الثمن معيباً.

والثاني: كما اذا باع اثنان من واحد شيئاً واحداً، فظهر معيباً واراد المشتري ان يردّ على احدهما نصيبه دون الآخر.

والثالث: كما اذا اشترى اثنان من واحد شيئاً، فظهر معيباً، فاختار احدهما الردّ دون الآخر والحق بذلك الوارثان لمشتري واحد للمعيب.

وأما التعدّد في الثمن بأن يشتري شيئاً واحداً بعضه بثمان وبعضه الآخر بثمان آخر فلا اشكال في كون هذا عقدين ولا اشكال في جواز التفريق بينهما.

تبعض الصّفقة لا يمنع من الرد

[١] وعن التذكرة والدروس: ان من العيب المانع من الرد بالعيب القديم تبعض الصّفقة.

لا إشكال ولا كلام فيما اذا اشترى شيئاً واحداً بعضه بثمان وبعضه بثمان آخر، ظهر احدهما معيوباً كان له الخيار بالنسبة اليه خاصة.

كما لا اشكال في عدم جواز التفريق بينهما لو كان المبيع واحداً خارجياً ولو عرفاً، كالجارية، مع كون البائع واحداً والمشتري واحداً.

أما الكلام فيما اذا كان البيع واحداً والمبيع متعدداً خارجاً، كما لو جعل الاثنين منضمّاً مبيعاً واحداً فظهر احدهما معيوباً او كان البائع متعدداً او المشتري كذلك فالكلام في مقامات.

أما الأول: فالمعروف أنه لا يجوز التبعيض فيه من حيث الرد، بل الظاهر المصرح به في كلمات بعض الاجماع عليه [١] لأن الردود ان كان جزءاً مشاعاً من المبيع الواحد، [٢] فهو ناقص من حيث حدوث الشركة،

[١] الأول: ما اذا كان التعدد المتصور فيه التبعض في احد العوضين، فقد ادعى الاجماع على انه لايجوز التبعض فيه من حيث الرد، وقد استدل له بوجوه:

احدها: ما عن الجواهر، وحاصله: ان الخيار حق واحد متعلق بمجموع المبيع لاكل جزء منه لا اقل من الشك والأصل للزوم. وبعبارة اخرى: ان الخيار حق حل العقد، وهو واحد متعلق بمجموع المبيع لاكل جزء منه.

وفيه: ان ظاهر ادلة الخيارات المجعولة لا لخصوصية في المبيع وان كان هو التسلّط على حل العقد برد تمام المبيع، فحل بعض العقد برد بعض المبيع في المجلس لا دليل عليه، ولكن الخيار المجعول لخصوصية في المبيع كخيار الحيوان فظاهر الدليل كون متعلق الخيار هو ما فيه الخصوصية دون غيره،

فلو ضم الحيوان الى شيء وباعها صفقة واحدة ثبت خيار الحيوان في خصوص الحيوان دون المجموع،

ومجرد وحدة العقد الانشائي لا تقتضي ذلك بالتوهم المشار اليه، والا لا نسد باب خيار تبعض الصفقة،

والمقام من قبيل الثاني، فان الميعول خيار واحد متعلق بما فيه عيب وعوار لا في المجموع، وعليه فمقتضى اطلاق الدليل جواز رده خاصة.

[٢] قوله لان الردود ان كان جزء مشاعاً من المبيع الواحد فهو ناقص

علق عليه المحقق الايرواني رحمته الله بقوله - لا تصور تعيب الجزء المشاع ليثبت خيار العيب فيه حتى يلزم الشركة انتهى

وفيه انه يتصور فيما اذا كان الجزء المشاع من المبيع مورد الدعوى فيكون العيب هو الجزء المشاع

وان كان معيّناً، فهو ناقص من حيث حدوث التفريق فيه وكلّ منها ناقص
يوجب الخيار لو حدث في المبيع الصحيح، [١] فهو أولى بالمنع عن الرد من نسيان
الدابة الطحن. وهذا الضرر وان امكن جبره بخيار البائع نظير ما اذا كان بعض
الصفقة حيواناً فردّه المشتري بخيار الثلاثة الاّ أنّه يوجب الضرر على المشتري اذ قد
يتعلّق غرضه بامساك الجزء الصحيح، ويدلّ عليه النص المانع عن الرد بخياطة
الثوب والصّنع، فإنّ المانع فيها ليس الاّ حصول الثّركة في الثوب بنسبة الصّنع
والخياطة لا مجرد تغير الهيئته. ولذا لو تغير بما يوجب الزيادة كالسّمن لم يمنع عن الرد
قطعاً.

[١] ثانيها: ما استند اليه المصنف عليه السلام، وهو: ان فسخ البعض يوجب الضرر على
البائع، لأنّه في الجزء المشاع موجب للشركة وفي الجزء المعين موجب للتفريق، وكلاهما
ضرر ونقص يوجب الخيار لو حدث في المبيع الصحيح، فهو أولى بالمنع عن الرد من نسيان
الدابة الطحن. وجبره بخيار البائع وتسلّطه على استرداد المجموع ضرر على المشتري
لتعلّق غرضه بامساك الصحيح، فيتعارضان، فلا يشمل الحديث شيئاً منها.
وفيه او لامنع كون مجرد التفريق ضرراً في جميع الموارد، نعم هو ضرر في مثل بيع
مصراعي الباب.

وثانياً: ان جواز فسخ البائع ليس ضرراً على المشتري، اذ لا يجب عليه الفسخ
بالثبته الى المعيب كي يجوز للبائع استرداد الصحيح، فهو باختياره يقدم على ذلك، ومثله
لا يكون مشمولاً للحديث.

وثالثاً: انه في بادئ الأمر ليس الاّ ضرر المشتري من الصبر على المعيب، فحديث
لا ضرر يشمل لوجود المقتضى وعدم المانع، ومن شموله لذلك يتولد ضرر آخر على البائع،
ولا يعقل ان يشمل الحديث، والاّ لزم من شموله لضرر المشتري عدم شموله له، وما يلزم
من وجوده عدمه محال.

ورابعاً: ان غاية ما يثبت بما افاده كون التبعض ضرراً على البائع، ولكن مانعية ذلك
عن اعمال المشتري خياره تتوقف على دليل مفقود،

وما ذكره من اولويته بالمنع عن الرد من نسيان الدابة الطحن
يرد عليه منع الاولوية لان نسيان الدابة حدث مانع عن الرد وفي المقام يكون المبيع
قائماً بعينه

وقد يستدلّ بعد ردّ الإستدلال بتبعض الصّفقة بما ذكرناه مع جوابه بظهور الأدلّة في تعلّق حقّ الخيار بمجموع المبيع لا كلّ جزء منه [١] لا أقلّ من الشكّ لعدم إطلاق موثوق به والاصل اللزوم، وفيه مضافاً الى أنّ اللازم من ذلك عدم جواز ردّ المعيب منفرداً وان رضي البائع، لأنّ المنع حينئذ لعدم المقتضى للخيار في الجزء لا لوجود المانع عنه وهو لزوم الضرر على البائع حتّى ينتفي برضا البائع، أنّه لا يشكّ احد في أنّ دليل هذا الخيار كغيره من ادلّة جميع الخيارات صريح في ثبوت حقّ الخيار لمجموع المبيع لا كلّ جزء ولذا لم يجوز احد تبعض ذي الخيار اجزاء ماله فيه الخيار، ولم يحتل هنا احد ردّ الصحيح دون المعيب وانما وقع الاشكال في أنّ محلّ الخيار هو هذا الشيء المعيوب، غاية الأمر أنّه يجوز ردّ الجزء الصحيح معه لئلاّ يتبعض الصّفقة عليه. وانما لقيام الاجماع على جواز ردّه وانما لصدق المعيوب على المجموع [٢] كما تقدّم، او أنّ محلّ الخيار هو مجموع ما وقع عليه العقد لكونه معيوباً ولو من حيث بعضه.

وبعبارة اخرى الخيار المسبّب عن وجود الشيء المعيوب في الصّفقة نظير الخيار المسبّب عن وجود الحيوان في الصّفقة، في اختصاصه بالجزء المعنون بما هو سبب للخيار ام لا، بل غاية الأمر ظهور النصوص الواردة في رد البيع الظاهر في تمام ما وقع عليه العقد [٣]

[١] هذا اشارة الى الوجه الاول الذي نقلناه عن صاحب الجواهر، ونقده

[٢] قوله واما لصدق المعيوب على المجموع

مراده ما اذا كان المبيع واحد اعرفا وكان بعضه معيوباً والا كان التزاماً بما ذكره صاحب الجواهر رحمته

[٣] قوله بل غاية الامر ظهور النصوص الواردة في رد البيع الظاهر في تمام ما وقع عليه العقد

هذا الترقى لدفع ما يتوهم وروده على الشق الثاني وهو عدم اختصاص الخيار بالجزء المعيوب

وحاصله انه وان سلم ظهور النصوص في ذلك الا ان المنصرف منها او ظاهرها ما اذا كان المبيع واحداً عرفاً ولا تشمل ما اذا كان المبيع اثنين منضمين الذي هو محل الكلام ولكن لازم هذا البيان عدم الخيار في المعيب المنضم الى الصحيح لا في الجزء ولا في الكل.

لكن موردّها المبيع الواحد العرفي المتّصف بالعيب نظير اخبار خيار الحيوان. وهذا المقدار لا يدلّ على حكم ما لو انضمّ المعيب إلى غيره، بل قد يدلّ كأخبار خيار الحيوان على اختصاص الخيار بخصوص ما هو متّصف بالعيب عرفاً باعتبار نفسه او جزئه الحقيقيّ كبعض الثوب لا جزئه الاعتباري كأحد الشّيتين الذي هو محلّ الكلام.

ومنه يظهر عدم جواز التّشبيث في المقام بقوله في مرسله جميل اذا كان الشّيء قائماً بعينه، [١] لأنّ المراد بالشّيء هو المعيب، ولا شكّ في قيامه هنا بعينه. وبالجمله فالعمدة في المسألة مضافاً الى ظهور الاجماع، ما تقدّم من ان مرجع جواز الرّد منفرداً إلى اثبات سلطة للمشتري على الجزء الصّحيح من حيث امساكه، ثمّ سلب سلطنته عنه بخيار البائع ومنع سلطنته على الرّد اولاً اولى ولا اقلّ من التّساوي، فيرجع الى اصالة اللزوم [٢]

[١] ثالثها: ما اشار اليه المصنّف رحمته الله، وهو: انه مقتضى المرسل، ^(١) لأنه لا يصدق قيام المبيع بعينه لو رد البعض.

وفيه: اولاً: ان الظاهر من المرسل اعتبار كون المبيع قائماً بعينه قبل الفسخ، وهذا موجود في المقام.

وثانياً: ان المراد كون المعيب قائماً بعينه، وهو كذلك حتى بعد الفسخ.

[٢] رابعها: ما في المتن: ايضاً، وهو: ان مرجع جواز الرد منفرداً الى اثبات سلطة المشتري على امساك الجزء الصحيح ثمّ سلب سلطنته عنه بخيار البائع، ومنع سلطنته على الرد اولاً اولى، ولا اقل من التّساوي، فيرجع الى اصالة اللزوم.

وفيه مضافاً الى ما قد مران مرجعه ليس الى ذلك بل الى السلطنة على حل العقد على المعيوب وسلطنة البائع على حله بالاضافه الى الصحيح، لاتنا في تلك بل لسلطنة المالك على ماله

ان مدرك خيار العيب ليس هو قاعدة لاضرر. بل النص، فلا بد من الرجوع اليه

والفرق بينه وبين خيار الحيوان الاجماع، كما ان للشفع ان ياخذ بالشفعة في بعض الصفقة.

وبالجمل فالاصل كاف في المسألة، ثم ان مقتضى ما ذكره من إلحاق تبعض الصفقة بالعيب الحادث أنه لو رضي البائع بتبعض الصفقة جاز الرد، كما في التذكرة معللاً بأن الحق لا يعدوها وهذا مما يدل على ان محل الخيار هو الجزء المعيب، [١] ألا أنه منع من رده نقصه بالانفراد عن باقي المبيع، اذ لو كان محله المجموع لم يجوز رد المعيب وحده إلا بالتفاسخ ومعه يجوز رد الصحيح منفرداً ايضاً.

وهو يقتضي خيار المشتري، وبعد ذلك ان قام دليل على خيار البائع اخذ به ايضاً، والا فلا.

خامسها: النص^(١) المانع عن الرد بالخياطة والصبغ، اذ المانع فيها ليس الا حصول الشركة في الثوب بنسبة الصبغ والخياطة. وفيه: ان المانع هو تغير الهيئة، وانما لا يمنع ذلك اذا كان بما يوجب الزيادة لانصراف النص كما تقدم.

سادسها: الاجماع.

وفيه: انه لمعلومية مدرك المجمعين لا يعتمد عليه.

[١] قوله وهذا مما يدل على ان محل الخيار هو الجزء المعيب

لادلالة فيما افاده على ذلك اذ يمكن ان يكون نظر العلامة الى كون مورد الخيار المجموع وانما التزم بمجاوز رد المعيب من جهة رجوعه الى التفاسخ والاقالة. فتحصل: ان الأظهر ان التبعض لا يمنع من الرد، غاية الأمر ان لكل من البائع والمشتري خيار تبعض الصفقة بالنسبة الى الجزء الصحيح.

حكم ما اذا كان المشتري متعدداً

وأما الثالث: وهو تعدّد المشتري بأن اشترى شيئاً واحداً، فظهر فيه عيب، [١] فإن الأقوى فيه عدم جواز انفراد أحدهما على المشهور كما عن جماعة. واستدلّ عليه في التذكرة وغيرها بأنّ التّشقيص عيب مانع من الرّد، [٢] خلافاً للمحكي عن الشّيخ في باب الشّركة، والا سكا في والقاضي والحليّ وصاحب البشرى فجوّزوا الافتراق.

[١] المقام الثاني: ما اذا كان المشتري متعدداً، قال العلامة في التبصرة ولو اشترى اثنان صفقة لم يكن لأحدهما رد حصته بالعيب الا اذا وافقه الآخر وقبل بيان الدليل ينبغي تقديم مقدمتين.

أحدهما: ان موضوع البحث في هذا المقام والمقام الثالث انه بتعدد المشتري او البائع، مع وحدة العقد الانشائي والمبيع عرفاً، هل يتعدد الخيار ام لا؟ بل وحدة الخيار وتعدد تدوران مدار وحدة العقد او المبيع او تعدده، وموضوع البحث في المقام الأول كان على العكس من ذلك، وهو انه مع وحدة البائع والمشتري والعقد وتعدد المبيع هل يتعدد الخيار ام لا؟

ثانيتها: في الأقوال في المسألة، وهي اربعة:

الأول: الجواز.

الثاني: عدمه.

الثالث: التفصيل بين علم البائع، بالتعدد فالأول، وعدمه فالثاني.

الرابع: التفصيل المنسوب الى ظاهر المبسوط وهو الجواز مع تحقق القبول من المشتري، والوجهان مع وحدة القبول.

اذا عرفت هاتين المقدمتين، فاعلم: انه قد استدلل لعدم الجواز بوجوه:

[٢] أحدها: ما استدلل به في محكي التذكرة وغيرها وسلّمه المصنف رحمته الله، وهو: ان لازمه التبعض على البائع وهو عيب يمنع من الرد كسائر العيوب الحادثة عند المشتري.

وفيه: اولاً: ما تقدم من ان المبيع قائم بعينه قبل الفسخ، ولو سلم تغيره بعد الفسخ فهو لا يكون مانعاً.

وفي التذكرة ليس عندي فيه بُعد، اذ البائع اخرج العبد اليهما مشقّصاً، فالشركة حصلت بايجابه، وقوّاه في الايضاح لما تقدّم من التذكرة، وظاهر هذا الوجه اختصاص جواز التفريق بصورة علم البائع بتعدّد المشتري، واستجوده في التحرير وقوّاه في جامع المقاصد وصاحب المسالك.

وقال في المبسوط اذا اشترى الشريكان عبداً بمال الشركة، ثمّ اصابا به عيباً كان لهما ان يردّاه وكان لهما ان يمسكاه، فإن اراد احدهما الرّد والآخر الإمساك كان لهما ذلك

ثمّ قال ولو اشترى احد الشريكين للشركة، ثمّ اصابا به عيباً، كان لهما ان يردّاه وان يمسكاه، فإن اراد احدهما الرّد والآخر الإمساك نظر، فإن أطلق العقد ولم يخبر البائع أنّه قد اشترى للشركة لم يكن له الرّد، لأنّ الظاهر انه اشتراه لنفسه فاذا ادعى انه اشتراه له ولشريكه فقد ادعى خلاف الظاهر، فلم يقبل قوله، وكان القول قول البائع مع يمينه، إلى ان قال وان اخبر البائع بذلك قيل فيه وجهان:

أحدهما: وهو الصحيح أنّ له الرّد لأنّ الملك بالعقد وقع لأثنين، فقد علم البائع أنّه يبيعه من اثنين وكان لأحدهما أن ينفرد بالرّد دون الآخر، وقيل فيه وجه آخر، وهو أنّه ليس له الرّد، لأنّ القبول في العقد كان واحداً، انتهى.

وظاهر هذه العبارة اختصاص النزاع بما اذا كان القبول في العقد واحداً من اثنين. اما اذا تحقّق القبول من الشريكين، فلا كلام في جواز الافتراق، ثمّ الظاهر منه مع اتّحاد القبول التفصيل بين علم البائع وجهله، لكن التأمّل في تمام كلامه قد يعطي التفصيل بين كون القبول في الواقع لاتنين او لواحد، فإنّه يبيّض علل عدم جواز الرّد في صورة عدم اخبار المشتري بالاشتراك، بأنّ الظاهر أنّه اشتراه لنفسه لا بعدم علم البائع بالتعدّد وكذا حكمه يبيّض بتقدّم قول البائع بيمينه المستلزم لقبول البيّنة من المشتري على أنّ الشراء بالاشتراك دليل على أنّه يجوز التفريق بمجرد ثبوت التعدّد في الواقع بالبيّنة وان لم يعلم به البائع الآن يحمل اليمين على يمين البائع على نفي العلم، ويراد من البيّنة البيّنة على اعلام المشتري للبائع بالتعدّد، وكيف كان فبني المسألة على ما يظهر من كلام الشيخ على تعدّد العقد بتعدّد المشتري ووحدته.

والأقوى في المسألة عدم جواز الافتراق مطلقاً، لأنّ الثابت من الدليل هنا خيار واحد متقومّ باثنين، فليس لكلّ منهما الاستقلال، ولا دليل على تعدّد الخيار هنا إلاّ إطلاق الفتاوى والتّصوص من أنّ من اشترى معيماً فهو بالخيار، الشّامل لمن اشترى جزءاً من المعيب، لكنّ الظاهر بعد التأمّل انصرافه الى غير المقام، ولو سلّمنا الظهور لكن لا ريب في أنّ ردّ هذا المبيع منفرداً عن المبيع الآخر نقص حدث فيه، بل ليس قائماً بعينه ولو بفعل الممسك لحصّته وهو مانع من الرّد، ومن ذلك يعلم قوّة المنع وان قلنا بتعدّد العقد وما ذكره تبعاً للتذكّرة من أنّ التّشقيص حصل بإيجاب البائع [١] فيه أنّه اخرجّه غير مبعض وأنما تبعض بالاخراج والمقصود حصوله في يد البائع، كما كان قبل الخروج [٢] وخلاف ذلك ضرر عليه، وعلم البائع بذلك ليس فيه اقدام على الضّرر الآلى تقدير كون حكم المسألة جواز التّبعيض وهو محلّ الكلام. [٣]

وثانياً: انه بعدالفسخ ايضا قائم بعينه، فان ما اخذه كل من المشتريين قائم بعينه، فان ما اخذه كل من المشتريين قائم على ما كان عليه عند اخذه، فانه لم ياخذ الا حصة نفسه، فافتراق حصته عن حصة صاحبه ليس نقصا فيما اخذه. والظاهر ان هذا مراد العلامة رحمته الله، من قوله:

[١] ان التشقيص حصل بإيجاب البائع،

ولا يرد عليه ما ذكره المصنف رحمته الله بقوله:

[٢] انه تبعض بالاخراج والمقصود حصوله في يد البائع كما كان قبل الخروج،

فانه يرد عليه: ان المقصود ارجاع ما تلقاه من البائع وتملكه منه، وهو حاصل.

ثانياً: ان النص منصرف الى غير المقام - اي الى ما اذا اتحد المشتري

وقد استند المصنف رحمته الله اليه في المنع.

وفيه: انه لو تم ذلك لزم ان لا يحكم بالخيار لمجموع المشتريين ايضا،

مع انه لا يتم اذ لا وجه للانصراف سوى الغلبة.

[٣] ثالثها: ما ذكره المصنف رحمته الله بقوله: ان خلاف ذلك ضرر عليه وعلم البائع بذلك

ليس فيه قدام على الضّرر الآلى تقدير كون حكم المسألة جواز التّبعيض، وهو محلّ الكلام.

والحاصل انّ الفرق بين هذه المسألة والمسألة الاولى غير وجيه.
وامّا الثاني: وهو تعدّد البائع، فالظاهر عدم الخلاف في جواز التفريق
اذلا ضرر على البائع بالتفريق [١] ولو اشترى اثنان من اثنين عبداً واحداً فقد
اشترى كلّ من كلّ ربيعاً فإن اراد احدهما ردّ ربع الى احد البائعين دخل في المسألة
الثالثة، ولذا لا يجوز لأنّ المعيار تبعض الصّفقة على البائع الواحد.

وقد تقدم الجواب عن ذلك في المقام الأول.
رابعها: ان العقد واحد، فالخيار الذي هو حل العقد واحد، ومستعلقه المجموع،
فلا يجوز رد البعض.

وفيه: ان المراد من العقد الذي حكم عليه بالوحدة ان كان هو العقد الانشائي
فيرد عليه
اولا: انه يمكن القول بتعدده اذا قبل المشتريان، فانه لا يمكن القول بوحدة الايجاب
وتعدد القبول لتضائفهما.

وثانيا: انه لا عبرة الا بالبيع الحقيقي والعقد المعنوي اللبي،
وان كان هو العقد المعنوي
فيرد عليه: انه مع تعدد الملكية لا محالة يتعدد التمليك لوحدة الايجاد والوجود، وهو
البيع الحقيقي.

خامسها: ان الثابت بالدليل هنا خيار واحد قائم باثنين، فليس لكل منهما
الاستقلال.

وفيه: ان الدليل يثبت الخيار لكل من اشترى شيئا وبه عيب على نحو القضية
الحقيقية، وفعلية ذلك. انما تكون بفعلية موضوعه، وتعدده تابع لتعدد موضوعه خارجا،
ومن المعلوم انه يصدق على كل من المشتريين انه اشترى شيئا وبه عيب،
ففتضى اطلاق النص ثبوت الخيار له مستقلا.

فتحصل: ان الأظهر جواز الرد، كما ظهر مدرك القولين الآخرين والجواب عنه.

المقام الثالث: ما اذا كان البائع متعدداً، ففي المتن
[١] فالظاهر عدم الخلاف في جواز التفريق، اذ لا ضرر على البائع بالتفريق.

مسألة: يسقط الأرض دون الرد في موضعين: [١]

أحدهما: إذا اشترى ربوياً بمنجسه فظهر عيب في أحدهما فلا ارش حذراً من الربا [٢] ويحتمل جواز اخذ الأرض ونفي عنه البأس في التذكرة [٣] بعد ان حكاها وجهاً ثالثاً لبعض الشافعية موجهاً له بأن المائلة في مال الربا إنما يشترط في ابتداء العقد وقد حصلت والأرض حق ثبت بعد ذلك لا يقدح في العقد السابق، انتهى.

ثم ذكر أن الأقرب أنه يجوز اخذ الأرض من جنس العوضين لأن الجنس لو امتنع أخذه لا تمتنع اخذ غير الجنس لأنه يكون بيع مال الربا بمنجسه مع شيء آخر، انتهى وعن جامع الشرائع حكاية هذا الوجه عن بعض اصحابنا المتقدم على العلامة

ولكن يرد: ان مجرد عدم المانع لا يكفي في الحكم بثبوت الخيار.
وبالجملة: ان الكلام في هذا المقام بعينه هو الكلام في المسألة المتقدمة دليلاً ومختاراً،
فالأظهر هو الجواز في المقامات الثلاثة

مسقطات الارش خاصة

[١] السابعة: يسقط الارش دون الرد في موضعين:

[٢] أحدهما: ما اذا اشترى ربوياً بمنجسه فظهر عيب في أحدهما فلا ارش حذراً من الربا هكذا افاد جماعة،

[٣] ونفي العلامة في محكي التذكرة البأس عن جواز اخذ الارش.

لا كلام ولا اشكال في صحة العقد وجواز الرد

وأما الكلام في انه هل يستحق الارش ام لا، ام يفصل بين أخذه من الجنس فلا

يجوز ومن غيره فيجوز؟

وتنقيح القول في المقام يقتضي البحث في موردين:

الأول: في انه هل يوجب اخذ الارش الربا ام لا يوجب؟

الثاني: في حكمه على فرض صيرورته ربوياً.

اما الأول: فقد استدل لصيرورته ربوياً باخذ الارش بوجوه:

وحاصل وجهه أنّ صفة الصّحة لم تقابل بشيء من الثمن حتّى يكون المقابل للمعيب الفاقد للصّحة انقص منه قدرأ بل لم تقابل بشيء اصلاً ولو من غير الثمن والّاّ ثبت في ذمّة البائع وان لم يختّر المشتري الأرض بل الصّحة وصف التزمها البائع في المبيع من دون مقابلته بشيء من المال كسائر الصفات المشترطة في المبيع إلاّ أنّ المشهور جوّز للمشتري مع تبين فقدّه اخذ ما يخصّه بنسبة المعاوضة من الثمن او غيره وهذه غرامة شرعيّة حكم بها الشّارع عند اختيار المشتري لتغريم البائع، [١] هذا ولكن يمكن ان يدعى انّ المستفاد من ادلّة تحرّيم الربا

منها: ان الارش وان كان مجعولا شرعياً الا انه لا فرق في حرمة الربا بين كون الزيادة بجعل من المتعاقدين، او بحكم الشارع: فانه من باب تتميم الناقص، مع انهاما متماثلان من حيث المقدار.

[١] وفيه: ان جعل الارش من الشارع ليس بعنوان تتميم الناقص، بل هو غرامة محضة. حكم بها الشارع عند اختيار المشتري لتغريم البائع
ومنها: ان الارش وان لم يوجب زيادة احد العوضين الا انه يوجب نقص الاخر، وهو ما يؤخذ منه الارش.

وفيه: انه سيجيء في محله من ان الارش ليس جزء من العوض كي يكون تنقيصاً موجباً لتعادل العوضين،
بل لو سلم حكم الشارع برد بعض الثمن لا يكون ذلك بعنوان انفساخ بعض العقد، بل بعنوان تملك جديد.

ومنها: ان الارش انما يكون بالتزام البائع بالتدارك عند نقص وصف الصحة، فهو من قبيل شرط الزيادة داخل في الربا.

وفيه: اولاً: ان لازم ذلك بطلان البيع.

وثانياً: ان اشتراط وصف الصحة كاشتراط سائر الصفات ليس التزاماً بالارش، بل بالخيار والارش جعل بحكم الشارع.

وحرمة المعاوضة الأمثلاً بمثل بعد ملاحظة أنّ الصحيح والمعيّب جنس واحد
ان وصف الصّحة في احد الجنسين كالمعدوم [١] لا يترتب على فقده استحقاق
عوض ومن المعلوم أنّ الأرض عوض وصف الصّحة عرفاً وشرعاً فالعقد على
المتجانسين لا يجوز ان يصير سبباً لاستحقاق احدهما على الآخر زائداً على ما
يساوي الجنس الآخر.

وبالجملة فبناء معاوضة المتجانسين على عدم وقوع مال في مقال الصّحة
المفقودة في احدهما والمسألة في غاية الاشكال ولا بدّ من مراجعة أدلّة الرّبا وفهم
حقيقة الأرض وسيجيء بعض الكلام فيه انشاء الله.

ومنها ما في المتن قال،

[١] بعد ملاحظة ان الصحيح والمعيّب جنس واحد ان وصف الصّحة في احد
الجنسين كالمعدوم

حاصله: ان الارش عوض وصف الصّحة فع كون الصحيح والمعيّب جنسا واحداً
وان وصف الصّحة في احد الجنسين كالمعدوم لا يترتب على فقده استحقاق عوض على ما
هو المستفاد من الأدلة، لا محالة يكون زائداً على ما يساوي الجنس الاخر، فتشمله ادلة
حرمة الربا، اذ لا فرق فيها بين سببية العقد للزيادة بلا واسطة او بواسطة سببته لاستحقاق
الارش.

وفيه: ان الارش غرامة شرعية مجعولة لا ان العقد سبب له
وبعبارة اخرى: ما يتكفله دليل الربا انما هو عدم جواز التملك على وجه التفاضل
لا ايجاد موضوع له حكم شرعي قهري.

ومنها: ما عن المحقق الخراساني رحمته الله، وهو: ان الارش وان لم يوجب انعقاد العقد على
المتفاضلين، الا انه يوجب استقراره عليهما، ولا فرق في الربا بين ان يكون انعقاد العقد على
المتفاضلين او استقراره عليهما.

وفيه: ان اللزوم خارج عن العقد، فصيرورة العقد لازماً باخذ الارش غير كون
استقرار العقد متوقفاً عليه.

الثاني: ما لو لم يوجب العيب نقصاً في القيمة فإنه لا يتصور هنا ارش [١] حتى يحكم بثبوتة وقد مثّلوا لذلك بالخصاء في العيب وقد يناقش في ذلك بأن الخصاء موجب في نفسه لنقص القيمة لقوات بعض المنافع عنه كالفحولة وأنما يرغب في الخصي قليل من الناس لبعض الاغراض الفاسدة اعني عدم تسرّ النساء منه فيكون واسطة في الخدمات بين المرء وزوجته وهذا المقدار لا يوجب زيادة في اصل المالّية [٢] فهو كعنب معيوب يرغب فيه لجودة خمره لكنّ الإنصاف أنّ الرّاغب فيه لهذا الغرض حيث يكون كثيراً لا نادراً بحيث لا يقدح في قيمته المتعارفة لولا هذا الغرض [٣] صحّ ان يجعل الثمن المبذول من الرّاغبين مقداراً للمالّية الخصي فكان هذا الغرض صار غرضاً مقصوداً متعارفاً وصحّة الغرض وفساده شرعاً لا دخل لها في المالّية العرفيّة، كما لا يخفى.

فتحصل: انه لا يكون داخلاً في الربا، فالأظهر صحة العقد وجواز اخذ الارش. واما المورد الثاني: فان قلنا بدخوله تحت دليل حرمة الربا، لا محالة يقع التعارض بين ذلك الدليل ودليل استحقاق الارش، وحيث ان النسبة عموم من وجه، ودلالة كل منهما على حكم المجمع بالاطلاق، فاما ان يقال انها يتساقطان ويرجع الى اصالة عدم استحقاق الارش، او انه لا بد من الرجوع الى المرجحات، والترجيح مع دليل حرمة الربا، وعلى التقديرين يسقط الارش.

[١] قوله الثاني ما لو لم يوجب العيب نقصاً في القيمة فانه لا يتصور هنا ارش ما افاده عليه السلام من الكبرى الكلية من القضايا التي قياساتها معها فانه مع عدم التفاوت لا يعقل ما به التفاوت الذي هو الارش

انما الكلام في انه هل يتحقق مورد لذلك اى يكون النقص موجباً للعيب الموجب للخيار ولا يوجب نقصاً في القيمة والمثبتون مثّلوا له بالخصاء في العيب [٢] واورد عليهم بانه يوجب نقص القيمة لقوات بعض المنافع عنه كالفحولة وأنما يرغب في الخصي قليل من الناس لبعض الاغراض الفاسدة وهو لا يوجب زيادة المالّية واجاب المصنف عليه السلام عن الایراد

[٣] بان الرّاغب فيه لذلك الغرض بما انه كثير ومناطق المالّية بذل متعارف الناس مقداراً من المال بازاء الشيء لا محالة يكون الخصاء غير منقص للمالّية

وبالجملّة فالعبرة في مقدار المائيّة برغبة النّاس في بذل ذلك المقدار من المال بأزائه سواء كان من جهة اغراض انفسهم من جهة بيعه على من له غرض فيه مع كثرة ذلك المشتري وعدم ندرته بحيث يلحق بالاتفاقيات.

مسألة: يسقط الرّد والأرّش معاً بأمر.

احدها: العلم بالعيب قبل العقد بلا خلاف ولا اشكال [١] لأنّ الخيار انما ثبت مع الجهل. [٢]

والحق انه بناء على ما سياتى من المصنّف رحمته الله من دخل نقص المائيّة في صدق العيب لا مجال لهذا البحث في المقام فانه كما يكون الارش ساقطاً حينئذ يكون خيار العيب ساقطاً رأساً

واما بناءً على مسلك من يرى عدم دخله في صدق العيب يبقى لهذا البحث في المقام مجال فانه يبحث في ان الخصاء، كما انه يوجب جواز الرد لكونه عيباً يوجب جواز اخذ الارش لكونه منقصة للقيمة ام لا يوجب لعدم كونه منقصاتها

ما يسقط الرد والارش

الخامسة: يسقط الرد والارش معا بامور:

[١] احدها: ما لو علم بالعيب ثم اشتراه فانه لاخلاف ولا اشكال في انه لا ارش ايضا كما لارد، وقد تكرر في كلماتهم دعوى الاجماع عليه، والوجه فيه اصالة اللزوم، بعد انه لا مقتضى للخيار. اما اذا كان المدرك لهذا الخيار الاخبار، فلأنّها مختصة بصورة الجهل لما فيها من التعبير بظهور العيب ووجدانه ورؤيته، وجميع تلکم بعد البيع. وان كان المدرك قاعدة لاضرر فلأنّها مختصة بصورة الجهل، اذ لا منّة في رفع حكمه مع العلم.

والظاهر: الى هذا نظر المصنّف رحمته الله من

[٢] قوله: لأنّ الخيار انما ثبت مع الجهل،

فلا يكون ما افاده مصادرة كما توهم.

وقد يستدلّ بمفهوم صحيحة زرارة المتقدمة، [١] وفيه نظر [٢] وحيث لا يكون العيب المعلوم سبباً للخيار

[١] مورد الاستدلال صدر صحيح زرارة^(١) المشار اليه ايما رجل اشترى شيئاً وبه عيب وعوار ولم يتبرأ اليه ولم يبين له فحدث... الخ، والمستدل هو صاحب الجواهر رحمته الله

وتقريب الاستدلال به: انه وان كان في مقام بيان مانعية احداث الحدث عن الخيار الا انه من تقييد موضوع الخيار بعدم التنبيه الماخوذ طريقاً الى الجهل يستكشف اختصاص الخيار بصورة الجهل.

[٢] وتنظر المصنف رحمته الله فيه:

وجملة من المحشين منهم السيد والمحقق الايرواني رحمته الله، ذكروا ان منشأ نظر المصنف رحمته الله انه لا مفهوم له، فاوردوا عليه بايرادات:

احدها انه سيستدل به عن قريب في مسألة السقوط بالتبري، مع ان دلالة على السقوط به او بالعلم على نسق واحد.

ثانيها: ان الشرط فيه وان كان مسوقاً لبيان تحقق الموضوع، الا انه من جهة تقيده بقيد يكون له مفهوم الشرط بالنسبة الى ذلك القيد، فيكون نظير ان يقال: ان رزقت ولداً ذكراً سوياً فاختنه.

ثالثها: ان المفهوم الذي يؤخذ منه هو مفهوم القيد، وهذا المفهوم ان لم نقل به في غير مقام فلا يبعد القول فيه في المقام لمكان ورود الرواية في مقام ضبط مورد الخيار مقدمة لبيان سقوطه باحداث الحدث.

ولكن الظاهر ان وجه نظر المصنف رحمته الله انه يحتمل ان يكون المراد من قوله لم يبين له اعتبار عدم رفع الالتزام بالصحة، اي لم يصدر من البائع تنبيهه على العيب حتى يخرج عن عهدة البيع، فيجامع عدم التنبيه مع علم المشتري بالعيب لا اعتبار عدم التنبيه، وعليه فتوقف المصنف رحمته الله في محله ولا يرد عليه شيء مما تقدم:

فلو اشترط العالم ثبوت خيار العيب مريداً به الخيار الخاص [١] الذي له احكام خاصة فسد الشرط وافسد [٢] لكونه مخالفاً للشرع [٣] ولو اراد به مجرد الخيار كان من خيار الشرط ولحقه احكامه لا احكام خيار العيب..

[١] ولو اشترط العالم ثبوت خيار العيب مريداً به الخيار الخاص.

فالأقوال فيه ثلاثة:

صحة العقد والشرط، اختاره صاحب الجواهر رحمته الله

[٢] فساد الشرط والعقد، اختاره المصنف رحمته الله.

صحة العقد وفساد الشرط.

فالكلام يقع في موردين:

الأول في حكم الشرط.

الثاني: في حكم العقد.

[٣] اما الأول: فقد استدل المصنف رحمته الله للفساد: بانه خلاف المشروع.

توضيحه: ان مدرك الخيار هو النص الخاص، فهو كما عرفت مختص بصورة الجهل، فلا مقتضى للخيار مع العلم، والشرط لا يحقق المقتضى لذلك الخيار الخاص المنحصر في سبب خاص.

وفي الجواهر: الاستدلال للصحة بما توضيحه: ان الضرر مقتضى للخيار، والاقدام مع العلم مانع من حيث كشفه عن الرضا، ومع الشرط ترتفع الكاشفية فلا مانعية. وفيه: اولاً: ان المقتضى في مقام الاثبات هي الاخبار، وهي كما عرفت مختصة بصورة الجهل.

وثانياً: انه لو سلم كون المقتضى في مقام الاثبات هي قاعدة لا ضرر فكونها مقتضية حتى مع العلم غير ثابت، بل المقتضى هو الضرر المستند الى الشارع، فع العلم لا مقتضى، حيث ان الضرر لا يستند الى الشارع كما لا يخفى، فالأظهر فساد الشرط

الثاني: تبري البائع عن العيوب اجماعاً في الجملة [١] على الظاهر المصرح به في محكي الخلاف والغنية ونسبه في التذكرة إلى علمائنا اجمع والأصل في الحكم قبل الاجماع مضافاً الى ما في التذكرة من أنّ الخيار إنما يثبت لاقتضاء مطلق العقد السلامة. فإذا صرح البائع بالبراءة فقد ارتفع صحيحة زرارة المتقدمة ومكاتبة جعفر بن عيسى الآتية ومقتضى اطلاقهما كمعقد الاجماع المحكي عدم الفرق بين التبري تفصيلاً وإجمالاً ولا بين العيوب الظاهرة والباطنة لاشتراك الكلّ في عدم المقتضى للخيار مع البراءة خلافاً للمحكي في السرائر عن بعض اصحابنا من عدم كفاية التبري اجمالاً. وعن المختلف نسبته الى الاسكافي

واما المورد الثاني: فان قلنا: ان الشرط الفاسد مفسد فسد العقد ايضاً، والافلا. وبذلك يظهر ان الشيخ عليه السلام الباني على عدم مفسدية الشرط الفاسد ليس له الحكم بفساد العقد في المقام.

التبري عن العيوب

[١] ثانيهما: تبري البائع عن العيوب وقبول المشتري البيع معه، فانه يسقط به الرد والارش بلاخلاف، وفي الجواهر: اجماعاً محكياً صريحاً عن الغنية والخلاف والتذكرة وظاهراً في غيرها ان لم يكن محصلاً.

ويشهد به - مضافاً الى ذلك، وإلى ما في الجواهر - ضرورة كون المراد البراءة مما رتب الشارع عليه من الحكم وهو الرد او الارش، فهو حينئذ شرط مندرج فيما دل على الشرائط حتى لو ذكره قبل العقد وبني عليه بناءً على انه حينئذ كالمصرح به فيه، ولأن المشتري حينئذ راض به على ذلك، كما لو علم به وا قدم عليه، بل يشمله دليل ذلك. بل قد يقال: ان في شمول ادلة الخيار المزبور لحل الفرض محل شك، بل ظاهراً خلافاً، فتبقى اصالة اللزوم واصالة براءة الذمة من الأرض بلا معارض انتهى.

وقد ينسب الى صريح آخر كلام القاضي المحكّي في المختلف مع أنّ المحكّي عن كامل القاضي موافقة المشهور وفي الدّروس نسب المشهور إلى اشهر القولين ثمّ إنّ ظاهر الادّلة هو التّبري من العيوب الموجودة حال العقد وأمّا التّبري من العيوب المتجدّدة [١] الموجبة للخيار

مفهوم صحيح زرارة عن الامام الباقر عليه السلام: ايما رجل اشترى شيئاً به عيب وعوار لم يتبرأ اليه ولم يتبين له فاحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً ثم علم بذلك العوار وبذلك الداء انه يضي عليه البيع ويرد عليه بقدر ما نقص من ذلك والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به. (١) بالتقريب الاتي.

ومصحح جعفر بن عيسى: كتبت الى ابي الحسن عليه السلام: جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد فينادى عليه المنادي، فاذا نادى عليه برئ من كل عيب فيه، فاذا اشتراه المشتري ورضيه ولم يبق الا نقد الثمن، فرمى زهد فاذا زهد فيه ادعى فيه عيوباً وانه لم يعلم بها فيقول المنادي: قد برئت منها، فيقول المشتري: لم اسمع البراءة منها: ايصدق فلا يجب عليه الثمن ام لا يصدق فيجب عليه الثمن؟ فكتب: عليه الثمن. (٢)

ودلالته على ذلك من وجهين واضحة، ومع ذلك كله فلا يصغى الى ما قيل من ان شرط التبرئ من العيب موجب للجهل بالمبيع والفرر، الموجبين للبطلان، اضعف اليه ما تقدم في مبحث خيار الرؤية في مسألة شرط عدم الخيار دفع دينك وسائر ما اورد عليه.

هذا كله في العيب الموجود قبل العقد،

[١] واما العيب المتجدد بعده الموجب للخيار، كالحادث بعد العقد، قبل القبض، او في زمان خيار المشتري، فهل يصح التبرئ منه كما هو المشهور، وعن ظاهر التذكرة. الاجماع عليه، ام لا يصح؟ وجهان.

فيدلّ على صحّته وسقوط الخيار به عموم المؤمنون عند شروطهم [١] قال في التذكرة بعد الاستدلال بعموم المؤمنون لا يقال أنّ التبري ممّا لم يوجد يستدعي البراءة ممّا لم يجب [٢] لأنّا نقول أنّ التبري أمّا هو من الخيار الثابت بمقتضى العقد لا من العيب، [٣] انتهى.

اقول المفروض أنّ الخيار لا يحدث إلاّ بسبب حدوث العيب والعقد ليس سبباً لهذا الخيار [٤] فإسناد البراءة الى الخيار لا ينفع وقد اعترف رحمته في بعض كلماته بعدم جواز اسقاط خيار الرؤية بعد العقد وقبل الرؤية. [٥] نعم ذكر في التذكرة جواز اشتراط نفي خيار الرؤية في العقد لكنّه مخالف لسائر كلماته وكلمات غيره كالشّهد والمحقّق الثّاني.

وبالجملة فلا فرق بين البراءة من خيار العيوب والبراءة من خيار الرؤية

[١] قد استدل المصنف رحمته للأول: بعموم المسلمون عند شروطهم ^(١)

ثم اورد عليه ايرادين.

[٢] احدهما: انه من قبيل البراءة مما لا ثبوت له، فيكون كاسقاط ما لا يجب.

[٣] ونقل عن العلامة الجواب عنه: بان البراءة ليست من العيب، بل من الخيار

الذي هو مقتضى العقد.

[٤] واجاب عنه: بان العقد ليس سببا لهذا الخيار، بل سببه حدوث العيب، فهو

غير ثابت ولو بثبوت مقتضيه، فيكون كالعيب غير الحادث من حيث تعلق البراءة بما لا ثبوت له.

وفيه: ان التبرئ من العيب مرجعه الى شرط عدم الخيار وسقوطه، وقد مر مراراً ان

اسقاط ما لم يجب معلقاً على ثبوته لا مانع منه.

[٥] قوله وقد اعترف رحمته في بعض كلماته بعدم جواز اسقاط خيار الرؤية

سقوط الخيار او عدم ثبوته غير اسقاط الخيار معلقاً او منجزاً ولا محذور في

الالتزام بعدم جواز الثاني، وجواز الاول كما تقدم وعليه فلا تنافي بين كلماته

بل الغرر في الاول اعظم [١] الاّ أنّه لما قام النص والاجماع على صحّة التّبري من العيوب الموجودة فلا مناص عن التّزام صحّته مع امكان الفرق بين العيوب والصفّات المشترطة في العين الغائبة باندفاع الغرر في الأوّل بالاعتماد على اصالة السّلامة [٢] فلا يقدح عدم التّزام البائع بعدمها بخلاف الثاني فإنّ الغرر لا يندفع فيه إلاّ بالتّزام البائع بوجودها فإذا لم يلتزم بها لزم الغرر.

وامّا البراءة عن العيوب المتجدّدة فلا يلزم من اشتراطها غرر في البيع حتّى يحتاج الى دفع الغرر باصالة عدمها لأنّها غير موجودة بالفعل في المبيع حتّى يوجب جهالة

ثانيهما: انه موجب للغرر، بتقريب: ان ارتفاع الغرر انما كان بالالتزام بالصحة، وشرط عدم الخيار والتبرئ من العيب مرجعه الى عدم الالتزام بالصحة، فيعود الغرر. ويرده - مضافا الى ما افاده من ان ارتفاع الغرر انما يكون بغلبة السلامة المحفوظة مع التّزام البائع وعدمه،

ومضافا الى ما في اخر كلامه من ان العيب الحادث لعدم وجوده حال العقد لا يلزم من عدم اشتراط عدمه الغرر

ما مر في خيار الرؤية في الجواب عن وجوه المناقاة بين شرط عدم الخيار وما يرتفع به الغرر. فالأظهر صحة هذا الشرط.

[١] قوله بل الغرر في الاول اعظم

هذا وجه آخر لعدم جواز التبري لاربط له بما سبق وجه الاعظمية ان كون المبيع فاقد الوصف الصحة اعظم من كونه فاقد الوصف الكمال.

[٢] قوله باندفاع الغرر في الاول بالاعتماد على اصالة السلامة

في الحاشية اقول هذان في ما ذكره آنفا وفاقا للتذكرة من انه اذا صرح البائع بالبرائة يرتفع اقتضاء اطلاق العقد السلامة انتهى

ويمكن دفعه بان ارتفاع الاطلاق لا يساقو عدم الغلبة بل عدم ارادة الصحيح وبعبارة اخرى التبري انما ينفي الملازمة بين ارادة الصحيح، وورود العقد على الغالب لانه ينفي غلبة السلامة.

ثم ان البراءة في هذا المقام يحتمل اضافتها الى امور: [١]
 الأول: عهدة العيوب ومعناه تعهد سلامته من العيوب فيكون مرجعه الى
 عدم التزام سلامته فلا يترتب على ظهور العيب ردّ ولا ارش فكأنه باعه على كلّ
 تقدير.

الثاني: ضمان العيب وهذا انسب بمعنى البراءة ومقتضاه عدم ضمانه بمال فتصير
 الصّحة كسائر الأوصاف المشترطة في عقد البيع لا يوجب الاّ تخييراً بين الردّ
 والامضاء مجاناً ومرجع ذلك الى اسقاط ارش العيوب في عقد البيع لاختيارها.

الثالث: حكم العيب ومعناه البراءة من الخيار الثابت بمقتضى العقد بسبب
 العيب والأظهر في العرف هو المعنى الأوّل والأنسب بمعنى البراءة هو الثاني. [٢]
 وقد تقدّم عن التذكرة المعنى الثالث وهو بعيد عن اللفظ الاّ أن يرجع الى
 المعنى الاول والأمر سهل، ثم انّ تبري البائع عن العيوب مطلقاً او عن عيب خاصّ
 أمّا يسقط تأثيره من حيث الخيار أمّا سائر احكامه فلا، فلو تلف بهذا العيب في ايام
 خيار المشتري لم يزل ضمان البائع لعموم النصّ [٣]

[١] قوله البرائة في هذا المقام يحتمل اضافتها الى امور
 ولما كانت البراءة مما لا ربط له بالمتبرئ غير صحيح، والعيب بنفسه من مصاديق
 ذلك، التجأ الى ابداء احتمالات في التبرئ الموضوع للحكم في المقام:
 احدها: ارادة البراءة عن تعهد البائع له واثره حينئذ سقوط الرد والارش.
 ثانيها: ارادة البرائة عن ضمانه لما به التفاوت واثره سقوط الارش
 ثالثها: ارادة البراءة عن الحكم المترتب عليه وهو الخيار.
 والمصنف مع اعترافه بان الأظهر في العرف هو المعنى الأوّل، قال:
 [٢] والانسب بمعنى البراءة هو الثاني.

وفيه: ان البراءة في الجميع بمعنى واحد كانت امرا وجوديا يساق التجنب عنه
 ونحوه، ام معنى سلبيا، وانما الفرق فيما اضيف اليه، فالمتعين هو الأوّل.

[٣] قوله فلو تلف بهذا العيب في ايام خيار المشتري لم يزل ضمان البائع لعموم النصّ

لكن في الدروس أنّه لو تبرأ من عيب فتلف به في زمن خيار المشتري فالاقرب عدم ضمان البائع وكذا لو علم المشتري به قبل العقد او رضى به بعده وتلف في زمان خيار المشتري ويحتمل الضمان لبقاء علاقة الخيار المقتضى لضمان العين معه وأقوى أشكالاً ما لو تلف به وبعبء آخر تجدد في الخيار، انتهى كلامه رفع مقامه

الظاهر ان مورد كلام المصنف تلف المبيع في ايام خيار آخر مختص بالمشتري غير خيار العيب الساقط بالتبرئ، لا التلف في ايام خيار العيب، اذ التلف في تلك الايام غير مشمول لقاعدة التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له لما عرفت من انه يوجب سقوط حق الرد بمقتضى النصوص لا الانفساخ،

فما في حاشية السيد عليه السلام من الايراد على المصنف عليه السلام بان ظاهر العبارة خلاف المقصود، فانها ظاهرة في ارادة الفرع الأول، مع ان المقصود الفرع الثاني، في غير محله. والكلام في الفرع المقصود ليس في ان ظاهر التبرئ من العيب التبرئ عن هذه العهدة ايضا ام لا: لأن هذا البحث لا يلائم التعليل بعموم النص، مع انه هين وتابع لقصد البائع وظاهر كلامه،

ولا في ان هذه العهدة هل تكون من الحقوق وقابلة للاسقاط بان يكون مفاد قاعدة التلف في زمان الخيار كون دركه وخسارته عليه فيكون الضمان هنا كسائر الموارد قابلا للاسقاط، او تكون من الأحكام وغير قابلة للاسقاط بان يكون مفاد القاعدة انفساخ العقد كما هو المعروف: فانه لا يلائم التعليل، مع انه سياقي في احكام الخيار تنقيح القول فيه. بل في انه بناء على كون ذلك من قبيل الحكم هل النص المتضمن له مختص بصورة عدم التبرئ من العيب، ام يشمل صورة التبرئ، والمصنف عليه السلام اختار الثاني، وعلله بعموم النص، وهو متين.

ما قيل بكونه مسقطا للرد والارش

ثم ان هنا اموراً يظهر من بعض الأصحاب سقوط الرد والأرش بها.

منها زوال العيب قبل العلم [١] به كما صرح به في غير موضع من التذكرة ومال إليه في جامع المقاصد واختاره في المسالك، بل وكذا لو زال بعد العلم به قبل الرد وهو ظاهر التذكرة حيث قال في اواخر فصل العيوب لو كان المبيع معيباً عند البائع ثم اقبضه وقد زال عيبه فلا رد لعدم موجهه وسبق العيب لا يوجب خياراً كما لو سبق على العقد ثم زال قبله بل مهما زال العيب قبل العلم او بعده قبل الرد سقط حق الرد، انتهى.

وهو صريح في سقوط الرد وظاهر في سقوط الارش كما لا يخفى على المتأمل خصوصاً مع تفريعه في موضع آخر قبل ذلك عدم الرد والأرش معاً على زوال العيب، حيث قال لو اشترى عبداً وحدث في يد المشتري نكتة بياض في عينه ووجد نكتة قديمة ثم زالت احدهما، فقال البائع الزائلة هي القديمة فلا رد ولا ارش وقال المشتري بل الحادثه ولي الرد قال الشافعي يتحالفان الخ. ما حكاه عن الشافعي وكيف كان ففي سقوط الرد بزوال العيب وجه لأن ظاهر أدلة الرد خصوصاً بملاحظة ان الصبر على العيب ضرر هو رد المعيوب وهو المتلبس بالعيب [٢] لا ما كان معيوباً في زمان فلا يتوهم هنا استصحاب الخيار.

ثم ان هنا اموراً يظهر من بعض الأصحاب سقوط الرد والارش بها،

[١] منها: زوال العيب قبل العلم به، صرح به في محكى التذكرة والمسالك.

وفيه اقوال ووجوه ثلاثة، ثالثها كونه مسقطاً للرد دون الارش قواه المصنف

فالكلام يقع في مقامين:

الأول: في انه هل يسقط الرد ام لا؟

[٢] وقد استدلل للمسقطية في المتن وغيرها بانه الظاهر من الأدلة المتضمنة لاثبات

حق الرد على المعيوب الظاهر في المتلبس بالعيب فعلا.

وفيه: ان ما علق عليه الرد في النص ليس هو المعيوب، بل الموضوع هو الاشتراء

الخاص، وهو اشتراء شيء وبه عيب.

وأما الأرض فلما ثبت استحقاق المطالبة به لفوات وصف الصحة عند العقد فقد استقرّ بالعقد [١] خصوصاً بعد العلم بالعيب والصحة أنما حدثت في ملك المشتري فبراءة ذمة البائع عن عهدة العيب المضمون عليه يحتاج إلى دليل، فالقول بثبوت الأرض وسقوط الرد قوي لو لم يكن تفصيلاً مخالفاً للاجماع ولم اجد من تعرّض لهذا الفرع قبل العلامة او بعده.

وبعبارة اخرى: عنوان موضوع الخيار وقوع العقد على المعيوب، وهذا العنوان لا انتضاء له، بل هو يكون باقيا ولو بعد ارتفاع العيب، فمقتضى اطلاق النص بقاءه. ولو اغمض عن ذلك وشك في بقاءه، فهل يجري الاستصحاب ام لا؟ قد يقال بعدم من جهة الشك في بقاء الموضوع، او يتيقن ارتفاعه، ومن جهة انه من الشك في المقتضى

ومن جهة انه لو كان زوال العيب قبل العلم به فليس له حالة سابقة بناء على كون الخيار حادثا بعد العلم وكذا اذا كان زواله بعده لاحتمال كون الزوال قبل الرد كاشفا عن عدم ثبوته من الأول. وفي الجميع نظر:

اما الأول: فلما عرفت من ان الموضوع متيقن الثبوت، لأنه من اشترى شيئاً وبه عيب، وهذا الموضوع باق قطعاً.

واما الثاني: فلأن الشك في المقتضى بهذا المعنى مورد لجريان الاستصحاب. واما الثالث: فلما تقدم من ظهور الدليل في ثبوت الخيار قبل العلم، نعم بناء على المختار من عدم جريان الاستصحاب في الأحكام لايجري هذا الأصل.

[١] المقام الثاني: في انه هل يسقط الارش ام لا؟ فان قلنا بعدم سقوط الرد فالحكم واضح، وان قلنا بسقوطه فربما يقال - كما في المتن - بعدم سقوطه.

واستدل له بما توضيحه: ان استحقاق مطالبة الارش فرع اشتغال الذمة بما به التفاوت، وبراءة الذمة بعد اشتغالها تحتاج الى دليل، والا فالأصل يقتضي بقاءه، وليس الارش من قبيل الرد موضوعه العين الخارجية كي يتبدل الحكم بتبدل العين من المعيوبية الى الصحة.

نعم هذا داخل في فروع القاعدة التي اخترعها الشافعي وهو ان الزائل العائد كالذي لم يزل او كالذي لم يعد [١] لكن عرفت مراراً ان المرجع في ذلك هي الادلة ولا منشأ لهذه القاعدة.

ومنها التصرف بعد العلم بالعيب فإنه مسقط للأميرين [٢] عند ابن حمزة في الوسيلة ولعله لكونه علامة للرّضا بالمبيع بوصف العيب، والنّص المثبت للأرض بعد التصرف ظاهر فيما قبل العلم وردّ بأنّه دليل الرّضا بالمبيع لا بالعيب والاولى ان يقال ان الرضا بالعيب لا يوجب اسقاط الارش

وفيه: ان الذمة لا تكون احد طرفي التخيير، فعنى استحقاق الارش استحقاق التفرّيم، فاذا كان الموضوع هو الميعب سقط ذلك بارتفاعه. فتحصل: ان الأظهر بقاء الرد والارش.

[١] قوله ان الزائل العائد كالذي لم يزل او كالذي لم يعد وفيه ان الصحة وان زالت ثم عادت الانها حين وجودها قبل العقد لم تكن مناطا للمطلب، هذا اذا اريد بالزائل وصف الصحة وان اريد به العيب فهو لم يعد.

التصرف بعد العلم بالعيب

[٢] ومنها: التصرف بعد العلم بالعيب، فانه ذهب جماعة منهم ابن حمزة في محكي الوسيلة الى انه يسقط الرد والارش معا. وتنقيح القول فيه بالبحث في مقامين: الأول: فيما تقتضيه القواعد. الثاني: في مقتضى النصوص الخاصة.

اما الأول: فان كان التصرف كاشفا عن الاجازة واسقاط الخيار وقصد به ذلك يكون مسقطا للخيار، اذ لافرق في الاسقاط بين كون المظهر فعلا او قولاً، والا فلا يكون مسقطاً.

وانما المسقط له ابراء البائع عن عهدة العيب، وحيث لم يدلّ التصرف عليه فالاصل بقاء حقّ الأرض الثابت قبل التصرف [١] مع أنّ اختصاص النص بصورة التصرف قبل العلم ممنوع، فليراجع.

واما النص العام الدال على مسقطية التصرف لخيار الحيوان معللا بانه رضا بالبيع،^(١) فقد عرفت حاله، وانه لا يدل على مسقطية التصرف لكل خيار.

[١] هذا بالنسبة الى الرد

واما الارش فان قلنا بعدم كون التصرف مسقطا للرد وعدم الأخذ بعموم العلة فالأمر واضح،

وان قلنا بمسقطيته له لعموم العلة او غيره

فقد استدل لمسقطيته له بانه علامة الرضا بالمعيب

ورد بانه علامة الرضا بالمبيع لا بالعيب.

وفيه: ان الالتزام بالمبيع الشخصي المتعلق بالمعيب لاحالة يكون التزاما بالمعيب لعدم معقولية الانفكاك.

فالاولى رده بان الرضا بالمعيب يتصور على وجهين:

احدهما: الرضا به بجانا وبلا عوض، ومرجع ذلك الى البراء واسقاط حق التغيريم.

ثانيهما: الرضا به مع العوض، وحيث لا كاشفية له عن عدم اخذ العوض فلا يكون مسقطا له.

واما المقام الثاني: فالنصوص الخاصة تدل على مسقطية التصرف المغير للعين، بل تغير العين كما مر للرد، وهي اما مطلقة من حيث العلم والجهل، او مختصة بصورة الجهل بالمعيب، فتدل على المسقطية في صورة العلم بالاولوية،

ولاتدل على سقوط الارش ولا على عدم سقوطه في صورة العلم. فان ظاهر صحيح زراة: ايا رجل اشترى شيئا وبه عيب وعوار فاحدث فيه بعد ما قبضه شيئا ثم علم بذلك العوار.^(٢) حدوث العلم بعد التصرف، فلا تعرض له لصورة العلم.

ومنها التصرف في الميعب الذي لم ينقص قيمته بالعيب [١] كالبغل الخصي بل العبد الخصي على ما عرفت فإنَّ الأرض منتف لعدم تفاوت القيمة والرّد لأجل التصرف.

اما مرسل^(١) جميل فظاهره كون مقسم الشرطيتين: وجد ان العيب بعد الاشتراء، والتغير، مع انه لو سلم عدم تقييده بصورة وجدانه بعد التغير لا اطلاق له من هذه الجهة، فانه وارد لبيان حكم الرد والارش من حيث التغير وعدمه لا من حيث العلم والجهل. واما اخبار وطء الجارية، فجملة منها^(٢) مختصة بالتصرف قبل العلم، وما يتوهم اطلاقه خبران:

احدهما: خبر عبد الملك عن مولانا الصادق عليه السلام: لا ترد التي ليست بجبلى اذا وطئها صاحبها وله ارش العيب.^(٣)

ثانيهما: خبر محمد بن ميسر عنه عليه السلام: كان علي عليه السلام لا يرد الجارية بعيب اذا وطئت ولكن يرجع بقيمة العيب.^(٤)

ولكن الأول في مقام الفرق بين الحبلى وغيرها لا في مقام بيان حال الوطء علما وجهلا،

والثاني بين اجماله في خبر ثالث عن الامام الصادق عليه السلام قال: قضى امير المؤمنين عليه السلام في رجل اشترى جارية فوطئها ثم وجد فيها عيبا^(٥) فما افاده الشيخ رحمه الله من ان اختصاص النص بصورة التصرف قبل العلم ممنوع في غير محله.

التصرف في الميعب الذي لم تنقص قيمته بالعيب

[١] ومنها: التصرف في الميعب الذي لم تنقص قيمته بالعيب. قد يتوهم ان التعرض لهذا المبحث في غير محله، اذ سقوط الرد والارش مع اجتماع مسقط هذا ومسقط ذلك من القضايا التي قياساتها معها،

(١) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب الخيار حديث ٣. (٢) الوسائل - باب ٤ و ٥ - من ابواب احكام العيوب.

(٣) الوسائل - باب ٥ - من ابواب احكام العيوب حديث ٣.

(٤) الوسائل - باب ٤ - من ابواب احكام العيوب حديث ٨.

(٥) نفس المصدر حديث ٢.

وقد يشكّل فيه من حيث لزوم الضرر على المشتري بصره على الميعب، وفيه أنّ العيب في مثله لا يعدّ ضرراً مالياً بالفرض فلا بأس بأن يكون الخيار فيه كالثابت بالتدليس في سقوطه بالتصرف مع عدم ارش فيه وحله ان الضرر اما ان يكون من حيث القصد الى ما هو ازيد مائيّة من الموجود. واما ان يكون من حيث القصد الى خصوصيّة مفقودة في العين مع قطع النظر عن قيمته، والاوّل مفروض الانتفاء، والثاني قد رضى به واقدّم عليه، المشتري بتصرّفه فيه بناءً على أنّ التّصرف دليل الرضا بالعين الخارجيّة كما لو رضى بالعبد المشروط كتابته مع تبين عدمها فيه الاّ أن يقال أنّ المقدار الثابت من سقوط الرّد بالتّصرف هو مورد ثبوت الارش وإلاّ فقتضى القاعدة عدم سقوط الرّد بالتّصرف [١] كما في غير العيب والتدليس من اسباب الخيار خصوصاً بعد تنزيل الصّحة فيما نحن فيه منزلة الأوصاف المشترطة التي لا يوجب فواتها ارشاً فإنّ خيار التّخلف فيها لا يسقط بالتّصرف كما صرّح به، نعم لو اقتصر في التّصرف المسقط على ما يدلّ على الرضا كان مقتضى عموم ما تقدّمه سقوط الرّد بالتّصرف مطلقاً.

لكن يردّه ان التعرض له لجهتين:

احدهما: من جهة توهم عدم المقتضي للمسقطية في صورة الاجتماع.

ثانيتهما: من جهة توهم وجود المانع.

[١] اما الجهة الاولى: فتقريب عدم المقتضي: ان النصوص المتضمنة لسقوط الرد

بالتصرف المغير مختصة بمورد فيه الارش، ولا تعرض لها بما لا ارش فيه.

وفيه: ان مرسل جميل متضمن لشرطيتين:

احدهما: ثبوت الرد مع قيام المبيع بعينه

والثانية: سقوطه مع التغير.

والثانية وان اختصت بمورد ثبوت الارش، الا ان الاولى بما ان منطوقها مطلق

مفهومها ايضاً كذلك. فتدبر فانه لا يخلو عن التأمل والنظر.

واما الجهة الثانية: فتقريب وجود المانع: ان في بقاء مسقطية المجتمعين الضرر على

المشتري، فينتني ذلك بحديث لا ضرر.

ومنها حدوث العيب في الميعب المذكور [١] والأستشكال هنا بلزوم الضرر في محله [٢] فيحتمل ثبوت الرد مع قيمة النقص الحادث لو كان موجباً له لأن الصّحة في هذا المبيع كسائر الأوصاف المشترطة في المبيع التي لا يوجب فواتها ارشاً والنص الدال على اشتراط الرد بقيام العين وهي المرسلّة المتقدّمة مختصّ بمورد امكان تدارك ضرر الصّبر على الميعب بالأرش [٣] والاجماع فيما نحن فيه غير متحقّق [٤] مع ما عرفت من مخالفة المفيد في اصل المسألة هذا كلّ مضافاً الى اصاله جواز الردّ الثابت قبل حدوث العيب وهي المرجع بعد معارضة الضرر المذكور بتضرّر البائع بالفسخ ونقل الميعب الى ملكه بعد خروجه عن ملكه سليماً عن هذا العيب وكيف كان فلو ثبت الأجماع أو استفيض بنقله على سقوط الردّ بحدوث العيب والتّغيير على وجه يشمل المقام والآ فسقوط الردّ هنا محلّ نظر بل منع.

وفيه: ان التصرف مع العلم بمسقطيته يكون اقداً على الضرر، وبدونه لا يوجب الضرر المالي لفرض انتفائه، والضرر من حيث الغرض المعاملي حيث انه موجود في جميع موارد التصرف المسقط قبل العلم فيخصص دليل نفي الضرر بما دل على مسقطيته.

[١] ومنها: حدوث العيب في الميعب المذكور.

لا كلام في سقوط الارش، انما الكلام في سقوط الردايضا،
واورد عليه

[٢] تارة بان لزوم صبر المشتري ضرر عليه فينتفي بحديث لا ضرر

[٣] واخرى بان مدركه النص الخاص ومورده ثبوت الارش

[٤] وثالثة بان مدرك مانعية العيب الحادث عن الردالاجماع وهو مختص بغير

الفرض

ولكن يرد على الاخير: ان المدرك ليس هو الاجماع، بل النص الخاص.

ويرد على الثاني: ان المرسل عام شامل لصورة عدم ثبوت الارش.

ويرد على الأول: ان هذا الضرر يلزم في جميع موارد العيب الحادث، فالنص^(١)

الدال على مسقطيته للرد يقيد اطلاق حديث لا ضرر.^(٢)

ومنها ثبوت احد مانعي الرد في المعيب الذي لا يجوز اخذ الأرض فيه لأجل الربا [١].

أما المانع الأول: فالظاهر أنّ حكمه كما تقدّم في المعيب الذي لا ينقص ماله فإِنَّ المشتري لما أقدم على معاوضة احد الرّبويّين بالآخر أقدم على عدم مطالبة مال زائد على ما يأخذه بدلاً عن ماله وان كان المأخوذ معيباً فيبقى وصف الصّحة كسائر الأوصاف التي لا يوجب اشتراطها إلاّ جواز الردّ بلا ارش فاذا تصرّف فيه خصوصاً بعد العلم تصرّفاً دالاً على الرّضا بفاقد الوصف المشتراط لزم العقد كما في خيار التّديليس بعد التّصرف. نعم التّصرف قبل العلم لا يسقط خيار الشرط كما تقدّم.

وأما المانع الثّاني: فظاهر جماعة كونه مانعاً فيما نحن فيه من الردّ ايضاً وهو مبني على عموم منع العيب الحادث من الردّ حتّى في صورة عدم جواز اخذ الأرض. وقد عرفت النّظر فيه وذكر في التّذكرة وجهاً آخر لامتناع الردّ وهو أنّه لو ردّ فأمّا ان يكون مع ارش العيب الحادث. وأمّا ان يردّ بدونه فإنّ ردّه بدونه كان ضرراً على البائع وان ردّ مع الأرض لزم الرّبا قال لأنّ المردود حينئذ يزيّد على وزن عوضه والظاهر أنّ مراده من ذلك أنّ ردّ المعيب لما كان بفسخ المعاوضة ومقتضى المعاوضة بين الصّحيح والمعيب من جنس واحد ان لا يضمن وصف الصّحة بشيء اذ لو جاز ضمانه لجاز اخذ المشتري الأرض فيما نحن فيه فيكون وصف الصّحة في كلّ من العوضين نظير سائر الأوصاف الغير المضمونة بالمال فإذا حصل الفسخ وجب ترداد العوضين من غير زيادة ولا نقصان

لو ثبت احد مانعي الرد فيما لا يؤخذ الارش فيه

[١] ومنها: ثبوت احد مانعي الرد في المعيب الذي لا يجوز اخذ الارش فيه لأجل الربا بما ذكرناه في الفرعين السابقين، يظهر حال هذين الفرعين المذكورين في المقام، فان الأقوال والأدلة متحدة، وإنما تعرض لها لبيان امرين: احدهما: فيما افاده العلامة رحمته الله في وجه امتناع الرد. ثانيهما: في بيان ما به يتدارك ضرر المشتري.

ولذا يبطل التّقايل مع اشتراط الزّيادة او التّقيصه في احد العوضين فإذا استردّ المشتري الثّمن لم يكن عليه إلّا ردّ ما قابله لا غير، فإن ردّ الى البائع قيمة العيب الحادث عنده كما هو المحكم في غير الرّبويين اذا حصل العيب عنده لم يكن ذلك الاّ باعتبار كون ذلك العيب مضموناً عليه بجزء من الثّمن فيلزم وقوع الثّمن بازاء مجموع المثلث ووصف صحّته فينقص الثّمن عن نفس المعيب فيلزم الرّبا فراد العلامة ﷺ بلزوم الرّبا. اما لزوم الرّبا في اصل المعاوضة [١] اذ لو لا ملاحظة جزء من الثّمن في مقابلة صفة الصّحة لم يكن وجه لغرامة بدل الصّفة وقيمتها عند استرداد الثّمن. واما لزوم الرّبا في الفسخ حيث قبول فيه الثّمن بمقداره من المثلث وزيادة [٢] والاول اولى ومما ذكرنا ظهر ما في تصحيح هذا بأنّ قيمة العيب الحادث غرامة لما فات في يده مضموناً عليه نظير المقبوض بالسّوم اذا حدث فيه العيب فلا ينضمّ الى المثلث حتّى يصير ازيد من الثّمن.

اما الأول: فقد افاد العلامة في وجهه: انه لو رد بدون ارش العيب الجديد لزم الضرر على البائع، ولو رد معه لزم الربا، وعلمه: بان المردود حينئذ يزيد على عوضه.

والمصنف رحمه الله احتمل في مراده وجهين:

[١] الأول: ان يكون مراده لزوم الربا في المعاملة.

[٢] والثاني: ان يكون مراده لزوم الربا في الفسخ، فانه يضم الى المثلث المردود شي

آخر وهو الارش

واورد عليه السيد الفقيه رحمه الله: بان مراد العلامة هو الوجه الأول قطعاً، وليس الثاني مراده، لأن اخذ الارش لا يعقل ان يكون مؤثراً في مقابل وصف الصحة وعدمه في المعاملة بان يكون اخذ الارش بعد ذلك مؤثراً في كون الوصف مقابلاً بالعوض، بل حين المعاملة اما ان يكون مقابلاً به فيلزم البطلان، واما لا يكون كذلك، فاخذ الارش لا يبطله.

ولكن ببيان مراد المصنف رحمه الله يظهر اندفاع هذا اليراد، توضيحه: ان حقيقة الفسخ

حل المعاوضة ورجوع كل من العوضين الى محله السابق من دون ان يقتضي شيئاً آخر

اذ فيه وضوح الفرق فإنَّ المقبوض بالسَّوم أَمَّا يتلف في ملك مالكه فيضمنه القابض والعيب الحادث في المبيع لا يتصور ضمان المشتري له إلا بعد تقدير رجوع العين في ملك البائع وتلف وصف الصَّحة منه في يد المشتري، فإذا فرض أنَّ صفة الصَّحة لا تقابل بجزء من المال في عقد المعاوضة الرُّبويَّة فيكون تلفها في يد المشتري كنسيان العبد الكتابة لا يستحقُّ البائع عند الفسخ قيمتها.

والحاصل أنَّ البائع لا يستحقُّ من المشتري إلاَّ ما وقع مقابلًا بالثمن وهو نفس الثمن من دون اعتبار صحَّته جزء فكأنَّه باع عبدًا كاتبًا فقبضه المشتري، ثمَّ فسخ او تفاسخا بعد نسيان العبد الكتابة. نعم هذا يصحُّ في غير الرُّبويَّين لأنَّ وصف الصَّحة فيه يقابل بجزء من الثمن فيرد المشتري قيمة العيب الحادث عنده لياخذ الثمن المقابل لنفس المبيع مع الصَّحة، ثمَّ أنَّ صريح جماعة من الأصحاب عدم الحكم على المشتري بالصَّبر على العيب مجَّاناً فيما نحن فيه

وعليه فان اقتضى الفسخ لارش العيب الجديد، وكون وصف الصحة في مقابل جزء من العوض ربا كان لازم مقابليته له ربا في المعاملة، والمفروض ان الشارع الأقدس حكم بان الصحيح والمعيب في غير المتجانسين واحد لا يقابل وصف الصحة في نظره بشيء ولو ربا، الذي هو مفروض في غير المتجانسين، وحيث ان المفروض اقدم المتبايعين على معاملة صحيحة فحين المعاملة لا يلزم الربا، وانما يلزم ذلك من حين الفسخ لو اخذ الارش.

ولكن يرد على الوجه الأول - مضافا الى ان الارش غرامة شرعية لا يكون يجعل المتعاملين:

انه لا يكون الفسخ معاوضة، والربا انما يجري في المعاوضات مع انه من طرف واحد لا الطرفين.

ويرد على الوجه الثاني:

اولا: ما تقدم من ان اخذ الارش حتى من العيب القديم لا يوجب الربا لكونه غرامة

شرعية تعبدية.

لو ثبت احد ما نعى الرد فيما لا يؤخذ الارش فيه ١٤١

فذكروا في تدارك ضرر المشتري وجهين[١] اقتصر في المبسوط على
حكايتهما

احدهما: جواز ردّ المشتري للمعيّب مع غرامة قيمة العيب الحادث [٢] لما
تقدّم اليه الاشارة من ان ارش العيب الحادث في يد المشتري نظير ارش العيب
الحادث في المقبوض بالسّوم في كونها غرامة تالف مضمون على المشتري لا دخل له
في العوضين حتّى يلزم الربا

وثانيا: ان المحرّم وغير النافذ هو المعاملة التي وجدت ربوبة،
واما احداث الربا فيها بعد الوجود فلا دليل على حرمة ومبطلية لها.
[١] واما الثاني: فعلى المختار من ان اخذ الارش للعيب القديم لا محذور فيه كما
تقدم، يتعين اخذ الارش بلا رد لكون العيب الحادث مانعا عن الرد ومعينا للارش،
وعلى القول بعدم جواز اخذ الارش يدور الأمر بين امور:
الأول: لزوم المعاملة وعدم جواز الرد واخذ الارش.
الثاني: جواز رد المعيب مع غرامة قيمة العيب الحادث.
الثالث: فسخ المعاملة واعطاء مثل المبيع في العيب القديم سليما عن العيب الجديد
من جهة تعذر رد المبيع وهو في حكم التلف، اي التعذر العقلي الموجب للانتقال الى البديل.
والثاني: يرده ما دل على مانعية العيب الحادث عن الرد.
والثالث: يرده ما دل على ان التلف في هذا الخيار مسقط له ولا يوجب الانتقال الى
البديل، فيتعين الأول،

وحديث لا ضرر قد مر مرارا انه لا يصلح لاثبات الجواز للمعاملة اللازمة.
[٢] قوله احدهما جواز رد المشتري للمعيّب مع غرامة قيمة العيب الحادث
هذا الوجه انما يتم لو سلمنا قصور مادل على مانعية العيب الحادث عن الرد في
صورة عدم جواز اخذ الارش - وقد عرفت عدم قصوره.

الثاني: ان يفسخ البيع لتعذر امضائه [١] وإلزام المشتري ببذله من غير الجنس معيباً بالعيب القديم وسليماً عن الجديد ويجعل بمثابة التالف لامتناع ردّه بلا ارش ومع الأرض واختار في الدّروس تبعاً للتحرير. الوجه الأوّل مشيراً الى تضعيف الثاني بقوله لأنّ تقدير الموجود معدوماً خلاف الأصل [٢] وتبعه المحقّق الثاني معللاً بأنّ الرّبا ممنوعة في المعاوضات لا في الضمانات وأنّه كأرش عيب العين المقبوضة بالسّوم اذا حدث في يد المستام وان كانت ربويّة فكما لا يعدّ هنا رباً فكذا لا يعدّ في صورة النزاع.

اقول قد عرفت الفرق بين ما نحن فيه وبين ارش عيب المقبوض بالسّوم فإنّه يحدث في ملك مالكة بيد قابضة والعيب فيما نحن فيه يحدث في ملك المشتري ولا يقدر في ملك البائع الآ بعد فرض رجوع مقابله من الثمن الى المشتري والمفروض عدم المقابلة بين شيء منه وبين صحّة البيع.

ومنها تأخير الاخذ بمقتضى الخيار فإنّ ظاهر الغنية اسقاطه للرّد والأرض كليهما حيث جعل المسقطات خمسة التّبري والرّضا بالعيب وتأخير الرّد مع العلم لأنّه على الفور بلا خلاف ولم يذكر في هذه الثلاثة ثبوت الأرض، ثمّ ذكر حدوث العيب وقال ليس له ههنا إلاّ الأرض ثمّ ذكر التّصرف وحكم فيه بالأرض فإنّ في إلحاق الثّالث بالاولين في ترك ذكر الأرض فيه، ثمّ ذكره في الاخيرين وقوله ليس [له] ها هنا ظهوراً في عدم ثبوت الأرض بالتأخير وهذا احد القولين منسوب الى الشافعي. ولعلّه لأنّ التأخير دليل الرّضا ويردّه بعد تسليم الدّلالة انّ الرّضا بمجردّه لا يوجب سقوط الأرض كما عرفت في التصرف

[١] قوله الثاني ان يفسخ البيع لتعذر امضائه

هذا الوجه ايضا لا يتم من جهة ان التلف في هذا الخيار موجب لسقوط الخيار، وجواز الرد لالاتقال الى المثل او القيمة.

[٢] قوله لان تقدير الموجود معدوما خلاف الاصل

فيه انه لا خصوصية للتلف الامتناع الرد والامتناع الشرعى كالامتناع العقلي.

نعم سقوط الرد وحده له وجه [١] كما هو صريح المبسوط والوسيلة على ما تقدم من عبارتهما في التصرف المسقط ويحتمله ايضاً عبارة الغنية المتقدمة بناء على ما تقدم في سائر الخيارات من لزوم الاختصار في الخروج عن اصالة اللزوم على المتيقن السالمة عما يدل على التراخي عدا ما في الكفاية من اطلاق الاخبار وخصوص بعضها. وفيه ان الاطلاق في مقام بيان اصل الخيار. [٢] واما الخبر الخاص فلم اقف عليه وحينئذ فالقول بالفور وفاقاً لمن تقدم للأصل لا يخلو عن قوة مع ما تقدم من نفي الخلاف في الغنية في كونه على الفور ولا يعارضه ما في المسالك والحدائق من أنه لا نعرف فيه خلافاً لأننا عرفناه. ولذا جعله في التذكرة اقرب وكذا ما في الكفاية من عدم الخلاف لوجود الخلاف. نعم في الرياض أنه ظاهر اصحابنا المتأخرين كافة والتحقيق رجوع المسألة الى اعتبار الاستصحاب في مثل هذا المقام وعدمه.

تاخير الأخذ بمقتضى الخيار.

ومنها: تاخير الأخذ بمقتضى الخيار، فان ظاهر الغنية اسقاطه لهما، وقد ادعى الشهرة وعدم الخلاف على كل من القول بسقوطها به وعدمه، وهناك قول ثالث، [١] ظاهر المصنف الميل اليه وتقويته، وهو سقوط الرد دون الارش، والمهم ملاحظة الأدلة.

وتحقيق الكلام بالبحث في موردين:

الأول: في الرد.

الثاني: في الارش.

اما الأول: فمقتضى اطلاق النصوص عدم السقوط ما لم يتحقق احد المسقطات،

وما افاده المصنف رحمته الله من

[٢] ان الاطلاق في مقام بيان اصل الخيار فيه منع يظهر لمن راجع الأخيار.

واستدل للسقوط:

بما دل على الفورية في كل خيار ثبت ولم يثبت كونه على الفور او التراخي؛

وبان التأخير دليل الرضا بسقوط الحق.

ولكن يرد على الأول: انه لا يرجع اليه مع الدليل على التراخي.

ولذا لم يتمسك في التذكرة للتراخي الأبّه والأفلا يحصل من فتوى
الاصحاب إلا الشهرة بين المتأخرين المستندة الى الاستصحاب ولا اعتبار بمثلها.
وان قلنا بحجّة الشهرة او حكاية نفي الخلاف من باب مطلق الظن لعدم الظن
كما لا يخفى والله العالم.

مسألة: قال في المبسوط من باع شيئاً فيه عيب لم يبيته فعل محظوراً [١] او
كان المشتري بالخيار، انتهى.

ومثله ما عن الخلاف وفي موضع آخر من المبسوط وجب عليه ان يبيته ولا
يكتمه او يتبرأ إليه من العيوب والاوّل احوط ونحوه عن فقه الزاوي ومثلهما في
التحرير، وزاد الاستدلال عليه بقوله لئلا يكون غاشاً وظاهر ذلك كله عدم الفرق
بين العيب الجلي والخفي، وصرح التذكرة والسرائر كظاهر الشرائع الاستصحاب
مطلقاً.

وظاهر جماعة التفصيل بين العيب الخفي والجلي، فيجب في الأوّل مطلقاً، كما
هو ظاهر جماعة او مع التبري، كما في الدروس، فالمحصل من ظاهر كلماتهم خمسة
اقوال. [٢]

ويرد على الثاني: عدم كاشفيتها عن ذلك. فالأظهر عدم السقوط.
واما الثاني: فعدم سقوطه اوضح، اذ مضافاً الى ان مقتضى اطلاق الأخبار ذلك، ما
استدل به على سقوط الرد على فرض تماميته لا يدل على سقوط الارش.
اما الوجه الاول فلان لزوم العقد وعدم انحلاله اجنبى عن سقوط الارش وعدمه
واما الوجه الثانى فلان الرضا والالتزام بالعقد اعم من كونه مجانياً او مع العوض
وبذلك ظهر اندفاع ايراد السيد الفقيه على المصنف بان ما ذكر في وجه سقوط الرد
يدل على سقوط الارش ايضاً.

وجوب الاعلام بالعيب

[١] قوله مسألة قال في المبسوط من باع شيئاً فيه عيب لم يبيته فعل محظوراً

[٢] الاقوال في المسألة خمسة

الاول وجوب الاعلام مطلقاً

والظاهر ابتناء الكلّ على صدق الغشّ وعدمه، والذي يظهر من ملاحظة العرف واللغة في معنى الغشّ ان كتمان العيب الخفيّ وهو الذي لا يظهر بمجرد الاختبار المتعارف قبل البيع غشّ، فإنّ الغشّ، كما يظهر من اللغة خلاف النصح. أمّا العيب الظاهر فالظاهر أنّ ترك اظهاره ليس غشّاً، نعم لو اظهر سلامته عنه على وجه يعتمد عليه، كما اذا فتح قرناً بين يدي العبد الاعمى مظهراً أنّه بصير يقرأ، فاعتمد المشتري على ذلك واهمل اختباره كان غشاً [١]

قال في التذكرة في ردّ استدلال الشافعي على وجوب اظهار العيب [مطلقاً] بالغشّ انّ الغشّ ممنوع بل يثبت في كتمان العيب بعد سؤال المشتري وتبيّنه والتقصير في ذلك من المشتري، انتهى.

ويمكن ان يحمل بقرينة ذكر التّقصير على العيب الظاهر، كما أنّه يمكن حمل عبارة التّحرير المتقدمة المشتملة على لفظ الكتمان وعلى الاستدلال بالغشّ على العيب الخفيّ بل هذا الجمع ممكن في كلمات الاصحاب مطلقاً، ومن اقوى الشواهد على ذلك أنّه حكى عن موضع من السرائر انّ كتمان العيوب مع العلم بها حرام ومحظور بغير خلاف مع ما تقدّم من نسبة الاستحباب اليه فلا حظ، ثمّ التبري من العيوب هل يسقط وجوب الاعلام في مورده، كما عن المشهور ام لا، فيه اشكال نشأ من دعوى صدق الغشّ.

الثاني: عدمه كذلك.

الثالث: استحباب الاعلام.

الرابع: التفصيل بين العيب الخفي والجلي، فيجب في الأول دون الثاني:

الخامس: التفصيل بين الجلي والخفي، فيجب في الأول مع عدم التبري.

وتحقيق الكلام بالبحث في موارد:

الأول: في انه هل يصدق على ترك الاعلام عنوان الغش ام لا؟

[١] والاظهر: أنّه بمعنى الخديعة والتلبيس، ولا يصدق ذلك على ترك الاعلام

بالعيب، ولا على كتمان العيب الخفي، وانما يصدق على اظهار انه صحيح، وحيث ان البيع انما يكون من البائع بعنوان ان المبيع صحيح وانه ملتزم بصحته فهو اظهار لخلاف الواقع

ومن أن لزوم الغش من جهة ظهور اطلاق العقد في التزام البائع بالصحة، فإذا تبرأ من العيوب ارتفع الظهور [١] او من جهة ادخال البائع للمشتري فيما يكرهه عامداً والتبري لا يرفع اعتماد المشتري على اصاله الصحة، فالتعزير إنما هو لترك ما يصرفه عن الاعتماد على الاصل والاحوط الاعلام مطلقاً كما تقدّم من المبسوط، ثم ان المذكور في جامع المقاصد والمسالك وعن غيرها أنه ينبغي بطلان البيع في مثل شوب اللبن بالماء لأن ما كان من غير الجنس لا يصح العقد فيه والآخر مجهول الآن يقال ان جهالة الجزء غير مانعة ان كانت الجملة معلومة، كما لو ضمّ ماله ومال غيره وباعهما، ثم ظهر البعض مستحقاً، فإن البيع لا يبطل في ملكه وان كان مجهولاً قدره وقت العقد، انتهى.

ولا يفرق في ذلك بين العيب الخفي والجلي الا اذا كان من الواضح بحد لا موجب للالتزام بالصحة، والى هذا المورد النظر في صحيح^(١) ابن مسلم المتضمن لخسّط الجيد بالردىء حيث قال عليه السلام: اذا رؤيا جميعاً فلا بأس. وبذلك يظهر ضعف ما قيل من عدم صدق الغش على ترك اظهار العيب الجلي في المعاملة،

واضعف منه دعوى عدم صدقه على مجرد المعاملة على المعيب بالعيب الخفي ما لم ينضم اليه شيء آخر كما في حاشية السيد. الثاني: في حكمه التكليفي.

والأظهر انه حرام مطلقاً كما تقدم الكلام فيه مفصلاً في الجزء الثاني من هذا الشرح، وما افاده السيد عليه السلام من عدم حرمة المعاملة على المعيب بالعيب الجلي وان صدق عليها الغش لصحيح محمد بن مسلم، يندفع بما عرفت. الثالث: في حكمه الوضعي.

والحق عدم الفساد، لأن حرمة المعاملة اعم من فسادها، ولادليل آخر على الفساد في جميع الموارد كما تقدم الكلام فيه في الجزء الثاني [١] الرابع: انه لو تبرأ البائع من العيب، هل يسقط وجوب الاعلام ام لا، وجهان:

أقول الكلام في مزج اللبن بمقدار من الماء يستهلك في اللبن ولا يخرج عن حقيقة، كالمالح الزائد في الخبز، فلا وجه للاشكال المذكور. نعم لو فرض المزج على وجه يوجب تعيب الشيء من دون ان يستهلك فيه، بحيث يخرج عن حقيقة الى حقيقة ذلك الشيء توجه ما ذكره في بعض الموارد.

مسائل:

في اختلاف المتبايعين وهو تارة في موجب الخيار، وأخرى في مسقطه وثالثة في الفسخ أما الأول: ففيه مسائل: الاولى: لو اختلفا في تعيب المبيع وعدمه مع تعذر ملاحظته لتلف او نحوه، [١] فالقول قول المنكر بيمينه.

اظهرهما الأول، لان الغش كما عرفت انما يصدق على فعل البائع من جهة كون البيع واقعا بعنوان ان المبيع صحيح وانه ملتزم بصحته، فاذا تبرأ عن العيب ولم يلتزم بالصحة لا يصدق الغش،

مع ان صدق الغش يتوقف على ايقاع الطرف فيما يكرهه وغير راض به، فع رضاه بذلك وشرائه بعد تبرئ البائع وعدم الفحص عن صحته وعييه لا يصدق الغش.

لو اختلفا في تعيب المبيع

مسائل في اختلاف المتبايعين:

[١] الاولى لو اختلفا في تعيب المبيع، فقد يكون البائع منكرا للعيب والمشتري مدعيا، وهو الغالب، وقد يكون البائع مدعياً كما لو فرضنا فسخ المشتري ثم ندامته منه، وادعى انه لم يكن له ذلك فلا يكون البيع منفسخا، وادعى البائع انه كان معيوباً، فالبيع منفسخ.

وعلى التقديرين، اما ان تكون الحالة السابقة هي العيب، واما ان تكون هي الصحة، واما ان تكون مجهولة.

اما في الصورة الاولى فالقول قول مدعي العيب مع يمينه للاستصحاب.

الثانية: لو اختلفا في كون الشيء عيباً وتعذر تبين الحال، لفقد اهل الخبرة [١]
كان الحكم كسابقه، نعم لو علم كونه نقصاً كان للمشتري الخيار في الرد دون [٢]
الارش، لاصالة البراءة.

الثالثة: لو اختلفا في حدوث العيب في ضمان البائع او تأخره عن ذلك،
بان [٣] حدث بعد القبض وانقضاء الخيار

واما في صورتين الاخيرتين فالقول قول منكره،

اما في الاولى منها فللاستصحاب،

واما في الثانية فبناء على كون اصل السلامة من الاصول العقلانية، فلذلك
وبناء على عدم كونه منها فلا صالة للزوم والمراد بها في المقام استصحاب بقاء العقد
بعد الفسخ واصالة البراءة عن الارش.

[١] الثانية: لو اختلفا في كون الشيء عيباً وتعذر تبين الحال، فان احرز كونه نقصاً
ولكن تردد الأمر بين كونه منقصاً للقيمة وعدمه كان الأصل مع البائع لاصالة البراءة من
الارش،

[٢] فهل يثبت له الرد كما عن المصنف ام لا كما في الحاشية؟ وجهان:

قد استدلل للثاني: بان النقص غير الموجب لنقص المالية لا يكون عيباً فلا تشمله
ادلة خيار العيب.

وفيه: اولاً: ان الالتزام الضمني بالصحة موجب لثبوت حق الرد لفرض تخلف
الشرط.

وثانياً: ان من يرى دلالة حديث نفي الضرر على نفي الزوم لا يبدله من البناء على
دلالته على جواز الرد في المقام لعدم انحصار الضرر بالمالي، بل هو شامل لنقص الغرض
المعاملي، فالأظهر ان له ذلك.

وان تردد بين كونه نقصاً وعدمه كان القول قول منكره مع اليقين لاصالة عدم كونه
نقصاً لازلي، ولا صالة للزوم بالمعنى المتقدم.

[٣] الثالثة: لو اختلفا في حدوث العيب في ضمان البائع او تأخره عنه

وصور هذه المسألة ثلاثة.

احداها: ما لو ادعى المشتري تقدم العيب على العقد وانكره البائع.

كان القول قول منكر تقدّمه للاصل [١]، حتّى لو علم تاريخ الحدوث وجعل تاريخ العقد لان اصاله عدم العقد حين حدوث العيب لا تثبت وقوع العقد على المعيب

وعن المختلف أنّه حكى عن ابن الجنيّد أنّه ان ادّعى البائع انّ العيب حدث عند المشتري حلف المشتري ان كان منكرًا، انتهى.

ولعلّه لاصالة عدم تسليم البائع العين الى المشتري على الوجه المقصود [٢] وعدم استحقاقه الثمن كلّاً وعدم لزوم العقد نظير ما اذا ادّعى البائع تغيير العين عند المشتري وانكر المشتري. وقد تقدّم في محلّه هذا اذا لم تشهد القرينة القطعية ممّا لا يمكن عادة حصوله بعد وقت ضمان المشتري او تقدّمه عليه، وإلّا عمل عليها من غير يمين.

[١] قال المصنف كان القول قول منكر تقدمه للاصل

مراده منه اصاله عدم حدوث العيب قبل العقد.

توضيحه: ان موضوع الخيار وقوع العقد على المعيب على ما هو ظاهر الأخبار، فتجري اصاله عدم حدوث العيب الى ما بعد حدوث العقد، وحيث ان العقد على العين محرز، وعدم العيب محرز بالأصل، فينفي موضوع الخيار.

ولا تعارضها اصاله عدم العقد حين حدوث العيب، لأنّه لا يثبت بها وقوع العقد على المعيب الذي هو موضوع الخيار الا على القول بالأصل المثبت.

وبذلك يظهر الحال في الصورتين الاخيرتين، وهما

ما لو اختلفا في حدوث العيب بعد العقد قبل القبض او بعده،

وما لو اختلفا في انه حدث في زمان خيار المشتري ليكون مضموناً على البائع، او فيما بعد مضي ذلك الزمان، فان الأثر مترتب على تلف وصف الصحة قبل القبض، او في زمان الخيار، فاصالة عدم التلف الى ما بعد القبض او انقضاء زمان الخيار تجري ويترتب عليها عدم الضمان. ولا تعارضها اصاله عدم القبض وعدم الانقضاء الى ما بعد التلف لعدم الأثر.

وعن العلامة رحمته الله: ان القول قول مدعي التقدم وهو المشتري.

[٢] واستدل له: باصاله عدم تسليم المبيع الى المشتري على الوجه المقصود،

قال في التذكرة ولو اقام احدهما بيّنة عمل بها، [١] ثم قال: ولو اقاما بيّنة عمل بيّنة المشتري [٢] لأنّ القول قول البائع لأنّه ينكر، فالبيّنة على المشتري وهذا منه مبنيّ على سقوط اليمين على المنكر بإقامه البيّنة وفيه كلام في محله، وان كان لا يخلو عن قوّة

واصالة عدم استحقاق البائع الثمن كلا،

واصالة عدم لزوم العقد.

وفي الجميع نظر:

اما الاولى: فلأنّ عدم التسليم لا اثر له، وموضوع الأثر تلف الوصف قبل العقد، او قبل القبض، او قبل انقضاء الخيار، والأصل عدمه.

واما الثانية: فلأنّ الارش ليس جزء من الثمن، فالبائع مستحق للثمن كلا على التقديرين.

واما الثالثة: فلأنّ موضوع اللزوم ليس وقوع العقد على الصحيح كي تجري اصالة عدمه ويحكم بعدم لزومه، بل الموضوع له عدم العيب حين العقد، وقد عرفت ان الأصل ذلك.

وتقام الكلام ببيان امور:

احدها: المشهور بين الأصحاب وان كان كون اقامة البيّنة من المنكر كالعدم وان وظيفته اليمين، بل عن المستند دعوى الاجماع عليه،

الا ان جماعة منهم العلامة والشهيد ذهبوا الى سماع بيّنة المنكر، وان ما دل على ان اليمين على من انكر انما هو في مقام الارفاق لا التعيين،

[١] وعليه فكل منهما اقام بيّنة عمل بها.

[٢] ثانيها: ولو اقاما بيّنة قيل عمل بيّنة المشتري، بمعنى ان بيّنة المشتري تقدم عند

التعارض، فان البيّنة وظيفته، وانما تسمع بيّنة البائع المنكر لو لم يقيم المشتري البيّنة،

وهو متين لما حقق في محله من تقديم بيّنة الخارج عند التعارض.

وللكلام محل آخر.

واذا حلف البائع فلا بدّ من حلفه على عدم تقدّم العيب [١] او نفي استحقاق الردّ او الارش ان كان قد اختبر المبيع واطلع على خفايا امره، كما يشهد بالاعسار والعدالة وغيرهما ممّا يكتفي فيه بالاختبار الظاهر.

ولو لم يختبر، ففي جواز الاستناد في ذلك الى اصالة عدمه اذا شكّ في ذلك وجه احتمله في جامع المقاصد وحكي عن جماعة، كما يحلف على طهارة المبيع استناداً الى الاصل

[١] ثالثها قال المصنف واذا حلف البائع فلا بد من حلفه على عدم تقدم العيب محصله: انه في صورة امكان الاختبار والعلم بالحال لا كلام في انه يعتبر في الحلف القاطع للخصومة ان يكون على الواقع وعلى البت.

واما في صورة الجهل بالحال فان كان مصب الدعوى هو العلم لا كلام ايضاً في ان القاطع هو الحلف على نفي العلم.

وان كان هو الواقع، فان كان ذلك فعل الغير كما في الدعوى على الميت كني الحلف على نفي العلم ايضاً للدليل.

وان كان فعل نفسه ففيه وجوه:

الأول: الحلف على الواقع على البت استناداً الى الأصل.

الثاني: الحلف على نفي العلم وان لم يدع المدعى عليه العلم.

الثالث: رد اليمين على المدعى، اما مع ثبوت الحق بدون الرد كما عن بعض، او مع عدم ثبوته كما عن آخر.

الرابع: ايقاف الدعوى.

الظاهر كما دلت^(١) النصوص عليه اعتبار كون الحالف قاطعاً، الا انه اذا كان العلم ماخوذاً في موضوعه على وجه الطريقية قامت الامارات مقامه،

وان كان ماخوذاً فيه بما انه مقتض للجري العملي على وفق ما تعلق القطع به قامت الاصول المحرزة ايضاً مقامه، فيجوز الحلف على الواقع استناداً الى الامارة او الأصل،

ويمكن الفرق بين الطهارة وبين ما نحن فيه [١] بأن المراد بالطهارة في استعمال المتشرعة ما يعم غير معلوم التجاسة لا الطاهر الواقعي، كما أن المراد بالملكية والزوجية ما استند الى سبب شرعي ظاهري، كما تدل عليه رواية جعفر الواردة في جواز الحلف على ملكية ما اخذ من يد المسلمين.

وفي التذكرة بعد ما حكى عن بعض الشافعية جواز الاعتداء على اصالة السلامة في هذه الصورة، قال: وعندي فيه نظر اقربه الاكتفاء بالحلف في نفي العلم، واستحسنه في المسالك قال: لاعتضاده باصالة عدم التقدّم، فيحتاج المشتري الى اثباته وقد سبقه الى ذلك في الميسية وتبعه في الرياض.

وقد دلت الرواية على جواز الحلف استناداً الى اليد وهي موثقة حفص،^(١) ودلت النصوص^(٢) على جواز الشهادة مستندة الى الاستصحاب والحلف لا يزيد على الشهادة، بل الاستفادة من ذيل الموثق التلازم بينهما

واضف الى ذلك كله ان الدعاوى والشهادات والايمان تتوقف بحسب الغالب على امانة أو أصل، لأن ما انتقل الى زيد من ابيه وان كان جزمياً الى ان كونه ابناً لأبيه بقاعدة الفراض، وكون المال مال ابيه انما هو بقاعدة اليد او اصالة الصحة، وعليه فلو لم نجز الحلف إلا مع العلم الوجداني انسد باب الحلف وغيره من ما هو فاصل للخصومات وتام الكلام في محله.

[١] قوله ويمكن الفرق بين الطهارة وبين ما نحن فيه

محصل ما افاده الله ﷻ ان الطهارة والملكية من الموضوعات الشرعية فما كان غير معلوم التجاسة طاهر فعلاً بحكم الشارع كما ان الملكية المستندة الى سبب ملكية شرعية ظاهرية فاذا كان مورد الدعوى الطهارة او الملكية يصح الحلف على الطهارة الفعلية او الملكية الفعلية مستنداً الى امانة او اصل

وهذا بخلاف مثل العيب الذي هو من الموضوعات الواقعية فمع عدم العلم به لا يمكن الحلف بتا على عدمه

(١) الوسائل - باب ٢٥ - من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى من كتاب القضاء - حديث ٢.

(٢) الوسائل - باب ١٧ - من ابواب كتاب الشهادات.

اقول ان كان مراده الاكتفاء بالحلف على نفي العلم في اسقاط اصل الدّعى بحيث لا يسمع البيّنة بعد ذلك ففيه اشكال. [١] نعم لو اريد سقوط الدّعى الى ان تقوم البيّنة، [٢] فله وجه وان استقرب في مفتاح الكرامة ان لا يكتفي بذلك منه، فيردّ الحاكم اليمين على المشتري، فيحلف وهذا اوفق بالقواعد.

ثمّ الظاهر من عبارة التذكرة اختصاص يمين نفي العلم على القول به بما اذا لم يختبر البائع المبيع بل عن الرّياض لزوم الحلف مع الاختبار على البتّ قولاً واحداً [٣] لكن الظاهر انّ المفروض في التذكرة صورة الحاجة الى يمين نفي العلم، اذ مع الاختبار يتمكّن من الحلف على البت، فلا حاجة الى عنوان مسألة اليمين على نفي العلم، لا انّ اليمين على نفي العلم لا يكفي من البائع مع الاختبار، فافهم.

[١] قوله بحيث لا يسمع البيّنة بعد ذلك ففيه اشكال

الظاهر عدم الاسقاط من جهة ان الحلف على نفي العلم فيما اذا كان مصب الدّعى هو الواقع لاثّره الا في الدّعى على الميت،

مع انه لو سلم ترتب الاثر عليه مطلقاً بما ان سقوط الدّعى بحيث لا يسمع قول المدعى وان اقام البيّنة بعد ذلك على خلاف القاعدة وما دل عليه مختص باليمين البتية فلا وجه للاسقاط في المقام

[٢] قوله نعم لو اريد سقوط الدّعى الى ان تقوم البيّنة

لاوجه لذلك ايضاً لانه خلاف ما تضمن من النصوص^(١) من جعل الايمان والبيّنات ميزانا لفصل الخصومة فالمتعين على فرض عدم الحلف على الواقع ان يرد الحاكم اليمين على المدعى.

[٣] قوله بل عن الرّياض لزوم الحلف مع الاختبار على البت قولاً واحداً

بل الحق عدم الاكتفاء بالحلف على نفي العلم مع امكان الاختيار وان لم يختبر بالفعل حتى لو قلنا بالاكتفاء به مع عدم امكانه نعم ان كان مصب الدّعى هو العلم كفي الحلف على عدمه مطلقاً.

فرع لو باع الوكيل، فوجد به المشتري عيباً يوجب الردّ ردّه على الموكل، لأنّه المالك والوكيل نائب عنه بطلت وكالته بفعل ما امر به، فلا عهدة عليه، ولو اختلف الموكل والمشتري في قدم العيب وحدوثه، [١] فيحلف الموكل على عدم التّقدّم، كما مرّ ولا يقبل اقرار الوكيل بقدمه، لأنّه اجنبيّ

اختلاف الموكل والمشتري

[١] مسألة لو اختلف الموكل والمشتري في قدم العيب وحدوثه،

فللمسألة فروض:

الأول: ما اذا كان المشتري عالماً بالوكالة.

لا كلام في انه يقدم قول الموكل مع يمينه على عدم التّقدم، كما تسمع دعوى المشتري مع البينة، ولا يقبل اقرار الوكيل بالتّقدم لأنّه اجنبيّ.

وقد استدل لقبول اقراره بوجهين:

احدهما: ان الوكيل حيث يكون مالكا للتصرف فيكون اقراره نافذاً، لأن من ملك شيئاً ملك الاقرار به. ولا يصح الجواب عنه بان زوال وكالته يوجب زوال حكم اقراره، فان اقراره بما يكون مالكا له حين التصرف نافذ، الا ترى انه لو اقر الوكيل بالبيع يكون اقراره نافذاً

بل الحق في الجواب - بعد تسليم عموم القاعدة، وبعبارة اخرى: بعد تسليم الدليل عليها بهذا التعميم - ان كون المبيع معيباً ام صحيحاً غير قابل للوكالة والاستتابة، فلا ينفذ اقراره بالنسبة الى ذلك.

ثانياً: ما دل من النصوص^(١) على ان الأمين لا يهتم والوكيل امين، فيصدق في دعواه.

وفيه: ان ذلك مختص بما اذا لزم من عدم تأمينه تغريمه لا في مثل المقام مما لاشيء عليه على التقديرين كما لا يخفى. فالأظهر انه لا ينفذ اقراره.

وإذا كان المشتري جاهلاً بالوكالة ولم يتمكن الوكيل عن إقامة البينة، فادّعى على الوكيل بقدوم العيب، [١] فإن اعترف الوكيل بالتقدم لم يملك الوكيل ردّه على الموكل، لأنّ إقرار الوكيل بالسّبق دعوى بالنسبة إلى الموكل لا يقبل إلاّ بالبينة، فله أحلاف الموكل على عدم السّبق [٢] لأنّه لو اعترف نفع الوكيل بدفع الظّلامة عنه فله عليه مع انكاره اليمين [ولو ردّ اليمين] على الوكيل، فحلف على السّبق الزم الموكل ولو انكر الوكيل التّقدّم، [٣] حلف ليدفع عن نفسه الحقّ اللازم عليه لو اعترف ولم يتمكّن من الردّ على الموكل، لأنّه لو أقرّ ردّه عليه، وهل للمشتري تحليف الموكل لأنّه مقرّ بالتوكيل الظّاهر لا، لأنّ دعواه على الوكيل يستلزم انكار وكالته وعلى الموكل يستلزم الاعتراف به، [٤] واحتمل

[١] الفرض الثاني: ما إذا كان المشتري جاهلاً بالوكالة ولم يتمكن الوكيل من إقامة البينة واعترف بالتقدم رده المشتري على الوكيل، فهل للوكيل رده على الموكل، أم لا إلا مع إقامة البينة.

الظاهر هو الثاني، لأن إقراره بالسبق دعوى بالنسبة إلى الموكل غير مشمولة لقاعدة من ملك لا تسمع إلا مع البينة،

[٢] وهل له أحلاف الموكل على عدم السبق كما في المتن لكونه منكرًا أم لا من جهة أن كل منكر ليس عليه اليمين، بل إذا كان عليه غرامة للمدعي بإقراره والغرامة هنا ليست للوكيل بل للمشتري؟ وجهان: أوجهها الأول، من جهة أن هذه الغرامة توجهت بحسب الظاهر إلى الوكيل، فحلف الموكل يوجب قرار الغرامة المتوجهة إلى الوكيل على الموكل فعليه اليمين ولو رد الموكل اليمين على الوكيل فحلف على السبق الزم الموكل.

[٣] الفرض الثالث: ما إذا كان المشتري جاهلاً بالوكالة، وكان الوكيل غير متمكن من إقامة البينة، منكرًا للتقدم، حلف لدفع الغرامة المتوجهة ظاهراً نحوه لو اعترف عن نفسه وإن لم تكن الغرامة عليه واقعاً،

وهل للمشتري تحليف الموكل؟ وجهان.

[٤] استدل المصنف رحمه الله للثاني: بأن دعواه على الوكيل تستلزم انكار وكالته، وعلى الموكل تستلزم الاعتراف بها.

واحتمل في جامع المقاصد ثبوت ذلك له مؤاخذه له بإقراره، ثم اذا لم يحلف الوكيل ونكل، فحلف المشتري اليمين المردودة و ردّ العين على الوكيل، فهل للوكيل ردّها على الموكل ام لا، وجهان، [١] بناهما في القواعد على كون اليمين المردودة كالبيّنة، فينفذ في حقّ الموكل، او كإقرار المنكر، فلا ينفذ، [٢] وتنظر فيه في جامع المقاصد بأن كونها كالبيّنة لا يوجب نفوذها للوكيل على الموكل، لأنّ الوكيل معترف بعدم سبق العيب، فلا تنفعه البيّنة القائمة على السبق الكاذبة باعترافه، قال: اللهم الا ان يكون انكاره لسبق العيب استناداً الى الاصل، بحيث لا ينافي ثبوته ولا دعوى ثبوته كأن يقول لا حقّ لك عليّ في هذه الدعوى، اذ ليس في المبيع عيب ثبت لك به الردّ عليّ، فإنّه لا تنفع حينئذ تخريج المسألة على القولين المذكورين، انتهى.

وفيه: ان هذا يتم لو ادعى المشتري القطع بكذب الوكيل في دعوى الوكالة، ولا يتم فيها اذا كانت دعواه من جهة كون العين تحت يده، مع انه يمكن ان يقال في صورة القطع ايضا: ان له ذلك مؤاخذه له بإقراره، كما عن جامع المقاصد.

[١] ولو نكل الوكيل الحلف فحلف المشتري اليمين المردودة ورد العين على الوكيل، فهل يجوز للوكيل ان يردّها على الموكل ام لا؟ وجهان

[٢] بناهما في القواعد على ان اليمين المردودة هل هي كالبيّنة الحاكية عن الواقع التي تكون حجة مثبتة للمدعى به وما يستخرج بها الحق فله ذلك،

ام هي كالإقرار الذي لا يملك به الوكيل الرد على الموكل كما تقدم؟
وفي حاشية السيد عليه السلام: التحقيق عدم جريان حكم شيء من البيّنة والإقرار عليه، فيرجع فيه الى مقتضى الاصول.

هذه المسألة: وهي مسألة ان اليمين المردودة - هل هي بمنزلة إقرار المنكر او بمنزلة بيّنة المدعى غير معنونة في كتاب القضاء، وهي ذات قولين عند اصحابنا، وخالفهم السيد في ملحقات عروته، وتبعه بعضهم وفرّعوا على القولين فروعا ليس المقام مقام التعرض لها، وانما نشير الى وجه التردد، وهو: انه قد حصر في النصوص ميزان القضاة في البيّنة واليمين، وحيث ان المدعى لا يمين له فلا بد وان يكون يمينه بمنزلة بيّنته او بمنزلة إقرار المنكر الذي لا يبق معه خصومة، فيكون الحصر محفوظاً.

وفي مفتاح الكرامة أنّ اعتراضه مبنيّ على كون اليمين المردودة كبيّنة الرّاد [١] والمعروف بينهم أنّه كبيّنة المدّعي اقول كونه كبيّنته لا ينافي عدم نفوذها للوكيل المكذب لها على الموكلّ وتام الكلام في محله.

الرابعة: لو ردّ سلعة بالعيب، فأنكر البائع أنّها سلعته، [٢] قدّم قول البائع كذا في التذكرة والدّروس وجامع المقاصد، لاصالة عدم حقّ له عليه واصالة عدم كونها سلعته وهذا بخلاف ما لو ردّها بخيار، فانكر كونها له، فاحتمل هنا في التذكرة والقواعد تقديم قول المشتري ونسبه في التحرير إلى القيل لا تفاهما على استحقاق الفسخ بعد ان احتمل مساواتها للمسألة الأولى.

ووجه كونه كالإقرار: ان المنكر برده اليمين كأنه ملتزم بالمدعى به على تقدير حلف المدعى، وليس معنى الإقرار الا الالتزام بالمدعى به.

ووجه كونه كالبيّنة: ان جانب المدعي يطلب منه البيّنة لقوله البيّنة على المدعي ولولا ان اليمين المردودة كالبيّنة لما ثبت بها دعواه. وتام الكلام في محله.

[١] قوله وفي مفتاح الكرامة ان اعتراضه مبني على كون اليمين المردودة كبيّنة الراد ليس مبنيًا على ذلك فان بيّنة المشتري مع اعتراف الوكيل، بكذبها لا تجدى للوكيل، ولا يصح الاستناد اليها على الموكل: لعلمه بكذبها.

اختلاف المتابعين في كون المردود سلعة البائع

[٢] مسألة: لو رد سلعة بالعيب فانكر البائع انه سلعته،

والكلام فيها يقع في فرعين:

الأول: ما لو اختلفا في كون سلعة معينة معيبة سلعة البائع، وادعى المشتري انها له، والبائع انكر ذلك، وان سلعته صحيحة، ومقتضى ذلك الاختلاف في الخيار، والأظهر فيه تقديم قول البائع لأصليين: موضوعي، وحكمي.
اما الأصل الموضوعي: فهو اصاله عدم وقوع العقد على السلعة المعينة الخارجية.

اقول النزاع في كون السلعة سلعة البائع يجتمع مع الخلاف في الخيار ومع الاتفاق عليه، كما لا يخفى لكن ظاهر المسألة الاولى كون الاختلاف في ثبوت خيار العيب ناشئاً عن كون السلعة هذه السلعة المعيوبه او غيرها، والحكم تقديم قول البائع مع يمينه.

واما اذا اتفقا على الخيار واختلفا في السلعة، [١] فلذي الخيار حينئذ الفسخ من دون توقف على كون هذه السلعة هي المباعة او غيرها، فإذا فسخ واراد ردّ السلعة فأنكرها البائع، فلا وجه لتقديم قول المشتري مع أصالة عدم كون السلعة هي التي وقع العقد عليها.

نعم استدل عليه في الايضاح بعد ما قوّاه بأنّ الاتفاق منها على عدم لزوم البيع واستحقاق الفسخ والاختلاف في موضعين:

احدهما: خيانة المشتري فيدّعيها البائع بتغير السلعة والمشتري ينكرها والاصل عدمها [٢]

الثاني: سقوط حق الخيار الثابت للمشتري، فالبائع يدّعيه والمشتري ينكره والاصل بقاءه [٣] وتبعه في الدروس، حيث قال: لو انكر البائع كون المبيع مبيعه، حلف ولو صدقه على كون المبيع معيوباً وانكر تعيين المشتري، حلف المشتري انتهى:

وبعبارة اخرى: عدم كون هذه السلعة واقعة موقع البيع لسبق اليقين بعدمها، وهذا هو المراد من اصالة عدم كونها سلعته.

واما الأصل الحكمي: فهو ان الخيار حق حادث مسبق بالعدم، والأصل عدمه [١] الفرع الثاني: ما لو اتفقا على الخيار واختلفا في كون العين المردودة سلعة البائع، وفيه قولان:

احدهما: انه يقدم قول البائع، والوجه فيه: الأصل الموضوعي المشار اليه في الفرع الأول:

ثانيهما: تقديم قول المشتري: واستدل له:

[٢] بان مرجع الاختلاف حينئذ الى ان البائع يدعي خيانة المشتري بتغيير السلعة وابراز سلعة اخرى مكانها، والأصل عدمها.

[٣] وبان البائع يدعي سقوط الخيار المتفق عليه، والأصل بقاءه.

اقول اّمّا دعوى الخيانة فلو احتاجت الى الاثبات ولو كان معها اصاله عدم كون المال الخاص هو المبيع، لوجب القول بتقديم قول المشتري في المسألة الاولى [١] وان كانت هناك اصول متعدّدة على ما ذكرها في الايضاح، وهي اصاله عدم الخيار وعدم حدوث العيب وصحة القبض بمعنى خروج البائع من ضمانه، لأنّ اصاله عدم الخيانة مستندها ظهور حال المسلم وهو وارد على جميع الاصول العملية، [٢] نظير اصاله الصحة. واما ما ذكره من اصاله صحة القبض فلم تتحقّق معناها وان فسّرناها من قبله بما ذكرنا لكن اصاله الصحة لا تنفع لاثبات لزوم القبض. [٣] واما دعوى سقوط حقّ الخيار فهي انما تجدي

[١] واورد المصنف عليه السلام على الأول: بان هذا الوجه يجري في الفرع الأول ايضا، [٢] وحيث ان مدركه ظهور حال المسلم فيكون هو واردا على جميع الاصول العملية التي تكون مع البائع، فلا بد من القول بتقديم قول المشتري فيه ايضا. وفيه: ان مدرك هذا الأصل ليس ظهور حال المسلم، اذ لا دليل على حجية هذا الظهور، فان هذا الظهور كظهور حاله في عدم الكذب الذي لا يترتب عليه وجوب تصديقه،

بل الوجه فيه ان المشتري لثبوت الخيار له له الولاية على العين، فيصدق فيما له تلك لكونه امينا من قبل الشارع، فلا يهتم بالخيانة للنصوص.

وهذا لا يجري في الفرع السابق لعدم ثبوت الخيار، فالولاية غير ثابتة. واما الوجه الثاني: فاورد عليه المصنف عليه السلام: بانه يجدي اذا كان الخيار المتفق عليه لأجل العيب، مع انه لا يثبت به وجوب قبول هذه السلعة الا من جهة التلازم الواقع بينها، ولا يثبت احد المتلازمين بالأصل الجاري في الاخر، وهو متين، ويمكن ان يقال: انه لا يجدي في العيب ايضاً مطلقاً، اذ ربما يكونان متفقين على بقاء العين وبخلافان في تعيينها.

[٣] قوله لكن اصاله الصحة لا تنفع لاثبات لزوم القبض
يرد على ما افاده عليه السلام ان اصاله صحة القبض بمعنى الخروج معه عن الضمان لوجرت
يثبت بها لزوم العقد فان الموجب للخيار هو تلف الوصف

إذا كان الخيار المتفق عليه لاجل العيب، كما فرضه في الدّروس والآفاكثر الخيارات ممّا اجمع على بقاءه مع التّلف على أنّ أصالة عدم سقوط الخيار لا تثبت إلاّ بثبوته لاجوب قبول هذه السلعة إلاّ من جهة التّلازم الواقع بينهما. ولعلّ نظر الدّروس الى ذلك لكن للنظر في اثبات احد المتلازمين بالاصل الجاري في الآخر مجال، كما تبّهنا عليه مراراً.

وأما الثّاني: وهو الاختلاف في المسقط ففيه ايضاً مسائل:

الاولى: لو اختلفا في علم المشتري بالعيب وعدمه [١] قدّم منكر العلم، فيثبت الخيار.

الثّانية: لو اختلفا في زواله قبل علم المشتري او بعده، [٢] على القول بأنّ زواله بعد العلم لا يسقط الارش بل ولا الرّد، ففي تقديم مدّعي البقاء فيثبت الخيار لاصالة بقاءه وعدم زواله المسقط للخيار او تقديم مدّعي عدم ثبوت الخيار لأنّ سببه او شرطه العلم به حال وجوده وهو غير ثابت

فلو ثبت الصحة بالمعنى المشار اليه ترتب عليها نفى الخيار والحق ان يورد عليها بانها لا تجري اذ قبض ذات المبيع معلوم وقبضه موصوفا بالصحة غير معلوم ولا اصل يثبت قبضه كذبك

الاختلاف في المسقط

[١] مسألة: لو اختلفا في علم المشتري بالعيب وعدمه قدم قول منكر العلم فيثبت الخيار:

لأنّ موضوع هذا الخيار مركّب من العيب، وجهل المشتري لما عرفت من اختصاص النصوص بصورة الجهل، واحد الجزئين محرز بالوجدان، ويجري الأصل في الجزء الآخر وهو الجهل، اذ العلم حادث مسبوق بالعدم، ويضم الوجدان الى الأصل يثبت موضوع الخيار، ومعه لاتصل النوبة.

الى أصالة اللزوم، فقول المشتري موافق للأصل.

[٢] ولو اختلفا في زواله قبل علم المشتري او بعده على القول بان زواله بعد العلم لا يسقط الارش، بل ولا الرّد.

فالاصل لزوم العقد وعدم الخيار وجهان: اقواهما الاوّل والعبارة المتقدّمة من التذكرة في سقوط الردّ بزوال العيب قبل العلم او بعده قبل الردّ تومىء الى الثاني، فراجع.

ولو اختلفا بعد حدوث عيب جديد وزوال احد العيين، [١] في كون الزائل هو القديم حتى لا يكون خياراً او الحادث حتى يثبت الخيار، فمقتضى القاعدة بقاء القديم الموجب للخيار ولا يعارضه اصالة بقاء الجديد لانّ بقاء الجديد لا يوجب بنفسه سقوط الخيار الاّ من حيث استلزامه لزوال القديم، وقد ثبت في الاصول انّ اصالة عدم احد الضدين لا يثبت وجود الضد الآخر ليرتب عليه حكمه

فان قلنا: بانه لا فرق في الحكم بين كون الزوال قبل العلم او بعده لا مجال لهذه المسألة،

وانما الكلام فيها لو قلنا بالفرق، وحينئذ

ان قلنا بان الخيار لا يثبت الا بعد ظهور العيب قدم قول مدعي عدم ثبوت الخيار لاصالة عدمه، ولا تجري اصالة عدم زوال العيب وبقائه لمعارضتها مع اصالة عدم ظهور العيب الى حين زوال العيب وتساقطها معاً.

وان قلنا: بانه يثبت من حين العقد وان زوال العيب يوجب رفعه، فاصالة عدم زوال العيب قبل العلم يترتب عليها عدم سقوط الخيار وبقائه، ولا تعارضها اصالة عدم العلم قبل الزوال لعدم ترتب الأثر عليها.

[١] ولو اختلفا بعد حدوث عيب جديد وزوال احد العيين في كون الزائل هو القديم حتى لا يكون خياراً او الحادث حتى يثبت،

فان قلنا بان العيب الجديد بنفسه مانع شرعاً عن الخيار فاصالة بقاء العيب الجديد يترتب عليها الأثر وتجري، وحينئذ ان بنينا على ان زوال القديم لا يوجب سقوط الخيار، فاصالة بقاءه لا اثر لها فلا تجري، وان انعكس انعكس.

وان بنينا على ان زوال القديم مسقط للخيار، وبقاء العيب الجديد مانع عن الخيار، وادعى المشتري زوال الجديد، وادعى البائع زوال القديم، ففي الحقيقة البائع يدعي عدم المقتضى للخيار، والمشتري يدعي عدم المانع عنه، وكل منهما يدعي بقاء ما يدعى الاخر

لكن المحكي في التذكرة عن الشافعي في مثله التحالف، قال: لو اشترى عبداً وحدث في يده نكتة بياض بعينه ووجد نكتة قديمة، ثم زالت احداها. فقال البائع الزائلة القديمة فلا رد ولا ارش وقال المشتري بل الحادثة ولي الرد قال الشافعي: يحلفان على ما يقولان فإذا حلفا استفاد البائع بيمينه دفع الرد واستفاد المشتري بيمينه اخذ الارش، انتهى.

الثالثة: لو كان عيب مشاهد غير المتفق عليه، [١] فادعى البائع حدوثه عند المشتري والمشتري سبقه، في الدروس أنه كالعيب المنفرد يعني أنه يحلف البائع كما لو لم يكن سوى هذا العيب واختلفا في السبق والتأخر. ولعله لأصالة عدم التقدم [٢] ويمكن ان يقال: ان عدم التقدم هناك راجع الى عدم سبب الخيار. وأما هنا فلا يرجع الى ثبوت المسقط، بل المسقط هو حدوث العيب عند المشتري، وقد مر غير مرة أن أصالة التأخر لا يثبت بها حدوث الحادث في الزمان المتأخر، [٣] وأما يثبت بها عدم التقدم الذي لا يثبت به التأخر، ثم قال في الدروس لو ادعى البائع زيادة العيب عند المشتري وانكر المشتري احتمل حلف المشتري لأن الخيار متيقن، والزيادة موهومة، ويحتمل حلف البائع اجراء للزيادة مجرى العيب الجديد

زواله، اما المشتري فهو يدعي بقاء القديم تحقيقاً للمقتضى، والبائع يدعي بقاء الجديد اسقاطاً لدعوى المشتري من الحلف على عدم زواله، فيتحالفان، ولعل نظر الشافعي الى هذه الصورة، فلا ايراد عليه.

[١] لو كان عيب مشاهد غير المتفق عليه فادعى البائع حدوثه عند المشتري والمشتري سبقه، ففيها وجوه واقوال

[٢] الاول ما عن الشهيد وهو انه يقدم قول البائع لاصالة عدم التقدم

[٣] واورد عليه المصنف رحمته الله بان هذا الاصل لا يجري في المقام لانه لا يثبت به حدوث العيب في الزمان المتأخر الذي هو المسقط للخيار

فظاهر المصنف رحمته الله الالتزام بالوجه الثاني وهو انه يقدم قول المشتري لاصالة بقاء الخيار عند الشك في سقوطه

وهناك وجه ثالث وهو الاظهر وهو اجراء حكم التداعى، فان البائع يدعى

حدوثه عند

اقول: قد عرفت الحكم في العيب الجديد وان حلف البائع فيه محلّ نظر، ثمّ أنّه لابدّ من فرض المسألة فيما لو اختلفا في مقدار من العيب موجود زائد على المقدار المتفق عليه أنّه كان متقدّماً او متأخراً.

واما اذا اختلفا في اصل الزيادة، فلا اشكال في تقديم قول المشتري.
الرابعة: لو اختلفا في البرائة قدّم منكرها، [١] فيثبت الخيار لاصالة عدمها
الحاكمة على اصالة لزوم العقد.

وربّما يترأى من مكاتبة جعفر بن عيسى خلاف ذلك، قال: كتبت الى ابي الحسن عليه السلام جعلت فداك: المتاع يباع فيمن يزيديني ادي عليه المنادي، فاذا نادى عليه

المشتري فخياره ساقط والثابت عليه خصوص الارش والمشتري ينكر ذلك والاصل معه وهو استصحاب بقاء الخيار ولايجرى اصالة عدم العيب الى ما بعد القبض لانه لا يثبت بها الحدوث عند المشتري الذي هو المسقط للخيار، والمشتري يدعى حدوث العيب عند البائع فيستحق الارش الزائد والبائع ينكره والاصل معه وهو اصالة عدم تحققه الى حال القبض فكل منهما مدع من جهة ومنكر من جهة اخرى فيتحالفان.

اختلاف المتبايعين في البرائة

ولو اختلفا في البرائة وادعى البائع التبرئ من العيوب وانكره المشتري

[١] قال المصنف عليه السلام قدم منكرها

والكلام في مقامين:

الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثاني: فيما يقتضيه النص الخاص.

اما الأول: فمقتضى اصالة البرائة تقديم قول المشتري، فان موضوع الخيار مركب من العيب وعدم البرائة، وأحد الجزئين محرز بالوجدان، والاخر بالأصل فيثبت الموضوع ويترتب عليه الخيار، وهو حاكم على اصالة اللزوم.

واما الثاني: فربما يترأى من مكاتبة^(١) جعفر بن عيسى المتقدمة المذكورة في المتن انه يقدم قول البائع

برىء من كلّ عيب فيه، فإذا اشتراه المشتري ورضيه ولم يبق إلا نقد الثمن فربّما زهد فيه، فإذا زهد فيه ادّعى عيوباً وأنّه لم يعلم بها، فيقول له المنادي قد برئت منها فيقول المشتري لم اسمع البراءة منها ايصدق فلا يجب عليه ام لا يصدق؟ فكتب عليه السلام ان عليه الثمن، الخبر.

وعن المحقّق الاردبيلي أنّه لا يلتفت الى هذا الخبر لضعفه مع الكتابة ومخالفة القاعدة، انتهى [١]

وما ابعد ما بينه وبين ما في الكفاية، من جعل الرّواية مؤيّدّة لقاعدة البيّنة على المدّعي واليمين على من انكر.

[١] واورد عليها المحقّق الأردبيلي عليه السلام: بضعف السند، ومخالفتها للقاعدة.

اما دعوى ضعف السند فيدفعها ان الشيخ عليه السلام يرويها بسنده عن الصّار عن محمد ابن عيسى عن جعفر بن عيسى، وسند الشيخ عليه السلام الى الصّار صحيح، ومحمد بن عيسى بن عبيد وان ضعفه جمع الا ان منشأ تضعيف الجميع كلام الصدوق الذي قال: لا اروي ما يختص بروايته عن يونس، ومنشأ ذلك ابن الوليد ولا يعاب به، فان اعتقاده انه يعتبر في الاجازة ان يقرأ على الشيخ او يقرأ الشيخ عليه، ويكون السامع فاهما لما يرويه، وكان لا يعتبر الاجازة المشهورة وكان محمد بن عيسى صغير السنّ في زمان يونس ولا يعتمدون على فهمه حين القرائه ولا على اجازة يونس له،

وهذا كما ترى لا يصلح منشأ للضعف، لا سيما وقد صرح جمع من الأساطين بوثاقته، واخوه جعفر ايضاً ثقة او حسن.

مع ان الأصحاب اعتمدوا على هذه المكاتبة في غير المقام، وهو جابر للضعف لو كان.

واما مخالفتها للقاعدة فلا تصلح مانعة عن العمل بها لو كانت،

والحق انها لاتنافي القاعدة من جهة التوجيه الذي افاده المصنف عليه السلام.

وحاصله: ان قول البائع في مفروض الخبر موافق للظاهر لجريان العادة ببناء

الدلال عند البيع بالبراءة من العيوب على وجه يسمعه كل من حضر للشراء، فيقدم قوله

مع يمينه المعلوم من الخارج

وفي كل منهما نظر [١]

وفي الحقائق: أنّ المفهوم من مساقّ الخبر المذكور، أنّ انكار المشتري أنّما وقع مدالسة لعدم رغبته في المبيع وإلاّ، فهو عالم بتبرّي البائع والإمام عليه السلام الزمه بالتأمّن من هذه الجهة. وفيه أنّ مراد السائل ليس حكم العالم بالتبرّي المنكر له فيما بينه وبين الله بل الظاهر من سياق السؤال استعلام من يقدّم قوله في ظاهر الشرع من البائع والمشتري، مع أنّ حكم العالم بالتبرّي المنكر له مكابرة معلوم لكلّ احد خصوصاً للسائل كما يشهد به قوله ايصدق ام لا يصدق، الدال على وضوح حكم صورتي صدقه وكذبه، والاولى توجيه الرواية بأنّ الحكم بتقديم قول المنادي لجريان العادة بنداء الدلال عند البيع بالبراءة من العيوب على وجه يسمعه كل من حضر للشراء فدعوى المشتري مخالفة للظاهر، نظير دعوى الغبن والغفلة عن القيمة ممّن لا يخفى عليه قيمة المبيع، بقي في الرواية اشكال آخر، من حيث أنّ البراءة من العيوب عند نداء المنادي لا يجدي في سقوط خيار العيب، بل يعتبر وقوعه في متن العقد ويمكن التفصي عنه. أمّا بالتزام كفاية تقدم الشرط على العقد [٢] بعد وقوع العقد عليه، كما يأتي في باب الشروط. وأمّا بدعوى أنّ نداء الدلال بمنزلة الايجاب

حيثما يقال ان القول قول البائع او المشتري.

