

منهاج الفقاهة الجزء: ٦

السيد محمد صادق الروحاني

الكتاب: منهاج الفقاهة
المؤلف: السيد محمد صادق الروحاني
الجزء: ٦
الوفاة: معاصر
المجموعة: فقه الشيعة من القرن الثامن
تحقيق:
الطبعة: الرابعة
سنة الطبع: ١٤١٨ - ١٣٧٦ ش
المطبعة:
الناشر:
ردمك:
المصدر:
ملاحظات:

الفهرست

الصفحة	العنوان
٥	حول خيار التأخير
١٠	شروط خيار التأخير - اعتبار عدم قبض المبيع
(١٤)ش	اعتبار عدم قبض مجموع الثمن
(١٧)ش	الشرط الثالث
(١٨)ش	اعتبار كون المبيع عينا أو شبهه
(٢٢)ش	ما قيل باعتباره في خيار التأخير
٢٩	سقوط خيار التأخير بالاسقاط
٣٢	بذل المشتري للثمن بعد الثلاثة
٣٤	اخذ الثمن من المشتري
(٣٥)ش	حول مطالبة الثمن
(٣٦)ش	فورية خيار التأخير وعدمها
٣٧	تلف المبيع بعد الثلاثة من البائع
(٤٠)ش	شراء ما يفسد من يومه
٤٦	خيار الرؤية
(٥٠)ش	مورد خيار الرؤية
(٥٥)ش	الخيار بين الرد والامسك مجانا
(٥٩)ش	خيار الرؤية فوري
(٦٠)ش	مسقطات خيار الرؤية
(٦٢)ش	اشتراط سقوطه
(٦٧)ش	حكم بذل التفاوت وابدال العين
(٧٢)ش	ثبوت خيار الرؤية في كل عقد
٧٣	اختلاف المتبايعين
(٧٥)ش	حكم نسج بعض الثوب
(٧٨)ش	اطلاق العقد يقتضي الصحة
(٨١)ش	التخيير بين الرد واخذ الأرش
(٨٥)ش	ظهور العيب كاشف عن ثبوت الخيار لا مثبت له
(٨٨)ش	مسقطات الرد - الاسقاط
(٨٨)ش	التصرف مسقط
(٩٦)ش	تلف العين مسقط لهذا الخيار
(٩٨)ش	حدوث عيب عند المشتري
(٩٩)ش	حدوث العيب بعد القبض
(١٠٢)ش	العيب الحادث بعد القبض والخيار
(١٠٨)ش	تبعض الصفقة لا يمنع من الرد

- حكم ما إذا كان المشتري متعددا (١١٣ش)
- حكم ما إذا كان البائع متعددا (١١٧ش)
- مسقطات الأرش خاصة (١١٨ش)
- ما يسقط الرد والأرش (١٢٢ش)
- التبرئ عن العيوب (١٢٥ش)
- ما قيل بكون مسقطا للرد والأرش (١٣٠ش)
- التصرف بعد العلم بالعيب (١٣٣ش)
- التصرف في المعيب الذي لم تنقص قيمته بالعيب (١٣٥ش)
- لو ثبت أحد مانعي الرد فيما لا يؤخذ الأرش فيه (١٣٨ش)
- تأخير الأخذ بمقتضى الخيار (١٤٣ش)
- وجوب الاعلام بالعيب (١٤٤ش)
- لو اختلفا في تعيب المبيع (١٤٧ش)
- اختلاف الموكل والمشتري (١٥٤ش)
- اختلاف المتبايعين في كون المردود سلعة البائع (١٥٧ش)
- الاختلاف في المسقط (١٦٠ش)
- اختلاف المتبايعين في البراءة (١٦٣ش)
- اختلاف المتبايعين في الفسخ (١٦٧ش)
- بيان حقيقة العيب (١٧١ش)
- بعض افراد العيب (١٨١ش)
- الأرش - ضمانه خارج عن الضمانين (١٩٥ش)
- الملحوظ هو التفاوت بالنسبة (١٩٧ش)
- هذا الضمان انما هو بمقدار بعض الثمن لا بعينه (٢٠١ش)
- يعتبر كون الأرش من النقدين (٢٠٤ش)
- الأرش المستوعب لتمام القيمة (٢٠٦ش)
- التقويم (٢١١ش)
- تعارض المقومين (٢١٣ش)
- طريق تحصيل التفاوت بين القيمتين (٢١٩ش)
- القول في الشروط (٢٢٦ش)
- حقيقة الشرط (٢٢٧ش)
- اعتبار دخول الشرط تحت القدرة (٢٣٣ش)
- اعتبار كون الشرط سائغا (٢٤٠ش)
- اعتبار أن يكون فيه غرض عقلائي (٢٤١ش)
- اعتبار عدم مخالفة الشرط للكتاب والسنة (٢٤٣ش)
- الشرط المنافي لمقتضى العقد (٢٦٧ش)
- الشرط المجهول (٢٧٥ش)
- يعتبر أن لا يكون الشرط مستلزما للمحال (٢٧٩ش)
- يعتبر ذكر الشرط في متن العقد (٢٨١ش)

٢٨٥(ش)	يعتبر التنجيز في الشرط
٢٨٧(ش)	حكم الشرط الصحيح
٢٨٧(ش)	حكم شرط الوصف
٢٩٠(ش)	حكم شرط النتيجة
٢٩٣(ش)	وجوب الوفاء بالشرط
٢٩٨(ش)	في جواز الاجبار وعدمه
٣٠٢(ش)	ثبوت الخيار مع عدم تعذر الاجبار
٣٠٦(ش)	حكم تعذر الشرط
٣١٠(ش)	التلف لا يمنع عن الفسخ
٣١٥	حول التصرف المنخرج
٣١٦(ش)	اسقاط حق الشرط
٣١٩(ش)	لو شرط قدرا معيناً فتيبين الاختلاف
٣٢٨(ش)	حكم الشرط الفاسد
٣٤٤(ش)	الشرط الفاسد يوجب الخيار
٣٤٦	لو أسقط المشروط له الشرط الفاسد
٣٤٧(ش)	ذكر الشرط الفاسد قبل العقد
٣٥٢(ش)	انتقال حق الخيار إلى الوارث
٣٥٥(ش)	ارث الخيار ليس تابعا لارث المال
٣٦٤(ش)	كيفية استحقاق الورثة للخيار
٣٧٤(ش)	لو اجتمع الورثة على الفسخ
٣٧٨(ش)	لو جعل الخيار لأجنبي
٣٨٠(ش)	الفسخ الفعلي
٣٨٥(ش)	الفعل كاشف
٣٩٢(ش)	لو اشترى عبداً بجارية
٣٩٥(ش)	حكم تصرفات غير ذي الخيار جواز أو منعا
٣٩٨(ش)	يجوز تصرف غير ذي الخيار تكليفاً
٤٠٣(ش)	يجوز تصرف من عليه الخيار وضعاً
٤٠٥(ش)	العقد الثاني لا يفسخ بحل الأول
٤٠٨(ش)	التصرف الذي يكون في معرض التفويت
٤٠٩(ش)	إجارة العين في زمان الخيار
٤١٢(ش)	التصرف باذن ذي الخيار
٤١٥(ش)	المبيع يملك بالعقد
٤٢٨(ش)	المبيع في ضمان من ليس له الخيار
٤٣٠(ش)	يختص هذا الحكم بخياري الحيوان والشرط
٤٣٤(ش)	اختصاص هذا الحكم بالمبيع الشخصي
٤٣٦(ش)	المستفاد من النصوص كون هذا الضمان ضمان المعاوضة
٤٤١(ش)	حكم اتلاف المبيع في زمان الخيار

٤٤٤) (ش	حكم تسليم العوضين في زمان الخيار
٤٤٥) (ش	بقاء الخيار مع تلف العين
٤٤٩) (ش	كون العين مضمونة بعد الفسخ
٤٥٠) (ش	النقد والنسيئة
٤٥٠) (ش	اطلاق العقد يقتضي النقد
٤٥٤) (ش	اشتراط تأجيل الثمن
٤٥٨) (ش	البيع بشمين حالاً ومؤجلاً
٤٦٥) (ش	القبول والاسقاط قبل حلول الأجل
٤٦٩) (ش	لو دفع الثمن عند حلول الأجل
٤٧٦) (ش	لا يجوز تأجيل الثمن الحال بأزيد منه
٤٨٠) (ش	بيع العين الشخصية من بايعها
٤٩١	القول في القبض
٥٠٠	حول القبض في المكيل والموزون
٥٠٤) (ش	القول في وجوب القبض
٥٠٥) (ش	الفروع المتفرعة على وجوب التسليم
٥١٠) (ش	لزوم التفريغ
٥١٣) (ش	حكم ما لو كانت الأرض مشغولة بالزرع
٥١٥) (ش	لو احتاج تفريغ الأرض إلى هدم شيء
٥١٦) (ش	لو امتنع البائع عن التسليم
٥١٨) (ش	انتقال الضمان إلى القابض
٥٢٥) (ش	انتقال الضمان بالاتلاف
٥٢٩) (ش	تلف الثمن كتلف المثل
٥٣٢) (ش	تلف بعض المبيع قبل قبضه
٥٣٦) (ش	حكم بيع ما لم يقبض
٥٤٢) (ش	الثمن لا يكون ملحقاً بالمبيع
٥٤٦) (ش	اقرار البيع على ما لم يقبض
٥٥٥	حول ما لو كان له طعام على غيره
٥٥٥) (ش	مطالبة الطعام في غير مكان حدوثه في ذمته

منهاج الفقاهة
التعليق على مكاسب الشيخ الأعظم
آية الله العظمى السيد محمد صادق الروحاني
الجزء السادس

(١)

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

(٢)

(بسم الله الرحمن الرحيم)
الحمد لله على ما أولانا من التفقه في الدين والهداية إلى الحق، وأفضل صلواته
وأكمل تسليماته على رسوله صاحب الشريعة الخالدة، وعلى آله العلماء بالله الأمناء
على حلاله وحرامه، سيما بقية الله في الأرضين أرواح من سواه فداه.
وبعد،

فهذا هو الجزء السادس من كتابنا منهاج الفقاهة وقد وفقنا إلى طبعه، وهو آخر
أجزاء هذه الموسوعة وقد من الله تعالى على بالتوفيق لاتمام هذا السفر الجليل إنه ولي
التوفيق

الخامس خيار التأخير

قال في التذكرة من باع شيئاً ولم يسلمه إلى المشتري ولا قبض الثمن ولا شرط تأخيره ولو ساعة لزم البيع ثلاثة أيام، فإن جاء المشتري بالثمن في هذه الثلاثة فهو أحق بالعين وإن مضت الثلاثة ولم يأت بالثمن تخير البائع بين فسخ العقد والصبر والمطالبة بالثمن { ١ } عند علمائنا أجمع، والأصل في ذلك قبل الاجماع المحكي عن الإنتصار والخلاف والجواهر وغيرها المعتضد بدعوى الاتفاق المصرح بها في التذكرة والظاهرة من غيرها وبما ذكره في التذكرة من أن الصبر أبدا مظنة الضرر المنفي بالخبر، { ٢ } بل الضرر هنا أشد من الضرر في الغبن حيث إن المبيع هنا في ضمانه وتلفه منه وملك لغيره لا يجوز له التصرف فيه

(١) الوسائل - باب ١٧ - من أبواب الخيار.

(٥)

الأخبار المستفيضة { ١ } منها رواية علي بن يقطين، قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن الرجل يبيع البيع ولا يقبضه صاحبه ولا يقبض الثمن، قال: الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض بيعه وإلا فلا يبيع بينهما ورواية إسحاق بن عمار عن العبد الصالح، قال: من اشترى بيعاً فمضت ثلاثة أيام ولم يجيء فلا يبيع له ورواية ابن الحجاج قال: اشترت محملاً وأعطيت بعض الثمن وتركته عند صاحبه، ثم احتبست أياماً ثم جئت إلى بائع المحمل لأخذه، فقال: قد بعته، فضحكت ثم قلت لا والله لا أدعك أو أفاضيك فقال: أترضى بأبي بكر بن عياش قلت: نعم، فأتيناها فقصصنا عليه قصتنا، فقال أبو بكر بقول من تحب [تريد] أن أقضي بينكما أبقول صاحبك أو غيره؟ قلت: بقول صاحبي، قال: سمعته يقول من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام، وإلا فلا يبيع له.

وثانياً: إنه قد تقدم في خيار الغبن أنه لا يصح الاستدلال به على نفي اللزوم وثبوت الخيار.

وثالثاً: إن 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 زمانه له بعد مضي زمان التخصيص.

ورابعاً: إن الضرر من ناحية كون تلفه منه لا يرتفع بالحديث لقاعدة: كل مبيع تلف... الخ ومن الناحيتين الأخيرتين يمكن التخلص منه بالالتزام بأن له أخذ المبيع مقاصة عن الثمن.

ثانيها: إن مقتضى إطلاق العقد تسليم المبيع وتسلم الثمن على غير وجه المسامحة عرفاً، وحيث إنه غير منضبط عرفاً حدده الشارع الأقدس بثلاثة أيام، فمرجه إلى الشرط الضمني والخيار عند تخلف الشرط، وهذا في الجملة وإن كان متيناً إلا أنه لا يثبت به ما أفتى

الأصحاب به من اختصاصه بالبائع وغير ذلك من القيود.

{ ١ } ثالثها الأخبار كصحيح علي بن يقطين (١) وخبر إسحاق بن عمار (٢) ورواية ابن الحجاج (٣) المذكورة في المتن.

(١) الوسائل - باب ٩ - من أبواب 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 إن جاء ما بينه وبين ثلاثة أيام وإلا فلا بيع له. { ١ }

وظاهر هذه الأخبار بطلان البيع، كما فهمه في المبسوط حيث قال روى أصحابنا أنه إذا اشترى شيئاً بعينه بثمن معلوم، وقال للبائع أجيئك بالثمن ومضى، فإن جاء في مدة الثلاثة كان البيع له وإن لم يرتجع بطل البيع، انتهى. وربما يحكى هذا عن ظاهر الإسكافي المعبر بلفظ الروايات، وتوقف فيه المحقق الأردبيلي، وقواه صاحب الكفاية، وجزم به في الحدائق طاعنا على العلامة في المختلف حيث إنه 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 وأما معتبر علي بن يقطين عن أبي الحسن (عليه السلام): عن رجل اشترى جارية وقال: أجيئك بالثمن، فقال: إن جاء فيما بينه وبين شهر وإلا فلا بيع له. (٢) فهو غير معمول به بين الأصحاب، ولا قائل به، وعلى فرض عدم وهنه بذلك فلمعارضته مع ما تقدم لا بد من طرحه أو حمله على استحباب الصبر له وعدم الفسخ إلى مضي المدة المذكورة كما قيل، أو مخصوص بالجارية كما عن الشيخ الطوسي. وعلى أي حال: فالمعتمد هي النصوص المتقدمة، وتحقيق القول فيها، إن محتملاتها ثلاثة: الأول: أنه 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 أو انفساخ العقد بذلك.

(١) الوسائل - باب ٩ - من أبواب الخيار حديث ١.

(٢) نفس المصدر ح ٦.

أقول ظهور الأخبار في الفساد في محله إلا أن فهم العلماء وحملهم الأخبار على نفي اللزوم { ١ } مما يقرب هذا المعنى مضافاً إلى ما يقال من أن قوله (عليه السلام) في أكثر تلك الأخبار لا بيع له { ٢ } ظاهر في انتفاء البيع بالنسبة إلى المشتري فقط، ولا يكون إلا

نفي اللزوم من طرف البائع، إلا أن في رواية ابن يقطين فلا بيع بينهما، { ٣ } وكيف كان فلا أقل من الشك فيرجع إلى استصحاب الآثار المترتبة على البيع { ٤ } وتوهم كون الصحة سابقاً في ضمن اللزوم، فيرتفع

والمشهور على الأخير، والآخرون على الثاني، والأول خلاف الظاهر، فإن ظاهر النصوص سؤالاً وجواباً تمامية البيع قبل مضي الثلاثة، ونفي البيع من حين مضيها، فيدور الأمر بين الأخيرين. والمصنف بعد اعترافه بظهورها في أنفسها في الأول منهما ذهب إلى أن هناك قرينتين صارفتين عن هذا الظهور.

{ ١ } إحداهما: فهم الأصحاب وحملهم الأخبار على نفي اللزوم،
{ ٢ } ثانيتهما: إن قوله (عليه السلام) في أكثر تلك الأخبار لا بيع له ظاهر في إرادة انتفاء البيع

بالنسبة إلى المشتري خاصة، وحيث إن نفي الصحة لا يعقل من أحد الطرفين، فلا محالة يكون المراد منه نفي اللزوم.

{ ٣ } ثم أورد على الثاني منهما: بأن في رواية ابن يقطين فلا بيع بينهما ولأجله تردد في ظهورها في نفي اللزوم، قال:

{ ٤ } ولا أقل من الشك فيرجع إلى استصحاب الآثار المترتبة على البيع.

أما ما ذكره من القرينة الأولى فيرده أن فهم الأصحاب من حيث هو لا يصلح صارفاً عن الظهور ما لم يوجب الاطمئنان بوجود القرينة الصارفة، وحيث إنه يحتمل أن يكون منشأ القرينة الثانية فلا يعتمد عليه، فالعمدة بيان حال الثانية.

قد يقال: إن ظاهر تلك الجملة نفي الصحة من جهة كونها من قبيل نفي الحقيقة نظير لا صلاة إلا بظهور.

بارتفاعه، مندفع بأن اللزوم ليس من قبيل الفصل للصحة، { ١ } وإنما هو حكم
مقارن له في خصوص البيع الخالي من الخيار،

وفيه: إن نفي الحقيقة في المخترعات الشرعية كالصلاة صحيح، وأما في الأمور
الحقيقية الخارجية أو الاعتبارية العقلية فلا يصح. فتأمل.
والحق: أن هذه الجملة مسوقة لبيان نفي الحكم بلسان نفي الموضوع، وظاهر ذلك في
نفسه وإن كان عدم ترتب الحكم الشرعي على البيع من غير فرق بين الصحة واللزوم،
لا ما أفاده المحقق الإيرواني (رحمه الله) من أن ظاهره نفي البيع المحكوم باللزوم شرعا
وعرفا

دون مطلق البيع،

إلا أن قوله لا بيع له بعد ملاحظة أن الصحة غير قابلة للتبويض بخلاف اللزوم ظاهر
في إرادة نفي اللزوم.

وبعبارة أخرى: إن المنفي هو البيع للمشتري لا البيع مطلقا، فمعنى هذه الجملة: إنه
ليس للمشتري بيع يستحق به قبض المبيع من البائع بخلاف البائع، فإن أمر البيع بيده فله
مطالبة المشتري بالثمن وله ترك ذلك بحل البيع.

وأما قوله (عليه السلام) في خبر ابن يقطين فلا بيع بينهما فلا ينافي ذلك لصدق النسبة
إليهما

بلحاظ أحدهما.

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

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

فتحصل: أن الأظهر ما هو المشهور بين الأصحاب.

{ ١ } قوله مندفع بأن اللزوم ليس من قبيل الفصل للصحة

ما أفاده قدس سره وإن كان متينا فإن الصحة عبارة عن كون هذه المعاملة مشمولة لما
أمضاه الشارع وحكم بثبوت الملكية بعدها، واللزوم عبارة عن عدم السلطنة على حل
المعاملة لا أنه من أنحاء وجود الملكية كما أفاده السيد

إلا أنه لو كان فصلا حقيقيا لها لما كان ذلك مانعا عن اجراء الاستصحاب، فإن
تبدل مثل هذا الفصل عند العرف لا يوجب تبدل الموضوع

ثم إنه يشترط في هذا الخيار أمور:
أحدها: عدم قبض المبيع، { ١ } ولا خلاف في اشتراطه ظاهرا، ويدل عليه من الروايات المتقدمة قوله في صحيحة علي بن يقطين المتقدمة فإن قبض بيعه وإلا فلا بيع بينهما، { ٢ } بناء على أن البيع، هنا بمعنى المبيع لكن في الرياض انكار دلالة الأخبار على هذا الشرط وتبعه بعض المعاصرين ولا أعلم له وجها غير سقوط هذه الفقرة عن النسخة المأخوذة منها الرواية واحتمال قراءة قبض بالتخفيف وبيعه بالتشديد { ٣ } يعني قبض بئنه الثمن ولا يخفى ضعف هذا الاحتمال لأن استعمال البيع بالتشديد مفردا نادر، { ٤ } بل لم يوجد مع امكان اجراء أصالة عدم التشديد، { ٥ } نظير ما ذكره في الروضة من أصالة عدم المد في لفظ البكاء الوارد في قواطع الصلاة

ولذا بعد تبدل الجواز في البيع باللزوم، بانقضاء المجلس مثلا لا يرى العرف الإبقاء الملكية الثابتة في المجلس.

شرائط خيار التأخير - اعتبار عدم قبض المبيع

ثم إنه يشترط في هذا الخيار أمور:

{ ١ } أحدها: عدم قبض المبيع، ولا خلاف في اشتراطه ظاهرا.
{ ٢ } وقد استدل لاعتبار هذا الشرط بقوله (عليه السلام) في خبر علي بن يقطين المتقدم فإن

قبض بيعه بناء على أن البيع هنا بمعنى المبيع.

{ ٣ } وأورد عليه: باحتمال قراءة قبض بالتخفيف وبيعه بالتشديد، يعني قبض البائع الثمن.

وأجاب المصنف (رحمه الله) عنه بجوابين:

{ ٤ } أحدهما: إن استعمال البيع بالتشديد مفردا نادر، بل لم يوجد.

{ ٥ } ثانيهما: اجراء أصالة عدم التشديد نظير أصالة عدم المد في لفظ البكاء الوارد في قواطع الصلاة.

ولكن يرد على الأول: منعه، وعلى الثاني: إن التشديد والتخفيف من أنحاء

ثم إنه لو كان عدم قبض المشتري لعد وأن البائع بأن بذل له الثمن فامتنع من أخذه واقباض المبيع { ١ } فالظاهر عدم الخيار لأن ظاهر النص والفتوى كون هذا الخيار ارفاقاً للبائع ودفعاً لتضرره، { ٢ } فلا يجري فيما إذا كان الامتناع من قبله

وجود الكلمة كالجهر والاحفات، فأصالة عدم التشديد تعارض أصالة عدم التخفيف، مع أن المخفف مبائن بحسب الهيئة مع المشدد، ولا يقاس ذلك بأصالة عدم المد، فإن مقتضى المد زيادة الهمزة، فيمكن اجراء أصالة عدم الزيادة بخلاف المقام، فالانصاف أنه حيث يحتمل قراءة بيعه بالتشديد، وقراءة، قبض بالتخفيف فمفاد هذه الجملة اعتبار قبض البائع الثمن. ويحتمل قراءة قبض بالتشديد، سواء قرأ بيعه بالتشديد أو التخفيف. فيكون مفادها اعتبار اقباض المبيع. ويحتمل قراءة بيعه بالتشديد مع قراءة قبض بالتخفيف، فمفادها أيضا اعتبار اقباض المبيع، ولا معين لأحد الأخيرين، فتكون مجملة لا يستفاد منها اعتبار اقباض المبيع. فالأظهر عدم اعتباره،

ثم إن ها هنا فروعا متفرعة على اعتبار هذا الشرط: { ١ } أحدها: إنه إذا بذل المشتري الثمن والبائع امتنع عن أخذه واقباض المبيع، هل يثبت الخيار أم لا؟ والظاهر عدم الخيار لا لما أفاده السيد (رحمه الله) بأن المدار في الأخبار على عدم مجيئه بالثمن فمع بذله لا خيار،

فإن هذا الوجه يتم بالإضافة إلى عدم قبض الثمن لا بالإضافة إلى عدم اقباض المبيع، بل لما أفاده المصنف (رحمه الله) { ٢ } من أن ذلك كالقبض بملاحظة ملاك الخيار وهو الارفاق بالبائع، وحيث إن 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 إذا كان بدون إذنه مع عدم اقباض الثمن. ففي كونه كلاً قبض مطلقاً أو مع استرداده أو كونه قبضاً، وجوه رابعها ابتناء المسألة على ما سيحى في أحكام القبض من ارتفاع الضمان عن البائع بهذا القبض وعدمه. ولعله الأقوى { ١ } إذ مع ارتفاع الضمان بهذا القبض لا ضرر على البائع، إلا من جهة وجوب حفظ المبيع لمالكه وتضرره بعدم وصول ثمنه إليه وكلاهما ممكن الاندفاع بأخذ المبيع مقاصة. وأما مع عدم ارتفاع الضمان بذلك فيجري دليل الضرر بالتقريب المتقدم وإن ادعى انصراف الأخبار إلى غير هذه الصورة، لكنه مشكل كدعوى شمولها ولو قلنا بارتفاع الضمان ولو مكن المشتري من القبض فلم يقبض، فالأقوى أيضاً ابتناء المسألة على ارتفاع الضمان وعدمه.

ثانيها: إنه لو قبضه المشتري على وجه يكون للبائع استرداده كما إذا كان بدون إذنه 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 (رحمه الله) الوجه الرابع، ومحصل ما أفاده في وجهه: إن ثبوت الخيار للبائع إنما يكون من جهة الضرر، وهو إنما يكون من جهات: إحداها: من جهة وجوب حفظ المبيع لمالكه وعدم جواز تصرفه فيه. ثانيها: من جهة تأخير الثمن وعدم الانتفاع به مدة. ثالثها: من جهة أن ضمان المبيع وتلفه منه. والضرر من الجهتين الأوليتين يتدارك بالتمكن من المقاصة بأخذ المبيع، والضرر من الجهة الأخيرة يندفع بالالتزام بعدم الضمان، فلو بنينا على ارتفاعه به لا يبقى محل للخيار وإلا فالخيار باق. وفيه: أولاً: ما تقدم من أن مدرك هذا الخيار ليس هو حديث نفي الضرر بل النصوص الخاصة. وثانياً: إن ذلك لو تم فإنما هو في صورة إمكان الاسترداد، ومعه يرتفع الضرر

وربما يستظهر من قول السائل في بعض الروايات ثم يدعه عنده عدم كفاية التمكين { ١ } وفيه نظر، والأقوى عدم الخيار لعدم الضمان { ٢ } وفي كون قبض بعض المبيع كالا قبض لظاهر الأخبار أو كالمقبض لدعوى انصرافها إلى صورة عدم قبض شيء منه أو تبعض الخيار بالنسبة إلى المقبوض وغيره استنادا مع تسليم الانصراف المذكور إلى تحقق الضرر بالنسبة إلى غير المقبوض لا غير وجوه. { ٣ }

من الناحية الثالثة، فإن تلفه وإن كان منه إلا أنه لا من حيث تلف مال الغير، بل من حيث إنه ماله.

وثالثا: إنه لا يجوز التقاص مع عدم اقباض الثمن مطلقا، بل مع امتناعه عن الاقباض كما لا يخفى.

واستدل للثالث: بأنه مع عدم استرداده يكون إذنا في القبض بقاء، وهو يكفي. وفيه: إن صورة عدم الاسترداد مع التمكن منه أظن أنها خارجة عن مورد النفي والاثبات.

واستدل للأول - أي كون هذا القبض كالا قبض مطلقا - بالانصراف، أي انصراف النصوص عن صورة تحقق القبض على غير الوجه المأذون فيه، ولكن مع ذلك الأوجه هو الثاني، من جهة أن مدرك اعتبار هذا الشرط قوله (عليه السلام) إن قبض بيعه فلو كان كل منهما بالتخفيف كان مفاده عدم الخيار مع قبض المشتري المبيع،

ومقتضى اطلاقه عدم الفرق بين إذن البائع وعدمه.

{ ١ } ثالثها: لو مكن المشتري من القبض فلم يقبض، ففيه وجوه،

{ ٢ } اختار المصنف (رحمه الله) الخيار على القول بارتفاع الضمان وعدمه على القول

بعدم

الارتفاع.

والحق أن يقال: إنه إن قلنا بأن التمكن والتخلية بنفسه قبض فلا اشكال في السقوط،

وإلا فمقتضى الجمود على ظواهر النصوص عدم سقوطه.

{ ٣ } رابعها: إنه لو قبض بعض المبيع فهل هو كالا قبض، أو كالمقبض، أو يبعث الخيار

الشرط الثاني: عدم قبض مجموع الثمن { ١ } واشترائه مجمع عليه نصا وفتوى وقبض البعض كلا قبض بظاهر الأخبار المعتضد بفهم أبي بكر بن عياش في رواية ابن الحجاج المتقدمة، وربما يستدل بتلك الرواية تبعا للتذكرة وفيه نظر { ٢ }

وجوه: أظهرها الأول لظهور قوله (عليه السلام) فإن قبض بيعه في صحيح علي بن يقطين (١)

الذي هو المدرك لهذا الشرط في إرادة 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،

إنما الكلام في فروع:

الأول: إنه لو قبض البعض فهل يسقط الخيار أم لا؟ وجهان:

استدل العلامة (رحمه الله) للثاني بخبر ابن الحجاج قال: اشتريت محملا فأعطيت بعض ثمنه

وتركته عند صاحبه ثم احتبست أياما ثم جئت إلى بائع المحمل لآخذه فقال: قد بعته، فضحكت ثم قلت: لا والله لا أدعك أو أقاضيك، فقال لي: ترضى بأبي بكر بن عياش؟ قلت: نعم، فأتيته فقصصنا عليه قصتنا فقال: أبو بكر يقول من تريد أن أقضي بينكما بقول صاحبك أو غيره؟ قال: قلت: بقول صاحبي، قال: سمعته بقول: من اشترى شيئا فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام وإلا فلا بيع له (٢)

حيث إنه يدل أن قبض البعض كلا قبض.

{ ٢ } وتنظر فيه المصنف

وأورد عليه المحقق النائيني (رحمه الله): بأن ابن عياش في ذلك الخبر قد فهم من كلام الإمام (عليه السلام) اعتبار قبض المجموع، وعدم كفاية قبض البعض

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

(٢) نفس المصدر حديث ٢.

والقبض بدون الإذن كعدمه { ١ } لظهور الأخبار في اشتراط وقوعه بالإذن في بقاء البيع على اللزوم، مع أن ضرر ضمان المبيع مع عدم وصول الثمن إليه على وجه يجوز له التصرف فيه باق. نعم لو كان القبض بدون الإذن حقا كما إذا عرض المبيع على المشتري فلم يقبضه.

فالظاهر عدم الخيار لعدم دخوله في منصرف الأخبار وعدم تضرر البائع بالتأخير، { ٢ } وربما يقال بكفاية القبض هنا مطلقا مع الاعتراف باعتبار الإذن في الشرط السابق

والمتنازعان قد قنعا بما حكي عن الإمام (عليه السلام)،
فاستدلال العلامة (رحمه الله) به في محله.

وفيه: أولا: إن الخبر ضعيف السند لأن ابن عياش لم تثبت وثاقته ولا كونه شيعيا،
بل الظاهر كونه عاميا.

وثانيا: إن فهم ابن عياش والمتنازعين لا يكون حجة علينا.

وثالثا: إنه ليس في الخبر ما يشهد بأن ابن عياش فهم من كلام الإمام (عليه السلام) عدم كفاية قبض البعض، كيف وهو غير متضمن إلا لبيان نقل عبارة الإمام (عليه السلام) في مقام الحكم،

ولا يتضمن تمييز المحكوم له عن المحكوم عليه.

وبما ذكرناه ظهر أنه - مضافا إلى عدم صحة الاستدلال به، لا يكون هو معتزدا لما يستفاد من النصوص،

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

{ ١ } الفرع الثاني: إنه لو قبض البائع الثمن بدون إذن المشتري

فهو كقلا قبض مطلقا، أو كالقبض المأذون فيه،

أم يفصل بين كونه بحق كما إذا عرض المبيع على المشتري فلم يقبضه فهو كالقبض

المأذون فيه وبين كونه بباطل فلا يسقط الخيار كما اختاره المصنف (رحمه الله)؟ وجوه.

{ ٢ } وقد استدل المصنف (رحمه الله) لما اختاره: بأن ظاهر الأخبار وإن كان اعتبار

وقوعه

بالإذن، إلا أنه إذا كان القبض عن حق تكون الأخبار منصرفه عنه ولا يتضرر البائع

أعني قبض المبيع نظر إلى أنهم شرطوا في عناوين المسألة في طرف المبيع عدم اقباض المبيع إياه، وفي طرف الثمن عدم قبضه، { ١ } وفيه نظر، لأن هذا النحو من التعبير من مناسبات عنوان المسألة باسم البائع، فيعبر في طرف الثمن والمثمن بما هو فعل له وهو القبض في الأول والاقباض في الثاني، فتأمل.

لا من جهة تأخير الثمن كما هو واضح ولا من جهة ضمان المبيع، لأن له دفع الضرر عن نفسه باقباض المبيع، فإذا لم يقبض كان هو المقدم على الضرر، بخلاف ما إذا كان القبض عن غير حق، فإنه لا يتمكن من دفع

ضرر الضمان إلا بالوقوع في ضرر التأخير.

وفيه: أولاً: إن المتعين ملاحظة النصوص لا الضرر.

وثانياً: إنه إذا كان القبض بغير إذن لو أقبض البائع المبيع يحل له التصرف في الثمن فهو متمكن عن دفع الضرر في الفرضين باقباض المبيع من دون أن يقع في ضرر التأخير. وثالثاً: إن عدم جواز تصرفه في الثمن حتى مع عدم اقباض المبيع لم يدل عليه دليل، ومجرد أن له الامتناع عن اقباض الثمن لا يصلح شاهداً لعدم جواز تصرفه فيه بعد كونه ملكاً له.

{ ١ } واستدل للأول: بأن المدار في الأخبار على مجيء الثمن ولا يصدق ذلك في المفروض.

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

فالأظهر هو الثاني،

ويؤيده أن قبض الثمن ارتضاء للبيع، فيكون مسقطاً للخيار من هذه الجهة، ولعل سر تعبير الأصحاب عن هذا الشرط بعدم قبض الثمن هو ذلك

ولو أجاز المشتري قبض الثمن بناء على اعتبار الإذن كانت في حكم الإذن { ١ } وهل هي كاشفة أو مثبتة أقواهما الثاني { ٢ } ويترتب عليه ما لو قبض قبل الثلاثة فأجاز المشتري بعدها.

الشرط الثالث: عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين، { ٣ } لأن المتبادر من النص غير ذلك فيقتصر في مخالفة الأصل على منصرف النص مع أنه في الجملة اجماعي.

{ ١ } الفرع الثالث: بناء على اعتبار الإذن لو قبض البائع الثمن قبل مضي الثلاثة وأجاز المشتري بعد مضيها، فهل هي كاشفة فالخيار ساقط، أم مثبتة فهو باق؟ وجهان { ٢ } اختار المصنف (رحمه الله) الثاني.

وأورد عليه المحقق الإيرواني (رحمه الله) بقوله: الظاهر أنه لا ثمرة لهذا البحث، فإن الرضا المذكور إن كان كاشفاً أو كان مؤثراً في كون القبض إذنياً من الحين كان مقتضاه عدم الخيار،

أما على الأول: فواضح، وأما على الثاني: فلأن إجازة القبض السابق تدل على الرضا بالمعاملة وهو من مسقطات الخيار.

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

وكيف كان: فالأظهر هو الثاني، فإن القول بالكشف إنما يكون في تأثير العقد في الملكية التي هي أمر اعتباري، وأما في الأمور الخارجية كاتصاف العقد بكونه مجازاً فلا يعقل فيه الكشف وإلا لزم انقلاب الشيء عما وقع عليه.

وعليه ففي المقام إذا كان المسقط للخيار القبض المأذون فيه في الثلاثة فالإجازة بعدها لا توجب اتصاف القبض في الثلاثة بكونه مأذوناً فيه، فالمتعين هو البناء على عدم الكشف.

الشرط الثالث والرابع

{ ٣ } الشرط الثالث: عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين بلا خلاف فيه، بل هو اجماعي في الجملة.

الشرط الرابع: أن يكون المبيع عيناً أو شبهه كصاع من صبرة، { ١ } نص عليه الشيخ في عبارته المتقدمة في نقل مضمون روايات أصحابنا وظاهره كونه مفتى به عندهم، وصرح به في التحرير والمهذب البارع وغاية المرام وهو ظاهر جامع المقاصد حيث قال لا فرق في الثمن بين كونه عيناً أو في الذمة، وقال في الغنية وروى أصحابنا أن المشتري إذا لم يقبض المبيع وقال أجيئك بالثمن ومضى، فعلى البائع الصبر عليه ثلاثاً ثم هو بالخيار بين فسخ البيع ومطالبته بالثمن، هذا إذا كان المبيع مما يصح بقاءه، فإن لم يكن كذلك كالحضرواات فعليه الصبر يوماً واحداً، ثم هو بالخيار ثم ذكر أن تلف المبيع قبل الثلاثة من مال المشتري وبعده من مال البائع ثم قال ويدل على ذلك كله اجماع الطائفة، انتهى.

وفي معقد اجماع الإنتصار والخلاف وجواهر القاضي لو باع شيئاً معيناً بثمن معين لكن في بعض نسخ الجواهر لو باع شيئاً غير معين، وقد أخذ عنه في مفتاح الكرامة وغيره ونسب إلى القاضي دعوى اجماع على غير المعين، وأظن الغلط في تلك النسخة.

وقد استدل له: بأن المتبادر من النص غير ذلك.

توضيحه: إنه لو اشترط تأخير الثمن فحيث إن الشرط في ثبوت الخيار عدم مجيء المشتري بالثمن، وهذا إنما هو فيما من شأنه أن يجيء به، ومع اشتراط التأخير ليس من شأنه

ذلك، فيكون الفرض خارجاً عن مورد النص.

ولو اشترط تأخير المبيع، فحيث إن الشرط عدم اقباض البائع، فيما وظيفته الاقباض، فلا يشمل ما إذا كانت وظيفته عدمه.

{ ١ } الشرط الرابع: أن يكون المبيع عيناً أو شبهه، كصاع من صبرة، نص عليه شيخ الطائفة في عبارة ظاهرة في كونه مفتى به عندهم، وصرح به في التحرير والمهذب البارع، وجامع المقاصد وغيرها.

وملخص القول فيه بالبحث في موارد:

الأول: فيما يستفاد من كلمات الأصحاب.

الثاني: فيما تقتضيه قاعدة نفي الضرر.

والظاهر أن المراد بالثمن المعين في معقد اجماعهم هو المعلوم في مقابل المجهول لأن تشخص الثمن غير معتبر اجماعا. ولذا وصف في التحرير تبعا للميسوس المبيع بالمعين والثمن بالمعلوم، ومن البعيد اختلاف عنوان ما نسبه في الخلاف إلى اجماع الفرقة وأخبارهم مع ما نسبه في المبسوط إلى روايات أصحابنا مع أنا نقول إن ظاهر المعين في معاهد الاجماع التشخص العيني لا مجرد المعلوم في مقابل المجهول ولو كان كليا خرجنا عن هذا الظاهر بالنسبة إلى الثمن للاجماع على عدم اعتبار التعيين فيه مع أنه فرق بين الثمن المعين والشئ المعين، فإن الثاني ظاهر في الشخصي بخلاف الأول. وأما معقد اجماع التذكرة المتقدم في عنوان المسألة فهو مختص بالشخصي، لأنه ذكر في معقد الاجماع أن المشتري، لو جاء بالثمن في الثلاثة فهو أحق بالعين ولا يخفى أن العين ظاهر في الشخصي هذه حال معاهد الاجماع. وأما حديث نفي الضرر فهو مختص بالشخصي { ١ } لأنه المضمون على البائع قبل القبض فيتضرر بضمائه وعدم جواز التصرف فيه وعدم وصول بدله إليه بخلاف الكلي

الثالث: في مقتضى النصوص الخاصة.

أما المورد الأول: فقد أتعب المصنف (رحمه الله) نفسه الزكية لاثبات أن المشهور بين الأصحاب اعتباره،

ولكن يرد عليه:

أولا: إن غاية ما أثبتته (قدس سره) سكوت الفقهاء عن بيان حكم غير المبيع الشخصي، وهذا لا يدل على الاختصاص.

وثانيا: إنه معارض بأن الشهيد (رحمه الله) نسب الخلاف إلى الشيخ فقط، وقد نسب التعميم إلى الأكثر، وعن الإحتجاج: دعوى الاجماع عليه.

وثالثا: إنه غير بالغ حد الاجماع.

ورابعا: إنه لو كان بالغا حده لما كان حجة بعد معلومية مدرك المفتين.

{ ١ } وأما المورد الثاني: فقد أفاد المصنف (رحمه الله): إن قاعدة نفي الضرر تقضي الاختصاص، إذ المبيع الشخصي مضمون على البائع قبل القبض، فيتضرر بضمائه، وعدم جواز التصرف فيه، وعدم وصول بدله إليه بخلاف الكلي.

وأما النصوص فروايتا ابن يقطين وابن عمار 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 أيضا في الشخصي من جهة لفظ المتاع، وقوله: يدعه عنده فلم يبق إلا قوله (عليه السلام) في رواية أبي بكر بن عياش: من اشترى شيئا، فإن إطلاقه وإن شمل المعين والكلّي، إلا أن الظاهر من لفظ الشيء الموجود الخارجي، كما في قول القائل اشتريت شيئا، [ولو في ضمن أمور متعددة كصاع من صبرة] والكلّي المبيع ليس موجودا خارجيا، إذ ليس المراد من الكلّي هنا الكلّي الطبيعي الموجود في الخارج، لأن المبيع قد يكون معدوما عند العقد والموجود منه قد لا يملكه البائع حتى يملكه، بل هو أمر اعتباري يعامل في العرف والشرع معه معاملة الأملاك، وهذه المعاملة وإن اقتضت صحة إطلاق لفظ الشيء عليه أو على ما يعمه، إلا أنه ليس بحيث لو أريد من اللفظ خصوص ما عداه من الموجود الخارجي الشخصي احتيج إلى قرينة على التقييد، فهو نظير المجاز المشهور،

وأورد عليه السيد الفقيه: بأنه يكفي في لزوم الضرر لو كان المبيع كليا ضرر الصبر عن الثمن وإن لم يكن ضمان.

وفيه: إن ضرورة تأخير الثمن إنما تكون من جهة عدم وصول ما انتقل إليه، وحرمانه من التصرف فيما انتقل عنه وإلا فمجرد حرمانه عن الانتفاع بالثمن لا يعد ضررا، بل هو عدم النفع، ومعلوم أن هذا يختص بالمبيع الشخصي. ولكن الذي يسهل الخطب أن المدرك لهذا الخيار ليس هو حديث نفي الضرر.

وأما المورد الثالث: فالألفاظ الواقعة في النصوص المأخوذة موضوعا لهذا الخيار ثلاثة: البيع، المتاع، الشيء. وقد ادعى المصنف (رحمه الله) اختصاص الجميع بالشخصي. {١} أما الأول: فبدعوى أن المراد بالبيع المبيع، وهو قبل البيع يطلق على العين الشخصية باعتبار معرضيته للبيع، ولا مناسبة في إطلاقه على الكلّي. وفيه: أولا: إن إطلاق البيع ليس باعتبار المعرضية، إذ ليس هنا هذا العنوان بل باعتبار المشاركة والأول: وعليه فكما يشمل الشخصي يشمل الكلّي.

والمطلق المنصرف إلى بعض أفراده انصرفا لا يحوج إرادة المطلق إلى القرينة، { ١ } فلا يمكن هنا دفع احتمال إرادة خصوص الموجود الخارجي بأصالة عدم القرينة فافهم.

فقد ظهر مما ذكرنا أن ليس في أدلة المسألة من النصوص والاجتماعات المنقولة ودليل الضرر ما يجري في المبيع الكلي، وربما ينسب التعميم إلى ظاهر الأكثر لعدم تقييدهم البيع بالشخصي، وفيه أن التأمل في عباراتهم، مع الانصاف يعطي الاختصاص بالمعين، أو الشك في التعميم، مع أنه معارض بعدم تصريح أحد بكون المسألة محل الخلاف من حيث التعميم والتخصيص، إلا الشهيد في الدروس، حيث قال: إن الشيخ (رحمه الله) قيد في المبسوط هذا الخيار بشراء المعين، فإنه ظاهر في عدم فهم هذا التقييد من كلمات باقي الأصحاب، لكنك عرفت أن الشيخ (رحمه الله) قد أخذ هذا التقييد في مضمون روايات أصحابنا

وثانيا: إن اطلاقه في خبر إسحاق بن عمار إنما يكون على نحو الحقيقة، لقوله من اشترى بيعا إذ من المعلوم أن الاثراء إنما يكون بعد البيع، فهذا الاطلاق حقيقي ويصدق على الكلي أيضا.

وأما الثاني، فالانصاف أنه مختص بالشخصي، لأن المتاع ما يتمتع به ويتنفع به، ومن المعلوم أن هذا شأن الشخصي دون الكلي، مضافا إلى قوله يدعه فإنه ظاهر في الشخصي.

وما أفاده المحقق الإيرواني (رحمه الله) من أن المراد به عدم قبضه الشامل للكلي، خلاف الانصاف، إلا أنه لا مفهوم له كي يدل على عدم ثبوت الخيار فيما إذا كان المبيع كليا، فيعارض مع غيره ويقيده.

وأما الثالث: فربما يدعى اختصاصه بالشخصي لوجهين:

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

وفيه: إن هذا وإن كان تاما إلا أنه لا اختصاص له بالموجود الخارجي، بل يشمل كل ما له نحو من الثبوت، ومن أنحاء الثبوت في الذمة.

{ ١ } الثاني: ما أفاده المصنف (رحمه الله)، وحاصله: إن إرادة الشخصي منه على العموم

وكيف كان، فالتأمل في أدلة المسألة وفتاوي الأصحاب يشرف الفقيه على القطع باختصاص الحكم بالمعين، ثم إن هنا أموراً قيل 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 يشترط خياراً لهما أو لأحدهما، وظاهره الاختصاص بخيار الشرط، ويحتمل أن يكون الاقتصار عليه لعنوان المسألة في كلامه بغير الحيوان وهو المتاع، وكيف كان، فلا أعرف وجهها معتمداً في اشتراط هذا الشرط سواء أريد ما يعم خيار الحيوان أم خصوص خيار الشرط، وسواء أريد مطلق الخيار ولو اختص بما قبل انقضاء الثلاثة أم أريد خصوص الخيار المحقق فيما بعد الثلاثة.

ليست بحيث تحتاج إلى قرينة، فيمكن أن يدعى أنه المراد ولا يمكن نفيه بأصالة عدم القرينة، كما في المجاز المشهور، والمطلق المنصرف إلى بعض أفراد انصرافاً لا يحوج إرادة المطلق إلى القرينة.

وفيه: إن 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 إلى أحدهما، مع أن المدار في حجية العموم ظهوره في العموم لا أصالة عدم القرينة.

فتحصل: إن الأظهر عدم الاختصاص بالشخصي.

ما قيل باعتباره في خيار التأخير { ١ } وهنا أمور قيل باعتبارها في هذا الخيار، منها عدم الخيار لأحدهما أولهما.

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 أحدث فيها أم بعدها وأوجه ما يقال في توجيه هذا القول مضافا إلى دعوى انصراف النصوص إلى غير هذا الفرض أن شرط الخيار في قوة اشتراط التأخير وتأخير المشتري بحق الخيار ينفي خيار البائع. وتوضيح ذلك ما ذكره في التذكرة في أحكام الخيار، من أنه لا يجب على البائع تسليم المبيع ولا على المشتري تسليم الثمن في زمان الخيار، { ١ } ولو تبرع أحدهما 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 أخذ ما عند صاحبه بدون رضاه كما لو كان التسليم بعد لزوم البيع، انتهى.

الثالث: ما مال إليه صاحبها مفتاح الكرامة والجواهر، وهو: اعتبار أن لا يكون للبائع خيار، وأما خيار المشتري فلا يعتبر عدمه.

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

{ ١ } منها: إن من أحكام الخيار عدم وجوب تسليم الثمن أو المثل لمن له الخيار، وبالتبع لا يجب على الآخر تسليم ما انتقل عنه.

وقد تقدم أن ظاهر الأخبار كون عدم مجئ المشتري بالثمن بغير حق التأخير، كما أن ظاهرها أيضا كون عدم قباض البائع لعدم قبض الثمن لا لحق له في عدم الاقباض.

وفيه: إن ما أفاده من أن من أحكام الخيار عدم وجوب قباض من له الخيار ما انتقل عنه - وإن اعترف به المصنف (رحمه الله) في باب القبض إلا أنه غير تام، إذ لا مدرك له سوى ما أفاده المحقق النائيني (رحمه الله)، وهو: إن القبض والاقباض من الشروط الضمنية، فإذا كان العقد خياريا كان كذلك بجميع ما تضمنه من الشروط، فكما لا يجب الوفاء بالعقد لا يجب الوفاء بما في ضمنه

من الشروط. هذا بالنسبة إلى من له الخيار، وأما الآخر فلا يجب عليه التسليم، لأن التسليم والتسلم التزام من الطرفين،

وحينئذ فوجه هذا الاشتراط أن ظاهر الأخبار كون عدم مجيء المشتري بالثمن بغير حق التأخير، وذو الخيار له حق التأخير، وظاهرها أيضا كون عدم اقباض البائع لعدم قبض الثمن لا لحق له في عدم الاقباض. والحاصل إن الخيار بمنزلة تأجيل أحد العوضين وفيه بعد تسليم الحكم في الخيار وتسليم انصراف الأخبار إلى كون التأخير بغير حق { ١ } أنه ينبغي على هذا القول كون مبدأ الثلاثة من حين التفرق، { ٢ } وكون هذا الخيار مختصا بغير الحيوان مع اتفاقهم على ثبوته فيه { ٣ } كما يظهر من المختلف، وذهب الصدوق إلى كون الخيار في الجارية بعد شهر، إلا أن يراد بما في التحرير عدم ثبوت خيار التأخير ما دام الخيار ثابتا لأحدهما،

فإذا لم يف أحدهما به لا يجب على الآخر ذلك، وهو غير تام، فإن الخيار ليس إلا السلطنة على حل العقد، وأما الشروط فإن كان وجه توهم عدم وجوب الوفاء بها أنها تابعة للعقد، فيرد عليه: إن التبعية إنما تكون في الوجود لا في دليل النفوذ واللزوم، فإن دليل لزومها المؤمنون عند شروطهم، وإن كان وجهه أنه إذا كان العقد جائزا لا معنى لكون الشرط لازما فيرد عليه ما تقدم في مبحث خيار المجلس والحيوان من أن ذلك فاسد، وأنه لا منافاة بين أن يكون له اعدام الموضوع، ولكن على فرض بقاء الموضوع يجب عليه الوفاء بالشرط. وأما المقدمة الثانية المذكورة في الاستدلال فهي تامة، وقد مر تقريرها في الشرط الثالث.

وبذلك يظهر أنه لا مورد لقول المصنف (رحمه الله) { ١ } وتسليم انصراف الأخبار إلى كون التأخير بغير حق الموهم لعدم التسليم. وأورد عليه المصنف: - مضافا إلى منع المقدمتين - بوجهين آخرين: { ٢ } أحدهما: أن لازمه كون مبدأ الثلاثة بعد التفرق، مع أن ظاهر الأخبار كونه من حين العقد. { ٣ } ثانيهما: أن لازمه عدم جريان خيار التأخير في بيع الحيوان لثبوت خياره للمشتري، مع اتفاقهم على ثبوته فيه.

فلا ينافي 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 إذا 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 أجاب عن الثاني: بأنه يمكن أن يكون مراد المستدل أن مبدأ الثلاثة في خيار التأخير بعد انقضاء ثلاثة الحيوان، من جهة أنه مقتضى الجمع بين دليل خيار الحيوان وما دل على عدم استحقاق التسليم في زمان الخيار ودليل خيار التأخير. وبهذا البيان ظهر اندفاع إيراد السيد الفقيه على المصنف (رحمه الله) من عدم ارتباط هذا الجواب بما أورده على المستدل،

ولكن يرد عليه: إن هذا الجمع ليس عرفياً، فإنه إذا كانت المنافاة بين دليل خيار الحيوان ودليل خيار التأخير - من جهة أن خيار الحيوان يوجب فقد شرط خيار التأخير، حيث إنه يكون عدم التسليم عن حق، والشرط هو عدم التسليم عن غير حق - لا يصح الجمع بالنحو المذكور.