واما ما افاده في الحقائق فيرد عليه ما في المتن.

[١] قوله وفي كل منهما نظر

اما وجه النظر في كلام المحقق الاردبيلي فقد تقدم

واما وجه النظر في ما في الكفاية فهو ما تقدم من ان الاصل مع المشتري

ولكن من المحتمل ان يكون نظر صاحب الكفاية الى ما افاده المصنف عليه السلام من كون قول البائع في مورد الرواية موافقا للظاهر فيوافق قاعدة البيّنة على المدعى واليمين على من انكر.

[٢] قوله يمكن التفصي عنه اما بالتزام كفاية تقدم الشرط على العقد

هذا مما لا يلتزمون به فان الشرط من الانشائيات ومجرد البناء عليه في ضمن العقد

لا يكفي في انشائه وذكره قبل العقد كالعدم

لأنّه لا ينادي إلّا بعد أن يرغب فيه أحد الحضّار بقيمته، فينادي الدّلال ويقول بعثك هذا الموجود بكلّ عيب ويكرّر ذلك مراراً من دون أن يتمّ الايجاب، حتّى يتمكن من ابطاله عند زيادة من زاد.

والحاصل جعل ندائه ايجاباً للبيع، ولو ايتت الّا عن أنّ المتعارف في الدّلال كون ندائه قبل ايجاب البيع، امكن دعوى كون المتعارف في ذلك الزّمان غير ذلك، مع أنّ الرّواية لا تصرّح فيها بكون البراءة في النّداء قبل الايجاب كما لا يخفى. ثمّ الحلف هنا على نفي العلم بالبراءة [١] لأنّه الموجب لسقوط الخيار لانتفاء البراءة واقعاً.

الخامسة: لو ادّعى البائع رضاء المشتري به بعد العلم او اسقاط الخيار او تصرفه فيه او حدوث عيب عنده حلف المشتري لاصالة عدم هذه الامور،

والصحيح في التفصي عنه بناءً على كون التبرى من العيوب من قبيل شرط سقوط الخيار - اما بما ذكره من كون نداء الدّلال بمنزلة الايجاب او انه لا تصرّح في المكاتبة بكون النداء قبل الايجاب كما هو واضح

واما بناءً على كونه عبارة عن عدم الالتزام بصحة المبيع وهو من جهة كونه رافعا لمنشأ الخيار بسقط به ذلك فالامر سهل فانه ليس من قبيل الشرط حتى يحتاج الى الانشاء [١] قوله ثم الحلف هنا على نفي العلم بالبراءة

والوجه فيه ان مصب الدعوى هو العلم وعدمه فان المسقط هو التبرى المعلوم للمشتري فيكفي الحلف على نفي العلم هذا اذا كان مدرك تأثير التبرى رجوعه الى شرط عدم الخيار فانه حينئذ يعتبر فيه القبول فلا يعقل بلا التفات وعلم من المشتري واما ان كان المدرك ان الخيار من جهة الالتزام بالصحة والتبرى بمعنى عدم الالتزام بصحة المبيع - فهو وان كان امرا واقعيا يعلم تارة ويجهل اخرى الا انه يكتفي فيه بالحلف على عدم العلم مع عدم التمكن من اليقين البتية لكون المورد فعل الغير والمشهور الاكتفاء فيه بالحلف على نفي العلم.

ولو وجد في الميعب عيب اختلفا في حدوثه وقدمه [١] في تقديم مدعي الحدوث لاصالة عدم تقدمه كما تقدم سابقاً في دعوى تقدم العيب وتأخره أو مدعي عدمه لاصالة بقاء الخيار الثابت بالعقد على الميعب والشك في سقوطه بحدوث العيب الآخر في ضمان المشتري فالاصل عدم وقوع العقد على السليم من هذا العيب حتى يضمنه المشتري.

وأما الثالث: ففيه مسائل:

الاولى: لو اختلفا في الفسخ فإن كان الخيار باقياً فله إنشاءؤه. [٢] وفي الدروس انه يمكن جعل اقراره انشاءه [٣] ولعله لما اشتهر من ان من ملك شيئاً ملك الاقرار به [٤]

[١] قوله ولو وجد في الميعب عيب اختلفا في حدوثه وقدمه
الظاهر ان هذا تكرار لما في المسألة الثالثة من مسائل الاختلاف في المستقط

اختلاف المتبايعين في الفسخ

[٢] ولو اختلفا في الفسخ وادعاه المشتري وانكره البائع.

والكلام فيه في موردين:

الأول: فيما اذا كان الخيار باقياً.

الثاني: فيما اذا كان منقضياً.

اما الأول: فلا اشكال ولا كلام في ان له انشاءه،

[٣] انما الكلام فيما افاده الشهيد رحمته الله من انه يمكن جعل اقراره انشاءه،

ظاهر هذه العبارة كون اقراره نافذاً الا من جهة انه اخبار بالفسخ، بل من جهة كونه

انشاء له، وعليه فما استدلل به المصنف رحمته الله له

[٤] من قاعدة من ملك اجنبي عن مراده.

وكيف كان: فان كان مراده جعل الاقرار نافذاً من حيث انه انشاء له،

فيرد عليه: ان الاخبار والانشاء متقابلان، فعلى القول بانه يعتبر في الفسخ الذي

حل العقد ما يعتبر في العقد من الانشاء لا يكفي ذلك، نعم لو قلنا بانه لا يعتبر فيه سوى عدم

كما لو ادّعى الزوج الطلاق، ويدلّ عليه بعض الاخبار الواردة فيمن اخبر بعق مملوكه [١] ثمّ جاء العبد يدّعي النّفقة على ايتام الرّجل وأنّه رقّ لهم وسيجيء الكلام في فروع هذه القاعدة، وان كان بعد انقضاء زمان الخيار [٢] كما لو تلف العين افتقر مدّعيه الى البينة ومع عدمها حلف الآخر على نفي علمه بالفسخ إن ادعى عليه علمه بفسخه،

الالتزام بالعقد كفى ذلك، لكن المبني بمراحل من الواقع. وان كان مراده جعل الاقرار نافذا من جهة انه اقرار بفعل له السلطنة عليه، تم ما افاده لقاعدة من ملك ولقاعدة اقرار العقلاء على انفسهم من جهة انه اقرار بعدم حق الخيار له، وان كان لازمه استحقاق استرداد الثمن.

[١] قوله ويدلّ عليه بعض الاخبار الواردة فيمن اخبر بعق مملوكه الظاهر ان لفظ العتق غلط من الناسخ، او سهو من القلم بدل عن لفظ البيع فان الخبر وارد^(١) في بيع المملوك - وعلى اى حال هو لا يدل على ذلك فانه متضمن لقضية في واقعة ولعله عليه السلام كان مطلعا على كذب الغلام - ولذا هو يبرّئ في رسالته في هذه القاعدة لم يستدل بهذا الخبر مع استقصائه لجميع ما استدل به وما يمكن ان يستدل به على هذه القاعدة

واما الثاني: وهو ما اذا كان بعد انقضاء زمان الخيار فلا اشكال في انه ليس له انشاءه، ولا في عدم العبرة باقراره من جهة انه انشاء،

انما الكلام في انه هل ينفذ اقراره. من جهة كونه اخبارا عن الفسخ ام لا؟
الظاهر ان له ذلك لما تقرر في محله واشرنا اليه سابقا من ان مقتضى قاعدة من ملك نفوذ اقرار من هو مسلط على تصرف بذلك التصرف وان كان زمانه ماضيا، ولذا لا شبهة في نفوذ اقرار الوكيل بالبيع اذا انكر الموكل وقوعه.
وفي المقام بما انه اقرار بما يكون له تشمله القاعدة،
فما قيل من افتقار مدعيه الى البينة في غير محله.

ثم إذا لم يثبت الفسخ فهل يثبت للمشتري المدعي للفسخ الأرض ثلاثاً يخرج من الحقين أم لا لإقراره بالفسخ وزاد في الدروس أنه يحتمل أن يأخذ أقلّ الأمرين من الأرض وما زاد على القيمة من الثمن أن اتفق لأنه بزعمه يستحقّ استرداد الثمن وردّ القيمة فيقع التقاصّ في قدر القيمة ويبقى قدر الأرض مستحقاً على التقديرين، انتهى.

الثانية: لو اختلفا في تأخر الفسخ عن أول الوقت [١] بناء على فورية الخيار ففي تقديم مدعي التأخير لاصالة بقاء العقد [٢] وعدم حدوث الفسخ في أول الزمان [٣] او مدعي عدمه لاصالة صحة الفسخ [٤] وجهان: ولو كان منشأ النزاع الاختلاف في زمان وقوع العقد

[١] لو اختلفا في تاخر الفسخ عن اول الوقت بناء على فورية الخيار ففي تقديم مدعي التأخير، او مدعي عدمه وجهان:

الكلام يقع في موردين:

الأول فيما اذا اختلفا في زمان الفسخ.

الثاني: فيما اذا اتفقا عليه واختلفا في زمان وقوع العقد.

اما المورد الأول: فقد ذكر المصنف رحمته الله لتقديم قول مدعي التأخير اصليين:

[٢] اصالة بقاء العقد،

[٣] واصالة عدم حدوث الفسخ في اول الزمان.

اما اصالة بقاء العقد فهي لا تجري لكونها محكومة لاصالة بقاء زمان الخيار الى حال تحقق الفسخ، واما اصالة عدم حدوث الفسخ في اول الزمان فهي لا تجري لعدم كون الفسخ في اول الزمان بهذا العنوان موضوعاً للأثر، بل الموضوع هو الفسخ في حال له الخيار، فيجري استصحاب بقاء زمان الخيار خاصة، ويترتب عليه تأثير الفسخ.

[٤] وقد ذكر رحمته الله لتقديم قول مدعي عدم التأخير اصالة صحة الفسخ.

وفيه: ان المختار عنده - على ما صرح به في آخر كتاب البيع - وعندنا - على ما حققناه في رسالة (القواعد الثلاث) المطبوعة - انه يعتبر في جريان اصالة الصحة في شيء احراز قابلية المحل عقلا، ومن الواضح ان الفسخ بعد انقضاء زمان الخيار غير مؤثر عقلا

مع الاتفاق على زمان الفسخ [١] في الحكم بتأخر العقد لتصحيح الفسخ وجه يضيق بأن اصالة تاخر العقد الراجعة حقيقة الى اصالة عدم تقدمه على الزمان المشكوك وقوعه فيه لا يثبت وقوع الفسخ في أول الزمان. وهذه المسألة نظير ما لو ادعى الزوج الرجوع في عدة المطلقة وادّعت هي تأخره عنها. [٢]

الثالثة: لو ادعى المشتري الجهل بالخيار او بفوريته بناءً على فوريته [٣] سمع قوله ان احتمال في حقه الجهل للاصل وقد يفصل بين الجهل بالخيار فلا يعذر الا اذا نشأ في بلد لا يعرفون الاحكام والجهل بالفورية فيعذر مطلقاً لأنه مما يخفى على العامة

اذ لا فسخ لمن لاحق له عقلاً.

فتحصل: انه يقدم قول مدعي عدم التأخير لاصالة بقاء زمان الخيار الى حال تحقق الفسخ لا لاصالة الصحة.

[١] واما المورد الثاني: فالحق فيه ايضاً تقديم قول مدعي العدم من جهة اصالة بقاء الزمان الخيار الى زمان الفسخ المعلوم، واما اصالة تأخر العقد فكما لا يثبت بها وقوع الفسخ في الزمان الأول، كذلك لا يثبت بها وقوع المتقدم في آخر الوقت.

[٢] قوله وهذه المسألة نظير ما لو ادعى الزوج الرجوع.

بمعنى اصل المسألة لا خصوص الفرض الثاني كما لا يخفى

[٣] قوله الثالثة لو ادعى المشتري الجهل بالخيار او بفوريته بناءً على فوريته بناءً على عدم كون هذا الخيار على الفور لا يبقى مورد لهذا البحث، كما انه على القول بانه بوجوده الواقعي فوري لا مورد لهذا النزاع ايضاً

واما ان قلنا بانه بوجوده المعلوم فوري بحيث لا فورية الابد العلم باصل الخيار - فللنزاع في العلم بالخيار والجهل به مجال فانه على الجهل له اعماله وعلى العلم ليس له ذلك واما النزاع في العلم بالفورية والجهل بها فانما يتصور له مورد لو كان فورية الخيار مقيدة بالعلم بالفورية بالنحو العقول

وعلى أي حال يقدم قول المشتري ان احتمال في حقه الجهل للاصل اي اصالة عدم العلم الا اذا كان قوله مخالفاً للظاهر بان يكون في بلد اهل يعرفون الاحكام فيكون مدعي لا يقبل قوله الا بالبيئة.

القول في ماهية العيب وذكر بعض افراده [١]

اعلم انّ حكم الرّد والارش معلّق في الرّوايات على مفهوم العيب والعوار.
 اما العوار ففي الصّحاح أنّه العيب واما العيب فالظاهر من اللّغة والعرف أنّه
 النّقص عن مرتبة الصّحة [٢] المتوسطة بينه وبين الكمال، فالصّحة ما يقتضيه اصل
 الماهية المشتركة بين افراد الشّيء لو خلّى وطبعه والعيب والكمال يلحقان له لأمر
 خارج عنه ثمّ مقتضى حقيقة الشّيء قد يعرف من الخارج كمقتضى حقيقة الحيوان
 الاناسي وغيره فإنّه يعلم انّ العمى عيب ومعرفة الكتابة في العبد والطبخ في الأمة
 كمال فيهما وقد يستكشف ذلك بملاحظة اغلب الافراد فإنّ وجود صفة في اغلب
 افراد الشّيء يكشف عن كونه مقتضى الماهية المشتركة بين افراده وكون التّخلف في
 التّأدّر لعارض

بيان حقيقة العيب

[١] قوله القول في ماهية العيب وذكر بعض افراده

تحقيق القول في المقام في طى مسائل

الاولى في بيان ماهية العيب، واستقصاء القول فيها بالبحث في جهات

الاولى انه طفحت كلماتهم تبعاً لمرسل السيارى^(١) بان «كل ما زاد او نقص عن

الخلقة الاصلية فهو عيب، وهذه عبارة اخرى عما في المتن

[٢] انه النقص عن مرتبة الصّحة

وظاهر ذلك ان كل ما ثبت في اصل الخلقة من الأجزاء والأوصاف فزاد ذلك

الشّيء او نقص فهو عيب، فينحصر العيب في الزيادة والنقيصة الخلقية، وعبر جماعة عن

ذلك بالخروج عن المجري الطبيعي، ولكن المفهوم العرفي من العيب اعم من ذلك، فان

الخراج الثقيل الخارج عما جرت العادة عليه في الأراضي عيب عند العرف، مع ان الخراج

اجنبي عن الخلقة الاصلية للأرض، وهو في الشرع ايضاً كذلك، فان عدم حيض الجارية المدركة

وهذا وان لم يكن مطّرداً في الواقع اذ كثيراً ما يكون اغلب الافراد متّصفة بصفة لامر عارضي او لأمر مختلفة، لأنّ بناء العرف والعادة على استكشاف حال الحقيقة عن حال اغلب الافراد. ومن هنا استمرّت العادة على حصول الظنّ بثبوت صفة الفرد من ملاحظة اغلب الافراد فإنّ وجود الشيء في اغلب الافراد وان لم يمكن الاستدلال به على وجوده في فرد غيرها لاستحالة الاستدلال ولو ظناً بالجزئي على الجزئي الاّ أنّه يستدل من حال الاغلب على حال القدر المشترك ثمّ يستدلّ من ذلك على حال الفرد المشكوك.

اذا عرفت هذا تبيّن لك الوجه في تعريف العيب في كلمات كثير منهم بالخروج عن المجرى الطبيعي وهو ما يقتضيه الخلقة الاصلية.

جعل في النص شيئا، مع انه ربما يكون احتباس الدم لعارض مزاجي لانتقص في الخلقة، وحمل الجارية جعل عيبا موجبا للخيار، مع انه ليس زيادة او نقصا في الخلقة، وكذلك اباق العبد، فيعلم من ذلك ان العيب الشرعي اعم من الكلية المذكورة.

فالمتمعن اما البناء على ان الخبر ورد لبيان العيب لا لتحديده،

او التصرف في الكلية بمحملها على خلاف ظاهرها، وهو كون الخلقة اسما لمعنى مصدر يراد به ما عليه الشيء من الهيئة، فيعم كل نقص او زيادة وان لم يكن من اجزائه الاصلية، بل وان كان الوصف الزائد اعتباريا ككون المزرعة ثقيلة الخراج ونحو تلك من الأوصاف الاعتبارية.

الجهة الثانية: بعد ما عرفت التوسعة في العيب، فقد يكون شيء واحد معيبا بملاحظة الخلقة الاصلية، وغير معيب بالاضافة الى الحقيقة العادية الثانوية، وقد ينعكس الأمر، وعلى التقديرين ان كان ذلك بالاضافة الى جهتين فلا اشكال في ان لكل منهما حكمها، مثلا لو كانت الأرض غير قابلة للزرع لكنها خفيفة الخراج فهي معيبة باعتبار الخلقة الاصلية، وصحيحة باعتبار العادة الثانوية. ولو كانت قابلة للزرع لكنها ثقيلة الخراج فهي صحيحة بالاعتبار الأول ومعيبة بالثاني، وفي الفرضين يجري حكم العيب اذ لا يجب ان يكون الشيء

وإنَّ المراد بالخلقة الأصلية ما عليه اغلب افراد ذلك النوع، وإن ما خرج عن ذلك بالتقص فهو عيب وما خرج عنه بالمزية فهو كمال فالضيعة اذا لو حظت من حيث الخراج فما عليه اغلب الضياع من مقدار الخراج هو مقتضى طبيعتها فزيادة الخراج على ذلك المقدار عيب، ونقصه عنه كمال وكذا كونها مورد العساكر ثم لو تعارض مقتضى الحقيقة الأصلية وحال اغلب الافراد التي يستدل بها على حال الحقيقة عرفاً رجح الثاني [١] وحكم للشيء بحقيقة ثانوية اعتبارية يعتبر الصحة والعيب والكمال بالنسبة اليها. ومن هنا لا يعدّ ثبوت الخراج على الضيعة عيباً مع أنّ حقيقتها لا تقتضي ذلك وأما هو شيء عرض اغلب الافراد فصار مقتضى الحقيقة الثانوية فالعيب لا يحصل إلاّ بزيادة الخراج على مقتضى الاغلب.

معيوباً من جميع الجهات في ترتب احكام العيب، بل يكفي التعيب من جهة واحدة. وأما الكلام فيما اذا كان الاختلاف من جهة واحدة، كما اذا كان العبد الكبير اغلف فانه تام من حيث الخلقة، ومعيوب باعتبار العادة الثانوية، اذ جرت العادة على الختان، ويجب ذلك، والعبد مورد للخطر عند الختان، وكما اذا كانت الأمة ثيبة فان فيها نقصاً خلقياً وتامة عادية.

وهذا هو مورد بحث المصنف رحمته الله حيث قال:

[١] ثم لو تعارض مقتضى الحقيقة الأصلية وحال اغلب الأفراد التي يستدل بها على حال الحقيقة عرفاً رجح الثاني.

والمفروض في كلامه المفروغية عن عدم الخيار فيما اذا كان بحسب الحقيقة الثانوية غير معيوب، وأما جعل مورد البحث ان ما هو كذلك، اي نقص او زيادة بحسب الحقيقة الأولية ولا يكون كذلك بحسب الحقيقة الثانوية، هل يكون عيباً موضوعاً وانما لا يلحقه حكم العيب، او انه ليس بعيب موضوعاً؟

ووجه الأول ان العيب هو النقص او الزيادة بحسب الخلقة الأصلية، وانما يعتنى بوجود الصفة في اغلب افراد الطبيعة من جهة كشفه عن الخلقة الأصلية، وهذا انما يكون مع الجهل بها

ولعلّ هذا هو الوجه في قول كثير منهم بل عدم الخلاف بينهم في أنّ التّيبوبة ليست عيباً في الاماء، وقد ينعكس الامر فيكون العيب في مقتضى الحقيقة الاصلية والصّحة بالخروج الى مقتضى الحقيقة الثّانوية كالعلة فإنّها عيب في الكبير لكونها مخالفة لما عليه الاغلب الاّ ان يقال انّ العلة بنفسها ليس عيباً انما العيب كون الاغلف مورداً للخطر بختانه. ولذا اختصّ هذا العيب بالكبير دون الصّغير.

ويمكن ان يقال انّ العبرة بالحقيقة الاصلية والنقص عنها عيب وان كان على طبق الاغلب [١] الاّ انّ حكم العيب لا يثبت مع اطلاق العقد حينئذٍ لانه انما يثبت من جهة اقتضاء الاطلاق للالتزام بالسّلامة فيكون كما لو التزمه صريحاً في العقد فإذا فرض الاغلب على خلاف مقتضى الحقيقة الاصلية لم يقتض الاطلاق ذلك بل اقتضى عكسه اعني التزام البراءة من ذلك النقص فاطلاق العقد على الجارية بحكم الغلبة منزل على التزام البراءة من عيب التّيبوبة

واما مع العلم بالخلقة الاصلية فلا يعتنى بالكاشف. نعم لا يلحقه حكم العيب من جهة ان حكم العيب انما يثبت من جهة اقتضاء الاطلاق للالتزام بالسّلامة، فيكون كما لو التزمه صريحاً في العقد. فع فرض الاغلب على خلاف مقتضى الحقيقة لا يقتضي الاطلاق ذلك، بل يقتضي الالتزام بالبراءة من ذلك العيب، فلا يثبت الخيار من هذه الجهة.

ووجه الثاني: ان الغلبة بمنزلة الحقيقة الاصلية، وان لها موضوعية كما تقدم، مع ان مقتضى خبر سماعة في الرجل يشتري جارية على انها بكر ولم يجدها كذلك، قال عليه السلام: لا ترد عليه، ولا يجب عليه شيء، انه قد يكون يذهب في حال مرض او امر يصيبها (١)

[١] والمصنف رحمه الله تعالى قوى الوجه الأول.

ولكن الأظهر هو التفصيل، اذ قد يكون شيوع النقص او الزيادة لمصلحة شخصية او نوعية، كالحثان، فانه نقص امر به الشارع لمصلحة شخصية، وكالخراج، فانه لغرض نوعي عقلائي، وفي مثل ذلك لا يعد عيباً لما عرفت من انه ليس المدار على خصوص الخلقة الاصلية

وكذا الغلظة في الكبير فهي ايضاً عيب في الكبير لكون العبد معها مورداً للخطر عند الختان الاّ أنّ الغالب في المجلوب من بلاد الشرك لما كان هي الغلظة لم يقتض الاطلاق التزام سلامته من هذا العيب بل اقتضى التزام البائع البراءة من هذا العيب.

فقولهم انّ الثبوتية ليست عيباً في الاماء.

وقول العلامة في القواعد انّ الغلظة ليست عيباً في الكبير المجلوب لا يبعد ارادتهم نفي حكم العيب من الرّد والارش لانفي حقيقته ويدلّ عليه نفي الخلاف في التحرير عن كون الثبوتية ليست عيباً مع أنّه في التحرير والتذكّرة اختار الارش مع اشتراط البكارة مع أنّه لا ارش في تخلف الشرط بلا خلاف ظاهر.

وتظهر الثمرة فيما لو اشترط المشتري البكارة والختان فإنّه يثبت على الوجه الثاني حكم العيب من الرّد والارش لثبوت العيب غاية الامر عدم ثبوت الخيار مع الاطلاق لتزكّله منزلة تبري البائع من هذا العيب فاذا زال مقتضى الاطلاق بالاشتراط ثبت حكم العيب

وامّا على الوجه الأوّل فإنّ الاشتراك لا يفيد الاختيار تخلف الشرط دون الارش لكن الوجه السابق اقوى عليه فالعيب انما يوجب الخيار اذا لم يكن غالباً في افراد الطبيعة بحسب نوعها او صنفها والغلبة الصنفية مقدّمة على النوعية عند التعارض فالثبوتية في الصغيرة الغير المجلوبة عيب لانها ليست غالبية في صنفها وان غلبت في نوعها.

ثمّ انّ مقتضى ما ذكرنا دوران العيب مدار نقص للشيء من حيث عنوانه مع قطع النظر عن كونه مالاّ فإنّ [١] الإنسان الخصي ناقص في نفسه وان فرض زيادته من حيث كونه مالا

وقد يكون للمصلحة بل لجهة اخرى كثبوتية الأمة، وفي مثل ذلك يكون عيبا ولا عبرة بالغلبة، وهي من حيث هي ليست بمنزلة الحلقة الأصلية كما افاده المصنف رحمته الله والخبر لا يدل على ازيد من نفي الخيار.

[١] الجهة الثالثة: هل يعتبر في صدق العيب ان يكون موجبا لنقص المالية، فالتقص

او الزيادة خلقة وعادة غير المنقص للمالية لا يكون عيبا، ام لا يعتبر ذلك؟ وجهان

وكذا البغل الخصي حيوان ناقص وان كان زائداً من حيث المالية على غيره،
ولذا ذكر جماعة ثبوت الرد دون الارش في مثل ذلك.

ويحتمل قوياً ان يقال ان المناط في العيب هو النقص المالي فالتقص الخلقى
الغير الموجب للنقص كالحصاء ونحوه ليس عيباً الا ان الغالب في افراد الحيوان لما
كان عدمه كان اطلاق العقد منزلاً على اقدام المشتري على الشراء مع عدم هذا
النقص اعتماداً على الاصل والغلبة فكانت السلامة عنه بمنزلة شرط اشترط في العقد
لا يوجب تخلفه الا خيار تخلف الشرط، ويظهر الثمرة في طرؤ موانع الرد بالعيب بناءً
على عدم منعها عن الرد بخيار تخلف الشرط، فتأمل. [١]

وفي صورة حصول هذا النقص قبل القبض او في مدة الخيار فإنه مضمون على
الاول بناء على اطلاق كلماتهم ان العيب مضمون على البائع بخلاف الثاني فإنه لا
دليل على ان فقد الصفة المشترطة قبل القبض او في مدة الخيار مضمون على البائع
بمعنى كونه سبباً للخيار

لا اشكال في ان مطلق الزيادة او النقصية الخلقية او العادية لا يكون عيباً كحدة
بصر العبد، وزيادة شعر رأس الجارية وماشابه تلکم،
كما لا اشكال في انه ليس المدار على الزيادة والنقص من حيث المالية فقط، والا
لكانت الأشياء المختلفة من حيث المالية بعضها صحيحاً وبعضها معيباً، وان لم يختلفا من
حيث الأجزاء الأصلية.

انما الكلام في انه اذا كانت الزيادة او النقصية الموجبة للنقص في الشيء من حيث
الاثار والخواص المترتبة عليه غير موجبة للنقص في المالية من جهة تلازم النقص من هذه
الجهة لأثر آخر وخاصة اخرى مترتبة عليه، هل تكون عيباً ام لا؟
والظاهر صدق العيب عليها، اذ المدار ليس على المالية.

[١] قوله فتأمل

الامر بالتأمل اشارة الى ما افاده في بحث موانع الرد من ان ادلتها مختصة بصورة
ثبوت الارش - وقد تقدم ما عندنا وعرفت ان مرسل جميل يعم صورة عدم ثبوت الارش
فهذه الثمرة موجودة

وللنظر في كلا شق الثمرة مجال [١]

وربما يستدلّ لكون الخيار هنا خيار العيب بما في مرسلّة السيّاري الحاكية لقصة ابن ابي ليلى، [٢] حيث قدّم اليه رجل خصماً له فقال: انّ هذا باعني هذه الجارية فلم اجد على ركبها حين كشفها شعراً وزعمت أنّه لم يكن لها قُط، فقال له ابن ابي ليلى: انّ الناس ليحتالون بهذا بالحيل حتّى يذهبوه فما الذي كرهت، فقال له: ايّها القاضي ان كان عيباً فاقض لي به، قال فاصبر حتّى اخرج اليك فاني اجد أذى في بطني، ثم دخل بيته وخرج من باب اخر فأقّى محمّد بن مسلم التّقفي فقال له: ايّ شيء تروون عن ابي جعفر في امرأة لا تكون على ركبها شعراً ا يكون هذا عيباً، فقال له محمّد بن مسلم: أمّا هذا نصّاً فلا اعرفه ولكن حدثني ابو جعفر عن ابيه عن آباءه عن النّبي ﷺ قال كلّ ما كان في اصل الخلقة فزاد او نقص فهو عيب، فقال له ابن ابي ليلى: حسبك هذا فرجع الى القوم فقصى لهم بالعيب. فإنّ ظاهر اطلاق الرّواية المؤيّد بفهم ابن مسلم من حيث نفي نصوصية الرّواية في تلك القضية المشعر بظهورها فيها وفهم ابن ابي ليلى من حيث قوله وعمله كون مجرّد الخروج عن المجرى

[١] قوله وللنظر في كلا شق الثمرة مجال

مراده شقا الثمرة الثانية، وهما ضمان النقص قبل القبض، وفي مدة الخيار وهو في محله، فان تلف وصف المبيع اذا كان مشمولاً لقاعدة كون التلف قبل القبض من البائع،^(١) وقاعدة كون التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له^(٢) كان تلف الوصف الملتزم به ايضاً كذلك ولا يقاس ذلك بتلف ما التزم به البائع بما هو اجنبي عن تلف المبيع. [٢] واما خبر السياري المذكور في المتن^(٣) فهو ضعيف السند لاتفاق الرجالين على كون احمد بن محمد السياري راوي الخبر ضعيف فاسد المذهب. وقد اجاب عنه المصنف رحمه الله باجوبة اخر سيمر عليك ما فيها.

(١) الوسائل - باب ١٠ - من ابواب الخيار والمستدرك - باب ٩ - من ابواب الخيار.

(٢) الوسائل - باب ٨ - من ابواب الخيار. (٣) الوسائل - باب ١ - من ابواب العيوب حديث ١.

الطبيعي عيباً وان كان مرغوباً فلا ينقص لأجل ذلك من عوضه كما يظهر من قول ابن ابي ليلى انّ النَّاسَ ليحتالون، الخ. وتقرير المشتري له في ردّه لكن الانصاف عدم دلالة الرواية على ذلك.

أما أولاً: فلأنّ ظاهر الحكاية انّ ردّ المشتري لم يكن لمجرد عدم الشعر [١] بل لكونها في اصل الخلقة، كذلك الكاشف عن مرض في العضو او في اصل المزاج كما يدلّ عليه عدم اكتفائه في عذر الرد بقوله لم اجد على ركبها شعراً حتّى ضمّ اليه دعواه أنّه لم يكن لها قط. وقول ابن ابي ليلى انّ النَّاسَ ليحتالون في ذلك حتّى يذهبوه لا يدلّ على مخالفة المشتري في كشف ذلك عن المرض، وأنما هي مغالطة عليه تفصيلاً عن خصومته لعجزه عن حكمها والاحتتيال لذهاب شعر الرّكب لا يدلّ على انّ عدمه في اصل الخلقة شيء مرغوب فيه كما ان احتياهم لذهاب شعر الرأس لا يدلّ على كون عدمه من اصله لقرع او شبهه امراً مرغوباً فيه.

وعلى المختار من صدق العيب ليس له الا الرد لما تقدم من عدم معقولية الارش، كما انه على القول الاخر ايضاً لا اشكال في ثبوت حق الرد من جهة الالتزام الضمني بعدم النقص، ولذا قد توهم عدم ترتب ثمرة على هذا النزاع، والمصنف رحمته الله دفعاً لذلك ذكر ثمرتين.

احدهما: ما اذا طرأ احد موانع الرد بالعيب بناء على عدم منعها عن الرد بخيار تخلف الشرط، فانه على المسلك المنصور يسقط حق الرد دون المسلك الاخر، وعرفت تماميتها

ثانيتهما: انه اذا حصل هذا النقص قبل القبض او في مدة الخيار فانه على فرض كونه عيباً يكون مضموناً على البايع - وعلى فرض عدمه لا يكون كذلك اذ لا دليل على ان فقد الصفة المشترطة قبل القبض او في مدة الخيار مضمون على البايع وقد تنظر فيها المصنف، وقد عرفت انه في محله قال

[١] اما اولاً فلان ظاهر الحكاية ان رد المشتري لم يكن لمجرد عدم الشعر

هذا انما يصلح ايراد اعلى التأييد الذي ذكره بفهم ابن ابي ليلى

واما اطلاق جواب الامام عليه السلام فهذا اجنبى عنه

وبالجملّة فالثابت من الرواية هو كون عدم الشعر على الركب مما يقطع او يحتمل كونه لاجل مرض عيبا وقد عد من العيوب الموجبة للارش بما هو ادون من ذلك وأما ثانياً: فلأنّ قوله عليه السلام فهو عيب، انما يراد به بيان موضوع العيب [١] توطئه لثبوت احكام العيب له والغالب الشائع المتبادر في الازدهان هو ردّ المعيوب. ولذا اشتهر كل معيوب مردود.

واما باقي احكام العيب وخياره مثل عدم جواز ردّه بطرؤ موانع الرد بخيار العيب وكونه مضموناً على البائع قبل القبض، وفي مدّة الخيار فلا يظهر من الرواية ترتبها على العيب، فتأمل..

وأما ثالثاً: فلأنّ الرواية لا تدلّ على الزائد عما يدلّ عليه العرف لأنّ المراد بالزيادة والتقيصة على اصل الخلقة، ليس مطلق ذلك قطعاً فإنّ زيادة شعر رأس الجارية او حدّة بصر العبد او تعلمها للصيغة والطبخ. وكذا نقص العبد بالختان وحلق الرأس ليس عيباً قطعاً فتعيّن ان يكون المراد بها الزيادة والتقيصة الموجبين لنقص في الشيء من حيث الآثار والخواص المترتبة عليه، ولازم ذلك نقصه من حيث المالية [٣] لأنّ المال المبذول في مقابل الاموال بقدر ما يترتب عليها من الآثار والمنافع.

[١] قوله واما ثانيا فلان قوله عليه السلام فهو عيب انما يراد به بيان موضوع العيب حاصله ان المتيقن من الخبر ثبوت حق الرد وهذا كما يلائم مع كون الخيار خيار العيب يلائم مع كونه خيار تخلف الشرط فلا يدل الخبر على كونه خيار العيب وفيه اولاً ان مقتضى اطلاق التنزيل ثبوت جميع احكام العيب لخصوص الرد وثانياً ان الرد الثابت بمقتضى ظاهر الخبر الرد من باب العيب وهذا المقدار يكفي فيما هو المهم وهو كون العيب اعم مما ينقص المالية.

[٢] قوله واما ثالثاً فلان الرواية لا تدل على الزايد عما يدل عليه العرف ولازم ذلك نقصه من حيث المالية

ما افاده في نفسه تام الا ان ما ذكره له من اللازم غير تام اذ مورد الكلام ما لو فرضنا النقص مع كونه موجبا لفقد بعض وجوه الانتفاعات - كونه موجبا للانتفاع بالشيء ببعض انتفاعات اخر المستلزم ذلك لعدم النقص في المالية.

وأما رابعاً: فلأننا لو سلمنا مخالفة الرواية للعرف في معنى العيب فلا ينهض لرفع اليد بها عن العرف المحكم في مثل ذلك لولا النص المعتبر لا مثل هذه الرواية الضعيفة بالارسال، فافهم. [١]

وقد ظهر مما ذكرنا أن الأولى في تعريف العيب ما في التحرير [٢] والقواعد من أنه نقص في العين أو زيادة فيها، يقتضي التقيصة المالية في عادات التجار. ولعله المراد بما في الرواية كما عرفت ومراد كل من عبر بمثلها.

ولذا قال في التحرير بعد ذلك. وبالجملية كلما زاد أو نقص عن أصل الخلقة والقيّد الأخير لا دراج النص الموجب لبذل الزائد لبعض الأغراض [٣] كما قد يقال ذلك في العبد الخصى، ولا ينافيه ما ذكره في التحرير من أن عدم الشعر على العانة عيب في العبد والامة لأنه مبني على ما ذكرنا في الجواب الأول عن الرواية من أن ذلك كاشف أو موهم لمرض في العضو أو المزاج لا على أنه لا يعتبر في العيب التقيصة المالية. وفي التذكرة بعد اخذ نقص المالية في تعريف العيب، وذكر كثير من العيوب والضابط أنه يثبت الرد بكل ما في المعقود عليه من منقّص القيمة أو العين نقصاً يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب في أمثال المبيع عدمه، انتهى كلامه

[١] قوله فافهم

الظاهر أنه إشارة إلى أنه ضعيف من جهة أخرى غير الارسال وهو كون الراوى السيارى.

[٢] قوله الأولى في تعريف العيب ما في التحرير

بل الأولى تعريفه بالنقص أو الزيادة المقتضى لنقص الشيء من حيث الآثار والخواص المترتبة عليه بحسب النوع

[٣] قوله والقيّد الأخير لا دراج النص الموجب لبذل الزائد لبعض الأغراض

كلمات الاعلام المنقولة في المتن كالصريحة في عدم دخل نقصان المالية في صدق العيب وتوجيهات المصنف رحمته الله بعيدة واصرّح من الكل كلام المقاصد - قال كان عليه

وما احسنه حيث لم يجعل ذلك تعريفاً للعيب بل لما يوجب الرد فيدخل فيه مثل خضاء العبد، كما صرح به في التذكرة معللاً بأن الغرض قد يتعلق بالفحولة وان زادت قيمته باعتبار آخر، وقد دخل المشتري على ظن السلامة، انتهى.

ويخرج منه مثل الثبوبة والغلفة في المجلوب. ولعل من عمم العيب لما لا يوجب نقص المالية كما في المسالك. وعن جماعة اراد به مجرد موجب الرد لا العيب الذي يترتب عليه كثير من الاحكام كسقوط خياره بتصرف او حدوث عيب او غير ذلك.

وعليه يبنى قول جامع المقاصد كما عن تعليق الارشاد حيث ذكر ان اللازم تقييد قول العلامة يوجب نقص المالية بقوله غالباً ليندرج مثل الخضاء والجب لأن المستفاد من ذكر بعض الامثلة ان الكلام في موجبات الرد لا خصوص العيب، ويدل على ذلك انه قيد كون عدم الحتان في الكبير المجلوب من بلاد الشرك ليس عيباً بعلم المشتري بجلبه اذ ظاهره انه مع عدم العلم عيب فلولاً انه اراد بالعيب مطلقاً ما يوجب الرد لم يكن معنى لدخل علم المشتري وجهله في ذلك. [١] الكلام في بعض افراد العيب [٢].

ان يقيد بقوله غالباً ليندرج فيه الخضاء والجب فانها يزيد ان في المالية مع انها عيان يثبت بها الرد قطعاً وفي الارشاد اشكال منشأه ان تعينه منوط بالنقصان وهو منتف هنا انتهى.

[١] قوله لم يكن معنى لدخل علم المشتري وجهله في ذلك
لعل التقييد بجهل المشتري من باب التقييد في حقوق الحكم لافي اصل الموضوع

بعض افراد العيب

[٢] لا يخفى ان المصنف تعرض لجملة من المسائل المتعلقة بالعبيد والاماء وحيث ان بنائنا على القاء تلك المسائل لعدم الموضوع لها فعلاً، ومن المستبعد جداً تحقق الموضوع لها الى زمان سيدنا ومولينا ارواح من سواء فداه فلذلك اغمضنا عن التعرض لها ولكن نذكره ما ذكره المصنف لئلا ينقص المكاسب

مسألة: لا اشكال ولا خلاف في كون المرض عيباً واطلاق كثير، وتصريح بعضهم يشمل حمى يوم بان يجده في يوم البيع، قد عرض له الحمى وان لم يكن نوبة له في الاسبوع قال في التذكرة الجذام والبرص والعمى والورع والعرج والقرن والفتق والرتق والقرع والصمم والحرس عيوب اجماعاً، وكذا انواع المرض سواء استمر كما في المراض او كان عارضاً ولو حمى يوم، والا صبح الزائدة والحول والحوص والسبل واستحقاق القتل في الردة او القصاص والقطع بالسَّرقة او الجنابة والاستسعاء في الذين عيوب اجماعاً، ثم ان عدا حمى اليوم المعلوم كونها حمى يوم يزول في يومه ولا يعود مبني على عدّ موجبات الرد لا العيوب الحقيقية لأنّ ذلك ليس منقوصاً للقيمة.

مسألة: الحبل عيب في الاماء كما صرّح به جماعة، وفي المسالك الاجماع عليه في مسألة ردّ الجارية الحامل بعد الوطء ويدلّ عليه الاخبار الواردة في تلك المسألة وعلّله في التذكرة باشتاله على تغيير النفس لعدم يقين السلامة بالوضع هذا مع عدم كون الحمل للبائع، وإلاّ فالامر واضح ويؤيده عجز الحامل عن كثير من الخدمات وعدم قابليتها للاستيلاد الآ بعد الوضع. أمّا في غير الاماء من الحيوانات ففي التذكرة أنّه ليس بعيب ولا يوجب الرد بل ذلك زيادة في المبيع ان قلنا بدخول الحمل في بيع الحامل كما هو مذهب الشيخ، وقال بعض الشافعية يرده به وليس بشيء، انتهى.

ورجح المحقّق الثّاني كونه عيباً وان قلنا بدخول الحمل في بيع الحامل لأنّه وان كان زيادة مزوّجه الا أنّه نقیصة مزوّجه الاخر لمنع الانتفاع بها عاجلاً ولأنّه لا يؤمن عليها من اداء الوضع الى الهلاك والاقوى على قول الشيخ ما اختاره في التذكرة لعدم النقص في المالیة بعد كونه زيادة من وجه آخر وأداء الوضع الى الهلاك نادر في الحيوانات لا يعاب به. نعم عدم التمكن من بعض الانتفاعات نقص يوجب الخيار دون الارش كوجدان العين مستأجرة وكيف كان، فقتضى كون الحمل عيباً في الاماء انه لو حملت الجارية المعيبة عند المشتري لم يحز ردّها لحدوث العيب في يده سواء نقصت بعد الولادة ام لا لأنّ العيب الحادث مانع وان زال على ما تقدّم من التذكرة.

وفي التذكرة لو كان المبيع جارية معيبة فحبلت وولدت في يد المشتري فان نقصت بالولادة سقط الرّد بالعيب القديم وكان له الارش وان لم تنقص فالاولى جواز ردها وحدها من دون الولد الى ان قال، وكذا حكم الدّابة لو حملت عند المشتري وولدت فإن نقصت بالولادة فلا رّد وان لم تنقص ردها دون ولدها لأنّه المشتري، انتهى.

وفي مقام آخر لو اشترى جارية حائلاً او بهيمة حائلاً فحبلت ثمّ اطّلع على عيب فإن نقصت بالحمل فلا رّد بالحمل فلا رّد ان كان الحمل في يد المشتري وبه قال الشّافعي: وان لم تنقص أو كان الحمل في يد البائع فله الرّد انتهى.

وفي الدّروس لو حملت احداها يعني الجارية والبهيمة عند المشتري لا يتصرّفه بالحمل له فإن فسخ ردّ الأمّ ما لم تنقص بالحمل او الولادة. وظاهر القاضى ان الحمل عند المشتري يمنع الرّد لأنّه أمّا بفعله او اهمال المراعاة حتّى ضربها الفحل وكلاهما تصرف، انتهى.

لكن صرّح في المبسوط باستواء البهيمه والجارية في أنّه اذا حملت احداها عند المشتري وولدت ولم تنقص بالولادة فوجد فيها عيباً ردّ الأمّ دون الولد وظاهر ذلك كلّ خصوصاً نسبة منع الرّد الى خصوص القاضي وخصوصاً مع استدلاله على المنع بالتصرف لا حدوث العيب تسالمهم على انّ الحمل الحادث عند المشتري في الامة ليس في نفسه عيباً بل العيب هو النقص الحادث بالولادة وهذا مخالف للاخبار المتقدمّة في ردّ الجارية الحامل الموطوءة من عيب الحبل وللإجماع المتقدم عن المسالك وتصريح هؤلاء بكون الحبل عيباً يرّد منه لاشتماله على التغرير بالنفس والجمع بين كلماتهم مشكل خصوصاً بملاحظة العبارة الاخيرة المحكيّة عن التذكرة من اطلاق كون الحمل عند البائع عيباً وان لم ينقص وعند المشتري بشرط النقص من غير فرق بين الجارية والبهيمة مع انّ ظاهر العبارة الاولى كالتحرير والقواعد الفرق فراجع.

قال في القواعد لو حملت غير الامة عند المشتري من غير تصرف فالاقرب انّ للمشتري الرّد بالعيب السابق لأنّ الحمل زيادة، انتهى.

وهذا بناء منه على انّ الحمل ليس عيباً في غير الامة، وفي الايضاح انّ هذا بناء على

قول الشيخ في كون الحمل تابعا للحامل في الانتقال ظاهر واما عندنا فالاقوى ذلك لانه كالثمرة المتجددة على الشجرة وكما لو اطارت الريح ثوبا للمشتري في الدار المبتاعة والخيار له فلا يؤثر ويحتمل عدمه لحصول خطر ما ولنقص منافعتها فانها لا تقدّر على الحمل العظيم، انتهى.

ومما ذكرنا ظهر الوهم فيما نسب الى الايضاح من ان ما قرب في القواعد مبني على قول الشيخ من دخول الحمل في بيع الحامل. نعم ذكر في جامع المقاصد ان ما ذكره المصنف ان تم فإنما يخرج على قول الشيخ من كون المبيع في زمن الخيار ملكا للبائع بشرط تجدد الحمل في زمان الخيار. ولعله فهم من العبارة رد الحامل مع حملها على ما يترأى من تعليقه بقوله لأن الحمل زيادة يعني ان الحامل ردت الى البائع مع الزيادة لا مع النقص.

لكن الظاهر من التعليل كونه تعليلا لعدم كون الحمل عيبا في غير الامة. وكيف كان فالاقوى في مسألة حدوث حمل الامة عدم جواز الرد ما دام الحمل وابتناء حكمها بعد الوضع وعدم النقص على ما تقدّم من ان زوال العيب الحادث يؤثر في جواز الرد أم لا، وأما حمل غير الامة فقد عرفت أنه ليس عيبا موجبا للأرض لعدم الخطر فيه غالبا وعجزها عن تحمّل بعض المشاق لا يوجب الا فوات بعض المنافع الموجب للتخير في الرد دون الارش لكن لما كان المراد بالعيب الحادث المانع عن الرد ما يعمّ نقص الصفات الغير الموجب للارش وكان محققا هنا مضافا الى نقص آخر وهو كون المبيع متضمنا لمال الغير لان المفروض كون الحمل للمشتري اتجه الحكم بعدم جواز الرد حينئذ.

مسألة: الأكثر على ان التيبوة ليست عيبا في الاماء بل في التحرير لانعلم فيه خلافا ونسبه في المسالك كما عن غيره الى اطلاق الاصحاب لغلبتها فيهن فكانت بمنزلة الخلقة الاصلية واستدلّ عليه ايضا برواية سماعة المنجبة بعمل الاصحاب على ما ادّعه المستدلّ عن رجل باع جارية على انها بكر، فلم يجدها كذلك قال: لا تردّ عليه ولا يجب عليه شيء انه قد يكون تذهب في حال مرض او امر يصيبها. وفي كلا الوجهين نظر:

ففي الأول: ما عرفت سابقاً من أنّ وجود الصّفة في اغلب افراد الطبيعة أنّما يكشف عن كونها بمقتضى اصل وجودها المعبر عنه بالحلقة الاصلية اذا لم يكن مقتضى الحلقة معلوماً فيما نحن فيه وإلاّ فمقتضى الغالب لا يقدم على ما علم أنّه مقتضى الحلقة الاصلية وعلم كون النقص عنها موجباً لنقص المالمية كما فيما نحن فيه خصوصاً مع ما عرفت من اطلاق مرسلّة السياري غاية ما يفيد الغلبة المذكورة هنا عدم تنزيل اطلاق العقد على التزام سلامة العقود عليه عن تلك الصّفة الغالبة.

ولا يثبت الخيار بوجودها وان كانت نقصاً في الحلقة الاصلية.

وأما رواية سماعه فلا دلالة لها على المقصود لتعليله ^{عليه} عدم الرّد مع اشتراط البكارة باحتمال ذهابها بعارض وقدح هذا الاحتمال أمّا لجريانه بعد قبض المشتري فلا يكون مضموناً على البائع. وأما لأنّ اشتراط البكارة كناية عن عدم وطى أحد لها فمجرّد ثبوتها لا يوجب تخلف الشرط الموجب للخيار بل مقتضى تعليل عدم الرّد بهذا الاحتمال أنّه لو فرض عدمه لثبت الخيار فيعلم من ذلك كون البكارة صفة كمال طبيعي فعدمها نقص في اصل الطبيعة فيكون عيباً.

وكيف كان فالأقوى أنّ الثيبوبة عيب عرفاً وشرعاً الا أنّها لما غلبت على الاماء لم يقتض اطلاق العقد التزام سلامتها عن ذلك ويظهر الثمرة فيما لو اشترط في متن العقد سلامة المبيع عن العيوب مطلقاً أو اشترط خصوص البكارة فإنّه يثبت بفقدائها التّخيير بين الرّد والارش لوجود العيب، وعدم المانع من تأثيره ومثله ما لو كان المبيع صغيرة او كبيرة لم تكن الغالب على صنفها الثيبوبة فإنّه يثبت حكم العيب.

والحاصل أنّ غلبة الثيبوبة مانعة عن حكم العيب لا موضوعه فإذا وجد ما يمنع عن مقتضاها ثبت حكم العيب ولعلّ هذا هو مراد المشهور ايضاً ويدلّ على ذلك ما عرفت من العلامة ^{عليه} في التحرير من نفي الخلاف في عدم كون الثيبوبة عيباً مع أنّه في كتبه بل المشهور كما في الدّروس على ثبوت الارش اذا اشترط البكارة فلو لا أنّ الثيبوبة عيب لم يكن ارش في مجرّد تخلف الشرط.

نعم يمكن ان يقال أنّ مستندهم في ثبوت الارش ورود النصّ بذلك فيما رواه في الكافي والتّهذيب عن يونس في: رجل اشترى جارية على أنّها عذراء فلم يجدها

قال: يردّ عليه فضل القيمة اذا علم أنّه صادق، ثمّ أنّه نسب في التذكرة الى اصحابنا عدم الردّ بمقتضى رواية سماعه المتقدمّة وأوله بما وجّهنا به تلك الرواية. وذكر الشيخ في النهاية مضمون الرواية مع تعليلها الدال على تأويلها، ولو شرط الثبوتية فبانت بكرة كان له الردّ، لأنّه قد يقصد الثيب لغرض صحيح.

مسألة: ذكر في التذكرة والقواعد من جملة العيوب عدم الختان في العبد الكبير، لأنّه يخاف عليه من ذلك وهو حسن على تقدير تحقّق الخوف على وجه لا يرغب في بذل ما يبذل لغيره بازائه، ويلحق بذلك المملوك المجدرّ، فإنّه يخاف عليه لكثرة موت المالك بالجدري ومثل هذين. وان لم يكن نقصاً في الخلقة الاصلية الا أنّ عروض هذا النقص اعني الخوف مخالف لمقتضى ما عليه الاغلب في النوع او الصنف ولو كان الكبير مجلوباً من بلاد الشرك فظاهر القواعد كون عدم الختان عيباً فيه مع الجهل دون العلم وهو غير مستقيم لأنّ العلم والجهل بكونه مجلوباً لا يؤثر في كونه عيباً نعم لما كان الغالب في المجلوب عدم الختان لم يكن اطلاق العقد الواقع عليه مع العلم مجلبه التزاماً بسلامته من هذا العيب كما ذكرنا نظيره في الثيب، ويظهر الثمرة هنا ايضاً فيما لو اشترط الختان فظهر اغلف فيثبت الردّ والأرث. فأخرج العلامة الثبوتية وعدم الختان في الكبير المجلوب مع العلم مجلبه من العيوب لكونه ^{موجوباً} في مقام عدّ العيوب الموجبة فعلاً للخيار.

مسألة: عدم الحيض بمن شأنها الحيض بحسب السن والمكان وغيرها من الخصوصيات التي لها مدخلية في ذلك عيب تردّ معه الجارية لأنّه خروج عن المجرى الطبيعي ولقول الصادق ^{عليه السلام} وقد سئل عن رجل اشترى جارية مدركة فلم تحض عنده حتّى مضى لها ستة اشهر وليس بها حمل قال ان كان مثلها تحيض ولم يكن ذلك من كبر فهذا عيب ترد منه وليس التقييد بمضي ستة اشهر الا في مورد السؤال فلا داعي الى تقييد كونه عيباً بذلك كما في ظاهر بعض الكلمات ثمّ انّ حمل الرواية على صورة عدم التصرف في الجارية حتّى بمثل قول المولى لها اسقني ماءً واغلق الباب في غاية البعد. وظاهر الحلي في السرائر وعدم العمل بمضمون الرواية رأساً.

مسألة: الابق عيب بلا اشكال ولا خلاف لآته من افحش العيوب ويدل عليه صحيحة ابي همام الآتية في عيوب السنة. لكن في رواية محمد بن قيس أنه ليس في الابق عهدة ويمكن حملها على أنه ليس كعيوب السنة يكفي حدوثها بعد العقد كما يشهد قوله عليه السلام في رواية يونس إن العهدة في الجنون والبرص سنة بل لا بد من ثبوت كونه كذلك عند البائع وإلا فحدوثه عند المشتري ليس في عهدة البائع ولا خلاف اذا ثبت وجوده عند البائع، وهل يكفي المرة عنده او يشترط الاعتقاد قولان من الشك في كونه عيباً والاقوى ذلك وفقاً لظاهر الشرائع. وصرح التذكرة لكون ذلك بنفسه نقصاً بحكم العرف ولا يشترط اباقه عند المشتري قطعاً.

مسألة: الثفل الخارج عن العادة في الزيت والبذر ونحوهما عيب يثبت به الرد والارش [١] لكون ذلك خلاف ما عليه غالب افراد الشيء

بعض افراد العيب

[١] مسألة: المشهور بين الأصحاب ان الثفل الخارج عن العادة في الزيت والبذر ونحوهما عيب يثبت به الرد والارش.

محل الكلام ها هنا وفي هذه المسألة هو الخيار، واما صحة البيع فهي مفروغ عنها، ومع ذلك نشير اليها تبعا للمصنف، وعليه

فالكلام يقع في جهات:

الأولى: في صحة المعاملة وفسادها.

الثانية: في الخيار.

الثالثة: في تحقيق حال الخبرين المذكورين في المقام.

اما الجهة الاولى: فمحصل القول فيها: ان الثفل تارة: يوجب نقصا في الزيت من حيث الوصف خاصة وان افضى بعد التخليص الى نقص الكم، ويكون المجموع عند العرف زيتا لازيتا وثفلا. لا اشكال في صحة البيع في هذه الصورة بعد تعيين وزن المظروف من غير فرق بين زيادة الثفل وقلته، ومن غير فرق بين صورة العلم والجهل اذ اللازم معرفة المبيع وزنا

وفي رواية ميسر بن عبدالعزيز، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام في الرجل يشتري زق زيت يجد فيه درياً قال: ان كان يعلم ان الدردى يكون في الزيت فليس عليه ان يرده وان لم يكن يعلم فله ان يرده.

نعم في رواية السكوني عن جعفر عن ابيه ان علياً قضى في رجل اشترى من رجل عكة فيها سمن احتكرها حكرة فوجد فيها رباً فخاصمه الى علي عليه السلام فقال له علي عليه السلام: لك بكليل الرب سمناً فقال له الرجل انما بعته منه حكرة، فقال له علي عليه السلام: انما اشترى منك سمناً ولم يشتر منك رباً.

وان لم يعرف وزن الخالص بعد تخليص المبيع.

واخرى: يوجب نقصا فيه من حيث الكم، ويكون بنظر العرف زيتا وثقلا لازيتا معيوباً. وفي هذه الصورة يصح البيع في صورة الجهل لو عين وزن المظروف، لأن وزن المبيع حينئذ معلوم، غاية الأمر بعد الظهور يكون من قبيل تبعض الصفقة.

واما في صورة العلم فان امكن تعيين وزن الزيت صح البيع، والا بطل للغرر، ولا يكتفي بتعيين وزن المجموع.

واما الجهة الثانية: في مورد صحة البيع ان كان المبيع عند العرف مركباً من الزيت والثفل يثبت خيار تبعض الصفقة، وان كان المبيع هو الزيت المعيوب فان كان الثفل يسيراً جداً بحيث لا يعد في نفسه عيباً لاختيار، وان كان كثيراً بمقدار خارج عن العادة ثبت خيار العيب.

وان كان بمقدار جرت به العادة فتارة: يعلم المشتري بحريان العادة، واخرى: لا يعلم، فان علم بذلك لاختيار له، لأن الاقدام على هذه المعاملة التزام بالبراءة من ذلك العيب والنقص، فلا خيار معه،

وان لم يعلم بذلك ثبت له الخيار، فان الغلبة والعادة الثانوية ان لم تكن عن غرض لاتكون بمنزلة الحقيقة الأصلية كما تقدم.

واما الجهة الثالثة: فالحبران هما خبراً^(١) ميسر والسكوني المذكوران في المتن.

قال في الوافي يقال اشترى المتاع حكرة اي جملة وهذه الرواية بظاهرها مناف لحكم العيب من الرد والارش وتوجيهها بما يطابق القواعد مشكل، [١] وربما استشكل في اصل الحكم بصحة البيع لو كان كثيراً للجهل بمقدار المبيع وكفاية معرفة وزن السمن بظروفه خارجة بالاجماع كما تقدم او مفروضة في صورة انضمام الظرف المفقود هنا لأن الدردى غير متمول والاولى ان يقال إن وجود الدردى ان افاد نقصاً في الزيت من حيث الوصف وان افضى بعد التخليص الى نقص الكم نظير الغش في الذهب كان الزائد منه على المعتاد عيباً وان افراط في الكثرة ولا اشكال في صحة البيع حينئذ، لأن المبيع زيت وان كان معيوباً. وعليه يحمل ما في التحرير من ان الدردى في الزيت والبذر عيب موجب للرد والارش وان لم يفد الاً نقصاً في الكم فإن باع ما في العكة بعد وزنها مع العكة ومشاهدة شيء منه تكون اشارة على باقيه وقال بعتك ما في هذه العكة من الزيت كل رطل بكذا فظهر امتزاجه بغيره الغير الموجب لتعيبه. فالظاهر صحة البيع وعدم ثبوت الخيار اصلاً لأنه اشترى السمن الموجود في هذه العكة ولا يقدر الجهل بوزنه للعلم به مع الظرف

اما الخبر الأول: فعن الجواهر: كون الخيار لتبعض الصفقة، بدعوى اشتال المبيع على الزيت وغيره، مع ان المقصود هو الزيت.

وفيه: ان ظاهر قوله فليس عليه ان يرده وقوله فله ان يرده صحة البيع بالنسبة الى تمام ما في الزق، اذ لارد بدون الملك، فالقول بتبعض الصفقة خلاف الظاهر، بل الظاهر منه كون الخيار للعيب.

وظاهر الخبر هو التفصيل بين العلم بجريان العادة على انضمام الدردى الى الزيت وعدمه لا العلم التفصيلي بوجود الدردى، وهذا ينطبق على ما ذكرناه من مقتضى القاعدة. واما الخبر الثاني: فظاهره كون الخيار لتبعض الصفقة وكون الرب متميزاً عن السمن، لا حظ قوله فوجد فيها ربا اي وجد في العكة ربا، وقول البائع انما بعت منه حكرة اي جملة، فان ظاهر ذلك كون ما في العكة سمناً ورباً لا سمناً معيماً بما فيه من الرب وعلى اى حال فكما في المتن [١] توجيهه بما يطابق القواعد مشكل

والمفروض معرفة نوعه بملاحظة شيء منها بفتح رأس العكة فلا عيب ولا تبعض صفقة الا ان يقال ان اطلاق شراء ما في العكة من الزيت في قوة اشتراط كون ما عدا العكة سمناً فيلحق بما سيجيء في الصورة الثالثة من اشتراط كونه بمقدار خاص وان باعه بعد معرفة وزن المجموع بقوله بعثك ما في هذه العكة فتبين بعضه در دياً صح البيع في الزيت مع خيار تبعض الصفقة.

قال في التحرير لو اشترى سمناً فوجد فيه غيره تخير بين الرد واخذ ما وجد من السمن بنسبة الثمن ولو باع ما في العكة من الزيت على أنه كذا وكذا رطلاً فتبين نقصه عنه لوجود الدردي صح البيع وكان للمشتري خيار تخلف الوصف او الجزء على الخلاف المتقدم فيما لو باع الصبرة على أنها كذا وكذا، فظهر ناقصاً ولو باعه مع مشاهدته مزوجاً بما لا يتموّل بحيث لا يعلم قدر خصوص الزيت. فالظاهر عدم صحة البيع وان عرف وزن المجموع مع العكة لأن كفاية معرفة وزنه الظرف والمظروف، أمّا هي من حيث الجهل الحاصل من اجتماعها لا من انضمام مجهول آخر غير قابل للبيع، كما علم بوزن مجموع الظرف والمظروف لكن علم بوجود صخرة في الزيت بمجهولة الوزن.

حيث انه حكم ^{المثل} باداء السمن بكيل الرب، مع ان الخيار ان كان للعيب فلا يستحق الا الرد او الارش، وان كان لتبعض الصفقة بطل البيع بالنسبة الى الرب، وله الرد بالاضافة الى السمن، وعلى التقديرين لا يستحق السمن بدل الرب، وحمله على كون المبيع كلياً واداء العكة الخاصة وفاء خلاف الظاهر لا حظ قوله انما بعته منك حكرة فانه كالصرح في كون المعاملة واقعة على العكة الشخصية، اذ لا معنى لكون كلي السمن المبيع حكرة،

والمتمعن في توجيهه بناء على كون الخيار للتبعض ان يقال: ان المراد من قوله لك بكيل الرب سمناً استحقاق ثمن ذلك المقدار من السمن، بتقريب: ان قوله سمناً تمييز لكيل الرب لا انه مبتدأ لقوله لك وقوله بكيل الرب ايضاً لا يكون مبتدأ لمكان الباء بل المبتدأ محذوف، وهو الثمن فالمعنى: لك الثمن بمقدار السمن الموازي للرب.

مسألة: قد عرفت أنّ مطلق المرض عيب خصوصاً الجنون والبرص والجذام والقرن، ولكن يختصّ هذه الأربعة من بيع العيوب بأنّها لو حدثت الى سنة من يوم العقد يثبت لأجلها التّخيير بين الرّد ووالارش هذا هو المشهور، ويدلّ عليه ما استفيض عن مولانا أبي الحسن الرّضا عليه السلام.

ففي رواية عليّ بن اسباط عنه في حديث خيار الثلاثة ان احدث السنّة ترد بعد السنّة، قلت: وما احدث السنّة قال الجنون والجذام والبرص والقرن، فمن اشترى فحدث فيه هذه الاحداث فالحكم ان يرد على صاحبه الى تمام السنّة من يوم اشتراه.

وفي رواية ابن فضال المحكية عن الخصال في أربعة أشياء خيار سنة الجنون والجذام والقرن والبرص. وفي رواية اخرى له عنه عليه السلام قال ترد الجارية مع اربع خصال من الجنون والجذام والبرص والقرن والحدة. هكذا في التّهذيب. وفي الكافي القرن الحدة إلا أنّها تكون في الصّدر تدخل الطّهر وتخرج الصّدر، انتهى.

ومراده أنّ الحذب ليس خامساً لها لأنّ القرن يرجع الى حذب في الفرج لكن المعروف أنّه عظم في الفرج كالسنّ يمنع الوطء.

وفي الصحيح عن محمد بن علي قيل وهو مجهول واحتمل بعض كونه الحلبي عنه عليه السلام قال يرد المملوك من احدث السنّة من الجنون والبرص والقرن. قال: قلت وكيف يرد من احدث، فقال: هذا أوّل السنّة يعني المحرم فإذا اشترت مملوكاً فحدث فيه هذه الخصال ما بينك وبين ذي الحجة رددت على صاحبه. وهذه الرواية لم يذكر فيها الجذام مع ورودها في مقام التّحديد والضّبط لهذه الامور فيمكن ان يدعي معارضتها لباقي الاخبار المتقدمة.

ومن هنا استشكل المحقّق الارديبيلي في الجذام وليس التعارض من باب المطلق والمقيد كما ذكره في الحقائق ردّاً على الارديبيلي رحمه الله الا ان يريد انّ التعارض يشبه تعارض المطلق والمقيد في وجوب العمل بما لا يجري فيه احتمال يجري في معارضه وهو هنا احتمال سهو الزاوي في ترك ذكر الجذام فإنّه اقرب الاحتمالات المتطرقة فيما نحن فيه.

ويمكن ان يكون الوجه في ترك الجذام في هذه الرواية انتعاقها على المشتري بمجرد حدوث الجذام فلا معنى للردّ وحينئذ فيشكل الحكم بالردّ في باقي الاخبار ووجهه في المسالك بأنّ عقته على المشتري موقوف على ظهور الجذام بالفعل ويكفي في العيب الموجب للخيار وجود مادته في نفس الامر وان لم يظهر فيكون سبب الخيار مقدماً على سبب العتق. فإن فسخ العتق على البائع وان امضى انتعق على المشتري.

وفيه أولاً: أنّ ظاهر هذه الاخبار أنّ سبب الخيار ظهور هذه الامراض لأنّه المعنى بقوله فحدث فيه هذه الخصال ما بينك وبين ذي الحجة ولو لا ذلك لكفي وجود موادّها في السنّة، وان تأخّر ظهورها عنها ولو بقليل بحيث يكشف عن وجود المادة قبل انقضاء السنّة وهذا ممّا لا اظنّ احداً يلتزمه مع أنّه لو كان الموجب للخيار هي مواد هذه الامراض كان ظهورها زيادة في العيب حادثة في يد المشتري، فلتكن مانعة من الردّ لعدم قيام المال بعينه حينئذ، فيكون في التزام خروج هذه العيوب من عموم كون النقص الحادث مانعاً عن الردّ تخصيصاً آخر للعمومات.

وثانياً: أنّ سبق سبب الخيار لا يوجب عدم الانتعاق بطرّ وسببه بل ينبغي ان يكون الانتعاق القهري سببه مانعاً شرعياً، بمنزلة المانع العقلي عن الردّ كالموت. ولذا لو حدث الانتعاق بسبب آخر غير الجذام فلا اظنّ احداً يلتزم عدم الانتعاق الاّ بعد لزوم البيع خصوصاً مع بناء العتق على التّغليب هذا.

ولكن رفع اليد عن هذه الأخبار الكثيرة المعتضدة بالشّهرة المحقّقة والإجماع المدّعي في السّرائر والغنية مشكل فيمكن العمل بها في موردها أو الحكم من أجلها بأنّ تقدّم سبب الخيار يوجب توقّف الانتعاق على إمضاء العقد ولو في غير المقام ثمّ لو فسخ المشتري فانتعاقه على البائع موقوف على دلالة الدليل على عدم جواز تملك المجذوم لا أنّ جذام المملوك يوجب انتعاقه بحيث يظهر اختصاصه بحدوث الجذام في ملكه، ثمّ إنّ زيادة القرن ليس في كلام الأكثر فيظهر منهم عدم فنسبة المسالك الحكم في الأربعة إلى المشهور كأنّه لاستظهار ذلك من ذكره في الدّروس ساكتاً عن الخلاف فيه.

وعن التّحرير نسبه الى ابي علي وفي مفتاح الكرامة أنّه لم يظفر بقائل غير

الشَّهيدِينِ وأبِي عَلِيٍّ وَمَنْ هُنَا تَأْمَلُ الْمُحَقِّقَ الْإِرْدِيلِيَّ مِنْ عَدَمِ صِحَّةِ الْإِخْبَارِ وَقَدْ الْإِنْجِبَارِ، ثُمَّ أَنَّ ظَاهِرَ إِطْلَاقِ الْإِخْبَارِ عَلَى وَجْهِ يَبْعَدُ التَّقْيِيدَ فِيهَا شُمُولَ الْحُكْمِ لَصُورَةِ التَّصَرُّفِ لَكِنْ الْمَشْهُورُ تَقْيِيدُ الْحُكْمِ بِغَيْرِهَا وَنَسَبُ الْيَهْمِ جَوَازَ الْإِرْشِ قَبْلَ التَّصَرُّفِ وَتَعْيِينُهُ بَعْدَهُ وَالْإِخْبَارُ خَالِيَةٌ عَنْهُ وَكُلَاهُمَا مُشْكَلٌ إِلَّا أَنَّ الظَّنَّ مِنْ كَلِمَاتٍ بَعْضُ عَدَمِ الْخِلَافِ الصَّرِيحِ فِيهَا لَكِنْ كَلَامُ الْمَفِيدِ رحمته مُخْتَصٌّ بِالْوُطِيِّ وَالشَّيْخِ وَابْنِ زَهْرَةَ لَمْ يَذْكُرِ التَّصَرُّفَ وَلَا الْإِرْشَ.

نَعَمْ ظَاهِرُ الْحُلِيِّ الْإِجْمَاعِ عَلَى تَسَاوِيهَا مَعَ سَائِرِ الْعُيُوبِ مِنْ هَذِهِ الْجِهَةِ وَإِنَّ هَذِهِ الْعُيُوبَ كَسَائِرِ الْعُيُوبِ فِي كَوْنِهَا مَضْمُونَةٌ إِلَّا أَنَّ الْفَارِقَ ضَمَانُ هَذِهِ إِذَا حَدَّثَتْ فِي السَّنَةِ بَعْدَ الْقَبْضِ وَانْقِضَاءِ الْخِيَارِ وَلَوْ ثَبِتَ أَنَّ أَصْلَ هَذِهِ الْأَمْرَاضِ تَكُنُّ قَبْلَ سَنَةِ مِنْ ظَهُورِهَا وَثَبِتَ أَنَّ اخْذَ الْإِرْشِ لِلْعَيْبِ الْمَوْجُودِ قَبْلَ الْعَقْدِ أَوْ الْقَبْضِ مُطَابِقٌ لِلْقَاعِدَةِ ثَبِتَ الْإِرْشِ هُنَا بِمُلَاحَظَةِ التَّعْيِبِ بِمَادَّةِ هَذِهِ الْأَمْرَاضِ الْكَامِنَةِ فِي الْمَسْبُوعِ لَا بِهَذِهِ الْأَمْرَاضِ الظَّاهِرَةِ فِيهِ.

قَالَ فِي الْمُنْفَعَةِ وَيُرَدُّ الْعَبْدُ وَالْأَمَةُ مِنَ الْجُنُونِ وَالْجَذَامِ وَالْبَرَصِ مَا بَيْنَ ابْتِيَاعِهَا وَبَيْنَ سَنَةِ وَاحِدَةٍ وَلَا يَرُدُّانَ بَعْدَ سَنَةٍ وَذَلِكَ أَنَّ أَصْلَ هَذِهِ الْأَمْرَاضِ يَتَقَدَّمُ ظَهُورُهَا بِسَنَةٍ وَلَا يَتَقَدَّمُ بِأَزِيدٍ فَإِنْ وَطِئَ الْمُبْتَاعُ الْأَمَةَ فِي هَذِهِ السَّنَةِ لَمْ يَجْزَ لَهُ رَدُّهَا وَكَانَ لَهُ قِيَمَةٌ مَا بَيْنَهَا صَحِيحَةٌ وَسَقِيمَةٌ، انْتَهَى.

وظَاهِرُهُ أَنَّ نَفْسَ هَذِهِ الْأَمْرَاضِ يَتَقَدَّمُ بِسَنَةٍ وَلِذَا أُورِدَ عَلَيْهِ فِي السَّرَائِرِ أَنَّ هَذَا مُوجِبٌ لَانْعِتَاقِ الْمَمْلُوكِ عَلَى الْبَائِعِ فَلَا يَصَحُّ الْبَيْعُ وَيُمْكِنُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ مَا ذَكَرْنَا مِنْ إِرَادَةِ مَوَادِّ هَذِهِ الْأَمْرَاضِ.

خاتمة:

فِي عُيُوبٍ مُتَفَرِّقَةٍ قَالَ فِي التَّذَكُّرَةِ: أَنَّ الْكُفْرَ لَيْسَ عَيْبًا فِي الْعَبْدِ وَلَا الْجَارِيَةِ، ثُمَّ اسْتَحْسَنَ قَوْلَ بَعْضِ الشَّافِعِيَّةِ بِكَوْنِهِ عَيْبًا فِي الْجَارِيَةِ إِذَا مَنَعَ الِاسْتِمْتَاعَ كَالْتَّمَجُّسِ وَالتَّوْتُنِ دُونَ التَّهْوُدِ وَالتَّنَصُّرِ، وَالْأَقْوَى كَوْنُهُ مُوجِبًا لِلرَّدِّ فِي غَيْرِ الْمَجْلُوبِ وَإِنْ كَانَ أَصْلًا فِي الْمَالِيكَ إِلَّا أَنَّ الْغَالِبَ فِي غَيْرِ الْمَجْلُوبِ الْإِسْلَامَ فَهُوَ نَقْصٌ مُوجِبٌ لِتَنْفَرُّ الطَّبَاعِ عَنْهُ

خصوصاً بما حطّته نجاستهم المانعة عن كثير من الاستخدامات.

نعم الظاهر عدم الارش فيه لعدم صدق العيب عليه عرفاً وعدم كونه نقصاً او زيادة في اصل الحلقة ولو ظهرت الامة محرّمة على المشتري برضاع او نسب، فالظاهر عدم الردّ به لانه لا يعدّ نقصاً بالتّوابع ولا عبرة بخصوص المشتري ولو ظهر ممّن ينعق عليه، فكذلك كما في التّذكرة معللاً بأنّه ليس نقصاً عند كلّ الناس وعدم نقص ماليته عند غيره. وفي التّذكرة لو ظهر أنّ البائع باعه وكالة او ولاية او وصاية او امانة، ففي ثبوت الردّ لخطر فساد الثّيابة احتمال.

اقول الاقوى عدمه. وكذا لو اشترى ما عليه اثر الوقف. نعم لو كان عليه امانة قويّة لم يبعد كونه موجباً للردّ لقلة رغبة الناس في تملك مثله وتأثير ذلك في نقصان قيمته عن قيمة اصل الشيء لو خلى وطبعه اثرأً بيّناً وذكر في التّذكرة أنّ الصّيام والاحرام والاعتداد ليست عيوباً.

اقول امّا عدم ايجابها الارش فلا اشكال فيه. واما عدم ايجابها الردّ ففيه اشكال اذا فات بها الانتفاع في مدّة طويلة فإنّه لا ينقص عن ظهور المبيع مستأجراً. وقال ايضاً اذا كان المملوك ناماً او ساحراً او قاذفاً للمحصنات او شارباً للخمر او مقامراً ففي كون هذه عيوباً اشكال اقربه العدم.

وقال لو كان الرّقيق رطب الكلام او غليظ الصّوت او سيء الادب او ولد زنا او مغنياً او حجّاماً او اكولاً او زهيداً فلا ردّ ويردّ الدّابة بالزّهادة، وكون الامة عقيماً لا يوجب الردّ لعدم القطع بتحقيقه فربّما كان من الزّوج او لعارض، انتهى.

ومراده العارض الاتفاقي لا المرضي العارضي قال في التّذكرة في آخر ذكر موجبات الردّ: والضّابط أنّ الردّ يثبت بكلاً في المعقود عليه من منقص القيمة او العين نقصاً يفوت به غرض صحيح بشرط ان يكون الغالب في امثال المبيع عدمه، انتهى.

القول في الارش وهو [١] لغة، كما في الصّاح وعن المصباح دية الجراحات، عن القاموس أنّه الدية ويظهر من الاولين أنّه في الاصل اسم للفساد، ويطلق في كلام الفقهاء على مال يؤخذ بدلاً عن نقص مضمون في مال او بدن، ولم يقدر له في الشرع مقدر، وعن حواشي الشهيد قدّس سرّه أنّه يطلق بالاشتراك اللفظي على معان: منها ما نحن فيه، ومنها نقص القيمة لجناية الانسان على عبد غيره في غير المقدّر الشرعي ومنها ثمن التآلف المقدّر شرعاً بالجناية، كقطع يد العبد. ومنها اكثر الامرين من المقدّر الشرعي والارش، وهو ما تلف بجناية الغاصب، انتهى. وفي جعل ذلك من الاشتراك اللفظي اشارة الى انّ هذا اللفظ قد اُصطلح في خصوص كلّ من هذه المعاني عند الفقهاء بملاحظة مناسبتها للمعنى اللغوي مع قطع النظر عن ملاحظة العلاقة بين كلّ منها وبين الآخر، فلا يكون مشتركاً معنوياً بينهما ولا حقيقة ومجازاً. فهي كلّها منقولات عن المعنى اللغوي بعلاقة الاطلاق والتقييد وما ذكرناه في تعريف الارش، فهو كلّ انتزاعي عن تلك المعاني، كما يظهر بالتأمل. وكيف كان، فقد ظهر من تعريف الارش أنّه لا يثبت الاّ مع ضمان النقص المذكور [٢]

الارش - ضمانه خارج عن الضمانين

[١] القول في الارش، وهو بحسب المتفاهم العربي له معنى متعارف فيما نحن فيه، وهو ما به تتفاوت قيمة الصحيح والمعيب، ولا يهمننا البحث في انه في اللغة له معنى واحد او معان متعددة، وكونه من قبيل الاشتراك اللفظي او المعنوي او الحقيقة، والمجاز وانه في اصطلاح الفقهاء الذي يطلق على معان هل لتلك المعاني جامع ام لا لعدم ترتب اثر عليه.

[٢] قوله فقد ظهر من تعريف الارش انه لا يثبت الا مع ضمان النقص المذكور ستعرف انه ليس من ضمان اليد ولا ضمان المعاوضة بل هو خارج عن الضمانين فهو ثابت من دون ضمان الوصف.

ثم إنَّ ضمان النَّقص تابع في الكيفيّة لضمان المنقوص [١] وهو الاصل، فإن كان مضموناً بقيمته كالمغصوب والمستام وشبههما، ويسمى ضمان اليد كان النَّقص مضموناً بما يخصّه من القيمة اذا وزعت على الكلّ، وان كان مضموناً بعوض بمعنى ان فواته يوجب عدم تملّك عوضه المسمّى في المعاوضة ويسمى ضمانه ضمان المعاوضة كان النَّقص مضموناً بما يخصّه من العوض اذا وزّع على مجموع الناقص والمنقوص لا نفس قيمة العيب، لأنّ الجزء تابع للكلّ في الصّمان. ولذا عرّف جماعة الارش في عيب المثلث فيما نحن فيه: بأنّه جزء من الثمن نسبته اليه كنسبة التّفاوت بين الصّحيح والمعيّب الى الصّحيح، وذلك لأنّ ضمان تمام المبيع الصّحيح على البائع ضمان المعاوضة بمعنى أنّ البائع ضامن لتسليم المبيع تامّاً الى المشتري فإذا فاته تسليم بعضه ضمنه بمقدار ما يخصّه من الثمن لابقيمته.

[١] قوله ثم ان ضمان النقص تابع في الكيفية لضمان المنقوص

فيه: ان تبعية الوصف للعين في موارد ضمان اليد والاتلاف مسلمة

واما في مورد ضمان المعاوضة فتبعية الوصف تتوقف على كونه كالجزء وستعرف انه

ليس كذلك والمصنف رحمته الله ايضا يعترف به

وكيف كان فالكلام في المقام يقع في امور

الأول: ان ضمان الارش المتعارف هل هو من ضمان اليد، او من ضمان المعاوضة، ام

يكون خارجا عن الضمانين؟

والا وجه هو الأخير، فان ضمان اليد انما يكون فيما اذا تلف وهو في يده لا في ما اذا

كانت لفا قبل ان يقع في يده كما في المقام، وضمان المعاوضة انما يكون فيما اذا كان ذلك الشيء

مضمونا في المعاملة كالجزء والأوصاف، ومنها وصف الصحة ليست كذلك، فانها لا تقابل

بالمال، ولا تكون مأخوذة في المعاملة بعنوان العوضيّة، ولو ضمننا، بل هي توجب زيادة

قيمة الذات، ففي المعاملات تكون بمنزلة الداعي لبذل مقدار من الثمن بازاء الذات زائدا عما

يبدل بازائه لولاها،

والضمان الثابت بمقتضى قاعدة التلف في زمان الخيار، او قبل القبض على فرض

شمول القاعدة لتلف الوصف، انما هو فيما اذا كان التلف واردا على المعقود عليه، ولا

تشملان ما اذا كان العقد واردا على التالف.

نعم ظاهر كلام جماعة من القدماء، كأكثر النصوص، يوهم ارادة قيمة العيب كلّها إلا أنّها محمولة على الغالب من مساواة الثمن للقيمة السوقية للمبيع بقرينة ما فيها من أنّ البائع يرّد على المشتري، وظاهره كون المردود شيئاً من الثمن [١] الظاهر في عدم زيادته عليه بل في نقصانه فلو كان اللازم هو نفس التفاوت لزاد على الثمن في بعض الاوقات كما اذا اشترى جارية بدينارين وكان معيها تسوي مائة وصحيحها تسوي ازيد، فيلزم استحقاق مائة دينار فإذا لم يكن مثل هذا الفرد داخلاً بقرينة عدم صدق الرّد والاسترجاع تعين كون هذا التعبير لأجل غلبة عدم استيعاب التفاوت للثمن، فإذا بنى الامر على ملاحظة الغلبة فقتضاها الاختصاص بما هو الغالب من اشتراء الاشياء من اهلها في اسواقها بقيمتها المتعارفة. وقد توهم بعض من لا تحصيل له أنّ العيب اذا كان في الثمن كان ارشه تمام التفاوت بين الصحيح والمعيب ومنشأه ما يترأى في الغالب من وقوع الثمن في الغالب نقداً غالباً مساوياً لقيمة المبيع، فإذا ظهر معيباً وجب تصحيحه

الملحوظ هو التفاوت بالنسبة

الثاني: ان الارش المضمون على البائع هل هو ما به يتفاوت الصحيح والمعيب بحسب القيمة الواقعية، او يكون ملحوظا بالنسبة الى الثمن المسمى، وبعبارة اخرى: ان اللازم هو تدارك الوصف بقيمته الواقعية ام بقيمته التي اقدها عليها وجعلها في المعاملة قيمة له بملاحظة منشأته لزيادة قيمة الذات، وهذا معنى ان المراد بالتفاوت هل هو التفاوت الواقعي ام التفاوت بالنسبة، والكلام فيه تارة: فيما تقتضيه القواعد، واخرى: فيما يقتضيه النص الخاص

اما الأول: فقد ذكر في تقريب ان القاعدة تقتضي كون الارش بالنسبة الى المسمى وجوه:

[١] منها: ما عن جماعة منهم المصنف وهو: ان البائع قد تعهد وصف الصحة الذي

ببذل تمام التفاوت والا، فلو فرض أنه اشترى عبداً تجارية تسوي معيها اضعاف قيمته فإنه لا يجب بذل نفس التفاوت بين صحيحها ومعيها قطعاً وكيف كان، فالظاهر أنه لا إشكال ولا خلاف في ذلك وإن كان المتراني من الاخبار خلافه إلا أن التأمل فيها قاض بخلافه.

نعم يشكل الامر في المقام من جهة اخرى وهي ان مقتضى ضمان وصف الصّحة بمقدار ما يخصّه من الثمن لابقيمته انفساخ العقد في ذلك المقدار لعدم مقابل له حين العقد كما هو شأن الجزء المفقود من المبيع، مع أنه لم يقل به احد، ويلزم من ذلك ايضاً تعيّن اخذ الارش من الثمن مع ان ظاهر جماعة عدم تعيّن منه معللاً بأنه غرامة. وتوضيحه ان الارش لتتميم الميعب حتى يصير مقابلاً للثمن لا لتقيص الثمن حتى يصير مقابلاً للميعب. ولذا سُمّي ارشاً كسائر الاروش المستدركة للسقائص فضمن العيب على هذا الوجه خارج عن الضمانين المذكورين، لأنّ ضمان المعاوضة يقتضي انفساخ المعاوضة بالنسبة الى الفائت المضمون ومقابله اذ لا معنى له غير ضمان الشيء واجزائه بعوضه المسمى واجزائه

له مدخل في وجود مقدار من الثمن، والتزم به بازاء المسمى المبذول في مقابل الصحيح بما هو صحيح، ومقتضى ذلك تعين الخروج عن عهدة الوصف بالمقدار الذي له دخل في المسمى لا بازيد من ذلك.

وفيه: ان الأوصاف الأخر غير وصف الصحة دخيلة في المالية ايضاً، ومع ذلك التزموا بانه لو التزم بوجود وصف صريحاً في العقد، وتخلّف ثبت حق الرد خاصة، وليس ذلك الا من جهة ان الوصف غير مقابل بشيء من الثمن المسمى، فلا وجه لثبوت ازيد من حق الرد من قبل الالتزام الضمني.

وبالجملة: الالتزام بالوصف كان هو وصف الصحة او غيره ليس التزاماً بتدركه حتى يتوهم كون عهده عليه بمقدار دخله في المسمى.

ومنها: ما في حاشية السيد الفقيه رحمته الله وحاصله: ان وصف الصحة كسائر الأوصاف وان لم يكن مقابلاً بالمال في عالم الانشاء الا انه مقابل به في عالم اللب، بمعنى ان زيادة بعض الثمن انما هي بلحاظ الوصف، فاذا فرض تخلّفه وجب على البائع ان يغرم ما فات من المشتري

والضمان الآخر يقتضي ضمان الشيء بقيمته الواقعية، فلا وثق من ان يقال ان مقتضى المعاوضة عرفاً هو عدم مقابلة وصف الصحة بشيء من الثمن لأنه امر معنوي كسائر الاوصاف. ولذا لو قابل الميعب بما هو انقص منه قدرأ حصل الربا من جهة صدق الزيادة وعدم عد العيب نقصاً يتدارك بشيء من مقابله الا ان الدليل من النص والاجماع دل على ضمان هذا الوصف من بين الاوصاف وكونه في عهدة البائع بمعنى وجود تداركه بمقدار من الثمن يضاف الى ما يقابل بأصل المبيع لاجل اتصافه بوصف الصحة، فإن هذا الوصف كسائر الاوصاف وان لم يقابله شيء من الثمن، لكن له مدخل في وجود مقدار من الثمن [١] وعدمه، فإذا تعهده البائع كان للمشتري مطالبته بمخروجه عن عهده بأداء ما كان يلاحظ من الثمن لأجله وللمشتري ايضاً اسقاط هذا الالتزام عنه.

وما اغترم بملاحظة ذلك الوصف.

وبالجملة: ان ضمان الارش ضمان المعاوضة اللبية، ولازمه انفساخ تلك المعاملة لا المعاوضة الحسية الانشائية، ومقتضاه جواز تغريمه بما اعطاه من غير مقابل في عالم اللب وفيه: ان المعاوضة التي لم يجعل في عالم الانشاء لها مبرز لا يترتب عليها اثر من الانفساخ او التغريم او غيرهما.

ومنها: وهو الحق، وهو: ان مقتضى الارتكاز العقلائي، وبناء العقلاء بعد ورود الدليل على ثبوت الارش ذلك، وبعبارة اخرى ان اصل ثبوت الارش وان كان بتعدد من الشارع الا انه بعد ورود الدليل عليه، الارتكاز العرفي وبناء العقلاء على ان الملحوظ ليس هو تفاوت الصحيح والميعب بحسب القيمة الواقعية الذي ربما يزيد على تمام الثمن، كما لو اشترى ما يسوى صحيحه مائتي دينار ومعيبه مائة بعشرة دنانير، بل الملحوظ هو التفاوت بالنسبة الى الثمن المسمى،

ولعل السرفيه ان ثبوت الارش في المقام ليس تعبدا صرفا، فلا بد له من منشأ عقلائي، ولا وجه عقلائي له سوى اقدام المتبايعين على بذل مقدار من الثمن لأجل وجوده، فعند التخلف يكون منافيا لذلك المقدار ولعله الى ذلك نظر المصنف حيث قال [١] لكن له مدخل في وجود مقدار من الثمن الى آخر ما يقيد

.....

واما الثاني: اي ما تقتضيه الأخبار،
فحصل القول فيه: ان نصوص الباب على طوائف،
وقد ادعى المصنف رحمته الله في كلام له قبل اسطر ظهور اغلبها في ارادة قيمة العيب كلها،
وفي حاشية السيد: بل هو ظاهر جميعها،
ولكن الحق ان جملة منها مجملة قابلة للحمل على كل واحد من المعنيين،
وجملة منها ظاهرة في ارادة ملاحظة التفاوت بالنسبة الى المسمى.
اما الاولى فهي طائفتان:
الاولى: ما اشتمل على اخذ ارش العيب كقوله عليه السلام في خبر حماد بن عيسى: وله
ارش العيب.^(١)
الثانية: ما اشتمل على اخذ قيمة العيب كقوله عليه السلام في خبر محمد بن ميسر: ولكن
يرجع بقيمة العيب.^(٢) لأن للقيمة فردين جعلى وواقعى.
واما الثانية فهي طوائف:
الاولى: ما تضمن كلمة الرد كقوله عليه السلام في خبر منصور بن حازم: ولكن يرد عليه
بقيمة ما نقصها العيب.^(٣) فان الظاهر من الرد عدم زيادة المردود من الثمن، بل نقصانه منه،
ولو كان اللازم رد تمام قيمة العيب لزاد على الثمن في بعض الأوقات كالمثال المتقدم.
الثانية: ما اشتمل على كلمة الفضل كخبر طلحة بن زيد: ثم يرد البائع على المبتاع
فضل ما بين الصحة والداء.^(٤) اذ لا مناسبة لهذا التعبير الا بلحاظ ما وصل إلى البائع من
الزيادة.

(١) الوسائل - باب ٤ - من ابواب احكام العيوب حديث ٧.

(٢) نفس المصدر حديث ٨ (٣) الوسائل - باب ٤ - من ابواب احكام العيوب حديث ٣.

(٤) نفس المصدر حديث ٧.

نعم يبق الكلام في كون هذا الضمان المخالف للاصل بعين بعض الثمن كما هو ظاهر تعريف الارش في كلام الاكثر بأنه جزء من الثمن او بمقداره، كما هو مختار العلامة في صريح التذكرة وظاهر غيرها والشهيدان في كتبها وجهان: تردّد بينهما في جامع المقاصد واقواهما الثاني [١] لاصالة عدم تسلط المشتري على شيء من الثمن وبرائة ذمة البائع من وجوب دفعه، لأنّ المتيقن من مخالفة الاصل ضمان البائع لتدارك الفأنت الذي التزم وجوده في المبيع بقدر وقع الاقدام من المتعاقدين على زيادته على الثمن لداعي وجود هذه الصفة لا في مقابلها مضافاً الى اطلاق قوله عليه السلام في روايتي حماد وعبد الملك أنّه له ارش العيب، ولا دليل على وجوب كون التدارك بجزء من عين الثمن عدما يترأى من ظاهر التعبير في روايات الارش عن تدارك العيب بردّ التفاوت الى المشتري،

الثالثة: ما تضمن انه يرد بقدر العيب من الثمن، الظاهر في كون المردود بعضاً من الثمن، كقوله عليه السلام في صحيح زرارة: ويرد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء، والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به. (١)

وقوله عليه السلام في صحيح ابن سنان: ويوضع عنه من ثمنها بقدر عيب ان كان فيها. (٢) فتحصل مما ذكرناه: ان مقتضى القواعد والنصوص هو ما لا خلاف فيه بين الأصحاب من انه يلاحظ التفاوت بالنسبة إلى المسمى.

هذا الضمان انما هو بمقدار بعض الثمن لابعينه

الثالث: ان هذا الضمان هل هو بعين بعض الثمن كما عن ظاهر الأكثر،

[١] او بمقداره كما في المتن وعن جمع من الاساطين وجهان

وتنقيح القول فيه بالبحث في موردان:

احدهما: فيما يقتضيه الاصل والقاعدة.

(١) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب احكام الخيار حديث ٢.

(٢) الوسائل - باب ٤ - من ابواب احكام العيوب حديث ١.

الظاهر في كون المردود شيئاً كان عنده أولاً وهو بعض الثمن، [١] لكن التأمل التام يقضي بأن هذا التعبير وقع بملاحظة أن الغالب وصول الثمن الى البائع وكونه من التّدين، فالرد باعتبار النوع لا الشخص [٢] ومن ذلك ظهر أن قوله عليه السلام في رواية ابن سنان. ويوضع عنه من ثمنها بقدر العيب ان كان فيها

ثانيتها: فيما يستفاد من النصوص الخاصة.

اما المورد الأول: فالارش ليس تكليفا محضاً لكونه قابلاً للاسقاط،

ولا كلياً ذمياً اذ لا يتصور التخيير بين الرد واشتغال الذمة،

ولا ملكاً مشاعاً اذ الملك لا يقبل الاسقاط،

بل هو تغريم البائع بما به التفاوت، وعليه فالشك في المقام انما هو في ان البائع

يستحق التغريم من الثمن المسمى، او بما به التفاوت مطلقاً.

وعلى الأول للبائع الامتناع من قبول ما دفع من غير المسمى،

وعلى الثاني ليس له ذلك، فليس المقام من قبيل الدوران بين المتباينين، بل بين

المطلق والمقيد، ووجوب دفع العوض عن وصف الصحة معلوم وخصوصية كونه من

المسمى مشكوك فيها، والأصل عدم اعتبارها.

[١] واما المورد الثاني: فالنصوص على طوائف:

الأولى: ما تضمن اخذ ارش العيب. (١)

الثانية: ما تضمن اخذ قيمة العيب. (٢)

وهاتان الطائفتان مطلقتان، ومقتضى اطلاقهما كفاية التدارك من غير الثمن.

الثالثة: ما عبّر فيه عن تدارك العيب برد التفاوت الى المشتري (٣) وقد يتوهم

دالتها على تعيين كونه من الثمن، اذ ظاهر الرد كون المردود ما كان عنده اولاً وهو بعض الثمن.

[٢] واجاب عنه المصنف عليه السلام: بان هذا التعبير وقع بملاحظة ان الغالب وصول الثمن

(١) الوسائل - باب ٤ - من ابواب احكام العيوب حديث ٧.

(٢) الوسائل - باب ٤ - من ابواب احكام العيوب حديث ٢.

(٣) نفس المصدر حديث ٨.

هذا الضمان انما هو بمقدار بعض الثمن لابعينه ٢٠٣

محمول على الغالب من كون الثمن كلياً في ذمة المشتري، [١] فإذا اشتغلت ذمة
البائع بالارش حسب المشتري عند اداء الثمن ما في ذمته عليه،

الى البائع، وكونه من النقدين، فالرد باعتبار النوع لا الشخص.
يتم ما افاده، على فرض حمله على الغالب: فان خصوصية النقدين ملغاة عند
العقلاء، بحيث يعدونها مالية محضة، فان رد فردا غير ما اخذ يصدق عرفاً انه رد نفس ما
اخذ،

الا ان الكلام في وجه هذا الحمل، فانه خلاف الظاهر يحتاج إلى قرينة، وعليه فبعد
الاخذ باطلاقه لا مناص عن البناء على تعيين كونه من الثمن.

نعم يمكن ان يقال: ان المردود غير مذكور في النصوص المشار اليها الا في بعضها
الذي سيمر عليك، وعليه فمن الجائز كون المردود هو مالية مقدار من الثمن، وعليه فيلائم
ذلك مع الرد من غير الثمن بالتقريب المتقدم.

الرابعة: ما تضمن انه يرد بقدر العيب من الثمن، كقوله عليه السلام في خبر ابن سنان:
ويوضع عنه من ثمنها بقدر عيب ان كان فيها. (١)

وقوله عليه السلام في صحيح زرارة ويرد عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء والعيب من
ثمن ذلك لو لم يكن به. (٢)

[١] واجاب عن ذلك في المتن: بانها يحملان على الغالب من كون الثمن كلياً في ذمة
المشتري، فإذا اشتغلت ذمة البائع بالارش حسب المشتري عند اداء الثمن ما في ذمته عليه.
ويرد عليه ما تقدم من انه لا وجه للحمل على الغالب.

والحق ان يورد عليه: بانه من المحتمل كون ذكر الثمن لبيان كون التفاوت ملحوظاً
بالاضافة الى الثمن المسمى لالبيان مخرجية الثمن، فيكون مفادها ملاحظة التفاوت بالنسبة
إلى المسمى.

(١) الوسائل - باب ٤ - من ابواب احكام العيوب حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب الخيار حديث ٢.

ثمّ على المختار من عدم تعيّن من عين الثمن.

فالظاهر تعيّن من النّقدين [١] لأنّها الاصل في ضمان المضمونات الآن
يتراضى غيرهما من باب الوفاء او المعاوضة، واستظهر المحقّق الثّاني من عبارة
القواعد والتّحرير بل الدّروس عدم تعيّن منها، [٢] حيث حكما في باب الصّرف
بأنّه لو وجد عيب في احد العوضين المتخالفين بعد التّفرق جاز اخذ الارش من غير
النّقدين ولم يجز منها،

فتحصل: ان الاظهر كون هذا الضمان بمقدار بعض الثمن لابعينه.

يعتبر كون الارش من النّقدين

الرابع: انه على المختار من عدم تعيّن الارش من عين الثمن

[١] فهل يتعين ان يكون من النّقدين كما في المتن ام لا؟

والكلام فيه في موردين:

الأول: في بيان مراد المصنف رحمته الله

الثاني: في بيان ما هو الحق.

اما الأول: فحصل ما في المتن: ان الظاهر تعيّن كونه من النّقدين، لأن المضمون ليس

الا المالية المحضة، وليس في الأعيان الخارجية ما هو كذلك الا النقد،

[٢] والمحقّق الثّاني: استظهر من كلام العلامة عدم تعيّن ذلك، حيث انه ذكر ان احد

العوضين المتخالفين في الصّرف اذا كان معيبا وظهر العيب بعد التّفرق جاز اخذ الارش من

غير النّقدين ولم يجز منها.

توضيح ما افاده: ان الارش حيث انه يكون عنده تنميا للمعيب ليساوي الصحيح

وتتميا للمعاوضة فلا يجوز عنده اداء النقد ارشا بعد التّفرق عن مجلس الصّرف، لأنّ تنم

المعاملة الصرفية بعد التّفرق ينافي اعتبار التقابض في المجلس، وهذا بخلاف اداء غير النقد،

فانه حينئذّ تحل المعاملة الى صرفية وغير صرفية، والتّفرق في الثانية لا منع عنه.

فاستشكل ذلك بأنَّ الحقوق المائيّة أمّا يرجع فيها الى التّقدين، فكيف الحقّ الثّابت باعتبار نقصان في احدهما [١] ويمكن رفع هذا الاشكال بأنّ المضمون بالتّقدين هي الاموال المتعيّنة المستقرة والثّابت هنا ليس مالا في الذّمة وإلّا بطل البيع، [٢] فيما قابله من الصّحيح لعدم وصول عوضه قبل التّفرق وإمّا هو حقّ لو اعمله جاز له مطالبة المال، فإذا اختار الارش من غير التّقدين ابتداء ورضي به الآخر فمختاره نفس الارش لا عوض عنه.

نعم للاخر الامتناع منه لعدم تعينه عليه، كما انّ لذي الخيار مطالبة التّقدين في غير هذا المقام وان لم يكن للآخر الامتناع حينئذ.

وبالجملة فليس هنا شيء معيّن ثابت في الذّمة الاّ أنّ دفع غير التّقدين يتوقّف على رضا ذي الخيار ويكون نفس الارش بخلاف دفع التّقدين، فإنّه اذا اختير غيرهما لم يتعيّن للارشية

[١] واورد عليه المحقق الثاني عليه السلام بما توضّحه: ان الغرامات تتعين في النقدين في سائر الموارد، وغرامة احد النقدين اولى بان يكون منها، ولازم ذلك عدم امكان الأداء من غير النقدين في الفرض، لأن ما يستحقه المشتري هو النقد.

[٢] واجاب المصنف عليه السلام عن ذلك: بانه فرق بين الغرامة الارشية وغيرها، وان في غيرها يتعين النقد، ولو تراضيا على غيره يكون هو بدلا عما يستحقه، وفي الغرامة الارشية وان كان يتعين النقد الا انه لو تراضيا على غيره كان هو عين ما يستحقه ارشا لا بد له، ويتضح ما افاده ببيان امرين:

احدهما: انه في سائر الغرامات حيث تكون الذمة مشغولة فلا بد وان يكون لما في الذمة تعيّن اما بكونه هي المالية بشرط عدم الخصوصية ولا مطابق لها الا النقد، او كونه هي المالية بشرط الخصوصية، او كونه هي المالية لا بشرط وجود خصوصية ولا بشرط عدمها.

ولازم الاعتبار الأول عدم كفاية غير النقد الا بدلا لعدم مطابقة بشرط شيء لما هو بشرط لا، واما الغرامة الارشية فقد مر انه لا تشغل بها الذمة، فلا يلزم ان يكون لها تعيّن، بل لا معنى له، وحيث انه لا تعيّن له فيمكن ان يكون ما يتعلّق به حق التّغريم بشرط لا، وهو النقد عند التّزاع في الخصوصيات، وبشرط شيء عند التّراضى على خصوصية خاصة

ثمّ قد تبين ممّا ذكرنا في معنى الارش أنّه لا يكون الاً مقداراً مساوياً لبعض الثمن ولا يعقل ان يكون مستغرقاً له، [١] لأنّ المعيب ان لم يكن ممّا يتموّل ويبدل في مقابلة شيء من المال بطل بيعه وإلاّ فلا بدّ من ان يبقى له من الثمن قسط. نعم ربّما يتصور ذلك فيما اذا حدث قبل القبض او في زمان الخيار عيب يستغرق للقيمة مع بقاء الشيء على صفه التملك بناء على أنّ مثل ذلك غير ملحق بالتلف في انفساخ العقد به، بل يأخذ المشتري ارض العيب وهو هنا مقدار تمام الثمن، لكن عدم الحاقه بالتلف مشكل، بناء على أنّ العيب اذا كان مضموناً على البائع بمقتضى قوله عليه السلام ان حدث في الحيوان حدث فهو من مال البائع حتى تنقضي خياره كان هذا العيب كأنه حدث في ملك البائع والمفروض أنّه اذا حدث مثل هذا في ملك البائع كان بيعه باطلاً، لعدم كونه متمولاً يبدل بازائه شيء من المال فيجب الحكم بانفساخ العقد اذا حدث مثل هذا بعده مضموناً على البائع الاّ ان يمنع ذلك وانّ ضمانه على البائع بمعنى الحكم بكونه دَرَكَه عليه، فهو بمنزلة الحادث قبل البيع في هذا

ثانيهما: انه لا كلام في صحة التراضي على غير النقيدين في الغرامات، وعليه: ففي غير الغرامة الارشية يكون ما تراضيا عليه بدلا عما يستحقه الثابت في الذمة. واما في الغرامة الارشية، فحيث انها غير ثابتة في الذمة فلا معنى لكون ما تراضيا عليه بدلا، بل هو اداء عين ما يستحقه.

وبهذا البيان يظهر اندفاع ما اورده السيد الفقيه في الحاشية عليه - فراجع وتدبر كما انه ظهر ما هو الحق في المقام، وهو تعيين كونه من النقيدين الا مع التراضي.

الارش المستوعب لتمام القيمة

[١] الخامس: في تصور الارش المستوعب لتمام القيمة.

والكلام فيه في موردين:

الأول فيما اذا ورد البيع على المعيب.

الثاني: فيما اذا كان البيع قبل حدوث العيب وكان ذلك قبل القبض او في زمان الخيار

الحكم لا مطلقاً حتى ينفسخ العقد به، ويرجع هذا الملك الموجود الغير الممتول الى البائع، بل لو فرضنا حدوث العيب على وجه اخرجه عن الملك فلا دليل على الحاقه بالتلف، بل يبقى العين الغير المملوكة حقاً للمشتري وإن لم يكن ملكاً له كالحمر المتخذ للتخليل ويأخذ الثمن او مقداره من البائع ارشالا من باب انفساخ العقد هذا الا ان العلامة تؤكد في القواعد والتذكرة والتحرير ومحكي النهاية يظهر منه الارش المستوعب في العيب المتقدم على العقد الذي ذكرنا انه لا يعقل فيه استيعاب الارش للثمن.

قال في القواعد: لو باع العبد الجاني خطأ ضمن اقل الامرين على رأي، والارش على رأي [١] وصح البيع ان كان موسراً، وإلا تخير المجني عليه ولو كان عمداً وقف على اجازة المجني عليه ويضمن الاقل من الارش والقيمة لا الثمن معها، [٢] وللمشتري الفسخ مع الجهل، فيرجع بالثمن او الارش [٣] فإن استوعب الجناية القيمة، فالارش ثمنه ايضاً ولا يفقد الارش [٤] ولا يرجع لو كان عالماً وله ان يفديه، كالمالك ولا يرجع به عليه،

وقبل الشروع في البحث في الموردين لابس بشرح ما في القواعد،
[١] قوله ضمن اقل الامرين على رأي والارش على رأي
وجه ضمان الاقل ان زيادة الارش غير مضمونة على المولى لان جنائية العبد لا يضمنها سيده ولا يجنى الجاني على ازيد من نفسه
وجه ضمان الارش خاصة ان الاختيار بيد المولى فيكون البيع اختياراً للارش والتزاماً بالفداء.

[٢] قوله لا الثمن معها
اي مع الاجازة، ومحصله انه مع اجازة المجنى عليه البيع، يضمن المولى اقل الامرين من ارش الجنائية وقيمة العبد ولا يضمن الثمن اذ ربما زاد على القيمة والزائد ملك للمولى لانه كسب له في مقابل ماله وزيادة الارش ليست على المولى لما سبق.

[٣] قوله فيرجع بالثمن او الارش
اي لو فسخ يرجع بالثمن ولو لم يفسخ يرجع بالارش.
[٤] قوله فان استوعب الجنائية القيمة فالارش ثمنه ايضاً ولا يفقد الارش
وقد ذكروا في بيان مراده تؤكد وجوها
احسنها ما ذكره جمع

ولو اقتص منه فلا ردّ وله الارش وهو نسبة تفاوت ما بين كونه جانياً وغير جان من الثمن، انتهى.

وذكر في التذكرة هذه العبارة بعينها في باب العيوب، وقال في اوائل البيع من التذكرة في مسألة بيع العبد الجاني ولو كان المولى معسراً لم يسقط حقّ المجني عليه من الرقبة ما لم يجر البيع أولاً فإنّ البائع انما يملك نقل حقّه عن رقبته بفدائه ولا يحصل من ذمّة المعسر فيبقى حقّ المجني عليه مقدّماً على حقّ المشتري ويتخير المشتري المجهل في الفسخ ويرجع بالثمن وبه قال احمد وبعض الشافعية او مع الاستيعاب لأنّ ارش مثل هذا جميع ثمنه وان لم يستوعب يرجع بقدر ارشه ولو كان عالماً بتعلّق الحقّ به فلا رجوع الى ان قال: وان اوجبت الجناية قصاصاً تخير المشتري المجهل بين الارش والرّد فان اقتص منه احتمل تعين الارش وهو قسط قيمة ما بينه جانياً وغير جانّ ولا يبطل البيع من اصله لأنّه تلف عند المشتري بالعيب الذي كان فيه فلم يوجب الرجوع بجميع الثمن كالمرضى والمرتد

وهو ارش خيار العيب واستيفائه لتمام ما يوازي ثمنه فالمراد من ثمنه ما يوازي الثمن لاعيّنه.

اما الأول: فالكلام فيه

تارة: في ما اذا كان النقص الوارد على العين خارجياً موجبا لسلب المالية مع بقاء ذات المبيع كذهاب رائحة ماء الورد.

واخرى: فيما اذا كان نقصاً اعتبارياً من حيث تعلّق حق الجناية به الموجب للاسترقاق او القصاص او دية كاملة مستوعبة لقيمة العبد.

اما في الصورة الاولى: فالظاهر بطلان البيع، سواء كان ذلك النقص موجبا لسلب المالية خاصة او ذلك مع سلبه الملكية كصيورة الخل خمرأ، اذ يعتبر في صحة البيع المالية على ما حقق في محله.

واما في الثانية: فالظاهر صحة البيع وعدم بطلانه وان كان الارش مستوعبا للقيمة، وذلك لأنّ فساد العقد اما ان يكون لنقص في المالك، او يكون لنقص في المال، وشيء منها ليس.

اما النقص في المالك: فلأنّ ما ذكر وجهاله امران:

احدهما: خروج العبد عن ملك مولاه بمجرد الجناية كما عن المحقق التستري.

وقال ابو حنيفة والشافعي يرجع بجميع ثمنه لأن تلفه لامر استحقّ عليه عند البائع فجري مجرى اتلافه، انتهى.

وقال في التحرير في بيع الجاني خطأ ولو كان السيد معسراً لم يسقط حق المجني عليه عن رقة العبد، وللمشتري الفسخ مع عدم علمه فإن فسخ رجع بالثمن وان لم يفسخ واستوعبت الجناية قيمته وانتزعت يرجع المشتري بالثمن ايضاً، وان لم تستوعب قيمته رجع بقدر الارش ولو علم المشتري بتعلّق الحقّ برقة العبد لم يرجع بشيء ولو اختار المشتري ان يفديه جاز ورجع به على البائع مع الاذن وإلاّ فلا، انتهى.

ثانيهما: ان الجناية توجب عدم مالكية المولى للتصرف فيه لتعلّق حق المجني عليه به.

وفيها نظر:

اما الأول: فلأن ظاهر بعض^(١) النصوص وان كان ذلك الا انه معارض بظاهر غيره من الأخبار^(٢) ومخالف للقاعدة.

واما الثاني: فلأن حق الجناية يتبع العين ايتاً ما كانت، ولا يزول بالبيع، فلا يكون مانعاً عنه.

واما النقص في المال: فقد ذكر له وجوه:

منها: خروجه عن المالية.

وفيه: ان استحقاق الاسترقاق لا يوجب سلب المالية، فان استحقاق التملك من مقتضيات المالية، فكيف يوجب سلبها، وهل هو الا كاستحقاق الشريك لملك حصّة شريكه من المشتري وجواز القصاص جواز لاعدام المالية لا انه هدر لها،

واما الحكم بدية كاملة فهو ليس بعنوان استحقاق مالية الجاني، بل باستحقاق ما يوازي ماليته، فلا يوجب خروجه عن المالية.

ومنها: خروجه عن الملكية.

وفيه: ان النص قد مرّحاله، والحكم بالقصاص تجويز لا خراجه عن ملكه لا انه

قوله وانتزعت اما راجع الى رقة العبد او الى القيمة اذا باع المجني عليه واخذ قيمته وهذا القيد غير موجود في باقي عبارات العلامة في كتبه الثلاثة وكيف كان فالعبد المتعلق برقبته حق للمجني عليه يستوعب قيمته. أما ان يكون له قيمة تبذل بازائه أولا.

وعلى الثاني: فينبغي بطلان البيع، [١] ولو قيل ان انتزاعه عن ملك المشتري لحق كان عليه عند البائع يوجب غرامته على البائع كان اللازم من ذلك مع بعده في نفسه ان يكون الحكم كذلك فيما لو اقتص من المجاني عمداً.
وقد عرفت من التذكرة والقواعد الحكم بقسط من الثمن فيه.
وبالجملة فالمسألة محل تأمل والله العالم.

مخرج، ولا يتوقف القصاص على تملك المجني عليه فضلا عن حكمه، وجواز الاسترقاق لا يعقل كونه مخرجا للملك لأنه بنفسه مخرج ومزيل لها، والحكم بالدية اوضح.
ومنها: ان بذل المال بازاء العبد المجاني سفهي.
وفيه: اولاً: انه لا دليل على بطلان البيع السفهي، فان الدليل^(١) دل على بطلان بيع السفهي لا البيع السفهي.

وثانياً: انه مع احتمال العفو او التفدية بشيء يسير لا يكون الاقدام على بيعه سفهياً.
ومنها: كون المال متعلقاً لحق الجنائية، وهو مانع عن صحة البيع.
وفيه: ان هذا الحق، حيث انه لا ينافي نفوذ البيع كما تقدم، فلا يكون مانعاً عنه.
[١] فتحصل: ان الأظهر صحة البيع مع كون النقص اعتبارياً وان كان الارش مستوعباً للقيمة، وان ما افاده العلامة متين ولا يرد عليه ما اورده المصنف^{رحمته الله}.
واما الثاني: وهو حصول النقص بعد البيع قبل القبض، فعدم كونه من قبيل

مسألة: يعرف الارش بمعرفة قيمتي الصحيح والمعيب [١] ليعرف التّفاوت بينهما فيؤخذ من البائع بنسبة ذلك التّفاوت واذا لم يكن القيمة معلومة فلا بدّ من الرّجوع الى العارف بها وهو قد يخبر عن القيمة المتعارفة المعلومة المضبوطة عند اهل البلد او اهل الخبرة منهم لهذا المبيع المعين او لمثله في الصّفات المقصودة كمن يخبر بأنّ هذه الحنطة او مثلها يباع في السّوق بكذا. وهذا داخل في الشّهادة يعتبر فيها جميع ما يعتبر في الشّهادة على سائر المحسوسات من العدالة والاخبار عن الحسّ والتّعدد، وقد يخبر عن نظره وحده من جهة كثرة مما رسته اشباه هذا الشّيء وان لم يتفق اطلاعه على مقدار رغبة الناس في امثاله

تلف المبيع الموجب لانفساخ العقد اذا كان النقص اعتباريا وان كان الارش مستوعبا للقيمة واضح مما قدماه،

واما ان كان النقص خارجيا، فقد يقال: انه ان اوجب سلب المالية يكون ذلك بحكم التلف الموجب للانفساخ، فلا يتصور الارش المستوعب للقيمة.

ولكن يمكن ان يرد: بان الموجب للانفساخ تلف ذات المبيع لا ماليته. فتدبر. نعم ان اوجب ذلك سلب الملكية ايضا امكن القول بالانفساخ من جهة انه ليس هناك شيء له اقباض كي يترقب قبضه، فتأمل فان هذا لو تم فانما هو في ما اوجب سلب الحق، اي حق الاختصاص ايضا، ومما ذكرناه ظهر ما في كلمات المصنف

التقويم

[١] ويعرف الارش بمعرفة قيمتي الصحيح والمعيب، فيؤخذ من البائع بنسبة ذلك التّفاوت، واذا لم تكن القيمة معلومة فلا بدّ من الرّجوع الى العارف بها، وقد وقع الكلام في ان قول العارف من باب الشّهادة أو الخبر. والوجوه التي ذكروها في الفرق بينهما كثيرة لا يهمننا التعرض لها، اذ الشّهادة لها معنيان:

احدهما: عام، وهو يشمل جميع موارد الخبر، وهي بهذا المعنى ليست مورد الحكم

وهذا يحتاج الى الصفات السابقة [١] وزيادة المعرفة والخبرة بهذا الجنس ويقال له بهذا الاعتبار اهل الخبرة وقد يخبر عن قيمته باعتبار خصوصيات في المبيع يعرفها هذا المخبر مع كون قيمته على تقدير العلم بالخصوصيات واضحة كالصانع العارف باصناف الذهب والفضة من حيث الجودة والرداءة مع كون قيمة الجيد والردي محفوظة عند الناس معروفة بينهم فقوله هذا قيمته كذا يريد به أنه من جنس قيمته كذا وهذا في الحقيقة لا يدخل في المقوم وكذا القسم الأول فرادهم بالمقوم هو الثاني.

ثانيهما: خاص، وهو الاخبار الجازم عن حق لازم للغير من غير الحاكم، وهي بهذا المعنى لا تصور في مورد الشك في صدقها. وبغير هذين المعنيين لم تؤخذ موضوعة لحكم حتى يتصدى لبيانها، فالصفح عن ذلك اولى.

ثم المختار على ما حققناه في حاشيتنا على الكفاية حجية الخبر الواحد في الموضوعات الا ما خرج بالدليل: غاية الأمر فيما اذا كان الخبر عنه حسياً، وان كان حدسياً، فان كان الخبر من اهل ذلك الفن كان قوله حجة من باب حجية قول اهل الخبرة

اذا عرفت هذا فاعلم: ان العارف بالقيمة

تارة: يخبر عن نظره وحده من جهة كثرة ممارسة اشباه هذا الشيء وان لم يتفق اطلاعه على مقدار رغبة الناس في امثاله.

واخرى: يخبر عن قيمته باعتبار خصوصيات في المبيع يعرفها هذا المخبر، مع كون قيمته على تقدير العلم بالخصوصيات واضحة.

وثالثة: يخبر عن القيمة المتعارفة المعلومة المضبوطة عند اهل البلد او اهل الخبرة، فان اخبر عن نظره وحده كان قوله حجة من باب انه من اهل الخبرة ويكون مقوماً.

[١] قوله وهذا يحتاج الى الصفات السابقة

يعنى بها التعدد والاخبار عن المحس والعدالة

ويرد عليه انه لا يعتبر في الرجوع الى اهل الخبرة التعدد ولا كون الاخبار عن حس.

لكن الاظهر عدم التفرقة بين الاقسام من حيث اعتبار شروط القبول وان احتمل في غير الاول الاكتفاء بالواحد. [١] اما للزوم الحرج لو اعتبر التعدد واما لا اعتبار الظن في مثل ذلك مما انسدد فيه باب العلم ويلزم من طرح قول العادل الواحد والأخذ بالاقل لاصالة براءة ذمة البائع تضييع حق المشتري في اكثر المقامات. واما لعموم ما دلّ على قبول قول العادل خرج منها ما كان من قبيل الشهادة كالقسم الاول دون ما كان من قبيل الفتوى كالثاني لكونه ناشئاً عن حدس واجتهاد وتتبع الاشباه والانظار وقياسه عليها حتى أنّه يحكم لأجل ذلك بأنّه ينبغي ان يبذل بازائه كذا وكذا وان لم يوجد راغب يبذل له ذلك ثمّ لو تعذر معرفة القيمة لفقد اهل الخبرة او توقّفهم. ففي كفاية الظن او الأخذ بالاقل وجهان [٢] ويحتمل ضعيفاً الاخذ بالأكثر لعدم العلم بتدارك العيب المضمون الآ به. [٣]

[١] قوله وان احتمل في غير الاول الاكتفاء بالواحد

بل الاظهر الاكتفاء بالواحد حتى في القسم الاول كما مرت الاشارة اليه.

[٢] قوله ففي كفاية الظن او الاخذ بالاقل وجهان

الا وجه هو الثاني بناء على ما هو الحق من كون الارش من باب الغرامة لا

الانفساخ

[٣] وما ذكره رحمته الله في وجه الاخذ بالاكتر من عدم العلم بتدارك العيب المضمون

الابه

وحاصله ان الشك في المقام في سقوط الحق الثابت ومقتضى الاستصحاب بقاءه ما

لم يؤد الاكثر

غير تام فان منشأ الشك المزبور الشك في كيفية الثبوت ومع اجراء الاصل في

الثبوت واثبات ان متعلق الحق هو الاقل لا يتيق مورد للاصل المشار اليه.

مسألة: لو تعارض المقومون فيحتمل تقديم بيّنة الأقلّ للأصل وبيّنة الأكثر لأنها مثبتة، والقرعة لأنها لكلّ أمر مشتبه، والرجوع الى الصّحّ لتثبت كلّ من المتبايعين بحجّة شرعية ظاهرة، والمورد غير قابل للحلف لجهل كلّ منها بالواقع، وتخيير الحاكم لامتناع الجمع وقد المرجّح، لكنّ الأقوى من الكلّ ما عليه المعظم من وجوب الجمع بينهما بقدر الامكان، [١] لأنّ كلّاً منها حجة شرعية يلزم العمل به، [٢] فإذا تعذرّ العمل به في تمام مضمونه وجب العمل به في بعضه، فإذا قوّم احدهما بعشرة، فقد قوّم كلّاً من نصفه بخمسة، وإذا قوّم الآخر بثمانية، فقد قوّم كلّاً من نصفه بأربعة، فيعمل بكلّ منهما في نصف المبيع، وقولاهما وان كانا متعارضين في النّصف ايضاً، كالكلّ، فيلزم بما ذكر طرح كلا القولين في النّصفين، إلاّ ان طرح قول كلّ منهما في النّصف مع العمل به في النّصف الاخر اولى في مقام امتثال أدلّة العمل

ولو تعارض المقومون ففيه وجوه، وبعضها اقوال:

[١] الأول: ما اختاره المصنف ونسبه الى المعظم، وهو: وجوب الجمع بينهما بقدر الامكان، فإذا قوّم احد المقومين بعشرة مثلاً فقد قوّم كلا من نصفيه بخمسة، وإذا قوّم الاخر بثمانية مثلاً فقد قوّم كلا من نصفيه بأربعة، فيعمل بكلّ منهما بنصف المبيع.

الثاني: تقديم بيّنة الأكثر.

الثالث: الرجوع الى القرعة.

الرابع: الرجوع الى الصّحّ.

الخامس: تخيير الحاكم.

السادس: الرجوع الى المرجحات لتعارض البيّنتين من الاعدية والأكثرية ونحوهما.

السابع: تقديم بيّنة الأقلّ.

التاسع: التسايط والرجوع الى الأصل.

اما الأول: فقد استدلّ له بوجهين:

[٢] احدهما: ان كلا من الدليلين حجة شرعية يلزم العمل به، فإذا تعذرّ العمل به

في تمام مضمونه وجب العمل به في بعضه،

بكلّ بَيِّنَةٍ من طرح كليهما او إحداهما رأساً. وهذا معنى قولهم إنّ الجمع بين الدليلين والعمل بكلّ منهما ولو من وجه أولى من طرح أحدهما رأساً.

ولذا جعل في تمهيد القواعد من فروع هذه القاعدة: الحكم بالتّصنيف فيما لو تعارضت البيّنات في دار في يد رجلين يدعيهما كلّ منهما بل ما نحن فيه اولى بمراعاة هذه القاعدة من الدليلين المتعارضين في أحكام الله تعالى لأنّ الاخذ بأحد هما كليّة وترك الآخر كذلك في التكاليف الشرعية الالهية لا ينقص عن التّبعيض من حيث مراعاة حقّ الله سبحانه لرجوع الكلّ الى امتثال امر الله سبحانه بخلاف مقام التّكليف بإحقاق حقوق النّاس. فإنّ في التّبعيض جمعاً بين حقوق النّاس ومراعاة للجميع ولو في الجملة. ولعلّ هذا هو السرّ في عدم تخيير الحاكم عند تعارض أسباب حقوق النّاس في شيء من الموارد.

وكل منهما وان تعارض الآخر في بعض مضمونه ايضا الان طرح قول كل منهما في النصف مع العمل به في النصف الآخر اولى في مقام امتثال ادلة العمل بكل بينة من طرح كليهما او احدهما رأساً، اذ الجمع بين الدليلين والعمل بكل منهما ولو من وجه اولى من طرح احدهما رأساً.

وفيه: ان المصنف عليه السلام قد حقق في الاصول ان قاعدة الجمع لا اساس لها، وانما يجمع بين الدليلين لو كان الجمع عرفياً، والا فقتضى القاعدة هو التساقط، وعليه فلا وجه لما افاده في المقام، ولا حجة في البين حتى يصدق في نصف مدلولها.

فان قلت: ان ما حققه في الاصول انما هو في الأحكام التكليفية على الطريقة، واما في باب الحقوق والوضعيات التي تحدث المصلحة بسبب قيام الحجة على الأمر الاعتباري كالملكية فلايجري، بل حيث انه عند التزام لا يعقل اعتبار ملكية عين واحدة لشخصين بالاستقلال، وتقديم احدهما ترجيح بلا مرجح، واما اعتبار ملكية نصفها لشخص ونصفها الآخر لشخص آخر فهو معقول ولا تزام بينهما من هذه الجهة، فلا بد من الاخذ به بداهة استحالة عدم تأثير السببين في ما لا تزام بينهما.

يرد عليك انه حيث يكون ما هو ملك بالاستقلال لشخص كل جزء منه ملكا له

وقد يستشكل ما ذكرنا تارة بعدم التعارض بينهما عند التحقيق، لأن مرجع بيّنة النفي الى عدم وصول نظرها وحدها الى الزيادة، فبيّنة الاثبات المدعية للزيادة سليمة [١] واخرى بان الجمع فرع عدم اعتضاد احدي البيتين بمراجع واصالة البرائة هنا مرجحة للبيّنة المحاكمة بالآقل.

و ثالثة: بأنّ في الجمع مخالفة قطعية و ان كان فيه موافقه قطعية لكنّ التّخيير الذي لا يكون فيه الا مخالفة احتمالية اولى منه ويندفع الاول بأنّ المفروض انّ بيّنة النّفي تشهد بالقطع على نفي الزيادة واقعاً، وانّ بذل الزائد في مقابل المبيع سفه ويندفع الثاني بما قرّره في الاصول من انّ الاصول الظاهرية لا تصير مرجحة للدالة الاجتهادية

من جهة الانحلال لا أنّه ملك اشاعي له مع فرض عدم الشريك له في الملك، فالبيتان متعارضتان حتى بالنسبة الى كل جزء، فان كلاً منهما تدل على ان العين بتامها وباجزائها ملك استقلال لمن تثبت الملكية له، واما النصفان على الاشاعة وان لم تكن البيتان متعارضتين بالاضافة اليهما، الا انها ليسا مدلولي البيتين كي يقال انها غير متزامتين فيهما

الثاني: ان التنصيف جمع بين الحقين فيجب رعاية لها.

وفيه: ان التنصيف فيما اذا كان حق ثابت مرددا بين الشخصين كالمال المردد بين ان يكون لزيد او عمرو ولا كلام فيه، وعليه بناء العقلا، ويستفاد من بعض^(١) النصوص، ويعبر عنه بقاعدة العدل والانصاف، وهذا لاربط له بالمقام، فان الزائد عما اتفق عليه المقومان يدور امره بين الاستحقاق وعدمه لا استحقاق البائع واستحقاق المشتري فلامورد للتنصيف من باب الجمع بين الحقين لعدم الموضوع.

[١] واستدل للثاني: بانه لا تعارض بين البيتين، لأن مرجع بيّنة النفي الى عدم وصول نظرها وحدها الى الزيادة، فبيّنة الاثبات المدعية للزيادة سليمة. وفيه: ان بيّنة الآقل تشهد بالقطع على عدم الزيادة واقعا.

بل تصلح مرجعاً في المسألة لو تساقط الدليلان من جهة ارتفاع ما هو مناط الدلالة فيها لأجل التعارض كما في الظاهرين المتعارضين كالعامين من وجه المطابق أحدهما للأصل، وما نحن فيه ليس من هذا القبيل.

والحاصل ان بيّنة الزيادة تثبت امراً مخالفاً للأصل ومعارضتها بالأخرى التافية لها لا توجب سقوطها بالمرّة لفقد المرجح فيجمع بين التّفي والاثبات في التّصنيفين ويندفع الثالث بأنّ ترجيح الموافقة الاحتمالية الغير المشتملة على المخالفة القطعية على الموافقة القطعية المشتملة عليها. أمّا هو في مقام الاطاعة والمعصية الرّاجعتين الى الانقياد والتجري

واستدل للثالث: بعموم ادلة القرعة^(١)، اما لتشخيص الواقع، او لتشخيص الدليل، وبخصوص بعض ما ورد من النصوص في تعارض البيّنات الأمر بالرجوع الى القرعة الشامل باطلاقة للمقام

كصحيح الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام في شاهدين شهدا على امر وجاء آخران فشهدا على غير الذي شهدا واختلفوا قال عليه السلام: يقرع بينهم فايهم قرع فعليه اليمين وهو اولى بالحق.^(٢) ونحوه غيره.

ولكن يرد على الأول منها: ان القرعة مختصة بموارد عدم تشخيص الحكم ولو مع الأصل، اما لاختصاص موضوع الأدلة بذلك او لتخصيصها بادلة الاصول والامارات، وعليه في المقام بما ان مقتضى اصالة البراءة عدم استحقاق الزائد، فلا وجه للرجوع الى القرعة،

مع ان دليل القرعة مختص بما اذا كان هناك حق ثابت، وفي المقام ثبوته غير معلوم كما تقدم.

ويرد على الثاني: انه مختص بمورد الحكومة كما هو واضح، فلا وجه للتعدي. واستدل للرابع: بان كلاً من المتبايعين متشبه بحجة ظاهرية، والمورد غير قابل للحلف لجهل كل منهما بالواقع.

(١) الوسائل - باب ١٣ - من ابواب كيفية الحكم كتاب القضاء.

(٢) الوسائل - باب ١٢ - من ابواب كيفية الحكم حديث ١١.

حيث أنّ ترك التجري أولى من تحصيل العلم بالانقياد بخلاف مقام احقاق حقوق الناس فإنّ مراعاة الجميع أولى من اهمال احدهما رأساً وان اشتمل على اعمال الآخر اذ ليس الحقّ فيها لواحد معيّن كما في حقوق الله سبحانه ثمّ إنّ قاعدة الجمع حاكمة على دليل القرعة لأنّ المأمور به هو العمل بكلّ من الدليلين لا بالواقع المردد بينهما اذ قد يكون كلاهما مخالفاً للواقع فهما سببان مؤثّران بحكم الشارع في حقوق الناس فيجب مراعاتها واعمال اسبابها بقدر الامكان اذ لا ينفع توفية حقّ واحد مع اهمال حقّ الآخر رأساً على التّهج الذي ذكرنا من التّصنيف في المبيع،

وفيه: ان مجرد عدم امكان الحلف - مع ان مقتضى الأصل عدم الاشتغال بالزائد - لا دليل على كونه سبباً لوجوب الصلح.

واستدل للخامس: بامتناع الجمع وفقد المرجح.

وفيه: اولاً: انه لا ينحصر الكلام بمورد التنازع والخصومة.

وثانياً: انه لا وجه لتخيير الحاكم بعد عدم كون الواقع كذلك قطعاً.

واستدل للسادس: بالنصوص^(١).

وفيه: انها مختصة بصورة النزاع والترافع الى الحاكم، ولا دليل على التعدي.

واستدل للسابع: بان اصالة البراءة مرجحة للبيئة الحاكمة بالأقل.

وفيه: ان الأصل لا يصلح مرجحاً للدليل لكونه في طوله.

فتحصل: ان الأظهر هو القول الثامن

وهو التساقط والرجوع الى الأصل، وهو يقتضي عدم الاشتغال بالزائد.

فان قلت: انك بنيت في الاصول على ان الأصل في تعارض الامارات هو التخيير

لا التساقط، فكيف لا تلتزم به في المقام؟

قلت: ان ذلك فيما يمكن فيه التخيير، وفي المقام لا يصح، اذ لا معنى لتخيير البائع

والمشتري معا كما لا يخفى، وترجيح احدهما بلا مرجح.

ثمَّ انَّ المعروف في الجمع بين البيِّنات الجمع بينهما في قيمتي الصَّحيح فيؤخذ من القيمتين للصَّحيح نصفهما، ومن الثُّلث ثلثهما ومن الأُربع ربعهما وهكذا في المعيب. [١]

ثمَّ يلاحظ النسبة بين المأخوذ للصَّحيح وبين المأخوذ للمعيب ويؤخذ بتلك النسبة فإذا كان احدى قيمتي الصَّحيح اثني عشر والاخرى ستة وحدى قيمتي المعيب اربعة والاخرى اثنين [٢] اخذ للصَّحيح تسعة وللمعيب ثلاثة والتفاوت بالثلثين فيكون الارش ثلثي الثمن. ويمكن ايضاً على وجه التَّنصيف فيما به التفاوت بين القيمتين بأن تعمل في نصفه بقول المثبت للزيادة. وفي نصفه الآخر بقول النَّافي فإذا قومه احدهما باثني عشر والاخرى بثمانية اخذ في نصف الاربعة بقول المثبت وفي نصفها الآخر بقول النَّافي جمعاً بين حقِّ البائع والمشتري

طريق تحصيل التفاوت بين القيمتين

[١] المعروف في الجمع بين البيِّنات الجمع بينهما في قيمتي الصحيح، فيؤخذ من القيمتين للصَّحيح نصفهما، ومن الثلاث ثلثهما، ومن الأُربع ربعهما، وهكذا في المعيب، ثم يلاحظ النسبة بين المأخوذ للمعيب، ويؤخذ بتلك النسبة.

وتنقيح القول في المقام بالبحث في موارد:

الأول: في بيان مورد الكلام.

الثاني: في بيان الطريقتين المذكورين للجمع.

الثالث: في بيان ان الطريقتين هل يختلفان ام لا.

الرابع: في بيان الصحيح منها.

اما الأول: فورد الكلام صورة التعارض، والا فلو كان ما به التفاوت على كل من القولين هو النصف مثلاً فهو خارج عن محل الكلام لعدم التعارض لمكان اتحاد النتيجة بالنسبة الى المسمى.

وبذلك يظهر ان المثال الأول الذي ذكره المصنف رحمته الله وهو

[٢] ما اذا كان احدى قيمتي الصحيح اثنتي عشر والاخرى ستة، وحدى قيمتي

المعيب اربعة والاخرى اثنتين خارج عن محل الكلام

لكنّ الاظهر هو الجمع على التّهج الأول ويحتمل الجمع بطريق آخر وهو ان يرجع الى البيّنة في مقدار التّفاوت ويجمع بين البيّنات فيه من غير ملاحظة القيم وهذا منسوب الى الشّهيد عليه السلام على ما في الروضة.

وحاصله قد يتحدّد مع طريق المشهور كما في المثال المذكور فإنّ التّفاوت الصّحيح والمعيب على قول كلّ من البيّنتين بالثلّتين كما ذكرنا في الطّريق الاول، وقد يختلفان كما اذا كانت احدى قيمتي الصّحيح اثني عشر والاخرى ثمانية وقيمة المعيب على الاول عشرة وعلى الثّاني خمسة.

فعلى الاول: يؤخذ نصف مجموع قيمتي الصّحيح اعني العشرة ونصف قيمتي المعيب وهو سبعة ونصف. فالتّفاوت بالربع، فالارش ربع الثمن اعني ثلاثة من اثني عشر لو فرض الثمن اثني عشر.

وعلى الثّاني: يؤخذ التّفاوت بين الصّحيح والمعيب على احدى البيّنتين بالسّدس وعلى الاخرى ثلاثة اثمان ونصف المجموع اعني ستّة ونصفاً من اثني عشر جزءاً ويؤخذ نصفه وهو ثلاثة وربع وقد كان في الاول ثلاثة وقد ينقص عن الاول كما اذا اتفقا على أنّ قيمة المعيب ستة. وقال احدهما قيمة الصّحيح ثمانية، وقال الاخرى عشرة.

فعلى الاول: يجمع القيمتان ويؤخذ نصفهما تسعة ونسبته الى الستّة بالثلث. وعلى الثّاني: يكون التّفاوت على إحدى البيّنتين ربعاً وعلى الاخرى خمسين فيؤخذ نصف الربع ونصف الخمسين، فيكون ثمناً وخمساً وهو ناقص عن الثلث بنصف خمسين.

توضيح هذا المقام أنّ الاختلاف امّا ان يكون في الصّحيح فقط، مع اتّفاقها على المعيب، واما ان يكون في المعيب فقط، واما ان يكون فيها، فان كان في الصّحيح فقط كما في المثال الاخير فالظاهر التّفاوت بين الطّريقين دائماً لأنك قد عرفت أنّ الملحوظ على طريق المشهور نسبة المعيب الى مجموع نصفي قيمتي الصّحيح المجعول قيمة منترعة وعلى الطّريق الآخر نسبة المعيب الى كلّ من القيمتين المستلزمة لملاحظة اخذ نصفه مع نصف الآخر ليجمع بين البيّنتين في العمل

والمفروض في هذه الصورة أنّ نسبة المغيّب الى مجموع نصفي قيمتي الصّحيح التي هي طريقة المشهور مخالفة لنسبة نصفه الى كلّ من النّصّفين لأنّ نسبة الكلّ الى الكلّ تساوي نسبة نصفه الى كلّ من نصفي ذلك الكلّ وهو الاربعة والنّصف في المثال لا الى كلّ من النّصّفين [البعضين] المركّب منها ذلك الكلّ كالأربعة والخمسة بل النّصف المنسوب الى احد بعض المنسوب اليه كالأربعة نسبة مغايرة لنسبته الى البعض الآخر، اعني الخمسة وهكذا غيره من الامثلة.

وان كان الاختلاف في المغيّب فقط فالظاهر عدم التّفاوت بين الطّريقين ابدأ، لأنّ نسبة الصّحيح الى نصف مجموع قيمتي المغيّب على ما هو طريق المشهور مساوية لنسبة نصفه الى نصف احدها ونصفه الآخر الى نصف الأخرى كما اذا اتّفقا على كون الصّحيح اثنا عشر، وقالت احدها المغيّب ثمانية وقالت الاخرى ستّة فإنّ تفاوت السّبعة والاثني عشر الذي هو طريق المشهور مساو لنصف مجموع تفاوتي الثمانية مع الاثنا عشر والستّة مع الاثنا عشر بالثّلث والآخرين بالنّصف ونصفهما السّدس والرّبع. وهذا بعينه تفاوت السّبعة والاثني عشر وان اختلفا في الصّحيح والمغيّب فإن اتّحدت النّسبة بين الصحيح والمغيّب [١] على كلا البيّتين فيتّحد الطّريقان دائماً كما اذا قوّمه احدهما صحيحاً باثنا عشر ومعيباً بستّة وقوّمه الاخرى صحيحاً بستّة ومعيباً بثلاثة فإنّ نصف الصّحيحين اعني التّسعة تفاوته مع نصف مجموع المعيبين وهو الاربعة ونصف عين نصف تفاوتي الاثنا عشر مع الستّة والستّة مع الثلاثة.

فان التفاوت على التقديرين بالثلثين. وكذا المثال الذي ذكره تحت عنوان قوله:

[١] وان اختلفا في الصحيح والمغيّب فان اتّحدت النّسبة... الخ،

وهو ما اذا قوّم احدهما الصحيح باثني عشر والمغيّب بستّة، وقوّم الاخرى

الصحيح بستّة والمغيّب بثلاثة، فان التفاوت على التقديرين بالنّصف كما صرح به،

والظاهر ان منشأ اشتباه المصنّف ﷺ عبارة الجواهر حيث ذكر المثالين في آخر

الصورة الاولى من الصور الثلاث التي ذكرها لبيان اتحاد الطّريقين.

والحاصل ان كل صحيح ضعف المعيب، فيلزمه كون نصف الصحيحين ضعف نصف المعيبين وان اختلفت النسبة، فقد يختلف الطريقتان وقد يتحدان وقد تقدم مثالهما في أول المسألة.

ثم ان الاظهر بل المتعين في المقام هو الطريق الثاني المنسوب الى الشهيد رحمته وفاقاً للمحكي عن ايضاح التافع حيث ذكر ان طريق المشهور ليس بجيد، ولم يذكر وجهه ويمكن أرجاع كلام الاكثر اليه كما سيجيء. ووجه تعين هذا الطريق ان اخذ القيمة من القيمتين على طريق المشهور او النسبة المتوسطة من النسبتين على الطريق الثاني.

اما للجمع بين البيئتين باعمال كل منهما في نصف العين كما ذكرنا واما لأجل ان ذلك توسط بينهما لأجل الجمع بين الحقين بتنصيف ما به التفاوت نفيًا وثباتًا على النهج الذي ذكرناه أخيراً في الجمع بين البيئتين كما يحكم بتنصيف الدرهم الباقي من الدرهمين المملوكين لشخصين اذا ضاع احدهما المردد بينهما من عند الودعي ولم تكن هنا بيئة تشهد لاحدهما بالاختصاص بل ولا ادعي احدهما اختصاصه بالدرهم الموجود.

فعلى الأول فاللزام وان كان هو جمع نصفي قيمتي الصحيح والمعيب كما فعله المشهور بأن يجمع الاثنا عشر والثمانية المفروضتان قيمتين للصحيح في المثال المتقدم ويؤخذ نصف احدهما قيمة نصف المبيع صحيحاً ونصف الأخرى قيمة للنصف الآخر منه، ولازم ذلك كون تمامه بعشرة ويجمع قيمتا المعيب أعني العشرة والخمسة ويؤخذ لكل نصف من المبيع المعيوب نصف من أحدهما. ولازم ذلك كون تمام المبيع بسبعة ونصف إلا أنه لا ينبغي ملاحظة نسبة المجموع من نصفي إحدى القيمتين أعني العشرة إلى المجموع من نصف الأخرى أعني سبعة ونصف، كما نسب إلى المشهور لانه إذا فرض لكل نصف من المبيع قيمة تغاير قيمة النصف الآخر وجب ملاحظة التفاوت بالنسبة الى كل من النصفين صحيحاً ومعيباً واخذ الارش لكل نصف على حسب تفاوت صحيحه ومعيبه. فالعشرة ليست قيمة لمجموع الصحيح الا باعتبار ان نصفه مقوم بستة ونصفه الآخر باربعة، وكذا السبعة والنصف ليست قيمة لمجموع المعيب الا باعتبار ان نصفه مقوم بخمسة ونصفه الآخر بأثنين ونصف، فلا وجه لأخذ تفاوت ما بين مجموع العشرة والسبعة والنصف بل لابد من اخذ تفاوت ما بين الاربعة والاثنين ونصف لنصف منه وتفاوت ما بين الستة والخمسة للنصف الآخر. وتوهم ان حكم شراء شيء تغاير قيمتا نصفيه

حكم ما لو اشترى بالثمن الواحد مالين معينين مختلفين في القيمة صحيحاً ومعيباً بأن اشترى عبداً وجارية باثنا عشر فظهما معينين والعبد يسوي اربعة صحيحاً واثنين ونصفاً معيباً والجارية يسوي ستة صحيحة وخمسة معيبة فإنه لاشك في ان اللازم في هذه الصورة ملاحظة مجموع قيمتي الصّفقة صحيحة ومعيبة اعني العشرة والسبعة والنصف واخذ التفاوت وهو الرّبع من الثمن وهو ثلاثة اذا فرض الثمن اثني عشر كما هو طريق المشهور فيما نحن فيه.

مدفوع بأن الثمن في المثال لما كان موزعاً على العبد والجارية بحسب قيمتهما فإذا اخذ المشتري ربع الثمن ارشاً فقد اخذ للعبد ثلاثة اثمان قيمته وللجارية سدسها، كما هو الطريق المختار لأنه اخذ من مقابل الجارية اعني سبعة وخمساً سدسه وهو واحد وخمس ومن مقابل العبد اعني اربعة واربعة اخماس ثلاثة اثمان وهو واحد واربعة اخماس، فالثلاثة التي هي ربع الثمن منطبق على السدس وثلاثة اثمان، بخلاف ما نحن فيه، فإن المبدول في مقابل كلّ من النّصفين المختلفين بالقيمة امر واحد، وهو نصف الثمن، فالمناسب لما نحن فيه فرض شراء كلّ من الجارية والعبد في المثال المفروض بثمان مساو للآخر، بأن اشترى كلّاً منهما بنصف الاثني عشر في عقد واحد او عقدين، فلا يجوز حينئذٍ اخذ الرّبع من اثني عشر بل المتعين حينئذ ان يؤخذ من ستة الجارية سدس ومن ستة العبد اثنان وربع، فيصير مجموع الارش ثلاثة وربعاً

واما الثاني: فحصل طريقة المشهور ملاحظة مجموع قيمتي الصحيح، ومجموع قيمتي المعيب، وملاحظة نسبة المجموع الى المجموع، والاخذ من الثمن بتلك النسبة. فاذا قوّم احدهما الصحيح بستة، والاخرى باربعة، وقوّم الاولى المعيب باثنين، والاخرى بثلاثة، يلاحظ نسبة الخمسة الى العشرة، ويؤخذ من الثمن بتلك النسبة وهي النصف. ونسب الى الشهيد عليه السلام طريق آخر، وهو: الرجوع الى البينة في مقدار التفاوت، وجمع بين البيّنات فيه، من غير ملاحظة القيم، فالشهيد على نصف مجموع الكسرين، والمشهور على الكسر بين القيمتين المنتزعتين.

واما الثالث: فتارة: تتحد قيمة الصحيح وتختلف قيمة المعيب، واخرى: تتحد

وهو المأخوذ في المثال المتقدم على الطريق الثاني.

وقد ظهر ممّا ذكرنا أنّه لا فرق بين شهادة البيّنات بالقيم او شهادتهم بنفس النسبة بين الصحيح والمعيب. وان لم يذكر القيم، هذا كلّّه اذا كان مستند المشهور في اخذ القيمة الوسطى العمل بكلّ من البيّتين في جزء من المبيع. وأمّا اذا كان المستند مجرّد الجمع بين الحقّين على ما ذكرنا أخيراً بأن ينزل القيمة الزائدة ويرتفع الناقصة على حدّ سواء فالمتعين الطريق الثاني ايضاً، سواء شهدت البيّتان بالقيمتين ام شهدتا بنفس النسبة بين الصحيح والمعيب.

أمّا اذا شهدتا بنفس التفاوت، فلائّه اذا شهدت احدهما بأنّ التفاوت بين الصحيح والمعيب بالسدس وهو الاثنان من اثني عشر وشهدت الاخرى بأنّه بثلاثة اثمان وهو الثلاثة من ثمانية زدنا على السدس ما تنقص من ثلاثة اثمان وصار كلّ واحد من التفاوتين بعد التعديل سدساً ونصف سدس، وثمنه وهو من الثمن المفروض اثني عشر ثلاثة ورابع، كما ذكرنا سابقاً،

قيمة المعيب وتختلف قيمة الصحيح، وثلاثة: تختلف كل من القيمتين.

اما في الصورة الاولى: فالظاهر هي المطابقة الدائمة بين الطرفين، اذ قيمة الصحيح اذا كانت واحدة، والكسر وان كان يختلف باختلاف قيمة المعيب، لكن الكسرين متساو ان النسبة الى كل نصف من الصحيح لفرض تساوى النصفين في القيمة، فمجموع الكسرين قهراً هو كسر مجموع النصفين، فلا فرق بين ان يلاحظ الكسرين ويضافان الى الواحد، وبين ان يلاحظ قيمتي الصحيح والمعيب، ويلاحظ الكسر الواحد.

واما في الصورة الثانية: فالظاهر هو عدم المطابقة دائماً، نفرض توافقها على ان قيمة المعيب ستة، واحدها تقول: ان قيمة الصحيح عشرة، والاخرى تقول: انها ثمانية، لازم ما افاده المشهور من ملاحظة مجموع قيمتي الصحيح وهي ثمانية عشر، وملاحظة مجموع قيمتي المعيب وهي اثنتا عشر، وملاحظة نسبة المجموع الى المجموع، هو كون التفاوت بالثلث، ولازم ما افاده الشهيد عليه السلام وهو الرجوع الى البينة في مقدار التفاوت والجمع بين البيّنات فيه

وان شهدت البيّتان بالقيمتين، فمقتضى الجمع بين حقي البائع والمشتري في مقام اعطاء الارش واخذه تعديل قيمتي كلّ من الصّحيح والمعيّب بالزيادة والتّقصان بأخذ قيمة نسبته الى المعيب دون نسبة القيمة الزائدة وفوق نسبة النّاقصة فيؤخذ من الاثني عشر والعشرة من الثمانية والخمسة قيمتان للصّحيح والمعيّب نسبة احدهما الى الاخرى يزيد على السّدس بما ينقص من ثلاثة اثمان فيؤخذ قيمتان يزيد صحيحهما على المعيب بسدس ونصف سدس وثمان سدس.

ومن هنا يمكن ارجاع كلام الاكثر الى الطّريق الثّاني بأن يريدوا من اوسط القيم المتعدّدة للصّحيح والمعيّب القيمة المتوسطة بين القيم لكلّ منها من حيث نسبتها الى قيمة الاخر، فيكون مرادهم من اخذ قيمتين للصّحيح والمعيّب قيمة متوسطة من حيث نسبة احدهما الى الاخرى بين اقوال جميع البيّنات المقوّمين للصّحيح والفاسد، وليس في كلام الاكثر أنّه يجمع قيم الصّحيح وينتزع منها قيمة، وكذلك قيم المعيب ثمّ تنسب احدى القيمتين المنتزعين الى الاخرى.

هو كون التفاوت بنصف الخمسين الذين هما ما به التفاوت لاحدهما، وهي ما تعين قيمة الصحيح عشرة، ونصف الربع الذي هو ما به التفاوت للاخرى، وهي ما تعين قيمته ثمانية، فيؤخذ من الثمن خمس وثمان، وهذا اقل من الثلث، فلو كان الثمن اثني عشر لازم ما افاده المشهور الاخذ من الثمن اربعة، ولازم ما افاده الشهيد رحمته الله الاخذ منه ثلاثة ونصف. فتدبر.

واما في الصورة الثالثة: فيظهر الحال فيها مما تقدم، وهو عدم المطابقة دائماً.

واما الرابع فالأظهر انه بناء على الالتزام بالجمع يتعين اختيار طريقة الشهيد رحمته الله، اذ مدرك الجمع اما لزوم الجمع بين الحقيين، او لزوم العمل بالبيّنتين، وعلى التقديرين يتعين ما ذهب اليه الشهيد رحمته الله.

اما على الأوّل: فلأنّ الحق يدور امره بين كل من التفاوتين: اي الربع والنصف مثلاً، فلا وجه لملاحظة قيمتي الصحيح والمعيّب وانتزاع قيمة متوسطة، ثم ملاحظة كسر

قال في المقنعة: فإن اختلف اهل الخبرة عمل على اوسط القيم ونحوه في النهاية. وفي الشرائع حمل على الأوسط وبالجمله، فكل من عبّر بالأوسط يحتمل ان يريد الوسط من حيث النسبة لا من حيث العدد، هذا مع انّ المستند في الجميع هو ما ذكرنا من وجوب العمل بكلّ من البيّنيتين في قيمة نصف المبيع. نعم لو لم يكن بيّنة اصلاً لكن علمنا من الخارج انّ قيمة الصحيح اّما هذا واما ذلك، وكذلك قيمة المعيب ولم نقل حينئذٍ بالقرعة والاصل، فاللّازم الاستناد في التّصنيف الى الجمع بين الحقّين على هذا الوجه.

وقد عرفت انّ الجمع بتعديل التّفاوت لآنه الحق دون خصوص القيمتين المحتملتين والله العالم.

القول في الشّروط التي يقع عليها العقد [١] وشروط صحّتها وما يترتّب على صحيحها وفاسدها

تلك القيمة.

واما على الثاني: فلأن الرجوع الى البيّنيتين انما هو لتعيين ما به التّفاوت، وانما التعارض بينهما في ذلك وهو مورد الأثر، فلا بد من الجمع بينهما في ذلك، ولا فرق في ذلك بين كون البيّنة قائمة ابتداء على ما به التّفاوت من دون تعرض لقيمتي الصحيح والمعيب، او كونها قائمة على القيمتين، ويكون ما به التّفاوت مدلولها الالتزامي.

القول في الشروط

[١] فصل: في الشروط المذكورة في متن العقد، والتي بناء العقد عليها.

لا إشكال في أنّ عقد البيع قابل للشروط وإن لم يقبل التعليق، وستعرف الفرق بينها،

وكيف كان فالشرط جائز إجماعاً كما عن التذكرة والقواعد وغيرهما، وعن الغنية نفي الخلاف فيه بين المسلمين، والنصوص^(١) المتواترة شاهدة به، نذكر في المقام جملة منها تيمناً. لاحظ النبوي: الشرط جائز بين المسلمين.^(٢)

(١) الوسائل - باب ٦ - من ابواب الغيار، وباب ١٥ من ابواب بيع الحيوان، وباب ٤ من ابواب المكاتبه وغيرها.

(٢) الخلاف ج ٢ ص ٨.

وصحيح عبد الله بن سنان عن الامام الصادق عليه السلام: من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا يجوز له، ولا يجوز على الذي اشترط عليه، والمسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله عزوجل (١)

وصحيحه الآخر عنه عليه السلام: المسلمون عند شروطهم الا كل شرط خالف كتاب الله عزوجل فلا يجوز (٢).

وخبر اسحاق عن جعفر عن أبيه عليهما السلام أن علي بن أبي طالب عليه السلام كان يقول: من شرط لامرأته شرطاً فليف لها فإن المسلمين عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً (٣).

وصحيح الحلبي عن الامام الصادق عليه السلام عن الشرط في الاماء لاتباع ولا تورث ولا توهب، فقال عليه السلام: يجوز ذلك غير الميراث فانها تورث، وكل شرط خالف كتاب الله فهو رد (٤).

ومرسل جميل عن أحدهما عليهما السلام في رجل اشترى جارية وشرط لاهلها ان لا يبيع ولا يهب قال عليه السلام يني بذلك اذا شرط لهم (٥) الى غير ذلك من النصوص الكثيرة، وسيمر عليك الاستدلال بالكتاب أيضاً له.

حقيقة الشرط

وتنقيح القول فيها بالبحث في مقامات:

الأول: في بيان الشرط وحقيقته،

وتظهر ثمرة هذا النزاع

(١) الوسائل - باب ٦ - من ابواب الخيار حديث ١. (٢) نفس المصدر حديث ٢.

(٣) نفس المصدر حديث ٥. (٤) الوسائل باب ١٥ من ابواب بيع الحيوان حديث ١.

(٥) نفس المصدر حديث ٢.

الشَّرْط يطلق في العرف على معنيين [١] أحدهما المعنى الحديثي وهو بهذا المعنى مصدر شرط فهو شارط للامرالفلاني وذلك الامر مشروط وفلان مشروط له او عليه.

اي النزاع في معنى الشرط وحقيقته - في الشروط الابتدائية، فإنه لو شملها الشرط بماله من المعنى كانت لازم الوفاء: لاطلاق الدليل، والآ فلا. لا يقال: أنه لا يجب الوفاء بها اجماعاً وان صدق عليها الشرط فلا فائدة في هذا النزاع.

فأنه يرد: بأن هذا الاجماع بما أنه ليس تعدياً، ولعل مدرك المجمعين عدم صدق الشرط عليها، فلا يصلح لتقييد اطلاق الدليل.

وقد ذكر وا في مقام بيان معنى الشرط عرفاً ولغةً أموراً، وهي: الالتزام والالتزام أما في البيع ونحوه كما عن القاموس، أو مطلقاً والية يرجع ما في حاشية السيد من أنه جعل الزامي أي الجعل المستلزم للالتزام، والعهدة، والعلامة، ومطلق الربط، والتعليق.

[١] والمصنف رحمته الله ذهب الى أن له معنيين عرفيين: أحدهما: الالتزام، والثاني: ما يلزم من عدمه العدم،

وأن له معنيين اصطلاحين أحدهما: ما يستعمل في السنة النحاة وهي الجملة الواقعة تلو أداة الشرط ثانيهما: ما يستعمل في السنة أهل المعقول.

والحق أن له معنى واحداً وهو: الربط والتعليق؛ واستعماله في جميع الموارد انما يكون في ذلك المعنى.

توضيح ذلك: أن الشرط - بالتحريك - بمعنى العلامة، والدون والردل، والشريف، وجمعه أشراف، ومن ذلك اشراف الساعة أي علاماتها، وأشراف الغنم أي رذالها، وأشراف الناس أي أشرافهم.

وأما الشرط - بالسكون - وجمعه شروط فهو بحسب المتفاهم العر في ليس مطلق الالتزام، ولذا يصدق على ايجاب عمل على شخص، ولا على مطلق الجعل والاثبات، بل المنساق الى الذهن منه هو تقييد أمر بآخر اما واقعاً أو بجعل جاعل.

و في القاموس أنّه الزام الشيء والتزامه في البيع وغيره، [١] وظاهره كون استعماله في الالزام الابتدائي مجازاً أو غير صحيح، لكن لا إشكال في صحته لوقوعه في الاخبار كثيراً مثل قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ في حكاية بيع بريرة [٢] إنّ قضاء الله أحقّ وشرطه أوثق والولاء لمن اعتق

[١] وما في القاموس وغيره من مصاديق هذا المعنى العام،
كما أنّ إطلاقه في السنة النحاة على الجملة الواقعة عقيب أداة الشرط -أنّا يكون من هذا الباب؛ فإنّ المقدم أمّا أن يكون شرطاً واقعياً أو جعلياً للجزء
كما أنّ إطلاقه في السنة أهل المعقول على جزء من أجزاء القلة من هذا الباب.
وبالجملة للشرط معنى واحد، وإطلاقه في جميع الموارد من ذلك الباب، وهو: تقييد أمر باخر. غاية الأمر أنّ هذا التقييد والربط قد يكون تكوينياً كربط احراق النار بالمحاذاة.
وقد يكون مجموعاً بجعل تشريعي كجعل الطهارة شرطاً للصلاة، وقد يكون مجموعاً بجعل المتعاملين وليس له معنى آخر.
وبذلك ظهر أنّ الشرط بهذا المعنى لا يصدق على الشروط الابتدائية، وهو واضح.
وقد استند المصنف عَلَيْهِ السَّلَامُ في شموله لها الى إطلاقه عليها في موارد:
[٢] منها: قوله صلى الله عليه وآله وسلم في حكاية بيع بريرة: إنّ قضاء الله أحقّ وشرطه أوثق والولاء لمن أعتق^(١)؛ فإنّه أطلق الشرط على ما جعله الله تعالى ابتداءً من أنّ الولاء للمعتق خاصة.

وفيه: أولاً: أنّ إطلاق الشرط عليه إنّما هو من جهة أنّ الولاء مقيد بحسب

(١) ليس في النصوص المروية من طرقنا إلاّ قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: الولاء لمن أعتق راجع الوسائل باب ٥٢ من ابواب نكاح العبيد والاماء، وباب ٧٣ من ابواب كتاب التتبع، وغيرها من كتب الحديث، نعم من طرق العامة ما تضمن الجملة بتمامها، وعن دعائم الاسلام عن علي عَلَيْهِ السَّلَامُ عنه عَلَيْهِ السَّلَامُ: الولاء لمن أعتق وشرط الله أكّد.

وقول امير المؤمنين عليه السلام في الرد على مشروط عدم التّزوج بأمرأة اخرى في النّكاح أنّ شرط الله قبل شرطكم. [١]
 وقوله ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثة ايام للمشتري، [٢] قلت: وفي غيره قال هما بالخيار حتى يفترقا.
 وقد اطلق على النّذر أو العهد أو الوعد في بعض اخبار الشرط في النكاح [٣]

الجعل الإلهي بالعتق.

وثانياً: أنّه يمكن أن يكون الاستعمال مجازياً للمشكلة، نظير قوله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه﴾^(١) مع أنّ المجازاة ليست من الاعتداء.
 [١] ومنها: قول أمير المؤمنين عليه السلام في الرد على مشروط عدم التّزوج بأمرأة أخرى في النكاح: شرط الله قبل شرطكم^(٢) والجواب عنه ما تقدم في سابقه.
 [٢] ومنها: قوله ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثة أيام للمشتري.^(٣)
 وفيه: أنّ الإطلاق فيه إنّما هو باعتبار ارتباط العقد بالخيار، غاية الأمر الخيار مجعول من الشارع للمتعاقدين.

[٣] ومنها: أنّه أطلق على النذر أو العهد أو الوعد في بعض أخبار النكاح، والظاهر أنّ نظره الى خبر منصور بن يونس بزوج عن العبد الصالح عليه السلام قال: قلت له: إنّ رجلاً من مواليك تزوّج امرأة ثم طلقها فبانت منه، فأراد أن يراجعها فأبّت عليه إلا أن يجعل لله عليه أن لا يطلقها ولا يتزوج عليها فأعطاها ذلك ثم بداله في التزويج بعد ذلك، فكيف يصنع؟ فقال عليه السلام: بئس ما صنع وما كان يدريه ما يقع في قلبه بالليل والنهار، قل له: فليف للمرأة بشرطها، فإنّ رسول الله صلّى الله عليه وآله قال: المؤمنون عند شروطهم،^(٤)
 فإنّه لا شرط إلا ما جعله الله عليه وهو إمّا نذر أو عهد

(١) البقرة: ١٩١.

(٢) الوسائل - باب ٢٠ - من ابواب المهور حديث ٦ كتاب النكاح.

(٣) الوسائل - باب ٣ - من ابواب الخيار حديث ٥.

(٤) الوسائل - باب ٢٠ من ابواب المهور حديث - ٤ كتاب النكاح.

وقد اعترف في الحقائق بأن إطلاق الشرط على البيع كثير في الاخبار. [١]
 وأما دعوى كونه مجازاً، فيدفعها مضافاً الى اولوية الاشتراك المعنوي والى انّ
 المتبادر من قوله شرط على نفسه كذا ليس الا مجرد الالتزام استدلال الامام عليه السلام
 بالتبوي: المؤمنون عند شروطهم فيما تقدّم من الخبر الذي اطلق فيه الشرط على
 النذر او العهد ومع ذلك فلا حجة فيما في القاموس مع تقدّره به. ولعله لم يلفت الى
 الاستعمالات التي ذكرناها والالذكرها ولو بعنوان يشعر بمجازيتها.
 ثمّ قد يتجوّز في لفظ الشرط بهذا فيطلق على نفس المشروط كالخلق بمعنى
 المخلوق فيراد به ما يلزمه الانسان على نفسه.
 الثاني: ما يلزم من عدمه العدم، من دون ملاحظة أنّه يلزم من وجوده
 الوجود اولا

لا الى خبر ابن سنان المروي^(١) في الحاشية، فإنّه ليس فيه ما يتوهم كونه نذراً أو
 عهداً، ولا يكون مذيلاً بقول رسول الله ﷺ: المؤمنون عند شروطهم.
 وفيه: أنّ إطلاق الشرط ليس باعتبار أنّه نذر أو عهد، بل باعتبار إناطة التزويج
 عليها بذلك الالتزام المؤكّد.

[١] ومنها: إطلاق الشرط على البيع في كثير من الأخبار.
 وفيه: أنّه لم يستعمل الشرط في البيع في شيء من الاخبار، فإنّ الأخبار التي ادّعى
 صاحب الحقائق إطلاق الشرط فيها على البيع إنّما أطلق فيها ذلك باعتبار أنّه قد التزم
 كون المبيع موصوفاً بوصف خاص الذي هو التزام في ضمن البيع.
 لاحظ: صحيح الحلبي: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يسلم في وصف
 أسنان معلومه ولون معلوم ثم يعطى دون شرطه أو فوقه، فقال عليه السلام: إذا كان عن
 طيبة نفس منك ومنه فلا بأس^(٢) ونحوه غيره.

(١) الوسائل - باب ٣٨ - من ابواب المهور حديث ٦ كتاب النكاح.

(٢) الوسائل - باب ٩ - من ابواب السلف حديث ١.

وهو بهذا المعنى اسم جامد لا مصدر، فليس فعلاً ولا حدثاً [١] واشتقاق المشروط منه ليس على الاصل كالشارط، ولذا ليسا بمتضايفين في الفعل والانفعال، [٢] بل الشَّارط هو الجاعل والمشروط هو ما جعل له الشرط كالمسبَّب بالكسر و الفتح المشتقَّين من السبب، فعلم من ذلك أنَّ الشرط في المعنيين نظير الامر بمعنى الشيء وأما استعماله في السَّيِّئَةِ النَّحَاةِ على الجملة الواقعة عقيب ادوات الشرط فهو اصطلاح خاصٌّ مأخوذ من افادة تلك الجملة لكون مضمونها شرطاً بالمعنى الثاني، كما أنَّ استعماله في السَّيِّئَةِ اهل المعقول والاصول، فيما يلزم من عدمه، ولا يلزم من وجوده الوجود، مأخوذ من ذلك المعنى. ألاَّ أنه اضيف اليه ما ذكر في اصطلاحهم مقابلاً للسبب، فقد تلخَّص مما ذكرنا أنَّ للشرط معنيين عرفيين وآخرين اصطلاحيين [٣] لا يحمل عليهما الاطلاقات العرفية بل هي مرددة بين الاوليين، فان قامت قرينة على ارادة المصدر الاول او على ارادة الجامد. تعيَّن الثاني وإلاَّ حصل الاجمال.

قال المصنف رحمته الله بعد ما ذكر المعنى الثاني للشرط وهو ما يلزم من عدمه العدم من دون ملاحظة أنَّه يلزم من وجوده الوجود أولاً:

[١] وهو بهذا المعنى اسم جامد لا مصدر فليس فعلاً ولا حدثاً.
وفيه: أنَّ ضابط كون المعنى اشتقاقياً: كون المبدأ صالحاً وقابلاً للقيام بشيء بأحد أنحاء القيام، وعنوان ما يلزم من عدمه العدم وإن لم يكن صالحاً لذلك إلاَّ أنَّ المبدأ فيه وهو استلزام شيء لشيء صالح لذلك، وهذا يكفي في كونه اشتقاقياً.

[٢] وما ذكره من عدم للتضائف في الفعل والانفعال بينه وبين المشروط يرد عليه: أنَّ المشروط مضائف للشرط بالمعنى الوصفي، ولا يعتبر في التضائف أنَّ يكون مضائف ما هو على هيئة المفعول هو هيئة الفاعل، مع أنَّ المشروط بمعنى المشروط فيه لا يكون مضائفاً للشارط، وهو بما له من المعنى وهو نفس المشروط مضائف له،

[٣] قوله فقد تلخص مما ذكرنا ان للشرط معنيين عرفيين وآخرين اصطلاحيين قد عرقت ان له معنى واحد، في العرف، واللغة، والاصطلاح

وظهر ايضاً أنّ المراد بالشرط في قولهم صلوات الله عليهم المؤمنون عند شروطهم هو الشرط باعتبار كونه مصدراً. أمّا مستعملاً في معناه اعني الزاماً على انفسهم وأمّا مستعملاً بمعنى ملتزماتهم. وأمّا بمعنى جعل الشيء شرطاً بالمعنى الثاني بمعنى التزام عدم شيء عند عدم آخر، وسيجي الكلام في ذلك. وأمّا الشرط في قوله ما الشرط في الحيوان قال: ثلاثة ايام للمشتري قلت: وما الشرط في غيره؟ قال: البيعان بالخيار حتى يفترقا. وقوله الشرط في الحيوان ثلاثة ايام للمشتري اشترط او لم يشترط، فيحتمل ان يراد به ما قرره الشارع والزمه على المتبايعين او احدهما من التسلط على الفسخ فيكون مصدراً بمعنى المفعول، فيكون المراد به نفس الخيار المحدود من الشارع، ويحتمل ان يراد به الحكم الشرعي المقرر وهو ثبوت الخيار وعلى كلّ تقدير ففي الاخبار عنه بقوله ثلاثة ايام مسامحة، نعم في بعض الاخبار في الحيوان كلّ شرط ثلاثة ايام ولا يخفى توقّفه على التوجيه [١]

الكلام في شروط صحة الشرط وهي امور قد وقع الكلام او الخلاف فيها احدها ان يكون داخلاً تحت قدرة المكلف، [٢] فيخرج ما لا يقدر العاقد على تسليمه الى صاحبه سواء كان صفة لا يقدر على العاقد على تسليم العين موصوفاً بها

[١] قوله ولا يخفى توقّفه على التوجيه

والوجه فيه انه ليس في الحيوان شرط ثلاثة ايام بل شرط خيار ثلاثة ايام فحذف المضاف واقيم المضاف اليه مقامه

ولكن قد مر ان المراد بالشرط هو الخيار فلا حاجة الى التقدير وعليه فاف في الحاشية من ان في العبارة سقطاً فان المناسب ان يقول لا يخفى عدم توقّفه على التوجيه متين.

اعتبار دخول الشرط تحت القدرة

الكلام في شروط صحة الشرط، وهي امور
[٢] احدها ان يكون داخلاً تحت قدرة المكلف فيخرج ما ليس بمقدور كصيرورة الزرع سنبلاً. كذا طفحت كلماتهم به
ولكن بما أنّ القدرة وعدمها اللتين هما من قبيل العدم والملكية تختصان بالإفعال،

مثل صيرورة الزرع سنبلًا وكون الامة والدابة تحمل في المستقبل او تلد كذا، او كان عملاً كجعل الزرع سنبلًا والبسر تمرًا كما مثل به في القواعد.

لكن الظاهر ان المراد به جعل الله الزرع والبسر سنبلًا وتمرًا [١] والغرض الاحتراز عن اشتراط فعل غير العاقد مما لا يكون تحت قدرته، كأفعال الله سبحانه

ولا تتعلقان بالأعيان الخارجية والأوصاف، وهذا البحث لا يختص بالأفعال،

فالأولى التعبير بأن يكون ما يشترط تحت سلطانه واستيلانه،

فيعم الأوصاف؛ فإنه يسلّط على الوصف بسلطنته على العين.

وكيف كان فتتقيح القول في المقام بالبحث في موارد:

الأول: فيما اذا كان الشرط فعلاً.

الثاني: ما اذا كان وصفاً.

الثالث: ما اذا كان من شروط النتيجة.

أما الاول فلا كلام فيما اذا كان الفعل لأحد المتعاقدين ومقدوراً له،

والكلام إنما هو في غير ذلك من أقسامه أعم من، فعل محال من المشروط عليه، أو

فعل الغير، أو فعل الله تعالى.

[١] قوله لكن الظاهر ان المراد به جعل الله الزرع والبسر سنبلًا وتمرًا

قد تكرر في كلماتهم المثال للشرط غير المقدور بذلك والمراد من جعل الزرع سنبلًا

اما جعل الله تعالى كما صرح به الشهيد.

او جعل المشروط عليه كما هو صريح جامع المقاصد وظاهر الشرايع.

او جعل الاعم من الله ومن المشروط عليه كما صرح به صاحب الجواهر

وعلى فرض كون الثاني مراداً ليس المراد به كون المشروط عليه مفيض الوجود او

كونه مجرى الفيض اذ لا يخطر شيء منها ببال المتعاملين

بل المراد اعداد المقدمات المؤدية الى ذلك.

وحيث ان بعضها خارج عن تحت قدرته فهو شرط غير مقدور.

لا عن اشتراط حدوث فعل محال من المشروط عليه، لأنّ الإلزام والالتزام بمباشرة فعل ممتنع عقلاً أو عادة ممّا لا يرتكبه العقلاء، [١] والاحتراز عن مثل الجمع بين الضدين أو الطيران في الهواء ممّا لا يرتكبه العقلاء، والأتیان بالقيد المخرج لذلك والحكم عليه بعدم الجواز والصّحة بعيد عن شأن الفقهاء.

لذا لم يتعرّضوا لمثل ذلك في باب الاجارة والجماعة، مع أنّ اشتراط كون الفعل سائغاً يغني عن اشتراط القدرة. [٢]

نعم اشتراط تحقّق فعل الغير الخارج عن اختيار المتعاقدين المحتمل وقوعه في المستقبل وارتباط العقد به بحيث يكون التراضي منوطاً به وواقعاً عليه امر صحيح عند العقلاء مطلوب لهم بل اولى بالاشتراط من الوصف الخالي الغير المعلوم تحقّقه، ككون العبد كاتباً والحيوان حاملاً، والغرض الاحتراز عن ذلك.

ويدلّ على ما ذكرنا تعبير اكثرهم ببلوغ الزرع والبسر سنبلأً وتمرأً او لصيرورتها كذلك، وتمثيلهم لغير المقدور بانقضاء الثمرة وإنباعها وحمل الذّابة فيما بعد ووضع الحامل في وقت كذا وغير ذلك.

[١] وما افاده المصنف رحمته الله : من أنّ الإلزام والالتزام بمباشرة فعل ممتنع عقلاً أو عادة ممّا لا يرتكبه العقلاء، والأتیان بالقيد المخرج لذلك والحكم عليه بعدم الجواز بعيد عن شأن الفقهاء

يرد عليه: أنّ الشرط حقيقته ربط العقد بشيء كما اعترف به، فكما أنّ العقلاء يربطون عقودهم بفعل الغير على ما صرّح به كذلك يربطونها بالمحال. وبالجمله لا كلام في عدم لزوم الوفاء بالشرط المحال، إنّما الكلام في أنه هل يصح ربط العقد به أم لا بحيث يثبت للمشروط له الخيار مع عدم تحقّقه؟ والأظهر جواز ذلك.

[٢] قوله مع ان اشتراط كون الفعل سائغاً يغني عن اشتراط القدرة يتم ذلك اذا كان المراد به السائغ الشرعى - واما اذا كان المراد اعم منه ومما يسوغ عقلاً فلا يتم فان المحال ايضا سائغ عقلاً ولم يرد فيه منع شرعى.

وقال في القواعد يجوز اشتراط ما يدخل تحت القدرة من منافع البائع دون غيره كجعل الزرع سنبلاً، والبسر تراً، قال الشهيد رحمته الله في محكّي حواشيه على القواعد أنّ المراد جعل الله الزرع سنبلاً والبسر تراً، لأنّنا إنّما نفرض فيما يجوز أن يتوهمه عاقل لامتناع ذلك من غير الإله جلّت عظمته، انتهى.

لكن قال في الشرائع ولا يجوز اشتراط ما لا يدخل في مقدوره، كبيع الزرع على أن يجعله سنبلاً والزرط على أن يجعله تراً، انتهى. ونحوها عبارة التذكرة لكن لا بدّ من ارجاعها الى ما ذكر، اذ لا يتصوّر القصد من العاقل الى الالتزام بهذا الممتنع العقلي، اللهم الاّ أن يراد اعمال مقدمات الجعل على وجه توصل اليه مع التزام الايصال، فاسند الجعل الى نفسه بهذا الاعتبار، فافهم. [١]

وكيف كان فالوجه في اشتراط الشرط المذكور مضافاً الى عدم الخلاف فيه [٢] عدم القدرة على تسليمه [٣] بل ولا على تسليم المبيع إذا أخذ متصفاً به، لأنّ تحقّق مثل هذا الشرط بضرب من الاتفاق

[١] قوله فافهم

الظاهر انه اشارة الى انه ان اريد باعمال المقدمات اعمالها ب قيد الايصال كان من الممتنع العقلي فهو كره على ما فر - وان اريد به اعمالها بالمقدار المقدور لم يكن من شرط غير المقدور.

وقد استدلل لعدم الجواز واعتبار كون الشرط مقدوراً بوجوه:

[٢] أحدها: الإجماع.

وفيه أولاً: أنّ المخالف موجود وهو الشيخ والقاضي وغيرهما.

وثانياً: أنه معلومية مدرك الجمعين ولا أقلّ من احتمال استنادهم الى بعض ماسياتي - لا يعتمد عليه.

[٣] ثانيها: ما عن العلامة رحمته الله وهو أنّ الشارط لا يقدر على التسليم أي تسليم

متعلّق الشرط، بل البيع إذا قيّد به، والقدرة على التسليم معتبرة.

وفيه: أنّ مدرك اعتبار القدرة على التسليم لزوم الغرر من عدمها كما تقدم.

ولا يناط بإرادة المشروط عليه، فيلزم الغرر في العقد [١] لارتباطه بما لا وثوق بتحقيقه. ولذا نفي الخلاف في الغنية عن بطلان العقد باشتراط هذا الشرط استناداً على عدم القدرة على تسليم المبيع، كما يظهر بالتأمل في آخر كلامه في هذه المسألة.

[١] وفي المقام إن ادعى أنه يلزم الغرر في البيع؛

فبرده: أن الشرط التزام في الالتزام لا أنه من قيود المبيع، ويكون التزام واحد متعلقاً بالمبيع والشرط

وإن ادعى لزوم الغرر في الشرط؛

فبرده أولاً: النقض بما إذا كان الشرط فعل المشتري عليه مع كونه اختيارياً إذا لم يوثق بمحصوله.

وثانياً: أن الشرط الذي حقيقته ربط الالتزام بالوفاء بالعقد به، وثبوت الخيار عند عدمه لا يلزم من عدم القدرة عليه الغرر والخطر.

ثالثها: لزوم الغرر من عدم القدرة؛ وقد عرفت ما فيه:

رابعها: لزوم اللغوية والسفاهة.

وفيه: أولاً أن مجرد ذلك لا يوجب البطلان؛ فإن الباطل معاملة السفه لا المعاملة السفهية.

وثانياً: أنه مع ربط العقد به وتعليق اللزوم عليه لا يلزم اللغوية والسفاهة.

خامسها: ما أفاده المحقق النائيني رحمته الله وهو أن الشرط أعد لنقل ما يصح نقله بسائر العقود وما لا يصح نقله بها، فلا بد وأن يكون مملوكاً للشارط وإلا فهو من قبيل: وهب الأمير ما لا يملك.

وفيه: أنه في الشرط ليس تمليك وتملك، بل ربط للعقد به، وأنه مع عدمه للشارط الخيار، فالأظهر عدم اعتبار القدرة.

وأما المورد الثاني، وهو ما إذا كان الشرط وصفاً، فإن كان واثقاً بوجوده كان الوصف حالياً استقبالياً صح بلا تأمل؛ فإنه لا غرر ولا محذور آخر،

ولا ينقض ما ذكرنا بما لو اشترط وصفا حالياً لا يعلم تحققه في المبيع كاشتراط كونه كاتباً بالفعل او حاملاً، للفرق بينهما بعد الإجماع بأن التزام وجود الصفة في الحال بناءً على وجود الوصف الحالي، [١] ولو لم يعلم به، فاشتراط كتابة العبد المعين الخارجى بمنزلة توصيفه به، او بهذا المقدار يرتفع الغرر، بخلاف ما سيتحقق في المستقبل فإن الارتباط به لا يدل على البناء على تحققه. وقد صرح العلامة، فيما حكى عنه ببطان اشتراط ان يكون الامة تحمل في المستقبل، لأنه غرر عرفاً خلافاً للمحكي عن الشيخ والقاضي فحكما بلزوم العقد مع تحقق الحمل، وبجواز الفسخ اذا لم يتحقق، وظاهرهما كما استفاده في الدروس تنزل العقد باشتراط مجهول التحقق، فيتحقق الخلاف في مسألة اعتبار القدرة في صحة الشرط

[١] والا فقد فصل المصنف رحمته الله: بين الحالي والاستقبالي، وحكم ببطان الثاني؛ للزوم الغرر دون الأول؛ للإجماع، ولأن التزام وجود الصفة في الحال بناء على وجود الوصف الحالي، وبهذا المقدار يرتفع الغرر لكون ذلك بمنزلة التوصيف. وفيه: أولاً: أنه لو كان البناء كافياً فلم لا يلتزم به في الاستقبالي؟ وثانياً: أن لازمه البطان مع عدم البناء في الوصف الحالي. وثالثاً: أنه يستلزم ثبوت معنيين للشرط، أحدهما: البناء على تحقق الشرط، والآخر عدمه.

والحق هو التفصيل بينهما، والبناء على الصحة في الاستقبالي، والبطان في الحالي. أما الصحة في الأول؛ فلأن المبيع حين ما يقع البيع عليه معلوم ذاتاً ووصفاً فلا غرر فيه، ولا يعتبر العلم بالأوصاف الى الأبد، والشرط قد تقدم أن الجهل به من حيث هو لا يوجب الغرر.

وأما البطان في الثاني؛ فلأن الجهل بالوصف الحالي موجب لكون المبيع مجهولاً وغريباً فيبطل لذلك لولا الإجماع على الصحة على ما ادّعاها المصنف رحمته الله.

ويمكن توجيه كلام الشيخ بارجاع اشتراط الحمل في المستقبل الى اشتراط صفة حالية موجبة للحمل، فعدمه كاشف عن فقدانها. وهذا الشرط وان كان للتأمل في صحته مجال [١] إلا أن ارادة هذا المعنى تخرج اعتبار كون الشرط ممّا يدخل تحت القدرة عن الخلاف.

ثمّ إنّ عدم القدرة على الشرط تارة لعدم مدخليته فيه اصلاً، كاشتراط أن الحامل تضع في شهر كذا، [٢] واخرى لعدم استقلاله فيه، كاشتراط بيع المبيع من زيد، فإنّ المقدور هو الايجاب فقط لا العقد المركب، فإن اراد اشتراط المركب، فالظاهر دخوله في اشتراط غير المقدور إلا أنّ العلامة رحمته في التذكرة بعد جزمه بصحة اشتراط بيعه على زيد قال لو اشترط بيعه على زيد، فامتنع زيد من شرائه احتمل ثبوت الخيار بين الفسخ والامضاء والعدم إذ تقديره بعه على زيد إن اشتراه انتهى.

ولا اعرف وجهاً للاحتمال الأوّل اذ على تقدير ارادة اشتراط الايجاب فقط قد حصل الشرط وعلى تقدير ارادة اشتراط المجموع المركب ينبغي البطلان، إلا أن يحمل على صورة الوثوق بالاشتراء، فاشتراط النتيجة بناء على حصولها بمجرد الايجاب فالتفاق امتناعه من الشراء بمنزلة تعذر الشرط، وعليه يحمل قوله في التذكرة ولو اشترط على البائع اقامة كفيل على العهدة، فلم يوجد او امتنع المعين ثبت للمشتري الخيار، انتهى.

[١] قوله وان كان للتأمل في صحته مجال

لعل وجهه ان ذلك من الشروط التي لا منفعة معتد بها فيها وعدم ذلك من شروط صحة الشرط كما سيأتي فانظر.

[٢] وأما المورد الثالث وهو ما اذا كان الشرط من شروط النتيجة، فإن كان ممّا يكفي في تحقّقه كلّ سبب ولو كان هو الشرط. لا كلام في صحته، وإن كان ممّا يتوقف على سبب خاص، فإن كان الشرط تحقّقه عن سببه لا كلام في صحته أيضاً إذا كان سببه مقدوراً، وإن كان تحقّقه من دون السبب بطل؛ لكونه خلاف الكتاب والسنة، وبذلك يظهر ما في كلام المصنف.

ومن افراد غير المقدور ما لو شرط حصول غاية متوقّفة شرعا على سبب خاص، [١] بحيث يعلم من الشرع عدم حصولها بنفس الاشتراط كاشتراط كون امرأة مزوّجة او الزّوجة مطلقة من غير ان يراد من ذلك ايجاد الاسباب. اما لو اراد ايجاد الاسباب او كان الشرط ممّا يكفي في تحقّقه نفس الاشتراط فلا اشكال، ولو شكّ في حصوله بنفس الاشتراط كملكيّة عين خاصّة، فسيأتي الكلام فيه في حكم الشرط.

الثاني: ان يكون الشرط سائغاً في نفسه، [٢] فلا يجوز اشتراط جعل العنب خمرًا ونحوه من المحرّمات، لعدم نفوذ الالتزام بالمحرّم. [٣] ويدلّ عليه ما سيجيء من قوله: المؤمنون عند شروطهم الا شرطاً احل حراماً او حرّم حلالاً، فإنّ الشرط اذا كان محرّماً كان اشتراطه والالتزام به إحلالاً للحرام، وهذا واضح لاشكال فيه.

[١] قوله ومن افراد غير المقدور ما لو شرط حصول غاية... سبب خاص
قد عرفت ان شرط حصول الغاية ما بين ما هو مقدور وما لا يصح لكونه مخالفا
للكتاب والسنة لالكونه غير مقدور.

اعتبار كون الشرط سائغاً

[٢] قوله الثاني ان يكون الشرط سائغاً في نفسه
في الحاشية لا يخفى ان هذا الشرط راجع الى الشرط الرابع فلا وجه لعهده مستقلا
الظاهر ان وجه عده مستقلا ما افاده عليه السلام بقوله
[٣] لعدم نفوذ الالتزام بالمحرّم
فانه يؤول الى اجتماع الوجوب والحرمة في شيء واحد وان لم يكن دليل على اعتبار
عدم المخالفة للكتاب
وان شئت قلت انه يقع التعارض بين دليل وجوب الوفاء بالشرط مع دليل ذلك
الحرام فيتساقطان فلا دليل على نفوذ هذا الشرط.

الثالث: ان يكون ممّا فيه غرض معتدّ به عند العقلاء نوعاً، او بالنظر الى خصوص المشروط له، [١] ومثّل له في الدّروس باشتراط جهل العبد بالعبادات. وقد صرّح جماعة بأن اشتراط الكيل او الوزن بمكيال معيّن، او ميزان معيّن، من افراد المتعارف لغو. سواء في السّلم وغيره، وفي التّذكرة لو شرط ما لا غرض للعقلاء فيه، ولا يزيد به المالمية، فإنّه لغو لا يوجب الخيار، والوجه في ذلك انّ مثل ذلك لا يعدّ حقّاً للمشروط له، حتّى يتضرّر بتعذّره، [٢] فيثبت له الخيار

اعتبار أن يكون فيه غرض عقلائي

[١] الثالث: ان يكون ممّا فيه غرض معتدّ به عند العقلاء وقد استدلّ لا اعتبار هذا الأمر بوجوه:

[٢] الأول: ما في المتن وتبعه غيره، وهو: أنّ شرط ما لا غرض للعقلاء فيه ولا يزيد به المالمية لا يعدّ حقّاً للمشروط له على المشروط عليه حتى يتضرّر بتعذّره. وبعبارة أخرى: أنّ الحقّ من الاعتبار العقلانية كالملكية، واعتبار استحقاق ما لا غرض عقلائي فيه من العقلاء خلف، وحيث لا حقّ عند العقلاء فلا موقع لوجوب الوفاء، كما لا موقع للخيار عند تخلّفه. وفيه: أنّ كون شيء حقّاً لشخص آخر لا يتوقف على الغرض العقلائي بعد عموم دليل الشرط له.

وبعبارة أخرى: أنّ مدرك نفوذ الشرط وثبوت الخيار عند تخلّفه أن كان هو بناء العقلاء بضميمة عدم ردع الشارع عنه، أو كان حديث لا ضرر^(١) تمّ ما ذكر، وإلا فلا يتمّ؛ اذ عموم المسلمون عند شروطهم^(٢) يشمل كل شرط جعله العاقل على نفسه، ولا يختص لعمومه

(١) الوسائل - باب ١٧ - من أبواب الخيار حديث ٣ - ٤ - ٥.

(٢) الوسائل - باب ٦ - من أبواب الخيار.

او يعتني به الشارع، فيوجب الوفاء به [١] ويكون تركه ظلماً، فهو نظير عدم امضاء الشارع لبذل المال على ما فيه منفعة لا يعتد بها عند العقلاء، ولو شك في تعلق غرض صحيح به حمل عليه. [٢]

ومن هنا اختار في التذكرة صحة اشتراط ان لا يأكل الا الهريسة، ولا يلبس الا الخنز ولو اشترط كون العبد كافراً في صحته او لغويته قولان للشيخ والحلي من تعلق الغرض المعتد به، لجواز بيعه على المسلم والكافر، ولاستغراق اوقاته بالخدمة ومن ان الاسلام يعلم ولا يعلم عليه، والاغراض الدنيوية لا تعارض الاخرية وجزم بذلك في الدروس وبما قبله العلامة رحمته.

وعدم الضرر بتعذر لا يمنع من ذلك،
كما أن عدم كونه مورداً لا اعتبار العقلاء؛ لعدم كونه حقاً - لا يصلح للمانية، مع أن عدم اعتبارهم ممنوع:

ثانيها: ما في حاشية المحقق الاصفهاني رحمته وهو انصراف دليل الشرط عما لاغرض عقلائي فيه.

وفيه ان الانصراف المقيد للإطلاق هو ما أوجب عدم صدق الموضوع بنظر العرف، وفي المقام يصدق الشرط على ذلك بلا كلام.

ثالثها: أن مقداراً من الثمن يقع بإزاء الشرط، فع عدم كونه متعلقاً لغرض عقلائي يكون بذل المال بإزائه من قبيل الأكل بالباطل فلا يجوز.

وفيه: أن الثمن لا يقع شيء منه بإزاء الشرط.

[١] رابعها: ما في المتن أيضاً وهو أن الشارع لا يعتني بما لاغرض عقلائي فيه

ليوجب الوفاء به.

وفيه: أن الشارع الأقدس بما أنه رئيس العقلاء لا يوجب الوفاء ابتداءً بما ليس فيه غرض عقلائي، إلا أنه لو التزم العاقل على نفسه العمل به لا مانع من امضائه له وإيجابه الوفاء به كما هو مقتضى إطلاق الدليل،

فالأظهر عدم اعتبار هذا القيد

[٢] قوله ولو شك في تعلق غرض صحيح به حمل عليه.

حول اعتبار عدم مخالفة الشرط للكتاب والسنة ٢٤٣

الرابع: ان لا يكون مخالفاً للكتاب والسنة، [١] فلو اشترط رقية حرّاً أو توريث اجنبيّ كان فاسداً، لأنّ مخالفة الكتاب والسنة لا يسوغها شيء. نعم قد يقوم احتمال تخصيص عموم الكتاب والسنة بأدلة الوفاء، بل قد جوّز بعض تخصيص عموم ما دلّ على عدم جواز الشرط المخالف للكتاب والسنة، لكنّه ممّا لا يرتاب في ضعفه.

وتفصيل الكلام في هذا المقام وبيان معنى مخالفة الشرط للكتاب والسنة موقوف على ذكر الاخبار الواردة في هذا الشرط، ثمّ التّعريض لمعناها، فنقول انّ الاخبار في هذا المعنى مستفيضة بل متواترة معنى.

إن كان الشاك غير الشارط يبنى على الصحة حملاً لفعل المسلم عليه، وإن كان هو الشارط يحمل على الصحيح؛ لعموم المسلمون عند شروطهم؛ فإنه وإن كان المورد من موارد الشبهة المصداقية إلا أنّ المخصّص على فرض وجوده بما أنّه غير لفظي لا يمنع عن التمسك بالعموم فيه، باعتبار عدم مخالفة الشرط للكتاب والسنة

[١] الرابع من الشروط: أن لا يكون مخالفاً للكتاب والسنة، وإلّا كما لو اشترط توريث أجنبيّ فسد لأنّ اشتراط ما يخالف الكتاب والسنة اشتراط لما لا يسوغ لأنّ مخالفة الكتاب والسنة لا يسوغها شيء واعتبار هذا الشرط ممّا اتفق عليه النص والفتوى، والنصوص الدالة^(١) عليه مستفيضة أو متواترة، لاحظ: ما تقدم. وسيأتي طرف منها. واليك طرف منها في المتن.

(١) الوسائل - باب ٦ - من ابواب الخيار و باب ١٣ و ١٨ من ابواب مقدمات الطلاق، و باب ٢٢ من ابواب موانع الارث، و باب ٢٥ و ٢٩ و ٣٨ من ابواب المهور، و باب ١٥ من ابواب بيع الحيوان إلى غير تكلم من الأبواب المتفرقة في الكتب، وفي كثير منها دلالة على لزوم الشرط.

ففي التَّبَوِي المروِّي صحيحاً عن ابي عبدالله عليه السلام: من اشترط شرطاً سوى كتاب الله عزَّ وجلَّ، فلا يجوز ذلك له ولا عليه، والمذكور في كلام الشَّيْخ والعلامة عليه السلام المروِّي من طريق العامة قوله عليه السلام في حكاية بريرة لما اشترها عائشة وشرط موالها عليها ولأهها ما بال اقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، فما كان من شرط ليس في كتاب الله عزَّ وجلَّ، فهو باطل قضاء الله احقَّ وشرطه اوثق، والولاء لمن اعتق.

وفي المروِّي موثقاً عن امير المؤمنين عليه السلام من شرط لأمرأته شرطاً، فليف به لها. فإنَّ المسلمين عند شروطهم، الاَّ شرطاً حرَّماً حلالاً او احلَّ حراماً.

وفي صحيحة الحلبي: كلَّ شرط خالف كتاب الله، فهو مردود.
وفي صحيحة ابن سنان: مَنْ اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله عزَّ وجلَّ، فلا يجوز له ولا يجوز على الذي اشترط عليه والمسلمون عند شروطهم فيما [مما] وافق كتاب الله.

وفي صحيحته الاخرى: المؤمنون عند شروطهم الاَّ كلَّ شرط خالف كتاب الله عزَّ وجلَّ فلا يجوز.

وفي رواية محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام فيمن تزوّج امرأة واصدقها واشترطت عليه انَّ يبدها الجماع والطلاق، قال: خالفت السنّة ووليت حقاً ليست اهلاً له، ففضى انَّ عليه الصّدّاق وبيده الجماع والطلاق، وذلك السنّة وفي معناها مرسله ابن بكير عن ابي عبدالله عليه السلام ومرسله مروان بن مسلم الا انَّ فيها عدم جواز هذا التّكاح.

وفي رواية ابراهيم بن محرز قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام رجل قال لأمرأته امرك بيدك، فقال عليه السلام: انى يكون هذا، وقد قال الله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾.

وعن تفسير العياشي عن ابن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام قال قضى امير المؤمنين عليه السلام في امرأة تزوّجها رجل، وشرط عليها وعلى اهلها ان تزوّج عليها، او هجرها، او اتى عليها سرّية، فهي طالق، فقال عليه السلام شرط الله قبل شرطكم، ان شاء وفي بشرطه، وان شاء امسك امرأته وتزوّج عليها وتسرى وهجرها ان اتت بسبب ذلك، قال الله تعالى: ﴿فَانْكَحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَتْنًى وَثَلَاثَ﴾، وقال: ﴿اُحِلَّ لَكُمْ مَا مَلَكَتْ اَيْمَانُكُمْ وَاللاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ﴾ الآية،

حول اعتبار عدم مخالفة الشرط للكتاب والسنة ٢٢٥

ثمّ الظاهر أنّ المراد بكتاب الله هو ما كتب الله على عباده من احكام الدّين وإنّ بيّنه على لسان رسول الله ﷺ [١] فاشتراط ولاء المملوك لبائعه، أمّا جعل في التّبوي مخالفاً لكتاب الله بهذا المعنى، لكن ظاهر التّبوي واحدى صحيحتي ابن سنان

وتحقيق القول في المقام إنّما هو بالبحث في جهات.

الأولى: أنّ الموجود في أغلب النصوص مخالفة الكتاب، وفي بعضها مخالفة السنة، وفي المرسل المروي عن الغنية الجمع بينهما، والمراد من السنة معلوم،

إنّما الكلام في المراد من الكتاب، فقد ذهب المصنف رحمه الله وتبعه جمع الى

[١] أنّ الظاهر ان المراد به ما كتبه الله تعالى على عباده وإنّ بيّنه بلسان نبيه ﷺ

وبعبارة أخرى: أنّ المراد كتابه التشريعي في مقابل كتابه التكويني.

وأورد عليه المحقّق الايرواني رحمه الله: بأنّه إن أراد بالظهور الظهور الابتدائي؛ فهو ممنوع.

وإن أراد به الظهور الثانوي بقرينة عدّ اشتراط ولاء المملوك لغير المعتق مخالفاً

للكتاب، مع أنّه لا آية في الكتاب تدلّ على ذلك؛

ففيه: أنّ الإمام عليه السلام لعله عرف موقع استفادة ذلك من كلام الله، فإنّه الخبير بمواقع

استفادة الأحكام من القرآن.

وفيه: أنّ مراده بحسب الظاهر هو الثاني،

ويرد على ما أفاده: أنّ الخبر متضمن للتوبيخ على أنّه مع كون الشرط مخالفاً

للكتاب كيف اشترطوها؟! ومن الواضح أنّ ما لا طريق لعامة الناس اليه لا يمكن أن يجعل

ميزاناً لشروطهم، ويوجبهم على ما خالفه، وعلى هذا فيكون المراد بالكتاب هو الكتاب

التشريعي لا القرآن.

ويمكن أن يقال: إنّ المراد به هو القرآن، ولكن ما خالف السنة يكون مخالفاً له

بتقريب: أنّه في القرآن أمر باتّباع النبي ﷺ والمعصومين عليهم السلام فإذا عيّنا وظيفة مخالفتها

تكون مخالفة للكتاب

اشتراط موافقة كتاب الله في صحة الشرط، [١] وإن ما ليس فيه أو لا يوافقه، فهو باطل ولا يبعد أن يراد بالموافقة عدم المخالفة، نظراً إلى موافقة ما لم يخالف كتاب الله بالخصوص لعموماته المرخصة للتصرفات الغير المحرمة في النفس والمال، فخيطة ثوب البائع مثلاً موافق للكتاب بهذا المعنى، [٢]

الثانية: أن الاستفادة من النصوص نفوذ كل شرط لم يخالف كتاب الله، [١] وقد يتوهم أن جملة منها تدل على اشتراط موافقة الكتاب في صحة الشرط، وأن ما ليس فيه أو لا يوافقه فهو باطل، وهي على ما صرح به المصنف رحمته الله النبوي من شرط لامراته شرطاً سوى كتاب الله عز وجل لم يجز ذلك عليه ولاله. (١)
وصحيح ابن سنان عن الامام الصادق عليه السلام: والمسلمون عند شروطهم بما وافق كتاب الله. (٢)

وعليه وقع الكلام في أن المدار على المخالفة وعدمها أو على الموافقة وعدمها نظراً إلى إمكان الوساطة بين المخالفة والموافقة.

ولكن يمكن منع دلالة الخبرين على اختصاص النفوذ بالموافق، أما النبوي؛ فلأن الظاهر من لفظ سوى كون الحكم في الكتاب وكون الشرط سوى ذلك، وهذا عين المخالفة.

أما الصحيح؛ فلأن الظاهر من الصحيح كون هذه الجملة منه مسوقة لبيان إبطال الشرط المخالف الذي تضمنه صدر الحديث،

مع أنه على فرض دلالتها على ذلك يمكن منع الوساطة من جهة عدم اختصاص الموافقة لخصوص الكتاب، بل تعم الموافقة لعام من عموماته، وليس مورد لا يكون المشترط مخالفاً إلا وهو موافق له كما يتبين عليه المصنف رحمته الله
[٢] وعليه فالمراد بالموافق نفس الموافق لا غير المخالف على ما افاده

(١) الوسائل - باب ١٣ - من ابواب مقدمات الطلاق حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ٦ - من ابواب الخيار حديث ١.

ثمَّ انَّ المتَّصف بمخالفة الكتاب، [١] أمَّا نفس المشروط والملتزم، ككون الاجنبي وارثاً وعكسه، وكون الحرّ او ولده رقّاً، وثبوت الولاء لغير المعتق ونحو ذلك، وأمّا ان يكون التزامه مثلاً بمجرد عدم التَّسرّي والتَّزّوج على المرأة ليس مخالفاً للكتاب، وإنّما المخالف الالتزام به، فإنّه مخالف لاباحة التَّسرّي والتَّزّوج الثَّابتة بالكتاب.

وقد يقال انّ التزام ترك المباح لا ينافي اباحته، فاشتراط ترك التَّزّوج والتَّسرّي لا ينافي الكتاب، فينحصر المراد في المعنى الاول.

وفيه انّ ما ذكر لا يوجب الانحصار، فإنّ التزام ترك المباح، وان لم يخالف الكتاب المبيح له، الاّ انّ التزام فعل الحرام يخالف الكتاب المحرّم له، فيكفي هذا مصداقاً لهذا المعنى،

[١] الثالثة: في أنّ المتصف بالمخالفة هل هو الشرط نفسه وهو الالتزام، أو الشرط بالمعنى المفعولي؟ والمصنف رحمته الله اختار أنّ المراد هو الجامع بينهما.

والحقّ أنّ المراد به خصوص الالتزام، وذلك لوجوه:

أحدها: ظهور الشرط في نفسه في ذلك.

ثانيها: أنّ المخالفة إنّما تكون بين المتجانسين ولا مناسبة بين الحكم الشرعي والملتزم به، فلا يتصف الملتزم به بكونه مخالفاً للحكم وإن اتّصف بكونه مخالفة له بخلاف الالتزام والالتزام؛ فإنّها من سنخ الأحكام، ويمكن فرض المخالفة بينهما وبين الحكم.

ثالثها: أنّ في بعض النصوص أسند الوفاء الى الشرط، ^(١) ومعلوم أنّه يستند الى نفس الالتزام، ولا يستند الى الملتزم به، ولا يقال في بخياطة الثوب بخلاف بالالتزام به.

رابعها: أنّ في بعض النصوص حمل عنوان الباطل على الشرط ^(٢)، وبديهي أنّ

مع أنّ الرواية المتقدّمة الدّالة على كون اشتراط ترك التّزوج والتّسرّي مخالفاً للكتاب، مستشهداً عليه بما دلّ من الكتاب على اباحتهما، كالصریحة في هذا المعنى، [١] وما سيجيء من تأويل الرواية بعيد، مع أنّ قوله عليه السلام في رواية اسحاق ابن عمار: المؤمنون عند شروطهم الاّ شرطاً حرّماً حلالاً أو أحلّ حراماً ظاهر. بل صريح في فعل الشّارط، [٢] فإنّه الَّذي یرخص باشتراطه المحرام الشرعي ويمنع باشتراطه عن المباح الشرعي اذ المراد من التّحريم والاحلال ما هو من فعل الشّارط لا الشّارع، واصرّح من ذلك كلّ المرسل المروي في الغنية: الشرط جائز بين المسلمين ما لم يمنع منه كتاب أو سنّة.

الفعل لا يتصف به ولا يقال: أنّ خياطة الثوب باطلة بخلاف الالتزام. [١] خامسها: أنّه في النبوي أسند الجواز الى الشرط، والمراد به بقرينة تعدّيه به (على) مضافاً الى ظهوره في نفسه. هو الجواز الوضعي؛ إذ الجواز التكليفي لا يتعدّى به (على) ولا يقال: إنّ شرب الماء مباح فلان على فلان ولو كان الحكم ضرراً عليه بخلاف الجواز الوضعي والنفوذ، ومعلوم أنّه لا معنى لكون الملتزم به جائزاً بهذا المعنى، بخلاف الالتزام.

[٢] سادسها: النصوص المتضمنة لاستثناء الشرط المحرّم والمحلّل: ^(١) فإنّ المحرّمية والمحلّلية وصفان للالتزام دون الملتزم به، فإنّ فعل المحرام ليس محللاً للحرام، بل هو فعل الحرام، بخلاف التزام الشارط بفعله فإنّه تحليل له، وهناك قرائن أخرى. وبالجمله ظهور النصوص بملاحظة القرائن المشار اليها في أنّ المراد بالشرط هو الالتزام - ممّا لا ينبغي إنكاره.

فالتحصّل من هذه النصوص أنّ الالتزام إذا كان مخالفاً للكتاب كالالتزام بجرمة ما حلّله الشارع. أو حلية ما حرّمه، أو ثبوت الولاء لمن جعل الله تعالى الولاء لغيره، أو كون الأجنبي وارثاً أو نحو ذلك لا يكون نافذاً، وأما اذا لم يكن الالتزام مخالفاً له وكان الملتزم به مخالفاً فهو غير مشمول لهذه النصوص.

ثم إنّ المراد بحكم الكتاب والسنة، الذي يعتبر عدم مخالفة المشروط او نفس الاشتراط له: [١] هو: ما ثبت على وجه لا يقبل تغييره بالشرط لأجل تغيير موضوعه بسبب الاشتراط.

توضيح ذلك: إنّ حكم الموضوع قد يثبت له من حيث نفسه [٢] ومجرداً من ملاحظة عنوان آخر طار عليه، ولازم ذلك من عدم التنافي بين ثبوت هذا الحكم، وبين ثبوت حكم آخر له، اذا فرض عروض عنوان آخر لذلك الموضوع. ومثال ذلك اغلب المباحات والمستحبات والمكروهات بل جميعها، حيث إنّ تجويز الفعل والترك إنّما هو من حيث ذات الفعل، فلا ينافي طرّو عنوان يوجب المنع عن الفعل او الترك، كأكل اللحم، فإنّ الشرع قد دلّ على اباحته في نفسه، بحيث لا ينافي عروض التحريم له اذا حلف على تركه، او امر الوالد بتركه او عروض الوجوب له

نعم اذا كان الملتزم به فعل الحرام أو ترك الواجب يمكن ان يقال: إنّ الشارع الأقدس أمر بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ونهي عن الأمر بالمنكر والنهي عن المعروف، وعليه فالإلزام بما حرّمه وبترك ما أوجبه بنفسه مخالف للكتاب، وهذا بخلاف الإلزام بفعل المباح أو تركه.

لا يقال: إنّ في خبر العياشي عدّ من الشرط المخالف للكتاب: شرط ترك التزوّج والتسري؛ مستشهداً له بما دلّ من الكتاب على إباحتهما. ^(١)

فأنّه يقال: إنّ لا بدّ من حمل الخبر على أنّ مورده شرط عدم ثبوت سلطنة الزوج على التزوّج والتسري، وهذا خلاف الكتاب المثبت للسلطنة في المقامين.

[١] الرابعة: في بيان المراد من الحكم الذي يعتبر عدم مخالفة الشرع معه، المصنف عليه السلام لما التزم بشمول الشرط للملتزم به كغيره أشكل عليه الأمر في شرط فعل المباح الذي لا إشكال في نفوذه، مع أنّه مخالف للكتاب بهذا المعنى وقد التجأ الى تقسيم الحكم الى قسمين:

[٢] أحدهما: ما يثبت للشيء مع قطع النظر عن عروض عنوان آخر لذلك الموضوع

إذا صار مقدّمة لواجب أو نذر فعله مع انعقاده. وقد يثبت له لا مع تجرّده عن ملاحظة العنوانات الخارجة الطّارئة عليه، [١] ولازم ذلك حصول التّنافي بين ثبوت هذا الحكم وبين ثبوت حكم آخر له. وهذا نظير أغلب المحرّمات والواجبات. فإنّ الحكم بالمنع عن الفعل أو التّرك مطلق لا مقيد بمحيثيّة تجرّد الموضوع الآ عن بعض العنوانات كالضّرر والخرج، فإذا فرض ورود حكم آخر من غير جهة المخرج والضّرر فلا بدّ من وقوع التّعارض بين دليلي الحكمين، فيعمل بالتّراجح بنفسه أو بالخارج إذا عرفت هذا فنقول: الشّروط إذا ورد على ما كان من قبيل الأوّل لم يكن الالتزام بذلك مخالفاً للكتاب، إذ المفروض أنّه لا تنافي بين حكم ذلك الشّيء في الكتاب والسّنّة، وبين دليل الالتزام بالشّروط ووجوب الوفاء به. وإذا ورد على ما كان من قبيل الثاني كان التزامه مخالفاً للكتاب والسّنّة. [٢]

مثال ذلك: المباحات والمستحبات والمكروهات، حيث إنّ تجويز الفعل والترك إنّما هو من حيث ذات الفعل، فلا ينافي طرؤ عنوان كالشّروط يوجب المنع عن الترك أو الفعل. [١] ثانيها: ما يثبت له لا مع تجرّده عن ملاحظة العنوانات الطارئة كأغلب الواجبات والمحرّمات.

[٢] ثم أفاد أنّه إذا ورد الشّروط على ما كان من قبيل الأوّل لم يكن الالتزام بذلك مخالفاً للكتاب، وإذا ورد على ما كان من قبيل الثاني كان مخالفاً للكتاب، وهذا هو الفارق بين شرط فعل الحرام أو ترك الواجب، وبين شرط فعل المباح أو تركه.

وفيه: إنّ ما أفاده الله ﷻ ثبوتاً أمر ممكن، ولكن في مقام الإثبات لا دليل عليه، بل الدليل على خلافه: فإنّ لسان دليل الحرام متحد مع لسان دليل المباح والمكروه، فإن كان للأوّل إطلاق كان للثاني أيضاً والآ فلا، ولكن على ما حقّقناه تنحل هذه العويصة بلا حاجة إلى هذه التكاليفات.

توضيحه: أنّ المشروط إمّا أن يكون من الأحكام الخمسة أو من الاعتباريات

ولكنّ ظاهر مورد بعض الاخبار المتقدّمة من قبيل الاول، [١] كترك التّزوج وترك التّسري، فإنّهما مباحان من حيث انفسهما، فلا ينافي ذلك لزومهما بواسطة العنوانات الخارجة، كالحلف والشرط وامر السيّد والوالد، وحينئذ فيجب اما جعل ذلك الخبر كاشفاً

أو من الأعمال فعلاً أو تركاً، فإن كان من الأحكام التكليفية كاشتراط وجوب شيء أو حرمة أو إباحته وهو غير متصف بذلك كان هذا شرطاً مخالفاً للكتاب والسنة وغير نافذ وإن كان من الاعتباريات، فتارة يكون ذلك مجعولاً للشارع ابتداءً من دون تسبب من المكلف اليه ككون شخص وارثاً أو ثابتاً له الولاء، وأخرى يكون تسببياً. فإن لم يكن تسببياً كان شرطه من دون أن يكون مجعولاً شرعاً كوارثية الأجنبي وثبوت الولاء لغير المعتق وسلطنة المرأة على الطلاق ونحو تلكم - مخالفاً للكتاب.

وإن كان تسببياً فإن كان الشرط هو اعتبار الشارع لم يكن نافذاً: لأنّه خارج عن تحت القدرة، وإن كان هو ذلك الأمر في اعتبار الملتزم، فإن كان الشارع جعل له سبباً خاصاً كما في الطلاق كان شرطه لاعتن سببه مخالفاً للكتاب، وإلا فلا،

وإن كان من الأعمال فإن كان ذلك فعل حرام أو ترك واجب كان مخالفاً للكتاب، وهو مادّل على لزوم الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والنهي عن الأمر بالمنكر والنهي عن المعروف، مع أنّه شرط غير سائع الذي مرّ عدم نفوذه.

وإن كان فعل المباح أو المكروه، أو ترك المستحب أو المباح - كان نافذاً ولم يكن مخالفاً للكتاب.

قال المصنف بعد تقسيمه الحكم الى القسمين؛ والتزامه بأنّ المخالف للمشروع هو ما

يخالف الثاني:

[١] ولكن ظاهر مورد بعض الاخبار المتقدمة من قبيل الأول.

والظاهر أنّ نظره الشريف الى مارواه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام في رجل تزوّج امرأة وشرط لها إن هو تزوّج عليها امرأة أو هجرها أو اتّخذ عليها سرية فهي طالق، فقضى في ذلك أنّ شرط الله قبل شرطكم فإن شاء وفي لها بما اشترط وإن شاء أمسكها

عن كون ترك الفعلين في نظر الشارع من الجائز الذي لا يقبل التزوم بالشروط وان كان في انظارنا نظير ترك اكل اللحم والتمر وغيرهما من المباحات القابلة لطروء عنوان التحريم، لكن يبعده استشهاده الإمام عليه السلام لبطلان تلك الشروط باباحة ذلك في القرآن وهو في معنى اعطاء الضابطة لبطلان الشروط واما الحمل على ان هذه الافعال مما لا يجوز وقوع الطلاق عليها [١] وأنها لا توجب الطلاق، كما فعله الشارع، فالخالف للكتاب هو ترتب طلاق المرأة، اذ الكتاب دال على اباحتها وأنها مما لا يترتب عليه حرج ولو من حيث خروج المرأة بها عن زوجية الرجل، ويشهد لهذا الحمل، وان بُعد، بعض الأخبار

واتخذ عليها ونكح عليها (١)

وما رواه محمد بن مسلم عنه عليه السلام وهو بمضمون الأول، إلا أن في ذيله استدلال الإمام عليه السلام بآيات ثلاث، مبيحة للزوج والتسري والهجران إن أتت بسبب ذلك (٢) وقريب منها غيرها (٣)

وهذا الإيراد كما يرد على ما اختاره المصنف رحمه الله يرد على المختار وهو أن شرط فعل المباح ليس مخالفاً للكتاب.

وفي المقام يشكل الأمر من ناحية أخرى أيضاً وهي: أنه في هذا المورد يدل خبر منصور بزرج عن عبد صالح عليه السلام فيمن يتزوج ويجعل لله عليه أن لا يطلقها ولا يتزوج عليها: قل له: فليف للمرأة بشرطها، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: المؤمنون عند شروطهم (٤) على الجواز.

فورد الكلام أمران:

أحدهما: في وجه امتياز هذا المباح عن سائر المباحات.

ثانيهما: في الجمع بين الأخبار المتعارضة.

[١] والمصنف رحمه الله: حمل الأخبار المانعة على أن هذه الأفعال مما لا يجوز تعلق وقوع

(١) الوسائل - باب ٣٨ - من ابواب المهور كتاب النكاح حديث ١، وبعضونه خبر أين سنن في ذلك الباب.

(٢) الوسائل - باب ٢٥ - من ابواب المهور حديث ٦. (٣) نفس المصدر حديث ٤.

(٤) الوسائل - باب ٢٥ - من ابواب المهور حديث ٢.

الظاهرة في وجوب الوفاء بمثل هذا الالتزام، مثل رواية منصور بن يونس قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: إن شريكاً كان تحت امرأة فطلقها، فبانت منه فأراد مراجعتها، فقالت له المرأة لا والله لا اتزوجك ابداً حتى يجعل الله لي عليك ان لا تطلقني ولا تزوج عليّ، قال وقد فعل؟ قلت: نعم، جعلني الله فداك، قال: بشما صنع ما كان يدري مايقع في قلبه بالليل والنهار، ثم قال أما الآن فقل له فليتم للمرأة شرطها، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: المسلمون عند شروطهم. فيمكن حمل رواية محمد بن قيس على ارادة عدم سببته للطلاق بحكم الشرط، فتأمل. [١]

الطلاق عليه، وأنها لا توجب الطلاق كما فعله الشارط، فالحال للكتاب هو ترتب طلاق المرأة.

وفيه: أن خبر محمد بن مسلم من جهة ما فيه من التمسك بالآيات الثلاث المخصصة للأمور المذكورة كالصريح في أن الشرط هو، ترك التزوج، والتسري، والهجر، [١] والظاهر أنه الى هذا نظر المصنف عليه السلام في أمره بالتأمل.

وربما يقال: إنه يحمل الأخبار المانعة على كون الأباحة في هذه الامور لا تقبل التغير بالشرط.

ولكن يرد عليه: مضافاً الى استشهاد الإمام عليه السلام بطلان الشرط بإباحة تلکم في القرآن وهو في معنى إعطاء الضابطة لبطلان الشرط - أنه يجدي في امتياز هذا المباح عن سائر المباحات لا في الجمع بين الأخبار المتعارضة.

والحق أن يقال: إن الأخبار المانعة محمولة على ما لو كان الشرط عدم السلطنة على التزوج والتسري والهجر، والخبر الدالّ على الجواز محمول على اشتراط ترك الزواج خارجاً،

وإن قيل: إن هذا تبرعي لا شاهد له؛

يتعين أن يلتزم بالتخصيص، وأن شرط المباح نافذ إلا في هذا المورد،

اويطرح خبر الجواز؛ لأشهرية معارضه.

ثمَّ أنّه لا اشكال فيما ذكرنا من انقسام الحكم الشرعي الى القسمين المذكورين وانّ المخالف للكتاب هو الشرط الوارد على القسم الثاني لا الاول، وإنّما الاشكال في تمييز مصداق احدهما عن الآخر في كثير من المقامات، [١] منها كون من احد ابويه حرّاً رقاً، [٢] فإنّ ما دلّ على أنّه لا يملك ولد حرّ قابل لأن يراد به عدم رقية ولد الحرّ بنفسه، بمعنى أنّ الولد ينعقد لو خلّى وطبعه تابعاً لاشرف الابوين، فلا ينافي جعله رقاً بالشرط في ضمن عقد، وان يراد به ان ولد الحرّ لا يمكن ان يصير في الشريعة رقاً، فاشترطه اشتراط لما هو مخالف للكتاب والسنة الدالّين على هذا الحكم.

ومنها ارث المتمتع بها [٣] هل هو قابل للاشتراط في ضمن عقد المتعة او عقد آخر ام لا؟ فإنّ الظاهر الاتفاق على عدم مشروعية اشتراطه في ضمن عقد آخر، وعدم مشروعية اشتراط ارث اجنبي آخر في ضمن عقد مطلقاً، فيشكل الفرق حينئذ بين افراد غير الوارث وبين افراد العقود، وجعل ما حكموا بمجوازه مطلقاً مطابقاً للكتاب وما منعوا عنه مخالفاً

[١] وقد اشكل الأمر على جماعة في تمييز مصداق أحدهما عن الآخر في كثير من المقامات وإن كان على، ما ذكرناه من ضابط المخالفة ينحلّ هذا الإشكال في الفروع الآتية وإليك جملة من تلك الفروع:

[٢] منها: كون من أحد أبويه حرّاً رقاً؛ مقتضى ما ذكرناه من الضابط بطلان اشتراط رقية الحرّ فإنّها من الاعتبارات المفعولة شرعاً ابتداءً، إلاّ أنّه وردت روايات دالّة على جواز اشتراطها،^(١) وبإزائها ما يدلّ على عدم المجواز؛^(٢) فإنّ قدّمنا الطائفة الثانية لا كلام، وأما إن قدّمنا المجوّزة فبدلالة الاقتضاء يستكشف أنّ الرقية ولو في هذا المورد من الاعتبارات الشرعية التسببية التي يتسبب اليها بالشرط.

[٣] ومنها: إرث المتمتع بها مقتضى ما ذكرناه بطلان اشتراط وارثيتها، وصحة اشتراط إعطاء مقدار من المال بعد وفاته لها فإنّه يدخل في الوصية، ولعلّه بذلك يجمع

(١) الوسائل - باب ١٢ - من ابواب كتاب العتق وباب ١٥ من ابواب كتاب العكابة.

(٢) الوسائل - باب ٧٥ - من ابواب كتاب العتق.

الا ان يدعي أنّ هذا الاشتراط مخالف للكتاب الا في هذا المورد او ان الشرط المخالف للكتاب ممنوع الا في هذا المورد، ولكن عرفت وهن الثاني، والاوّل يحتاج الى تأمل.

ومنها أنّهم اتّفقوا على جواز اشتراط الضمان في العارية، [١] واشتهر عدم جوازه في عقد الاجارة، فيشكل ان مقتضى ادلة عدم ضمان الامين عدم ضمانه في نفسه، من غير اقدام عليه بحيث لا ينافي اقامه على الضمان من اول الامر او عدم مشروعية ضمانه وتضمينه ولو بالاسباب، كالشرط في ضمن عقد تلك الامانة او غير ذلك.

ومنها اشتراط ان لا يخرج بالزوجة الى بلد آخر، [٢] فإنّهم اختلفوا في جوازه والاشهر على الجواز، وجماعة على المنع من جهة مخالفته للشرع من حيث وجوب اطاعة الزوج، وكون مسكن الزوجة ومنزلها باختياره، واورد عليهم بعض المجوّزين: بأنّ هذا جار في جميع الشروط الساتعة، من حيث ان الشرط ملزم لما ليس بلازم فعلاً او تركاً.

بين النصوص المتعارضة الدالّ بعضها على أنّها ترث مع الاشتراط، ^(١) والدالّ آخر على أنّها لا ترث وإن اشترط، ^(٢)

وعلى التقديرين لوجه للفرق بين أفراد غير الوارث وافراد العقود.

[١] ومنها: أنّهم اتّفقوا على جواز اشتراط الضمان في العارية، واشتهر عدم جوازه في عقد الاجارة، مقتضى القاعدة التي أسلفناها: بطلان اشتراط الضمان مطلقاً،

ولكن وردت الروايات الخاصة الدالّة على الضمان مع الاشتراط، في العارية ^(٣)

وبها يخصّص مادلّ على عدم الضمان في العارية. ^(٤)

[٢] ومنها: اشتراط أن لا يخرج بالزوجة الى بلد آخر

اذا اشترط عدم كون اختيار المكان بيد الزوج كان الشرط مخالفاً للكتاب، واذا

اشترط أن لا يخرج بالزوجة من بلد اختارته صح الشرط ولم يكن مخالفاً له

(١) الوسائل - باب ٣٢ من ابواب المتعة، وباب ١٧ من ابواب ميراث الازواج.

(٢) نفس المصدر.

(٣) الوسائل - باب ١ من ابواب كتاب العارية.

(٤) نفس المصدر.

وبالجملة فوارد الاشكال في تمييز الحكم الشرعي القابل لتغيره بالشروط بسبب تغير عنوانه عن غير القابل كثيرة، يظهر للمتبع، فينبغي للمجتهد ملاحظة الكتاب والسنة الدالين على الحكم الذي يراد تغيره بالشروط والتأمل فيه، حتى يحصل له التمييز ويعرف ان الشروط من قبيل ثبوت الولاء لغير المعق المنافي لقوله ﷺ: الولاء لمن اعتق. او من قبيل ثبوت الخيار للمتابعين الغير المنافي لقوله ﷺ: إذا افترقا وجب البيع أو عدمه لها في المجلس، مع قوله ﷺ: البيعان بالخيار ما لم يفترقا. الى غير ذلك من الموارد المتشابهة صورة المخالفة حكماً، فإن لم يحصل له بنى على أصالة عدم المخالفة، فيرجع الى عموم: المؤمنون عند شروطهم، والخارج عن هذا العموم وان كان هو المخالف واقعاً للكتاب والسنة، لا ما علم مخالفته الآن البناء على أصالة عدم المخالفة [١] يكفي في احراز عدمها واقعاً، كما في سائر مجاري الاصول، ومرجع هذا الاصل الى أصالة عدم ثبوت هذا الحكم على وجه لا يقبل تغيره بالشروط [٢] مثلاً نقول ان الاصل عدم ثبوت الحكم بتسلط الزوج على الزوجة من حيث المسكن، لا من حيث هو لو خلى، وطبعه، ولم يثبت في

وقد عرفت أنه بناءً أعلى ما ذكرناه لا يبق مورد للشك: إذ لو كان الحكم على خلاف الشرط ثابتاً ولو بحكم الإطلاق كان مخالفاً له، وإلا فلا، ولو شك في وجوده الأصل عدمه. ولكن المصنف رحمه الله لما قسم الحكم الى قسمين: قسم قابل للتغير، وقسم غير قابل له: أشكل عليه الأمر في بعض الموارد،

[١] وكيف كان فقد ذهب المصنف رحمه الله الى أن مقتضى الأصل في الموارد المشكوك فيها إجراء حكم الشرط الصحيح.

وذكر في وجهه ما حاصله: أن موضوع أدلة النفوذ أمران: أحدهما: الاشتراط وهو محرز بالوجدان، ثانيهما: عدم المخالفة وهو محرز بالأصل وهو

[٢] أصالة عدم ثبوت هذا الحكم على وجه لا يقبل التغير بالشروط.

وفيه: أن ترتب عدم المخالفة على عدم كون الحكم بنحو لا يقبل التغير ليس شرعياً، بل هو عقلي فلا يثبت ذلك بإجراء الأصل فيه، مع أن هذا العنوان - أي كون الحكم غير قابل

صورة الزام الزوج على نفسه بعض خصوصيات المسكن، لكن هذا الاصل
أما ينفع بعد عدم ظهور الدليل الدال على الحكم في اطلاقه، بحث يشمل صورة
الاشتراط، كما في اكثر الادلة المتضمنة للأحكام المتضمنة للرخصة والتسليط.

فإن الظاهر سوقها في مقام بيان حكم الشيء من حيث هو الذي لا ينافي طرؤ
خلافه، للمزم شرعي، كالتذر وشبهه من حقوق الله والشرط وشبهه من حقوق
الناس. أما ما كان ظاهره العموم، كقوله لا يملك ولد حر، فلا مجرى فيه لهذا الاصل،
ثم إن بعض مشايخنا المعاصرين [١] بعد ما خص الشرط المخالف للكتاب الممنوع
عنه في الاخبار بما كان الحكم المشروط مخالفاً للكتاب، وان التزام فعل المباح او
الحرام او ترك المباح او الواجب خارج عن مدلول تلك الاخبار، ذكر ان المتعين في
هذه المورد: ملاحظة التعارض بين ما دل على حكم ذلك الفعل وما دل على وجوب
الوفاء بالشرط، ويرجع الى المرجحات

للتغير - لم يؤخذ موضوعاً لحكم من الأحكام، فلا يكون جارياً في نفسه.

وربما يقال في تقريب هذا الأصل: وجهان آخران:

أحدهما: أنه لا ريب في كون الأحكام تدريجية بحسب البيان، فقبل بيان الحكم
الذي يحتل كونه مخالفاً للشرط لم يكن هذا الشرط مخالفاً للكتاب، وبعد بيانه يشك في
ذلك، فيجري استصحاب العدم النعني.

وفيه: أنه إن أريد إجراء الأصل في الشرط المتحقق في ذلك الزمان فهو لا ينفع
بالنسبة الى هذا الشرط، وإن أريد اجراؤه في هذا الشرط كان استصحاباً تعليقياً.

ثانيهما: استصحاب عدم المخالفة الأزلي؛ ولا بأس به بناءً على المختار من جريانه
[١] هو الفاضل التراقي في عوائده: قال إنه في موارد اشتراط ما هو مخالف للكتاب
يقع التعارض بين دليل وجوب الوفاء بالشرط ودليل ذلك الفعل، ويرجع الى المرجحات.
وما أفاده مركب من أمرين مترتين.

أحدهما: أن الشرط المخالف للكتاب منحصر بما اذا كان المشروط حكماً مخالفاً

وذكر أنّ المرجّح في مثل اشتراط شرب الخمر هو الاجماع، قال وما لم يكن فيه مرجّح، يعمل فيه بالقواعد والاصول، وفيه من الضّعف ما لا يخفى مع أنّ اللازم على ذلك الحكم بعدم لزوم الشرط، بل عدم صحّته في جميع موارد عدم الترجيح [١] لأنّ الشرط ان كان فعلاً يجوز تركه، كان اللازم مع تعارض أدلّة وجوب الوفاء بالشرط، وأدلّة جواز ترك ذلك الفعل مع فقد المرجّح الرجوع الى اصالة عدم وجوب الوفاء بالشرط، فلا يلزم. بل لا يصحّ وان كان فعل محرّم او ترك واجب لزم الرجوع الى اصالة بقاء الوجوب والتّحريم الثابتين قبل الاشتراط. فالتّحقيق ما ذكرنا من أنّ من الاحكام المذكورة في الكتاب والسنة ما يقبل التّغيير بالشرط لتغيير عنوانه، كأكثر ما ترخّص في فعله وتركه. ومنها ما لا يقبله كالتّحريم، وكثير من موارد الوجوب وأدلّة الشروط حاکمة على القسم الأوّل دون الثّاني، فإنّ اشتراطه مخالف لكتاب الله، كما عرفت وعرفت حكم صورة الشك، وقد تفتّن قارئ لما ذكرنا في حكم القسم الثّاني، وأنّ الشرط فيه مخالف للكتاب بعض التّفطن، بحيث كاد أن يرجع عمّا ذكره أولاً من التّعارض بين أدلّة وجوب الوفاء بالشرط، وأدلّة حرمة شرب الخمر، فقال: ولو جعل هذا الشرط من اقسام الشرط المخالف للكتاب والسنة، كما يطلق عليه عرفاً لم يكن بعيداً، انتهى.

لما ثبت في الكتاب ككون أمر الطلاق بيد المرأة، والولاء لغير المعتق ونحو ذلك، وهذا ينطبق على ما ذكرناه واخترناه.

ثانيهما: أنه بناءً على الاختصاص المذكور يقع التعارض بين الدليل المثبت للحرمة أو الوجوب ودليل نفوذ الشرط، فلا بدّ من إعمال قواعد التعارض، ولكن قد مرّ أنّ شرط فعل المحرام أو ترك الواجب يؤوّل الى الشرط المخالف للكتاب بالتقريب الذي قدّ مناه بلا وصول النوبة الى إعمال قواعد التعارض.

[١] وأورد عليه المصنف رحمته الله بأنه يلزم ممّا ذكره إعمال قواعد التعارض والرجوع الى الأصل حتى في صورة اشتراط ترك المباح، ولا يلزم بذلك أحد. وفيه: أنّ الدليل المثبت للحكم غير الإلزامي للشيء بعنوانه الأولي لا يصلح

ومما ذكرنا من انقسام الاحكام الشرعيّة المدلول عليها في الكتاب والسنة على قسمين، يظهر لك معنى قوله عليه السلام في رواية اسحاق بن عمار المتقدمة: المؤمنون عند شروطهم الا شرطا حرّم حلالاً او احلّ حراماً، فإنّ المراد بالحلال والحرام فيها ما كان كذلك بظاهر دليله حتّى مع الاشتراط، نظير شرب الخمر وعمل الخشب صنماً او صورة حيوان، ونظير مجامعة الزوج التي دلّ بعض الاخبار السابقة على عدم ارتفاع حكمها اعني الاباحة، متى اراد الزوج باشتراط كونها بيد المرأة، ونظير التزوّج والتسرّي والهجر حيث دلّ بعض تلك الاخبار على عدم ارتفاع اباحتها باشتراط تركها معللاً بورود الكتاب العزيز باباحتها. أمّا ما كان حلالاً لو خلى وطبعه بحيث لا ينافي حرمة او وجوبه بملاحظة طرؤ عنوان خارجي عليه او كان حراماً، كذلك فلا يلزم من اشتراط فعله او تركه، الاّ تغرّ عنوان الحلال والحرام الموجب لتغير الحلّ والحرمه، فلا يكون حينئذ تحريم حلال ولا تحليل حرام، الا ترى أنّه لو نهى السيّد عبده، او الوالد ولده عن فعل مباح، اعني مطالبة ماله في ذمّة غريمه، او حلف المكلف على تركه لم يكن الحكم بحرمة شرعاً من حيث طرؤ عنوان معصية السيّد والوالد، وعنوان حنث اليمين عليه تحريماً لحلال، فكذلك ترك ذلك الفعل في ضمن عقد يجب الوفاء به وكذلك امتناع الزوجة عن الخروج مع زوجها الى بلد آخر محرّم في نفسه. وكذلك امتناعها من المجامعة، ولا ينافي ذلك حلّيّتها باشتراط عدم اخراجها عن بلدها، او باشتراط عدم مجامعتها، كما في بعض النصوص.

وبالجملّة، فتحرّيم الحلال وتحليل الحرام، أمّا يلزم مع معارضة أدلّة الوفاء بالشرط لأدلّه اصل الحكم حتّى يستلزم وجوب الوفاء مخالفة ذلك وطرح دليله. أمّا اذا كان دليل الحكم لا يفيد الاّ ثبوته لو خلى الموضوع وطبعه، فإنّه لا يعارضه ما دلّ على ثبوت ضدّ ذلك الحكم اذا طرأ على الموضوع عنوان آخر لم يثبت ذلك الحكم له الاّ بمجرداً عن ذلك العنوان

للمعارضة مع ما يثبت الحكم الإلزامي له بالعنوان الثانوي؛ لأنّ اللاقتضاء لا يعارض ماله الاقتضاء، فينحصر التعارض لموسلم بما واشترط ترك الواجب أو فعل الحرام.

ثمَّ أنّه يشكّل الامر في استثناء الشرط المحرّم للحلال [١] على ما ذكرنا في معنى الرواية بأنّ أدلّة حليّة أغلب المحلّلات بل كلّها، إنّما تدلّ حليّتها في انفسها لو خلّيت وانفسها، فلا تنافي حرمتها من اجل الشرط، كما قد تحرم من اجل التّذر وأخويه. ومن جهة اطاعة الوالد والسّيّد ومن وجه صيرورتها علّة للمحرّم وغير ذلك من العناوين الطّارئة لها.

نعم، لو دلّ دليل حلّ شيء على الحليّة المطلقة، نظير دلالة أدلّة المحرّمات بحيث لا يقبل طرؤ عنوان مغير عليه اصلاً، او خصوص الشرط من بين العناوين، او دلّ الدليل من الخارج على كون ذلك الحلال كذلك، كما دلّ بعض الاخبار بالنسبة الى بعض الافعال، كالنّسري، والتّزوج، وترك الجماع من دون ارادة الزّوجة، كان مقتضاه فساد اشتراط خلافه. لكن دلالة نفس دليل الحليّة على ذلك لم توجد في مورد، والوقوف مع الدليل الخارج الدّال على فساد الاشتراط يخرج الرواية عن سوقها لبيان ضابطة الشّروط عند الشّك، اذ مورد الشّك حينئذ محكوم بصحّة الاشتراط. ومورد ورود الدليل على عدم تغير حلّ الفعل باشتراط تركه مستغن عن الضابطة مع انّ الإمام علّل فساد الشرط في هذه الموارد بكونه محرّماً للحلال، كما عرفت في الرواية التي تقدّمت في عدم صحّة اشتراط عدم التّزوج والنّسري، معللاً بكونه مخالفاً للكتاب الدّال على اباحتها.

نعم، لا يرد هذا الاشكال في طرف تحليل الحرام، لأنّ أدلّة المحرّمات قد علم دلالتها على التّحريم، على وجه لا يتغيّر بعنوان الشرط والتّذر وشبههما، بل نفس استثناء الشرط المحلّل للحرام عما يجب الوفاء به دليل على ارادة الحرام في نفسه لولا الشرط وليس كذلك في طرف المحرّم للحلال، فإنّا قد علمنا انّ ليس المراد الحلال لولا الشرط لأنّ تحريم المباحات لاجل الشرط فوق حدّ الاحصاء، بل اشتراط كلّ شرط عدا فعل الواجبات وترك المحرّمات مستلزم لتحريم الحلال فعلاً او تركاً.

[١] محصله: أنّ شرط المباح والحلال نافذ بلا كلام، فما معنى عدم نفوذ الشرط

وربما يتخيل أن هذا الاشكال مختصّ بما دلّ على الإباحة التّكليفية، كقوله تحلّ كذا وتباح كذا، أمّا الحلية التي تضمنها الاحكام الوضعية، كالحكم بثبوت الزوجية أو الملكية أو الرّقبة أو أضرارها، فهي أحكام لا تتغيّر لعنوان أصلاً، فإنّ الانتفاع بالملك في الجملة والاستمتاع بالزّوجة، والنّظر الى أمّها وبناتها من المباحات التي لا تقبل التّغيير. ولذا ذكر في مثال الصّلاح المحرّم للحلال ان لا ينتفع به او لا يوطأ جاريته.

وبعبارة أخرى: ترتّب آثار الملكية على الملك في الجملة، وآثار الزوجية على الزّوج كذلك من المباحات التي لا تتغيّر عن إباحتها، وان كان ترتّب بعض الآثار قابلاً لتغيير حكمه الى التّحريم، كالسّكنى فيما لو اشترط اسكان البائع فيه مدة، واسكان الزّوجة في بلد اشترط ان لا يخرج اليه، او وطئها مع اشتراط عدم وطئها أصلاً، كما هو المنصوص ولكنّ الانصاف أنّه كلام غير منضبط، فإنّه كما جاز تغيير اباحة بعض الانتفاعات كالوطى في النّكاح، والسّكنى في البيع الى التّحريم لأجل الشرط كذلك يجوز تغيير اباحة سائرهما الى الحرمة، فليس الحكم بعدم تغيير اباحة مطلق التّصرف في الملك والاستمتاع بالزّوجة، لأجل الشرط الآلا لاجتماع او لمجرد الاستبعاد. والثّاني غير معتدّ به والاوّل يوجب ما تقدّم من عدم الفائدة في بيان هذه الضّابطة، مع أنّ هذا العنوان اعني تحريم الحلال وتحليل الحرام، أمّا وقع مستثنى في أدلّة انعقاد اليمين. وورد أنّه لا يمين في تحليل الحرام وتحريم الحلال. وقد ورد بطلان الحلف على ترك شرب العصير المباح دائماً، معللاً بأنّه ليس لك ان تحرّم ما أحلّ الله. ومن المعلوم انّ اباحة العصير لم يثبت من الاحكام الوضعية، بل هي من الاحكام التّكليفية الابتدائية.

وأما مادّل على عدم نفوذ شرط التسري^(١) ونحوه - فنفس ذلك الدليل يكفي لعدم نفوذ الشرط في ذلك المورد بلا حاجة الى هذا الضابط، فهذا لا يترتب عليه فائدة في مورد أصلاً. وملخص القول في المقام: أنّه قيل في تفسير تحريم الحلال الذي تضمنه الخبر^(٢) امور

وبالجملة فالفرق بين التزوّج والتسرّي اللّذين ورد عدم جواز اشتراط تركهما معللاً بأنّه خلاف الكتاب الدّالّ على اباحتهما وبين ترك الوطيّ الّذي ورد جواز اشتراطه، وكذا بين ترك شرب العصير المباح الّذي ورد عدم جواز الحلف عليه معللاً بأنّه من تحريم الحلال وبين ترك بعض المباحات المتفق على جواز الحلف عليه في غاية الاشكال، وربما قيل في توجيه الرّواية، وتوضيح معناها انّ معنى قوله الاّ شرطاً حرّم حلالاً او احلّ حراماً، امّا ان يكون الاّ شرطاً حرّم وجوب الوفاء به الحلال واما ان يكون الاّ شرطاً حرّم ذلك الشرط الحلال والاول مخالف لظاهر العبارة مع مناقضته لما استشهد به الامام عليه السلام في رواية منصور بن يونس المتقدمة الدالة على وجوب الوفاء بالتزام عدم الطلاق والتزوّج، بل يلزم كون الكلّ لغواً اذ ينحصر مورد المسلمون عند شروطهم، باشتراط الواجبات واجتناب المحرّمات، فيبقى الثّاني، وهو ظاهر الكلام، فيكون معناه الاّ شرطاً حرّم ذلك الشرط الحلال بأن يكون المشروط هو حرمة الحلال، ثمّ قال فإن قيل: اذا شرط عدم فعله فلا يرضى بفعله، فيجعله حراماً عليه، قلنا لا نريد انّ معنى الحرمة طلب التّرك من المشترط بل جعله حراماً ذاتياً، اي مطلوب التّرك شرعاً ولا شك انّ شرط عدم فعل بل نهي شخص عن فعل لا يجعله حراماً شرعياً. ثمّ قال فإن قيل الشرط من حيث هو مع قطع النّظر عن ايجاب الشّارع الوفاء لا يوجب تحليلاً وتحريماً شرعاً فلا يحرم ولا يحلّل. قلنا ان اريدانه لا يوجب تحليلاً ولا تحريماً شرعياً بحكم الشرط فهو ليس

الاول : ما افاده المصنف رحمه الله وهو ان المراد بالتحليل: الترخيص، وبالتحريم: المنع، ولكن المراد بالحلال والحرام هو ما كان كذلك بحيث لا يتغير موضوعه بالشرط، وقد تقدّم توجيه التفصيل بين الأحكام وما يرد عليه، فراجع.

وما ذكره في المقام تكرار لما سبق فلا مورد لا طالة الكلام في ذلك ونقده وانما المهم ذكر ما افاده المحققان التراقي والقمي، وتوجيه ما افاده وما يرد عليها.

كذلك، بل حكم الشرط ذلك، وهو معنى تحريم الشرط وتحليله، [١] وعلى هذا فلا اجمال في الحديث، ولا تخصيص في ذلك كالنذر والعهد واليمين، فإن من نذر ان لا يأكل المال المشتبه ينعقد ولو نذر ان يكون المال المشتبه حراماً عليه شرعاً او يحرم ذلك على نفسه شرعاً لم ينعقد، انتهى.

اقول: لا افهم معنى محصلاً لاشتراط حرمة الشيء او حليته شرعاً، فإن هذا امر غير مقدور للمشترط ولا يدخل تحت الجعل، فهو داخل في غير المقدور، [٢] ولا معنى لاستثنائه عما يجب الوفاء به، لأن هذا لا يمكن عقلاً الوفاء به، اذ ليس فعلاً خصوصاً للمشترط وكذلك الكلام في النذر وشبهه.

والعجب منه عليه السلام حيث لا حظ ظهور الكلام في كون المحرم والمحلل نفس الشرط، ولم يلاحظ كون الاستثناء من الافعال التي يعقل الوفاء بالتزامها وحرمة الشيء شرعاً لا يعقل فيها الوفاء والتقص. وقد مثل جماعة للصّح المحلل للحرام بالصّح على شرب الخمر والمحرم للحلال بالصّح على ان لا يطأ جاريته ولا ينتفع بماله وكيف كان، فالظاهر بل المتعين أن المراد بالتحليل والتحريم المستندين إلى الشرط هو الترخيص والمنع، نعم المراد بالحلال والحرام ما كان كذلك بحيث لا يتغير موضوعه بالشرط لا ما كان حلالاً لو خلى، وطبعه، بحيث لا ينافي عروض عنوان التحريم له لأجل الشرط. وقد ذكرنا أن المعيار في ذلك وقوع التعارض بين دليل حلية ذلك الشيء أو حرمة، وبين وجوب الوفاء بالشرط وعدم وقوعه.

[١] الثاني: ما عن المحقق النراقي، وحاصله: أن فاعل حرّم وأحلّ في قوله عليه السلام: إلّا شرطاً حرّم حلالاً أو أحلّ حراماً: هو الشرط؛ وهذا لا يتحقق إلّا بكون الملتزم به حرمة الحلال أو حلية الحرام،

وأما اشتراط ترك الحلال فهو شرط ترك التصرف دون حرمة الحلال.

وأورد عليه المصنف رحمته الله بإيرادين:

[٢] أحدهما: أن الحكم الشرعي أمره بيد الشارع، وغير مقدور للمكلف، ولا

ففي الأول يكون الشرط على تقدير صحته مغيراً للحكم الشرعي.
وفي الثاني يكون مغيراً لموضوعه، فحاصل المراد بهذا الاستثناء في حديثي الصلح والشرط، أنهما لا يغيّران حكماً شرعياً، بحيث يرفع اليد عن ذلك الحكم لأجل الوفاء بالصلح والشرط، كالتذر وشبهه. وأمّا تغييرهما لموضوع الاحكام الشرعية ففي غاية الكثرة، بل هما موضوعان لذلك. وقد ذكرنا أنّ الاشكال في كثير من الموارد في تميّز احد القسمين من الاحكام عن الآخر، وممّا ذكرنا يظهر النّظر في تفسير آخر لهذا الاستثناء

يدخل تحت الجعل، ولا معنى لاستثنائه عمّا يجب الوفاء به؛ لعدم إمكان الوفاء به عقلاً.
وفيه: أولاً أنّ شرط النتيجة لا يعتبر فيه إلاّ كونها واقعة بسبب الشرط ولولا الاستثناء لكنا ملتزمين بأنّ شرط حرمة الحلال نافذ، وكنا نستفيد كونها ممّا يقع بالسبب من عموم دليل نفوذ الشرط الشامل له.

وثانياً: أنّ بطلان هذا الشرط من جهة أخرى غير هذه الجهة لا يكون مضراً.
وثالثاً: أنّ الشرط المحرّم للحلال لا ينحصر بشرط حرمة ما يكون حلالاً تكليفاً، بل يشمل ما لو اشترط حرمة ما هو حلال وضعاً كعدم كون الطلاق بيد الزوج ونحو ذلك من الاعتبارات، ومن المعلوم أنّ المشروط حينئذ هو ذلك الأمر في اعتبار نفسه، ولولا هذا الاستثناء وما دلّ على أنّ الشرط المخالف للكتاب لا يكون نافذاً لكنا ملتزمين بنفوذ.
ثانيهما: أنّ استثناء الشرط المحرّم إنّما يكون من الشرط الذي يجب الوفاء به، وليست الحرمة والحليّة من أفعال المكلف؛ كي يجب الوفاء بهما.

وفيه: أنّ الوفاء لا يختص بشرط الفعل؛ فإنه بمعنى الإنهاء وعدم النقص، وهذا يتصور في شرط النتيجة أيضاً، وسيأتي زيادة توضيح لذلك إن شاء الله تعالى.
فتحصّل: أنّ ما أفاده المحقق النراقي حقّ لا ريب فيه.

يقرب من هذا التفسير الذي تكلمنا عليه، ذكره المحقق القمي صاحب القوانين في رسالته التي ألفها في هذه المسألة، [١] فإنه بعد ما ذكر من امثلة الشرط الغير الجائز في نفسه مع قطع النظر عن اشتراطه والتزامه شرب الخمر والزنا ونحوهما من المحرمات.

ومن امثلة ما يكون التزامه والاستمرار عليه من المحرمات: فعل المرجوحات وترك المباحات وفعل المستحبات كأن يشترط تقليع الاظفار بالسّن ابدأً، وإن لا يلبس الخنز ابدأً ولا يترك الثوافل، فإن جعل المكروه او المستحب واجباً، وجعل المباح حراماً حراماً إلا برخصة شرعية حاصلة من الاسباب الشرعية، كالنذر وشبهه فما ينعقد فيه.

ويستفاد ذلك من كلام علي عليه السلام في رواية اسحاق بن عمار: من اشترط لامرأته شرطاً، فليف لها به فإن المسلمين عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً او احل حراماً، قال رحمه الله.

فإن قلت: ان الشرط كالنذر وشبهه من الاسباب الشرعية المغيرة للحكم، بل الغالب فيه هو ايجاب ما ليس بواجب، فإن بيع الرجل ماله او هبته لغيره مباح. واما لو اشترط في ضمن عقد آخر يصير واجباً، فما وجه تخصيص الشرط بغير ما ذكرته من الأمثلة. قلت الظاهر من تحليل الحرام وتحريم الحلال هو تأسيس القاعدة، وهو تعلق الحكم بالحلل او الحرمة ببعض الافعال على سبيل العموم، من دون النظر إلى خصوصية فرد. فتحريم الخمر معناه منع المكلف عن شرب جميع ما يصدق عليه هذا الكلي، وكذا حلية المبيع، فالتزوج والتسري امر كلي حلال، والزام تركه مستلزم لتحريمه وكذلك جميع احكام الشرع من التكليفية والوضعية وغيرها انما يتعلق بالجزئيات باعتبار تحقق الكلي فيها، فالمراد من تحليل الحرام وتحريم الحلال المنهي عنه هو ان يحدث المشترط قاعدة كلية ويبدع حكماً جديداً. وقد اجيز في الشرع البناء على الشروط الا شرطاً اوجب ابداع حكم كلي جديد مثل تحريم التزوج والتسري وإن كان بالنسبة الى نفسه فقط.

[١] الثالث: ما عن المحقق القمي رحمه الله وقد جعله المصنف رحمه الله قريباً مما أفاده المحقق

النراقي، مع أن بينها بوناً بعيداً.

وقد قال الله تعالى: ﴿فَأَنْكَحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ وكجعل الخيرة في الجماع والطلاق بيد المرأة.

وقد قال الله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾ وفيما لو اشترطت عليه ان لا تتزوج او لاتتسرى بفلانة خاصة اشكال، [١] فا ذكر في السؤال من وجوب البيع الخاص الذي يشترطانه في ضمن عقد ليس ممّا يوجب احداث حكم للبيع ولا تبديل حلال الشارع وحرامه، وكذا لو شرط نقص الجماع عن الواجب الى ان قال ﷺ.

وبالجملة اللزوم الحاصل من الشرط، لما يشترطانه من الشروط المجازة، ليس من باب تحليل حرام او تحريم حلال، او ايجاب جائز، على سبيل القاعدة. بل الذي يحصل من ملاحظة جميع موارد حكم كلي هو وجوب العمل على ما يشترطانه وهذا الحكم، ايضاً

محصل ما افاده المحقق القمي رحمه الله: أنّ معنى تحريم الحلال جعل المباح حراماً وهو إنّما يكون فيما لو اشترط ترك المباح رأساً بالمرة، وأما لو اشترط تركه في الجملة فهو ليس من تحريم الحلال.

وبعبارة اخرى: أنّ تحريم الحلال إنّما هو بتأسيس القاعدة واشتراط ترك ما حلّه الشارع وهو الكلي دون الجزئيات؛ فإنّ الأحكام الشرعية متعلّقة بالطبائع دون الجزئيات، فاشتراط ترك المباح رأساً تحريم للحلال، وأما اشتراط ترك بعض الأفراد الذي لا يكون الحليّة مجعولة له فليس من تحريم الحلال.

وفيه: أولاً: أنّ الحكم وإن كان مجموعاً على الكلي، إلّا أنّه من جهة كونه مرآة للأفراد وفعالية الحكم إنّما تكون بفعالية موضوعه وتحقّقه خارجاً، فالفرد الخارجى محكوم بالحليّة الفعلية، فلا محالة يكون تحريمه تحريماً للحلال.

وبعبارة أخرى: لا فرق بين الكلي والجزئي من هذه الجهة.

وثانياً: أنّ ما افاده مجري في تحليل الحرام ايضاً وهو لم يلتزم بذلك فيه.

[١] قوله وفيما لو اشترطت عليه ان لا تتزوج او لاتتسرى بفلانة خاصة اشكال

لا ينبغي الاشكال في صحته على مسلك المحقق القمي رحمه الله: فانه ليس تحريماً لما هو محكوم بالحليّة ومجعول له ذلك.

من جعل الشَّارِعَ. فقولنا العمل على مقتضى الشرط المجازز واجب، حكم كلي شرعي، وحصوله ليس من جانب شرطنا حتَّى يكون من باب تحليل الحرام وعكسه، بل أنَّما هو صادر من الشَّارِع، انتهى كلامه رفع مقامه وللنَّظر في مواضع من كلامه مجال، فافهم والله العالم

الشرط الخامس ان لا يكون منافياً لمقتضى العقد، [١] وإلَّا لم يصحَّ لوجهين: احدهما: وقوع التَّنافي في العقد المقيّد بهذا الشرط بين مقتضاه الَّذي لا يتخلف عنه

الشرط المنافي لمقتضى العقد

[١] الشرط الخامس: أن لا يكون منافياً لمقتضى العقد، وإلَّا لم يصح كما هو المشهور بين الأصحاب. قال في محكي الغنية: من الشروط الفاسدة بلا خلاف: أن يشترط ما يخالف مقتضى العقد.

وفي القواعد: من المخالف للمشروع اشتراط ما ينافي مقتضى العقد. وعن غير واحد دعوى الإجماع عليه. وملخص القول في المقام أنَّ شرط الفعل خارج عن الشرط المنافي لمقتضى العقد، وهو واضح.

وأما شرط النتيجة فتارة يشترط خلاف مضمون العقد أو ما يتقوم به، كأن يبيع بشرط أن لا يملك أو بلائمن، وأخرى يشترط خلاف ما هو من لوازم مقتضى العقد. أما الأول، فإن كان المنافي مقصوداً في عرض قصد العقد فحيث إنَّ قصد المتنافيين من العاقل الملتفت محال فلا يعقل القصد الى البيع والشرط معاً.

نعم إن لم يكن قاصداً جدّاً للشرط، بل كان هازلاً به بطل الشرط خاصة. وإن قصد الشرط بعد ما قصد العقد بأن قصد البيع حقيقة ثم بداله أن يعقبه بعدم الثمن مثلاً، فإن لم يرفع اليد عمّا قصده أولاً كان قصد الشرط محالاً فيختص هو بالبطلان

وبين الشرط الملزم لعدم تحققه، فيستحيل الوفاء بهذا العقد مع تقيده بهذا الشرط [١] فلا بدّ أن يحكم بتساقط كليهما. وأما أن يقدم جانب العقد، لأنّه المتبوع المقصود بالذات، والشرط تابع وعلى كلّ تقدير لا يصح الشرط.

الثاني: أنّ الشرط المنافي مخالف للكتاب والسنة [٢] الدالّين على عدم تخلف العقد عن مقتضاه، فاشتراط تخلفه عنه مخالف للكتاب. ولذا ذكر في التذكرة أنّ اشتراط عدم بيع المبيع مناف لمقتضى ملكيّته، فيخالف قوله ﷺ «النَّاسُ مُسْلَطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ» ودعوى أنّ العقد إنّما يقتضي ذلك مع عدم اشتراط عدمه فيه لا مطلقاً خروج عن محلّ الكلام.

وأما الثاني، فإن كان اللازم حكماً غير قابل للزوال والإنفكاك كاللزوم الحكمي الثابت في بعض العقود كان الشرط باطلاً؛ لكونه خلاف الكتاب والسنة.

وإن كان حقّاً قابلاً لذلك، فإن لم يكن ممّا يعتبر فيه لفظ خاص كشرط الخيار في البيع صح البيع والشرط، وإلّا - أي كان ممّا يعتبر فيه لفظ خاص - بطل الشرط وهو واضح، هذا هو حق القول في المقام.

وقد ذكر المصنف رحمه الله وجهين لا اعتبار هذا الشرط:

[١] أحدهما: أنه بعد وقوع التنافي بين ما يقتضيه العقد وما يقتضيه الشرط يستحيل الوفاء بالعقد المقيد بهذا الشرط، فإمّا أن يحكم بتساقطهما أو يقدم جانب العقد؛ لأنّ العقد مقصود بالذات، والشرط تابع، فكأنّه مرجّح لجانب العقد.

وفيه أولاً: أنّه لو تمّ لا ختصّ بالقسم الأول، كما أنّ الوجه الثاني في كلامه مختصّ بالقسم الثاني، فهما لا يتواردان على مورد واحد.

وثانياً: أنّه لا يتمّ من جهة ما عرفت من عدم معقولية القصد الجدّي بالنسبة إليهما، فلا تصل التوبة الى استحالة الوفاء.

هذا اذا قصد هما في عرض واحد، وإلّا وجب الوفاء بالعقد دون الشرط كما تقدم.

[٢] ثانيهما: أنّ الشرط المنافي مخالف للكتاب والسنة الدالّين على ذلك اللازم.

اذ الكلام فيما يقتضيه مطلق العقد وطبيعته السارية في كل فرد منه لا ما يقتضيه العقد المطلق بوصف اطلاقه وخلّوه عن الشرائط والقيود حتّى لا ينافي تخلفه عنه لقيد يقيده وشرط يشترط فيه هذا كله مع تحقّق الاجماع على بطلان هذا الشرط، فلا اشكال في اصل الحكم، وإنما الاشكال في تشخيص آثار العقد الّتي لا يتخلّف عن مطلق العقد في نظر العرف او الشرع، وتميّزها عمّا يقبل التخلّف لخصوصيّة تعتري العقد، وان اتّضح ذلك في بعض الموارد، لكون الأثر كالمقوّم العرفي للبيع او غرضاً أصلياً، كاشتراط عدم التصرف اصلاً في المبيع، [١] وعدم الاستمتاع اصلاً بالزوجة حتّى النّظر ونحو ذلك، إلّا أنّ الإشكال في كثير من المواضع خصوصاً بعد ملاحظة اتّفاقهم على الجواز في بعض المقامات، واتّفاقهم على عدمه فيما يشبهه، ويصعب الفرق بينهما وان تكلف له بعض مثلاً المعروف عدم جواز المنع عن البيع والهبة في ضمن عقد البيع، وجواز اشتراط عتقه بعد البيع بلا فصل، او وقفه حتّى

وفيه: مضافاً الى ما تقدم: أنّه يتم في بعض اللوازم دون جميعها، مع أنّ الكلام إنّما هو في اعتبار شرط غير ما تقدّم، فلا يصح الاستدلال له به.

وقد يقرب الدليل العقلي المتقدم بتقريب آخر، وهو ما عن المحقق النراقي رحمته الله، وهو: أنّ الشرط المنافي مستلزم لفساد العقد وعدم ترتّب مقتضاه، وهو يستلزم فساد الشرط؛ لكونه واقعاً في ضمن عقد غير صحيح.

وفيه: ما تقدم من عدم معقولية هذا الشرط والعقد فلا تصل النوبة الى البحث في الصحة والفساد.

ومما ذكرناه ظهر أنّه لا يبقّى الإشكال في تشخيص الصغريات بحسب الأدلة؛ إذ المقوّم حاله معلوم، واللازم قد تقدم حاله في الشرط السابق،

ولكن تبعاً للشايخ رحمته الله تعرّض للموارد التي توهم كونها من موارد الشبهة. [١] منها: اشتراط عدم التصرف في المبيع نظراً الى أنّ الأثر كالمقوّم العرفي للبيع أو غرضاً أصلياً.

ولكن التصرف في الجملة في المبيع من لوازم الملكية لا من مقوماتها، بل ربما

على البائع وولده، كما صرح به في التذكرة، وقد اعترف في التحرير بأن اشتراط العتق، مما ينافي مقتضى العقد، وإنما جار لبناء العتق على التغليب. وهذا لو تم لم يجز في الوقف خصوصاً على البائع وولده، فإنه شرط مناف كالعتق ليس مبنياً على التغليب، ولأجل ما ذكرنا وقع في موارد كثيرة الخلاف والاشكال في أن الشرط الفلاني مخالف لمقتضى العقد أم لا

منها اشتراط عدم البيع، [١] فإن المشهور عدم الجواز، لكن العلامة في التذكرة: استشكل في ذلك بل قوي بعض من تأخر عنه صحته.

ومنها ما ذكره في الدروس في بيع الحيوان من جواز الشركة فيه اذا قال الربح لنا ولا خسران عليك، لصحيحة رفاعه في الشركة في الجارية قال: ومنعه ابن ادريس لأنه مناف لقضية الشركة [٢] قلنا: لا نسلم أن تبعية المال لازمة لمطلق الشركة، بل للشركة المطلقة، والاقرب تعدى الحكم الى غير الجارية من المبيعات انتهى

يتخلف عنها كما في المحجور عليه، وكونه غرضاً أصلياً لا يوجب البطلان، وعليه فإن شرط عدم جواز التصرف بطل؛ لكونه مخالفاً للكتاب، وإن اشترط عدم التصرف خارجاً صح العقد والشرط.

[١] ومنها: اشتراط عدم البيع، والمشهور بين الأصحاب وإن كان عدم جواز هذا الشرط إلا أنه لعدم كونه إجماعياً؛ لوجود المخالف، وعدم كونه تعدياً لو كان إجماعياً لاستناد المجمعين الى ما سيمر عليك لا يكون ذلك مدركاً.

وقد استدلل للبطلان بكونه خلاف مقتضى العقد؛ فإنه يقتضي السلطنة على المبيع بالتصرف فيه بالبيع وشبهه، فاشتراط عدم البيع منافٍ لذلك.

وفيه: أن هذا يتم لو اشترط عدم السلطنة على البيع، ولعله مورد نظر المشهور، والوجه فيه حينئذ كونه مخالفاً للكتاب، وأما لو اشترط عدم البيع خارجاً فلا محذور فيه.

[٢] ومنها: ما ذكره في الدروس في بيع الحيوان من جواز الشركة فيه... ومنعه ابن ادريس لانه مناف لمقتضى الشركة

وتقريب كون هذا الشرط مخالفاً لمقتضى العقد: أن مقتضى الشركة كون العين لهما والثن تابع للعين بمعنى أن من له العين ينتقل تمام الثمن اليه بمقتضى المعاوضة والبيع المقتضى لدخول العوض في كيس من خرج المعوض عن ملكه، كما أن من له النصف ينتقل

ومنها ما اشتهر بينهم من جواز اشتراط الضمان في العارية، وعدم جوازه في الاجارة، [١] مستدلّين بأن مقتضى عقد الاجارة عدم ضمان المستأجر، فاورد عليهم المحقّق الاردبيلي، وتبعه جمال المحقّقين في حاشية الرّوضة: يمنع اقتضاء مطلق العقد لذلك أنّا المسلم اقتضاء العقد المطلق المجرد عن اشتراط الضمان نظير العارية.

نصف الثمن اليه، فاشتراط ان يكون له أقلّ من النصف الذي هو معنى كون الربح لها وعدم الخسران عليه - منافي لمقتضى العقد.

ولكن إن قلنا بأنّه لا يعتبر في البيع دخول العوض في كيس من خرج عن كيسه المعوض - لا اشكال في هذا الشرط من هذه الجهة فانه لا مانع من خروج العين عن كيس أحد الشريكين ودخول مقدار من الثمن في كيس صاحبه.

وإن بنينا على أنه يعتبر في البيع ذلك فيمكن تصحيح الشرط بوجهين: أحدهما: إرجاع هذا الشرط الى أن يتدارك أحدهما خسارة صاحبه من نفس العين أو من مال آخر بنحو شرط الفعل أو شرط النتيجة.

نعم بناءً على بطلان الشرط الفرعي يبطل هذا الشرط؛ للفر. ثانيهما: إرجاعه الى اشتراط أن لا يبيع حصة شريكه بأقلّ من ثمنه، فإذا فرضنا الخسران في معاملة بمقدار ربع الثمن، كما لو كان المال المشتري قيمته ثلاثون ديناراً فبيع بعشرين، فرجع الشرط المذكور الى بيع حصة أحدهما بخمسة عشر وحصة الآخر بخمسة، وهذا أيضاً لا محذور فيه من هذه الجهة، ولا يكون منافياً لمقتضى العقد.

[١] ومنها: ما اشتهر بينهم من عدم جواز اشتراط الضمان في الاجارة

والكلام في شرط الضمان يقع في جهتين:

الأولى في أنه هل يكون منافياً لمقتضى عقد الإجارة أم لا؟

الثانية: في كونه خلاف الكتاب والسنة وعدمه.

ومنها اشتراط عدم اخراج الزوجة من بلدها، [١] فقد جوزّه جماعة لعدم المانع وللنّص، ومنعه آخرون، منهم: فخر الدّين في الايضاح مستدلاً: بأنّ مقتضى العقد تسلّط الرّجل على المرأة في الاستمتاع والاسكان. وقد بالغ حتى جعل هذا قرينة على حمل النّص على استحباب الوفاء.

أما الجهة الاولى فالحقّ أنه لا يكون منافياً له؛ فإنّ عقد الإجارة تمليك للمنفعة بعوض وأجنبي عن العين، ويكون لا اقتضاء بالنسبة اليها.