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

{ ٣ } ودعوى أن المثبت بعدها الخيار المقيد بكونه عن سبب خاص، مندفعة باستحالة تقيد المسبب بسببه، وإلا لزم كون الشيء مقتضياً لنفسه ولاقتضائه وهو محال

ودعوى أن المنفي خصوص خيار التأخير - أي أن 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 أجاب به المصنف (رحمه الله) عن هذا الوجه { ١ } من أن عدم تقييد الحكم بالسبب لا يمنع من كون نفي الخيار في الثلاثة من جهة الضرر بالتأخير.

ولكن يرد عليه: إن المثبت ليس هو الخيار المقيّد بالسبب ولا المطلق، بل الحصّة الخاصّة من طبيعي الخيار، والمنفي في الثلاثة ذات تلك الحصّة لا مطلق الخيار. ومنها: انصراف النصوص إلى غير هذا الفرض. وفيه: إنه لا وجه لدعوى الانصراف.

وقد استدلل للثاني: بأن مرجع شرط الخيار إلى شرط تأخير المبيع من البائع، إذ مرجعه إلى أخذ زمام العقد بيده، فله السلطنة عليه بما له من المقتضيات التي منها التسليم، وقد تقدم اعتبار أن لا يكون التأخير عن حق.

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

وقد استدلل للثالث: بأن هذا الخيار جعل لاندفاع ضرر البائع، فإذا كان هذا الضرر مندفعاً من جهة ثبوت الخيار له من جهة أخرى فلا موجب لخيار التأخير. وفيه: إن مدرك هذا الخيار هو النصوص، فلا بد من ملاحظتها دون رعاية حكمة الجعل. فتحصل: إن الأظهر هو القول الرابع.

ومما قيل باعتباره: تعدد المتعاقدين، وقد استدلل لاعتباره بوجهين:

{ ٢ } أحدهما: إن النص مختص بصورة التعدد، فإن مورده ذلك.

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

{ ٣ } ثانيهما: إن هذا الخيار يثبت بعد خيار المجلس، وخيار المجلس باق مع

اتحاد العاقد

وخيار المجلس باق مع اتحاد العاقد إلا مع اسقاطه.
وفيه أن المناط عدم الاقباض والقبض ولا اشكال في تصوره من المالكين مع اتحاد العاقد من قبلهما. وأما خيار المجلس فقد عرفت أنه غير ثابت للوكيل في مجرد العقد وعلى تقديره فيمكن اسقاطه أو اشتراط عدمه. نعم لو كان العاقد وليا بيده العوضان لم يتحقق الشرطان الأولان أعني عدم الاقباض والقبض، وليس ذلك من جهة اشتراط التعدد، ومنها أن لا يكون المبيع حيوانا أو خصوص الجارية { ١ } فإن المحكي عن الصدوق في المقنع، أنه إذا اشترى جارية فقال: أجيئك بالثمن، فإن جاء بالثمن فيما بينه وبين شهر وإلا فلا بيع له وظاهر المختلف نسبة الخلاف إلى الصدوق في مطلق الحيوان والمستند فيه رواية ابن يقطين عن رجل اشترى جارية فقال: أجيئك بالثمن فقال: إن جاء بالثمن فيما بينه وبين شهر، وإلا فلا بيع له ولا دلالة فيها على صورة عدم اقباض الجارية ولا قرينة على حملها عليها، { ٢ } فيحتمل الحمل على اشتراط المجيء بالثمن إلى شهر في متن العقد، فيثبت الخيار عند تخلف الشرط ويحتمل الحمل على استحباب صبر البائع وعدم فسخه إلى شهر،

وفيه: أولا: إن خيار المجلس إنما يثبت له إذا كان وليا أو وكيلًا مفوضًا من الجانبين أو من جانب ومالكًا من طرف آخر، ولا يثبت للعاقد بما هو عاقد. وثانيا: أنه يمكن اسقاطه أو اشتراط عدمه. وثالثا: انه قد تقدم أنه لا يثبت بعد خيار المجلس فالأظهر عدم اعتبار هذا الشرط أيضا.
{ ١ } ومنها: أن لا يكون المبيع حيوانا أو خصوص الجارية. وقد استدل له بخبر ابن يقطين (١) المذكور في المتن { ٢ } وأورد عليه المصنف (رحمه الله): بأنه غير ظاهر في إرادة صورة عدم اقباض الجارية، ويحتمل حمله على اشتراط المجيء بالثمن إلى شهر، فيثبت الخيار عند تخلف الشرط ويحتمل الحمل على استحباب صبر البائع وعدم فسخه إلى شهر.

(١) الوسائل - باب ٩ - من أبواب الخيار حديث ٦.

وكيف كان، فالرواية مخالفة لعمل المعظم فلا بد من حملها على بعض الوجوه، ثم إن مبدأ الثلاثة من حين التفرق أو من حين العقد، { ١ } وجهان، من ظهور قوله فإن جاء بالثمن بينه وبين ثلاثة أيام، كما هو ظاهر قوله (عليه السلام) في رواية ابن يقطين الأجل عن عدم التقابض ثلاثة أيام، فإن قبض يبعه وإلا فلا يبع 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 أنه لو قلنا باعتباره عدم ظهور هذا الخبر في اعتباره لا يكون اشكالا عليه، إذ لا يجب تعرض الدليل لجميع الخصوصيات، مضافا إلى إمكان الالتزام بالفرق وأنه لا يعتبر ذلك في بيع الجارية. وأما الحمل الأول فيبعده (فاء) التفريع المعتضد بعدم تعيين المدة. وأما الحمل الثاني فهو أبعد، فإن قوله فلا يبع له كيف يحمل على الاستحباب فالصحيح الجواب عنه باعراض الأصحاب عنه وعدم عملهم به { ١ } قال المصنف ثم إن مبدأ الثلاثة من حين التفرق أو من حين العقد... ظاهره (رحمه الله) ابتناء المسألة على أن المراد بالمعنى بالثمن في قوله إن جاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام، هل هو معناه الظاهر الملازم للافتراق إذ لا يمكن المعنى مع الاجتماع، أو معناه الكنائي وهو عدم قباض الثمن، وهو (قدس سره) { ٢ } قوي الثاني بقرينة قوله (عليه السلام) في خبر ابن يقطين: فإن قبض يبعه. ولكن يرد عليه: إن خبر ابن يقطين في المبيع وغيره في الثمن، فلا يكون أحدهما قرينة على الآخر، والظاهر لا يرفع اليد عنه بواسطة احتمال إرادة المعنى الكنائي، اللهم إلا أن يقال: إن من المعلوم عدم اعتبار المعنى بهذا المعنى، وأنه لو كان عنده الثمن فأقبضه لا يكون كافيا، فلا محالة يكون المراد به الاقباض. فالأقوى أن 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 الحاصل بالتأخير، فلا
يتحقق إلا بعد الثلاثة { ٣ }

سقوط خيار التأخير بالاسقاط
وتمام الكلام في المقام في طي مسائل:
الأولى: في مسقطاته، أو قيل بكونه مسقطا،
{ ١ } أحدها: اسقاطه بعد الثلاثة بلا خلاف بين الأصحاب.
ولكن مدرك هذا الخيار إن كان هو الاجماع صح ما أفاده وإن كان هي الأخبار أو
قاعدة نفي الضرر لا يصح،
أما إذا كان هي النصوص فلأن مفادها نفي اللزوم بعد الثلاثة، وبديل ذلك هو الجواز
لاحق الخيار القابل للاسقاط،
كما أنه إن كان المدرك هي قاعدة نفي الضرر لا يصح اسقاطه، فإن 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 بشئ من المسقطات.
لا يقال: إنه يلتزم بسقوطه بالاسقاط بواسطة الاجماع.
فإنه بحباب عنه: أولا: إنه غير ثابت،
وثانيا: إنه ليس اجماعا تعديا كاشفا عن رأي المعصوم (عليه السلام)،
ومع الاغماض عن ذلك وتسليم سقوطه بالاسقاط وأنه حق
يقع، الكلام في اسقاطه ومسقطاته.
{ ٢ } وفي سقوطه بالاسقاط في الثلاثة وجهان:
قد استدل على عدم سقوطه بالاسقاط في الثلاثة بوجهين:
{ ٣ } أحدهما: إنه إنما يثبت بعد الثلاثة، وسببه الضرر الحاصل بالتأخير غير المحقق
في الثلاثة، فاسقاطه اسقاط لما لا يجب، فلا يصح.
وفيه: إن اسقاط ما لم يجب منجزا غير معقول، وأما معلقا على ثبوته فهو معقول

ولذا صرح في التذكرة بعدم جواز اسقاط خيار الشرط قبل التفرق إذا قلنا بكون مبدئه بعده، مع أنه أولى بالجواز ومن أن العقد سبب الخيار، فيكفي وجوده في اسقاطه { ١ } مضافا إلى فحوى جواز اشتراط سقوطه في ضمن العقد. { ٢ }

ولا دليل على مبطلية التعليق سوى الاجماع غير الشامل للمقام من جهة أنه تعليق على ما يتوقف على الشيء، بل مبطلية التعليق مطلقا في غير البيع غير مسلمة. ثانيهما: ما أفاده المحقق الأصفهاني (رحمه الله)، وهو: إن المراد بالاسقاط إن كان هو الاسقاط الفعلي المنجز فهو غير معقول، وإن كان المراد الاسقاط معلقا على تقدير ثبوته فهو

معقول، إلا أنه لا دليل على نفوذه، فإن الدليل على جواز اسقاط الحق هي القاعدة المجمع عليها من أنه لكل ذي حق اسقاط حقه، والظاهر منها أن من كان له حق فعلا له اسقاطه فعلا، ولا يشمل المقام.

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

مع أنه قد تقدم في ذلك المبحث إن مدرك مشروعيته فحوى ما دل على أن التصرف إنما يكون مسقطا لكونه اسقاطا للحق والتزاما بالعقد. فراجع. وقد استدل لجواز اسقاطه بوجوه:

أحدها: ما أفاده المصنف (رحمه الله)، وهو:

{ ١ } إن العقد سبب الخيار، فيكفي وجوده في اسقاطه.

وفيه: ما تقدم في خيار المجلس مفصلا من أنه لا ثبوت للشيء قبل تحقق جميع أجزاء علته، وإن تحقق مقتضيه، ولا سقوط حقيقة قبل الثبوت، مع أن تمييز المقتضيات عن الشروط في باب الأحكام الشرعية مشكل، بل لا تكون الموضوعات والأسباب والشرائط مقتضيات قطعاً. وتمام الكلام في محله.

الثاني: ما أفاده المصنف (رحمه الله) أيضاً، وهو:

{ ٢ } فحوى جواز اشتراط سقوطه في ضمن العقد.

وفيه: ما سيحى منه (قدس سره) من أنه يتم ذلك لو كان المدرك في الأصل الاجماع،

الثاني: اشتراط سقوطه في متن العقد، { ١ } حكى عن الدروس وجامع المقاصد وتعليق الإرشاد، ولعله لعموم أدلة الشروط { ٢ } ويشكل على عدم جواز إسقاطه في الثلاثة بناء على أن السبب في هذا الخيار هو الضرر الحادث بالتأخير دون العقد، فإن الشرط إنما يسقط به ما يقبل الاسقاط بدون الشرط، ولا يوجب شرعية سقوط ما لا يشرع اسقاطه بدون شرط، { ٣ } فإن كان اجماع على السقوط بالشرط، كما حكاه بعض قلنا به، بل بصحة الاسقاط بعد العقد لفحواه وإلا فللنظر فيه مجال.

وأما إن كان المدرك عموم أدلة الشروط فهو غير ثابت في الأصل.
الثالث: ما أفاده المحقق النائيني (رحمه الله)، وهو: إن اسقاطه قبل ثبوته مرجعه إلى اجتيازه
عن حق مطالبة الثمن الثابت بالعقد.
وفيه: إن حق المطالبة لم يثبت كونه من الحقوق، ولعله من الأحكام غير القابلة للاسقاط.
فالصحيح ما ذكرناه في وجه سقوطه بالاسقاط في ضمن الجواب عن أدلة المانعين.
فراجع.

{ ١ } الثاني: اشتراط سقوطه في متن العقد.
{ ٢ } وقد استدل لكونه مسقطا بعموم أدلة الشروط (١)
وأورد عليه المصنف بناء على عدم جواز اسقاطه في الثلاثة:
{ ٣ } بأن الشرط إنما يسقط به ما يقبل الاسقاط بدون الشرط ولا يوجب شرعية سقوط ما لا يشرع اسقاطه بدون الشرط.
وفيه: أولا: إن المشروط إن كان سقوطه بعد ثبوته لا يكون ذلك خلاف المشروع بل هو مشروع.
وثانيا: إن المشروط إن كان هي النتيجة يكفي أدلة الشروط دليلا لصحة الشرط المذكور. وتام الكلام في محله.

(١) الوسائل - باب ٦ - من أبواب الخيار و باب ٤ من أبواب المكاتبه من كتاب العتق وغيرهما.

الثالث: بذل المشتري للثمن بعد الثلاثة { ١ } فإن المصرح به في التذكرة سقوط الخيار حينئذ، وقيل بعدم السقوط بذلك استصحابا وهو حسن لو استند في الخيار إلى الأخبار.

وأما إذا استند فيه إلى الضرر، فلا شك في عدم الضرر حال بذل الثمن، فلا ضرر ليتدارك بالخيار { ٢ } ولو فرض تضرره سابقا بالتأخير، فالخيار لا يوجب تدارك ذلك وإنما يتدارك به الضرر المستقبل، ودعوى أن حدوث الضرر قبل البذل يكفي في بقاء الخيار مدفوع، بأن الأحكام المترتبة على نفي الضرر تابعة للضرر الفعلي، لا مجرد حدوث الضرر في زمان: ولا يبعد دعوى انصراف الأخبار إلى صورة التضرر فعلا بلزوم العقد بأن يقال: بأن عدم حضور المشتري علة لانتفاء اللزوم يدور معها وجودا وعدما، وكيف كان فمختار التذكرة لا يخلو عن قوة.

بذل المشتري للثمن بعد الثلاثة

{ ١ } الثالث: بذل المشتري للثمن بعد الثلاثة.

يقع الكلام تارة: بناء على كون المدرك قاعدة نفي الضرر، وأخرى: بناء على كونه الأخبار.

{ ٢ } أما على الأول: فقد ادعى المصنف (رحمة الله) أنه مسقط، وذلك لأنه لا ضرر في حال

البذل فلا ضرر ليتدارك بالخيار، والضرر السابق لا يتدارك به وإنما المتدارك به الضرر المستقبل، ولا سبيل إلى توهم كفاية حدوث الضرر لبقاء الخيار، لأن الحكم يدور مدار بقاء موضوعه.

وأورد عليه المحقق الإيرواني (رحمه الله): بأن الخيار حكم عدمي، وهو عنوان لعدم حكم الشارع باللزوم، وعدم حكم الشارع هذا يستصحب عند الشك، وارتفاع المناط إنما يضر باستصحاب الحكم الوجودي دون العدمي.

وفيه: إن الخيار أمر وجودي قطعاً، وهو ملك فسخ العقد والسلطنة على حله. وربما يورد عليه: بأن مفاد لا ضرر نفي الحكم عن الموضوع الضروري، ومع انتفاء

الرابع: أخذ الثمن من المشتري بناء على عدم سقوطه بالبذل { ١ } وإلا لم يحتج إلى الأخذ به والسقوط به لأنه التزام فعلي بالبيع ورضاء بلزومه { ٢ } وهل يشترط إفادة العلم بكونه لأجل الالتزام أو يكفي الظن، فلو احتمل كون الأخذ بعنوان العارية أو غيرها لم ينفذ أم لا يعتبر الظن أيضا وجوه من عدم تحقق موضوع الالتزام إلا بالعلم ومن كون الفعل مع إفادة الظن أمانة عرفية على الالتزام كالقول، ومما تقدم من سقوط خيار الحيوان أو الشرط بما كان رضاء نوعيا بالعقد، { ٣ } وهذا من أوضح أفراده وقد بينا عدم اعتبار الظن الشخصي في دلالة التصرف على الرضا، وخير الوجوه أوسطها، لكن الأقوى الأخير

أخذ الثمن من المشتري

{ ١ } الرابع: وهو أخذ الثمن من المشتري بناء على عدم سقوطه بالبذل.

يقع الكلام في المقام في جهتين:

الأولى: في أن أخذ الثمن هل يكون مسقطا أم لا؟ وما الفرق بين هذا الخيار وسائر الخيارات حيث لم يحتمل أحد فيها سقوط الخيار بأخذ الثمن، وفي هذا الخيار مضافا إلى احتماله ذهب إليه جمع.

الثانية: في أنه على فرض كونه مسقطا من جهة كونه التزاما فعليا هل يعتبر العلم بكونه بقصد الالتزام، أم يعتبر الظن الشخصي، أم لا يعتبر الظن أيضا؟.

أما الجهة الأولى: فقد استدل لمسقطيته

{ ٢ } بأنه التزام فعلي بالبيع، ورضا بلزومه،

ولعل الفرق بينه وبين سائر الخيارات أن هذا الخيار من ناحية تأخير الثمن وتضرر البائع بعدم وصول ماله إليه، فيصح أن يقال إن أخذ الثمن التزام بالبيع.

ولكن الانصاف أنه ليس التزاما بالبيع، بل هو تتميم للمعاملة، وجعل للمعاوضة العقدية عملية، وهذا يلائم مع كون البائع بانيا على الفسخ. فالحق أنه بنفسه ليس مسقطا. { ١ } وأما الجهة الثانية: فقد استدل لعدم اعتبار العلم أو الظن بما تقدم من سقوط خيار

وهل يسقط الخيار بمطالبة الثمن { ١ } المصرح به في التذكرة وغيرها العدم، للأصل وعدم الدليل، ويحتمل السقوط لدلالته على الرضا بالبيع، وفيه أن سبب الخيار هو التضمر في المستقبل، لما عرفت من أن الخيار لا يتدارك به ما مضى من ضرر الصبر ومطالبة الثمن لا يدل على التزام الضرر المستقبل، حتى يكون التزاما بالبيع، بل مطالبة الثمن إنما هو استدفاع للضرر المستقبل كالفسخ، لا الالتزام بذلك الضرر ليسقط الخيار، وليس الضرر هنا من قبيل الضرر في بيع الغبن ونحوه مما كان الضرر حاصلًا بنفس العقد، حتى يكون الرضا به بعد العقد والعلم بالضرر التزاما بالضرر الذي هو سبب الخيار. { ٢ }

وبالحملة، فالمسقط لهذا الخيار ليس إلا دفع الضرر المستقبل ببذل الثمن أو التزامه بإسقاطه، أو اشتراط سقوطه، وما تقدم من سقوط الخيارات المتقدمة بما يدل على الرضا فإنما هو حيث يكون العقد سببا للخيار ولو من جهة التضمر بلزومه، وما نحن فيه ليس من هذا القبيل، مع أن سقوط تلك الخيارات بمجرد مطالبة الثمن أيضا محل نظر لعدم كونه تصرفا والله العالم.

الحيوان أو الشرط بما كان رضا نوعيا بالعقد، وهذا من أوضح أفراده. وفيه: إن التصرف إنما يكون مسقطا لخيار الحيوان للنص غير الشامل لغيره، فالميزان هو حصول العلم أو الظهور العرفي، ومع فقد هما لا يكتفي بالظن أيضا. { ١ } وهل يسقط الخيار بمطالبة الثمن؟ وجهان.

الظاهر أن مطالبته ليست من المسقطات لعدم كونها مسقطة في شيء من الخيارات لا لعدم كونها تصرفا كما قيل إذ لا يلزم أن يكون الدال على الاسقاط تصرفا، بل يكفي فيه كل ما يدل عليه من القول أو الفعل، بل لعدم كونها دالة عليه.

{ ٢ } وأما ما أفاده المصنف (رحمة الله) بناء على كونها مسقطة لسائر الخيارات بأنه في سائر

الخيارات يكون سبب الخيار العقد ولو من جهة التضمر بلزومه، وأما في هذا الخيار فالسبب ليس هو العقد ولا الضرر الماضي، بل الضرر المستقبل، لأنه الذي يندفع بالخيار

مسألة: في كون هذا الخيار على الفور أو التراخي قولان، { ١ } وقد تقدم ما يصلح أن يستند إليه لكل من القولين في مطلق الخيار، مع قطع النظر عن خصوصيات الموارد، وقد عرفت أن الأقوى الفور، ويمكن أن يقال في خصوص ما نحن فيه أن ظاهر قوله (عليه السلام) لا بيع له نفي البيع رأساً والأنسب بنفي الحقيقة بعد عدم إرادة نفي الصحة هو نفي لزومه رأساً { ٢ } بأن لا يعود لازماً أبداً، فتأمل.

دون ما مضى، ومطالبة الثمن لا تكون التزاماً بالضرر المستقبل، بل هي التزام بما مضى،

فيرد عليه: إن دليل الخيار هو النص، ولعل منشأ الضرر بالتأخير في الثلاثة، ويكون الخيار مجازاة له لا تداركا.

فورية خيار التأخير وعدمها

{ ١ } المسألة الثانية: في كون هذا الخيار على الفور أو التراخي فيه قولان. والكلام في هذه المسألة يقع في موردين: الأول: في بيان ما يستفاد من النص. الثاني: فيما تقتضيه القواعد.

أما المورد الأول: فقد استدل المصنف (رحمه الله) على القول بالتراخي:

{ ٢ } بأن الأنسب بنفي الحقيقة بعد عدم إرادة نفي الصحة هو نفي لزومه رأساً، فقوله (عليه السلام) لا بيع له ظاهر في التراخي.

والجواب عنه ما ذكره جل المحشين: بأن هذا ينافي ما تقدم منه آنفاً من انصراف الأخبار إلى صورة الضرر فعلاً بلزوم العقد، إذ عليه لا يشمل إطلاق النص ما إذا كان الضرر مستنداً إلى اختياره بعدم فسخ العقد في أول أزمته الامكان ولكن قد مر عدم تمامية ما أفاده هناك،

فإطلاق النص يقتضي البناء على التراخي، فإن نفي لزوم البيع بقول مطلق معناه ذلك.

ثم على تقدير إهمال النص وعدم ظهوره في العموم يمكن التمسك بالاستصحاب { ١ } هنا، لأن اللزوم إذا ارتفع عن البيع في زمان، فعوده يحتاج إلى دليل، وليس الشك هنا في موضوع المستصحب نظير ما تقدم في استصحاب الخيار، لأن الموضوع مستفاد من النص فراجع، وكيف كان فالقول بالتراخي لا يخلو عن قوة. أما لظهور النص وأما للاستصحاب.

مسألة: لو تلف المبيع بعد الثلاثة، كان من البائع اجماعا { ٢ } مستفيضا، بل متواترا، كما في الرياض، ويدل عليه النبوي المشهور وإن كان في كتب روايات أصحابنا غير مسطور كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه، { ٣ } وإطلاقه كمعاهد الاجماع يعم ما لو تلف في حال الخيار أم تلف بعد بطلانه، كما لو قلنا بكونه على الفور فبطل بالتأخير، أو بذل المشتري الثمن فتلف العين في هذا الحال.

{ ١ } وأما المورد الثاني: فقد استدل المصنف (رحمة الله): بالاستصحاب للقول بالتراخي، مع أنه لم يسلم جريانه في خيار الغبن.

وما أفاده تام على مسلكه، فإنه إنما منع من جريانه هناك من جهة أن الموضوع غير مستفاد من النص بالتقريب المتقدم، وفي المقام يكون مستفادا منه، ولكن قد عرفت أنه لا مانع من جريانه هناك من هذه الناحية، ولا يجري من جهة أخرى، وهي موجودة في المقام، وهي عدم جريان الاستصحاب في الأحكام الكلية. فتدبر،

مع أنه قد تقدم أن المرجع عموم (أوفوا بالعقود) فراجع.

تلف المبيع بعد الثلاثة من البائع

{ ٢ } الثالثة: ولو تلف المبيع فإن كان التلف بعد الثلاثة كان من البائع اجماعا.

مستفيضا بل متواترا كذا في الرياض

{ ٣ } ويشهد له: النبوي المعمول به بين الأصحاب غير المسطور في كتب روايات

أصحابنا: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه. (١)

(١) المستدرک باب ٩ من أبواب الخيار حديث ١.

وقد يعارض النبوي بقاعدة الملازمة بين النماء والدرك { ١ } الاستفادة من النص والاستقراء والقاعدة المجمع عليها، من أن التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له، { ٢ } لكن النبوي أخص من القاعدة الأولى، فلا معارضة والقاعدة الثانية لا عموم فيها، يشمل جميع أفراد الخيار لا جميع أحوال البيع، حتى قبل القبض، بل التحقيق فيها كما سيحى إن شاء الله اختصاصها بخيار المجلس. والشرط والحيوان مع كون التلف بعد القبض ولو تلف في الثلاثة فالمشهور كونه من مال البائع أيضا. { ٣ }

وقد أورد عليه: بأنه يعارض مع قاعدتين آخرين:

{ ١ } إحداهما: 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 الأولى أعم من النبوي فتخصص به،

بل يمكن أن يقال إنه لا معارضة بينهما، فإن مفاد النبوي على ما هو المشهور انتقال المبيع إلى البائع قبل التلف أنا ما، والتلف في ملكه، وفي ذلك الآن وإن كان زمانا قصيرا يكون النماء للبائع.

وأما الثانية: فهي غير شاملة للمقام لوجوه:

الأول: إنها مختصة بخيار الحيوان والشرط ولا تشمل كل خيار.

الثاني: إنها مختصة بما بعد القبض، ولا تشمل ما قبل القبض.

الثالث: إن موردها ما إذا تلف ما انتقل إلى من له الخيار، كما في الحيوان المنتقل إلى المشتري، وفي المقام التالف هو ما انتقل عن من له الخيار.

{ ٣ } وأما إن 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 أبي داود ج ٢ ص ٢٥٥ والمبسوط كتاب البيوع.

(٢) الوسائل - باب ٥ و ٨ - من أبواب الخيار.

وعن الخلاف الاجماع عليه خلافا لجماعة من القدماء، منهم المفيد والسيدان مدعين عليه الاجماع وهو مع قاعدة ضمان المالك لماله يصح حجة لهذا القول، لكن الاجماع معارض، بل موهون والقاعدة مخصصة بالنبوي المذكور المنخبر من حيث الصدور مضافا إلى رواية عقبة بن خالد في رجل اشترى متاعا من رجل وأوجهه غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه قال آتيك غدا إن شاء الله، فسرق المتاع من مال من يكون؟ قال من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المال ويخرجه من بيته فإذا أخرجته من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد إليه حقه ولو مكنه من القبض { ١ } فلم يتسلم فضمان البائع مبني على ارتفاع الضمان بذلك وهو الأقوى، قال الشيخ في النهاية إذا باع الانسان شيئا ولم يقبض المتاع ولا قبض الثمن ومضى المبتاع، فإن العقد موقوف ثلاثة أيام، فإن جاء المبتاع في مدة ثلاثة أيام كان المبيع له وإن مضت ثلاثة أيام كان البائع أولى بالمتاع، فإن هلك المتاع في هذه الثلاثة أيام ولم يكن قبضه إياه كان من مال البائع دون المبتاع،

أخص من النبوي فتخصص به.

فالتفصيل بين صورتين في غير محله،

مع أن خبر عقبة (١) المذكور في المتن. يدل على أنه من مال البائع، وهو من جهة أن مفروض السؤال حيث قال: آتيك غدا فسرق المتاع هو التلف في الثلاثة لا بعدها مختص بهذه الصورة.

فاستدلال صاحب الجواهر (رحمه الله) به في الصورة السابقة في غير محله.

{ ١ } ولو مكنه من القبض فلم يتسلم فتلفت السلعة.

فإن قلنا بكفاية التخلية بين المال ومالكه وعرضه عليه في صدق القبض فلا كلام، وإلا فقد بنى الشيخ (رحمه الله) ضمان البائع وعدمه على ارتفاع الضمان بذلك وعدمه، وهو (قدس سره) قوى الأول.

توضيحه: إن التمكين من المشتري يوجب ارتفاع ضمان البائع، ومعه يرتفع الخيار، ومع ارتفاعه لا يكون المورد مشمولاً لقاعدة كل مبيع تلف قبل قبضه للانصراف

(١) الوسائل - باب ١٠ - من أبواب الخيار.

وإن كان قبضه إياه ثم هلك في مدة الثلاثة أيام كان من مال المبتاع وإن هلك بعد الثلاثة أيام كان من مال البائع على كل حال، لأن الخيار له بعدها، انتهى { ١ }. المحكي في المختلف وقال بعد الحكاية وفيه نظر، إذ مع القبض يلزم البيع، انتهى. أقول كأنه جعل الفقرة الثالثة مقابلة للفقرتين، فيشمل ما بعد القبض وما قبله خصوصاً مع قوله على كل حال، لكن التعميم مع أنه خلاف الإجماع مناف لتعليل الحكم { ٢ } بعد ذلك بقوله لأن الخيار له بعد الثلاثة أيام، فإن المعلوم إن الخيار إنما يكون له مع عدم القبض، فيدل ذلك على أن الحكم المعلل مفروض فيما قبل القبض. مسألة: لو اشترى ما يفسد من يومه فإن جاء بالثمن ما بينه وبين الليل وإلا فلا بيع له، كما في رسالة محمد بن أبي حمزة والمراد من نفي البيع نفي لزومه ويدل عليه قاعدة نفي الضرر، فإن البائع ضامن للمبيع ممنوع عن التصرف فيه محروم عن الثمن.

وفيه: إن الانصراف ممنوع والتلازم بين ارتفاع الخيار وارتفاع الضمان أيضاً كذلك، فالأظهر أنه من مال بائعه على هذا المسلك. { ١ } قال في محكي النهاية: وإن هلك بعد الثلاثة أيام كان من مال البائع على كل حال لأن الخيار له بعدها.

ويمكن أن يكون وجه التعميم في هذه الصورة: إن هذا الخيار لا يسقط بالاقباض بعد الثلاثة عنده، وهو ممن نسب إليه إن انتقال المبيع إلى المشتري إنما يكون بعد انقضاء الخيار من غير فرق بين الخيار المتصل والمنفصل، فإنه على هذا يكون التلف من البائع لوقوعه في ملكه، فلا يتوجه إيراد المصنف (رحمه الله) عليه { ٢ } بأن التعميم مناف لتعليل الحكم بأن الخيار له بعد الثلاثة، وإنما لا يلتزم بذلك في الاقباض في الثلاثة من جهة أن الاقباض قبلها رافع لموضوع الخيار.

شراء ما يفسد من يومه
{ ٣ } الرابعة: المشهور بين الأصحاب: إنه لو اشترى ما يفسد من يومه فإن جاء

ومن هنا يمكن تعدية الحكم إلى كل مورد يتحقق فيه هذا الضرر، وإن خرج عن مورد النص، كما إذا كان المبيع مما يفسد في نصف يوم أو في يومين فيثبت فيه الخيار في زمان يكون التأخير عنه ضرراً على البائع، لكن ظاهر النص يوهم خلاف ما ذكرنا، لأن الموضوع فيه ما يفسد من يومه والحكم فيه بثبوت الخيار من أول الليل، فيكون الخيار في أول أزمنا الفساد.
ومن المعلوم أن الخيار حينئذ لا يجدي للبائع شيئاً، لكن المراد من اليوم اليوم وليله، { ١ }

بالثمن ما بينه وبين الليل وإلا فلا بيع له.
وقد استدلل لثبوت هذا الخيار بوجوه:

منها: ما رواه الكليني عن محمد بن يحيى عن محمد بن أحمد عن يعقوب بن يزيد عن محمد بن أبي حمزة أو غيره عن ذكره عن أبي عبد الله أو أبي الحسن عليهما السلام: في

الرجل يشتري الشيء الذي يفسد من يومه ويتركه حتى يأتيه بالثمن، قال: إن جاء فيما بينه وبين الليل بالثمن وإلا فلا بيع له. (١)

والكلام فيه في موردين،
الأول: في سند الحديث.

الثاني: في فقهه.

أما الأول: فالاشكال فيه من وجوه:
منها أنه مرسل.

ومنها: إن محمد بن أبي حمزة مشترك بين ابن الشمالي والتميمي الذي لم يوثق.

ومنها: إن من يروي عنه ابن يزيد لم يثبت كونه ابن أبي حمزة ولعله غيره.

وأما الثاني: فقوله من يومه أما يراد به في يومه من كون من للظرفية فيكون أول الليل الذي هو أول زمان الخيار بعد تحقق الفساد في النهار، وهذا الضرر لا يتدارك بالخيار،

وأما يراد به معناه المعروف وهو كونه للابتداء فيكون أول الليل الذي هو أول زمان الخيار بعد تحقق الفساد من أول اليوم وحاله حال السابق، فلا بد من التصرف بأحد نحوين:
{ ١ } أحدهما: ما في المتن، وهو: إن المراد باليوم وليله

(١) الوسائل - باب ١١ - من أبواب الخيار حديث ١.

فالمعنى أنه لا يبقى على صفة الصلاح أزيد من يوم بليته، فيكون المفسد له المبيت لا مجرد دخول الليل، فإذا فسخ البائع أول الليل أمكن له الانتفاع به وببدله، ولأجل ذلك عبر في الدروس عن هذا الخيار بخيار ما يفسده المبيت وأنه ثابت عند دخول الليل وفي معقد اجماع الغنية أن على البائع الصبر يوماً واحداً ثم هو بالخيار. وفي محكي الوسيلة أن خيار الفواكه للبائع فإذا مر على المبيع يوم ولم يقبض المبتاع كان البائع بالخيار ونحوها عبارة جامع الشرائع. نعم عبارات جماعة من الأصحاب لا يخلو عن اختلال في التعبير، لكن الاجماع على عدم الخيار للبائع في النهار يوجب تأويلها إلى ما يوافق الدروس، وأحسن تلك العبارات عبارة الصدوق في الفقيه التي أسندها في الوسائل إلى رواية زرارة { ١ } قال: العهدة فيما يفسد من يومه مثل البقول والبطيخ والفواكه يوم إلى الليل فإن المراد بالعهدة عهدة البائع.

فالمعنى أنه لا يبقى على صفة الصلاح أزيد من يوم بليته. ثانيهما: ما أفاده بعض المحققين، وهو حمل ما يفسد على الاشراف على الفساد، فيكون من المحاز بالمشاركة، ويصح جعل الخيار من أول الليل لئلا يقع في الضرر الذي أشرف عليه، وكل منهما صحيح لا مرجح لأحدهما على الآخر، وأما تقريب دلالة على الخيار لا الانفساخ فهو ما تقدم في نصوص خيار التأخير. { ١ } ومنها: ما أرسله الصدوق في الفقيه، وفي آخر الخبر: العهدة فيما يفسد من يومه مثل البقول والبطيخ والفواكه يوم إلى الليل. (١) والكلام فيه من جهتين:

الأولى: في سنده، وهو مضافاً إلى كونه مرسلًا، لم يثبت كونه تنمة الرواية، بل من المحتمل كونه من كلام الصدوق، بل في محكي الجواهر: لعله الظاهر. الجهة الثانية: في دلالة، وقد يقال: إن مفاده جعل الخيار ونفي اللزوم، وفي حاشية السيد: ويحتمل أن يكون المراد كون عهدة تلفه على البائع يوماً إلى الليل وبعده على المشتري

(١) الوسائل - باب ١١ - من أبواب الخيار حديث ٢.

وقال في النهاية وإذا باع الانسان ما لا يصح عليه البقاء من الخضبر 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 أن المراد بالخيار اختيار المشتري في تأخير القبض والاقباض مع بقاء البيع على حاله من اللزوم، وأما المتأخرون فظاهر أكثرهم يوهم كون الليل غاية للخيار، { ١ } وإن اختلفوا بين من عبر بكون الخيار يوماً، ومن عبر بأن الخيار إلى الليل، ولم يعلم وجه صحيح لهذه التعبيرات مع وضوح المقصد إلا متابعة عبارة الشيخ في النهاية

من جهة تفصيله في الأخذ.

ولكن إن كان المراد بالعهد عهدة المبيع تعين إرادة ما احتمله السيد، فإن أثرها حينئذ أن دركه عليه وهو في ضمانه، وإن كان المراد بها عهدة البيع تعين إرادة الأول، فإن أثر عهدة البيع لزومه وعدم انفكاكه عنه،

والظاهر هو الثاني، لأن عهدة المبيع لا تكون مغيية بزمان، بل بالقبض بخلاف عهدة البيع. ومنها: حديث لا ضرر (١) فإن البائع ضامن للمبيع ممنوع من التصرف فيه محروم عن الثمن.

وترد عليه الوجوه الأربعة التي أوردناها على الاستدلال به لخيار التأخير، ومنها: إن مقتضى اطلاق العقد تسليم المبيع وتسلم الثمن ما لم يفسد، ومرجع ذلك إلى الشرط الضمني والخيار عند تخلف الشرط. ويرد عليه ما ذكرناه عند الاستدلال به لخيار التأخير.

وينبغي التنبيه على أمور:

{ ١ } منها أن ظاهر هذا الكلام وكذا كلمات جمع من الأساطين منهم أكثر المتأخرين: كون الليل، غاية للخيار، مع أنه لا شبهة بحسب النص والفتوى أن مبدأ الخيار الليل

وقد أول المحقق الأردبيلي (رحمه الله) كلماتهم بجعل إلى الليل متعلقاً بما يفسد لا بالخيار،

ولكن ذلك يتم في كلمات جمع منهم دون جميعهم، لاحظ ما عن النهاية وعبارة

(١) الوسائل - باب ١٧ - من أبواب الخيار.

لكنك عرفت أن المراد بالخيار فيه اختيار المشتري، وأن له تأخير القبض والاقباض { ١ } وهذا الاستعمال في كلام المتأخرين خلاف ما اصطالحوا عليه لفظ الخيار، فلا يحسن المتابعة هنا في التعبير والأولى تعبير الدروس كما عرفت. ثم الظاهر أن شروط هذا الخيار شروط خيار، التأخير { ٢ } لأنه فرد من أفرادها كما هو صريح عنوان الغنية وغيرها، فيشترط فيه جميع ما سبق من الشروط. نعم لا ينبغي التأمل هنا في اختصاص الحكم بالبيع الشخصي أو ما في حكمه كالصاع من الصبرة، وقد عرفت هناك أن التأمل في الأدلة والفتاوى يشرف

التذكرة: فالخيار فيه إلى الليل.

وقد تؤول كما احتمله المحقق الأصفهاني (رحمه الله): بأن اطلاق الخيار باعتبار أول الأمر

إليه بمضي اليوم واقبال الليل باعتبار وجود مقتضيه وهو كون المبيع مما يؤول أمره إلى الفساد باقبال الليل والمقتضي 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 أفاده المصنف (رحمه الله) وهو: إن مرادهم بالخيار معنى

غير الخيار المصطلح الثابت من أول الليل، وهو

{ ١ } إن المشتري مختار في المقبض والاقباض في اليوم،

وأن له التأخير إلى الليل من دون أن يستتبعه شيء، ولازمه لزوم الصبر على البائع إلى الليل، ولزوم البيع عليه.

{ ٢ } ومنها هل يعتبر في هذا الخيار شروط خيار التأخير كما عن الغنية وغيرها، أم لا؟ وجهان:

قد استدلل للأول: بأنه فرد من أفراد خيار التأخير، وبوحدة لسان الدليلين.

ولكن الانصاف أنهما متغايران، إذ 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 أول الليل، وفي الخيار السابق بعد مضي ثلاثة أيام، وعليه فالشروط المعبرة في ذلك الفرد من التأخير لا وجه للبناء على اعتبارها في هذا الفرد

الفقيه على القطع بالاختصاص أيضا 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 إن المراد بالفساد في النص والفتوى ليس الفساد الحقيقي { ١ } لأن موردها هو الخضر والفواكه والبقول، وهذه لا تضيع بالمبيت ولا تهلك

{ ٢ } بل المراد ما يشمل تغير العين نظير التغير الحادث في هذه الأمور بسبب المبيت ولو لم يحدث في البيع إلا فوات السوق، { ٣ } ففي إلحاقه بتغير العين وجهان من كونه ضررا ومن امكان منع ذلك لكونه فوت نفع لا ضرر. { ٤ }

{ ١ } ومنها أنه هل المراد بالفساد الحقيقي، أو ما يشمل تغير العين الحادث بسبب المبيت؟ وجهان،

اختار المصنف الثاني، واستدل له:

{ ٢ } بأن مورد النص والفتوى الخضر والفواكه والبقول، وهذه لا تضيع بالمبيت ولا تهلك.

وأورد عليه المحقق الإيرواني (رحمه الله) بأن المراد به الفساد الحقيقي، وهو خروج العين إلى

حالة لا تتمول من جهة عدم ترتب الآثار المرغوبة من الطبيعة عليها مع: اندراجها بذاتها تحت الطبيعة، وأما الذي يخرج عن الصورة النوعية فذاك هو التلف دون الفساد كما توهمه المصنف (رحمه الله).

ولكن ما أفاده في الفرق بين الفساد والتلف وإن كان متينا إلا أنه مع ذلك ليس المراد الفساد الحقيقي، إذ مرور يوم على مثل البقول والفواكه لا يوجب خروجها عن المالية، بل يوجب تغير العين بزوال طراوتها وشبهها.

{ ٣ } ومنها أنه لو لم يحدث في المبيع إلا فوات السوق، فلا اشكال ولا كلام في عدم شمول النص والفتوى له، لأنه ليس من الفساد قطعا،

إنما الكلام في أنه إذا كان المدرك حديث لا ضرر. هل يشمل أم لا؟ المصنف (رحمه الله)

{ ٤ } جعل اثبات الخيار ونفيه دائرين مدار كون نقص القيمة ضررا أو فوات نفع

والحق أنه ليس ضررا ولا فوت نفع بالنسبة إلى البائع بعد عدم كون نقص القيمة

السوقية موجبا لضمان البائع، وهو ضرر بالنسبة إلى 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 } ويدل عليه قبل الاجماع { ٢ } المحقق والمستفيض حديث نفي الضرر، { ٣ } واستدل عليه أيضا

وبذلك ظهر ما في حاشية السيد، وهو أن الأقوى اللاحق، لأنه يصدق عليه الضرر عرفا وإن كانت العين باقية كما كانت، لأن المناط فيه فوات المالية، ولا فرق فيه بين نقص العين والقيمة، فالضرر صادق خصوصا في الأموال المعدة للتجارة.
خيار الرؤية

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

وهذا التعبير أولى 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 أفراد خيار الشرط، كما هو ظاهر المتن، بل مورد ما إذا تخلف الوصف الذي وقعت المعاملة عليه سواء كان بالاشتراط أو باخبار البائع به والاعتماد عليه من غير تعهد والتزام منه، أو برؤية بعض المبيع واعتقاد موافقة بعضه الآخر 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 أشرنا إليه، ومورد افتراق ذلك شرط الفعل.

ودليل هذا الخيار أمور:

{ ٢ } الأول: الاجماع، وهو لمعلومية مدركه لا يعتمد عليه.

{ ٣ } الثاني: حديث (١) لا ضرر.

(١) الوسائل - باب ١٧ - من أبواب الخيار.

منها صحيحة جميل بن دراج قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى ضيعة وقد كان يدخلها ويخرج منها، فلما أن نقد المال صار إلى الضيعة فقبلها، ثم رجع فاستقال صاحبه، فلم يقله فقال أبو عبد الله (عليه السلام) إنه لو قلب منها ونظر إلى تسع

وتسعين قطعة ثم بقي منها قطعة لم يرها لكان له فيها خيار الرؤية ولا بد من حملها على صورة يصح معها بيع الضيعة. { ١ } إما بوصف القطعة الغير المرئية أو بدلالة ما رآه منها على ما لم يره.

وقد يستدل بصحيحة زيد الشحام قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل

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

مع أنه إذا كان المبيع بما له من التخلف يسوى بالذي دفع من الثمن لا يكون هناك ضرر إلا من ناحية تخلف الغرض الشخصي.

الثالث صحيح جميل (١) المذكور في المتن

وتقريب الاستدلال به: إن الظاهر من الخبر أن المشتري لرؤية عمدة الضيعة كان معتقداً أن ما لم يره يكون مثل ما رآه، فوقعت المعاملة صحيحة، ثم بعد المعاملة وملاحظة ما لم يره وأنه غير ما رآه ندم من المعاملة، وقد حكم (عليه السلام) بثبوت خيار الرؤية. وفيه: أنه لا يدل الخبر على تخلف الوصف، وإن ما لم يره لم يكن مطابقاً لما رآه لو لم يكن دالاً على خلافه، وعليه فليس هو من الخيار المصطلح، بل الظاهر منه إرادة البطلان.

إما في الجميع لو رجع الضمير في قوله لكان له فيها

خيار الرؤية إلى الضيعة، أو في خصوص القطعة التي لم يرها، ولعل الأول أظهر من جهة أن مورد السؤال هو الضيعة بتمامها.

{ ١ } قوله ولا بد من حملها على صورة يصح معها بيع الضيعة

قد عرفت دلالة الصحيح على البطلان وأنه أجنبي عن المقام

الرابع صحيح (٢) زيد الشحام المذكور في المتن

(١) الوسائل - باب ١٥ - من أبواب الخيار حديث ١.

(٢) نفس المصدر حديث ٢.

اشترى سهام القصابين من قبل أن يخرج السهم، فقال (عليه السلام) لا يشتري شيئاً حتى يعلم أين يخرج السهم، فإن اشترى شيئاً فهو بالخيار إذا خرج قال في الحدائق. وتوضيح معنى هذا الخبر ما رواه في الكافي والتهذيب في الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج عن منهل القصاب وهو مجهول، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام)

أشترى الغنم جماعة ثم تدخل داراً ثم يقوم رجل على الباب فيعد واحداً واثنين وثلاثة وأربعة وخمسة ثم يخرج السهم قال: لا يصلح هذا إنما تصلح السهام إذا عدلت القسمة، الخبر.

أقول لم يعلم وجه الاستشهاد به لما نحن فيه، لأن المشتري لسهم القصاب إن اشتراه مشاعاً فلا مورد لخيار الرؤية، وإن اشترى سهمه المعين الذي يخرج فهو شراء فرد غير معين وهو باطل، وعلى الصحة فلا خيار فيه للرؤية كالمشاع. { ١ }

وتقريب الاستدلال به: أنه يدل على أن الحصة المشاعة بوصف البائع إذا تبين بعد وقوع السهم أنها ليست على ما وصف يثبت للمشتري خيار الرؤية. { ١ } وأورد عليه المصنف (رحمه الله): بأن المبيع إن كان هو الحصة المشاعة فلا مورد لخيار

الرؤية، وإن كان هو السهم المعين الذي يخرج فهو شراء فرد غير معين وهو باطل. ثم مال هو (قدس سره) إلى كون الخيار الذي يثبته الخبر خيار الحيوان إذا خرج السهم، والظاهر أن وجه نفي الموردية لو كان المبيع الحصة المشاعة ليس هو إشاعتها، حتى يرد عليه ما أفاده المحقق الإيرواني (رحمه الله): بأن خيار الرؤية يجري في بيع المشاع إذا بيع بوصف

المجموع فظهر للجميع على خلاف الوصف.

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

وأورد عليه السيد الفقيه بقوله: يبعده قوله إذا خرج، فإن خيار الحيوان غير معلق على الخروج بل يثبت بمجرد العقد. انتهى.

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

ولكن يرد على المصنف (رحمه الله): إن الظاهر من الخبر كون المبيع ما يقع عليه السهم،

ويمكن حمله على شراء عدد معين نظير الصاع من الصبرة، ويكون له خيار الحيوان { ١ } إذا خرج السهم، ثم إن صحيحة جميل مختصة بالمشتري. والظاهر الاتفاق على أن هذا الخيار يثبت للبائع أيضا { ٢ } إذا لم ير المبيع وباعه بوصف غيره، فتبين كونه زائدا على ما وصف

وهو لغررته باطل كما يشهد له قوله: لا تشتري شيئا... الخ الظاهر في الإرشاد إلى الفساد، وعليه

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

وقد يحتمل أن يكون المراد بالخيار خيار القسمة لكونها غير معدلة، أو للحاجة في التعيين إلى التراضي، وعلى أي حال فلا ربط له بخيار الرؤية.

{ ١ } قوله ويمكن حمله على شراء عدد معين نظير الصاع من الصبرة ويكون له خيار الحيوان

الظاهر أن وجه تخصيص خيار الحيوان، بما إذا كان المبيع من قبيل الكلبي في المعين دون الكسر المشاع، لحاظ الحكمة في ذلك الخيار، وهو الاطلاع على العيب في الثلاثة إذا

المشاع لو كان فيه عيب كان جزء منه للمشتري قهرا فلا يتوقف ثبوت الخيار على خروج السهم بخلاف الكلبي في المعين إذا لا تعين له للمشتري إلا بعد التعيين من البائع أو تلف ما عداه.

الخامس صحيح عبد الرحمن بن الحجاج (١) المذكور في المتن وفيه: إنه أجنبي عن المقام بالمرة، بل وارد في مقام بيان كيفية التقسيم، وأن التقسيم بلا تعديل السهام على النحو الذي بينه السائل باطل.

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

واستقصاء القول في المقام بالتعرض لأمر:

{ ٢ } الأول: إنه هل يثبت هذا الخيار للبائع أيضا كما هو المتفق عليه

(١) الوسائل - باب ١٢ - من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ٨.

وحكى عن بعض أنه يحتمل في صحيحة جميل أن يكون التفتيش من البائع بأن يكون البائع باعه بوصف المشتري، وحينئذ فيكون الجواب عاما بالنسبة إليهما على تقدير هذا الاحتمال { ١ } ولا يخفى بعده وأبعد منه دعوى عموم الجواب والله العالم. مسألة: مورد هذا الخيار بيع العين الشخصية الغائبة، { ٢ } والمعروف أنه يشترط في صحته ذكر أوصاف المبيع التي يرتفع بها الجهالة الموجبة للغرر، إذ لولاها لكان غررا وعبر بعضهم عن هذه الأوصاف 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 أجود كان الخيار للبائع أم يخص بالمشتري؟ وجهان.

وحق القول في المقام: إن مدرك هذا الخيار إن كان هو الاجماع، أو حديث لا ضرر أو ما دل على ثبوت الخيار عند تخلف الشرط، لم يكن وجه للاختصاص بالمشتري. وأما إن كان المدرك هي النصوص الخاصة اختص به.

{ ١ } واحتمال أن يكون التفتيش من البائع بأن يكون البائع باعه بوصف المشتري فيكون الجواب عاما، بعيد، لعدم تقدم ذكر من البائع، ومرجع الضمائر المستترة في السؤال هو المشتري، وعلى تقدير هذا الاحتمال كان الخيار مختصا بالبائع، إذ لا عموم للجواب. مورد خيار الرؤية

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

والظاهر أن مرجع الجميع واحد، ولذا ادعى الاجماع على كل واحد منها، ففي موضع من التذكرة يشترط في بيع خيار الرؤية وصف المبيع وصفا يكفي في السلم عندنا. وعنه في موضع آخر من التذكرة أن شرط صحة بيع الغائبة وصفها بما يرفع الجهالة عند علمائنا أجمع ويجب ذكر اللفظ الدال على الجنس، ثم ذكر أنه يجب ذكر اللفظ الدال على التمييز وذلك بذكر جميع الصفات التي يختلف الأثمان باختلافها ويتطرق الجهالة بترك بعضها، انتهى.

وفي جامع المقاصد ضابط ذلك، أن كل وصف يتفاوت الرغبات بثبوتها وانتفائها ويتفاوت به القيمة تفاوتاً ظاهراً لا يتسامح به يجب ذكره، فلا بد من استقصاء أوصاف السلم، انتهى.