وأما الجهة الثانية، فلخصّ القول فيها - وإن تقدم - أنّ العين المستأجرة في يد المستأجر أمانة لا يكون ضامناً لها إمّا لما دلّ على أنّ صاحب البضاعة مؤتمن والمستعير مؤتمن، ^(١) مع أنه ليس فيها إلاّ الاستيلاء على المال بإذن المالك الموجود في الإجارة، أو لانصراف حديث اليد ^(٢) عن ذلك، أو لغير ذلك.

وعليه فإنّ اشترط الضمان يكون مخالفاً لهذا الحكم الشرعي، نعم إن أراد بالشرط تمليك ما يعادل قيمة المال من غير أن يراد الضمان، أو ملكية ذلك بنحو شرط النتيجة لم يكن فيه محذور ويكون نافذاً.

وبما ذكرناه ظهر أنّ ما استدللّ به على البطلان من كونه خلاف مقتضى العقد،

وما أورد عليه بأنّ العقد يقتضي عدم الضمان لولا الشرط - في غير محلّها.

[١] ومنها اشتراط عدم إخراج الزوجة من بلدها

وقد استدللّ لكونه مخالفاً لمقتضى العقد: بأنّ عقد الزواج يقتضي سلطنة الزوج على الاستمتاع والاسكان، فاشتراط عدمه مخالف لذلك.

ولكن يرد عليه: أنّ عقد الزواج يقتضي الزوجية فقط، والسلطنة من أحكامها، فهو شرط غير منافي لمقتضى العقد، وأما من حيث منافاته للكتاب فقد تقدّم، فراجع.

ومنها مسألة توارث الزوجين بالعقد المنقطع من دون شرط او معه، [١] وعدم توارثهما مع الشرط او لا معه، فإنها مبنيّة على الخلاف في مقتضى العقد المنقطع، قال في الايضاح ما ملخصه بعد اسقاط ما لا يرتبط بالمقام: انهم اختلفوا في ان هذا العقد يقتضي التوارث ام لا؟

وعلى الأول: فقيل المقتضى هو العقد المطلق من حيث هو هو، فعلى هذا القول لو شرط سقوطه لبطل الشرط، لأنّ كلّ ما تقتضيه الماهية من حيث هي هي، فيستحيل عدمه مع وجودها، وقيل: المقتضى اطلاق العقد اي العقد المجرد عن شرط نقيضه، اعني الماهية بشرط لاشيء، فيثبت الارث ما لم يشترط سقوطه. وعلى الثاني: قيل: يثبت مع الاشتراط و يسقط مع عدمه، وقيل: لا يصحّ اشتراطه، انتهى.

ومرجع القولين الى انّ عدم الارث من مقتضى اطلاق العقد او ماهيته، واختار هو هذا القول الرابع، تبعاً لجده والدة رحمهما، واستدلّ عليه اخيراً بما دلّ على انّ من حدود المتعة ان لا ترثها ولا ترثك، قال: فجعل نفي الارث من مقتضى الماهية

[١] ومنها: مسألة توارث الزوجين بالعقد المنقطع من دون شرط أو معه.

الكلام فيها من حيث كون هذا الشرط مخالفاً للكتاب قد تقدم وأما من حيث كونه مخالفاً لمقتضى العقد.

فقد استدللّ له فخر المحققين بما دلّ على أنّ من حدود المتعة أن لا ترثها ولا ترثك، ^(١) قال: فجعل نفي الإرث من مقتضى الماهية.

وفيه: أنّ مقتضى عقد المتعة تحقق الزوجية المنقطعة لا غير وهو لا يقتضي التوارث ولا عدمه، ومعنى قوله: من حدود المتعة الى آخره، أي من أحكامها المترتبة عليه.

ومما ذكرناه يظهر: أنّه ليس مورد يشك في كون الشرط فيه منافياً لمقتضى العقد بالمعنى الأول، بل وبالمعنى الثاني،

وأنّه لو شك في ذلك يرجع الى أصالة عدم المخالفة فيحكم بالصحة.

ولا جل صعوبة دفع ما ذكرنا من الاشكال في تميز مقتضيات ماهية العقد من مقتضيات اطلاقه. التجأ المحقق الثاني مع كمال تبخره في الفقه، حتى ثنى به المحقق فارجع هذا التمييز عند عدم اتّضاح المنافاة وعدم الاجماع على الصحة او البطلان الى نظر الفقيه فقال: اولاً المراد بمنا في مقتضي العقد ما يقتضي عدم ترتب الاثر الذي جعل الشارع العقد من حيث هو هو، بحيث يقتضيه ورتب عليه على أنه اثره وفائدته التي لا جلها وضع، كانتقال العوضين الى المتعاقدين، واطلاق التصرف فيها في البيع، وثبوت التوثق في الرهن والمال في ذمة الضامن بالنسبة الى الضمان، وانتقال الحق الى مذمة المحال عليه في الحوالة ونحو ذلك، فإذا شرط عدمها أو عدم البعض اصلاً نافي مقتضى العقد.

ثم اعترض على ذلك بصحة اشتراط عدم الانتفاع زماناً معيناً، واجاب بكفاية جواز الانتفاع وقتاً ما في مقتضى العقد، ثم اعترض بأن العقد يقتضي الانتفاع مطلقاً، فالمنع عن البعض مناف له.

ثم قال ودفع ذلك لا تخلو عن عسر، وكذا القول في نحو خيار الحيوان مثلاً، فإن ثبوته مقتضى العقد، فيلزم ان يكون شرط سقوطه منافياً له. ثم قال ولا يمكن ان يقال: ان مقتضى العقد ما لم يجعل الاً لا جلّه، كانتقال العوضين، فإن ذلك ينافي منع اشتراط ان لا يبيع المبيع مثلاً، ثم قال والحاسم لمادة الاشكال: ان الشروط على اقسام:

منها ما انعقد الاجماع على حكمه من صحة او فساد.

ومنها ما وضع فيه المنافاة للمقتضى، كاشتراط عدم ضمان المقبوض بالبيع او وضع مقابله ولا كلام فيما وضع.

ومنها ما ليس واحداً من النوعين فهو بحسب نظر الفقيه، انتهى كلامه رفع مقامه.

اقول: وضوح المنافاة ان كان بالعرف، كاشتراط عدم الانتقال في العوضين، وعدم انتقال المال الى ذمة الضامن والمحال عليه، فلا يتأتى معه انشاء مفهوم العقد العرفي، وان كان بغير العرف فمرجه الى الشرع من نص او اجماع على صحة الاشتراط او عدمه، ومع عدمهما وجب الرجوع الى دليل اقتضاء العقد لذلك الاثر المشترط عدمه، فإن دل عليه على وجه يعارض باطلاقه او عمومه دليل وجوب الوفاء به. بحيث لو اوجبنا الوفاء به وجب طرح عموم ذلك الدليل وتخصيصه حكم بفساد الشرط، لمخالفته حينئذٍ للكتاب والسنة.

وان دلّ على ثبوته للعقد لو خلى وطبعه، بحيث لا ينافي تغيير حكمه بالشرط، حكم بصحة الشرط. وقد فهم من قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾ أنّ السلطنة على الزوجة من آثار الزوجية التي لا تتغير فجعل اشتراط كون الجماع بيد الزوجة في الرواية السابقة منافياً لهذا الاثر ولم يجعل اشتراط عدم الاخراج من البلد منافياً. وقد فهم الفقهاء من قوله البيعان بالخيار حتى يفترقا، فإن افترقا وجب البيع. عدم التنافي، فاجمعوا على صحة اشتراط سقوط الخيار الذي هو من الآثار الشرعية للعقد، وكذا على صحة اشتراط الخيار بعد الافتراق ولو شك في مؤدى الدليل وجب الرجوع الى اصاله ثبوت ذلك الاثر على الوجه الثاني، فيبقى عموم ادلة الشرط سليماً عن النخص، وقد ذكرنا هذا في بيان معنى مخالفة الكتاب والسنة.

الشرط السادس: ان لا يكون الشرط مجهولاً [١] جهالة يوجب الغرر في البيع، لأن الشرط في الحقيقة كالجزم من العوضين، كما سيجيء بيانه، قال في التذكرة: وكما أنّ الجهالة في العوضين مبطلّة، فكذا في صفاتها، ولو اُحق المبيع. فلو شرطاً مجهولاً بطل البيع، انتهى.

الشرط المجهول

[١] ومن الشروط وهو الشرط السادس في المتن وذكره جماعة:

أن لا يكون الشرط مجهولاً جهالة توجب الغرر في البيع

قال في محكي التذكرة: كما أنّ الجهالة في العوضين مبطلّة فكذا في صفاتها ولو اُحق المبيع، فلو شرطاً شرطاً مجهولاً بطل البيع. انتهى.

ولكن الشهيد في محكي الدروس قال: لو جعل الحمل جزءاً من المبيع فالأقوى الصحة؛ لأنه بمنزلة الاشتراط ولا يضر الجهالة لأنه تابع. انتهى.

وتحقيق القول في المقام بالبحث في جهات:

الأولى: أنّ جهالة الشرط هل هي كجهالة أحد العوضين الموجبة لبطلان البيع؛ لصيرورته غررياً توجب بطلان الشرط من حيث هو أم لا؟

الثانية: أنّ جهالة الشرط المستلزمة لغررية الشرط هل توجب غررية البيع أم لا؟

وقد سبق ما يدلّ على اعتبار تعيين الاجل المشروط في الثمن، بل لو فرضنا عدم سراية الغرر في البيع، كفى لزومه في أصل الشرط بناء على أنّ المنقّى، مطلق الغرر، [١] حتّى في غير البيع. ولذا يستندون إليه في أبواب المعاملات حتّى الوكالة، فبطلان الشرط المجهول ليس لابطاله البيع المشروط به، ولذا قد يجزم ببطلان هذا الشرط مع الاستشكال في بطلان البيع، فإنّ العلامة في التذكرة، ذكر في اشتراط عمل مجهول في عقد البيع. أنّ في بطلان البيع وجهين مع الجزم ببطلان الشرط، لكنّ الانصاف أنّ جهالة الشرط يستلزم في العقد دائماً مقداراً من الغرر الذي يلزم من جهالته جهالة احد العوضين، ومن ذلك يظهر وجه النظر فيما ذكره العلامة في مواضع من التذكرة، من الفرق في حمل الحيوان، ويبيض الدجاجة

الثالثة: أنه إذا فسد البيع لغررية الشرط هل يبطل الشرط أيضاً أم لا؟

الرابعة: أنه هل هناك فرق بين شرط ما هو تابع وغيره أم لا؟

أما الجهة الأولى فقد استدلّ لمبطلتها بوجوه.

[١] الأول: المرسل: نهى النبي ﷺ عن الغرر. (١)

وأورد عليه تارة بضعف السند،

وأخرى بأنّ النهي إذا تعلّق بالمعاملة نفسها يكون إرشاداً الى الفساد، وأما إذا تعلّق

بعنوان آخر شامل لها يكون ظاهراً في الحرمة النفسية، وحرمة المعاملة لا تستلزم فسادها كما تقدم،

والمقام من قبيل الثاني: فإنّ الغرر بمعنى الخدعة، فالنهي عنه لا يدلّ على أزيد من الحرمة.

ولكن يمكن دفع الأول: باستناد الأصحاب اليه في أبواب المعاملات حتّى الجعالة:

فإنّهم أفتوا بمضريّة الجهل المستلزم للغرر، ولا مدرك لهم سوى المرسل، واحتمال التعدي عن البيع - بعيد.

ودفع الثاني: بما تقدم في الجزء الرابع من هذا الشرح من أنّ الغرر ليس بمعنى

الخدعة، بل هو معنى الخطر فيكون المنهي عنه المعاملة المستلزمة للخطر، فيكون ظاهراً في الإرشاد الى الفساد.

ومال العبد المجهول المقدار بين تملكها على وجه الشرطية في ضمن بيع هذه الامور، بأن يقول بعتكها على أنها حامل، او على أنّ لك حملها، وبين تملكها على وجه الجزئية، بأن يقول بعتكها وحملها، فصحح الاول لأنه تابع، وبطل الثاني لأنه جزء، لكن قال في الدروس: لو جعل الحمل جزءاً من المبيع فالاقوى الصحة، لأنه بمنزلة الاشتراط ولا يضّر الجهالة لأنه تابع. وقال في باب بيع المملوك ولو اشتراه وماله صح، ولم يشترط علمه، ولا التفصي من الرّبا ان قلنا أنّه يملك ولو أحلناه اشترطاً، انتهى.

والصحيح أن يورد عليه بأنّ دعوى انصراف الحديث الى المعاملة المستقلة قريبة، بل لا يصدق الخطر والغرر على مثل الشرط الذي لم يجعل بإزائه شيء، ولا يكون مقابلاً بالمال:

الثاني: التعدي من البيع الى كلّ ما هو غرري.

وفيه: أنّ التعدي يتوقف على إحراز عدم دخل الخصوصية ولم يحرز، مع أنه على فرض التعدي يتعدى الى كلّ ما هو مبني على المغابنة كالإجارة، ولا يتعدى الى الشرط، والإجماع عليه من جهة احتمال كون المدرك النبوي لا يصلح دليلاً للتعدي.

الثالث: أنّ جهالة الشرط تستلزم غررية البيع وبطلانه، فإذا بطل البيع بطل الشرط؛ إذ لا شرط موضوعاً أو حكماً إلاّ في ضمن عقد صحيح، وسيأتي الكلام في ذلك، فالأظهر عدم المبطلية.

وأما الجهة الثانية فقد استدللّ لمبطلية جهالة الشرط للبيع في المتن:

بأنّ الشرط في الحقيقة كاجزاء من العوضين. ذكر ذلك في صدر المسألة

وفيه: إنّ أوصاف المبيع لا بدّ وأن تكون معلومة كما تقدم في خيار الرؤية مفصلاً،

فشرط وصف في المبيع مع الجهل به موجب للبطلان.

وأما شرط الفعل أو النتيجة سواء أكان الشرط متعلقاً بالفرض المعاملي - أم لم يكن

كذلك، بل كان نسبة عقد البيع اليه نسبة الظرف الى المظروف فقط بأن كان إيقاعه في ضمن

العقد؛ لخروجه عن الابتدائية الى الضمنية، فجهالته لا توجب غررية البيع

والمسألة محلّ اشكال، وكلما تمّ لا يكاد يعرف التيامها، حيث صرّ حوابعاً للشرط قسماً من احد العوضين، وأنّ التراضي على المعاوضة وقع منوطاً به، ولازمه كون الجهالة فيه قاذحة، والاقوى اعتبار العلم، لعموم نفي الغرر إلا اذا عدّ الشرط في العرف تابعاً غير مقصود بالبيع، [١] كبيض الدجاج. وقد مرّ بما ينفع هذا المقام في شروط العوضين وسيأتي بعض الكلام في بيع الحيوان ان شاء الله.

فإنّ الشرط التزام وغير مربوط بالبيع وبما يتقوم به، ولا يوجب خطراً فيه بما هو بيع، وكونه كذلك بالاضافة الى الغرض العقدي - لا يوجب كون البيع الإنشائي كذلك. وأما الجهة الثالثة فقد تقدم تنقيح القول فيها وعرفت أنه لا شرط موضوعاً إلا في ضمن العقد.

وأما الجهة الرابعة فلا كلام في أنّ الشرط مطلقاً تابع للعقد في مقام الإثبات والإنشاء، ولكن ربما يكون المشروط مستقلاً في عالم الثبوت، وربما يكون تابعاً في ذلك المقام بالتبعية الذاتية العرفية كتبعية بيض الدجاجة لها والمفتاح للدار ونحو ذلك، والذي وقع محل الكلام إنّما هو القسم الأول،

وأما الثاني فلا اشكال في أنّ الجهل به لا يضّر؛ لأنّ التابع يملك بتبع المتبوع وإن لم يلتفت اليه فضلاً عمّا التفّت اليه وذكر مع عدم الإحاطة به.

[١] قوله الا اذا عد الشرط في العرف تابعا غير مقصود بالبيع

اورد عليه السيد عنه بان هذا مناف لما ذكره من انه يستلزم دائماً مقداراً من الغرر مع ان الشرط في الغالب يعد تابعا غير مقصود بل هو كذا دائماً

ولكن قد ظهر مما ذكرناه في الجهة الرابعة دفع هذا اليراد فان التبعية التي ارادها في هذه العبارة هي التبعية بالمعنى الثاني وما ذكره عليه السلام من ان الشرط تابع دائماً انما هو التبعية بالمعنى الاول فلا حظ وتدبر.

اشترط أن لا يكون الشرط مستلزماً للمحال ٢٧٩

الشرط السابع ان لا يكون مستلزماً لمحال، [١] كما لو شرط في البيع ان يبيعه على البائع، فإن العلامة قد ذكر هنا أنه مستلزم للدور. [٢] قال في التذكرة: لو باعه شيئاً بشرط ان يبيعه اياه لم يصح سواء اتحد الثمن قدراً وجنساً ووصفاً او لا والا جاء الدور لأن يبيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقفة على بيعه فيدور اما لو شرط ان يبيعه على غيره، فإنه يصح عندنا حيث لا منافاة فيه للكتاب والسنة، لا يقال ما التزمه من الدور آت هنا لأننا نقول الفرق ظاهر،

يعتبر أن لا يكون الشرط مستلزماً للمحال

[١] من الشروط : وهو السابع في المتن ان لا يكون مستلزماً لمحال كما لو شرط في البيع أن يبيعه على البائع.

البحث في هذه المسألة يقع في جهتين:

الأولى: في أصل الحكم بلحاظ النص والفتوى.

الثانية: في تطبيق الفساد على القواعد.

أما الجهة الأولى فسياق الكلام فيها في حكم الشرط الفاسد، وفي النقد والنسيئة.

وأما الجهة الثانية فقد استدلل للبطلان المنسوب الى المشهور بوجهين:

[٢] الأول: ما عن العلامة رحمته الله من لزوم الدور، وتقريبه من وجهين:

أحدهما: ان يبيعه له يتوقف على ملكيته، وملكيته تتوقف على حصول الشرط وهو يبيعه له فيلزم الدور،

ولا ينتقض باشرط يبيعه من غيره؛ فإنه في نفسه معقول، ولا يكون الشرط متوقفاً على الملك؛ لجواز أن يكون جارياً على حد التوكيل. والفضولي.

وفيه: أن هذا الوجه يتم على أحد المسلكين وهما كون الشرط من قبيل الشرط المصطلح عند أهله وهو ما يلزم من عدمه العدم، وبعبارة أخرى: ما هو من أجزاء العلة، وتوقف الملك على انقضاء زمان الخيار من غير فرق بين المتصل منه والمنفصل، إذ على الاول يكون حصول البيع الأول متوقفاً على البيع الثاني، وتوقف الثاني على الأول واضح

لجواز ان يكون جارياً على حدّ التوكيل او عقد الفضولي، بخلاف ما لو شرط البيع على البائع، انتهى.

وسياًقي تقرير الدّور مع جوابه في باب النّقد والنّسيئة. وقد صرّح في الدّورس بأنّ هذا الشرط باطل لا للدّور، بل لعدم القصد الى البيع [١] ويردّ عليه وعلى الدّور النّقص بما اذا اشترط البائع على المشتري ان يقف المبيع عليه وعلى عقبه، فقد صرّح في التّذكرة بجوازه، وصرّح بجواز اشتراط رهن البيع على الثّمن مع جريان الدّور فيه.

وعلى الثاني ما لم يتحقق الشرط ولم يصير البيع لازماً لا يحصل الملك، وما لم يحصل الملك لا يصح البيع الثاني؛ فإنّه من قبيل البيع للمالك، والمبنيان فاسدان.

أما الأول: فلأنّ الشرط في المقام غير الشرط المصطلح، بل هو التزام في ضمن التزام، ولا يكون البيع معلّقاً على الشرط، بل لزومه متوقف عليه.

وأما الثاني؛ فلأنّ الملك يحصل بتمامية البيع، ولزومه يتوقف على انقضاء زمان الخيار، وعلى هذا فالبيع الأول والملكية الحاصلة منه لا يتوقفان على البيع الثاني فلا دور ثانيهما: أنّ الشرط لا بدّ وأن يكون مقدوراً ومملوكاً للشارط، وهذا منتفٍ في المقام؛ فإنّه حين الاشتراط يكون المبيع ملكاً للبائع، ولم ينتقل بعد الى المشتري، فاشتراط بيعه على نفسه مرجعه الى اشتراط بيع المال على مالكة وهو غير معقول.

وفيه: أنّ الشرط يبيعه منه بعد ما انتقل عنه وصار ملكاً للمشتري، وهذا في ظرفه معقول ومقدور له، ولا يعتبر أن يكون الشرط حين الاشتراط معقولاً ومقدوراً.

[١] الثاني: ما عن الشهيد عليه السلام من عدم القصد لأنّ مثل هذا الشخص لا يريد قطع علاقة الملك عن نفسه والعقد متقوم بالقصد.

وفيه: أنّه إن أريد بذلك أنّه لا غرض عقلائي له في هذا البيع؛

فيرد عليه أولاً: أنّه لا يعتبر في صحة العقد وجود الغرض العقلائي.

وثانياً: أنّه ربما يكون موجوداً من التخلص عن حنث النذر وغيره.

وإن أريد به أنّه لا قصد جدّي به؛ فيرد عليه: أنّ شرط عود الملك مؤكّد لشرط

الشرط الثامن ان يلتزم به في متن العقد، فلو تواطئنا عليه قبله لم يكف ذلك في التزام المشروط به على المشهور، بل لم يعلم فيه خلاف عدا ما يتوهم من ظاهر الخلاف والمختلف وسيأتي لأنّ المشروط عليه ان انشاء الزام الشرط على نفسه قبل العقد كان الزاماً ابتدائياً لا يجب الوفاء به قطعاً، وان كان اثره مستمراً في نفس الملزم الى حين العقد بل الى حين حصول الوفاء وبعده نظير بقاء اثر الطلب المنشئ في زمان الى حين حصول المطلوب، وان وعد بايقاع العقد مقروناً بالتزامه، فإذا ترك ذكره في العقد، فلم يحصل ملزم له. نعم يمكن ان

خروجه؛ إذ لو لا خروجه عنه لم يكن معنى لعوده اليه،
فالانصاف أنه لا محذور في هذا البيع من حيث القاعدة.
نعم ورد النص على البطلان في بعض فروض المسألة، وسيأتي الكلام فيه.

يعتبر ذكر الشرط في متن العقد

[١] قوله الشرط الثامن ان يلتزم به في متن العقد
ولا يخفى أنّ محلّ الكلام غير الشروط الارتكازية العقلانية ككون المبيع صحيحاً،
ونحو ذلك التي تكون بسبب تعاهدها عند العقلاء مدلولة للعقود التزاماً ولو لم تذكر في متن
العقد،

كما أنّ محلّ الكلام ليس هو الشرط الذي غفل عنه حين العقد؛ فإنّه لا شبهة في عدم
لزوم الوفاء به،

بل محلّ الكلام الشرط الذي تواطئ المتعاقدان عليه قبل العقد أو أنشأه وكانا
متوجهين اليه حين العقد وهو على قسمين:

الأول: ما لا يكون من قصدهما بناء العقد عليه ولا يوقعانه مبنياً عليه، لا كلام في
عدم لزوم الوفاء به؛ فإنّ الشرط من الأمور الانشائية، ولا يتحقق بدون الإنشاء والا
عتبار النفساني.

الثاني: ما يقع العقد مبنياً عليه، وهذا هو مورد البحث، وفيه أقوال:

نعم يمكن ان يقال: انّ العقد اذا وقع مع تواطؤهما على الشرط. كان قيّداً معنوياً له، فالوفاء بالعقد الخاص لا يكون الا مع العمل بذلك الشرط، ويكون العقد بدونه تجارة لا عن تراض، اذ التراضي وقع مقيّداً بالشرط، فانهم قد صرّحوا بأنّ الشرط كالجزء من أحد العوضين، فلا فرق بين ان يقول بعتك العبد بعشرة، وشرطت لك ماله بين تواطؤهما على كون مال العبد للمشتري، فقال بعتك العبد بعشرة قاصدين العشرة المقرونة بكون مال العبد للمشتري، هذا مع انّ الخارج من عموم: المؤمنون عند شروطهم، هو ما لم يقع العقد مبنياً عليه، فيعمّ محلّ الكلام وعلى هذا، فلو تواطئا على شرط فاسد فسد العقد المبني عليه وان لم يذكر فيه نعم لو نسيا الشرط المتواطأ عليه، فافقعا العقد غير بانين على الشرط، بحيث يقصدان من العوض المقرون بالشرط اتجه صحة العقد، وعدم لزوم الشرط هذا، ولكن الظاهر من كلمات الاكثر عدم لزوم الشرط الغير المذكور في متن العقد، وعدم اجراء احكام الشرط عليه، وان وقع العقد مبنياً عليه، بل في الرّياض عن بعض الأجلّة حكاية الاجماع على عدم لزوم الوفاء بما يشترط، لا في عقد [١] بعد ما ادعى هو أنّ الاجماع على أنّه لا حكم للمشروط اذا كانت قبل عقد النكاح وتتبع كلماتهم في باب البيع والنكاح يكشف عن صدق ذلك المحكى

أحدها: صحة العقد والشرط.

ثانيها: صحة العقد وبطلان الشرط.

ثالثها: بطلان الشرط والعقد.

وقد استدلل للثاني بوجوه:

[١] الأول: الإجماع.

وفيه أولاً: أنّه غير متحقق؛ لأنّ ما ذكره المصنف عليه السلام من كلمات القوم لا يدل على ذلك، إذ ما ذكروه من عدم لزوم الوفاء بالشرط لا في عقد ممّا لا كلام فيه وهو غير المفروض وهو الشرط المبني عليه العقد،

وما ذكروه في باب الربا والمراجعة إنّما يكون مع مجرد المقابلة والاطمينان بالعمل على طبقها لامع تقيد العقد به،

وما ذكروه في عقد النكاح إنّما هو محمول على سبق المقابلة خاصة او على كونه من قصد الزوج فقط

فقرأهم يجوزون في باب الرِّبَا والصَّرْف الاحتيال في تحليل معاوضة احد المتجانسين بازيد منه بيع الجنس بمساويه، ثم هبة الزائد من دون ان يشترط ذلك في العقد، فإنَّ الحيلة لا تتحقَّق إلا بالتواطى على هبة الزائد بعد البيع والتزام الواهب بها قبل العقد مستمراً الى ما بعده. وقد صرَّح المحقِّق والعلامة في باب المراجعة بجواز ان يبيع الشيء من غيره بثمان زائد، مع قصدهما نقله بعد ذلك الى البائع ليجيز بذلك الثمن عند بيعه مراجعة اذا لم يشترطاً ذلك لفظاً. ومعلوم انَّ المعاملة لاجل هذا الغرض لا يكون إلا مع التواطى والالتزام بالنقل ثانياً، نعم خصَّ في المسالك ذلك بما اذا وثق البائع بان المشتري ينقله اليه

وثانياً: أنه ليس إجماعاً تعدياً كاشفاً عن رأي المعصوم عليه السلام.

الثاني: الأخبار الواردة في باب النكاح المتضمنة لعدم العبرة بالشرط السابق على عقد النكاح، وأنه يهدم ما كان قبله من الشروط.

وفيه أن تلك النصوص تدلّ على عدم العبرة بالشرط السابق، وهذا ممّا لا كلام فيه، إنّما الكلام في ما أوقعا العقد مبنياً على ذلك الشرط السابق الذي هو حقيقة الشرط؛ لأنّه من مقولة المعنى واللفظ مبرز له، وهذه النصوص لا تدلّ على عدم الاعتبار بذلك. وبالجمله أن مفاد هذه النصوص اعتبار وقوع النكاح مبنياً على ما تواطئا عليه، وهذا ممّا لا شك فيه، وليس فيها ما يشهد بكون العبرة باللفظ المذكور في ضمن العقد.

الثالث: أن الشرط من الإنشائيات، فتحقّقه يتوقف على الإنشاء والإيجاد، ولا يكون موضوع الحكم بدون الإنشاء،

وفيه: أن هذا بديهي، ولكن انشاءه إنّما هو بالاعتبار النفساني واللفظ مبرز لذلك، والكلام إنّما هو في اعتبار المبرز.

الرابع: ما أفاده المحقّق النائيني رحمه الله وحاصله: أن الإنشائيات ومنها: الشرط لا بدّ وأن تبرز بمبرز وإلا لا يعتني بها عند العقلاء ولا يرتّبون الأثر عليها.

نعم لا يعتبر مبرز خاص، ولذا يعتني بما هو من قبيل الشروط الضمنية حيث

من دون التزام ذلك وإيقاع العقد على هذا الالتزام لكنّه تقييد لاطلاق كلماتهم خصوصاً مع قولهم اذا لم يشترطاً لفظاً.

وبالجملة، فظاهر عبارتي الشرائع والتذكّرة أنّ الاشتراط والالتزام من قصد هما ولم يذكرهما أي الاشتراط والالتزام لفظاً لأنّ الثقل من قصد هما فراجع، وأيضاً فقد حكى عن المشهور أنّ عقد النكاح المقصود فيه الأجل والمهر الميعّن إذا خلى عن ذكر الأجل ينقلب دائماً. نعم ربّما ينسب الى الخلاف والمختلف: صحّة اشتراط عدم الخيار قبل عقد البيع، لكن قد تقدّم في خيار المجلس النّظر في هذه النسبة الى الخلاف، بل المختلف فراجع، ثمّ ان هنا وجهاً آخر لا يخلو عن وجه، وهو بطلان العقد الواقع على هذا الشرط. لأنّ الشرط من أركان العقد المشروط، بل عرفت أنّه كالجزء من أحد العوضين، [١] فيجب ذكره في الإيجاب والقبول كاجزاء العوضين. وقد صرح الشهيد في غاية المراد بوجود ذكر الثمن في العقد وعدم الاستغناء عنه بذكره سابقاً، كما اذا قال بعني بدرهم فقال: بعتك. فقال المشتري قبلت

إن تعاهدها عند العرف يوجب صيرورتها من المدلولات العرفية لللفظ وإن لم يقصدها المتعاقدان، والشرط الذي تبانيا عليه لا يكون مدلولاً لللفظ أبداً، إذ تباني المتكلم والمخاطب على معنى لا يوجب صيرورة اللفظ دالاً عليه بنحو من الدلالة، فلا يعتنى به وفيه: أنّ ما أفاده من اعتبار الإبراز في الإنشائيات ممّا لا اشكال فيه في الجملة، إلّا أنّ المتيقّن من ذلك ما هو مستقل في الاعتبار كالبيع وشبهه، وأمّا ما يكون تابعاً ومن ضامم إنشائي آخر فلا دليل على اعتبار الإبراز بالاضافة اليه، فالأظهر هو القول الثاني.

ولكن الانصاف أنّ دعوى كون موضوع الأحكام التكليفية والوضعية في باب الانشائيات والمعاملات هو ما أبرز بقول أو فعل قريبة، والاحتياط سبيل النجاة.

[١] وأما الثالث: فقد استدلل له المصنف رحمته الله بأنّه اذا كان مقصود هما إنشاء البيع المشروط يكون الشرط من أركان العقد المشروط، بل قد مرّ أنّه كالجزء من أحد العوضين فيجب ذكره في الإيجاب والقبول، وإلّا فسد العقد بفساد ركنه.

وفيه: أنّه لو تمّ ذلك لزم منه عدم تحقق البيع المشروط لا بما أنّه عقد البيع.

وسياقي في حكم الشرط الفاسد كلام من المسالك ان شاء الله تعالى.
وقد يتوهم هنا شرط تاسع، وهو تنجيز الشرط [١] بناء على أنّ تعليقه يسري الى العقد بعد ملاحظة رجوع الشرط الى جزء من احد العوضين، فإنّ مرجع قوله بعتك هذا بدرهم، على ان تخط لي ان جاء زيد على وقوع المعاوضة بين المبيع وبين الدرهم المقرون بخياطة الثوب على تقدير مجيء زيد، بل يؤدّي الى البيع بثمانين على تقديرين فباعه بالدرهم المجرد على تقدير عدم مجيء زيد، وبالدرهم المقرون مع خياطة الثوب على تقدير مجيئه، ويندفع بأنّ الشرط هو الخياطة على تقدير المجيء، لا الخياطة المطلقة ليرجع التعليق الى اصل المعاوضة الخاصة، ومجرد رجوعها في المعنى الى امر واحد لا يوجب البطلان. ولذا اعترف بعضهم بأنّ مرجع قوله: انت وكيل اذا جاء رأس الشهر في ان تبيع.

ودعوى: أن المقصود هو المشروط فوقوع غيره وقوعه لما لم يقصد مندفعة بان الشرط ليس من قيود البيع، بل يكون إنشاء البيع مطلقاً، ولزوم الوفاء به معلقا على الشرط.

يعتبر التنجيز في الشرط

[١] قال المصنف: قد يتوهم هنا شرط تاسع وهو تنجيز الشرط

والكلام فيه يقع في جهتين:

الاولى: في أن التعليق في الشرط هل يوجب بطلانه أم لا؟

الثانية: في أنه هل يوجب بطلان البيع أم لا؟

أما لجهة الأولى، فإن كان مدرك اعتبار التنجيز في العقود استحالة التعليق في الإنشاء أو انصراف أدلة الإمضاء عن المعلق، أو اعتبار الجزم في الإنشاء بطل الشرط المعلق؛ لجريان هذه الوجوه بعينها فيه.

وإن كان المدرك هو الإجماع كما ذكرناه في الجزء الرابع من هذا الشرح لم يبطل؛ إذ القدر المتيقن منه العقود، بل البيع.

وأنت وكيل في ان تبيع اذا جاء رأس الشهر الى واحد مع الاتفاق على صحة الثاني، وبطلان الاول.

نعم ذكر في التذكرة: أنه لو شرط البائع كونه احق بالمبيع لو باعه المشتري، ففيه اشكال، لكن لم يعلم ان وجهه تعليق الشرط، بل ظاهر عبارة التذكرة، وكثير منهم في بيع الخيار بشرط رد الثمن كون الشرط وهو الخيار معلقاً على رد الثمن، وقد ذكرنا ذلك سابقاً في بيع الخيار بشرط رد الثمن كون الشرط وهو الخيار معلقاً على رد الثمن وقد ذكرنا ذلك سابقاً في بيع الخيار

وأما الجهة الثانية، فقد استدلل لبطلان البيع بوجهين:
 الأول: أن التعليق في الشرط موجب للتعلق في البيع، فإن شرط الشرط شرط، فما علق عليه الشرط في الحقيقة يكون معلقاً عليه نفس البيع، المشروط.
 وفيه أولاً: أن التعليق إنما يكون في متعلق الشرط والملتزم به لافي الشرط والالتزام، مثلاً: الشرط في قول: بعتك هذا بدرهم على أن تحيط ثوبي أن جاء زيد؛ هو الحياطة على تقدير المجيء لا الحياطة المطلقة.
 وثانياً: أن الشرط ليس جزءاً من أحد العوضين، بل هو التزام في ضمن التزام، فالتعليق فيه لا يسري الى البيع.
 الثاني: أن مرجع التعليق في الشرط الى البيع بثمنين وهو الدرهم على تقدير، ومع الضميمة على تقدير آخر.
 والجواب عن ذلك بإرجاع التعليق الى متعلق الشرط لا يكفي؛ فإن المحذور هو اختلاف الثمن على التقديرين،
 بل الحق في الجواب هو المنع عن كون الشرط جزءاً للثمن، وقد تقدّم تنقيح القول في ذلك.

وعن المحقق النائيني الاستدلال لصحة الشرط المعلق: مضافاً الى أنها مقتضى العومات: بما ورد في امرأة مكاتبة أعانها ولد زوجها على أداء مال كتابتها مشروطاً عليها عدم الخيار على زوجها بعد الانعتاق من نفوذ الشرط وصحته مستشهداً بعموم: المسلمون عند شروطهم؛ ولا بأس به،
 فتحصل ان الأظهر صحة العقد والشرط.

مسألة: في حكم الشرط الصحيح [١] وتفصيله: إن الشرط إما أن يتعلق بصفة من صفات المبيع الشخصي، ككون العبد كاتباً، والجارية حاملاً، ونحوهما. وإما أن يتعلق بفعل من أفعال أحد المتعاقدين أو غيرهما، كاشتراط إعتاق العبد، وخياطة الثوب، وإما أن يتعلق بما هو من قبيل الغاية للفعل، [٢] كاشتراط تملك عين خاصة وانعتاق مملوك خاص ونحوهما، ولا اشكال في أنه لا حكم للقسم الأول إلا الخيار، مع تبين فقد الوصف المشروط

حكم الشرط الصحيح

[١] مسألة في حكم الشرط الصحيح.
وتفصيله: أن الشرط إما أن يتعلق بصفة من صفات المبيع الشخصي، وإما أن يتعلق بفعل من أفعال أحد المتعاقدين أو غيرهما، وإما أن يتعلق بما هو من قبيل الغاية والنتيجة.

[٢] وظاهر المصنف والمحقق النائي رحمهما الله أنه في موارد شرط النتيجة يكون المشروط هو اعتبار الشارع، وعليه قسم الشرط الى أقسام ثلاثة: شرط الوصف، شرط الغاية والنتيجة شرط الفعل.

ولكن الظاهر أن متعلق الشرط فيها هو الاعتبار النفساني للمتعاقدين الذي هو تحت اختيارهما دون الاعتبار الشرعي الخارج عن تحت قدرتهما، وعليه في تلك الموارد أيضاً يكون من قبيل شرط الفعل، غاية الأمر يكون الفعل المشروط قسمين: أحدهما: ما هو من قبيل الاعتبار النفساني الذي يوجد بنفس الشرط والالتزام، ثانيهما: ما لا يوجد به كالحياطة.

حكم شرط الوصف

وكيف كان فالكلام في موارد:
الأول: ما إذا كان الشرط متعلقاً بصفة من الصفات.
والكلام فيه يقع في جهتين:
الأولى: في بيان مراد المصنف، وأنه هل يكون ملتزماً بفساد شرط الوصف أو

اذ لا يعقل تحصيله هنا، فلا معنى لوجوب الوفاء فيه وعموم المؤمنون مختص بغير هذا القسم. [١]

صحته؟ لا يبعد القول بأنه ملتزم بعدم صحته من جهة قوله:

[١] فلا معنى لوجوب الوفاء فيه. وعموم: المؤمنون مختص بغير هذا القسم
فأنه استدلال بطلان شرط النتيجة بمثل ذلك، وحكمه بالخيار لعلمه من جهة إرجاع
شرط الوصف الى التوصيف، والخيار من باب تخلف الوصف لا تخلف الشرط، وقد صرح
المصنف عليه السلام في مسألة اشتراط المقدورية برجوع شرط الوصف الى التوصيف.
الثانية: في بيان ما هو الحق،
وقد استدلال بطلان شرط الوصف بوجوه:

الأول: عدم المعقولية؛ فإن الوصف إما حاصل أولاً، وعلى التقديرين لا معنى
لالتزامه.

وما أفاده السيد الفقيه من أن الالتزام بالوصف الحالى وإن كان لا يعقل حقيقة
عقلية إلا أن الالتزام العرفي يمكن تعقله وتحققه؛ فإننا نراهم يلتزمون بأمثال ذلك، فيقولون
على عهدي أن يفعل فلان كذا. أو أن يكون البيع متصفاً بكذا

غريب؛ فإن ذلك من العرف إنما هو في مقام الأخبار، وتثبت ما أخبر عنه، ولا
دخل له بما هو من قبيل الإنشاء.

وفيه: أن الشرط لا يكون منحصراً في الإلزام والالتزام، بل قد يكون تقييداً محضاً
للبيع، بل للالتزام بالمعاملة، ومن الواضح معقولية تعليق الالتزام بالمعاملة على ما هو
خارج عن تحت القدرة والاختيار.

الثاني: أن الالتزام بالوصف إن كان معقولاً لا معنى لصحته؛ إذ لا يتحقق شيء به،
ولا يترتب عمل حتى يكون صحته بمعنى تأثيره فيه، والخيار حكم الشرط الصحيح لأنه
مصحح للشرط.

وأما الثالث: فإن أريد باشتراط الغاية اعني الملكية والزوجة ونحوهما اشتراط تحصيلهما باسبابهما الشرعية فيرجع الى الثاني وهو اشتراط الفعل وان أريد حصول الغاية بنفس الاشتراط، فإن دلّ الدليل الشرعي على عدم تحقق تلك الغاية إلا بسببها الشرعي الخاص، كالزوجة والطلاق والعبودية والانعقاد وكون المرهون مبيعاً عندانقضاء الأجل ونحو ذلك كان الشرط فاسداً، لمخالفته للكتاب والسنة، كما أنه لو دلّ الدليل على كفاية الشرط فيه، كالوكالة، والوصاية، وكون مال العبد، وحمل الجارية وثمر الشجرة ملكاً للمشتري، فلا اشكال. وأما لو لم يدل دليل على احد الوجهين، كما لو شرط في البيع كون مال خاص غير تابع لاحد العوضين، كالامثلة المذكورة ملكاً لأحدهما او صدقة او كون العبد الفلاني حراً ونحو ذلك.

وفيه انه اذا كان الالتزام بالوصف صحيحاً كان معناه تعليق الالتزام بالبيع عليه، ومع عدمه لا يكون ملزماً بالوفاء بالعقد، ولو كان موجوداً يكون ملزماً به، وهذا هو الأثر المهم.

الثالث: أن شرط الوصف حيث أنه لا يقدر على تحصيله لا معنى لوجوب الوفاء به، فعموم المسلمون عند شروطهم^(١) لا يشمل.

وفيه: أنه وإن تقدّم في الجزء الثالث في مبحث المعاطاة: أن مفاد: المسلمون عند شروطهم: وجوب العمل بالشرط تكليفاً، ولا يكون ذلك متكفلاً لحكم وضعي من الصحة واللزوم، وعليه فلا يشمل شرط الوصف إلا أنه لا ينحصر الدليل بذلك ومقتضى قوله ﷺ: الشرط جائز بين المسلمين^(٢) أي نافذ صحة هذا الشرط، فالأظهر صحته ونفوذه.

ففي صحة هذا الشرط اشكال [١] من اصالة عدم تحقق تلك الغاية. إلا بما علم كونه سبباً لها وعموم المؤمنون عند شروطهم، [٢] ونحوه لا يجري هنا، لعدم كون الشرط فعلاً ليجب الوفاء به، ومن أن الوفاء لا يختص بفعل ما شرط بل يشمل ترتيب الآثار عليه، نظير الوفاء بالعهد، ويشهد له تمسك الامام عليه السلام بهذا العموم في موارد كلها من هذا القبيل، كعدم الخيار للمكاتبة التي اعانها ولد زوجها على اداء مال الكتابة مشروطاً عليها عدم الخيار على زوجها بعد الانعتاق،

حكم شرط النتيجة

المورد الثاني في شرط الغاية والنتيجة.

[١] قال المصنف في صحة هذا الشرط اشكال

ومحل الكلام في هذا المقام: هو اشتراط الغاية والنتيجة بالمعنى المتقدم المعقول، وهو اشتراط اعتبار الشارط لا الشارع لا عن أسبابها ومبرزاتها الخاصة بل بنفس الاشتراط، وعليه فإن علم كون غاية خاصة لا يعتبر فيها لفظ مخصوص وسبب خاص لا إشكال في صحة الشرط ونفوذه، لا

[٢] لقوله عليه السلام: المسلمون عند شروطهم؛^(١)

لما عرفت من كونه متضمناً لبيان حكم تكليفي والشرط في الفرض ليس فعلاً يترقب كي يجب الوفاء به،

بل لقوله عليه السلام: الشرط جائز بين المسلمين.^(٢) والأدلة الخاصة الدالة على أن الشرط الذي لا يخالف كتاب الله يجوز على المشتري وإن علم أنه يعتبر فيها سبب خاص وليس الشرط منه - لا كلام في فساده؛ لكونه خلاف الكتاب والسنة.

وأما إن لم يدل دليل على أحد الوجهين، فإن بنيينا على جريان أصالة عدم المخالفة بحكم بالصحة والنفوذ؛ لأن أدلة نفوذ الشرط دلت على نفوذ كل شرط وصحته خرج عنها الشرط المخالف للكتاب، فلو شك في شرط أنه مخالف أم لا إذا جرى هذا الأصل يدخل ذلك في المستثنى منه، وتشمله أدلة النفوذ، وعلى ذلك فإن اشكال المصنف عليه في صحة هذا الشرط مع بئانه على جريان الأصل المشار اليه لا وجه له

وإن بنينا على عدم جريانه فحيث إنّه يشك في كون الشرط مخالفاً للكتاب،
فالتمسك بعموم دليل نفوذ الشرط تمسك بالعام في الشبهة المصداقية فلا يجوز،
فيرجع الى أصالة عدم تحقق تلك الغاية.

وللسيد الفقيه والمحقق النائيني رحمته الله كلام في المقام، وهو - أن الشك في كون شرط
مخالفاً للكتاب من قبيل الشبهة الحكيمة بحسب الغالب دون المصداقية.

ومحصل ما أفاده المحقق النائيني رحمته الله أن الشك في كون شرط كذلك وإن كان قد يتفق
من جهة الشبهة المصداقية، كما لو شك في أن من يشترط ملكية المصحف له كافراً إلا أن
الغالب كون منشأ الشك: الشك في الحكم الشرعي، وأن الحكم الفلاني هل يكون مجموعاً في
الشرعية حتى يكون اشتراط خلافه مخالفاً للكتاب أم لا؟ أو أن السبب لهذا الأمر
الاعتباري هل هو شيء خاص أم كل ما يكون مبرزاً له؟ فتكون الشبهة حكيمة أو
مفهومية لا مصداقية؟ ولا مانع من التمسك بالعموم في تلك الموارد.

ثم أورد على نفسه: بأن العام حيث خصّص بالخصّص المتصل بإجمال التخصّص
يسري الى العام، فلا يتمسك به

وأجاب عنه: بأن هناك عمومات لم تخصّص، وواضح أن إجمال ما اتصل به
التخصّص لا يسري الى ما لم يتصل به.

وفيه: ان الميزان في كون الشبهة مصداقية لا يتمسك فيها بالعموم، أو حكيمة
يتمسك فيها به الى ملاحظة المشكوك فيه بالإضافة الى العام، فإذا كان الشك من جهة
حكيمة ولكن بالإضافة الى العام الذي يتمسك به مصداقية لا يجوز التمسك به،

والمقام من هذا القبيل؛ فإن الشك في الحكم الفلاني أو أن الغاية المخصوصة هل جعل
لها سبب خاص أم لا؟ وإن كان حكياً إلا أن ذلك بالإضافة الى عموم دليل الشرط
مصداقية

مضافاً الى كفاية دليل الوفاء بالعقود في ذلك بعد صيرورة الشرط جزء للعقد [١] وأما توقّف الملك وشبهه على اسباب خاصّة، فهي دعوى غير مسموعة مع وجود افراد اتفق على صحّتها، كما في حمل الجارية ومال العبد وغيرها. ودعوى تسويغ ذلك لكونها توابع للمبيع مدفوعة، لعدم صلاحية ذلك للفرق [٢]

فإنّ المخالف للكتاب مفهومه مبين، وحكمه واضح لا شك في شيء منها، والشك إنّما يكون مصداقياً من هذه الجهة، فالتمسك بعموم دليل نفوذ الشرط تمسك بالعام في الشبهة المصداقية فلا يجوز،

ولكن حيث عرفت أنّه تجرّى أصالة عدم المخالفة، ففي مورد الشك يرجع الى عموم دليل نفوذ الشرط.

ويشهد لصحة هذا الشرط وتامة الاستدلال بالعموم: ما تضمن عدم الخيار للمكاتبه التي أعانها ولد زوجها على أداء مال الكتابة مشروطاً عليها عدم الخيار على زوجها بعد الانعتاق، مستشهداً بهذا العموم.

[١] وقد استدللّ لصحة هذا الشرط بدليل الوفاء بالعقود.

وفيه: أنّ الشرط ليس جزءاً للعقد، بل هو التزام في التزام.

ولكن مع تسليم المبني لا يرد عليه ما ذكره المحقق الايرواني رحمته الله بقوله:

إذا كان دليل المؤمنون مختصاً بشرط الفعل كان دليل أوفوا أولى بالاختصاص؛ لصراحته في التكليف الموجب للاختصاص؛

فإنّ دليل المؤمنون، بما ان مضمونه عدم انفكاك المؤمن عن شرطه لاعداء انفكاك الشرط عن المؤمن وهذا ليس صفة في الشرط، بل صفة في المؤمن لا محالة، يكون ظاهراً في كونه متضمناً لحكم تكليفي بخلاف آية الوفاء.

نعم يرد عليه إيراد آخر وهو: ما ذكرناه في مبحث المعاطاة من أنه لو كان الامر بالوفاء إرشادياً يكون إرشاداً الى اللزوم لا إلى الصحة، فراجع.

[٢] قوله مدفوعة لعدم صلاحية ذلك للفرق

لا كلام في ان التابع ان كان تابعا بنفسه كالزوايد المتصلة في الحيوان مثل صوفه ووبره يملك بتبع العين ولو لم يشترط بل ولو لم يلتفت اليه حين العقد - كما انه لو صار تابعا بالاشتراط يصير من لواحق المتبوع ويملك بتبعه كما في الدابة وحملها

مع انه يظهر من بعضهم جواز اشتراط ملك حمل دابة في بيع اخرى، كما يظهر من المحقق الثاني في شرح عبارة القواعد في شرائط العوضين وكل مجهول مقصود بالبيع لا يصح بيعه، وان انضم الى معلوم. وكيف كان، فالاقوى صحة اشتراط الغايات التي لم يعلم من الشارع اناطتها بأسباب خاصة، كما يصح نذر مثل هذه الغايات [١] بان يندر كون المال صدقة او الشاة اضحية او كون هذا المال لزيد.

وحينئذ فالظاهر عدم الخلاف في وجوب الوفاء بها بمعنى ترتب الآثار، وأما الخلاف والاشكال في القسم الثاني وهو ما تعلّق فيه الاشتراط بفعل. [٢] والكلام فيه يقع في مسائل:

الاولى: في وجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعي [٣] ظاهر المشهور هو

وهذا لا ينافي توقف حصول الملكية على سبب خاص اذا معاوضة حقيقة وانشاءً بين المتبوع وعوضه

فما افاده المصنف رحمته الله غير تام.

[١] قوله كما يصح نذر مثل هذه الغايات

لا يخفى ان من استشكل في شرط النتيجة كصاحب الجواهر رحمته الله استشكل في نذر

النتيجة ايضا

اللهم الا ان يقال ان هذا ايراد عليه بلحاظ ما عن سيد المدارك من اسناد صحة هذا

النذر الى قطع الاصحاب.

وجوب الوفاء بالشرط

[٢] المورد الثالث: في شرط الفعل، والكلام فيه في طي مسائل:

[٣] الأولى: ظاهر المشهور وجوب الوفاء من حيث التكليف، وظاهر الشهيد في

اللمعة عدم وجوب الوفاء.

لا يخفى أن نزاع الشهيد وغيره حيث حكم الشهيد بعدم وجوب الوفاء به تكليفاً،

وأن أثره في شرط الفعل خصوص الخيار وقلب اللازم جائزاً، وحكم غيره بوجوب الوفاء

إنما هو النزاع في أن الشرط هل هو التعليق كما عليه الشهيد، أو الالتزام كما عليه غيره؟
 فالأولى صرف عنان الكلام الى ذلك،
 ثم الكلام في الدليل على وجوب الوفاء.
 أما المقام الأول، فمحصل ما أفاده الشهيد عليه السلام أن العقد له إطلاقان: أحدهما من حيث فعلية الصحة، الثاني من حيث لزوم.
 وبعبارة أخرى: أن العقد بالتحليل منحل الى الالتزام بالملكية مثلاً، والالتزام بعدم رفع اليد عنه والوفاء بالالتزام الأول.

والشاهد عليه: أن بعض القيود لا معنى لرجوعه الى العقد بالإطلاق الأول كما لا معنى لكونه قيداً لأحد العوضين كشرط الخيار؛ فإنه لا يعقل إلا أن يكون قيداً للعقد بالإطلاق الثاني؛ إذ لا خيار إلا في فرض الصحة والملكية، والشرط إن جعل قيداً للعقد بالإطلاق الأول بطل العقد، ولكن المفعول في باب الشرط هو كونه قيداً له بالإطلاق الثاني، أي الالتزام بالوفاء بالعقد.

وعليه فإن كان المشروط من قبيل الغايات يحصل بمجرد الاشتراط، ويلزم بلزوم العقد، وإن كان من قبيل الأفعال فلا محالة يتوقف لزوم العقد عليه، وهذا معنى جعل العقد عرضة للزوال، وهذا يختص بخصوص شرط الفعل وهو واضح.
 وبهذا البيان اندفع جميع ما أورده المصنف عليه السلام عليه التي مبناها تعليق أصل العقد على المشروط.

ولكن الذي يرد على الشهيد عليه السلام أنه وإن كان حقيقة الشرط قائمة بالتعليق وبدونه لا يصدق عليه الشرط؛ إذ مجرد كون الالتزام الشرطي في ضمن الالتزام البيعي بلا ربط لأحدهما بالآخر لا يوجب صدق عنوان الشرط، فلا بدّ وأن يكون العقد مرتبطاً به، فالتعليق مأخوذ في حقيقة الشرط،

إلا أن المتعارف بين الناس في موارد اشتراط الفعل بالالتزام بالفعل أيضاً، بل ربما يكون هو المقصد الأصلي، وعلى أيّ تقدير ما أفاده لا يصلح دليلاً على عدم وجوب الوفاء

الوجوب لظاهر النبوى: المؤمنون عند شروطهم [١] والعلوي من شرط لامراته شرطاً فليف لها به، فإن المسلمين عند شروطهم [٢] الا شرطاً حرماً حلالاً او حلالاً حراماً ويؤكد الوجوب ما ارسل في بعض لكتب من زيادة قوله الا من عصى الله [٣] في النبوي بناء على كون الاستثناء من المشروط عليه لا من الشارط،

ولا ينافي معه؛ كي يعارض الأدلة التي ستمر عليك.

[١] وأما المقام الثاني فيشهد بوجوب الوفاء: قوله ﷺ: المؤمنون عند شروطهم. (١)

وتقريب دلالته على الحكم التكليفي: أن ظاهر كون المؤمن عند شرطه ملازمته إياه وقيامه بمقتضاه، والأخبار بالتحقق يناسب إرادته والبعث نحوه، وحيث إنه متضمن لكون المؤمن عند شرطه لاعداء انفاك الشرط عن المؤمن فلا يناسب ذلك الوضع، بل يناسب التكليف كما مرّ تحقيقه في مبحث المعاطاة.

وأما تقريب دلالته على الوجوب دون الندب فبأمر:

الأول: ما حقق في محلّه من أن دلالة الجملة الخبرية على الوجوب أقوى من دلالة الأمر عليه.

[٢] الثاني: أنه استدللّ بمثله على الأمر بالوفاء، لاحظ: العلوي: من شرط لامراته شرطاً فليف لها به؛ فإن المسلمين عند شروطهم. (٢) ونحوه غيره:

الثالث: جعل المؤمن موضوعاً: فإن مفهوم القضية أن لا يفي بشرطه لا يكون مؤمناً ولا يكون كذلك إلا بكونه عاصياً وخارجاً عما هو وظيفة المؤمن.

[٣] الرابع: ما في بعض الروايات من زيادة قول: إلا من عصى الله؛ فإنه استثناء من المشروط عليه قطعاً؛ لكونه استثناء ممن يجب عليه الوفاء والقيام بالشرط وهو المشروط عليه

هذا كله مضافاً الى عموم وجوب الوفاء بالعقد بعد كون الشرط كالجزء من ركن العقد خلافاً لظاهر الشهيد في اللّعة، وربما ينسب الى غيره حيث قال أنّه لا يجب على المشروط عليه فعل الشرط، وإنّما فائدته جعل العقد عرضة للزوال، ووجهه مع ضعفه يظهر ممّا ذكره تهرّ في تفصيله المحكي في الرّوضة عنه تهرّ

دون الشارط، وظاهر العصيان هو المخالفة للتكليف، واحتمال إرادة المعصية بنفس الالتزام فيكون مساوياً لأخبار استثناء ما خالف الكتاب متوقف على حرمة الالتزام بالمعصية، وبخلاف حكم الله، ولادليل عليه.

وقد استدللّ لعدم دلالاته على الوجوب، بل دلالاته على النّدب بوجهين:
الأول: ما افاده جمع وهو: أنّ تعليق الوفاء على الايمان دليل الفضل والنّدب، بل عن المحقق الايرواني رحمه الله أنّ ذلك كاشف عن عدم صوغ القضية في إنشاء الحكم وإلّا فأبى اختصاص المؤمن في ذلك فتحمل القضية على ظاهرها وهو الأخبار.
وفيه: ما عرفت من أنّ مفهومه أنّ من لا يفي بشرطه غير مؤمن، وهذه المبالغة تناسب وجوب الوفاء كما لا يخفى.

الثاني: أنّ الحمل على الوجوب مستلزم للتخصيص الكثير؛ لعدم وجوب الوفاء بالشروط الفاقدة لأحد شروطها الثمانية، ولعدم وجوب الوفاء بالشروط المذكورة في العقود الجائزة بالذات، أو لكونها خيارية.

وفيه: أنّ الشرط الفاسد خارج عن تحت ذلك الدليل على جميع التقادير، والشرط في ضمن العقد الجائز يجب الوفاء به، وجواز العقد لا يتنافى وجوبه كما تقدم غير مرة، فالأظهر وجوب الوفاء.

[١] قوله مضافاً الى عموم وجوب الوفاء بالعقد

قد مر عدم صحة الاستدلال به على ذلك فان الشرط ليس جزءاً لاحد العوضين وبما حققناه يظهر ما في سائر كلمات المصنف رحمه الله في المقام.

في بعض تحقیقاته، وهو أنّ الشرط الواقع في العقد اللازم ان كان العقد كافياً في تحقیقه، ولا يحتاج بعده الى صیغة، فهو لازم لا يجوز الاختلال به كشرط الوكالة وان احتاج بعده الى امر آخر وراء ذكره في العقد كشرط العتق فليس بلازم، بل یقلب العقد اللازم جائزاً وجعل السر فيه ان اشتراط ما العقد كافٍ في تحقیقه كجزء من الإيجاب والقبول فهو تابع لهما في اللزوم والجواز واشتراط ما سیوجد امر منفصل عن العقد وقد علّق عليه العقد والمعلّق على الممكن وهو معنى قلب اللازم جائزاً، انتهى.

قال في الرّوضة بعد حكاية هذا الكلام: والاقوى اللزوم مطلقاً، وان كان تفصيله اجود ممّا اختاره هنا.

اقول ما ذكره تقيّ في بعض تحقیقاته لا یحسن عدّه تفصيلاً في محلّ الكلام مقابلاً لما اختاره في اللّعة، لأنّ الكلام في اشتراط فعل سائغ، وأنّه هل یصير واجباً على المشروط عليه ام لا، كما ذكره الشّهيد في المتن، فمثل اشتراط كونه وكیلاً ليس الاّ كاشتراط ثبوت الخيار او عدم ثبوته له، فلا یقال أنّه یجب فعله او لا یجب. نعم وجوب الوفاء بمعنى ترتيب آثار ذلك الشرط المتحقّق بنفس العقد ممّا لا خلاف فيه، اذ لم یقل أحد بعدم ثبوت الخيار أو آثار اللزوم بعد اشتراطهما في العقد أى ثبوت الخيار وعدم ثبوته.

وبالجملّة، فالكلام هنا في اشتراط فعل یوجد بعد العقد. نعم، كلام الشّهيد في اللّعة اعمّ منه ومن كلّ شرط لم یسلم لمشرطه، ومراده تعذّر الشرط، وكيف كان، فمثل اشتراط الوكالة او الخيار وعدمه خارج عن محلّ الكلام، اذ لا كلام ولا خلاف في وجوب ترتّب آثار الشرط عليه، ولا في عدم انفساخ العقد بعدم ترتيب الآثار، ولا في أنّ المشروط عليه یجبر على ترتيب الآثار، وان شئت قلت: اشتراط الوكالة من اشتراط الغایات لا المباديء.

وممّا ذكرنا یظهر أنّ تأیید القول المشهور او الاستدلال عليه بما في الغنية من الاجماع على لزوم الوفاء بالعقد غیر صحیح، لأنّه انما ذكر ذلك في مسألة اشتراط الخيار. وقد عرفت خروج مثل ذلك عن محلّ الكلام. نعم، في التّدکرة لو اشترى عبداً بشرط ان یعتقه المشتري صحّ البيع ولزم الشرط عند علمنا اجماع، ثمّ انّ ما

ذكره الشهيد رحمته من أنّ اشتراط ما سيوجد امر منفصل، وقد علّق عليه العقد الخ لا يخلو عن نظر، اذ حاصله أنّ الشرط قد علّق عليه العقد في الحقيقة، وان كان لا تعليق صورة، فحاصل قوله بعتك هذا العبد على ان تعتقه، أنّ الالتزام بهذه المعاوضة معلق على التزامك بالعتق، فإذا لم يلتزم بالاعتاق لم يجب على المشروط له الالتزام بالمعاوضة.

وفيه مع أنّ المعروف بينهم أنّ الشرط بمنزلة الجزء من احد العوضين، وأنّ القاعدة اللفظية في العقد المشروط لا يقتضي هذا المعنى ايضاً، أنّ رجوعه الى التعليق على المحتمل يوجب عدم الجزم المفسد للعقد وان لم يكن في صورة التعليق أنّ لازم هذا الكلام اعني دعوى تعليق العقد على الممكن ارتفاعه من رأس عند فقد الشرط لا انقلابه جائزاً.

الثانية: في أنّه لو قلنا بوجوب الوفاء به من حيث التّكليف الشرعي، فهل يجبر عليه لو امتنع؟ [١] ظاهر جماعة ذلك.

وظاهر التحرير خلافه، قال في باب الشّروط: أنّ الشرط ان تعلّق بمصلحة المتعاقدين، كالاجل والخيار والشّهادة والتّضمن والرّهن، واشتراط صفة مقصودة كالكتابة، جاز ولزم الوفاء، ثمّ قال: اذا باع بشرط العتق صحّ البيع والشرط، فإن اعتقه المشتري وإلا ففي اجباره وجهان: اقربهما عدم الاجبار، انتهى.

في جواز الإيجاب وعدمه

[١] الثانية: في أنّه لو قلنا بوجوب الوفاء به من حيث التّكليف الشرعي فهل يجبر عليه لو امتنع؟ فيه أقوال أربعة:

الأول: جواز الإيجاب.

الثاني: عدمه.

الثالث: التفصيل بينا كان حقاً للبائع فلا يجوز الإيجاب وبين ما كان حقاً لغيره فيجوز كما يظهر من الصيمري.

الرابع: ما يظهر من العلامة، وهو: الفرق بين ما يكون من متعلقات المعاملة كالرهن والكفيل وتعجيل الثمن فيجوز الإيجاب، وبين ما يكون أجنبياً عنها كاشتراط العتق فلا يجوز

وقال في الدّروس يجوز اشتراط سائغ في العقد، فيلزم الشرط في طرف المشتري عليه، فإن اخلّ به فللمشتري الفسخ، وهل يملك اجباره عليه فيه نظر، انتهى.

ولا معنى للزوم الشرط الا وجوب الوفاء به، وقال في التذكرة في فروع مسألة العبد المشتري عتقه: اذا اعتقه المشتري فقد وفي بما وجب عليه - الى ان قال: وان امتنع أجبر عليه، إن قلنا إنه حق لله تعالى، وإن قلنا إنه حق للبائع لم يجبر، كما في شرط الزهن والكفيل، لكن يتخير البائع في الفسخ لعدم سلامة ما شرط، ثم ذكر للشافعي وجهين في الإجبار وعدمه. إلى أن قال: والأولى عندي الإجبار في شرط الزهن والكفيل لو امتنع، كما لو شرط تسليم الثمن معجلاً فاهمل، انتهى.

ويمكن ان يستظهر هذا القول: اعني الوجوب تكليفاً مع عدم جواز الاجبار من كلّ من استدللّ على صحّة الشرط بعموم المؤمنون، مع قوله بعدم وجوب الاجبار، كالشيخ في المبسوط، حيث استدللّ على صحّة اشتراط عتق العبد المبيع بقوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم، ثم ذكر انّ في اجباره على الاعتناق لو امتنع قولين: الوجوب لأنّ عتقه قد استحقّ بالشرط، وعدم الوجوب وإنما يجعل [يحصل] له الخيار، ثم قال: والا أقوى هو الثاني، انتهى.

فإنّ ظهور التّبوي في الوجوب من حيث نفسه، ومن جهة القرائن المتّصلة والمنفصلة ممّا لا مساع لانكاره. بل الاستدلال به على صحّة الشرط عند الشيخ ومن تبعه في عدم افساد الشرط الفاسد يتوقّف ظاهراً على ارادة الوجوب منه، اذ لا تنافي بين استحباب الوفاء بالشرط وفساده، فلا يدلّ استحباب الوفاء بالعتق المشروط في البيع على صحّته.

ثمّ انّ الصّيمري في غاية المرام قال: لا خلاف بين علمائنا في جواز اشتراط العتق لأنّه غير مخالف للكتاب والسّنّة، فيجب الوفاء به، قال: وهل يكون حقّاً لله تعالى او للعبد، او للبائع؟ يحتمل الأوّل. الى ان قال: ويحتمل الثّالث وهو مذهب العلامة في القواعد والتّحرير، لأنّه استقرب فيها عدم إجبار المشتري على العتق، وهو يدلّ على أنّه حقّ للبائع، وعلى القول بأنّه حقّ لله يكون المطالبة للحاكم ويجبره مع الامتناع ولا يسقط باسقاط البائع

وعلى القول بكونه للبائع بكون المطالبة له ويسقط باسقاطه، ولا يجبر المشتري، ومع الامتناع يتخير المشتري بين الامضاء والفسخ، وعلى القول بأنه للعبد يكون هو المطالب بالعقد، ومع الامتناع يرافعه الى الحاكم ليجبره على ذلك، وكسبه قبل العقد للمشتري على جميع التقادير، انتهى.

وظاهر استكشافه مذهب العلامة تبريزي عن حكمه بعدم الاجبار: ان كل شرط يكون حقاً مختصاً للمشتري لا كلام ولا خلاف في عدم الاجبار عليه، وهو ظاهر اول الكلام السابق في التذكرة، لكن قد عرفت قوله اخيراً والاولى ان له اجباره عليه وان قلنا انه حق للبائع، وما ابعد ما بين ما ذكره الصيمري وما ذكره في جامع المقاصد والمسالك من انه اذا قلنا بوجوب الوفاء فلا كلام في ثبوت الاجبار حيث قال: واعلم ان في اجبار المشتري على الاعتاق وجهين احدهما العدم، لأن للبائع طريقاً آخر للتخلص وهو الفسخ. والثاني له ذلك، لظاهر قوله تعالى: ﴿واوفوا بالعقود﴾ والمؤمنون عند شروطهم إلا من عصى الله وهو الوجه، انتهى.

وفي المسالك جعل احد القولين ثبوت الخيار وعدم وجوب الوفاء مستدلاً له بأصالة عدم وجوب الوفاء، والقول الآخر وجوب الوفاء بالشرط، واستدل له بعموم الأمر بالوفاء بالعقد «والمؤمنون عند شروطهم إلا من عصى الله»، وظاهره وحدة الخلاف في مسألتين وجوب الوفاء والتسلط على الاجبار. كما ان ظاهر الصيمري الاتفاق على وجوب الوفاء، بل وعلى عدم الاجبار فيما كان حقاً مختصاً للبائع، والأظهر في كلمات الاصحاب وجود الخلاف في المسألتين، وكيف كان، فالاقوى ما اختاره جماعة من ان للمشتري له اجبار المشروط عليه لعموم وجوب الوفاء بالعقد والشرط، [١]

ومحل الكلام إنما هو الإيجاب المالكى لا الإيجاب من ناحية وجوب الأمر بالمعروف.

[١] وقد استدلل لوجوب الإيجاب في المتن: بما دلّ على وجوب الوفاء بالعقد

والشرط، بتقريب: أنه كما يكون مقتضى العقد ملكية كل من المتبايعين لما انتقل من

فإنَّ العمل بالشرط ليس الاكتسليم العوضين، فإنَّ المشروط له قد ملك الشرط على المشروط عليه بمقتضى العقد المقرون بالشرط، فيجبر على تسليمه. وما في جامع المقاصد من توجيه عدم الإيجابار

الآخر اليه فيكون مالكا فيجبر طرفه على تسليمه، كذلك يكون المشروط له مالكا. على المشروط عليه بمقتضى العقد المقرون بالشرط فيجبر على تسليمه.

والظاهر أنَّ هذا مراده عليه السلام لا ما أفيد من أنَّ مقتضى وجوب الوفاء لزوم التسليم والعمل، فيجبر لو امتنع الموهوم وحدة الخلاف في المسألتين؛ فإنه عليه السلام قد قرَّر من ذلك أنفاً. وفيه: أنَّ آية الوفاء بالعقد^(١) لا تدلُّ على نفوذ الشرط، ولزوم العمل، به، فضلاً عن كون العمل ملكاً للمشروط له، ودليل الوفاء بالشرط قد مرَّ أنه يدلُّ على الحكم التكليفي لا الملكية.

فالحق - أن يقال: إنَّ جواز الإيجابار مبني على استفادة الاستحقاق من أدلة الشروط وعدمها؛ إذ بناءً على الاستحقاق يجوز الإيجابار لكونه ممتنعاً عما يستحقه الغير، وبناءً على التكليف المحض لا يجوز، من غير فرق على التقديرين بين القول بوجوب الوفاء وعدمه.

ويمكن الاستدلال للاستحقاق بوجوه:

منها: أنَّ الاستفادة من الأدلة والمقطوع به بين الأصحاب جواز إسقاطه، والحكم لا يقبل الإسقاط.

ومنها: قوله عليه السلام المتقدم: من شرط لامرأته شرطاً فليفلها به؛^(٢) فإنَّ ظاهر الكلام الاختصاص الملكي والحق.

ومنها: بناء العقلاء على ذلك، وعليه فيجوز الإيجابار.

بأنّ له طريقاً الى التخلّص بالفسخ [١] ضعيف في الغاية، فإنّ الخيار انما شرع بعد تعذّر الاجبار دفعاً للضرر.

وقد يتوهم أنّ ظاهر الشرط هو فعل الشيء اختياراً، فاذا امتنع المشروط عليه فقد تعذّر الشرط وصدور الفعل منه كرهاً غير ما اشترط عليه، فلا ينفع في الوفاء بالشرط. [٢]

ويندفع بأنّ المشروط هو نفس الفعل مع قطع النظر عن الاختيار والاجبار، وإنّما يعرض له من حيث أنّه فعل واجب عليه، فإذا اجبر فقد اجبر على نفس الواجب. نعم لو صرّح باشتراط صدور الفعل عنه اختياراً وعن رضا منه لم ينفع اجباره في حصول الشرط.

وقد استدل لعدم الجواز بوجهين:

[١] الأول: ما عن جامع المقاصد من أنّ له طريقاً الى التخلّص بالفسخ.

وفيه: أنّ مقتضى هذا الوجه لو تمّ عدم تعيّن الإيجاب، والكلام إنّما هو في جوازه مع أنّه لا يتم؛ فإنّ الخيار شرّع بعد تعذر الإيجاب كما سيأتي.

[٢] الثاني؛ أنّ الشرط هو الإتيان بالعمل من عند نفسه، فالفعل الحاصل بسبب الإيجاب ليس عملاً بالشرط، فالشرط غير قابل لأنّ يجبر عليه.

وفيه: أنّه لا ريب في كونه هو الإتيان باختياره أما لا عن كره فهو لا نظر له اليه.

وقد استدل للثالث: بأنّ البائع يمكنه الفسخ استدراكاً لحقه بخلاف غيره؛ إذ لا طريق له إلّا الإيجاب.

وقد ظهر اندفاعه ممّا ذكرناه في ردّ ما عن جامع المقاصد آنفاً.

واستدل للرابع: بأنّ ما هو من متعلقات المعاملة يكون بمنزلة العوضين في جواز

الإيجاب على تسليمه بخلاف غيره.

وقد ظهر جوابه ممّا ذكرناه

فالأظهر جواز الإيجاب.

ثبوت الخيار مع عدم تعذّر الإيجاب

الثالثة: في أنه هل للمشروط له الفسخ مع التمكن من الإيجابار، [١] فيكون خيراً بينهما أم لا يجوز له الفسخ الآ مع تعذر الإيجابار: ظاهر الرّوضة وغير واحد هو الثاني، وصرح موضع من التّدكرة هو الأوّل، قال: لو باعه شيئاً بشرط ان يبيعه آخر او يقرضه بعد شهر او في الحال لزمه الوفاء بالشرط، فإن اخلّ به لم يبطل البيع لكن يتخير المشتري بين فسخه للبيع وبين الزامه بما شرط، انتهى.

[١] الثالثة: في أنه هل للمشروط له الفسخ مع التمكن من الإيجابار أم لا؟
واعترض المحقق النائيني رحمته الله على المصنف الذي عنون هذه المسألة بأنها بعينها هي المسألة السابقة باختلاف سير وتفاوت في العبارة قال: لعله سهو من قلمه.
وفيه: أن الكلام في المسألة السابقة كان في جواز الإيجابار وعدمه، وفي هذه المسألة إنّما يكون في تقدّمه على الفسخ وعدمه،
فالفرق بين المسألتين واضح.

وأورد المحقق الايرواني رحمته الله عليه: بأنّ عنوان هذه المسألة عجيب؛ فإنّ عدم تعقل اجتماع حقّ الإيجابار والخيار بمكان من الوضوح، فإنّ الإيجابار في موضوع عموم الشرط وشموله لما يصدر جبراً، فلا يكون تخلف مها أمكن الفرد الإيجاباري منه، وموضوع الخيار صورة تعذر الشرط بجميع أفراده، وأنّى يجتمع هذان الأمران.

وفيه: أنّ موضوع الخيار ليس صورة تعذر الشرط خاصة، بل امتناع من عليه الشرط عن العمل به، فإنّ المجعول هو الشرط من حيث هو، وإنّما يجبر عليه في المرتبة اللاحقة وهي الامتناع عن العمل به، فالامتناع موضوع للحكمين،

وكيف كان في المسألة قولان:

أحدهما: أنّ له ذلك مع التمكن من الإيجابار.

والآخر: أنّه ليس له ذلك.

وقد استدلل للثاني بوجهين:

الأول: أنّ هذا الخيار على خلاف القاعدة، ودليله حديث الضرر وهو لا يجري إلّا

مع تعذر الإيجابار؛ إذ لا ضرر مع التمكن من الإيجابار، فلا خيار، وعلى هذا حمل كلام المصنف رحمته الله

ولانعرف مستنداً للخيار مع التمكن من الاجبار لما عرفت من ان مقتضى العقد المشروط هو العمل على طبق الشرط اختياراً او فحراً الا أن يقال: ان العمل بالشرط لازم على المشروط عليه يجبر عليه اذ ابني المشروط له على الوفاء بالعقد.

ويرد عليه:

مضافاً الى ما عرفت من ان حديث الضرر لا يصلح دليلاً للخيار في مورد من الموارد،

والى أن الدليل لا ينحصر به كما سيمر عليك

انه يمكن أن يقال: إن جواز الإيجار لا يوجب رفع الضرر، بل الراجع هو الإيجار نفسه، وعليه فلزوم البيع مع امتناع المشروط عليه من العمل بالشرط ضرري يرفعه الحديث، وليس المرفوع خصوص حكم ضرري لا يتمكن من رفعه.

الثاني: أن المتيقن من الإجماع الصورة المذكورة.

وفيه: أن المدرك ليس هو الإجماع.

والحق أن يقال: إن الشرط وإن كان التزاماً إلا أن قوامه بتقيد العقد به، وليس التزاماً مستقلاً،

ومعنى تقيد العقد به ما تقدم من تعليق الالتزام بالوفاء بالعقد على تحقق الشرط، فبامتناعه عنه يتحقق شرط الخيار فيثبت،

فالأظهر ثبوت الخيار مع التمكن من الاجبار.

واستدل السيد عليه السلام لذلك بخبر أبي الجارود - المنجبر ضعفه بالشهرة - عن أبي جعفر عليه السلام: إن بعث رجلاً على شرط فإن أتاك بمالك وإلا فالبيع لك. ^(١) بتقريب أن المراد من مالك مالك من الشرط، ومن قول عليه السلام: وإلا فالبيع لك؛ كون أمره بيدك.

وفيه: أن ما علق عليه الخيار هو الإتيان بالشرط وهو أعم من الاختياري والإجباري.

وأما إذا أراد الفسخ لامتناع المشروط عليه عن الوفاء بالعقد على الوجه الذي وقع عليه، فله ذلك، فيكون ذلك بمنزلة تقايل من الطرفين عن تراض منهما، [١] وهذا الكلام لا يجري مع امتناع أحدهما عن تسليم أحد العوضين ليجوز للآخر فسخ العقد، لأنّ كلاً منهما قد ملك ما في يد الآخر، ولا يخرج عن ملكه بعدم تسليم صاحبه فيجبران على ذلك بخلاف الشرط، فإنّ المشروط حيث فرض فعلاً كالاعتاق فلا معنى لتملكه، فإذا امتنع المشروط عليه عنه فقد نقض العقد، فيجوز للمشروط له أيضاً نقضه، فتأمل.

وقد ذكر المصنف رحمته الله بعد ما اختار عدم ثبوت الخيار مع التمكن من الإيجابار وجهاً لثبوت نتيجة الخيار في عرض الإيجابار.

[١] وحاصله: أنّ المشروط عليه إذا امتنع عن العمل بالشرط يكون امتناعه ذلك امتناعاً عن العمل بالعقد المشروط، ونقضاً للعقد؛ إذ ليس الشرط كأمتناع أحدهما عن تسليم أحد العوضين حيث إنّ مقتضى العقد ملكية كلّ من المتبايعين لمال الآخر، فالأمتناع عن التسليم ليس نقضاً للعقد،

وهذا بخلاف الشرط؛ فإنّ الوفاء به إنّما يكون بإجاده ومع عدمه يكون ذلك نقضاً للعقد المشروط، فللمشروط له أيضاً نقضه فيرجع ذلك الى التقايل.

وبهذا البيان اندفع ما أساء به الأدب المحقّق الايرواني رحمته الله فراجع. ولكن يرد عليه رحمته الله أنّ عدم العمل بالشرط ليس حلاله حتى يكون بضميمة حلّ المشروط له هو التقايل،

بل هو عبارة عن ترك العمل مع بقاء الشرط كما هو الحال في الامتناع عن تسليم أحد العوضين طابق النعل بالنعل.

وبالجملة إنّ كما يكون للعقد وفائتان: حقيقي وعلمي وكذلك له نقضان، كذلك يكون للشرط بلا تفاوت بينهما.

ثمّ على المختار من عدم الخيار الآ مع تعذّر الاجبار لو كان الشرط من قبيل الانشاء القابل للنيابة، فهل يوقعه الحاكم عنه اذا فرض تعذّر اجباره، [١] الظاهر ذلك لعموم ولاية السلطان على الممتنع [٢] فيندفع ضرر المشروط له بذلك. الرابعة: لو تعذّر الشرط فليس للمشرط الآ الخيار، [٣] لعدم دليل على الارش،

[١] قوله فهل يوقعه الحاكم عنه اذا فرض تعذر اجباره
الظاهر ان له ذلك لا لثبوت الولاية المطلقة له فان ذلك باطل كما اسلفناه
ولا لان الشرط اعم من فعل المشروط عليه وغيره
[٢] بل لان الحاكم ولى الممتنع، وان شئت قلت ان حفظ مال الناس ومتعلق حقهم مما يعلم ان الشارع الاقدس لا يرضى بتركه فهو من الامور الحسبية يتولاه الحاكم ويمكن ان يستشهد له بمادل^(١) على ان من لا ينفق على زوجته بجبره الحاكم على ذلك وان لم يمكن يطلقها الحاكم، مع ان الطلاق امره اضيق من سائر الانشائيات.

حكم تعذر الشرط

[٣] الرابعة: لو تعذّر الشرط فلا كلام في ثبوت الخيار، فهل للمشروط له إمضاء العقد واخذ شيء بإزاء الشرط، كما عن العلامة عليه السلام في التذكرة حيث حكم بثبوت الأرض فيما اذا اشترط عتق العبد فمات العبد قبل العتق، وتبعه الصيمري فيما اذا اشترط تدبير العبد، قال: إن امتنع من تدبيره تخير البائع بين الفسخ واسترجاع العبد وبين الإمضاء فيرجع بالتفاوت بين قيمته لو بيع مطلقاً وقيّمته بشرط التدبير. انتهى،
أم ليس له أخذ شيء كما عن الدروس وغيره،
أم هناك تفصيل بين الشروط كما التزم به العلامة في بعض كتبه؟ وجوه.

وتنقيح القول في المسألة أنّ الظاهر من العلامة عليه السلام تقسيم الشروط الى أقسام:

فان الشرط في حكم القيد لا يقابل بالمال، بل المقابلة عرفاً وشرعاً أمّا هي بين المالكين والتقييد امر معنوي لا يعدّ مالاً وان كانت مالية المال تزيد وتنقص بوجوده وعدمه وثبوت الارش في العيب لاجل النص، [١] وظاهر العلامة ثبوت الارش اذا اشترط عتق العبد فمات العبد قبل العتق.

وتبعه الصيّمي فيما اذا اشترط تدبير العبد، قال: فإن امتنع من تدبيره تخير البائع بين الفسخ واسترجاع العبد وبين الامضاء، فيرجع بالتفاوت بين قيمته لو بيع مطلقاً وقيّمته بشرط التدبير، انتهى.

الأول: ما يكون من الأوصاف التي لا توجب إلا زيادة الرغبة في موصوفها من دون أن توجب زيادة في قيمة الموصوف بوجه، واختار فيه تعين الخيار.

الثاني: ما يكون من الأوصاف التي توجب زيادة المالية في الموصوف، واختار فيه تخيير المشروط له بين الفسخ والرجوع بالتفاوت والأرش.

الثالث: ما يكون من الأفعال التي يبذل بإزائها المال كخياطة الثوب أو الغايات، وذهب فيه الى تخيير المشروط له بين الفسخ والمطالبة به، أو بعوضه وقيّمته الواقعية.

والمصنف رحمته الله في عنوان المسألة تبع العلامة مع إلغاء القسم الأول الواضح حكمه، فالكلام يقع في موردين:

الأول: في ما اذا كان الشرط من الأوصاف الدخيلة في المالية وكان متعذراً، والحق به السيد رحمته الله ما اذا كان من الأفعال ولكن كان متعذراً من الأول، لا ما اذا طرأ عليه التعذر. الثاني: في ما اذا كان من الأفعال المتمولة أو الغايات.

[١] أما الأول فقد استدلل المصنف رحمته الله لعدم ثبوت الارش بما حاصله: أن الارش إما أن يكون تعبدياً، أو يكون على القاعدة، والأول يحتاج الى دليل التعبد وهو مفقود، والثاني يتوقف على وقوع شيء من المال بإزاء الشرط وهو ليس؛ فإن الشرط - وهو القيد

ومراد بالثفاوت مقدار جزء من الثمن نسبته اليه كنسبة الثفاوت الى القيمة لاتمام الثفاوت لأنّ للشرط قسماً من الثمن، فهو مضمون به لاتبام قيمته، كما نصّ عليه في التذكرة وضعّف في الدّروس قول العلامة بما ذكرنا من أنّ الثمن لا يقسّط على الشّروط واضعف منه ثبوت الارش بمجرد امتناع المشتري عن الوفاء بالشرط وان لم يتعدّر، كما عن الصّيمري ولو كان الشرط عملاً من المشروط عليه يعدّ مالاً ويقابل بالمال، كخيطة الثوب فتعدّر. ففي استحقاق المشروط له لاجرته وبجرّد ثبوت خيار له وجهان: قال في التذكرة لو شرط على البائع عملاً سائغاً، تخيّر المشتري بين الفسخ والمطالبة به، او بعوضه. ان فات وقته، وكان ممّا يتقوّم، كما لو شرط تسليم الثوب مصبوغاً فأثابه به غير مصبوغ وتلف في يد المشتري، ولو لم يكن ممّا يتقوّم تخيّر بين الفسخ والامضاء مجاناً، انتهى.

وقال ايضاً لو كان الشرط على المشتري مثل ان باعه داره بشرط ان يصبغ له

خارج عن المعاملة، والتقييد وإن كان داخلاً فيها لكنه ليس مالاً وإن كان سبباً لازدياد مالية المال.

وأورد عليه المحقق الايرواني رحمته الله بأنّ التقييد وإن كان بنفسه لا يعدّ مالاً لكن الذات على صفة التقييد مال يبذل بإزائه - بماله من التقييد - المال، فإنّ الكتابة مجردة وإن لم تعدّ مالاً لكن ذات الكاتب على صفة الكتابة مال، وهذا عين معنى تقسيط الثمن.

وفيه: أنّ المقيد ينحلّ الى ذات المقيد وتقيده، والتقييد أمر انتزاعي لا يقابل بالمال ولكن الذي يرد على المصنف رحمته الله ويوجب عدم إمكان تصحيح ما أفاده المحقق الايرواني رحمته الله وجهاً لثبوت الأرش بوجه: أنّ الشرط على ما تقدم ليس قيداً للإنشاء؛ لاستحالته، ولا للمنشأ لكونه موجباً للتعليق المبطل، ولا لأحد العوضين؛ فإن العين الخارجية لا تقبل التقييد، بل هو للالتزام بالوفاء بالعقد، وعليه فلا مورد لما أفاده المحقق المشار اليه ولا الى ثبوت الأرش.

وقد استدلّ لثبوته مضافاً الى ما مرّ بوجهين

توبه، فتلف الثوب تخيّر البائع بين الفسخ والامضاء بقيمته الفائتة، ان كان ممّا له قيمة وإلاّ مجاناً، انتهى.

والظاهر أنّ مراده بما يتقوّم ما يتقوّم في نفسه سواء كان عملاً محضاً، كالخياطة او عيناً كمال العبد المشترك معه، او عيناً وعملاً كالصّبغ لا ماله مدخل في قيمة العوض، اذ كلّ شرط كذلك وما ذكره توّكّل لا يخلو عن وجه، وان كان مقتضى المعاوضة بين العوضين بأنفسهما كون الشرط مطلقاً قيداً غير مقابل بالمال، [١] فإنّ المبيع هو الثوب المحيط والعبد وماله

أحدهما: ما أفاده السيد الفقيه، وحاصله: أنّ الشرط وإن لم يكن مقابلاً بالمال في عالم الإنشاء إلاّ أنّه مقابل به في عالم اللبّ، ولا منافاة بين أن يكون مال واحد تمامه مقابلاً لشيء في عالم وبعضه مقابلاً لشيء آخر في عالم آخر الذي هو في طول ذلك العالم. وبعبارة أخرى: يكون قيداً في مرحلة وجزء في مرحلة أخرى، وعليه فمقتضى كون التمام في مقابل العين في عالم الإنشاء جواز إمضاء المعاملة على ما هي عليه، وإسقاط حق الشرط، ومقتضى كون البعض في مقابل الشرط في عالم اللبّ جواز استرداده لعدم وصول عوضه وهو الشرط اليه، وهذا معنى تخييره بين الفسخ والأرض.

وفيه: أنّه في باب المعاملات لا يعتنى بما لم يقع في حيز الإنشاء. وبعبارة أخرى: أنّ تمام المناط فيها عالم الإنشاء وإلاّ الالتزامات والبنائات القلبية غير المنشأة لا يترتب عليها أثر، فمجرد الجزئية في عالم اللب لا يؤثّر شيئاً. ثانيهما: إدراج المورد تحت عنوان العيب؛ إذ المبيع مثلاً لوحظ فيه وصف الانضمام بوصف أو عمل، وتعذّره يوجب نقصاً في المبيع.

وفيه: ما تقدم في حقيقة العيب من أنّ العيب هو نقص وصف الصحة خاصة، فراجع، فالأظهر عدم ثبوت الأرض.

وأما المورد الثاني فقد ذهب جمع من الأساطين الى أنّ المشروط له يستحقّ أجره ذلك العمل وعوضه الواقعي.

[١] والمصنف رحمته الله استشكل فيه من ناحية أنّ الشرط مطلقاً قيد غير مقابل بالمال،

المصاحب للمال لا التّوب والخيطة والعبد وماله. ولذا لا يشترط قبض ما بازاء المال من التّقدين في المجلس لو كان من احدهما [١] وسيجيء في المسألة السّابعة المعاملة مع بعض الشّروط معاملة الأجزاء.

الخامسة: لو تعذّر الشّروط وقد خرج العين عن سلطنة المشروط عليه بتلف او بنقل او رهن او استيلاد، [٢] فالظاهر عدم منع ذلك عن الفسخ، فإذا فسخ فني رجوعه عليه بالقيمة او بالعين مع بقائها بفسخ العقد الواقع عليه من حينه او من اصله وجوه يأتي في احكام الخيار

والمعاوضة واقعة بين العوضين أنفسهم.

ولكن الظاهر أنّ من يقول باستحقاق الأجرة لا يستند الى كون مقدار من العوض بإزائه حتى يرد عليه ذلك، بل الى أنّ المشروط له يملك على المشروط عليه ذلك الفعل، أو تلك الغاية، فيجوز له مطالبة عوضه كائناً ما كان، فأيراد الشيخ رحمته الله في غير محلّه.

ولكن يرد عليه: أنّه لا دليل على الملكية؛ إذ غاية ما يستفاد من الدليل وجوب الوفاء بالشّروط حقياً، وأما ثبوت الملكية فمّا لم يدلّ عليه دليل، وبناء العقلاء على أخذ العوض غير ثابت، فالأظهر أنّه ليس له ذلك.

[١] قوله ولذا لا يشترط قبض ما بازاء المال... لو كان من احدهما

مراده انه لو باع العبد واشترط كون ماله معه وكان ماله من النقدين والتمنّ منها لا يجب التقايط في المجلس بالنسبة الى ماله من باب كونه بيع صرف ولو كان الشرط مقابلاً بالمال اى بالتمنّ وجب ذلك.

التلف لا يمنع عن الفسخ

[٢] الخامسة: لو تعذر الشّروط وقد خرج العين عن سلطنة المشروط عليه بتلف،

أو بنقل، أو رهن، أو استيلاد

فهل يمنع ذلك عن الفسخ، أم لا؟

ولو فسخ فهل يرجع عليه بالقيمة أو بالعين مع بقائها؟ وجوه.

ويأتي أنّ الأقوى الرجوع بالبدل جمعاً بين الأدلة، هذا كله مع صحة العقد الواقع بأن لا يكون منافياً للوفاء بالشرط. وأما لو كان منافياً كبيع ما اشترط وقفه على البائع، ففي صحته مطلقاً أو مع اذن المشروط له أو إجازته أو بطلانه وجوه خيراها أوسطها

والكلام في هذه المسألة يقع في موضعين:

الأول: فيما إذا تلف العين أو خرجت عن ملكه مع عدم كون التصرف المخرج منافياً للشرط.

الثاني: فيما إذا كان التصرف المخرج للعين بنفسه منافياً للشرط، كما لو باع شيئاً واشترط أن لا يبيعه أو يوقفه أو نحو ذلك فباعه.

أما الموضوع الأول فالكلام فيه في موارد:

الأول: في أنه هل يمنع ذلك من الفسخ أم لا؟ ومبنى القولين: أن الخيار متعلق بالعقد أو العين؟ إذ على الأول يجوز الفسخ، وعلى الثاني لا يجوز؛ لا نعدام الموضوع، وقد تقدم تفصيل القول في ذلك في الخيارات، وعرفت أن الأظهر تعلّقه بالعقد.

الثاني: في حكم التصرف المخرج، وقد يتوهم أنه فاسد من جهة أنه تصرف في ملك كان معرضاً للزوال، أو أنه ما لم ينقض زمان الخيار لا يصير ملكاً للمشتري، فهو تصرف في ملك الغير،

وكلاهما فاسدان.

أما الأول؛ فلأن كونه معرضاً للزوال لا يوجب الفساد.

وأما الثاني؛ فلما مرّ من عدم توقف الملك على انقضاء زمان الخيار لا سيما مثل هذا

الخيار المنفصل عن العقد.

الثالث: في أنه إذا فسخ المشروط له فهل يرجع إلى القيمة من جهة صحة العقد الثاني وعدم الموجب لا نحلاله بانحلال العقد الأول؛ لما ستعرف من فساد ما ذكر وجهاً لا نحلاله، أو إلى العين من جهة أن الفسخ يقتضي رجوع العين مع إمكانه والمفروض ذلك؟ وجهان، أقواهما: الأول؛ فإنّ عدم إمكان الرجوع أعم من العقلي والشرعي، والمفروض صحة العقد الثاني، ولزومه، فيمتنع الرجوع بالعين شرعاً، والمانع الشرعي كالمانع العقلي

وعلى الثاني هل يفسخ العقد الواقع عليه من حينه من جهة أنه معلول لإعمال الخيار فلا يتقدم عليه، أو من أصله من جهة أنه بفسخ العقد الأول ينحل هو من أصله فكذا ما يترتب عليه؟

والأظهر هو الأول كما تقدم، فالأظهر هو الرجوع بالبدل.
وبما ذكرناه ظهر تمامية ما أفاده المصنف عليه السلام من أنه يرجع بالقيمة جمعاً بين الأدلة، أي دليل نفوذ العقد الأول، ودليل نفوذ العقد الثاني ولزومه، ودليل الخيار بالقياس الى العقد الأول.

هذا كله فيما اذا كان التصرف المخرج لازماً،
وأما إن كان جائزاً فقد يتوهم أنه بعد الفسخ يجبر المشتري على الفسخ وإرجاع العين من جهة أن العقد جائز، فالمشتري متمكن من إرجاع العين فيجبر عليه، بخلاف ما اذا كان العقد لازماً

ولكنه فاسد من جهة أنه اذا فسخ المشروط له ورجع الثمن الى المشتري فلا بد وأن يرجع اليه شيء إما العين أو بدلها، والأول موجب لا نفساخ العقد الثاني، والمفروض أنه لا وجه له، ولو التزم بانفساخه بفسخ المشروط له يرد بأن العقد الثاني بالقياس اليه لازم لا جائز، وانما يكون جائزاً بالنسبة الى المشتري، والثاني مستلزم لعدم جواز الاجبار كما هو واضح،

فالأظهر أنه لا فرق بين العقد اللازم والمجائز.
وأما الموضع الثاني فالكلام فيه في موردين:
الأول: في حكم التصرف المخرج صحة وفساداً، والأقوال فيه ثلاثة،
ثالثها: الصحة مع إجازة المشروط له والفساد مع عدمه.
وقد استدلّ للبطلان مطلقاً بوجهين:
الأول: أن التصرف المنافي حرام، وحرمة المعاملة تستلزم فسادها.

وفيه أولاً: أن التصرف المنافي إن كان بنفسه مما اشترط عدمه كما اشترط أن لا يبيع داره فباعه وإن كان معصيةً بناءً على وجوب الوفاء بالشرط إلا أنه إن كان مضاداً لما هو شرط كما لو باع العبد واشترط عتقه فباعه لا يكون البيع حراماً إلا بناءً على اقتضاء الأمر بالشيء للنهي عن ضده، والمحقق في محله عدم الاقتضاء فلا يكون حراماً.

وثانياً: أن حرمة المعاملة لا تستلزم فسادها كما حققناه في الجزء الأول من هذا الشرح فراجع.

الثاني: أن التصرف المزبور تصرف في متعلق حق الغير نظير بيع العين المرهونة، وهو لا يكون نافذاً؛ لعدم كون ما تصرف فيه ملكاً طلقاً، والإجازة اللاحقة من ذي الحق لا تجدي سواء كانت الإجازة منه إسقاطاً لحقه أم كانت إنفاذاً للمعاملة مثل إجازة المالك، أما على الأول فواضح، وأما على الثاني؛ فإن العقد حين وقوعه لم يشمل دليل الصحة فكيف يشمل بعد حين، وأما بيع الفضولي فعنوانه يتغير بالإجازة، ويصير عقداً للمالك بعد ما لم يكن عقداً له فيدخل في عنوان الدليل وهو عقد المالك.

وفيه أولاً: أن حق المشروط له متعلق بالفعل المتعلق بالمال لا بنفس المال، والمال متعلق للمتعلق، ولا دليل على اعتبار أن لا يكون البيع متعلقاً بما هو متعلق حق الغير، وبالجمل لا يكون المال خارجاً عن كونه ملك طلق

وثانياً: أنه لو سلم ذلك ما ذكر وجهاً لعدم نفوذ الإجازة اللاحقة لا يتم؛ فإن العقد له بقاء فإذا لم تشمل العمومات حين حدوثه لمانع وارتفع ذلك المانع بقاءً تشمل العمومات؛ لوجود المقتضي وعدم المانع.

وبما ذكرناه ظهر مدرك القول الثالث مع ما يرد عليه،

كما ظهر أن الأظهر هي الصحة مطلقاً.

فلو باع بدون اذنه كان للمشروط له فسخه والزامه بالوفاء بالشَّروط. [١]
 نعم لو لم نقل باجبار المشروط عليه، [٢] فالظاهر صحة العقد الثاني، فإذا
 فسخ المشروط له ففي انفساخ العقد من حينه او من اصله، او الرجوع بالقيمة وجوه:
 رابعها التّفصيل بين التّصرف بالعق، فلا يبطل لبنائه على التّغليب، فيرجع بالقيمة
 وبين غيره فيبطل، اختاره في التّذكرة والرّوضة.

قال في فروع مسألة العبد المشترط عتقه، بعد ما ذكر ان اطلاق اشتراط العتق
 يقتضي عتقه مجاناً، فلو اعتقه بشرط الخدمة مدّة تخيّر المشروط له بين الامضاء
 والفسخ فيرجع بقيمة العبد، قال بعد ذلك ولو باعه المشتري او وقفه او كاتبه تخيّر
 البائع بين الفسخ والامضاء، فإن فسخ بطلت هذه العقود لوقوعها في غير ملك تامّ
 وتحالف هذه العتق بشرط الخدمة، لأنّ العتق مبني على التّغليب، [٣] فلا سبيل إلى
 فسخه، وهل له إمضاء البيع مع طلب فسخ ما نقله المشتري فيه إحتمال، انتهى.

[١] قوله كان للمشروط فسخه والزامه بالوفاء بالشَّروط

المراد من فسخه فرضه كالعدم وعدم الاعتناء به اذا المفروض بطلانه في نفسه بدون
 الاذن على مذهبه.

[٢] قوله نعم لو لم نقل باجبار المشروط عليه

يعنى انه بناء على عدم الاجبار الكاشف عن كون وجوب الوفاء بالشَّروط حكماً
 لاحقياً يحكم بصحة العقد الثاني من جهة ان المانع عن صحة عقده كون المال متعلقاً لحق
 الغير والمفروض عدم الحق فلا مانع عن صحته.

[٣] قوله لان العتق مبني على التّغليب

هذا التعليل عليل فان بناء العتق على التّغليب انما هو فيما لو انعتق بعض العبد كما لو
 اعتق احد الشريكين حصته فانه ينعتق على شريكه الاخر حصته لذلك وهذا غير
 مربوط بالمقام

المورد الثاني: اذا فسخ المشروط له ففيه وجوه:
 احدها: انفساخ العقد الثاني من حينه.

ومثله ما في الرّوضة وقال في الدّروس في العبد المشروط عتقه: ولو اخرجه عن ملكه ببيع او هبة او وقف، فللبائع فسخ ذلك كلّهُ، انتهى.

وظاهره ما اخترناه [١] ويحتمل ضعيفاً غيره، وفي جامع المقاصد الذي ينبغي ان المشتري ممنوع من كلّ تصرّف ينافي العتق المشروط.

ثمّ انّ هذا الخيار، كما لا يسقط بتلف العين، كذلك لا يسقط بالتصرّف فيها، [٢] كما تبّه عليه في المسالك في أوّل خيار العيب، فيما لو اشترط الصّحة على البائع، نعم اذا دلّ التصرّف على الالتزام بالعقد وسقط الخيار نظير خيار المجلس والحيوان بناءً على ما استفيد من بعض اخبار خيار الحيوان المشتمل على سقوط خياره بالتصرّف معللاً بحصول الرّضا بالعقد. وأمّا مطلق التصرّف فلا.

ثانيها: انفساخه من أصله.

ثالثها: الرجوع بالقيمة.

رابعها: ما عن العلامة -؛- من التفصيل بين التصرف بالعتق فلا يطل؛ لبنائه على التغليب، فيرجع بالقيمة، وبين غيره فيبطل، وقد تقدّم في الموضع الأول تنقيح القول في ذلك، وعرفت أنّ الاظهر هو الثالث.

وأما الكلام في المقام في خصوص التفصيل الذي ذهب اليه العلامة؛

الظاهر أنّه بناءً على عدم تمامية ما اخترناه من الرجوع بالقيمة، وأنّه ينفسخ العقد الثاني- ما أفاده متين، لكن ينبغي أن يعلّل بأنّ الحرّ لا يعود رقاً، وأيضاً لا زمه التعميم الى كل مورد ثبت فيه عدم جواز الرجوع كما لو اشترى أرضاً وجعله المشتري مسجداً

[١] قوله وظاهره ما اخترناه ويحتمل ضعيفاً غيره

يعنى ظاهره بطلان التصرفات الواقعة في متعلق حق الشرط - ويحتمل ارادته جواز فسخ العقد الاول وانفساخ هذه العقود ايضا.

[٢] قوله كذلك لا يسقط بالتصرّف فيها

لا اشكال في انه يجوز وضعاً وتكليفاً للمشروط له التصرف فيما انتقل اليه لانه ملكه وليس متعلقاً لحق الغير

السَّادسة: للمشروط له إسقاط شرطه إذا كان ممَّا يقبل الإسقاط [١] لا مثل اشتراط مال العبد، أو حمل الدَّابة لعموم ما تقدّم في إسقاط الخيار وغيره من الحقوق،

ولو تصرف فإن كان كاشفاً عن إسقاط الخيار وقصد به ذلك لا كلام في سقوطه لأن ذلك ولا يعتبر في الإسقاط لفظ خاص - وإن لم يكن كاشفاً عنه أو لم يقصد به ذلك لا يسقط وما في بعض نصوص^(١) خيار الحيوان من التعليل لمسقطية التصرف قد مرّ أنه لا يتعدى عنه إلى سائر الخيارات.

إسقاط حق الشرط

السَّادسة: الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب في أن للمشروط له إسقاط حق خيار التخلف لو لم يعمل المشروط عليه بالشرط، [١] كما أنه لا خلاف بينهم في أن للمشروط له إسقاط شرطه إذا كان ممَّا يقبل الإسقاط،

فالكلام يقع أولاً في إسقاط خيار التخلف، ثم في إسقاط حق الشرط. أما الأول فبعد ما عرفت مراراً من أن الخيار من الحقوق، وأن لكل ذي حق إسقاط حقه - جواز إسقاط خيار التخلف واضح، غاية الأمر بعد التخلف بنحو التنجيز وقبله بنحو التعليق لو لم يكن تسالم على عدم السقوط بالإسقاط المعلق. وليعلم أن التخلف إنما يتصور في شرط الصفة أو الفعل دون شرط النتيجة؛ لأنها تحصل بمجرد الشرط، وعدم ترتيب الأثر خارجاً لا يوجب الخيار، ولو أسقطه لا يوجب ذلك ارتفاع وجوب العمل بالشرط وهو واضح. وأما إسقاط حق الشرط الذي عرفت أنه حق،

فلخص القول فيه: أن الشرط تارة يكون شرط النتيجة، وأخرى يكون شرط الصفة، وثالثة يكون شرط الفعل، والأولان لا يتصور فيهما بقاء حق الشرط كي يقبل الإسقاط، أما الأول؛ فلاستيفاء الحق بالشرط، وأما الثاني؛ فلا أنه إن كان الوصف موجوداً فهو، وإلا فلا معنى لوجوب الوفاء

وقد يستثنى من ذلك ما كان حقاً لغير المشروط له [١] كالعتق. فإنّ المصرّح به في كلام جماعة كالعلامة وولده والشّهيدين وغيرهم عدم سقوطه بإسقاط المشروط له، قال في التذكرة: الاقوى عندي أنّ العتق المشروط اجتمع فيه حقوق حقّ الله وحقّ للبائع وحقّ للعبد، ثمّ استقرّت بناءً على ما ذكره مطالبة العبد بالعتق لو امتنع المشتري. وفي الايضاح الاقوى أنّه حقّ للبائع والله تعالى، فلا يسقط بالإسقاط، انتهى.

وفي الدّروس لو أسقط البائع الشرط جاز الّا العتق لتعلّق حقّ العبد وحقّ الله تعالى به، انتهى.

وفي جامع المقاصد: إنّ التّحقيق أنّ العتق فيه معنى القرية والعبادة وهو حقّ الله تعالى وزوال الحجر وهو حقّ للعبد، وفوات المالية على الوجه المخصوص للقرية وهو حقّ للبائع، انتهى.

اقول أمّا كونه حقّاً للبائع من حيث تعلّق غرضه بوقوع هذا الامر المطلوب

فلا محالة يسقط حق الشرط ولا بقاء له، فمورده شرط الفعل.

وعليه فإن قلنا بصيرورة الفعل المشروط ملكاً للمشروط له لا معنى لإسقاطه أيضاً؛ لأنّ مورده الحقوق لا الأملاك، وإن قلنا بأنه يصير متعلّق الحق فهو قابل للإسقاط، ولو أسقطه لا يجب الوفاء بالشرط.

[١] صرّح جماعة منهم العلامة في التذكرة وولده في الايضاح، والشّهيدين والمحقق الثاني وغيرهم أنّه يستثنى من جواز إسقاط حق الشرط، شرط ما يكون حقّاً لغير المشروط له، ومثلاً له بالعتق، وقالوا: إنه لا يسقط بالإسقاط.

محصل الكلام أنّه لا إشكال في أنّه لو كان حقّاً لغير المشروط له أيضاً في عرض حقه لا يسقط بإسقاط المشروط له؛ إذ لكلّ ذي حق إسقاط حقه لا لغيره والمشروط له بالإضافة الى حقّ من له الحق أجنبي.

وعليه فإن كان حقّان سقط حق المشروط له وبقي حق صاحبه، وإن كان حقّ واحد قائم باثنين لم يسقط بإسقاط واحد منها، ويتوقّف سقوطه على توافقهما على

للشَّارِع، فهو واضح. وأمَّا كونه حقًّا للعبد، فإنَّه ان اريد به مجرد انتفاعه بذلك، فهذا لا يقتضي سلطنة له على المشتري، [١] بل هو متفرِّع على حقِّ البائع دائر معه وجوداً وعدمًا [٢] وان اريد ثبوت حقِّ على المشتري يوجب السلطنة على المطالبة، فلا دليل عليه ودليل الوفاء لا يوجب الاتِّبوت الحقَّ للبائع.

وبالجملة فاشتراط عتق العبد، ليس الاكاشترط ان يبيع المبيع من زيد بأدون من ثمن المثل او يتصدَّق به عليه، ولم يذكر احد أنَّ لزيد المطالبة، وممَّا ذكر يظهر الكلام في ثبوت حقِّ الله تعالى، فإنَّه ان اريد به مجرد وجوبه عليه، لأنَّه وفاء بما شرط العباد بعضهم لبعض، فهذا جار في كلِّ شرط ولا يتنافي ذلك سقوط الشروط بالاسقاط، وان اريد ما عدا ذلك من حيث كون العتق مطلوباً لله، كما ذكره جامع المقاصد، ففيه انَّ مجرد المطويَّة اذا لم يبلغ حدَّ الوجوب لا يوجب الحقَّ لله على وجه يلزم به الحاكم ولا وجوب هنا من غير جهة وجوب الوفاء بشروط العباد والقيام بحقوقهم. وقد عرفت أنَّ المطلوب غير هذا، فافهم

الإسقاط، وأن كان حق غيره في طول حقه فللمشروط له إسقاط حقه، ومع سقوطه يرتفع موضوع حق صاحبه، هذا كله مما لا كلام فيه.

إنَّما الكلام في الصغرى، وقد مثلوا لما اذا كان الشرط متعلقاً لحق غير المشروط له: بالعتق، بدعوى: أنه بشرطه يثبت حق للبائع لكونه المشروط له، وللعبد، والله تعالى، ولذا ذهب المصنف وولده والشهيدان الى أنه لا يسقط بإسقاط المشروط له.

لا كلام في أنه حق للبائع

واما كونه حقًّا للعبد فأجاب عنه المصنف رحمته الله بجوابين:

[١] احدهما: أنَّ انتفاع الغير بالعمل غير سلطنته على المشتري

[٢] ثانيهما: أنَّ حق العبد على فرض تسليم كونه حقًّا إنَّما يكون موضوعه حق

البائع فيسقط بإسقاطه.

وأما كونه حقًّا لله تعالى إمَّا لكونه واجبا او لأجل كونه تعدياً.

وتقريب الأول: أنَّ الفعل إذا وجب يخرج زمام أمره عن يد المكلف ويكون

السابعة: قد عرفت أنّ الشرط من حيث هو شرط لا يقسط عليه الثمن عند انكشاف التخلف [١] على المشهور، لعدم الدليل عليه بعد عدم دلالة العقد عرفاً على مقابلة أحد العوضين الآخر، والشرع لم يزد على ذلك إذ امره بالوفاء بذلك المدلول العرفي فتخلف الشرط لا يقدر في تملك كل منها لتمام العوضين، هذا ولكن قد يكون الشرط

بيد الله تعالى، وهذا هو معنى الحقيقة والملكية.

وتقريب الثاني: أنّ معنى التعبدية تعين العمل لله تعالى، وذلك فرع استحقاقه له دون غيره.

ويرد على الأول: أولاً النقض بجميع الشروط؛ فإنها يجب الوفاء بها. وثانياً: أنّ الإيجاب لا يقتضي الملكية الاعتبارية أو الحق الاعتباري، بل هو موجب لخروج زمام الأمر عن يد المكلف تشريعاً، وهذا غير كونه متعلقاً لحقه تعالى. ثم على تقدير كونه حقاً لله تعالى يمكن أن يقال: إنه في موضوع ثبوت حق البائع، فلو أسقطه يسقط هو أيضاً.

لو شرط قدراً معيناً فتبين الاختلاف

[١] السابعة: قد عرفت مما ذكرناه من أن الشرط التزام في ضمن التزام، أنه لا يقسط عليه الثمن؛ لكونه في مقابل الثمن والشرط خارج عنها. ولكن قد يكون الشرط قدراً معيناً من المبيع فيتبين الخلاف من حيث الكم وتفصيل ذلك ما ذكره العلامة في التبصرة

قال: ولو شرط مقداراً فنقص تخير المشتري بين الرد والامساك بالقسط من الثمن سواء كانت أجزاءه متساوية أو مختلفة، فإن أخذ بالقسط تخير البائع، ولو أخذه بالجميع فلا خيار، ولو زاد متساوي الأجزاء أخذ البائع الزائد فيتخير المشتري حينئذ ولو زاد

تضمن المبيع لما هو جزء له حقيقة بأن يشتري مركباً ويشترط كونه كذا وكذا جزء كان يقول بعتك هذا الأرض أو الثوب أو الصبرة على أن يكون كذا ذراعاً أو صاعاً، فقد جعل الشرط تركبته من أجزاء معينة، [١] فهل يلاحظ حينئذ جانب القيدية ويقال إن المبيع هو العين الشخصية المتصفة بوصف كونه كذا جزء، فالمتخلف هو قيد من قيود العين كالكتابة ونحوها في العبد لا يوجب فواتها إلا خياراً بين الفسخ والامضاء بتمام الثمن، أو يلاحظ جانب الجزئية، فإن المذكور وإن كان بصورة القيد إلا أن منشأ انتراعه هو وجود الجزء الزائد وعدمه، فالمبيع في الحقيقة هو كذا وكذا جزءاً إلا أنه عبر عنه بهذه العبارة كما لو أخبر بوزن المبيع المعين، فباعه اعتماداً على إخباره، فإن وقوع البيع على العين الشخصية لا يوجب عدم تقسيط الثمن على الفاتئ.

وبالجملة فالفاتئ عرفاً وفي الحقيقة هو الجزء وإن كان بصورة الشرط، فلا يجري فيه ما مر من عدم التقابل إلا بين نفس العوضين، ولأجل ما ذكرنا وقع الخلاف فيما لو باع

المختلف فالوجه البطلان.

[١] وقال المصنف في المتن: ولكن قد يكون الشرط تضمن المبيع لما هو جزء له حقيقة - إلى أن قال - فقد جعل الشرط تركبته من أجزاء معينة. انتهى.
فالكلام في ذلك إنما هو في أنه هل يلاحظ جانب القيدية، فلا يقسط عليه الثمن أم يلاحظ جانب الجزئية فيقسط الثمن على الفاتئ؟

وقبل بيان ما هو الحق في المقام ينبغي تقديم أمرين:
الأول: أن ما يؤخذ شرطاً في المعاملة على أقسام:
أحدها: الشروط الخارجية كخياطة الثوب ونحوها، أو ملكية شيء آخر وشبهها
مما هو من قبيل شرط النتيجة.

ثانيها: ما يكون من قبيل الأوصاف لأحد العوضين.
ثالثها: ما يكون من قبيل كمية الأشياء ومقاديرها.
لا إشكال في أن ما كان من قبيل الأول لا يقسط عليه الثمن؛ لما مر.

ارضاً على أنّها جربان معيّنة، او صبرة على أنّها اصوع معيّنة، وتفصيل ذلك العنوان الذي ذكره في التذكرة بقوله لو باع شيئاً وشرط فيه قدراً معيناً فتيين الاختلاف من حيث الكم،

وأما القسم الثاني فما كان منه من قبيل الأوصاف العرضية ككون العبد كاتباً كذلك، وأما ما كان من قبيل الصورة الجوهرية التي بها شيئية الأشياء ومالياتها وتقع متعلقة للأغراض أولاً وبالذات وتبذل الأعواض بإزائها كحمارية الحمار وذهبية الذهب ونحوها، فتخلّفها يوجب بطلان العقد؛ لتقوم حقيقة المعاملة بها، ومع انتفاؤها لا معاملة، والسرّ فيه: أنّ المادة الهولائية من حيث هي ليست بمال ولا يبذل بإزائها العوض؛ وإنما الكلام وقع في القسم الثالث لأجل أنّ فيه جهتين: جهة الوصفية من حيث إفادته لكون العين الشخصية متصفة بوصف كونها كذا جزء، وجهة ذاتية؛ لأنّه يوجب اختلاف تلك الصورة الجوهرية زيادة ونقيصة.

الثاني: أنّ ظاهر ماعنونه المصنف رحمته الله في بادي النظر: النزاع في المقام في أنّ شرط تضمن المبيع لما هو جزء له حقيقة الذي بحسب جعل المتعاملين وقصدهما من قبيل الشرط هل له خصوصية من بين سائر الشروط وبلحاظها حكم عليه شرعاً بترتيب آثار الجزئية، أو لا خصوصية له.

وهذا غير تام؛ فإنّ لازم القول بأنّ له خصوصية إلغاء معاوضة المتعاملين والتعبد بمعاوضة أخرى وهو كما ترى،

بل النزاع في المقام في أنّ المبيع بحسب بناء المتعاملين هل هو المشروط، أي الأرض الشخصية مثلاً، وحال شرط المقدار حال غيره من الشروط، أو لو حظ المقابلة بالقياس اليه في المعاملة؟ والقائل بالتقسيط يقول بالثاني، ومآل كلام المصنف رحمته الله الى ذلك.

إذا عرفت هذين الأمرين فاعلم أنّ المبيع تارة يكون متساوي الأجزاء وأخرى مختلفها، وكلّ منهما إمّا يتبين النقص فيه وإمّا أن يتبين الزيادة فيه، فالأقسام أربعة كما ذكره العلامة في التبصرة، والمصنف في المتن

فاقسامه اربعة [١] لانه اما ان يكون مختلف الاجزاء او متفقها، وعلى التقديرين فاما ان يزيد واما ان ينقص، فالأول تبين النقص في متساوي الأجزاء، ولا إشكال في الخيار واما الاشكال والخلاف في ان له الامضاء، بحصة من الثمن او ليس له الامضاء الا بتمام الثمن فالمشهور، كما عن غاية المرام هو الاول. وقد حكى عن المبسوط والشرائع وجملة من كتب العلامة والدروس والتنقيح والروضة وظاهر السرائر وايضاح النافع حيث اختاروا ذلك في مختلف الاجزاء، فيكون كذلك في متساوي الاجزاء بطريق اولي

ويظهر من استدلال بعضهم على الحكم في مختلف الأجزاء كونه في متساوي الأجزاء مفروغاً عنه.

وعن مجمع البرهان: انه ظاهر القوانين الشرعية، ووجهه مضافاً الى فحوى الرواية الآتية في القسم الثاني ما اشرنا اليه من ان كون المبيع الشخصي بذلك المقدار

[١] قال فاقسامه اربعة

أحدها: ما اذا كان المبيع متساوي الأجزاء وتبين النقص فيه، والمشهور على ما نسب اليهم على تقسيط الثمن.

وعن جملة من الأساطين العدم.

والأظهر: هو الأول؛ فإن ظاهر أخذ شيء شرطاً وإن كان عدم جعل شيء من العوض بإزائه إلا أن الارتكاز العرفي في شرط المقدار والكية بخلاف ذلك، وهذا الارتكاز العرفي قرينة صارفة عن هذا الظهور فقول البائع: بعتك هذه الأرض بشرط أن تكون جربان معينة بكذا درهم؛ في قوة: بعتك كل جريب بكذا. فعند التخلف يرجع مقدار من الثمن.

ويشهد لذلك: مضافاً الى أنه مقتضى القاعدة

خبر عمر بن حنظلة عن الامام الصادق عليه السلام في رجل باع أرضاً على أنها عشرة أجربة فاشتري المشتري ذلك منه بمحدوده ونقد الثمن ووقع صفقة البيع وافترقا، فلما مسح الأرض اذا هي خمسة أجربة، قال: ان شاء استرجع فضل ماله وأخذ الأرض، وإن شاء رد البيع وأخذ ماله كله إلا ان يكون

وان كان بصورة الشرط، إلا أن مرجعه الى كون المبيع هذا القدر، كما لو كالا طعماً، فاشتره فتبين الغلط في الكيل، ولا يرتاب اهل العرف في مقابلة الثمن لمجموع المقدار المعين المشترط هنا، خلافاً لصريح القواعد ومحكي الايضاح، وقوّاه في محكي حواشي الشهيد والميسية والكفاية، واستوجهه في المسالك ويظهر من جامع المقاصد ايضاً، لأن المبيع هو الموجود الخارجي كائنا ما كان. غاية الامر أنه التزم ان يكون بمقدار معين وهو وصف غير موجود في المبيع، [١] فوجب الخيار كالكتابة المفقودة في العبد

له الى جنب ملك الأرض ايضاً أرضون فليؤخذ ويكون البيع لازماً له، وعليه الوفاء بتمام البيع، فإن لم يكن له في ذلك المكان غير الذي باع فإن شاء المشتري أخذ الأرض واسترجع فضل ماله، وإن شاء ردّ الأرض وأخذ المال كله. (١) الذي احتج به الشيخ في محكي النهاية.

ومورده وإن كان هي الأرض وهي قيمة والقيمي ما لا يتساوى أجزاؤه في القيمة إلا أنه اذا ثبت ذلك في مختلف الأجزاء يثبت في متساويها بالأولية؛ لاختصاص مختلف الأجزاء ببعض الإشكالات على ما سيمر عليك. وقد استدللّ للثاني بوجهين:

[١] أحدهما: ما عن جامع المقاصد وهو: أن المبيع المقابل بمجموع الثمن هو الموجود المعين، غاية ما هناك أنه لا يعلم بالنقصان فهو من فوات الوصف. وفيه: أن المبيع وإن كان هو الموجود الخارجي إلا أنه من جهة كونه متكماً بكم خاص كما لو اشتراه بما هو كذلك.

ثانيهما: ما عن الجواهر، وحاصله: أن العين الشخصية لا تزيد ولا تنقص، وقد جعلت مبيعاً، فلا محالة كل مقدار أخذ فيه فهو من باب اشتراط الوصف الذي لا شأن له في المبيع، بل أثره الخيار عند التخلف.

وفيه: أن العين الشخصية لا تزيد ولا تنقص بحسب الوجود الخارجي إلا أنها تزيد وتنقص بحسب فرض المتعاملين، ومفروضها هو المتكّم بكم خاص.

وليس مقابل الثمن نفس ذلك المقدار الا أنه غير موجود في الخارج، مع أن مقتضى تعارض الاشارة والوصف غالباً ترجيح الاشارة عرفاً، فإرجاع قوله بعتك هذه الصبرة على أنه عشرة اصوع، الى قوله بعتك عشرة اصوع موجودة في هذا المكان تكلف. والجواب أن كونه من قبيل الشرط مسلّم الا أن الكبرى وهي أن كلّ شرط لا يوزع عليه الثمن ممنوعة، [١] لأنّ المستند في عدم التوزيع عدم المقابلة عرفاً، والعرف حاكم في هذا الشرط بالمقابلة، فتأمل.

الثاني: تبين الثقص في مختلف الاجزاء، [٢] والاقوى فيه ما ذكر من التّقسيت مع الامضاء وفاقاً للاكثر، لما ذكر سابقاً من قضاء العرف بكون ما انتزع منه الشرط جزء من المبيع، مضافاً الى خبر ابن حنظلة رجل باع ارضاً على أنها عشرة اجربة، فاشترى المشتري منه بمحدوده ونقد الثمن. ووقع صفقة البيع وافتراقاً، فلما مسح الأرض فإذا هي خمسة اجربة

[١] قوله الان الكبرى وهي ان كل شرط لا يوزع عليها الثمن ممنوعة لا سبيل الى منعها بعد كون حقيقة الشرط تعليق الالتزام بالوفاء بالعقد على شيء فالاولى هو التعليل بما حققناه فراجع.

[٢] ثانيها: ما اذا كان المبيع مختلف الاجزاء وتبين النقص فيه، والكلام في وجه التقسيت ما تقدم.

وقد استدلل على عدم التقسيت فيه: مضافاً الى ما مرّ - بوجوه:

الأول: ما عن الإيضاح، وحاصله: أن الفأنت بما أنه لا تحقّق له ولا مماثل لا يكون له تعيّن وجودي ولا تعين طبعي كما في متساوي الأجزاء، فيستحيل تقويمه، وما يستحيل تقويمه يستحيل تقسيت الثمن عليه، ففواته كفوات صفة كمال.

وفيه: أن الفأنت وإن كان لا تعيّن له واقعاً إلا أنه جعل جزء مما فيه الجيّد والرديء في المعاملة، وحيث أنه ليس فيلقي من الثمن بذلك المقدار، مثلاً: اذا بيع الأرض المختلفة الأجزاء بالسهولة والحزونة على أنها عشرة أذرع، فتبين أنها خمسة أذرع، فالفأنت خمسة أذرع، وقيمتها معلومة معيّنة فكيف يستحيل تقويمه!؟

قال: فإن شاء استرجع فضل ماله واخذ الأرض وان شاء ردّ المبيع واخذ المال كله، إلا أن يكون له الى جنب تلك الأرض ارضون فليوفه، ويكون البيع لازماً، فإن لم يكن له في ذلك المكان غير الذي باع، فإن شاء المشتري اخذ الأرض واسترجع فضل ماله وان شاء ردّ الأرض واخذ المال كله، الخبر. ولا بأس باشتاله على حكم مخالف للقواعد، لأن غاية الامر على فرض عدم امكان ارجاعه اليها، ومخالفة ظاهره للاجماع طرح ذيله الغير المسقط لصدوره عن الاحتجاج.

خلافاً للمحكّي عن المبسوط، وجميع من قال في الصّورة الاولى بعدم التّقسيط لما ذكر هناك من كون المبيع عيناً خارجياً لا يزيد ولا ينقص، لوجود الشرط وعدمه، والشرط التزام من البائع بكون تلك العين بذلك المقدار، كما لو اشترط حمل الدابة او مال العبد، فتيب عدمها. وزاد بعض هؤلاء ما فرّق به في المبسوط بين الصّورتين، بأن الفائت هنا لا يعلم قسطه من الثمن، لأن المبيع مختلف الاجزاء، فلا يمكن قسمته على عدد الجربان. [١]

[١] الثاني: ما عن المبسوط، وحاصله: ان الفائت هنا لا يعلم قسطه من الثمن؛ لأنّ المبيع مختلف الأجزاء فلا يمكن قسمته على عدد الجربان.

وفيه أولاً: ما تقدم من أنّ الفائت جزء معين من الممتزج من الجيد والردّي، مثلاً: إذا كان نصفه ناقصاً يؤخذ من الثمن نصفه وهكذا.

وثانياً: أنه إذا كان قيمة الأجزاء مختلفة لا بدّ وأن يعيّن أنّ مقدار منها من الجيد وأيّاً منها من الردّي حفظاً من الفرر، وعليه فالفائت يكون معلوماً قسطه، وهو واضح.

الثالث: أنّ عدم معلومية قسط الفائت من الثمن يوجب جهالة ثمن المبيع في ابتداء العقد مع عدم إمكان العلم به عند الحاجة الى التّقسيط.

وفيه: مضافاً الى ما مرّ - أنّ اللازم معلومية ما يقع مبيعاً وما هو عوض عنه في مرحلة العقد بحسب بناء المتعاملين، لا ما يكون مبيعاً واقعاً وثمناً له كذلك، ولا جهل بما يعتبر العلم فيه فالأظهر هو التّقسيط هناك أيضاً.

وفيه انّ عدم معلومية قسطه [١] لا يوجب عدم استحقاق المشتري ما يستحقّه على تقدير العلم، فيمكن التّخلص بصلح او نحوه، الاّ ان يدّعي استلزام ذلك جهالة ثمن المبيع في ابتداء العقد، مع عدم امكان العلم به عند الحاجة الى التّقييد. وفيه منع عدم المعلومية، [٢] لأنّ الفأنت صفة كون هذه الأرض المعيّنة المشخّصة عشرة اجربة، ويحصل فرضه وان كان المفروض مستحيل الوقوع بتضاعف كلّ جزء من الأرض، لأنّه معنى فرض نفس الخمسة عشرة وفرضه ايضاً بصيرورة ثلاثة منها ثمانية او اربعة تسعة او واحد تسعة او واحد ستّة او غير ذلك، وان كان ممكناً الاّ أنّه لا ينفع مع فرض تساوي قطاع الأرض ومع اختلافها، فظاهر التزام كونها عشرة مع رؤية قطاعها المختلفة او وصفها له يقضي بلزوم كون كلّ جزء منها مضاعفاً على ما هو عليه من الصّفات المريّئة او الموصوفة.

ثمّ انّ المحكيّ عن الشّيخ العمل بذيل الرّواية المذكورة، ونفى عنه البعد في التّدكرة معللاً بأنّ القطعة المجاورة للمبيع اقرب الى المثل من الارش. وفيه مع منع كون نحو الارض مثلياً أنّ الفأنت لم يقع المعاوضة عليه في ابتداء العقد، وقسطه من الثمن باق في ملك المشتري، وليس مضموناً على البائع، حتّى يقدم مثله على قيمته. واما الشّيخ رحمته فالظاهر استناده في ذلك الى الرواية

[١] قوله وفيه ان عدم معلومية قسطه

عبارات نسخ الكتاب في المقام مختلفة ففي بعضها هكذا وفي بعضها وفيه مضافا الى ان عدم معلومية الخ - وعلى الثاني فقله بعد سطر ونصف.

[٢] وفيه منع عدم المعلومية

يكون غلطا والصحيح الغاء لفظة وفيه - وكيف كان

فحصل جوابه الاول ان جهالة القسط لا تقتضي ذهاب حق المشتري الا ان يقال برجوع الجهالة حينئذ الى جهالة الثمن فالمعاملة باطلة رأسا وحاصل - جوابه الثاني انه ان كان الارض متساوية الاجزاء قيمة يفرض كل جزء من الارض المشتراة على انها عشرة اجربة فانكشف انها خمسة جزئين - وان كانت مختلفة الاجزاء يؤخذ المقدار الناقص بوصف الموجود قيمة وكيفية.

الثالث: ان يتبين الزيادة عما شرط على البائع [١] فإن دلت القرينة على ان المراد اشتراط بلوغه بهذا المقدار لا بشرط عدم الزيادة، فالظاهر ان الكل للمشتري. [٢] ولا خيار، وان اريد ظاهره وهو كونه شرطاً للبائع من حيث عدم الزيادة وعليه من حيث عدم النقيصة، ففي كون الزيادة للبائع وتخير المشتري للشركة او تخير البائع بين الفسخ والاجازة لمجموع الشيء بالثمن وجهان: من ان مقتضى ما تقدم من ان اشتراط بلوغ المقدار المعين بمنزلة تعلق البيع به، فهو شرط صورة وله حكم الجزء عرفاً ان اشتراط عدم الزيادة على المقدار هنا بمنزلة الاستثناء واخراج الزائد عن المبيع ومن الفرق بينهما بأن اشتراط عدم الزيادة شرط عرفاً، وليس بمنزلة الاستثناء، فتخلّفه لا يوجب الا الخيار،

[١] ثالثها: ما اذا كان المبيع متساوي الأجزاء، وتبين الزيادة، والكلام فيه في

موردين:

الأول: في حكم الزيادة وأنها للبائع أو المشتري.

الثاني: في الخيار، وأنه لهما أو لأحدهما.

أما الأول: فإن دلت القرينة على أن المراد اشتراط بلوغه بهذا المقدار لا بشرط عدم الزيادة، ففي المتن:

[٢] فالظاهر أن الكل للمشتري،

ولكن الظاهر بطلان البيع حينئذٍ للغرر،

وإن كان عدم الزيادة شرطاً فإن كان المبيع هو الموجود الخارجي وأخذ عدم

الزيادة شرطاً بحسب بناء المتعاملين كان الزائد للمشتري،

وإن كان المبيع هو المتكّم بكم خاص بقي الزائد في ملك البائع، والارتكاز العرفي

مساعد مع الثاني.

وأما الثاني فعلى التقدير الأول فإن كان الشرط من المشتري كان الخيار له، وإن كان

من البائع ثبت له، وعلى التقدير الثاني كان الخيار للمشتري من جهة عيب الشركة.

ولعلّ هذا اظهر [١] مضافاً الى إمكان الفرق بين الزيادة والتقيصة، مع اشتراكهما في كون مقتضى القاعدة فيهما كونهما من تخلف الوصف لا نقص الجزء او زيادته بورود النص المتقدم في التقيصة، ويبقى الزيادة على مقتضى الضابطة، ولذا اختار الاحتمال الثاني، بعض من قال بالتقسيط في اطراف التقيصة، وقد يحكى عن المبسوط القول بالبطلان هنا لأنّ البائع لم يقصد بيع الزائد [٢] والمشتري لم يقصد شراء البعض وفيه تأمل.

الرابع: ان يتبين في مختلف الاجزاء وحكمه يعلم ممّا ذكرنا. [٣]

القول في حكم الشرط الفاسد والكلام فيه يقع في امور: [٤]

الأول: أنّ الشرط الفاسد لا تأمل في عدم وجوب الوفاء به، [٥]

[١] قوله ولعلّ هذا اظهر

فيه منع بل المقامان من واد واحد فكما ان هناك قلنا، بان ظاهر الشرطية عدم جعل شيء بازاء الشرط، الا انه في شرط الكم قرينة كلية صارفة، وعليه بنينا على التقسيط كذلك لا بد من القول به هنا بلا تفاوت.

[٢] قوله لان البائع لم يقصد بيع الزائد

حاصله عدم التطابق بين الايجاب والقبول فان البائع قاصد للاستثناء والمشتري قاصد للشرط

وفيه: انه ان كان ظهور الكلام في قصد البائع الاستثناء يكون بالنسبة الى المشتري ايضا كذلك كما انه لو كان ظاهرا في ارادة الشرط فبالنسبة الى كل منهما هكذا.

[٣] وبما ذكرناه ظهر الحال في القسم الرابع، وهو ما اذا تبينّت الزيادة في مختلف الأجزاء؛ إذ حاله من جميع جهات الكلام حال القسم الثالث.

حكم الشرط الفاسد

[٤] القول في أحكام الشرط الفاسد، وفيه مسائل:

[٥] الأولى: لا يجب الوفاء به؛ لأنّ فساد الشرط لا محالة يكون لانتفاء أحد

بل هو داخل في الوعيد، فإن كان العمل به مشروعاً استحَبَّ الوفاء به على القول بعدم فساد أصل العقد، [١]

الأمر المذكورة المعتبر بعضها في أصل كونه شرطاً، وبعضها في صحته، فلا كلام في عدم وجوب الوفاء به من حيث إنَّه شرط؛ لأنَّ معنى فساده عدم ترتب حكمه عليه. وهل يترتب عليه حكم الوعد أم لا؟ أقوال.

أحدها: أنَّه وعد يترتب عليه حكمه.

ثانيها: ما عن المحقق النائيني رحمته الله وهو أنه لا يترتب عليه ذلك.

[١] ثالثها: ما في المكاسب وهو ترتبه على القول بعدم فساد أصل العقد.

والأظهر هو الأول؛ فإنه إنشاء التزام بشيء فهو وعد.

واستدل للثاني؛ بأنَّ الوعد إخبار فلا ربط له بباب الشروط التي هي من مقولة الإنشاء.

وفيه: ما تقدم في الجزء الثاني من هذا الشرح في مبحث الكذب أنَّ الوعد ربما يكون إخباراً، وربما يكون إنشاءً كما إذا قال المولى لعبده: إذا فعلت الفعل الفلاني أعطيتك درهماً؛ فلا يكون الوعد مقابلاً للإنشاء.

واستدل للثالث بأنَّ الشرط في ضمن العقد وعد مقيد لا مطلق قيد بصحة العقد.

وفيه أنَّ العقد مقيد به لا هو بالعقد، بل هو مطلق، غاية الأمر إنشاء في ضمن إنشاء العقد.

وانما المهم في المقام بيان أنَّ الشرط الفاسد مفسد للعقد أم لا؟

والكلام فيه في موردين:

الأول: في تعيين محل النزاع وبيان الأقوال.

أما الأول فإن كان فساد الشرط موجباً لاختلاف العقد نفسه كالشرط المنافي

لمقتضى العقد بطل العقد بلا كلام، وليس هو محل النزاع،

كما أنه لا كلام في البطلان إذا كان فساده موجباً لاختلال شيء من الأمور المعتبرة

في العوضين، كما لو اشترط وجود وصف مجهول في أحد العوضين

ولا تأمل ايضاً في أنّ الشرط الفاسد لأجل الجهالة، يفسد العقد، [٢] لرجوع الجهالة فيه الى جهالة احد العوضين، فيكون البيع غرراً، وكذا لو كان الاشتراط موجباً لمحدور آخر في اصل البيع، كاشتراط بيع المبيع من البائع. ثانياً: لأنّه موجب للذور، او لعدم القصد الى البيع الاول، او للتعبّد من اجل الاجماع او النص، وكاشتراط جعل الخشب المبيع صنماً، لأنّ المعاملة على هذا الوجه اكل للمال بالباطل ولبعض الاخبار، وانما الاشكال فيما كان فساد لا لامر مغلّ بالعقد. فهل يكون مجرّد فساد الشرط موجباً لفساد العقد ام يبقى العقد على الصّحة؟ قولان: حكى اوّلها عن الشّيخ والاسكافي وابن البرّاج وابن سعيد، وثانيهما للعلامة والشّهيدين والمحقّق الثاني وجماعة ممّن تبعهم.

وظاهر ابن زهرة في الغنية التّفصيل بين الشرط الغير المقدور كصيرورة الزّرع سنبلأً والبسر تماً، وبين غيره من الشّروط الفاسدة، فادّعى في الأوّل عدم الخلاف في الفساد والافساد

أو احدائه فيه فإنّه يوجب الجهالة فيهما.

والى هذا نظر المصنف حيث قال:

[١] ولا تأمل أيضاً في أنّ الشرط الفاسد لأجل الجهالة يفسد العقد؛ لرجوع الجهالة فيه الى جهالة أحد العوضين، وإلّا فشرط ما هو أجنبي عنهما لا يوجب الجهالة فيهما،

أو اشترط أمراً غير مقدور موجباً لتعذر تسليم أحد العوضين، كما لو بيع الزرع بشرط أن يجعل سنبلأً. وأما إذا اشترط أمراً غير مقدور لا ربط له بالعوضين كما لو باع الثوب بشرط أن يجعل الزرع سنبلأً فهو داخل في محلّ الكلام

أو اشترط شرطاً واجب سلب المالية عن أحد العوضين، كما لو باع الخشب بشرط أن يجعله صنماً، فإنّ مرجع هذا الشرط الى حصر المنافع في الحرّمة وسلب المحلّة منه، فيوجب سلب المنفعة والخروج عن المالية؛ إذ المنافع المحلّة لا يجوز استيفاؤها للشرط والمنافع الحرّمة سلبها الشارع عنه، فيخرج عن كونه مالاً فأكل المال على هذا الوجه أكل للمال بالباطل، كما صرح به المصنف

ومقتضى التأمل في كلامه أنّ الوجه في ذلك صيرورة المبيع غير مقدور على تسليمه، ولو صحّ ما ذكره من الوجه خرج هذا القسم من الفاسد عن محلّ الخلاف، لرجوعه كالشرط المجهول الى ما يوجب اختلال بعض شروط العوضين، لكنّ صريح العلامة في التذكرة: وقوع الخلاف في الشرط الغير المقدور، ومثّل بالمثاليين المذكورين ونسب القول بصحّة العقد الى بعض علمائنا، والحقّ أنّ الشرط الغير المقدور من حيث هو غير مقدور لا يوجب تعذّر التسليم في احد العوضين. نعم لو اوجبه فهو خارج عن محلّ النزاع كالشرط المجهول حيث يوجب كون المشروط ببيع الغرر، وربّما ينسب الى ابن المتوجّج البحراني التفصيل بين الفاسد لأجل عدم تعلق غرض مقصود للعقلاء به، فلا يوجب فساد العقد، كأكل طعام بعينه او لبس ثوب كذلك وبين غيره. وقد تقدّم في اشتراط كون الشرط ممّا يتعلّق به غرض مقصود للعقلاء به فلا يوجب فساد العقد كاكل طعام بعينه او ليس ثوب كذلك وبين غيره وقد تقدم في اشتراط كون الشرط ممّا يتعلّق به غرض مقصود

وأما اذا لم يكن مخلاً بالعقد ولا بالعوضين كما، لو اشترط ما لا يسوغ او عدم العتق أو عدم وطء الأمة ممّا يبطل الشرط ففيه أقوال:

الأول: ما عن الشيخ الطوسي والا سكاني وابني سعيد والبراج، وهو: عدم إفساده للبيع

الثاني: ما عن أجلة المتأخرين، كالعلامة في بعض كتبه والشهيدين والمحقق الثاني وغيرهم وهو الإفساد، وقوّاه العلامة في التبصرة قال: وفي ابطال البيع به وجه قوي. ولا يخفى أنّ المصنف نسب الى المتقدمين من الأصحاب بعكس ما ذكرناه، ولعلّه سهو من قلمه الشريف،

والأولون على قولين: الصحة مع الخيار، وبدونه.

وأما التفصيل المنسوب الى ابن زهرة وهو التفصيل بين الشرط غير المقدور كصيرورة الزرع سنبلاً وبين غيره من الشروط الفاسدة، فالظاهر عدم كونه تفصيلاً في ما هو محلّ النزاع: لرجوع القسم الأوّل في كلامه الى ما يوجب خللاً في شروط أحد العوضين الذي عرفت خروجه عن محلّ النزاع، وكيف كان فيشهد للصحة وعدم الإفساد:

للعقلاء عن التذكّرة وغيرها، أنّ هذا الشرط لغو لا يؤثّر الخيار والخلاف في أنّ اشتراط الكفر صحيح أم لا؟ وعدم الخلاف ظاهراً في لغوية اشتراط كيل المسلم فيه بمكيال شيعي معين.

وظاهر ذلك كلّ التّسالم على صحّة العقد ولو مع لغوية الشرط، ويؤيّد الاتفاق على عدم الفساد استدلال القائلين بالافساد بأنّ للشرط قسماً من الثمن، فيصير الثمن مع فساد الشرط مجهولاً. نعم استدلالهم الآخر على الافساد بعدم التراضي مع انتفاء الشرط، ربما يؤيّد عموم محلّ الكلام، لهذا الشرط إلّا أنّ التّهميد من ثمن استدلال بهذا الوجه، وصرّح بلغوية اشتراط الكفر والجهل بالعبادات، بحيث يظهر منه صحّة العقد فراجع، وكيف كان، فالقول بالصّحة في أصل المسألة لا يخلو عن قوّة، وفاقاً لمن تقدّم لعموم الأدلّة السّالم عن معارضة ما يخصّصه عدا وجوه:

احدها: ما ذكره في المبسوط للمنايعين من أنّ للشرط قسماً من العوض، مجهولاً فإذا سقط لفساده صار العوض مجهولاً. [١]

وفيه بعد النّقص بالشرط الفاسد في النّكاح الذي يكون بمنزلة جزء من الصّدق فيجب على هذا سقوط المسمّى والرّجوع الى مهر المثل. [٢]

العمومات الدّالة على مشروعية المعاملة تأسيساً أو إمضاءً.

وقد استدلل للقول بالفساد بوجوه:

[١] احدها: ما عن الشيخ في المبسوط وهو: أنّ للشرط قسماً من العوض مجهولاً، فإذا سقط لفساده صار العوض مجهولاً.

وأجاب المصنّف رحمته الله عنه بأجوبة أربعة:

[٢] الأول: النقص بالشروط الفاسدة في النكاح المرتبطة بالمهر؛ فإنّهم تسالموا على أنّ فساده لا يوجب فساد عقد المهر الذي يتضمّنه عقد النكاح المنحلّ الى عقدين: إنشاء علاقة الزوجية بين الزوجين وعقد المهر وهو تعين ذاك الأمر الكلي الثابت على الزوج بإزاء تسلّطه على البضع في مقدار معلوم أو في عين معلومة حيث إنّ لازم فساده الرجوع الى مهر المثل، وقد حكموا بصحته، وأنّه يرجع الى المهر المسمّى.

أولاً: منع مقابلة شيء (الشرط بشيء) من العوضين عرفاً ولا شرعاً، [١] لأن مدلول العقد هو وقوع المعاوضة بين الثمن والمثمن، غاية الأمر كون الشرط قيداً لأحدهما يكون له دخل في زيادة العوض ونقصانه، والشرع لم يحكم على هذا العقد إلا بمضائه على النحو الواقع عليه، فلا يقابل الشرط بجزء من العوضين. ولذا لم يكن في فقدته إلا الخيار بين الفسخ والامضاء مجتأناً كما عرفت.

وثانياً: منع جهالة ما بإزاء الشرط من العوض [٢] اذ ليس العوض المنضم الى الشرط والمجرد عنه إلا كالمتصف بوصف الصحة، والمجرد عنه، في كون التفاوت بينهما مضبوطاً في العرف، ولذا حكم العلامة فيما تقدم بوجود الارش لو لم يتحقق العتق المشروط في صحة بيع المملوك، ويلزوم قيمة الصبغ المشروط في بيع الثوب.

وبهذا يظهر أن تطويل الكلام في المقام في أن الشرط الفاسد في النكاح غير المرتبط بالمهر هل يكون مفسداً له أم لا؟ أجني عما هو محل النقض.

[١] الثاني: أنه لا مقابلة بين الشرط وأحد العوضين، وقد تقدم تفصيل القول فيه، وعرفت أن الشرط ليس جزءاً من أحد العوضين ولا قيداً له، وإنما الشرط التزام مستقل قيد الالتزام بالوفاء بالعقد به.

وما أفاده المحقق الايرواني رحمته الله من أن العوض وإن كان لا يقابل القيد ولا التقيد ولكنه مقابل للمقيد بما هو مقيد لاذات المقيد - قد مر جوابه، وعرفت أن المقيد منحل الى ذات المقيد والتقيد، وإذا كان التقيد أمراً انتزاعياً لا يقابل بالمال كان المقابل للعوض لا محالة ذات المقيد، غاية الأمر القيد يصير داعياً الى بذل المال في مقابل الذات أزيد مما يبذل لولا القيد.

[٢] الثالث: أنه مع تسليم المقابلة لانسلم الجهالة؛ إذ ليس العوض المنضم الى الشرط والمجرد عنه إلا كالمتصف بوصف الصحة والمجرد عنه في كون التفاوت بينهما مضبوطاً في العرف.

وفيه: أنه مع فرض المقابلة مجرد الانضباط لدى العرف لا يكفي، بل لابد من

وثالثاً: منع كون الجهالة الطّارية على العوض قاذحة، أمّا القادح هو الجهل به عند انشاء العقد. [١]

الثاني : أنّ التراضيّ إنّما وقع على العقد الواقع على النحو الخاصّ، [١] فإذا تعذّر الخصوصية لم يبق التراضيّ، لانتهاء المقيّد بانتفاء القيد، وعدم بقاء الجنس مع ارتفاع الفصل، فالمعاوضة بين الثمن والثمن بدون الشرط معاوضة اخرى، محتاجة الى تراض جديد، وانشاء جديد، وبدونه يكون التصرف اكلاً للمال لاعن تراض، وفيه منع كون ارتباط الشرط بالعقد على وجه يحوج انتفاؤه الى معاوضة جديدة عن تراض جديد، ومجرّد الارتباط لا يقتضى ذلك، كما اذا تبينّ نقص احد العوضين، [٣] او انكشف فقد بعض الصفات المأخوذة في البيع، كالكتابة، والصحة،

المعلومية عند المتبايعين.

[١] الرابع: أنّ اللازم العلم بما هو مبيع وثن في مرحلة البيع والإنشاء، وأما العلم بما يصير مصداقاً للمبيع أو الثمن فلا يكون معتبراً، ولذا في بيع ما يملك وما لا يملك التزمنا بالصحة مع عدم معرفة المبيع والثمن إلّا في مرحلة الإنشاء. وهذا حسن.

[٢] ثانيها: أنّ التراضيّ إنّما وقع على العقد الواقع على النحو الخاصّ، فإذا تعذر الخصوصية لم يبق التراضيّ؛ لانتهاء المقيّد بانتفاء القيد، فالمعاوضة المنشأة عن تراض لم تقع، والمعاوضة بدون الشرط تحتاج الى تراض جديد، وبدونه تكون من قبيل أكل المال بالباطل.

ويُرَدّه: مضافاً الى النقوض المذكورة في المتن منها

[٣] قوله كما اذا تبين نقص احد العوضين

فانه لا يوجب فساد العقد قطعاً بل يقسط الثمن بنسبته ويصح في الباقي وللمشتري الخيار لانتهاء شرط الانضمام وبذلك ظهران مرجعه الى انتفاء الشرط ايضا
فما عن جامع المقاصد من ان الفرق بينه وبين الشرط عسر جدا
في غير محله: فانه عينه كما عرفت.

وكالشروط الفاسدة في عقد النكاح، [١] فإنه

لا خلاف نصاً وفتوى في عدم فساد النكاح بمجرد فساد شرطه المأخوذ فيه. وقد تقدم أن ظاهرهم في الشرط الغير المقصود للعقلاء في السلم وغيره عدم فساد العقد به، وتقدم أيضاً أن ظاهرهم أن الشرط الغير المذكور في العقد لا حكم له صحيحاً كان او فاسداً، [٢] ودعوى أن الاصل في الارتباط هو انتفاء الشيء بانتفاء ما ارتبط به، وبمجرد عدم الانتفاء في بعض الموارد لأجل الدليل لا يوجب التعدي مدفوعة بأن المقصود من بيان الامثلة، أنه لا يستحيل التفكيك بين الشرط والعقد، وأنه ليس التصرف المترتب على العقد بعد انتفاء ما ارتبط به في الموارد المذكورة تصرفاً لا عن تراض جوّزه الشارع تعبداً وقهراً على المتعاقدين، فما هو التوجيه في هذه الامثلة هو التوجيه فيما نحن فيه، ولذا اعترف في جامع المقاصد: بأن في الفرق بين الشرط الفاسد والجزء الفاسد عسراً.

والحاصل أنه يكفي للمستدل بالعمومات منع كون الارتباط مقتضياً لكون العقد بدون الشرط تجارة لا عن تراض، مستنداً الى النقض بهذه الموارد، وحل ذلك أن القيود المأخوذ في المطلوبات العرفية والشرعية:

[١] ومنها قوله وكالشروط الفاسدة في عقد النكاح

نقضه في المقام انما يكون بالشروط الفاسدة، غير المربوطة بعقد المهر، بل بعقد النكاح نفسه - وعدم ابطالها مطلقاً وان لم يكن ثابتاً الا في بعض الموارد اتفق النص^(١) والفتوى على عدم الافساد وهذا يكفي في النقض.

[٢] ومنها قوله وتقدم ايضاً ان ظاهرهم ان الشرط الغير المذكور في العقد لا حكم له صحيحاً كان او فاسداً

يمكن دفع هذا النقض بانه في باب الانشائيات لا يعتنى بالبنائات والالتزامات القلبية ما لم تبرز فهي في حكم العدم فتدبر

وبه يظهر امكان دفع ما قبله - اذ ما لا يكون مقصود للعقلاء لا يكون في الحقيقة قيداً. ان الشرط ان كان من قبيل الصورة النوعية لما وقع عليه العقد لا محالة يكون مقابلاً

منها ما هو ركن المطلوب ككون المبيع حيواناً ناطقاً لا ناهقاً، وكون مطلوب المولى اتيان تنن الشطْب، لا الاصفر الصالح للتأرجيل، ومطلوب الشارع الغسل بالماء للزيارة لاجل التنظيف، فإنَّ العرف يحكم في هذه الامثلة بانتفاء المطلوب لانتهاء هذه القيود، فلا يقوم الحمار مقام العبد، ولا الاصفر مقام التّن، ولا التّيمم مقام الغسل.

ومنها ما ليس كذلك ككون العبد صحيحاً، والتّن جيداً، والغسل بماء الفرات، فإنَّ العرف يحكم في هذه الموارد بكون الفاقد نفس المطلوب، والظاهر أنَّ الشرط من هذا القبيل لا من قبيل الأوّل، فلا يعدّ التصرف الناشئ عن العقد بعد فساد الشرط تصرّفاً لا عن تراض. [١]

نعم غاية الامر أنَّ فوات القيد هنا موجب للخيار لو كان المشروط له جاهلاً بالفساد نظير فوات الجزء والشرط الصحيحين، ولا مانع من التزامه وان لم يظهر منه اثر في كلام القائلين بهذا القول.

لعوض؛ إذ لا يصح المبادلة بين المادة الهیولائیة والفن؛ لأنه لا مالیه لها.

وإن كان من قبيل العوارض الخارجیة فهو خارج عن العقد والمعاوضة، ولا يكون قیداً للبيع ولا لأحد العوضین، بل هو التزام قید الالتزام بالوفاء بالعقد به، فالالتزام البيعي يكون مطلقاً غير معلق وقد تحقّق عن الرضا وطيب النفس بالمعنى المعترف في صحة المعاملة، وقد تقدم تفصيل القول في ذلك.

[١] والظاهر أنَّ هذا مراد المصنف رحمته الله بما ذكره في المقام، لأن يكون مراده ما ذكره

جمع منهم المحقق الخراساني رحمته الله

من أنَّ التقييد يوجب تعدد المطلوب إذا لم يكن القيد مقوماً لحقيقة المبيع ووحدة المطلوب اذا كان مقوماً، بتقريب: أنَّ العقلاء بناؤهم في مقام المعاملة على أخذ ما هو دخیل في أصل الغرض المعاملي بنحو التقويم وعلى أخذ ما لا دخل له في أصل الغرض، بل في مرتبة منه بنحو الشرطية، وفي القسم الثاني حيث لم يتخلف الغرض الأصلي فلا بطلان للبيع بما هو بيع، وحيث تخلف الغرض الاقصى وهو ايضا غرض عقدي معاملي

الثالث: رواية عبد الملك بن عتبة عن الرضا عليه السلام عن الرجل ابتاع منه طعاماً أو متاعاً على أن ليس منه على وضیعة هل يستقيم هذا، وكيف هذا. وما حدّ ذلك، قال لا ينبغي، والظاهر أنّ المراد الحرمة لا الكراهة، كما في المختلف، إذ مع صحة العقد لا وجه لكراهة الوفاء بالوعد. [١]

فيثبت الخيار، وعليه فلا تقيد لأصل الرضا بالبيع فإنه يردّه: أنّ هذا لا يوجب التفاوت بين ما هو الركن وغيره، إذ غير الركن ربما يكون دخيلاً في أصل الغرض. وبالجمله إنّ ذلك ليس أمراً مضبوطاً كي يمكن دعواه في جميع العقود، بل يختلف باختلاف الأغراض والدواعي.

ثالثها: النصوص الخاصة الواردة في المقام. منها: خبر^(١) عبد الملك بن عتبة المذكور في المتن [١] وتقريب الاستدلال على ما في محكي المختلف: أنّ الظاهر إرادة الحرمة لا الكراهة؛ إذ مع صحة العقد لا وجه لكراهة الوفاء بالوعد. توضيحه: أنّ منشأ حرمة العقد أو كراهته هو حرمة الشرط أو كراهته، وحيث إنّ كراهة الشرط لا معنى لها فإنّ ما في ضمن العقد الصحيح وعد يستحب الوفاء به فلا بد من حملة على إرادة الحرمة الوضعية، فيدلّ الخبر على أنّ العقد فاسد؛ لفساد شرطه.

وفيه: إن هذا الخبر لا يصح الاستدلال به؛ لضعفه سنداً ودلالة. أما الأول؛ فلأنّ راوي الخبر عبد الملك بن عتبة الهاشمي الملكي لا الصير في الكوفي الثقة، بقرينة رواية علي بن الحكم عنه، وهو مجهول لم يوثق. وأما الثاني؛ فلو جوه:

أحدها: أنّ الخبر متضمن لسؤالين: أحدهما: السؤال عن صحة البيع بهذا الشرط

ورواية الحسين بن المنذر قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام الرجل يبيعني فيطلب مني العينة فأشتري المتاع لأجله، ثم أبيعه إياه ثم اشتريه منه مكاني، قال: فقال إذا كان هو بالخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبع، وكنت أنت أيضاً بالخيار إن شئت اشتريت وإن شئت لم تشتري فلا بأس، قال: فقلت إن أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسد، ويقولون أنه إن جاء به بعد أشهر صح، قال إنما هذا تقديم وتأخير لا بأس، فإن مفهومه ثبوت البأس إذا لم يكونا أو أحدهما مختاراً في ترك المعاملة الثانية، وعدم الاختيار في تركها إنما يتحقق باشتراط فعلها في ضمن العقد الأول، والآن فلا يلزم عليها، فيصير الحاصل أنه إذا باعه بشرط أن يبيعه منه أو يشتريه منه لم يصح البيع الأول فكذا الثاني، أو لم يصح الثاني لأجل فساد الأول، إذ لا مفسد له غيره.

ثانيهما: السؤال عن صحة الشرط وتسلب المشتري على أخذ الخسارة منه، ومن الجائز رجوع قوله عليه السلام: لا ينبغي إلى الثاني دون الأول، فهو أجني عن المقام ثانيهما: أن لا ينبغي لو لم يكن ظاهراً في الكراهة لا يكون ظاهراً في الحرمة التكليفية أو الوضعية.

ثالثها: أنه لو سلم ظهوره في الحرمة الوضعية أي الفساد، غاية ما يستفاد منه اعتبار عدم هذا الشرط في صحة البيع، وهذا أعم من مفسدية الشرط الفاسد. ثم الربح والخسارة بما أنها تابعان لنفس المال ويستحيل أن يكونا لغير صاحب المال، فإن كان الشرط كون الخسارة على البائع كان شرط أمر غير معقول، وإن كان الشرط تدارك الخسارة فهو معقول لا إشكال فيه، وظاهر الخبر هو الأول. ومنها: ما ورد في بيع العينة، والمشهور فيه ما هو المعهود المتداول بين الناس تخلصاً عن الربا وهو: أن يشتري السلعة بثمن مؤجل ثم يبيعه من بائعها بأقل من هذا الثمن نقداً متبائناً على ذلك قبل العقد،

كخبري الحسين بن المنذر ^(١) وعلى بن جعفر ^(٢) المذكورين في المتن

(١) الوسائل كتاب التجارة باب ٥ من أبواب أحكام العقود حديث ٤.

(٢) الوسائل - باب ٥ - من أبواب العقود حديث ٦.

ورواية علي بن جعفر عن اخيه عليه السلام قال سألته عن رجل باع ثوباً بعشرة دراهم الى اجل، ثم اشتراه بخمسة نقداً يحل، قال: اذا لم يشترطاً ورضياً فلا بأس، ودالاتها اوضح من الاولى.

والجواب اما عن الاولى، فبظهور - لا ينبغي - في الكراهة، ولا مانع من كراهة البيع على هذا النحو من ان البيع صحيح غير مكروه، والوفاء بالشرط مكروه. [١]
واما عن الروايتين، فأولاً: بأن الظاهر من الروايتين بقرينة حكاية فتوى اهل المسجد، على خلاف قول الإمام عليه السلام في الرواية الاولى هو رجوع البأس في المفهوم الى الشراء، ولا ينحصر وجه فسادة في فساد البيع، [٢] لا حتمال ان يكون من جهة عدم الاختيار فيه الناشيء عن التزامه في خارج العقد الاول، فإن العرف لا يفرقون في الزام المشروط عليه بالوفاء بالشرط، بين وقوع الشرط في متن العقد، او في الخارج، فإذا التزم به احدهما في خارج العقد الاول، كان وقوعه للزومه عليه عرفاً فيقع لا عن رضا منه فيفسد.

وتقريب الاستدلال بهما: أنها بالمفهوم يدلان على ثبوت البأس إذا لم يكونا مختارين واشترطوا البيع بالشرط الملزم وهو ما في ضمن العقد.
وعليه فيما يدل على فساد البيع الأول فهو المطلوب، أو يدل على فساد الثاني، وحيث لا منشأ لفساده سوى فساد الأول فيثبت المطلوب،
وفيه: أن البيع المشروط بالشرط المذكور باطل إجماعاً ونصاً، والتزم بالبطان فيه من لم يلتزم بمفسده الشرط الفاسد.

وان شئت قلت: إن البيع محكوم بالفساد لهذا الشرط الذي ليس بفساد في نفسه، وبعبارة أخرى: أن الفساد فيه مختص بالعقد مع صحة شرطه في حد نفسه.

[١] وأجاب المصنف عن الخبر الأول - بما حاصله - أن كراهة البيع وإن لم يكن لها منشأ سوى كراهة الشرط، لكن غاية الأمر كراهة الاشتراط لا العمل بالشرط، ولا منافاة بين كون الاشتراط مكروهاً والعمل بالشرط واجباً أو مستحباً.

[٢] كما أجاب عن الاخيرين بجواب آخر، وهو: أن ظاهر السؤال والجواب خصوصاً بقرينة حكاية فتوى أهل المسجد، هو: رجوع البأس الى الشراء، ولا ينحصر

وثانياً: بأن غاية مدلول الرواية فساد البيع المشروط فيه بيعه عليه ثانياً، وهو ممّا لا خلاف فيه حتّى ممّن قال بعدم فساد العقد بفساد شرطه كالشيخ في المبسوط، فلا يتعدّى منه الى غيره، فلعلّ البطلان فيه للزوم الدّور، كما ذكره العلامة او لعدم قصد البيع، كما ذكره الشهيد^١ او لغير ذلك. بل التحقيق أنّ مسألة اشتراط بيع المبيع خارجة عمّا نحن فيه، لأنّ الفساد ليس لأجل كون نفس الشرط فاسداً، لأنّه في نفسه ليس مخالفاً للكتاب والسّنة، ولا منافياً لمقتضى العقد، بل الفساد في اصل البيع لأجل نفس هذا الاشتراط فيه لا لفساد ما اشترط. وقد اشرنا الى ذلك في أوّل المسألة. ولعلّه لما ذكرنا لم يستند اليها احد في مسألتنا هذه، والحاصل أنّي لم اجد لتخصيص العمومات في هذه المسألة ما يطمئن به النّفس، ويدلّ على الصّحة ايضاً جملة من الاخبار.

وجه فساده في فساد البيع؛ لا حتّال أن يكون وجهه عدم الاختيار فيه الناشئ عن التزامه في خارج العقد الأول؛ إذ أهل العرف لا يفرّقون في إلزام المشروط عليه بالوفاء بالشرط بين الابتدائي منه والواقع في متن العقد، فالشراء صادر بتوهمّ الزوم ومن غير طيب النفس فيفسد.

وفيه: أنّ ذلك لو أوجب عدم الرضا الموجب للفساد لما كان فرق بين الشرط الصحيح والفساد ولا يمكن الالتزام بالفساد فيما اذا كان البيع شرطاً في ضمن عقد يجب الوفاء به.

وحلّ ذلك: أنّ مثل هذا عدم الرضا لا يوجب البطلان، بل الموجب هو الصادر عن غير اختيار أو عن إكراه، فينحصر وجه الفساد في فساد البيع الأول،

مع أنّ حمل الشرط على الخارج عن العقد خلاف الظاهر؛ فإنّه فاسد في نفسه لا من جهة تعلّقه بالبيع الثاني، وظاهرهما كون الفساد لهذه الجهة، فالحقّ ما ذكرناه،

فتحصّل أنّه لا دليل على المفسدية، ومقتضى العمومات الصحة وعدم الافساد.

ويشهد بذلك مضافاً الى العمومات: جملة من النصوص الخاصة.

ومنها ما عن المشايخ الثلاثة في الصحيح عن الحلبي عن الصادق عليه السلام أنه ذكر أن بريرة كانت عند زوج لها وهي مملوكة. فاشتريتها عاتشة فاعتقتها، فخيرها رسول الله ﷺ فقال ان شاءت قعدت عند زوجها، وان شاءت فارقتها، وكان مواليها الذين باعوها اشترطوا على عاتشة أن لهم ولاءها، فقال عليه السلام الولاء لمن اعتق وحملها على الشرط الخارج عن العقد مخالف لتعليل فساد في هذه الرواية إشارة وفي غيرها صراحة بكونه مخالفاً للكتاب والسنة، [١] فالانصاف أن الرواية في غاية الظهور.

ومنها مرسله جميل وصحيحة الحلبي، الأولى عن أحدهما: في الرجل يشتري المارية ويشترط لاهلها أن لا يبيع ولا يهب ولا يرث، قال: يعني بذلك إذا اشترط لهم الآل الميراث، فإن الحكم بوجود الوفاء بالاولين دون الثالث، مع اشتراط الجميع في العقد لا يكون إلا مع عدم فساد العقد بفساد شرطه، [٢] ولو قلنا بمقالة المشهور من فساد اشتراط عدم البيع والهبة

لا خط صحيح الحلبي^(١) المذكور في المتن ومثله صحيح عيص بن القاسم^(٢) وحملها على الشرط الخارج عن العقد خلاف الظاهر [١] قوله مخالف لتعليل فساد في هذه الرواية إشارة وفي غيرها صراحة بكونه مخالفاً للكتاب والسنة

وفيه أن التعليل في غير هذه الرواية لا يجدي وفي هذه الرواية لا تعليل بل قوله عليه السلام الولاء لمن اعتق حكم ابتدائي لا تعليل لفساد الشرط حتى يقال أنه لو كان الشرط في خارج العقد كان التعليل لفساده بعدم مقتضى أولى من التعليل له بوجود المانع - فالأولى أن يقال أن ظاهرها كون الشرط في ضمن العقد.

[٢] قوله فإن الحكم بوجود الوفاء بالاولين دون الثالث مع اشتراط الجميع في العقد... بفساد شرطه

أورد عليه المحقق الأيرواني رحمه الله أن ظاهر الخبر بقرينة قوله إذا اشترط أن الجواب قضيتان عامتان هما بطلان شرط الميراث وصحة الشرطين الآخرين فإذا طبقت على المورد اقتضى بطلان شرط الميراث إذا قيل بالسراية بطلان العقد وإذا بطل العقد بطل الشرطان الآخرين لا تنفاء الموضوع لا لاجل فسادهما في حد أنفسهما.

حتى أنّه حكى عن كاشف الرّموز: أنّي لم اجد عاملاً بهذه الرواية كان الامر بالوفاء محمولاً على الاستحباب، ويتمّ المطلوب ايضاً، [١] ويكون استثناء شرط الارث لأنّ الملك فيه قهري للوارث لامتني لاستحباب وفاء المشتري به، مع أنّ تحقّق الاجماع على بطلان شرط عدم البع والهبة ممنوع، كما لا يخفى.

والثانية: عن ابي عبد الله عليه السلام عن الشرط في الاماء لاتباع ولا تورث ولا توهب، قال: يجوز ذلك غير الميراث، فإنها تورث وكلّ شرط خالف كتاب الله فهو ردّ الخبر. فإنّ قوله فإنها تورث يدلّ على بقاء البيع الذي شرط فيه ان لا تورث على الصّحة، [٢] بل يمكن ان يستفاد من قوله بعد ذلك كلّ شرط خالف كتاب الله عزّ وجلّ فهو ردّ، اي لا يعمل به، انّ جميع ما ورد في بطلان الشروط المخالفة لكتاب الله جلّ ذكره يراد بها عدم العمل بالشرط لا بطلان أصل البيع،

وفيه: ان الظاهر من السؤال هو السؤال عن حكم واقعة شخصية وهو بيع الجارية مع اشتراط هذه الامور الثلاثة وحمل الجواب على ارادة بيان حكمين كليين خلاف الظاهر فالظاهر منه صحة العقد والشرط، وفساد الشرط الثالث فيدل على المطلوب.

وصحيح اخر للحلي ^(١) ومرسل جميل ^(٢) المذكورين في المتن وظاهرهما بيان واقعة شخصية خارجية فيها يدلّان على صحة الشرطين وبالتبع صحة البيع وبطلان الشرط الثالث، فيدلّان على عدم مفسدية الشرط الفاسد للعقد

[١] قوله كان الامر بالوفاء محمولاً على الاستحباب ويتمّ المطلوب

تماميته تتوقف على ان الشرط الفاسد في ضمن العقد الصحيح، وعد يستحب الوفاء به واما اذا كان العقد فاسداً فلا وعدكى يستحب الوفاء به وقد تقدم بطلان ذلك فراجع.

[٢] قوله فان قوله فانها تورث يدل على بقاء البيع... على الصحة

اورد عليه المحقق الايرواني رحمته الله بانه يمكن ان يكون المراد ان كل مملوك لا ينفك عن كونه مورثاً لمالكه وعليه ففاية مدلوله ان شرط عدم الارث باطل. لا يؤثر

(١) الوسائل - باب ٣٧ - من ابواب كتاب العتق حديث ١.

(٢) نفس المصدر حديث ٢.

ويؤيده ماورد في بطلان الشّروط الفاسدة في ضمن عقد النّكاح. [١]
وقد يستدلّ على الصّحة بأنّ صّحة الشرط فرع على صّحة البيع، فلو كان
الحكم بصّحة البيع، موقوفاً على صّحة الشرط لزم الدور، [٢] وفيه ما لا يخفى.
والانصاف أنّ المسألة في غاية الاشكال، ولذا توقف فيها بعض تبعاً للمحقق رحمته

في حكم الارث من غير تعرض لحكم العقد المتضمن لهذا الشرط
ويمكن ان يقال تايدد انه ان قوله فانها تورث بمنزلة الصغرى لقوله كل شرط خالف
الخ، ومجموع القضية علة لقوله غير الميراث ففاد الخبر ان شرط عدم الارث لا يجوز لكونه
خلاف الكتاب والسنة ولا يكون متعرضا لحكم العقدوبه يظهر ما في قوله بل يمكن ان
يستفاد من قوله بعد ذلك كل شرط خالف كتاب الله عزوجل فهو رد اى لا يعمل به ان
جميع ما ورد الى اخره

[١] ويؤيد ذلك ما ورد في النكاح من الأخبار الدالة على صحة عقده وفساد
الشرط فيه كصحيح محمد بن قيس ^(١) بل وخبر الوشاء ^(٢) الذي استدللّ به بعضهم على
عدم مفسدية الشرط الفاسد.

[٢] وقد يستدلّ للصّحة بأنّ صحة الشرط متوقفة على صحة البيع، فلو كان الحكم
بصّحة البيع موقوفاً على صحة الشرط لزم الدور.

ويرد عليه: أنّ صّحة العقد لا تتوقف على وجود الشرط فضلاً عن صحته، نعم على
القول بمفسدية الشرط الفاسد تتوقف على عدم الاشتغال على الشرط الفاسد وهو
لا يتوقف على صحة العقد كما هو واضح،

مع أنّ المراد من الشرط الفاسد المتوقف على عدم صحة العقد ليس هو الفاسد من
جميع الجهات بل الفاسد من الحيثيات الراجعة الى الشرط نفسه من غير جهة لزوم وقوعه
في ضمن العقد، وصّحة الشرط المتوقفة على صحة العقد هي صحته من ناحية لزوم وقوع
الشرط في ضمن العقد فكلّ من المتوقّف والمتوقف عليه غير الآخر، فتدبّر فإنه دقيق.

ثمّ على تقدير صحة العقد، في ثبوت الخيار للمشروط له مع جهله بفساد الشرط وجهه، [١] من حيث كونه في حكم تخلف الشرط الصحيح، فإن المانع الشرعي كالعقلي، فيدلّ عليه ما يدلّ على خيار تخلف الشرط، ولا فرق في الجهل المعتبر في الخيار بين كونه بالموضوع او بالحكم الشرعي. ولذا يعذر الجاهل بثبوت الخيار او بفوريّته، ولكن يشكل بأنّ العمدة في خيار تخلف الشرط هو الاجماع

الشرط الفاسد يوجب الخيار

[١] ثمّ على تقدير صحة العقد في ثبوت الخيار للمشروط له مع جهله بفساد الشرط وجهان،

والكلام يقع في مقامين:

الأول: في الخيار بناءً على كون خيار تخلف الشرط على القاعدة كما اخترناه:

الثاني: في الخيار بناءً على كونه على خلاف القاعدة ثابتاً بأدلة نفي الضرر.

أما الاول فمقتضى القاعدة ثبوت الخيار وإن كان عالماً بالفساد من جهة أنّه علّق الالتزام بالوفاء بالعقد على الشرط والمفروض عدمه،

ولا فرق في ذلك بين كون عدمه قهرياً كتعذر الشرط أو اختياريّاً كتخلف المشروط عليه عن العمل بالشرط أو لمنع شرعي كفساد الشرط.

نعم لازم ما ذكرناه عدم الخيار لو فرض إتيان المشروط عليه بالشرط إذا كان من الأفعال وإن كان معصية، كما لو اشترط شرب الخمر فشرّبها، فالخيار إنّما يكون في شرط النتيجة وشرط الفعل مع عدم العمل.

وأما المقام الثاني، ففي صورة العلم بالفساد لاخيار؛ لأنّه مع العلم قد أقدم على ضرره فلا يعمّه دليل الضرر.

وأما في فرض الجهل فقد أورد المصنف رحمته الله على القول بدلالة حديث نفي الضرر على ثبوت الخيار هنا بوجوه بعضها مختص بالجهل بالحكم إذا كان عن تقصير.

وأدلة نفي الضرر قد تقدّم غير مرّة أنّها لا تصلح لتأسيس الحكم الشرعي. إذا لم يعتضد بعمل جماعة، لأنّ المعلوم اجمالاً أنّه لو عمل بعمومها لزم منه تأسيس فقه جديد [١] خصوصاً إذا جعلنا الجهل بالحكم الشرعي عذراً، فربّ ضرر يترتب على المعاملات من اجل الجهل باحكامها، خصوصاً الصّحة والفساد فإنّ ضرورة الشرع قاضية في اغلب الموارد بأنّ الضرر المترتب على فساد معاملة مع الجهل به لا يتدارك، [٢] مع أنّ مقتضى تلك الأدلة نفي الضرر الغير الناشئ عن تقصير المتضرّر في دفعه، [٣] سواء كان الجهل متعلّقاً بالموضوع وبالحكم، وان قام الدليل في بعض المقامات على التسوية بين القاصر والمقصر، فالأقوى في المقام عدم الخيار، وان كان يسبق خلافه في بادي الانظار.

[١] الأول: أنّه لا يصلح لتأسيس حكم شرعي إذا لم يعتضد بعمل جماعة لأنّ المعلوم اجمالاً أنّه لو عمل بعمومه لزم منه تأسيس فقه جديد. وفيه أنّ إشكال لزوم تخصيص الأكثر في الحديث لخروج أبواب الجنايات والضمانات والتعزيرات والخمس والزكاة والمجاهد وغيره ألبقى الحديث على ظاهره اشكال تعرّض له المصنف في رسالته،

وأجاب عنه: بأنّ الخارج اذا كان بعنوان واحد جامع لأمحذور فيه. وقد أجبنا عنه بأجوبة أخر في الرسالة التي وضعناها للبحث عن الحديث وأثبتنا تبعاً له أنّه لا محذور فيه من هذه الناحية، وأنّ كلّ مورد دلّ الدليل على خروجه عن الحديث نلتزم به، وفي غير ذلك يكون المرجع عموم الحديث، ولا محذور فيه [٢] الثاني: أنّ ضرورة الشرع قاضية في أغلب الموارد بأنّ الضرر المترتب على فساد معاملة مع الجهل به لا يتدارك.

وفيه: أنّ المقصود ليس رفع الضرر المترتب على فساد الشرط وفقده، بل رفع الضرر المترتب على لزوم العقد الصحيح:

[٣] الثالث: أنّ مقتضى تلك الأدلة نفي الضرر غير الناشئ عن تقصير المتضرر

الثاني: لو أسقط المشروط له، الشرط الفاسد على القول بافساده، لم يصح بذلك [٢] العقد لانعقاده بينهما على الفساد، فلا ينفع اسقاط المفسد، [٢] ويحتمل الصحة بناء على ان التراضي انما حصل على العقد المجرد عن الشرط، فيكون كتراضيها عليه حال العقد. [٣] وفيه ان التراضي انما ينفع اذا وقع عليه العقد اولحق العقد السابق، كما في بيع المكره والفضولي. واما اذا طرأ الرضا على غير ما وقع عليه العقد فلا ينفع، لأن متعلق الرضا لم يعقد عليه ومتعلق العقد لم يرض به. [٤]

في رفعه، والوجه في ذلك صدق الاقدام على الضرر بترك التعلم للحكم عمداً في صورة التقصير فلا يشملته الحديث.

وفيه: أنه لم يدل دليل على عدم الشمول في صورة الاقدام كي يدور الحكم مدار صدق الاقدام وعدمه، بل انما نلتزم بعدم الشمول في صورة العلم، من جهة أنه وارد مورد الامتنان، ولا امتنان في الرفع مع العلم، وهذا الوجه لا يجري في الجهل بالحكم اذا كان عن تقصير،

فتحصل: أن الاظهر ثبوت الخيار في فرض الجهل على هذا المسلك أيضاً.

لو أسقط المشروط له الشرط الفاسد

[١] الثانية: لو أسقط المشروط له الشرط الفاسد على القول بافساده فهل يصح بذلك العقد أم لا؟

المراد من اسقاط الشرط الرضا بالعقد مجرداً عن الشرط وقد استدل المصنف لعدم صحة العقد بذلك:

[٢] بأن العقد وقع فاسداً فلا ينفع اسقاط المفسد.

[٣] ثم استدل للصحة: بأن الفساد كان لأجل عدم الرضا، فاذا رضي بالمجرد صح.

[٤] وأجاب عنه: بأن متعلق الرضا لم يعقد عليه أي لم يعقد على المجرد، ومتعلق

العقد وهو المقيد بالشرط لم يرض به.

وفيه: أن الشرط التزام خارج عن الالتزام العقدي ومتعلق الالتزام العقدي

ويظهر من بعض مواضع التذكرة التردد في الفساد بعد اسقاط الشرط، قال:
يشترط في العمل المشروط على البائع ان يكون محللاً فلو اشترى العنب على شرط
ان يعصره البائع خمراً لم يصح الشرط، وليبيع على اشكال ينشأ من جواز اسقاط
المشتري الشرط عن البائع والرضا به خالياً عنه، وهو المانع من صحة البيع ومن
اقتران البيع بالمبطل. وبالجمله، فهل يثمر اقتران مثل هذا الشرط بطلان البيع من
اصله، [١] بحيث لو رضي صاحبه باسقاطه لا يرجع البيع صحيحاً، او ايقاف البيع
بدونه، فإن لم يرض بدونه بطل والاّ صحّ، انتهى ولا يعرف وجه لما ذكره من احتمال
الايقاف [٢]

الثالث: لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد لفظاً، ولم يذكر في العقد، فهل يبطل
العقد بذلك بناءً على ان الشرط الفاسد مفسد له ام لا؟ [٣] وجهان بل قولان مبنيان
على تأثير الشرط قبل العقد.

نفس المقيّد لامع القيد، والمفروض أنه المرضي به.
والحق أن يقال: إن منشأ القول بالافساد إن كان فقد الرضا صح العقد، وإن كان
جهالة العوض أو النص الخاص لم يصح وهو واضح.
[١] قوله وبالجمله، فهل يثمر اقتران هذا الشرط بطلان البيع من اصله
هذا بيان لما ذكره من وجهي الاشكال اذ المراد من الصحة التي ذكرها او لا هي
الصحة المراعاة بالاسقاط.

[٢] قوله ولا يعرف وجه لما ذكره من احتمال الايقاف
مراده عدم الوجه الصحيح، والاّ فالايقاف هي الصحة المراعاة التي ذكر هو قده في
اول المسألة وجهها وقويناء والله العالم.

ذكر الشرط الفاسد قبل العقد

[٣] الثالثة: لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد لفظاً ولم يذكر في العقد، فهل يبطل
العقد بذلك بناءً على القول بأن الشرط الفاسد مفسد للعقد، أم لا؟ وجهان،

فإن قلنا: بأنه لا حكم له كما هو ظاهر المشهور، وقد تقدّم في الشّروط لم يفسد والا فسد [١] ويظهر من المسالك هنا قول ثالث: قال في مسألة اشتراط بيع المبيع من البائع المراد باشتراط ذلك شرطه في متن العقد، فلو كان في انفسهما ذلك ولم يشترطه لم يضرّ ولو شرطاه قبل العقد لفظاً، فإن كانا يعلمان بأنّ الشرط المتقدّم لا حكم له، فلا اثر له، وإلاّ اتّجه بطلان العقد، [٢] كما لو ذكره في متنه، لأنّهما لم يقدمّا إلاّ على الشرط، ولم يتمّ لهما فيبطل العقد، انتهى.

وفي باب المراجعة بعد ذكر المحقّق في المسألة المذكورة أنّه لو كان من قصدها ذلك ولم يشترطه لفظاً كره، قال في المسالك اي لم يشترطه في نفس العقد فلا عبرة بشرطه قبله، نعم لو توهم لزوم ذلك، أونسي ذكره فيه مع ذكره قبله، اتّجه الفساد، انتهى.

وقد بني المصنف القول بالصحة والفساد في المسألة، على القول بتأثير الشرط المذكور قبل العقد غير المذكور في متن العقد،

[١] فعلى القول بأنّه لا حكم له كما هو ظاهر المشهور لم يفسد، وإلاّ افسد، وأورد عليه أكثر المحقّقين من المحشّين بما حاصله: أنّ إفساد الشرط الفاسد للعقد لا يدور مدار صدق لفظ الشرط، بل مدار تقيد الرضا بأمر لم يسلم أو الجهل بما قابل المبيع من الثمن، وكلّ من الأمرين حاصل بمجرد القصد بلا حاجة الى اللفظ. وفيه: أنّه في باب العقود والإيقاعات لا يعتني بالأغراض والدواعي النفسانية ما لم تنشأ، فإذا فرضنا أنّ الشرط المتقدم غير المذكور في العقد ذكره قبل العقد كالعدم لا يكون مقيداً للعقد.

وإن شئت قلت: إنّ كما لا عبرة بالرضا النفساني بشيء ما لم يبرز كذلك التقيد النفساني غير المنشأ لا يصلح للتقييد في باب المعاملات، فما أفاده المصنف رحمه الله متين.

[٢] وقد يقال: كما في محكي المسالك - بدوران الصحة والفساد مدار العلم بأنّ الشرط المتقدم لا حكم له والجهل به نظراً الى أنّه مع العلم بالفساد لا يوقع العقد مبنياً على الشرط فيصح العقد، ومع جهله بالفساد يوقع العقد مبنياً عليه بطبعه، فيفسد.

ثم حكى اعتراضاً على المحقق رحمته [١] وجواباً عنه بقوله قيل عليه ان مخالفة القصد للفظ تقتضي بطلان العقد، لأن العقود تتبع القصد، فكيف يصح العقد مع مخالفة اللفظ، وأجيب عنه بأن القصد وان كان معتبراً في الصحة فلا يعتبر في البطلان [٢] لتوقف البطلان على اللفظ والقصد، وكذلك الصحة ولم يوجد في الفرض [٣] ثم قال رحمته

وفيه: أولاً: ما تقدم من أنه مع عدم تأثير الشرط المتقدم لا حكم لوقوع العقد مبنياً عليه.

وثانياً: أنه لا فرق بين صورتي العلم والجهل، فكما أنه في صورة الجهل بالفساد يوقع العقد مبنياً عليه كذلك في صورة العلم يمكن إيقاعه مبنياً عليه، فالتفصيل في غير محله. وعن المحقق في مسألة اشتراط بيع المبيع من البائع، بعد الحكم بالبطلان، قال: ولو كان من قصدهما ذلك ولم يشترطاه لفظاً كره.

قال في المسالك: أي لم يشترطاه في نفس العقد فلا عبرة بشرطه قبله،

[١] ثم حكى اعتراضاً عليه وجواباً عنه.

ومحصل الاعتراض: أن لازم تبعية العقد للقصد بالحكم بالفساد، إذ المقصود هو المقيد بالشرط، والمعقود عليه هو المجرد عن القيد، فلا تطابق بين القصد والعقد. وحاصل الجواب: أن العقد تابع للقصد بمعنى أن ما يقع لابد وأن يكون مقصوداً، وأما كل ما يقصد لابد وأن يقع فلا.

وبعبارة أخرى: أن ما يقع لابد وأن يكون مقصوداً، وأما في ما لا يؤثر العقد بالنسبة اليه وإن كان مقصوداً فلا يعتبر تطابق العقد والقصد.

[٢] وعليه فقوله في الجواب: إن القصد وان كان معتبراً في الصحة فلا يعتبر في البطلان - يكون المراد منه أنه لا يعتبر في ما لا يؤثر العقد بالنسبة اليه مطابقة العقد للقصد، [٣] وقوله: لتوقف البطلان، الى آخره راجع الى النفي، يعني أنه تعليل لتوهم

الاعتبار

فالمحصل: أنه لا يعتر المطابقة في طرف البطلان بتوهم أنه كالصحة منوط بموافقة التصد واللفظ.

وفيه منع ظاهر فإن اعتبارهما معاً في الصّحة [١] يقتضي كون تخلف احدهما كافياً في البطلان، [١] ويرشد اليه عبارة السّاهي والغالط والمكره، فإن المتخلف الموجب للبطلان هو القصد خاصّة والألفاظ موجود، ثمّ قال والذي ينبغي فهمه أنّه لا بدّ من قصدهما إلى البيع [٢] المترتب عليه أثر الملك للمشتري على وجه لا يلزمه ردّه (أي يبيعه على البائع الأوّل) وإنما يفتقر قصدهما لردّه بعد ذلك بطريق الاختيار نظراً إلى وثوق البائع بالمشتري أنّه لا يمتنع من ردّه إليه بعقد جديد بمحض اختياره ومروّته، انتهى كلامه.

اقول: اذا وقع العقد المجرد على التّحو الذي يوقعانه مقترنا بالشّروط وفرض عدم التّفاوت بينهما في البناء على الشّروط والالتزام به إلا بالتلفّظ بالشّروط وعدمه. فإن قلنا بعدم اعتبار التّلفّظ في تأثير الشّروط الصّحيح والفساد فلا وجه للفرق بين من يعلم فساد الشّروط وغيره، فإنّ العالم بالفساد لا يمنعه علمه عن الاقدام على العقد مقيّداً بالالتزام بما اشترطه خارج العقد بل اقامه كأقدام من يعتقد الصّحة كما لا فرق في ايقاع العقد الفاسد بين من يعلم فساده وعدم ترتّب اثر شرعيّ عليه وغيره.

وبالجملة فالاقدام على العقد مقيّداً امر عرفي يصدر من المتعاقدين وان علما بفساد الشرط

[١] قوله وفيه منع ظاهر فان اعتبارهما معا في الصحة يقتضي كون تخلف احدهما كافيا في البطلان

يظهر بما ذكرناه في شرح كلام المجيب عدم ورود هذا اليراد عليه، فان المجيب لم يكن منكر الكفاية تخلف احدهما في البطلان بل كان يدعى انه في عدم تأثير العقد فيما ليس من مدلوله لا يعتبر مطابقة العقد للقصد

[٢] قوله والذي ينبغي فهمه انه لا بد من قصدهما الى البيع

الظاهر انه تصحيح لاصل المسألة وحاصله ان من يبيع ما اشتراه من بايعه ان كان يبيعه منه مشروطا في ضمن البيع الاول بطل وان لم يكن مذكورا، وان كان قاصداً لذلك وتواطئا عليه قبله ووثق البايع بذلك لا يكون مفسدا لعدم كون ذلك تقييدا للبيع.

وأما حكم صورة نسيان ذكر الشرط، فإن كان مع نسيان اصل الشرط كما هو الغالب، فالظاهر الصحة لعدم الاقدام على العقد مقيداً غاية الامر أنه كان عازماً على ذلك لكن غفل عنه نعم لو اتفق ايقاع العقد مع الالتفات الى الشرط ثم طرأ عليه النسيان في محل ذكر الشرط كان كتارك ذكر الشرط عمداً تعويلاً على تواطئها السابق.

الرابع: لو كان فساد الشرط لأجل عدم تعلق غرض معتد به عند العقلاء فظاهر كلام جماعة من القائلين بافساد الشرط الفاسد كونه لغواً غير مفسد للعقد، [١] قال في التذكرة في باب العيب: لو شرط ما لا غرض فيه للعقلاء ولا يزيد به الماللية، فإنه لغو لا يوجب الخيار، وقد صرح في مواضع اخرى في باب الشروط بصحة العقد لغوية الشرط، وقد صرح الشهيد بعدم ثبوت الخيار اذا اشترط كون العبد كافراً فبان مسلماً، ومرجعه الى لغوية الاشتراط. وقد ذكروا في السلم لغوية بعض الشروط كاشتراط الوزن بميزان معين ولعل وجه عدم قدح هذه الشروط أن الوفاء بها لما لم يجب شرعاً ولم يكن في تخلفها او تعذرها خيار خرجت عن قابليته تقييد العقد بها لعدم عدّها كالجزء من احد العوضين [٢] ويشكل بأن لغويتها لا تنافي تقييد العقد بها في نظر المتعاقدين، فاللزام أماً بطلان العقد وأماً وجوب الوفاء، كما اذا جعل بعض الثمن مملاً لا يعدّ مالاً في العرف.

[١] الرابع لو كان فساد الشرط لأجل عدم تعلق غرض معتد به عند العقلاء، فظاهر كلام جماعة من القائلين بافساد الشرط الفاسد كونه لغواً غير مفسد للعقد. قال في محكي التذكرة: لو شرط ما لا غرض فيه للعقلاء ولا يزيد به الماللية فإنه لغو لا يوجب الخيار.

[٢] وما ذكر وجهاً لعدم مفسديته من أن هذا الشرط لما لم يجب شرعاً العمل به ولم يكن في تخلفه أو تعذر خيار خرج عن قابلية تقييد العقد به - لو تم اقتضى عدم مفسدية الشرط الفاسد مطلقاً بلا اختصاص بهذا الشرط.

والحق أن يقال: إن لغوية الشرط وإن أوجب عدم تقييد العقد به عند العقلاء بما هم عقلاء إلا أنها لا تنافي تقييد العقد به بحسب قصد المتعاقدين، وعليه فيجري فيه ما ذكر في الشروط الفاسدة الآخر، وبذلك ظهر تمامية ما أفاده المصنف رحمه الله في المقام

الكلام في احكام الخيار

الخيار موروث بأنواعه [١] بلا خلاف بين الاصحاب، كما في الرياض، وظاهر الحدائق. وفي التذكرة أنّ الخيار عندنا موروث، لأنّه من الحقوق كالشّفعة والقصاص في جميع أنواعه، وبه قال الشّافعي، إلّا في خيار المجلس. وادّعى في الغنية: الاجماع على ارث خيار المجلس والشّروط.

انتقال حق الخيار الى الوارث

واما احكام الخيار فقد تقدم ذكر كثير منها في المباحث المتقدمة.

وبقي الكلام في مسائل:

[١] الاولى: صرح الأصحاب بما في المتن الخيار موروث بانواعه فاذا مات من له الخيار انتقل الى الوارث من اي انواع الخيار كان، بل ظاهرهم الاجماع عليه.

وتنقيح القول فيه: ان ارث الخيار يتوقف على ثبوت امرين:

احدهما: كون الخيار حقا لا حكما شرعيا.

الثاني: كونه باقيا بعد الموت، ولا يكون من الامور القائمة بشخص مخصوص.

فالكلام يقع في مقامين:

اما الأول: فقد استدل له بالاجماع

وبالاجماع على سقوطه بالاسقاط اذ الحكم لا يقبل الاسقاط،

وبالتعليل في خبر خيار الحيوان لاتنفائه بالتصرف بانه رضا.^(١)

ويرد على الأخير: ما تقدم من انه تعبد بكون التصرف رضا بالعقد واجازة له.

ولاكلام في انه في البيع الخياري كما لمن له الخيار فسخ العقد كذلك له اجازته وامضائه وجعله لازما، وهذا غير كونه

حقا اللهم الا ان يقال: ان اجازة العقد وامضائه توجب اللزوم من جهة كونها

اسقاطا للخيار كما تقدم.

واستدل عليه مع ذلك بأنه حق للميت، فيورث لظاهر القرآن، [١] وتبعه بعض من تأخر عنه، وزيد عليه الاستدلال بالنبوي، ما ترك الميت من حق فلوارثه. [٢]

اقول الاستدلال على هذا الحكم بالكتاب والسنة الواردين في ارث ما ترك الميت يتوقف على ثبوت امرين:

احدهما: كون الخيار حقاً لا حكماً شرعياً كاجازة العقد الفضولي، وجواز الرجوع في الهبة وسائر العقود الجائزة، فإن الحكم الشرعي ممّا لا يورث، وكذا ما تردّد بينها للاصل، وليس في الاخبار ما يدلّ على ذلك عدا ما دلّ على انتفاء الخيار بالتصرف، معللاً بانه رضا كما تقدم في خيار الحيوان

ويمكن ان يستدل له: بان لزوم البيع حتى لا حكمي، ولذا يكون جعل الخيار فيه مشروعاً نصاً وفتوى، فكذلك الخيار الذي يقابله، بل نفس مشروعية جعل الخيار دليل كونه حقاً، لأن الحكم امره بيد جاعله، وهو الشارع، ولا يعقل التسبب اليه بايجاده. هذا كله مضافاً الى تسالم الأصحاب على ترتيب آثار الحق عليه.

واما الثاني: فحيث ان جملة من الحقوق لا تكون قابلة للانتقال او الانتقال بالارث من جهة كون الموضوع مقوماً كحق التولية الملحوظ فيه شخص خاص، او البلد، او كونه مغياً بغاية يستحيل عدم تحققها بعد الموت، كخيار المجلس المغيا بالافتراق المتحقق بالموت قهراً،

ومثل هذه الحقوق لا تورث، فلا بد من اثبات ان حق الخيار ليس من قبيل هذه الحقوق بل هو حق قابل للانتقال بالارث ويكون باقياً بعد الموت.

[١] ودعوى ان عمومات الارث مثل قوله تعالى ﴿فان كن نساءً فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك﴾^(١) وقوله عز وجل ﴿ولكم نصف ما ترك ازواجكم﴾^(٢).
[٢] والنبوي: ما تركه الميت من مال فلوارثه.^(٣) تكفي لاثبات كونه قابلاً للانتقال

والتمسك بالاجماع على سقوطه بالاسقاط، فيكشف عن كونه حقاً لا حكماً مستغني عنه بقيام الاجماع على نفس الحكم.

الثاني: كونه حقاً قابلاً للانتقال ليصدق أنه مما ترك الميت، بأن لا يكون وجود الشخص وحياته مقوماً له، وإلا فمثل حق الجلوس في السوق والمسجد، وحق التولية والظارة غير قابل للانتقال، فلا يورث، وإثبات هذا الامر بغير الاجماع ايضاً مشكل، والتمسك في ذلك باستصحاب بقاء الحق، [١] وعدم انتقطاعه بموت ذي الحق اشكل، لعدم احرار الموضوع، لأن الحق لا يتقوم الا بالمستحق، [٢] وكيف كان ففي الاجماع المنعقد على نفس الحكم كفاية ان شاء الله تعالى.

[١] والاستصحاب يثبت بقاءه بعد الموت، فبضم الاستصحاب بعمومات الارث يثبت ذلك،

مندفعة بان ذاك الحق القائم بالمورث زال قطعاً لتقومه به، والشك انما هو في حدوث حق للوارث، فالمشكوك فيه غير المتيقن. وان اريد استصحاب كلي الحق فضافاً الى انه من قبيل القسم الثالث من اقسام الكلي لا يجدي لإثبات الحق للوارث.

[٢] وان ابيت ما ذكرناه فلا اقل من الشك في الموضوع لاحتمال كون المستحق مقوماً للموضوع، او يكون استحقاقه لاجل عنوان منطبق عليه مفقود في الوارث فلا يجري الاستصحاب.

فالعدة في اثبات كونه قابلاً للانتقال الى الورثة هو الاجماع، وبعد ذلك يدخل في عموم ادلة الارث.

وقد يقال كما - عن جمع منهم المحقق الايرواني رحمته الله: ان الخيار غير قابل للارث بوجه، فان الخيار سلطنة من ذي الخيار على متعلقه، وربط خاص بينها، كما ان الملك استيلاء بين المالك والمملوك وربط خاص بينها، وكل من الربطين غير قابل للارث، لأنها نسبتان قائمتان بنفس الشخص، واذا مات انعدمت هذه النسبة ولم تبق حتى يصدق عليها عنوان ما ترك

نعم عين المال متروك في الأموال فيحكم بآثره، بمعنى حدوث نسبة اخرى للوارث

بقى الكلام في ان اّ ارث الخيار ليس تابعا لارث المال فعلا، [١]

شبه تلك النسبة التي كانت للمورث.
واما في الحقوق فعين الأموال المتعلّقة لها اموال الاخرين لا يصدق انها مما تركه الميت كي يحدث للورثة حق فيها شبه ما كان لمورثهم ولذا لا يحكم بارث الحقوق المستحبة.

وفيه: انه كما يكون للملكية قسمان من المتعلق حقيقي كالعين الخارجية، واعتباري ككلي الحنطة الباقية في الذمة، كذلك يكون للحق قسمان من المتعلق حقيقي كالأرض المحجرة بالنسبة الى حق الاولوية، واعتباري كالعقد الذي هو متعلق حق الفسخ، وعليه فكما يقال في الملك ان الموروث هو المتعلق لا الملكية وانما تحدث الملكية بادلة الارث، كذلك يقال في الحق ان الموروث هو المتعلق، وبدليل الارث يحدث الحق. فتدبر فانه دقيق.
واما عدم ارث الحقوق المستحبة فوجهه كون المستحق مقوما لا موردا.
فان قيل ان مقتضى اطلاق النبوى المذكور في صدر المسأله (ما تركه الميت من حق فلوارثه) ان الخيار يورث

اجبنا عنه بانه لا اصل له، وانما الموجود ما ذكرناه

ارث الخيار ليس تابعا لارث المال

ويتبغى التنبيه على امور:

[١] الأول: هل ارث الخيار تابع لارث المال فلو فرض استغراق دين الميت لتركته منع انتقال الخيار الى الوارث، ولو كان الوارث ممنوع لنقصان فيه كالقتل للمورث، او كان حرمانه من المال لتعبد شرعي كالزوجة بالنسبة الى العقار لا يرث، ام لا يكون تابعا له، ام هناك تفصيل؟ وجوه.

والمصنف رحمه الله ذكر ذلك مفصلا، وقسم حق الخيار باعتبار مورده الى اقسام، وبين

حكم كل قسم ونحن نقتفى اثره

فلو فرض استغراق دين الميت لتركته لم يمنع انتقال الخيار الى الوارث، [١]
ولو كان الوارث ممنوعاً لنقصان فيه، كالزّقية او القتل للمورث او الكفر، فلا اشكال
في عدم الارث، لأنّ الموجب لحرمانه من المال موجب لحرمانه من سائر
الحقوق، [٢]

[١] الأول: مورد استغراق الدين للتركة، وقد ارسل المصنف رحمه الله ارث الخيار فيه
ارسال المسلم.

واورد عليه السيد الفقيه رحمه الله: بان الاشكال الاتي في الزوجة بالنسبة الى العقار جار
فيه ايضاً، ثم قال: بل يمكن ان يقال بعدم الارث في المقام، وان قلنا به في الزوجة من حيث
ان ما دل على ممنوعيته من الارث لأصل التركة وهو قوله تعالى ﴿من بعد وصية يوصي
بها أو دين﴾^(١) وغيره من الأخبار^(٢) يدل باطلاقه او فحواه على عدم الارث للحق
المتعلق بها ايضاً، فانه مزاحم للدين.

اما الاشكال الاتي في الزوجة واجماله ان حرمانها من المال المتروك يوهم حرمانها
من الخيار المتعلق به كما سيأتي تفصيله، فهو لا يجري في الدين المستغرق،
اما بناء على ما اختاره المصنف رحمه الله من انتقال التركة الى الورثة فواضح،
واما بناء على عدم الانتقال فلأن الاستغراق مانع عن ارث ما يمكن وفاء الدين به
وهو المال دون حق الخيار، وهو ليس مزاحماً للدين، فلو كان مزاحماً فهو اعماله.
ويمكن ان يقال انه لا يزاحم، بل ينتقل المال من المفسوخ عليه الى الورثة، وما تركه
الميت بما انه متعلق حق الديان لا ينتقل اليه، بل هو في حكم التلف، وتشغل ذمة الميت
بالبدل كما سيأتي انشاء الله تعالى نظيره في المبحث الاتي.

[٢] الثاني: مورد وجود احد موانع الارث كالقتل والرق والكفر، وقد ارسل عدم
الارث فيه ارسال المسلم، وهو كذلك، فان نسبته الى جميع ما تركه الميت ملكا كان او حقا
على حد سواء.

ولو كان حرمانه من المال لتعبد شرعي، كالزوجة غير ذات الولد، او مطلقاً بالنسبة الى العقار، وغير الاكبر من الاولاد بالنسبة الى الحبة، [١] ففي حرمانه من الخيار المتعلق بذلك المال مطلقاً. او عدم حرمانه كذلك، وجوه. بل أقوال.

ثالثها: التفصيل بين كون ما يحرم الوارث عنه منتقلاً الى الميت او عنه، فيرث في الاول صرح به فخر الدين في الايضاح، وفسر به عبارة والده كالسيد العميد وشيخنا الشهيد في الحواشي.

ورابعها: عدم الجواز في تلك الصورة، والاشكال في غيرها، صرح به في جامع المقاصد، ولم اجد من جزم بعدم الارث مطلقاً، وان امكن توجيهه بأن: ما يحرم منه هذا الوارث ان كان قد انتقل عن الميت فالفسخ لا معنى له، لأنه لا ينتقل اليه بازاء ما ينتقل عنه من الثمن شيء من المثلث.

[١] الثالث: مورد المانع التعبدى، ككون المتروك ارضاً بالاضافة الى الزوجة، وهو الذي نقل فيه الأقوال.

وملخص الكلام فيه: ان الوجوه والأقول فيه اربعة او خمسة
ثالثها: التفصيل بين كون ما يحرم الوارث عنه منتقلاً الى الميت او عنه فيرث في الأول دون الثاني.

رابعها: عدم الجواز فيها انتقل الى الميت، والاشكال فيما انتقل عنه.
خامسها: ما يظهر من المستند وجود القائل به، وهو الفرق بين انحصار الوارث بها فلا ترث، وبين عدم الانحصار فترث.

وجه القول الأول: عموم دليل الارث، وعدم المانع عن خصوص الخيار.
واستدل لعدم الارث مطلقاً بوجهين:

الأول: ان الخيار ملك كلا الالتزامين اللذين هما، مدلولان التزاميان للبيع، حيث انه ببدوله الالتزامى، يدل على التزام كل من المتعاقدين بالمدلول المطابق، وهو المبادلة بين المالكين، وكل منها مالك لالتزام طرفه اذا لم يكن خيارياً، والخيار عبارة عن ملك

وبعبارة اخرى الخيار علاقة لصاحبه فيما انتقل عنه، توجب سلطنته عليه، ولا علاقة هنا ولاسلطنة، وان كان قد انتقل الى الميِّت فهو لباقي الورثة، ولاسلطنة لهذا المحروم، والخيار حقّ فيما انتقل عنه بعد احراز تسلّطه على ما وصل بازائه. [١]
ولكن يرد ذلك بما في الايضاح: من أنّ الخيار لا يتوقّف على الملك، كخيار الاجنبي، فعمومات الارث بالنسبة الى الخيار لم يخرج عنها الزّوجة وان خرجت عنها بالنسبة الى المال. والحاصل أنّ حقّ الخيار ليس تابعاً للملكيّة، ولذا قوّي بعض المعاصرين ثبوت الخيار في الصّورتين، ويضعّفه أنّ حقّ الخيار علقه في الملك المنتقل الى الغير من حيث التّسلّط على استرداده الى نفسه، والى من هو منصوب من قبله كما في الاجنبي

وبعبارة اخرى ملك لتلك المعوّض لنفسه، او لمن نصب عنه، وهذه العلاقة لا ينتقل من الميِّت الّا الى وارث يكون كالميت، في كونه مالكا، لأن يملك، فاذا فرض أنّ الميِّت باع ارضاً بثمن، فالعلاقة المذكورة انما هي لسائر الورثة دون الزّوجة، لأنّها بالخيار لا تردّ شيئاً من الأرض الى نفسها ولا الى آخره من قبله لتكون كلاجنبي المجعول له. نعم لو كان الميِّت قد انتقلت اليه الأرض، كان الثمن المدفوع الى البائع متزلاً في ملكه،

كلا الالتزامين، ولا يمكن ان تملك الزوجة كليهما اذ الأرض لو انتقلت عن الميت فهي ليست مالكة لالتزام نفسها، ولو انتقلت اليه فهي ليست مالكة لالتزام طرفها، لأن الأرض لغيرها من الورثة.

وفيه: ان معنى ملك الالتزامين التسلّط على الفسخ والامضاء الذي هو امر اعتباري عقلائي كان ثابتا للمورث فيرثه وارثه وليس تابعا للملك، ولذا يصح جعله للأجنبي.

[١] الثاني: ما افاده المصنف رحمه الله: وهو: ان الخيار عبارة عن السلطنة على استرداد ما انتقل عن ذي الخيار بعد الفراغ عن السلطنة على ما انتقل اليه، والزوجة اما لاسلطنة لها على الرد لو كان المنتقل الى الميت ارضا، واما لاسلطنة لها على الاسترداد لو كان المنتقل عن الميت ارضا.

فيكون في معرض الانتقال الى جميع الورثة، ومنهم الزوجة، فهي أيضاً مالكة لتلك حصتها من الثمن. [١] لكن فيه مذكرونا سابقاً من ان الخيار حق فيما انتقل عنه بعد احراز التسلط على ما وصل بازائه، وعبر عنه في جامع المقاصد بلزوم تسلط الزوجة على مال الغير.

وحاصله ان الميت انما كان له الخيار، والعلاقة فيما انتقل عنه من حيث تسلطه على رد ما في يده لتملك ما انتقل عنه بازائه، فلا ينتقل هذه العلاقة الا الى من هو كذلك من ورثته، كما مرّ نظيره في عكس هذه الصورة، وليست الزوجة كذلك. وقد تقدّم في مسألة ثبوت خيار المجلس للوكيل، ان أدلة الخيار مسوقة لبيان تسلط ذي الخيار على صاحبه، من جهة تسلطه على تملك ما في يده، فلا يثبت بها تسلط الوكيل على ما وصل اليه لموكله، وما نحن فيه كذلك، ويمكن دفيه بأن ملك بائع الأرض للثمن لما كان مترزلاً وفي معرض الانتقال الى جميع الورثة، اقتضي بقاء هذا التزلزل بعد موت ذي الخيار ثبوت حق للزوجة

وفيه: اولاً: ان الخيار عبارة عن السلطنة على حل العقد، ويستلزم ذلك الرد والاسترداد.

وثانياً: انه لو كان عبارة عن السلطنة على الرد والاسترداد فهو عبارة عن السلطنة على الرد والاسترداد الى المالكين.

وبعبارة اخرى: عبارة عن رد المبيع ملكاً لا خارجاً، ويوجب اعادة الربط الملكي من دون ان يقيد محله بشخص خاص، وعليه فان قلنا بانه بالفسخ يرجع المال الى الميت ومنه الى الورثة كان لازمه ارث الزوجة لو كانت الارض منتقلة الى الميت فانه يعود الثمن اليه والزوجة ترث منه، ولو كانت منتقلة عنه لم ترث منها.

ولو قلنا بانه بالفسخ يرجع المال الى الورثة، يمكن ان يقال: ان الزوجة وان لم ترث من الأرض الا انه لا مانع من كون فسخها سبباً لعود الأرض الى سائر الورثة

[١] قوله فهي ايضاً مالكة لتملك حصتها من الثمن

قد مر ان كون الثمن في معرض الانتقال لا يوجب ثبوت السلطنة الفعلية للزوجة.

وان لم يكن لها تسلط على نفس الأرض، والفرق بين ما نحن فيه، وبين ما تقدم في الوكيل، [١] أن الخيار هناك، وتزلزل ملك الطرف الآخر، وكونه في معرض الانتقال الى موكل الوكيل، كان متوقفاً على تسلط الوكيل على ما في يده، وتزلزل ملك الطرف الآخر هنا، وكونه في معرض الانتقال الى الورثة ثابت على كل حال، ولو لم نقل بثبوت الخيار للزوجة، فإن باقي الورثة لوردوا الارض واستردوا الثمن شاركهم الزوجة فيه، فحق الزوجة في الثمن المنتقل الى البائع ثابت، فلها استيفاؤه بالفسخ، ثم ان ما ذكروا رد على فسخ باقي الورثة للأرض المبيعة [٢] بثمن معين يشترك فيه الزوجة الا ان يلتزم عدم تسلطهم على الفسخ الا في مقدار حصتهم من الثمن، [٣] فيلزم تبعض الصفقة فما اختاره في الايضاح من التفصيل مفسراً به عبارة والده في القواعد لا يخلو عن قوة. قال في القواعد: الخيار موروث بالحصص كالمال من أي أنواعه كان، الا الزوجة غير ذات الولد في الارض على اشكال اقربه ذلك، ان اشترى بخيار لثرت من الثمن، انتهى.

وقال في الايضاح: ينشأ الاشكال من عدم ارثها منها فلا يتعلّق بها فلا تراث من خيارها. ومن أن الخيار لا يتوقّف على الملك كالأجنبي، ثم فرع المصنّف أنه لو كان

[١] قوله والفرق بين ما نحن فيه وبين ما تقدم في الوكيل حاصله ان التزلزل في المقام ثابت مع قطع النظر عن خيار الزوجة لخيار الباقيين - وفي مسألة الوكيل التزلزل منوط بخياره.

[٢] قوله ثم ان ما ذكر وارد على فسخ باقي الورثة للارض المبيعة حاصله - انه يمكن ان يقال في عكس الفرض وهو ما اذا كانت الارض منتقلة عن الميت بان ملكية الزوجة لمقدار من الثمن في معرض الزوال بفسخ باقي الورثة فيكون لها ايضاً حق الازالة بالفسخ.

[٣] قوله الا ان يلتزم عدم تسلطهم على الفسخ الا في مقدار حصتهم من الثمن محصله انه لا تسلم ما ذكر فان للورثة الفسخ بمقدار حصصهم فقدر حصتها من الثمن ليس متزلزلاً.

الموروث قد اشترى بخيار فالأقرب إرثها من الخيار، لأنَّ لها حقاً في الثمن ويحتمل عدمه، لأنَّها لا ترث من الثمن إلاَّ بعد الفسخ، فلو علَّل بإرثها دار، [١] والأصح اختيار المصنَّف لأنَّ الشَّراء يستلزم منعها من شيء نزله الشَّارع منزلة جزء من التَّركة، [٢] وهو الثمن فقد تعلَّق الخيار بما ترث منه، انتهى.

وقد حمل العبارة على هذا المعنى السَّيد العميد الشَّارح للكتاب، واستظهر خلاف ذلك من عبارة جامع المقاصد، فإنَّه بعد بيان منشأ الاشكال على ما يقرب من الايضاح، قال: فالأقرب من هذا الاشكال، عدم ارثها ان كان الميِّت قد اشترى ارضاً بخيار، فارادت الفسخ لترث من الثمن.

[١] قوله فالأقرب ارثها من الخيار لان لها حقاً في الثمن، ويحتمل عدمه فلو علل

بارثها دار

تقريب الدوران ارث الثمن موقوف على الفسخ، وهو موقوف على كون الثمن موروثاً ليكون فيه حق لها

ولكن هذا يتم لو اريد من حقها في الثمن ملكها الفعلي واما اذا اريد به ملكها التقديري، فهو لا يتوقف على الفسخ، ولا على حق الفسخ.

[٢] قوله لان الشراء يستلزم منعها من شيء نزله الشارع منزلة جزء من التركة حاصل مقصوده ان ارث الثمن وان توقف على الخيار- الا ان الخيار لا يتوقف الاعلى كون الثمن موروثاً شانا وهو كذلك لكونه جزء من التركة من حيث هو فلا دور.

واستدل للثالث فيما اذا كانت الأرض منتقلة الى الميت: بان العقد حيث يكون متزئلاً لثبوت الخيار لسائر الورثة فالثمن في معرض الانتقال الى جميع الورثة ومنهم الزوجة، فللزوجة حق في الثمن، فلها استيفائه باعمال الخيار.

وبان الخيار هو السلطنة على الاسترداد خاصة.

واما اذا كانت الأرض منتقلة عنه، فحيث انه لاسلطنة لها على استردادها لانفسها لحرمانها، ولا لمن نصبت من قبله، فلا ترث.

وأما إذا باع أرضاً بخيار، فلاشكال حينئذ بحاله، لأنّها إذا فسخت في هذه الصورة لم ترث شيئاً، وحمل الشّارحان العبارة على أنّ الأقرب ارثها إذا اشترى بخيار، لأنّها حينئذ يفسخ فترث من الثمن، بخلاف ما إذا باع بخيار، وهو خلاف الظاهر، فإنّ المتبادر أنّ المشار إليه بقوله ذلك هو عدم الارث الذي سيقت لاجله العبارة، مع أنّه من حيث الحكم غير مستقيم ايضاً، فإنّ الأرض حقّ لباقي الوراث استحقّوها بالموت، فكيف يملك الزوجة ابطال استحقاقهم لها واخراجها عن ملكهم.

وفيه: مضافا الى فساد الشق الثاني كما تقدم -: انه لو اغمض عن ذلك وسلم كونه عبارة عن السلطنة على الاسترداد فليس هو السلطنة على الاسترداد خاصة، بل عن السلطنة عليه وعلى الرد، فع عدم امكان احدهما لا يثبت الخيار، ففيما اذا كانت الأرض منتقلة الى الميت - وان كان لها السلطنة على الاسترداد - الا انه لا سلطنة لها على الرد لعدم كون الأرض ملكا لها، ولا هي منصوبة من قبل مالكيها، فليس لها الرد،

بل يمكن منع سلطنتها على الاسترداد لأنّ تزلزل العقد من ناحية خيار الورثة لا يوجب اي سلطنة للزوجة، وكون الثمن في معرض الانتقال لا يوجب السلطنة الفعلية، بل الثمن ملك شأني للزوجة على تقدير اعمال الخيار.

واستدل للرابع - اي لعكس هذا التفصيل -: بان الثمن في صورة الانتقال الى الميت ملك للورثة ومنهم الزوجة، فلها السلطنة على رده، والخيار وان كان سلطنة على الاسترداد الا ان السلطنة على الاسترداد الى النفس او الى من كان منصوبا من قبله غير لازم، بل الفسخ يوجب الرجوع الى الميت، فلا مانع من الرد والاسترداد. وهذا بخلاف صورة العكس، فان الأرض ملك لسائر الورثة ما عدا الزوجة، ولا سلطنة لها على ما يستحقه الغير.

وفيه: مضافا الى ما تقدم انه مع دلالة الدليل، اي مانع من الالتزام: بان لها السلطنة على ما يستحقه الغير

ويرد الوجه الخامس: انه لا يمكن انحصار الوارث فيها، اذ مع فرض عدم وجود احد يكون الامام وارثا معها.

نعم لو قلنا انّ ذلك يحصل بانتقضاء مدّة الخيار، استقام ذلك، وايضاً فإنّها اذا ورثت في هذه الصّورة وجب ان ترث فيما اذا باع الميّت ارضاً بخيار بطريق اولى، لأنّها ترث حينئذ من الثمن واقصى ما يلزم من ارثها من الخيار ان يبطل حقّها من الثمن، وهو اولى من ابطال ارثها حق غيرها من الارض التي اختصوا بملكها، ثمّ قال: والحقّ انّ ارثها من الخيار في الأرض المشتراة مستبعد جدّاً، وابطال حقّ قد ثبت لغيرها يحتاج الى دليل. نعم قوله لترث من الثمن على هذا التّقدير يحتاج الى تكلف زيادة تقدير [١] بخلاف ما حملا عليه، انتهى. وقد تقدّم ما يمكن أن يقال على هذا الكلام.

ثمّ انّ الكلام في ثبوت الخيار لغير مستحقّ الحبوة من الورثة اذا اشترى الميّت او باع بعض أعيان الحبوة بخيار هو الكلام في ثبوته للزّوجة في الأرض المشتراة والمبيعة.

[١] قوله يحتاج الى تكلف زيادة تقدير

فانه لا بدوان يقدر فارادت الفسخ لترث من الثمن ويمكن ان يمنع ذلك بجعل الغاية للمنفى.

فتحصل: ان الأظهر انها ترث مطلقاً،

ومحصل الوجه في ذلك: وجود المقتضي وعدم المانع،

اما وجود المقتضي فهو عموم دليل الارث،

واما عدم المانع فلأن المانع المتوهم فيما اذا كانت الأرض منتقلة الى الميت،

اما عدم سلطنتها على ردها، وقد عرفت ان الفسخ حل العقد، مع انه لو كان عبارة

عن الرد والاسترداد كان هو الرد الملكي لا الخارجى، فلا مانع من ردها الأرض وان

كانت ملكاً لغيرها،

واما عدم كونها مالكة لكلا الالتزامين، وقد عرفت دفعه

وما يتوهم ما نعيته فيما اذا كانت الأرض منتقلة عن الميت،

اما عدم سلطنتها على استردادها الى نفسها

واما عدم مالكيّتها لالتزامين،

وقد عرفت دفعها.

مسألة في كيفية استحقاق كل من الورثة للخيار مع أنه شيء واحد غير قابل للتجزئة والتقسيم وجوه: [١]

الأول: ما اختاره بعضهم من استحقاق كل منهم خياراً مستقلاً كمورثه، بحيث يكون له الفسخ في الكلّ وإن أجاز الباقي، [٢] نظير حدّ القذف الذي لا يسقط بعفو بعض المستحقين، كذلك حقّ الشفعة على المشهور، واستند في ذلك الى أن ظاهر النبوي المتقدم [٣] وغيره، ثبوت الحق لكل وارث لتعقل تعدّد من لهم الخيار، بخلاف المال الذي لا بد من تنزيل مثل ذلك على إرادته الاشتراك لعدم تعدّد الملاك شرعاً لمال واحد بخلاف محلّ البحث

كيفية استحقاق الورثة للخيار

[١] التنبيه الثاني: في كيفية استحقاق كل من الورثة للخيار مع أنه شيء واحد غير قابل للتجزئة والتقسيم، وجوه:

[٢] الأول: ما اختاره صاحب الجواهر رحمته الله من استحقاق كل منهم خياراً مستقلاً كمورثه، بحيث يكون له الفسخ في الجميع وإن أجاز الباقي.

[٣] واستدل له: بظاهر النبوي المنجر بالعمل: ما ترك ميت من حق فهو لوارثه. ^(١) بتقريب: أن ظاهره ثبوت الحق لكل وارث لتعقل تعدد من له الخيار، وإنما لا يلتزم بذلك في المال من جهة عدم تعدد الملاك شرعاً لمال واحد.

وأورد عليه المصنف بإيرادات أربعة سياقي التعرض لها ولما يرد عليها عند تعرضه لها ولكن الذي يرد عليه أنه لا وجود له في كتب أحاديثنا

(١) لم اعثر على هذه العبارة في كتب الحديث من طرقنا وإنما رواها الشهيد الثاني في المسالك في كتاب الشفعة وتبعه المتأخرون عنه.

الثاني: استحقاق كلّ منهم خياراً مستقلاً في نصيبه، فله الفسخ فيه دون باقي الحصص، [١] غاية الامر مع اختلاف الورثة في الفسخ والامضاء تبعض الصّفقة على من عليه الخيار، فيثبت له الخيار، ووجه ذلك انّ الخيار لما لم يكن قابلاً للتجزئة وكان مقتضى ادلة الارث كما سيجيء، اشتراك الورثة فيما ترك مورثهم، تعيّن تبعضه بحسب متعلّقه، فيكون نظير المشتري لصفقة واحدة اذا قلنا بثبوت الخيار لكلّ منها.

الثالث: استحقاق مجموع الورثة لمجموع الخيار، [٢] فيشتركون فيه من دون ارتكاب تعدّده بالنسبة الى جميع المال، ولا بالنسبة الى حصّة كلّ منهم، لأنّ مقتضى ادلة الارث في الحقوق الغير القابلة للتجزئة، [٣] والاموال القابلة لها امر واحد، فهو ثبوت مجموع ما ترك لمجموع الورثة الا أنّ التقسيم في الاموال لما كان امراً ممكناً كان مرجع اشتراك المجموع في المجموع الى اختصاص كلّ منهم بحصّة مشاعة، بخلاف الحقوق فانّها تبقى على حالها من اشتراك مجموع الورثة فيها، فلا يجوز لاحدهم الاستقلال بالفسخ لافي الكلّ ولا في حصّته، فافهم.

[١] الثاني: ما اختاره جمع من المحققين وهو استحقاق كل منهم خياراً مستقلاً في نصيبه فله الفسخ فيه دون باقي الحصص، ويظهر وجهه مما ذكره من النقد على سائر الوجوه [٢] الثالث: ما اختاره المصنف رحمه الله وهو: استحقاق مجموع الورثة لمجموع الخيار، فيشتركون فيه، ولا يكون الحق متعدداً ولا المستحق، ولا يترتب عدم جواز الفسخ ولا الاجازة من البعض.

[٣] وقد استند في ذلك الى ان الحق امر بسيط غير قابل للتجزئة، فيشتركون فيه، وليس كالمال القابل لها.

وبعبارة اخرى: ان مقتضى ادلة الارث ثبوت مجموع ما ترك لمجموع الورثة، الا ان التقسيم في الاموال لما كان ممكناً مرجع ذلك الى اختصاص كل منهم بحصّة بخلاف الحق، فانه يبقى على حاله من اشتراك مجموع الورثة فيه. وفيه: انه لا كلام في ان الحق امر بسيط كالملكية، ولا يتجزى، ولكن يتعدد بتعدد مورده

وهنا معنى آخر لقيام الخيار بالمجموع، وهو ان يقوم بالمجموع من حيث تحقق الطبيعة في ضمنه لا من حيث كونه مجموعاً، فيجوز لكلّ منهم الاستقلال بالفسخ، ما لم يجز الآخر، لتحقيق الطبيعة في الواحد، [١] وليس له الاجازة بعد ذلك كما أنه لو اجاز الآخر لم يجز الفسخ بعده، لأن الخيار الواحد اذا قام بماهيّة الوارث واحداً كان او متعدداً كان امضاء الواحد كفسخه ماضياً فلا عبرة بما يقع متأخراً عن الآخر، لأنّ الاول قد استوفاه. ولو اتّحدا زماناً كان ذلك كالامضاء والفسخ من ذى الخيار بتصرف واحد، لا انّ الفاسخ متقدّم كما سيجيء في احكام التصرف.

ومورده في المقام هو الحل، ومتعلق الحل هو العقد، والعقد بما انه على ملكية الدار مثلاً والدار قابلة للتبويض، وكذا ملكيتها وكذلك العقد، ومع فرض قبول العقد له يكون الحل ايضاً قابلاً له، فيعقل تعدد حق الحل والفسخ، وعليه فاذا كانت الملكية بمقتضى ادلة الارث منتقلة الى المتعدد بنحو التعدد، اي كل وارث مالک لمقدار من المال لامحالة ينحل العقد الى عقود كل منهم طرف لما هو متعلق بحصته، فلا محالة يتعدد حق الخيار.

[١] الرابع: ما ذكره المصنف رحمته الله بقوله: وهنا معنى آخر لقيام الخيار بالمجموع، وهو ان يقوم بالمجموع من حيث تحقق الطبيعة في ضمنه لا من حيث كونه مجموعاً، فيجوز لكلّ منهم الاستقلال بالفسخ ما لم يجز الآخر لتحقيق الطبيعة في الواحد

واورد عليه المحقق الثاني رحمته الله: بانه مبني على ان يكون ارث الخيار ثابتاً لصرف الوجود من الوارث لا مطلق الوجود، وحيث ان صرف الوجود قائم بكل واحد من الورثة، فكل من بادر الى اعمال الحق ينفذ في حق الجميع وهذا خلاف المتبادر من الأدلة من كون الحكم شمولياً.

وفيه: ان مراده بذلك ليس ثبوت الحق لصرف وجود الطبيعة في مقابل ثبوته لجميع الوجودات، بل مراده له ثبوته للطبيعي من حيث هو، بتقريب انه كما قد يكون المملوك كلياً كمن من الحنطة في الذمة، وقد يكون المالك كلياً ككلي الفقير والسيد في الخمس والزكاة، كذلك قد يكون من له الحق كلياً ككلي الوارث. وتعيينه وان احتاج

ثمَّ أنه لا ريب في فساد مستند وجه الأوّل المذكور له [١] لمنع ظهور النبوي وغيره في ثبوت ما ترك لكلّ واحد من الورثة، لأنّ المراد بالوارث في النبوي وغيره ممّا أفرد فيه لفظ الوارث جنس الوارث المتحقّق في ضمن الواحد والكثير، [٢] وقيام الخيار بالجنس يتأتّى على الوجوه الأربعة المتقدّمة، كما لا يخفى على المتأمّل. وأمّا ما ورد فيه لفظ الورثة بصيغة الجمع، فلا يخفى أنّ المراد به أيضاً، أمّا جنس الجمع أو جنس الفرد أو الاستغراق القابل للحمل على المجموعي والافرادي والظاهر هو الثاني، كما في نظائره، هذا كلّ مع قيام القرينة العقليّة واللفظيّة على عدم ارادة ثبوته لكلّ واحد مستقلاً في الكلّ. أمّا الاولى فلأنّ المفروض ان ما كان للميت وتركه للوارث حقّ واحد شخصي، وقيامه بالاشخاص المتعدّدين اوضح استحالة واطهر بطلاناً من تجزيه وانقسامه على الورثة فكيف يدعى ظهور أدلة الارث فيه. [٣]

الى معين الا انه يكون في المقام باقدام من هو مصداق الطبيعي القابل للانطباق عليه بالأخذ بالخيار.

وبهذا ظهر انه لا وجه لما اورده السيد عليه بان الاولى عد هذا الوجه معنى آخر لقيام الخيار بكل واحد مستقلاً،

ولكن الذي يرد على هذا الوجه: ان سياق ادلة الارث في الحق والمال واحد، ويديهي انه ليس ارث الملك كذلك فارث الحق ايضاً ليس كذلك

[١] وقد اورد المصنف على الوجه الاول بايرادات اربعة

[٢] احدها: ان المراد بالوارث في النبوي وغيره ممّا افرد فيه لفظ الوارث جنس

الوارث، المتحقّق في ضمن الواحد والكثير، وقيام الخيار بالجنس يتأتّى على الوجوه الاربعة المتقدمة

وفيه: انه لو كانت القضية مهلة صح ما افاده، واما لو كانت مطلقة فحيث ان الجنس ليس الا الطبيعية، فكونها تمام الموضوع لا يكون الا على الوجه الثاني في كلامه الذي سيأتي التعرض له.

[٣] ثانيها: ان ما كان للميت وتركه للوارث حق واحد شخصي، وقيامه

بالأشخاص المتعدّدين اوضح استحالة واطهر بطلاناً من تجزئه وانقسامه على الورثة

وأما الثانية فلأن مفاد تلك الأدلة بالنسبة إلى المال المتروك، والحق المتروك شيء واحد، ولا يستفاد منها بالنسبة إلى المال الاشتراك، وبالنسبة إلى الحق التعدد، إلا مع استعمال الكلام في معنيين، [١] هذا مع أن مقتضى ثبوت ما كان للميت لكل من الورثة أن يكونوا كالوكلاء المستقلين، [٢] فيمضي السابق من اجازة أحدهم أو فسخه، ولا يؤثر إلا حق فلا وجه لتقدم الفسخ على الاجازة على ما ذكره. وأما الوجه الثاني فهو وإن لم يكن منافياً لظاهر أدلة الارث، من ثبوت مجموع المتروك لمجموع الوارث، إلا أن تجزية الخيار بحسب متعلقه كما تقدم، مما لم يدل عليه أدلة الارث، أما ما كان منها كالتبوي غير متعرض للقسمة فواضح، وأما ما تعرض فيه للقسمة كآيات قسمة الارث بين الورثة فغاية ما يستفاد منها في المقام بعد ملاحظة عدم انقسام نفس المتروك هنا ثبوت القسمة فيما يحصل بأعمال هذا الحق أو إسقاطه فيقسم بينهم العين المستردة بالفسخ، أو ثمنها الباقي في ملكهم بعد الاجازة على طريق الارث.

وفيه: أن الحق لا يكون متروكاً لما تقدم من انعدامه بموت المستحق، بل المتروك ما هو مورد الحق، ولا مانع من صيرورته طرفاً لاضافات متعددة بعدد الورثة، كما لا مانع من تعلق الحق المستقل متعدداً بعقد واحد،

والاولى في تقريب هذا الوجه أن يقال: أن مورد هذا الحق هو حل العقد، وحيث أن ما هو مورد بالاضافة إلى المورث هو الحل الواحد غير المتعدد، والواحد لا يتعدد بالانتقال من طرف إلى طرف، فلا يعقل فيه التعدد.

[١] ثالثها: أن مفاد دليل الارث بالنسبة إلى المال المتروك والحق المتروك شيء واحد، ولا يستفاد منه بالنسبة إلى المال الاشتراك، وبالنسبة إلى الحق التعدد الامع استعمال الكلام في معنيين.

وفيه: أن دليل ارث الحق غير دليل ارث المال، فلا محذور في تعدد المعنى.

[٢] رابعها: أن مقتضى ثبوت ما كان للميت لكل من الورثة أن يكونوا كالوكلاء المستقلين، فيمضي السابق من اجازة أحدهم أو فسخه، ولا يؤثر اللاحق، فلا وجه لتقدم

وأما ثبوت الخيار لكلّ منهم مستقلاً في حصّته، فلا يستفاد من تلك الأدلّة، فالمتيقّن من مفادها هو ثبوت الخيار الواحد الشّخصي للمجموع، فإن اتّفق المجموع على الفسخ في المجموع، وإلّا فلا دليل على الانفساخ في شيء منه. ومن ذلك يظهر أنّ المعنى الثّاني للوجه الثّالث، وهو قيام الخيار بالطبيعة المتحقّقة في ضمن المجموع أيضاً لا دليل عليه، فلا يؤثر فسخ أحدهم وإن لم يجز الآخر مع أنّ هذا المعنى أيضاً يخالف لأدلة الارث، لما عرفت من أنّ مفادها بالنسبة الى المال والحقّ واحد. ومن المعلوم أنّ المالك للمال ليس هو الجنس المتحقّق في ضمن المجموع.

الفسخ على الاجازة على ما ذكره.

وفيه: انه فرق بين كون الحق واحداً وللمتعدد اعماله كما في مسألة الوكالة، وبين كون الحق متعدداً في نفسه على ما فرضه صاحب الجواهر، وما افاده انما هو في الأول، ومورد كلام الجواهر هو الثاني، ولازم كون الحق متعدداً عدم مزاحمة اجازة المميز لفسخ الفاسخ لاستقلال كل شخص بشخص من الخيار

وقد ظهر مما ذكرناه: - مضافاً الى عدم استقامة شيء مما ذكره المصنف

عدم تمامية ما افاده صاحب الجواهر ثبوتاً واثباتاً.

فتحصل مما ذكرناه: ان الأظهر هو الوجه الرابع، وهو استحقاق كل منهم خياراً مستقلاً في نصيبه فله الفسخ فيه دون باقي الحصص.

وعلى الوجوه الثلاثة الأولى لاشكال في انه ليس لكل واحد من الورثة ان يفسخ بمقدار حصته، اذ الحق واحد وهو الخيار في الكل، فلا يجوز له الفسخ في البعض.

واما على المختار، فهل يجوز التفريق في الفسخ والاجازة بان يفسخ واحد منهم بالنسبة الى حصته من المال، ام لا يجوز ذلك؟ ربما يقال بالثاني،

واستدل له بوجهين:

الأول: ما افاده المحقق النائيني رحمته الله وهو: ان مقتضى الشرط الضمني الذي التزم به

الميت من عدم تبعض الصفقة عليه عدم نفوذ اعمال الخيار لكل واحد مستقلاً، بل لا بد من

اتفاقهم

ثمَّ انَّ ما ذكرنا جار في كلِّ حقِّ ثبت لمتعدّد لم يعلم من الخارج كونه على خصوص واحد من الوجوه المذكورة، [١] نعم لو علم ذلك من دليل خارج اتّبع كما في حدِّ القذف، فإنَّ النّص قد دلَّ على أنّه لا يسقط بعفو احد الشّريكين، وكذا حقّ القصاص، فإنّه لا يسقط بعفو احد الشّريكين، لكن مع دفع الآخر مقدار حصّة الباقي من الدّية الى اولياء المقتصّ منه جمعاً بين الحقيّين، لكن يبقى الاشكال في حكم المشهور من غير خلاف يعرف بينهم. وان احتمله في الدّروس من انّ احد الورثة اذا عني عن الشّفعة كان للآخر الأخذ بكلّ المبيع، [٢] فإنّ الظاهر انّ قولهم بذلك ليس لأجل دليل خارجي، والفرق بينه وبين ما نحن فيه مشكل.

ويمكن ان يفرّق بالضرر، فإنه لو سقطت الشّفعة بعفو احد الشّريكين تضرّر الآخر بالشّركة [٣]

على الفسخ او الاجازة الا ان يرضى الطرف بالتبعض.

وفيه: ان الشرط ان كان هو ان لا يفسخ في البعض ففائته عدم جوازه تكليفا لاوضعا، فان شرط الترك لا يوجب عدم نفوذ الفعل. نعم لو تخلف يثبت لمن عليه الخيار لتبعض الصفقة.

الثاني: انه يلزم منه التشقيص وهو ضرر على الطرف مني بالحديث.

وفيه: ان ضرره يجبر بالخيار في اصل البيع، فالإظهار هو الأوّل.

ويترتب على كون حق الخيار واحدا قائما بالمجموع عدم الانفساخ بفسخ احدهم، وعدم سقوط الحق باسقاطه، بل لا بد من الاجتماع على الفسخ او الاسقاط،

[١] وهذا جار في كل حق ثبت لمتعدد لم يعلم من الخارج كونه على خصوص واحد من الوجوه المذكورة،

وقد ورد في الشرع ما يوهم خلاف ذلك، فان الأصحاب افتوا بان

[٢] احد الورثة اذا عني عن الشفعة كان للآخر الاخذ بكل المبيع، والاشكال فيه من وجهين

احدهما: انه كيف ينفذ العفو من احدهم مع ان الحق قائم بالمجموع.

ثانيهما: انه كيف يجوز الاستيفاء من احدهم ولو لم ياذن به الاخر، والمصنف قد

اجاب عنه

[٣] بانه لو سقطت الشفعة بعفو احد الشريكين تضرر الاخر بالشركة.

بل لعلّ هذا هو السّر في عدم سقوط حدّي القذف والقصاص بعفو البعض، لأنّ الحكمة وما التّشفي، فباطلها بعفو أحد الشّركاء اضرار على غير العافي وهذا غير موجود غيباً نحن فيه، فتأملّ.

ثمّ أنّ ما اخترناه من الوجه الأوّل، [١] هو مختار العلّامة في القواعد، بعد ان احتمل الوجه الثّاني وولده في الايضاح والشّهاد في الدّروس والشّهاد الثّاني في المسالك وحكي عن غيرهم، قال في القواعد وهل للورثة التّفريق فيه نظر [٢] اقربه المنع، وان جوّزناه مع تعدّد المشتري، وزاد في الايضاح بعد توجيه المنع، بأنّه لم يكن لمورّثهم الاّ خيار واحد أنّه لا وجه لاحتمال التّفريق

وفيه: اولاً: انه لو تم اقتضى بقاء حقه بمقدار حصته، فان ارث حق الشفعة انما هو بمقدار الحصة لقاعدة الميراث لاستيفاء الحق في الجميع
وثانياً: انه لا يتم، فان حق الشفعة لا يكون ثبوته للضرر، فان ضرر الشركة حاصل قبلاً، وقد تبدل شريك بشريك، وربما يكون الثّاني احسن من الاول
وثالثاً اذا كان للجميع حق واحد فلا ضرر فان الملك الكذائي المتعلق لحق قائم بالمجموع قد انتقل الى الورثة، ولا ضرر في ذلك، والحق انه لا فرق بين حق الشفعة، والمقام وما ذكرناه يجري فيه.

[١] قوله ثمّ ان ما اخترناه من الوجه الاول

مراده من الوجه الاول الوجه الاول من الوجه الثالث - ومراده من الوجه الثاني بحسب الظاهر الثاني من اصل الوجوه.

[٢] قوله قال في القواعد وهل للورثة التّفريق فيه نظر

عبارات القواعد والدروس وغيرهما محتملة لوجوه

احدها: ارادة ثبوت مجموع الخيار للمجموع

الثاني: ان لكل واحد خياراً بمقدار حصته الا ان فسخه مشروط بفسخ الاخرين

الثالث: ان الخيار لكل واحد الا - انه لا يجوز التّفريق لان الحق واحد -

والمصنف رحمه الله استظهر الاول ولم يتعرض للثاني.

وقال في الدّروس في باب خيار العيب: لو جوّزنا لأحد المشتريين الرّد نجوّزه لأحد الوارثين عن واحد، لأنّ التّعّدّد طار على العقد سواء كان الموروث خيار عيب أو غيره، انتهى. وفي المسالك بعد المنع عن تفرّق المشتريين في الخيار، هذا كلّه فيما لو تعدّد وارث المشتري الواحد، فإنّه ليس لهم التفرق لاتّحاد الصّفقه والتّعّدّد طارمع احتماله، انتهى.

وظاهر التّذكرة في خيار المجلس الوجه الاول من الوجوه المتقدّمة قال لو فسخ بعضهم واجاز الآخر، فالاقوى أنّه يفسخ في الكلّ، كالمورث لو فسخ في حياته في البعض واجاز في البعض، انتهى.

ويحتمل ان لا يريد بذلك ان لكلّ منهما ملك الفسخ في الكلّ، كما هو مقتضى الوجه الأول، بل يملك الفسخ في البعض ويسري في الكلّ، [١] نظير فسخ المورث في البعض وكيف كان فقد ذكر في خيار العيب، أنّه لو اشترى عبداً فأتى وخلف وارثين فوجدوا به عيباً لم يكن لأحدهما ردّ حصّته خاصّة للتشقيص، انتهى.

وقال في التّحرير: لو ورث اثنان عن ابئهما خيار عيب، فرضي احدهما، سقط حقّ الآخر من الرّد دون الارش.

والظاهر ان خيار العيب وخيار المجلس واحد، كما تقدّم عن الدّروس. فلعلّه رجوع عمّا ذكره في خيار المجلس، ثمّ أنّه ربّما يحمل ما في القواعد وغيرها من عدم جواز التّفريق على أنّه لا يصحّ تبعض المبيع من حيث الفسخ والاجازة، بل لا بد من الفسخ او الاجازة في الكلّ، فلا دلالة فيها على عدم استقلال كلّ منهم على الفسخ في الكلّ، وحينئذ فإن فسخ احدهم واجاز الآخر قدم الفسخ على الاجازة، وينسب تقديم الفسخ الى كلّ من منع من التّفريق، بل في الحقائق تصرّح الاصحاب بتقديم الفاسخ من الورثة على المجيز

[١] قوله بل يملك الفسخ في البعض ويسري في الكل

بل هذا هو صريحه - ولكن يرد عليه ان سريان فسخ البعض الى الكل لا يكون الا اذا كان مالكا لفسخ الكل كما في المورث وهو واضح.

ولازم ذلك الاتفاق على أنه متى فسخ أحدهم انفسخ في الكل،

وما ابعد بين هذه الدّعى وبين ما في الرّياض من قوله

ولو اختلفوا، يعني الورثة قيل: قدم الفسخ. وفيه نظر، لكنّ الاظهر في معنى

عبارة القواعد ما ذكرنا وإنّ المراد بعدم جواز التفريق أنّ فسخ أحدهم ليس ماضياً

مع عدم موافقة الباقيين. كما يدلّ عليه قوله فيما بعد ذلك في باب خيار العيب،

أمّا لو اورثنا خيار العيب، فلا اشكال في وجوب توافقهما، فإنّ المراد بوجوب

التّوافق وجوبه الشرطي، ومعناه عدم نفوذ التّخالف.

ولاريب أنّ عدم نفوذ التّخالف ليس معناه عدم نفوذ الاجازة من أحدهما مع

فسخ صاحبه، بل المراد عدم نفوذ فسخ صاحبه من دون اجازته لفسخ صاحبه وهو

المطلوب واصرّح منه ما تقدّم من عبارة التّحرير، ثمّ التّذكرة. نعم ما تقدم من قوله

في الزّوجة غير ذات الولد اقربه ذلك ان اشترى بخيار لثرت من الثّمن قد يدلّ على

انّ فسخ الزّوجة فقط كاف في استرجاع تمام الثّمن لثرت منه، اذاسترداد مقدار

حصّتها موجب للتّفريق الممنوع عنده وعند غيره،

وكيف كان، ففقتضى ادلّة الارث ثبوت الخيار للورثة على الوجه الثالث الذي

اخترناه.

وحاصله أنّه متى فسخ أحدهم واجاز الآخر لغى الفسخ.

وقد يتوّهم استلزام ذلك بطلان حقّ شخص لعدم اعمال الآخر حقّه.

ويندفع بأنّ الحق، اذا كان مشتركاً لم يحز اعماله الا برضا الكلّ، كما لو جعل

الخيار لاجنبيّين على سبيل التّوافق.

فرع اذا اجتمع الورثة كلهم على الفسخ فيما باعه مورثهم، [١] فإن كان عين الثمن موجوداً في ملك الميت دفعوه الى المشتري، [٢] وان لم يكن موجوداً اخرج من مال الميت ولا ينعون من ذلك، وان كان على الميت دين مستغرق للتركة، لأن المحجور له الفسخ بخياره وفي اشتراط ذلك بمصلحة الديان وعدمه وجهان، [٣] ولو كان مصلحتهم في الفسخ لم يجبروا الورثة عليه لانه حق لهم فلا يجبرون على اعباله

لواجتمع الورثة على الفسخ

[١] الثالث: اذا اجتمع الورثة على الفسخ فيما باعه مورثهم فهل المبيع يرجع الى الميت او الى الورثة؟ ويترتب على هذا النزاع فوائد لا تخفى.

[٢] قوله فان كان عين الثمن موجوداً في ملك الميت دفعوه الى المشتري هذا هو المعروف بين الاصحاب، وخالفهم الشيخ في جملة من كتبه في صورة قصور التركة

يشهد للمشهور صحيح جمل عن بعض اصحابنا عن ابي عبدالله (ع) في رجل باع متاعاً من رجل فقبض المشتري المتاع ولم يدفع الثمن ثم مات المشتري والمتاع قائم بعينه فقال عليه السلام اذا كان المتاع قائماً بمعينه رد الى صاحب المتاع وقال ليس للغرماء ان يحاصوه (١) واستدل لما ذهب اليه الشيخ بصحيح ابي ولاد عنه عليه السلام عن رجل باع من رجل متاعاً الى سنة فمات المشتري قبل ان يحل ماله واصاب البائع متاعه له ان يأخذه اذا حقق له فقال عليه السلام ان كان عليه دين وترك نحواً مما عليه فليأخذه ان حقق له فان ذلك حلال ولو لم يترك نحواً من دينه فان صاحب المتاع كواحد ممن له عليه شيء يأخذ حصته ولا سبيل له على المتاع (٢)

والمراد بالنحو هنا المثل بمعنى ان تكون تركته قدر ما عليه فصاعداً بحيث لا يحاص على باقي الغرماء قصور،

ولعل الثاني اقوى، وتام الكلام في كتاب الحجر،

[٣] قوله وفي اشتراط ذلك بمصلحة الديان وعدمه وجهان

قد استدل الاول بانهم مكلفون باءاء دين الميت والفسخ مع المفسدة يضرب بالاداء فلا يجوز

(١) الوسائل - باب ٥ - من ابواب كتاب الحجر حديث ١.

(٢) نفس المصدر حديث ٣.

ولولم يكن للميت مال. ففي وجوب دفع الثمن من ماله بقدر الحصة وجهان، من أنه ليس لهم إلا حق الفسخ كالأجنبي المجهول له الخيار، أو الوكيل المستتاب في الفسخ والامضاء، وانحلال العقد المستلزم لدخول المبيع في ملك الميت يوفي عنه ديونه وخروج الثمن من ملكه في المعين واشتغال ذمته ببذله في الثمن الكلي، فلا يكون مال الورثة عوضاً عن المبيع إلا على وجه كونه وفاءً لدين الميت، وحينئذٍ فلا اختصاص له بالورثة على حسب سهامهم، بل يجوز للغير أداء ذلك الدين، بل لو كان للميت غرماء ضرب المشتري مع الغرماء.

وهذا غير اشتغال ذم الورثة بالثمن على حسب سهامهم من المبيع. ومن أنهم قائمون مقام الميت في الفسخ برّد الثمن أو بذله، [١] وتلك المبيع، فإذا كان المبيع مردوداً على الورثة من حيث أنهم قائمون مقام الميت، اشتغلت ذمهم بثمنه حيث أنهم كنفس الميت، كما أنّ معنى ارثهم لحق الشفعة استحقاتهم لتملك الحصة بثمن من ماله لا من مال الميت

وفيه ان التكليف بالاداء انما هو مع وجود المال والفسخ رافع للموضوع و على تقدير عدم الجواز يكون ذلك تكليفا لا وضعيا فلو فسخوا يكون نافذا والمراد من المصلحة عدم المفسدة اذ لا ريب في الجواز مع التساوى.

وكيف كان فلولم يكن للميت مال ففي وجوب دفع الثمن من ماله بقدر الحصة وجهان [١] والمصنف بنى الحكم في هذا الفرغ على ان الوارث هل هو نائب عن الميت في الفسخ والاجازة بمعنى انه يفسخ عن الميت فينتقل المال الى الميت ثم الى الوارث، ام هو مستقل وقائم مقامه بمعنى انه يفسخ عن نفسه لانتقال الحق الثابت للميت اليه فينتقل المال الى الورثة، ومختاره هو الثاني.

ويرد عليه: ان الوارث ليس نائبا عن الميت في الفسخ، بل الحق ثابت له، ولكن ليس معنى ذلك فسخ العقد عن نفسه ولنفسه، بل معناه حق حل العقد وفسخه لاعتن نفسه ولاعن غيره، فان نسبته الى الكل على حد سواء.

ثمّ لوقلنا بجواز الفسخ لبعض الورثة وان لم يوافقه الباقي وفسخ. ففي انتقال المبيع الى الكلّ، او الى الفاسخ، وجهان ممّا ذكرنا من مقتضى الفسخ، وما ذكرنا خيراً من مقتضى النيابة والقيام مقام الميت. [١]

وبعبارة اخرى: الفسخ حل للعقد القائم بشخصين خاصين مع انه على تقدير الاغماض عما ذكرناه وتسليم ما افاده المصنف عليه السلام لوجه لتفصيله بين ما اذا كان للميت مال وبين ما لم يكن، فان مقتضى ما افاده انتقال العين الى الورثة واشتغال ذمهم بمقدار حصصهم للمفسوخ عليه، من غير فرق بين ان يكون له مال وان لا يكون له مال

[١] قوله وما ذكرنا خيراً من مقتضى النيابة والقيام مقام الميت

الوجه الاول نيابة دون هذا الوجه وعليه فراه من النيابة ما فسر به بقوله والقيام مقام الميت كما يشير الى ما ذكرناه ما ذكره بعد ذلك بقوله فهو كنفس الميت لاثائب عنه. والحق ان يقال: ان حق الخيار الموروث ليس من قبيل حق الشفعة، فان حقيقة حق الشفعة تملك حصّة الشريك من مشتريها بتمنّها، ومعلوم ان تملك حصّة الشريك يبذل الثمن لا يقتضى رجوع الحصّة الى الميت ولا ثمنها منه.

وبالجملة: الموروث ليس حق التملك، بل حق حل العقد، وهو يقتضي رجوع الأمر الى ما كان، ولازم ذلك عود الملك الى الميت وعود بدله عنه اذ المعاوضة كانت بينه وبين المفسوخ عليه.

وغاية ما يمكن ان يورد على هذا الوجه امور:

الاول: ان انتقال المال الى الميت غير معقول لعدم قابليته لذلك.

وفيه: ان الملكية من الاعتباريات، وهي خفيفة المؤونة، ولا مانع من اعتبار شيء ملكاً له لو اقتضت المصلحة ذلك.

الثاني: ان الوارث حيث يكون قائماً مقام مورثه فيكون عقده عقده، فكأن العقد واقع على ماله. والحل حل لهذا العقد، ولازم ذلك تلقي الفاسخ من المفسوخ عليه من حين فسخه لا لتلقي من الميت فتشتغل ذمته بالبدل.

والأظهر في الفرعين هو كون ولاية الوارث لا كولاية الولي او الوكيل في كونها لاستيفاء حق للغير، بل هي ولاية استيفاء حق متعلق بنفسه، فهو كنفس الميت لا نائب عنه في الفسخ. ومن هنا جرت السيرة بأن ورثة البائع يبيع خيار رد الثمن يردون مثل الثمن من أموالهم، ويستردون المبيع لأنفسهم، من دون ان يلزموا باداء الديون منه بعد الاخراج، [١] والمسألة محتاج الى تنقيح زائد.

وفيه: ان دليل الارث يدل على ان ما كان للميت من ملك اوحق فهو لوارثه، ولا يدل على ان كل ما هو مضاف اليه مضاف الى وارثه كي يكون عقده عقده.

[١] الثالث: انه جرت السيرة بان ورثة البائع يبيع خيار رد الثمن يردون مثل الثمن من أموالهم، ويستردون المبيع لأنفسهم، من دون ان يلزموا باداء الديون منه بعد الاخراج وفيه: اولاً: ان وجه جريان السيرة غير معلوم، ولعله يكون ردهم مثل الثمن من أموالهم من جهة ان الفسخ اوجب اشتغال ذمة الميت بالثمن، فهم يؤدون دينه. نعم لو جرت السيرة بعدم اداء سائر ديون الميت من المبيع، وعدم كونهم ملزمين بذلك، كشف ذلك عن عدم انتقال المبيع الى الميت، ولكن قيام السيرة على ذلك ممنوع.

وثانياً: ان غاية ما يثبت بذلك كون ارث الخيار المشروط برد مثل الثمن من قبيل حق الشفعة، ولا يثبت به كون جميع الخيارات كذلك.

الرابع: قياس حق الخيار بحق الشفعة، وقد عرفت الفرق بينهما.

وهناك وجوه اخرهين دفعها بعد مراجعة ما ذكرناه.

فالحق انه تنتقل العين الى الميت، فان كان بدوها موجودا فهو يعود الى المفسوخ عليه لا يقال: انه ان انتقل الى الوارث فهو في حكم التلف.

فانه يرد بانه ملك مترزل فيعود منهم، والا فتشتغل ذمة الميت بالبدل، كان للميت مال ام لم يكن، فيكون سبيله سبيل سائر ديونه،

واما العين فان لم يكن للميت دين تنتقل الى الورثة والا فان كان الدين غير مستوعب ينتقل الفاضل منه على الدين اليهم وان كان مستوعبا لا ينتقل شيء منها اليهم.

مسألة لو كان الخيار لأجنبيّ ومات، ففي انتقاله الى وارثه كما في التحرير اوالى المتعاقدين، أو سقوطه كما اختاره غير واحد من المعاصرين، وربّما يظهر من القواعد، وجوه، [١] من أنّه حقّ تركه الميّت فلو ارثته، ومن أنّه حقّ لمن اشترط له من المتعاقدين، لأنّه بمنزلة الوكيل الذي حكم في التذكرة بانتقال خياره الى موكله دون وارثه.

لو جعل الخيار لأجنبي

[١] الرابع: ولو كان الخيار لأجنبي، ففي انتقاله الى وارثه - كما عن العلامة رحمته الله في التحرير - او الى المتعاقدين، أو سقوطه - كما عن غير واحد وربما يظهر من القواعد - وجوه. وقد وقع الخلاف في الخيار المَجْعُول للأجنبي فيانه، هل هو من باب التملك، او التوكيل، او التحكيم،

فقد يقال كما عن المحقق النائيني رحمته الله بأنه ليس من قبيل التملك، لانه لو كان على نحو جعل الملك كان لازمه ارث وارثه عنه: لان ما تركه لو ارثته، ولا من باب التوكيل، والا يمكن عزله، بل هو متوسط بين الملكية والوكالة نظير التولية على الوقف، وهذا هو المراد من التحكيم الذي ذكره الفقهاء.

ولكن يمكن ان يكون من قبيل التملك وجعل الحق له، وانما لا يرثه وارثه من جهة ضيق مقدار الجعل والمَجْعُول، اذ المَجْعُول هو حق الخيار للأجنبي بما انه ذو نظر ورأي يعتمد عليه في امر العقد، فيكون المستحق مقوماً، وقد مر ان مثل هذا الحق لا يورث ولا ينتقل الى الغير:

ويمكن ان يكون من قبيل التوكيل، وانما لا يمكن عزله لانه وان كانت الوكالة جائزة في نفسها الا انه اذا كانت شرطاً في ضمن عقد لازم لا يجوز العزل، والظاهر ان جعل الخيار من قبيل الاول.

وقد ظهر مما ذكرناه امران:

الأول: انه لا يرثه وارثه ولا ينتقل الى غيره.

ومن انّ ظاهر الجعل او محتمله مدخليّه نفس الاجنبى، [١] فلا يدخل فيما تركه وهذا لا يخلو عن قوّة لاجل الشكّ في مدخليّة نفس الاجنبى.
وفي القواعد لو جعل الخيار لعبد احدهما، فالخيار لمولاه، [٢] ولعله لعدم نفوذ فسخه ولا اجازته بدون رضا مولاه، واذا امره باحدهما اجبر شرعاً عليه، فلو امتنع فللمولى فعله عنه فيرجع الخيار بالآخرة له، لكن هذا يقتضي ان يكون عبد الاجنبى كذلك، مع أنّه قال لو كان العبد لاجنبى لم يملك مولاه، ولا يتوقّف على رضاه، اذ لم يمنع حقّاً للمولى، فيظهر من ذلك فساد الوجه المذكور نقضاً وحلّاً، فافهم.

الثانى: عدم تمامية ما افاده المحقق الايروانى رحمته معلقا على قول المصنف رحمته،

[١] ومن ان ظاهر الجعل او محتمله مدخلية نفس الاجنبى

بقوله: لم افهم المراد من مدخلية الأصيل وعدم مدخليته، فان اريد كون الخيار معمولاً لشخص الأصيل فالكلام في مثل ذلك ويعدى الى الوارث بآدلة الارث - الى ان قال - وان اريد كون الخيار معمولاً لشخص الاصيل بشرط ان لا يورث ففيه: ان هذا شرط خلاف الكتاب والسنة. انتهى.

فانه قد عرفت ان الخيار انما يورث اذا لم يكن المستحق مقوماً، بل كان مورداً، وفي جعل الخيار الظاهر كونه مقوماً،

وهذا هو مراد المصنف رحمته من مدخلية نفس الاجنبى، فلا ايراد عليه.

[٢] قال المصنف رحمته: وفي القواعد لو جعل الخيار لعبد احدهما فالخيار لمولاه.

هذه المسألة غير مربوطة بما نحن فيه، فان حاصلها: ان جعل الخيار للعبد هل هو جعل له لمولاه لآنه عبد لا يقدر على شيء، أو انه جعل له لنفسه بعد عدم مزاحمة اعماله لحق مولاه؟ والحق ان جعل الحق له لا محذور فيه، فان كونه عبداً لا يقدر على شيء ليس معناه خروجه عن قابلية جعل مال او حق له، بل معناه ان الأفعال التسببية لاتنفذ منه، وانما يلتزم بعدم مالكيته من التزم لدليل آخر مفقود في الحق.

نعم يمكن الفرق بين كون المستحق عبد أحد المتعاقدين أو عبد الاجنبى

مسألة ومن احكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار. [١] وقد مرّ بيان ذلك في مسقطاب الخيار، والمقصود هنا بيان أنّه كما يحصل اسقاط الخيار والتزام العقد بالتصرف، فيكون التصرف اجازة فعلية، كذلك يحصل الفسخ بالتصرف، فيكون فسخاً فعلياً.

وقد صرّح في التذكرة بأنّ الفسخ كالا جازة قد يكون بالقول، وقد يكون بالفعل. وقد ذكر جماعة كالشيخ وابن زهرة وابن ادریس وجماعة من المتأخرين عنهم كالعلامة وغيره (قدّس الله اسرارهم) انّ التصرف ان وقع فيما انتقل عنه كان فسخاً، وان وقع فيما انتقل اليه كان اجازة.

من ناحية ان الخيار ان جعل لعبد أحدهما كان لازمه سلطنة العبد على مولاه بكل العقد الواقع بينه وبين طرفه بخلاف ما لو جعل لعبد الأجنبي فان العقد حينئذ اجنبي عن مولاه ولعله لذلك قال في القواعد ان الخيار لو جعل لعبد أحدهما فالخيار لمولاه ولو جعل لعبد الاجنبي فالخيار له لا لمولاه، ولكن مقتضى ما ذكرناه من الفرق عدم ثبوت الخيار للعبد لاثبوت له مولاه، والذي يسهل الخطب عدم المورد لهذه المسألة، فالانحاض عن اطالة الكلام اولى.

الفسخ الفعلي

[١] طفتحت كلماتهم بانه من احكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار وتنقيح القول في المقام بالبحث في موارد الاول هل الفسخ يحصل بالفعل كما يحصل بالقول ام لا - لا كلام من الاصحاب في حصوله به وهو مقتضي اطلاق دليل الفسخ بالتقريب المتقدم في مسألة المعاوضة وقد عرفت هناك انه فيما لم يدل دليل بالخصوص على اعتبار اللفظ يكتفي بكل ما ينشأ به المنشأ كان قولاً ام فعلاً وقوله ^(١) لا يخلل الكلام ويحرم الكلام لا يدل على اعتبار اللفظ في آلة الانشاء كما مر تحقيقه

وقد عرفت في مسألة الإسقاط أنّ ظاهر الاكثر أنّ المسقط هو التصرف المؤذن بالرضا، وقد دلّ عليه الصّحيحة المتقدّمة في خيار الحيوان، المعلّلة للسقوط، بأنّ التصرف رضا بالعقد فلا خيار، وكذا النّبي المتقدّم، ومقتضى ذلك منهم أنّ التصرف فيما انتقل عنه أمّا يكون فسخاً إذا كان مؤذناً بالفسخ وليكون فسخاً فعلياً. وأمّا ما لا يدلّ على ارادة الفسخ، فلا وجه لانفساخ العقد به، وإن قلنا بحصول الاجازة به بناء على حمل الصّحيحة المتقدّمة على سقوط الخيار بالتصرف تعبدّاً شرعياً، من غير ان يكون فيه دلالة عرفيّة نوعيّة على الرضا بلزوم العقد، [١] كما تقدّم نقله عن بعض، إلا أنّ يدّعي الاجماع على اتّحاد ما يحصل به الاجازة والفسخ، [٢] فكلّما يكون اجازة لو ورد على ما في يده يكون فسخاً إذا ورد منه على ما في يد صاحبه، وهذا الاتّفاق وإن كان الظاهر تحقّقه إلا أنّ اكثر هؤلاء كما عرفت كلّماتهم في سقوط خيار الشرط بالتصرف يدلّ على اعتبار الدّلالة على الرضا في التصرف المسقط، فيلزمهم بالمقابلة اعتبار الدّلالة على الفسخ في التصرف الفاسخ،

الثاني: انه بناء على كفاية الفعل هل يكتفى بخصوص ما قصد به الفسخ وكان مبرزاً له عرفاً - ام يكون التصرف فيما انتقل عنه فسخاً تعبدّاً ولو لم يكن كاشفاً عن قصد الفسخ - لا اشكال في الاختصاص بمقتضى القواعد

ولكن قد ادعى ان مقتضى الدليل الخاص عدم الاختصاص وهو مؤلف من امرين.

[١] احدهما - انه في النص الخاص ^(١) حكم بان التصرف فيما انتقل اليه اجازة وان

لم يقصد به الامضاء

[٢] الثاني انه قد تكرر في كلماتهم

دعوى الاجماع على ان ما يحصل به الاجازة ان وقع فيما انتقل اليه، يحصل به الفسخ

ان وقع فيما انتقل عنه

فان مقتضى هذين الامرين كون التصرف فيما انتقل عنه فسخاً تعبدّاً

ويدل عليه كثير من كلماتهم في هذا المقام ايضاً، قال في التذكرة اما العرض على البيع والاذن فيه والتوكيل والرهن غير المقبوض بناء على اشتراطه فيه والهبة الغير المقبوضة، فالاقرب انها من البائع فسخ، ومن المشتري اجازة، لدالاتها على طلب المبيع واستيفائه، وهذا هو الاقوى ونحوهما في جامع المقاصد.

ثم أنك قد عرفت الاشكال في كثير من امثلتهم المتقدمة للتصرفات الملزمة كركوب الدابة في طريق الرد ونحوه مما لم يدل على الالتزام اصلاً، لكن الأمر هنا أسهل بناءً على أن ذا الخيار اذا تصرف فيما انتقل عنه تصرفاً لا يجوز شرعاً إلا من المالك، او باذنه، دل ذلك بضميمة حمل فعل المسلم على الصحيح شرعاً، على ارادة انفساخ العقد قبل هذا التصرف.

قال في التذكرة: لو قبل الجارية بشهوة او باشر فيما دون الفرج، او لمس بشهوة، فالوجه عندنا أنه يكون فسخاً، لأن الإسلام يصون صاحبه عن القبيح، فلو لم يختر الامساك لكان مقدماً على المعصية، انتهى.

ثم نقل عن بعض الشافعية احتمال العدم نظراً الى حدوث هذه الامور عمن تردد في الفسخ والاجازة.

وفي كلا الامرين نظر

اما الثاني فلان معقد الاجماع هو ما يحصل به الاجازة حقيقة وواقعا او ظهورا لا مطلقا كي يشمل ما به يحصل الاجازة تبعا
واما الاول فلان ما دل على كون التصرف اجازة تبعا مختص بخيار الحيوان ولا يتعدى منه الى غيره

فالظاهر انه لا يتحقق الفسخ بما لا يكون كاشفا عن ارادته.

الثالث - انه لو لم يحرز انه بالتصرف فيما انتقل عنه هل قصد الفسخ ام لا هل يحكم ب ارادة الفسخ وانه ينفسخ ام لا

لا لكلام فيما اذا كان ظاهرا فيه للسيرة المستمرة من العقلاء على اتباع الكاشف عن المراد الجدى قولاً كان ام فعلاً

انما الاشكال فيما اذا لم يكن ظاهرا فيه.