وربما يترادى التنافي بين اعتبار ما يختلف الثمن باختلافه وكفاية ذكر أوصاف السلم من جهة أنه قد يتسامح في السلم في ذكر بعض الأوصاف لافضائه إلى عزة الوجود أو لتعذر الاستقصاء على التحقيق { ١ } وهذا المانع مفقود فيما نحن فيه، قال في التذكرة

وتنقيح القول فيه: إن المراد من العين الشخصية ما يقابل الكلّي في الذمة: الشامل للكسر المشاع الذي هو جزئي بجزئية منشأ انتزاعه، والكلّي في المعين المتعين بإضافته إلى الجزئي الخارجي، لا ما يقابل غير المتعين بتمام أنحاء التعيين وعليه فلا يرد عليه ما أورده بعضهم بعدم اختصاص الخيار بذلك وجريانه في الكلّي الخارجي وفي الحصة المشاعة لقاعدة الضرر وتخلف الشرط، بل يمكن دعوى فهم المثالية من صحيحة جميل كما أن مراده من الغائبة ليس هي الغيبوبة الخارجية: لعدم العبرة بها، بل المراد الغيبوبة الذهنية بمعنى عدم المعرفة به، فلا يراد عليه.

الثالث: في الاشكالات التي أوردت في المقام، وهي أربعة:
{ ١ } أحدها: أنهم ذكروا في المقام ضابطين للأوصاف اللازم ذكرها، وهما: اعتبار الأوصاف الدخيلة في مالية العوضين، واعتبار ما يعتبر في باب السلم، وهما متنافيان، فإنه يكتفي في باب السلم بأقل من ذلك، ولا يعتبر الاستقصاء بذكر كل وصف دخيل في المالية، لأنه يؤدي إلى عزة الوجود، وهذا المانع مفقود فيما نحن فيه.

في باب السلم لا يشترط وصف كل عضو من الحيوان بأوصافه المقصودة وإن تفاوت به الغرض والقيمة لافضائه إلى عزة الوجود، انتهى. وقال في السلم في الأحجار المتخذة للبناء: أنه يذكر نوعها ولونها ويصف عظمها فيقول: ما يحمل البعير منها اثنين أو ثلاثا أو أربعا على سبيل التقريب دون التحقيق لتعذر التحقيق، ويمكن أن يقال: إن المراد ما يعتبر في السلم في حد ذاته، { ١ } مع قطع النظر عن العذر الموجب للمسامحة في بعض أفراد السلم وإن كان يمكن أن يورد على مسامحتهم هناك أن الاستقصاء في الأوصاف شرط في السلم غير مقيد بحال التمكن، فتعذره يوجب فساد السلم لا الحكم بعدم اشتراطه، كما حكموا بعدم جواز السلم فيما لا يمكن ضبط أوصافه وتام الكلام في محله، ثم إن الأوصاف التي يختلف الثمن من أجلها غير محصورة { ٢ } خصوصا في العبيد والإماء فإن مراتبهم الكمالية التي يختلف بها أثمانهم غير محصورة جدا والاقتصار على ما يرفع به معظم الغرر إحالة على مجهول، بل يوجب الاكتفاء على ما دون صفات السلم

{ ١ } وأجاب عنه المصنف (رحمه الله) - بعد الايراد على القوم بأن تعذر استقصاء الأوصاف في السلم موجب لفساد السلم لا الفتوى بعدم اعتبار ذكر الأوصاف فيه: بأنه يمكن أن يكون مرادهم باعتبار ما يعتبر في باب السلم ما يعتبر في ذلك الباب بالطبع لولا عروض المانع، فلا تنافي.

وفيه: إن الايراد على القوم في غير محله، إذ لو حكمنا بفساد السلم في الفرض لزم سد باب السلم لما أشار إليه من عموم هذا العذر، والمعلوم من الشرع خلافه، مع أن حمل ما

ذكروه في الضابط الثاني على ذلك لا شاهد له. فالحق في الجواب أن يقال: إن مرادهم بالأوصاف الدخيلة في المالية الأوصاف الدخيلة في المالية بلحاظ الآثار المترتبة من ذلك الشيء عند نوع العقلاء لا الأوصاف الدخيلة في المالية بحسب الغرض الشخصي، وعليه فيرتفع التنافي، إذ ما يتعذر استقصائه في باب السلم ما كان من قبيل الثاني دون الأول. { ٢ } ثانيها: إن الأوصاف التي يختلف الثمن من أجلها غير محصورة خصوصا في

لانتفاء الغرر عرفا بذلك، مع أننا علمنا أن الغرر العرفي أخص من الشرعي، وكيف كان فالمسألة لا يخلو عن اشكال وأشكال من ذلك أن الظاهر أن الوصف يقوم مقام الرؤية المتحققة في بيع العين الحاضرة، وعلى هذا فيجب أن يعتبر في الرؤية أن يحصل بها الاطلاع على جميع الصفات المعتبرة في العين الغائبة مما يختلف الثمن باختلافه { ١ } قال في التذكرة: يشترط رؤية ما هو مقصود بالبيع كداخل الثوب، فلو باع ثوبا مطويا أو عينا حاضرة لا يشاهد منها ما يختلف الثمن لأجله كان كبيع الغائب يبطل إن لم يوصف وصفا 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 المعتبرة في السلم وبيع العين الغائبة، فإنه قد لا يحصل الاطلاع بالمشاهدة على سن الجارية بل ولا على نوعها ولا غيرها من الأمور التي لا يعرفها إلا أهل المعرفة بها، فضلا عن مرتبة كمالها الانساني المطلوبة في الجوارى المبذول بإزائها الأموال، ويبعد كل البعد التزام ذلك أو ما دون ذلك في المشاهدة، بل يلزم من ذلك عدم صحة شراء غير العارف بأوصاف المبيع الراجعة إلى نوعه أو صنفه أو شخصه، بل هو بالنسبة إلى الأوصاف التي اعتبروها كالأعمى لا بد من مراجعته لبصير عارف، ولا أجد في المسألة أوثق من أن يقال: إن المعتبر هو الغرر العرفي في العين الحاضرة والغائبة الموصوفة، { ٢ } فإن دل على اعتبار أزيد من ذلك حجة معتبرة أخذ به

العبيد والإماء، والاكتفاء بذكر معظمها إحالة على المجهول.

{ ١ } ثالثها: أن لازم كون التوصيف بمنزلة الرؤية لزوم مشاهدة ما يجب التوصيف به، مع أنه 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 } وأجاب عنهما المصنف (رحمه الله): بأن الميزان رفع الغرر العرفي الذي هو أخص من

الشرعي، وهو يرتفع بمشاهدة العين وإن لم يطلع على الخصوصيات اللازم ذكرها إذا كانت

وليس فيما ادعاه العلامة في التذكرة من الاجماع حجة، مع استناده في ذلك إلى كونه غررا عرفا، حيث قال في أول مسألة اشتراط العلم بالعوضين أنه أجمع علماؤنا على اشتراط العلم بالعوضين ليعرف ما ملك بإزاء ما بذل، فينتفي الغرر فلا يصح بيع العين الغائبة ما لم يتقدم رؤية أو يوصف وصفا يرفع الجهالة، انتهى.

ولا ريب أن المراد بمعرفة ما ملك معرفته على وجه وسط بين طرفي الاجمال والتفصيل، ثم إنه يمكن الاستشكال في صحة هذا العقد بأن ذكر الأوصاف لا يخرج البيع عن كونه غررا، { ١ } لأن الغرر بدون أخذ الصفات من حيث الجهل بصفات المبيع، فإذا أخذت فيه مقيدا بها صار مشكوك الوجود، لأن العبد المتصف بتلك الصفات مثلا لا يعلم وجوده في الخارج والغرر فيه أعظم، ويمكن أن يقال إن أخذ الأوصاف في معنى الاشتراط لا التقييد { ٢ } فيبيع العبد مثلا ملتزما بكونه كذا وكذا ولا غرر فيه حينئذ عرفا. وقد صرح في النهاية والمسالك في مسألة ما لو رأى المبيع، ثم تغير عما رآه أن الرؤية بمنزل الاشتراط

العين غائبة.

وفيه: - مضافا إلى أن الغرر لا حقيقة شرعية له كي يقال إن الغرر العرفي أخص من الشرعي، وما يترأى من الحكم بالفساد مع عدم الغرر العرفي كشراء المجهول بخيار أو بالمتيقن من قيمته وإنما هو للدليل آخر فتأمل.

إن الغرر العرفي أيضا لا يرتفع بذلك في العين الحاضرة.

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

{ ١ } رابعها: إن توصيف المبيع بالأوصاف المجهول وجودها يوجب الجهل بوجود المبيع، إذ العبد المتصف بتلك الصفات مثلا لا يعلم وجوده في الخارج، والغرر فيه أعظم. { ٢ } وأجاب عنه المصنف (رحمه الله): بأن التوصيف يرجع إلى الاشتراط لا التقييد.

ولازمه كون الوصف القائم مقام الرؤية اشتراطاً. ويمكن أن يقال ببناء هذا البيع على تصديق البائع أو 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 لهما، وكيف كان، فلا غرر عرفاً في بيع العين الغائبة مع اعتبار الصفات الرافعة للجهالة ولا دليل شرعاً أيضاً على المنع من حيث عدم العلم بوجود تلك الصفات، فيتعين الحكم بجوازه مضافاً إلى الاجماع عليه ممن عدا بعض العامة، ثم إن الخيار بين الرد والامساك مجاناً هو المشهور بين الأصحاب، { ١ } وصريح السرائر تخييره بين الرد والامساك بالأرش وأنه لا يجبر على أحدهما ويضعف بأنه لا دليل على الأرش. نعم لو كان للوصف المفقود دخل في الصحة توجه أخذ الأرش، لكن بخيار العيب لا خيار رؤية المبيع على خلاف ما وصفه، إذ لولا الوصف ثبت خيار العيب أيضاً وسيجئ عدم اشتراط ذكر الأوصاف الراجعة إلى وصف الصحة، وأضعف من هذا ما ينسب إلى ظاهر المقنعة والنهائية والمراسم من بطلان البيع، إذا وجد على خلاف ما وصف،

وفيه: - مضافاً إلى التأمل في صحة اشتراط غير الفعل وغير النتيجة على ما سيأتي في محله أن التوصيف إذا لم يكن رافعاً للغرر لم يكن الاشتراط أيضاً رافعاً له، وثبوت الخيار عند تخلف الشرط لا يصلح رافعاً له، وإلا ارتفع باشتراط الخيار في كل بيع غرري في نفسه، وعليه فاللازم هو الاطمئنان بوجود الوصف أو اخبار من يكون خبره حجة شرعية.

الخيار بين الرد والامساك مجاناً
 { ١ } الرابع: إن الخيار بين الرد والامساك مجاناً هو المشهور بين الأصحاب،
 وعن السرائر: التخيير بين الرد والامساك بالأرش
 وعن بعض: تعين أخذ الأرش،
 وعن المقنعة والنهائية والمراسم: بطلان البيع.

لكن الموجود في المقنعة والنهائية إن لم يكن على الوصف كان البيع مردودا ولا يبعد كون المراد بالمردود القابل للرد لا الباطل فعلا، وقد عبر في النهاية عن خيار الغبن بذلك فقال: ولا بأس بأن يبيع الانسان متاعا بأكثر مما يسوى إذا كان المبتاع من أهل المعرفة، فإن لم يكن كذلك كان البيع مردودا وعلى تقدير وجود القول بالبطلان، فلا يخفى ضعفه لعدم الدليل على البطلان بعد انعقاده صحيحا عدا ما في مجمع البرهان.

وحاصله وقوع العقد على شئ مغاير للموجود، فالمعقود عليه غير موجود والموجود غير معقود، عليه { ١ } ويضعف بأن محل الكلام في تخلف الأوصاف التي لا يوجب مغايرة الموصوف للموجود عرفا، بأن يقال إن المبيع فاقد للأوصاف المأخوذة فيه، لا أنه مغاير للموجود، { ٢ } نعم لو كان ظهور الخلاف فيما له دخل في حقيقة المبيع عرفا، فالظاهر عدم الخلاف في البطلان ولو أخذ في عبارة العقد على وجه الاشتراط كأن يقول بعثك ما في البيت على أنه عبد حبشي فبان حمار أو حبشيا،

أما الأول فقد مر ما يمكن أن يستدل به له وعرفت تماميته وقد استدل للثاني:

بأن الضرر يرتفع بكل من الرد والامسك بالأرش، فمقتضى حديث لا ضرر (١) التخيير بينهما.

وفيه: أولا: ما تقدم من أن حديث لا ضرر لا يصح التمسك به في المقام. وثانيا: إنه لو صح اقتضى تعيين أخذ الأرش، لأنه مقتضى الجمع بين أدلة 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 أن محل الكلام الأوصاف التي لا توجب مغايرة الموصوف للموجود عرفا، وذلك فإن التملك من الاعتباريات، وهو متعلق على الفرض بالموصوف بما هو موصوف وهو غير موجود لفقد الوصف.

فالحق في الجواب أن يقال: إن الوصف إذا كان دخيلا في حقيقة المبيع - بما أن

(١) الوسائل - باب ١٧ - من أبواب الخيار حديث ٣ - ٤.

إلا أن يقال إن الموجود وإن لم يعد مغايرا للمعقود عليه عرفا إلا أن اشتراط اتصافه بالأوصاف في معنى كون القصد إلى بيعه بانيا على ذلك الأوصاف، فإذا فقد ما بني عليه العقد، فالمقصود غير حاصل، فينبغي بطلان البيع، { ١ } ولذا التزم أكثر المتأخرين بفساد العقد بفساد شرطه، فإن قصد الشرط إن كان مؤثرا في المعقود عليه، فالواجب كون تخلفه موجبا لبطلان العقد، وإلا لم يوجب فساده فساد العقد، بل غاية الأمر ثبوت الخيار.

ومن هنا يظهر أن دفع ما ذكر في وجه البطلان الذي جعله المحقق الأردبيلي موافقا للقاعدة واحتمله العلامة (قدس سره) في النهاية، فيما إذا ظهر ما رآه سابقا على خلاف

ما رواه، بأنه اشتباه ناشئ عن عدم الفرق بين الوصف المعين للكليات والوصف المعين في الشخصيات، { ٢ } وبين الوصف الذاتي والعرضي، وأن أقصى ما هناك كونه من باب تعارض الإشارة والوصف والإشارة أقوى

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

{ ١ } الثاني: إن المعقود عليه وإن كان هو عين الموجود في الخارج، إلا أن العقد على الموجود وقع مبنيا على الوصف.

وبعبارة أخرى: الرضا في المعاملة لم يتعلق إلا بالمقيد بالصفة، والفاقد لا رضا به، وهذا يوجب البطلان.

{ ٢ } وأجاب عنه في الجواهر على ما حكى عنه المصنف (رحمه الله) بما حاصله: إن الوصف

المعين للكليات يوجب تضيق دائرة المبيع، من غير فرق بين الوصف الذاتي والعرضي، فيكون الموجود غير معقود عليه، وأما الوصف المعين في الشخصيات فإن كان ذاتيا فكذلك للمغايرة الذاتية، وإن كان عرضيا فالمورد وإن كان هو الموصوف إلا أنه يصدق على الموجود أنه مورد للبيع وعلى فرض الاغماض عن ذلك في مورد العين الشخصية إذا كان

مجازفة 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 وصفا لشخص لا مشخصا لكلي حتى يتقوم به وكونه عرضيا لا ذاتيا إعادة للكلام السابق، ويمكن أن يقال إن المستفاد من النصوص والاجتماعات في الموارد المتفرقة عدم بطلان البيع بمخالفة الصفة المقصودة الغير المتقومة للمبيع، سواء علم القصد إليها من الخارج أم اشترطت في العقد، كالحكم بمضي العقد على المعيب مع عدم القصد إلا إلى الصحيح ومنه المصراة وكالحكم في النص والفتوى بتبويض الصفة إذا 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 مجازفة لا محصل لها بناء على ما ذكرناه في بيان مراد الجواهر يكون ما أفاده هو الذي أفاده المصنف (رحمه الله)

في الجواب عن الوجه الأول فلا يكون مجازفة نعم لا ربط بالوجه الثاني. ويرد على ما أفاده (رحمه الله) أولا: إن ما ذكر يفيد في مقام بيان اثبات الاتحاد ولا يفيد في

في الجواب عن اشكال عدم الرضا كما لا يخفى. ويرد على ما أفاده ثانيا: إن أقوائية كل من الإشارة والوصف إنما تكون ضابطة صورة اشتباه المراد دون المقام، مع أن أقوائية الإشارة لو اعتمد عليها في المقام لزم منها صحة البيع ولزومه لا الخيار.

{ ٢ } وأجاب المصنف (رحمه الله) عنه بالاستقراء، وأن الشارع المقدس على حسب ما يستفاد من النصوص والاجتماعات في الموارد المتفرقة حكم بصحة البيع مع الخيار بمخالفة الصفة المقصودة الغير المتقومة للمبيع. وفيه: إن هذا المقدار لا يكفي في الجواب عن الوجه العقلي.

نعم هنا اشكال آخر من جهة تشخيص الوصف الداخلي في الحقيقة عرفا الموجب ظهور خلافه بطلان البيع والخارج عنها الموجب ظهور خلافه للخيار، فإن الظاهر دخول الذكورة والأنوثة في المماليك في حقيقة المبيع لا في مثل الغنم، وكذا الرومي والزنجي حقيقتان عرفا، وربما يتغاير الحقيقتان مع كونه فيما نحن فيه من قبيل الأوصاف، كما إذا باعه الدهن أو الجبن أو اللبن على أنه من الغنم فبان من الجاموس. وكذا لو باعه خل الزبيب فبان من التمر، ويمكن إحالة اتحاد الجنس ومغايرته على العرف { ١ } وإن خالف ضابطة التغاير المذكورة في باب الرباء، فتأمل. مسألة: الأكثر على أن الخيار عند الرؤية فوري، { ٢ } بل نسب إلى ظاهر الأصحاب بل ظاهر التذكرة عدم الخلاف بين المسلمين إلا من أحمد، حيث جعله ممتدا بامتداد المجلس الذي وقعت فيه الرؤية واحتمل في نهاية الأحكام ولم أجد لهم دليلا صالحا على ذلك إلا وجوب الاقتصار في مخالفة لزوم العقد على المتيقن، ويبقى على القائلين بالتراخي في مثل خيار الغبن والعيب سؤال الفرق بين المقامين،

فالحق في الجواب أن يقال: إن الظاهر من عبارات المشترطين للأوصاف غير الدخيلة في حقيقة الشيء أخذها في المعاملة بنحو تعدد المطلوب، وأن اتصافه بها مطلوب آخر في مطلوب نظير اشتراط عمل خارجي كخياطة الثوب. { ١ } قوله ويمكن إحالة اتحاد الجنس ومغايرته على العرف بل هذا هو المتعين لا من جهة تشخيص مفهوم الوصف الداخلي والخارجي حتى يقال إنه لم ينط الحكم في لسان الدليل بهما - بل من جهة أن ما يكون من قبيل الوصف الخارجي بنظر العرف بحسب ظهور الكلام مأخوذ بنحو تعدد المطلوب دون ما كان من قبيل الوصف الداخلي فتدبر.

خيار الرؤية فوري
{ ٢ } الخامس: الأكثر على أن الخيار عند الرؤية فوري.
وقد تقدم في مبحث خيار الغبن تنقيح القول، فيما تقتضيه القواعد من العمومات

مع أن صحيحة جميل المتقدمة في صدر المسألة مطلقة يمكن التمسك بعدم بيان مدة الخيار فيها على عدم الفورية وإن كان خلاف التحقيق كما نبهنا عليه في بعض الخيارات المستندة إلى النص.
وقد بينا سابقا ضعف التمسك بالاستصحاب في اثبات التراخي وإن استندوا إليه في بعض الخيارات السابقة.
مسألة: يسقط هذا الخيار بترك المبادرة عرفا { ١ } على الوجه المتقدم في خيار الغبن وباسقاطه بعد الرؤية { ٢ }

والاستصحاب وغيرهما وإن كل خيار ثبت ولم يكن لدليله اطلاق مقتضى القواعد أنه فوري فراجع.
نعم لو كان مدرك هذا الخيار النص الخاص كان مقتضى اطلاقه كونه على التراخي، ولكن قد عرفت أنه لا يكون مدركا له، فالحق أنه على الفور.
مسقطات خيار الرؤية
السادس: - قالوا - أنه يسقط هذا الخيار بأمور:
{ ١ } أحدها: ترك المبادرة إلى الفسخ، وقد مر الكلام فيه وعرفت أنه صحيح لأن هذا الخيار على الفور.
{ ٢ } ثانيها: اسقاطه بعد الرؤية.
اسقاط الخيار إن كان بعد الرؤية التي لا شك 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 أو الشرط الضمني تم ذلك: فإن 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 بناء على أن التصرف اسقاط فعلي، { ٢ } وفي جواز اسقاطه قبل الرؤية وجهان مبنيان على أن الرؤية سبب أو كاشف، { ٣ } قال في التذكرة لو اختار امضاء العقد قبل الرؤية لم يلزم لتعلق الخيار بالرؤية، انتهى.

وحكي ذلك من غيرها أيضاً، وظاهره أن الخيار يحدث بالرؤية لا أنه يظهر بها ولو جعلت الرؤية شرطاً لا سبباً أمكن جواز الاسقاط بمجرد تحقق المسبب وهو العقد ولا يخلو عن قوة

{ ١ } ثالثها: التصرف بعد الرؤية.

وقد تقدم الكلام أيضاً في مسقطية التصرف، وعرفت أن دليبه الخاص غير عام لجميع الخيارات، وأن فيما لا نص فيه كالمقام لو كان التصرف كاشفاً عن الاسقاط ودالاً عليه سقط به الخيار وإلا فلا.

هذا في التصرف بعد الرؤية

{ ٢ } وأما التصرف قبلها ففيه وجوه:

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

ثانيها: مسقطيته مطلقاً، واستدل لهذا الوجه: بأن مسقطية التصرف إنما تكون من جهة أنه رضا متحدد 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 أنه لا يكون مسقطاً لهذه الجهة. فراجع.

ثالثها: عدم مسقطيته مطلقاً، واستدل له: بأنه لا يكون التصرف كاشفاً عن الرضا

بالعقد إن كان قبل الرؤية كما في التصرف قبل العلم بالغبن.

{ ٣ } وأما الاسقاط قبل الرؤية فإن قلنا بأن الرؤية كاشفة عن حدوث الخيار من حين العقد - كما هو مقتضى حديث لا ضرر (١) لأن الضرر إنما يتوجه من حين العقد

(١) مر مكرراً مصادر الحديث وأخيراً في خيار الغبن.

ولو شرط سقوط هذا الخيار، ففي فساده وفساده للعقد كما عن العلامة وجماعة أو عدمهما كما عن النهاية وبعض أو الفساد دون الافساد وجوه، بل أقوال { ١ } من كونه موجبا لكون العقد غررا، { ٢ } كما في جامع المقاصد من أن الوصف قام مقام الرؤية، فإذا شرط عدم الاعتداد به كان المبيع غير مرئي ولا موصوف، ومن أن دفع الغرر عن هذا البيع ليس بالخيار حتى يثبت بارتفاعه،

وتخلف الشرط فإنه من حين العقد - والنص الخاص - لاحظ ظاهر قوله (عليه السلام) في صحيح جميل: كان له في ذلك خيار الرؤية (١) - فلا اشكال أيضا وإن قلنا بأنها سبب أو شرط ففيه اشكال، وقد تقدم الكلام فيه مفصلا في مبحث خيار الغبن.

وبه يظهر أن الاسقاط منجزا غير معقول، ومعلقا على حدوثه لا مانع منه لولا الاجماع، وأنه لا فرق بين كونها سببا أو شرط. فراجع. اشتراط سقوطه

{ ١ } رابعها: اشتراط سقوطه في ضمن العقد، ذكره الشيخ في النهاية وبعض آخر. وفيه قولان آخران:

- الأول - : ما عن العلامة وجماعة، وهو: فساد الشرط وفساده للعقد.

- الثاني - : ما عن جماعة، وهو: الفساد دون الافساد.

وقد استدلل للثاني بوجهين:

{ ٢ } الأول: إنه موجب لكون البيع غرريا، وللقوم في بيان ذلك تقريرات،

أحدها: ما عن المحقق الثاني، وحاصله: إن بيع مجهول الوصف إنما ترتفع غرريته من جهة تعهد الوصف باعتبار أنه موجب لكون أمر العقد بيده عند تخلف الشرط، فلا يذهب ماله هدرا، فلا غرر، وإذا شرط سقوط الخيار لم يرتفع الغرر لخروج زمام أمر العقد من يده فيعود الغرر والخطر.

وفيه: إن الخيار حكم شرعي لا يرفع الغرر، ولو كان مؤثرا في رفع الغرر جاز بيع

(١) الوسائل - باب ١٥ - من أبواب الخيار حديث ١.

فإن الخيار حكم شرعي لو أثر في دفع الغرر جاز بيع كل مجهول متزلزلا
والعلم بالمبيع لا يرتفع بالتزام عدم الفسخ عند تبين المخالفة فإن الغرر هو الاقدام
على شراء العين الغائبة على أي صفة كانت، ولو كان الالتزام المذكور مؤديا إلى
الغرر لكان اشتراط البراءة من العيوب أيضا مؤديا إليه، لأنه بمنزلة بيع الشيء
صحيحا أو معيبا بأي عيب كان، ولا شك أنه غرر وإنما جاز بيع الشيء غير مشروط
بالصحة اعتمادا على أصالة الصحة لا من جهة عدم اشتراط ملاحظة الصحة والعيب
في المبيع، لأن تخالف أفراد الصحيح والمعيب أفحش من تخالف أفراد الصحيح
واقصرهم في بيان الأوصاف المعتبرة في بيع العين الغائبة على ما عدا الصفات
الراجعة إلى العيب إنما هو للاستغناء عن تلك الأوصاف بأصالة الصحة لا لجواز
اهمالها عند البيع، فحينئذ إذا شرط البراءة من العيوب، كان راجعا إلى عدم
الاعتداد بوجود تلك الأوصاف وعدمها، فيلزم الغرر خصوصا على ما حكاها في
الدروس عن ظاهر الشيخ وأتباعه من جواز اشتراط البراءة من العيوب فيما لا قيمة
لمكسوره كالبيض والجوز الفاسدين، كذلك حيث إن مرجعه على ما ذكره هنا في
اشتراط سقوط خيار الرؤية إلى اشتراط، عدم الاعتداد بمالية المبيع ولذا اعترض
عليهم الشهيد وأتباعه بفساد البيع مع هذا الشرط لكن مقتضى اعتراضهم فساد
اشتراط البراءة من سائر العيوب ولو كان للمعيب قيمة لأن مرجعه إلى عدم
الاعتداد بكون المبيع صحيحا ومعيبا بأي وصف كان، ثم إنه قد يثبت فساد هذا
الشرط لا من جهة لزوم الغرر في البيع حتى يلزم فساد البيع ولو على القول بعدم
استلزام فساد الشرط لفساد العقد بل من أنه إسقاط لما لم يتحقق بناء على ما عرفت
من أن الخيار إنما يتحقق بالرؤية، فلا يجوز إسقاطه قبلها فاشتراط الإسقاط لغو
وفساده من هذه الجهة لا يؤثر في فساد العقد، فيتعين المصير إلى ثالث الأقوال المتقدمة،
لكن الانصاف ضعف وجه هذا القول

وأقوى الأقوال أولها، لأن رفع الغرر عن هذه المعاملة وإن لم يكن لثبوت الخيار لأن الخيار حكم شرعي لا دخل له في الغرر العرفي المتحقق في البيع، إلا أنه لأجل سبب الخيار { ١ } وهو اشتراط تلك الأوصاف المنحل إلى ارتباط الالتزام العقدي بوجود هذه الصفات، لأنها أما شروط للبيع وأما قيود للمبيع كما تقدم سابقا، واشتراط سقوط الخيار راجع إلى الالتزام بالعقد على تقديري وجود تلك الصفات وعدمها، { ٢ } والتنافي بين الأمرين واضح، وأما قياس هذا الاشتراط باشتراط البراءة فيدفعه الفرق بينهما بأن نفي العيوب ليس مأخوذاً في البيع على وجه الاشتراط أو التقييد وإنما اعتمد المشتري فيهما على أصالة الصحة لا على تعهد البائع لانتفائها حتى ينافي ذلك اشتراط براءة البائع عن عهدة انتفائها

كل مجهول مع شرط الخيار.

ثانيها: ما عن المصنف (رحمه الله)، وحاصل ما أفاده يرجع إلى أمرين، بل لعل ظاهر صدر كلامه الأول، وظاهر ذيله الثاني:

{ ١ } الأول: إن ارتفاع الغرر عن هذه المعاملة وإن لم يكن لثبوت الخيار إلا أنه من جهة سبب الخيار وهو اشتراط تلك الأوصاف الذي مرجعه إلى ارتباط العقد بنفسه أو بمتعلقه بنفس وجود الوصف، لأنها إما شروط للبيع أو قيود للمبيع، واشتراط سقوط الخيار الذي مرجعه إلى الالتزام بالعقد على تقديري وجود تلك الصفات وعدمها ينافي ذلك، فما هو الموجب لرفع الغرر ينافيه هذا الاشتراط.

{ ٢ } الثاني: إن اشتراط سقوط الخيار مرجعه إلى الالتزام بالبيع مع عدم الوصف، وهذا ينافي الالتزام بالبيع المرتبط بالالتزام بالوصف،

والفرق بين الوجهين أن مرجع الأول إلى أن لازم الشرط قيدياً نفس الوصف وعدم قيديته، ومرجع الثاني إلى الالتزام بالوصف وعدم الالتزام به.

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

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

نعم لو شاهدته المشتري واشتراه معتمدا على أصالة بقاء تلك الصفات، فاشتراط البائع لزوم العقد عليه وعدم الفسخ لو ظهرت المخالفة كان نظير اشتراط البراءة من العيوب، كما أنه لو أخبر بكيله أو وزنه فصدقه المشتري، فاشتراط عدم الخيار، ولو ظهر النقص، كان مثل ما نحن فيه، كما يظهر من التحرير في بعض فروع الأخبار بالكيل والضابط في ذلك أن كل وصف تعهده البائع. وكان رفع الغرر بذلك، لم يجز اشتراط سقوط خيار فقده، وكل وصف اعتمد المشتري في رفع الغرر على أمانة أخرى جاز اشتراط سقوط خيار فقده، كالأصل أو غلبة مساواة باطن الصبرة لظاهرها أو نحو ذلك.

ومما ذكرنا ظهر وجه فرق الشهيد وغيره في المنع والجواز بين اشتراط البراءة من الصفات المأخوذة في بيع العين الغائبة وبين اشتراط البراءة من العيوب في العين المشكوك في صحته وفساده، وظهر أيضا أنه لو تيقن المشتري بوجود الصفات المذكورة في العقد في المبيع، فالظاهر جواز اشتراط عدم الخيار على تقدير فقدها، لأن رفع الغرر ليس بالتزام تلك الصفات بل لعلمه بها

وثانيا: إنه لو سلم كون الرفع الالتزام بالوصف، إلا أن اشتراط سقوط الخيار ليس مرجعه إلى الالتزام بعدم الوصف، ولا عدم الالتزام بالوصف كي ينافيه، فإن الخيار ليس أثرا لا ينفك 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 استفاده بعض مشايخنا من كلام المحقق الخراساني (رحمه الله) في وجه ذلك الذي هو التقريب الثالث، وهو:

أن الخيار لازم اشتراط الوصف وابطال اللازم، ورفع اليد عنه ابطال للملزم لفرض الملازمة، وإذا ارتفع الملزم عاد الغرر لما عرفت من أنه ليس لازما لا ينفك

وكذا لو اطمأن 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 أشرنا إليه سابقا وظهر أيضا 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 وإلا لصح ما فيه الغرر من البيع مع اشتراط الخيار وهو معلوم العدم واقدامه على الرضاء بالبيع المشترط 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 لا نفس الخيار وأما كون الاقدام من قبل نفسه فلا يوجب الرخصة في البيع الغرري والمسألة موضع اشكال.

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

وفيه: أولا: ما تقدم من أن خيار الرؤية يثبت من حين العقد، فاشتراط سقوطه ليس اسقاطا لما لم يتحقق.

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

وثالثا: إن الشرط الفاسد لا يفسد كما سيأتي تحقيقه.

وبما ذكرناه ظهر مدرك القول الثالث وضعفه،

فالأظهر هو القول الأول.

{ ١ } قوله وظهر أيضا ضعف ما يقال من أن الأقوى في محل الكلام الصحة

القائل هو صاحب الجواهر (رحمه الله) وحاصل ما أفاده في رد من استدل على التنافي

بأنه مع عدم الاطمئنان يكون لثبوت الخيار دخل في رفع الغرر

إن ثبوت الخيار أجنبي عنه بل الموجب لارتفاعه التوصيف الذي يصدق معه تعلق

البيع بمعلوم غير مجهول ولو أن الغرر ثابت في البيع نفسه لم يكن ثبوت الخيار رافعا له

وإلا

لصح بيع الغرر بشرط الخيار الخ

وأما ما أفاده المصنف (رحمه الله) في وجه ضعفه فقد تقدم الكلام فيه مفصلا.

مسألة: لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت ولا بابدال العين، لأن العقد إنما وقع على الشخصي فتملك غيره يحتاج إلى معاوضة جديدة، { ١ } ولو شرط في متن العقد الابدال لو ظهر على خلاف الوصف. ففي الدروس أن الأقرب الفساد، ولعله لأن البذل المستحق عليه بمقتضى الشرط إن كان بإزاء الثمن فمرجعه إلى معاوضة جديدة على تقدير ظهور المخالفة، بأن يفسخ البيع بنفسه عند المخالفة، وينعقد بيع آخر، فيحصل بالشرط انفساخ عقد وانعقاد عقد آخر، كل منهما معلق على المخالفة. ومن المعلوم عدم نهوض الشرط لاثبات ذلك، وإن كان بإزاء المبيع الذي ظهر على خلاف الوصف، فمرجعه أيضا إلى انعقاد معاوضة تعليلية غرورية، لأن المفروض جهالة المبدل وعلى أي تقدير، فالظاهر عدم مشروعية 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 بأن تملك غير العين الشخصية الواقع عليها البيع يحتاج إلى معاملة جديدة.

ولكن هذا الوجه لا يكفي لاثبات المدعى، إذ تملك ما به التفاوت ببذل صاحبه أمر، وعدم سقوط الخيار بعد الملكية أمر آخر، ومورد الكلام هو الثاني، والدليل دليل للأول. فالأولى الاستدلال له بأن اطلاق النص يقتضي ذلك، وبذل التفاوت أو ابدال العين لا يوجب عدم ضرورة اللزوم من حيث الغرض المعاملي ولو بقاء كي لا تكون المعاملة بقاء مشمولة لحديث لا ضرر، وأيضا لا يؤثر في رفع ما أوجبه تخلف الشرط من الخيار عند تخلف الوصف هذا مع عدم الشرط وأما لو شرط في متن العقد أحدهما لو ظهر على خلاف الوصف، فعن الدروس وفي المكاسب.

{ ٢ } فساد الشرط وافساده 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.
أما المورد الأول: فغاية ما استدل به للفساد في مقابل عموم ما دل على صحة الشرط ونفوذه (١) وجوه:
أحدها: إن مقدار التفاوت مجهول، فشرط بذله شرط أمر مجهول، وهو غرري باطل.
وفيه: إنه لو سلم بطلان الشرط الغرري أن محل الكلام صحة شرط البذل وعدمها، فلا بد وأن يفرض الصحة من سائر الجهات بأن يفرض العلم بمقدار ما به تفاوت الواجد والفاقد.
ثانيها: إنه من قبيل التعليق في الشرط، وهو يبطل العقد والايقاع.
وفيه: إن التعليق لا دليل على مبطليته سوى الاجماع غير الشامل للشرط.
ثالثها: إن شرط النتيجة غير نافذ.
وفيه: أولا: إن محل الكلام أعم من ذلك ومن شرط الفعل.
وثانيا: إن شرط النتيجة صحيح في غير ماله سبب خاص كالطلاق.
فالأظهر صحة هذا الشرط ونفوذه.
وأما المورد الثاني: فإن كان مدرك هذا الخيار حديث لا ضرر أو الشرط سقط الخيار، وذلك لأنه مع هذا الشرط وبذل التفاوت لا ضرر من حيث المالية، وهو واضح.
ولا من حيث الغرض المعاملي، فإن المعاملة مع هذا الشرط كاشف عن سعة دائرة الغرض المعاملي،
وإن كان المدرك هو النص لم يسقط لاطلاق النص،

(١) الوسائل - باب ٦ - من أبواب الخيار.

اللهم إلا أن يدعي انصرافه عن مثل الفرض، والله العالم.
وأما 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 إنه لا يعقل وقوع مال الشخص بدلا عن ماله، فلا محالة يرجع هذا الشرط إلى شرط انفساخ المعاملة وانعقادها بين الواجد والثمن،

وقد يكون بجعل الواجد بدلا عن الفاقد بوقوع أحدهما في قبال الآخر.

أما الأول: فقد استدل لفساد الشرط بوجوه:

أحدها: إنه من قبيل شرط النتيجة، وقد تقدم ما فيه.

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

وفيه: إن مقتضى عموم ما دل على وجوب الوفاء بالعقد، (١) ونفوذ كل تجارة عن تراض، (٢) صحة هذا الشرط، بل ولزومه،

مضافا إلى دليل نفوذ الشرط ولزومه. (٣)

ثالثها: إن الشرط مبادلة تعليقية، والتعليق يفسد المعاملة.

وفيه: ما تقدم من عدم مفسدية التعليق للشرط.

رابعها: إنه مبادلة غررية، وهي باطلة.

وفيه: إن الغرر لو كان فهو من جهة الجهل بالوجود، وهو مندفع بأن المعاوضة

(١) المائدة آية ٢.

(٢) النساء آية ٣٠.

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

وبذلك ظهر ضعف ما في الحدائق من الاعتراض على الشهيد (قدس سره) { ١ } حيث قال بعد

نقل عبارة الدروس وحكمه بالفساد ما لفظه ظاهر كلامه أن الحكم بالفساد أعم من أن يظهر على الوصف أو لا وفيه أنه لا موجب للفساد مع ظهوره على الوصف المشروط ومجرد شرط البائع الإبدال مع عدم الظهور على الوصف لا يصلح سببا للفساد لعموم الأخبار المتقدمة. نعم لو ظهر مخالفا، فإنه يكون فاسدا من حيث المخالفة، ولا يجبره هذا الشرط لا طلاق الأخبار والأظهر رجوع الحكم بالفساد في العبارة إلى الشرط المذكور حيث لا تأثير له مع الظهور وعدمه.

ما ذكر من أنه بانحلال العقد ينحل الشرط. وجوابه ما تقدم، وأما في مسقطيته للخيار فحال هذا المورد حال المورد المتقدم، والله العالم. { ١ } قال المصنف (رحمه الله): وبذلك ظهر ضعف ما في الحدائق من الاعتراض على الشهيد محصل ما أفاده صاحب الحدائق (رحمه الله) بعد حمل الحكم بالفساد من الشهيد على

فساد البيع: إنه على إطلاقه ممنوع، بل يتم في صورة ظهور الخلاف، ووجه بطلانه حينئذ أن الموجود غير المبيع. ودعوى أن هذا الشرط يجبر المخالفة، إذ معه كأنه يكون المبيع هو الواجد فلا مخالفة مندفة بأنه شرط فاسد لإطلاق أخبار (١) الخيار، فلا يكون جابرا، وأما مع عدم ظهور الخلاف. فمقتضى عموم أخبار الخيار عند ظهور الخلاف وأخبار (٢) البطلان القاضيتين بالصحة مع عدم ظهور الخلاف هو الحكم بالصحة، ثم وجه كلام الشهيد (رحمه الله): بأن مراده الحكم بفساد الشرط ووجه فساده بأنه لا تأثير

له مع الظهور وعدمه، إذ مع الظهور على الوصف لا تخلف كي يجب الإبدال ومع عدمه والمخالفة يكون الشرط مخالفا للسنة، وهي أخبار الخيار فلا أثر له على التقديرين.

(١) الوسائل - باب ١٥ - من أبواب الخيار.

(٢) الوسائل - باب ٦ - من أبواب الخيار.

وبالجملة فإنني لا أعرف للحكم بفساد العقد في الصورة المذكورة على الإطلاق وجها يحمل عليه، انتهى.

مسألة: الظاهر ثبوت خيار الرؤية في كل عقد واقع على عين شخصية موصوفة كالصلح والإجارة { ١ } لأنه لو لم يحكم بالخيار مع تبين المخالفة، فأما أن يحكم ببطلان العقد لما تقدم عن الأردبيلي في بطلان بيع العين الغائبة. وأما أن يحكم بلزومه من دون خيار، { ٢ } والأول مخالف لطريقة الفقهاء في تخلف الأوصاف المشروطة في المعقود عليه. والثاني فاسد من جهة أن دليل اللزوم هو وجوب الوفاء بالعقد وحرمة النقض.

ومعلوم أن عدم الالتزام بترتب آثار العقد على العين الفاقدة للصفات المشتركة فيها ليس نقضا للعقد، بل قد تقدم عن بعض أن ترتيب آثار العقد عليها ليس وفاء وعملا بالعقد حتى يجوز،

ثبوت خيار الرؤية في كل عقد

{ ١ } الثامن: هل يثبت خيار الرؤية في العقود الأخرى، أم يختص بالبيع؟ وجهان. الظاهر أن مدرك خيار الرؤية إن كان حديث لا ضرر ثبت ذلك في كل عقد، لأن نسبة الحديث إلى جميع المعاملات على حد سواء،

وإن كان مدركه تخلف الشرط فكذلك كما هو واضح، وأما إن كان مدركه النص الخاص فمورده خصوص البيع، فإن أمكن دعوى القطع بعدم خصوصية لموردها يتعدى إلى سائر المعاملات، وإلا فلا كما أنه كذلك لو كان المدرك الاستقراء وتتبع الموارد الخاصة.

{ ٢ } وأما ما أفاده المصنف (رحمه الله) من المنفصلة ذات الأطراف الثلاثة وهي: إن العقد لو

تخلف الوصف إما أن يكون باطلا، أو صحيحا لازما، أو صحيحا جائزا، والأول باطل لأنه خلاف طريقة الأصحاب في تخلف الأوصاف، والثاني باطل لأن دليل لزوم الوفاء بالعقد وهو (أوفوا بالعقود) لا يشمل، فإن عدم الالتزام بترتب آثار العقد على العين الفاقدة للوصف المشترك فيه لا يكون نقضا للعقد، فيتعين الثالث.

بل هو تصرف لم يدل عليه العقد فيبطل.
والحاصل أن الأمر في ذلك دائر بين فساد العقد وثبوته مع الخيار والأول
مناف لطريقة الأصحاب في غير باب فتعين الثاني.
مسألة: لو اختلفا فقال البائع لم يختلف صفة، { ١ } وقال المشتري قد اختلف.
ففي التذكرة قدم قول المشتري لأصالة براءة ذمته من الثمن { ٢ } فلا يلزمه ما لم يقر به
أو يثبت بالبينة، ورد في المختلف في نظير المسألة بأن اقراره بالشراء اقرار بالاشتغال
بالثمن، ويمكن أن يكون مراده ببراءة الذمة عدم وجوب تسليمه { ٣ } إلى البائع، بناء
على ما ذكره في أحكام الخيار من التذكرة من عدم وجوب تسليم الثمن ولا المثلن في
مدة الخيار، وإن تسلم الآخر

فيرد عليه أن دليل اللزوم لا ينحصر بما دل على وجوب الوفاء بالعقد، وفي غيره
كفاية، مع أن اللزوم مقتضى الاستصحاب على ما تقدم.
وأضف إلى ذلك كله: إن الوصف إن كان قيذا مقوما للمعقود عليه لزم من تخلفه
بطلان العقد، وإلا فإن قلنا بأن الالتزام بالشرط في قوة جعل الخيار عند تخلفه ثبت الخيار،
وإلا فحيث إن الشرط التزام آخر في ضمن الالتزام المعاملي، فعدم إمكان العمل بالالتزام
الشرطي لا يقتضي جواز نقض الالتزام الأول.
اختلاف المتبايعين

{ ١ } التاسع: لو اختلفا فقال البائع: لم يختلف صفة وقال المشتري: قد اختلفت، فعن
التذكرة: قدم قول المشتري.

وقد استدلل لتقديم قول المشتري بوجوه:
{ ٢ } الأول: ما عن العلامة (رحمه الله) من أن الأصل براءة ذمته من الثمن ومراده ما وجهه
المصنف (رحمه الله)

{ ٣ } بأن المراد عدم وجوب دفعه إلى البائع، إذ اشتغال الذمة بأصله ثابت لفرض
صحة المعاملة، مع أن الثمن لم يفرض كلياً، وعليه فلا يرد عليه ما أفاده في محكي
المختلف في

نظير المسألة من أن اقراره بالشراء اقرار منه بالاشتغال بالثمن.

وكيف كان فيمكن أن يחדش بأن المشتري قد أقر باشتغال ذمته بالثمن سواء اختلف
صفة المبيع أم لم يختلف، غاية الأمر سلطنته على الفسخ لو ثبت إن البائع التزم على
نفسه اتصاف المبيع بأوصاف مفقودة، { ١ } كما لو اختلفا في اشتراط كون العبد كاتباً،
وحيث لم يثبت ذلك، فالأصل عدمه، فيبقى الاشتغال لازماً غير قابل للإزالة بفسخ
العقد، هذا، ويمكن دفع ذلك بأن أخذ الصفات في المبيع وإن كان في معنى الاشتراط،
إلا أنه بعنوان التقييد. فمرجع الاختلاف إلى الشك في تعلق البيع بالعين الملحوظ فيها
صفات مفقودة، أو تعلقه بعين لو حظ فيها الصفات الموجودة أو ما يعمها واللزوم من
أحكام البيع { ٢ } المتعلق بالعين على الوجه الثاني، والأصل عدمه ومنه يظهر الفرق
بين ما نحن فيه وبين الاختلاف في اشتراط كتابة العبد. وقد تقدم توضيح ذلك وبيان
ما قيل أو يمكن أن يقال في هذا المجال في مسألة ما إذا اختلفا في تغيير ما شاهدها قبل
البيع.

{ ١ } وأورد عليه المصنف (رحمه الله) بما حاصله: إن هذا الأصل محكوم بأصالة عدم
التزام

البائع على نفسه باتصاف المبيع بوصف مفقود، فإن الشك في وجوب التسليم مسبب عن
الشك في الخيار، وهو مسبب عن الشك في التزام البائع بالوصف المفقود، فإذا جرى
الأصل

الحاكم كان قول البائع موافقاً للأصل.

والجواب عنه - مضافاً إلى ذلك - أن كون حكم الخيار عدم وجوب التسليم محل
نظر ومنع، بل هو واجب ما دام لم يفسخ العقد.

{ ٢ } الثاني: ما أفاده المصنف (رحمه الله) وهو: إن اللزوم من أحكام البيع بالعين
الملحوظ فيها الوصف الموجود أو ما يعمه، والأصل عدمه، ولا تجري أصالة عدم التزام
البائع بالوصف المفقود التي ذكرها في رد العلامة من جهة أن أخذ الوصف في المبيع في
قوة

التقييد، وليس التزاماً مستقلاً، فيكون الالتزام واحداً، وأمره دائراً بين تعلقه بالموصوف أو
الموجود، وحيث إن اللزوم من أحكام تعلق البيع بالموجود، فتجري أصالة عدمه،
ولا تعارضها أصالة عدم تعلقه بالموصوف بالوصف المفقود لعدم ترتب الأثر عليها
إلا إذا ثبت بها وروده على الموجود.

مسألة: لو نسج بعض الثوب فاشتراه على أن ينسج الباقي كالأول بطل، { ١ }
كما عن المبسوط والقاضي وابن سعيد (قدس سره) والعلامة في كتبه وجامع المقاصد.
واستدل
عليه في التذكرة وجامع المقاصد بأن بعضه عين حاضرة وبعضه في الذمة مجهول.

وفيه: إن من الواضح عدم دخالة الوصف الموجود في اللزوم، فإن الدخيل فيه عدم
تخلف الوصف وعدم فقدته. وبعبارة أخرى: الخيار معلق على العقد على الموصوف
بوصف

مفقود، فأصالة عدم تعلق العقد بالموصوف بوصف مفقود تعبد بعدم الخيار البديل للزوم.
الثالث: ما عن التذكرة وهو أصالة عدم الرضا بهذا الموجود.
وفيه: إن الرضا به مفروض، وإلا لزم منه البطلان لا الخيار.
وهناك وجوه آخر لأجل وضوح فسادها أغمضنا عن ذكرها،
فظهر أن الأصل مع البائع.

وعن المحقق الخراساني (رحمه الله) في مقام بيان أن الأصل مع البائع: إنه لو كان
الاختلاف

في ذكر الوصف أو في ظهور الخلاف كان الأصل عدمهما.
وفيه: إن أصالة عدم ذكر الوصف وإن كانت من الأصول العقلانية إلا أنها لا تجري
في المقام لتعين ذكره دفعا للغرر، فالخلاف في أنه الوصف المفقود أو الموجود، ولا أصل
عقلاني يعين أحدهما،

وأصالة عدم ظهور الخلاف ليست من الأصول العقلانية ولا من التعبدية إلا إذا
كان الخيار مترتبا على ظهور تخلف الوصف.

حكم نسج بعض الثوب

{ ١ } العاشر: لو نسج بعض الثوب فاشتراه على أن 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 أن يستدل به فيها.
ولكن الظاهر أن مورد كلام الفقهاء غير ما ذكره المصنف،
وتنقيح القول فيها أن للمسألة صورا.

وعن المختلف صحته، ولا يحضرني الآن حتى أتأمل في دليله، والذي ذكر
للمنع لا ينهض مانعا، فالذي يقوى في النظر: إنه إذا باع البعض المنسوج المنضم إلى
غزل معين على أن ينسجه على ذلك المنوال فلا مانع منه، وكذا إذا ضم معه مقدارا
معينا كليا من الغزل الموصوف على أن ينسجه كذلك، إذ لا مانع من ضم الكلي إلى
الشخصي، وإليه ينظر بعض كلمات المختلف في هذا المقام، حيث جعل اشتراط نسج
الباقى كاشتراط الخياطة والصبغ. وكذا إذا باعه أذرعاً معلومة منسوجة مع هذا
المنسوج بهذا المنوال، ولو لم ينسجه في الصورتين الأوليتين على ذلك المنوال ثبت
الخيار، لتخلف الشرط ولو لم ينسجه كذلك في الصورة الأخيرة لم يلزم القبول، وبقي
على مال البائع وكان للمشتري الخيار في المنسوج لتبعض الصفقة عليه والله العالم.

إحداها: ما هو ظاهر عنوان الأصحاب، وهو ما لو كان المبيع هو الثوب الشخصي
الذي يكون بعضه موجودا وبعضه معدوما سيوجد.

وقد استدل لبطلان البيع فيها بوجوه:

الأول: ما عن الشيخ في المبسوط، وحاصله: إن البيع بالإضافة إلى المنسوج لازم،
وبالإضافة إلى غيره موقوف على خيار الرؤية، أي يكون خياريا على تقدير التخلف،
فيجتمع في شيء واحد خيار الرؤية وعدمه وهما متناقضان، فهذا البيع المستلزم للمحال
نفوذه محال نفوذه.

وفيه: أولا: إن تخلف الوصف في البعض يوجب الخيار في الجميع دون البعض.
وثانيا: إن العقد ينحل بتعدد متعلقه، فبعضه موضوع اللزوم، وبعضه موضوع
الخيار، فلا تناقض.

الثاني: ما عن العلامة في المختلف، وهو أن: الثابت في الشريعة إما بيع معدوم
غير معين وهو الكلي في الذمة، أو موجود معين وهو الشخصي الموجود، ولم يعهد بيع
المعدوم المعين. وفيه: إنه لو شمله عموم (أحل الله البيع) لا يضر عدم المعهودية.