والكلام فيه في موضعين

احدهما في التصرفات الخارجية غير المجازة على غير المالك

وفي جامع المقاصد عند قول المصنّف ﷺ ويحصل الفسخ بوطنى البائع وبيعه وعنته وهبته، قال لوجوب صيانة فعل المسلم عن المحرام، حيث يوجد اليه سبيل، وتنزيل فعله على ما يجوز له فعله مع ثبوت طريق الجواز، انتهى.

ثم أنّ أصالة حمل فعل المسلم على الجائز من باب الظواهر المعتبرة شرعاً، كما صرح به جماعة كغيرها من الامارات الشرعية، فيدلّ على الفسخ لا من الاصول التعبدية [١] حتى يقال أنّها لا تثبت ارادة المتصرف للفسخ، لما تقرّر من أنّ الاصول التعبدية لا يثبت الاّ اللوازم الشرعية لمجاريها. وهنا كلام مذكور في الاصول، ثمّ أنّ مثل التصرف الذي يحرم شرعاً الاّ على المالك او مأذونه التصرف الذي لا ينفذ شرعاً الاّ من المالك او مأذونه وان لم يحرم، كالبيع والاجارة والتكاح. فإنّ هذه العقود وان حلّت لغير المالك لعدم عدّها تصرفاً في ملك الغير، الاّ أنّها تدلّ على ارادة الانفساخ بها بضميمة أصالة عدم الفضولية،

الثاني في التصرفات الاعتبارية المتوقف نفوذها على الملك

اما الاول - فحيث، يحتمل كونه تصرفاً عدوانياً وكونه تصرفاً صحيحاً لاحتراز رضا صاحبه بالتصرف، ويحتمل كونه فسخاً في الحكم بكونه فسخاً لا بد من سد الاحتمالين الاولين

اما احتمال كون التصرف عدوانياً، فيدفع باصالة حمل فعل المسلم على الصحيح شرعاً التي هي من الاصول العقلانية، ولكن لا يثبت بها ما يتوقف عليه الصحة كما صرح المصنّف ﷺ بذلك في رسالته

ولذا قال لو شك في ان الشراء الصادر من الغير كان بما لا يملك كالخمر، او بعين من اعيان ماله لا يحكم بخروج تلك العين من تركته

وقد اشبعنا الكلام في ذلك في رسالة القواعد الثلاث المطبوعة

وعليه، فغاية ما يثبت بها صحة التصرف وعدم الاثم عليه، ولا يثبت بها ما يتوقف الصحة عليه وهو ارادة الفسخ،

[١] قوله من الامارات الشرعية فيدلّ على الفسخ لا من الاصول التعبدية

كما صرّح بها جامع المقاصد عند قول المصنّف، والاجازة والتّرويع في معنى البيع، والمراد بهذا الاصل الظّاهر، فلا وجه لمعارضته باصالة عدم الفسخ، مع أنّه لو اريد به اصالة عدم قصد العقد عن الغير، فهو حاكم على اصالة عدم الفسخ، لكنّ الانصاف أنّه لو اريد به هذا لم يثبت به ارادة العاقد للفسخ، وكيف كان، فلا اشكال في اناطة الفسخ بذلك عندهم كالاجازة بدلالة التصرف عليه ويؤيّد استشكالهم في بعض افراده من حيث دلالته بالالتزام على الالتزام بالبيع او فسخه ومن حيث امكان صدوره عمّن تردّد في الفسخ، كما ذكره في الايضاح، وجامع المقاصد، وفي وجه اشكال القواعد في كون العرض على البيع والاذن فيه فسخاً، ومما ذكرنا يعلم أنّه لو وقع التّصرف، فيما انتقل عنه نسياناً للبيع او مسامحة في التصرف في ملك الغير، او اعتماداً على شهادة الحال بالاذن، لم يحصل الفسخ بذلك.

يرد عليه او لانه صرح في رسالته بانه لو سلم وجود ملاك الطريقة فيها مع انه ممنوع ولكن بما ان دليلها بناء العقلاء، وهو كما يمكن ان يكون من جهة الطريقة يمكن ان يكون لمصلحة اخرى كحفظ نظام المعاشرة ونحوه، فلا يثبت باصالة الصحة الا الاثار الشرعية المترتبة عليها، اما ما يتوقف عليه الصحة، او ملازمها مطلقاً، او ما يلزمها فلا يثبت بها، اضيف الى ذلك ما حققناه في تلك المسألة واثبتنا انها من الاصول التعبدية لا من الامارات، فلا يثبت بها الفسخ واما احتمال كون التصرف صحيحاً لاحتراز رضا صاحبه، فلا اصل يحرز به عدمه، وعلى هذا فع الشك لا اصل يحرز به ارادة الفسخ واما الثاني فاحتمال كونه فضولياً يدفع بالاصل، والمراد به ظهور الاطلاق وعدم التقييد بكونه للغير، وهذا الظهور متبع عند العقلاء، ولكن لاساداحتمال كون التصرف عدوانياً كما تقدم فلا يحكم بالنفوذ،

مسألة هل الفسخ يحصل بنفس التصرف، او يحصل قبله متصلاً به. وبعبارة اخرى التصرف سبب، او كاشف فيه، [١] وجهان. بل قولان، من ظهور كلماتهم في كون نفس التصرف فسخاً، او اجازة، وأنه فسخ فعلي في مقابل القول، وظهور اتفاقهم على ان الفسخ بل مطلق الانشاء لا يحصل بالثبوت، بل لابد من حصوله بالقول او الفعل، ومما عرفت من التذكرة وغيرها من تعليل تحقق الفسخ بصيانة فعل المسلم عن القبيح. ومن المعلوم أنه لا يمان عنه الا اذا وقع الفسخ قبله، وإلا لوقع الجزء الأول منه محرماً

ويمكن ان يحمل قولهم بكون التصرف فسخاً على كونه دالاً عليه، وان لم يتحقق به، وهذا المقدار يكفي في جعله مقابلاً للقول، ويؤيده ما دل من الاخبار المتقدمة على كون الرضا هو مناط الالتزام بالعقد وسقوط الخيار، وان اعتبر كونه مكشوفاً عنه بالتصرف. وقد عرفت هناك التصريح بذلك من الدروس، وصرح به في التذكرة ايضاً، حيث ذكر ان قصد المتبايعين لاحد عوضي الصرف قبل التصرف رضا بالعقد، فقتضى المقابلة هو كون كراهة العقد باطلاً وعدم الرضا به هو الموجب للفسخ اذا كشف عنه التصرف.

الفعل كاشف

[١] مسألة هل الفسخ يحصل بنفس التصرف او يحصل قبله متصلاً به وبعبارة اخرى التصرف سبب او كاشف فيه وجهان بل قولان
لا يخفى ان الموجب لحمل التصرف على الكاشف دون السبب، مع ان الفسخ من الايقاعات، والظاهر تسالمهم على احتياجها الى الانشاء، وان ما ينشأ به العقد او الايقاع سبب لا كاشف، انما هو احد المحاذير التي ذكروها في المقام.

الاول - ان الفعل ليس قابلاً للانشاء ذكره المصنف رحمته الله

قال ان الفعل لا انشاء فيه فالمنشأ يحصل بارادته المتصلة بالفعل، لا بنفس الفعل لعدم دلالة عليه

ويرد عليه اولا النقص، بالمعاطاة المفيدة للملك التي هي بيع عنده، وانشأها البيع

ويؤيده أنهم ذكروا أنه لا يحصل الاجازة بسكوت البائع ذي الخيار على وطئ المشتري معللاً، بأن السكوت لا يدلّ على الرضا، فإنّ هذا الكلام ظاهر في أنّ العبرة بالرضا، وصرّح في المسبوط بأنّه لو علم رضا بوطئ المشتري سقط خياره، قاقصر في الاجازة على مجرّد الرضا. واما ما اتفقوا عليه من عدم حصول الفسخ بالنية، فرادهم بها نية الانساح اعني الكراهة الباطنية، لبقاء العقد، والبناء على كونه منفسخاً من دون ان يدلّ عليها بفعل مقارن به. واما مع اقترانها بالفعل، فلا قائل بعدم تأثيرها فيما يكفي فيه الفعل، اذ كلّما يكفي فيه الفعل من الانشاءات ولا يعتبر فيه خصوص القول فهو من هذا القبيل، [١] لأنّ الفعل لا انشاء فيه، فالمنشيء يحصل بإرادته المتصلة بالفعل لا بنفس الفعل لعدم دلالة عليه.

نعم يلزم من ذلك ان لا يحصل الفسخ باللفظ اصلاً، [٢] لأنّ اللفظ ابدأً مسبوق بالقصد الموجود بعينه قبل الفعل الدالّ على الفسخ. وقد ذكر العلامة في بعض مواضع التذكرة،

اللهم الا ان يقال انه ملتزم فيها ايضا بذلك، كما يظهر من قوله
[١] كلما يكفي فيه الفعل من الانشائيات، ولا يعتبر فيه خصوص القول فهو من هذا القبيل

وثانياً: انه لا فرق بين القول والفعل - والمختار عندنا وان كان حصول المنشأ قبل اظهاره بالقول او الفعل، وهو مبرز له لا سبب كما حققناه في اول الجزء الاول من هذا الشرح - الا ان ذلك فيها على حد سواء، واما من يرى حصول المنشأ بالقول لاسبيل له الى منع حصوله بالفعل، فان الفعل احد الدوال لان قوام الدلالة بالكشفية النوعية عن المراد، وهذه لا تختص باللفظ، ولا فرق في ذلك بين الاخبار والانشاء.

وظني ان المصنف رحمته الله كان في ذهنه انه في باب الانشائيات مطلقاً، يتحقق المنشأ باعتبار المنشي وارادته واللفظ او الفعل كاشف عن ذلك، ومظهر له، لا انه آلة لا يجاده كما اخترناه وبيننا انه لا يعقل ايجاد ذلك المعنى باللفظ - ويعرب عن ذلك قوله - بعد منع حصول المنشأ بالفعل

[٢] نعم يلزم من ذلك ان لا يحصل الفسخ باللفظ اصلاً لان اللفظ ابدأً مسبوق بالقصد

وكيف كان فالفرق بين القول والفعل مما لا وجه له اصلاً

ان اللازم بناء على القول بتضمّن الوطئ للفسخ عود الملك الى الواطئ مع الوطئ او قبيله، فيكون حلالا هذا

او كيف كان، فالمسألة ذات قولين ففي التحرير قوى جهة الواطئ الذي يحصل به الفسخ، وانّ الفسخ يحصل بأوّل جزء منه، فيكشف عن عدم الفسخ قبله، وهو لازم كلّ من قال بعدم صحّة عقد الواهب الذي يتحقّق به الرجوع كما في الشرائع وعن المبسوط والمهذب والجامع. والحكم في باب الهبة والخيار واحد، وتوقّف الشهيد في الدروس في المقامين مع حكمه بصحة رهن ذي الخيار، وجزم الشهيد والمحقّق الثّانيان بالحلّ، نظراً الى حصول الفسخ قبله بالقصد المقارن، ثمّ أنّه لو قلنا بحصول الفسخ قبيل هذه الافعال فلا اشكال في وقوعها في ملك الفاسخ، فيترتب عليها آثارها فيصحّ بيعه وسائر العقود الواقعة منه على العين لمصادفتها للملك ولوقلنا بحصوله بنفس الافعال، فينبغي عدم صحّة التصرفات المذكورة كالبيع، والعقود من حيث عدم مصادفتها للملك العاقد التي هي شرط لصحتها. وقد يقرّر المنع بما في التذكرة عن بعض العامة من أنّ الشيء الواحد لا يحصل به الفسخ والعقد، [١] كما أنّ التكبيرة الثانية في الصّلاة بنية الشّروع يخرج بها عن الصّلاة ولا

وان تم هذا الوجه اى حصول المنشأ قبل ابرازه بالفعل - او قبل ابرازه مطلقا كما اخترناه، يرتفع جميع الاشكالات حتى في الوط، لانه يقع بعد تحقق الملك فاذا نحن في فسحة من هذه الايرادات.

[١] الثاني ما نقله العلامة رحمته الله عن بعض العامة، وهو ان الشيء الواحد لا يعقل ان

يكون فسخا وعقدا

وهذا الوجه يختص بالوضعيات كالبيع

وحاصله ان الفسخ والعقد متقابلان فلا يعقل ان يجتمعا في واحد

وفيه: انها متقابلان بالاضافة الى شيء واحد، كملكية عين لزيد وحل تلك

الملكية في زمان واحد، واما العقد على ملكيتها لزيد وحل ملكية عمرو، فهذا ليسا

متقابلين، والمقام من قبيل الثاني كما لا يخفى.

يُشرع بها في الصلاة، وبأنّ البيع موقوف على الملك الموقوف على الفسخ المتأخّر عن البيع، [١] واجاب في التذكرة عن الأوّل بمنع عدم صحّة حصول الفسخ والعقد بشيء واحد، بالنسبة الى شيئين. واجاب الشهيد عن الثاني بمنع الدور التوقي وان الدور معي، [٢] وقال في الايضاح انّ الفسخ يحصل بأوّل جزء من العقد، وزاد في باب الهبة قوله فيبقى المحلّ قابلاً لمجموع العقد، انتهى.

وقد يستدلّ للصحة بأنّه اذا وقع العقد على مال الغير فملكه بمجرد العقد كاف كمن باع مال غيره، ثمّ ملكه. اقول: ان قلنا، بأنّ المستفاد من ادلّة توقّف البيع والعق على الملك، نحو قوله لا بيع إلّا في ملك ولا عتق إلّا في ملك هو اشتراط وقوع الانشاء في ملك المنيشء، فلا مناص عن القول بالبطان، لأنّ صحّة العقد حينئذٍ تتوقّف على تقدّم تملك العاقد على جميع اجزاء العقد لتقع فيه، فاذا فرض العقد او جزء من اجزائه فسخاً كان سبباً لتملّك العاقد مقدّماً عليه، لأنّ المسبب انما يحصل بالجزء الاخير من سببه،

[١] الثالث ان التصرفات المتوقفة على الملك قسماً اعتبارياً وخارجياً، وصحة التصرف الاعتباري كالبيع متوقفة على كون المبيع مملوكه قبل البيع، وكونه مملوكه يتوقف على ان يكون قوله بعتك فسخاً، وكونه فسخاً متوقف على كونه مبيعاً - فالبيع يتوقف على الملك، المتوقف على الفسخ، المتوقف على البيع، وهذا دور واضح - وجواز التصرف الخارجى كالوطء يتوقف على الملك، فبالوطء مثلاً يتحقق الملك والحلية المترتبة عليه في رتبة واحدة.

[٢] قوله واجاب الشهيد عن الثاني بمنع الدور التوقي وان الدور معي الظاهر ان مراد الشهيد من الدور المعنى: ان الفسخ المحقق، للملك، والبيع اى النقل العرفي، هما معا معلولان للعقد، وهما معا متلازمان، ولا يكون كل منهما علة للآخر: وان الملك شرط للبيع الحقيقي موجب للتقدم الرتبى، لا الزمانى ولم يدل دليل على استحالة كون شيء واحد سبباً، للشرط، والمشروط معا.

فكلما فرض جزء من العقد قابل للتجزئة سبباً للتملك. كان الملك متأخراً عن بعض ذلك الجزء، وإلا لزم تقدّم وجود المسبب على السبب والجزء الذي لا يتجزئ موجود، [١] فلا يكون سبباً مع أنّ غاية الامر حينئذ المقارنة بينه وبين التملك. وقد عرفت أنّ الشرط بمقتضى الأدلة سبب التملك على جميع اجزاء العقد قضاء لحق الطرفية.

وأما دخول المسألة فيمن باع شيئاً ثم ملكه، فهو بعد فرض القول بصحته يوجب اعتبار اجازة العاقد ثانياً بناء على ما ذكرنا في مسألة الفضولي من توقّف لزوم العقد المذكور على الاجازة، الآن يقال أنّ المتوقّف على الاجازة عقد الفضولي ويبيعه للمالك. وأما يبيعه لنفسه نظير الغاصب، فلا يحتاج الى الاجازة بعد العقد، لكن هذا على تقدير القول به والاعراض عما تقدّم في عقد الفضولي لا يجري في العتق الغير القابل للفضولي.

وان قلنا أنّ المستفاد من تلك الأدلة هو عدم وقوع البيع الغير المؤثر في نقل مال الغير بغير اذنه، [٢] فالممنوع شرعاً تمام السبب في ملك الغير، لا وقوع بعض اجزائه في ملك الغير وتماه في ملك نفسه، لينقل بتمام العقد الملك الحادث بيعه، فلا مانع من تأثير هذا العقد لا انتقال ما انتقل الى اليافع بأول جزء منه، وهذا لا يخلو عن قوة اذلا دلالة في أدلة

[١] قوله والجزء الذى لا يتجزى غير موجود

اورد عليه المحقق الايروانى رحمه الله بان وجوده لا يدفع الاشكال: اذ الملك يتاخر عن ذلك الجزء ان حصل الفسخ به فيلزم الاشكال
وفيه: ان فرض الجزء الذى لا يتجزى فرض جزء، لا يمين له، ولا يسار، فلا يتصف بهما من حيث فرض التوسط فيه، ومثل هذا الجزء لا قبل له، ولا بعد، كى يقال ان الملك حصل بعده.

والمصنف رحمه الله اجاب عن المحذور فى التصرف الاعتبارى بوجهين

[٢] احدهما ان المستفاد من دليل توقفه على الملك ليس اعتبار وقوع الانشاء فى ملك المنشئ حتى يحكم بالبطلان من جهة ان صحة العقد حينئذ تستوقف على تقدم الملك على جميع اجزاء العقد لتقع فيه قضاء لحق الطرفية

اعتبار الملكية في المبيع الآ على اعتبار كونه مملوكاً قبل كونه مبيعاً، والمحصّر في قوله لا يبيع الآ في ملك اضافي بالنسبة الى البيع في ملك الغير، اوفي غير ملك كالمباحات الاصلية، فلا يعمّ المستثنى منه البيع الواقع بعضه في ملك الغير وتماه في ملك البائع، هذا، مع أنّه يقرب ان يقال انّ المراد بالبيع هو النقل العرفي الحاصل من العقد لانفس العقد [١] لانّ العرف لا يفهمون من لفظ البيع الآ هذا المعنى المأخوذ في قولهم بعت. وحينئذ، فالفسخ الموجب للملك يحصل بأول جزء من العقد والنقل والتّمكّك العرفي يحصل بتماه، فيقع الثّقل في الملك، وكذا الكلام في العتق وغيره من التّصرفات القولية عقداً كان او ايقاعاً.

ولعلّ هذا معنى ما في الايضاح [٢] من انّ الفسخ يحصل بأوّل جزء، وبتماه يحصل العتق. نعم التّصرفات الفعلية المحقّقة للفسخ كالوطئ والأكل ونحوهما لاوجه لجواز الجزء الاول منها، فإنّ ظاهر قوله تعالى: ﴿إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ اعتبار وقوع الوطئ فيما اتّصف بكونها مملوكة، فالوطئ المحصّل للفسخ لا يكون بتماه حلالاً،

بل الاستفادة منه عدم وقوع البيع مثلاً في ملك الغير فالممنوع شرعاً تمام السبب في ملك الغير لا وقوع بعض اجزائه في ملك الغير وتماه في ملك نفسه

وبالجمله لا دلالة في ادلة اعتبار الملكية في المبيع، الاعلى اعتبار كونه مملوكاً قبل كونه مبيعاً، فلاتعم تلك الادلة البيع الواقع بعضه في ملك الغير

[١] ثانيهما ان المراد بالبيع هو النقل العرفي، الحاصل من العقد لانفس العقد

وحينئذ فالفسخ يحصل بأول جزء من العقد والنقل يحصل بتماه فيقع في الملك واما في التصرف الخارجى، كالوطء، فالتزم بحرمة الجزء الاول منه، ان دل الدليل على عدم حصول الفسخ قبيل التصرف.

[٢] قوله ولعلّ هذا معنى ما في الايضاح

المشار اليه اصل التوجيه لا خصوص الوجه الثانى

وتوهم أنّ الفسخ اذا جاز بحكم الخيار جاز كلّ ما يحصل به [١] قولاً كان او فعلاً، فإنّ معنى جواز الفسخ لأجل الخيار، الجواز الوضعي اعني الصّحة لا التّكليفي، فلا ينافي في تحريم ما يحصل به الفسخ، كما لا يخفى.

مع أنّه لو فرض دلالة دليل الفسخ على اباحة ما يحصل به تعيّن حمل ذلك على حصول الفسخ قبيل التّصرف جمعاً بينه وبين ما دلّ على عدم جواز ذلك التّصرف الاّ اذا وقع في الملك.

وبالجملة فما اختاره المحقّق والشّاهد الثّانيان في المسألة، لا يخلو عن قوّة، وبه ترتفع الاشكال عن جواز التّصرفات تكليفاً ووضعاً، وهذا هو الظّاهر من الشّيخ في المبسوط، حيث جوّز للمتصارفين تباع التّقدين. ثانياً في مجلس الصّرف وقال ان شروعاتها في البيع قطع لخيار المجلس، مع أنّ الملك عنده يحصل بانقطاع الخيار المتحقّق هنا بالبيع المتوقّف على الملك، لكنّه في باب الهبة لم يصحّ البيع الذي يحصل به الرّجوع فيها معللاً بعدم وقوعه في الملك.

[١] قوله وتوهم ان الفسخ اذا جاز بحكم الخيار جاز كل ما يحصل به

حاصل التوهم: ان ما دل على سلطنة ذى الخيار على الفسخ، مقتضاه جوازه، وعدم حرمة: لان ظاهر ما تضمن ان لك الفسخ، انه لا مانع منه تكليفاً ومقتضى اطلاقه جواز كل تصرف حتى المتوقف على الملك كالوطء.

وفي كلامه تَبَيَّنَ مواقع للنظر

الاول ما افاده من انه لو كان المستفاد من الادلة، اشتراط وقوع الانشاء في ملك المنشئ، كان المتعين البناء على البطلان: لان صحته حينئذ تتوقف على تقدم الملك قضاء لحق الظرفية

فانه يرد عليه، ان الظرفية تقتضى المقارنة، وينافياها التقدم اذا الظرفية والمظروفية متضائفتان، وهما متكافئتان في القوة والفعلية، وعليه فقضى الظرفية تقارن الملكية والانشاء زمانا

الثاني ما افاده من ان المراد بالبيع هو النقل العرفي، وهو يحصل بتمام السبب، والفسخ يتحقق باول جزء منه فيكون الملك سابقا عليه

فرع لو اشترى عبداً تجارية مع الخيار له [١] فقال: اعتقها فربما يقال بانعتاق الجارية دون العبد، لأنّ الفسخ مقدّم على الاجازة. وفيه أنّه لا دليل على التّقديم في مثل المقام ممّا وقع الاجازة والفسخ في طرف واحد دفعة، سواء اتّحد المجيز والفاسخ، كما المقام او تعدّد، كما لو وقعا من وكيل ذى الخيار دفعة واحدة

فانه يرد عليه : ان الفسخ ايضا يحصل بتمامه اذ ليس كل قول او فعل فسخاً بل ما يكون دالاً عليه وهو العقد بتمامه

الثالث: ما افاده من انه مع عدم الالتزام بحصول الفسخ قبيل التصرف لابد من البناء على عدم جواز الجزء الاول

فانه يرد عليه ان المستفاد من الادلة عدم جواز التصرف المزبور في ملك الغير وحيث ان هذا التصرف ينشأ به الفسخ فيصير ملكاله مقاوماله ولا دليل على حرمة التصرف مع عدم سبق الملك - وبالجمله هذه التصرفات جائزة مع الملك والمفروض هو ذلك فالحق في المقام ان يقال انه لو قلنا بحصول الفسخ قبيل التصرف كما اخترناه فلا اشكال والا - ففي التصرف الاعتبارى بما ان المستفاد من الادلة هو اعتبار كون النقل الحاصل من العقد في ملكه - والمفروض حصول الفسخ بالعقد فيتحقق الفسخ والبيع في زمان واحد مع تقدم الفسخ آناما ولا اشكال وفي التصرف الخارجى يكون التصرف مقارنا مع الملك ولا يعتبر في الجواز ازيد من ذلك والله العالم.

لو اشترى عبداً تجارية

[١] قوله لو اشترى عبداً تجارية مع الخيار له

محل البحث موارد

الأول: ما اذا كان الخيار للمشتري.

الثاني: ما اذا كان الخيار للبائع.

الثالث: ما اذا كان الخيار لهما.

اما المورد الاول فتارة لا يقصد به الاجازة ولا الفسخ، واخرى يقصد هما معا

أما المسلم تقديم الفسخ الصادر من أحد الطرفين على الإجازة الصادرة من الطرف الآخر، لأن لزوم العقد من أحد الطرفين بمقتضى إجازته لا ينافي انفساخه بفسخ الطرف الآخر، كما لو كان العقد جائزاً من أحدهما فيفسخ مع لزوم العقد من الطرف الآخر بخلاف اللزوم والانفساخ من طرف واحد ونحوه في الضعف، القول بعقود العبد، لأن الإجازة إبقاء للعقد والأصل فيه الاستمرار.

وفيه أن عتق العبد موقوف على عدم عتق الجارية كالعكس. [١] نعم الأصل استمرار العقد وبقاء الخيار وعدم حصول العتق أصلاً، وهو الأقوى، كما اختاره جماعة منهم العلامة في التذكرة والقواعد والمحقق الثاني في جامع المقاصد، لأن عتقها معاً لا ينفذ، لأن العتق لا يكون فضولياً، والمعتق لا يكون مالكاً لها بالفعل، لأن ملك أحدهما يستلزم خروج الآخر عن الملك. ولو كان الخيار في الفرض المذكور لبائع العبد بنى عتق العبد على جواز التصرف من غير ذى الخيار في مدة الخيار

وثالثة: يقصد الفسخ، ورابعة: يقصد الإجازة.

أما في الصورة الأولى فيتحقق عتق العبد خاصة، لورود الانشاء على ماله وماله غيره فيؤثر في الأول.

وأما في الصورة الثانية، فإن كان متوجهاً إلى تنافيهما لا يتحقق القصد اليهما وإن لم يكن ملتفتاً إلى ذلك - فحيث إن الإجازة وهى إبرام العقد والفسخ وهو حله ورفعهما متنافيان، فلا يمكن تحققهما معاً، وتحقق أحدهما دون الآخر بلا مرجح، ومسألة تقديم الفسخ على الإجازة، غير مربوطة بالمقام كما في المتن فلا يقع شيء منها وأما العتقان فلا يقعان معاً، يقع عتق العبد خاصة لحصول شرطه وهو الملك، ولا يقع عتق الجارية لعدم الملك وما أفاده - المصنف رحمه الله

[١] من أن عتق العبد، موقوف على عدم عتق الجارية كالعكس وتوضيحه: ما أفاده المحقق النائيني رحمه الله من أن عتق الجارية كما يتوقف على الفسخ كذلك عتق العبد يتوقف على الإجازة فإنه وإن كان مملوكاً له فعلاً إلا أن نفوذ عتقه

وعتق الجارية على جواز عتق الفضولي. والثاني غير صحيح اتفاقاً، وسيأتي الكلام في الأوّل وان كان الخيار لهما.

ففي القواعد والايضاح وجامع المقاصد صحّة عتق الجارية ويكون فسخاً، لأنّ عتق العبد من حيث أنّه ابطال لخيار بائعه غير صحيح بدون اجازة البائع ومعها يكون اجازة منه لبيعه والفسخ مقدّم على الاجازة، والفرق بين هذا وصورة اختصاص المشتري بالخيار، أنّ عتق كلّ من المملوكين كان من المشتري صحيحاً لازماً، بخلاف ما نحن فيه. نعم لو قلنا هنا بصحّة عتق المشتري في زمان خيار البائع، كان الحكم، كما في تلك الصّورة.

يتوقف على امضاء العقد، وامضائه يتوقف على عدم كون عتق الجارية فسخاً كما في العكس

يرد عليه: ان عتق العبد لا يتوقف على امضاء العقد اذ لا يشترط فيه سوى الملك الموجود، وانما يتوقف عتق الجارية على الفسخ من، جهة كون الفسخ سبباً للملك الذي هو شرط العتق فلا يكون التوقف من الطرفين.

واما في الصورة الثالثة: فقد افاد السيد الفقيه ان الاقوى، صحة كليهما، وحصول الفسخ فينتقل الى بدل العبد، وذلك لان المقتضى للصحة موجود في كليهما، ولا منافاة، اما في الجارية فلان الفرض ان له الفسخ واعتقها بهذا العنوان، واما في العبد فلان صحة عتقه لا تتوقف على قصد الاجازة اذ هو مملوك له فعلاً وهذا كاف في صحته، ولا بأس به.

واما في الصورة الرابعة، فالأظهر صحة عتق العبد فقط اذ صحة عتق الجارية متوقفة على قصد الفسخ والمفروض عدمه فلانما في لعتق العبد.

واما المورد الثاني: فان قلنا بعدم جواز تصرف غير ذى الخيار في مدة الخيار تصرفاً يمنع عن استرداد العين فسد عتق العبد - والا صح

واما عتق الجارية فهو لا يصح على اى حال لفقد شرطه وهو الملك وبطلان الفضولى في الايقاع.

واما المورد الثالث فبناءً على نفوذ تصرف من عليه الخيار كان حكم هذا المورد

مسألة من احكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذي الخيار تصرفاً يمنع من استرداد العين [١] عند الفسخ على قول الشيخ، والمحكي عن ابن سعيد في جامع الشرائع. وظاهر جماعة من الاصحاب منهم، العلامة في القواعد، والمحقق والشهيد الثانيان رحمهما الله بل في مفتاح الكرامة في مسألة عدم انتقال حق الرجوع في الهبة الى الورثة، ان حق الخيار يمنع المشتري من التصرفات الناقلة عند الاكثر. وعن جماعة في مسألة وجوب الزكاة على المشتري للتصاب بخيار للبائع ان المشتري ممنوع من كثير من التصرفات المنافية لخيار البائع. بل ظاهر المحكي عن الجامع، كعبارة الدروس عدم الخلاف في ذلك حيث قال في الجامع وينتقل المبيع بالعقد وانقضاء الخيار، وقيل بالعقد، ولا ينفذ تصرف المشتري فيه حتى ينقضي خيار البائع وسيجيء عبارة الدروس، هذا.

ولكن خلاف الشيخ وابن سعيد مبني على عدم قولهما بتملك المبيع قبل انقضاء الخيار، فلا يعدّ مثلها مخالفاً في المسألة، والموجود في ظاهر كلام المحقق في الشرائع جواز الزهن في زمن الخيار، سواء كان الخيار للبائع او المشتري اولهما. بل ظاهره عدم الخلاف في ذلك بين كل من قال بانتقال الملك بالعقد. وكذا ظاهره في باب الزكاة

حكم المورد الاول،

وان بنينا على عدم النفوذ، فلا يصح عتق العبد بدون اذن البائع ومع الاذن الذي حقيقته امضاء العقد من ناحية البائع يصح العتق، ويكون حكمه حكم الصورة الثالثة من المورد الاول، ويصح عتق الجارية على التقديرين والفسخ هذا اذا قصد به الفسخ، والابطال عتق الجارية ايضا والله العالم

حكم تصرفات غير ذي الخيار جواز او منعا

[١] قوله من احكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذي الخيار تصرفاً يمنع عن

استرداد العين

كلمات القوم في المقام مضطربة لا يستفاد منها فتوى مسلمة عندهم لاحظ المتن حيث انه نقل كلمات جماعة منهم فالاولى البحث فيما يستفاد من الادلة

حيث حكم بوجوب الزكاة في التّصاب المملوك ولو مع ثبوت الخيار نعم استشكل فيه في المسالك في شرح المقامين على وجه يظهر منه أنّ المصنّف معترف بمنشأ الإشكال.

وكذا ظاهر كلام القواعد في باب الرهن، وإن اعترض عليه جامع المقاصد بما مرّ من المسالك، لكنّ صريح كلامه في التذكرة في باب الصّرف جواز التّصرف.

وكذا صريح كلام الشهيد في الدّروس، حيث قال في باب الصّرف: لو باع أحدهما ما قبضه على غير صاحبه قبل التّفريق، فالوجه الجواز وفقاً للفاضل، ومنعه الشّيخ رحمته لأنّه يمنع الآخر من خياره، وردّ بأننا نقول ببقاء الخيار، انتهى.

وصرّح في المختلف في باب الصّرف بأن له أن يبيع ماله من غير صاحبه، ولا يبطل حقّ خيار الآخر، كما لو باع المشتري في زمان خيار البائع، وهو ظاهر اللّمة، بل صريحها في مسألة رهن ما فيه الخيار، وإن شرحها في الرّوضة بما لا يخلو عن تكلف هذا.

ويمكن أن يقال إنّ قول الشّيخ ومن تبعه بالمنع ليس منشأ القول بعدم انتقال المبيع ومتفرعاً عليه، وإلّا لم يكن وجه لتعليل المنع عن التّصرف بلزوم ابطال حقّ الخيار، بل المتعيّن حينئذٍ الاستناد الى عدم حصول الملك مع وجود الخيار، بل لعلّ القول بعدم الانتقال منشأ كون المنع عن التّصرف مفروغاً عنه عندهم، كما يظهر من بيان مبني هذا الخلاف في الدّروس، قال في تملّك المبيع بالعقد، أو بعد الخيار، بمعنى الكشف أو الثّقل خلاف، مأخذه أنّ الثّاقل العقد والغرض بالخيار الاستدراك وهو لا ينافيه وإنّ غاية الملك التّصرف الممتنع في مدّة الخيار، انتهى.

وظاهر هذا الكلام كالمتمدّد عن جامع ابن سعيد كون امتناع التّصرف في زمن الخيار مسلماً بين القولين، إلّا أنّ يُراد به نفوذ التّصرف على وجه لا يملك بطلانه بالفسخ ولا يتعقبه ضمان العين بقيمتها عند الفسخ والتّصرف في زمن الخيار على القول بجوازه معرض لبطلانه عند الفسخ أو مستعقب للضمان لا محالة. وهذا الاحتمال وإن بعد عن ظاهر عبارة الدّروس، إلّا أنّه يقربه أنّه رحمته قال بعد اسطر: إنّ في جواز تصرّف كلّ منهما مع اشتراك الخيار وجهين.

والحاصل أنّ كلمات العلامة والشّهاد بل وغيرهما رحمته في هذا المقام لا يخلو بحسب الظّاهر عن اضطراب.

ثمَّ انَّ الظَّاهر عدم الفرق بين العتق وغيره من التَّصرفات، وربَّما يظهر من كلمات بعضهم تجويز العتق لبنائه على التَّغليب. وكذا الظَّاهر عدم الفرق بين الاتلاف والتَّصرفات الناقلة.

واختار بعض افاضل من عاصرناهم الفرق بالمنع من الاتلاف وتجويز غيره، لكن مع انفساخه من اصله عند فسخ ذي الخيار، وقيل بانفساخه من حينه.

والاقول المستفادة منها ثمانية

[١] الجواز مطلقا

[٢] عدم الجواز كذلك

[٣] جواز الاتلاف تكليفا والمنع عن التصرف المعاملى نسب الى المحقق الخراساني

[٤] عكس ذلك وهو المنسوب الى صاحب المقاييس

[٥] الجواز مطلقا - الا انه لو فسخ يبطل اما من حين الفسخ او من اصله

[٦] الفرق في التصرفات الناقلة بين العتق وغيره فلا ينفذ العتق وينفذ غيره

[٧] الفرق بين الخيار الاصلى وما يكون بجعل المتعاقدين

[٨] الفرق بين ما يكون ثابتا بالفعل وما يكون ثابتا فيما بعد

وتنقيح القول بالبحث في موارد

احدها انه، هل يجوز تكليفا تصرف غير من له الخيار بالتصرف المانع عن

استرداد العين، ام لا

ثانيها، هل ينفذ تصرفه المعاملى، ام لا

ثالثها، هل حكم الخيار المعمول للمتعاقدين حكم المعمول الشرعى، ام لا

رابعها، انه على فرض النفوذ، هل يجبر على فسخه ان كان له ذلك، ام لا

خامسها، على فرض النفوذ، هل لذى الخيار الفسخ او يفسخ بفسخه للبيع الاول،

ام لا

سادسها، انه على المنع، هل يجوز التصرف قبل تنجز الخيار، ام لا

سابعها، بناءً على عدم الجواز، هل يجوز التصرف الذى يكون فى معرض

حجة القول بالمنع، أنّ الخيار حقّ يتعلّق بالعقد المتعلق بالعوضين من حيث ارجاعهما بحلّ العقد الى ملكهما السابق، فالحق بالآخرة متعلّق بالعين التي انتقلت منه الى صاحبه فلا يجوز ان يتصرف فيها بما يبطل ذلك الحق باتلافها او نقلها الى شخص آخر [١]

التفويت كالوطء الذي هو في معرض الاستيلاء لا
ثامنها، بناء على المنع هل يمنع عن نقل المنافع ايضا ام لا.

يجوز تصرف غير ذي الخيار تكليفا

اما الاول : فقد استدل لعدم الجواز بوجوه
احدها توقف حصول الملك على انقضاء زمان الخيار فهو في زمان الخيار لمن له
الخيار فلا يجوز لغيره التصرف فيه
وفيه ماسيجي من عدم توقف الملك على انقضاء زمان الخيار.
الثاني : ان الخيار حق متعلق بالعين، فلا يجوز التصرف فيها بما يمنع عن استرداد
العين لكونه موجبا لفوات الحق، وبعبارة اخرى يكون ذلك موجبا لانعدامه فلا يجوز
وفيه اول ما تقدم من كون حق الخيار متعلقا بالعقد لا بالعين، لايها مستقلا ولا بها
وبالعقد بحيث يكون الثابت حقين، كيف وقد اسند الوجوب والخيار في الاخبار الى البيع
والعقد لا العوضين،

مضافا الى ان حقيقة الفسخ ذلك كما تقدم، مع انهم اتفقوا على ان لذي الخيار حق
الفسخ حتى مع تلف العين، فيستكشف من ذلك كونه سنخ حق لا يفوت بالتلف فالاتلاف
لا يكون معدما لموضوع الحق والالتزام بحقين كما ترى بلا ملزم ولا وجه
وثانيا: ان لازم هذا الوجه هو القول الخامس وهو الجواز مراعى بعدم الفسخ: اذ
هذا لا ينافي مع الخيار المتعلق بالعين.

[١] الثالث - ما نقله في المتن ووضحه المحقق النائيني رحمته، وهو ان حق الخيار وان لم
يكن متعلقا بالعين ولكن يمكن ان يكون متعلقا بالعقد على نحو الموضوعية، ويمكن ان
يكون طريقا، والغرض منه استرجاع العين بشخصها او بما لها من المالية فلو كان موضوعا

ومنه يظهر أنّ جواز الفسخ مع التّلف بالرّجوع الى البدل لا يوجب جواز الاتلاف، لأنّ الحقّ متعلّق بخصوص العين، فاتلافها اتلاف لهذا الحقّ، وان انتقل الى بدله لو تلف بنفسه، كما ان تعلّق حقّ الرّهن ببذل العين المرهونة بعد تلفها لا يوجب جواز اتلافها على ذي الحقّ.

والى ما ذكر يرجع ما في الايضاح من توجيه بطلان العتق في زمن الخيار بوجوب صيانة حقّ البائع في العين المعيّنة عن الابطال.

ويؤيّد ما ذكرنا أنّهم حكموا من غير خلاف يظهر منهم بأنّ التّصرف النّاقل اذا وقع باذن ذي الخيار سقط خياره، فلو لم يكن حقّاً متعلّقاً بالعين، لم يكن ذلك موجباً لسقوط الخيار، فان تلف العين لا ينافي بقاء الخيار لعدم منفاة التّصرف [التّلف] لعدم الالتزام بالعقد وإرادة الفسخ بأخذ القيمة.

هذا غاية ما يمكن ان يقال في توجيه المنع، لكنّه لا يخلو عن نظر، فإنّ الثابت من خيار الفسخ بعد ملاحظة جواز التّفاسخ في حال تلف العينين، هي سلطنة ذي الخيار على فسخ العقد المتمكّن في حالتي وجود العين وفقدائها، فلا دلالة في مجرد ثبوت الخيار

صرفاً يجوز تصرف من عليه الخيار بجميع انحاء التصرفات الا ان هذا باطل - فانحصر في الوجهين على الطريقة

ومبنى الوجهين انه لو كان المدار في باب الضمان على قيمة يوم الاداء لبقاء العين الثالثة في عهدة الضامن فلازمه وجوب حفظها ليتمكن المضمون له عن استرجاع العين فلا يجوز التصرفات الناقلة والمتلفة

وان قلنا بان المدار على قيمة يوم التلف فلازمه ان يكون ماليتها المتقدرة في عهدة الضامن، فتجوز تلك التصرفات لان ما في الذمة هو القدر المشترك بين العين وبدلها ويكون حفظ العين من المقدمات الوجوبية للواجب، وحيث اخترنا ان المدار على قيمة يوم الاداء فلا يجوز التصرفات المانعة.

وفيه اولاً: انا لانفهم معنى كون الخيار متعلقاً بالعقد، على نحو الطريقة، فهل

على حكم التّلف [التّصرف] جوازاً ومنعاً، فالمرجع فيه أدلة سلطنة النّاس على اموالهم، الا ترى انّ حقّ الشّفع لا يمنع المشتري من نقل العين، وبجرّد الفرق بينها بأنّ الشّفعة سلطنة على نقل جديد، فالملك مستقر قبل الاخذ بها، غاية الامر تمكّن الشّفع نقله الى نفسه بخلاف الخيار، فإنّها سلطنة على رفع العقد، وارجاع الملك الى الحالة السابقة لا يؤثر في الحكم المذكور، مع انّ الملك في الشّفعة اولى بالتزّزل لا بطاها تصرّفات المشتري اتفاقاً واما حق الرهن فهو من حيث كون الرهن وثيقة يدل على وجوب ابقائه وعدم السلطنة على اتلافه مضافاً الى النص والاجماع على حرمة التصرف في الرهن مطلقاً ولو لم يكن متلفاً ولا ناقلاً.

واما سقوط الخيار بالتّصرف الذي اذن فيه ذو الخيار، فلدلالة العرف لا للمنافاة. والحاصل انّ عموم النّاس مسلّطون على اموالهم لم يعلم تقييده بحقّ يحدث لذي الخيار

المراد ان تعلقه بالعقد بنحو الواسطة في العروض، بحيث يكون واقعا متعلقا بالعين وبالعرض والمجاز مستندا الى العقد، فهذا يرجع الى الوجه السابق الذي عرفت ما فيه، او المراد ان تعلقه به بنحو الواسطة في الثبوت، بحيث يكون اولاً متعلقاً بالعقد، وثانياً بالعين فيكون هناك خياران، احدهما متعلق بالعقد، والاخر بالمال، فهذا امر معقول الا انه يحتاج الى الدليل، وما بايد ينأ من الادلة، لاتدل على ازيد من ثبوت خيار واحد متعلق بالعقد،

والوجهان في باب الضمان غير مربوطين بالمقام، اذ الخيار لو كان متعلقاً بالعقد جاز التصرفات حتى بناء أعلى كون المدار في الضمان على قيمة يوم الاداء، لانه تصرف في ماله والمفروض عدم كونه متعلقاً لحق الغير،

ودعوى: ان حفظ المال على هذا المسلك من المقدمات الوجودية للواجب، غريبة اذ قبل الفسخ لا يكون التكليف بالضمان ثابتاً كى يكون من المقدمات الوجودية، فلا محالة يكون من المقدمات الوجوبية، ولو كان الخيار متعلقاً بالعين لم يجز، ولو كان المدار في باب الضمان على قيمة يوم التلف لكونه منافياً لحق الغير فلا يجوز وثانياً يرد عليه ما اوردناه على الوجه السابق من ان لازم هذا الوجه هو القول الخامس.

يزاحم به سلطنة المالك، فالجواز لا يخلو عن قوّة في الخيارات الاصلية. وأما الخيارات المجعولة بالشّروط، فالظّاهر من اشتراطها ارادة ابقاء الملك ليسترده عند الفسخ. بل الحكمة في اصل الخيار هو ابقاء السلطنة على استرداد العين الاّ أنّها في الخيار المجعولة علّة للجعل، ولا ينافي ذلك بقاء الخيار مع التّلف، [١] كما لا يخفى، وعليه فيتعين الانتقال الى البدل عند الفسخ مع الاتلاف. وأما مع فعل ما لا يسوغ انتقاله عن المتّصرف كالاستيلاد، ففي تقديم حقّ الخيار لسبقه، او الاستيلاد [٢] لعدم اقتضاء الفسخ لرّد العين، مع وجود المانع الشرعي، كالعقلي، وجهان أقواهما الثّاني وهو اللّائح من كلام التذكرة في باب الصرف حيث ذكر ان صحة البيع الثّاني لا ينافي حكمه وثبوت الخيار للمتعاقدين ومنه يعلم حكم نقله عن ملكه وأنّه ينتقل الى البدل لأنّه اذا جاز التّصرف فلا داعي الى اهمال ما يقتضيه التّصرف، من اللّزوم وتسلّط العاقد الثّاني على ماله عدا ما يتخيل من ان تملّك العاقد الثّاني مبني على العقد الاول، فاذا ارتفع بالفسخ وصادكان لم يكن ولو بالنسبة الى ما بعد الفسخ كان من لوازم ذلك ارتفاع مابنى عليه من التّصرفات والعقود.

[١] قوله ولا ينافي ذلك بقاء الخيار مع التّلف

وجه المنافاة ان هناك خيارا وشرطا، ولو تلف ينتفي موضوع الشرط ويبقى الخيار بحاله.

[٢] قوله ففي تقديم حق الخيار لسبقه او الاستيلاد... وجهان

ان قلنا بان حق الاستيلاد انما يمنع عن نقلها اختيار او لا يمنع عن نقلها بغير الاختيار، لا اشكال في تقدم حق الخيار،

وان قلنا بكونه مانعا عن نقلها مطلقا، فبناءً على تعلق حق الخيار بالعقد دون العين وجواز الوطء، لا اشكال في تقديم حق الاستيلاد فان حاله حال ساير التصرفات الناقلة،

وان قلنا بتعلقه بالعين، فان كان الوطاء باذن من له الخيار كان ذلك مسقطا لخياره على ماسياتي وان كان بدون اذنه حرم الوطاء ام جاز، قدم حق الاستيلاد لان حق الخيار له بدل، وهو الفسخ واخذ البذل وهو لا بدل له،

وان شئت قلت ان حق الخيار وان تعلق بالعين، الا ان ذلك مع بقائها، وامامع تلفها فينتقل الى بدلها ودليل حق الاستيلاد يجعل المانعية فلا تعارض بينهما بل يعمل بكليهما. الرابع ما استدلل به على مذهب الشيخ من عدم انتقال العوضين قبل انتضاء زمان الخيار خصوصاً

صحيح ابن سنان عن الامام الصادق عليه السلام عن الرجل يشتري الدابة او العبد ويشترط الى يوم او يومين فيموت العبد والدابة ويحدث فيه حدث على من ضمان ذلك فقال عليه السلام على البايح حتى ينقضي الشرط ثلاثة ايام ويصير المبيع للمشتري، ^(١) بدعوى ان مقتضاء وان كان عدم الملكية، الا انا اذالم نقل بذلك، فاقرب المجازات الحمل على ارادة عدم جواز التصرف في زمان الخيار

وفيه اولاً انه مختص ببعض الخيارات

وثانياً: انه لودل على ذلك لدل على جواز التصرف غير المنافي ايضاً، وعدم جواز تصرف من له الخيار، فالمتعين حمله على ارادة معنى آخر وسيجيء

فالمتحصل مما ذكرناه هو جواز التصرفات من غير فرق بين صورة الفسخ وعدمه.

والحاصل أنّ العاقد الثاني يتلقى الملك من المشتري الاول، فاذا فرض الاشتراء كان لم يكن، وملك البائع الاول العين بالملك السابق قبل البيع، ارتفع بذلك ما استند اليه من العقد الثاني، ويمكن دفعه بأن تملك العاقد الثاني مستند الى تملك المشتري له آنأما، لأن مقتضى سلطنته في ذلك الان صحة جميع ما يترتب عليه من التصرفات واقتضاء الفسخ، لكون العقد كأن لم يكن، بالنسبة الى ما يعد الفسخ، لأنّه رفع للعقد الثابت. وقد ذهب المشهور الى أنّه لو تلف احد العوضين قبل قبضه، وقد بيع العوض الآخر المقبوض، انفسخ البيع الاول دون الثاني، واستحقّ بدل العوض المبيع ثانياً على من باعه. والفرق بين تزلزل العقد من حيث أنّه امر اختياري كالخيار، او امر اضطراري كتلف عوضه قبل قبضه، غير مجد فيما نحن بصده، ثمّ أنّه لا فرق بين كون العقد الثاني لازماً او جائزاً، لأنّ جواز العقد يوجب سلطنة العاقد على فسخه لا سلطنة الثالث الاجنبي. نعم يبقى هنا الزام العاقد بالفسخ، بناء على أنّ البديل للحيلولة وهي مع تعذر المبدل ومع التمكن يجب تحصيله

يجوز تصرف من عليه الخيار وضعاً

واما المورد الثاني فعلى القول بعدم جواز التصرف تكليفاً ربما يقال كما في حاشية السيد: ان مقتضى القاعدة بطلان التصرفات الناقلة: لان الوجه فيه انما كان تعلق الحق بالعين، وهو مانع عن النفوذ ايضاً، وهل يكون باطلا صرفاً، او حاله حال عقد الفضولى، فيصح بعد انقضاء زمان الخيار مع الاجازة، او يصح من ذلك الحين بلا اجازة وجوه

والاقوى هو الاول: لان البيع حين صدوره كان مع المانع، ولازمه بطلانه اذ مقتضاه التأثير من حينه، ولا يمكن ذلك بالفرض،

وكونه مراعى مستلزم لتخلف المعلول عن علته، والفرق بينه وبين بيع الفضولى

واضح

يرد عليه اولاً: ان تعلق الحق لا يكون مانعاً عن النفوذ، فانه يلتزم بنفوذ العقد

الثاني، ولكن بما ان للبايع الاول حق ارجاع المبيع الى نفسه

الآن يقال باختصاص ذك بما اذا كان المبدل المتعذر باقياً على ملك مستحقّ البذل كما في المغضوب الآبق.

أما فيما نحن فيه، فإنّ العين ملك للعاقدة الثاني، والفسخ إنّما يقتضي خروج المعوض عن ملك من يدخل في ملكه العوض وهو العاقدة الأوّل، فيستحيل خروج المعوّض عن ملك العاقدة الثاني، فيستقرّ بدله على العاقدة الأوّل، ولادليل على الزامه بتحصيل المبدل مع دخوله في ملك ثالث، وقد مرّ بعض الكلام في ذلك في خيار الغبن، هذا، ولكن قد تقدّم أنّ ظاهر عبارة الدّروس والجامع، الاتّفاق على عدم نفوذ التّصرفات الواقعة في زمان

فالمبيع في البيع الثاني يكون مقيدا بهذا العنوان، ولازم ذلك كون العقد الثاني ايضا منحلّا بجل الاول: لاقتضاء الفسخ الذي يكون سببا لتلقى الملك من المفسوخ عليه ذلك وثانيا: انه لو سلم البطلان، فالحق انه يصح بعد انقضاء الخيار بلا احتياج الى الاجازة: فان العقد حين تحقّقه، وان لم يؤثر الان عدم التأثير كان لاجل المانع، فبعد ارتفاعه لامانع من تأثيره، ولا يلزم من كونه مراعى تخلف المعلول عن العلة، هذا اذا قلنا بعدم جواز التصرف من جهة تعلق الحق بالعين

واما لو قلنا به للتعبّد فعدم الفساد واضح اذ الحرمة لاتستلزم الفساد - واما على القول بجواز التصرفات تكليفا كما اخترناه فمقتضي القاعدة نفوذ التصرفات وهو واضح واما المورد الثالث - فالانصاف ان شرط الخيار بحسب الغالب انما يكون من جهة تعلق الغرض بابقاء العين ليستردها بشخصها، فابقاء العين من قبيل الشرط المضمّر فلا بد من العمل على طبقه، وحيث ان العمل بالشرط واجب تكليفا كما مر، ولا فرق فيه بين الشرط الصريح والمضمّر، فلا يجوز التصرفات الناقلة والمتلفة تكليفا لمن عليه الخيار لكونها خلاف الشرط، واما التنفيذ وعدمه، فبنيان على ما تقدم في مبحث الشروط من انه، هل توجب ادلة الشرط رفع سلطنة المشروط عليه عن المشروط وضعاً، ام لا - وحيث ان المختار عدمه كما تقدم، فالظاهر هو التنفيذ.

الخيار، وتوجيه بارادة التصرف على وجه لا يستعقب الضمان، بان يضمنه ببذله بعد فسخ ذي الخيار بعيد جدًّا، ولم يظهر ممّن تقدّم نقل القول بالجواز عنه الرجوع الى البذل الاّ في مسألة العتق والاستيلاد، فالمسألة في غاية الاشكال.

واما المورد الرابع فقد اختار السيد الفقيه رحمته الله، انه يجبر على الفسخ - من جهة انه بالفسخ يرجع نفس ما وقع عليه العقد الى الفاسخ، وان كان تالفا في حال التلف انما يكون نفس العين في العهدة وانما يعطي البذل في مقام تفرغ الذمة، وعليه فاذا فرض امكان تحصيله مع تلفه وجب مقدما على اعطاء بذله

وفيه: ان معنى جواز العقد الثاني ان للعاقد فسخه، والا فهو بالنسبة الى الفاسخ لازم لاجاز، ولاسلطنة له ولاولاية على المشتري المفسوخ عليه حتى يلزمه بفسخ العقد الثاني وانما له السلطنة على العقد الاول بحله، فاذا حله بما ان العين تحت يد غير المفسوخ عليه، فيقدر وجودها عنده لترتيب اثر الرجوع الى البذل، واما تقديره لاثر آخر وهو ما افاده فيحتاج الى دليل مفقود
فلاظهر عدم الاجبار.

العقد الثاني لا ينفسخ بحل الاول

واما المورد الخامس فقد استدل لانفساخ العقد الثاني بحل الاول:
بان تملك العاقد الثاني مبنى على العقد الاول، فاذا ارتفع بالفسخ وصار كان لم يكن، ولو بالنسبة الى ما بعد الفسخ كان من لوازمه ارتفاع مابنى عليه من العقد
وفيه: ان العقد الثاني مترتب على صحة الاول ولو آنا، ولايتوقف على بقائه ابداً:
فان صحته في وقت موجبة لحدوث الملكية المرسلة، فيصح العقد الثاني وبعد انحلال الاول، لاوجه لانحلال الثاني، لعدم ترتب انحلاله على انحلاله.

ثمّ على القول بانفساخ العقد الثّاني، فهي يكون من حين فسخ الأوّل، او من اصله [١] قولان، اختار ثانيهما بعض افاضل المعاصرين، محتجا بأن مقتضى الفسخ تلقّي كلّ من العوضين من ملك كل من المتعاقدين [٢] فلا يجوز ان يتلقّى الفاسخ الملك من العاقد الثاني بل لابد من انفساخ العقد الثّاني بفسخ الأوّل، ورجوع العين الى ملك المالك الأوّل، ليخرج منه الى ملك الفاسخ، إلّا أن يلتزم بأن ملك العاقد الثاني الى وقت الفسخ، فتلقّى الفاسخ الملك بعد الفسخ من العاقد الأوّل، وردّه بعدم معروفيه التّملك الموقّت في الشّرع فافهم.

[١] وعلى القول بانفساخ العقد الثاني، فهل يكون من حين فسخ الأوّل، او من اصله قولان اختار ثانيهما المحقق صاحب المقاييس على ما نسب اليه المصنف رحمته الله [٢] واستدل له بأن مقتضى الفسخ تلقّي كل من العوضين من ملك كل من المتعاقدين ولازم ذلك انفساخ العقد الثاني ورجوع العين الى ملك المالك الاول لتخرج منه الى ملك الفاسخ ويرد عليه ان الالتزام بالتحلل الثاني انما يكون لتلقّي الفاسخ الملك من المفسوخ عليه فهذا امر مشترك بين القولين ولا يصلح دليلا على احدهما وتوهم لزوم توقيت البيع والملكية من كون الفسخ من الحين يدفعه: ان الانفساخ من الحين غير كون البيع موقتا بل هو مرسل وكذلك الملكية والفسخ يوجب رفع ذلك والا فهذا يلزم في كل فسخ من الحين. ويمكن ان يقال ان مراده ان البائع الاول لو فسخ العقد، فاما ان يلتزم برجوع المبيع اليه مع بقاء العقد الثاني، او يلتزم بان العقد الثاني قبل الفسخ ليتلقّى الفاسخ الملك من المفسوخ عليه - او يلتزم بان العقد الثاني تمليك موقت الى ما قبل فسخ الاول، وشيء من ذلك لا يمكن الالتزام به، اما الاول فلمنا فاته لمقتضى الفسخ، واما الثاني فلانه لا وجه للانحلال من دون حل، واما الثالث فلعدم معروفيه التّملك الموقّت في الشّرع فينتعين الالتزام بالتحلله من الاول

ثم ان المتيقن من زمان الخيار الممنوع فيه من التصرف على القول به هو زمان تحقق الخيار فعلاً، كالجلس، والثلاثة في الحيوان والزمان المشروط فيه الخيار. [١] واما الزمان الذي لم يتجز فيه الخيار، اما لعدم تحقق سببه، كما في خيار التأخير بناء على ان السبب في ثبوته تضرر البائع بالصبر الى ازيد من الثلث. واما لعدم تحقق شرطه، كما في بيع الخيار بشرط رد الثمن، بناء على كون الرد شرطاً للخيار وعدم تحققه قبله وكاشتراط الخيار في زمان متأخر.

ففي جواز التصرف قبل تنجز الخيار، خصوصاً فيما لم يتحقق سببه، وجهان، من ان المانع عن التصرف هو تزلزل العقد، وكونه في معرض الارتفاع وهو موجود هنا، وان لم يقدر ذو الخيار على الفسخ حينئذٍ، ومن انه لا حق بالفعل لذي الخيار، فلا مانع من التصرف، ويمكن الفرق بين الخيار المتوقف على حضور الزمان، والمتوقف على شيء آخر [٢] كالتأخير والرؤية على خلاف الوصف، لان ثبوت الحق في الأول معلوم، وان لم يحضر زمانه بخلاف الثاني، ولذا لم يقل احد بالمانع من التصرف في احد من العوضين قبل قبض الآخر من جهة كون العقد في معرض الانقاسخ بتلف ما لم يقبض، وسيجيء ما يظهر منه قوة هذا التفصيل، وعلى كل حال، فالخيار المتوقف تنجزه فعلاً على ظهور امر كالغبن والعيب والرؤية على خلاف الوصف غير مانع من التصرف، بلا خلاف ظاهراً.

ولكن يرد عليه ان مقتضى الجمع بين ما دل على انقاسخ العقد الثاني - وما دل على صحة البيع وانتقال المبيع الى المشتري - انتقال المبيع قبل ان ينتقل بالفسخ الى البائع الاول الى المشتري الاول.

[١] واما المورد السادس ففيه اقوال

ثالثها التفصيل بين ما يكون متوقفاً على مجيء زمان - فلا تجوز التصرفات فيه على القول بالمانع في الخيار المنجز - وبين ما يكون متوقفاً على شيء آخر كالرؤية على الخلاف فيجوز

[٢] اختياره المصنف رحمته الله

رابعها التفصيل بين ما اذا كان الخيار متاخراً بنفسه وبمنشأه فيجوز واما اذا كان شرط الخيار حاصلًا وزمان اعماله متاخراً فلا يجوز اختياره المحقق النائيني رحمته الله

فرعان الأول: لو منعنا عن التصرف المتلف في زمان الخيار، فهل يمنع عن التصرف المعرض لفوات حق ذي الخيار من العين، [١] كوطئ الأمة في زمان الخيار بناء على أن الاستيلاء مانع من رد العين بالخيار قولان للمانعين، أكثرهم على الجواز، كالعلامة في القواعد، والشراح في جامع المقاصد، وحكي عن المبسوط والغنية والخلاف، لكن لا يلائم ذلك القول بتوقف الملك على انقضاء الخيار

والحق ان يقال انه بناء على مانعية حق الخيار من التصرفات ان كان موجودا منع عنها سواء كان زمان الاعمال موجودا ام متاخرا اذ المانع هو الحق الخيارى الموجود وان لم يكن موجودا لم يمنع عنها اذ المانعية فرع الوجود والعلم بانه سيوجد لا يصلح للمنع فضلا عما اذا لم يعلم بذلك وبه يظهر ما في القول بالمنع مطلقا، وبالجواز كذلك، وما اختاره في المتن.

التصرف الذى يكون في معرض التفويت

[١] واما المورد السابع - فعلى القول بجواز التصرفات المتلفة والناقلة لا كلام في الجواز واما على القول بعدمه، ففي المسألة وجوه ولعلها اقوال - الجواز مطلقا وعدمه كذلك، والتفصيل بين ما اذا علم بتحقيق الاستيلاء، فعدم الجواز وبين ما اذا شك فيه فالجواز

فالكلام يقع في مقامين،

الاول ما لو علم بتحقيق الاستيلاء

الثاني ما لو شك فيه

اما الاول فالظاهر فيه هو الجواز. فان ما دل على جواز نقل ام الولد ومانعية الاستيلاء، يكون مختصا بالنقل الاختيارى، ولا دليل على المنع عن مطلق الانتقال ولو قهرا على مالها

واما الثانى فعلى القول بعدم المنع في المقام الاول لا كلام، واما على القول بالمنع فيه

فقد استدلل للجواز بوجهين

احدهما: ان المتيقن من المنع، هو التصرف المتلف فعلا لحق ذي الخيار، واما مجرد

كونه في معرض التلف فلا دليل على المنع عنه

كما اعترف به في الايضاح. ولذا حمل في الدّروس تجويز الشّيخ الوطّي على ما اذا خصّ الخيار بالواطئ لكن قيل: أنّ عبارة المبسوط لا تقبل ذلك. وظاهر المحكي عن التّدكرة، وظاهر الدّروس المنع عن ذلك لكون الوطّي معرضاً لفوات حقّ ذي الخيار من العين.

واجاب عنه المحقق النائيني رحمته الله بان متعلق التكليف فيما كان حصول الاثر متوقفا على امر خارج عن اختيار المكلف، هو نفس فعل المكلف فما يحرم عليه في المقام هو الوطء لا حصول العلوق، فهو بنفسه تفويت لحق ذي الخيار لانه في معرض ذلك وفيه: ان الوطء من حيث انه وطء لا منع عنه، ولذا يجوز مع العزل، ومع القطع بعدم الاستيلاد والمنع عنه انما هو فيما كان موجبا للاستيلاد، وحيث انه مشكوك فيه وغير معلوم، فيرجع الى اصالة البرائة ويثبت الجواز ثانيهما التمسك باستصحاب عدم العلوق، وعدم صيرورة المنة الموطوءة حبلًا واورد عليه المحقق النائيني رحمته الله بانه استقبالي وليس له حالة سابقة، الا بالعدم المحمولي، والجواز مترتب على عدم كون هذا الوطء موجبا للحمل، وهذا غير مسبوق بالعدم ولكن يرد على الاول ما حققناه في محله من جريان الاستصحاب في الاستقبالي ايضا

ويرد على الثاني: ان المختار جريان الاصل في عدم الازلي مع ان الايلاد مترتب على القاء النطفة ترتب المسبب التوليدى على سببه فحين القاء النطفة يشك في تحقق الايلاد فيستصحب عدمه ولا حاجة الى اثبات انه لا يتولد منه بنحو عدم النعق فالأظهر هو الجواز.

الثاني: أنه هل يجوز اجارة العين في زمان الخيار بدون اذن ذي الخيار فيه وجهان، [١] من كونه ملكاً له، [٢] ومن ابطال هذا التصرف لتسلط الفاسخ على اخذ العين، اذ الفرض استحقاق المستأجر لتسلّمه لأجل استيفاء المنفعة، ولو اجره من ذي الخيار او بأذنه ففسخ لم يبطل الاجارة، لأن المشتري ملك العين ملكية مطلقة مستعدة للدوام ومن ناء هذا الملك المنفعة الدائمة، فإذا استوفاها المشتري بالاجارة، فلا وجه لرجوعها الى الفاسخ، بل يعود الملك اليه مسلوب المنفعة في مدة الاجارة، كما اذا باعه بعد الاجارة، وليس الملك هنا نظير ملك البطن الأول من الموقوف عليه، لأن البطن الثاني لا يتلقى الملك منه حتى يتلقاه مسلوب المنفعة، بل من الواقف كالبطن الأول، فالملك ينتهي بانتهاء استعداده.

[١] هذا هو المورد الثامن - والكلام فيه في مقامات

الاول في انه هل يجوز التصرف الاجارى على القول بالمنع من التصرفات الناقلة والمتلفة ام لا

واستدل للمنع بان لازم الفسخ استرداد العين خارجا والاجارة منافية لذلك فان لازمها سلطنة المستأجر على امساك العين لاستيفاء المنفعة وفيه ان الفسخ لا يقتضى الاسترداد العين ملكا واما استردادها خارجا فهو مقتضى تسلط الناس على اموالهم ولايجرى لذلك بعد كون العين متعلقة لحق الغير - والظاهر هو الجواز

[٢] لا لما افاده المصنف عليه السلام من كونه ملكا

فان توهم المنع لم يكن من ناحية عدم الملك بل من ناحية كون العين متعلقة لحق الخيار

بل لان حق الخيار وان كان متعلقا بالعين لا ينافي اجارتها فانه لا يقتضى الاعداد العين الى ملكه.

المقام الثانى في ان عقد الاجارة هل ينفسخ بفسخ البيع لخصوصية فيه، ام لا، بعد الفراغ عن صحته، اما لما ذكرناه، او فيما اذا استأجر من ذى الخيار او بأذنه وقد استدلل للانفساخ بوجوه

فإن قلت: ان ملك المنفعة تابع لملك العين، بمعنى أنه اذا ثبت الملكية في زمان، وكان زوالها بالانتقال الى آخر ملك المنفعة الدائمة، لأنّ المفروض انّ المنتقل اليه يتلقّى الملك من ذلك المالك، فيتلقّاه مسلوب المنفعة [١] وأما اذا ثبت وكان زوالها بارتفاع سببها لم يكن ملك من عاد اليه متلقّى عن المالك الاوّل، ومستنداً اليه، بل كان مستنداً الى ما كان قبل تملك المالك الاوّل، فيتبعه المنفعة كما لو فرضنا زوال الملك بانتهاء سببه لا برفعه كما في ملك البطن الاوّل من الموقوف عليه، فإنّ المنفعة تتبع مقدار تملكه، [٢] قلت: أوّلاً: أنّه منقوض بما اذا وقع التّفاسخ بعد الاجارة مع عدم التّزام احد ببطلان الاجارة وثانياً: أنّه يكفي في ملك، المنفعة الدائمة تحقّق الملك المستعدّ للدوام لولا الرّافع أنّا ما

[١] احدها ان ملكية من عليه الخيار للعين، ومنافعها ملكية مرسلّة، غير موقّعة بالفسخ فالمنفعة بعد الفسخ لم تكن له فبالفسخ تبطل الاجارة

وفيه: ان ملكية المشتري للعين ومنافعها ملكية مرسلّة غير موقّعة، والفسخ يكون رافعاً لها، وعليه فبالفسخ تعود العين واما منافعها، فحيث انها انتقلت الى المستأجر، فلا تعود ملكيتها اليه

[٢] ثانيها: ان الفسخ يقتضى عود الملك لا ملكية اخرى، فالفسخ يوجب رفع ما اوجب انتقال العين ومنافعها الى المشتري، فيعود ملكه لها مستنداً الى ما كان قبل تملك المالك، فيتبعه المنفعة كما لو فرضنا زوال الملك بانتهاء سببه، لا برفعه كما في ملك البطن الاول من الموقوف عليهم: فان المنفعة تتبع مقدار تملكها

وفيه: ان المشتري اذا كان مالكا للعين ومنافعها بملكية مطلقة، فواجبها صارت المنفعة ملكاً للمستأجر، فبالفسخ تعود العين ولا تعود المنفعة للسابع وهو كونها ملكاً للمستأجر ولا يقاس بما اذا كان ملكية المنفعة ملكية موقّعة

الثالثها: ما يختص بفسخ البيع بخيار رد مثل الثمن، وهو ان البائع يبيعه الخيارى

ثم انّ الفاضل القمي في بعض اجوبة مسائله جزم ببطلان الاجارة بفسخ البيع بخيار ردّ مثل الثمن، وعلّله بأنّه يعلم بفسخ البيع، انّ المشتري لم يملك منافع ما بعد الفسخ، وانّ الاجارة كانت متزلزلة ومراعاة بالنسبة الى فسخ البيع. انتهى. [١]

فان كان مرجعه الى ما ذكرنا من كون المنفعة تابعة لبقاء الملك، او الملك المستند الى ذلك الملك فقد عرفت الجواب عنه نقضاً وحلّاً، وانّ المنفعة تابعة للملك المستعدّ للدوام، وان كان مرجعه الى شيء آخر فليبيّن حتّى ينظر فيه [٢] مع انّ الاصل عدم الانفساخ، لأنّ الشكّ في انّ حقّ خيار الفسخ في العين يوجب تزلزل ملك المنفعة ام لا مع العلم بقابليّة المنفعة بعد الفسخ للتّملك قبله، كما اذا تقايلا البيع بعد الاجارة.

يشترط بالشرط المضر ابقاء العين مع المنفعة، فانفساخ الاجارة انما يكون لاجل كون الاجارة بعد الفسخ خلاف الشرط، ولعل هذا هو مراد المحقق القمي رحمته الله

[١] من قوله انه يعلم بفسخ البيع ان المشتري لم يملك منافع ما بعد الفسخ الى اخر ما نقل المصنف رحمته الله كلامه في المتن.

وعليه فهو غير الوجه المتقدم عليه، فما في المتن من قوله

[٢] فان كان مرجعه الى ما ذكرنا من كون المنفعة تابعة لبقاء الملك الى آخر ما افاده غير تام

ولكن يردّه ما تقدم من ان الشرط لا يوجب رفع السلطنة الوضعية،
فالظاهر عدم انفساخ الاجارة

المقام الثالث في انه، هل تتدارك المنفعة المستوفاة بالاجارة، ام لا، وجهان

اظهرهما التدارك: فان الفسخ يوجب رد العين بما لها من المنافع الى مالکها الاول، فكما انه اذا كانت العين تالفة يجب رد بدلها كذلك اذا كانت منافعها تالفة بالاجارة أو غيرها يجب رد بدلها

وبذلك يظهر انه يتدارك باجرة المثل لا الاجرة المسماة.

التصرف باذن ذي الخيار

ثمَّ أنه لا اشكال في نفوذ التصرف باذن ذي الخيار وأنه يسقط خياره [١] بهذا التصرف، امَّا لدلالة الاذن على الالتزام بالعقد عرفاً. [٢] وان لم يكن منافاة بين الاذن في التصرف والاتلاف واردة الفسخ واخذ القيمة، كما نبهنا عليه في المسألة السابقة، وبه يندفع الاشكال الذي اورده المحقّق الاردبيلي من عدم دلالة ذلك على سقوط الخيار. واما لأنّ التصرف الواقع تفويت لمحلّ هذا الحقّ وهي العين باذن صاحبه، فلا يفسخ التصرف ولا يتعلّق الحقّ بالبدل [٣] لأنّ اخذ البديل بالفسخ فرع تلف العين في حال حلول الحقّ فيه لا مع سقوطه عنه.

ولو اذن ولم يتصرّف المأذون ففي القواعد والتذكّرة أنّه يسقط خيار الاذن وعن الميسية أنّه المشهور قيل: كان منشأ هذه التّسبة فهم استناد المشهور في سقوط الخيار في الصّورة السّابقة الى دلالة مجرّد الاذن، ولا يقدح فيها تجرّده عن التصرف. وقد منع دلالة الاذن المجرّد في المسالك وجامع المقاصد والقواعد.

[١] قوله ثم انه لا اشكال في نفوذ التصرف باذن ذي الخيار وانه يسقط خياره

قد استدل المصنف رحمته الله لسقوط خياره بوجهين

[٢] أحدهما ان الاذن في التصرف دال عرفاً على الالتزام بالعقد، وان لم يكن

منافاة بين الاذن في التصرف واردة الفسخ،

واورد عليه المحقّق الايرواني، بانه لا دلالة لولا المنافاة، وستعرف ما فيه،

[٣] الثاني ان التصرف الواقع تفويت لمحلّ هذا الحقّ وهي العين باذن صاحبه فلا

يتعلّق الحق بالبدل

تحقيق القول في المقام، انه ان كان الخيار متعلقاً بالعين كان الاذن في التصرف موجبا

لجوازه ولم يكن دالاً على الالتزام بالعقد ولا رضابه ولا دالاً على اسقاط الخيار

وبعبارة اخرى انه حينئذ يكون اذناً في تفويت محلّ الحق الذي كان لا يجوز بدونه

فما لم يفت لا وجه لسقوطه كما لو اذن في اتلاف ما له فانه ما لم يتلف لا يكون خارجاً عن

ملكه، ولا يكون الاذن مخرجاً له عن ملكه، ولا التصرف مسقطاً، وان كان تفويتاً لمحلّ

الحق باذنه فان تفويت محلّ الحق لا يوجب سقوطه، ولذا لو اتلفه كان الحق باقياً

والأولى أن يقال بأن الظاهر كون إذن ذي الخيار في التصرف المخرج فيما انتقل عنه فسخاً لحكم العرف، ولأن إباحة بيع مال الغير لنفسه غير جائز شرعاً فيحمل على الفسخ، كسائر التصرفات التي لا يصح شرعاً إلاّ يجعلها فسخاً.

وأما كون إذن ذي الخيار للمشتري في التصرف إجازة واسقاطاً لخياره، فيمكن الاستشكال فيه، لأنّ الثابت بالنص والاجماع أنّ التصرف فيما انتقل اليه إجازة، وليس الأذن من ذلك، وأما حكم بالسقوط في التصرف عن اذنه لا لأجل تحقّق الاسقاط من ذي الخيار بالاذن، بل لأجل تحقّق المسقط لما عرفت، من أنّ التصرف الواقع باذنه صحيح نافذ

ولافرق الاجرمۃ الاتلاف، تارة وإباحته، أخرى

وان كان متعلقاً بالعقد، كان الاذن في التصرف، لولاكونه التزاماً بالعقد ورضاه او اسقاطاً للخيار، لغوا فلا محالة يكون دالاً على الالتزام بالعقد، واسقاطاً لحقه بالكلية عرفاً، وأما التصرف نفسه فهو لا يكون مسقطاً ولا مفوتاً لمحل حقه.

وبما ذكرناه ظهر امور

أحدها: ان الوجهين المذكورين في المتن لمسقطية الاذن والتصرف لو تما - كانت

تامة كل منهما على مسلك ولا يردان على محل واحد

ثانيها: ان ما افاده المحقق الايرواني رحمته الله من انه لا دلالة لولا المنافاة غير تام

ثالثها ان ما افاده المحقق النائيني رحمته الله في وجه بطلان مسقطية الاذن، من انه لو كان

مسقطاً والتزاماً بالعقد، لزم سقوطه ولو لم يتصرف الماذون، ولا يمكن التزام به

غير وجيه، فانه لم يلتزم به بعد دلالة عليه عرفاً،

والغريب انه يسلم دلالة الاذن بتصرف الاجنبي على الفسخ

مع ان هذا الوجه بعينه يجري في الاذن بتصرف المالك اذ لا معنى للاذن في ان

يتصرف المالك في ماله، فيجب حمله على كونه إجازة والتزاماً بالعقد.

والتسلط على بدله فرع خروجه عن ملك المشتري متعلقاً للحق، [١] فالأذن فيما نحن فيه، نظير اذن المرتنن في بيع الرهن، لا يسقط به حق الرهانة، ويجوز الرجوع قبل البيع. نعم يمكن القول باسقاطه من جهة تضمنه للرضا بالعقد، فإنه ليس بأذن من رضا المشتري بتقبيل الجارية.

وقد صرح في المبسوط بأنه اذا علم رضا البائع بوطن المشتري سقط خياره ويؤيده رواية السكوني في كون العرض على البيع التزاماً، فهذا القول لا يخلو عن قوة.

مسألة المشهور ان المبيع يملك بالعقد، واثر الخيار تزلزل الملك [٢] بسبب القدرة على رفع سببه، فالخيار حق لصاحبه في ملك الآخر، وحكى المحقق وجماعة عن الشيخ توقف الملك بعد العقد على انقضاء الخيار، واطلاقه يشمل الخيار المختص بالمشتري، وصرح في التحرير بشموله لذلك

[١] قوله والتسلط على بدله فرع خروجه عن ملك المشتري متعلقاً للحق وفيه ان التصرف نفسه لا يكون مفوتاً محل الحق بجميع مراتبه، ولذا لو اتلفه من غير اذن كان الخيار باقياً والأذن انما يؤثر في رفع المنع ولا اثر له غير ذلك فالمتحصل من ما ذكرناه، مسقطية الاذن لو كان الخيار متعلقاً بالعقد، وعدم مسقطيته لو كان متعلقاً بالعين وان التصرف نفسه لا يكون مسقطاً على المسلكين.

المبيع يملك بالعقد

[٢] قوله المشهور ان المبيع يملك بالعقد واثر الخيار تزلزل الملك لا يخفى انه حيث لا يكون احد الوجوه والاقوال اجماعياً وعلى فرضه لا يكون تعدياً فلا يهينها اطالة الكلام في نقل الاقوال والنزاع في بيان مراد القوم بل المتعين صرف عنان الكلام الى بيان ادلة الطرفين والكلام فيه يقع في مقامين

الاول: في ادلة حصول الملك بالبيع وعدم توقفه على انقضاء الخيار

الثاني: في ما استدل به على توقفه على انقضائه.

لكن الشهيد في الدروس قال: في تملك المبيع بالعقد أو بعد الخيار بمعنى الكشف أو التقلّ خلاف، مأخذه أنّ الناقل العقد والغرض من الخيار الاستدراك وهو لا ينافي الملك. وأنّ غاية الملك التصرف الممتنع في زمان الخيار وربّما قطع الشيخ بملك المشتري إذا اختص الخيار، وظاهر ابن الجنيّد توقّف الملك على انقضاء الخيار، انتهى.

فإنّ في هذا الكلام شهادة من وجهين على عدم توقّف ملك المشتري على انقضاء خياره عند الشيخ، بل المأخذ المذكور صريح في عدم الخلاف من غير الشيخ عليه السلام في الخلاف والمبسوط، قال في محكي الخلاف العقد يثبت بنفس الإيجاب والقبول، فإن كان مطلقاً فإنّه يلزم بالافتراق بالابدان، وإن كان مشروطاً يلزم بانقضاء الشرط، فإن كان الشرط لهما أو للبائع فإذا انقضى الخيار ملك المشتري بالعقد المتقدّم وإن كان الخيار للمشتري وحده زال ملك البائع عن الملك بنفس العقد، لكنّه لم ينتقل الى المشتري حتّى ينقضي الخيار، فإن انقضى الخيار ملك المشتري بالعقد الأوّل، انتهى.

وظاهر هذا الكلام كما قيل هو الكشف فحينئذٍ يمكن الجمع بين زوال ملك البائع بمعنى عدم حقّ له بعد ذلك في المبيع نظير لزوم العقد من طرف الاصيل إذا وقع مع الفضولي وبين عدم انتقاله الى المشتري بحسب الظاهر حتّى ينقضي خياره فإذا انقضى ملك بسبب العقد الأوّل بمعنى كشف الانقضاء عنه فيصير انقضاء الخيار للمشتري نظير اجازة عقد الفضولي ولا يرد حينئذٍ عليه أنّ اللزوم منه بقاء الملك بلا مالك. وحاصل هذا القول أنّ الخيار يوجب تزلزل الملك ويمكن حمله ايضاً على ارادة الملك اللزوم الذي لا حقّ ولا علاقة للمالكة السابق فيه، فوافق المشهور. ولذا عبّر في غاية المراد بقوله ويلوح من كلام الشيخ توقّف الملك على انقضاء الخيار، ولم ينسب ذلك اليه صريحاً.

وقال في المبسوط: البيع إن كان مطلقاً غير مشروط، فإنّه يثبت بنفس العقد ويلزم بالتفرق بالابدان، وإن كان مشروطاً لزومه بنفس العقد لزوم بنفس العقد، وإن كان مقيداً [بمشروطاً] بشرط لزوم بانقضاء الشرط، انتهى.

وظاهره كظاهر الخلاف عدم الفرق بين خيار البائع والمشتري، لكن قال في

باب الشفعة: إذا باع شقصاً بشرط الخيار، فإن كان الخيار للبائع أو لهما لم يكن للشفيع الشفعة لأن الشفعة إنما تجب إذا انتقل الملك اليه، وإن كان الخيار للمشتري رجب الشفعة للشفيع لأن الملك يثبت للمشتري بنفس العقد، وله المطالبة بعد انقضاء الخيار وحكم خيار المجلس والشرط في ذلك سواء على ما فصلناه.. ولعل هذا مأخذ ما تقدّم من النسبة في ذيل عبارة الدّروس، هذا، ولكن الحلّ يبيّن في السّرائر ادّعى رجوع الشّرخ عمّا ذكره في الخلاف.

ويمكن ان يستظهر من مواضع من المبسوط ما يوافق المشهور، مثل استدلاله في مواضع على المنع عن التصرف في مدّة الخيار، بأنّ فيه ابطالا لحق ذي الخيار، كما في مسألة بيع احد الثّقدين على غير صاحبه في المجلس، وفي مسألة رهن ما فيه الخيار للبائع، فإنّه لو قال بعدم الملك تعيّن تعليل المنع به لا باطلال حقّ ذي الخيار من الخيار، لأنّ التعليل بوجود المانع في مقام، فقد المقتضي كما ترى.

ومنها أنّه ذكر في باب الصّرف جواز تباع المتصارفين ثانياً في المجلس لأنّ شروعاتهما في البيع قطع للخيار مع أنّه لم يصحح في باب الهبة البيع الذي يتحقّق به الرّجوع فيها لعدم وقوعه في الملك، فلو لا قوله في الخيار بمقالة المشهور لم يصحّ البيع ثانياً لوقوعه في غير الملك على ما ذكرنا في الهبة، وربّما ينسب الى المبسوط اختيار المشهور فيما اذا صار احد المتبايعين الذي له الخيار مفلساً، حيث حكم بأنّ له الخيار في الاجازة والفسخ، لأنّه ليس بابتداء ملك لأنّ الملك قد سبق بالعقد، انتهى.

لكنّ النسبة لا يخلو عن تأمل لمن لا حظ باقي العبارة، وقال ابن سعيد يبيّن في الجامع على ما حكى عنه: انّ المبيع يملك بالعقد وباقتضاء الخيار، وقيل بالعقد، ولا ينفذ تصّرف المشتري الاّ بعد انقضاء خيار البائع، انتهى.

وقد تقدّم حكاية التّوقف عن ابن الجنيد ايضاً،

وكيف كان فالأقوى هو المشهور لعموم أدلة حل البيع، واكل المال اذا كانت
تجارة عن تراض، [١] وغيرهما بما ظاهره كون العقد علة تامة لجواز التصرف
الذي هو من لوازم الملك، ويدل عليه لفظ الخيار في قولهم عليه السلام البيعان بالخيار، [٣]

اما الاول : فما يدل على ذلك او توهم دلالاته امور
[١] احدها: العمومات مثل^(١) أحل الله البيع ودليل^(٢) التجارة عن تراض ونحوهما
والاستدلال بها يتم مع ضم ما افاده صاحب الجواهر رحمته الله الذي نقله المصنف رحمته الله
بعد اسطر بقوله

واشد ضعفا من الكل ما قيل، من ان المقصود للمتعاقدين والذي وقع التراضي
عليه انتقال كل من الثمن والمثلن حال العقد فهذه المعاملة اما صحيحة كذلك كما عند
المشهور فثبت المطلوب او باطللة من اصلها او انها صحيحة الا انها على غير ما قصدها
وتراضيا عليه

وتقريب الاستدلال ان المقصود بالبيع هو الملكية المطلقة، وهي انما تكون من حين
العقد، ومقتضى العمومات امضاء البيع على ما قصد، فلو حصل الملك بعد انقضاء الخيار
يكون غير ما قصدها، ويحتاج الى دليل مفقود
وتحقق الملك بعد القبض في الصرف والسلم، انما هو لاجل دليل خاص مقيد
لاطلاق الادلة

وبما ذكرناه ظهر ان شيئا من الوجهين. اى العمومات وتخلف العقد عن القصد - لا
يصلح دليلا ما لم يضم احدهما الى الآخر

[٢] ثانيها: لفظ الخيار في قولهم^(٣) البيعان بالخيار
وفيه: ان هذا الاستدلال يتم لو كان الخيار عبارة عن حق استرداد العين، اذ لا
يعقل الاسترداد الامع الخروج عن الملك

واما لو كان عبارة عن حق حل العقد والعقد بما هو مع قطع النظر عن حصول الملك
به له وفاء وتقص فلا يدل على المقام
وبه يظهر ان المصنف الذى يرى ان حق الخيار هو حق حل العقد، لا وجه
لاستدلاله بهذا الوجه

وما دلّ على جواز التّظر في الجارية في زمان الخيار الى ما لا يحلّ له قبل ذلك، [١] فإنّه يدلّ على الحلّ بعد العقد في زمن الخيار، ألاّ أن يلتزم بأنّه نظير حلّ وطئ المطلقة الرجعية الذي يحصل به الرجوع، [٢] ويدلّ عليه ما تقدّم في أدلّة بيع الخيار بشرط ردّ الثمن، من كون نماء المبيع للمشتري وتلفه منه، [٣] فيكشف ذلك عن ثبوت الملزوم وهو الملك، ألاّ أن يلتزم بعدم كون ذلك من اشتراط الخيار، بل من باب اشتراط انفساخ البيع برّد الثمن. وقد تقدّم في مسألة بيع الخيار بيان هذا الاحتمال وما يشهد له من بعض العنوانات، لكن تقدّم أنّه بعيد في الغاية، او يقال إنّ النماء في مورد الرواية نماء المبيع في زمان لزوم البيع، لأنّ الخيار يحدث برّد مثل الثمن، وان ذكرنا في تلك المسألة أنّ الخيار في بيع الخيار المعنون عند الاصحاب ليس مشروطاً حدوثه بالردّ في أدلّة بيع الخيار، ألاّ الرواية قابلة للحمل عليه، ألاّ أن يتمسك باطلاقه الشّامل لما اذا جعل الخيار من أوّل العقد في فسخه مقيداً برّد مثل الثمن، هذا مع أنّ الظاهر أنّ الشّيخ يقول بالتوقف في الخيار المنفصل ايضاً

[١] ثالثها ما دلّ^(١) على جواز النظر في الجارية في زمان الخيار الى ما لا يحلّ له قبل ذلك [٢] واورد عليه المصنف رحمته الله بانه يمكن ان يكون نظير حل وطء المطلقة الرجعية الذي يحصل به الرجوع، فيكون الملك حاصلاً بنفس النظر الموجب لسقوط الخيار، ويرد عليه مضافاً الى ذلك ان الشيخ لا ينكر حصول الملك في زمان الخيار المختص بالمشتري كما في المقام.

وللمحقق الثاني: في المقام كلام ذكره ايراد اعلی المصنف رحمته الله وهو ان التصرف في وطء المطلقة الرجعية وقع ممن له الحق، وفي المقام يقع ممن عليه الخيار فلو لم يكن مالكا لكون العقد خيار يا حرم النظر، والظاهر انه سهو من قلّمه الشريف فان خيار الحيوان للمشتري والسؤال انما هو عن نظره اليها

[٣] رابعها ما ورد من الادلة الدالة على ان نماء المبيع للمشتري وتلفه منه في بيع الخيار^(٢) بشرط رد الثمن

وربما يتمسك بالاعبار الواردة في العينة: [١] وهي ان يشتري الانسان شيئاً بنسيئة، ثم يبيعه باقل منه في ذلك المجلس نقداً، لكنه لا دلالة لها من هذه الحثية، لأن بيعها على بائعها الأول وان كان في خيار المجلس او الحيوان، الا ان بيعه عليه مسقط لخيارهما اتفاقاً

وقد صرح الشيخ في المبسوط بجواز ذلك، مع منعه عن بيعه من غير صاحبه في المجلس، نعم بعض هذه الاعبار يشتمل على فقرات يستأنس بها لمذهب المشهور، مثل صحيح يسار بن يسار عن الرجل يبيع المتاع ويشتره من صاحبه الذي يبيعه منه، قال: نعم لا بأس به، قلت: اشترى متاعي فقال: ليس هو متاعك ولا بقرك ولا عنمك، فإن في ذلك دلالة على انتقال المبيع قبل انقضاء الخيار ولا استيناس بها ايضاً عند التأمل لما عرفت من ان هذا البيع جائز عند القائل بالتوقف لسقوط خيارهما بالتواطؤ على هذا البيع، كما عرفت التصريح به من المبسوط ويذب بذلك عن الاشكال المتقدم نظيره سابقاً من ان الملك اذا حصل بنفس البيع الثاني مع انه موقوف على الملك للزم الدور الوارد على من صحح البيع الذي يتحقق به الفسخ، وحينئذ فيمكن ان يكون سؤال السائل بقوله اشترى متاعي من جهة زكوز مذهب الشيخ عندهم من عدم جواز البيع قبل الافتراق.

ومقتضى اطلاقها ان التناء له، وان كان الشرط هو الخيار من اول العقد مقيداً ببرد مثل الثمن، وحيث ان التناء تابع للاصل، ومن لوازم الملك فيستكشف من ذلك حصول الملك قبل انقضاء الخيار

[١] خامسها النصوص الواردة في العينة وهي ان يشتري الانسان شيئاً بنسيئة ثم يبيعه باقل منه نقداً - كصحيح بشار بن يسار المذكور في المتن (١)

والاستدلال بها ليس بتضمنها جواز البيع من البائع كي يقال انه جائز حتى عند القائل بعدم حصول الملك على القاعدة او بالتعبد بل بقوله في الصحيح ليس متاعك فان حكمه بعدم كونه للبائع وان كان في زمان الخيار يشهد بذلك

ويكون جواب الإمام عليه السلام منبئاً على جواز بيعه على البائع لأنّ تواطؤهما على البيع الثاني اسقاط للخيار من الطرفين [١]

كما في صريح المسبوط، فقله ليس هو متاعك اشارة الى ان ما ينتقل اليك بالشراء انما انتقل اليك بعد خروجه عن ملك بتواطؤكما على المعاملة الثانية المسقط لخياركما لا بنفس العقد، وهذا المعنى في غاية الوضوح لمن تأمل في فقه المسألة ثم لو سلم ما ذكر من الدلالة والاستثناس لم يدفع به الا القول بالثقل دون الكشف كما لا يخفى ومثل هذه الرواية في عدم الدلالة والاستثناس صحيحة محمد بن مسلم عن رجل اتاه رجل فقال: اتبع لي متاعاً لعليّ اشتريه منك بنقد او بنسيئة، فابتاعه الرجل من اجله قال ليس به بأس، انما يشتريه منه بعدما يملكه.

فإنّ الظاهر أنّ قوله انما يشتريه الخ، اشارة الى أنّ هذا ليس من بيع ما ليس عنده وانّ بيعه لم يكن قبل استيجاب البيع مع الاول، فقله بعد ما يملكه اشارة الى استيجاب العقد مع الاول كما يظهر من قولهم عليه السلام في اخبار آخر واردة في هذه المسألة، ولا توجب البيع قبل ان تستوجه مع أنّ الغالب في مثل هذه المعاملة قيام الرجل الى مكان غيره لياخذ منه المتاع ورجوعه الى منزله لبيعه من صاحبه الذي طلب منه ذلك، فيلزم العقد الاول بالتفرق، ولو فرض اجتماعهما في مجلس واحد كان تعريضه للبيع ثانياً بمصور البائع دالاً عرفاً على سقوطه خياره ويسقط خيار المشتري بالتعريض للبيع.

[١] والايراد عليه كما في المتن بانه يمكن ان يكون ذلك اشارة الى الخروج عن الملك بالتواطؤ على المعاملة الثانية المسقط للخيار، فحين المعاملة الثانية ليس متاعك، خلاف الظاهر - فان ظاهره نفي كونه متاعاً له من ناحية البيع اي ليس متاعك حيث بعته

- نعم - يرد عليه انه لم يفرض في مورد الصحيح خيار وليس الخبر في مقام البيان من هذه الجهة كي يتمسك باطلاقه فتأمل
وبما ذكرناه يظهر الحال في الاستدلال لهذا القول بصحيح^(١) محمد المذكور في المتن

وبالجمله ليس في قوله بعد ما يملكه دلالة على ان تملكه بنفس العقد مع انها على تقدير الدلالة تدفع النقل لا الكشف [١] كما لا يخفى، ونحوه في الضعف الاستدلال في التذكرة، بما دلّ على أنّ مال العبد المشتري لمشتريه مطلقاً أو مع الشرط، او علم البائع من غير تقييد بانقضاء الخيار اذ فيه، انّ الكلام مسوق لبيان ثبوت المال للمشتري على نحو ثبوت العبد له، وأنّه يدخل في شراء العبد حتّى اذا ملك العبد ماله، مع انّ الشيخ لم يثبت منه هذا القول في الخيار المختص بالمشتري، والتمسك باطلاق الروايات لما اذا شرط البائع الخيار كما ترى، واشدّ ضعفاً من الكلّ ما قيل من انّ المقصود للمتعاقدین والذي وقع التراضي عليه، انتقال كلّ من الثمن والثمن حال العقد، فهذه المعاملة اّما صحيحة كذلك كما عند المشهور، فثبت المطلوب، او باطلة من اصلها او انها صحيحة الاّ انها على غير ما قصده وتراضيا عليه.

توضيح الضعف أنّ مدلول العقد ليس هو الانتقال من حين العقد، لكنّ الانشاء لما كان علّة لتحقيق المنشأ عند تحقّقه، كان الدّاعي على الانشاء حصول المنشأ عنده، لكنّ العلية انّما هي عند العرف، فلا ينافي كونه في الشرع سبباً محتاجاً الى تحقّق شرائط اخر بعده، كالقبض في السلم والصرف وانقضاء الخيار في محلّ الكلام. فالعقد مدلوله مجرد التملك والتمكّك مجرداً عن الزّمان، لكنّه عرفاً علّة تامّة لمضمونه، وامضاء الشارع له تابع لمقتضى الادلّة، فليس في تأخير الامضاء تخلف اثر العقد عن المقصود المدلول عليه بالعقد، وإنّما فيه التّخلف عن داعي المتعاقدين ولا ضرر فيه.

وان الاستدلال به انما يكون بتصحيح الامام عليه السلام البيع الثاني بحصول الملك وظاھر حصوله بالاشترای فی المعاملة الاولى لا بالتعريض للبیع الثاني، وليس الاستدلال بصحة البيع الثاني، حتى يقال انه جائز عند من يقول بعدم الملك اذا لتعريض مسقط للخيار

[١] وما في المتن من انه على فرض الدلالة يدفع النقل لا الكشف

يرد عليه: ان ظاهره التملك بالاشترای لا بالاشترای المتعقب بالبیع فتدبر فانه دقيق.

وقد تقدّم الكلام في ذلك في مسألة كون الاجازة كاشفة او ناقلّة. وقد يستدلّ ايضاً بالنّبوي المشهور المذكور في كتب الفتوى للخاصّة والعامة على جهة الاستناد اليه وهو أنّ الخراج بالضّمان [١] بناءً على أنّ المبيع في زمان الخيار المشترك او المختصّ بالبائع في ضمان المشتري، فخرجه له وهي علامة ملكه.

وفيه أنّه لم يعلم من القائلين بتوقّف الملك على انقضاء الخيار القول بكون ضمانه على المشتري حتّى يكون نماؤه له.

وقد ظهر بما ذكرنا أنّ العمدة في قول المشهور عموم ادلّة حلّ البيع والتّجارة عن تراض، واخبار الخيار.

[١] سادسها: النّبوي^(١) المشهور - الخراج بالضّمان

وتقريب الاستدلال به ان المبيع في زمان، الخيار المشترك، او المختصّ بالبائع، في ضمان المشتري، فخرجه له، وبقاعدة التلازم بين، ملك المنفعة، وملك العين يثبت حصول الملك بنفس العقد

وفيه بعد تسليم قوة سنده لعمل قدماء اصحابنا به مع انه محل نظر،

قد مرفى مبحث المقبوض بالعقد الفاسد، ان فيه احتمالات،

اظهرها كون المراد بالضمان المعنى المصدري مع امضاء الشارع له، وانه يختص بالخبر بالعقود المعاوضة الصحيحة، ويدل على انها توجب ملك المنافع، كما توجب ملك العين، وعليه فلا يتم هذا الاستدلال

نعم - يمكن تقريب الاستدلال بطريق آخر، وهو ان النّبوي ظاهر في ان المعاوضة الصحيحة توجب ملك المنفعة بلا توقف على شيء آخر، ومن ملك المنفعة يستكشف ملك العين

سابعها السيرة العقلانية فانها جارية على ترتيب آثار الملك على الشيء المشتري من دون انتظار لانقضاء زمان الخيار

فتحصل ان العمومات والروايات الخاصة والسيرة تدل على حصول الملك قبل انقضاء الخيار.

واستدلّ للقول الآخر، بما دلّ على كون تلف المبيع من مال البائع في زمان الخيار، [١] فيدلّ بضميمة قاعدة كون التلّف عن المالك، لأنّه مقابل الخراج على كونه في ملك البائع، مثل صحيحة ابن سنان عن الرّجل يشتري العبد والدّابة بشرط الى يوم او يومين فيموت العبد او الدّابة، او يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك، فقال على البائع، حتّى ينقضي الشّروط ثلاثة ايام، ويصير المبيع للمشتري شرط له البائع او لم يشترط، قال وان كان بينهما شرط ايّاماً معدودة، فهلك في يد المشتري، فهو من مال البائع.

ورواية عبد الرّحمن بن ابي عبدالله قال سألت ابا عبدالله عليه السلام عن الرّجل اشترى أمةً من رجل بشرط يوماً او يومين فماتت عنده، وقد قطع الثمن، على من يكون ضمان ذلك؟ قال: ليس على الذي اشترى ضمان حتّى يمضي شرطه. ومرسلة ابن رباط ان حدث في الحيوان حدث قبل ثلاثة ايام فهو من مال البائع. والتّبوي المروي في قرب الاسناد في العبد المشتري بشرط فيموت، قال: يستحلف بالله ما رضيه ثمّ هو بريء من الضّمان،

اما المقام الثاني: فقد استدلّ لعدم حصوله الابد انقضاء الخيار بوجوده احدها: ان الغرض من الملك، وغايته التصرف الممتنع في زمان الخيار وفيه اولاً: انه يجوز كما تقدم وثانياً: انه لو سلم عدم الجواز فهو في التصرف المتلف والناقل لاكل تصرف وثالثاً: انه لاملازمة بين امتناع التصرف وعدم حصول الملك [١] ثانياً: النصوص الدالة على كون تلف المبيع من مال البائع في زمان الخيار كصحيح^(١) ابن سنان، وخبر عبد الرحمن^(٢) ومرسل ابن رباط^(٣)، والتّبوي^(٤) المذكورة في المتن

وتقريب الاستدلال بها من وجهين
الاول ان قوله حتّى ينقضي الشرط ويصير المبيع له ظاهر في توقف الملك على انقضاء الخيار واما قبله فلا يصير للمشتري وفيه: انه بعد دلالة الادلة المتقدمة الصريح بعضها كقوله

(١) اورد صدره في الوسائل - باب ٥ - من ابواب الخيار حديث ٢ و ذيله في باب ٨ - منها حديث ٢.

(٢) الوسائل - باب ٥ - من ابواب الخيار حديث ١. (٣) نفس المصدر حديث ٥.

(٤) نفس المصدر حديث ٤.

وهذه الاخبار انما تجدي في مقابل من ينكر تملك المشتري [١] مع اختصاص الخيار.

وقد عرفت ان ظاهر المبسوط في باب الشفعة ما حكاه عنه في الدروس من القطع بتملك المشتري مع اختصاص الخيار، وكذلك ظاهر العبارة المتقدمة عن الجامع وعلى اي حال، فهذه الاخبار اما ان تجعل مخصصة لادلة المشهور، بضميمة قاعدة تلازم الملك والضمان، اولقاعده التلازم بضميمة ادلة المسألة، [٢] فيرجع بعد التكافؤ الى اصاله عدم حدوث الملك بالعقد قبل انقضاء الخيار. ولكن هذا فرع التكافؤ المفقود في المقام من جهات اعظمها الشهرة المحققة المؤيدة بالاجماع المجكي عن السرائر،

ليس متاعك على حصول الملك بالعقد، يتعين صرف ذلك عن ظهوره، وحمله على الملك المستقر، وانه لا يكون مستقرا عليه الا بعد انقضاء الخيار
الثاني ان يضم الى هذه النصوص، ما دل على ان المنافع تابعة للضمان، او ملازمة معه كالنبوي المتقدم انفا الخراج بالضمان، فانه يستنتج منها ان الضمان على البائع والمنافع له وبديل تبعية ملك المنافع لملك العين يستكشف ان المبيع في زمان الخيار للبائع وفيه: انه لا دليل على التلازم بين الضمان وملكية المنافع، والنبوي قد عرفت ان مفاده ان منافع المصوب لملكه، مع ان الغاصب ضامن له،
مع - ان الشيخ ومن تبعه غير ملتزمين بذلك في الخيار المختص بالمشتري فانهم بانون على حصول الملك بالعقد.

[١] قوله انما تجدي في مقابل من ينكر تملك المشتري

مراده ان هذه الاخبار، انما تجدي من ينكر تملك المشتري، مع اختصاص الخيار: لورودها في الخيار المختص به، ولا تجدي لمثل شيخ الطائفة وابن سعيد القائلين، بملك المشتري مع اختصاص الخيار به، فكلمة (في مقابل) زائدة.

وقد اجاب المصنف رحمته الله عن هذا الاستدلال بجواب آخر

[٢] حاصله ان في المقام طوائف من الادلة

احداها: ادلة المشهور الدالة على حصول الملك بالعقد

اطلاق ما تقدّم عبارتي المبسوط والخلاف، من كون الخلاف في العقد المقيّد بشرط الخيار عموماً للخيار المنفصل عن العقد، كما اذا شرط الخيار من الغد كما أنّ مقتضى تخصيص الكلام بالعنوان المذكور عدم شموله لخيار غير الشرط والحیوان الذي يطلق عليه الشرط أيضاً. فخيار العيب والغبن والرؤية والتدليس ليس الظاهر عدم جريان الخلاف فيها. ومّا يدلّ على الاختصاص أنّ ما ذكر من الأدلة مختصة بالخيارين وأنّ الظاهر من لفظ الانقضاء في تحريرات محلّ الخلاف انقطاع الخيار الزماني. وأمّا خيار المجلس، فالظاهر دخوله في محلّ الكلام لنصّ الشیخ بذلك في عبارته المتقدمة عنه في باب الشفعة، ولقوله في الاستبصار أنّ العقد سبب لاستباحة الملك الاّ أنّه مشروط، بأن يتفرّق بالابدان، ولا يفسخ العقد، ولنصّ الشیخ في الخلاف والمبسوط على أنّ التفرّق كانقضاء الخيار في لزوم العقد به، ومراده من اللزوم تحقّق علّة الملك لا مقابل الجواز كما لا يخفى، مع أنّ ظاهر عبارة الدّروس المتقدمة في مأخذ هذا الخلاف ان كلّ خيار يمنع من التصرف في المبيع، فهو داخل فيما يتوقّف الملك على انقضائه، وكذلك العبارة المتقدمة في عنوان هذا الخلاف عن الجامع، وقد تقدّم عن الشیخ في صرف المبسوط أنّ خيار المجلس مانع عن التصرف في احد العوضين.

ثانيهما: دليل التلازم بين الضمان والملک

ثالثهما - النصوص المشار اليها الدالة على ضمان البائع للمبيع في زمان الخيار وهذه الطوائف متعارضة والجمع بينها انما يكون باحد نحوین

اما يجعل النصوص المتضمنة لان المبيع من مال البائع في زمان الخيار مخصصة لادلة المشهور فيكون مفادها حينئذ ان الملك يحصل بالعقد الا اذا كان خياريا:

واما يجعل تلك النصوص مخصصة لقاعدة التلازم بمعنى ان المبيع يملك بالعقد وان كان خياريا الا ان ضمان هذا المبيع على البائع الذي هو غير مالك - وانما لم يحتمل التصرف في النصوص المشار اليها لصراحتها، فيدور الامر بين رفع اليد عن اصالة العموم في احدى تينك الطائفتين، والترجيح مع ادلة المشهور لو جوه اعظمها الشهرة

وفيه: انه لو علم بتخصيص احد العامين من وجه مقتضى القاعدة سقوطها عن الحجية

ومن ذلك يظهر وجه آخر لخروج خيار العيب واخوته عن محلّ الكلام، فإنّ الظاهر عدم منعها من التصرف في العوضين قبل ظهورها. فلا بدّ ان يقول الشيخ باللزوم والملك بعد الظهور وتجزّ الخيار، وهذا غير لائق بالشيخ، فثبت أنّ دخولها في محلّ الكلام مستلزم. أمّا لمنع التصرف في موارد هذا الخيار. وأمّا للقول بخروج المبيع عن الملك بعد دخوله وكلاهما غير لائق بالالتزام، مع أنّ كلام العلامة في المختلف كالصريح في كون التملك بالعقد اتفاقياً في المبيع، لأنّه ذكر في الاستدلال أنّ مقتضى للملك موجود، والخيار لا يصلح للمنع، كما في بيع المبيع. وذكرنا ايضاً أنّه لا منافاة بين الملك والخيار، كما في المبيع. وقد صرح الشيخ رحمته في المبسوط ايضاً بأنّه اشترى شيئاً فحصل منه نماء ثمّ وجده عيباً ردّه دون نمائه محتجاً بالإجماع، وبالنسبة للخارج بالضمان وسيجيء تتمّة ذلك إن شاء الله تعالى.

والشبهة ليست مرجحة للدلالة وإنما هي مرجحة للسند، مع: ان المراد بالتلازم بين الضمان والملك ان كان هو التلازم بين الضمان وملك المنافع وبتبعه ملك العين، فيرد عليه ما تقدم من عدم التلازم، وان كان هو التلازم بين الضمان بمعنى الخسارة وكون تلف الشيء خسارة منه لاعليه والملك فهو، وان كان عقلياً، الا ان الجمع بين الادلة انما يكون بالالتزام بالملك من حين العقد والانسحاح قبل التلف آناً.

ثالثها صحيح الحلبي^(١) عن الامام الصادق عليه السلام في رجل اشترى شاة فامسكها ثلاثة ايام ثم ردها فقال (ع) ان كان في تلك الثلاثة الايام يشرب لبنها رد معها ثلاثة امداد وان لم يكن هالبن فليس عليه شيء - بتقريب - انه لو كان مالكا كانت المنافع له ولم يكن وجه لرد ثلاثة امداد وفيه مامر من عدم عمل الاصحاب به فانه متضمن للرد بعد ثلاثة ايام ولا خيار بعدها.

مسألة ومن احكام الخيار كون المبيع في ضمان من ليس له الخيار [١] في الجملة على المعروف بين القائلين بتملك المشتري بالعقد.

المبيع في ضمان من ليس له الخيار

[١] قوله ومن احكام الخيار كون المبيع في ضمان من ليس له الخيار لا يخفى ان موضوع هذه المسئلة، ما لو تلف المبيع، او الثمن في يد مالكة الفعلي مع كون الخيار له، كما لو كان الخيار للمشتري وتلف المبيع في يده اما لو تلف المال تحت يد مالكة وكان الخيار لطرفه كما لو كان الخيار للبايع وتلف المبيع في يد المشتري او كان الخيار للمشتري وتلف الثمن في يد البايع فكون الضمان على من لا خيار له مطابق للقاعدة

وكيف كافهذا الحكم في الجملة مما لا كلام فيه ولا اشكال،

ويشهد به النصوص الخاصة

لا حظ صحيح ابن سنان عن الامام الصادق عليه السلام عن الرجل يشتري الدابة او يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟ فقال عليه السلام: على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة ايام ويصير المبيع للمشتري. (١)

وعن التهذيب روايته مثله الا انه قال: ويصير المبيع للمشتري شرط البائع او لم يشترط. (٢)

والنبوي الخاصي الآتي،

ومرسل ابن رباط عن ابي عبدالله عليه السلام: ان حدث بالحيوان قبل ثلاثة ايام فهو من مال البائع. (٣)

وخبر البصري عنه عليه السلام فيمن اشترى امة بشرط فماتت عنده: ليس على الذي اشترى ضمان حتى يمضي شرطه. (٤)

(١) الوسائل - باب ٥ - من ابواب الخيار حديث ٢. (٢) نفس المصدر حديث ٣.

(٣) نفس المصدر حديث ٥. (٤) نفس المصدر حديث ١.

وقد وردت روايات دالة على ثبوت هذا الحكم في خيار الشرط ايضا، لاحظ رواية اسحاق بن عمار، وخبر معاوية بن ميسرة، فثبت ذلك فيها في الجملة مما لا كلام فيه، وهذا الحكم هو الذي طفحت عبارات القوم به. قالوا: ان تلف المبيع في زمان الخيار ممن لا خيار له، ومن مال البائع وهذه قاعدة مسلمة عند القوم مصطادة من النصوص الواردة في خيارى الحيوان والشرط.

وعليه فلا يصغى الى ما قيل، من ان مقتضى

استصحاب عدم انفساخ العقد

واصالة البراءة عن وجوب دفع الثمن.

وخبر عقبة بن خالد عن الامام الصادق عليه السلام عن رجل اشترى متاعا من رجل واوجبه غير انه ترك المتاع عنده... فسرق المتاع من مال من يكون؟ قال عليه السلام: من مال صاحب المتاع - الى ان قال - فاذا اخرجته من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد. ^(١)

وعوم ما دل على وجوب الوفاء بالعقد ^(٢) عدم كون التلف من مال البائع،

اذ الأولان محكومان للنصوص، والأخيران يقيد اطلاقهما بها.

وقد استدل لضمان من ليس له الخيار مطلقا:

باستصحاب الضمان الثابت قبل القبض

وفيه اولاً: انه اخص من المدعى اذ ربما يكون المبيع من اول العقد في يد المشتري فلا ضمان على البائع حتى يستصحب - ولا يمكن اثبات الحكم فيه بعد جريان الاستصحاب فيما لم يكن مقبوضا في اول العقد بضميمة عدم القول بالفصل فان ذلك انما يكون بين الحكمين الواقعيين

وثانيا: ان المراد بالضمان اما ان يكون ضمان الغرامة، او ضمان المعاوضة

وتوضيح هذه المسألة أنّ الخيار اذا كان للمشتري فقط من جهة الحيوان فلا اشكال ولا خلاف في كون المبيع في ضمان البائع. ويدلّ عليه ما تقدّم في المسألة السابقة من الاخبار، وكذلك الخيار الثابت له من جهة الشرط بلا خلاف في ذلك لقوله عليه السلام في ذيل صحيحة ابن سنان وان كان بينها شرط ايتاماً معدودة، فهلك في يد المشتري، فهو من مال بائعه، [١] ولو كان للمشتري فقط خيار المجلس دون البائع، فظاهر قوله عليه السلام حتى ينقض شرطه، ويصير المبيع للمشتري، كذلك [٢] بناء على أنّ المناط انتضاء الشرط الذي تقدّم أنّه يطلق على خيار المجلس في الاخبار، بل ظاهره أنّ المناط في رفع ضمان البائع صيرورة المبيع للمشتري واختصاصه به بحيث لا يقدر على سلبه عن نفسه، وأنّ هذا المناط ينظر تعليل

لا سبيل الى اجراء الاستصحاب على التقديرين

اما على التقدير الاول فلان الثابت قبل القبض كما سياق ضمان المعاوضة دون ضمان الغرامة - واما على الثاني - فلان ضمان الغرامة وان كان من الاحكام الوضعية الاعتبارية، الا ان ضمان المعاوضة وهو انفساخ العقد لا يكون الاحكاما شرعيا بانه لو تلف ينفسخ العقد - وحيث انه لم يتلف فالمعلوم السابق ليس الا هذا الامر التعليق - وقد حقق في محله انه لايجرى الاستصحاب التعليق

وثالثا: ان العمومات مقدمة على الاستصحاب فالحق ان مقتضى الاصل الاولى عدم الضمان

اذا عرفت هذا فاعلم ان مورد الكلام مواضع.

بختص هذا الحكم بخياري الحيوان والشرط

[١] الأول: ان هذا الحكم هل يختص بخياري الحيوان والشرط كما عن الجواهر [٢] ام يعم خيار المجلس لو كان للمشتري فقط كما لو اسقطه البائع، كما مال اليه المصنف، ام يكون ثابتا في جميع الخيارات كما هو المنسوب الى المشهور؟ وجوه:
وجه الأول: اختصاص النصوص من حيث المورد بهما خصوصا بملاحظة ذكر المدة في جميع الروايات، الا النبوي: في رجل اشترى عبدا بشرط ثلاثة ايام فمات العبد

هذا الحكم في السرائر حيث قال: فكلّ من كان له خيار، فالمتاع يهلك من مال: من ليس له خيار لأنّه قد استقرّ عليه العقد، والذي له الخيار ما استقرّ عليه العقد ولزم، فإن كان الخيار للبائع دون المشتري، وكان المتاع قد قبضه المشتري وهلك في يده، كان هلاكه من مال المشتري دون البائع، لأنّ العقد مستقرّ عليه ولازم من جهته. ومن هنا يعلم أنّه يمكن بناء على فهم هذا المناط طرد الحكم في كلّ خيار، فتثبت القاعدة المعروفة من أنّ التّلف في ضمان الخيار ممّن لا خيار له من غير فرق بين اقسام الخيار [١]

في الشرط قال عليه السلام: يستحلف بالله ما رضيه ثم هو بريء من الضمان، المروي في قرب الاسناد. (١)

واستدل للثاني: بأن الشرط الذي جعل انتقضائه غاية لضمان من لا خيار له اطلق في النصوص على خيار المجلس.

وفيه: ان المراد بالشرط في نصوص الباب هو ما ذكر فيها سابقا سؤالا وجوابا، وهو الخيار الذي يشترطه المتبايعان.

واستدل للثالث: بوجهين:

احدهما: صدق الشرط على مطلق الخيار.

وفيه: ما تقدم آنفا.

[١] ثانيهما: استفادة المناط الذي يعم جميع الخيارات من قوله عليه السلام في ذيل الرواية:

حتى ينقضي الشرط ثلاثة ايام ويصير المبيع للمشتري. (٢) فانه يستفاد منه - بعد حمل

يصير المبيع له على صيرورته ملكا لازما للفراغ عن كونه ملكا له قبل انتضاء الخيار

ان المناط في الضمان عدم استقرار الملك لكون ماله ذا خيار يقدر ان يسلب

الملكية عن نفسه، وان في مثل ذلك يكون تلف ماله على غيره، وعليه فلا فرق بين

الخيارات لأن هذا المناط موجود في جميعها.

ولا بين الثمن والتمن، كما يظهر من كلمات غير واحد من الاصحاب بل نسبه جماعة الى اطلاق الاصحاب، قال في الدُّروس في احكام القبض: وبالقبض ينتقل الضمان الى القابض اذا لم يكن له خيار، انتهى. فإنَّ ظاهره كفاية مطلق الخيار للمشتري في عدم ضمان المشتري للمبيع المقبوض، ونحوه كلامه هـ في اللّعة وفي جامع المقاصد في شرح قول المصنّف: ولو ماتت الشاة المصراة او الامة المدلّسة فلا شيء له، وكذا لو تعيبت عنده قبل علمه بالتدليس قال: وتقييد الحكم بما قبل العلم غير ظاهر، لأنّ العلم اذا تجدد بعد علمه يكون كذلك الآن يقال أنّه غير مضمون عليه الآن لثبوت خياره، ولم اظفر في كلام المصنّف وغيره بشيء في ذلك، انتهى. وقال في شرح قول المصنّف هـ ولا يسقط الخيار بتلف العين، مقتضى إطلاق كلامهم، أنّه لو تلف المبيع مع خيار الغبن للمشتري، انفسخ المبيع لاختصاص الخيار بالمشتري، ثمّ تردد فيه وفي خيار الرّؤية. وفي المسالك في مسألة أنّ العيب الحادث يمنع من الرّد بالعيب القديم، وإنّ الحادث في ايام خيار الحيوان مضمون على البائع، قال: وكذا كلّ خيار مختصّ بالمشتري.

وعن مجمع البرهان في مسألة ان تلف المبيع بعد الثلاثة مع خيار التأخير من البائع استناداً الى عموم قاعدة تلف المال قبل القبض، أنّ هذه القاعدة معارضة بقاعدة اخرى، وهي أنّ تلف المال في الخيار المختص بالبائع من مال المشتري، فإنّ الظاهر من جعل هذه قاعدة كونها مسلّمة بين الاصحاب، وصرّح بنحو ذلك المحقّق جمال الدّين في حاشية الرّوضة، واستظهر بعد ذلك اختصاصه بما بعد القبض معترفاً بعمومها من جهات اخرى، وظاهر هذه الكلمات عدم الفرق بين اقسام الخيار، ولا بين الثمن والمثمن، ولا بين الخيار المختص بالبائع والمختصّ بالمشتري. ولذا نفي في الرّياض الخلاف في أنّ التّلف في مدّة الخيار ممّن لا خيار له.

وفي مفتاح الكرامة أنّ قولهم: التّلف في مدّة الخيار ممّن لا خيار له، قاعدة لا خلاف فيها، ثمّ ذكر فيه تبعاً للرّياض: أنّ الحكم في بعض افراد المسألة مطابق للقاعدة.

لكنّ الانصاف أنّه لم يعلم من حال احد من معتبري الاصحاب الجزم بهذا التّعميم، فضلاً عن اتّفاقهم عليه.

فإنّ ظاهر قولهم التّلف في زمان الخيار هو الخيار الزّمانى، وهو الخيار الّذى ذهب جماعة الى توقّف الملك على انقضاءه لا مطلق الخيار، ليشمل خيار الغبن والرّؤية والعيب ونحوها، ألا ترى أنّهم اتّفقوا على أنّه اذا مات المعيّب لم يكن مضموناً على البائع، ولو كان الموت بعد العلم بالعيب، ألا ترى أنّ المحقّق الثّاني ذكر أنّ الاقتصاص من العبد الجاني اذا كان في خيار المشتري، كان من ضمان البائع. وأمّا ما نقلنا عنه سابقاً في شرح قوله: ولو تعيبت قبل علمه بالتّدليس فهو مجرّد احتمال، حيث اعترف بأنّه لم يظفر فيه على شيء، مع أنّه ذكر في شرح قول المصنّف في باب العيوب وكلّ عيب تجدد في الحيوان بعد القبض، وقبل انقضاء الخيار، فإنّه لا يمنع الرّد في الثّلاثة نبي ذلك الاحتمال على وجه الجزم، حيث قال الخيار الواقع في العبارة يراد به خيار الحيوان، وكذا كلّ خيار يختصّ بالمشتري كخيار الشرط له، وهل خيار الغبن والرّؤية كذلك يبعد القول به خصوصاً على القول بالفوريّة لا خيار العيب، لأنّ العيب الحادث يمنع من الرّد بالعيب القديم قطعاً، انتهى.

ومن ذلك يعلم حال ما نقلناه عنه في خيار الغبن، فلم يبق في المقام ما يجوز الرّكون اليه، الاّ ما اشرنا اليه من أنّ مناط خروج المبيع عن ضمان البائع، على ما يستفاد من قوله ^{عليه السلام} حتّى ينقضي شرطه، ويصير المبيع للمشتري هو انقضاء خيار المشتري الّذي يطلق عليه الشرط في الاخبار، وصيرورة المبيع مختصاً بالمشتري لازماً عليه بحيث لا يقدر على سلبه عن نفسه، فيدلّ على أنّ كلّ من له شرط، وليس المعوّض الّذي وصل اليه لازماً عليه، فهو غير ضامن له حتّى ينقضي شرطه، ويصير مختصاً به لازماً عليه، وفي الاعتماد على هذا الاستظهار تأمل في مقابلة القواعد، مع أنّه يمكن منع دلالة هذا المناط المستنبط عليه، لأنّ ظاهر الصّحيحة الاختصاص بما كان التّزلزل وعدم كون المبيع لازماً على المشتري ثابتاً من أوّل الامر، كما يظهر من لفظة - حتّى - الظّاهرة في الابتداء. وهذا المعنى مختصّ بخيار المجلس والحيوان والشرط، ولو كان منفصلاً، بناء على أنّ البيع متزلزل ولو قبل حضور زمان الشرط. ولذا ذكرنا جريان الخلاف في المسألتين السّابقتين فيه.

وأما الغبن والعيب والرّؤية وتخلّف الشرط وتفليس المشتري وتبعّض الصّفقة، فهي توجب التّزلزل عند ظهورها بعد لزوم العقد.

والحاصل أنّ ظاهر الرّواية استمرار الضّمان الثّابت قبل القبض الى ان يصير المبيع لازماً على المشتري، وهذا مختصّ بالمبيع المتزلزل من أوّل الامر، [١] فلا يشمل التّزلزل المسبوق باللزوم بأن يكون المبيع في ضمان المشتري بعد القبض، ثمّ يرجع بعد عروض التّزلزل الى ضمان البائع، فاتّضح بذلك أنّ الصّحيحة مختصّة بالخيارات الثلاثة على تأمل في خيار المجلس، ثمّ أنّ مورد هذه القاعدة أمّا هو ما بعد القبض. وأمّا قبل القبض فلا اشكال ولا خلاف في كونه من البائع من غير التفات الى الخيار فلا يشمل هذه القاعدة خيار التّأخير. وأمّا عموم الحكم للثمن والضمن، [٢] بأن يكون تلف الثمن في مدّة خيار البائع المختصّ به من مال المشتري فهو غير بعيد

وفيه: ان كلمة حتى قلما يتفق استعمالها في العلية، ومعناها غالباً هي الغاية، وهي ظاهرة فيها في الخبر، فلا يستفاد العموم من الخبر.

وبعبارة اخرى: لاسبيل الى احراز ان ما ذكر هو تمام العلة بحيث يتعدى عن مورد النصوص الى غيره.

واما ما اورده المصنف عليه السلام عليه بعد الاعتراف بانه المناط: بان الظاهر منه بقرينة حتى الظاهرة في الاستمرار من حال العقد الى حين انقضاء الخيار الاختصاص [١] بما اذا كان التزلزل من اول الأمر، وهذا مختص بالخيارات الثلاثة، اذ في الخيارات الاخر غير الثلاثة يحدث التزلزل بعد ان كان العقد لازماً.

فيرده: انه في خيار الغبن والعيب يحدث التزلزل من حين العقد لامن بعد الظهور، مع ان كلمة حتى وان كانت ظاهرة في الاستمرار الا ان كون المبدأ من حين العقد او غيره، فلا دلالة للفظه حتى عليه جزماً.

اختصاص هذا الحكم بالمبيع الشخصي

[٢] الثاني: هل تختص هذه القاعدة بالمبيع، ام تعم الثمن؟ وجهان:

وجه الأول: اختصاص الاخبار بالمبيع.

نظراً الى المناط الذي استفدناه، [١] ويشمله ظاهر عبارة الدّروس المتقدّمة، مضافاً إلى استصحاب ضمان المشتري له الثّابت قبل القبض، [٢] وتوهم عدم جريانه مع اقتضاء القاعدة كون الضّمان من مال المالك خرج منه ما قبل القبض مدفوع بأنّ الضّمان الثّابت قبل القبض وبعده في مدّة الخيار ليس مخالفاً لتلك القاعدة، لأنّ المراد به انفساخ العقد ودخول العوض في ملك صاحبه الأصلي وتلفه من ماله. نعم هو مخالف لا صالة عدم الانفساخ، وحيث ثبت المخالفة قبل القبض، فالاصل بقاؤها بعد القبض في مدّة الخيار.

نعم يبقى هنا أنّ هذا مقتضى لكون تلف الثمن في مدّة خيار البيع الخياري من المشتري فينفسخ البيع، ويردّ المبيع الى البائع، والتزام عدم الجريان من حيث أنّ الخيار في ذلك البيع، انما يحدث بعد ردّ الثمن او مثله، فتلف الثمن في مدّة الخيار انما يتحقّق بعد ردّه قبل الفسخ لا قبله مدفوع بما اشرنا اليه سابقاً من منع ذلك، مع أنّ المناط في ضمان غير ذي الخيار لما انتقل عنه الى ذي الخيار تزلزل البيع المتحقّق ولو بالخيار المنفصل كما اشرنا سابقاً، فالاولى الالتزام بجريان هذه القاعدة اذا كان الثمن شخصياً، [٣] بحيث يكون تلفه قبل قبضه موجباً لانفساخ البيع، فيكون كذلك بعد القبض مع خيار البائع، ولو منفصلاً عن العقد

وجه الثاني: امران:

[١] احدهما: عموم المناط وان الملاك تلف الملك المترزل ولو كان ثمناً.

وفيه: - مضافاً الى ما تقدم من عدم كونه علة - انه لو سلم ذلك فاعلة هي صيرورة المبيع ملكاً مستقراً للمشتري كما في الخبر لا صيرورة البيع لازماً، والفرق واضح

[٢] ثانيهما: استصحاب ضمان المشتري الثابت قبل قبضه،

وقد تقدم عدم جريانه، فالأظهر هو الاختصاص.

[٣] الثالث: ان القاعدة هل تختص بالمبيع الشخصي، او مع الثمن الشخصي، ام تعم

الكلي منها بعد التطبيق على الفرد.

وجه الأول: امران:

وأما إذا كان الثمن كلياً، فحاله حال المبيع إذا كان كلياً، كما إذا اشترى طعاماً كلياً بشرط الخيار له الى مدة، فقبض فرداً منه فتلف في يده. فإن الظاهر عدم ضمانه على البائع، لأن مقتضى ضمان المبيع في مدة الخيار على من لا خيار له، على ما فهمه غير واحد بقاؤه على ما كان عليه قبل القبض، ودخول الفرد في ملك المشتري لا يستلزم انفساخ العقد، بل معنى الضمان بالنسبة الى الفرد صيرورة الكلي كغير المقبوض. وهذا مما لا يدل عليه الاخبار، [١] المتقدمة، فتأمل.

ثم إن ظاهر كلام الاصحاب، وصرح جماعة، منهم كالمحقق والشهيد الثانيين أن المراد بضمان من لا خيار له. لما انتقل الى غيره، هو بقاء الضمان الثابت قبل قبضه [٢] وانفساخ العقد آناً قبل التلف

احدهما ظهور النصوص بقرينة ما فيها من استناد التلف والهلاك وما شابهها في الشخصي، فان الكلي اذا كان مبيعاً او ثمناً لا تلف له ولا هلاكة، والفرد ليس مبيعاً.

[١] ثانيهما: ان مقتضى ضمان المبيع في مدة الخيار على من لا خيار له بقاءه على ما كان عليه قبل القبض، ودخول الفرد في ملك المشتري لا يستلزم انفساخ العقد، بل معنى الضمان بالنسبة الى الفرد صيرورة الكلي كغير المقبوض، وهذا مما لا تدل عليه الاخبار.

ولكن يمكن ان يقال: ان المبيع اذا كان كلياً وطبق على الفرد يصير البيع مستقراً عليه، فيكون هو المبيع بالحمل الشائع، ويكون للمبيع حينئذ التلف والهلاك، ومعنى ضمانه حينئذ انفساخ المعاملة لا صيرورة الكلي كغير المقبوض بحيث يعود الثمن كلياً، فان عوده كذلك بعد التشخص كما ترى، فالأظهر هو التعميم.

المستفاد من النصوص كون هذا الضمان ضمان المعاوضة

[٢] الرابع: ان الضمان المستفاد من هذه النصوص هل هو ضمان المعاوضة وانفساخ

العقد قبل التلف آناً ما كما هو المشهور، ام هو ضمان الغرامة والرجوع على البائع بقيمته

وهو الظاهر ايضاً من قول الشهيد رحمته في الدروس، وبالقَبْض ينتقل الضمان الى القابض ما لم يكن له خيار حيث ان مفهومه انه مع خيار القابض لا ينتقل الضمان اليه به بل يبقى على ناقله الثابت قبل القبض.

وبدله على تقدير عدم الفسخ كما عن الشهيدين والعلامة؟ قولان.

واما سائر الوجوه المحتملة في المتن وغيرها فلم نجد قائلًا بشيء منها.

وتنقيح القول فيه بالبحث في مقامين:

الأول: فيما يستفاد من ظواهر النصوص.

الثاني: في الحكم بلحاظ القواعد الخارجية الشرعية.

اما الأول: فظاهر قوله عليه السلام في صحيح ابن سنان: وان كان بينها شرط اياما

معدودة فهلك في يد المشتري فهو من مال البائع ^(١) هو الانفساخ، اذ كلمة من اما نشوية

او تبعية او لا ابتداء، وعلى جميع التقادير ظاهرة في ذلك.

اما على الأول: فلأن نشوء الهلاكه من مال البائع وعروضها عليه عبارة اخرى عن

صيوروته ملكا له قبلها، وحيث انه لا يصير ملكا له مجانا بل بالعوض، فيعود الثمن ايضاً

الى المشتري.

واما على الثاني: فلأن ظاهره حينئذ كون المبيع الهالك مال البائع، وحيث لا يعقل

ذلك فيقدر ملكه له قبل التلف آنأ ما.

واما على الثالث: فلأن الضمير حينئذ وان كان يرجع الى المبدأ المستفاد من قوله

فهلك نظير ﴿اعدلوا هو اقرب للتقوى﴾ الا ان ظاهر كون هلاكه المبيع من مال البائع

كونه ملكا له قبل التلف، اذ فرق بين كون التلف من البائع وكونه على البائع، وظاهر الأول

ما ذكرناه.

وقد استدلل للقول الثاني: بقوله على البائع في جواب السائل على من ضمان ذلك،

بدعوى ظهور ضمان المال التالف في الغرامة والخسارة لمال الغير، فان الانسان لا يكون

وقد عرفت أنّ معنى الضمان قبل القبض هو تقدير انفساخ العقد وتلفه في ملك ناقله، بل هو ظاهر القاعدة وهي أنّ التلف في مدّة الخيار ممّن لا خيار له، فإنّ معنى تلفه منه تلفه مملوكاً له، مع أنّ ظاهر الاخبار المتقدّمة الدّالة على ضمان البائع للمبيع في مدّة خيار المشتري بضميمة قاعدة عدم ضمان الشّخص لما يتلف في ملك مالكة، [١] وقاعدة التّلازم بين الضّمان والخراج، [٢] فإنّنا اذا قدرنا المبيع في ملك البائع أنّا ما لم يلزم مخالفة شيء من القاعدتين.