السابع خيار العيب
اطلاق العقد يقتضي وقوعه مبنيا على سلامة العين من العيب { ١ } وإنما ترك
اشتراطه صريحا اعتمادا على أصالة السلامة { ٢ } وإلا لم يصح العقد من جهة الجهل
بصفة العين الغائبة وهي صحتها التي هي من أهم ما يتعلق به الأغراض.
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 عبدا لا يعلم أنه صحيح سوي أم فالحج مقعد
لا يعتمد في صحته إلا على أصالة السلامة، كما يعتمد من شاهد المبيع سابقا على بقاءه
على ما شاهده، فلا يحتاج إلى ذكر تلك الصفات في العقد. وكما يعتمد على اخبار
البائع بالوزن. قال في

اطلاق العقد يقتضي الصحة

{ ١ } قوله اطلاق العقد يقتضي وقوعه مبنيا على سلامة العين من العيب،
لا يخفى أنه من المسلمات ثبوت خيار العيب في بيع العين الشخصية مع الجهل بالعيب
- بالجهل المركب أو البسيط - ولا اشكال في الأول
إنما الكلام في الثاني، وغرض المصنف (رحمه الله) أن يبين أو لا صحة المعاملة - ثم
ثبوت

الخيار فيها - ثم الأحكام

ومنشأ الاشكال في الصحة بطلان البيع الغرري، اللازم من الجهل بصفات المبيع و
من أهمها وصف الصحة وعليه فمع الشك في الصحة يلزم البناء على البطلان مع أن بناء
القوم على أصالة الصحة
وللقوم في تقريب أصالة السلامة الرافعة للغرر الموجبة لصحة العقد وجوه:
{ ٢ } أحدها ما أفاده المصنف وهو: إن الغالب في الأعيان حيث إنه السلامة وبناء،
العرف والعقلاء في معاملاتهم على التصريح بالعيب لو كان المتعلق معيوباً، فالاطلاق وعدم
التقييد يقتضي وقوعه مبنيا على سلامة العين.
وهذا الوجه تام، غاية الأمر أن كفى الاشتراط في رفع الغرر نقول إن السلامة شرط ضمنى،
وإلا كانت قيذا ووصفا.

قال في التذكرة الأصل في المبيع من الأعيان والأشخاص السلامة من العيوب الصحة، فإذا أقدم المشتري على بذل ماله في مقابلة تلك العين، فإنما بنى إقدامه على غالب ظنه المستند إلى أصالة السلامة، انتهى. { ١ }

وقال في موضع آخر اطلاق العقد واشتراط السلامة يقتضيان السلامة على ما مر من أن القضاء العرفي يقتضي أن المشتري إنما بذل ماله بناء على أصالة السلامة فكأنها مشترطة في نفس العقد، انتهى. { ٢ }

ومما ذكرنا يظهر أن الانصراف ليس من باب انصراف المطلق إلى الفرد الصحيح ليرد عليه: أولاً منع الانصراف ولذا لا يجري في الأيمان والندور، وثانياً عدم جريانه فيما نحن فيه، لعدم كون المبيع مطلقاً، بل هو جزئي حقيقي خارجي. وثالثاً بأن مقتضاه عدم وقوع العقد رأساً على المعيب، فلا معنى لامضاء العقد الواقع عليه أو فسخه حتى يثبت التخيير بينهما، ودفع جميع هذا بأن وصف الصحة قد أخذ شرطاً في العين الخارجية نظير معرفة الكتابة أو غيرها من الصفات المشروطة في العين الخارجية، وإنما استغني عن ذكر وصف الصحة لاعتماد المشتري في وجودها على الأصل، كالعين المرئية سابقاً حيث يعتمد في وجود أصلها وصفاتها على الأصل. { ٣ }

ولقد أجاد في الكفاية حيث قال: إن المعروف بين الأصحاب أن اطلاق العقد

{ ١ } ثانيها: إن الغالب في الأعيان الخارجية بقائها على خلقها الأصلية والظن يلحق الشيء بالأعم الأغلب.

وفيه: إن الظن لا يغني من الحق شيئاً.

{ ٢ } ثالثها: إن بناء العرف والعقلاء على الصحة والسلامة ما لم يثبت العيب. وفيه: إن ذلك غير ثابت.

{ ٣ } رابعها: إن البيع إنما يصح لأجل اخبار البائع بالصحة، وهذا الأخبار ليس بالتصريح بل علم من القرينة، وهي ما علم أن الناس لا يبذلون المال في مقابل المعيوب إذا لم يصرحوا بالعيب، فلو بذل مال بإزاء شيء علم أنه يريد ذلك الشيء بوصف الصحة. وهناك تقاريب آخر تقرب ما تقدم.

يقتضي لزوم السلامة، ولو باع كليا حالا أو سلما كان الانصراف إلى الصحيح من جهة ظاهر الاقدام أيضا، ويحتمل كونه من جهة الاطلاق المنصرف إلى الصحيح في مقام الاثراء، وإن لم ينصرف إليه في غير هذا المقام، فتأمل. ثم إن المصرح به في كلمات جماعة أن اشتراط الصحة في متن العقد يفيد التأكيد { ١ } لأنه تصريح بما يكون الاطلاق منزلا عليه، وإنما ترك لاعتماد المشتري على أصالة السلامة، فلا يحصل من أجل هذا الاشتراط خيار آخر غير خيار العيب، كما لو اشترط كون الصبرة كذا وكذا صاعا، فإنه لا يزيد على ما إذا ترك الاشتراط واعتمد على اخبار البائع بالكيل، أو اشترط بقاء الشيء على الصفة السابقة المرئية، فإنه في حكم ما لو ترك ذلك اعتمادا على أصالة بقائها.

وبالجملة فالخيار خيار العيب اشترط الصحة أم لم يشترط، ويؤيده ما ورد من رواية يونس { ٢ } في رجل اشترى جارية على أنها عذراء فلم يجدها عذراء قال: يرد عليه فضل القيمة، فإن اقتصره (عليه السلام) على أخذ الأرش الظاهر في عدم جواز الرد يدل على أن الخيار خيار العيب، ولو كان هنا خيار تخلف الاشتراط لم يسقط الرد بالتصرف في الجارية بالوطاء أو مقدماته

{ ١ } قوله ثم إن المصرح به في كلمات جماعة أن اشتراط الصحة في متن العقد يفيد التأكيد

بعد ما عرفت في تقريب المراد من الالتزام الضمني وأنه ليس هو الالتزام القلبي، بل انشاء لورود العقد على الصحيح، وربط العقد به، لا محالة يكون اشتراطه مفيدا للتأكد، ولكن ذلك لا يقتضي عدم ثبوت خيار تخلف الشرط وذلك لأن مقتضى القاعدة ثبوت خيار تخلف الشرط في جميع موارد تخلف وصف الصحة، والنصوص الخاصة قاضية بثبوت خيار العيب، في مورد الشرط الضمني وأنه لا يترتب آثار خيار تخلف الشرط كعدم سقوطه بالتصرف مثلا، فلو صرح بالشرط مقتضى الدليلين البناء على ثبوتهما معا. { ٢ } قوله ويؤيده ما ورد في رواية يونس (١) في رجل اشترى جارية المذكورة في المتن

(١) الوسائل - باب ٦ - من أحكام العيوب حديث ١.

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

مسألة: ظهور العيب في المبيع يوجب تسلط المشتري على الرد وأخذ الأرش { ١ } بلا خلاف ويدل على الرد الأخبار المستفيضة الآتية. وأما الأرش فلم يوجد في الأخبار ما يدل على التخيير بينه وبين الرد { ٢ } بل ما دل على الأرش يختص بصورة التصرف المانع من الرد، فيجوز أن يكون الأرش في هذه الصورة لتدارك ضرر المشتري لا لتعيين أحد طرفي التخيير بتعذر الآخر.

الاستدلال أو التأييد بتلك الرواية تتوقف على ثبوت أمور أحدها: دلالتها على اشتراط البكارة صريحا وهي ممنوعة لامكان أن يكون المراد من قوله، اشترى جارية على أنها عذراء أنه كان معتقدا كونها كذلك ثانيها دلالتها على التصرف، ويمكن منعها أيضا بوجدانها غير عذراء بغير المباشرة بالنقل والاشتهار

ثالثها كون الثيبوبة عيبا وسيأتي الكلام فيه التخيير بين الرد وأخذ الأرش

{ ١ } قوله ظهور العيب في المبيع يوجب تسلط المشتري على الرد وأخذ الأرش بلا خلاف، وفي الجواهر: اجماعا محصلا ومحكما مستفيضا صريحا وظاهرا. ويشهد بالرد - مضافا إلى ذلك وإلى عموم أدلة الشروط كما مر - النصوص المستفيضة الآتية.

{ ٢ } وأما الأرش، فلم يوجد في الأخبار ما يدل على التخيير بينه وبين الرد، بل ما دل عليه يختص بما إذا لم يمكن الرد. وقد استدل للتخيير بينه وبين الرد بوجوه:

نعم في الفقه الرضوي: فإن خرج السلعة معيبا وعلم المشتري، فالخيار إليه إن شاء رده وإن شاء أخذه أو رد عليه بالقيمة أرش العيب. { ١ } وظاهره كما في الحدائق التخيير بين الرد وأخذه بتمام الثمن وأخذ الأرش، ويحتمل زيادة الهمزة في لفظه أو ويكون واو العطف. فيدل على التخيير بين الرد والأرش

{ ١ } الأول ما في الفقه الرضوي (١)

وفيه: ما تقدم في أول الجزء الأول من هذا الشرح من أن كتاب الفقه الرضوي لم يثبت اعتباره، بل لم يثبت كونه كتاب خبير، وضعفه غير منجبر بالعمل. الثاني: إن هناك طوائف من النصوص:

إحداها: ما دل على الرد مع السكوت عن الأرش (٢)، وهي كثيرة. ثانيها: ما أطلق الأرش من غير ذكر للرد، كرواية يونس المتقدمة (٣). بناء على عدم ظهورها في صورة التصرف.

وخبر السكوني عن جعفر عن أبيه: إن عليا (عليه السلام) قضى في رجل اشترى من رجل عكة سمن احتكرها حكرة فوجد فيها ربا فخاصمه إلى علي (عليه السلام) فقال له علي (عليه السلام): لك

بكيل الرب سمننا فقال الرجل إنما بعته منك حكرة فقال له علي (عليه السلام) إنما اشترى منك سمننا

ولم يشتر منك ربا (٤) بناء على أن يكون الرب مخلوطا بالسمن، بحيث يعد عيبا فيه، وكون

أخذ السمن بكيله من باب الأرش.

ثالثها: ما تضمن تعيين الأرش بعد التصرف. (٥)

والثالثة أخص من الأولتين فتخصصان بها، وإنما التعارض بين الأولتين لأن مقتضى

(١) المستدرک - باب ١٢ - من أبواب الخيار حديث ٣.

(٢) الوسائل - باب ١٦ - من أبواب الخيار حديث ٣. وجملة من أبواب أحكام العيوب.

(٣) الوسائل - باب ٦ - من أبواب أحكام العيوب حديث ١.

(٤) الوسائل - باب ٧ - من أبواب أحكام العيوب حديث ٣.

(٥) الوسائل - باب ١٦ - من أبواب الخيار حديث ٢ وباب ٤ من أبواب الحكم العيوب.

وقد يتكلف لاستنباط هذا الحكم من سائر الأخبار { ١ } وهو صعب جدا، وأصعب منه جعله مقتضى القاعدة بناء على أن الصحة، وإن كانت وصفا، فهي بمنزلة الجزء، فيتدارك فائته باسترداد ما قابله من الثمن، ويكون الخيار حينئذ لتبعض الصفقة وفيه منع المنزلة عرفا ولا شرعا. ولذا لم يبطل البيع فيما قابله من الثمن بل كان الثابت بفواته مجرد استحقاق المطالبة بل لا يستحق المطالبة بعين ما قابله على ما صرح به العلامة وغيره،

الأولى تعين الرد، ومقتضى الثانية تعين الأرش، ومقتضى الجمع بينهما البناء على التخيير بأن يحمل كل منهما على بيان أحد فردي التخيير، أو يقال إنهما متعارضتان فيحكم بالتخيير. وفيه: أولا: إنه ليس في شيء من النصوص ما يكون ظاهرا في تعين الأرش مع إمكان الرد، والخبران كما ترى.

وثانيا: إن الجمع بالنحو المذكور لا شاهد له، ولا يكون عرفيا، بل هما متعارضتان عند العرف، والرجوع إلى التخيير في المتعارضين إنما يكون بعد فقد المرجحات، والترجيح مع نصوص الرد كما لا يخفى.

الثاني: ما أشار إليه المصنف (رحمه الله) بقوله:

{ ١ } وقد يتكلف لاستنباط هذا الحكم من سائر الأخبار، وهو صعب جدا ووجوه التكلف متعددة،

منها: ما في تعليقة السيد الفقيه، وهو أن يدعي أن المراد بالرد في نصوصه رد البيع في الجملة أعم من أن يكون بالرجوع بتمام الثمن بأن يفسخ، أو بالرجوع بالأرش لأنه أيضا رد للبيع في الجملة، حيث لم يبقه على حاله من مقابلة المبيع بتمام الثمن.

ثم منع كون الجزء الفأنت يقابل بجزء من الثمن إذا أخذ وجوده في المبيع الشخصي على وجه الشرطية، كما في بيع الأرض على أنها [أنه] جربان معينة وما نحن فيه من هذا القبيل. { ١ }

وفيه: إن الأرش ليس جزء من الثمن، فأخذه ليس ردا للبيع في بعض مقتضاه، مع أن الظاهر من النصوص كان متعلق الرد فيها رد المبيع أو البيع هو رد البيع بتمامه كما هو واضح.

ومنها: إن التقييد بعدم إمكان الرد في نصوص الأرش وارد مورد الغالب، لأن العادة قاضية بعدم إمساك المعيب.

وفيه: إن هذا لو تم فإنما هو فيما إذا كان لدليل الأرش إطلاق فيجمع بينهما بذلك، وإلا فمجرد عدم المانع اثباتا لا يجدي. ومنها: غير ذلك مما هو واضح الفساد.

الرابع: كون ذلك مقتضى القاعدة. بتقريب: إن وصف الصحة الفأنت بمنزلة الجزء، فالمعقود عليه منحل إلى أجزاء ثمننا ومثمننا، فكما أنه في فوات الجزء يسترجع مقدار من الثمن

يقابل ذلك الجزء، فكذلك في وصف الصحة، فثبوت الأرش على القاعدة. وأما ثبوت جواز الرد فمن جهة أن فوات الوصف يوجب تبعض الصفقة، فله الرد لذلك.

وفيه: أولا: أن لازم ذلك بطلان البيع بالنسبة إلى الوصف الفأنت، ورجوع مقدار من الثمن إلى المشتري، مع أنهم لا يقولون بذلك، بل باستحقاق المطالبة، بحيث لو لم يطالب

لا يرجع شيء من الثمن، بل مع المطالبة أيضا لا يرجع مقدار من الثمن، بل ما يوازيه في المالية.

وثانيا: إن الأرش قابل للاسقاط ولو كان ذلك عبارة عن رجوع مقدار من الثمن لم يكن قابلا للاسقاط.

{ ١ } وأما ما أفاده المصنف (رحمه الله) في مقام الجواب ثانيا، وحاصله: إن الجزء الخارجي

أيضا إذا أخذ على وجه الشرطية لا يقابل بالمال ولا يقع شيء من الثمن بإزائه.

وبالجملة فالظاهر عدم الخلاف في المسألة بل الاجماع على التخيير بين الرد والأرش، نعم يظهر من الشيخ في غير موضع من المبسوط أن أخذ الأرش مشروط باليأس عن الرد، لكنه مع مخالفته لظاهر كلامه في النهاية وبعض مواضع المبسوط ينافيه اطلاق الأخبار بجواز أخذ الأرش { ١ } فافهم.

ثم إن في كون ظهور العيب مثبثا للخيار أو كاشفا عنه { ٢ } ما تقدم في خيار الغبن. وقد عرفت أن الأظهر ثبوت الخيار بمجرد العيب والغبن واقعا، وإن كان ظاهر كثير من كلماتهم يوهم حدوثه بظهور العيب، خصوصا بعد كون ظهور العيب بمنزلة رؤية المبيع على خلاف ما اشترط.

ففيه أن الجزء يقابل بالمال مطلقا، أخذ على نحو الشطرية أو الشرطية، لأن الثمن يجعل في مقابل المجموع عند أهل العرف، وهم المدار في الباب، وأما الأوصاف فهي وإن أوجبت زيادة المالية إلا أنها ليست بمال ولا يجعل شئ من الثمن بإزائها. وتمام الكلام في محله.

الخامس: الاجماع، ولا بأس بالاستدلال به، فإن هذا الحكم على خلاف القاعدة، ومن المستبعد جدا استناد الفقهاء والأساطين إلى ما تقدم من الوجوه، ومع ذلك طريق الاحتياط واضح.

{ ١ } قوله ينافيه اطلاق الأخبار بجواز أخذ الأرش المراد من هذا الاطلاق هو الاطلاق من حيث امكان الرد وامتناعه، والاطلاق الذي أنكره، هو اطلاق النصوص من حيث التصرف وعدمه فلا يتوهم التنافي بين هذه العبارة وبين ما تقدم منه من أنه لا اطلاق لنصوص الأرش يشمل ما لو لم يتصرف. ظهور العيب كاشف عن ثبوت الخيار لا مثبت له { ٢ } وفي كون ظهور العيب مثبثا للخيار أو كاشفا عنه وجهان. وملخص القول: إنه إن كان مدرك هذا الخيار الشرط الضمني كان الخيار ثابتا

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، فإن الشرط صحة المبيع واقعا لا عدم ظهور العيب فالتخلف من حينه، وكذلك الخيار. كما أنه لو استند إلى حديث لا ضرر كان لازمه ثبوته من حين العقد،

فإن لزوم العقد على المعيب ضرر وإن لم يلتفت المشتري إلى العيب.

وإن كان: المدرك هو الأخبار فقد يتوهم أن مقتضاها ثبوت الخيار من حين ظهور العيب، فإن نصوص الباب المتقدمة اشتملت على لفظ ظهور العيب ووجد أنه ورؤيته والعلم به، والظاهر من كل عنوان أخذ في الموضوع موضوعيته وحمله على الطريقة يتوقف على القرينة،

ولكن يمكن دفعه بأن هذه الكلية تامة في غير العناوين التي تكون الطريقة والمرآتية من مقومات حقائقها كالعلم، وأما فيها فالظاهر هو أخذها بعنوان الطريقة والمرآتية، ولذا في جميع الموارد التي يؤخذ العلم في الموضوع يحمل على إرادة الطريقة لا

الموضوعية، ومن تلك الموارد مقامنا هذا،

مع أنه في بعض الصحاح جعل السبب نفس العيب لا ظهوره. لاحظ قول أبي جعفر (عليه السلام)

في الصحيح: أيما رجل اشترى شيئا وبه عيب أو عوار ولم يتبرأ إليه ولم يبين له الخبر. (١) والجمع يقتضي البناء على إرادة الطريقة من الطائفة الأولى. { ١ } وربما يقال: إن المتفق عليه نصاً وفتوى جواز التبري واسقاط خيار العيب، وذلك دليل على أن الخيار يثبت قبل ظهور العيب، وإلا لم يصح اسقاطه.

ولكن بناء على عدم صحة الاسقاط ما لم يثبت وإن كان سببه موجودا كما هو الحق في الاسقاط المنجز الاستدلال بهذه النصوص والفتاوى متين، فإنه يستكشف من جواز اسقاطه قبل ظهور العيب ثبوت الخيار قبله، وأما بناء على مختار المصنف (رحمه الله) من صحة

الاسقاط مع وجود السبب فلا يتم كما هو واضح.

(١) الوسائل - باب ١٦ - من أبواب الخيار حديث ٢.

ويؤيد ثبوت الخيار هنا بنفس العيب، { ١ } أن استحقاق المطالبة بالأرش الذي هو أحد طرفي الخيار لا معنى لثبوته بظهور العيب، بل هو ثابت بنفس انتفاء وصف الصحة هذا مضافا إلى أن الظاهر من بعض أخبار المسألة أن السبب هو نفس العيب، لكنها لا تدل على العلية التامة، فلعل الظهور شرط، وكيف كان فالتحقيق ما ذكرنا في خيار الغبن من وجوب الرجوع في كل حكم من أحكام هذا الخيار إلى دليله، وأنه يفيد ثبوته بمجرد العيب أو بظهوره، والمرجع فيما لا يستفاد من دليله أحد الأمرين هي القواعد، فافهم.

ثم إنه لا فرق في هذا الخيار بين الثمن والمثمن، كما صرح به العلامة وغيره، هنا وفي باب الصرف فيما إذا ظهر أحد عوضي الصرف معييا. والظاهر أنه مما لا خلاف فيه وإن كان مورد الأخبار ظهور العيب في المبيع، لأن الغالب كون الثمن نقدا غالبا والمثمن متاعا فيكثر فيه العيب بخلاف النقد. { ٢ }

{ ١ } قوله ويؤيد ثبوت الخيار هنا بنفس العيب أن استحقاق المطالبة... بظهور العيب لعل مقصوده أن الأرش تدارك للفئات، وهذا لا ربط له بظهور فوات الوصف لأنه تدارك نفسه لا تدارك ظهوره

وفيه أن هذا استبعاد محض لا مانع من الالتزام به أي بثبوت الأرش بعد ظهور العيب - وبعبارة أخرى يكون السبب هو العقد، ولكن شرط تأثيره ظهور العيب. { ٢ } قوله ثم إنه لا فرق في هذا الخيار بين الثمن والمثمن ما أفاده (قدس سره) في وجه ثبوت خيار العيب في الثمن من أن التقييد في النصوص بالمبيع

محمول على الغالب من كون الثمن نقدا غالبا والمثمن متاعا فيكثر فيه العيب بخلاف النقد، لا يفيد فإن حمل القيد على الغالب، يفيد فيما إذا كان هناك اطلاق وفي المقام لا اطلاق

يعم الثمن والمثمن فالحق أن يقال إن مدرك هذا الخيار، إن كان هو الشرط الضمني - أو حديث لا ضرر - أو الاجماع - ثبت ذلك بالإضافة إلى الثمن أيضا، وإن كان المدرك هو الأخبار فهي وإن اختصت بالمبيع إلا أنه يمكن التعدي بضميمة دعوى القطع بعدم الخصوصية للمبيع في ذلك والله العالم.

القول في مسقطات هذا الخيار
بطرفيه أو أحدهما.

مسألة: يسقط الرد خاصة بأمور.

أحدها: التصريح بالتزام العقد وإسقاط الرد واختيار الأرش { ١ } ولو أطلق
الالتزام بالعقد، فالظاهر عدم سقوط الأرش ولو أسقط الخيار فلا يبعد سقوطه. { ٢ }
الثاني: التصرف في المعيب عند علمائنا، { ٣ } كما في التذكرة. وفي السرائر
الاجماع على أن التصريف يسقط الرد بغير خلاف منهم، ونحوه المسالك،

مسقطات الرد - الإسقاط

الرابعة: يسقط الرد خاصة بأمور،

{ ١ } أحدها: التصريح بالتزام العقد وإسقاطه واختيار الأرش: فإن هذا لازم

التخيير بين الرد والامساك بالأرش، لكونه من الحقوق

ولو أطلق الالتزام بالعقد فالظاهر أيضا عدم سقوط الأرش.

وأما لو أسقط الخيار، فسقوط الرد به لا اشكال فيه ولا كلام: لأنه من الحقوق التي

تسقط بالإسقاط كما عرفت في الخيارات السابقة،

وإنما الكلام في الأرش،

{ ٢ } وفي المتن لا يبعد سقوطه.

ووجهه السيد بأن الأرش ليس أمرا خارجا عن الخيار وزائدا عليه، بل نحو وجود

خيار العيب هو التخيير بين أمور ثلاثة: الالتزام بالعيب، والرد، والأرش.

وفيه: إن للخيار معنى واحدا في جميع الموارد وهو ملك حل العقد وإقراره، وهذا من

أحكام العقد. وأما الأرش فهو غرامة شرعية لتدارك الفائت وأجنبي عن أحكام العقد،

فإسقاط الخيار لا يوجب إسقاط حق الأرش.

التصرف مسقط

{ ٣ } ثانيها: التصرف في المعيب 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 أيضا، تبعا للغنية بأن تصرفه فيه رضا منه به على الإطلاق، ولولا ذلك كان ينبغي له الصبر والثبات حتى يعلم حال صحته وعدمها، ويقول أبي جعفر (عليه السلام) في الصحيح: أيما رجل اشترى شيئا وبه عيب أو عوار ولم يتبرأ إليه ولم يتبين له فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئا ثم علم بذلك العوار وبذلك العيب فإنه يمضي عليه البيع، ويرد 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، والوجوه المحتملة كثيرة:

منها: مسقطية التصرف مطلقا.

ومنها: مسقطيته إذا كان دالا نوعا على الرضا.

ومنها: مسقطية التصرف الكاشف عن الرضا وتغير المبيع.

ومنها: مسقطية التصرف المغير للعين خاصة.

ومنها: تغيرها ولو من غير تصرف،

ومنها غير ذلك، والمهم ملاحظة الأدلة.

الظاهر أن التصرف إذا كان بقصد الالتزام بالعقد وكاشفا عنه كان مسقطا على القاعدة من جهة أن الاسقاط كسائر الانشائيات لا يعتبر فيه اللفظ ويمكن انشائه بالفعل،

وإن لم يكن بقصد الاسقاط

فقد استدل لمسقطيته بوجوه:

{ ١ } أحدها: صحيح زرارة (١) المذكور في المتن بضميمة ما تقدم في خيار الحيوان

من التمثيل للحدث بالنظر والتقبيل واللمس.

وفيه: أولا: ما تقدم في ذلك الباب من أن المراد من أحدث الحدث ليس كل

تصرف، بل كل تصرف مالكي لم يكن له قبل البيع.

(١) الوسائل - باب ١٦ - من أبواب الخيار حديث ٢.

ويدل عليه مرسله جميل عن أبي عبد الله (عليه السلام) في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد به عيبا، قال: إن كان الثوب قائما بعينه رده على صاحبه وأخذ الثمن ثمن، وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ رجع بنقصان العيب. هذا، ولكن الحكم بسقوط الرد بمطلق التصرف حتى مثل قول المشتري للعبد المشتري ناوطني الثوب أو أغلق الباب، على ما صرح به العلامة في غاية الاشكال، { ١ } لا طلاق قوله (عليه السلام) إن

كان الثوب قائما بعينه رده المعتضد باطلاق الأخبار في الرد. خصوصا ما ورد في رد الجارية بعد ما لم تحض ستة أشهر عند المشتري، ورد المملوك في أحداث السنة. ونحو ذلك مما يبعد التزام التقييد فيه بصورة عدم التصرف فيه بمثل أغلق الباب ونحوه، وعدم ما يصلح للتقييد مما استدل به للسقوط، فإن مطلق التصرف لا يدل على الرضا، خصوصا مع الجهل بالعيب. وأما المرسله، فقد عرفت اطلاقها لما يشمل لبس الثوب واستخدام العبد، بل وطئ الجارية لولا النص المسقط للخيار به.

وثانيا: إن أحداث الحدث غير أحداث شئ في المبيع، والظاهر من الثاني إيجاد شئ في المبيع يكون باقيا بخلاف الأول فهو عبارة أخرى عن تغير العين. ثانيها: اطلاق معقد الاجماع المدعى في كثير من العبائر. وفيه: أولا: ما تقدم من منع الاجماع المحصل، والمنقول منه ليس بحجة، وثانيا أنه ليس اجماعا تعديا كاشفا عن رأي المعصوم (عليه السلام). ثالثها: قيام النص (١) والاجماع على سقوط رد الجارية بوطئها قبل العلم مع عدم دلالة على الالتزام بالبيع وعدم تغييره للعين. { ١ } وفيه: إنه لا وجه للتعدي عنه إلى سائر التصرفات، فلا دليل على مسقطية التصرف مطلقا، بل المستفاد من الصحيح مسقطية التصرف المغير للعين، فيوافق مضمونه مع مفاد مرسل جميل (٢) المذكور في المتن

(١) الوسائل - باب ٤ - من أبواب أحكام العيوب.

(٢) الوسائل - باب ١٦ - من أبواب الخيار حديث ٣.

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 أزيد مما دل عليه ذيل المرسل من أن العبرة بتغير العين وعدم قيامها بعينها. اللهم إلا أن يستظهر بمعونة ما تقدم في خيار الحيوان، من النص الدال على أن المراد بأحداث الحدث في المبيع هو أن ينظر إلى ما حرم النظر إليه قبل الشراء، فإذا كان مجرد النظر المختص بالمالك حدثاً دل على سقوط الخيار هنا بكل تصرف، فيكون ذلك النص دليلاً على المراد بالحدث هنا. وهذا حسن، لكن إقامة البيئة على اتحاد معنى الحدث في المقامين، مع عدم مساعدة العرف على ظهور الحدث في هذا المعنى مشكلة، ثم إنه إذا قلنا بعموم الحدث في هذا المقام، لمطلق التصرف، فلا دليل على كونه من حيث الرضا بالعقد، فلا يتقيد بالتصرف الدال عليه، وإن كان النص في خيار الحيوان دالاً على ذلك، بقرينة التعليل المذكور فيه على الوجوه المتقدمة هناك في المراد من التعليل، { ١ } لكن كلمات كثير منهم في هذا المقام أيضاً يدل على سقوط هذا الخيار بالتصرف من حيث الرضا، بل عرفت من التذكرة والغنية أن علة السقوط دلالة التصرف نوعاً على الرضا

فإن قلت: إن المستفاد من المرسل مسقطية التغير ولو كان عن غير اختيار، والمستفاد من الصحيح مسقطية التصرف المغير فكيف التوفيق.

أجبنا عنه أنه لا مفهوم للصحيح كي يدل على عدم مسقطية غير ما تضمنه، فلا مقيد لا طلاق المرسل.

فالمتحصل: إن المسقط تغير العين وعدم قيامها بعينها، كان بالتصرف أو بغيره، { ١ } وعموم التعليل في أخبار الحيوان (١) الذي استدل به على مسقطية التصرف الكاشف عن الرضا نوعاً وإن لم يكن بقصد الإسقاط ستعرف حاله عند بيان ما يرد على المصنف.

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

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

(٢) الوسائل - باب ٣ - من أبواب أحكام العيوب.

(٣) الوسائل - باب ٢ - من أبواب أحكام العيوب.

ونحوه في الدلالة على كون لسقوط بالتصرف من حيث دلالة على الرضا كلمات جماعة ممن تقدم عليه ومن تأخر عنه، قال في المقنعة فإن لم يعلم المبتاع بالعيب، حتى أحدث فيه حدثا، لم يكن الرد، وكان له أرش العيب خاصة، وكذلك حكمه إذا أحدث فيه حدثا بعد العلم، ولا يكون احداثه الحدث بعد المعرفة بالعيب رضاء به منه، انتهى.

فإن تعليقه عدم سقوط الأرش بعدم دلالة الاحداث على الرضا بالعيب ظاهر خصوصا بملاحظة ما يأتي من كلام غيره في أن سقوط الرد بالحدث لدلالته على الرضا بأصل البيع ومثلها عبارة النهاية من غير تفاوت. وقال في المبسوط إذا كان المبيع بهيمة فأصاب بها عيبا كان له ردها، فإذا كان في طريق الرد جاز له ركوبها وعلفها وسقيها وحلبها وأخذ لبنها، وإن نتجت كان له نتاجها، كل هذا لأنه ملكه وله فيه فائدته وعليه مؤنته، والرد لا يسقط، لأنه إنما يسقط الرد بالرضا بالمعيب أو ترك الرد بعد العلم به أو بأن يحدث فيه عيب عنده وليس هنا شيء من ذلك، انتهى.

وقال في الغينة: ولا يسقط بالتصرف بعد العلم بالعيب حق المطالبة بالأرش، لأن التصرف دلالة الرضا بالبيع لا بالعيب، انتهى.

وفي السرائر قال في حكم من ظهر على عيب فيما اشتراه ولا يجبر على أحد الأمرين يعني الرد والأرش قال: هذا إذا لم يتصرف فيه تصرفا يؤذن بالرضا في العادة، أو ينقص قيمته بالتصرف، انتهى.

وفي الوسيلة ويسقط الرد بأحد ثلاثة أشياء بالرضا وبترك الرد بعد العلم به إذا عرف أن له الرد وبحدوث عيب آخر عنده، انتهى.

وهي بعينه كعبارة المبسوط المتقدمة، ظاهرة في أن التصرف ليس بنفسه مسقطا إلا إذا دل على الرضا، وقال في التذكرة: لو ركبها ليسقيها، ثم يردّها لم يكن ذلك رضاء منه بامسآكها، ولو حلبها في طريق الرد، فالأقوى أنه تصرف يؤذن بالرضا بها، وقال بعض الشافعية لا يكون رضاء بامسآكه، لأن اللبن ماله قد استوفاه في حال الرد، انتهى.

وفي جامع المقاصد والمسالك في رد ابن حمزة القائل بأن التصرف بعد العلم يسقط الأرش أيضا. أن التصرف لا يدل على اسقاط الأرش، نعم يدل على الالتزام بالعقد. وفي التحرير: لو نقل المبيع أو عرضه للبيع أو تصرف فيه بما يدل على الرضا قبل علمه بالعيب وبعده سقط الرد، انتهى.

وقد ظهر من جميع ذلك أن التصرف من حيث هو ليس مسقطا، وإنما هو التزام ورضاء بالعقد فعلا، فكل تصرف يدل على ذلك عادة فهو مسقط، وما ليس كذلك فلا دليل على الاسقاط به، كما لو وقع نسيانا أو للاختبار، ومقتضى ذلك أنه لو وقع التصرف قبل العلم بالعيب لم يسقط، خصوصا إذا كان مما يتوقف العلم بالعيب عليه، وحصل بقصد الاختبار، إلا أن المعروف خصوصا بين العلامة ومن تأخر عنه: عدم الفرق في السقوط بالتصرف بين وقوعه قبل العلم بالعيب أو بعده، والذي ينبغي أن يقال: وإن كان ظاهر المشهور خلافه: إن التصرف بعد العلم مسقط للرد إذا كان دالا بنوعه على الرضا، { ١ } كدلالة اللفظ على معناه لا مطلق التصرف، والدليل على اسقاطه مضافا إلى أنه التزام فعلي فيدل عليه ما يدل على اعتبار الالتزام إذا دل عليه باللفظ ما تقدم في خيار الحيوان من تعليل السقوط بالحدث بكونه رضاء بالبيع. ولذا تعدينا إلى خيار المجلس والشرط وحكما بسقوطهما بالتصرف فكذلك خيار العيب. وأما التصرف قبل العلم بالعيب، فإن كان مغيرا للعين بزيادة أو نقيصة أو تغير هيئة أو ناقلا لها بنقل لازما وجائز.

التزام التقييد فيه بصورة عدم التصرف.

وجعل هذه الأخبار مخصصة لما دل على مسقطية التصرف كما عن صاحب الحدائق وإن كان متينا لو كان دليل على مسقطية التصرف مطلقا - إلا أنه مع عدم الدليل عليها تكون هي معتضدة لما اخترناه.

{ ١ } وأفاد المصنف بما حاصلة: إن التصرف الكاشف عن الرضا والالتزام بالعقد مسقط ولكن إن كان مراده مسقطية التصرف إذا كان مع قصد الالتزام به فنعم الوفاق، وإن كان مراده مسقطية التصرف الكاشف وإن لم يكن بقصد الالتزام به واسقاط الخيار - كما يظهر من استدلاله بما تقدم في خيار الحيوان من تعليل السقوط بالحدث بكونه رضاء بالبيع - فيرد عليه ما عرفت هناك من أن المراد به تنزيل الحدث منزلة الرضا بالعقد تعبدا. فراجع.

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

وفي مسألة رد المملوك من أحداث السنة، فلو أحدث ما يغير عينه أو صفته
ثبت الأرش، انتهى.

وهو الظاهر من المحكي عن الإسكافي حيث قال: فإن وجد بالسلعة عيبا وقد
أحدث فيه ما لا يمكن معه ردها إلى ما كانت عليه قبله، كالوطئ للأمة والقطع
لثوب أو تعذر الرد بموت أو نحوه، كان له فضل ما بين الصحة والعيب، انتهى.
وهذا هو الذي ينبغي أن 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، وأقصى ما يوجد لذلك صحيحة زرارة المتقدمة
بضميمة ما تقدم في خيار الحيوان، من التمثيل للحدث بالنظر وباللمس وقيام النص
والاجماع على سقوط رد الجارية بوطنها قبل العلم، مع عدم دلالة على الالتزام
بالباع وعدم تغييره للعين، وإطلاق معقد الاجماع المدعى في كثير من العبائر،
كالتذكرة والسرائر والغنية وغيرها، وفي نهوض ذلك كله لتقييد اطلاق أخبار الرد،
خصوصا ما كان هذا التقييد فيه في غاية البعد، كالنص برد الجارية بعد ستة أشهر،
ورد الجارية إذا لم يطأها ورد المملوك من أحداث السنة نظر، بل منع، خصوصا
معاقدة الاجماع، فإن نقلة الاجماع كالعلامة والحلي وابن زهرة قد صرحوا في كلماتهم
المتقدمة بأن العبرة بالرضا بالعقد. فكأن دعوى الاجماع وقعت من هؤلاء على
السقوط { ١ } بما يدل على الرضا من التصرف، خصوصا ابن زهرة في الغنية حيث إنه
اختار ما قويناه من التفصيل بين صورتى العلم والجهل، والمغير وغيره

{ ١ } قوله فكان دعوى الاجماع وقعت من هؤلاء على السقوط

حيث قال (قدس سره) وخامسها يعني مسقطات الرد التصرف في المبيع الذي لا يجوز مثله

إلا بملكه، أو الإذن الحاصل له بعد العلم بالعيب، فإنه يمنع من الرد لشيء من العيوب ولا يسقط حق المطالبة بالأرث، لأن التصرف دلالة الرضا بالبيع لا بالعيب. وكذا حكمه إن كان قبل العلم بالعيب، وكان مغيرا للعين بزيادة فيه مثل الصبغ للثوب أو نقصان فيه كالقطع للثوب، وإن لم يكن كذلك، فله الرد بالعيب إذا علمه ما لم يكن وطئ الجارية فإنه يمنع من ردها لشيء من العيوب إلا الحبل، انتهى كلامه. وقد أجاد (قدس سره) فيما استفاده من الأدلة. وحكي من المبسوط أيضا أن التصرف قبل العلم لا يسقط به الخيار، لكن صرح بأن الصبغ وقطع الثوب يمنع من الرد فاطلاق التصرف قبل العلم محمول على غير المغير. وظاهر المقنعة والمبسوط: إنه إذا وجد العيب بعد عتق العبد والأمة، لم يكن له ردهما، وإذا وجد بعد تدبيرهما أو هبتهما، كان مخيرا بين الرد وأخذ أرث العيب، وفرقا بينهما وبين العتق بجواز الرجوع فيهما دون العتق، ويرده مع أن مثلهما تصرف يؤذن بالرضا مرسله جميل، { ١ } فإن العين مع الهبة والتدبير غير قائمة، وجواز الرجوع وعدمه لا دخل له في ذلك

حيث إنهم يصرحون بعدم الفرق بين التصرف قبل العلم بالعيب وبعده وفي كلا الموردین يحكمون بسقوط الخيار، فيعلم أن مرادهم بما ذكروه ما هو ظاهره من أن التصرف

بنفسه رضا بالعقد أي مسقط للخيار لا أنه يكون مسقطا إذا كان دالا على الرضا - فيكون هذه العبارة منهم كعبارة (١) الإمام (عليه السلام) في أحداث الحدث في خيار الحيوان من الحكم بأنه رضا بالبيع.

{ ١ } قوله ويرده مع أن مثلهما تصرف يؤذن بالرضا مرسله (٢) جميل يرد على ما أفاده أولا أن مفروض عبارة المقنعة والمبسوط التصرف قبل العلم بالعيب وهو عنده (قدس سره) لا يؤذن بالرضا ويرد على ما أفاده ثانيا - ما سيحكي انشاء الله تعالى من أن الخروج عن الملك ليس من مصاديق عدم قيام العين بعينها.

(١) الوسائل - باب ٤ - من أبواب الخيار حديث ١.

ولذا اعترض عليهما الحللي بالنقض بما لو باعه بخيار، مع أنه لم يقل أحد من الأمة بجواز الرد حينئذ، وقال بعد ما ذكر: إن الذي يقتضيه أصول المذهب أن المشتري إذا تصرف في المبيع أنه لا يجوز له رده، ولا خلاف في أن الهبة والتدبير تصرف.

وبالجملة فتعميم الأكثر لا فراد التصرف مع التعميم لما بعد العلم وما قبله مشكل والعجب من المحقق الثاني أنه تنظر في سقوط الخيار بالهبة الجائزة، مع تصريحه في مقام آخر بما عليه الأكثر.

الثالث: تلف العين أو صيرورته كالتالف، فإنه يسقط الخيار هنا { ١ } بخلاف الخيارات المتقدمة الغير الساقطة بتلف العين، والمستند فيه بعد ظهور الاجماع إناطة الرد في المرسلة السابقة بقيام العين، { ٢ } فإن الظاهر منه اعتبار بقائها في ملكه،

تلف العين مسقط لهذا الخيار

{ ١ } الثالث: تلف العين أو صيرورته كالتالف فإنه يسقط الخيار هنا

فها هنا فروع:

الأول: إنه لو تلف العين حقيقة يسقط الخيار.

والوجه فيه أمران:

{ ٢ } أحدهما: إن الرد علق في المرسل على قيام العين بعينها، وعدم ذلك

تارة بتغير هيئتها وخصوصية من خصوصياتها،

وأخرى بتلف العين، ويكون من قبيل السالبة بانتفاء الموضوع.

ثانيهما: إن الحق في هذا الخيار في نصوص الباب علق على الرد، فإما أن يكون حقيقة هذا الخيار بخلاف سائر الخيارات حق رد العين، أو تكون مثلها حق فسخ العقد، غاية الأمر مقيدا بفسخه برد العين. وعلى أي تقدير مع انتفاء الموضوع لا يعقل الرد، فلا يكون الحق باقيا.

فلو تلف أو انتقل إلى ملك الغير أو استؤجر أو رهن أو أبق العبد أو انعتق العبد على المشتري، فلا رد. { ١ }

ومما ذكرنا ظهر أن عد انعتاق العبد على المشتري مسقطاً برأسه، كما في الدروس لا يخلو عن شيء. نعم ذكر أنه يمكن ارجاع هذا الوجه إلى التصرف، وهو أيضاً لا يخلو عن شيء، والأولى ما ذكرناه، ثم إنه لو عاد الملك إلى المشتري لم يجز رده للأصل { ٢ } خلافاً للشيخ بل المفيد (قدس سره).

{ ١ } الثاني: إنه إذا خرجت العين عن ملكه بانتقالها إلى الغير أو بانعتاقها يسقط هذا الخيار.

والوجه فيه: إن مقتضى اطلاق الصحيح فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً أن اخراجه عن ملكه وسلب هذا الأمر الاعتباري منه موجب لسقوط حق الرد. وبهذا البيان يمكن تصحيح استدلال المصنف (رحمه الله) بالمرسل، فإنه لا تكون العين قائمة بعينها.

أضف إلى ذلك ما تقدم من كون هذا الحق متعلقاً بالرد، فمع خروجه عن ملكه لا يكون الموضوع باقياً، إذ المراد بالرد ليس هو الرد الخارجي بل رد الربط الملكي، ومع زوال

الملك لا ربط ملكي كي يرجع إلى البائع.

{ ٢ } الثالث: إنه لو عاد الملك إلى المشتري فهل يجوز رده كما عن الشيخ والمفيد أم لا كما في المكاسب أم هناك تفصيل؟ وجوه.

قد استدلل السيد الفقيه وتبعه المحقق الإيرواني (رحمه الله) للأول: بأنه يصدق أن العين قائمة بعينها، فإن ظاهر ذلك عدم وجود وصف التغيير فيها فعلاً لا عدم حدوث التغيير وإن كان قد زال، وزاد المحقق الإيرواني (رحمه الله): بأن منصرف أحداث

شيء هو استمرار ذلك الحدث.

وفيه: إن هذا يتم فيما لو عاد الملك بالفسخ، وأما لو عاد بإرث أو اشتراء ونحوهما فلا يتم، فإن هذا الحق متعلق برد العين - أي رد ربطها الملكي - ومقتضى حقيقة الرد ومفهومه

كون المردود جائياً من قبل البائع، والملك الجديد لم يجيء من قبله. فتدبر، فالحق هو التفصيل.

الرابع: من المسقطات حدوث عيب عند المشتري { ١ } وتفصيل ذلك أنه إذا حدث العيب بعد العقد على المعيب، فأما أن يحدث قبل القبض، وأما أن يحدث بعده في زمان خيار، يضمن فيه البائع المبيع أعني خيار المجلس والحيوان والشرط. وأما أن يحدث بعد مضي الخيار، والمراد بالعيب الحادث هنا هو الأخير. وأما الأول فلا خلاف ظاهراً في أنه لا يمنع الرد، { ٢ } بل في أنه هو كالموجود قبل العقد حتى في ثبوت الأرش فيه على الخلاف الآتي في أحكام القبض.

حدوث عيب عند المشتري

{ ١ } الرابع من المسقطات: حدوث عيب عند المشتري وتفصيل القول في ذلك بالبحث في موارد:
الأول: فيما إذا حدث العيب بعد العقد قبل القبض، والكلام فيه، تارة: في أنه هل يكون سبباً لثبوت الخيار للمشتري أم لا،
{ ٢ } وأخرى: في أنه هل يمنع عن الرد بالخيار المسبب عن العيب السابق أم لا؟
أما الجهة الأولى: فقد استدلت لثبوت الخيار به: بقاعدة الضرر، وبالارفاق بالمشتري، وبالنصوص الدالة على أن تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه. (١).
بتقريب: إن معنى كونه من مال بايعه وقوع التلف في ملك البائع، ولازم تقديره في ملك البائع أن العقد كأنه لم يقع، ومقتضاه لو كان التالف تمام المبيع انفساخ العقد ولو كان

التالف جزئه انفساخه بالنسبة إلى ذلك الجزء، ولو كان وصف الصحة جريان أحكام العيب، فإن المنفي على الأخير حيثية الوصف لفرض وقوع العقد، ومعنى عدم وقوع العقد على الموصوف مع فرض وقوع العقد وقوعه على المعيب،
أو بتقريب أن المستفاد من الأخبار تنزيل التلف أو النقص قبل القبض منزلة التلف والنقص قبل العقد، ولازم ورود العقد على الناقص اجراء أحكام خيار العيب.

(١) الوسائل - باب ١٠ - من أبواب الخيار - والمستدرک - باب ٩ - من أبواب الخيار.

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

وفي الجميع نظر:

أما قاعدة نفي الضرر: فلما مر من أنها لا تصلح لا ثبات الخيار. وأما الارفاق: فهو بنفسه لا يصلح لذلك.

وأما النصوص: فالموضوع فيها تلف المبيع، وهو لا يشمل تلف وصف الصحة فإنه ليس مبيعا ولا جزء منه،

وحملها على كون ذكر التلف من باب كونه أظهر الأفراد يحتاج إلى قرينة.

مع أنه يرد على التقريب الأول: إن الوصف لم يقع عليه العقد، ففرض العقد كأن لم يكن غير مؤثر في ضمان الوصف وترتب حكم الخيار.

ويرد على التقريب الثاني: إن غاية ما يستفاد من كون التلف من البائع دخوله في ملك البائع، بحيث يضاف إليه التلف وهو ملكه،

وليس لازم ذلك فرض دخوله في ملك البائع قبلا، أو فرض وقوع التلف قبل العقد حتى يكون لازمه ورود العقد على الناقص. وتتمام الكلام في محله.

وأما الجهة الثانية: فملخص القول فيها: إن مقتضى اطلاق مفهوم المرسل إن كان الثوب قائما بعينه رده على صاحبه، (١) أن العيب الحادث بعد العقد ولو كان قبل القبض يمنع عن الرد بالعيب السابق، وهذا لا يفرق فيه بين أن يكون هذا العيب موجبا لحدوث الخيار أم لا.

حدوث العيب بعد القبض

{ ١ } المورد الثاني: ما إذا كان حدوث العيب بعد القبض وفي زمان خيار المشتري

(١) الوسائل - باب ١٦ - من أبواب الخيار حديث ٣.

فيما قبل القبض، بناء على اتحاد المسألتين، كما يظهر من بعض، ويدل على ذلك ما يأتي من أن الحدث في زمان الخيار مضمون على البائع ومن ماله، ومعناه ضمانه على الوجه الذي يضمنه قبل القبض، بل قبل العقد إلا أن المحكي عن المحقق في درسه فيما لو حدث في المبيع عيب { ١ } أن تأثير العيب الحادث في زمن الخيار. وكذا عدم تأثيره في الرد بالعيب القديم إنما هو ما دام الخيار، فإذا انقضى الخيار كان حكمه حكم العيب المضمون على المشتري، قال في الدروس لو حدث في المبيع عيب غير مضمون على المشتري لم يمنع من الرد إن كان قبل القبض، أو في مدة خيار المشتري المشترط أو بالأصل فله الرد ما دام الخيار، فإن خرج الخيار ففي الرد خلاف بين ابن نما وتلميذه المحقق (قدس سره)، فجوزه ابن نما، لأنه من ضمان البائع ومنعه المحقق (قدس سره) لأن الرد لمكان الخيار، وقد زال. ولو كان حدوث العيب في مبيع صحيح في مدة الخيار فالباب واحد، انتهى.

والكلام فيه من حيث إنه يوجب سقوط الرد بالعيب السابق هو الكلام فيما إذا حدث العيب قبل القبض،
وأما من جهة أنه هل يوجب الخيار أم لا، فالنصوص متضمنة لأن ضمان المال وضمنان الحدث الحادث الشامل ذلك للعيب وزوال وصف الصحة، على من لا خيار له، والمراد بالضمنان إن كان هو العهدة، فظاهاه ثبوت الغرامة عليه لا الخيار ولا الانفساخ.
وإن كان هو التلف من البائع واستقرار الخسارة عليه إما انفساخا في التلف أو فسخا كما في العيب، فالمتحصل منها أن الخسارة تستقر على البائع، فيسترجع المشتري تمام الثمن من البائع، إما لانفساخ العقد قهرا كما في التلف، أو للأخذ بالخيار. وعلى أي تقدر
لا يوجب حدوث الخيار.
{ ١ } قوله إلا أن المحكي عن المحقق في درسه فيما لو حدث في المبيع عيب إلى آخر ما نقله عنه
الظاهر أن مراد المحقق (رحمه الله) أن العيب الحادث في ثلاثة الحيوان لا يؤثر في حدوث
الخيار وإنما للمشتري الرد بنفس خيار الحيوان ولا ينافي ذلك كون ضمان الوصف الفات

لكن الذي حكاه في اللمعة عن المحقق هو الفرع الثاني وهو حدوث العيب في مبيع صحيح، ولعل الفرع الأول مترتب عليه، لأن العيب الحادث إذا لم يكن مضمونا على البائع { ١ } حتى يكون سببا للخيار غاية الأمر كونه غير مانع عن الرد بالخيارات الثلاثة كان مانعا عن الرد بالعيب السابق، إذ لا يجوز الرد بالعيب مع حدوث عيب مضمون على المشتري، فيكون الرد في زمان الخيار بالخيار لا بالعيب السابق. فمنشأ هذا القول عدم ضمان البائع { ٢ } للعيب الحادث. ولذا ذكر في اللمعة أن هذا من المحقق مناف لما ذكره في الشرائع { ٣ } من أن العيب الحادث في الحيوان مضمون على البائع مع حكمه بعدم الأرش، ثم إنه ربما يجعل قول المحقق عكسا لقول شيخه، { ٤ } ويضعف كلاهما بأن الظاهر تعدد الخيار، وفيه أن قول ابن نما (رحمه الله) لا يأبى عن التعدد كما لا يخفى.