ضامنا لمال نفسه،

هذا مضافا الى التعبير بلفظ على فان تلف مال كل احد منه خسارة منه لاعليه. وبالجمع بين التلف والحدث في جملة من النصوص مع انه لا انفساخ في الحدث - كما سيأتي - فالضمان المنسوب اليهما بمعنى واحد وهو الغرامة. ولكن يرد على الأول: ان السؤال عن ضمان ما تلف في ملك المشتري بانه هل تكون خسارته على البائع او المشتري مما لا يتصور له وجه معقول، اذ لا يتوهم عاقل كون المشتري غارماً لما تلف في ملكه، فلا محالة يكون المسؤول عنه اما ضمان المعاوضة او الجامع، وعلى التقديرين لا يعارض مع الظهور المتقدم. وبه يظهر الجواب عن التعدية بحرف الاستعلاء، وكذا عن الجمع بين التلف والحدث.

واما المقام الثاني: فالقول بالانفساخ مخالف لقاعدة اصاله بقاء العقد المستفادة من ﴿او فوا بالعقود﴾ وغيره.

واما القول بالغرامة فهو مخالف لاصالة البراءة عن وجوب تدارك النالف في ملك صاحبه، فكل منهما مخالف لقاعدة لا اولوية لأحد القولين من الاخر من هذه الجهة.

وقد يقال كما في المتن: بان القول بالغرامة مخالف لقاعدتين:

[١] احدهما: ما اشرنا اليه.

[٢] ثانيتهما: قاعدة الخراج بالضمان الدالة على ان المنافع لمن يكون ضامنا للمال،

فانه على هذا البائع ضامن له والمنافع للمشتري.

والحاصل ان ارادة ما ذكرنا من الضمان مما لا ينبغي الرّيب فيها، ومع ذلك كلّه فظاهر عبارة الدّروس في الفرع السّادس من فروع خيار الشرط يوهّم، بل يدلّ على عدم الانفساخ، [١] قال تيّزّ لو تلف المبيع قبل قبض المشتري بطل البيع والخيار وبعده لا يبطل الخيار وان كان التّلف من البائع، كما اذا اختصّ الخيار بالمشتري، فلو فسخ البائع رجع بالبدل في صورة عدم ضمانه، ولو فسخ المشتري رجع بالثمن، وغرم البدل في صورة ضمانه، ولو اوجبه المشتري في صورة التّلف قبل القبض لم يؤثر في تضمين البائع القيمة او المثل، وفي انسحابه فيما لو تلف بيده في خياره نظر، انتهى. والعبارة محتاجة الى التأمّل من وجوه، [٢] وقد يظهر ذلك من اطلاق عبارة التذكّرة،

ويرد عليه: ان قاعدة الخراج بالضمان بهذا المعنى لا اساس لها، وقد تقدم الكلام فيها في المقبوض بالعقد بالفاسد، وسيأتي في مسألة التلف قبل القبض، والمخالفة للقاعدة الاولى وان لزمّت الا ان القول بالانفساخ ايضاً مخالف لقاعدة اخرى كما عرفت. وقد يقال: بان القول بالانفساخ مخالف لقواعد اربع، وسيأتي في مسألة التلف قبل القبض توجيهه وما يرد عليه فانتظر،

كما سيأتي في تلك المسألة ان الانفساخ انما يكون من حين العقد ويكون حقيقياً لا حكيمياً، وجميع ما نذكره في تلك المسألة جار هنا.

[١] قوله فظاهر عبارة الدروس.... يوهّم بل يدل على عدم الانفساخ صدر العبارة وهو قوله وبعده لا يبطل صريح في عدم الانفساخ ولكن ذيلها وهو قوله وفي انسحابه فيما لو تلف بيده في خياره نظر دال على انه متأمل في الحكم بالانفساخ ولهذا العبارة لا يجوز نسبة البطلان الى الشهيد.

[٢] قوله والعبارة محتاجة الى التامل من وجوه
الأول: من الوجوه قوله وبعده لا يبطل الخيار، فان ظاهره ان القبض يرفع الضمان المعاوضي: فانه ينافي ما افاده في موضع آخر، وبالقبض ينتقل الضمان، الا ان يكون خيار اذ ظاهره: ان الضمان المعاوضي باق بعد القبض

قال: لو تلف المبيع بآفة سماوية في زمن الخيار، فإن كان قبل القبض انفسخ البيع قطعاً، وان كان بعده لم يبطل خيار المشتري ولا البائع، ويجب القيمة على ما تقدّم. ثم حكى عن الشافعية وجهين في الانفساخ بعد القبض وعدمه، بناءً على الملك بالعقد، ويمكن حمله على الخيار المشترك، كما أنّ قوله في القواعد لا يسقط الخيار بتلف العين محمول على غير صورة ضمان البائع للمبيع، لما عرفت من تعين الانفساخ فيها، وربما يحتمل أنّ معنى قولهم أنّ التّلف ممّن لا خيار له، أنّ عليه ذلك اذا فسخ صاحبه لا أنّه ينفسخ كما في التّلف قبل القبض. وأمّا حيث يوجب المشتري فيحتمل أنّه يتخيّر بين الرجوع على البائع بالمثل او القيمة، وبين الرجوع بالثمن ويحتمل تعيّن الرجوع بالثمن. ويحتمل ان لا يرجع بشيء فيكون معنى له الخيار أنّ له الفسخ، [١]

الثاني: قوله فلو فسخ الخ: اذ لو فسخ البائع ذو الخيار، لا وجه لضمانه كى يقيد الرجوع بالبدل، بصورة عدم ضمانه: لان ضمانه لا يكون الا مع اختصاص الخيار بالمشتري الثالث: : قوله ولو فسخ المشتري الخ: اذ مع فرض كون الخيار للمشتري يكون الضمان على البائع، لقاعدة كل مبيع تلف في زمان الخيار، فهو ممن لا خيار له ولا يتصور ضمان المشتري

الا ان يقال ان نظر الشهيد الى صورة ثبوت الخيار المشترك، وهناك مواضع اخر يظهر للمتأمل فيما قدمناه.

[١] قوله واما حيث يوجب المشتري فيحتمل انه يتخير بين الرجوع الى اخره لاوجه لهذه الاحتمالات، الا الاخير منها بعد حمل القاعدة على صورة الفسخ: فان عدم الضمان، قد مرانه على وفق القاعدة وانما المخرج هو القاعدة فاذا اختصت بصورة الفسخ تبقى صورة الامضاء باقية تحت ماتقضيها القواعد الاولى.

ثمّ الظاهر ان حكم تلف البعض حكم تلف الكل، [١] وكذا حكم تلف الوصف الرَّاجع الى وصف الصّحة بلا خلاف على الظّاهر، لقوله في الصّحيحة السّابقة او يحدث فيه حدث، فإنّ المراد بالحدث اعمّ من فوات الجزء والوصف، [٢] هذا كلّه اذا تلف بأفة سماوية. ومنها حكم الشّارع عليه بالاتلاف. وأمّا اذا كان باتلاف ذي الخيار سقط به خياره ولزم العقد من جهته، [٣] وان كان باتلاف غير ذي الخيار [٤] لم يبطل خيار صاحبه فيتخيّر بين امضاء العقد والرّجوع بالقيمة والفسخ والرّجوع بالثمن.

[١] الخامس: انه لو كان التالف هو الجزء انفسخ العقد بالنسبة اليه، ولو كان هو الوصف الرَّاجع الى وصف الصحة، فهل تشمله القاعدة لقوله **عَلَيْهِ** في الصحيح المتقدم او يحدث فيه حدث

[٢] فان المراد بالحدث اعم من فوات الجزء والوصف، كما في المتن ام لا يشمله كما هو الظاهر من التبصرة قال: والعيب الحادث من غير تفريطه لا يمنع الرد بالسابق؟ وجهان، وعلى فرض الشمول يشكل الأمر في معناه اذ لا يعقل الانفساخ بالاضافة اليه لفرض عدم مقابله بالثمن، وقد اشبعنا الكلام في ذلك في خيار العيب وذكرنا ما افاده المصنف في المقام ونقده، فراجع /

حكم اتلاف المبيع في زمان الخيار

السادس: اذا كان تلف المبيع بالاتلاف لا بأفة سماوية فهذه النصوص لاتشمله لانصرافها الى التلف السماوي.

واما حكمه فملخص القول فيه: ان الاتلاف تارة: يكون ممن له الخيار، واخرى: يكون ممن عليه الخيار، وثالثة: يكون من الأجنبي.

[٣] فان كان الاتلاف من ذي الخيار فقد حكم المصنف **ﷺ** بكونه مسقطا لخياره، وهو كذلك في خيار الحيوان وفي خيار الشرط لو قصد به الاجازة والامضاء، والا فالأظهر بقاءه، وقد مر وجهه.

[٤] وان كان الاتلاف ممن عليه الخيار، فان اجاز من له الخيار العقد ولم يفسخه

غرم المتلف للمشتري ما اتلفه ولو فسخ ياخذ الثمن، ولا يخفى وجهه،
ولو كان الاتلاف من الأجنبي لا تنفسخ المعاملة ولا يسقط الخيار، فلو امضاها
لا كلام، وان فسخ رجع المشتري الى البائع فياخذ ثمنه، وبالنسبة الى البائع وجوه:
احدها: انه يرجع بالقيمة الى المتلف.

ثانيها: انه يرجع الى صاحبه.

ثالثها: انه يتخير بينهما.

استدل للأول بوجهين:

الأول: ان البذل في ذمة المتلف قائم مقام العين، فيسترده بالفسخ بعد عدم امكان
استرداد العين.

وفيه: ان ما في ذمة المتلف قبل الفسخ انما هو الحصة الخاصة من الكلي المستقومة
بطرفيها من ذمة المتلف للمالكه حين التلف، فان اشتغلت ذمته لغيره فهو غير ما كان.

الثاني: ما حاصله: ان العين التالفة ملك للمالك السابق بعد الفسخ، وهي في عهدة
المتلف، فتكون كما لو كانت موجودة عنده، فلا بد من الرجوع اليه.

واورد عليه: بان الفسخ وان اوجب اعتبار كون العين ملكا للناقل الا انها موصوفة
باشغال ذمة متلفها ببذلها، وتلفها بهذا الوصف يكون على المالك المنقولة اليه لا على
المتلف، فيتعين ان يكون الضامن للفاسخ هو المفسوخ عليه.

والمصنف رحمته الله قد ذكر في وجه الثاني ما يكون دليلا له، ومع ذلك هو ايراد على
الوجهين اللذين ذكرهما للوجه الأول، وسيأتي عند شرح كلماته بيان ذلك، وستعرف ان
مراده الا يراوان المتقدمان فانتظر.

والأظهر هو التخيير، فان العين بالتلف تثبت في عهدة المتلف، ومقتضى الفسخ
رجوع العين الى الفاسخ، وحيث انها في عهدة الأجنبي فيرجع اليه، ولكن لا يتعين ذلك،
بل له ان يرجع الى المفسوخ عليه، لأن المال كان في عهده قبل وضع الأجنبي يده عليه.

وان كان باتلاف اجنبي [١] تخيّر ايضاً بين الامضاء والفسخ، وهل يرجع حينئذٍ بالقيمة الى المتلف، او الى صاحبه، او يتخيّر وجوه، من انّ البدل القائم مقام العين في ذمّة المتلف، فيسترده بالفسخ ولأنّ الفسخ موجب لرجوع العين قبل تلفها في ملك الفاسخ، او لاعتبارها عند الفسخ ملكاً تالفاً للفاسخ بناء على الوجهين في اعتبار يوم التّلف او يوم الفسخ، وعلى التّقديرين فهي في ضمان المتلف، كما لو كانت العين في يد الاجنبي، ومن أنّه اذا دخل الثمن في ملك من تلف المثلث في ملكه خرج عن ملكه بدل المثلث وصار في ذمّته، لأنّ ضمان المتلف محله الذمّة لا الامور الخارجية، وما في ذمّة المتلف إنّما تشخص مالا للمالك وكونه بدلاً عن العين أمّا هو بالنسبة الى التّلف من حيث وجوب دفعه الى المالك [٢] كالعين لو وجدت، لأنّه بدل خارج يترتب عليه جميع احكام العين حتّى بالنسبة الى غير التّلف. فهذا البدل نظير بدل العين لو باعها المشتري، ففسخ البائع، فإنّه لا يتعيّن للدفع الى الفاسخ. وأمّا الفسخ فهو موجب لرجوع العين قبل تلفها، [٣] مضمونة، لمالكها على متلفها بالقيمة في ملك الفاسخ، فيكون تلفها بهذا الوصف مضموناً على المالك لا المتلف، ومن كون يد المفسوخ عليه يد ضمان بالعوض قبل الفسخ وبالقيمة بعده، واتلاف الاجنبي ايضاً سبب للضمان، فيتخيّر في الرجوع. وهذا اضعف الوجوه. [٤]

[١] قوله وان كان باتلاف اجنبي

عبارته في ذيل هذا العنوان لا تنطبق على ما هو ما لو كان الخيار للمشتري واتلف المبيع اجنبي اذ الفاسخ هو المشتري والمفسوخ عليه وهو البائع والتالف هو المبيع وللمشتري الرجوع الى البائع بالثمن فقط كما تقدم
نعم - يتم ما افاده من الوجوه - مع تبديل الفاسخ بالمفسوخ عليه في الموردين والمفسوخ عليه بالفاسخ في مورد واحد فلا حظ وتدبر.

[٢] قوله وكونه بدلاً أمّا هو بالنسبة الى التّلف من حيث وجوب دفعه

هذا اشارة الى ما ذكرناه من الجواب عن الوجه الاول للرجوع الى المتلف.

[٣] قوله وأما الفسخ فهو موجب لرجوع العين قبل تلفها

هذا اشارة الى ما ذكرناه من الجواب عن الوجه الثاني له.

[٤] قوله وهذا اضعف الوجوه قد عرفت انه الاقوى.

مسألة ومن احكام الخيار ما ذكره في التذكرة، فقال لا يجب على البائع تسليم المبيع ولا على المشتري تسليم الثمن، في زمان الخيار، ولو تبرّع احدهما بالتسليم، لم يبطل خياره ولا يجبر الآخر على تسليم ما عنده وله استرداد المدفوع قضية للخيار. [١]

وقال بعض الشافعية ليس له استرداده وله اخذ ما عند صاحبه بدون رضا كما لو كان التسليم بعد لزوم البيع، انتهى. ويظهر منه أنّ الخلاف بين المسلمين أنّما هو بعد اختيار احدهما التسليم. واما التسليم ابتداء فلا يجب من ذي الخيار اجماعاً، [٢] ثمّ أنّه ان اريد عدم وجوب التسليم على ذي الخيار من جهة أنّ له الفسخ، فلا يتعيّن عليه التسليم، فرجعه الى وجوب احد الامرين عليه. والظاهر أنّه غير مراد وان اريد عدم تسلط المالك على ما انتقل اليه اذا كان للتأقل خيار، فلذا يجوز منعه عن ماله، ففيه نظر من جهة عدم الدليل المخصّص لعموم سلطنة الناس على اموالهم. [٣] وبالجمله فلم اجد لهذا الحكم وجهاً معتمداً، ولم اجد من عنوانه وتعرّض لوجهه.

حكم تسليم العوضين في زمان الخيار

[١] المشهور بين الاصحاب انه لا يجب على البائع تسليم المبيع، ولا على المشتري تسليم الثمن في زمان الخيار حتى لو سلم احدهما لا يجبر الاخر على تسليم ما عنده، وله استرداد المدفوع وعن غير واحد دعوى الاجماع عليه، [٢] والمصنف بعد استظهاره نقل الاجماع على هذا الحكم استشكل فيه: بانه، ان كان المراد عدم تعين التسليم بل هو مخير بينه وبين الفسخ، فتبين، الا انه غير مراد،

وان اريد انه مع بقاء العقد لا يجب التسليم،

[٣] فغير تام اذ لا مخصص، لعموم سلطنة الناس على اموالهم، الدال على وجوبه واورد عليه المحقق النائيني رحمته الله بان العقد لو كان خياريا فهو بجميع مديله المطابقة

مسألة قال في القواعد لا يبطل الخيار بتلف العين، [١] وهذا الكلام ليس على إطلاقه كما اعترف به في جامع المقاصد، فإن من جملة افراد الخيار خيار التأخير بل مطلق الخيار قبل القبض، او الخيار المختص بعده. [٢] ومن المعلوم ان تلف العين حينئذٍ موجب لانفساخ العقد، فلا يبقى خيار، فيكون المراد التلّف مع بقاء العقد على حاله لا يوجب سقوط الخيار. وبعبارة اخرى تلف العين في ملك من في يده لا يسقط به خياره ولا خيار صاحبه، وهو كذلك لأنّ الخيار، كما عرفت عبارة عن ملك فسخ العقد. ومعلوم انّ العقد بعد التلّف قابل للفسخ، ولذا يشرع الاقالة حينئذٍ اتفاقاً، فلا مزيل لهذا الملك بعد التلّف ولا مقيد له بصورة البقاء.

والالتزامية تحت يد ذى الخيار فلا يجب عليه التسليم كما لا يجب عليه الوفاء باصل العقد

وفيه: اولاً انه، لو تم لاختص، بالخيار المفعول للمتبايعين، واما في الخيار المفعول الشرعى، فلا يجرى فانه ليس هناك التزام بكون العقد بجميع مبالغه تحت يد ذى الخيار، وغاية مدلول دليله كون رفع العقد وبقائه بيده، ولكن على فرض البقاء، هل يجب التسليم ام لا فلا بد من الرجوع الى ما يقتضيه القاعدة، وهو الوجوب

وثانياً: انه لا يتم في الخيار المفعول للمتبايعين ايضاً: فان وجوب التسليم اثر الملك، لا اللزوم، ومن يجعل الخيار لنفسه يجعل العقد متزلزلاً، ولا نظر له الى شيء آخر، كى يكون من قبيل شرط عدم تعين التسليم،

فالظاهر وجوبه على تقدير بقاء العقد.

بقاء الخيار مع تلف العين

[١] قوله قال في القواعد لا يبطل الخيار بتلف العين

تنقيح الكلام بالبحث في موارد.

الاول ان مرادهم بما ذكروه: ان التلف لا يكون ملزماً للعقد وهذا على إطلاقه صحيح،

[٢] ولا يرد عليهم النقض بالخيار قبل القبض وفي الخيار المختص بعده بدعوى

اللهم إلا أن يعلم من الخارج أن شرع الخيار لدفع ضرر الصبر على نفس العين، فينتفي هذا الضرر بتلف العين. كما في العيب، فإن تخييره بين الرد والارش لأن الصبر على العيب ضرر ولو مع اخذ الارش، فتداركه الشارع بملك الفسخ والرد، فإذا تلف انتفى حكمة الخيار، او يقال أنه اذا كان دليل الخيار معنوياً بجواز الرد لا بالخيار اختص ثبوت الخيار بصورة تحقق الرد المتوقف على بقاء العين. هذا مع قيام الدليل على سقوط الخيار بتلف المعيب والمدلس فيه فلا يرد عدم أطراد تلك الحكمة. نعم هنا موارد تأملوا في ثبوت الخيار مع التلف، [١] او يظهر منهم عدم، كما تردّد العلامة رحمته في باب المراجعة فيما لو ظهر كذب البائع مراجعة في اخباره برأس المال، بعد تلف المتاع، بل عن المبسوط وبعض آخر الجزم بالعدم، نظراً الى أن الرد إنما يتحقق مع بقاء العين. وفيه اشارة الى ما ذكرنا، من أن الثابت هو جواز الرد، فيختص الفسخ بصورة تحقّقه لكن قوي في المسالك وجامع المقاصد ثبوت الخيار لوجود المقتضى وعدم المانع، وكما تردّد المحقّق الثاني في سقوط خيار الغبن، بتلف المغبون فيه.

ان التلف يوجب انفساخ العقد وبتبعه يرتفع موضوع الخيار كما لا يرد النقض بخيار التأخير. فالكلام بما له من المراد على اطلاقه

[١] الثاني: انه لو شك في ان الخيار، هل يرتفع بالتلف، ام يكون باقيا ولم يدل الدليل على احد الطرفين، فهل الاصل بقاءه، ام لا، ربما يقال بان مقتضى الاستصحاب بقاءه

ولكن الظاهر عدم جريان هذا الاصل وذلك لوجوه،

احدها عدم جريان الاستصحاب في الاحكام،

ثانيها: ان بقاء الموضوع مشكوك فيه فان الموضوع يمكن ان يكون هو العقد، وهو باق ويمكن ان يكون هو العين وهى تالفة ومع الشك لايجرى الاستصحاب،

نعم لو احرز انه متعلق بالعقد وشك في بقاءه من جهة اخرى يجرى الاستصحاب من هذه الجهة ولا محذور فيه من هذه الناحية

وظاهر تعليل العلامة في التذكرة عدم الخيار، مع نقل المغبون العين عن ملكه بعدم امكان الاستدراك حينئذٍ هو عدم الخيار مع التلف، والاقوى بقاءه، لأنَّ العمدة فيه نفي الضرر الذي لا يفرق فيه بين بقاء العين وعدمه، [١] مضافاً الى اطلاق قوله عليه السلام وهم بالخيار اذا دخلوا السوق، مع أنه لو استند الى الاجماع امكن التمسك بالاستصحاب، الا أن يدعي انعقاده على التسلُّط على الرد، فيختص بصورة البقاء والحق في جامع المقاصد بخيار الغبن في التردّد خيار الرؤية، ومن مواضع التردّد ما اذا جعل المتعاقدان الخيار على وجه ارادتهما التسلُّط على مجرد الرد، المتوقّف على بقاء العين، فإنّ الفسخ وان لم يتوقّف على بقاء العين، الاّ أنّه اذا فرض الغرض من الخيار الرد او الاسترداد، فلا يبعد اختصاصه بصورة البقاء والتّمكّن من الرد، والاسترداد. [٢] وان كان حكمة في خيارى المجلس والحيوان، الاّ أنّ الحكم اعتمّ مورداً من الحكمة اذا كان الدليل يقتضى العموم

ثالثها: ان المورد مورد للتمسك بعموم اوفوا بالعقود، لا باستصحاب حكم الخاص.
[١] الثالث: ان الخيار الثابت بحديث لا ضرر لو قلنا به، هل يكون باقيا بعد التلف، ام لا ربما يقال بالثاني نظراً الى ان قاعدة نفي الضرر، انما تنفي اللزوم وتثبت الجواز، والمتيقن من الجواز الثابت بها حق رد العين، فاذا امتنع ردها لا دليل على جواز فسخ العقد وفيه: ان حديث نفي الضرر ينفي اللزوم، فيثبت بديله وبديل لزوم العقد جوازه وتراد العوضين غير مربوط بحديث نفي الضرر - فالحق هو الاول:
[٢] الرابع اذا كان الخيار ثابتاً بعنوان الرد والاسترداد، فهل يرتفع بالتلف ربما يقال بذلك لعدم امكان الرد معه

ولكن يرد عليه انه يمكن ان يكون المراد هو الرد والاسترداد فى الملك لا خارجا وهذا لا يتوقف على بقاء العين بل الظاهر منه ذلك.

الخامس: الخيار الذي، يجعله المتعاقدان، ان علم مقصودهما، فلا كلام، وان قصد الخيار بماله من المعنى كان باقيا بعد التلف

بخلاف ما اذا كان اطلاق جعل المتعاقدين مقيداً على وجه التصريح به في الكلام، او استظهاره منه بعدم تعلّق الغرض. إلا بالردّ او الاسترداد. ومن هنا يمكن القول بعدم بقاء الخيار المشروط برّد الثمن في البيع الخياري اذا تلف المبيع عند المشتري، لأنّ الثابت من اشتراطهما هو التمكن من استرداد المبيع بالفسخ عند ردّ الثمن لا التسلط على مطلق الفسخ المشروع مطلقاً، ولو عند التلّف لكن لم اجد من التزم بذلك أو تعرّض له. ومن هنا يمكن ان يقال في هذا المقام وان كان مخالفاً للمشهور، بعدم ثبوت الخيار عند التلّف، إلا في موضع دلّ عليه الدليل، اذ لم يدلّ أدلّة الخيار من الاخبار والاجماع إلا على التسلط على الردّ او الاسترداد، وليس فيها التعرّض للفسخ المتحقّق مع التلّف ايضاً، واردة ملك الفسخ من الخيار غير متعيّنة في كلمات الشارح، لما عرفت في أوّل باب الخيارات من أنّه استعمال غالب في كلمات بعض المتأخّرين. [١]

نعم لو دلّ الدليل الشرعي على ثبوت خيار الفسخ المطلق، الشامل لصورة التلّف، او جعل المتبايعان بينهما خيار الفسخ بهذا المعنى، ثبت مع التلّف ايضاً، والله العالم.

السادس: ان الخيارات التي اخذ في لسان دليلها عنوان الخيار كقوله عنه البيعان بالخيار ما لم يفترقا^(١) هل تكون باقية بعد التلف، ام لا
ظاهر المصنف رحمته

[١] الثاني من جهة ان ارادة ملك فسخ العقد من لفظ الخيار انما تكون من المستحدثات وليس في الروايات من ذلك اثر فالمتيقن من النصوص جواز الرد والاسترداد وهو انما يكون مع بقاء العين

وفيه: ان الخيار انما يكون مقابل اللزوم كما يشهد له مضافا الى انه المتفاهم منه عرفا ما تضمن من النصوص ثبوت الخيار، الى ان يصير العقد لازماً - وبالجمله - كون المراد من الخيار ملك فسخ العقد واضح وعليه فيكون باقيا بعد التلف لبقاء العقد، واحتمال كون الحق مأخوذاً على وجه مخصوص وهو حق حل العقد المتعلق بالعوضين بشخصيهما يدفعه الاطلاق.

مسألة لو فسخ ذو الخيار، فالعين في يده مضمونة [١] بلا خلاف على الظاهر، لأنها كانت مضمونة قبل الفسخ، إذ لم يسلمها ناقلها إلا في مقابل العوض، والاصل يقاؤه [٢] إذ لم يتجدد ما يدل على رضا مالكة بكونه في يد الفاسخ امانة، إذ الفسخ إنما هو من قبله، والغرض من التمسك بضمانيها قبل الفسخ بيان عدم ما يقتضي كونها امانة مالكية او شرعية، ليكون غير مضمونة برضا المالك، او يجعل الشارع واذن الشارع في الفسخ لا يستلزم رفع الضمان عن اليد كما في القبض بالسوم، ومرجع ذلك الى عموم على اليد ما اخذت، [٣] او الى أنها قبضت مضمونة، فإذا بطل ضمانه بالثمن المسمى تعين ضمانه بالعوض الواقعي، اعني المثل او القيمة، كما في البيع الفاسد، هذا، ولكن المسألة لا تخلو عن اشكال. وأما العين في يد المفسوخ عليه، ففي ضمانها او كونها امانة اشكال مما في التذكرة من أنه قبضها قبض ضمان، فلا يزول إلا بالرد الى مالكةا، ومن ان الفسخ لما كان من قبل الآخر فتركة العين في يد صاحبه مشعر بالرضا به المقتضى للاستئمان، وضعفه في جامع المقاصد، بأن مجرد هذا لا يسقط الأمر الثابت والله العالم، هذا بعض الكلام في الخيارات وأحكامها والباقي محوّل إلى الناظر الخبير بكلمات الفقهاء والحمد لله وصلى الله على محمد وآله.

كون العين مضمونة بعد الفسخ

[١] قوله لو فسخ ذو الخيار فالعين في يده مضمونة

قد استدلل للضمان بوجهين

[٢] الاول: انها كانت مضمونة قبل الفسخ والاصل بقاءه

وفيه: ان المعلوم سابقا هو الضمان المعاوضي وما يراد اثباته هو ضمان الغرامة فلا يجري الاصل واستصحاب الجامع بينها من قبيل الاستصحاب في القسم الثالث من اقسام الكلى ولا يجري

[٣] الثاني: عموم على اليد، فانه يقتضي ضمان كل ما هو تحت يد غير مالكة خرج

عنه اليد الامانية، وفي المقام ليست يد الفاسخ امانية

وفيه: ان ذلك يتم في المقدار الزايد عما يقتضيه ضرورة الايصال - واما في ذلك المقدار، فهو مأذون من الشارع في امساكه بل ومن قبل مالكة للقطع برضاه بحفظه وامساكه فيده امانية فالأظهر عدم الضمان، وبما ذكرنا يظهر الحال فيما بيد المفسوخ عليه.

القول في النّقد والنّسيئة.

قال في التذكرة ينقسم البيع باعتبار التأخير والتّقديم في احد العوضين إلى أربعة أقسام: بيع الحاضر بالحاضر وهو التّقد. وبيع المؤجلّ بالمؤجلّ وهو بيع الكالي بالكالي. وبيع الحاضر بالثمن المؤجلّ وهي النّسيئة. وبيع المؤجلّ بالحاضر وهو السّلم والمراد بالحاضر اعمّ من الكليّ وبالمؤجلّ خصوص الكليّ. [١]

النقد والنسيئة

طفحت كلماتهم بما افاده العلامة في التذكرة من انقسام البيع باعتبار التأخير والتقديم الى اربعة اقسام، ومنها بيع الحاضر بالثمن المؤجل وهو النسيئة، وفي المتن

[١] والمراد بالحاضر اعم من الكلي وبالمؤجل خصوص الكلي

ولكن الظاهر ان المؤجل ليس عبارة عن تعليق التمليك على مضي الاجل، اذ لاتعليق في البيع اجماعا، ولا عن تعليق المملوك والتمن عليه: اذ الاعيان لاتتقدر بالزمان، بل المراد شرط تاخير الأداء الى رأس المدة المعلومة.

فما عن المحقق الخراساني رحمته الله من انه من قبيل الثاني، ضعيف.

وعلى ما ذكرناه لا اختصاص للمؤجل بالكلي، بل يتصور ذلك في العين الشخصية، فيشترط ان تكون العين الى مدة كذا في يد المشتري امانة او عارية.

وبه يظهر ما في كلام المصنف رحمته الله

اطلاق العقد يقتضي النقد

مسألة اطلاق العقد يقتضى النقد، [١] وعَلَّله في التذكرة بأن قضية العقد انتقال كل من العوضين الى الآخر، فيجب الخروج عن العهدة متى طوّل صاحبها [٢] فيكون المراد من النقد عدم حقّ للمشتري في تأخير الثمن، والمراد المطالبة مع الاستحقاق، بأن يكون قد بذل الثمن او مكن منه على الخلاف الآتي في زمان وجوب تسليم الثمن على المشتري، ويدلّ على الحكم المذكور ايضاً الموثّق في رجل اشترى من رجل جارية بثمن مسمّى. ثم افترقا، قال: وجب البيع والثمن، اذا لم يكونا شرطاً فهو نقد.

فلو اشترطتا تعجيل الثمن، كان تأكيد المقتضى الاطلاق [٣] على المشهور، بناء على ما هو الظاهر عرفاً من هذا الشرط من ارادة عدم الماطلة والتأخير، عن زمان المطالبة لا ان يجعل بدفعه من دون مطالبة اذ لا يكون تأكيداً حينئذ لكنّه خلاف متفاهم ذلك الشرط الذي هو محطّ نظر المشهور، مع ان مرجع عدم المطالبة في زمان استحقاقها الى القاء هذا الحقّ المشتراط في هذا المقدار من الزمان.

وكيف كان فاستقصاء القول في هذه المسألة ببيان امور

- [١] الاول ما افاده المصنف من ان اطلاق العقد يقتضى النقد واضح لا ريب فيه
- [٢] وعلى ضوء ما ذكرناه في معنى التاجيل، اتضح أن ما افاده الله في بيان المراد من النقد متين: فان لزوم الأداء بعد العقد، انما يكون بمقتضى ما دل على تسلط الناس على اموالهم،^(١) فع عدم اشتراط التاجيل ومطالبة المالك يجب رده اليه.
- ويمكن ان يقال: ان لزوم التسليم مما يقتضيه الشرط الضمني ايضاً.
- ويشهد بالحكم - مضافاً الى ذلك - موثق عمار بن موسى عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل اشترى من رجل جارية بثمن مسمى ثم افترقا فقال عليه السلام: وجب البيع والثمن اذا لم يكونا اشترطاً فهو نقد.^(٢)

[٣] قوله فلو اشترطتا تعجيل الثمن كان تأكيد المقتضى الاطلاق.

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٣ الطبع الحديث ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم.

(٢) الوسائل - باب ١ - من ابواب احكام العقود حديث ٢.

وكيف كان، فذكر الشهيد عليه السلام في الدّروس أنّ فائدة الشرط ثبوت الخيار اذا عيّن زمان التّقد، فاخلّ المشتري [١] به وقوّى الشّهاد الثاني ثبوت الخيار مع الاطلاق ايضاً. يعنى عدم تعيين الزّمان اذا اخلّ به في أوّل وقته [٢]

ولكن اشتراط التعجيل يتصور على وجوه:

احدها: ان يشترط ثبوت حق التعجيل بنحو النتيجة ومثل هذا الشرط لا يكون نافذاً، لأنّه لم يثبت كونه من قبيل الحق الاعتباري، ومع ذلك فهو ليس مؤكداً لمقتضى العقد لعين هذا الوجه.

ثانيها: ان يشترط التعجيل والاسراع حتى مع عدم المطالبة، وهذا يكون تأكيداً لما يقتضيه العقد بمدلوله الالتزامي، وبما في ضمنه من شرط الأداء، فان مقتضاه الأداء حتى مع عدم المطالبة خارجاً.

فما في المتن من انه لا يكون تأكيداً على هذا غير تام.

ثالثها: ان يشترط التعجيل مع المطالبة، وهو ايضاً تأكيد لمقتضى العقد.

رابعها: ان يشترط عدم حق للمشتري في التأخير.

وقد يقال: انه صحيح ومؤكّد لمقتضى العقد، فانه لو شرط التأجيل كان مقتضاه حق التأخير، ومقتضى عدمه الذي هو معنى الاطلاق عدم حق له في التأخير، فهذا الشرط مؤكّد لمقتضى العقد.

وفيه: ان المشتري لا حق له في التأخير لعدم العلة، فلا معنى لاشتراطه.

وكيف كان: فما هو المتعارف من شرط التعجيل مؤكّد لمقتضى العقد،

فما عن الجواهر من انكاره في غير محله.

[١] والشّهاد عليه السلام قال في الدّروس ان فائدة الشرط ثبوت الخيار اذا عيّن زمان

التقد فاخل المشتري به

وظاهر ذلك في بادي النظر اختصاص الخيار بما اذا عين زمان النقد فاخل المشتري به.

[٢] وعن الشّهاد الثاني: ثبوت الخيار عند التخلف، وان اطلق التعجيل ولم يقيد

وهو حسن، [١] ولا يقدر في الاطلاق عدم تعيين زمان التّعجيل، لأنّ التّعجيل المطلق معناه الدّفع في أوّل اوقات الامكان عرفاً، ولا حاجة الى تقييد الخيار هنا بصورة عدم امكان الاجبار على التّعجيل. [٢] لأنّ المقصود هنا ثبوت الخيار بعد فوات التّعجيل، امكن اجباره به ام لم يمكن وجب او لم يجب. فإنّ مسألة انّ ثمره الشرط ثبوت الخيار مطلقاً او بعد تعذر اجباره على الوفاء. مسألة اخرى مضافاً الى عدم جريانها في مثل هذا الشرط.

بزمان معين،

[١] واستحسنه المصنف رحمته الله، لان التعجيل المطلق معناه الدفع في اول اوقات الامكان عرفاً.

ما افاده العلمان متين،

ولكن الظاهر ان الشهيد لم يرد من كلامه هذا اختصاص الخيار بما اذا عيّن زمان النقد،

بل مراده انه في صورة الاطلاق بعد مضي اول اوقات الامكان العرفي يثبت الخيار بخلاف ما اذا عيّن زمان النقد، فانه بمضي هذا المقدار لا يثبت الخيار، بل يتوقف على مضي ذلك الزمان، مثلاً لو وقع البيع في اول الصبح واشترط التعجيل بلا تعيين زمان لو اخر الأداء ساعة مثلاً يثبت الخيار، واما لو اشترط التعجيل الى الغروب فقبل الغروب لا خيار له، وانما يثبت الخيار لو اخر الأداء عن الغروب. ففائدة هذا الشرط التضيق في زمان الخيار.

[٢] قوله ولا حاجة الى تقييد الخيار هنا بصورة عدم امكان الاجبار على التعجيل هذا ايراد على صاحب الجواهر رحمته الله حيث انه اورد على الفقهاء بانهم حكموا بالخيار من دون تقييد بعدم امكان الاجبار، مع انه لا بد من ذلك.

ومحصل ما اورده المصنف رحمته الله عليه امران:

الأول: ان الخيار معلق على فوات التعجيل، لانفسه، فالموضوع غير قابل للاجبار، وبعبارة اخرى: ان الخيار لم يعلّق على التعجيل الذي يمكن فيه الاجبار، بل علق على فواته غير الممكن فيه ذلك، والظاهر ان هذا مراده لا ما افاده السيد المحشى رحمته الله

اذ قبل زمان انقضاء زمان نقد الثمن لا يجوز الاجبار وبعده لا ينفع لأنه غير الزمان المشروط فيه الاداء [١]

مسألة يجوز اشتراط تأجيل الثمن مدة معينة [٢] غير محتملة مفهوماً ولا مصداقاً للزيادة والنقصان الغير المسامح فيها، فلو لم يعين كذلك بطل بلا خلاف ظاهراً للفر، [٣] ولما دلّ في السلم الذي هو عكس المسألة على وجوب تعيين الاجل وعدم جواز السلم الى دياس او حصاد، [٤] ولا فرق في الأجل المعين بين الطويل والقصير.

من ان الكلام في اصل ثبوت الخيار لا في بيان جميع ما يعتبر فيه حتى يجب التعرض لهذه الجهة ايضاً.

[١] الثاني: ان الاجبار قبل اول ازمة الامكان عرفاً، حيث لا حق للبائع لايجوز، وبعد مضيه لامعنى للاجبار، فانه ليس اجباراً على التعجيل المشتراط لفوات موضوعه، واول ازمة الامكان هو زمان الأداء، وهو غير قابل للاجبار.

ولكن يرد على الوجه الثاني: اولاً: النقص بالاجبار على الواجبات، فان لازم هذا البيان عدم امكانه، اما في الواجبات المضيقّة فلأنه قبل انقضاء زمانه لايجوز الاجبار، وبعده لا مورد له، واما في الموسعة فلأنه قبل ان يصير وقته مضيقاً لايجوز الاجبار، وبعده حكمها حكم المضيقّة.

وثانياً: بالحل، وهو انه يجوز الاجبار في اول وقت الأداء، ولو قلنا بعدم توسعة وقته وفي آخر الوقت لو قلنا بتوسعته.

اشتراط تأجيل الثمن

الثاني: بعد ما لا كلام في جواز اشتراط تأجيل الثمن في الجملة فاعلم: انه

[٢] يجوز اشتراط تأجيل الثمن مدة معينة غير محتملة للزيادة والنقصان بلا كلام

[٣] كما لا كلام في انه يبيطل لو لم يعين ذلك، بلا خلاف، للفر

[٤] واما الاستدلال له بما دل في السلم على وجوب تعيين الأجل وعدم جواز السلم الى دياس او حصاد،^(١)

فغير صحيح، اذ بعد عدم العلم بالمناط يكون ذلك من قبيل القياس

وعن الاسكافي المنع من التأخير إلى ثلاث سنين. [١] وقد يستشهد له بالتهمي عنه في بعض الأخبار مثل رواية أحمد بن محمد، قلت لأبي الحسن إنني أريد الخروج إلى بعض الجبال. إلى أن قال: إنا إذا بعناهم نسيئة كان أكثر للربح، فقال فبهم بتأخير سنة قلت: بتأخير سنتين قال: نعم، قلت: بتأخير ثلاث سنين قال: لا. والمحكي عن قرب الاسناد عن البرنظي، أنه قال لأبي الحسن الرضا عليه السلام إن هذا الجبل قد فتح منه على الناس باب رزق، فقال عليه السلام إذا أردت الخروج فاخرج فإنها سنة مضطربة، وليس للناس بد من معاشهم فلا تدع الطلب، فقلت: أنهم قوم ملأ ونحن نحتمل التأخير، فنبايعهم بتأخير سنة، قال: بهم، قلت: سنتين، قال: بهم، قلت: ثلاث سنين، قال: لا يكون لك شيء أكثر من ثلاث سنين.

وظاهر الخبرين الارشاد لا التحريم فضلاً عن الفساد، [٢] وهل يجوز الافراط في التأخير [٣] إذا لم يصل إلى حد يكون البيع معه سفهاً والشراء أكلاً للمال بالباطل، فيه وجهان. قال في الدرر لو تمادى الاجل إلى ما لا يبيح إليه المتبايعان غالباً كألف سنة. ففي الصحة نظر من حيث خروج الثمن عن الانتفاع به، ومن الاجل المضبوط وحلوله بموت المشتري؛ وهو اقرب وما قرّبه هو الاقرب، لأن ما في الذمة، ولو كان مؤجلاً بما ذكر مال يصح الانتفاع به في حياته بالمعاوضة عليه بغير البيع بل وبالبيع، كما اختاره في التذكرة.

[١] وعن الاسكافي المنع من التأخير إلى ثلاث سنين، واستدل له بخبر احمد بن محمد^(١) وخبر البرنظي^(٢) المذكورين في المتن

[٢] والجواب عنه ما افاده المصنف من ظهورهما في الارشاد لا التحريم فضلاً عن

البطلان

[٣] وهل يجوز الافراط في التأخير إذا لم يصل إلى حد يكون البيع معه سفهاً؟ فيه وجهان.

الظاهر ان التأجيل بمقدار لا يعد الثمن المؤجل مالاً عند العقلاء لا اشكال في فساده

نعم يبقى الكلام في أنّه اذا فرض حلول الاجل شرعاً بموت المشتري، كان اشتراط ما زاد على ما يحتمل بقاء المشتري اليه لغواً، بل مخالفاً للمشروع، حيث أنّ الشارع اسقط الاجل بالموت، [١] والاشتراط المذكور تصرّح ببقائه بعده، فيكون فاسداً بل ربّما كان مفسداً وإن أراد المقدار المحتمل للبقاء كان اشتراط مدّة مجهولة، فافهم.

فانه من قبيل البيع بلا ثمن

[١] ولا يصح: ان يقال ان الدين حيث يصير معجلاً بالموت، فاي زمان جعل اجلاً ولو كان في نفسه لا يعتبره العقلاء مالاً الا انه بعد هذا الحكم من الشارع تكون له المالية، وبهذا التقيّد يكون مالا،

فان هذا الحكم مترتب على الدين المؤجل، فلا بد من ملاحظة الدين قبل هذا الحكم، والمفروض انه لا دين قبله لعدم المالية له،

وفي مقابل هذا القسم ما لو جعل المدة قصيرة جداً،

انما الكلام فيما لو اجّل الثمن الى ما لا يطمئن ببقاء المتعاقدين الى ذلك الحين، بل يطمئن بعدم البقاء كإثنية سنة مثلاً، وفي هذا المورد لا اشكال في ذلك من حيث انه مال، والا شكال انما هو من جهات اخرى:

احداها: لزوم اللغوية، فانه اذا فرض حلول الأجل شرعاً بموت المشتري كان اشتراط ما زاد على ما يحتمل بقاء المشتري اليه لغواً.
وفيه: ان مجرد اللغوية لا يوجب البطلان.

ثانيها: لزوم الغرر من ذلك بعد ملاحظة حكم الشارع بحلول الأجل، فانه حينئذ لا يدري مدّة تأجيل الثمن.

وفيه: ان الموضوع لما نهى عنه ^(١) هو الغرر العرفي، مع قطع النظر عن الحكم الشرعي، وفي المقام مع قطع النظر عن الحكم الشرعي لا غرر هناك.
ثالثها: ان هذا الشرط مخالف للكتاب اذ الشارع اسقط الأجل بالموت، والاشتراط المذكور تصرّح ببقائه بعده، فيكون فاسداً.

وفيه: ان الشرط في نفسه ليس مخالفاً للشرع، اذ الشارع حكم تعبداً بحلول

ثمَّ انَّ المعتر في تعيين المدّة هل هو تعيينها في نفسها وان لم يعرفها المتعاقدان فيجوز التّأجيل الى انتقال الشّمس الى بعض البروج كالتيروز، والمهرجان، ونحوهما، ام لا بدّ من معرفة المتعاقدين بهما حين العقد، وجهان [١] اقواهما الثاني، تبعاً للدّروس وجامع المقاصد لقاعدة نفي الغرر، [٢] وربّما احتمل الاكتفاء في ذلك بكون هذه الآجال مضبوطة في نفسها كاوزان البلدان مع عدم معرفة المصداق حيث أنّه له شراء وزنة مثلاً بعيار بلد مخصوص، وان لم يعرف مقدارها وربّما استظهر ذلك من التّدكرة.

ولا يخفى ضعف منشأ هذا الاحتمال، اذ المضبوطة في نفسه غير مجد في مقام يشترط فيه المعرفة، اذ المراد بالاجل الغير القابل للزيادة والثّقيصة ما لا يكون قابلاً لهما حتّى في نظر المتعاقدين لا في الواقع. ولذا اجمعوا على عدم جواز التاجيل الى موت فلان، مع أنّه مضبوط في نفسه وضبطه عند غير المتعاقدين لا يجدي ايضاً، وما ذكر من قياسه على جواز الشراء بعيار بلد مخصوص

الأجل بالموت بعد صحة هذا الدين، والشرط ليس هو عدم حلول الأجل كي يخالف الكتاب، بل هو تاجيل الثمن الى مدة معينة، وحكم الشارع بالحلول انما هو في مرتبة متأخرة عن هذا الشرط، فانه لو صح الشرط وتحقق الدين ترتب عليه هذا الحكم، فلا يعقل ان يكون منافيا له، ولولا ذلك لما بقي لهذا الحكم موضوع، اذ الدين المؤجل لا بد وان يكون شرط تاجيله في ضمن عقد من العقود، والمفروض بطلان شرط التاجيل الى مدة بعد الموت.

[١] وهل المعتر في تعيين المدة تعيينها في نفسها وان لم يعرفها المتعاقدان، ام لا بد من معرفة المتعاقدين بها؟ وجهان.

[٢] بعد ما عرفت من ان وجه بطلان شرط التاجيل الى مدة مجهولة انما هو لزوم الغرر، وعرفت سابقا ان الغرر عبارة عما لا يؤمن خطره، تعرف ان المعيار هو المعلوماتية عند المتعاقدين، ولا تكفي المعلوماتية عند الناس لو كانت المدة مجهولة عندهما، فان المعلوماتية عند الناس كالمعلوماتية ^{عند} الله تعالى، فكما ان علمه تعالى بذلك لا يوجب رفع الغرر، كذلك علم الناس به.

لا نقول به بل المعين فيه البطلان مع الغرر عرفاً، كما تقدّم في شروط العوضين. وظاهر التذكرة اختيار الجواز حيث قال: بجواز التأقيت بالتبروز والمهرجان، لأنّه معلوم عند العامّة، وكذا جواز التأقيت ببعض اعياد اهل الذمّة اذا عرفه المسلمون، لكن قال: بعد ذلك وهل يعتبر معرفة المتعاقدين، قال بعض الشافعيّة: نعم. وقال بعضهم لا يعتبر، ويكتفي بمعرفة الناس سواء اعتبر معرفتها أولاً ولو عرفا كفى، انتهى.

ثمّ الاقوى اعتبار معرفة المتعاقدين والتفاتهما الى المعنى حين العقد، فلا يكفي معرفتها به عند الالتفات والحساب.

مسألة لو باع بضمن حالاً وبأزيد منه مؤجلاً، [١] ففي المبسوط والسرائر وعن اكثر المتأخرين أنّه لا يصح، وعلّله في المبسوط وغيره بالجهالة، كما لو باع امّا هذا العبد وامّا ذاك.

البيع بضمنين حالاً ومؤجلاً

[١] الثالث قال المصنف: لو باع بضمن حالاً وبأزيد منه مؤجلاً
كلمات الأصحاب في هذه المسألة مضطربة، فالاولى صرف عنان الكلام الى ما تقتضيه الأدلة،

وتنقيح القول بالبحث في مقامين:

الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثاني: في مقتضى النصوص الخاصة.

اما الأول: فصور البيع الموضوع في هذه المسألة ثلاث:

الاولى: ان يكون هناك بيع واحد بضمنين.

الثانية: ان يكون يبعان.

الثالثة: ان يكون بيع وشرط.

اما الاولى: فان كان المجهول في البيع ثمناً مردداً بين الثمنين واقعا كان ذلك باطلاً

لعدم المعقولة، اذ المردد لا وجود له في الخارج، من غير فرق في ذلك بين كون تملك كل منهما بنحو التردد فعلياً، ام كان احدهما فعلياً والاخر المؤجل معلقاً على مجيء وقته، وان كان المجمعول هو ما يختاره المشتري بعد ذلك الذي هو معين واقعا بطل البيع للغرر. وما عن المحقق الأردبيلي رحمته الله من عدم الغرر لأن الثمن معلوم على كل من التقديرين والاختيار الى المشتري،

غير تام، فانه لا غرر على المشتري، ولكنه غرر بالنسبة الى البائع لأنه لا يدري ما يختاره المشتري.

واما الصورة الثانية: وهي ان يكون هناك بيعان معلّان بان يقول ان كان الثمن نقداً فبعتك بدرهم وان كان مؤجلاً فبدرهمين، فمقتضى القاعدة هو البطلان فيها، اذ التعليق مبطل للبيع.

واما الصورة الثالثة: وهي ان يبيع بالأقل حالاً ويشترط زيادة مقدار الى الأجل المسمى فلا كلام في بطلان الشرط، فانه من الربا، انما الكلام في البيع، والأظهر صحته، ولا مانع من صحته سوى وقوع الشرط الفاسد في ضمنه، وهو لا يكون مفسداً كما تقدم، فالثمن هو الأقل اخراً لم يؤخر، ولكن ليس له التأخير لأن الرضا به مقيد بالشرط وقد فسد، فمقتضى ما دل على وجوب رد المال الى صاحبه لزوم التعجيل.

وما افاده المصنف رحمته الله بعد اسطر في تصحيح التأخير: بان الزيادة تكون في قبال اسقاط حق مطالبة البائع الى الأجل المعين لا في قبال التأخير كي لا يستحق المشتري التأخير اذا لم يستحق البائع الزيادة،

غير تام، فان حق المطالبة ليس من الحقوق القابلة للاسقاط، بل هو حكم بالسلطنة على المطالبة، مع ان المجمعول في قبال الزيادة اما يسقط هذا الحق او اسقاطه، ولازم الأول عدم السقوط مع عدم نفوذ الشرط،

ويدلّ عليه أيضاً ما رواه في الكافي أنّه عليه السلام قال من ساوم بثمانين أحدهما عاجلاً والآخر نظرةً فليسّم أحدهما قبل الصفقة.

ويؤيده ما ورد من النهي عن شرطين في بيع وعن بيعين في بيع بناء على تفسيرهما بذلك. وعن الاسكافي، كما عن الغنية أنّه روى عن النبي صلى الله عليه وآله أنّه قال لا يحلّ صفقتان في واحدة، قال وذلك بأن يقول إن كان بالتقد فبكذا، وإن كان بالنسيئة فبكذا، هذا إلا أن في رواية محمد بن قيس المعتبرة أنّه قال أمير المؤمنين عليه السلام من باع سلعة وقال ثمنها كذا وكذا يدأ بيد. وكذا نظرة فخذها بأيّ ثمن شئت وجعل صفقتها واحدة فليس له إلا أقلّها وإن كانت نظرة.

وفي رواية السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه أنّ عليّاً عليه السلام قضى في رجل باع يعباً واشترط شرطين بالتقد كذا، وبالنسيئة كذا، فاخذ المتاع على ذلك الشرط، فقال هو باقل الثنين وابعد الاجلين

ولازم الثاني عدم استحقاق المشتري اسقاط البائع حق المطالبة. فتحصل: ان مقتضى القاعدة عدم جواز التأخير في هذه الصورة، ولكن لو آخر لا يستحق ازيد من الأقل.

واما المقام الثاني: فنصوص الباب متعددة،

منها: ما ورد من النهي عن شرطين في بيع وعن بيعين في بيع^(١)، فانهما قد فسرا بذلك، ولكن ذلك مجمل لا يمكن الاستناد اليه في حكم وهو واضح. ومنها: النبي صلى الله عليه وآله قال: لا يحل صفقتان في واحدة.^(٢) قال السيد ابن زهرة بعد نقله: وذلك بان يقول ان كان بالتقد فبكذا، وان كان بالنسيئة فبكذا، وهو ضعيف السند للارسال.

ومنها: خبر^(٣) محمد بن قيس عن أمير المؤمنين عليه السلام - بسند معتبر المذكور في المتن ومنها خبر^(٤) السكوني عن الامام علي عليه السلام المذكور في المتن.

(١) الوسائل - باب ٢ - من ابواب احكام العقود حديث ٤.

(٢) نفس المصدر حديث ١. (٣) نفس المصدر حديث ٢.

(٤) المستدرک - باب ٢ - من ابواب احكام العقود حديث ٢، و رواه في الغنية ايضاً.

فقال هو بأقل الثمنين وابتعد الاجلين، فيقول ليس له الا اقل التّقدين الى الاجل الذي اجله نسيئة.

وعن ظاهر جماعة من الاصحاب العمل بهما، ونسب الى بعض هؤلاء القول بالبطلان، فالاولى تبعاً للمختلف الاقتصار على نقل عبارة كل من هؤلاء من دون اسناد احد القولين اليهم، [١] قال في المغنعة: لا يجوز البيع بأجلين على التّخخير، كقوله هذا المتاع بدرهم نقداً وبدرهمين الى شهر او سنة او بدرهم الى شهر، وبدرهمين الى شهرين، فان ابتاع انسان شيئاً على هذا الشرط كان عليه اقل الثمنين في آخر الاجلين. وهذا الكلام يحتمل التّحريم مع الصّحة، ويحتمل الحمل على ما اذا تلف المبيع، فإنّ اللازم مع فرض فساد البيع بالاقلّ الذي يبيع به نقداً، لأنّه قيمة ذلك الشيء، ومعنى قوله في آخر الاجلين أنّه لا يزيد على الاقلّ وان تأخّر الدّفع الى آخر الاجلين، او المراد جواز التّأخير لرضا البائع بذلك، ويحتمل ارادة الكراهة، كما عن ظاهر السيّد رحمته في التّأصريات، انّ المكروه ان يبيع بثمانين بقليل ان كان الثمن نقداً، وبأكثر ان كان نسيئة، ويحتمل الحمل على فساد اشتراط زيادة الثمن مع تأخير الأجل، لكن لا يفسد العقد كما سيحىء. وعن الاسكافي أنّه بعد ما تقدّم عنه من التّبوي الظّاهر في التّحريم قال: ولو عقد البائع للمشتري كذلك وجعل الخيار اليه لم اختر للمشتري ان يقدم على ذلك، فإن فعل وهلكت السلعة لم يكن للبائع الا اقلّ الثمنين، لاجازته البيع، به، وكان للمشتري الخيار في تأخير الثمن لاقلّ الى المدة التي ذكرها البائع بالثمن الا وفي من غير زيادة على الثمن الاقلّ.

وفي التّهاية فإن ذكر المتاع بأجلين وتقدين على التّخخير، مثل ان يقول بعتك هذا بدينار او درهم عاجلاً او الى شهر او سنة او بدينارين او درهمين الى شهر او شهرين او سنتين، كان البيع باطلاً، فإن امضى البيعان ذلك بينهما كان للبائع اقلّ الثمنين في آخر الاجلين انتهى

وقد عمل بهما جماعة، ونسب الى بعضهم القول بالبطلان، فكما افاده المصنف رحمته .

[١] الاولى تبعاً للمختلف الاقتصار على نقل عبارة كل من هؤلاء من دون اسناد

وعن موضع من الغنية قد قدّمنا ان تعليق البيع بأجلين وثمانين، كقوله بت الى مدة بكذا والى اخرى بكذا يفسده، فإن تراضيا بانفاذه كان للبائع اقل الثمنين في ابعد الاجلين بدليل اجماع الطائفة، وعن سلاّر ما علّق باجلين وهو ان يقول: بعتك هذه السلعة الى عشرة ايام بدرهم والى شهرين بدرهمين كان باطلاً غير منعقد، وهو المحكي عن ابي الصلاح. وعن القاضي: من باع شيئاً بأجلين على التّخخير مثل ان يقول ابيعك هذا بدينار او بدرهم عاجلاً وبدرهمين او دينارين الى شهر او شهرين او سنة او سنتين كان باطلاً، فإن امضى البيعان ذلك بينهما كان للبائع اقل الثمنين في آخر الاجلين.

وقال في المختلف بعد تقوية المنع: ويمكن ان يقال أنّه رضي بالثمن الاقل، فليس له الاكثر في البعيد والاّ لزم الرّبا اذ يبقى الزيادة في مقابل تأخير الثمن لا غير، فإذا صبر الى البعيد لم يجب له الاكثر من الاقل، انتهى.

وفي الدروس: انّ الاقرب الصّحة لزوم الاقل ويكون التّأخير جائزاً من طرف المشتري، لازماً من طرف البائع لرضاه بالاقل، فالزيادة رباً. ولذا ورد التّهي عنه وهو غير مانع من صحّة البيع، انتهى.

اقول لكنّه مانع من لزوم الاجل من طرف البائع، لأنّه في مقابل الزيادة الساقطة شرعاً إلاّ أن يقال: إنّ الزيادة ليست في مقابل الأجل بل هي في مقابل إسقاط البائع حقّه من التّعجيل الذي يقتضيه العقد لو خلّى وطبعه، والزيادة وان كانت لكنته رباً كما سيجيء الاّ أنّ فساد المقابلة لا يقتضي فساد الاسقاط، كما احتمل ذلك في مصالحه حقّ القصاص بعد يعلمان استحقاق الغير له او حرّيته، بل قال في التحرير بالرّجوع الى الدّية، وحينئذٍ فلا يستحقّ البائع الزيادة ولا المطالبة قبل الاجل، لكنّ المشتري لو اعطاه وجب عليه القبول، اذ لم يحدث له بسبب المقابلة الفاسدة حقّ في التّأجيل حتّى يكون له الامتناع من القبول قبول الاجل، وأنما سقط حقّه من التّعجيل.

ويمكن ايضاً حمل الرواية على انّ الثمن هو الاقل، لكن شرط عليه ان يعطيه على التّأجيل شيئاً زائداً، وهذا الشرط فاسد لما سيجيء من انّ تأجيل الحال بزيادة رباً محرم،

لكن فساد الشرط لا يوجب فساد المشروط، كما عليه جماعة، وحينئذٍ فللبائع الأقل، وان فرض ان المشتري اخره الى الاجل، كما يقتضيه قوله في رواية محمد بن قيس وان كانت نظرة لفرض تراضيهما على ذلك بزعم صحة هذا الشرط، او البناء عليها تشريعاً. ولعل هذا مبنى قول الجماعة (قدّس الله اسرارهم) فإن امضيا البيع بينهما كذلك بمعنى أنّهما تراضيا على هذه المعاملة لم يجب في مقابل التأخير الواقع برضاها شيء زائد على الأقل، لفساد المقابلة ومرادهم من بطلان البيع الذي حكموا به أولاً بطلانه بهذه الخصوصية، وعدم ترتّب الاثر المقصود عليه.

وقد تلخّص من جميع ما ذكرنا أنّ المعاملة المذكورة في ظاهر متن الروايتين لا اشكال ولا خلاف في بطلانها، بمعنى عدم مضيتها على ما تعاقدوا عليه. وأمّا الحكم بامضاءها، كما في الروايتين فهو حكم تعبدى مخالف لادّلة توقّف حلّ المال على الرضا وطيب النفس، وكون الاكل لا عن تراض اكلاً للباطل، فيقع الاشكال في

وقد حمل خبر ابن قيس بعض على ارادة البطلان وكون المشتري ضامناً للمبيع التالف في يده بالثمن الأقل بعد دعوى كون القيمة بحسب الغالب بمقدار الثمن المعين على تقدير النقص.

وفيه: انه لم يذكر في الخبر ما يشهد لكونه في مقام بيان حكم صورة التلف خاصة. وقد حمّله بعضهم على صورة كون الزيادة من باب الشرط، وكون الثمن هو الأقل - اي الصورة الثالثة المتقدمة واصر على ذلك المحقق الاصفهاني رحمته الله،

وهو وان كان خلاف الظاهر جداً لأن قوله في الخبر وكذا نظرة جعل الثمن هو الزائد على تقدير النظرة، ويؤكداه قوله فخذها باي ثمن شئت الصريح في تعدد الثمن،

الا ان الحمل على الصورة الاولى او الثانية مستلزم للتعبد بملكية الأقل مؤجلاً

وقال في النهاية: اذا اشترى نسيئة فحلّ الأجل، ولم يكن معه ما يدفعه الى البائع جاز للبائع ان يأخذ منه ما كان باعه اياه من غير نقصان من ثمنه، فإن اخذه بنقصان ممّا باع لم يكن ذلك صحيحاً ولزمه ثمنه الذي كان اعطاه به، فإن اخذ من المتبتاع متاعاً آخر بقيمته في الحال لم يكن بذلك بأس، انتهى.

وعن الشهيد أنّه تبع الشيخ جماعة، وظاهر الحدائق أنّ محلّ الخلاف اعمّ بما بعد الحلول وإنّه قصّر بعضهم التحريم بالطعام، وكيف كان، فالاقوى هو المشهور للعمومات المجوّزة كتاباً وسنة [١] وعموم ترك الاستفصال في صحيحة بشار بن يسار [٢] قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع بنساء مراححة فيشتريه من صاحبه الذي يبيعه منه فقال: نعم لا بأس به فقلت له: اشترى متاعي وغنمي قال: ليس هو متاعك ولا غنمك ولا بقرك، وصحيحة ابن حازم عن ابي عبدالله عليه السلام رجل كان له على رجل دراهم من ثمن غنم اشتراها منه فأتى الطالب المطلوب يتقاضاه، فقال له المطلوب ابيعك هذه الغنم بدراهمك التي عندي فرضي، قال عليه السلام: لا بأس بذلك.

منع عن بيعه بعد حلول الاجل بنقصان من الثمن
ثانيهما: انه نسب الى الشيخ عليه السلام في خصوص الطعام انه بعد الحلول لا يجوز للبائع اخذ الطعام بدلا عن الثمن الا بما يساويه بلا زيادة.

اما الأول: فتشهد للمشهور

[١] مضافا الى العمومات والاطلاقات

جملة من النصوص:

[٢] منها: صحيح^(١) بشار بن يسار المذكور في المتن

ومورده بيع النسيئة، وشراء ذاك المتاع بعينه، من دون ان يفصل بين حلول الأجل وعدمه، وايضا من غير فرق بين كون الثمن في الثاني مساويا للثمن في الأول او اقل او اكثر.

ومنها صحيح ابن حازم^(٢) المذكور في المتن

وهو صريح في البيع بعد حلول الأجل، وعام للمبيع الشخصي ومثله لأن قوله هذا الغنم كما يمكن ان يكون اشارة الى ما اشتراه يمكن ان يكون اشارة الى مثله.

(١) الوسائل - باب ٥ - من ابواب احكام العقود حديث ٣.

(٢) نفس المصدر حديث ١.

ورواية الحسين بن منذر، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام الرجل يبيعني فيطلب المينة فاشتري له المتاع، ثم أبيعهُ إياه مرا بحة، ثم اشتريه منه مكاني قال: فقال اذا كان هو بالخيار ان شاء باع وان شاء لم يبيع، وكنت انت بالخيار ان شئت اشتريت وان شئت لم تشتري فلا بأس، قال: فقلت: ان اهل المسجد يزعمون ان هذا فاسد ويقولون انه ان جاء به بعد اشهر صحَّ قال انما هذا تقديم وتأخير ولا بأس. وفي المحكي عن قرب الإسناد عن علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال سألتُه عن رجل باع ثوباً بعشرة دراهم اشتراه منه بخمسة دراهم ايحل؟ قال: اذا لم يشترط ورضيا فلا بأس، وعن كتاب علي بن جعفر قوله باعه بعشرة الى اجل ثم اشتراه بخمسة بنقد وهو اظهر في عنوان المسألة، وظاهر هذه الاخبار كما ترى يشمل صور الخلاف.

وقد استدلل له بمجملّة اخرى من النصوص، وهي ان دلت على الحكم في بعض الفروض الا انها لا تصلح للرد على الشيخ عليه السلام:

منها: خبر الحسين بن منذر ^(١) المذكور في المتن

وهذا الخبر اما صريح في ما اذا كان البيع الأول مؤجلاً من جهة اختصاص العينة بذلك، او عام له وللحال لو منعنا عن اختصاصها به، ولو فرض كون الأول مؤجلاً كان البيع الثاني قبل حلول الأجل لصراحته في الاشتراء، وهو في مكانه، فعلى اي تقدير لا يكون دليلاً على الشيخ عليه السلام

ومنها خبر علي بن جعفر ^(٢) المروى في قرب الاسناد وكتاب علي بن جعفر مع اختلاف المتن والمتن المذكوران في الكتاب والأول منها ظاهر في المؤجل، والثاني صريح فيه، وكلاهما ظاهران في الاشتراء قبل حلول الأجل، بل الثاني نص فيه، كما انها صريحان في ورود البيعين على المبيع الشخصي والاشتراء بنقصان من الثمن.

(١) الوسائل - باب ٥ - من ابواب احكام العقود حديث ٤.

(٢) الوسائل - باب ٥ - من ابواب احكام العقود حديث ٦.

وقد يستدل ايضا [١] برواية يعقوب بن شعيب وعبيد بن زرارة قالوا سألنا ابا عبدالله عليه السلام عن رجل باع طعاماً بدرهم الى اجل، فلمّا بلغ ذلك تقاضاه فقال ليس لي درهم خذ مني طعاماً فقال: لا بأس به، فإنما له درهم يأخذها ماشاء. وفي دلالتها نظر، وفيما سبق من العمومات كفاية اذ لا معارض لها عدا ما ذكره الشيخ عليه السلام من رواية خالد بن الحجاج قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل بعته طعاماً بتأخير الى اجل مسّمي، فلمّا جاء الأجل اخذته بدرهمي فقال ليس عندي درهم ولكن عندي طعام، فاشتره منّي فقال لا تشتريه منه، فإنّه لا خير فيه.

ورواية عبد الصمد بن بشير المحكية عن الفقيه، قال: سأله محمد بن قاسم الحنّاط فقال اصلحك الله ابيع الطعام من رجل الى اجل، فيجئني وقد تغيّر الطّعام من سعره، فيقول ليس عندي درهم، قال: خذ منه بسعر يومه فقال: أفهمّ اصلحك الله أنّه طعامي الذي اشتريه منّي فقال: لا تأخذ منه حتّى يبيعه ويعطيك، فقال رغم الله انني رخص لي فرددت عليه فشدد عليّ. وحكي عن الشيخ عليه السلام أنّه اوردها في الاستبصار دليلاً على مختاره وحكي عن بعض ردّها بعدم الدّلالة بوجه من الوجوه.

ومنها: خبر يعقوب بن شعيب وعبيد بن زرارة ^(١) المذكور في المتن

وهو ظاهر في الشراء بذلك الثمن بلا زيادة ولا نقص، وهذا لا ينكره الشيخ عليه السلام، بل لا يبعد ظهوره في الوفاء بغير الجنس لا في الاشتراء، مع انه من جهة تكرار الاسم المنكر وهو قوله خذ مني طعاماً بعد قوله عن رجل باع طعاماً يدل على تعدد الطعام في الموردين [١] وقد استدلل للشيخ بروائتين: الاولى:

رواية ^(٢) خالد بن الحجاج المذكورة في المتن

وصريحها الاشتراء بعد حلول الأجل، ولكن لا ظهور لها في كون المبيع واحداً في البيعين لو لم تكن بقرينة تكرار الاسم المنكر ظاهرة في الاختلاف، مع انه لا ظهور لها في الاختلاف بمقدار الثمن، فهذه الرواية لا تنفع للشيخ عليه السلام.

الثانية: رواية عبد الصمد بن بشير المحكية عن الفقيه ^(٣) المذكورة في الكتاب

(١) الوسائل - باب ١٢ - من ابواب السلف حديث ١٥. (٢) نفس المصدر حديث ٣.

(٣) نفس المصدر حديث ٥.

اقول لا يظهر من رواية خالد دلالة على مذهب الشيخ وعلى تقدير الدلالة فتعليل المنع بأنه لا خير فيه من امارات الكراهة واعلم أنه قال الشيخ رحمته الله في المبسوط اذا باع طعاماً بعشرة مؤجلة، فلما حلّ الأجل اخذ بها طعاماً جاز اذا اخذ ما اعطاه، فإن اخذ اكثر لم يجز. وقد روى أنه يجوز على كل حال. وحكي في المختلف عن الخلاف أنه اذا باع طعاماً قفيزاً بعشرة دراهم مؤجلة، فلما حلّ الأجل اخذ بها طعاماً جاز ذلك اذا اخذ مثله، فإن زاد عليه لم يجز واحتجّ باجماع الفرقة واخبارهم، وبأنه يؤدي الى بيع طعام بطعام، ثم حكي عن بعض اصحابنا الجواز مطلقاً، وعن بعضهم المنع مطلقاً، ثم حكي عن الشيخ في آخر كلامه: أنه قال والقول الآخر الذي لبعض اصحابنا قوي وذلك أنه بيع طعام بدراهم لا بيع طعام بطعام، فلا يحتاج الى اعتبار المثلية، انتهى.

صريحها كون المورد شخص المبيع، وظاهرها بعد الحلول، وظاهرها ايضاً الاختصاص بما اذا كان الثمن في البيع الثاني اقل، وهذه تدل على ما ذهب اليه الشيخ رحمته الله واخص من الخبر الأول من وجهين: لأنه اعم من البيع قبل الحلول وبعده، واعم من البيع بالمساوي او الأقل، وهذه اخص من هاتين الجهتين فيتعين تخصيصه بها. واما الخبر الثاني: فهو صريح في البيع بالمساوي، فلا ينافي هذه الرواية ولا ينكره الشيخ. واما الخبر الثالث: فقد مر عدم دلالة على ما يخالفه الشيخ رحمته الله. واما خبرا علي بن جعفر فقد عرفت ان ظاهر احدهما وصريح الآخر البيع قبل حلول الأجل. فتحصل: انه ليس في مقابل خبر عبدالصمد ما يعارضه، فما افق به الشيخ بحسب الروايات لا اشكال فيه. لا يقال: انه ضعيف السند لأن الراوي عن عبدالصمد قاسم بن محمد الجوهري وهو ضعيف او مجهول.

فانه يرد: بان الخبر رواه الصدوق بسنده الى عبدالصمد وهو حسن،

اقول الظاهر انَّ الشَّيْخَ يُؤَيِّدُ جري في ذلك وفيما تقدّم عنه في النّهاية من عدم جواز بيع ما اشترى بجنس الثمن متفاضلاً على قاعدة كَلْيّة تظهر من بعض الأخبار من انَّ عوض الشّيء الرّبوي لا يجوز ان يعوّض بذلك الشّيء بزيادة. وانّ عوض العوض بمنزلة العوض، [١] فإذا اشترى طعاماً بدرهم لا يجوز ان يأخذ بدل الطّعام دراهم بزيادة، وكذلك اذا باع طعاماً بدرهم لا يجوز له ان يأخذ عوض الدّراهم طعاماً وعوّل في ذلك على التّعليل المصّرّح به في رواية عليّ بن جعفر عن اخيه عبيد الله المعتضد ببعض الاخبار المانعة عن بعض افراد هذه القاعدة هنا. وفي باب السّلم قال: سألته عن رجل له على آخر تمرّاً وشعيراً وحنطة يأخذ بقيمته دراهم؟ قال: اذا قومه دراهم فسد لأنّ الاصل الذي يشري [اشترى] به دراهم ولا يصلح دراهم بدراهم، قال في المحكّي التّهذيب الذي افق به ما تضمّنه هذا الخبر الاخير من أنّه اذا كان الذي اسلف فيه دراهم له لم يجز ان يبيعه بدراهم، لأنّه يكون قد باع دراهم بدراهم، وربّما كان فيه زيادة او نقصان وذلك ربّاً، انتهى.

وهنا يقول ايضاً قبلاً لمسألة السّلم التي هي عكس مسألتنا أنّه اذا كان الذي باعه طعاماً لم يجز ان يشتري بثمنه طعاماً لأنّه يكون باع طعاماً بطعام.

واما الفرع الثاني: فالمنسوب الى الشَّيْخِ يُؤَيِّدُ عدم جواز اخذ الطّعام عوضاً عن عوض الطّعام الا بنحو التساوي، بل الظاهر المصّرّح به في محكي التّهذيب سريان ذلك في جميع المعاوضات الربوية، فلا يجوز في اسلاف الطّعام اخذ الدرهم بدلا عن الطّعام. [١] وقد استدلل له: بالقاعدة الكلية المستفادة من بعض الأخبار من ان عوض الشّيء الربوي لا يجوز ان يعوّض بذلك الشّيء بزيادة وان عوض العوض بمنزلة العوض، وهو خبر علي بن جعفر قال: سألته عن رجل له على آخر تمر او شعير او حنطة ايأخذ بقيمته دراهم؟ قال: اذا قومه دراهم فسد، لأنّ الاصل الذي يشتري به دراهم فلا يصلح دراهم بدراهم. (١)

وبالجمله فدار فتوى الشيخ رحمته على ما عرفت من ظهور بعض الاخبار بل صراحته فيه من أنّ عوض العوض في حكم العوض في عدم جواز التفاضل مع اتحاد الجنس الربوي، فلا فرق بين اشتراء نفس ما باعه منه، وبين اشتراء مجانس منه، ولا فرق أيضاً بين اشترائه قبل حلول الاجل او بعده، كما اطلقه في الحدائق، وتقييده بما بعد الحلول في عبارة النهاية المتقدمة لكون الغالب وقوع المطالبة والايفاء بعد الحلول، وان قصّر المشهور خلافه به. لكنّ الاظهر هو الاطلاق، كما انّ تقييد المنع في كلامه بأخذ ما باعه بالتأقص، لأنّه الغالب، لأنّ في ردّ نفس ما اشتراه ردّه بالتأقص لا لخصوصية في التأقص لا يجري في الزيادة. ولذا ذكر جواز اخذ المتاع الآخر بقيمته في الحال زادت او نقصت، فيعلم منه انّ اخذ ما باعه بقيمته في الحال غير جائز زادت او نقصت.

ويؤيد الحمل على الغالب أنّه رحمته ذكر في مسألة السلم التي هي عكس المسألة أنّه لا يجوز له اخذ مثل الثمن زائداً على ما اعطاه، فإنّ الغالب من اعطاء الطّعام بدل الدّراهم التّقص ممّا اشترى، ومع العكس العكس وظهر ايضاً ممّا ذكرنا انّ الحكم مختصّ في كلام الشيخ بالجنس الربوي لا مطلق المتاع ولا خصوص الطّعام. وأمّا الحكم في المستثنى [١] وهو ما اذا اشترط في البيع الأوّل نقله الى من انتقل عنه، فهو المشهور ونصّ عليه الشيخ في باب المراجعة واستدلّوا عليه او لا بالدور، كما في التذكرة، قال في باب الشروط لو باعه

وفيه: اولاً: انه معارض في مورده بما يدل على الجواز. (١)

وثانياً: انه يدل على عدم الجواز حتى مع التساوي الذي لا يقول به الشيخ، ولعل وجهه عدم حصول التقابض في المجلس.

[١] وأما الثاني وهو الحكم في المستثنى وهو ما اذا اشترط في البيع الاول نقله الى من انتقل عنه، فهو البطلان على ما هو المشهور بين الاصحاب

وملخص القول فيه بالبحث في جهتين:

الاولى: في اصل الحكم بحسب النص والفتوى.

الثانية: في تطبيقه على القواعد.

لو باعه شيئاً بشرط ان يبيعه اياه لم يصحّ سواء اتّحد الثمن قدراً ووصفاً وعيناً ام لا، والاّ جاء الدّور، لأنّ بيعه له يتوقّف على ملكيّته له المتوقّفة على بيعه، فيدور امّا لو شرط ان يبيعه على غيره صحّ عندنا حيث لا منافاة فيه للكتاب والسّنة لا يقال ما التزموه من الدّور آتٍ هنا، لأنّا نقول الفرق ظاهر لجواز أن يكون جارياً على حدّ التّوكيل أو عقد الفضولي بخلاف ما لو شرط البيع. على البائع، انتهى.

اقول ظاهر ما ذكره من النّقص أنّه يعتبر في الشرط ان يكون معقولاً في نفسه مع قطع النّظر عن البيع المشروط فيه، وبيع الشّيء على غير مالكة معقول ولو من غير المالك كالوكيل والفضولي بخلاف بيعه على مالكة، فإنّه غير معقول اصلاً، فاندفع عنه نقض جماعة ممّن تأخّر عنه باشتراط بيعه على غيره او عتقه، نعم ينتقض ذلك باشتراط كون المبيع رهناً على الثمن، فإنّ ذلك لا يعقل مع قطع النّظر عن البيع بل يتوقّف عليه. وقد اعترف به ذلك في التّدكرة فاستدلّ بذلك لاكثر الشّافعية المانعين عنه.

وقال أنّ المشتري لا يملك رهن المبيع الا بعد صحّة البيع، فلا يتوقّف عليه صحّة البيع والأدار لكنّه يبيعه مع ذلك جوّز هذا الاشتراط الاّ ان يقال اخذ الرّهن على الثمن والتّضمين عليه، وعلى دركه ودرك المبيع من توابع البيع، ومن مصالحه فيجوز اشتراطها نظير وجوب نقد الثمن او عدم تأخيره عن شهر مثلاً ونحو ذلك، لكن ينتقض حينئذٍ بما اعترف بمجوازه في التّدكرة، من اشتراط وقف المشتري المبيع على البائع وولده وقرّر الدّور في جامع المقاصد، بأنّ انتقال الملك موقوف على حصول الشرط، وحصول الشرط موقوف على الملك. وهذا بعينه ما تقدّم عن التّدكرة بتفاوت في ترتيب المقدّمين، واجيب عنه تارة بالنّقص باشتراط بيعه من غيره.

وقد عرفت أنّ العلامة يبيعه تفتّظ له في التّدكرة، واجاب عنه بما عرفت انتقاضه بمثل اشتراط رهنه على الثمن، وعرفت تفتّظه لذلك ايضاً في التّدكرة، واخرى بالحلّ، وهو انّ انتقال الملك ليس موقوفاً على تحقّق الشرط، وانما المتوقّف عليه لزومه، وثالثة بعدم جريانه فيما لو شرط بيعه منه بعد اجل البيع الأوّل، فإنّ ملك المشتري متخلّل بين البيعين ومبنى هذين الجوابين على ما ذكره العلامة في الاعتراض على نفسه والجواب عنه

بما حاصله أنّ الشرط لابدّ من صحّته، مع قطع النظر عن البيع فلا يجوز ان يتوقّف صحّته على صحّة البيع، ولا فرق في ذلك بين اشتراط بيعه قبل الاجل او بعده، لأنّ بيع الشيء على مالكة غير معقول مطلقاً، ولو قيّد بما بعد خروجه عن ملك مالكة لم يفرق ايضاً بين ما قبل الاجل وما بعده، واستدلّ عليه ايضاً بعدم قصد البائع بهذا الشرط الى حقيقة الاخراج عن ملكه حيث لم يقطع علاقة الملك وجعله في غاية المراد اولى من الاستدلال بالدور بعد دفعه بالجوابين الاولين، ثمّ قال: وان كان اجماع على المسألة، فلا بحث وردّ عليه المحقّق والشهيد الثانيان بأن الفرض حصول القصد الى النقل الاول لتوقّفه عليه، وإلاّ لم يصحّ ذلك اذا قصدا ذلك ولم يشترطاه مع الاتفاق على صحّته، انتهى.

واستدلّ عليه في الحقائق [١] بقوله عليه السلام في رواية الحسين بن المنذر المتقدّمة في السّؤال عن بيع الشيء واشترائه ثانياً من المشتري ان كان هو بالخيار ان شاء باع، وان شاء لم يبع، وكنت انت بالخيار ان شئت اشتريت وان شئت لم تشتري، فلا بأس، فإنّ المراد بالخيار هو الاختيار عرفاً في مقابل الاشتراط على نفسه بشرائه ثانياً فدلّ على ثبوت البأس اذا كان احد المتبايعين غير مختار في النقل من جهة التزامه بذلك في العقد الاول وثبوت البأس في الرواية. أمّا راجع الى البيع الأوّل فتثبت المطلوب وان كان راجعاً الى البيع الثاني فلا وجه له الا بطلان البيع الأوّل، اذ لو صحّ البيع الأوّل والمفروض اشتراطه بالبيع الثاني لم يكن بالبيع الثاني باس

اما الجهة الثانية: فقد اشبعنا الكلام فيها في مبحث الشروط في الشرط السابع لصحة الشرط. ولذلك اغمضنا عن البحث فيما افاده المصنف في المقام
واما الجهة الاولى: فالمشهور بين الاصحاب: بطلان البيع المشروط بهذا الشرط، والمصنف عليه السلام في الشرط الفاسد صرح بان بطلان هذا البيع مما لا خلاف فيه، ومع ذلك في المقام لم يسلم ذلك.

[١] وكيف كان: فقد استدلل للبطلان بخبرين:

احدهما: خبر الحسين بن المنذر عن مولانا الصادق عليه السلام عن الرجل يبيعني فيطلب مني العينة فاشترى المتاع له مراجه ثم ابيعه اياه ثم اشترى منه مكاني قال: فقال: ان كان بالخيار ان شاء باع وان شاء لم يبع

بل كان لازماً بمقتضي الشرط الواقع في متن العقد الصحيح، هذا، وقد يرد دلالتها بمنع دلالة البأس على البطلان. وفيه ما لا يخفى وقد ترد أيضاً بتضمّنها لاعتبار ما لا يقول به أحد من عدم اشتراط المشتري ذلك على البائع، وفيه أنّ هذا قد قال به كلّ أحد من القائلين باعتبار عدم اشتراط البائع، فإنّ المسألتين من واد واحد، بل الشّهيد^(١) في غاية المراد عنوان المسألة بالاقتداء بشرط الاشتراء. وقد يرد أيضاً بأنّ الاستفادة من المفهوم لزوم الشرط وأنّه لو شرطاه يرتفع الخيار عن المشروط عليه، وإن كان يحرم البيع الثّاني أو هو والبيع الأوّل مع الشرط ويكون الحاصل حينئذ حرمة الاشتراط، وإن كان لو فعل التزم به وهو غير التزام المحرم الذي يفسد ويفسد العقد. وفيه أنّ الحرمة الاستفادة من البأس ليس إلّا الحرمة الوضعية أعني الفساد ولا يجامع ذلك صحّة الشرط ولزومه.

نعم يمكن ان يقال بعد ظهور سياق الرواية في بيان حكم البيع الثّاني مع الفراغ عن صحّة الأوّل، كما يشهد به ايضاً بيان خلاف اهل المسجد المختصّ بالبيع الثّاني انّ المراد أنّه ان وقع البيع الثّاني على وجه الرضا وطيب النفس، والاختيار فلا بأس به. وان وقع لا عن ذلك، بل لأجل الالتزام به سابقاً في متن العقد او قبله، والزامه عرفاً بما التزم كان الشراء فاسداً لكن فساد الشراء لا يكون الا لعدم طيب النفس فيه،

وكنّت انت بالخيار ان شئت اشتريت وان شئت لم تشتري فلا بأس. الخبر.^(١)
ثانيها: خبر علي بن جعفر عن اخيه^(٢) عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم الى اجل ثم اشتراه بمخمسة دراهم ايحل؟ قال^(٣): اذا لم يشترط ورضيا فلا بأس.^(٢)
بتقريب: انهما يدلان على ثبوت البأس اذا لم يكونا مختارين واشترطا البيع

(١) الوسائل - باب ٥ - من ابواب احكام العقود حديث ٤.

(٢) الوسائل - باب ٥ - من ابواب احكام العقود حديث ٦.

وعدم وجوب الالتزام بما التزم على نفسه. أمّا لعدم ذكره في متن العقد. وأمّا لكون الشرط بالخصوص فاسد لا يجب الوفاء به، ولا يوجب فساد العقد المشروط به، كما هو مذهب كثير من القدماء لا لأجل فساد العقد الأول من جهة فساد الالتزام المذكور في متنه، حتّى لو وقع عن طيب النفس، لأنّ هذا يخالف لما عرفت من ظهور اختصاص حكم الرواية منعاً وجوازاً بالعقد الثاني. وأمّا رواية عليّ بن جعفر فهي أظهر في اختصاص الحكم بالشراء الثاني، فيجب أيضاً حمله على وجه لا يكون منشأ فساد البيع الثاني فساد البيع الأول بأن يكون مفهوم الشرط أنّه اذا اشترطنا ذلك في العقد او قبله، ولم يرضيا بوقوع العقد الثاني بل وقع على وجه الاجاء من حيث الالتزام به قبل العقد او فيه فهو غير صحيح لعدم طيب النفس فيه، ووقوعه عن الجاء وهذا لا يكون الاّ مع عدم وجوب الوفاء أمّا لعدم ذكره في العقد وأمّا لكونه لغوّاً فاسداً مع عدم تأثير فساده في العقد.

وبالجملة، فالحكم بفساد العقد الثاني في الروایتين لا يصحّ ان يستند الى فساد الأول لما ذكرنا من ظهور الروایتين في ذلك فلا بدّ من أن يكون منشأ عدم طيب النفس بالعقد الثاني وعدم طيب النفس لا يقدح الاّ مع عدم لزوم الوفاء شرعاً بما التزم وعدم اللزوم لا يكون الاّ لعدم ذكر الشرط في العقد او لكونه فاسداً غير مفسد. ثمّ أنّه قال في لمسالك أنّهما لو شرطاه قبل العقد لفظاً،

بالشرط الملزم وهو ما في ضمن العقد، وعليه فاما يدل على فساد البيع الأول فهو المطلوب، او يدل على فساد الثاني، وحيث لا منشأ لفساده سوى فساد الأول فيثبت المطلوب.

واجيب عن هذا الوجه بوجوه:

منها: ما افاده المصنف رحمته الله، وقد تعرضنا له ولجوابه في مسألة الشرط الفاسد.

ومنها: ان ثبوت البأس اعم من الحرمة، وهو كما ترى.

ومنها: انهما يدلان على ثبوت البأس والحرمة للاشتراط او البيع معه، وهذا يستلزم نفوذ الشرط.

وفيه: ان النهي في باب المعاملات وكذا ما شابهه ظاهر في الارشاد الى الفساد

فإن كان يعلمان أنّ الشرط المتقدم لا حكم له فلا اثر له وإلاّ اتّجه بطلان العقد به كما لو ذكرناه في متنه لا تنها لم يقدمها الأعلى الشرط ولم يتمّ لها ويمكن ان يقال انّ علمهما بعدم حكم للشرط لا يوجب عدم اقدمهما على الشرط، فالاولى بناء المسألة على تأثير الشرط المتقدم في ارتباط العقد به وعدمه والمعروف بينهم عدم التأثير كما تقدّم الآ ان يفرق بين الشرط الصحيح فلا يؤثر وبين الفاسد فيؤثر في البطلان ووجهه غير ظاهر بل ربّما حكى العكس عن بعض المعاصرين وقد تقدّم توضيح الكلام في ذلك.

القول في القبض

وهو لغة: الأخذ مطلقاً، او باليد او بجميع الكف على اختلاف عبارات اهل اللغة، والنظر في ماهيته ووجوبه واحكامه يقع في مسائل:
مسألة: اختلفوا في ماهية القبض في المنقول، بعد اتّفاقهم على أنّها التّخلية في غير المنقول [١] على اقوال:

لا الحرمة التكليفية.

ومنها: انها متضمنان لما لا يقول به احد، وهو اعتبار عدم اشتراط المشتري ذلك على البائع.

وفيه: ان القوم ملتزمون بذلك، بل الشهيد عنون المسألة في غاية المراد بالاشتراط بشرط الاشتراء، فالحق انها يدلان على ذلك، فالحكم من حيث النص والفتوى لا اشكال فيه، والله العالم.

القول في القبض

وفي جملة من الكلمات منها التبصرة، التعبير بالتسليم، والمراد واحد

والنظر في ماهيته ووجوبه واحكامه في طى مسائل

[١] الاولى اختلفوا في ماهية القبض، بعد اتّفاقهم على انه: التّخلية فيما لا ينقل على اقوال

احدها: أنّها التّخلية ايضاً صرّح به المحقّق في الشّرائع، وحكي عن تلميذه كاشف الرّموز. وعن الايضاح نسبته الى بعض متقدّمي اصحابنا وعن التّقيّح نسبته الى المبسوط.

الثّاني: أنّه في المنقول، النقل، وفيما يعتبر كيله او وزنه الكيل او الوزن. الثّالث: ما في الدّروس من أنّه في الحيوان نقله، وفي المعتبر كيله او وزنه او عدّه او نقله وفي الثّوب وضعه في اليد.

الرّابع: ما في الغنية وعن الخلاف والشّرائع واللّمة أنّه التّحويل والنّقل. الخامس: ما في المبسوط من أنّه ان كان مثل الجواهر والدّراهم والدّنانير وما يتناول باليد، فالقبض فيه هو التّناول باليد، وان كان مثل الحيوان كالعبد والبيمة فالقبض في البيمة ان يعيش بها الى مكان آخر، وفي العبد ان يقيمه الى مكان آخر وان كان اشتراه جزافاً كان القبض فيه ان ينقله من مكانه وان كان اشتراه مكيّلة فالقبض فيه ان يكيّله، وزاد في الوسيلة أنّه في الموزون وزنه، وفي المعدود عدّه، ونسب عبارة الشّرائع الرّاجعة الى ما في المبسوط الى المشهور.

السادس: أنّه الاستقلال والاستيلاء عليه باليد، حكي عن المحقّق الاردبيلي وصاحب الكفاية، واعترف في المسالك تبعاً لجامع المقاصد، لشهادة العرف بذلك، الاّ أنّه اخرج عن ذلك المكيل والموزون، مستنداً الى النّص الصّحيح، وفيه ما سيّجيء.

السّابع: ما في المختلف من أنّه ان كان منقولاً فالقبض فيه النّقل او الاخذ باليد، وان كان مكيّلاً او موزوناً فقبضه ذلك او الكيل او الوزن. الثّامن: أنّه التّخلية مطلقاً بالنّسبة الى انتقال الضّمان الى المشتري دون النّهي عن بيع ما لم يقبض، نفى عنه البأس في الدّروس.

وتنقيح الكلام بالبحث في جهات:

الاولى: انّ تحديد مفهوم القبض انما هو لترتيب الاثار والاحكام المترتبة على هذا العنوان في الشرع، واما ما لم يؤخذ القبض في موضوعه - كما في رد المغصوب واداء

اقول: لا شكَّ أنَّ القبض للمبيع هو فعل القابض وهو المشتري، ولا شكَّ أنَّ الاحكام المترتبة على هذا الفعل لا يترتب على ما كان من فعل البائع من غير مدخل للمشتري فيه، كما أنَّ الاحكام المترتبة على فعل البائع كالوجوب على البائع، والرَّاهن في الجملة واشترط القدرة على التسليم لا يحتاج في ترتبها الى فعل من المشتري، فحيثنذ نقول اما ما اتفق عليه من كفاية التخلية في تحقق القبض في غير المنقول، ان اريد بالقبض ما هو فعل البائع بالنسبة الى المبيع، وهو جميع ما يتوقف عليه من طرفه وصوله الى المشتري، ويعبر عنه مساحمة بالاقباض والتسليم، [١] وهو الذي يحكون بوجوبه على البائع والغاصب والرَّاهن في الجملة، ويفسرونه بالتخلية التي هي فعل البائع. فقد عرفت أنَّه ليس قبضاً حقيقياً حتَّى في غير المنقول، وان فسرت برفع جميع الموانع، واذن المشتري في التصرف، قال كاشف الرَّموز في شرح عبارة النَّافع: القبض مصدر يستعمل بمعنى التَّقبيض وهو التخلية، ويكون من طرف البائع والواهب بمعنى التمكن من التصرف، انتهى.

بل التحقيق أنَّ القبض مطلقاً هو استيلاء المشتري عليه وتسَلطه عليه الذي يتحقَّق به معنى اليد ويتصور فيه الغصب.

نعم يترتب على ذلك المعنى الاول الاحكام المترتبة على الاقباض والتسليم الواجبين على البائع، فينبغي ملاحظة كلِّ حكم من الأحكام المذكورة في باب القبض، وأنَّه مترتب على القبض الذي هو فعل المشتري بعد فعل البائع، وعلى الاقباض الذي هو فعل البائع

ما في اليد ونحو ذلك - فلا ملزم في تصوير الجامع بين ما يعتبر فيه، وبين القبض ولا محذور في الالتزام بتعدد المعنى.

الثانية: ان القبض الذي هو المبدأ لهذه المادة له معنى واحد، وباعتبار قيامه بالبائع مثلاً يعبر عنه بالاقباض، وباعتبار قيامه بالمشتري قيام حلول يعبر عنه بالقبض، ولا يكون معناه متعددًا، من غير فرق بين تفسيره بالتخلية او الاستيلاء ولكل من اعتباري هذا المعنى الواحد آثار واحكام.

[١] فما في المتن من بطلان تفسير القبض بالتخلية قطعاً من جهة ان القبض فعل المشتري، والتخلية فعل البائع في غير محله.

مثلاً، اذا فرض ان ادلة اعتبار القبض في الهبة دلت على اعتبار حيازة المتهب الهبة، لم يكف في ذلك بالتخلية التي هي من فعل المواهب، وهكذا ولعل تفصيل الشهيد في البيع بين حكم الضمان وغيره، من حيث ان الحكم الاول منوط بالاقباض، وغيره منوط بفعل المشتري، وكيف كان، فلا بد من مراعاة ادلة احكام القبض، فنقول اما رفع الضمان، [١] فإن استند فيه الى النبوي كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه، فالمناط فيه حصول الفعل من المشتري وان استند الى قوله عليه السلام في رواية عقبة بن خالد حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته، احتمل فيه اناطة الحكم بالتخلية، فيمكن حمل النبوي على ذكر ما هو مقارن غالباً للتخلية، واحتمل ورود الرواية مورد الغالب، من ملازمة الاخراج للوصول الى المشتري، بقرينة ظاهر النبوي. ولذا قال في جامع المقاصد بعد نقل ما في الدروس: ان الخبر دال على خلافه، وهو حسن ان اراد به ظاهر النبوي، لا ظاهر رواية عقبة او غيرها، والانصاف

الثالثة: ان القبض في اللغة له معنى واحد في جميع موارد استعماله، والظاهر انه الاستيلاء على الشيء والتصرف فيه، كان ذلك بالقبض باليد او بسائر الجوارح، او باجراء المعاملة عليه، او اغلاق الباب، او نحو ذلك في المنقول وغيره، والمكيل والموزون وغيرها في الحيوان وغيره، فان هذا المعنى هو المناسب لما يقابل البسط المساوق للامساك، والظاهر انه في الشرع ايضا استعمل في هذا المعنى الواحد، وسيمر عليك ما توهم دخله فيه بالتعبد شرعاً.

الرابعة: ان ما اعتبر فيه القبض بعنوانه وتوهم انه في نصوصه، وادلته اعتبر في القبض زائداً على ما ذكرناه شيء آخر، او فسر بغير ما اخترناه امور:

[١] احدها: الخروج عن ضمان المبيع، فانه منوط بالقبض بعنوانه كما في النبوي المعروف: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من ماله بائعه. (١) وفي رواية عقبة بن خالد عن مولانا الصادق عليه السلام في رجل اشترى متاعاً من رجل واوجبه غير انه ترك المتاع عنده

ان ما ذكره الشهيد قريب بالنسبة الى ظاهر رواية عقبة، وربما يחדش فيها بظهورها في اعتبار الاخراج من البيت مع أنه غير معتبر في رفع الضمان اتفاقاً. وفيه انّ الاخراج عن البيت كناية عن الاخراج عن السلطنة، ورفع اليد، [١] ولا ينبغي خفاء ذلك على المتأمل في الاستعمال العرفي. هذا، ولكنّ الجمود على حقيقة اللفظ في الرواية يقتضي اعتبار الوصول الى يد المشتري، لأنّ الاقباض والاخراج وان كانا من فعل البائع، الاّ أن صدقهما عليه يحتاج الى فعل من غير البائع، لأنّ الاقباض والاخراج بدون القبض والخروج محال، الاّ أن يستفاد من الرواية تعلّق الضمان على ما كان من فعل البائع والتعبير بالاقباض والاخراج مساعمة مسّت الحاجة اليها في التعبير. وما ذكره الشهيد من رفع الضمان بالتخلية، يظهر من بعض فروع التذكرة حيث قال لو احضر البائع السلعة. فقال المشتري ضعه ثمّ القبض لأنّه كالتوكيل في الوضع، ولو لم يقل المشتري شيئاً. او قال لا اريد حصل القبض لوجود التسليم، كما لو وضع الغاصب المغضوب بين يدي المالك، فإنّه يبرىء من الضمان، انتهى.

وظاهره انّ المراد من التسليم المبحوث عنه ما هو فعل البائع، ولو امتنع المشتري لكنّه تبرّك صرّح في عنوان المسألة، وفي باب الهبة بضعف هذا القول بعد نسبته الى بعض الشافعية

ولم يقبضه، فسرقت المتاع، من مال من يكون؟ قال عليه السلام: من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته، فاذا اخرجه من بيته فالمتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله اليه ^(١) الشارحة لحقيقة القبض بما يوهّم خلاف ذلك

[١] فانه قيل: ان الاخراج من البيت كناية عن اخراجه عن تحت استيلائه وتمكين المشتري منه فتدل على كفاية الاستيلاء في صدق القبض.

وبعبارة اخرى: ان الاخراج الى المشتري مساوق لاستيلائه،

وهذا هو مراد المصنف رحمته الله مما افاده في المقام.

وفيه: اولاً: ان الخبر ضعيف السند لمحمد بن عبدالله بن هلال المهمل.

فالظاهر أنّ مراده بل مراد الشهيد عليه السلام رفع الضمان بهذا وإن لم يكن قبضاً، بل عن الشهيد في الحواشي أنّه نقل عن العلامة عليه السلام أنّ التخلية في المنقول وغيره يرفع الضمان، لأنّه حقّ على البائع، وقد أدّى ما عليه.

اقول وهذا كما أنّ اتلاف المشتري يرفع ضمان البائع وسيجيء من المحقّق الثاني أنّ النّقل في المكيل والموزون يرفع الضمان وإن لم يكن قبضاً.

وقد ظهر ممّا ذكرنا أنّ لفظ القبض الظاهر صيغته في فعل المشتري يراد به الاستيلاء على المبيع، سواء في المنقول وغيره، لأنّ القبض لغة الأخذ مطلقاً، أو باليد أو بجميع الكفّ على اختلاف التعبيرات، فإن أريد الأخذ حسّاً باليد، فهو لا يتأتّى في جميع المبيعات مع أنّ أحكامه جارية في الكلّ. فاللّزم أن يراد به في كلام أهل اللغة وفي لسان الشّرع المحاكم عليه بأحكام كثيرة في البيع والرهن [١] والصّدقة، وتشخيص ما في الذّمة اخذ كلّ شيء بحسبه وهو ما ذكرنا من الاستيلاء والسّلطنة. وأما ما ذكره بعضهم من اعتبار النّقل والتّحويل فيه، بل ادّعي في الغنية الاجماع على أنّه القبض في المنقول الذي لا يكتفي فيه بالتخلية

وثانياً: انه يمكن ان يقرأ يقبض بالفتح من القبض، ويكون الفاعل هو المشتري، وعليه فالإخراج المعطوف عليه فعله وتصرفه في المبيع، فهو يؤكّد ما ذكرناه من عدم كفاية التخلية والاستيلاء في صدقه.

والظاهر الى هذا نظر العلامة عليه السلام والشهيد عليه السلام، حيث استندا اليه في اعتبار النقل في صدق القبض، وما افاداه يتم أن كان مرادهما من النقل مطلق التصرف الخارجي كما لعله الظاهر، والله العالم.

[١] ثانياً: الرهن، وظاهر الآية والرواية اعتبار القبض فيه بعنوانه، مع أن مجرد الاستيلاء يكفي، فإن الاستيثاق المقوم له يحصل بمجرد الاستيلاء، ولم يعتبر القبض إلا لأجل الاستيثاق.

وفيه: أن الاستيثاق مقوم حقيقة الرهن، والقبض شرط فيه شرعاً، فاعتبار القبض ليس لأجل الاستيثاق.

فهو لا يخلو عن تأمل. وإن شهد من عرفت بكونه موافقاً للعرف، في مثل الحيوان، لأن مجرد إعطاء المقود للمشتري أو مع ركوبه عليه قبض عرفاً على الظاهر. ثم المراد من الثقل في كلام من اعتبره هو نقل المشتري له لا نقل البائع، كما هو الظاهر من عبارة المبسوط المتقدمة المصرح به في جامع المقاصد.

وأما رواية عقبة بن خالد المتقدمة، فلا دلالة فيها على اعتبار الثقل في المنقول وإن استدلل بها عليه في التذكرة، لما عرفت من أن الإخراج من البيت في الرواية نظير الإخراج من اليد كناية عن رفع اليد والتخلى للمشتري حتى لا يبقى من مقدمات الوصول إلى المشتري إلا ما هو من فعله.

وأما اعتبار الكيل والوزن أو كفايته في قبض المكيل أو الموزون، [١] فقد اعترف غير واحد، بأنه تعبد، لأجل النص الذي ادّعي دلالة عليه، مثل صحيحة معاوية بن وهب، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه، فقال ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه إلا أن توليه بالذي قام عليه. وصحيحة منصور بن حازم إذا اشترت متاعاً فيه كيل أو وزن، فلا تبعه حتى تقبضه إلا أن توليه، وفي صحيحة علي بن جعفر عن أخيه عن الرجل يشتري الطعام يصلح بيعه قبل أن يقبضه؟ قال إذا لم يربح عليه فلا بأس، وإن ربح فلا يبعه حتى يقبضه، ورواية أبي بصير عن رجل اشترى طعاماً، ثم باعه قبل أن يكيله قال: لا يعجبني أن يبيع كيلاً أو وزناً قبل أن يكيله أو يزنه إلا أن يوليه، كما اشتراه إلى غير ذلك مما دلّ على اعتبار الكيل والوزن لا من حيث اشتراط صحة المعاملة بها

[١] ثالثها: بيع المكيل والموزون، وقد اشتهر أن القبض في المكيل والموزون بالكيل

والوزن.

وقد استدلل له بمجملة من النصوص: كصحيح معاوية^(١) وصحيح منصور^(٢)

وصحيح^(٣) علي بن جعفر، وخبر أبي بصير^(٤) المذكورة جميعاً في المتن

(١) الوسائل - باب ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ١١.

(٢) نفس المصدر حديث ١.

(٣) نفس المصدر حديث ٩.

(٤) نفس المصدر حديث ١٦.

والإلّا لم يفرق بين التولية وغيرها، فتعيّن لأمر آخر، وليس إلّا من كون ذلك قبضاً للاجماع، كما في المختلف على جواز بيع الطعام بعد قبضه، ومنه يظهر ما في المسالك حيث أنّه بعد ذكر صحيحة ابن وهب قال: والتّحقيق هنا أنّ الخبر الصحيح دلّ على النّهي عن بيع المكيل والموزون قبل اعتباره بهما، لا على أنّ القبض لا يتحقّق بدونها، وكون السّؤال فيه وقع عن البيع قبل القبض لا ينافي ذلك، لأنّ الاعتبار بهما قبض وزيادة، وحينئذ فلو قيل بالاكتفاء في نقل الضّمان فيها بالنقل عملاً بالعرف والخبر الآخر، وتوقّف البيع ثانياً على الكيل والوزن امكن ان لم يكن احداث قول، انتهى. والظاهر أنّ مراده بالخبر، خبر عقبة بن خالد وقد عرفت عدم ظهوره في اعتبار النّقل.

ثمّ أنّ ظاهر غير واحد كفاية الكيل والوزن في القبض [١] من دون توقّف على النّقل. والظاهر أنّه لا بدّ مع الكيل والوزن من رفع يد البائع كما صرّح به في جامع المقاصد. ولذا نبّه في موضع من التّدكرة: بأنّ الكيل شرط في القبض، وكيف كان فالأولى في المسألة

وتقريب الاستدلال بها من وجهين:

الأول: انها تدل على اعتبار الكيل والوزن، وحيث انه ليس لأجل اشتراط صحة المعاملة بهما والال لم يفرق بين التولية وغيرها، فلاحالة يكون لأمر آخر، وحيث انه قام الاجماع على جواز بيع الطعام بعد قبضه، فيعلم من ذلك انه يكون من جهة كونه قبضاً.

الثاني: ان جملة من النصوص كصحيح منصور وعلي بن جعفر متضمنة للنهي عن بيع المكيل والموزون قبل القبض،

وجملة منها كصحيح معاوية وخبر ابي بصير متضمنة للنهي عن بيعهما قبل الكيل والوزن،

[١] ومقتضى الجمع بين الطائفتين كون قبضها هو الكيل والوزن،

وفي صحيح معاوية شهادة على ذلك.

ما عرفت من أنّ القبض له معنى واحد يختلف باختلاف الموارد، وإن كون القبض هو الكيل أو الوزن خصوصاً في باب الصدقة وتشخيص ما في الذمة مشكل جداً، لأنّ التّعبد الشرعي على تقدير تسليمه مختصّ بالبيع، الآن يكون اجماع على اتحاد معنى القبض في البيع وغيره، كما صرح به العلامة والشهيدان والمحقق الثاني وغيرهم في باب الرهن والهبة، وحكي فيها الاتفاق على الاتحاد عن ظاهر المسالك واستظهره الحاكي أيضاً. وعن ظاهر المبسوط في باب الهبة أنّ القبض هي التخلية فيما لا ينتقل والثقل والتحويل في غيره، لكن صرح في باب الرهن بأنّ كلّما كان قبضاً في البيوع كان قبضاً في الرهن والهبات والصدقات لا يختلف ذلك.

وعن القاضي أنّه لا يكفي في الرهن التخلية ولو قلنا بكفايته في البيع، لأنّ البيع يوجب استحقاق المبيع فيكفي التمكن منه وهنا لا استحقاق بل القبض سبب في الاستحقاق، بل ومقتضى هذا الوجه لحوق الهبة والصدقة بالرهن، وهذا الوجه حكاة في هبة التذكّرة عن بعض الشافعية. فقال: *يُؤْخَذُ* القبض هنا كالقبض في البيع ففيما لا ينقل ولا يحول التخلية وفيما ينقل ويحول الثقل والتحويل وفيما يكال أو يوزن الكيل والوزن،

ومورد النصوص، وكلمات الأصحاب البيع الثاني، قبل القبض بعد الفراغ عن صحة البيع الأول، الذي هو حرام أو مكروه،

ومحل الكلام أن القبض الرافع للحرمة أو الكراهة هل يكون منحصراً في الكيل أو الوزن المتجدد بينهما، أم هما من أفرادها، أم لا يكفيان عن القبض، أم يعتبر أن فيه شرعاً زائداً على ما هو حقيقة القبض تعبد؟

المستفاد من جملة من الأخبار، والنصوص على ما يقتضيه الجمود على ظواهرها: أن البيع الثاني، لا يجوز تحريماً، أو تنزيهاً في المكيل والموزن، قبل الكيل والوزن، وقبل القبض أي الرافع للحرمة أو الكراهة هما معاً، وما ادعي من الاجماع على الجواز بعد القبض وإن لم يكال أو يوزن غير ثابت،

كيف وقد صرح صاحب الجواهر بأن ظاهر النصوص اعتبار الكيل والوزن

ثم حكى عن بعض الشافعية عدم كفاية التخلية في المنقول لو قلنا به في البيع مستنداً الى أن القبض في البيع مستحق وفي الهبة غير مستحق، فاعتبر تحققه ولم يكتف بالوضع بين يديه. ولذا لو اتلف المتهب الموهوب لم يصير قابضاً بخلاف المشتري، ثم ضعه بأنه ليس بشيء لا اتحاد القبض في الموضعين واعتبار العرف فيها، انتهى.

وظاهر عدم اكتفائه هنا بالوضع بين يديه مخالف للفرع المتقدم عنه إلا أن يلتزم بكفاية التخلية في رفع الضمان، وإن لم يكن قبضاً كما اشرنا اليه سابقاً.

فرعان الأول: قال في التذكرة لو باع داراً أو سفينة مشحونة بامتنعة البائع ومكثه منها بحيث جعل له تحويلها من مكان الى مكان كان قبضاً، وقال ايضاً اذا كان المبيع في موضع لا يختص بالبائع كفي المنقول الثقل من حيز الى حيز وإن كان في موضع يختص به، فالتقل من زاوية الى اخرى بغير اذن البائع لا يكفي لجواز التصرف، ويكفي لدخوله في ضمانه وإن نقل بإذنه حصل القبض، وكأنه استعار البقعة المنقول اليها.

الثاني: قال في المسالك لو كان المبيع مكيلاً او موزوناً فلا يخلو اما ان يكون قد كيل قبل البيع او وزن او لا بأن اخبر البائع بكيله او وزنه، او باعه قدراً معيناً من صبرة مشتملة عليه، فإن كان الاخر فلا بد في تحقيق قبضه من كيله او وزنه، للنص المتقدم، وإن كان الأول في افتقاره الى الاعتبار ثانياً لاجل القبض او الاكتفاء بالاعتبار الأول وجهان

حتى مع القبض، وحينئذ يبق سؤال وهو:

انه في صحيح معاوية سئل عن البيع قبل القبض، واجاب ^{عليه السلام} بأنه في المكيل والموزون لا يبيع قبل الكيل والوزن، ولو لم يكن القبض هو الكيل والوزن لما صح ذلك.

ويمكن ان يقال: انه اذا كان المبيع كلياً لا يعتبر في صحته فعلية الكيل والوزن، وانما يكتفي بتقديره بمقدار معين كيلاً او وزناً، ولكن يعتبر فعليتها في مقام الوفاء وتطبيق الكلي على الفرد، وتعيينه الفرد، وحيث ان تطبيق الكلي على الفرد وتعيينه فيه متوقف على قبول المشتري وقبضه، فجرد الكيل او الوزن الفعلي من دون قبض من صاحب الحق لا يوجب التعيين، بل هو كيل مال البائع لا كيل مال المشتري.

من اطلاق توقّف الحكم على الكيل والوزن. وقد حصلنا وقوله عَلَيْهِ في النصّ حتّى تكيله او تزنه لا يدلّ على اعتبار ازيد من اعتبار الكيل والوزن الشّامِل لما وقع قبل البيع. ومن انّ الظاهر انّ ذلك لأجل القبض لا لتحقيق شرط صحّة البيع الثّاني، فلا بدّ له من اعتبار جديد بعد العقد وبه صرّح العلامة والشّهيد وجماعة وهو الاقوى ويدلّ عليه قوله عَلَيْهِ الاّ انّ يوليّه فإنّ الكيل السّابق شرط لصحّة البيع فلا بدّ منه في التّولية وغيرها فدلّ على انّ ذلك لأجل القبض لا لصحّة البيع، انتهى المهمّ من كلامه رحمته.

اقول يبعد التزام القائلين بهذا القول ببقاء المكيل والموزون بعد الكيل والوزن والعقد عليه والأخذ والتّصرف في بعضه في ضمان البائع حتّى يكيله ثانياً او يزنه وان لم يرد بيعه ثانياً، وكذا لو كاله وقبضه ثمّ عقد عليه وقد تفتن لذلك المحقّق الاردبيلى رحمته فيما حكى من حاصل كلامه حيث نزل ما دلّ على اعتبار الكيل والوزن في البيع الثّاني على ما اذا لم يعلم كيله او وزنه، بل وقع البيع الأوّل من دون كيل، كما اذا اشترى اصوعاً من صبرة مشتملة عليها او اشترى باخبار البائع. اما اذا كاله بحضور المشتري، ثمّ باعه ايّاه فأخذه وحمله الى بيته وتصرّف فيه بالطحن والعجن والخبز، فلا شكّ في كونه قبضاً مسقطاً للضّمان مجوّز للبيع، ولا يلزم تكلف البائع بكيّله مرّة اخرى للاقباض، الى ان قال: ما حاصله انّ كون وجوب الكيل مرّة اخرى للقبض مع تحقّقه اولا عند الثّراء كما نقله في المسالك عن العلامة والشّهيد وجماعة (قدّس الله اسرارهم) وقوّاه ليس بقوي، انتهى.

وقال في جامع المقاصد عند شرح قول المصنّف انّ التسليم بالكيل والوزن فيما يكال او يوزن على رأي المراد به الكيل الذي يتحقّق به اعتبار البيع، ولا بدّ من رفع البائع يده عنه، فلو وقع الكيل ولم يرفع البائع يده، فلا تسليم ولا قبض، ولو اخبره البائع بالكيل او الوزن فصدّقه، واخذ على ذلك حصل القبض، كما نصّ عليه في التّذكرة، ثمّ قال: ولو اخذ المبيع جزافاً او ما اشتراه كيلاً وزناً او بالعكس، فإنّ تيقّن حصول الحقّ فيه صحّ، وإلّا فلا، ذكره في التّذكرة، والذي ينبغي ان يقال: انّ هذا الاخذ باعطاء البائع موجب لانتقال ضمان المدفوع الى المشتري، وانتفاء سلطنة البائع، لو اراد حبسه ليقبض الثّمن لا التّسلط على بيعه، لأنّ بيع ما يكال او يوزن قبل كيله او وزنه على التّحريم او الكراهة

ولو كيل قبل ذلك فحضر كيله او وزنه، ثم اشتراه وأخذه بذلك الكيل فهو، كما لو اخبره بالكيل او الوزن بل هو اولى، انتهى.

ثم الظاهر ان مراد المسالك مما نسبته الى العلامة والشهيد وجماعة من وجوب تجديد الاعتبار لأجل القبض، ما ذكره في القواعد تفريعاً على هذا القول، أنه لو اشترى مكايلة وباع مكايلة فلا بد لكل بيع من كيل جديد ليتم القبض، قال في جامع المقاصد في شرحه أنه لو اشترى ما لا يباع الاً مكايلة وباع كذلك لا بد لكل بيع من هذين من كيل جديد، لأن كل بيع لا بد له من قبض. قال بعد ذلك: ولو أنه حضر الكيل المتعلق بالبيع الأول فاكتفى به، او اخبره البائع فصده لکني نقله وقام ذلك مقام كيله. وفي الدروس بعد تقوية كفاية التخلية في رفع الضمان لا في زوال تحریم البيع أو كراهته قبل القبض، قال: نعم لو خلّى بينه وبين الكيل [المكيل] فامتنع حتى يكتاله لم ينتقل إليه الضمان، ولا يكفي الاعتبار الأول عن اعتبار القبض، انتهى.

وهذا ما يمكن الاستشهاد به من كلام العلامة والشهيد والمحقق الثاني لاختيارهم وجوب تجديد الكيل والوزن لأجل القبض، وان كيل او وزن قبل ذلك، لكن الانصاف أنه ليس في كلامهم ولا غيرهم ما يدل على ان الشيء الشخصي المعلوم كيله او وزنه قبل العقد اذا عقد عليه وجب كيله مرة أخرى، لتحقيق القبض، كما يظهر من المسالك، فلا يبعد ان يكون كلام الشيخ رحمته ومن تبعه في هذا القول وكلام العلامة. ومن ذكر فروع هذا القول مختصاً بما اذا عقد على كيل معلوم من كلي او من صبرة معينة، او على جزئي محسوس، على أنه كذا وكذا، فيكون مراد الشيخ والجماعة من قولهم اشترى مكايلة، أنه اشترى بعنوان الكيل والوزن، في مقابل ما اذا اشترى ما علم كيله سابقاً من دون تسمية الكيل المعين في العقد، لكونه لغواً. والظاهر ان هذا هو الذي يمكن ان يعتبر في القبض في غير البيع ايضاً من الرهن والهبة، فلو رهن اثناء معيناً من صفر مجهول الوزن او معلوم الوزن او وهبه خصوصاً على القول بجواز هبة المجهول. فالظاهر أنه لا يقول احد بأنه يعتبر في قبضه وزنه، مع عدم تعلق غرض في الهبة بوزنه اصلاً.

نعم لو رهن او وهب مقداراً معيناً من الكيل او الوزن، امكن القول باشتراط

اعتباره في قبضه، وأنّ قبضه جزافاً كلا قبض، فظهر أنّ قوله في القواعد اشترى مكايلة وهو العنوان المذكور في المبسوط لهذا القول، كما عرفت عند نقل الاقوال يراد به ما ذكرنا لا ما عرفت من جامع المقاصد.

ويؤيده تكرار المكايلة في قوله وباع مكايلة، ويشهد له ايضاً قوله في موضع آخر لو اخذ ما اشترى كيلاً وزناً وبالعكس، فإن تيقن حصول الحق فيه، الخ.

واظهر من ذلك فيما ذكرنا ما في المبسوط، فإنّه بعد ما صرح باتحاد معنى القبض في البيع والرهن وغيرهما، ذكر أنّه لو رهن صبرة على أنّه كيل كذا، فقبضه ان يكيّله ولو رهنها جزافاً فقبضه ان ينقله من مكانه مع أنّه اختار عدم جواز بيع الصبرة جزافاً، فافهم. وأمّا قوله في الدروس فلا يكفي الاعتبار الأوّل عن اعتبار القبض، فلا يبعد ان يكون تتمّة لما قبله من قوله نعم لو خلى بينه وبينه فامتنع حتّى يكتاله، ومورده بيع كيل معيّن كليّ، فلا يدلّ على وجوب تجديد اعتبار ما اعتبر قبل العقد، ثمّ أنّ ما ذكره في المسالك في صحيحة ابن وهب أوّلاً من أنّ قوله لا يبيعه حتّى يكيّله يصدق مع الكيل السابق، ثمّ استظهاره ثانياً بقرينة استثناء بيع التولية أنّ المراد غير الكيل المشروط في صحّة العقد لم يعلم له وجه، اذ المراد من الكيل والوزن في تلك الصحيحة وغيرها هو الكيل المتوسّط بين البيع الأوّل والثاني. وهذا غير قابل لارادة الكيل المصحّح للبيع الأوّل، فلا وجه لما ذكره أوّلاً اصلاً، ولا وجه لارادة المصحّح للبيع الثاني حتّى يكون استثناء التولية قرينة على عدم ارادته لاشتراك التولية مع غيرها في توقّف صحّتها على الاعتبار، لأنّ السّؤال عن بيع الشيء قبل قبضه، ثمّ الجواب بالفرق بين المكيل والموزون لا يمكن ارجاعها الى السّؤال والجواب عن شرائط البيع الثاني بل الكلام سؤالاً وجواباً نصّ في ارادة قابليّة المبيع قبل القبض للبيع وعدمها فالاولى أنّ استثناء التولية ناظر الى الفرق بين البيع مكايلة، بأن يبيعه ما اشتراه على أنّه كيل معين، فيشترط قبضه بالكيل والوزن، ثمّ اقباضه، وبين ان يوليه البيع الأوّل من غير تعرّض في العقد لكيّله ووزنه، فلا يعتبر توسّط قبض بينهما، بل يكفي قبض المشتري الثاني عن الأوّل.

وبالجملّة فليس في الصّحيحة تعرّض لصورة كيل الشّيء أوّلاً قبل البيع، ثمّ العقد عليه والتّصرف فيه بالنّقل والتّحويل، وإنّ بيعه ثانياً بعد التّصرف هل يحتاج الى كيل جديد لقبض البيع الأوّل، لالاشتراط معلوميّة المبيع في البيع الثّاني ام لا؟ بل ليس في كلام المتعرّضين لبيع ما لم يقبض تعرّض لهذه الصّورة.

القول في وجوب القبض

مسألة: يجب على كلّ من المتبايعين تسليم ما استحقّقه الآخر بالبيع [١]
لاقتضاء العقد، لذلك [٢]

ففعليّة الكيل والوزن مساوقة لقبض المشتري وقبوله، وعلى هذا تنزل كلمات من نسب اليه كون قبض المكيل والموزون بكيله او وزنه، واستثناء التولية انما يكون مناسباً لهذا المقام كما افاده بعض الأكابر، فانه يؤوله البيع الصحيح، ويكون هو المباشر لما يكون وفاء، فكأن اعتبار بيع التولية اعتبار قيام المشتري الثّاني مقام المشتري الأوّل في الطرفية للبيع لانه بيع جديد حتى يعتبر فيه قبض البائع في البيع الثّاني، هكذا افيد.

القول في وجوب القبض

[١] الثّانية يجب على كلّ من المتبايعين تسليم ما استحقّقه الآخر بالبيع بلا خلاف وعن غير واحد دعوى الاجماع عليه وتنقيح القول بالبحث في مقامين:
الأوّل: في دليل وجوب التسليم، وانه هل يجبر عليه لو امتنع من وجب عليه ام لا؟
الثّاني: في الفروع المتفرعة عليه.
اما المقام الأوّل: فيدل عليه امران:
[٢] احدهما: ان مقتضى العقد مالكيّة كلّ من المتبايعين لمال الآخر، ومن لوازم الملك وآثاره سلطنة المالك على ماله بالتصرف فيه بأيّ نحو شاء

فإن قال كل منهما: لا ادفع حتى اقبض، فالاقوى اجبارهما معاً، [١] وفاقاً للمحكي عن السرائر والشرائع وكتب العلامة والايضاح والدروس وجامع المقاصد والمسالك

ويدفع مزاحمة الغير ومطالبته عن بيده المال ووجوب الدفع عليه، وحيث ان هذا من لوازم الملك والملك مقتضى العقد، فيصح ان يقال ان العقد يقتضي وجوب التسليم من حيث مدلوله الالتزامي، ولازم هذا الوجه وجوب التسليم وان امتنع الاخر عنه، لأن ظلم احد لا يسوغ ظلم الاخر.

ولو امتنع عن التسليم هل يجبر عليه من غير ناحية الأمر بالمعروف ام لا؟ ربما يقال انه لا يجبر، لأنه ليس له الا الملك، ولا اثر للملك الا السلطنة التكليفية، ولا وجوب على من بيده المال الا بعنوان اداء مال الغير، والاجبار انما يكون لو امتنع عن حق كي يرفع امره الى الحاكم الذي هو ولي الممتنع. ولكن الأظهر انه يجبر عليه، لأن الحاكم ولي من امتنع عن حق الغير او ماله، ولذا لو كان المال الموروث عند شخص وامتنع عن ادائه يتولاه الحاكم او يجبره على الدفع من باب ولايته على الممتنع.

وبعبارة اخرى: انه وان لم يجبر عليه من ناحية وجوب التسليم الذي هو على هذا المسلك تكليف محض، ولكن يجبر عليه من ناحية موضوعه وهو مال الغير. ثانيهما: ان بناء العقلاء في باب المعاوضات على التسليم والتسلم، فيصير القبض والاقباض من الشروط الضمنية التي التزم بها المتعاقدان في متن العقد، ويكون الخيار لأجل تخلف هذا الشرط الضمني، فكل منهما يستحق على صاحبه تسليم ما في يده، ولازم هذا الوجه هو الاجبار لو امتنع عن التسليم بلا كلام.

الفروع المتفرعة على وجوب التسليم.

واما المقام الثاني: فالفروع المذكورة اربعة:

[١] احدها: انه لو امتنع معا عن التسليم فالمشهور بين الأصحاب انها يجبران

وغيرها، وعن ظاهر التّقيح الاجماع عليه، لما في التّذكرة من أنّ كلّاً منها قد وجب له حقّ على صاحبه، [١] وعن الخلاف أنّه يجبر البائع أولاً على تسليم المبيع، ثمّ يجبر المشتري على تسليم الثّمن، سواء كان الثّمن عيناً أو في الدّمة، لأنّ الثّمن إنّما يستحقّ على المبيع، فيجب أولاً تسليم المبيع ليستحقّ الثّمن، ولعلّ وجهه دعوى انصراف اطلاق العقد الى ذلك. [٢] ولذا استقرّ العرف الى تسمية الثّمن عوضاً وقيمةً ولذا يقبّحون مطالبة الثّمن قبل دفع المبيع، كما يقبّحون مطالبة الاجرة قبل العمل، او دفع العين المستأجرة، والا قوى ما عليه الأكثر، ثمّ إنّ ظاهر جماعة أنّ محل الخلاف في هذه المسألة بين الخاصّة والعامة، ما لو كان كلّ منها باذلاً وتشاحاً في البدنة والتّسليم لا ما اذا امتنع احدهما عن البذل.

قال في المبسوط بعد اختياره، أولاً اجبارهما معاً على التّقابض، ثمّ الحكم بأنّ تقديم البائع في الاجبار اولى، قال هذا اذا كان كلّ منها باذلاً،

معاً لو امتنعا وعن التّقيح الاجماع عليه، وعن الخلاف والمبسوط والغنية وغيرها: انه يجبر البائع اولاً على تسليم المبيع، ثمّ يجبر المشتري على تسليم الثّمن.

وهناك قولان آخران للعامة

الأول: انه يجبر المشتري اولاً على تسليم الثّمن.

الثاني: انه لا يجبران معاً.

[١] واستدل للأول: بان كلا منها امتنع عما وجب عليه فيجبر عليه.

واستدل للثاني:

بان الثّمن تابع للمبيع، ويستحق عليه، فيجب اولاً تسليم المبيع ليستحق الثّمن.

[٢] ووجهه المصنف رحمه الله: بانصراف اطلاق العقد الى ذلك، ولذا استقر العرف الى

تسمية الثّمن عوضاً وقيمةً ويقبّحون مطالبة الثّمن قبل دفع المبيع،

وبانه بتسليمه يستقر البيع ويتم، اذ لو تلف قبل القبض كان من مال البائع.

ويرد على الأول: ان الثّمن عوض لا تابع، وانما يتصف كل من المبيع والثّمن بالعوضية

في مرتبة واحدة وآن واحد، وهو عند تمامية العقد من دون سبق ولحوق اصلاً،

وكذا في مرتبة استحقاق التسليم المعاضى. وكون انصراف اطلاق العقد ذلك ممنوع وتقييح مطالبة الثمن قبل دفع المبيع كتقييح العكس.

ويرد على الثانى: ان البيع يتم قبل القبض، وقد حكم الشارع تعبدا بالانفساخ لو تلف المبيع قبل القبض.

واستدل للثالث:

بان حق المشتري متعين في المبيع فيؤمر بدفع الثمن ليتعين حق البائع، فان للبائع حقا وهو التسلط على الخيار بعد الثلاثة وقد يفوته ذلك بالقبض. كذا في الجواهر.

وما ذكره اولا الى قوله فان للبائع موجود في محكى التذكرة، وذيله اضافته هو اليه، والظاهر كونها وجهين،

فان مآل ما في التذكرة الى انه انما يجب التسليم بعد تعيين حق كل منهما، وقبل تسليم الثمن بما انه لا يكون حق البائع متعينا فيجب البدئة به كي يتعين حقه،

ومرجع ما في الجواهر الى ان تكليف البائع بالبدئة يفوت حقا يختص به وهو خيار التأخير.

والجواب عن الوجه الأول: مضافا الى اختصاصه بالثمن الكلي الذي نبه عليه في آخر كلامه: ان وجوب التسليم كان من باب وجوب رد المال الى صاحبه ام من جهة الشرط الضمني، لا فرق فيه بين المتعين والكلي، ونسبته اليها على حد سواء من دون تقدم وتأخر بينهما.

ويرد على الوجه الثانى: ان وجوب التسليم انما يكون من باب الشرط الضمني، ونسبة ذلك اليها على حد سواء، وتقويت حق احدهما على تقدير لا يصلح مانعا عن العمل بما التزم على نفسه.

واستدل للرابع:

بان الوجوب على كل منهما مشروط بعدم امتناع الاخر، فاذا امتنع معا ارتفع الوجوب عنهما.

وَأَمَّا إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا بِإِذْلٍ أَصْلًا، وَقَالَ لَا أَسْلَمُ مَا عَلَى [١] أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ عَلَى الْبِذْلِ، فَإِذَا حَصَلَ الْبِذْلُ حَصَلَ الْخِلَافُ فِي أَنَّ أَيُّهُمَا يَدْفَعُ هَذَا إِذَا كَانَ مُوسِرًا قَادِرًا عَلَى إِحْضَارِ الثَّنِّ، فَإِنْ كَانَ مَعْسِرًا كَانَ لِلْبَائِعِ الْفَسْخُ وَالرَّجُوعُ إِلَى عَيْنِ مَالِهِ كَالْمُفْلِسِ، انْتَهَى.

وَقَالَ فِي التَّذَكُّرَةِ تَوَهَّمْ قَوْمٌ أَنَّ الْخِلَافَ فِي الْبِدْئَةِ بِالتَّسْلِيمِ خِلَافٌ فِي أَنَّ الْبَائِعَ هَلْ لَهُ حَقُّ الْحَبْسِ أَمْ لَا، إِنْ قُلْنَا بِوُجُوبِ الْبِدْئَةِ لِلْبَائِعِ، فَلَيْسَ لَهُ حَبْسُ الْمُبِيعِ إِلَى اسْتِيفَاءِ الثَّنِّ، وَإِلَّا فَلَهُ ذَلِكَ، وَنَازَعَ أَكْثَرُ الشَّافِعِيَّةِ فِيهِ وَقَالُوا هَذَا الْخِلَافُ مُخْتَصٌّ بِمَا إِذَا كَانَ نِزَاعُهُمَا فِي جَرِّدِ الْبِدْئَةِ، وَكَانَ كُلُّ مِنْهُمَا يَبْذُلُ مَا عَلَيْهِ، وَلَا يَخَافُ فَوْتَ مَا عِنْدَ صَاحِبِهِ، فَأَمَّا إِذَا لَمْ يَبْذُلِ الْبَائِعُ الْمُبِيعَ، وَإِرَادَ حَبْسَهُ خَوْفًا مِنْ تَعَذُّرِ تَحْصِيلِ الثَّنِّ، فَلَهُ ذَلِكَ بِلَا خِلَافٍ، وَكَذَا لِلْمُشْتَرِي حَبْسُ الثَّنِّ خَوْفًا مِنْ تَعَذُّرِ تَحْصِيلِ الْمُبِيعِ، انْتَهَى.