على البائع بمعنى استقرار خسارته عليه بالمعنى المتقدم.
{ ١ } قوله لأن العيب الحادث إذا لم يكن مضمونا على البائع قد عرفت أن المحقق (رحمه الله) لا ينكر كونه مضمونا على البائع وإنما هو ملتزم بأنه لا يوجب حدوث الخيار - ومع ذلك لا مانع من الالتزام بأنه يمنع عن الرد بالعيب السابق من جهة ما دل على سقوطه بتغير العين.
{ ٢ } قوله فمنشأ هذا القول عدم ضمان البائع قد عرفت أنه ليس منشأ له بل المنشأ هو وجود المقتضي وهو ما دل على سقوط الرد مع عدم قيام العين
{ ٣ } قوله هذا من المحقق مناف لما ذكره في الشرائع بما ذكرناه ظهر عدم التنافي فلا حظ وتأمل..
{ ٤ } قوله ثم إنه ربما يجعل قول المحقق عكسا لقول شيخه الجاعل هو صاحب الجواهر (رحمه الله) وهو غير تام فإن المحقق يقول بخيار واحد وهو خيار الحيوان وشيخه ملتزم بثبوت خيارين أحدهما خيار الحيوان والآخر خيار العيب الحادث في زمان الخيار فلا وجه لدعوى المعاكسة وكان صاحب الجواهر (رحمه الله) تخيل أن ابن نما يقول بثبوت خيار العيب خاصة فجعل قوله عكس قول المحقق وضعفهما بأن مقتضى الأدلة التعدد.

وأما الثالث: أعني العيب الحادث في يد المشتري بعد القبض والخيار. { ١ }
فالمشهور أنه مانع عن الرد بالعيب السابق، بل عن شرح الارشاد لفخر الاسلام.
وفي ظاهر الغنية الاجماع عليه، والمراد بالعيب هنا مجرد النقص لا خصوص ما
يوجب الأرش، فيعم عيب الشركة وتبعض الصفقة إذا اشترى اثنان شيئاً فأراد
أحدهما رده بالعيب، أو اشترى واحد صفقة وظهر العيب في بعضه فأراد رد 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
بمرسلة جميل المتقدمة، فإن قيام العين وإن 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 وخطاطته وصبغه ما يقابل تغير
الأوصاف والنقص الحاصل ولو لم يوجب أرشاً كصبغ الثوب وخطاطته.
نعم قد يتوهم شموله لما يقابل للزيادة، كالثمن وتعلم الصنعة، لكنه يندفع بأن

العيب الحادث بعد القبض والخيار

{ ١ } المورد الثالث: ما إذا كان حدوث العيب في يد المشتري بعد القبض والخيار
والكلام فيه في جهات:
الأولى: في بيان الأدلة التي أقيمت لمناعية العيب الحادث بعد انقضاء الخيار للرد
بالعيب القديم، وهي أمور:
الأول: ما عن مفتاح الكرامة، وهو: إن العيب الحادث من جهة كونه مضموناً على
المشتري كان بمنزلة احداثه في المبيع حدثاً المنصوص على مانعيته من الرد.
وفيه: أنه لم يدل دليل على هذا التنزيل، ومشاركتها في كون العيب مضموناً على
المشتري مع افتراقهما من جهة كون الاحداث فعلاً من أفعال المشتري لا تصلح دليلاً
للتنزيل.

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

واستدل العلامة في التذكرة على أصل الحكم قبل المرسلة، بأن العيب الحادث يقتضي اتلاف جزء من المبيع، فيكون مضمونا على المشتري، { ١ } فيسقط رده للنقص الحاصل في يده، فإنه ليس تحمل البائع له بالعيب السابق أولى من تحمل المشتري به للعيب الحادث هذا. ولكن المرسلة لا تشمل جميع أفراد النقص مثل نسيان الدابة للطحن وشبهه والوجه المذكور في التذكرة قاصر عن إفادة المدعي، لأن المرجع بعد عدم الأولوية من أحد الطرفين إلى أصالة ثبوت الخيار، وعدم ما يدل على سقوطه، غاية الأمر أنه لو كان الحادث عيبا كان عليه الأرش للبائع إذا رده، كما إذا تقايلا أو فسخ أحدهما بخياره بعد تعيب العين، أما مثل نسيان الصنعة وشبهه فلا يوجب أرشا بل يرده، لأن النقص حدث في ملكه وإنما يضمن وصف الصحة لكونه كالجزم التالف. فيرجع البائع بعد الفسخ ببذله. نعم لو علل الرد بالعيب القديم، بكون الصبر على المعيب ضررا، أمكن أن يقال إن تدارك ضرر المشتري بجواز الرد مع تضرر البائع بالصبر على العيب الحادث مما لا يقتضيه قاعدة نفي الضرر لكن العمدة في دليل الرد هو النص والاجماع، فاستصحاب الخيار عند الشك في المسقط لا بأس به

{ ١ } الثاني: ما عن العلامة (رحمه الله) في التذكرة، وعبارته لا تخلو عن تشابه وتوضيح ما

أفاده: إن العيب الحاصل تحت يد البائع يكون البائع متحملا له، وتداركه إنما يكون بجواز رد المشتري للمبيع على البائع، والعيب الحاصل تحت يد المشتري يكون المشتري متحملا

له، وتداركه إنما يكون بجواز امتناع البائع من استرداده، فأحدهما مقتض والآخر مانع، فلا يؤثر المقتضي في جواز الرد، فيتعين الامسك.

وفيه: إن مقتضى اطلاق أدلة خيار العيب جواز الرد في صورة حدوث العيب عند المشتري، ولا معارض لها في مقام الإثبات

سوى قاعدة نفي الضرر من جانب البائع، وهي مع معارضتها بقاعدة نفي الضرر من جانب المشتري وتساقطهما معا لا تصلح لمعارضة أخبار خيار العيب.

إلا أن الأنصاف أن المستفاد من التمثيل في الرواية بالصبغ والخياطة هو إناطة الحكم بمطلق النقص.

توضيح ذلك أن المراد بقيام العين هو ما يقابل الأعم من تلفها وتغيرها على ما عرفت من دلالة ذكر الأمثلة على ذلك، لكن المراد من التغير هو الموجب للنقص لا الزيادة، لأن مثل السمن لا يمنع الرد قطعاً، والمراد بالنقص هو الأعم من العيب الموجب للأرش، { ١ } فإن النقص الحاصل بالصبغ والخياطة إنما هو لتعلق حق المشتري بالثوب من جهة الصبغ والخياطة. وهذا ليس عيباً اصطلاحياً ودعوى اختصاصه بالتغير الخارجي الذي هو مورد الأمثلة فلا يعم مثل نسيان الدابة للطحن، يدفعه أن المقصود مجرد النقص مع أنه إذا ثبت الحكم في النقص الحادث وإن لم يكن عيباً اصطلاحياً، ثبت في المغير وغيره للقطع بعدم الفرق، فإن المحتمل هو ثبوت الفرق في النقص الحادث بين كونه عيباً اصطلاحياً لا يجوز رد العين

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

وفيه: إن صدق الرد يتوقف على بقاء ذات المبيع لا على بقاء جميع خصوصياته. الرابع: مرسل جميل (١) المتضمن لكون المردود قائماً بعينه، ولا يصدق على المعيب أنه قائم بعينه.

{ ١ } الجهة الثانية: في أن المدار على كون الحادث عيباً اصطلاحياً، وهو ما يوجب الأرش، أو على ما يوجب نقصاً في ماليته، أو على التغير الحسي، أو على التغير مطلقاً لا ينبغي التوقف في أنه ليس المراد به العيب الاصطلاحي لعدم أخذه في الموضوع، مع أن خياطة الثوب الواقعة في المرسل ليست عيباً، كما أنه لا ينبغي التوقف في عدم كون المراد خصوص التغير المنقص للمالية لعدم كون الخياطة كذلك، فيدور الأمر بين الأخيرين.

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

(١) الوسائل - باب ١٦ - من أبواب الخيار حديث ٣.

إلا مع أرشه وكونه مجرد نقص لا يوجب أرشا كنسيان الكتابة والطحن. أما الفرق في أفراد النقص الغير الموجب للأرش، بين مغير العين حسا وغيره فلا مجال لاحتماله.

ثم إن ظاهر المفيد في المقنعة، المخالفة في أصل المسألة، وأن 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 أن العيب المتجدد مانع عن الرد بالعيب السابق، سواء زال أم لا، لكن في التحرير لو زال العيب الحادث عند المشتري ولم يكن بسببه كان له الرد ولا أرش عليه، انتهى.

ولعل وجهه أن الممنوع هو رده معيوباً، { ٢ } لأجل تضرر البائع وضمان المشتري لما يحدث وقد انتفى الأمران

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.

الجهة الثالثة: إذا تغيرت العين بالزيادة، فهل يكون ذلك مانعاً عن الرد لاطلاق المرسل، أم لا لما أفاده المصنف (رحمه الله) وغيره بأن الظاهر من قيام العين بقائها بمعنى أن لا

ينقص ماليتها لا بمعنى أن لا تزيد ولا تنقص، أم هناك تفصيل؟ وجوه: أقواها الأخير، فإن الزيادة إذا كانت مما يكون للمشتري بحيث لو فسخ البيع يكون له الرجوع على البائع بقيمتها، أو يكون شريكاً له في العين بالنسبة، فهي تمنع عن الرد، لأن

صبغ الثوب بل وحياطته من هذا القبيل وإن 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 } الجهة الرابعة: إذا زال العيب الحادث هل يجوز رد المبيع أم لا؟ وقد استدلل للأول بوجوه:

{ ٢ } الأول: ما في المتن، وحاصله: إن الممنوع هو رد المبيع معيوباً من جهة اقتضاء

ولو رضي البائع برده مجبوراً بالأرث أو غير مجبور جاز الرد، { ١ } كما في الدروس وغيره لأن عدم الجواز لحق البائع { ٢ } وإلا فمقتضى قاعدة خيار الفسخ عدم سقوطه بحدوث العيب، غاية الأمر ثبوت قيمة العيب، وإنما 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: إن المقيد للاطلاق هو مرسل جميل المتضمن لتقييده بقيام المبيع بعينه، فالمتعين ملاحظة حاله.

الثاني: ما في الحاشية، وهو: إن كون المبيع معيباً مقتضياً للرد، والعيب الحادث مانع، فإذا زال المانع أثر المقتضي أثره. وفيه: إنه في الشرعيات لا يتميز المقتضي عن المانع، ولا بد من ملاحظة المقتضي في مقام الإثبات.

الثالث: ما في حاشية السيد أيضاً، وهو صدق قيام العين حينئذ، بدعوى أن ظاهره اعتبار قيامها على حال الرد، وحين إرادته، وهذا يصدق في الفرض. وفيه: إن الحادث غير الزائل بناء على امتناع إعادة المعدوم فالعين غير قائمة، فالأظهر بحسب النص عدم جواز الرد بلا حاجة إلى التمسك بالاستصحاب. { ١ } الجهة الخامسة: إذا رضي البائع برد المعيب بالعيب الحادث مجبوراً بالأرث أو غير مجبور، هل للمشتري الرد بحق الخيار، أو لا يجوز إلا بالإقالة والتفاسخ؟ وجهان. قد استدلل للأول بوجهين:

{ ٢ } الأول: ما في المتن، وحاصله: إن عدم جواز الرد على البائع من باب رعاية حال البائع، وإلا فالتغير لا يمنع من الفسخ، وحقه يسقط برضاه، فيبقى حق المشتري بلا مزاحم.

وفيه: إن مقتضى اطلاق دليل الخيار ثبوت حق الرد حتى مع التغير، والمرسل قيده بما إذا كانت العين قائمة بعينها، ولا يكون متكفلاً لإثبات حق للبائع. وجواز امتناع البائع

ومما ذكرنا يعلم أن المراد بالأررش الذي يغرمه المشتري عند الرد قيمة العيب لا الأررش { ١ } الذي يغرمه البائع للمشتري عند عدم الرد لأن العيب القديم مضمون بضمان المعاوضة والحادث مضمون بضمان اليد. { ٢ }

ثم إن صريح المبسوط أنه لو رضي البائع بأخذه معيوباً لم يجز مطالبته بالأررش وهذا أحد المواضع التي أشرنا في أول المسألة إلى تصريح الشيخ فيها بأن الأررش مشروط باليأس من الرد، وينافيه اطلاق الأخبار بأخذ الأررش.

من قبول الرد إنما هو لعدم الخيار للمشتري لا لثبوت حق شرعي له، وما أفاده (رحمه الله) من أن

ذلك لرعاية حال البائع لا يثبت به كون ذلك حقا قابلا للاسقاط.

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

وفيه: إن منطوق المرسل إن كان الثوب قائماً بعينه غير مقيد برضا البائع، فكيف يقيد مفهومه به مع أن المفهوم تابع للمنطوق في العموم والخصوص؟

فالأظهر أنه ليس له الرد إلا بعنوان الإقالة.

{ ١ } قوله ومما ذكرنا يعلم أن المراد بالأررش الذي يغرمه المشتري عند الرد قيمة العيب لا الأررش

محصل الفرق بينهما، أن الأررش الذي يغرمه البائع، إنما يكون بإزاء مقدار من الثمن جعل بإزاء وصف الصحة ولو في لب الإرادة 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 يغرمه المشتري، فإنه إن فسخ البيع يتعين عليه رد ما أخذه من البائع إليه، أو قيمته، فحيث إنه أتلف على البائع ما يوازي درهما فلا بد من أن يغرمه بهذا المقدار، وهذا هو مراد المصنف (رحمه الله) بقوله { ٢ } إن العيب القديم مضمون بضمان المعاوضة والحادث مضمون بضمان اليد.

تنبيه

ظاهر التذكرة والدروس أن من العيب المانع من الرد بالعيب القديم تبعض الصفقة على البائع. { ١ }
وتوضيح الكلام في فروع هذه المسألة أن التعدد المتصور فيه التبعض أما في أحد العوضين وأما في البائع وأما في المشتري.
فالأول: كما إذا اشترى شيئا واحدا أو شيئين بثمان واحد من بائع واحد فظهر بعضه معيبا، وكذا لو باع شيئا بثمان، فظهر بعض الثمن معيبا.
والثاني: كما إذا باع اثنان من واحد شيئا واحدا، فظهر معيبا وأراد المشتري أن يرد على أحدهما نصيبه دون الآخر.
والثالث: كما إذا اشترى اثنان من واحد شيئا، فظهر معيبا، فاختر أحدهما الرد دون الآخر والحق بذلك الوارثان لمشتري واحد للمعيب.
وأما التعدد في الثمن بأن يشتري شيئا واحدا بعضه بثمان وبعضه الآخر بثمان آخر فلا اشكال في كون هذا عقدين ولا اشكال في جواز التفريق بينهما.

تبعض الصفقة لا يمنع من الرد

{ ١ } وعن التذكرة والدروس: إن من العيب المانع من الرد بالعيب القديم تبعض الصفقة.

لا إشكال ولا كلام فيما إذا اشترى شيئا واحدا بعضه بثمان وبعضه بثمان آخر، ظهر أحدهما معيوباً كان له الخيار بالنسبة إليه خاصة.
كما لا اشكال في عدم جواز التفريق بينهما لو كان المبيع واحدا خارجيا ولو عرفا، كالجارية، مع كون البائع واحدا والمشتري واحدا،
إنما الكلام فيما إذا كان البيع واحدا والمبيع متعدد خارجا، كما لو جعل الاثنان منضمين مبيعا واحدا فظهر أحدهما معيوباً أو كان البائع متعدداً أو المشتري كذلك فالكلام في مقامات.

أما الأول: فالمعروف أنه لا يجوز التبعض فيه من حيث الرد، بل الظاهر المصرح به في كلمات بعض الاجماع عليه { ١ } لأن المردود إن كان جزءا مشاعا من المبيع الواحد، { ٢ } فهو ناقص من حيث حدوث الشركة،

{ ١ } الأول: ما إذا كان التعدد المتصور فيه التبعض في أحد العوضين، فقد ادعى الاجماع على أنه لا يجوز التبعض فيه من حيث الرد، وقد استدل له بوجوه:

أحدها: ما عن الجواهر، وحاصله: إن الخيار حق واحد متعلق بمجموع المبيع لا كل جزء منه لا أقل من الشك والأصل اللزوم. وبعبارة أخرى: إن الخيار حق حل العقد، وهو واحد متعلق بمجموع المبيع لا كل جزء منه.

وفيه: إن ظاهر أدلة الخيارات المجعولة لا لخصوصية في المبيع وإن كان هو التسلط 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 إلى شئ وباعهما صفقة واحدة ثبت خيار الحيوان في خصوص الحيوان دون المجموع،

ومجرد وحدة العقد الانشائي لا تقتضي ذلك بالتوهم المشار إليه، وإلا لانسد باب خيار تبعض الصفقة،

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

{ ٢ } قوله لأن المردود إن كان جزء مشاعا من المبيع الواحد فهو ناقص علق عليه المحقق الإيرواني (رحمه الله) بقوله - لا أتصور تعيب الجزء المشاع ليثبت خيار العيب فيه حتى يلزم الشركة انتهى

وفيه أنه يتصور فيما إذا كان الجزء المشاع من المبيع مورد الدعوى فيكون المعيب هو الجزء المشاع

وإن كان معينا، فهو ناقص من حيث حدوث التفريق فيه وكل منهما ناقص
يوجب الخيار لو حدث في المبيع الصحيح، { ١ } فهو أولى بالمنع عن الرد من نسيان
الدابة الطحن. وهذا الضرر وإن أمكن جبره بخيار البائع نظير ما إذا كان بعض
الصفقة حيوانا فرده المشتري بخيار الثلاثة إلا أنه يوجب الضرر على المشتري إذ قد
يتعلق غرضه بإمسك الجزء الصحيح، ويدل عليه النص المانع عن الرد بخياطة
الثوب والصبغ، فإن المانع فيهما ليس إلا حصول الشركة في الثوب بنسبة الصبغ
والخياطة لا مجرد تغير الهيئة. ولذا لو تغير بما يوجب الزيادة كالسمن لم يمنع عن الرد
قطعا.

{ ١ } ثانيها: ما استند إليه المصنف (رحمه الله)، وهو: إن فسخ البعض يوجب الضرر على
البائع، لأنه 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 وتسلمته على استرداد المجموع ضرر على المشتري
لتعلق غرضه بإمسك الصحيح، فيتعارضان، فلا يشمل الحديث شيئا منهما.
وفيه أولا منع كون مجرد التفريق ضررا في جميع الموارد، نعم هو ضرر في مثل بيع
مصراعي الباب.

وثانيا: إن جواز فسخ البائع ليس ضررا على المشتري، إذ لا يجب عليه الفسخ
بالنسبة إلى المعيب كي يجوز للبائع استرداد الصحيح، فهو باختياره يقدم على ذلك، ومثله
لا يكون مشموولا للحديث.

وثالثا: إنه في بادئ الأمر ليس إلا ضرر المشتري من الصبر على المعيب، فحديث
لا ضرر يشمله لوجود المقتضي وعدم المانع، ومن شموله لذلك يتولد ضرر آخر على
البائع،

ولا يعقل أن يشمله الحديث، وإلا لزم من شموله لضرر المشتري عدم شموله له، وما يلزم
من وجوده عدمه محال.

ورابعا: إن غاية ما يثبت بما أفاده كون التبويض ضررا على البائع، ولكن مانعية ذلك
عن أعمال المشتري خياره تتوقف على دليل مفقود،
وما ذكره من أولويته بالمنع عن الرد من نسيان الدابة الطحن
يرد عليه منع الأولوية لأن نسيان الدابة حدث مانع عن الرد وفي المقام يكون المبيع
قائما بعينه

وقد يستدل بعد رد الاستدلال بتبعض الصفقة بما ذكرناه مع جوابه بظهور الأدلة في تعلق حق الخيار بمجموع المبيع لا كل جزء منه { ١ } لا أقل من الشك لعدم اطلاق موثوق به والأصل اللزوم، وفيه مضافا إلى أن اللازم من ذلك عدم جواز رد المعيب منفردا وإن رضي البائع، لأن المنع حينئذ لعدم المقتضي للخيار في الجزء لا لوجود المانع عنه وهو لزوم الضرر على البائع حتى ينتفي برضا البائع، أنه لا يشك أحد في أن دليل هذا الخيار كغيره من أدلة جميع الخيارات صريح في ثبوت حق الخيار لمجموع المبيع لا كل جزء ولذا لم يجوز أحد تبعض ذي الخيار أجزاء ماله فيه الخيار، ولم يحتمل هنا أحد رد الصحيح دون المعيب وإنما وقع الاشكال في أن محل الخيار هو هذا الشيء المعيوب، غاية الأمر أنه يجوز رد الجزء الصحيح معه لئلا يتبعض الصفقة عليه. وأما لقيام الاجماع على جواز رده وأما لصدق المعيوب على المجموع { ٢ } كما تقدم، أو أن محل الخيار هو مجموع ما وقع عليه العقد لكونه معيوباً ولو من حيث بعضه.

وبعبارة أخرى الخيار المسبب عن وجود الشيء المعيوب في الصفقة نظير الخيار المسبب عن وجود الحيوان في الصفقة، في اختصاصه بالجزء المعنون بما هو سبب للخيار أم لا، بل غاية الأمر ظهور النصوص الواردة في رد البيع الظاهر في تمام ما وقع عليه العقد { ٣ }

{ ١ } هذا إشارة إلى الوجه الأول الذي نقلناه عن صاحب الجواهر ونقده

{ ٢ } قوله وأما لصدق المعيوب على المجموع

مراده ما إذا كان المبيع واحدا عرفا وكان بعضه معيوباً وإلا كان التزاماً بما ذكره صاحب الجواهر (رحمه الله)

{ ٣ } قوله بل غاية الأمر ظهور النصوص الواردة في رد البيع الظاهر في تمام ما وقع عليه العقد

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

وحاصله أنه وإن سلم ظهور النصوص في ذلك إلا أن المنصرف منها أو ظاهرها ما إذا كان المبيع واحدا عرفاً ولا تشمل ما إذا كان المبيع اثنين منضمين الذي هو محل الكلام

ولكن لازم هذا البيان عدم الخيار في المعيب المنضم إلى الصحيح لا في الجزء ولا في الكل.

لكن موردها المبيع الواحد العرفي المتصف بالعيب نظير أخبار خيار الحيوان. وهذا المقدار لا يدل على حكم ما لو انضم المعيب إلى غيره، بل قد يدل كأخبار خيار الحيوان على اختصاص الخيار بخصوص ما هو متصف بالعيب عرفا باعتبار نفسه أو جزئه الحقيقي كبعض الثوب لا جزئه الاعتباري كأحد الشئيين الذي هو محل الكلام.

ومنه يظهر عدم جواز التشبث في المقام بقوله في مرسله جميل إذا كان الشيء قائما بعينه، { ١ } لأن المراد بالشيء هو المعيب، ولا شك في قيامه هنا بعينه. وبالجملة فالعمدة في المسألة مضافا إلى ظهور الاجماع، ما تقدم من أن مرجع جواز الرد منفردا إلى اثبات سلطنة للمشتري على الجزء الصحيح من حيث إمساكه، ثم سلب سلطنته عنه بخيار البائع ومنع سلطنته على الرد أولا أولى ولا أقل من التساوي، فيرجع إلى أصالة اللزوم { ٢ }

{ ١ } ثالثها: ما أشار إليه المصنف (رحمه الله)، وهو: إنه مقتضى المرسل، (١) لأنه لا يصدق

قيام المبيع بعينه لو رد البعض.

وفيه: أولا: إن الظاهر من المرسل اعتبار كون المبيع قائما بعينه قبل الفسخ، وهذا موجود في المقام.

وثانيا: إن المراد كون المعيب قائما بعينه، وهو كذلك حتى بعد الفسخ.

{ ٢ } رابعها: ما في المتن: أيضا وهو: إن مرجع جواز الرد منفردا إلى اثبات سلطنة المشتري على إمساك الجزء الصحيح ثم سلب سلطنته عنه بخيار البائع، ومنع سلطنته على الرد أولا أولى، ولا أقل من التساوي، فيرجع إلى أصالة اللزوم.

وفيه مضافا إلى ما قد مر أن مرجعه ليس إلى ذلك بل إلى السلطنة على حل العقد على المعيوب وسلطنة البائع على حله بالإضافة إلى الصحيح، لا تنافي تلك بل لسلطنة المالك على ماله

إن مدرك خيار العيب ليس هو قاعدة لا ضرر. بل النص، فلا بد من الرجوع إليه

(١) الوسائل - باب ١٦ - من أبواب الخيار حديث ٣.

والفرق بينه وبين خيار الحيوان الاجماع، كما أن للشفيع أن يأخذ بالشفعة في بعض الصفقة.

وبالحملة فالأصل كاف في المسألة، ثم إن مقتضى ما ذكروه من الحاق تبعض الصفقة بالعيب الحادث أنه لو رضي البائع بتبعض الصفقة جاز الرد، كما في التذكرة معللاً بأن الحق لا يعدو هما وهذا مما يدل على أن محل الخيار هو الجزء المعيب، { ١ } إلا أنه منع من رده نقصه بالانفراد عن باقي المبيع، إذ لو كان محله المجموع لم يجز رد المعيب وحده إلا بالتفاسخ ومعه يجوز رد الصحيح منفرداً أيضاً.

وهو يقتضي خيار المشتري، وبعد ذلك أن قام دليل على خيار البائع أخذ به أيضاً، وإلا فلا.

خامسها: النص (١) المانع عن الرد بالخياطة والصبغ، إذ المانع فيهما ليس إلا حصول الشركة في الثوب بنسبة الصبغ والخياطة. وفيه: إن المانع هو تغير الهيئة، وإنما لا يمنع ذلك إذا كان بما يوجب الزيادة لانصراف النص كما تقدم. سادسها: الاجماع.

وفيه: إنه لمعلومية مدرك المجمعين لا يعتمد عليه. { ١ } قوله وهذا مما يدل على أن محل الخيار هو الجزء المعيب لا دلالة فيما أفاده على ذلك إذ يمكن أن يكون نظر العلامة إلى كون مورد الخيار المجموع وإنما التزم بجواز رد المعيب من جهة رجوعه إلى التفاسخ والإقالة. فتحصل: إن الأظهر أن التبعض لا يمنع من الرد، غاية الأمر أن لكل من البائع والمشتري خيار تبعض الصفقة بالنسبة إلى الجزء الصحيح. حكم ما إذا كان المشتري متعدداً

(١) الوسائل - باب ١٦ - من أبواب الخيار حديث ٣.

وأما الثالث: وهو تعدد المشتري بأن اشترى شيئاً واحداً، فظهر فيه عيب، { ١ } فإن الأقوى فيه عدم جواز انفراد أحدهما على المشهور كما عن جماعة. واستدل عليه في التذكرة وغيرها بأن التشقيص عيب مانع من الرد، { ٢ } خلافاً للمحكي عن الشيخ في باب الشركة، والإسكافي والقاضي والحلي وصاحب البشري فجوزوا الافتراق.

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

إحدهما: إن موضوع البحث في هذا المقام والمقام الثالث أنه بتعدد المشتري أو البائع، مع وحدة العقد الانشائي والمبيع عرفاً، هل يتعدد الخيار أم لا؟ بل وحدة الخيار وتعدد تدوران مدار وحدة العقد أو المبيع أو تعدده، وموضوع البحث في المقام الأول كان على العكس من ذلك، وهو أنه مع وحدة البائع والمشتري والعقد وتعدد المبيع هل يتعدد الخيار أم لا؟ ثانيتهما: في الأقوال في المسألة، وهي أربعة:

الأول: الجواز.

الثاني: عدمه.

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

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

إذا عرفت هاتين المقدمتين، فاعلم: أنه قد استدل لعدم الجواز بوجوه:

{ ٢ } أحدها: ما استدل به في محكي التذكرة وغيرها وسلمه المصنف (رحمه الله) وهو: أن لازمه التبعض على البائع وهو عيب يمنع من الرد كسائر العيوب الحادثة عند المشتري. وفيه: أولاً: ما تقدم من أن المبيع قائم بعينه قبل الفسخ، ولو سلم تغيره بعد الفسخ فهو لا يكون مانعاً.

وفي التذكرة ليس عندي فيه بعد، إذ البائع أخرج العبد إليهما مشقفاً، فالشركة حصلت بايجابه، وقواه في الإيضاح لما تقدم من التذكرة، وظاهر هذا الوجه اختصاص جواز التفريق بصورة علم البائع بتعدد المشتري، واستجوده في التحريم وقواه في جامع المقاصد وصاحب المسالك.

وقال في المبسوط إذا اشترى الشريكان عبداً بمال الشركة، ثم أصابا به عيباً كان لهما أن يرداه وكان لهما أن يمساكاه، فإن أراد أحدهما الرد والآخر الإمساك كان لهما ذلك.

ثم قال ولو اشترى أحد الشريكين للشركة، ثم أصابا به عيباً، كان لهما أن يردا وأن يمساكاه، فإن أراد أحدهما الرد والآخر الإمساك نظر، فإن أطلق العقد ولم يخبر البائع أنه قد اشترى للشركة لم يكن له الرد، لأن الظاهر أنه اشترى لنفسه فإذا ادعى أنه اشترى له ولشريكه فقد ادعى خلاف الظاهر، فلم يقبل قوله، وكان القول قول البائع مع يمينه، إلى أن قال وإن أخبر البائع بذلك قيل فيه وجهان: أحدهما: وهو الصحيح أن له الرد لأن الملك بالعقد وقع لاثنين، فقد علم البائع أنه يبيعه من اثنين وكان لأحدهما أن ينفرد بالرد دون الآخر، وقيل فيه وجه آخر، وهو أنه ليس له الرد، لأن القبول في العقد كان واحداً، انتهى.

وظاهر هذه العبارة اختصاص النزاع بما إذا كان القبول في العقد واحداً من اثنين. أما إذا تحقق القبول من الشريكين، فلا كلام في جواز الافتراق، ثم الظاهر منه مع اتحاد القبول التفصيل بين علم البائع وجهله، لكن التأمل في تمام كلامه قد يعطي التفصيل بين كون القبول في الواقع لاثنين أو لواحد، فإنه قدس سره علل عدم جواز الرد في صورة عدم اخبار المشتري بالاشتراك، بأن الظاهر أنه اشترى لنفسه لا بعدم علم البائع بالتعدد وكذا حكمه قدس سره بتقديم قول البائع بيمينه المستلزم لقبول البيعة من المشتري على أن الشراء بالاشتراك دليل على أنه يجوز التفريق بمجرد ثبوت التعدد في الواقع بالبيعة وإن لم يعلم به البائع إلا أن يحمل اليمين على يمين البائع على نفي العلم، ويراد من البيعة البيعة على اعلام المشتري للبائع بالتعدد، وكيف كان فمبني المسألة على ما يظهر من كلام الشيخ على تعدد العقد بتعدد المشتري ووحده.

والأقوى في المسألة عدم جواز الافتراق مطلقا، لأن الثابت من الدليل هنا خيار واحد متقوم باثنين، فليس لكل منهما الاستقلال، ولا دليل على تعدد الخيار هنا إلا اطلاق الفتاوى والنصوص من أن من اشترى معيبا فهو بالخيار، الشامل لمن اشترى جزءا من المعيب، لكن الظاهر بعد التأمل انصرافه إلى غير المقام، ولو سلمنا الظهور لكن لا ريب في أن رد هذا المبيع منفردا عن المبيع الآخر نقص حدث فيه، بل ليس قائما بعينه ولو بفعل الممسك لحصته وهو مانع من الرد، ومن ذلك يعلم قوة المنع وإن قلنا بتعدد العقد وما ذكره تبعا للتذكرة من أن التشقيص حصل بإيجاب البائع { ١ } فيه أنه أخرجه غير مبعض وإنما تبعض بالاعراج والمقصود حصوله في يد البائع، كما كان قبل الخروج { ٢ } وخلاف ذلك ضرر عليه، وعلم البائع بذلك ليس فيه اقدام على الضرر إلا على تقدير كون حكم المسألة جواز التبعيض وهو محل الكلام. { ٣ }

وثانيا: أنه بعد الفسخ أيضا قائم بعينه، فإن ما أخذه كل من المشتريين قائم بعينه، فإن ما أخذه كل من المشتريين قائم على ما كان عليه عند أخذه، فإنه لم يأخذ إلا حصة نفسه، فافتراق حصته عن حصة صاحبه ليس نقصا فيما أخذه. والظاهر أن هذا مراد العلامة (رحمه الله)، من قوله:

{ ١ } إن التشقيص حصل بإيجاب البائع

ولا يرد عليه ما ذكره المصنف (رحمه الله) بقوله:

{ ٢ } أنه تبعض بالاعراج والمقصود حصوله في يد البائع كما كان قبل الخروج فإنه يرد عليه: إن المقصود ارجاع ما تلقاه من البائع وتملكه منه، وهو حاصل.

ثانيها: إن النص منصرف إلى غير المقام - أي إلى ما إذا اتحد المشتري وقد استند المصنف (رحمه الله) إليه في المنع.

وفيه: إنه لو تم ذلك لزم أن لا يحكم بالخيار لمجموع المشتريين أيضا، مع أنه لا يتم إذ لا وجه للانصراف سوى الغلبة.

{ ٣ } ثالثها: ما ذكره المصنف (رحمه الله) بقوله: إن خلاف ذلك ضرر عليه وعلم البائع بذلك

ليس فيه اقدام على الضرر إلا على تقدير كون حكم المسألة جواز التبعيض، وهو محل الكلام.

والحاصل أن الفرق بين هذه المسألة والمسألة الأولى غير وجيه. وأما الثاني: وهو تعدد البائع، فالظاهر عدم الخلاف في جواز التفريق إذ لا ضرر على البائع بالتفريق { ١ } ولو اشترى اثنان من اثنين عبدا واحدا فقد اشترى كل من كل ربعا فإن أراد أحدهما رد ربع إلى أحد البائعين دخل في المسألة الثالثة، ولذا لا يجوز لأن المعيار تبعض الصفقة على البائع الواحد.

وقد تقدم الجواب عن ذلك في المقام الأول. رابعها: إن العقد واحد، فالخيار الذي هو حل العقد واحد، ومتعلقه المجموع، فلا يجوز رد البعض. وفيه: إن المراد من العقد الذي حكم عليه بالوحدة إن كان هو العقد الانشائي فيرد عليه أولا: أنه يمكن القول بتعددده إذا قبل المشتريان، فإنه لا يمكن القول بوحدة الايجاب وتعدد القبول لتضائفهما. وثانيا: إنه لا عبرة إلا بالبيع الحقيقي والعقد المعنوي اللبي، وإن كان هو العقد المعنوي فيرد عليه: إنه مع تعدد الملكية لا محالة يتعدد التمليك لوحدة الايجاد والوجود، وهو البيع الحقيقي. خامسها: إن الثابت بالدليل هنا خيار واحد قائم باثنين، فليس لكل منهما الاستقلال.

وفيه: إن الدليل يثبت الخيار لكل من اشترى شيئا وبه عيب على نحو القضية الحقيقية، وفعلية ذلك إنما تكون بفعلية موضوعه، وتعددده تابع لتعدد موضوعه خارجا، ومن المعلوم أنه يصدق على كل من المشتريين أنه اشترى شيئا وبه عيب، فمقتضى اطلاق النص ثبوت الخيار له مستقلا. فتحصل: إن الأظهر جواز الرد، كما ظهر مدرك القولين الآخرين والجواب عنه. المقام الثالث: ما إذا كان البائع متعددا، ففي المتن { ١ } فالظاهر عدم الخلاف في جواز التفريق، إذ لا ضرر على البائع بالتفريق

مسألة: يسقط الأرش دون الرد في موضعين: { ١ } أحدهما: إذا اشترى ربويا بجنسه فظهر عيب في أحدهما فلا أرش حذرا من الربا { ٢ } ويحتمل جواز أخذ الأرش ونفى عنه البأس في التذكرة { ٣ } بعد أن حكاها وجها ثالثا لبعض الشافعية موجهها له بأن المماثلة في مال الربا إنما يشترط في ابتداء العقد وقد حصلت والأرش حق ثبت بعد ذلك لا يقدر في العقد السابق، انتهى. ثم ذكر أن الأقرب أنه يجوز أخذ الأرش من جنس العوضين لأن الجنس لو امتنع أخذه لامتنع أخذ غير الجنس لأنه يكون بيع مال الربا بجنسه مع شيء آخر، انتهى وعن جامع الشرائع حكاية هذا الوجه عن بعض أصحابنا المتقدم على العلامة

ولكن يرد: إن مجرد عدم المانع لا يكفي في الحكم بثبوت الخيار. وبالجملة: إن الكلام في هذا المقام بعينه هو الكلام في المسألة المتقدمة دليلا ومختارا، فالأظهر هو الجواز في المقامات الثلاثة.

مسقطات الأرش خاصة

{ ١ } السابعة: يسقط الأرش دون الرد في موضعين:
{ ٢ } أحدهما: ما إذا اشترى ربويا بجنسه فظهر عيب في أحدهما فلا أرش حذرا من الربا هكذا أفاد جماعة،

{ ٣ } ونفى العلامة في محكي التذكرة البأس عن جواز أخذ الأرش لا كلام ولا اشكال في صحة العقد وجواز الرد وإنما الكلام في أنه هل يستحق الأرش أم لا، أم يفصل بين أخذه من الجنس فلا يجوز ومن غيره فيجوز؟

وتنقيح القول في المقام يقتضي البحث في موردين:
الأول: في أنه هل يوجب أخذ الأرش الربا أم لا يوجب؟
الثاني: في حكمه على فرض صيرورته ربويا.
أما الأول: فقد استدل لصيرورته ربويا بأخذ الأرش بوجه:

وحاصل وجهه أن صفة الصحة لم تقابل بشيء من الثمن حتى يكون المقابل للمعيب الفاقد للصحة أنقص منه قدرا بل لم تقابل بشيء أصلا ولو من غير الثمن وإلا لثبت في ذمة البائع وإن لم يختار المشتري الأرش بل الصحة وصف التزامها لبائع في المبيع من دون مقابله بشيء من المال كسائر الصفات المشترطة في المبيع إلا أن المشهور جوز للمشتري مع تبين فقدته أخذ ما يخصه بنسبة المعاوضة من الثمن أو غيره وهذه غرامة شرعية حكم بها الشارع عند اختيار المشتري لتغريم البائع، { ١ } هذا ولكن يمكن أن يدعي أن المستفاد من أدلة تحريم الربا

منها: إن الأرش وإن كان مجعولا شرعيا إلا أنه لا فرق في حرمة الربا بين كون الزيادة بجعل من المتعاقدين، أو بحكم الشارع: فإنه من باب تتميم الناقص، مع أنهما متماثلان من حيث المقدار.

{ ١ } وفيه: إن جعل الأرش من الشارع ليس بعنوان تتميم الناقص بل هو غرامة محضبة. حكم بها الشارع عند اختيار المشتري لتغريم البائع ومنها: إن الأرش وإن لم يوجب زيادة أحد العوضين إلا أنه يوجب نقص الآخر، وهو ما يؤخذ منه الأرش.

وفيه: أنه سيجئ في محله من أن الأرش ليس جزء من العوض كي يكون تنقيصا موجبا لتعادل العوضين، بل لو سلم حكم الشارع برد بعض الثمن لا يكون ذلك بعنوان انفساخ بعض العقد، بل بعنوان تملك جديد.

ومنها: إن الأرش إنما يكون بالتزام البائع بالتدارك عند نقص وصف الصحة، فهو من قبيل شرط الزيادة داخل في الربا. وفيه: أولا: أن لازم ذلك بطلان البيع. وثانيا: إن اشتراط وصف الصحة كاشتراط سائر الصفات ليس التزاما بالأرش، بل بالخيار والأرش جعل بحكم الشارع.

وحرمة المعاوضة إلا مثلا بمثل بعد ملاحظة أن الصحيح والمعيب جنس واحد أن وصف الصحة في أحد الجنسين كالمعدوم { ١ } لا يترتب على فقدته استحقاق عوض ومن المعلوم أن الأرش عوض وصف الصحة عرفا وشرعا فالعقد على المتجانسين لا يجوز أن يصير سببا لاستحقاق أحدهما على الآخر زائدا على ما يساوي الجنس الآخر.

وبالحملة فبناء معاوضة المتجانسين على عدم وقوع مال في مقال الصحة المفقودة في أحدهما والمسألة في غاية الاشكال ولا بد من مراجعة أدلة الربا وفهم حقيقة الأرش وسيجيء بعض الكلام فيه انشاء الله.

ومنها ما في المتن قال،
{ ١ } بعد ملاحظة أن الصحيح والمعيب جنس واحد إن وصف الصحة في واحد الجنسين كالمعدوم
حاصله: أن الأرش عوض وصف الصحة فمع كون الصحيح والمعيب جنسا واحدا وإن وصف الصحة في أحد الجنسين كالمعدوم لا يترتب على فقدته استحقاق عوض على ما هو المستفاد من الأدلة، لا محالة يكون زائدا على ما يساوي الجنس الآخر، فتشمله أدلة حرمة الربا، إذ لا فرق فيها بين سببية العقد للزيادة بلا واسطة أو بواسطة سببته لاستحقاق الأرش.

وفيه: إن الأرش غرامة شرعية مجعولة لا أن العقد سبب له وبعبارة أخرى: ما يتكفله دليل الربا إنما هو عدم جواز التملك على وجه التفاضل لا إيجاد موضوع له حكم شرعي قهري.

ومنها: ما عن المحقق الخراساني (رحمه الله)، وهو: إن الأرش وإن لم يوجب انعقاد العقد على المتفاضلين، إلا أنه يوجب استقراره عليهما، ولا فرق في الربا بين أن يكون انعقاد العقد على المتفاضلين أو استقراره عليهما.

وفيه: إن اللزوم خارج عن العقد، فصيرورة العقد لازما بأخذ الأرش غير كون استقرار العقد متوقفا عليه.

الثاني: ما لو لم يوجب العيب نقصا في القيمة فإنه لا يتصور هنا أرش {١} حتى يحكم بثبوته وقد مثلوا لذلك بالخصاء في العبيد وقد يناقش في ذلك بأن الخصاء موجب في نفسه لنقص القيمة لفوات بعض المنافع عنه كالفحولة وإنما يرغب في الخصي قليل من الناس لبعض الأغراض الفاسدة أعني عدم تستر النساء منه فيكون واسطة في الخدمات بين المرء وزوجته وهذا المقدار لا يوجب زيادة في أصل المالية {٢} فهو كعنب معيوب يرغب فيه لجودة خمره لكن الأنصاف إن الراغب فيه لهذا الغرض حيث يكون كثيرا لا نادرا بحيث لا يقدر في قيمته المتعارفة لولا هذا الغرض {٣} صح أن يجعل الثمن المبذول من الراغبين مقدارا لمالية الخصي فكان هذا الغرض صار غرضا مقصودا متعارفا وصحة الغرض وفساده شرعا لا دخل لها في المالية العرفية، كما لا يخفى.

فتحصل: أنه لا يكون داخلا في الربا، فالأظهر صحة العقد وجواز أخذ الأرش. وأما المورد الثاني: فإن قلنا بدخوله تحت دليل حرمة الربا، لا محالة يقع التعارض بين ذلك الدليل ودليل استحقاق الأرش، وحيث إن النسبة عموم من وجه، ودلالة كل منهما على حكم المجمع بالاطلاق، فأما أن يقال إنهما يتساقطان ويرجع إلى أصالة عدم استحقاق الأرش، أو أنه لا بد من الرجوع إلى المرجحات، والترجيح مع دليل حرمة الربا، وعلى التقديرين يسقط الأرش.

{١} قوله الثاني ما لو لم يوجب العيب نقصا في القيمة فإنه لا يتصور هنا أرش ما أفاده (قدس سره) من الكبرى الكلية من القضايا التي قياساتها معها فإنه مع عدم التفاوت لا يعقل ما به التفاوت الذي هو الأرش إنما الكلام في أنه هل يتحقق مورد لذلك أي يكون النقص موجبا للعيب الموجب للخيار ولا يوجب نقصا في القيمة والمثبتون مثلوا له بالخصاء في العبيد {٢} وأورد عليهم بأنه يوجب نقص القيمة لفوات بعض المنافع عنه كالفحولة وإنما يرغب في الخصي قليل من الناس لبعض الأغراض الفاسدة وهو لا يوجب زيادة المالية وأجاب المصنف (رحمه الله) عن الأيراد {٣} بأن الراغب فيه لذلك الغرض بما أنه كثير ومناطق المالية بذل متعارف الناس مقدارا من المال بإزاء الشيء لا محالة يكون الخصاء غير منقص للمالية

وبالجملة فالعبرة في مقدار المالية برغبة الناس في بذل ذلك المقدار من المال بإزائه سواء كان من جهة أغراض أنفسهم أم من جهة بيعه على من له غرض فيه مع كثرة ذلك المشتري وعدم ندرته بحيث يلحق بالاتفاقيات.
مسألة: يسقط الرد والأرش معا بأمر.
أحدها: العلم بالعيب قبل العقد بلا خلاف ولا اشكال { ١ } لأن الخيار إنما ثبت مع الجهل. { ٢ }

والحق أنه بناء على ما سيأتي من المصنف (رحمه الله) من دخل نقص المالية في صدق العيب لا مجال لهذا البحث في المقام فإنه كما يكون الأرش ساقطا حينئذ يكون خيار العيب ساقطا
رأسا

وأما بناء على مسلك من يرى عدم دخله في صدق العيب يبقى لهذا البحث في المقام مجال فإنه يبحث في أن الخصاء، كما أنه يوجب جواز الرد لكونه عيبا يوجب جواز أخذ الأرش لكونه منقضا للقيمة أم لا يوجب لعدم كونه منقضا لها ما يسقط الرد والأرش
الخامسة: يسقط الرد والأرش معا بأمر:

{ ١ } أحدها: ما لو علم بالعيب ثم اشتراه فإنه لا خلاف ولا اشكال في أنه لا أرش أيضا كما لا رد، وقد تكرر في كلماتهم دعوى الاجماع عليه، والوجه فيه أصالة اللزوم، بعد أنه لا مقتضي للخيار.
أما إذا كان المدرك لهذا الخيار الأخبار، فلأنها مختصة بصورة الجهل لما فيها من التعبير بظهور العيب ووجد أنه ورؤيته، وجميع تلكم بعد البيع.
وإن كان المدرك قاعدة لا ضرر فلأنها مختصة بصورة الجهل، إذ لا منة في رفع حكمه مع العلم.

والظاهر: إلى هذا نظر المصنف (رحمه الله) من { ٢ } قوله: لأن الخيار إنما ثبت مع الجهل فلا يكون ما أفاده مصادرة كما توهم.

وقد يستدل بمفهوم صحيحة زرارة المتقدمة، { ١ } وفيه نظر { ٢ } وحيث لا يكون العيب المعلوم سبباً للخيار

{ ١ } مورد الاستدلال صدر صحيح زرارة (١) المشار إليه أيما رجل اشترى شيئاً وبه عيب وعوار ولم يتبرأ إليه ولم يبين له فأحدث... الخ، والمستدل هو صاحب الجواهر (رحمه الله).

وتقريب الاستدلال به: إنه وإن كان في مقام بيان مانعية أحداث الحدث عن الخيار إلا أنه من تقييد موضوع الخيار بعدم التنبيه المأخوذ طريقاً إلى الجهل يستكشف اختصاص الخيار بصورة الجهل.

{ ٢ } وتنظر المصنف (رحمه الله) فيه:

وجملة من المحشين منهم السيد والمحقق الإيرواني (رحمه الله)، ذكروا أن منشأ نظر المصنف (رحمه الله) أنه لا مفهوم له، فأوردوا عليه بايرادات:

أحدها أنه سيستدل به عن قريب في مسألة السقوط بالتبري، مع أن دلالة على السقوط به أو بالعلم على نسق واحد.

ثانيها: إن الشرط فيه وإن كان مسوقاً لبيان تحقق الموضوع، إلا أنه من جهة تقييده بقيد يكون له مفهوم الشرط بالنسبة إلى ذلك القيد، فيكون نظير أن يقال: إن رزقت ولداً ذكراً سوياً فاختنه.

ثالثها: إن المفهوم الذي يؤخذ منه هو مفهوم القيد، وهذا المفهوم إن لم نقل به في غير مقام فلا يبعد القول فيه في المقام لمكان ورود الرواية في مقام ضبط مورد الخيار مقدماً لبيان سقوطه بأحداث الحدث.

ولكن الظاهر أن وجه نظر المصنف (رحمه الله) أنه يحتمل أن يكون المراد من قوله لم يبين له

اعتبار عدم رفع الالتزام بالصحة، أي لم يصدر من البائع تنبيه على العيب حتى يخرج عن عهدة البيع، فيجامع عدم التنبيه مع علم المشتري بالعيب لا اعتبار عدم التنبيه، وعليه فتوقف المصنف (رحمه الله) في محله ولا يرد عليه شيء مما تقدم:

(١) الوسائل - باب ١٦ - من أبواب الخيار حديث ٢.

فلو اشترط العالم ثبوت خيار العيب مريداً به الخيار الخاص { ١ } الذي له أحكام خاصة فسد الشرط وأفسد { ٢ } لكونه مخالفاً للشرع { ٣ } ولو أراد به مجرد الخيار كان من خيار الشرط ولحقه أحكامه لا أحكام خيار العيب..

{ ١ } ولو اشترط العالم ثبوت خيار العيب مريداً به الخيار الخاص فالأقوال فيه ثلاثة:

صحة العقد والشرط، اختاره صاحب الجواهر (رحمه الله)
{ ٢ } فساد الشرط والعقد، اختاره المصنف (رحمه الله)
صحة العقد وفساد الشرط.

فالكلام يقع في موردين:
الأول في حكم الشرط.
الثاني: في حكم العقد.

{ ٣ } أما الأول: فقد استدل المصنف (رحمه الله) للفساد: بأنه خلاف المشروع توضيحه: إن مدرك الخيار هو النص الخاص، فهو كما عرفت مختص بصورة الجهل، فلا مقتضي للخيار مع العلم، والشرط لا يحقق المقتضي لذلك الخيار الخاص المنحصر في سبب خاص.

وفي الجواهر: الاستدلال للصحة بما توضيحه: إن الضرر مقتض للخيار، والاقدام مع العلم مانع من حيث كشفه عن الرضا، ومع الشرط ترتفع الكاشفية فلا مانعية. وفيه: أولاً: إن المقتضي في مقام الاثبات هي الأخبار، وهي كما عرفت مختصة بصورة الجهل.

وثانياً: إنه لو سلم كون المقتضي في مقام الاثبات هي قاعدة لا ضرر فكونها مقتضية حتى مع العلم غير ثابت، بل المقتضي هو الضرر المستند إلى الشارع، فمع العلم لا مقتضي، حيث إن الضرر لا يستند إلى الشارع كما لا يخفى، فالأظهر فساد الشرط

الثاني: تبري البائع عن العيوب اجماعا في الجملة { ١ } على الظاهر المصرح به في محكي الخلاف والغنية ونسبه في التذكرة إلى علمائنا أجمع والأصل في الحكم قبل الاجماع مضافا إلى ما في التذكرة من أن الخيار إنما يثبت لاقتضاء مطلق العقد السلامة. فإذا صرح البائع بالبراءة فقد ارتفع صححة زرارة المتقدمة ومكاتبة جعفر بن عيسى الآتية ومقتضى اطلاقهما كمعقد الاجماع المحكي عدم الفرق بين التبري تفصيلا وإجمالا ولا بين العيوب الظاهرة والباطنة لاشتراك الكل في عدم المقتضي للخيار مع البراءة خلافا للمحكي في السرائر عن بعض أصحابنا من عدم كفاية التبري اجمالا. وعن المختلف نسبة إلى الإسكافي

وأما المورد الثاني: فإن قلنا: إن الشرط الفاسد مفسد فسد العقد أيضا، وإلا فلا. وبذلك يظهر أن الشيخ (رحمه الله) الباني على عدم مفسدية الشرط الفاسد ليس له الحكم بفساد العقد في المقام.

التبرئ عن العيوب

{ ١ } ثانيهما: تبري البائع عن العيوب وقبول المشتري البيع معه، فإنه يسقط به الرد والأرش بلا خلاف، وفي الجواهر: اجماعا محكيا صريحا عن الغنية والخلاف والتذكرة وظاهرا في غيرها إن لم يكن محصلا.

ويشهد به - مضافا إلى ذلك، وإلى ما في الجواهر - ضرورة كون المراد البراءة مما رتب الشارع عليه من الحكم وهو الرد أو الأرش، فهو حينئذ شرط مندرج فيما دل على الشرائط حتى لو ذكره قبل العقد وبني عليه بناء على أنه حينئذ كالمصرح به فيه، ولأن المشتري حينئذ راض به على ذلك، كما لو علم به وأقدم عليه، بل يشمله دليل ذلك. بل قد يقال: إن في شمول أدلة الخيار المزبور لمحل الفرض محل شك، بل ظاهرها خلافه، فتبقى أصالة اللزوم وأصالة براءة الذمة من الأرش بلا معارض انتهى.

وقد ينسب إلى صريح آخر كلام القاضي المحكي في المختلف مع أن المحكي عن كامل القاضي موافقة المشهور وفي الدروس نسب المشهور إلى أشهر القولين ثم إن ظاهر الأدلة هو التبري من العيوب الموجودة حال العقد وأما التبري من العيوب المتجددة { ١ } الموجبة للخيار

مفهوم صحيح زرارة عن الإمام الباقر (عليه السلام): أيما رجل اشترى شيئاً به عيب وعوار لم يتبرأ إليه ولم يتبين له فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً ثم علم بذلك العوار وبذلك الداء أنه يمضي عليه البيع ويرد عليه بقدر ما نقص من ذلك والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به. (١)

بالتقريب الآتي.

ومصحح جعفر بن عيسى: كتبت إلى أبي الحسن (عليه السلام): جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد فينادي عليه المنادي، فإذا نادى عليه برئ من كل عيب فيه، فإذا اشتراه المشتري ورضيه ولم يبق إلا نقد الثمن، فربما زهد فإذا زهد فيه ادعى فيه عيوباً وأنه لم يعلم بها فيقول المنادي: قد برئت منها، فيقول المشتري: لم أسمع البراءة منها: أصدق فلا يجب

عليه الثمن أم لا يصدق فيجب عليه الثمن؟ فكتب: عليه الثمن. (٢) ودلالته على ذلك من وجهين واضحة، ومع ذلك كله فلا يصغى إلى ما قيل من أن شرط التبرئ من العيب موجب للجهل بالمبيع والغرر، الموجبين للبطلان، أضف إليه ما تقدم في مبحث خيار الرؤية في مسألة شرط عدم الخيار دفع ذينك وسائر ما أورد عليه.

هذا كله في العيب الموجود قبل العقد،

{ ١ } وأما العيب المتجدد بعده الموجب للخيار، كالحادث بعد العقد قبل القبض أو في زمان خيار المشتري، فهل يصح التبرئ منه كما هو المشهور، وعن ظاهر التذكرة. الاجماع عليه، أم لا يصح؟ وجهان.

(١) الوسائل - باب ١٦ - من أبواب الخيار حديث ٢.
(٢) الوسائل - باب ٨ - من أبواب أحكام العيوب حديث ١.

فيدل على صحته وسقوط الخيار به عموم المؤمنون عند شروطهم { ١ } قال في
التذكرة بعد الاستدلال بعموم المؤمنون لا يقال إن التبري مما لم يوجد يستدعي
البراءة مما لم يجب { ٢ } لأننا نقول إن التبري إنما هو من الخيار الثابت بمقتضى العقد لا
من العيب، { ٣ } انتهى.

أقول المفروض أن الخيار لا يحدث إلا بسبب حدوث العيب والعقد ليس سببا
لهذا الخيار { ٤ } فإسناد البراءة إلى الخيار لا ينفع وقد اعترف قدس سره في بعض كلماته
بعدم جواز اسقاط خيار الرؤية بعد العقد وقبل الرؤية. { ٥ } نعم ذكر في التذكرة
جواز اشتراط نفي خيار الرؤية في العقد لكنه مخالف لسائر كلماته وكلمات غيره
كالشهيد والمحقق الثاني.

وبالجملة فلا فرق بين البراءة من خيار العيوب والبراءة من خيار الرؤية

{ ١ } قد استدل المصنف (رحمه الله) للأول: بعموم المسلمون عند شروطهم (١)

ثم أورد عليه إيرادين.

{ ٢ } أحدهما: إنه من قبيل البراءة مما لا ثبوت له فيكون كاسقاط ما لا يجب

{ ٣ } ونقل عن العلامة الجواب عنه: بأن البراءة ليست من العيب بل من الخيار

الذي هو مقتضى العقد.

{ ٤ } وأجاب عنه: بأن 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: إن التبري من العيب مرجعه إلى شرط عدم الخيار وسقوطه، وقد مر مرارا أن

اسقاط ما لم يجب معلقا على ثبوته لا مانع منه.

{ ٥ } قوله وقد اعترف (قدس سره) في بعض كلماته بعدم جواز اسقاط خيار الرؤية

سقوط الخيار أو عدم ثبوته غير اسقاط الخيار معلقا أو منجزا ولا محذور في

الالتزام بعدم جواز الثاني، وجواز الأول كما تقدم وعليه فلا تنافي بين كلماته

(١) الوسائل - باب ٦ - من أبواب الخيار وباب ٤ من أبواب المكاتبه.

بل الغرر في الأول أعظم { ١ } إلا أنه لما قام النص والاجماع على صحة التبري من العيوب الموجودة فلا مناص عن التزام صحته مع امكان الفرق بين العيوب والصفات المشترطة في العين الغائبة باندفاع الغرر في الأول بالاعتماد على أصالة السلامة { ٢ } فلا يقدر عدم التزام البائع بعدمها بخلاف الثاني فإن الغرر لا يندفع فيه إلا بالتزام البائع بوجودها فإذا لم يلتزم بها لزم الغرر. وأما البراءة عن العيوب المتجددة فلا يلزم من اشتراطها غرر في البيع حتى يحتاج إلى دفع الغرر بأصالة عدمها لأنها غير موجودة بالفعل في المبيع حتى يوجب جهالة

ثانيهما: إنه موجب للغرر، بتقريب: إن ارتفاع الغرر إنما كان بالالتزام بالصحة، وشرط عدم الخيار والتبري من العيب مرجعه إلى عدم الالتزام بالصحة، فيعود الغرر. ويرده - مضافا إلى ما أفاده من أن ارتفاع الغرر إنما يكون بغلبة السلامة المحفوظة مع التزام البائع وعدمه، ومضافا إلى ما في آخر كلامه من أن العيب الحادث لعدم وجوده حال العقد لا يلزم من عدم اشتراط عدمه الغرر ما مر في خيار الرؤية في الجواب عن وجوه المنافاة بين شرط عدم الخيار وما يرتفع به الغرر. فالأظهر صحة هذا الشرط. { ١ } قوله بل الغرر في الأول أعظم هذا وجه آخر لعدم جواز التبري لا ربط له بما سبق وجه الأعظمية أن كون المبيع فاقد الوصف الصحة أعظم من كونه فاقد الوصف الكمال. { ٢ } قوله باندفاع الغرر في الأول بالاعتماد على أصالة السلامة في الحاشية أقول هذا يناهني ما ذكره آنفا وفاقا للتذكرة من أنه إذا صرح البائع بالبراءة يرتفع اقتضاء اطلاق العقد السلامة انتهى ويمكن دفعه بأن ارتفاع الاطلاق لا يساوق عدم الغلبة بل عدم إرادة الصحيح وبعبارة أخرى التبري إنما ينفي الملازمة بين إرادة الصحيح، وورود العقد على الغالب لا أنه ينفي غلبة السلامة.

ثم إن البراءة في هذا المقام يحتمل إضافتها إلى أمور: { ١ }
الأول: عهدة العيوب ومعناه تعهد سلامته من العيوب فيكون مرجعه إلى
عدم التزام سلامته فلا يترتب على ظهور العيب رد ولا أرش فكأنه باعه على كل
تقدير.

الثاني: ضمان العيب وهذا أنسب بمعنى البراءة ومقتضاه عدم ضمانه بمال فتصير
الصحة كسائر الأوصاف المشتركة في عقد البيع لا يوجب إلا تخييراً بين الرد
والامضاء مجاناً ومرجع ذلك إلى اسقاط أرش العيوب في عقد البيع لا خيارها.
الثالث: حكم العيب ومعناه البراءة من الخيار الثابت بمقتضى العقد بسبب
العيب والأظهر في العرف هو المعنى الأول والأنسب بمعنى البراءة هو الثاني. { ٢ }
وقد تقدم عن التذكرة المعنى الثالث وهو بعيد عن اللفظ إلا أن يرجع إلى
المعنى الأول والأمر سهل، ثم إن تبري البائع عن العيوب مطلقاً أو عن عيب خاص
إنما يسقط تأثيره من حيث الخيار أما سائر أحكامه فلا، فلو تلف بهذا العيب في أيام
خيار المشتري لم يزل ضمان البائع لعموم النص { ٣ }

{ ١ } قوله البراءة في هذا المقام يحتمل إضافتها إلى أمور
ولما كانت البراءة مما لا ربط له بالمتبرئ غير صحيح، والعيب بنفسه من مصاديق
ذلك، التجأ إلى إبداء احتمالات في التبري الموضوع للحكم في المقام:
أحدها: إرادة البراءة عن تعهد البائع له وآثره حينئذ سقوط الرد والأرش.
ثانيها: إرادة البراءة عن ضمانه لما به التفاوت وآثره سقوط الأرش.
ثالثها: إرادة البراءة عن الحكم المترتب عليه وهو الخيار.
والمصنف مع اعترافه بأن الأظهر في العرف هو المعنى الأول، قال:
{ ٢ } والأنسب بمعنى البراءة هو الثاني
وفيه: إن البراءة في الجميع بمعنى واحد كانت أمراً وجودياً يساوق التجنب عنه
ونحوه، أم معنى سلبياً، وإنما الفرق فيما أضيف إليه، فالمتعين هو الأول.
{ ٣ } قوله فلو تلف بهذا العيب في أيام خيار المشتري لم يزل ضمان البائع لعموم النص

لكن في الدروس أنه لو تبرأ من عيب فتلف به في زمن خيار المشتري فالأقرب عدم ضمان البائع وكذا لو علم المشتري به قبل العقد أو رضي به بعده وتلف في زمان خيار المشتري ويحتمل الضمان لبقاء علاقة الخيار المقتضي لضمان العين معه وأقوى اشكالا ما لو تلف به وببيع آخر تجدد في الخيار، انتهى كلامه رفع مقامه

الظاهر أن مورد كلام المصنف تلف المبيع في أيام خيار آخر مختص بالمشتري غير خيار العيب الساقط بالتبرئ، لا التلف في أيام خيار العيب، إذ التلف في تلك الأيام غير مشمول لقاعدة التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له لما عرفت من أنه يوجب سقوط حق

الرد بمقتضى النصوص لا الانفساخ،
فما في حاشية السيد (رحمه الله) من الايراد على المصنف (رحمه الله) بأن ظاهر العبارة خلاف

المقصود، فإنها ظاهرة في إرادة الفرع الأول، مع أن المقصود الفرع الثاني، في غير محله. والكلام في الفرع المقصود ليس في أن ظاهر التبري من العيب التبري عن هذه العهدة أيضا أم لا: لأن هذا البحث لا يلائم التعليل بعموم النص، مع أنه هين وتابع لقصد البائع وظاهر كلامه،

ولا في أن هذه العهدة هل تكون من الحقوق وقابلة للاسقاط بأن يكون مفاد قاعدة التلف في زمان الخيار كون دركه وخسارته عليه فيكون الضمان هنا كسائر الموارد قابلا للاسقاط، أو تكون من الأحكام وغير قابلة للاسقاط بأن يكون مفاد القاعدة انفساخ العقد كما هو المعروف: فإنه لا يلائم التعليل، مع أنه سيأتي في أحكام الخيار تنقيح القول فيه.

بل في أنه بناء على كون ذلك من قبيل الحكم هل النص المتضمن له مختص بصورة عدم التبري من العيب، أم يشمل صورة التبري، والمصنف (رحمه الله) اختار الثاني، وعلله بعموم

النص، وهو متين.
ما قيل بكونه مسقطا للرد والأرش

ثم إن هنا أموراً 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 أواخر فصل العيوب لو كان المبيع معيباً عند
البائع ثم أقبضه وقد زال عيبه فلا رد لعدم موجبه وسبق العيب لا يوجب خياراً كما
لو سبق على العقد ثم زال قبله بل مهما زال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرد سقط
حق الرد، انتهى.

وهو صريح في سقوط الرد وظاهر في سقوط الأرش 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 إحداهما، فقال البائع الزائلة هي القديمة فلا رد ولا أرش
وقال المشتري بل الحادثة ولي الرد قال الشافعي يتحالفان الخ. ما حكاه عن
الشافعي وكيف كان ففي سقوط الرد بزوال العيب وجه لأن ظاهر أدلة الرد
خصوصاً بملاحظة أن الصبر على العيب ضرر هو رد المعيوب وهو المتلبس
بالعيب { ٢ } لا ما كان معيوباً في زمان فلا يتوهم هنا استصحاب الخيار.

ثم إن هنا أموراً يظهر من بعض الأصحاب سقوط الرد والأرش بها،
{ ١ } منها: زوال العيب قبل العلم به، صرح به في محكي التذكرة والمسالك
وفيه أقوال ووجوه ثلاثة، ثالثها كونه مسقطاً للرد دون الأرش قواه المصنف
فالكلام يقع في مقامين:

الأول: في أنه هل يسقط الرد أم لا؟
{ ٢ } وقد استدلل للمسقطية في المتن وغيرها بأنه الظاهر من الأدلة المتضمنة لا ثبات
حق الرد على المعيوب الظاهر في المتلبس بالعيب فعلاً.
وفيه: إن ما علق عليه الرد في النص ليس هو المعيوب، بل الموضوع هو الاشتراء
الخاص، وهو اشتراء شيء وبه عيب.

وأما الأرش فلما ثبت استحقاق المطالبة به لفوات وصف الصحة عند العقد فقد استقر بالعقد { ١ } خصوصا بعد العلم بالعيب والصحة إنما حدثت في ملك المشتري فبراءة ذمة البائع عن عهدة العيب المضمون عليه يحتاج إلى دليل، فالقول بثبوت الأرش وسقوط الرد قوي لو لم يكن تفصيلا مخالفا للاجماع ولم أجد من تعرض لهذا الفرع قبل العلامة أو بعده.

وبعبارة أخرى: عنوان موضوع الخيار وقوع العقد على المعيوب، وهذا العنوان لا انقضاء له، بل هو يكون باقيا ولو بعد ارتفاع العيب، فمقتضى اطلاق النص بقاءه. ولو أغمض عن ذلك وشك في بقاءه، فهل يجري الاستصحاب أم لا؟ قد يقال بالعدم من جهة الشك في بقاء الموضوع، أو تيقن ارتفاعه، ومن جهة أنه من الشك في المقتضي ومن جهة أنه لو كان زوال العيب قبل العلم به فليس له حالة سابقة بناء على كون الخيار حادثا بعد العلم وكذا إذا كان زواله بعده لاحتمال كون الزوال قبل الرد كاشفا عن عدم ثبوته من الأول.

وفي الجميع نظر:
أما الأول: فلما عرفت من أن الموضوع متيقن الثبوت، لأنه من اشترى شيئا وبه عيب، وهذا الموضوع باق قطعا.
وأما الثاني: فلأن الشك في المقتضي بهذا المعنى مورد لجريان الاستصحاب.
وأما الثالث: فلما تقدم من ظهور الدليل في ثبوت الخيار قبل العلم، نعم بناء على المختار من عدم جريان الاستصحاب في الأحكام لا يجري هذا الأصل.

{ ١ } المقام الثاني: في أنه هل يسقط الأرش أم لا؟ فإن قلنا بعدم سقوط الرد فالحكم واضح، وإن قلنا بسقوطه فربما يقال - كما في المتن - بعدم سقوطه. واستدل له بما توضحه: إن استحقاق مطالبة الأرش فرع اشتغال الذمة بما به التفاوت، وبراءة الذمة بعد اشتغالها تحتاج إلى دليل، وإلا فالأصل يقتضي بقاءه، وليس الأرش من قبيل الرد موضوعه العين الخارجية كي يتبدل الحكم بتبدل العين من المعيوبية إلى الصحة.

نعم هذا داخل في فروع القاعدة التي اخترعها الشافعي وهو أن الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد { ١ } لكن عرفت مرارا أن المرجع في ذلك هي الأدلة ولا منشأ لهذه القاعدة.

ومنها التصرف بعد العلم بالعيب فإنه مسقط للأمرين { ٢ } عند ابن حمزة في الوسيلة ولعله لكونه علامة للرضا بالمبيع بوصف العيب، والنص المثبت للأرش بعد التصرف ظاهر فيما قبل العلم ورد بأنه دليل الرضا بالمبيع لا بالعيب والأولى أن يقال إن الرضا بالعيب لا يوجب اسقاط الأرش

وفيه: إن الذمة لا تكون أحد طرفي التخيير، فمعنى استحقاق الأرش استحقاق التعريم، فإذا كان الموضوع هو المعيب سقط ذلك بارتفاعه. فتحصل: إن الأظهر بقاء الرد والأرش.

{ ١ } قوله إن الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد وفيه أن الصحة وإن زالت ثم عادت إلا أنها حين وجودها قبل العقد لم تكن مناطا للمطلب، هذا إذا أريد بالزائل وصف الصحة وإن أريد به العيب فهو لم يعد. التصرف بعد العلم بالعيب

{ ٢ } ومنها: التصرف بعد العلم بالعيب فإنه ذهب جماعة منهم ابن حمزة في محكي الوسيلة إلى أنه يسقط الرد والأرش معا. وتنقيح القول فيه بالبحث في مقامين: الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثاني: في مقتضى النصوص الخاصة.

أما الأول: فإن كان التصرف كاشفا عن الإجازة واسقاط الخيار وقصد به ذلك يكون مسقطا للخيار، إذ لا فرق في الاسقاط بين كون المظهر فعلا أو قولا، وإلا فلا يكون مسقطا.

وإنما المسقط له ابراء البائع عن عهدة العيب، وحيث لم يدل التصرف عليه فالأصل بقاء حق الأرش الثابت قبل التصرف { ١ } مع أن اختصاص النص بصورة التصرف قبل العلم ممنوع، فليراجع.

وأما النص العام الدال على مسقطية التصرف لخيار الحيوان معللا بأنه رضا بالبيع، (١) فقد عرفت حاله، وأنه لا يدل على مسقطية التصرف لكل خيار. { ١ } هذا بالنسبة إلى الرد
وأما الأرش فإن قلنا بعدم كون التصرف مسقطا للرد وعدم الأخذ بعموم العلة فالأمر واضح،

وإن قلنا بمسقطيته له لعموم العلة أو غيره فقد استدل لمسقطيته له بأنه علامة الرضا بالمعيب ورد بأنه علامة الرضا بالمبيع لا بالعيب. وفيه: إن الالتزام بالبيع الشخصي المتعلق بالمعيب لا محالة يكون التزاما بالعيب لعدم معقولية الانفكاك.

فالأولى رده بأن الرضا بالعيب يتصور على وجهين: أحدهما: الرضا به مجانا وبلا عوض، ومرجع ذلك إلى الإبراء واسقاط حق التغريم. ثانيهما: الرضا به مع العوض، وحيث لا كاشفية له عن عدم أخذ العوض فلا يكون مسقطا له.

وأما المقام الثاني: فالنصوص الخاصة تدل على مسقطية التصرف المغير للعين، بل تغير العين كما مر للرد، وهي إما مطلقة من حيث العلم والجهل، أو مختصة بصورة الجهل بالعيب، فتدل على المسقطية في صورة العلم بالأولوية، ولا تدل على سقوط الأرش ولا على عدم سقوطه في صورة العلم. فإن ظاهر صحيح زرارة: أيما رجل اشترى شيئا وبه عيب وعوار فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئا ثم علم بذلك العوار. (٢). حدوث العلم بعد التصرف، فلا تعرض له لصورة العلم.

(١) الوسائل - باب ٤ - من أبواب الخيار حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ١٦ - من أبواب الخيار حديث ٢.

ومنها التصرف في المعيب الذي لم ينقص قيمته بالعيب { ١ } كالبغل الخصي بل العبد الخصي على ما عرفت فإن الأرش منتف لعدم تفاوت القيمة والرد لأجل التصرف.

أما مرسل (١) جميل فظاهره كون مقسم الشرطيتين: وجد أن العيب بعد الاشتراء، والتغير، مع أنه لو سلم عدم تقييده بصورة وجدانه بعد التغير لا اطلاق له من هذه الجهة، فإنه وارد لبيان حكم الرد والأرش من حيث التغير وعدمه لا من حيث العلم والجهل. وأما أخبار وطء الجارية، فجملة منها (٢) مختصة بالتصرف قبل العلم، وما يتوهم اطلاقه خبران:

أحدهما: خبر عبد الملك عن مولانا الصادق (عليه السلام): لا ترد التي ليست بحبلى إذا وطأها

صاحبها وله أرش العيب. (٣)

ثانيهما: خبر محمد بن ميسر عنه (عليه السلام): كان علي (عليه السلام) لا يرد الجارية بعيب إذا 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 الإمام الصادق (عليه السلام) قال: قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في رجل اشترى جارية فوطئها ثم وجد فيها عيبا (٥) فما أفاده الشيخ (رحمه الله) من أن اختصاص النص بصورة التصرف قبل العلم ممنوع في غير محله.

التصرف في المعيب الذي لم تنقص قيمته بالعيب

{ ١ } ومنها: التصرف في المعيب الذي لم تنقص قيمته بالعيب

قد يتوهم أن التعرض لهذا المبحث في غير محله، إذ سقوط الرد والأرش مع اجتماع مسقط هذا ومسقط ذلك من القضايا التي قياساتها معها،

- (١) الوسائل - باب ١٦ - من أبواب الخيار حديث ٣.
- (٢) الوسائل - باب ٤ و ٥ - من أبواب أحكام العيوب.
- (٣) الوسائل - باب ٥ - من أبواب أحكام العيوب حديث ٣.
- (٤) الوسائل - باب ٤ - من أبواب أحكام العيوب حديث ٨.
- (٥) نفس المصدر حديث ٢.

وقد يستشكل فيه من حيث لزوم الضرر على المشتري بصبره على المعيب، وفيه أن العيب في مثله لا يعد ضررا ماليا بالفرض فلا بأس بأن يكون الخيار فيه كالثابت بالتدليس في سقوطه بالتصرف مع عدم أرش فيه وحله أن الضرر أما أن يكون من حيث القصد إلى ما هو أزيد مالية من الموجود. وأما أن يكون من حيث القصد إلى خصوصية مفقودة في العين مع قطع النظر عن قيمته، والأول مفروض الانتفاء، والثاني قد رضي به وأقدم عليه، المشتري بتصرفه فيه بناء على أن التصرف دليل الرضا بالعين الخارجية كما لو رضي بالعبد المشروط كتابته مع تبين عدمها فيه إلا أن يقال إن المقدار الثابت من سقوط الرد بالتصرف هو مورد ثبوت الأرش وإلا فمقتضى القاعدة عدم سقوط الرد بالتصرف { ١ } كما في غير العيب والتدليس من أسباب الخيار خصوصا بعد تنزيل الصحة فيما نحن فيه منزلة الأوصاف المشترطة التي لا يوجب فواتها أرشا فإن خيار التخلف فيها لا يسقط بالتصرف كما صرح به، نعم لو اقتصر في التصرف المسقط على ما يدل على الرضا كان مقتضى عموم ما تقدمه سقوط الرد بالتصرف مطلقا.

لكن يردده أن التعرض له لجهتين:
إحدهما: من جهة توهم عدم المقتضي للمسقطية في صورة الاجتماع.
ثانيتها: من جهة توهم وجود المانع.
{ ١ } أما الجهة الأولى: فتقريب عدم المقتضي: إن النصوص المتضمنة لسقوط الرد بالتصرف المغير مختصة بمورد فيه الأرش، ولا تعرض لها بما لا أرش فيه.
وفيه: إن مرسل جميل متضمن لشرطيتين:
إحدهما: ثبوت الرد مع قيام المبيع بعينه
والثانية: سقوطه مع التغير.
والثانية وإن اختصت بمورد ثبوت الأرش، إلا أن الأولى بما أن منطوقها مطلق مفهومها أيضا كذلك. فتدبر فإنه لا يخلو عن التأمل والنظر.
وأما الجهة الثانية: فتقريب وجود المانع: إن في بقاء مسقطية المجتمعين الضرر على المشتري، فينتفي ذلك بحديث لا ضرر.

ومنها حدوث العيب في المعيب المذكور { ١ } والاستشكال هنا بلزوم الضرر في محله { ٢ } فيحتمل ثبوت الرد مع قيمة النقص الحادث لو كان موجبا له لأن الصحة في هذا المبيع كسائر الأوصاف المشترطة في المبيع التي لا يوجب فواتها أرشا والنص الدال على اشتراط الرد بقيام العين وهي المرسلّة المتقدمة مختص بمورد امكان تدارك ضرر الصبر على المعيب بالأرّش { ٣ } والاجماع فيما نحن فيه غير متحقق { ٤ } مع ما عرفت من مخالفة المفيد في أصل المسألة هذا كله مضافا إلى أصالة جواز الرد الثابت قبل حدوث العيب وهي المرجع بعد معارضة الضرر المذكور بتضرر البائع بالفسخ ونقل المعيب إلى ملكه بعد خروجه عن ملكه سليما عن هذا العيب وكيف كان فلو ثبت الاجماع أو استفيض بنقله على سقوط الرد بحدوث العيب والتغيير على وجه يشمل المقام وإلا فسقوط الرد هنا محل نظر بل منع.

وفيه: إن التصرف مع العلم بمسقطيته يكون اقداما على الضرر، وبدونه لا يوجب الضرر المالي لفرض انتفائه، والضرر من حيث الغرض المعاملي حيث إنه موجود في جميع موارد التصرف المسقط قبل العلم فيخصص دليل نفي الضرر بما دل على مسقطيته.

{ ١ } ومنها: حدوث العيب في المعيب المذكور
لا كلام في سقوط الأرّش، إنما الكلام في سقوط الرد أيضا،
وأورد عليه

{ ٢ } تارة بأن لزوم صبر المشتري ضرر عليه فينتفي بحديث لا ضرر
{ ٣ } وأخرى بأن مدركه النص الخاص ومورده ثبوت الأرّش
{ ٤ } وثالثة بأن مدرك مانعية العيب الحادث عن الرد الاجماع وهو مختص بغير
الفرض

ولكن يرد على الأخير: إن المدرك ليس هو الاجماع، بل النص الخاص.
ويرد على الثاني: إن المرسل عام شامل لصورة عدم ثبوت الأرّش.
ويرد على الأول: إن هذا الضرر يلزم في جميع موارد العيب الحادث، فالنص (١)
الدال على مسقطيته للرد يقيد اطلاق حديث لا ضرر. (١)

(١) الوسائل - باب ١٦ - من أبواب الخيار حديث ٣.
(٢) مر في خيار الغبن وغيره مصادر الحديث مرارا.

ومنها ثبوت أحد مانعي الرد في المعيب الذي لا يجوز أخذ الأرش فيه لأجل الربا {١}.

أما المانع الأول: فالظاهر أن حكمه كما تقدم في المعيب الذي لا ينقص ماليته فإن المشتري لما أقدم على معاوضة أحد الربويين بالآخر أقدم على عدم مطالبة مال زائد على ما يأخذه بدلا عن ماله وإن كان المأخوذ معيبا فيبقى وصف الصحة كسائر الأوصاف التي لا يوجب اشتراطها إلا جواز الرد بلا أرش فإذا تصرف فيه خصوصا بعد العلم تصرفا دالا على الرضا بفاقد الوصف المشترك لزم العقد كما في خيار التدليس بعد التصرف. نعم التصرف قبل العلم لا يسقط خيار الشرط كما تقدم.

وأما المانع الثاني: فظاهر جماعة كونه مانعا فيما نحن فيه من الرد أيضا وهو مبني على عموم منع العيب الحادث من الرد حتى في صورة عدم جواز أخذ الأرش. وقد عرفت النظر فيه وذكر في التذكرة وجه آخر لامتناع الرد وهو أنه لو رد فأما أن يكون مع أرش العيب الحادث. وأما أن يرد بدونه فإن رده بدونه كان ضررا على البائع وإن رد مع الأرش لزم الربا قال لأن المردود حينئذ يزيد على وزن عوضه والظاهر أن مراده من ذلك أن رد المعيب لما كان بفسخ المعاوضة ومقتضى المعاوضة بين الصحيح والمعيب من جنس واحد أن لا يضمن وصف الصحة بشئ إذ لو جاز ضمانه لجاز أخذ المشتري الأرش فيما نحن فيه فيكون وصف الصحة في كل من العوضين نظير سائر الأوصاف الغير المضمونة بالمال فإذا حصل الفسخ وجب تراد العوضين من غير زيادة ولا نقيصة

لو ثبت أحد مانعي الرد فيما لا يؤخذ الأرش فيه {١} ومنها: ثبوت أحد مانعي الرد في المعيب الذي لا يجوز أخذ الأرش فيه لأجل الربا مما ذكرناه في الفرعين السابقين، يظهر حال هذين الفرعين المذكورين في المقام، فإن الأقوال والأدلة متحدة، وإنما نتعرض لهما لبيان أمرين: أحدهما: فيما أفاده العلامة (رحمه الله) في وجه امتناع الرد. ثانيهما: في بيان ما به يتدارك ضرر المشتري.

ولذا يبطل التقاتل مع اشتراط الزيادة أو النقيصة في أحد العوضين فإذا استرد المشتري الثمن لم يكن عليه إلا رد ما قابله لا غير، فإن رد إلى البائع قيمة العيب الحادث عنده كما هو الحكم في غير الربويين إذا حصل العيب عنده لم يكن ذلك إلا باعتبار كون ذلك العيب مضمونا عليه بجزء من الثمن فيلزم وقوع الثمن بإزاء مجموع المثلثين ووصف صحته فينقص الثمن عن نفس المعيب فيلزم الربا فمراد العلامة (رحمه الله) بلزوم الربا. أما لزوم الربا في أصل المعاوضة { ١ } إذ لولا ملاحظة جزء

من الثمن في مقابلة صفة الصحة لم يكن وجه لغرامة بدل الصفة وقيمتها عند استرداد الثمن. وأما لزوم الربا في الفسخ حيث قوبل فيه الثمن بمقداره من المثلثين وزيادة { ٢ } والأول أولى ومما ذكرنا ظهر ما في تصحيح هذا بأن قيمة العيب الحادث غرامة لما فات في يده مضمونا عليه نظير المقبوض بالسوم إذا حدث فيه العيب فلا ينضم إلى المثلثين حتى يصير أزيد من الثمن.

أما الأول: فقد أفاد العلامة في وجهه: إنه لو رد بدون أرش العيب الجديد لزم الضرر على البائع، ولو رد معه لزم الربا، وعلمه: بأن المردود حينئذ يزيد على عوضه.

والمصنف (رحمه الله) احتمل في مراده وجهين:

{ ١ } الأول: أن يكون مراده لزوم الربا في المعاملة

{ ٢ } والثاني: أن يكون مراده لزوم الربا في الفسخ، فإنه يضم إلى المثلثين المردود شيء

آخر وهو الأرش

وأورد عليه السيد الفقيه (رحمه الله): بأن مراد العلامة هو الوجه الأول قطعا، وليس الثاني مراده، لأن أخذ الأرش لا يعقل أن يكون مؤثرا في مقابل وصف الصحة وعدمه في المعاملة بأن يكون أخذ الأرش بعد ذلك مؤثرا في كون الوصف مقابلا بالعوض، بل حين المعاملة

أما

أن يكون مقابلا به فيلزم البطلان، وأما لا يكون كذلك، فأخذ الأرش لا يبطله.

ولكن بيان مراد المصنف (رحمه الله) يظهر اندفاع هذا الايراد، توضيحه: إن حقيقة الفسخ حل المعاوضة ورجوع كل من العوضين إلى محله السابق من دون أن يقتضي شيئا آخر

إذ فيه وضوح الفرق فإن المقبوض بالسوم إنما يتلف في ملك مالكة فيضمنه القابض والعيب الحادث في المبيع لا يتصور ضمان المشتري له إلا بعد تقدير رجوع العين في ملك البائع وتلف وصف الصحة منه في يد المشتري، فإذا فرض أن صفة الصحة لا تقابل بجزء من المال في عقد المعاوضة الربوية فيكون تلفها في يد المشتري كنسيان العبد الكتابة لا يستحق البائع عند الفسخ قيمتها. والحاصل أن البائع لا يستحق من المشتري إلا ما وقع مقابلا بالثمن وهو نفس الثمن من دون اعتبار صحته جزء فكأنه باع عبدا كاتباً فقبضه المشتري، ثم فسخ أو تفاسخا بعد نسيان العبد الكتابة. نعم هذا يصح في غير الربويين لأن وصف الصحة فيه يقابل بجزء من الثمن فيرد المشتري قيمة العيب الحادث عنده ليأخذ الثمن المقابل لنفس المبيع مع الصحة، ثم إن صريح جماعة من الأصحاب عدم الحكم على المشتري بالصبر على المعيب مجاناً فيما نحن فيه

وعليه فإن اقتضى الفسخ لأرش العيب الجديد، وكون وصف الصحة في مقابل جزء من العوض ربا كان لازم مقابليته له ربا في المعاملة، والمفروض أن الشارع الأقدس حكم بأن الصحيح والمعيب في غير المتجانسين واحد لا يقابل وصف الصحة في نظره بشئ ولو ربا، الذي هو مفروض في غير المتجانسين، وحيث إن المفروض اقدم المتبايعين على معاملة صحيحة فحين المعاملة لا يلزم الربا، وإنما يلزم ذلك من حين الفسخ لو أخذ الأرش. ولكن يرد على الوجه الأول - مضافاً إلى أن الأرش غرامة شرعية لا يكون بجعل المتعاملين:

أنه لا يكون الفسخ معاوضة، والربا إنما يجري في المعاوضات مع أنه من طرف واحد لا الطرفين.

ويرد على الوجه الثاني:

أولاً: ما تقدم من أن أخذ الأرش حتى من العيب القديم لا يوجب الربا لكونه غرامة شرعية تعبدية.

فذكروا في تدارك ضرر المشتري وجهين { ١ } اقتصر في المبسوط على
حكايتهما

أحدهما: جواز رد المشتري للمعيب مع غرامة قيمة العيب الحادث { ٢ } لما
تقدم إليه الإشارة من أن أرش العيب الحادث في يد المشتري نظير أرش العيب
الحادث في المقبوض بالسوم في كونها غرامة تالف مضمون على المشتري لا دخل له
في العوضين حتى يلزم الربا

وثانيا: إن المحرم وغير النافذ هو المعاملة التي وجدت ربوية،
وأما أحداث الربا فيها بعد الوجود فلا دليل على حرمة ومبطليته لها.
{ ١ } وأما الثاني: فعلى المختار من أن أخذ الأرش للعيب القديم لا محذور فيه كما
تقدم، يتعين أخذ الأرش بلا رد لكون العيب الحادث مانعا عن الرد ومعينا للأرش،
وعلى القول بعدم جواز أخذ الأرش يدور الأمر بين أمور:
الأول: لزوم المعاملة وعدم جواز الرد وأخذ الأرش.
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، أي التعذر العقلي الموجب للانتقال إلى
البدل.

والثاني: يرده ما دل على مانعية العيب الحادث عن الرد.
والثالث: يرده ما دل على أن التلف في هذا الخيار مسقط له ولا يوجب الانتقال إلى
البدل، فيتعين الأول،

وحديث لا ضرر قد مر مرارا أنه لا يصلح لإثبات الجواز للمعاملة اللازمة.
{ ٢ } قوله أحدهما جواز رد المشتري للمعيب مع غرامة قيمة العيب الحادث
هذا الوجه إنما يتم لو سلمنا قصور ما دل على مانعية العيب الحادث عن الرد في
صورة عدم جواز أخذ الأرش - وقد عرفت عدم قصوره.

الثاني: أن يفسخ البيع لتعذر امضائه { ١ } وإلزام المشتري ببدله من غير الجنس معيبا بالعيب القديم وسليما عن الجديد ويجعل بمثابة التالف لامتناع رده بلا أرش ومع الأرش واختار في الدروس تبعا للتحرير. الوجه الأول مشيرا إلى تضعيف الثاني بقوله لأن تقدير الموجود معدوما خلاف الأصل { ٢ } وتبعه المحقق الثاني معللا بأن الربا ممنوعة في المعاوضات لا في الضمانات وأنه كأرش عيب العين المقبوضة بالسوم إذا حدث في يد المستام وإن كانت ربوية فكما لا يعد هنا ربا فكذا لا يعد في صورة النزاع.

أقول قد عرفت الفرق بين ما نحن فيه وبين أرش عيب المقبوض بالسوم فإنه يحدث في ملك مالكة بيد قابضه والعيب فيما نحن فيه يحدث في ملك المشتري ولا يقدر في ملك البائع إلا بعد فرض رجوع مقابله من الثمن إلى المشتري والمفروض عدم المقابلة بين شيء منه وبين صحة البيع.

ومنها تأخير الأخذ بمقتضى الخيار فإن ظاهر الغنية اسقاطه للرد والأرش كليهما حيث جعل المسقطات خمسة التبري والرضا بالعيب وتأخير الرد مع العلم لأنه على الفور بلا خلاف ولم يذكر في هذه الثلاثة ثبوت الأرش، ثم ذكر حدوث العيب وقال ليس له ههنا إلا الأرش ثم ذكر التصرف وحكم فيه بالأرش فإن في إلحاق الثالث بالأولين في ترك ذكر الأرش فيه، ثم ذكره في الأخيرين وقوله ليس [له] ها هنا ظهورا في عدم ثبوت الأرش بالتأخير وهذا أحد القولين منسوب إلى الشافعي. ولعله لأن التأخير دليل الرضا ويرده بعد تسليم الدلالة أن الرضا بمجرد لا يوجب سقوط الأرش كما عرفت في التصرف

{ ١ } قوله الثاني أن يفسخ البيع لتعذر امضائه هذا الوجه أيضا لا يتم من جهة أن التلف في هذا الخيار موجب لسقوط الخيار، وجواز الرد لا للانتقال إلى المثل أو القيمة.

{ ٢ } قوله لأن تقدير الموجود معدوما خلاف الأصل فيه أنه لا خصوصية للتلف إلا امتناع الرد والامتناع الشرعي كالامتناع العقلي.

نعم سقوط الرد وحده له وجه { ١ } كما هو صريح المبسوط والوسيلة على ما تقدم من عبارتهما في التصرف المسقط ويحتمله أيضا عبارة الغنية المتقدمة بناء على ما تقدم في سائر الخيارات من لزوم الاقتصار في الخروج عن أصالة اللزوم على المتيقن السالمة عما يدل على التراخي عدا ما في الكفاية من اطلاق الأخبار وخصوص بعضها. وفيه أن الاطلاق في مقام بيان أصل الخيار. { ٢ } وأما الخبر الخاص فلم أقف عليه وحينئذ فالقول بالفور وفاقا 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 خلافا لأنا عرفناه. ولذا جعله في التذكرة أقرب وكذا ما في الكفاية من عدم الخلاف لوجود الخلاف. نعم في الرياض أنه ظاهر أصحابنا المتأخرين كافة والتحقيق رجوعا لمسألة إلى اعتبار الاستصحاب في مثل هذا المقام وعدمه.

تأخير الأخذ بمقتضى الخيار.

ومنها: تأخير الأخذ بمقتضى الخيار، فإن ظاهر الغنية اسقاطه لهما، وقد ادعى الشهرة وعدم الخلاف على كل من القول بسقوطهما به وعدمه، وهناك قول ثالث، { ١ } ظاهر المصنف الميل إليه وتقويته وهو سقوط الرد دون الأرش والمهم ملاحظة الأدلة.

وتحقيق الكلام بالبحث في موردين:

الأول: في الرد.

الثاني: في الأرش.

أما الأول: فمقتضى اطلاق النصوص عدم السقوط ما لم يتحقق أحد المسقطات، وما أفاده المصنف (رحمه الله) من

{ ٢ } أن الاطلاق في مقام بيان أصل الخيار فيه منع يظهر لمن راجع الأخيار واستدل للسقوط:

بما دل على الفورية في كل خيار ثبت ولم يثبت كونه على الفور أو التراخي، وبأن التأخير دليل الرضا بسقوط الحق.

ولكن يرد على الأول: أنه لا يرجع إليه مع الدليل على التراخي.

ولذا لم يتمسك في التذكرة للتراخي إلا به وإلا فلا يحصل من فتوى الأصحاب إلا الشهرة بين المتأخرين المستندة إلى الاستصحاب ولا اعتبار بمثلها. وإن قلنا بحجية الشهرة أو حكاية نفي الخلاف من باب مطلق الظن لعدم الظن كما لا يخفى والله العالم.

مسألة: قال في المبسوط من باع شيئاً فيه عيب لم يبينه فعل محظورا { ١ } أو كان المشتري بالخيار، انتهى.

ومثله ما عن الخلاف وفي موضع آخر من المبسوط وجب عليه أن يبينه ولا يكتمه أو يتبرأ إليه من العيوب والأول أحوط ونحوه عن فقه الراوندي ومثلهما في التحرير، وزاد الاستدلال عليه بقوله لئلا يكون غاشا وظاهر ذلك كله عدم الفرق بين العيب الجلي والخفي، وصريح التذكرة والسرائر كظاهر الشرائع الاستصحاب مطلقا.

وظاهر جماعة التفصيل بين العيب الخفي والجلي، فيجب في الأول مطلقا، كما هو ظاهر جماعة أو مع التبري، كما في الدروس، فالمحصل من ظاهر كلماتهم خمسة أقوال. { ٢ }

ويرد على الثاني: عدم كاشفيته عن ذلك. فالأظهر عدم السقوط. وأما الثاني: فعدم سقوطه أوضح، إذ مضافا إلى أن مقتضى إطلاق الأخبار ذلك، ما استدل به على سقوط الرد على فرض تماميته لا يدل على سقوط الأرش. أما الوجه الأول فلأن لزوم العقد وعدم انحلاله أجنبى عن سقوط الأرش وعدمه وأما الوجه الثاني فلأن الرضا والالتزام بالعقد أعم من كونه مجانيا أو مع العوض وبذلك ظهر اندفاع إيراد السيد الفقيه على المصنف بأن ما ذكر في وجه سقوط الرد يدل على سقوط الأرش أيضا.

وجوب الاعلام بالعيب

{ ١ } قوله مسألة قال في المبسوط من باع شيئاً فيه عيب لم يبينه فعل مخطورا

{ ٢ } الأقوال في المسألة خمسة

الأول وجوب الاعلام مطلقا

والظاهر ابتناء الكل على صدق الغش وعدمه، والذي يظهر من ملاحظة العرف واللغة في معنى الغش أن كتمان العيب الخفي وهو الذي لا يظهر بمجرد الاختبار المتعارف قبل البيع غش، فإن الغش، كما يظهر من اللغة خلاف النصح. أما العيب الظاهر فالظاهر أن ترك إظهاره ليس غشاً، نعم لو أظهر سلامته عنه على وجه يعتمد عليه، كما إذا فتح قرآنا بين يدي العبد الأعمى مظهراً أنه بصير يقرأ، فاعتمد المشتري على ذلك وأهمل اختباره كان غشاً { ١ }

قال في التذكرة في رد استدلال الشافعي على وجوب إظهار العيب (مطلقاً) بالغش أن الغش ممنوع بل يثبت في كتمان العيب بعد سؤال المشتري وتبينه والتقصير في ذلك من المشتري، انتهى.

ويمكن أن يحمل بقرينة ذكر التقصير على العيب الظاهر، كما أنه يمكن حمل عبارة التحرير المتقدمة المشتملة على لفظ الكتمان وعلى الاستدلال بالغش على العيب الخفي بل هذا الجمع ممكن في كلمات الأصحاب مطلقاً، ومن أقوى الشواهد على ذلك أنه حكى عن موضع من السرائر أن كتمان العيوب مع العلم بها حرام ومحظور بغير خلاف مع ما تقدم من نسبة الاستحباب إليه فلا حظ، ثم التبري من العيوب هل يسقط وجوب الاعلام في مورده، كما عن المشهور أم لا، فيه اشكال نشأ من دعوى صدق الغش.

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 أنه هل يصدق على ترك الاعلام عنوان الغش أم لا؟

{ ١ } والأظهر: إنه بمعنى الخديعة والتلبيس ولا يصدق ذلك على ترك الاعلام

بالعيب، ولا على كتمان العيب الخفي، وإنما يصدق على إظهار أنه صحيح، وحيث إن البيع إنما

يكون من البائع بعنوان أن المبيع صحيح وأنه ملتزم بصحته فهو إظهار لخلاف الواقع

ومن أن لزوم الغش من جهة ظهور اطلاق العقد في التزام البائع بالصحة، فإذا تبرأ من العيوب ارتفع الظهور { ١ } أو من جهة ادخال البائع للمشتري فيما يكرهه عامدا والتبري لا يرفع اعتماد المشتري على أصالة الصحة، فالتعزير إنما هو لترك ما يصرفه عن الاعتماد على الأصل والأحوط الاعلام مطلقا كما تقدم من المبسوط، ثم إن المذكور في جامع المقاصد والمسالك وعن غيرهما أنه ينبغي بطلان البيع في مثل شوب اللبن بالماء لأن ما كان من غير الجنس لا يصح العقد فيه والآخر مجهول إلا أن يقال إن جهالة الجزء غير مانعة إن كانت الجملة معلومة، كما لو ضم ماله ومال غيره وباعهما، ثم ظهر البعض مستحقا، فإن البيع لا يبطل في ملكه وإن كان مجهولا قدره وقت العقد، انتهى.

ولا يفرق في ذلك بين العيب الخفي والجلي إلا إذا كان من الوضوح بحد لا موجب للالتزام بالصحة، وإلى هذا المورد النظر في صحيح (١) ابن مسلم المتضمن لخلط الجيد بالردئ حيث قال (عليه السلام): إذا رؤيا جميعا فلا بأس. وبذلك يظهر ضعف ما قيل من عدم صدق الغش على ترك إظهار العيب الجلي في المعاملة،

وأضعف منه دعوى عدم صدقه على مجرد المعاملة على المعيب بالعيب الخفي ما لم ينضم إليه شيء آخر كما في حاشية السيد.

الثاني: في حكمه التكليفي. والأظهر أنه حرام مطلقا كما تقدم الكلام فيه مفصلا في الجزء الثاني من هذا الشرح، وما أفاده السيد (رحمه الله) من عدم حرمة المعاملة على المعيب بالعيب الجلي وإن صدق عليها

الغش لصحيح محمد بن مسلم، يندفع بما عرفت.

الثالث: في حكمه الوضعي.

والحق عدم الفساد، لأن حرمة المعاملة أعم من فساده، ولا دليل آخر على الفساد في جميع الموارد كما تقدم الكلام فيه في الجزء الثاني

{ ١ } الرابع: إنه لو تبرأ البائع من العيب هل يسقط وجوب الاعلام أم لا وجهان:

(١) الوسائل - باب ٩ - من أبواب أحكام العيوب حديث ١.

أقول الكلام في مزج اللبن بمقدار من الماء يستهلك في اللبن ولا يخرج عن حقيقته، كالمح الزائد في الخبز، فلا وجه للاشكال المذكور. نعم لو فرض المزج على وجه يوجب تعيب الشيء من دون أن يستهلك فيه، بحيث يخرج عن حقيقته إلى 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: الأولى: لو اختلفا في تعيب المبيع وعدمه مع تعذر ملاحظته لتلف أو نحوه، { ١ } فالقول قول المنكر بيمينه.

أظهرهما الأول، لأن الغش كما عرفت إنما يصدق على فعل البائع من جهة كون البيع واقعا بعنوان أن المبيع صحيح وأنه ملتزم بصحته، فإذا تبرأ عن العيب ولم يلتزم بالصحة لا يصدق الغش،

مع أن صدق الغش يتوقف على إيقاع الطرف فيما يكرهه وغير راض به، فمع رضاه بذلك وشرائه بعد تبرئ البائع وعدم الفحص عن صحته وعيبه لا يصدق الغش.

لو اختلفا في تعيب المبيع

مسائل في اختلاف المتبايعين:

{ ١ } الأولى لو اختلفا في تعيب المبيع فقد يكون البائع منكرا للعيب والمشتري مدعيا، وهو الغالب، وقد يكون البائع مدعيا كما لو فرضنا فسخ المشتري ثم ندامته منه، وادعى أنه لم يكن له ذلك فلا يكون البيع منفسخا، وادعى البائع أنه كان معيوباً، فالبيع منفسخ.

وعلى التقديرين، أما أن تكون الحالة السابقة هي العيب، وأما أن تكون هي الصحة، وأما أن تكون مجهولة.

أما في الصورة الأولى فالقول قول مدعي العيب مع يمينه للاستصحاب.

الثانية: لو اختلفا في كون الشيء عيبا وتعذر تبين الحال، لفقد أهل الخبرة {١} كان الحكم كسابقه، نعم لو علم كونه نقصا كان للمشتري الخيار في الرد دون {٢} الأرش، لأصالة البراءة.

الثالثة: لو اختلفا في حدوث العيب في ضمان البائع أو تأخره عن ذلك، بأن {٣} حدث بعد القبض وانقضاء الخيار

وأما في الصورتين الأخيرتين فالقول قول منكره،

أما في الأولى منهما فللاستصحاب،

وأما في الثانية فبناء على كون أصل السلامة من الأصول العقلانية، فلذلك وبناء على عدم كونه منها فلا صالة اللزوم والمراد بها في المقام استصحاب بقاء العقد بعد الفسخ وأصالة البراءة عن الأرش.

{١} الثانية: لو اختلفا في كون الشيء عيبا وتعذر تبين الحال، فإن أحرز كونه نقصا ولكن تردد الأمر بين كونه منقصا للقيمة وعدمه كان الأصل مع البائع لأصالة البراءة من الأرش،

{٢} فهل يثبت له الرد كما عن المصنف أم لا كما في الحاشية؟ وجهان:

قد استدلل للثاني: بأن النقص غير الموجب لنقص المالية لا يكون عيبا فلا تشمل له أدلة خيار العيب.

وفيه: أولا: إن الالتزام الضمني بالصحة موجب لثبوت حق الرد لفرض تخلف الشرط.

وثانيا: إن من يرى دلالة حديث نفي الضرر على نفي اللزوم لا بد له من البناء على دلالاته على جواز الرد في المقام لعدم انحصار الضرر بالمالي، بل هو شامل لنقص الغرض المعاملي، فالأظهر أن له ذلك.

وإن تردد بين كونه نقصا وعدمه كان القول قول منكره مع اليمين لأصالة عدم كونه نقصا الأزلي، ولأصالة اللزوم بالمعنى المتقدم.

{٣} الثالثة: لو اختلفا في حدوث العيب في ضمان البائع أو تأخره عنه وصور هذه المسألة ثلاثة.

إحداها: ما لو ادعى المشتري تقدم العيب على العقد وأنكره البائع.

كان القول قول منكر تقدمه للأصل { ١ }، حتى لو علم تاريخ الحدوث وجعل تاريخ العقد لأن أصالة عدم العقد حين حدوث العيب لا تثبت وقوع العقد على العيب

وعن المختلف أنه حكى عن ابن الجنيد أنه إن ادعى البائع أن العيب حدث عند المشتري حلف المشتري إن كان منكرًا، انتهى.

ولعله لأصالة عدم تسليم البائع العين إلى المشتري على الوجه المقصود { ٢ } وعدم استحقاقه الثمن كلا وعدم لزوم العقد نظير ما إذا ادعى البائع تغير العين عند المشتري وأنكر المشتري. وقد تقدم في محله هذا إذا لم تشهد القرينة القطعية مما لا يمكن عادة حصوله بعد وقت ضمان المشتري أو تقدمه عليه، وإلا عمل عليها من غير يمين.