وَقَدْ صَرَّحَ بَعْضُ آخِرِ أَهْلِ بَعْضِ الْخِلَافِ فِي جَوَازِ الْحَبْسِ، لَامْتِنَاعِ الْآخَرِ مِنَ التَّسْلِيمِ، وَلَعَلَّ الْوَجْهَ فِيهِ إِنَّ عَقْدَ الْبَيْعِ مَبْنِيٌّ عَلَى التَّقَابُضِ، وَكَوْنِ الْمَاعِلَةِ يَدًّا يَبِيدُ، فَقَدْ لَزِمَ كُلُّ مِنْهُمَا بِتَسْلِيمِ الْعَيْنِ مَقَارَنًا لِتَسْلِيمِ صَاحِبِهِ، وَالتَّزَمَ عَلَى صَاحِبِهِ أَنْ لَا يَسْلِمَهُ مَعَ الْاِمْتِنَاعِ، فَقَدْ ثَبَتَ بِاطِّلاقِ الْعَقْدِ، لِكُلِّ مِنْهُمَا حَقُّ الْاِمْتِنَاعِ مَعَ اِمْتِنَاعِ صَاحِبِهِ، فَلَا يَرُدُّ أَنْ وَجُوبُ التَّسْلِيمِ عَلَى كُلِّ مِنْهُمَا لَيْسَ مُشْرُوطًا بِتَحَقُّقِهِ مِنَ الْآخَرِ، فَلَا يَسْقُطُ التَّكْلِيفُ بِإِدَاءِ مَالِ الْغَيْرِ عَنْ أَحَدِهِمَا بِعَصِيَّةِ الْآخَرِ، وَإِنْ ظَلَمَ أَحَدُهُمَا لَا يَسُوغُ ظُلْمَ الْآخَرِ هَذَا كُلَّهُ مَعَ عَدَمِ التَّأْجِيلِ فِي أَحَدِ الْعَوَاضِينَ،

وَفِيهِ: إِنْ دَلِيلُ الْوُجُوبِ أَنْ كَانَ مَا دَلَّ عَلَى وَجُوبِ رَدِّ الْمَالِ إِلَى صَاحِبِهِ فَهُوَ مُطْلَقٌ غَيْرُ مُشْرُوطٍ، وَإِنْ كَانَ هُوَ الشَّرْطُ الضَّمْنِي، وَهُوَ أَنْ كَانَ مُقِيدًا بِتَسْلِيمِ الْآخَرِ عَلَى مَا سَتَعْرِفُ الْإِنَانَهُ لَيْسَ مُقِيدًا بِعَدَمِ اِمْتِنَاعِ الْآخَرِ مُطْلَقًا حَتَّى فِيمَا إِذَا كَانَ اِمْتِنَاعُهُ لِأَجْلِ اِمْتِنَاعِ هَذَا عَنِ التَّسْلِيمِ، فَتَدْبِرُ فَانَهُ دَقِيقٌ، فَالْأَظْهَرُ هُوَ الْقَوْلُ الْأَوَّلُ.

[١] ثَانِيهَا: أَنَّهُ لَوْ اِمْتَنَعَ أَحَدُهُمَا عَنِ التَّسْلِيمِ مَعَ تَمَكُّنِ الْآخَرِ مِنَ التَّسْلِيمِ فَانَهُ يُجْبَرُ عَلَيْهِ، وَهَلْ يُجِبُّ التَّسْلِيمَ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ كَمَا عَنِ الْحَقِّقِ الْأُرْدُبِيلِيِّ، أَمْ يَجُوزُ لَهُ عَدَمُ التَّسْلِيمِ كَمَا عَنِ الْمَشْهُورِ؟ وَجْهَانِ:

فلو كان احدهما مؤجلاً لم يجز حبس الآخر. [١] قال في التذكرة: ولو لم يتفق تسليمه حتى حلّ الاجل لم يكن له الحبس ايضاً ولعل وجهه ان غير المؤجل قد التزم بتسليمه من دون تعليق على تسليم المؤجل اصلاً وهذا مما يؤيد ان حقّ الحبس ليس لمجرد ثبوت حقّ للحابس على الآخر، فيكون الحبس بازاء الحبس،

قد استدلّ للأول: بان الانتقال بالعقد يقتضي وجوب الدفع على كل واحد منهما، ومنع احدهما حق الآخر وظلمه لا يجوز الظلم للآخر ومنعه حقه، واستجوده المحدث البحراني رحمه الله.

ولكن الأظهر هو الثاني، فانه التزم كل منهما في ضمن العقد ان يسلم بازاء التسليم، ولازم ذلك عدم المطالبة مع عدم التسليم، ومعه فليس للممتنع مطالبة صاحبه، ومن المعلوم انه لا يجب دفع ما لا يستحق صاحبه مطالبته.

وان شئت قلت: ان الالتزام بالتسليم المعاوضي ينحل الى التزامين: الالتزام بالتسليم عند تسليم الآخر، والالتزام بعدم التسليم مع امتناعه عنه.

[١] ثالثها: انه لو كان تسليم احد العوضين مؤجلاً لا اشكال في انه لا يجب على مشترك التاخير التسليم ويجب على غيره،

انما الكلام فيما اذا لم يسلم غير مشترك التاخير حتى حل الأجل، وانه هل لكل تسليم حكم نفسه، فلو امتنع احدهما عنه ليس للآخر الامتناع عنه كما عن الاكثر، ام يعود حكم التقابض؟ وجهان مبنيان على

انه كما لا التزام بالتسليم المعاوضي قبل حلول الأجل هل لا يكون التزام به بعده ايضاً، ام هناك التزام بالتسليم المطلق قبل حلول الأجل، وبالتسليم المعاوضي بعده اذا فرض عدم تسليم غير المؤجل. صريح الجواهر والتبصرة وغيرهما هو الأول،

ولكن المراجع الى اهل العرف يطمئن بالثاني افرض انه بعد العقد المذكور اطمئن غير مشترك التاخير بان صاحبه لا يسلم بعد حلول الأجل، فهل يلزمه اهل العرف بالتسليم، كلا وليس ذلك الا لأجل الالتزام الضمني، فالأظهر هو الثاني.

ثم ان مقتضى ما ذكرنا من عدم وجوب التسليم مع امتناع الآخر وعدم استحقاق الممتنع لقبض ما في يد صاحبه أنه لو قبضه الممتنع بدون رضا صاحبه لم يصحّ القبض، [١] فصحة القبض بأحد امرين: أمّا اقباض ما في يده لصاحبه فله حينئذ قبض ما في يد صاحبه ولو بغير اذنه، وأمّا اذن صاحبه سواء أقبض ما في يده ام لا؟ كما صرح بذلك في المبسوط والتذكرة، وصرح فيها بأن له مطالبة القابض برّد ما قبض بغير اذنه، لأنّ له حقّ الحبس والتوثق الى ان يستوفي العوض، وفي موضع من التذكرة أنّه لا ينفذ تصرفه فيه، [٢] ومراده التصرف المستوقف على القبض، كالبيع او مطلق الاستبدال، ثمّ اذا ابتدأ احدهما بالتسليم أمّا لوجوبه عليه كالبائع على قول الشيخ، او لتبرّعه بذلك اجبر الآخر على التسليم، ولا يحجر عليه في ما عنده من العوض، ولا في مال آخر لعدم الدليل.

مسألة: يجب على البائع تفريغ المبيع من امواله مطلقاً ومن غيرها في الجملة، [٣] وهذا

[١] رابعها: انه بناء على الالتزام بالتسليم المعاوضي، لو قبض الممتنع ماله بغير اذن صاحبه، فلا كلام في ان لصاحبه استرداده، لأنه وان كان ماله الا ان المفروض ان لصاحبه حق الامتناع عن تسليمه وتسلمه على حبسه مع امتناع القابض عن التسليم، [٢] انما الكلام في تصرفاته وانها هل تجوز ام لا. وفي الجواهر: اختيار الثاني: واستدل له: بانه المناسب للارفاق، وحديث الضرر.

وفيه: ان المناسب للارفاق وحديث الضرر هو الأول، فانه ماله، ولا يكون متعلّقاً لحق الغير، اذ لم يثبت بالالتزام الا جواز الامتناع لا حدوث حق في العين يمنع عن التصرف فيها، ومنع المالك عن التصرف في ماله ضرر عليه، فالأظهر هو الأول.

لزوم التفريغ

[٣] الثالث لا خلاف ولا اشكال في انه يجب على البائع تفريغ المبيع من امواله مطلقاً ومن غيرها في الجملة.

وهذا الوجوب ليس شرطياً بالنسبة الى التسليم، [١] وان اوهه بعض العبارات ففي غير واحد من الكتب أنه يجب تسليم المبيع مفرغاً، والمراد ارجاع الحكم الى القيد والآن التسليم يحصل بدونه، وقد تقدّم عن التذكرة، وكيف كان فيدلّ على وجوب التفريغ ما دلّ على وجوب التسليم، فإنّ اطلاق العقد، كما يقتضى اصل التسليم كذلك يقتضي التسليم مفرغاً، [٢] فإنّ التسليم بدونه كالعدم بالنسبة الى غرض المتعاقدين، [٣] وان ترتّب عليه احكام تعبدية كاللّخول في ضمان المشتري ونحوه، فلو كان في الدّار متاع وجب نقله فوراً، فإنّ تعذّر في اول ازمة الامكان

وتنقيح القول في المقام بالبحث في فروع:

[١] الأول: يجب على البائع تفريغ المبيع من امواله ومن غيرها الامع علم المشتري باشتغاله به ورضاه بذلك، والدليل عليه ما دلّ على وجوب التسليم من الوجهين.

الثاني: ان وجوب التفريغ هل هو نفسي كوجوب التسليم او شرطي؟ ظاهر كلمات القوم هو الثاني حيث قالوا: يجب التسليم مفرغاً.

واستدل المصنف ﷺ للأول بوجهين:

[٢] احدهما: ان اطلاق العقد كما يقتضي اصل التسليم كذلك يقتضي التسليم مفرغاً،

والمراد بالاطلاق اما هو الشرط المضمر، او ان مقتضى العقد هو مالكية كل من

المتعاقدين لما في يد الاخر،

ويترتب على كل منهما آثار الملكية منها سلطنة مالكة عليه ودفع مزاحمة الغير،

وترك التفريغ مزاحمة له في سلطانه على الانتفاع بماله فيجب التفريغ دفعا للمزاحمة.

والظاهر ان مقتضى كلا الوجهين ما افاده من الوجوب النفسي،

اما الثاني: فواضح،

اما الأول: فلأن الشرط ليس واحداً وهو التسليم التام، بل هو اثنان لتعدد الغرض

من كون المبيع تحت سلطانه، والانتفاع به بجميع الانتفاعات.

[٣] ثانيهما: ان التسليم بدونه كالعدم بالنسبة الى غرض المتعاقدين.

ولو تراخى زمان الامكان، وكان المشتري جاهلاً كان له الخيار، لو تضرر بفوات بعض منافع الدار عليه. [١] وفي ثبوت الأجرة لو كان لبقائه اجرة الى زمان الفراغ وجه، ولو كان تأخير التفرغ بتقصيره فينبغي الجزم بالاجرة، [٢] كما جزموا بها مع امتناعه من اصل التسليم.

وفيه: انه لو تم لدل على الوجوب الشرطي لا النفسي كما لا يخفى.

[١] الثالث: لو تراخى زمان الامكان ومضت مدة ولم يتمكن البائع من التفرغ او لم يفرغ فقد حكم المصنف عليه السلام بالخيار مع شرطين، وهما: كون المشتري جاهلاً، وتضرره بفوات بعض المنافع. والظاهر ان نظره الى حديث لا ضرر المختص بصورة التضرر والجهل، ولكن بما ان هذا الخيار يمكن اثباته من باب تخلف الشرط، فلا يكون مقيداً بصورة التضرر وفوات بعض المنافع.

[٢] الرابع: لو مضت مدة وفات فيها بعض المنافع، فان كان بتقصير منه كان تفويتا للمنفعة فتشمله قاعدة من اتلف ^(١) ويثبت ضمانه،

وان لم يكن كذلك، فان كان الفوات - اي فوات المنفعة - مستنداً اليه ولو كان من غير اختيار منه ضمن لقاعدة من اتلف والا فلا، اذ لا اتلاف، ولا يد ^(٢) عليها لفرض كونها تحت يد المشتري، فلا موجب للضمان.

واما قاعدة احترام مال المسلم ^(٣) وقاعدة نفي الضرر، ^(٤) فقد تقدم في الجزء الثالث من هذا الشرح انه لا يمكن اثبات الضمان بهما.

(١) قاعدة مستفادة من مضامين الأخبار وعليها الاجماع.

(٢) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠ كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧.

(٣) الوسائل - باب ٣ - من ابواب القصاص في النفس حديث ٣.

(٤) الوسائل - باب ١٧ - من ابواب الخيار وقد مر في خيار الغبن عمدة مصادر الحديث.

ولو كان في الأرض زرع قد احصد وجب ازالته لما ذكرنا، وان لم يحصد [١]
وجب الصبر الى بلوغ أوانه للزوم تضرر البائع بالقلع. [٢] وأما ضرر المشتري
فينجبر بالخيار مع الجهل، [٣] كما لو وجدها مستأجرة، ومن ذلك يعلم عدم الاجرة
لأنه اشترى ارضاً تبين انها مشغولة

حكم ما لو كانت الأرض مشغولة بالزرع

[١] الخامس: لو كانت الأرض مشغولة بزراع للبائع لم يبلغ اوان حصاده،

ففيه جهات من البحث:

الأولى: انه هل يجب على المشتري الصبر الى بلوغ اوانه، ام له السلطنة على المنع
من ابقاء الزرع، ام له القلع او الالتزام بقلعه؟

[٢] قد استدل للأول: بلزوم تضرر البائع بالمنع من الابقاء والقلع، فسلطنة
المشتري على المنع من الابقاء مرفوعة بقاعدة نفي الضرر.

واورد عليه تارة: بان البائع اقدم على هذا الضرر ببيعه الذي هو نقل للمنافع الى
ملك الغير تبعاً للأرض.

واخرى: بانه معارض بتضرر المشتري من عدم سلطنته على المنع وكون ذلك تحت
استيلاء البائع.

[٣] ودفع ذلك بانجبار ضرره بالخيار كما في المتن غريب،

فان لزوم البيع ليس ضرورياً كي يثبت الخيار، بل الموجب للضرر هو سلطنة البائع
على الابقاء وعدم سلطنة المشتري على المنع، ومعلوم ان القاعدة انما ترفع كل حكم كان
ضرورياً ولا تدل على رفع حكم آخر وان لزم منه عدم الضرر من هذا الحكم.
وفيها نظر:

اما الأول: فلأن صدق الاقدام على الضرر يتوقف على ثبوت السلطنة للمشتري
على المنع عن الابقاء، وهي مرفوعة بالحديث، فلا اقدام على الضرر.

وان شئت قلت: ان صدق الاقدام متوقف على ثبوت السلطنة، وهو يتوقف على
صدق الاقدام والافهى ترتفع بالحديث، وهذا دور.

فلا يثبت أكثر من الخيار، [١] ويحتمل ثبوت الاجرة، لأنه اشترى ارضاً لا يستحقّ عليها الاشتغال بالزّرع، والمالك قد ملك الزرع غير مستحقّ للبقاء فيتخيّر بين ابقائه بالاجرة [٢] وبين قلعه، لتقديم ضرر القلع على ضرر فوات منفعة الأرض بالاجرة، ويحتمل تخيير المشتري بين ابقائه بالاجرة وقلعه بالارش، ويحتمل ملاحظة الأكثر ضرراً

واما الثاني: فلأن عدم السلطنة لا يكون مشمولاً لحديث لا ضرر فانه مختص بالأحكام الوجودية، والبائع لا سلطنة له على الابقاء، فان الانسان مسلّط على مال نفسه دون مال غيره، والسلطنة على الابقاء سلطنة على مال الغير، فعدم هذه السلطنة لعدم المقتضى لوجود المانع،

فالأظهر انه لا سلطنة له على المنع من الابقاء او القلع او الالزام بقلعه.

[١] الثانية: هل للمشتري الخيار مع الجهل ام لا؟ الظاهر ذلك لتخلّف الشرط المضر، فان بناء المتعاقدين ارتكازاً كما مر على تسليم المبيع مفرغاً.

[٢] الثالثة: هل للمشتري الاجرة مع اختيار البائع الابقاء وعدم اعمال المشتري للخيار ام لا؟

الأظهر هو الأول، فان العين بما لها من المنافع تنتقل بالبيع الى المشتري، والبائع يستوفي منفعتها المملوكة له بابقاء الزرع، فلا بد من دفع الاجرة لاحترام مال المسلم. ودعوى ان احترام المال سقط بمقتضى حديث لا ضرر الدال على انه لا سلطنة للمشتري على المنع من ابقاء الزرع ومعه لا وجه للبناء على بقاء احترامه وعدم ذهابه هدرًا، مندفعاً بان لكل مال مضاف الى مسلم حيثيتين: حيثية المالية، وحيثية الملكية، ولكل منها احترام، ومقتضى الاحترام من الحيثية الاولى عدم ذهابه بلا تدارك، ومقتضى الاحترام من الحيثية الثانية عدم مزاحمة المالك في سلطانه بالتصرف فيه من غير اذنه ورضاه.

وحديث لا ضرر انما اسقط الاحترام من الحيثية الثانية، ولا وجه لسقوط الاحترام من الحيثية الاولى، فالأظهر ثبوت الاجرة.

لو احتاج تفريق الارض الى هدم شيء ٥١٥

ولو احتاج تفريغ الأرض الى هدم شيء [١] هدمه باذن المشتري، [٢] وعليه طمّ ما يطمّ برضى المالك واصلاح ما استهدم او الارش [٣] على اختلاف الموارد، فإنّ مثل قلع الباب او قلع ساجة منه اصلاحه اعادته بخلاف هدم حائط، فإنّ الظاهر لحوقه بالقيمي في وجوب الارش له والمراد بالارش قيمة الهدم لا ارش العيب. [٤]
وبالجملّة فقطضى العرف الحاق بعض ما استهدم بالمثل وبعضه بالقيمي، ولو الحق مطلقاً بالقيمي كان له وجه، ويظهر منهم فيما لو هدم احد الشريكين الجدار المشترك بغير اذن صاحبه اقوال ثلاثة

لو احتاج تفريغ الأرض الى هدم شيء

[١] السادس: لو احتاج تفريغ الأرض الى هدم شيء هدمه.

والكلام في هذا الفرع ايضا في جهات:

[٢] الاولى: هل يتوقف الهدم على اذن المشتري ام لا؟

ربما يقال بعدم التوقف نظرا الى ان شرط التفريغ شرط لذلك كله، وبناء عليه قيل لا يجب بعد الهدم اصلاح ما افسد.

وفيه: ان شرط التفريغ ليس الا شرط كون الدار فارغة لا شرط فعل البائع، مع انه شرط له لا عليه، وعليه فلو سلم كون الشرط هو التفريغ المتوقف على الهدم لا وجه للقول بعدم وجوب الاصلاح، اذ قد عرفت ان للمال المضاف الى المسلم بالاضافة الملكية حيثيتين، ولكل منها احترام، وسقوط احترامه من احدى الحيثيتين لا يوجب سقوطه من الحيثية الاخرى.

[٣] الثانية: انه بعد الهدم هل يجب اعادته او الارش ام هناك فرق بين ما كان مثليا

كحائط البساتين فالاعادة، وبين ما لم يكن كذلك فالارش؟ وجوه،

والأظهر هو الأخير، ولا يخفى وجهه.

الثالثة: ان الارش الذي يؤخذ هل هو قيمة الهدم او ارش العيب؟

[٤] صرح المصنف بالأول، وهو الأظهر، فان هذا العيب انما طرأ باذن المشتري،

وانما يحكم بضمّان القيمة لا جل الاحترام بالتقريب المتقدم.

الاعادة مطلقاً، كما في الشرائع. وعن المبسوط والارش كذلك، كما عن العلامة والمحقق والشهيد الثائنين، والتفصيل بين ما كان مثلياً كحائط البساتين والمزارع وإلاّ فالارش كما عن الدّروس، والظاهر جريان ذلك في كسر الباب والشّبايك وفتق، الثّوب من هذا القبيل.

مسألة لو امتنع البائع من التسليم، [١] فإن كان لحقّ، كما لو امتنع المشتري عن تسليم الثّمن فلاثم، وهل عليه اجرة مدّة الامتناع احتمله في جامع المقاصد، إلاّ أنّ منافع الاموال الفاتئة بحقّ لا دليل على ضمانها، [٢]

لو امتنع البائع عن التسليم

[١] الرابعة: في امتناع البائع عن التسليم، وفيها فروع:
الأول: انه لو كان الامتناع لاعن حق لا كلام في ضمان المنافع، فانه كغيره من الغاصبين.

الثاني: اذا كان امتناعه عن حق، فان استوفى البائع المنفعة ضمن بلا كلام لاستيفائه منافع مال الغير، وان لم يستوفها ففيه وجهان بل قولان،
قد استدلل للضمان: بان جواز الحبس غير سقوط حق المنفعة.
توضيحه: ان مقتضى اليد والاتلاف الضمان، ولا مانع سوى جواز الحبس، وهو لا يصلح للمانعية، والمصنف قال:

[٢] الا ان منافع الأموال الفاتئة بحق لا دليل على ضمانها.

توضيحه: ان مال الغير اذا جاز حبسه اما ان يكون من جهة كونه امانة مالكية، او يكون من جهة كونه امانة شرعية، ولكل منهما وجه في المقام، فان الالتزام بالتقاضي المعاوضي مقتضاه استحقاق الحبس، وهو اقوى من التامين المالكى، والمفروض ان الشارع الأقدس ايضا رخص في الحبس، وعلى التقديرين لاضمان، اذ لا سبيل على الأمين.

وعلى المشتري نفقة المبيع، [١] وفي جامع المقاصد ما اشبه هذه بمنع الزوجة نفسها حتى يقبض المهر، فإن في استحقاقها النفقة تردداً [٢] قال ويحتمل الفرق بين الموسر والمعسر، انتهى.

ويمكن الفرق بين النفقة في المقامين ولو طلب من البائع الانتفاع به في يده. [٣] ففي وجوب اجابته وجهان، ولو كان امتناعه لا لحق وجب عليه الاجرة، لأنه عاد ومقتضى القاعدة ان نفقته على المشتري.

[١] الثالث: هل على المشتري نفقة المبيع ام لا، ام هناك تفصيل بين كونه عن حق وعليه النفقة، وبين كونه لا عن حق فعلي البائع؟ وجوه،

اظهرها الأخير، فان الحبس عن حق لا يوجب سقوط نفقة المملوك عن مالكه فضلاً عن ثبوتها للبائع،

واما في الحبس لا عن حق فمقتضى صحيح ابي ولاد^(١) كون النفقة على الغاصب.

[٢] الرابع: الاشكال في عدم وجوب نفقة الزوجة مع عدم التمكين اذا كان الامتناع

لا عن حق لاشتراط وجوبها بالتمكين التام،

انما الاشكال فيما اذا كان الامتناع عن حق، كما اذا امتنعت حتى تقبض المهر.

ومنشأ الاشكال: ان الشرط هو التمكين الواجب عليها، وحيث لا وجوب مع جواز

الامتناع فيجب النفقة او التمكين المطلق، فلا تجب،

ولعل الظاهر هو الأول،

وعليه فالفرق بين النفقة في المقامين واضح، فان نفقة المملوك غير مشروطة بخلاف

نفقة الزوجة.

[٣] الخامس: لو طلب المشتري من البائع الانتفاع به في يده فهل تجب اجابته ام

لا؟ وجهان مبنيان على ان الملتزم به هو التقاوض المعاوضي خاصة، فلا دليل في مقابل

قاعدة السلطنة المقتضية للسلطنة على جميع التصرفات ومنها ذلك، فان الشرط هو عدم

التسليم مع امتناع صاحبه عنه، او هو المنع من التصرفات،

ولا يبعد اظهرية الثاني

الكلام في احكام القبض، وهى التى تلحقه بعد تحققه مسالة من احكام القبض انتقال الضمان ممن نقله الى القابض، فقبله يكون مضموناً عليه بعوضه اجماعاً مستفيضاً، بل محققاً، [١] ويسمى ضمان المعاوضة [٢] ويدلّ عليه قبل الاجماع النبوي المشهور: كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه، وظاهره بناء على جعل من للتبعض أنّه بعد التّلف يصير مالاً للبائع، لكن اطلاق المال على التّالف إنّما هو باعتبار كونه مالاً عند التّلف، وبهذا الاعتبار يصحّ ان يقع هو المصالح عنه اذا اتلفه الغير لاقيمته،

انتقال الضمان الى القابض

[١] من احكام القبض: انتقال الضمان ممن نقله الى القابض، فقبله يكون مضموناً عليه بعوضه اجماعاً.

وملخص القول فيه: انه لا كلام ولا اشكال في ذلك، وانه لو تلف قبل القبض يكون ضمانه على البائع. ويشهد له النبوي المشهور: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه. (١) وخبر عقبة بن خالد عن مولانا الصادق عليه السلام في رجل اشترى متاعاً من رجل واوجبه غير انه ترك المتاع عنده ولم يقبضه قال: آتيك غداً أن شاء الله تعالى فسرقت المتاع، من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته، فاذا اخرجته من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد اليه ماله (٢) انما الكلام في مواضع:

[٢] الأول: ان الضمان الثابت في المقام هل هو ضمان المعاوضة بحيث يتلف المبيع من البائع حقيقة كما في المتن

او ضمان الغرامة، بحيث يتلف في ملك المشتري بحيث يكون تلفه عليه

كما صرّح به في باب الصّلع من الشّرائع والتّحرير، وحينئذ فلا بدّ من ان يكون المراد بالنّبوي: انّ المبيع يكون تالفاً من مال البائع. ومرجع هذا الى انفساخ العقد قبل التّلف آنأما، ليكون التّالف مالاً للبائع. [١]

والمحصل انّ ظاهر الرّواية صيرورة المبيع مالاً للبائع بعد التّلف، لكن لما لم يتعلّق ذلك تعين ارادة وقوع التّلف على مال البائع ومرجعه الى ما ذكره في التّدكرة وتبعه من تأخّر عنه من أنّه يتجدّد انتقال الملك الى البائع قبل الهلاك بجزء لا يتجزأ من الزّمان، وربّما يقال تبعاً للمساالك انّ ظاهر كون المبيع التّالف قبل القبض من مال البائع يوهّم خلاف هذا المعنى

ولعلّه لدعوى انّ ظاهر كونه من ماله كون تلفه من ماله، بمعنى كون دركه عليه فيوهم ضمانه بالمثل والقيمة

ويكون منه حقيقة كما عن المسالك؟ وجهان:

الأظهر هو الأول، وذلك لأن مدرك الضمان هو النّبوي وخبر عقبة، وهما ظاهران في ذلك،

[١] اما النّبوي فلأن من اما نشوية او للتبويض او للابتداء،

فان كانت نشوية كان معنى الخبر: ان المبيع التالف بهذا الوصف ينشأ من مال

البائع، ولازم ذلك كون التالف قبل التلف مالا له، والالم يكن التلف ناشئاً من ملكه.

وبعبارة اخرى: ان ظاهره على هذا وقوع التلف على مال البائع، وحيث انه ليس

المراد رجوعه اليه مجاناً، بل المراد رجوعه اليه ببذله فلازم ذلك انفساخ المعاملة.

وان كانت للتبويض، فظاهره وان كان صيرورة المبيع ملكا للبائع بالتلف الا ان

ذلك لما كان غير معقول، فلا بد وان يراد به كونه ملكا له قبل التلف آناما، ويكون اطلاق

المال عليه بعد التلف باعتبار كونه مالا له قبله.

وان كانت للابتداء، بان يكون ضمير هو عائدا الى التلف المستفاد من الماضي

المشتق منه كما في مثل ﴿اعدلوا هو اقرب للتقوى﴾ فيكون مفاده: ان التلف من البائع،

ولازم ذلك الانفساخ، اذ فرق بين كون التلف منه وكونه عليه، ولازم الأول دخوله في ملكه.

ومما ذكرنا من أنّ معنى الضّمان هنا يرجع الى انفساخ العقد بالتلف وتلف المبيع في ملك البائع، ويسمّى ضمان المعاوضة لا ضمانه عليه مع تلفه من المشتري، كما في المغصوب والمستام وغيرهما، ويسمّى ضمان اليد يعلم أنّ الضّمان فيما نحن فيه حكم شرعي لا حقّ مالي، فلا يقبل الاسقاط. [١] لذا لو أبرأ المشتري من الضّمان لم يسقط، كما نصّ عليه في التذكرة والدّروس، وليس الوجه في ذلك أنّه إسقاط مالم يجب، كما قد يتخيّل ويدلّ على الحكم المذكور أيضاً، رواية عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجبه، غير أنّه ترك المتاع عنده ولم يقبضه، قال آتيك غداً إن شاء الله فسرقت المتاع من مال من يكون؟ قال من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتّى يقبض المتاع ويخرجه من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتّى يرد إليه ماله. ولعلّ الرواية أظهر دلالة على الانفساخ قبل التلف من التّبوي. وكيف كان

فما افاده المحقق الايرواني عليه السلام من انه على هذا لا يدل على الانفساخ لصدق كون التلف منه مع ثبوت عوضه في امواله

غير تام، فانه يصدق كون التلف عليه لامنه.

واما خبر عقبة: فلأن قوله فسرقت المتاع من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع ظاهر في ان السرقة تكون من مال البائع، ولا يكون ذلك الا بالانفساخ حتى تكون سرقة منه.

[١] الثاني: ان هذا الضمان هل هو حق قابل للاسقاط، ام حكم شرعي غير قابل له؟ وجهان.

اقوامها الثاني، فان الضمان المعاوضي معناه كون المبيع بعد البيع، بحيث اذا تلف قبل قبضه ينفسخ العقد شرعاً، وهذه الحيثية بالاضافة الى الانفساخ والملكية من قبيل القوة بالاضافة الى الفعلية،

وليس شيء منها حقاً قابلاً للاسقاط لا الانفساخ والملكية الفعلية ولا هذه الحيثية، وعليه فلا يصح اسقاطه.

فلا خلاف في المسألة أعني بطلان البيع عند التلف لا من أصله، [١] لأنّ تقدير مائيّة البائع قبل التلف مخالف لأصالة بقاء العقد، [٢] وإنّما احتيج إليه لتصحيح ما في النص من الحكم بكون التلف من مال البائع، فيرتكب بقدر الضرورة ويترتب على ذلك كون النماء قبل التلف للمشتري. وفي معناه الركاز الذي يجده العبد المبيع التالف قبل القبض، وبعد وجدانه للركاز وما وهب منه فقبله وقبضه أو أوصى له به فقبله ثمّ مات العبد أي العبد الموصى له به قبل قبض المشتري اياه

[١] الثالث: انه على الانفساخ هل يبطل البيع عند التلف، او من اصله؟ وجهان.
[٢] استدل المصنف رحمه الله للأول بان تقدير كونه ملكا للبائع قبل التلف مخالف لأصالة بقاء العقد.

وحاصله: ان الأصل بقاء العقد الى التلف، رفعنا اليد عن ذلك بالنسبة الى ما قبل التلف، فيبقى الباقي عملاً بالاستصحاب الى حين العلم بالزوال.
واورد عليه المحقق الشيخ رحمه الله: بان القول بالبطلان من رأس وان كان مخالفاً لما دل على صحة البيع ونفوذه وحرمة نقضه، ولكن هذا لازم على تقدير القول بالانفساخ قبل التلف آناً، فان مقتضى اطلاق تلك الأدلة ثبوت الملك ووجوب الوفاء في جميع الأزمنة لا مجرد ثبوت الملك آناً، مضافاً الى لزوم مخالفة قاعدة سلطان الناس على اموالهم وانفسهم،^(١) فان مقتضى الأول عدم خروج مال احد عن ملكه بدون رضاه، ومقتضى الثاني عدم دخول شيء في ملكه بدون رضاه، والانفساخ القهري موجب لحرم كل من القاعدتين، بل يلزم من ذلك خرم قاعدة الخراج بالضمان،^(٢) حيث ان الخراج على هذا التقدير للمشتري والضمان للبائع، بخلاف ما لو قلنا بالانفساخ من رأس، فان الضمان والخراج للبائع، فالقول بالانفساخ من رأس مخالف لقاعدة واحدة، والقول بالانفساخ حين التلف مخالف لقواعد اربع، فيقدم الأول ترجيحاً لحفظ القواعد الأربع على حفظ دليل واحد،

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

(٢) المبسوط كتاب البيوع فصل الخراج بالضمان صحيح الترمذي ج ٥ ص ٢٨٥.

كما صرّح به في المبسوط والتذكرة وصرّح العلامة بأن مؤنة تجهيزه لو كان مملوكاً على البائع، وهو مبني على ثبوت الملك التحقيقي قبل التلف [١]

ولو فرض التكافؤ والتساقط فالمرجع اصابة فساد العقد وعدم انتقال كل من العوضين عن صاحبه الأصلي الى غيره.

وفيه: اما مخالفة القول بالانفساخ من حين التلف لدليل صحة البيع ونفوذه، فيردها: ان العقد الصحيح هو ما يؤثر في الملكية المرسله، والفسخ او الانفساخ لا يوجب عدم التأثير كي ينافيه، بل يوجب رفع هذه الملكية المرسله.

واما مخالفته لقاعدة السلطنة على النفس والمال، فيردها: ان دليل السلطنة انما ينفي تصرف غيره من الناس، والانفساخ حكم شرعي لامعنى لكون دليل السلطنة نافيا له. واما مخالفته لقاعدة الخراج بالضمان،

فيردها: ما تقدم من عدم التلازم بينهما، وانما مفاد الحديث - على فرض وجوده - ان الضمان، المعاوضي اي ملكية العين بازاء شيء تتبعها ملكية المنافع، فالأظهر هو الانفساخ من حين التلف.

[١] قوله وهو مبني على ثبوت الملك التحقيقي قبل التلف
اورد عليه المحقق التقي رحمته الله بانه يمكن ان يلتزم بالانفساخ الحكمي، ويترتب عليه كون مؤونة التجهيز على البائع، بان يقال انه اذا حكم على الملك الحكمي، فظاهره ايضاً الملكية المطلقة الحكمية ومقتضاه ترتيب جميع احكام الملك والتنزيل منزلة الملك في جميع الاحكام، ومن الاحكام وجوب تجهيز العبد على المالك اذا مات

وفيه: ان الخبر ليس في مقام بيان ثبوت الملك للبائع كي يتمسك باطلاقه، بل في مقام بيان تلف الملك من البائع وحيث انه لا يعقل تلف الملك منه حقيقة فهو تلف الملك منه حكماً ولا اثر لذلك الا الانفساخ، وبالمجمله لو كان لسان الدليل ملكية البائع تم ما افاده، ولكن بما ان لسانه كون التالف من ملك البائع ولا اثر لهذا سوى الانفساخ فلا يتم

لا مجرد تقدير الملك الذي لا بدّ فيه من الاختصار على الحكم الثابت المحوج إلى ذلك التقدير دون ما عداه من باقي آثار المقدّر إلا أن يقال: بأنّ التلف من البائع يدلّ التزاماً على الفسخ الحقيقي، [١] ثمّ أنّه يلحق بالتلف تعذر الوصول إليه عادة مثل سرقة على وجه لا يرجى عوده [٢]

[١] وعلى هذا فهل الانفساخ حقيقي او حكمي قولان؟

وقد استدلل للثاني بوجهين:

احدهما: ان المال في الان المتصل بقائه بانعدامه يخرج عن المالية والملكية، اذ الشيء الذي يتلف في آن وجوده لقيمة له في العرف ولا يبذل العقلاء بازائه مالا. وفيه: اولاً: انه لا يوجب سلب المالية ما لم يكن معلوما لعامة الناس. وثانياً: ان تقديره ملكاً انما هو لرجوع ما جعل عوضاً عنه الى مالكه، ولا فرق في ذلك بين كونه مالا وعدمه.

الثاني: ما استند اليه المحقق التقي رحمه الله، وهو: ان الجزء غير المتجزئ من الزمان غير موجود، فالملك الحقيقي ان وجد لا في زمان فهو محال، وان وجد في زمان فيكون هذا الزمان لامحالة قابلاً للتجزئة، فيمكن فرض الملك في الأقل من ذلك، فلو حكم بالملك في هذا المقدار مع امكان الأقل منه فلم لا يحكم في اكثر من ذلك، ولو التزم بكون الملك في اقل من الزمان المفروض ينقل الكلام في ذلك المقدار الأقل ونقول فيه ما قلناه في الفرض الأول. وفيه: انه يلتزم بالملك في الجزء الاخر من الزمان عرفاً، وكون ذلك الجزء قابلاً للتجزئة عقلاً غير مناف بعد كونه غير قابل لها عرفاً.

فالأظهر هو الانفساخ الحقيقي على ما تقتضيه ظواهر الأدلة، فان ما دل على كون التلف من البائع يدل بالالتزام على الانفساخ الحقيقي.

[٢] الرابع: ان التلف الحقيقي مساوق للانعدام، الا ان التلف عرفاً اعم منه، ومن كل

ما لا يرجى معه عود المبيع كما هو ظاهر خبر عقبة بن خالد،^(١) حيث حكم فيه بانه من البائع بسبب السرقة.

وعليه يحمل رواية عقبة المتقدمة، قال في التذكرة ووقوع الدرة في البحر قبل القبض كالتلف، وكذا انفلات الطير والصيد المتوحش ولو غرق البحر الأرض المبيعة، أو وقع عليها صخور عظيمة من جبل، أو كسيها رمل، فهي بمثابة التلف، أو يثبت به الخيار للشافعية وجهان: أقواهما الثاني، ولو ابق العبد قبل القبض أو ضاع في انتهاب العسكر لم يفسخ البيع لبقاء المايّة ورجاء العود، انتهى.

وفي التذكرة أيضاً لو هرب المشتري قبل وزن الثمن، وهو معسر مع عدم الاقباض احتمل ان يملك البائع الفسخ في الحال لتعذر استيفاء الثمن والصبر ثلاثة ايام للرواية، والاوّل اقوى لورودها في الباذل، وان كان موسراً اثبت البائع ذلك عند المحاكم، ثم ان وجد له ما لأقضاء والإبّاع المبيع وقضى منه، والفاضل للمشتري والمعوز عليه، انتهى.

وفي غير موضع ممّا ذكره تأمل، ثم انّ ظاهر كثير من الاصحاب: أنّه لا يعتبر في القبض المسقط للضمان وقوعه صحيحاً جامعاً لما يعتبر فيه، [١] فلو وقع بغير اذن ذي اليد كفى في رفع الضمان، كما صرح به في التذكرة، والدروس، وغيرهما، ولو لم يتحقّق الكيل والوزن [٢]

لا يقال: ان تعذر التسليم عد من اسباب الخيار مع ان لازم هذا الوجه الانفساخ بسببه.

فانه يقال: تعذر التسليم ربما يكون مع العلم بالتمكن بعد حين او مع الشك، وربما يكون مع العلم او الاطمئنان بعدم الامكان الى الابد، والملحق بالتلف هو الثاني، والموجب للخيار هو الأوّل. فتأمل فان ذلك قابل للمنع.

[١] الخامس: اذا وقع القبض غير واجد لشرائط صحته، فهل ينتقل الضمان ام لا؟ ملخص القول: انه مع فقد بعض ما يعتبر فيه ان صدق عليه القبض الذي حقيقته الاستيلاء على المقبوض مع التصرف الخارجي على ما تقدم انتقل الضمان، اذ لم يؤخذ في موضوع الانتقال سوى عنوان القبض، وعليه فلو تحقق القبض من دون اذن ذي اليد كفى وان جاز استرداده

[٢] واما الكيل والوزن: فان كان المبيع شخصياً فهما غير معتبرين في القبض،

بناء على اعتبارهما في قبض المكيل، ففي سقوط الضمان بمجرد نقل المشتري قولان: قال في التذكرة في باب بيع الثمار: أنه لو اشترى طعاماً مكيالة، فقبض جزافاً فهلك في يده، فهو من ضمان المشتري لحصول القبض، وإن جعلنا الكيل شرطاً فيه فالأقرب أنه من ضمان البائع، انتهى.

وقد تقدّم عن جامع المقاصد سقوط الضمان هنا بناء على اشتراط الكيل في القبض، ولا يخلو عن قوّة، وهل يكفي بالتخلية على القول بعدم كونها قبضاً في سقوط الضمان قولان: لا يخلو السقوط من قوّة وإن لم نجعله قبضاً. [١]
وكذا الكلام فيما لو وضع المشتري يده عليه ولم ينقله بناء على اعتبار الثقل في القبض، هذا كلّ حكم التلّف السّماوي وأمّا الاتلاف، [٢] فإمّا أن يكون من المشتري، وأمّا أن يكون من البائع، وأمّا أن يكون من الاجنبي،

وعلى فرض الاعتبار تعبدًا لا وجه لاعتبارهما في رفع الضمان، وإن كان كلياً فالوفاء لا يكون إلا بالكيل والوزن، فالقبض بلا إذن من البائع لا يحقق الوفاء ولا يشخص ملك المشتري كي يرتفع الضمان.
وأما النقل بناء على اعتباره: فإن كان معتبراً في صدق القبض فهو يعتبر في رفع الضمان وإن كان غير معتبر فيه وإن اعتبر تعبدًا فلا يكون معتبراً في رفع الضمان.
ومما ذكرناه ظهر عدم الاكتفاء بالتخلية على القول بعدم كونها قبضاً، كما ظهر ما في كلمات المصنف من الاشكال.

[١] قوله لا يخلو السقوط من قوّة وإن لم نجعله قبضاً
قد مرّ أنه لا قوّة فيه، ولا وجه له مع عدم صدق القبض وتعليق الانفساخ على القبض

انتقال الضمان بالاتلاف

[١] السادس: في الاتلاف، وهو قد يكون من المشتري، وقد يكون من البائع، وقد يكون من الأجنبي.

فإن كان من المشتري، [١] فالظاهر عدم الخلاف في كونه بمنزلة القبض في سقوط الضمان، لأنه قد ضمن ماله باتلافه وحجته الاجماع لو تم وإلا فانصرف النص الى غير هذا التلّف، فيبقى تحت القاعدة، قال في التذكرة هذا اذا كان المشتري عالماً، وان كان جاهلاً، بأن قدّم البائع الطعام المبيع الى المشتري فأكله، هل يجعل قابضاً الاقرب أنّه لا يصير قابضاً، ويكون بمنزلة اتلاف البائع، ثمّ مثّل له بما اذا قدّم المصوب الى المالك فأكله، أقول هذا مع غرور البائع لا بأس به، أمّا مع عدم الغرور ففي كونه كالتلف السماوي وجهان ولو صال العبد على المشتري فقتله دفعاً ففي التذكرة أنّ الاصحّ أنّه لا يستقرّ عليه الثمن.

وحكى عن بعض الشافعية: الاستقرار لأنه قتله في غرض نفسه، ولو اتلفه البائع [٢] ففي انفساخ البيع كما عن المبسوط والشرائع والتحرير لعموم التلّف في النصّ [٣] لما كان باتلاف حيوان او انسان او كان باقة

[١] فان كان الاتلاف من المشتري فحيث انه مساوق للقبض فانه استيلاء مع التصرف الخارجي، فبالاتلاف يتحقق القبض، فلا يكون من التلف قبل القبض، ولا فرق في ذلك بين العلم والجهل.

وان ابيت عن ذلك فان قلنا بشمول التلف للسماوي والاختياري فينفسخ العقد من غير فرق بين صورتين، والا فلا بد من الرجوع الى ما تقتضيه القاعدة، وهو كون التلف من المشتري لا من البائع.

[٢] وان كان الاتلاف من البائع ففيه وجوه:

الأول: ما عن المبسوط والشرائع والتحرير، وهو: كونه كالتلف موجبا للانفساخ.

الثاني: كونه موجبا لضمان الغرامة.

الثالث: تخيير المشتري بين الرجوع بالمسمى، والرجوع ببديل التالف، اختاره جمع من الأساطين منهم المصنف رحمته.

[٣] واستدل للأول: بان الانفساخ في النصّ علّق على التلف، وهو قد يكون قهريا

وقد يكون اختياريا، ومقتضى الاطلاق عدم الفرق بين اسبابه، بل ظاهر خبر عقبة

او ضمان البائع للقيمة لخروجه عن منصرف دليل الانفساخ فيدخل تحت قاعدة اتلاف مال الغير، [١] او التّخيير بين مطالبتة بالقيمة او بالنّئ. أمّا لتحقّق سبب الانفساخ وسبب الضّمان فيتخيّر المالك في العمل باحدهما. [٢] وأمّا لأنّ التّلف على هذا الوجه اذا خرج عن منصرف دليل الانفساخ لحقه حكم تعذّر تسليم المبيع، فيثبت الخيار للمشتري لجريان دليل تعذّر التّسليم هنا، وهذا هو الاقوى [٣] واختاره في التّذكرة والدّروس وجامع المقاصد والمسالك وغيرها، وعن حواشي الشهيد نسبة الى اصحابنا العراقيين

ابن خالد شموله للاختياري، فان السرقة المنزّلة منزلة التلف لا تكون الا بالاختيار، ولا فرق في هذا المعنى بين اتلاف الأجنبي والبائع.

وفيه: ان التلف منصرف الى القهري. وبعبارة اخرى: انه بحسب المتفاهم العرفي مقابل للاتلاف، وخبر عقبة قد مر انه ضعيف السند لمحمد بن عبدالله بن هلال وبما ذكرناه يظهر مدرك القول الثاني،

[١] فانه اذا لم يشمل التّبوي يشمل من اتلف مال الغير، بل لو شك فيما ذكرناه واحتمل شمول التلف لمورد الاتلاف يجري استصحاب بقاء المبيع على ملك المشتري، وينقح بذلك موضوع من اتلف. واستدل للثالث بوجهين:

[٢] الأول: انه يجتمع فيه سبب ضمان المسمى والانفساخ وهو كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه، وسبب ضمان الغرامة وهو من اتلف مال الغير، وحيث لا مرجح لأحدهما فيحكم بالتخيير.

وفيه: اولاً: ما تقدم من عدم شمول التلف لما اذا كان السبب اختياريّاً. وثانياً: انه لاتنافي بين الدليلين في المقام: فان دليل التلف قبل القبض يوجب انفساخ المعاملة وصيرورة المال للبائع، ويرتفع بذلك موضوع من اتلف مال الغير. وبعبارة اخرى: ان دليل من اتلف يدل على تأثير الاتلاف على تقدير وجود موضوعه، وليس هو كسائر الادلة حافظاً لموضوعه، ودليل التلف يوجب ارتفاع موضوعه، فلا تعارض بين الدليلين ولا تراحم.

[٣] الثاني: ان الاتلاف يوجب تعذر التسليم فيوجب الخيار للمشتري، وحيث انه

فإن اختار المشتري القيمة، فهل للبائع حبس القيمة على الثمن وجهان: [١] من أنها بدل عن العين ومن أن دليل الحبس وهو الانقضاء من العقد يختص بالمبدل اقواهما عدم، ولو قبض المشتري بغير إذن البائع حيث يكون له الاسترداد فاتفقه البائع في يد المشتري، ففي كونه كاتلافة قبل القبض فيكون في حكم الاسترداد، كما أن اتلاف المشتري في يد البائع بمنزلة القبض، أو كونه اتلاًفاً له بعد القبض موجباً للقيمة لدخول المبيع في ضمان المشتري بالقبض، وإن كان ظالماً فيه وجهان، [٢] اختار أولهما في التذكرة

متعلق بمال المشتري فيشملة دليل من اتلف مال الغير، فله الخيار والتضمين بالبدل، وحيث أنه مع أعمال أحدهما لا مورد للآخر يتخير بينهما. وأورد عليه: بأن دليل الخيار مع تعذر التسليم مختص بما إذا بقي المال على قابلية التسليم، غاية الأمر تعذر لعارض. وفيه: أنه تخصيص بلاوجه، وعليه فيتخير المشتري بين الفسخ وأخذ الثمن، والبقاء وأخذ القيمة.

[١] قوله فهل للبائع حبس القيمة على الثمن وجهان

قد استدلل لعدم الجواز:

بأن جواز الحبس، إنما هو من جهة الالتزام الضمني وهو إنما يكون بالتعاض في تقابض العوضين فلا وجه لحبس القيمة وفيه أن الشرط هو التعاض في تقابض العوضين أعم من انفسهما وبدليهما: فإن هذا الالتزام إنما هو للتحفظ على ماله، بما أنه مال لثلاث يذهب هدر خارجاً مع عدم تسلم عوضه، ولا فرق في ذلك بين العوض وقيمه.

[٢] ولو قبض المشتري بغير إذن البائع حيث يكون له الاسترداد فاتفقه البائع ففي

كونه كاتلافة قبل القبض أو كونه اتلاًفاً له بعد القبض وجهان،

اختار أولهما في محكي التذكرة.

ولو اتلفه اجنبىّ جاء الوجوه الثلاثة المتقدّمة الاّ أنّ المتعيّن منها هو التّخخير، لما تقدّم، [١] ولو لا شبهة الاجماع على عدم تعين القيمة تعيّن الرجوع اليها بعد فرض انصراف دليل الانفساخ الى غير ذلك. [٢]
مسألة تلف الثمن المعيّن قبل القبض كتلف المبيع المعيّن في جميع ما ذكر، [٣] كما صرّح في التذكرة

واستدل لكونه كاتلافه قبل القبض بوجهين:
احدهما: ان القبض بلا اذن كالعدم،
وقد تقدم عدم توقف صدق القبض على الاذن.
ثانيهما: ان اتلاف البائع اياه استرداد، فكما انه لو استرده فاتفله يكون من الاتلاف قبل القبض، وكذا لو تلف باسترداده، كذلك لو اتلفه فانه استرداد بالاتلاف.
وفيه: اولاً: انه لو استرده فاتفله لانسلم كونه من الاتلاف قبل القبض.
وثانياً: ان الاتلاف ليس استرداداً - الذي هو عبارة عن اعادة الاستيلاء السابق لعدم كونه استيلاء - بل اتلاف لما هو تحت استيلاء الغير.
فالأظهر انه من الاتلاف بعد القبض.
[١] وان كان الاتلاف من الأجنبي جاء فيه الوجوه الثلاثة المتقدمة، ووجه الانفساخ فيه اظهر: لما في خبر عقبة من الانفساخ، بما هو بمنزلة اتلاف الأجنبي،
فالأظهر فيه ايضاً، التخيير بين الفسخ، واخذ الثمن والابقاء، واخذ البدل من الأجنبي.
[٢] قوله ولو لا شبهة الاجماع على عدم تعين القيمة
لا اجماع عليه، وعلى فرضه لا يكون تعديداً، فلا مانع من الالتزام به لو ساعد الدليل على ذلك.

تلف الثمن كتلف المثلن

[٣] صرح غير واحد بان تلف الثمن المعيّن قبل القبض كتلف المبيع المعين وقد استدل له بوجوه:
احدها: الاجماع.
وفيه: انه لمعلومية مدرك المجمعين واحتمال كونه احد المذكورات لا يعبأ به لعدم كونه تعديداً.

وهو ظاهر عبارة الدّروس حيث ذكر أنّ بالقبض ينتقل الضّمان الى القابض، بل الظّاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه، قال في المبسوط لو اشترى عبداً بثوب وقبض العبد، ولم يسلم الثوب فباع العبد صحّ بيعه، واذا باعه وسلّمه ثمّ تلف الثوب انفسخ البيع ولزمه قيمة العبد لبائعه، لأنّه لا يقدر على ردّه، انتهى.

وفي باب الصّرف من السّرائر نظير ذلك، وقد ذكر هذه المسألة ايضاً في الشّرائع وكتب العلامة والدّروس وجامع المقاصد والمسالك وغيرها، اعني مسألة من باع شيئاً معيناً بشيء معيّن ثمّ بيع احدهما ثمّ تلف الآخر وحكوا بانفساخ البيع الأوّل، وقد صرّحوا بنظير ذلك في باب الشّفعة ايضاً. وبالجملّة فالظّاهر عدم الخلاف في المسألة.

ويمكن ان يستظهر من رواية عقبة المتقدّمة حيث ذكر في آخرها أنّ المبتاع ضامن لحقه حتّى يرد إليه ماله، [١] بناء على عود ضمير الحق إلى البائع بل ظاهر بعضهم شمول التّبوي له بناء على صدق المبيع على الثمن، [٢] قال في التذكرة لو اكلت الشاة ثمنها المعين قبل القبض فان كانت في يد المشتري فكاتلافه

[١] ثانيها: قوله عليه السلام في خبر عقبة المتقدم فاذا اخرجته من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله اليه

بتقريب: ان ضمير لحقه يرجع الى البائع فيكون المراد ضمانه للثمن قبل القبض. وفيه: ان كونه ضامناً للثمن اعم من الانفساخ، وارادة الضمان المعاوضي لاضمان الغرامة غير ثابتة.

وما افاده المحقق النائيني رحمته الله من صراحة الرواية او ظهورها في ارادة الضمان المعاوضي وسراية هذا الحكم الى الثمن،

يرد عليه: انه مع اختلاف التعبير كيف يدعي ذلك، بل ترتب ضمانه على قبض المبيع يؤيد ارادة ضمان الغرامة لا المعاوضي كما لا يخفى، مع ان الخبر ضعيف السند كما تقدم. [٢] ثالثها: صدق المبيع على الثمن، فيعنه النبوي كل مبيع تلف قبل قبضه

وان كانت في يد البائع فكأ تلافه، وان كانت في يد اجنبي فكأ تلافه، وان لم تكن في يد احد انفسخ البيع، لأن المبيع هلك قبل القبض بأمر لا ينسب الى ادمى فكان كالتماوية، انتهى.

ثم أنه هل يلحق العوضان في غير البيع من المعاوضات به [١] في هذا الحكم لم اجد أحداً صرح بذلك نفيًا أو اثباتاً. نعم ذكروا في الاجارة [٢] والصدّاق وعوض الخلع ضمانها لو تلف قبل القبض، لكن ثبوت الحكم عموماً مسكوت عنه في كلماتهم، إلا أنه يظهر من بعض مواضع التذكرة عموم الحكم لجميع المعاوضات على وجه يظهر كونه من المسلّمات. قال في مسألة جواز بيع ما انتقل بغير البيع قبل القبض والمال المضمون في يد الغير بالقيمة كالعارية المضمونة، او بالتقريط ويسمى ضمان اليد يجوز بيعه قبل قبضه لتام الملك فيه الى ان قال: أمّا ما هو مضمون في يد الغير بعوض في عقد معاوضة، فالوجه جواز بيعه قبل قبضه كما في الصّلع والاجارة المعينة لما تقدّم، وقال الشافعي لا يصح لتوهم الانفساخ بتلفه كالبيع، انتهى.

وظاهر هذا الكلام كونه مسلماً بين الخاصّة والعامة.

وجه توهم الصدق ما اشتهر من صدق البيع على الاشتراء لكونه من الأضداد. وفيه: انه لا يصدق ذلك، وليس البيع من الأضداد كما تقدم.

رابعا: كونه على القاعدة من جهة الالتزام الضمني في ضمن البيع تسليم الثمن الى البائع، فاذا لم يمكنه التسليم بطل العوضية.

وفيه: انه ان قيد العوضية الاعتبارية ببقاء العوضين بطل البيع، والا فلا يوجب اشتراط التسليم الا الخيار.

فالحق انه لا دليل على الانفساخ بتلف الثمن.

[١] وبما ذكرناه يظهر الحال في سائر المعاوضات، فان الانفساخ بتلف احد العوضين فيها لا مدرك له سوى بعض ما تقدم.

[٢] نعم في خصوص الاجارة تنفسخ الاجارة بتلف العين، فان المملوك فيها هي المنفعة، ومع عدم العين لا منفعة، فلا شيء حتى يملك.

مسألة لو تلف بعض المبيع قبل قبضه، [١] فإن كان ممّا يقسط الثمن عليه انفسخ فيه فيما يقابله من الثمن، لأنّ الثّالّف مبيع قبل قبضه، [٢] فإنّ البيع يتعلّق بكلّ جزء اذ البيع عرفاً ليس الاّ التملك بعوض، وكلّ جزء كذلك. نعم اسناد البيع الى جزء واحد مقتصرأ عليه يوهّم انتقاله بعقد مستقلّ. ولذا لم يطلق على بيع الكلّ البيوع المتعدّدة، وكيف كان فلا اشكال ولا خلاف في المسألة، وان كان الجزء ممّا لا يتقسط عليه الثمن كيد العبد، فالاقوى أنّه كالوصف الموجب للتعيب.

فإن قلنا بكونه كالحادث قبل العقد، فالمشتري مخيّر بين الرّد والارش، [٣] وإلّا كان له الرّد فقط، بل عن الايضاح ان الارش هنا اظهر، لأنّ المبيع هو مجموع بدن العبد، وقد نقص بعضه بخلاف نقصان الصّفة وفيه تأمّل.

بل ظاهر الشّرائع عدم الارش هنا مع قوله به في العيب، فتأمّل. وكيف كان، فالمهمّ نقل الكلام الى حكم العيب الحادث قبل القبض، والظاهر

تلف بعض المبيع قبل قبضه

[١] الثامن: لو تلف بعض المبيع، قبل قبضه،

فتارة: يكون الثالّف هو الجزء الذي يقسط عليه الثمن، واخرى: هو الوصف او الجزء الذي لا يقسط عليه الثمن.

فتنقيح القول فيه بالبحث في موردين:

[٢] اما الأول: فقتضى عموم النبوي كل مبيع تلف، هو انفساخ البيع بالاضافة اليه لصدق المبيع على كل جزء من الأجزاء، وعدم صدق البيوع على بيع الدار مثلاً لا ينافي ذلك، فان وحدة البيع فيه وحدة انشائية، ووحدة عمومية لاشخصية.

واما الثاني: فالحق ان تلف الوصف لا يوجب الانفساخ ولاخذ الارش.

اما الأول: فلأنه لا مقابل له من الثمن ليعود بالانفساخ،

واما الثاني: فلان ثبوت الارش انما يكون بالتعبد، ودليله مختص بالعيب الموجود قبل العقد، ولا يشمل الحادث بعده.

[٣] والمصنف رحمته الله ذهب الى ان النبوي الدال على الانفساخ في تلف الكل والجزء

المصرّح به في كلام غير واحد أنّه لا خلاف في أنّ للمشتري الرّد. وأمّا الخلاف في الارش، ففي الخلاف عدمه، مدّعياً عدم الخلاف فيه وهو المحكى عن الحلّى وظاهر المحقق وتلميذه كاشف الرموز، لاصالة لزوم العقد وأنّما ثبت الرّد لدفع تضرر المشتري به وعن النهاية ثبوته، واختاره العلامة والشهيدان والمحقق الثاني وغيرهم، وعن المختلف نقله عن القاضي والحليّ وعن المسالك أنّه المشهور واستدلوا عليه بأنّ الكلّ مضمون قبل القبض، فكذا ابعاضه وصفاته، واورد عليه بأنّ معنى ضمان الكلّ انفساخ العقد ورجوع الثمن الى المشتري والمبيع الى البائع وهذا المعنى غير متحقق في الوصف، لأنّ انعدامه بعد العقد في ملك البائع لا يوجب رجوع ماقبله من عين الثمن، بل يقابل بالاعمّ منه ومما يساويه من عين الثمن، بل يقابل بالاعمّ منه ومما يساويه من غير الثمن لأنّ الارش لا يتعيّن كونه من عين الثمن، ويدفع بأنّ وصف الصحة لا يقابل ابتداءً بجزء من عين الثمن، ولذا يجوز دفع بدله من غير الثمن مع فقده، بل لا يضمن بمال اصلاً، لجواز امضاء العقد على الميعب بلا شيء وحينئذ فتلّفه على المشتري لا يوجب رجوع شيء الى المشتري، فضلاً عن جزء من عين الثمن بخلاف الكلّ والاجزاء المستقلة في التقويم

الذي يقسط عليه الثمن يدل على التخيير بين الرد والامساك بالارش في المقام، بتقريب: ان معنى كونه من مال البائع وقوع التلف في ملكه، ولازم تقديره في ملك البائع ان العقد كأن لم يقع، ومقتضاه لو كان التالف تمام المبيع انفساخ العقد، ولو كان التالف جزئه انفساخه بالنسبة الى ذلك الجزء، ولو كان هو الوصف او الجزء الذي لا يقسط عليه الثمن وفقده موجب للتعيّب جريان احكام العيب: فان المنفي على الأخير حيثية الوصف لفرض وقوع العقد، ومعنى عدم وقوع العقد على الموصوف مع فرض وقوعه وقوعه على الميعب. وفيه: اولاً: ان الموضوع في النبوي تلف المبيع، ووصف الصحة وكذا ما بمزنته ليس مبيعاً ولا جزء منه، وحمله على كون ذكر التلف من باب كونه اظهر الافراد يحتاج الى قرينة. وثانياً: ان الوصف لم يقع عليه العقد، ففرض العقد، كأن لم يكن غير مؤثر في ضمان

فحاصل معنى الضمان اذا انتفى وصف قبل العقد او انعدم بعد العقد وقبل القبض هو تقدير التلف المتعلق بالعين او الوصف في ملك البائع في المقامين، وان العقد من هذه الجهة كان لم يكن، ولازم هذا انفساخ العقد رأساً اذا تلف تمام المبيع وانفساخه بالنسبة الى بعض اجزائه اذا تلف البعض، وانفساخ العقد بالنسبة الى الوصف بمعنى فواته في ملكه، وتقدير العقد كان لم يكن بالنسبة الى حدوث هذا العيب، فكان العيب حدث قبل العقد، والعقد قد وقع على عين معينة، فيجرى فيه جميع احكام العيب من الخيار وجواز اسقاط الخيار ردّاً وارشاً، ويؤد ما ذكرنا من اتحاد معنى الضمان بالنسبة الى ذات المبيع ووصف صحته الجمع بينهما في تلف الحيوان في ايام الخيار وتعييه في صحيح ابن سنان عن الرجل يشتري الذابة او العبد فيموت او يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك؟ قال على البائع حتى يمضي الشرط، فقولہ ﷺ على البائع حكم بالضمان لموت العبد وحدث حدث فيه فوات جزء او وصف ومعناه تقدير وقوعه في ملك البائع

نعم قد يشكل الحكم المذكور لعدم الدليل على ضمان الوصف لان الضمان بهذا المعنى حكم مخالف للاصل يقتصر فيه على محل النص والاجماع وهو تلف الكل او البعض ولو لا الاجماع على جواز الرد لا شكل الحكم به ايضاً الاّ أنّه لما استند في الرد الى نفي الضرر قالوا ان الضرر المتوجه الى المبيع قبل القبض يجب تداركه على البائع، وحينئذ

الوصف وترتب حكم الخيار.

وقد يقال في تقريب ما افاده المصنف ﷺ: بان المستفاد من النبوي تنزيل التلف، والنقص قبل القبض منزلة التلف والنقص قبل العقد، ولازم ورود العقد على الناقص اجراء احكام خيار العيب.

وفيه: مضافا الى الايراد الأول الذي اورده على ما افاده المصنف ﷺ: ان غاية ما يستفاد من كون التلف من البائع دخوله في ملك البائع، بحيث يضاف اليه التلف وهو ملكه، وليس لازم ذلك فرض دخوله في ملك البائع قبلاً او فرض وقوع التلف قبل العقد

فقد يستوجه ما ذكره العلامة من أنّ الحاجة قد تمسّ الى المعاوضة، فيكون في الردّ ضرر، وكذلك في الامساك بغير ارش، فيوجب التّخيير بين الردّ والارش، لنفي الضرر [١] لكن فيه ان تدارك ضرر الصّبر على المعيب يتحقّق بمجرد الخيار في الفسخ والامضاء، كما في سائر موارد الضرر الدّاعي الى الحكم بالخيار، هذا، ومع ذلك فقول المشهور لا يخلو عن قوّة، هذا كلّ مع تعيّبه بأقّة سماوية،

كي يكون لازمه ورود العقد على الناقص.

[١] وربما يستدل لجواز الرد بل على اخذ الارش: بحديث لاضرر^(١) بدعوى ان المبيع اذا تعيّب قبل القبض يكون الصبر عليه ضررا على المشتري، فوجوب البيع الذي حدث فيه العيب من جهة الضرر يكون مرفوعا بالحديث،

وحيث انه ربما تكون الحاجة ماسّة الى المعاوضة، فيكون فسخها ايضا ضررا عليه، فله الامساك واخذ الارش، فتكون النتيجة هو التّخيير بين الأمرين.

وفيه: اولاً: ما تقدم من ان حديث لاضرر لا يصلح لاثبات الخيار.

وثانياً: ان الصبر على المعيب في نفسه لو كان ضروريا لا يقتضى كون العقد خياريا، والبيع لا يصير ضروريا بذلك، بل هو بالقياس الى التعيّب قبل القبض وبعده على حد سواء.

وبالجملة: بما ان العقد لم يقع على المعيب فلا يكون لزومه ابقاء للضرر وموجبا لاستقرار الضرر على المشتري، وبمجرد ارتفاع الضرر بذلك لا يصلح رافعا له.

وثالثاً: ان اخذ الارش مما لا وجه له اصلا، فان الامساك بلا ارش وان كان ضررا

على المشتري

الا انه مع الارش ضرر على البائع، ولا اولوية لأحد الضررين على الآخر

فالأظهر عدم جواز الرد لولا الاجماع.

وأما لو تعيَّب بفعل أحد، [١] فإن كان هو المشتري فلا ضمان [٢] بأرشه، وإلاّ كان له على الجاني أرش جنايته [٣] لعدم الدليل على الخيار في العيب المتأخّر، إلاّ أن يكون بأفة سماوية، ويحتمل تخيير المشتري بين الفسخ والامضاء، مع تضمين الجاني لارش جنايته [٤] بناء على جعل العيب قبل القبض مطلقاً موجباً للخيار، ومع الفسخ يرجع البائع على الأجنبي بالارش.

مسألة الاقوى من حيث الجمع بين الروايات حرمة بين المكيل والموزون قبل قبضه الاّ تولية [٥]

[١] قوله واما لو تعيَّب بفعل احد

اذا قلنا بان التعيب بأفة سماوية يوجب الخيار بل الارش يقع الكلام في التعيب بفعل احد

[٢] فان كان ذلك بفعل المشتري لا كلام في انه لا يوجب شيئاً

[٣] وان كان بفعل الاجنبي أو البائع فقد يقال كما عن ظاهر الجواهر انه لاخلاف في الخيار وانما البحث في الارش، وظاهر المتن ثبوت الارش خاصة،

[٤] ثم احتمل التخيير بين الرد والامساك، واخذ الارش من المتلف

ولكن الخيار لا وجه له: فان الضرر، وان اوجب ذلك، فانما هو اذا لم يكن بفعل احد، والافيتدارك بدليل الاتلاف بضمانه، واما اخذ الارش فهو وجيه لعموم من اتلف، فالأظهر هو اخذ الارش من المتلف خاصة.

حكم بيع ما لم يقبض

[٥] قال عليه السلام الاقوى من حيث الجمع بين الروايات حرمة بيع المكيل والموزون

قبل قبضه الاتولية

وفي محكي التذكرة ان لعلمائنا في بيع ما لم يقبض خمسة اقوال، الجواز على كراهية، مطلقاً، والمنع مطلقاً، والمنع في المكيل والموزون مطلقاً والجواز في غيرهما، والمنع في الطعام خاصة، والمنع في المكيل والموزون خاصة الاتولية،

لصحيحة ابن حازم المروية في الفقيه: اذا اشتريت متاعاً فيه كيل او وزن فلا تبعه حتى تقبضه، الاً تولية، فإن لم يكن فيه كيل او وزن فبعه. وصحيح الحلبي في الكافي عن ابي عبدالله عليه السلام قال في الرجل يبتاع الطعام، ثم يبيعه قبل ان يكتال، قال: لا يصلح له ذلك. وصحيحه الآخر في الفقيه، قال سألت ابا عبدالله عليه السلام: عن قوم اشتروا بزاً، فاشتركوا فيه جميعاً، ولم يقسموا، ا يصلح لأحد منهم بيع بزه قبل ان يقبضه ويأخذ ربحه؟ قال لا بأس به، وقال: ان هذا ليس بمنزلة الطعام، لأن الطعام يكال بناءً على ان المراد قبل ان يقبضه من البائع، اما اذا اريد من ذلك عدم قبض حصته من يد الشركاء فلا يدل على ما نحن فيه، لتحقيق القبض بمصوله في يد احد الشركاء المأذون عن الباقي، ورواية معاوية بن وهب، قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام: عن الرجل يبيع البيع قبل ان يقبضه فقال ما لم يكن كيل او وزن فلا يبيعه حتى يكيله او يزنه الا ان يوليه بالذي قام عليه وصحيحة منصور في الفقيه قال سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل يشتري مبيعاً ليس فيه كيل ولا وزن، أله أن يبيعه مرا بحة قبل أن يقبضه ويأخذ ربحه، قال: لا بأس بذلك ما لم يكن كيل أو وزن، فان هو اقبضه كان ابراً لنفسه

وكما افاده العلامة العاملى هذه الاقوال لم ينقلها هكذا احد بل ادعى الاجماع على بيع ما عدى المكيل والموزون، ومع ذلك الاقوال اكثر من ذلك، وقد اختار العلامة نفسه في التحرير قولاً غير ذلك، وهو حرمة بيع الطعام قبل قبضه الاتولية، فالمهم صرف عنان الكلام الى ما يستفاد من النصوص، وحق القول في المقام ان نصوص الباب طوائف: اكثرها مذكورة في المتن الاولى: ما دل على المنع عن بيع ما لم يقبض مطلقاً، كصحيح الحلبي عن مولانا الصادق عليه السلام في الرجل يبتاع الطعام ثم يبيعه قبل ان يكال قال: لا يصلح له ذلك. (١) ومثله خبر البصري (٢) وابي صالح (٣) مع زيادة لا تبعه حتى تكيله، وصحيح الحلبي الاخر (٤)

(١) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب احكام العقود حديث ٥.

(٢) نفس المصدر حديث ١٤.

(٣) نفس المصدر حديث ٣.

(٤) نفس المصدر حديث ١٥.

وصحيح الحلبي في الرجل يبتاع الطعام ا يصلح بيعه قبل ان يقبضه؟ قال: اذا ربح لم يصلح حتى يقبضه وان كان تولية فلا بأس، وخبر خرام المروي عن مجالس الطوسي، قال ابتعت طعاماً من طعام الصدقة، فاربحت فيه قبل ان اقبضه، فاردت بيعه فسألت النبي ﷺ، فقال: لا تبعه حتى تقبضه، ومفهوم رواية خالد بن حجاج الكرخي قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام اشترى الطعام الى أجل مسمى، فيطلبه التجار متى بعد ما اشتريته قبل ان اقبضه، قال: لا بأس ان تبيع الى أجل، كما اشتريت الخبر، والمراد تأجيل الثمن، وقوله كما اشتريت اشارة الى كون البيع تولية، فيدل على ثبوت البأس في غير التولية، ومصححة علي بن جعفر عن اخيه عن الرجل يشتري الطعام ا يصلح بيعه قبل ان يقبضه؟ قال: اذا ربح لم يصلح حتى يقبض، وان كان تولية فلا بأس. وفي معناها رواية اخرى، خلافاً للمحكي عن الشيخين في المقنعة والنهاية والقاضي، والمشهور بين المتأخرين، فالكرهه لروايات صارفة لظواهر الروايات المتقدمة الى الكراهة، مثل ما في الفقيه في ذيل رواية الكرخي المتقدمة، قلت لأبي عبد الله عليه السلام: اشترى الطعام من الرجل، ثم ابيعه من رجل آخر قبل ان اكنته، فأقول له ابعت وكيلك حتى يشهد كيله اذا قبضته قال: لا بأس ورواية جميل بن دراج عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل يشتري الطعام، ثم يبيعه قبل أن يقبضه قال: لا بأس ويوكل الرجل المشتري منه بقبضه وكيله قال لا بأس بذلك

وصحيح منصور عنه عليه السلام عن رجل اشترى بيعا ليس فيه كيل ولا وزن، اله ان يبيعه مرا بحة قبل ان يقبضه وياخذ ربحه؟ فقال عليه السلام: لا بأس بذلك ما لم يكن كيل ولا وزن^(١)

الثانية: ما دل على الجواز مطلقا، كخبر الكرخي: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: اشترى الطعام من الرجل ثم ابيعه من رجل آخر قبل ان اكنته فاقول: ابعت وكيلك حتى يشهد كيله اذا قبضته، قال عليه السلام: لا بأس^(٢). ونحوه خبر جميل^(٣)

(١) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب احكام العقود حديث ١٨.

(٢) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب احكام العقود حديث ٦.

(٣) الفقيه ج ٣ ص ١٣١.

وهذه الروايات مطلقة يمكن حملها على التولية، [١] وهو أولى من حمل تلك الأخبار على الكراهة، مع أن استثناء التولية حينئذ يوجب نفى الكراهة فيها، مع أن الظاهر عدم الخلاف في الكراهة فيها أيضاً بين أرباب هذا القول [٢] وإن كانت أخف. ومن ذلك يعلم ما في الاستثناس للجمع بالكراهة بخبر أبي بصير سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى طعاماً، ثم باعه قبل أن يكيله قال: لا يعجبني أن يبيع كيلاً أو وزناً قبل أن يكيله أو يزنه إلا أن يوليه، كما اشتراه فلا بأس أن يوليه، كما اشتراه إذا لم يربح به أو يضع وما كان عنده من شيء ليس بكيل ولا وزن فلا بأس أن يبيعه قبل أن يقبضه بناء على أن قوله لا يعجبني ظاهر في الكراهة، فإن ذلك يوجب رفع الكراهة رأساً في التولية، لأنه في قوة أن ذلك في التولية ليس بما لا يعجبني مع أن القائلين بالكراهة لا يفرقون بين التولية وغيرها في أصل الكراهة، وإن صرح بعضهم بكونها في التولية أخف.

وربما يستدل على الجواز بصحیحي الحلبي وابن مسلم، في جواز بيع الثمرة المشتراة قبل قبضها، لكن لا يبعد إرادة الثمرة على الشجرة، فيخرج عن المكيل والموزون وربما يستأنس للجواز بالأخبار الواردة في جواز بيع السلم على من هو عليه، بناء على عدم الفرق بين المسألتين

الثالثة: ما دل على التفصيل بين بيع التولية وغيره بالجواز في الأول خاصة، كصحيح ابن حازم عنه عليه السلام: إذا اشتريت متاعاً فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه إلا أن توليه، فإن لم يكن فيه كيل ولا وزن فبعه. (١) ونحوه غيره.

وللقوم في الجمع بين هذه النصوص مسلكان:

[١] أحدهما: ما اختاره المصنف رحمه الله وجمع من الأساطين، وهو: تقييد الطائفتين الأولى والثانية بالتولية لكونها أخص منهما، وهذا جمع عرفي.

[٢] والمصنف رحمه الله أيد به أن حمل النواهي على الكراهة مع استثناء التولية يقتضي أن لا يكون بيع التولية مكروهاً مع أنه لا خلاف في كراهته.

ولكن يرد على هذا التأييد: أن ما دل على كراهته - على فرض حمل النواهي

وفيه تأمل لعدم ثبوت ذلك، بل الظاهر أنّ محل الخلاف هنا هو بيع غير المقبوض على غير البائع، كما يستفاد من ذكر القائلين بالجواز في تلك المسألة والقائلين بالتحريم هنا.

وقد جعل العلامة بيع غير المقبوض على بائه مسألة أخرى ذكرها بعد مسألتنا وفروعها، وذكر أنّ المجوّزين في المسألة الأولى: جزموا بالجواز هنا، واختلف المانعون فيها هنا، ومن العجب ما عن التّفتيح من الاجماع على جواز بيع السّلم على من هو عليه مع اجماع المبسوط على المنع عن بيع السّلم قبل القبض، مصرّحاً بعدم الفرق بين المسلم اليه وغيره، ثمّ أنّ صريح التّحرير والدّروس: الاجماع على الجواز في غير المكيل والموزون، مع أنّ المحكي في التّدكرة عن بعض علمائنا القول بالتحريم مطلقاً، ونسبه في موضع آخر الى جماعة منّا وصريح الشّيخ في المبسوط اختيار هذا القول، قال في باب السّلم اذا اسلف في شيء، فلا يجوز ان يشرك فيه غيره، ولا ان يولّيه لأنّ النّبي ﷺ نهى عن بيع ما لم يقبض، وقال من اسلف في شيء فلا يصرفه الى غيره الى ان قال ويبيع الاعيان مثل ذلك ان لم يكن قبض المبيع، فلا يصحّ الشّركة ولا التّولية وان كان قد قبضه صحّت الشّركة والتّولية فيه بلا خلاف.

على المنع - يدل على الكراهة الخفيفة، على فرض حملها على الكراهة، والاستثناء انما يدل على عدم ثبوت ما ثبت لغيره له، فان كان هو المنع فهو المنفي عنه، وان كان شدة الكراهة فهي. ثانيهما: ما ذهب اليه اكثر المحققين، وهو: حمل الأخبار المتضمنة للنهي على الكراهة. وقد ذكروا في وجهه: ان حمل المطلق على المقيد انما يكون جمعا عرفيا لولا العوارض، وهي في المقام تقتضي اولوية الحمل على الكراهة.

وهي امور:

الأول: ان النصوص المانعة المطلقة حملها على بيع التولية حمل على الفرد النادر لوضوح ان التجار غالبا لا يعجلون بالبيع قبل القبض مع عدم الربح اصلا.

الثاني: انه لو بنى على التقيد لازم حمل ما تضمن من النصوص جواز بيع الثرة

وقد روى اصحابنا جواز الشركة فيه والتولية قبل القبض، ثم ان المحكي عن المهذب البارع عدم وجدان العامل بالاخبار المتقدمة المفصلة بين التولية وغيرها، وهو عجيب، فإن التفصيل حكاه في التذكرة قولاً خامساً في المسألة، لاقوال علمائنا وهي الكراهة مطلقاً والمنع مطلقاً والتفصيل بين المكيل والموزون وغيرها، والتفصيل بين الطعام وغيره بالتحريم والعدم، وهو قول الشيخ في المبسوط مدعياً عليه الاجماع وبالكراهة والعدم، وهنا سادس اختاره في التحرير، وهو التفصيل في خصوص الطعام بين التولية وغيرها بالتحريم والكراهة في غيره من المكيل والموزون، والمراد بالطعام يحتمل ان يكون مطلق ما اعد للاكل، كما قيل انه موضوع له لغة، ويحتمل ان يكون خصوص الحنطة والشعير، بل قيل انه معناه شرعاً، وحكى عن فخر الدين نقله عن والده وحكى اختياره عن بعض المتأخرين.

وعن الشهيد انه حكى عن التحرير انه الحنطة خاصة، وحكى عن بعض اهل اللغة، ثم ان الظاهر ان اصل عنوان المسألة مختص بالمبيع الشخصي، [١] كما يظهر من الاستدلال في التذكرة للبايعين بضعف الملك قبل القبض لانفساخه بالتلف، وكون المبيع مضموناً على البائع، فولاية المشتري على التصرف ضعيفة.

قبل قبضها على خصوص الباقية منها على الشجرة.

الثالث: انه يجب على التقييد تقييدها ايضاً بما اذا لم يكن البيع قبل القبض من نفس البائع فانه جائز.

الرابع: انه يجب على التقييد تقييدها ايضاً بما اذا لم يكن البيع من احد الشركاء لشريكه فانه جائز على ما دل عليه الخبر، وبعض هذه الوجوه وان لم يخل عن المناقشة الا ان في بعضها الاخر المؤيد بغيره كفاية، فالأظهر هو الحمل على الكراهة.

[١] ومقتضى اطلاق النصوص عدم الفرق بين كون المبيع شخصياً ام كلياً، وهل المنع تكليفي او وضعي؟ ربما يقال بالأول نظراً الى ظهور النهي في كونه مولوياً لا ارشادياً

وذكر في التذكرة الكليّ الغير المقبوض في فروع المسألة، وقال المبيع ان كان ديناً لم يجوز بيعه قبل قبضه عند المانعين، لأنّ المبيع مع تعيينه لا يجوز بيعه قبل قبضه، فع عدمه اولى فلا يجوز بيع السّلم قبل قبضه، ولا الاستبدال به وبه قال الشافعي، انتهى. وكيف كان فلا فرق في النّص والفتوى بناء على المنع بين المبيع المعين والكليّ بل ولا بناء على الجواز، ثمّ أنّ ظاهر اكثر الاخبار المتقدّمة المانعة بطلان البيع قبل القبض وهو المحكي عن صريح العمّاني، بل هو ظاهر كلّ من عبّر بعدم الجواز الذي هو معقد اجماع المبسوط في خصوص الطّعام، فإنّ جواز البيع وعدمه ظاهر ان في الحكم الوضعي الاّ أنّ المحكي عن المختلف أنّه لو قلنا بالتحريم لم يلزم بطلان البيع، لكن صريحه في مواضع من التذكرة وفي القواعد أنّ محلّ الخلاف الصّحة والبطلان. وبالجملّة فلا ينبغي الاشكال في أنّ محلّ الخلاف في كلمات الاكثر هو الحكم الوضعي وينبغي التنبية على امور:

الاول: أنّ ظاهر جماعة عدم لحوق الثمن بالمبيع في هذا الحكم، [١] فيصحّ بيعه قبل قبضه، قال في المبسوط اما الثمن اذا كان معيناً فإنّه يجوز بيعه قبل قبضه، وان كان في الدّمة، فكذلك يجوز لأنّه لا مانع منه ما لم يكن صرفاً، فأما اذا كان صرفاً [فلا] لا يجوز بيعه قبل القبض

وفيه: ان هذا الظهور انما هو في غير باب المعاملات والموانع، واما فيها فله ظهور ثانوي في الارشاد، فيكون ظاهراً في الحكم الوضعي. واما ما عن الجواهر من استفادة البطلان من النصوص وان كان النهي مولوياً نفسياً، فيرده: ما تقدم في اول الجزء الاول من هذا الشرح من ان النهي عن المعاملة لا يستلزم فسادها ما لم يكن ارشاداً الى الفساد.

الثمن لا يكون ملحقاً بالمبيع

وينبغي التنبيه على امور

[١] الأول: هل يلحق الثمن بالمبيع في هذا الحكم كما هو ظاهر جماعة ام لا كما عن

التذكرة وجامع المقاصد؟ وجهان.

وفي موضعين من التذكرة قوي الجواز اذا كان الثمن كلياً في الذمة وهو ظاهر جامع المقاصد في شرح قول المصنف رحمته ولو احوال من له طعام من سلم الخ.

واستدل عليه في التذكرة بقول الصادق عليه السلام [١] وقد سئل عن الرجل باع طعاماً بديارهم الى اجل، فلما بلغ الاجل تقاضاه، فقال ليس عندي دراهم خذ مني طعاماً، قال لا بأس انما له دراهمه يأخذ بها ما شاء. ويمكن ان يقال ان المطلوب جعل الثمن مبيعاً في العقد الثاني لا ثمناً ايضاً، كما هو ظاهر الرواية مع اختصاصها بالمبيع ممن هو عليه، فلا يعم الا بعدم الفصل لو ثبت وصرح في اواخر باب السلم بالحاق الثمن المعين بالمبيع، ويؤيده تعليل المنع في طرف المبيع بقصور ولاية المشتري لانفساخ العقد بتلفه فإنه جار في الثمن المعين. [٢]

[١] وقد استدلت لعدم اللحق: يقول الامام الصادق عليه السلام المذكور في المتن. (١)

ومورده وان كان هو البيع ممن هو عليه الا انه يتم في غيره بعدم الفصل كما ان مورده جعل الثمن ثمناً ايضاً، ولكن يتعدى الى جعله مبيعاً.

وفيه: اولاً: ان الغاء خصوصية المورد من الجهتين غير ثابت.

وثانياً: انه مختص بغير المكيل.

وثالثاً: انه اما ظاهر في المعاوضة غير البيع او مطلق.

وعلى الأول لا كلام، وعلى الثاني ان كانت نصوص الباب شاملة للثنن تخصصه والا فيكفي العمومات للحكم بالصحة،

فالأظهر عدم اللحق لاختصاص النصوص بالمبيع.

وقد استدلت للحق بوجهين:

[٢] احدهما: ان ما ذكره من التعليل للمنع في المبيع وهو قصور ولاية المشتري لانفساخ العقد بتلفه جار في الثمن.

الثاني: هل البيع كناية عن مطلق الاستبدال فلا يجوز جعله ثمناً ولا عوضاً في الصلح ولا اجرة ولا وفاء علماً عليه، أم يختصّ بالبيع، [١] ظاهر عنواناتهم الاختصاص بالبيع، وظهر منها في الاختصاص قوله في التذكرة: الاقرب عندي أنّ التّهي به متعلّق بالبيع لا بغيره من المعاوضات، وظهر من الكلّ قوله في مواضع اخر لو كان لزيد عند عمرو طعام من سلم فقال لزيد: خذ هذه الدّراهم عن الطّعام الذي لك عندي لم يجوز عند الشافعي، لأنّه بيع المسلم فيه قبل القبض والاولى عندي الجواز، وليس هذا بيعاً وأنما هو نوع معاوضة، انتهى.

واصرح من الكلّ تصرّحه في موضع ثالث بجواز الصلح عن المسلم فيه قبل القبض، لأنّه عقد مستقلّ لا يجب مساواته للبيع في احكامه، وقد صرّح جامع المقاصد ايضاً في غير موضع باختصاص الحكم بالبيع دون غيره. وقد تقدّم في كلامه أنّه لا يجوز بيع السّلم قبل قبضه، ولا الاستبدال به، لكنّ العلامة قد عبّر بلفظ الاستبدال في كثير من فروع مسألة البيع قبل القبض، مع انّ ما استدلّ به للمانعين من قصور ولاية المشتري في التّصرف لانفساخ العقد بالتّلف جارٍ في مطلق التّصرف فصلاً عن المعاوضة. وقد صرّح الشّيخ في المبسوط في باب الحوالة بأنّها معاوضة، والمعاوضة على

وفيه: ان هذا وجه اعتباري استحساني لا يصلح لأن يعتمد عليه في الحكم الشرعي. ثانيهما: ان ما في ذيل خبر الحلبي ان هذا ليس بمنزلة الطعام ان الطعام يكال^(١) يدل عليه فان المفهوم من التعليل ان كل ما يكال لا يجوز بيعه قبل قبضه. وفيه: اولاً: انه اخص من المدعى لاختصاصه بالمكيل. وثانياً: ان المعلل هو بيع ما اشتراه من البر، فالتعليل لا يقتضي الا ان كل ما اشتراه مما يكال لا يباع قبل قبضه لا ان كل ما يكال لا يجوز بيعه قبل قبضه. وثالثاً: انه من المجاز ان يكون مورده البيع قبل ان يقبض حصته من الشركاء، بل هو الظاهر منه، فهو اجنبي عن المقام.

[١] الثاني: هل يختص الحكم بالبيع، ام يعم مطلق الاستبدال ويكون البيع في النصوص

المسلم فيه قبل القبض غير جائزة وهو وان رجع عن الصّغرى فيما بعد ذلك لكنه لم يرجع عن الكبرى، وصرّح في الايضاح بابتناء الفرع الآتي اعني احالة من عليه طعام لغريمه على من له عليه طعام على انّ الحوالة معاوضة مستقلة او استيفاء، وان المعاوضة قبل القبض حرام او مكروه واردة خصوص البيع من المعاوضة ليست بأولى من ارادة مطلق المعاوضة من البيع في قولهم انّ الحوالة بيع او ليست بيعاً، بل هذه اظهر في كلماتهم. وقد صرّح الاكثر بأنّ تراخي المسلم والمسلم اليه على قيمة المسلم فيه من بيع الطّعام قبل القبض فاستدلّوا باخباره على جوازه.

ويؤيده ايضاً قوله في التّدكرة لو كان لزيد طعام على عمرو سليماً، ولخالد مثله على زيد، فقال زيد اذهب الى عمرو واقبض لنفسك مالي عليه لم يصحّ لخالد عند اكثر علمائنا، وبه قال الشافعي واحمد، لأنّ النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام بالطّعام حتّى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري وسيأتي ابتناء هذا الفرع في كلام جماعة على مسألة البيع قبل القبض.

نعم ذكر الشهيد أنّه كالبيع قبل القبض، وصرّح بابتناء الحكم فيما لو قال للمسلم اشتر لي بهذه الدّراهم طعاماً واقبضه لنفسك على حكم البيع قبل القبض، وكيف كان، فالمسألة محلّ اشكال من حيث اضطراب كلماتهم، الاّ أنّ الاقتصار في مخالفة الاصل

كناية عنه؟ وجهان.

المجمود على ظواهر النصوص يقتضي الاختصاص بالبيع، ولا يثبت هذا الحكم فيما اذا كان النقل بغير البيع لما انتقل اليه او لما ينتقل عنه، وحمل البيع على ارادة مطلق الاستبدال يحتاج الى دليل مفقود والغاء الخصوصية مع ما يرى من تفاوت البيع مع غيره حكماً وان اتحد نتيجة لوجه له، وبعض الوجوه الاعتبارية مثل قصور ولاية المشتري في التصرف لانفساخ العقد بالتلف وان كان جارياً في غير البيع اذا كان النقل اليه بالبيع، الا انه لا يعتمد عليه في الحكم

المتيقن هو المتعين، ومنه يظهر جواز بيع ما انتقل بغير البيع من المعاوضات كالصِّلح والاجارة والخلع، كما صرَّح به في الدُّروس فضلاً عن مثل الارث والقرض ومال الكتابة والصَّداق وغيرها. نعم لو ورث ما اشترى ولم يقبض او اصدقه او عوض عن الخلع جرى الخلاف في بيعه.

الثالث: هل المراد من البيع المنهَى ايقاع عقد البيع على ما لم يقبض او ما يعمّ تشخيص الكلّي المبيع [١] به فيكون المنهَى عنه نقل ما لم يقبض بسبب خاصّ هو البيع كما لو نهى عن بيع امّ الولد، او حلف على ان لا يبيع مملوكه، حيث لا فرق بين ايقاع المبيع عليه او دفعه عن الكلّي المبيع، ظاهر النصّ والفتوى [٢] وان كان هو الاول،

اقرار البيع على ما لم يقبض

[١] الثالث: هل المراد من البيع المنهَى عنه ايقاع عقد البيع على ما لم يقبض او ما يعمّ تشخيص الكلّي المبيع به؟ وجهان.

وتتقيح القول في المقام بالبحث في جهات:

الاولى: ان محل الكلام ليس جواز ابقاء الكلّي غير المقبوض، فانه داخل في التنبيه السابق، بل محل الكلام جعل البيع السابق مستقراً على فرد غير مقبوض للبائع، كما اذا كان عليه سلم لصاحبه فدفع اليه دراهم وقال: اشتر بها طعاما واقبضه لنفسك، فان من عليه السلم هو مشتري الطعام ولم يقبض ما اشتراه وجعل البيع السابق مستقراً على ما اشتراه. وجه توهم المنع عنه امران:

الأول: ان النصوص مطلقة شاملة لاحداث البيع على ما لم يقبض واقراره عليه

[٢] والمصنف رحمته الله استظهر منها الاختصاص بالأول، ثم قال:

بل هو المتعين في الاخبار المفصلة بين التولية وغيرها، [١] لأن المعنى الثاني لا يبعد عن سياق مجموع الاخبار [٢] وعليه، فلو كان عليه سلم لصاحبه، فذفع اليه دراهم، وقال اشتر لي بها طعاماً واقبضه لنفسك جرى فيه الخلاف في بيع ما لم يقبض، كما صرح به في الدروس ولكن في بعض الروايات دلالة على الجواز مثل صحيحة يعقوب بن شعيب قال سألت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون له على الآخر احمال من رطب او تمر فيبيع عليه بدنانير فيقول اشتر بهذه واستوف منه الذي لك قال: لا بأس اذا ائتمنه.

لكن في صحيحة الحلبي قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل اسلفته دراهم في طعام فلما حلّ طعامي عليه بعث الي بدراهم فقال اشتر لنفسك طعاماً واستوف حقك قال: ارى ان يولي ذلك غيرك وتقوم معه حتى يقبض الذي لك ولا تتولى انت شراءه. وفي موثقة عبد الرحمن يكون معه غيره يوفيه ذلك لكن ظاهر الخبرين كراهة مباشرة الشراء من جهة كونه في معرض التهمة، والمطلوب صحة الشراء وعدم جواز الاستيفاء، ثم ان هذا كله، اذا كان الطعام المشتري شخصياً، وأما اذا وكله في شراء الكلي فلا يجري فيه ذلك، لأنّ تشخيص ما باعه سلباً في الطعام الكلي المشتري موقوف على قبضه

[١] بل هو المتعين في الأخبار المفصلة بين التولية وغيرها المتقدمة

[٢] ثم نفى البعد عن الشمول للثاني عن سياق مجموع الأخبار.

اما استظهاره الاختصاص من النصوص فتين، فان ظاهرها كون الممنوع عنه احداث البيع على ما اشتراه قبل قبضه،

كما ان دعواه تعيينه في الأخبار المفصلة متينة، فان جعل المشتري مصداقاً للكلي الثابت في ذمته بالاستسلاف ليس من بيع التولية مع التساوي ولا بيع مراجعة او مواضعة، مع الاختلاف في القيمة،

واما ما نفى عنه البعد فغير تام لما عرفت من ظهور النصوص.

الثاني صحيح الحلبي ^(١) المذكور في المتن.

ثمّ اقباضه وبدون ذلك لا يمكن الايفاء إلا بالحوالة أو التوكيل، فيدخل المسألة فيما ذكره في الشرائع وغيرها تبعاً للمبسوط. بل نسب إلى المشهور من أنّه لو كان له على غيره طعام من سلم وعليه مثل ذلك فأمر غريمه أن يكتال لنفسه من الآخر فإنّه يكره أو يحرم على الخلاف. وقد علّل ذلك في الشرائع، بأنّه قبضه عوضاً عن ماله قبل أن يقبضه صاحبه وذكر المسألة في القواعد بعنوان الحوالة قال لو أحوال من عليه طعام من سلم بقبضه على من له عليه مثله من سلم، فالأقوى الكراهة، وعلى التحريم يطل، لأنّه قبضه عوضاً عن ماله قبل أن يقبضه صاحبه، وبني في الإيضاح جريان الخلاف في المسألة على أنّ الحوالة معاوضة أو استيفاء، وأنّ المعاوضة على مال المسلم قبل القبض حرام أو مكروه، وأنكر جماعة ممّن تأخّر عن العلامة كون هذه المسألة من محلّ الخلاف في بيع ما لم يقض بناء على أنّ الحوالة ليست معاوضة فضلاً عن كونها بيعاً، بل هي استيفاء.

أقول ذلك أمّا وكالة وأمّا حوالة، وعلى كلّ تقدير يمكن تعميم محلّ الخلاف لمطلق المعاوضة ويكون البيع كناية عنها. ولذا نسب فيما عرفت من عبارة التذكرة المنع في هذه المسألة إلى أكثر علمائنا وجماعة من العامة محتجّين بالتبوي المانع عن بيع ما لم يقبض واستند الشيخ رحمه الله أيضاً في المنع إلى الإجماع على عدم جواز بيع ما لم يقبض.

ونحوه غيره.

وفيه: أن هذه النصوص تدل على عدم مباشرة الشراء من جهة كونه في معرض التهمة، والمطلوب عدم جواز الاستيفاء.

وقد يستدل للجواز: بصحيح ابن شبيب عن مولانا الصادق عليه السلام عن الرجل يكون له على الآخر احمال من رطب أو تمر فيبيعت إليه بدنانير فيقول: اشتر بهذه واستوف منه الذي لك، قال: لا بأس إذا ائتمنه. (١)

وفيه: أولاً: أن الاستدلال به يتوقف على كون احمال الرطب عليه بعنوان بيع السلم لا بعنوان آخر، والا فهو غير مربوط بالمقام، بل هو داخل تحت عنوان الوفاء المحض.

وقد عرفت ما ذكره الشيخ في باب الحوالة، ولعلّه لذا قال الشهيد في الدّروس في حكم المسألة أنّه كالبيع قبل القبض، لكنّه يَنْبَغُ تعرض في بعض تحقيقاته لتوجيه ادراج المسألة في البيع بأنّ مورد السّلم لما كان ماهيّة كلّية ثابتة في الدّمة منطبقة على افراد لا نهاية لها فأَيُّ فرد عينه المسّلم اليه تشخّص بذلك الفرد وانصب العقد عليه فكأنّه لما قال الغريم اکتل من غريمي فلان، قد جعل عقد السلم معه وارداً على ما في ذمّة المسلف منه غريمه ولما يقبضه بعد، ولا ريب أنّه مملوك له بالبيع، فإذا جعل مورداً للسّلم الذي هو بيع يكون بيعاً للطّعام قبل قبضه، فيتحقّق الشرطان ويلحق بالباب، وهذا من لطائف الفقه، انتهى.

واعترضه في المسالك بأن مورد السّلم ونظائره من الحقوق الثّابتة في الدّمة لما كان امراً كلياً كان البيع المتحقّق به هو الامر الكلّي، [١] وما يتعيّن لذلك من الاعيان الشّخصيّة بالحوالة وغيرها ليس هو نفس المبيع، وان كان الامر الكلّي انّما يتحقّق في ضمن الافراد الخاصّة، فإنّها ليست عينه ومن ثمّ لو ظهر المدفوع مستحقّاً او معيباً يرجع الحقّ الى الدّمة والمبيع المعيّن ليس كذلك. وحينئذ فانصباب العقد على ما قبض كونه حينئذ مبيعاً غير واضح. فالقول بالتّحريم به عند القائل به في غيره غير متوجّه، انتهى.

وثانياً: انه ظاهر في التوكيل في الشرط والقبض من قبل البايع، ثم استيفاء الحق منه، وهذا لا اشكال في جوازه.

الثانية: ان ما يشترى لاقرار البيع السابق عليه ربما يكون شخصيا وربما يكون كلياً، فان كان شخصيا فالكلام فيه من وجهين:

احدهما: ما تقدم من انه هل يشمل البيع الممنوع عنه قبل القبض لاقرار البيع على ما لم يقبض ام لا، وقد تقدم ما هو الحق عندنا

[١] الثاني: فيما افاده الشهيد الثاني رحمه الله الذي ذكره المصنف رحمه الله بعنوان الايراد على الشهيد الأول. وحاصله: ان ما يتعين مصداقاً للكلي المبيع من الأعيان الشخصية بالحوالة وغيرها ليس هو نفس المبيع، وان كان الأمر الكلّي انّما يتحقّق في ضمن الافراد الخاصّة

اقول ما ذكره من منع تشخيص المبيع في ضمن الفرد الخاص المدفوع وان كان حقاً من حيث عدم انصاف العقد عليه، الاّ أنّه يصدق عليه انتقاله الى المشتري بعقد البيع، [١] فإذا نهى الشارع عن بيع ما لم يقبض، نظير نهيه، عن بيع ام الولد، وعن بيع ما حلف على ترك بيعه، فإنّه لا فرق بين ايقاع العقد عليه وبين دفعه عن الكليّ المبيع، لكن يرد على ما ذكره الشهيد عدم تشخيص الكليّ بالكليّ الاّ بالحوالة الراجعة الى الاستيفاء او المعاوضة وهذا لا يسوغ اطلاق البيع على الكليّ المتشخص به بحيث يصدق أنّه انتقل الى المحال بناقل البيع

نعم هذا التوجيه انما يستقيم في الفرع المتقدم عن الدّروس، وهو ما اذا امره بقبض الطعام الشّخصي الذي اشتره للمشتري، فإنّ مجرد قبضه بإذن البائع مشخّص للكليّ المبيع في ضمنه، فيصدق أنّه انتقل بالبيع قبل ان يقبض. ويمكن ان يقال انّ تشخيص الكليّ المبيع في الكليّ المشتري يكفي فيه اذن البائع في قبض بعض افراد الكليّ المشتري من دون حاجة الى حوالة، فإذا وقع فرد منه في يد المشتري صدق أنّه انتقل بالبيع قبل القبض، وكيف كان، فالأظهر في وجه ادخال هذه المسألة في محلّ الخلاف تعميم مورد الخلاف لمطلق الاستبدال، حتّى المحقّق بالحوالة، وان لم نقل بكونها بيعاً، والمسألة يحتاج الى فضل تتبع والله الموفق

فانها ليست عينه، ولذا لو ظهر المدفوع مستحقاً او معيباً يرجع الحق الى الذمة، ففي الحقيقة هذا اشكال صغروي لشمول النصوص لاقرار البيع السابق على ما لم يقبض.

[١] وفيه: ان الكلي يوجد بوجود فردّه، فاذا انطبق الكلي على فرد يصير ذلك الفرد مبيعاً بالحمل الشائع، ويصدق عليه انه انتقل الى المشتري بعقد البيع.

وان كان كلياً، فيدخل تحت عنوان المسألة المعنونة في الفقه، وهي: انه لو كان له على غيره طعام من سلم وعليه مثل ذلك فامر غريمه ان يكتال لنفسه من الاخر، فانه يكره او يحرم على الخلاف. وقد علل ذلك في الشرايع وغيرها: بانه قبضه عوضاً عن ماله قبل ان يقبضه صاحبه.

وتنقيح القول فيها: ان محل الكلام ليس ببيع ماله على غيره بما هو عليه، فانه

واستدلّ في الحقائق على الجواز بما عن المشايخ الثلاثة بطريق صحيح، وموثّق عن عبد الرحمن بن ابي عبد الله قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الرّجل عليه كَرَم من طعام، فاشترى كَرّاً من رجل آخر، فقال للرّجل: انطلق فاستوف كَرَك، قال: لا بأس به، وفيه أنّه لا دلالة لها على محلّ الكلام لأنّ الكلام فيما اذا كان المالا ن سلمين، ومورد الرّواية اعطاء ما اشترى به قبل قبضه وفاء عن دين لم يعلم أنّه سلم او قرض او غيرهما. وقد استدلّ به في التذكرة على جواز إيفاء الفرض بمال السّلم، ولذا قال جامع المقاصد في شرح قوله عليه السلام ولو احوال من عليه طعام من سلّم بقبضه على من له عليه مثله من سلّم الخ، [١] فإن قلت: لم اعتبر كون المالكين معاً سلّمين قلت: لأنّ المنع أنّما هو من بيع ما لم يقبض، واذا كان احد المالكين سلماً دون الآخر لم يتعيّن لكونه مبيعاً لا مكان اعتباره ثنائياً، اذ لا معيّن لاحدهما، انتهى. ويمكن ان يقال انّ ظاهر الحوالة بناء على كونها معاوضة كون المحيل مملّكاً ماله في ذمّة غريمه بازاء ما لغريمه عليه، [٢] فما له معوّض ومال غريمه عوض، فإذا كان ماله على غريمه سلماً كفي في المنع عن تمليكك بازاء مال غريمه عليه، لأنّه من بيع ما لم يقبض، وحينئذ فيتم الاستدلال بالرواية

من افراد بيع ما لم يقبض،

بل محل الكلام تعيين ما عليه فيما له على غيره بحيث يكون وفاء، وتصوير ذلك انما هو بقبض ماله على غيره ثم تعيين ما عليه فيه، والا فلا يعقل انطباق الكلي المتخصص بكونه في ذمّة احد على ما هو المتخصص بكونه في ذمّة الاخر، وعليه فتعيين ذلك اما ان يكون بالتوكيل في القبض، واما بمجرد الاذن في قبض من له في ذمته الكلي، واما بحوالة من له عليه على من عليه له.

اما التوكيل: فلا اشكال فيه ولا يكون حينئذ من بيع ما لم يقبض

واما الاذن: فالظاهر كفايته في تعيين ماله على غيره، ولكن يصير سبباً لاستقرار

المبيع بالسلم على ما لم يقبض.

[١] واما الحوالة: فان قلنا بان ظاهرها بناء على كونها معاوضة كون المحيل مملّكاً

ماله في ذمّة غريمه بازاء ما لغريمه عليه، فما له معوض ومال غريمه عوض،

[٢] كما افاده المصنف رحمته الله فهي بيع حقيقة بصورة الحوالة

نعم لو كان ما عليه سَلماً دون ماله امكن خروجه عن المسألة، لأن الظاهر هنا كون المسلم ثمناً وعوضاً. والى هذا ينظر بقوله في القواعد والتحرير تبعاً للشرائع، ولو كان المالان او المحال به قرضاً صحّ، ولا وجه لاعتراض جامع المقاصد عليه بأنه لا وجه لتخصيص المحال به بالذّكر مع أنّ العكس كذلك، واستحسان تعبير الدّروس بلفظ احدهما، ثمّ قال: وليس له ان يقول أنّ المحال به شبيه بالمبيع من حيث تخيل كونه مقابلاً بالآخر، اذ ربّما يقال أنّ شبهه بالثمن اظهر لاقترانته بالباء وكلّ ذلك ضعيف، انتهى.

وفيه ما لا يخفى فإنّ الباء هنا ليس للعوض، وظهور الحوالة في كون انشاء التّملك من المحيل لا ينكر، واحتمال كونه متمكناً مال غريمه بمال نفسه، كما في المشتري المقدّم لقبوله على الايجاب بعيد ويدلّ على هذا ايضاً قولهم أنّ الحوالة بيع، فإنّ ظاهره كون المحيل بائعاً، ثمّ ان المفروض في المسألة المذكورة ما لو اذن المحيل المحال في اكتياله لنفسه، بأن يأتي بلفظ الاحالة، كما في عبارة القواعد، او يقول له اکتل لنفسك، كما في عبارتي المبسوط والشّرائع. امّا لو وكلّه في القبض عن الاذن، ثمّ القبض لنفسه فيكون قابضاً مقبضاً مبني [فيبني] على جواز تولي طرفي القبض، والأقرب صحّته لعدم المانع.

فتدخل في بيع مالم يقبض من دون حاجة الى عنوان اقرار البيع السابق على ما لم يقبض. وان قلنا بانها عبارة عن نقل ما ذمة المحال عليه الى المحتال عوضاً عما في ذمته لا تبديلاً فهي تكون نقلاً لما لم يقبض،
فيدخل تحت العنوان المتقدم في التنبيه السابق، ولا ربط له باقرار البيع السابق، فانه يملك بهذا النقل لا بالبيع السابق.

وان قلنا بانها ايفاء محض فهي لاتصح، فان ماذمة المحال عليه كلي لا ناقل له على الفرض، ولا يكون فردا كي ينطبق عليه ما في ذمة المحيل فلا وجه لانتصاب عقد السلم على موردها.

الرابع: ذكر جماعة أنه لو دفع الى من له عليه طعام دراهم، وقال اشتر بها لنفسك طعاماً لم يصح، [١] لأن مال الغير يمتنع شراء شيء به لنفسه، ووجهه ان قضية المعاوضة انتقال كل عوض الى ملك من خرج عن ملكه العوض الآخر، فلو انتقل الى غيره لم يكن عوضاً ويمكن نقض هذا بالعوض المأخوذ بالمعاطاة على القول بافادتها للاباحة، [٢] فإنه يجوز ان يشتري به شيئاً لنفسه على ما في المسالك من جواز جميع التصرفات باجماع القائلين بصحة المعاطاة وايضاً، فقد ذكر جماعة منهم العلامة في المختلف وقطب الدين والشهيد على ما حكى عنهما، ان مال الغير المنتقل عنه بإزاء ما اشتراه عالماً بكونه مغضوباً باق على ملكه، ويجوز لبائع ذلك المغضوب التصرف فيه بأن يشتري به شيئاً لنفسه ويملكه بمجرد الشراء، قال في المختلف، بعدما نقل عن الشيخ في النهاية: أنه لو غصب مالاً واشترى به جارية كان الفرج له حلالاً، وبعد ما نقل مذهب الشيخ في ذلك في غير النهاية ومذهب الحلبي ان كلام النهاية يحتمل امرين.

احدهما: اشتراء المجارية في الذمة، كما ذكره في غير النهاية.

[١] الرابع: ولو دفع الى من له عليه طعام دراهم، وقال: اشتر بها لنفسك طعاماً،

فهل يصح، ام لا وجهان

مبنيان على ما حقق في اول البيع من: ان حقيقته هي المعاوضة المقتضية لدخول العوض في كيس من خرج المعوض عن كيسه، ام حقيقته الاعطاء لاجبانا غير المقتضى لذلك، فعلى الأول لا يصح، وعلى الثاني يصح، وحيث ان المختار هو الثاني كما تقدم فالأظهر هي الصحة،

وعليه فهل يصير المبيع حينئذ عوضاً عما في ذمته من الطعام ام لا؟ الظاهر ذلك،

فان في وفاء الدين لا يعتبر كون ما يوفي به ملكاً للمديون ويصح اداء الغير من ماله،

[٢] واما مسألة المعاطاة والمقبوض بالعقد الفاسد ولو من جهة الغصبية مع العلم

بذلك فقد تقدم الكلام فيها مفصلاً في الجزء الاول من هذا الشرح.

الثاني: أن يكون البائع عالماً بغصب المال، فإنَّ المشتري حينئذ يستبيح وطئ الجارية وعليه وزر المال، انتهى.

وقد تقدّم في فروع بيع الفضولي وفي فروع المعاطة، نقل كلام القطب والشَّهيد وغيرهما، ويمكن توجيه ما ذكر في المعاطة بدخول المال آنأماً قبل التصرف في ملك المتصرف، كما يلزمهم القول بذلك في وطئ الجارية المأخوذة بالمعاطة. وتوجيه الثاني بأنّه في معنى تمليك ماله مجّاناً بغير عوض، وكيف كان، فالمعاوضة لا يعقل بدون قيام كلّ عوض مقام معوّضه، [١] وإذا ثبت على غير ذلك فلا بدّ من توجيهه أمّا بانتقال احد العوضين الى غير مالكة قبل المعاوضة وأمّا بانتقال العوض الآخر اليه بعدها. ومن هنا يمكن ان يحمل قوله فيما نحن فيه اشتر بدراهمي طعاماً لنفسك، على ارادة كون اللّام لمطلق التّع لا للتّمليك بمعنى اشتر في ملكي وخذه لنفسك، كما ورد في مورد بعض الاخبار السابقة اشتر لنفسك طعاما واستوف حقّك، ويمكن ان يقال أنّه اذا اشترى لنفسه بمال الغير وقع البيع فضولاً، كما لو باع الغير لنفسه، فإذا قبضه فأجاز المالك الشراء والقبض تعيّن له وحيث كان استمراره بيد المشتري قبضاً فقد قبض ماله على مالك الطّعام، فافهم.

[١] قوله فالمعاوضة لا يعقل بدون قيام كل عوض مقام معوضه

وفيه انه لم يرداية ولا رواية دالة على كون المبيع معاوضة بين المالين، وقد مرفى اول كتاب البيع عند بيان حقيقته من ان اصل ذلك هو ما عن المصباح في تعريف البيع بانه مبادلة مال بمال، وقد اوردنا عليه بايرادات خمسة

خامسها: ان مقتضى هذا التعريف لزوم دخول العوض في كيس من خرج المعوض عن كيسه، مع انه لا يعتبر ذلك، الا ترى ان الانسان يعطى الدرهم الى الخباز، ويقول اعط الخبز للفقير، فان هذا بيع مع انه لامبادلة فيه، والالتزام بانه يملك الفقير الدرهم اولاً ثم يعطى الخباز، او انه يوكله في تمليكه الخبز اياه ثم اعطائه للفقير، خلاف الواقع الذي عليه بناء العرف والعقلاء في امثال هذه المعاملة وعلى ذلك فلا اشكال في المسألة

مسألة لو كان له طعام على غيره، فطالبه به في غير مكان حدوثه في ذمته [١]
فهنا مسائل ثلاث:

أحداها: ان يكون المال سَلَمًا بأن اسلفه طعاماً في العراق وطالبه بالمدينة، مع عدم اشتراط تسليمه بالمدينة، [٢] فلا اشكال في عدم وجوب ادائه في ذلك البلد، وأولى بعدم الوجوب ما لو طالبه بقيمة ذلك البلد، ولو طالبه في ذلك البلد بقيمته في بلد وجوب التسليم، وتراضيا على ذلك، قال الشيخ لم يجز، لأنه بيع الطعام قبل قبضه، [٣] وهو حسن بناء على ارادة بيع ما في ذمته بالقيمة، او ارادة مطلق الاستبدال من البيع المنهي عنه. أما لو جعلنا المنهي عنه خصوص البيع، ولم يحتمل التراضي على خصوص كون القيمة ثمنًا، بل احتمل كونه مثنًا، والسلم ثمنًا، فلا وجه للتحريم، لكن الانصاف ظهور عنوان القيمة خصوصاً اذا كان من التّقدين في الثمنية، فيبني الحكم على انصراف التراضي المذكور الى البيع او القول بتحريم مطلق الاستبدال. وأما اذا لم يرض المسلم إليه ففي جواز إجباره على ذلك قولان، المشهور كما قيل: العدم، لأن الواجب في ذمته هو الطعام لا القيمة.

مطالبة الطعام في غير مكان حدوثه في ذمته

[١] مسألة: لو كان له طعام على غيره فطالبه به في غير مكان حدوثه في ذمته،

فهنا فروع ثلاثة:

[٢] الأول: ما لو كان المال سلمًا فلو طالبه في غير مكان المعاملة مع عدم اشتراط

التسليم فيه لا يجب ادائه كما هو مقتضى الشرط الضمني بالتسليم في بلد المعاملة،

وأولى بعدم الوجوب ما لو طالبه بقيمة ذلك البلد.

ولو طالبه في ذلك البلد بقيمة بلد وجوب التسليم،

فتارة: يتراضيان على ذلك،

وأخرى: لا يرضى المسلم إليه، فان تراضيا جاز.

[٣] واستدل للعدم: بانه من بيع الطعام قبل قبضه.

وعن جماعة منهم العلامة في التذكرة: الجواز، لأنّ الطّعام الَّذي يلزمه دفعه معدوم [١] فكان كما لو عدم الطّعام في بلد يلزمه التسليم فيه.

وتوضيحه أنّ الطّعام قد حلّ والتّقصير من المسلم اليه، [٢] حيث أنّه لو كان في ذلك البلد امكّنه اداء الواجب بتسليم المال الى المشتري ان حضر، وإلّا دفعه الى وليّه ولو الحاكم او عزله، وكيف كان فتعذّر البراءة مستند الى غيبته، فللغريم مطالبة قيمة بلد الاستحقاق حينئذ، وقد يتوهّم أنّه يلزم من ذلك جواز مطالبة الطّعام وان

وفيه: اولا: انه قد تقدم جوازه.

وثانيا: على فرض العدم يكون البيع من البائع مستثنى منه.

وثالثا: ان الممنوع على فرضه هو جعل الطعام مئثما، ولا تشمل النصوص ما لو جعل مئثما.

ورابعا: انه يختص بما لو اريد بيع ما في ذمته بالقيمة، ولا يعم غيره من افراد الاستبدال،

وان لم يرض المسلم اليه بذلك.

فهل يجوز اجباره على ذلك ام لا؟ وجهان

استدل للأول بوجهين:

[١] احدهما: ما هو ظاهر الكلام المحكي عن التذكرة، وهو: ان التسليم في البلد من قبيل القيود المشخصة للكلي المبيع، التي بتعذرها يصدق تعذر وجود المبيع في الخارج، ومع تعذره للمشتري مطالبة قيمته.

وفيه: ان التسليم في البلد، - الذي يقتضيه اطلاق العقد بحسب الشرط الضمني الارتكازي - ليس من قبيل القيود المشخصة، بل هو من قبيل الشروط الخارجية التي لا يصدق تعذر المبيع بتعذرها، بل غايته ثبوت الخيار للمشتري.

[٢] الثاني: ما افاده المصنف ذكره توضيحا لما افاده العلامة في التذكرة، وحاصله: ان

كان ازيد قيمة كما سيجيء القول بذلك في القرض، ولو كان الطعام في بلد المطالبة مساوياً في القيمة لبلد الاستحقاق. فالظاهر وجوب الطعام عليه لعدم تعذر الحق، والمفروض عدم سقوط المطالبة بالغيبة عن بلد الاستحقاق، فيطالبه بنفس الحق. الثانية: أن يكون ما عليه قرضاً، [١] والظاهر عدم استحقاق المطالبة بالمثل مع اختلاف القيمة، لأنها إنما يستحقها في بلد القرض، فالإلزامه بالدفع في غيره إضرار خلافاً للمحكي عن المختلف، وقواء جامع المقاصد هنا، لكنه جزم بالختار في باب القرض، أما مطالبته بقيمة بلد الاستحقاق، فالظاهر هو جوازها وفقاً للفاضلين. وحكى عن الشيخ والقاضي. وعن غاية المرام نفي الخلاف لما تقدم من أن الحق هو الطعام على أن يسلم في بلد الاستحقاق وقد تعذر بتعذر قيده لا بامتناع ذي الحق، فلا وجه لسقوطه.

غاية الامر الرجوع الى قيمته لاجل الاضرار، ولذا لو لم يختلف القيمة، فالظاهر جواز مطالبته بالمثل لعدم التضرر، لكن مقتضى ملاحظة التضرر اناطة الحكم بعدم الضرر على المقرض او بمصلحته ولو من غير جهة اختلاف القيمة، كما فعله العلامة [في القواعد و شارحه جامع المقاصد

شرط الأداء في بلد المعاملة - الذي هو شرط لكل من المتبايعين على الآخر - قد تعذر تحققه في الخارج بسوء اختيار البائع، فليس له عند مطالبة المشتري منه حقه الامتناع عن الأداء.

وفيه: ان اشتراط التسليم في البلد ينحل الى شرطين: احدهما: اشتراط القبض في البلد، ثانيهما: عدم التسليم في غير ذلك، اي عدم ثبوت حق في التسليم في غيره، وسوء الاختيار انما يسقط حق البائع من ناحية الشرط الأول، ولا وجه لابطاله حقه من ناحية الشرط الثاني،

فالأظهر عدم جواز الاجبار كما عن المشهور، لأن الواجب في ذمته هو الطعام لا القيمة.

[١] الثاني: ان يكون ما عليه قرضاً،

لا خلاف في جواز اخذ القيمة بسعر بلد القرض،

فهل يجوز له المطالبة بالمثل في غير بلد القرض مع اختلاف القيمة ام لا؟ وجهان

ثمَّ أنه اعترف في المختلف بتعيّن قيمة بلد القرض، مع تعدّد المثل في بلد المطالبة [١] وفيه تأمل، فتأمل.

وظاهر بعض عدم جواز المطالبة لا بالمثل ولا بالقيمة، [٢] وكأنّه يتفرّع على ما عن الشهيد عليه السلام في حواشيه من عدم جواز مطالبة المقرض المثل في غير بلد القرض حتّى مع عدم تضرّره، فيلزم من ذلك عدم جواز المطالبة بالقيمة بطريق أولى. ولعلّه لأنّ مقتضى اعتبار بلد القرض ان ليس للمقرض الآ مطالبة تسليم ماله في بلد القرض، ومجرّد تعدّره في وقت من جهة توقّفه على مضي زمان لا يوجب اشتغاله بالقيمة، كما لو آخر التسليم اختياراً في بلد القرض، او احتاج تسليم المثل الى مضي زمان، فتأمل.

اقواهما الثاني، لأن مقتضى اطلاق عقد القرض التسليم في بلد القرض، وعليه فلو طالب لا يجب دفع المثل،

[١] فما عن المختلف من وجوبه ضعيف.

وهل له المطالبة بقيمة بلد الاستحقاق - كما عن الشيخ والقاضي والفاضلين وغيرهم بل عن غاية المرام: نفي الخلاف فيه - ام لا كما في الجواهر؟ قولان: اظهرهما الثاني، اذ لا وجه لجواز المطالبة سوى ما تقدم في المسألة الاولى الذي عرفت ضعفه

[٢] فما عن الشهيد وفي الجواهر من عدم جواز المطالبة بالمثل ولا بالقيمة هو الأظهر.

واما خبر سماعه سأل ابا عبد الله عليه السلام عن رجل له عليه مال فغاب عنه فرآه يطوف حول الكعبة، ايتقاضاه؟ قال عليه السلام: لا تسلم عليه ولا تروعه حتى يخرج من الحرم. ^(١) فلا يعلم كونه قرضاً، مع انه مساق لبيان حرمة الحرم وان له المطالبة في غير ذلك المكان بالتادية في بلد القرض وربما كان هارباً منه.

الثالثة: ان يكون الاستقرار من جهة الغصب، [١] فالمحكي عن الشيخ والقاضي أنه لا يجوز مطالبته بالمثل في غير بلد الغصب، ولعلّه لظاهر قوله تعالى: ﴿فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ فإنّ ما في ذمته هو الطّعام الموصوف بكونه في ذلك البلد، فإنّ مقدار ماليّة الطّعام يختلف باختلاف الاماكن، فإنّ المالك لمقدار منه في بلد قد يعدّ غنياً، والمالك لاضعافه في غيره يعدّ فقيراً، فالمماثلة في الصّفات موجودة لا في الماليّة، لكنّه ينتقض بالمغصوب المختلف قيمته باختلاف الازمان. فإنّ اللّازم على هذا عدم جواز مطالبته بالمثل في زمان غلاته، وحلّه انّ المماثلة في الجنس والصّفات هي المناط في التّماثل العرفي من دون ملاحظة الماليّة، ولولا قاعدة نفي الضّرر وانصراف اطلاق العقد في مسألتي القرض والسّلم لتعيّن ذلك فيها ايضاً، ولو تعذّر المثل في بلد المطالبة لزم قيمة ذلك البلد، لأنّ اللّازم عليه حينئذٍ المثل في هذا البلد لو تمكن فاداتعذر قامت القيمة مقامه وفي المبسوط وعن القاضي قيمة بلد الغصب وهو حسن بناءً على حكمها في المثل والمعتبر قيمة وقت الدفع لوجوب المثل حينئذٍ فتعيّن بدله مع تعذّره، ويحتمل وقت التّعذّر، لأنّه وقت الانتقال الى القيمة. وفي المسألة اقول: مذكورة في باب الغصب ذكرناها مع مبانيها في البيع الفاسد عند ذكر شروط العقد، فليراجع الى هنا.

[١] الثّالث: ان يكون الاستقرار من جهة الغصب، وقد اشعبنا الكلام في هذه المسألة في الجزء الثّالث من هذا الشرح في المقبوض بالعقد الفاسد.

الحمد لله اولا وآخرا

الجزء السادس

فهرس المحتوى

٥	حول خيار التأخير
١٠	شرائط خيار التأخير - اعتبار عدم قبض المبيع
١٤	اعتبار عدم قبض مجموع الثمن
١٧	الشرط الثالث
١٨	اعتبار كون المبيع عينا او شبهه
٢٢	ما قيل باعتباره في خيار التأخير
٢٩	سقوط خيار التأخير بالاسقاط
٣٢	بذل المشتري للثمن بعد الثلاثة
٣٤	اخذ الثمن من المشتري
٣٥	حول مطالبة الثمن
٣٦	فورية خيار التأخير وعدمها
٣٧	تلف المبيع بعد الثلاثة من البائع
٤٠	شراء ما يفسد من يومه
٤٦	خيار الرؤية
٥٠	مورد خيار الرؤية
٥٥	الخيار بين الرد والامساك مجانا
٥٩	خيار الرؤية فوري
٦٠	مستقطات خيار الرؤية
٦٢	اشتراط سقوطه
٦٧	حكم بذل التفاوت وابدال العين
٧٢	ثبوت خيار الرؤية في كل عقد

٥٦٢..... منهاج الفقاهة / ج ٦

- ٧٣ اختلاف المتبايعين
- ٧٥ حكم نسج بعض الثوب
- ٧٨ اطلاق العقد يقتضي الصحة
- ٨١ التخيير بين الرد واخذ الارش
- ٨٥ ظهور العيب كاشف عن ثبوت الخيار لامثبت له
- ٨٨ مسقطات الرد - الاسقاط
- ٨٨ التصرف مسقط
- ٩٦ تلف العين مسقط لهذا الخيار
- ٩٨ حدوث عيب عند المشتري
- ٩٩ حدوث العيب بعد القبض
- ١٠٢ العيب الحادث بعد القبض والخيار
- ١٠٨ تبعض الصفقة لا يمنع من الرد
- ١١٣ حكم ما اذا كان المشتري متعددا
- ١١٧ حكم ما اذا كان البائع متعددا
- ١١٨ مسقطات الارش خاصة
- ١٢٢ ما يسقط الرد والارش
- ١٢٥ التبرئ عن العيوب
- ١٣٠ ما قيل بكون مسقطا للرد والارش
- ١٣٣ التصرف بعد العلم بالعيب
- ١٣٥ التصرف في الميب الذي لم تنقص قيمته بالعيب
- ١٣٨ لو ثبت احد مانعي الرد فيما لا يؤخذ الارش فيه
- ١٤٣ تاخير الأخذ بمقتضى الخيار
- ١٤٤ وجوب الاعلام بالعيب
- ١٤٧ لو اختلفا في تعيب المبيع

٥٦٣	فهرس المحتوى
١٥٤	اختلاف الموكل والمشتري
١٥٧	اختلاف المتبايعين في كون المردود سلعة البائع
١٦٠	الاختلاف في المسقط
١٦٣	اختلاف المتبايعين في البرائة
١٦٧	اختلاف المتبايعين في الفسخ
١٧١	بيان حقيقة العيب
١٨١	بعض افراد العيب
١٩٥	الارش - ضمانه خارج عن الضمانين
١٩٧	الملحوظ هو التفاوت بالنسبة
٢٠١	هذا الضمان انما هو بمقدار بعض الثمن لابعينه
٢٠٤	يعتبر كون الارش من النقيدين
٢٠٦	الارش المستوعب لتمام القيمة
٢١١	التقويم
٢١٣	تعارض المقومين
٢١٩	طريق تحصيل التفاوت بين القيمتين
٢٢٦	القول في الشروط
٢٢٧	حقيقة الشرط
٢٣٣	اعتبار دخول الشرط تحت القدرة
٢٤٠	اعتبار كون الشرط سائفا
٢٤١	اعتبار أن يكون فيه غرض عقلائي
٢٤٣	اعتبار عدم مخالفة الشرط للكتاب والسنة
٢٤٧	الشرط المنافي لمقتضى العقد
٢٧٥	الشرط المجهول
٢٧٩	يعتبر أن لا يكون الشرط مستلزماً للمحال

٢٨١	يعتبر ذكر الشرط في متن العقد
٢٨٥	يعتبر التتجيز في الشرط
٢٨٧	حكم الشرط الصحيح
٢٨٧	حكم شرط الوصف
٢٩٠	حكم شرط النتيجة
٢٩٣	وجوب الوفاء بالشرط
٢٩٨	في جواز الإيجابار وعدمه
٣٠٢	ثبوت الخيار مع عدم تعذر الإيجابار
٣٠٦	حكم تعذر الشرط
٣١٠	التلف لا يمنع عن الفسخ
٣١٥	حول التصرف المخرج
٣١٦	إسقاط حق الشرط
٣١٩	لو شرط قدراً معيناً فتبين الاختلاف
٣٢٨	حكم الشرط الفاسد
٣٤٤	الشرط الفاسد يوجب الخيار
٣٤٦	لو أسقط المشروط له الشرط الفاسد
٣٤٧	ذكر الشرط الفاسد قبل العقد
٣٥٢	انتقال حق الخيار الى الوارث
٣٥٥	ارث الخيار ليس تابعا لارث المال
٣٦٤	كيفية استحقاق الورثة للخيار
٣٧٥	لواجتمع الورثة على الفسخ
٣٧٨	لو جعل الخيار لأجنبي
٣٨٠	الفسخ الفعلي
٣٨٥	الفعل كاشف

٥٦٥	فهرس المحتوى
٣٩٢	لو اشترى عبداً بـجارية
٣٩٥	حكم تصرفات غير ذى الخيار جواز او منعاً
٣٩٨	يجوز تصرف غير ذى الخيار تكليفاً
٤٠٣	يجوز تصرف من عليه الخيار وضعاً
٤٠٥	العقد الثانى لا يفسخ بجل الاول
٤٠٨	التصرف الذى يكون فى معرض التفويت
٤٠٩	اجارة العين فى زمان الخيار
٤١٢	التصرف باذن ذى الخيار
٤١٥	المبيع يملك بالعقد
٤٢٧	حكم تلف المبيع فى زمان الخيار
٤٢٨	المبيع فى ضمان من ليس له الخيار
٤٣٠	بختص هذا الحكم بخيارى الحيوان والشرط
٤٣٤	اختصاص هذا الحكم بالمبيع الشخصى
٤٣٦	المستفاد من النصوص كون هذا الضمان ضمان المعاوضة
٤٤١	حكم اتلاف المبيع فى زمان الخيار
٤٤٤	حكم تسليم العوضين فى زمان الخيار
٤٤٥	بقاء الخيار مع تلف العين
٤٤٩	كون العين مضمونة بعد الفسخ
٤٥٠	النقد والنسيئة
٤٥٠	اطلاق العقد يقتضى النقد
٤٥٤	اشتراط تاجيل الثمن
٤٥٨	البيع بثمنين حالاً ومؤجلاً
٤٦٥	القبول والاسقاط قبل حلول الأجل
٤٦٩	لو دفع الثمن عند حلول الأجل

٥٦٦..... منهاج الفقاهة / ج ٦

لا يجوز تأجيل الثمن الحال بازيد منه ٢٧٦

بيع العين الشخصية من بايعها ٢٨٠

القول في القبض ٢٩١

حول القبض في المكيل والموزون ٥٠١

القول في وجوب القبض ٥٠٢

الفروع المتفرعة على وجوب التسليم ٥٠٥

لزوم التفريغ ٥١٠

حكم ما لو كانت الأرض مشغولة بالزرع ٥١٣

لو احتاج تفريغ الأرض الى هدم شيء ٥١٥

لو امتنع البائع عن التسليم ٥١٦

انتقال الضمان الى القابض ٥١٨

انتقال الضمان بالاتلاف ٥٢٥

تلف الثمن كتلف المثل ٥٢٩

تلف بعض المبيع قبل قبضه ٥٣٢

حكم بيع ما لم يقبض ٥٣٦

الثمن لا يكون ملحقا بالمبيع ٥٤٢

اقرار البيع على ما لم يقبض ٥٤٦

مطالبة الطعام في غير مكان حدوثه في ذمته ٥٥٥

حول ما لو كان له طعام على غيره ٥٥٧