{ ١ } قال المصنف كان القول قول منكر تقدمه للأصل

مراده منه أصالة عدم حدوث العيب قبل العقد.

توضيحه: إن موضوع الخيار وقوع العقد على المعيب على ما هو ظاهر الأخبار، فتجري أصالة عدم حدوث العيب إلى ما بعد حدوث العقد، وحيث إن العقد على العين محرز، وعدم العيب محرز بالأصل، فينفي موضوع الخيار.

ولا تعارضها أصالة عدم العقد حين حدوث العيب، لأنه لا يثبت بها وقوع العقد على المعيب الذي هو موضوع الخيار إلا على القول بالأصل المثبت.

وبذلك يظهر الحال في الصورتين الأخيرتين، وهما

ما لو اختلفا في حدوث العيب بعد العقد قبل القبض أو بعده،

وما لو اختلفا في أنه حدث في زمان خيار المشتري ليكون مضمونا على البائع، أو

فيما بعد مضي ذلك الزمان، فإن الأثر مترتب على تلف وصف الصحة قبل القبض، أو في

زمان الخيار، فأصالة عدم التلف إلى ما بعد القبض أو انقضاء زمان الخيار تجري ويترتب

عليها عدم الضمان. ولا تعارضها أصالة عدم القبض وعدم الانقضاء إلى ما بعد التلف لعدم الأثر.

وعن العلامة (رحمه الله): إن القول قول مدعي التقدم وهو المشتري.

{ ٢ } واستدل له: بأصالة عدم تسليم المبيع إلى المشتري على الوجه المقصود،

قال في التذكرة ولو أقام أحدهما بينة عمل بها، { ١ } ثم قال: ولو أقام بينة عمل بينة المشتري { ٢ } لأن القول قول البائع لأنه ينكر، فالبينة على المشتري وهذا منه مبني على سقوط اليمين على المنكر بإقامة البينة وفيه كلام في محله، وإن كان لا يخلو عن قوة

وأصالة عدم استحقاق البائع الثمن كلا،
وأصالة عدم لزوم العقد.

وفي الجميع نظر:

أما الأولى: فلأن عدم التسليم لا أثر له، وموضوع الأثر تلف الوصف قبل العقد، أو قبل القبض، أو قبل انقضاء الخيار، والأصل عدمه.

وأما الثانية: فلأن الأرش ليس جزء من الثمن، فالبائع مستحق للثمن كلا على التقديرين.

وأما الثالثة: فلأن موضوع اللزوم ليس وقوع العقد على الصحيح كي تجري أصالة عدمه ويحكم بعدم لزومه، بل الموضوع له عدم العيب حين العقد، وقد عرفت أن الأصل ذلك.

وتمام الكلام ببيان أمور:

أحدها: المشهور بين الأصحاب وإن كان كون إقامة البينة من المنكر كالعدم وأن وظيفته اليمين، بل عن المستند دعوى الإجماع عليه، إلا أن جماعة منهم العلامة والشهيد ذهبوا إلى سماع بينة المنكر، وأن ما دل على أن اليمين على من أنكر إنما هو في مقام الارقاق لا التعيين، { ١ } وعليه فكل منهما أقام بينة عمل بها

{ ٢ } ثانيها: ولو أقام بينة قيل عمل بينة المشتري بمعنى أن بينة المشتري تقدم عند التعارض، فإن البينة وظيفته، وإنما تسمع بينة البائع المنكر لو لم يقيم المشتري البينة، وهو متين لما حقق في محله من تقديم بينة الخارج عند التعارض. وللکلام محل آخر.

وإذا حلف البائع فلا بد من حلفه على عدم تقدم العيب { ١ } أو نفي استحقاق الرد أو الأرش إن كان قد اختبر المبيع واطلع على خفايا أمره، كما يشهد بالاعسار والعدالة وغيرهما مما يكتفي فيه بالاختبار الظاهر. ولو لم يختبر، ففي جواز الاستناد في ذلك إلى أصالة عدمه إذا شك في ذلك وجه احتمله في جامع المقاصد وحكي عن جماعة، كما يحلف على طهارة المبيع استنادا إلى الأصل

{ ١ } ثالثها قال المصنف وإذا حلف البائع فلا بد من حلفه على عدم تقدم العيب محصله: إنه في صورة امكان الاختبار والعلم بالحال لا كلام في أنه يعتبر في الحلف القاطع للخصومة أن يكون على الواقع وعلى البت. وأما في صورة الجهل بالحال فإن كان مصب الدعوى هو العلم لا كلام أيضا في أن القاطع هو الحلف على نفي العلم. وإن كان هو الواقع، فإن كان ذلك فعل الغير كما في الدعوى على الميت كفي الحلف على نفي العلم أيضا للدليل. وإن كان فعل نفسه ففيه وجوه:

الأول: الحلف على الواقع على البت استنادا إلى الأصل.

الثاني: الحلف على نفي العلم وإن لم يدع المدعي عليه العلم.

الثالث: رد اليمين على المدعي، إما مع ثبوت الحق بدون الرد كما عن بعض، أو مع عدم ثبوته كما عن آخر.

الرابع: إيقاف الدعوى.

الظاهر كما دلت (١) النصوص عليه اعتبار كون الحالف قاطعا، إلا أنه إذا كان العلم مأخوذا في موضوعه على وجه الطريقية قامت الأمارات مقامه،

وإن كان مأخوذا فيه بما أنه مقتض للجري العملي على وفق ما تعلق القطع به قامت الأصول المحرزة أيضا مقامه، فيجوز الحلف على الواقع استنادا إلى الأمانة أو الأصل،

(١) الوسائل - باب ٢٢ - من أبواب كتاب الأيمان.

ويمكن الفرق بين الطهارة وبين ما نحن فيه { ١ } بأن المراد بالطهارة في استعمال المتشرعة ما يعم غير معلوم النجاسة لا الطاهر الواقعي، كما أن المراد بالملكية والزوجية ما استند إلى سبب شرعي ظاهري، كما تدل عليه رواية جعفر الواردة في جواز الحلف على ملكية ما أخذ من يد المسلمين.

وفي التذكرة بعد ما حكى عن بعض الشافعية جواز الاعتماد على أصالة السلامة في هذه الصورة، قال: وعندي فيه نظر أقربه الاكتفاء بالحلف في نفي العلم، واستحسنه في المسالك قال: لاعتضاده بأصالة عدم التقدم، فيحتاج المشتري إلى اثباته وقد سبقه إلى ذلك في الميسية وتبعه في الرياض.

وقد دلت الرواية على جواز الحلف استناداً إلى اليد وهي موثقة حفص، (١) ودلت النصوص (٢) على جواز الشهادة مستندة إلى الاستصحاب والحلف لا يزيد على الشهادة، بل الاستفادة من ذيل الموثق التلازم بينهما وأضف إلى ذلك كله أن الدعاوى والشهادات والأيمان تتوقف بحسب الغالب على أمانة أو أصل، لأن ما انتقل إلى زيد من أبيه وإن كان جزمياً إلى أن كونه ابناً لأبيه بقاعدة الفراش، وكون المال مال أبيه إنما هو بقاعدة اليد أو أصالة الصحة، وعليه فلو لم نجز الحلف إلا مع العلم الوجد أني انسد باب الحلف وغيره من ما هو فاصل للخصومات وتتمام الكلام في محله.

{ ١ } قوله ويمكن الفرق بين الطهارة وبين ما نحن فيه محصل ما أفاده (رحمه الله) أن الطهارة والملكية من الموضوعات الشرعية فما كان غير معلوم النجاسة طاهر فعلاً بحكم الشارع كما أن الملكية المستندة إلى سبب ملكية شرعية ظاهرية فإذا كان مورد الدعوى الطهارة أو الملكية يصح الحلف على الطهارة الفعلية أو الملكية الفعلية مستنداً إلى أمانة أو أصل وهذا بخلاف مثل العيب الذي هو من الموضوعات الواقعية فمع عدم العلم به لا يمكن الحلف بتا على عدمه

(١) الوسائل - باب ٢٥ - من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى من كتاب القضاء - حديث ٢.
(٢) الوسائل - باب ١٧ - من أبواب كتاب الشهادات.

أقول إن كان مراده الاكتفاء بالحلف على نفي العلم في اسقاط أصل الدعوى بحيث لا يسمع البينة بعد ذلك ففيه اشكال. { ١ } نعم لو أريد سقوط الدعوى إلى أن تقوم البينة، { ٢ } فله وجه وإن استقر في مفتاح الكرامة أن لا يكتفي بذلك منه، فيرد الحاكم اليمين على المشتري، فيحلف وهذا أوفق بالقواعد. ثم الظاهر من عبارة التذكرة اختصاص يمين نفي العلم على القول به بما إذا لم يختبر البائع المبيع بل عن الرياض لزوم الحلف مع الاختبار على البت قولاً واحداً { ٣ } لكن الظاهر أن المفروض في التذكرة صورة الحاجة إلى يمين نفي العلم، إذ مع الاختبار يتمكن من الحلف على البت، فلا حاجة إلى عنوان مسألة اليمين على نفي العلم، لا أن اليمين على نفي العلم لا يكفي من البائع مع الاختبار، فافهم.

{ ١ } قوله بحيث لا يسمع البينة بعد ذلك ففيه اشكال الأظهر عدم الاسقاط من جهة أن الحلف على نفي العلم فيما إذا كان مصب الدعوى هو الواقع لا أثر له إلا في الدعوى على الميت، مع أنه لو سلم ترتب الأثر عليه مطلقاً بما أن سقوط الدعوى بحيث لا يسمع قول المدعي وإن أقام البينة بعد ذلك على خلاف القاعدة وما دل عليه مختص باليمين البتية فلا وجه للاسقاط في المقام { ٢ } قوله نعم لو أريد سقوط الدعوى إلى أن تقوم البينة لا وجه لذلك أيضاً لأنه خلاف ما تضمن من النصوص (١) من جعل الأيمان والبيانات ميزاناً لفصل الخصومة فالمتعين على فرض عدم الحلف على الواقع أن يرد الحاكم اليمين على المدعي. { ٣ } قوله بل عن الرياض لزوم الحلف مع الاختبار على البت قولاً واحداً بل الحق عدم الاكتفاء بالحلف على نفي العلم مع إمكان الاختيار وإن لم يختبر بالفعل حتى لو قلنا بالاكتفاء به مع عدم إمكانه نعم إن كان مصب الدعوى هو العلم كفى الحلف على عدمه مطلقاً.

(١) الوسائل - باب ١ - من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى كتاب القضاء.

فرع لو باع الوكيل، فوجد به المشتري عيبا يوجب الرد رده على الموكل، لأنه المالك والوكيل نائب عنه بطلت وكالته بفعل ما أمر به، فلا عهدة عليه، ولو اختلف الموكل والمشتري في قدم العيب وحدوثه، { ١ } فيحلف الموكل على عدم التقدم، كما مر ولا يقبل اقرار الوكيل بقدمه، لأنه أجنبي

اختلاف الموكل والمشتري

{ ١ } مسألة لو اختلف الموكل والمشتري في قدم العيب وحدوثه فللمسألة فروض:

الأول: ما إذا كان المشتري عالما بالوكالة.

لا كلام في أنه يقدم قول الموكل مع يمينه على عدم التقدم، كما تسمع دعوى المشتري مع البينة، ولا يقبل اقرار الوكيل بالقدم لأنه أجنبي. وقد استدل لقبول اقراره بوجهين:

أحدهما: إن الوكيل حيث يكون مالكا للتصرف فيكون اقراره نافذا، لأن من ملك شيئا ملك الاقرار به. ولا يصح الجواب عنه بأن زوال وكالته يوجب زوال حكم اقراره، فإن اقراره بما يكون مالكا له حين التصرف نافذ، ألا ترى أنه لو أقر الوكيل بالبيع يكون اقراره نافذا

بل الحق في الجواب - بعد تسليم عموم القاعدة، وبعبارة أخرى: بعد تسليم الدليل عليها بهذا التعميم - : إن كون المبيع معيبا أم صحيحا غير قابل للوكالة والاستنابة، فلا ينفذ اقراره بالنسبة إلى ذلك.

ثانيها: ما دل من النصوص (١) على أن الأمين لا يتهم والوكيل أمين، فيصدق في دعواه.

وفيه: إن ذلك مختص بما إذا لزم من عدم تأمينه تغريمه لا في مثل المقام مما لا شيء عليه على التقديرين كما لا يخفى. فالأظهر أنه لا ينفذ اقراره.

(١) الوسائل - باب ٤ - من أبواب كتاب الوديعة - وغيره من أبواب سائر الكتب.

وإذا كان المشتري جاهلا بالوكالة ولم يتمكن الوكيل عن إقامة البينة، فادعى على الوكيل بقدوم العيب، { ١ } فإن اعترف الوكيل بالتقدم لم يملك الوكيل رده على الموكل، لأن اقرار الوكيل بالسبق دعوى بالنسبة إلى الموكل لا يقبل إلا بالبينة، فله احلاف الموكل على عدم السبق { ٢ } لأنه لو اعترف نفع الوكيل بدفع الظلامة عنه فله عليه مع انكاره اليمين [ولو رد اليمين] على الوكيل، فحلف على السبق ألزم الموكل ولو أنكر الوكيل التقدم، { ٣ } حلف ليدفع عن نفسه الحق اللازم عليه لو اعترف ولم يتمكن من الرد على الموكل، لأنه لو أقر رد عليه، وهل للمشتري تحليف الموكل لأنه مقر بالتوكيل الظاهر لا، لأن دعواه على الوكيل يستلزم انكار وكالته وعلى الموكل يستلزم الاعتراف به، { ٤ } واحتمل

{ ١ } الفرض الثاني: ما إذا كان المشتري جاهلا 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 اقراره بالسبق دعوى بالنسبة إلى الموكل غير مشمولة لقاعدة من ملك لا تسمع إلا مع البينة،

{ ٢ } وهل له احلاف الموكل على عدم السبق كما في المتن لكونه منكرا أم لا من جهة أن كل منكر ليس عليه اليمين، بل إذا كان عليه غرامة للمدعي باقراره والغرامة هنا ليست للوكيل بل للمشتري؟ وجهان: أو جههما 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 ألزم الموكل.

{ ٣ } الفرض الثالث: ما إذا كان المشتري جاهلا بالوكالة وكان الوكيل غير متمكن من إقامة البينة، منكرا للتقدم، حلف لدفع الغرامة المتوجهة ظاهرا نحوه لو اعترف عن نفسه وإن لم تكن الغرامة عليه واقعا، وهل للمشتري تحليف الموكل؟ وجهان.

{ ٤ } استدلال المصنف (رحمه الله) للثاني: بأن دعواه على الوكيل تستلزم انكار وكالته وعلى الموكل تستلزم الاعتراف بها.

واحتتمل في جامع المقاصد ثبوت ذلك له مؤاخذه له بإقراره، ثم إذا لم يحلف الوكيل ونكل، فحلف المشتري اليمين المردودة ورد العين على الوكيل، فهل للوكيل ردها على الموكل أم لا، وجهان، {١} بناهما في القواعد على كون اليمين المردودة كالبينة، فينفذ في حق الموكل، أو كإقرار المنكر، فلا ينفذ، {٢} وتنظر فيه في جامع المقاصد بأن كونها كالبينة لا يوجب نفوذها للوكيل على الموكل، لأن الوكيل معترف بعدم سبق العيب، فلا تنفعه البينة القائمة على السبق الكاذبة باعترافه، قال: اللهم إلا أن يكون انكاره لسبق العيب استنادا إلى الأصل، بحيث لا ينافي ثبوته ولا دعوى ثبوته كأن يقول لا حق لك علي في هذه الدعوى، إذ ليس في المبيع عيب ثبت لك به الرد علي، فإنه لا تمنع حينئذ تخريج المسألة على القولين المذكورين، انتهى.

وفيه: إن هذا يتم لو ادعى المشتري القطع بكذب الوكيل في دعوى الوكالة، ولا يتم فيها إذا كانت دعواه من جهة كون العين تحت يده، مع أنه يمكن أن يقال في صورة القطع أيضا: إن 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 أن يردها على الموكل أم لا؟ وجهان

{٢} بناهما في القواعد على أن اليمين المردودة هل هي كالبينة الحالية عن الواقع التي تكون حجة مثبتة للمدعى به وما يستخرج بها الحق فله ذلك،

أم هي كالأقرار الذي لا يملك به الوكيل الرد على الموكل كما تقدم؟ وفي حاشية السيد (رحمه الله): التحقيق عدم جريان حكم شيء من البينة والأقرار عليه، فيرجع فيه إلى مقتضى الأصول.

هذه المسألة: وهي مسألة أن اليمين المردودة - هل هي بمنزلة إقرار المنكر أو بمنزلة بينة المدعي غير معنونة في كتاب القضاء، وهي ذات قولين عند أصحابنا، وخالفهم السيد في ملحقات عروته، وتبعه بعضهم وفرعوا على القولين فروعا ليس المقام مقام التعرض لها، وإنما نشير إلى وجه التردد، وهو: إنه قد حصر في النصوص ميزان القضاوة في البينة واليمين، وحيث إن المدعي لا يمين له فلا بد وأن يكون يمينه بمنزلة بينته أو بمنزلة إقرار

المنكر الذي لا يبقى معه خصومة، فيكون الحصر محفوظا.

وفي مفتاح الكرامة أن اعتراضه مبني على كون اليمين المردودة كبينة الراد { ١ } والمعروف بينهم أنه كبينة المدعي أقول كونه كبينته لا ينافي عدم نفوذها للوكيل المكذب لها على الموكل وتمام الكلام في محله.

الرابعة: لو رد سلعة بالعيب، فأنكر البائع أنها سلعته، { ٢ } قدم قول البائع كذا في التذكرة والدروس وجامع المقاصد، لأصالة عدم حق له عليه وأصالة عدم كونها سلعته وهذا بخلاف ما لو ردها بخيار، فأنكر كونها له، فاحتمل هنا في التذكرة والقواعد تقديم قول المشتري ونسبه في التحرير إلى القيل لاتفاقهما على استحقاق الفسخ بعد أن احتمل مساواتها للمسألة الأولى.

ووجه كونه كالأقرار: إن المنكر برده اليمين كأنه ملتزم بالمدعى به على تقدير حلف المدعى، وليس معنى الاقرار إلا الالتزام بالمدعى به.

ووجه كونه كالبينة: إن جانب المدعي يطلب منه البينة لقوله البينة على المدعي ولولا أن اليمين المردودة كالبينة لما ثبت بها دعواه. وتمام الكلام في محله. { ١ } قوله وفي مفتاح الكرامة أن اعتراضه مبني على كون اليمين المردودة كبينة الراد ليس مبنيًا على ذلك فإن بينة المشتري مع اعتراف الوكيل، بكذبها لا تجدي للوكيل، ولا يصح الاستناد إليها على الموكل: لعلمه بكذبها.

اختلاف المتبايعين في كون المردود سلعة البائع { ٢ } مسألة: لو رد سلعة بالعيب فأنكر البائع أنه سلعته والكلام فيها يقع في فرعين:

الأول: ما لو اختلفا في كون سلعة معينة معيبة سلعة البائع، وادعى المشتري أنها له، والبائع أنكر ذلك، وأن سلعته صحيحة، ومقتضى ذلك الاختلاف في الخيار، والأظهر فيه تقديم قول البائع لأصلين: موضوعي، وحكمي. أما الأصل الموضوعي: فهو أصالة عدم وقوع العقد على السلعة المعينة الخارجية.

أقول النزاع في كون السلعة سلعة البائع يجتمع مع الخلاف في الخيار ومع الاتفاق عليه، كما لا يخفى لكن ظاهر المسألة الأولى كون الاختلاف في ثبوت خيار العيب ناشئاً عن كون السلعة هذه السلعة المعيوبه أو غيرها، والحكم تقديم قول البائع مع يمينه.

وأما إذا اتفقا على الخيار واختلفا في السلعة، { ١ } فلذي الخيار حينئذ الفسخ من دون توقف على كون هذه السلعة هي المبيعة أو غيرها، فإذا فسخ وأراد رد السلعة فأنكرها البائع، فلا وجه لتقديم قول المشتري مع أصالة عدم كون السلعة هي التي وقع العقد عليها.

نعم استدل عليه في الإيضاح بعد ما قواه بأن الاتفاق منهما على عدم لزوم البيع واستحقاق الفسخ والاختلاف في موضعين:

أحدهما: خيانة المشتري فيدعيها البائع بتغير السلعة والمشتري ينكرها والأصل عدمها { ٢ }

الثاني: سقوط حق الخيار الثابت للمشتري، فالبائع يدعيه والمشتري ينكره والأصل بقاءه { ٣ } وتبعه في الدروس، حيث قال: لو أنكر البائع كون المبيع مبيعه، حلف ولو صدقه على كون المبيع معيوباً وأنكر تعيين المشتري، حلف المشتري انتهى:

وبعبارة أخرى: عدم كون هذه السلعة واقعة موقع البيع لسبق اليقين بعدمها، وهذا هو المراد من أصالة عدم كونها سلعته.

وأما الأصل الحكمي: فهو أن الخيار حق حادث مسبوق بالعدم، والأصل عدمه { ١ } الفرع الثاني: ما لو اتفقا على الخيار واختلفا في كون العين المردودة سلعة البائع وفيه قولان:

أحدهما: أنه يقدم قول البائع، والوجه فيه: الأصل الموضوعي المشار إليه في الفرع الأول:

ثانيهما: تقديم قول المشتري: واستدل له:

{ ٢ } بأن مرجع الاختلاف حينئذ إلى أن البائع يدعي خيانة المشتري بتغيير السلعة وإبراز سلعة أخرى مكانها، والأصل عدمها.

{ ٣ } وبأن البائع يدعي سقوط الخيار المتفق عليه والأصل بقاءه.

أقول أما دعوى الخيانة فلو احتاجت إلى الإثبات ولو كان معها أصالة عدم كون المال الخاص هو المبيع، لوجب القول بتقديم قول المشتري في المسألة الأولى { ١ } وإن كانت هناك أصول متعددة على ما ذكرها في الإيضاح، وهي أصالة عدم الخيار وعدم حدوث العيب وصحة القبض بمعنى خروج البائع من ضمانه، لأن أصالة عدم الخيانة مستندها ظهور حال المسلم وهو وارد على جميع الأصول العملية، { ٢ } نظير أصالة الصحة. وأما ما ذكره من أصالة صحة القبض فلم نتحقق معناها وإن فسرناها من قبله بما ذكرنا لكن أصالة الصحة لا تنتفع لإثبات لزوم القبض. { ٣ } وأما دعوى سقوط حق الخيار فهي إنما تجدي

{ ١ } وأورد المصنف (رحمه الله) على الأول: بأن هذا الوجه يجري في الفرع الأول أيضا { ٢ } وحيث إن مدركه ظهور حال المسلم فيكون هو واردا على جميع الأصول العملية التي تكون مع البائع، فلا بد من القول بتقديم قول المشتري فيه أيضا. وفيه: إن مدرك هذا الأصل ليس ظهور حال المسلم، إذ لا دليل على حجية هذا الظهور، فإن هذا الظهور كظهور حاله في عدم الكذب الذي لا يترتب عليه وجوب تصديقه،

بل الوجه فيه أن المشتري لثبوت الخيار له له الولاية على العين، فيصدق فيما له تلك لكونه أمينا من قبل الشارع، فلا يتهم بالخيانة للنصوص. وهذا لا يجري في الفرع السابق لعدم ثبوت الخيار، فالولاية غير ثابتة. وأما الوجه الثاني: فأورد عليه المصنف (رحمه الله): بأنه يجدي إذا كان الخيار المتفق عليه

لأجل العيب، مع أنه لا يثبت به وجوب قبول هذه السلعة إلا من جهة التلازم الواقع بينهما، ولا يثبت أحد المتلازمين بالأصل الجاري في الآخر، وهو متين، ويمكن أن يقال: إنه لا يجدي في العيب أيضا مطلقا، إذ ربما يكونان متفقين على بقاء العين ويختلفان في تعيينها.

{ ٣ } قوله لكن أصالة الصحة لا تنتفع لإثبات لزوم القبض يرد على ما أفاده (قدس سره) أن أصالة صحة القبض بمعنى الخروج معه عن الضمان لو جرت يثبت بها لزوم العقد فإن الموجب للخيار هو تلف الوصف

إذا كان الخيار المتفق عليه لأجل العيب، كما فرضه في الدروس وإلا فأكثر الخيارات مما أجمع على بقاءه مع التلف على أن أصالة عدم سقوط الخيار لا تثبت إلا بثوته لا وجوب قبول هذه السلعة إلا من جهة التلازم الواقع بينهما. ولعل نظر الدروس إلى ذلك لكن للنظر في اثبات أحد المتلازمين بالأصل الجاري في الآخر مجال، كما نبهنا عليه مرارا.

وأما الثاني: وهو الاختلاف في المسقط ففيه أيضا مسائل:
الأولى: لو اختلفا في علم المشتري بالعيب وعدمه { ١ } قدم منكر العلم، فيثبت الخيار.

الثانية: لو اختلفا في زواله قبل علم المشتري أو بعده، { ٢ } على القول بأن زواله بعد العلم لا يسقط الأرش بل ولا الرد، ففي تقديم مدعي البقاء فيثبت الخيار لأصالة بقاءه وعدم زواله المسقط للخيار أو تقديم مدعي عدم ثبوت الخيار لأن سببه أو شرطه العلم به حال وجوده وهو غير ثابت

فلو ثبت الصحة بالمعنى المشار إليه ترتب عليها نفي الخيار والحق أن يورد عليها بأنها لا تجري إذ قبض ذات المبيع معلوم وقبضه موصوفا بالصحة غير معلوم ولا أصل يثبت قبضه كذبك الاختلاف في المسقط

{ ١ } مسألة: لو اختلفا في علم المشتري بالعيب وعدمه قدم قول منكر العلم فيثبت الخيار،:

لأن موضوع هذا الخيار مركب من العيب، وجهل المشتري لما عرفت من اختصاص النصوص بصورة الجهل، واحد الجزئين محرز بالوجدان، ويجري الأصل في الجزء الآخر وهو الجهل، إذ العلم حادث مسبوق بالعدم، وبضم الوجدان إلى الأصل يثبت موضوع الخيار، ومعه لا تصل النبوة إلى أصالة اللزوم، فقول المشتري موافق للأصل.
{ ٢ } ولو اختلفا في زواله قبل علم المشتري أو بعده على القول بأن زواله بعد العلم لا يسقط الأرش، بل ولا الرد.

فالأصل لزوم العقد وعدم الخيار وجهان: أقواهما الأول والعبارة المتقدمة من التذكرة في سقوط الرد بزوال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرد تومئ إلى الثاني، فراجع.

ولو اختلفا بعد حدوث عيب جديد وزوال أحد العيين، { ١ } في كون الزائل هو القديم حتى لا يكون خيار أو الحادث حتى يثبت الخيار، فمقتضى القاعدة بقاء القديم الموجب للخيار ولا يعارضه أصالة بقاء الجديد لأن بقاء الجديد لا يوجب بنفسه سقوط الخيار إلا من حيث استلزامه لزوال القديم، وقد ثبت في الأصول أن أصالة عدم أحد الضدين لا يثبت وجود الضد الآخر ليرتب عليه حكمه

فإن قلنا: بأنه لا فرق في الحكم بين كون الزوال قبل العلم أو بعده لا مجال لهذه المسألة،

وإنما الكلام فيها لو قلنا بالفرق، وحينئذ إن قلنا بأن الخيار لا يثبت إلا بعد ظهور العيب قدم قول مدعي عدم ثبوت الخيار لأصالة عدمه، ولا تجري أصالة عدم زوال العيب وبقائه لمعارضتها مع أصالة عدم ظهور العيب إلى حين زوال العيب وتساقطهما معا. وإن قلنا: بأنه يثبت من حين العقد وأن زوال العيب يوجب رفعه، فأصالة عدم زوال العيب قبل العلم يترتب عليها عدم سقوط الخيار وبقائه، ولا تعارضها أصالة عدم العلم قبل الزوال لعدم ترتب الأثر عليها. { ١ } ولو اختلفا بعد حدوث عيب جديد وزوال أحد العيين في كون الزائل هو القديم حتى لا يكون خيار أو الحادث حتى يثبت، فإن قلنا بأن العيب الجديد بنفسه مانع شرعا عن الخيار فأصالة بقاء العيب الجديد يترتب عليها الأثر وتجري، وحينئذ إن بنينا على أن زوال القديم لا يوجب سقوط الخيار، فأصالة بقاءه لا أثر لها فلا تجري، وإن انعكس انعكس. وإن بنينا على أن 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 يدعي الآخر

لكن المحكي في التذكرة عن الشافعي في مثله التحالف، قال: لو اشترى عبدا وحدث في يده نكتة بياض بعينه ووجد نكتة قديمة، ثم زالت إحداهما. فقال البائع الزائلة القديمة فلا رد ولا أرش وقال المشتري بل الحادثة ولي الرد قال الشافعي: يحلفان على ما يقولان فإذا حلفا استفاد البائع بيمينه دفع الرد واستفاد المشتري بيمينه أخذ الأرش، انتهى.

الثالثة: لو كان عيب مشاهد غير المتفق عليه، { ١ } فادعي البائع حدوثه عند المشتري والمشتري سبقه، ففي 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 أن يقال: إن عدم التقدم هناك راجع إلى عدم سبب الخيار. وأما هنا فلا يرجع إلى 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 } وإنما يثبت بها عدم التقدم الذي لا يثبت به التأخر، ثم قال في الدروس لو ادعى البائع زيادة العيب عند المشتري وأنكر المشتري احتمال حلف المشتري لأن الخيار متيقن، والزيادة موهومة، ويحتمل حلف البائع اجراء للزيادة مجرى العيب الجديد

زواله، أما المشتري فهو يدعي بقاء القديم تحقيقا للمقتضي، والبائع يدعي بقاء الجديد اسقاطا لدعوى المشتري من الحلف على عدم زواله، فيتحالفان، ولعل نظر الشافعي إلى هذه الصورة، فلا يراد عليه.

{ ١ } لو كان عيب مشاهد غير المتفق عليه فادعى البائع حدوثه عند المشتري والمشتري سبقه، ففيها وجوه وأقوال

{ ٢ } الأول ما عن الشهيد وهو أنه يقدم قول البائع لا أصالة عدم التقدم

{ ٣ } وأورد عليه المصنف (رحمه الله) بأن هذا الأصل لا يجري في المقام لأنه لا يثبت به

حدوث العيب في الزمان المتأخر الذي هو المسقط للخيار

فظاهر المصنف (رحمه الله) الالتزام بالوجه الثاني وهو أنه يقدم قول المشتري لأصالة بقاء الخيار عند الشك في سقوطه

وهناك وجه ثالث وهو الأظهر وهو اجراء حكم التداعي، فإن البائع يدعي حدوثه عند

أقول: قد عرفت الحكم في العيب الجديد وإن حلف البائع فيه محل نظر، ثم إنه لا بد من فرض المسألة فيما لو اختلفا في مقدار من العيب موجود زائد على المقدار المتفق عليه أنه كان متقدما أو متأخرا.

وأما إذا اختلفا في أصل الزيادة، فلا اشكال في تقديم قول المشتري.

الرابعة: لو اختلفا في البراءة قدم منكرها، { ١ } فيثبت الخيار لأصالة عدمها الحاكمة على أصالة لزوم العقد.

وربما يتراءى من مكاتبة جعفر بن عيسى خلاف ذلك، قال: كتبت إلى أبي الحسن (عليه السلام) جعلت فداك: المتاع يباع فيمن يزيد فينادي عليه المنادي، فإذا نادى عليه

المشتري فخياره ساقط والثابت عليه خصوص الأرش والمشتري ينكر ذلك والأصل معه وهو استصحاب بقاء الخيار ولا يجري أصالة عدم العيب إلى ما بعد القبض لأنه لا يثبت بها الحدوث عند المشتري الذي هو المسقط للخيار، والمشتري يدعي حدوث العيب عند البائع فيستحق الأرش الزائد والبائع ينكره والأصل معه وهو أصالة عدم تحققه إلى حال القبض فكل منهما مدع من جهة ومنكر من جهة أخرى فيتحالفان.

اختلاف المتبايعين في البراءة

ولو اختلفا في البراءة وادعى البائع التبري من العيوب وأنكره المشتري

{ ١ } قال المصنف (رحمه الله) قدم منكرها

والكلام في مقامين:

الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثاني: فيما يقتضيه النص الخاص.

أما الأول: فمقتضى أصالة البراءة تقديم قول المشتري، فإن موضوع الخيار مركب من العيب وعدم البراءة، وأحد الجزئين محرز بالوجدان، والآخر بالأصل فيثبت الموضوع ويترتب عليه الخيار، وهو حاكم على أصالة اللزوم.

وأما الثاني: فربما يتراءى من مكاتبة (١) جعفر بن عيسى المتقدمة المذكورة في المتن أنه يقدم قول البائع

(١) الوسائل - باب ٨ - من أبواب أحكام العيوب.

برئ من كل عيب فيه، فإذا اشتراه المشتري ورضيه ولم يبق إلا نقد الثمن
فربما زهد فيه، فإذا زهد فيه ادعى عيوباً وأنه لم يعلم بها، فيقول له المنادي قد برئت
منها فيقول المشتري لم أسمع البراءة منها أيصدق فلا يجب عليه أم لا يصدق؟
فكتب (عليه السلام) إن عليه الثمن، الخبر.
وعن المحقق الأردبيلي أنه لا يلتفت إلى هذا الخبر لضعفه مع الكتابة ومخالفة
القاعدة، انتهى { ١ }
وما أبعد ما بينه وبين ما في الكفاية، من جعل الرواية مؤيدة لقاعدة البيئنة على
المدعي واليمين على من أنكر.

{ ١ } وأورد عليها المحقق الأردبيلي (رحمه الله): بضعف السند ومخالفتها للقاعدة
أما دعوى ضعف السند فيدفعها أن الشيخ (رحمه الله) يرويها بسنده عن الصفار عن محمد
ابن عيسى عن جعفر بن عيسى، وسند الشيخ (رحمه الله) إلى الصفار صحيح، ومحمد بن
عيسى بن
عبيد وأن ضعفه جمع إلا أن منشأ تضعيف الجميع كلام الصدوق الذي قال: لا أروي ما
يختص بروايته عن يونس، ومنشأ ذلك ابن الوليد ولا يعبأ به، فإن اعتقاده أنه يعتبر في
الإجازة أن يقرأ على الشيخ أو يقرأ الشيخ عليه، ويكون السامع فاهماً لما يروي، وكأن لا
يعتبر الإجازة المشهورة وكان محمد بن عيسى صغير السن في زمان يونس ولا يعتمدون
على فهمه حين القراءة ولا على إجازة يونس له،
وهذا كما ترى لا يصلح منشأ للضعف، لا سيما وقد صرح جمع من الأساطين
بوثاقته، وأخوه جعفر أيضاً ثقة أو حسن.
مع أن الأصحاب اعتمدوا على هذه المكاتبة في غير المقام، وهو جابر للضعف لو كان.
وأما مخالفتها للقاعدة فلا تصلح مانعة عن العمل بها لو كانت،
والحق أنها لا تنافي القاعدة من جهة التوجيه الذي أفاده المصنف (رحمه الله).
وحاصله: إن قول البائع في مفروض الخبر موافق للظاهر لجريان العادة بنداء
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 الحدائق: إن المفهوم من مساق الخبر المذكور، أن انكار المشتري إنما وقع مدالسة لعدم رغبته في المبيع وإلا، فهو عالم بتبري البائع والإمام (عليه السلام) إنما ألزمه بالثمن

من هذه الجهة. وفيه أن مراد السائل ليس حكم العالم بالتبري المنكر له فيما بينه وبين الله بل الظاهر من سياق السؤال استعلام من يقدم قوله في ظاهر الشرع من البائع والمشتري، مع أن حكم العالم بالتبري المنكر له مكابرة معلوم لكل أحد خصوصا للسائل كما يشهد به قوله أصدق أم لا يصدق، الدال على وضوح حكم صورتي صدقه وكذبه، والأولى توجيه الرواية بأن 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 ممن لا يخفى عليه قيمة المبيع، بقي في الرواية اشكال آخر، من حيث إن البراءة من العيوب عند نداء المنادي لا يجدي في سقوط خيار العيب، بل يعتبر وقوعه في متن العقد ويمكن التفصي عنه. أما بالتزام كفاية تقدم الشرط على العقد { ٢ } بعد وقوع العقد عليه، كما يأتي في باب الشروط. وأما بدعوى أن نداء الدلال بمنزلة الايجاب

حينما يقال إن القول قول البائع أو المشتري.

وأما ما أفاده في الحدائق فيرد عليه ما في المتن.

{ ١ } قوله وفي كل منهما نظر

أما وجه النظر في كلام المحقق الأردبيلي فقد تقدم

وأما وجه النظر في ما في الكفاية فهو ما تقدم من أن الأصل مع المشتري

ولكن من المحتمل أن يكون نظر صاحب الكفاية إلى ما أفاده المصنف (رحمه الله) من كون

قول البائع في مورد الرواية موافقا للظاهر فيوافق قاعدة البينة على المدعي واليمين على من أنكر.

{ ٢ } قوله يمكن التفصي عنه أما بالتزام كفاية تقدم الشرط على العقد

هذا مما لا يلتزمون به فإن الشرط من الانشائيات ومجرد البناء عليه في ضمن العقد

لا يكفي في انشائه وذكره قبل العقد كعدم

لأنه لا ينادي إلا بعد أن يرغب فيه أحد الحضار بقيمته، فينادي الدلال ويقول بعثك هذا الموجود بكل عيب ويكرر ذلك مرارا من دون أن يتم الايجاب، حتى يتمكن من ابطاله عند زيادة من زاد.

والحاصل جعل ندائه ايجابا للبيع، ولو أبيت إلا عن أن المتعارف في الدلال كون ندائه قبل ايجاب البيع، أمكن دعوى كون المتعارف في ذلك الزمان غير ذلك، مع أن الرواية لا تصریح فيها بكون البراءة في النداء قبل الايجاب كما لا يخفى. ثم الحلف هنا على نفي العلم بالبراءة { ١ } لأنه الموجب لسقوط الخيار لانتفاء البراءة واقعا.

الخامسة: لو ادعى البائع رضاء المشتري به بعد العلم أو اسقاط الخيار أو تصرفه فيه أو حدوث عيب عنده حلف المشتري لأصالة عدم هذه الأمور،

والصحيح في التفصي عنه بناء على كون التبري من العيوب من قبيل شرط سقوط الخيار - إما بما ذكره من كون نداء الدلال بمنزلة الايجاب أو أنه لا تصریح في المكاتبه بكون

النداء قبل الايجاب كما هو واضح

وأما بناء على كونه عبارة عن عدم الالتزام بصحة المبيع وهو من جهة كونه رافعا لمنشأ الخيار بسقط به ذلك فالأمر سهل فإنه ليس من قبيل الشرط حتى يحتاج إلى الانشاء { ١ } قوله ثم الحلف هنا على نفي العلم بالبراءة

والوجه فيه أن مصب الدعوى هو العلم وعدمه فإن المسقط هو التبري المعلوم للمشتري فيكفي الحلف على نفي العلم هذا إذا كان مدرك تأثير التبري رجوعه إلى شرط عدم الخيار فإنه حينئذ يعتبر فيه القبول فلا يعقل بلا التفات وعلم من المشتري وأما إن كان المدرك أن الخيار من جهة الالتزام بالصحة والتبري بمعنى عدم الالتزام بصحة المبيع - فهو وإن كان أمرا واقعا يعلم تارة ويجهل أخرى إلا أنه يكتفي فيه بالحلف على عدم العلم مع عدم التمكّن من اليمين البتية لكون المورد فعل الغير والمشهور الاكتفاء فيه بالحلف على نفي العلم.

ولو وجد في المعيب عيب اختلفا في حدوثه وقدمه { ١ } ففي تقديم مدعي الحدوث لأصالة عدم تقدمه كما تقدم سابقا في دعوى تقدم العيب وتأخره أو مدعي عدمه لأصالة بقاء الخيار الثابت بالعقد على المعيب والشك في سقوطه بحدوث العيب الآخر في ضمان المشتري فالأصل عدم وقوع العقد على السليم من هذا العيب حتى يضمه المشتري.

وأما الثالث: ففيه مسائل:

الأولى: لو اختلفا في الفسخ فإن كان الخيار باقيا فله إنشاؤه. { ٢ } وفي الدروس أنه يمكن جعل اقراره انشاءه { ٣ } ولعله لما اشتهر من أن من ملك شيئا ملك الاقرار به { ٤ }

{ ١ } قوله ولو وجد في المعيب عيب اختلفا في حدوثه وقدمه الظاهر أن هذا تكرار لما في المسألة الثالثة من مسائل الاختلاف في المسقط

اختلاف المتبايعين في الفسخ

{ ٢ } ولو اختلفا في الفسخ وادعاه المشتري وأنكره البائع

والكلام فيه في موردين:

الأول: فيما إذا كان الخيار باقيا.

الثاني: فيما إذا كان منقضيا.

أما الأول: فلا اشكال ولا كلام في أن له انشاءه،

{ ٣ } إنما الكلام فيما أفاده الشهيد (رحمه الله) من أنه يمكن جعل اقراره انشاءه

ظاهر هذه العبارة كون اقراره نافذ إلا من جهة أنه اخبار بالفسخ، بل من جهة كونه

انشاء له، وعليه فما استدلل به المصنف (رحمه الله) له

{ ٤ } من قاعدة من ملك أجنبي عن مراده

وكيف كان: فإن كان مراده جعل الاقرار نافذا من حيث إنه انشاء له،

فيرد عليه: إن الاخبار والانشاء متقابلان، فعلى القول بأنه يعتبر في الفسخ الذي

حل العقد ما يعتبر في العقد من الانشاء لا يكفي ذلك، نعم لو قلنا بأنه لا يعتبر فيه سوى

عدم

كما لو ادعى الزوج الطلاق، ويدل عليه بعض الأخبار الواردة فيمن أخبر بعق مملوكه { ١ } ثم جاء العبد يدعي النفقة على أيتام الرجل وأنه رق لهم وسيجيئ الكلام في فروع هذه القاعدة، وإن كان بعد انقضاء زمان الخيار { ٢ } كما لو تلف العين افتقر مدعيه إلى البينة ومع عدمها حلف الآخر على نفي علمه بالفسخ إن ادعى عليه علمه بفسخه،

الالتزام بالعقد كفى ذلك، لكن المبني بمراحل من الواقع. وإن كان مراده جعل الاقرار نافذا من جهة أنه اقرار بفعل له السلطنة عليه، تم ما أفاده لقاعدة من ملك ولقاعدة اقرار العقلاء على أنفسهم من جهة أنه اقرار بعدم حق الخيار له، وإن كان لازمه استحقاق استرداد الثمن. { ١ } قوله ويدل عليه بعض الأخبار الواردة فيمن أخبر بعق مملوكه الظاهر أن لفظ العتق غلط من الناسخ، أو سهو من القلم بدل عن لفظ البيع فإن الخبر وارد (١) في بيع المملوك - وعلى أي حال هو لا يدل على ذلك فإنه متضمن لقضية في واقعة ولعله (عليه السلام) كان مطلعاً على كذب الغلام - ولذا هو (قدس سره) في رسالته في هذه القاعدة لم يستدل بهذا الخبر مع استقصائه لجميع ما استدل به وما يمكن أن يستدل به على هذه القاعدة وأما الثاني: وهو ما إذا كان بعد انقضاء زمان الخيار فلا اشكال في أنه ليس له انشائه، ولا في عدم العبرة باقراره من جهة أنه انشاء، إنما الكلام في أنه هل ينفذ اقراره. من جهة كونه اخباراً عن الفسخ أم لا؟ الظاهر أن له ذلك لما تقرر في محله وأشرنا إليه سابقاً من أن مقتضى قاعدة من ملك نفوذ اقرار من هو مسلط على تصرف بذلك التصرف وإن كان زمانه ماضياً، ولذا لا شبهة في نفوذ اقرار الوكيل بالبيع إذا أنكر الموكل وقوعه. وفي المقام بما أنه اقرار بما يكون له تشمله القاعدة، فما قيل من افتقار مدعيه إلى البينة في غير محله.

(١) الوسائل - باب ٢٦ - من أبواب بيع الحيوان.

ثم إذا لم يثبت الفسخ فهل يثبت للمشتري المدعي للفسخ الأرش لئلا يخرج من الحقين أم لا لإقراره بالفسخ وزاد في الدروس أنه يحتمل أن يأخذ أقل الأمرين من الأرش وما زاد على القيمة من الثمن إن اتفق لأنه بزعمه يستحق استرداد الثمن ورد القيمة فيقع التقاوس في قدر القيمة ويبقى قدر الأرش مستحقا على التقديرين، انتهى.

الثانية: لو اختلفا في تأخر الفسخ عن أول الوقت { ١ } بناء على فورية الخيار ففي تقديم مدعي التأخير لأصالة بقاء العقد { ٢ } وعدم حدوث الفسخ في أول الزمان { ٣ } أو مدعي عدمه لأصالة صحة الفسخ { ٤ } وجهان: ولو كان منشأ النزاع الاختلاف في زمان وقوع العقد

{ ١ } لو اختلفا في تأخر الفسخ عن أول الوقت بناء على فورية الخيار ففي تقديم مدعي التأخير، أو مدعي عدمه وجهان:

الكلام يقع في موردين:

الأول فيما إذا اختلفا في زمان الفسخ.

الثاني: فيما إذا اتفقا عليه واختلفا في زمان وقوع العقد.

أما المورد الأول: فقد ذكر المصنف (رحمه الله) لتقديم قول مدعي التأخير أصليين:

{ ٢ } أصالة بقاء العقد

{ ٣ } وأصالة عدم حدوث الفسخ في أول الزمان.

أما أصالة بقاء العقد فهي لا تجري لكونها محكومة لأصالة بقاء زمان الخيار إلى حال تحقق الفسخ، وأما أصالة عدم حدوث الفسخ في أول الزمان فهي لا تجري لعدم كون الفسخ

في أول الزمان بهذا العنوان موضوعا للأثر، بل الموضوع هو الفسخ في حال له الخيار، فيجري استصحاب بقاء زمان الخيار خاصة، ويترتب عليه تأثير الفسخ.

{ ٤ } وقد ذكر (قدس سره) لتقديم قول مدعي عدم التأخير أصالة صحة الفسخ

وفيه: إن المختار عنده - على ما صرح به في آخر كتاب البيع - وعندنا - على ما حققناه في رسالة (القواعد الثلاث) المطبوعة - أنه يعتبر في جريان أصالة الصحة في شيء احراز قابلية المحل عقلا، ومن الواضح أن الفسخ بعد انقضاء زمان الخيار غير مؤثر عقلا

مع الاتفاق على زمان الفسخ { ١ } ففي الحكم بتأخر العقد لتصحيح الفسخ وجه يضعف بأن أصالة تأخر العقد الراجعة حقيقة إلى أصالة 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 وادعت هي تأخره عنها. { ٢ }
الثالثة: لو ادعى المشتري الجهل بالخيار أو بفوريته بناء على فوريته { ٣ } سمع قوله إن احتمال في حقه الجهل للأصل وقد يفصل بين الجهل بالخيار فلا يعذر إلا إذا نشأ في بلد لا يعرفون الأحكام والجهل بالفورية فيعذر مطلقاً لأنه مما يخفى على العامة

إذا لا فسخ لمن لا حق له عقلاً.

فتحصل: أنه يقدم قول مدعي عدم التأخير لأصالة بقاء زمان الخيار إلى حال تحقق الفسخ لا لأصالة الصحة.

{ ١ } وأما المورد الثاني: فالحق فيه أيضاً تقديم قول مدعي العدم من جهة أصالة بقاء الزمان الخيار إلى زمان الفسخ المعلوم، وأما أصالة 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 أصل المسألة لا خصوص الفرض الثاني كما لا يخفى

{ ٣ } قوله الثالثة لو ادعى المشتري الجهل بالخيار أو بفوريته بناء على فوريته

بناء على عدم كون هذا الخيار على الفور لا يبقى مورد لهذا البحث،

كما أنه على القول بأنه بوجوده الواقعي فوري لا مورد لهذا النزاع أيضاً

وأما إن قلنا بأنه بوجوده المعلوم فوري بحيث لا فورية إلا بعد العلم بأصل الخيار -

فللنزاع في العلم بالخيار والجهل به مجال فإنه على الجهل له اعماله وعلى العلم ليس له ذلك

وأما النزاع في العلم بالفورية والجهل بها فإنما يتصور له مورد لو كان فورية الخيار

مقيدة بالعلم بالفورية بالنحو المعقول

وعلى أي حال يقدم قول المشتري إن احتمال في حقه الجهل للأصل أي أصالة عدم العلم

إلا إذا كان قوله مخالفاً للظاهر بأن يكون في بلد أهله يعرفون الأحكام فيكون

مدعياً لا يقبل قوله إلا بالبينة.

القول في ماهية العيب وذكر بعض أفراده { ١ }
اعلم أن حكم الرد والأرش معلق في الروايات على مفهوم العيب والعوار.
أما العوار ففي الصحاح أنه العيب وأما العيب فالظاهر من اللغة والعرف أنه
النقص عن مرتبة الصحة { ٢ } المتوسطة بينه وبين الكمال، فالصحة ما يقتضيه أصل
الماهية المشتركة بين أفراد الشيء لو خلي وطبعه والعيب والكمال يلحقان له لأمر
خارج عنه ثم مقتضى حقيقة الشيء قد يعرف من الخارج كمقتضى حقيقة الحيوان
الأناسي وغيره فإنه يعلم أن العمى عيب ومعرفة الكتابة في العبد والطبخ في الأمة
كمال فيهما وقد يستكشف ذلك بملاحظة أغلب الأفراد فإن وجود صفة في أغلب
أفراد الشيء يكشف عن كونه مقتضى الماهية المشتركة بين أفراده وكون التخلف في
النادر لعارض.

بيان حقيقة العيب

{ ١ } قوله القول في ماهية العيب وذكر بعض أفراده

تحقيق القول في المقام في طي مسائل

الأولى في بيان ماهية العيب، واستقصاء القول فيها بالبحث في جهات
الأولى أنه طفحت كلماتهم تبعاً لمرسل السيارى (١) بأن (كل ما زاد أو نقص عن
الخلقة الأصلية فهو عيب، وهذه عبارة أخرى عما في المتن

{ ٢ } أنه النقص عن مرتبة الصحة

وظاهر ذلك أن كل ما ثبت في أصل الخلقة من الأجزاء والأوصاف فزاد ذلك
السيء أو نقص فهو عيب، فينحصر العيب في الزيادة والنقيصة الخلقية، وعبر جماعة عن
ذلك بالخروج عن المجري الطبيعي، ولكن المفهوم العرفي من العيب أعم من ذلك، فإن
الخارج الثقيل الخارج عما جرت العادة عليه في الأراضي عيب عند العرف، مع أن الخارج
أجنبي عن الخلقة الأصلية للأرض، وهو في الشرع أيضاً كذلك، فإن عدم حيض الجارية
المدركة

(١) الوسائل - باب ١ - من أبواب أحكام العيوب حديث ١.

وهذا وإن لم يكن مطردا في الواقع إذ كثيرا ما يكون أغلب الأفراد متصفة بصفة لأمر عارضي أو لأمر مختلفة، إلا أن بناء العرف والعادة على استكشاف حال الحقيقة عن حال أغلب الأفراد. ومن هنا استمرت العادة على حصول الظن بثبوت صفة الفرد من ملاحظة أغلب الأفراد فإن وجود الشيء في أغلب الأفراد وإن لم يمكن الاستدلال به على وجوده في فرد غيرها لاستحالة الاستدلال ولو ظنا بالجزئي على الجزئي إلا أنه يستدل من حال الأغلب على حال القدر المشترك ثم يستدل من ذلك على حال الفرد المشكوك.

إذا عرفت هذا تبين لك الوجه في تعريف العيب في كلمات كثير منهم بالخروج عن المجرى الطبيعي وهو ما يقتضيه الخلقة الأصلية.

جعل في النص عيبا، مع أنه ربما يكون احتباس الدم لعارض مزاجي لا لنقص في الخلقة، وحمل الجارية جعل عيبا موجبا للخيار، مع أنه ليس زيادة أو نقصا في الخلقة، وكذلك إباق

العبد، فيعلم من ذلك أن العيب الشرعي أعم من الكلية المذكورة. فالمتعين إما البناء على أن الخبر ورد لبيان العيب لا لتحديده، أو التصرف في الكلية بحملها على خلاف ظاهرها، وهو كون الخلقة اسما لمعنى مصدر يراد به ما عليه الشيء من الهيئة، فيعم كل نقص أو زيادة وإن لم يكن من أجزائه الأصلية، بل وإن 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 الأصلية، وغير معيب بالإضافة إلى الحقيقة العادية الثانوية، وقد ينعكس الأمر، وعلى التقديرين إن كان ذلك بالإضافة إلى جهتين فلا اشكال في أن لكل منهما حكمها، مثلا لو كانت الأرض غير قابلة للزرع لكنها خفيفة الخراج فهي معيبة باعتبار الخلقة الأصلية، وصحيحة باعتبار العادة الثانوية. ولو كانت قابلة للزرع لكنها ثقيلة الخراج فهي صحيحة بالاعتبار الأول ومعيبة بالثاني، وفي الفرضين يجري حكم العيب إذ لا يجب أن يكون الشيء

وأن المراد بالخلقة الأصلية ما عليه أغلب أفراد ذلك النوع، وأن ما خرج عن ذلك بالنقص فهو عيب وما خرج عنه بالمزية فهو كمال فالضيعة إذا لوحظت من حيث الخراج فما عليه أغلب 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 أغلب الأفراد التي يستدل بها على حال الحقيقة عرفاً رجح الثاني { ١ } وحكم للشئ بحقيقة ثانوية اعتبارية يعتبر الصحة والعيب والكمال بالنسبة إليها. ومن هنا لا يعد ثبوت الخراج على الضيعة عيباً مع أن حقيقتها لا تقتضي ذلك وإنما هو شئ عرض أغلب الأفراد فصار مقتضى الحقيقة الثانوية فالعيب لا يحصل إلا بزيادة الخراج على مقتضى الأغلب.

معيوباً من جميع الجهات في ترتب أحكام العيب، بل يكفي التعيب من جهة واحدة. وإنما الكلام فيما إذا كان الاختلاف من جهة واحدة، كما إذا كان العبد الكبير أغلف فإنه تام من حيث الخلقة، ومعيوب باعتبار العادة الثانوية، إذ جرت العادة على الختان، ويجب ذلك، والعبد مورد للخطر عند الختان، وكما إذا كانت الأمة ثيبة فإن فيها نقصاً خلقياً وتامة عادية.

وهذا هو مورد بحث المصنف (رحمه الله) حيث قال:

{ ١ } ثم لو تعارض مقتضى الحقيقة الأصلية وحال أغلب الأفراد التي يستدل بها على حال الحقيقة عرفاً رجح الثاني.

والمفروض في كلامه المفروغية عن عدم الخيار فيما إذا كان بحسب الحقيقة الثانوية غير معيوب، وإنما جعل مورد البحث أن ما هو كذلك، أي نقص أو زيادة بحسب الحقيقة الأولية ولا يكون كذلك بحسب الحقيقة الثانوية، هل يكون عيباً موضوعاً وإنما لا يلحقه حكم العيب، أو أنه ليس بعيب موضوعاً؟
ووجه الأول أن العيب هو النقص أو الزيادة بحسب الخلقة الأصلية، وإنما يعتنى بوجود الصفة في أغلب أفراد الطبيعة من جهة كشفه عن الخلقة الأصلية، وهذا إنما يكون مع الجهل بها

ولعل هذا هو الوجه في قول كثير منهم بل عدم الخلاف بينهم في أن الثبوتية ليست عيبا في الإماء، وقد ينعكس الأمر فيكون العيب في مقتضى الحقيقة الأصلية والصحة بالخروج إلى مقتضى الحقيقة الثانوية كالعلفة فإنها عيب في الكبير لكونها مخالفة لما عليه الأغلب إلا أن يقال إن العلفة بنفسها ليس عيبا إنما العيب كون الأغلف موردا للخطر بختانه. ولذا اختص هذا العيب بالكبير دون الصغير. ويمكن أن يقال إن العبرة بالحقيقة الأصلية والنقص عنها عيب وإن كان على طبق الأغلب { ١ } إلا أن حكم العيب لا يثبت مع اطلاق العقد حينئذ لأنه إنما يثبت من جهة اقتضاء الاطلاق للالتزام بالسلامة فيكون كما لو التزمه صريحا في العقد فإذا فرض الأغلب على خلاف مقتضى الحقيقة الأصلية لم يقتض الاطلاق ذلك بل اقتضى عكسه أعني التزام البراءة من ذلك النقص فاطلاق العقد على الجارية بحكم الغلبة منزل على التزام البراءة من عيب الثبوتية

وأما مع العلم بالخلقة الأصلية فلا يعتنى بالكاشف. نعم لا يلحقه حكم العيب من جهة أن حكم العيب إنما يثبت من جهة اقتضاء الاطلاق للالتزام بالسلامة، فيكون كما لو التزمه صريحا في العقد. فمع فرض الأغلب على خلاف مقتضى الحقيقة لا يقتضي الاطلاق ذلك، بل يقتضى الالتزام بالبراءة من ذلك العيب، فلا يثبت الخيار من هذه الجهة. ووجه الثاني: إن الغلبة بمنزلة الحقيقة الأصلية، وأن لها موضوعية كما تقدم، مع أن مقتضى خبر سماعة في الرجل يشتري جارية على أنها بكر ولم يجدها كذلك، قال (عليه السلام). لا ترد عليه، ولا يجب عليه شيء، أنه قد يكون يذهب في حال مرض أو أمر

يصيبها (١)

{ ١ } والمصنف (رحمه الله) قوى الوجه الأول

ولكن الأظهر هو التفصيل، إذ قد يكون شيوخ النقص أو الزيادة لمصلحة شخصية أو نوعية، كالتحتم، فإنه نقص أمر به الشارع لمصلحة شخصية، وكالخراج، فإنه لغرض نوعي عقلائي، وفي مثل ذلك لا يعد عيبا لما عرفت من أنه ليس المدار على خصوص الخلقة الأصلية

(١) الوسائل - باب ٦ - من أبواب أحكام العيوب حديث ٢.

وكذا الغلظة في الكبير فهي أيضا عيب في الكبير لكون العبد معها موردا للخطر عند الختان إلا أن 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 إن الثيبوبة ليست عيبا في الإمام.

وقول العلامة في القواعد إن الغلظة ليست عيبا في الكبير المجلوب لا يبعد إرادتهم نفي حكم العيب من الرد والأرش لا نفي حقيقته ويدل عليه نفي الخلاف في التحرير عن كون الثيبوبة ليست عيبا مع أنه في التحرير والتذكرة اختار الأرش مع اشتراط البكارة مع أنه لا أرش في تخلف الشرط بلا خلاف ظاهر.

وتظهر الثمرة فيما لو اشترط المشتري البكارة والختان فإنه يثبت على الوجه الثاني حكم العيب من الرد والأرش لثبوت العيب غاية الأمر عدم ثبوت الخيار مع الاطلاق لتنزله منزلة تبري البائع من هذا العيب فإذا زال مقتضى الاطلاق

بالاشتراط ثبت حكم العيب

وأما على الوجه الأول فإن الاشتراك لا يفيد الأختيار تخلف الشرط دون الأرش لكن الوجه السابق أقوى عليه فالعيب إنما يوجب الخيار إذا لم يكن غالبا في أفراد الطبيعة بحسب نوعها أو صنفها والغلظة الصنافية مقدمة على النوعية عند التعارض فالثيبوبة في الصغيرة الغير المجلوبة عيب لأنها ليست غالبية في صنفها وإن غلبت في نوعها.

ثم إن مقتضى ما ذكرنا دوران العيب مدار نقص للشئ من حيث عنوانه مع قطع النظر عن كونه مالا فإن { ١ } الإنسان الخصي ناقص في نفسه وإن فرض زيادته من حيث كونه مالا

وقد يكون لا لمصلحة بل لجهة أخرى كثيبوبة الأمة، وفي مثل ذلك يكون عيبا ولا عبرة بالغلظة، وهي من حيث هي ليست بمنزلة الخلقة الأصلية كما أفاده المصنف (رحمه الله) والخبر

لا يدل على مزيد من نفي الخيار.

{ ١ } الجهة الثالثة: هل يعتبر في صدق العيب أن يكون موجبا لنقص المالية فالنقص أو الزيادة خلقة وعادة غير المنقص للمالية لا يكون عيبا، أم لا يعتبر ذلك؟ وجهان

وكذا البغل الخصي حيوان ناقص وإن كان زائدا من حيث المالية على غيره،
ولذا ذكر جماعة ثبوت الرد دون الأرش في مثل ذلك.
ويحتمل قويا أن يقال إن المناط في العيب هو النقص المالي فالنقص الخلقي
الغير الموجب للنقص كالخصاء ونحوه ليس عيبا إلا أن الغالب في أفراد الحيوان لما
كان عدمه كان اطلاق العقد منزلا على اقدام المشتري على الشراء مع عدم هذا
النقص اعتمادا على الأصل والغلبة فكانت السلامة عنه بمنزلة شرط اشترط في العقد
لا يوجب تخلفه إلا خيار تخلف الشرط، ويظهر الثمرة في طرو موانع الرد بالعيب بناء
على عدم منعها عن الرد بخيار تخلف الشرط، فتأمل. { ١ }

وفي صورة حصول هذا النقص قبل القبض أو في مدة الخيار فإنه مضمون على
الأول بناء على اطلاق كلماتهم أن العيب مضمون على البائع بخلاف الثاني فإنه لا
دليل على أن فقد الصفة المشترطة قبل القبض أو في مدة الخيار مضمون على البائع
بمعنى كونه سببا للخيار

لا اشكال في أن مطلق الزيادة أو النقيصة الخلقية أو العادية لا يكون عيبا كحدة
بصر العبد، وزيادة شعر رأس الجارية وما شابه تلکم،
كما لا اشكال في أنه ليس المدار على الزيادة والنقص من حيث المالية فقط، وإلا
لكانت الأشياء المختلفة من حيث المالية بعضها صحيحا وبعضها معيبا، وإن لم يختلفا من
حيث الأجزاء الأصلية.

إنما الكلام في أنه إذا كانت الزيادة أو النقيصة الموجبة للنقص في الشئ من حيث
الآثار والخواص المترتبة عليه غير موجبة للنقص في المالية من جهة تلازم النقص من هذه
الجهة لأثر آخر وخاصية أخرى مترتبة عليه، هل تكون عيبا أم لا؟
والظاهر صدق العيب عليها، إذ المدار ليس على المالية.

{ ١ } قوله فتأمل

الأمر بالتأمل إشارة إلى ما أفاده في بحث موانع الرد من أن أدلتها مختصة بصورة
ثبوت الأرش - وقد تقدم ما عندنا وعرفت أن مرسل جميل يعم صورة عدم ثبوت الأرش
فهذه الثمرة موجودة

وللنظر في كلا شقي الثمرة مجال { ١ }
وربما يستدل لكون الخيار هنا خيار العيب بما في مرسله السياري الحاكية
لقصة ابن أبي ليلى، { ٢ } حيث قدم إليه رجل خصما له فقال: إن هذا باعني هذه
الجارية فلم أجد على ركبها حين كشفها شعرا وزعمت أنه لم يكن لها قط، فقال له
ابن أبي ليلى: إن الناس ليحتالون بهذا بالحيل حتى يذهبوه فما الذي كرهت، فقال له:
أيها القاضي إن كان عيبا فاقض لي به، قال فاصبر حتى أخرج إليك فإني أجد أذى
في بطني، ثم دخل بيته وخرج من باب آخر فأتى محمد بن مسلم الثقفي فقال له: أي
شيء تروون عن أبي جعفر في امرأة لا تكون على ركبها شعرا أيكون هذا عيبا، فقال
له محمد بن مسلم: أما هذا نصا فلا أعرفه ولكن حدثني أبو جعفر عن أبيه عن آبائه
عن النبي (صلى الله عليه وآله) قال كل ما كان في أصل الخلقة فزاد أو نقص فهو عيب،
فقال له ابن

أبي ليلى: حسبك هذا فرجع إلى القوم فقضى لهم بالعيب. فإن ظاهر اطلاق الرواية
المؤيد بفهم ابن مسلم من حيث نفي نصوصية الرواية في تلك القضية المشعر بظهورها
فيها وفهم ابن أبي ليلى من حيث قوله وعمله كون مجرد الخروج عن المجرى

{ ١ } قوله وللنظر في كلا شقي الثمرة مجال
مراده شقا الثمرة الثانية، وهما ضمان النقص قبل القبض، وفي مدة الخيار
وهو في محله، فإن تلف وصف المبيع إذا كان مشموولا لقاعدة كون التلف قبل القبض
من البائع، (١) وقاعدة كون التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له (٢) كان تلف الوصف
الملتزم به أيضا كذلك ولا يقاس ذلك بتلف ما التزم به البائع بما هو أجنبي عن تلف المبيع.
{ ٢ } وأما خبر السياري المذكور في المتن (٣) فهو ضعيف السند لا تفاق الرجاليين
على كون أحمد بن محمد السياري راوي الخبر ضعيف فاسد المذهب. وقد أجاب عنه
المصنف (رحمة الله) بأجوبة أخر سيمر عليك ما فيها.

(١) الوسائل - باب ١٠ - من أبواب الخيار والمستدرک - باب ٩ - من أبواب الخيار.

(٢) الوسائل - باب ٨ - من أبواب الخيار.

(٣) الوسائل - باب ١ - من أبواب العيوب حديث ١.

الطبيعي عيبا وإن كان مرغوبا فلا ينقص لأجل ذلك من عوضه كما يظهر من قول ابن أبي ليلى إن الناس ليحتالون، الخ. وتقرير المشتري له في رده لكن الانصاف عدم دلالة الرواية على ذلك.

أما أولا: فلأن ظاهر الحكاية أن رد المشتري لم يكن لمجرد عدم الشعر { ١ } بل لكونها في أصل الخلقة، كذلك الكاشف عن مرض في العضو أو في أصل المزاج كما يدل عليه عدم اكتفائه في عذر الرد بقوله لم أجد على ركبها شعرا حتى ضم إليه دعواه أنه لم يكن لها قط. وقول ابن أبي ليلى إن الناس ليحتالون في ذلك حتى يذهبوه لا يدل على مخالفة المشتري في كشف ذلك عن المرض، وإنما هي مغالطة عليه تفصيا عن خصومته لعجزه عن حكمها والاحتيال لذهاب شعر الركب لا يدل على أن عدمه في أصل الخلقة شيء مرغوب فيه كما أن احتيالهم لذهاب شعر الرأس لا يدل على كون عدمه من أصله لقرع أو شبهه أمرا مرغوبا فيه.

وعلى المختار من صدق العيب ليس له إلا الرد لما تقدم من عدم معقولية الأرش، كما أنه على القول الآخر أيضا لا اشكال في ثبوت حق الرد من جهة الالتزام الضمني بعدم النقص، ولذا قد توهم عدم ترتب ثمرة على هذا النزاع، والمصنف (رحمه الله) دفعا لذلك ذكر ثمرتين. إحداهما: ما إذا طرأ أحد موانع الرد بالعيب بناء على عدم منعها عن الرد بخيار تخلف الشرط، فإنه على المسلك المنصور يسقط حق الرد دون المسلك الآخر، وعرفت تماميتها

ثانيتها: إنه إذا حصل هذا النقص قبل القبض أو في مدة الخيار فإنه على فرض كونه عيبا يكون مضمونا على البايع - وعلى فرض عدمه لا يكون كذلك إذ لا دليل على أن فقد الصفة المشترطة قبل القبض أو في مدة الخيار مضمون على البايع وقد تنظر فيها المصنف، وقد عرفت أنه في محله قال { ١ } أما أولا فلأن ظاهر الحكاية أن رد المشتري لم يكن لمجرد عدم الشعر هذا وإنما يصلح إيرادا على التأييد الذي ذكره بفهم ابن أبي ليلى وأما اطلاق جواب الإمام (عليه السلام) فهذا أجنبى عنه

وبالجملة فالثابت من الرواية هو كون عدم الشعر على الركب مما يقطع أو
يحتمل كونه لأجل مرض عيبا وقد عد من العيوب الموجبة للأرث بما هو أدون من
ذلك وأما ثانيا: فلأن قوله (عليه السلام) فهو عيب، إنما يراد به بيان موضوع العيب { ١ }
توطئه لثبوت أحكام العيب له والغالب الشائع المتبادر في الأذهان هو رد المعيوب.
ولذا اشتهر كل معيوب مردود.

وأما باقي أحكام العيب وخياره مثل عدم جواز رده بطرو موانع الرد بخيار
العيب وكونه مضمونا على البائع قبل القبض، وفي مدة الخيار فلا يظهر من الرواية
ترتيبها على العيب، فتأمل..

وأما ثالثا: فلأن الرواية لا تدل على الزائد عما يدل عليه العرف لأن المراد
بالزيادة والنقيصة على أصل الخلقة، ليس مطلق ذلك قطعا فإن زيادة شعر رأس
الجارية أو حدة بصر العبد أو تعلمهما للصيغة والطبخ. وكذا نقص العبد بالختان
وحلق الرأس ليس عيبا قطعا فتعين أن يكون المراد بها الزيادة والنقيصة الموجبين
لنقص في الشيء من حيث الآثار والخواص المترتبة عليه، ولازم ذلك نقصه من
حيث المالية { ٣ } لأن المال المبذول في مقابل الأموال بقدر ما يترتب عليها من الآثار
والمنافع.

{ ١ } قوله وأما ثانيا فلأن قوله (عليه السلام) فهو عيب إنما يراد به بيان موضوع العيب
حاصله أن 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 أولا إن مقتضى اطلاق التنزيل ثبوت جميع أحكام العيب لا خصوص الرد
وثانيا إن الرد الثابت بمقتضى ظاهر الخبر الرد من باب العيب وهذا المقدار يكفي فيما هو
المهم وهو كون العيب أعم مما ينقص المالية.

{ ٢ } قوله وأما ثالثا فلأن الرواية لا تدل على الزائد عما يدل عليه العرف ولازم ذلك
نقصه من حيث المالية

ما أفاده في نفسه تام إلا أن ما ذكره له من اللازم غير تام إذ مورد الكلام ما لو فرضنا
النقص مع كونه موجبا لفقد بعض وجوه الانتفاعات - كونه موجبا للانتفاع بالشيء ببعض
انتفاعات آخر المستلزم ذلك لعدم النقص في المالية.

وأما رابعاً: فلأننا لو سلمنا مخالفة الرواية للعرف في معنى العيب فلا ينعض 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 النقيصة المالية في عادات التجار. ولعله المراد بما في الرواية كما عرفت ومراد كل من عبر بمثلها. ولذا قال في التحرير بعد ذلك. وبالجمله كلما زاد أو نقص عن أصل الخلقة والقيد الأخير لا دراج النقص الموجب لبذل الزائد لبعض الأغراض { ٣ } كما قد يقال ذلك في العبد الخصي، ولا ينافيه ما ذكره في التحرير من أن عدم الشعر على العانة عيب في العبد والأمة 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 النقيصة المالية. وفي التذكرة بعد أخذ نقص المالية في تعريف العيب، وذكر كثير من العيوب والضابط أنه يثبت الرد بكل ما في المعقود عليه من منقص 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 الراوي السيارى.

{ ٢ } قوله الأولى في تعريف العيب ما في التحرير

بل الأولى تعريفه بالنقص أو الزيادة المقتضي لنقص الشئ من حيث الآثار والخواص المترتبة عليه بحسب النوع

{ ٣ } قوله والقيد الأخير لا دراج النقص الموجب لبذل الزائد لبعض الأغراض

كلمات الأعلام المنقولة في المتن كالصريحة في عدم دخل نقصان المالية في صدق العيب وتوجيهات المصنف (رحمه الله) بعيدة وأصرح من الكل كلام جامع المقاصد - قال كان عليه

وما أحسنه حيث لم يجعل ذلك تعريفا للعيب بل لما يوجب الرد فيدخل فيه مثل خصاء العبد، كما صرح به في التذكرة معللا بأن الغرض قد يتعلق بالفحولة وإن زادت قيمته باعتبار آخر، وقد دخل المشتري على ظن السلامة، انتهى. ويخرج منه مثل الثيوبة والغلفة في المجلوب. ولعل من عمم العيب لما لا يوجب نقص المالية كما في المسالك. وعن جماعة أراد به مجرد موجب الرد لا العيب الذي يترتب عليه كثير من الأحكام كسقوط خياره بتصرف أو حدوث عيب أو غير ذلك.

وعليه يبنى قول جامع المقاصد كما عن تعليق الإرشاد حيث ذكر أن اللازم تقييد قول العلامة يوجب نقص المالية بقوله غالبا ليندرج مثل الخصاء والجب لأن المستفاد من ذكر بعض الأمثلة أن الكلام في موجبات الرد لا خصوص العيب، ويدل على ذلك أنه قيد كون عدم الختان في الكبير المجلوب من بلاد الشرك ليس عيبا بعلم المشتري بجلبه إذ ظاهره أنه مع عدم العلم عيب فلولا أنه أراد بالعيب مطلق ما يوجب الرد لم يكن معنى لدخل علم المشتري وجهله في ذلك. { ١ } الكلام في بعض أفراد العيب { ٢ }

أن يقيد بقوله غالبا ليندرج فيه الخصاء والجب فإنهما يزيدان في المالية مع أنهما عيبان يثبت بهما الرد قطعا وفي الأرش اشكال منشأه أن 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 لحوق الحكم لا في أصل الموضوع بعض أفراد العيب

{ ٢ } لا يخفى أن المصنف تعرض لجملة من المسائل المتعلقة بالعبيد والإماء وحيث إن بنائنا على القاء تلك المسائل لعدم الموضوع لها فعلا، ومن المستبعد جدا تحقق الموضوع لها إلى زمان سيدنا ومولينا أرواح من سواه فداه فلذلك أغمضنا عن التعرض لها ولكن نذكره ما ذكره المصنف لئلا ينقص المكاسب

مسألة: لا اشكال ولا خلاف في كون المرض عيبا واطلاق كثير، وتصريح بعضهم يشمل حمى يوم بأن يجده في يوم البيع، قد عرض له الحمى وإن لم يكن نوبة له في الأسبوع قال في التذكرة الجذام والبرص والعمى والعمور والعرج والقرن والفتق والرتق والقرع والصمم والخرس عيوب اجماعا، وكذا أنواع المرض سواء استمر كما في الممراض أو كان عارضا ولو حمى يوم، والإصبع الزائدة والحول والحوص والسبل واستحقاق القتل في الردة أو القصاص والقطع بالسرقة أو الجنابة والاستسعاء في الدين عيوب اجماعا، ثم إن عدا حمى اليوم المعلوم كونها حمى يوم يزول في يومه ولا يعود مبني على عد موجبات الرد لا العيوب الحقيقية لأن ذلك ليس منقضا للقيمة.

مسألة: الحبل عيب في الإمام كما صرح به جماعة، وفي المسالك الاجماع عليه في مسألة رد الجارية الحامل بعد الوطئ ويدل عليه الأخبار الواردة في تلك المسألة وعلمه في التذكرة باشماله على تغيير النفس لعدم يقين السلامة بالوضع هذا مع عدم كون الحمل للبائع، وإلا فالأمر واضح ويؤيده عجز الحامل عن كثير من الخدمات وعدم قابليتها للاستيلاء إلا بعد الوضع. أما في غير الإمام من الحيوانات ففي التذكرة أنه ليس بعيب ولا يوجب الرد بل ذلك زيادة في المبيع إن قلنا بدخول الحمل في بيع الحامل كما هو مذهب الشيخ، وقال بعض الشافعية يرد به وليس بشئ، انتهى. ورجح المحقق الثاني كونه عيبا وإن قلنا بدخول الحمل في بيع الحامل لأنه وإن كان زيادة مزوجه إلا أنه نقيصة مزوجه الآخر لمنع الانتفاع بها عاجلا ولأنه لا يؤمن عليها من أداء الوضع إلى الهلاك والأقوى على قول الشيخ ما اختاره في التذكرة لعدم النقص في المالية بعد كونه زيادة من وجه آخر وأداء الوضع إلى الهلاك نادر في الحيوانات لا يعبأ به. نعم عدم التمكن من بعض الانتفاعات نقص يوجب الخيار دون الأرش كوجدان العين مستأجرة وكيف كان، فمقتضى كون الحمل عيبا في الإمام أنه لو حملت الجارية المعيبة عند المشتري لم يجز ردها لحدوث العيب في يده سواء نقصت بعد الولادة أم لا لأن العيب الحادث مانع وإن زال على ما تقدم من التذكرة.

وفي التذكرة لو كان المبيع جارياً معيبة فحبلت وولدت في يد المشتري فإن نقصت بالولادة سقط الرد بالعيب القديم وكان له الأرش وإن لم تنقص فالأولى جواز ردها وحدها من دون الولد إلى أن قال، وكذا حكم الدابة لو حملت عند المشتري وولدت فإن نقصت بالولادة فلا رد وإن لم تنقص ردها دون ولدها لأنه المشتري، انتهى.

وفي مقام آخر لو اشترى جارياً حائلاً أو بهيمة حائلاً فحبلت ثم اطلع على عيب فإن نقصت بالحمل فلا رد بالحمل فلا رد إن كان الحمل في يد المشتري وبه قال الشافعي: وإن لم تنقص أو كان الحمل في يد البائع فله الرد انتهى. وفي الدروس لو حملت إحدهما يعني الجارية والبهيمة عند المشتري لا بتصرفه فالحمل له فإن فسخ رد الأم ما لم تنقص بالحمل أو الولادة. وظاهر القاضي أن الحمل عند المشتري يمنع الرد لأنه إما بفعله أو إهمال المراعاة حتى ضربها الفحل وكلاهما تصرف، انتهى.

لكن صرح في المبسوط باستواء البهيمة والجارية في أنه إذا حملت إحدهما عند المشتري وولدت ولم تنقص بالولادة فوجد فيها عيباً رد الأم دون الولد وظاهر ذلك كله خصوصاً نسبة منع الرد إلى خصوص القاضي وخصوصاً مع استدلاله على المنع بالتصرف لا حدوث العيب تسالمهم على أن الحمل الحادث عند المشتري في الأمة ليس في نفسه عيباً بل العيب هو النقص الحادث بالولادة وهذا مخالف للأخبار المتقدمة في رد الجارية الحامل الموطوءة من عيب الحبل وللإجماع المتقدم عن المسالك وتصريح هؤلاء بكون الحبل عيباً يرد منه لاشتماله على التغير بالنفس والجمع بين كلماتهم مشكل خصوصاً بملاحظة العبارة الأخيرة المحكية عن التذكرة من إطلاق كون الحمل عند البائع عيباً وإن لم ينقص وعند المشتري بشرط النقص من غير فرق بين الجارية والبهيمة مع أن ظاهر العبارة الأولى كالتحرير والقواعد الفرق فراجع.

قال في القواعد لو حملت غير الأمة عند المشتري من غير تصرف فالأقرب أن للمشتري الرد بالعيب السابق لأن الحمل زيادة، انتهى. وهذا بناء منه على أن الحمل ليس عيباً في غير الأمة، وفي الإيضاح أن هذا بناء على

قول الشيخ في كون الحمل تابعا للحامل في الانتقال ظاهر وأما عندنا فالأقوى ذلك لأنه كالثمرة المتجددة على الشجرة وكما لو أطارت الريح ثوبا للمشتري في الدار المبتاعة والخيار له فلا يؤثر ويحتمل عدمه لحصول خطر ما ولنقص منافعها فإنها لا تقدر على الحمل العظيم، انتهى.

ومما ذكرنا ظهر الوهم فيما نسب إلى الإيضاح من أن ما قربه في القواعد مبني على قول الشيخ من دخول الحمل في بيع الحامل. نعم ذكر في جامع المقاصد أن ما ذكره المصنف إن 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 أن الحامل ردت إلى البائع مع الزيادة لا مع النقيصة.

لكن الظاهر من التعليل كونه تعليلا لعدم كون الحمل عيبا في غير الأمة. وكيف كان فالأقوى في مسألة حدوث حمل الأمة عدم جواز الرد ما دام الحمل وابتناء حكمها بعد الوضع وعدم النقص على ما تقدم من أن زوال العيب الحادث يؤثر في جواز الرد أم لا، وأما حمل غير الأمة فقد عرفت أنه ليس عيبا موجبا للأرش لعدم الخطر فيه غالبا وعجزها عن تحمل بعض المشاق لا يوجب إلا فوات بعض المنافع الموجب للتخيير في الرد دون الأرش لكن لما كان المراد بالعيب الحادث المانع عن الرد ما يعم نقص الصفات الغير الموجب للأرش وكان محققا هنا مضافا إلى نقص آخر وهو كون المبيع متضمنا لمال الغير لأن المفروض كون الحمل للمشتري اتجه الحكم بعدم جواز الرد حينئذ.

مسألة: الأكثر على أن الشيوبة ليست عيبا في الإماء بل في التحرير لا نعلم فيه خلافا ونسبه في المسالك كما عن غيره إلى اطلاق الأصحاب لغلبتها فيهن فكانت بمنزلة الخلقة الأصلية واستدل عليه أيضا برواية سماعة المنجبرة بعمل الأصحاب على ما ادعاه المستدل عن رجل باع جارية على أنها بكر، فلم يجدها كذلك قال: لا ترد عليه ولا يجب عليه شيء أنه قد يكون تذهب في حال مرض أو أمر يصيبها. وفي كلا الوجهين نظر:

ففي الأول: ما عرفت سابقا من أن وجود الصفة في أغلب أفراد الطبيعة إنما يكشف عن كونها بمقتضى أصل وجودها المعبر عنه بالخلقة الأصلية إذا لم يكن مقتضى الخلقة معلوما فيما نحن فيه وإلا فمقتضى الغالب لا يقدم على ما علم أنه مقتضى الخلقة الأصلية وعلم كون النقص عنها موجبا لنقص المالية كما فيما نحن فيه خصوصا مع ما عرفت من اطلاق مرسله السيارى غاية ما يفيد الغلبة المذكورة هنا عدم تنزيل اطلاق العقد على التزام سلامة المعقود عليه عن تلك الصفة الغالبة. ولا يثبت الخيار بوجودها وإن كانت نقصا في الخلقة الأصلية.

وأما رواية سماعة فلا دلالة لها على المقصود لتعليقه (عليه السلام) عدم الرد مع اشتراط البكارة باحتمال ذهابها بعارض وقدح هذا الاحتمال أما لجريانه بعد قبض المشتري فلا يكون مضمونا على البائع. وأما لأن اشتراط البكارة كناية عن عدم وطئ أحد لها فمجرد ثبوتها لا يوجب تخلف الشرط الموجب للخيار بل مقتضى تعليل عدم الرد بهذا الاحتمال أنه لو فرض عدمه لثبت الخيار فيعلم من ذلك كون البكارة صفة كمال طبيعي فعدمها نقص في أصل الطبيعة فيكون عيبا.

وكيف كان فالأقوى أن الثيبوبة عيب عرفا وشرعا إلا أنها لما غلبت على الإماء لم يقتض اطلاق العقد التزام سلامتها عن ذلك ويظهر الثمرة فيما لو اشترط في متن العقد سلامة المبيع عن العيوب مطلقا أو اشترط خصوص البكارة فإنه يثبت بفقدائها التخيير بين الرد والأرش لوجود العيب، وعدم المانع من تأثيره ومثله ما لو كان المبيع صغيرة أو كبيرة لم تكن الغالب على صنفها الثيبوبة فإنه يثبت حكم العيب.

والحاصل أن غلبة الثيبوبة مانعة عن حكم العيب لا موضوعه فإذا وجد ما يمنع عن مقتضاها ثبت حكم العيب ولعل هذا هو مراد المشهور أيضا ويدل على ذلك ما عرفت من العلامة (قدس سره) في التحرير من نفي الخلاف في عدم كون الثيبوبة عيبا مع أنه

في كتبه بل المشهور كما في الدروس على ثبوت الأرش إذا اشترط البكارة فلولا أن الثيبوبة عيب لم يكن أرش في مجرد تخلف الشرط.

نعم يمكن أن يقال إن مستندهم في ثبوت الأرش ورود النص بذلك فيما رواه في الكافي والتهذيب عن يونس في: رجل اشترى جارية على أنها عذراء فلم يجدها

قال: يرد عليه فضل القيمة إذا علم أنه صادق، ثم إنه نسب في التذكرة إلى أصحابنا عدم الرد بمقتضى رواية سماعه المتقدمة وأوله بما وجهنا به تلك الرواية. وذكر الشيخ في النهاية مضمون الرواية مع تعليلها الدال على تأويلها، ولو شرط الشيوبة فبانت بكرا كان له الرد، لأنه قد يقصد الثيب لغرض صحيح. مسألة: ذكر في التذكرة والقواعد من جملة العيوب عدم الختان في العبد الكبير، لأنه يخاف عليه من ذلك وهو حسن على تقدير تحقق الخوف على وجه لا يرغب في بذل ما يبذل لغيره بإذائه، ويلحق بذلك المملوك المجدر، فإنه يخاف عليه لكثرة موت المماليك بالجدري ومثل هذين. وإن لم يكن نقصا في الخلقة الأصلية إلا أن عروض هذا النقص أعني الخوف مخالف لمقتضى ما عليه الأغلب في النوع أو الصنف ولو كان الكبير مجلوبا من بلاد الشرك فظاهر القواعد كون عدم الختان عيبا فيه مع الجهل دون العلم وهو غير مستقيم لأن العلم والجهل بكونه مجلوبا لا يؤثر في كونه عيبا نعم لما كان الغالب في المجلوب عدم الختان لم يكن اطلاق العقد الواقع عليه مع العلم بجلبه التزاما بسلامته من هذا العيب كما ذكرنا نظيره في الثيب، ويظهر الثمرة هنا أيضا فيما لو اشترط الختان فظهر أغلف فيثبت الرد والأرش. فإخراج العلامة الشيوبة وعدم الختان في الكبير المجلوب مع العلم بجلبه من العيوب لكونه (قدس سره) في مقام عد العيوب الموجبة فعلا للخيار.

مسألة: عدم الحيض ممن شأنها الحيض بحسب السن والمكان وغيرها من الخصوصيات التي لها مدخلية في ذلك عيب ترد معه الجارية لأنه خروج عن المجرى الطبيعي ولقول الصادق (عليه السلام) وقد سئل عن رجل اشترى جارية مدركة فلم تحض عنده حتى مضى لها ستة أشهر وليس بها حمل قال إن كان مثلها تحيض ولم يكن ذلك من كبر فهذا عيب ترد منه وليس التقييد بمضي ستة أشهر إلا في مورد السؤال فلا داعي إلى تقييد كونه عيبا بذلك كما في ظاهر بعض الكلمات ثم إن حمل الرواية على صورة عدم التصرف في الجارية حتى بمثل قول المولى لها أسقني ماء وأغلق الباب في غاية البعد. وظاهر الحلبي في السرائر وعدم العمل بمضمون الرواية رأسا.

مسألة: الإباق عيب بلا اشكال ولا خلاف لأنه من أفحش العيوب ويدل عليه صحيحة أبي همام الآتية في عيوب السنة. لكن في رواية محمد بن قيس أنه ليس في الإباق عهدة ويمكن حملها على أنه ليس كعيوب السنة يكفي حدوثها بعد العقد كما يشهد قوله (عليه السلام) في رواية يونس أن العهدة في الجنون والبرص سنة بل لا بد من ثبوت كونه كذلك عند البائع وإلا فحدوثه عند المشتري ليس في عهدة البائع ولا خلاف إذا ثبت وجوده عند البائع، وهل يكفي المرة عنده أو يشترط الاعتياد قولان من الشك في كونه عيباً والأقوى ذلك وفاقاً لظاهر الشرائع. وصريح التذكرة لكون ذلك بنفسه نقصاً بحكم العرف ولا يشترط إباقه عند المشتري قطعاً.

مسألة: الثفل الخارج عن العادة في الزيت والبذر ونحوهما عيب يثبت به الرد والأرش { ١ } لكون ذلك خلاف ما عليه غالب أفراد الشئ

بعض أفراد العيب

{ ١ } مسألة: المشهور بين الأصحاب أن الثفل الخارج عن العادة في الزيت والبذر ونحوهما عيب يثبت به الرد والأرش.

محل الكلام ها هنا وفي هذه المسألة هو الخيار، وأما صحة البيع فهي مفروغ عنها، ومع ذلك نشير إليها تبعاً للمصنف، وعليه فالكلام يقع في جهات:

الأولى: في صحة المعاملة وفسادها.

الثانية: في الخيار.

الثالثة: في تحقيق حال الخبرين المذكورين في المقام.

أما الجهة الأولى: فمحصل القول فيها: إن الثفل تارة: يوجب نقصاً في الزيت من حيث الوصف خاصة وإن أفضى بعد التخليص إلى نقص الكم، ويكون المجموع عند العرف

زيتاً لا زيتاً وثقلاً. 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 إذ اللازم معرفة المبيع وزناً

وفي رواية ميسر بن عبد العزيز، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) في الرجل يشتري زق زيت يجد فيه دريا قال: إن كان يعلم أن الدردي يكون في الزيت فليس عليه أن يرده وإن لم يكن يعلم فله أن يرده.

نعم في رواية السكوني عن جعفر عن أبيه أن عليا قضى في رجل اشترى من رجل عكة فيها سمن احتكرها حكرة فوجد فيها ربا فخاصمه إلى علي (عليه السلام) فقال له

علي (عليه السلام): لك بكيل الرب سمننا فقال له الرجل إنما بعته منه حكرة، فقال له علي (عليه السلام):

إنما اشترى منك سمننا ولم يشتري منك ربا.

وإن لم يعرف وزن الخالص بعد تخليص المبيع. وأخرى: يوجب نقصا فيه من حيث الكم، ويكون بنظر العرف زيتا وثفلا لا زيتا 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.

وأما في صورة العلم فإن أمكن تعيين وزن الزيت صح البيع، وإلا بطل للغرر، ولا يكفي تعيين وزن المجموع.

وأما الجهة الثانية: ففي مورد صحة البيع إن كان المبيع عند العرف مركبا من الزيت والثفل يثبت خيار تبعض الصفقة، وإن كان المبيع هو الزيت المعيوب فإن كان الثفل يسيرا جدا بحيث لا يعد في نفسه عيبا لا خيار، وإن كان كثيرا بمقدار خارج عن العادة ثبت خيار العيب.

وإن كان بمقدار جرت به العادة فتارة: يعلم المشتري بحريان العادة، وأخرى:

لا يعلم، فإن علم بذلك لا خيار له، لأن الإقدام على هذه المعاملة التزام بالبراءة من ذلك العيب والنقص، فلا خيار معه،

وإن لم يعلم بذلك ثبت له الخيار، فإن الغلبة والعادة الثانوية إن لم تكن عن غرض لا تكون بمنزلة الحقيقة الأصلية كما تقدم.

وأما الجهة الثالثة: فالخبران هما خبرا (١) ميسر والسكوني المذكوران في المتن.

(١) الوسائل - باب ٧ - من أبواب أحكام العيوب حديث ١ - ٣.

قال في الوافي يقال اشترى المتاع حكرة أي جملة وهذه الرواية بظاهرها مناف لحكم العيب من الرد والأرش وتوجيهها بما يطابق القواعد مشكل، { ١ } وربما استشكل في أصل الحكم بصحة البيع لو كان كثيرا للجهل بمقدار المبيع وكفاية معرفة وزن السمن بظروفه خارجة بالاجماع كما تقدم أو مفروضة في صورة انضمام الظرف المفقود هنا لأن الدردي غير متمول والأولى أن يقال إن وجود الدردي إن أفاد نقصا في الزيت من حيث الوصف وإن أفضى بعد التخليص إلى نقص الكم نظير الغش في الذهب كان الزائد منه على المعتاد عيبا وإن أفرط في الكثرة ولا اشكال في صحة البيع حينئذ، لأن المبيع زيت وإن كان معيوباً. وعليه يحمل ما في التحرير من أن الدردي في الزيت والبذر عيب موجب للرد والأرش وإن لم يفد إلا نقصا في الكم فإن باع ما في العكة بعد وزنها مع العكة ومشاهدة شيء منه تكون أمانة على باقيه وقال بعثك ما في هذه العكة من الزيت كل رطل بكذا فظهر امتزاجه بغيره الغير الموجب لتعيبه. فالظاهر صحة البيع وعدم ثبوت الخيار أصلاً لأنه اشترى السمن الموجود في هذه العكة ولا يقدر الجهل بوزنه للعلم به مع الظرف

أما الخبر الأول: فعن الجواهر: كون الخيار لتبعض الصفقة، بدعوى اشتغال المبيع على الزيت وغيره، مع أن المقصود هو الزيت. وفيه: إن ظاهر قوله فليس عليه أن يرده وقوله فله أن يرده صحة البيع بالنسبة إلى تمام ما في الزق، إذ لا رد بدون الملك، فالقول بتبعض الصفقة خلاف الظاهر، بل الظاهر منه كون الخيار للعيب.

وظاهر الخبر هو التفصيل بين العلم بجريان العادة على انضمام الدردي إلى الزيت وعدمه لا العلم التفصيلي بوجود الدردي، وهذا ينطبق على ما ذكرناه من مقتضى القاعدة. وأما الخبر الثاني: فظاهره كون الخيار لتبعض الصفقة وكون الرب متميزاً عن السمن، لاحظ قوله فوجد فيها ربا أي وجد في العكة ربا، وقول البائع إنما بعته منه حكرة أي جملة، فإن ظاهر ذلك كون ما في العكة سمناً وربما لا سمناً معيماً بما فيه من الرب وعلى أي حال فكما في المتن { ١ } توجيهه بما يطابق القواعد مشكل

والمفروض معرفة نوعه بملاحظة شيء منها بفتح رأس العكة فلا عيب ولا تبعض صفقة إلا أن يقال إن اطلاق شراء ما في العكة من الزيت في قوة اشتراط كون ما عدا العكة سمنا فيلحق بما سيحى في الصورة الثالثة من اشتراط كونه بمقدار خاص وإن باعه بعد معرفة وزن المجموع بقوله بعتك ما في هذه العكة فتبين بعضه در ديا صح البيع في الزيت مع خيار تبعض الصفقة.

قال في التحرير لو اشترى سمنا فوجد فيه غيره تخير بين الرد وأخذ ما وجد من السمن بنسبة الثمن ولو باع ما في العكة من الزيت على أنه كذا وكذا رطلا فتبين نقصه عنه لوجود الدردي صح البيع وكان للمشتري خيار تخلف الوصف أو الجزء على الخلاف المتقدم فيما لو باع الصبرة على أنها كذا وكذا، فظهر ناقصا ولو باعه مع مشاهدته ممزوجا بما لا يتمول بحيث لا يعلم قدر خصوص الزيت. فالظاهر عدم صحة البيع وإن عرف وزن المجموع مع العكة لأن كفاية معرفة وزنه الظرف والمظروف، إنما هي من حيث الجهل الحاصل من اجتماعهما لا من انضمام مجهول آخر غير قابل للبيع، كما علم بوزن مجموع الظرف والمظروف لكن علم بوجود صخرة في الزيت مجهولة الوزن.

حيث إنه حكم (عليه السلام) بأداء السمن بكيل الرب، مع أن الخيار إن كان للعب فلا يستحق إلا الرد أو الأرش، وإن كان لتبعض الصفقة بطل البيع بالنسبة إلى الرب، وله الرد بالإضافة إلى السمن، وعلى التقديرين لا يستحق السمن بدل الرب، وحمله على كون المبيع كليا وأداء العكة الخاصة وفاء خلاف الظاهر لاحظ قوله إنما بعته منك حكرة فإنه كالصريح في كون المعاملة واقعة على العكة الشخصية، إذ لا معنى لكون كلي السمن المبيع حكرة،

والمتعين في توجيهه بناء على كون الخيار للتبعض أن يقال: إن المراد من قوله لك بكيل الرب سمنا استحقاق ثمن ذلك المقدار من السمن، بتقريب: إن قوله سمنا تمييز لكيل الرب لا أنه مبتدأ لقوله لك وقوله بكيل الرب أيضا لا يكون مبتدأ لمكان الباء بل المبتدأ محذوف، وهو الثمن فالمعنى: لك الثمن بمقدار السمن الموازي للرب.

مسألة: قد عرفت أن مطلق المرض عيب خصوصا الجنون والبرص والجذام والقرن، ولكن يختص هذه الأربعة من بيع العيوب بأنها لو حدثت إلى سنة من يوم العقد يثبت لأجلها التخيير بين الرد والأرش هذا هو المشهور، ويدل عليه ما استفيض عن مولانا أبي الحسن الرضا (عليه السلام).

ففي رواية علي بن أسباط عنه في حديث خيار الثلاثة أن أحداث السنة ترد بعد السنة، قلت: وما أحداث السنة قال الجنون والجذام والبرص والقرن، فمن اشترى فحدث فيه هذه الأحداث فالحكم أن يرد على صاحبه إلى تمام السنة من يوم اشتراه.

وفي رواية ابن فضال المحكية عن الخصال في أربعة أشياء خيار سنة الجنون والجذام والقرن والبرص. وفي رواية أخرى له عنه (عليه السلام) قال ترد الجارية مع أربع خصال من الجنون والجذام والبرص والقرن والحدبة. هكذا في التهذيب. وفي الكافي القرن الحدبة إلا أنها تكون في الصدر تدخل الظهر وتخرج الصدر، انتهى.

ومراده أن الحدب ليس خامسا لها لأن القرن يرجع إلى حدب في الفرج لكن المعروف أنه عظم في الفرج كالسن يمنع الوطئ. وفي الصحيح عن محمد بن علي قيل وهو مجهول واحتمل بعض كونه الحلبي عنه (عليه السلام) قال يرد المملوك من أحداث السنة من الجنون والبرص والقرن. قال: قلت

وكيف يرد من أحداث، فقال: هذا أول السنة يعني المحرم فإذا اشترت مملوكا فحدث فيه هذه الخصال ما بينك وبين ذي الحجة رددت على صاحبه. وهذه الرواية لم يذكر فيها الجذام مع ورودها في مقام التحديد والضبط لهذه الأمور فيمكن أن يدعي معارضتها لباقي الأخبار المتقدمة.

ومن هنا استشكل المحقق الأردبيلي في الجذام وليس التعارض من باب المطلق والمقيد كما ذكره في الحقائق ردا على الأردبيلي (رحمه الله) إلا أن يريد أن التعارض

يشبه تعارض المطلق والمقيد في وجوب العمل بما لا يجري فيه احتمال يجري في معارضه وهو هنا احتمال سهو الراوي في ترك ذكر الجذام فإنه أقرب الاحتمالات المتطرفة فيما نحن فيه.

ويمكن أن يكون الوجه في ترك الجذام في هذه الرواية انعقادها على المشتري بمجرد حدوث الجذام فلا معنى للرد وحينئذ فيشكل الحكم بالرد في باقي الأخبار ووجهه في المسالك بأن عتقه على المشتري موقوف على ظهور الجذام بالفعل ويكفي في العيب الموجب للخيار وجود مادته في نفس الأمر وإن لم يظهر فيكون سبب الخيار مقدما على سبب العتق. فإن فسخ العتق على البائع وإن أمضى العتق على المشتري.

وفيه أولا: إن ظاهر هذه الأخبار أن سبب الخيار ظهور هذه الأمراض لأنه المعني بقوله فحدث فيه هذه الخصال ما بينك وبين ذي الحجة ولولا ذلك لكفي وجود موادها في السنة، وإن تأخر ظهورها عنها ولو بقليل بحيث يكشف عن وجود المادة قبل انقضاء السنة وهذا مما لا أظن أحدا يلتزمه مع أنه لو كان الموجب للخيار هي مواد هذه الأمراض كان ظهورها زيادة في العيب حادثة في يد المشتري، فلتكن مانعة من الرد لعدم قيام المال بعينه حينئذ، فيكون في التزام خروج هذه العيوب من عموم كون النقص الحادث مانعا عن الرد تخصيصا آخر للعمومات.

وثانيا: إن سبق سبب الخيار لا يوجب عدم الانعقاد بطرو سببه بل ينبغي أن يكون الانعقاد القهري سببه مانعا شرعيا، بمنزلة المانع العقلي عن الرد كالموت. ولذا لو حدث الانعقاد بسبب آخر غير الجذام فلا أظن أحدا يلتزم عدم الانعقاد إلا بعد لزوم البيع خصوصا مع بناء العتق على التغليب هذا.

ولكن رفع اليد عن هذه الأخبار الكثيرة المعتمدة بالشهرة المحققة والاجماع المدعى في السرائر والغنية مشكل فيمكن العمل بها في موردها أو الحكم من أجلها بأن تقدم سبب الخيار يوجب توقف الانعقاد على إمضاء العقد ولو في غير المقام ثم لو فسخ المشتري فاعتاقه على البائع موقوف على دلالة الدليل على عدم جواز تملك المجذوم لا أن جذام المملوك يوجب انعقاده بحيث يظهر اختصاصه بحدوث الجذام في ملكه، ثم إن زيادة القرن ليس في كلام الأكثر فيظهر منهم العدم فنسبة المسالك الحكم في الأربعة إلى المشهور كأنه لاستظهار ذلك من ذكره في الدروس ساكتا عن الخلاف فيه.

وعن التحرير نسبه إلى أبي علي وفي مفتاح الكرامة أنه لم يظفر بقائل غير

الشهيدين وأبي علي ومن هنا تأمل المحقق الأردبيلي من عدم صحة الأخبار وفقد الانجبار، ثم إن ظاهر اطلاق الأخبار على وجه يبعد التقييد فيها شمول الحكم لصورة التصرف لكن المشهور تقييد الحكم بغيرها ونسب إليهم جواز الأرش قبل التصرف وتعيينه بعده والأخبار خالية عنه وكلاهما مشكل إلا أن الظن من كلمات بعض عدم الخلاف الصريح فيهما لكن كلام المفيد قدس سره مختص بالوطئ والشيخ وابن زهرة لم يذكر التصرف ولا الأرش.

نعم ظاهر الحللي الاجماع على تساويها مع سائر العيوب من هذه الجهة وأن هذه العيوب كسائر العيوب في كونها مضمونة إلا أن الفارق ضمان هذه إذا حدثت في السنة بعد القبض وانقضاء الخيار ولو ثبت أن أصل هذه الأمراض تكمن قبل سنة من ظهورها وثبت أن أخذ الأرش للعيوب الموجود قبل العقد أو القبض مطابق للقاعدة ثبت الأرش هنا بملاحظة التعيب بمادة هذه الأمراض الكامنة في المبيع لا بهذه الأمراض الظاهرة فيه.

قال في المقنعة ويرد العبد والأمة من الجنون والجذام والبرص ما بين ابتاعها وبين سنة واحدة ولا يرد أن بعد سنة وذلك أن أصل هذه الأمراض يتقدم ظهورها بسنة ولا يتقدم بأزيد فإن وطئ المبتاع الأمة في هذه السنة لم يجز له ردها وكان له قيمة ما بينها صحيحة وسقيمة، انتهى.

وظاهره أن نفس هذه الأمراض يتقدم بسنة ولذا أورد عليه في السرائر أن هذا موجب لانعتاق المملوك على البائع فلا يصح البيع ويمكن أن يريد به ما ذكرنا من إرادة مواد هذه الأمراض.
خاتمة:

في عيوب متفرقة قال في التذكرة: إن الكفر ليس عيبا في العبد ولا الجارية، ثم استحسن قول بعض الشافعية بكونه عيبا في الجارية إذا منع الاستمتاع كالتمجس والتوثن دون التهود والتنصر، والأقوى كونه موجبا للرد في غير المجلوب وإن كان أصلا في المماليك إلا أن الغالب في غير المجلوب الاسلام فهو نقص موجب لتنفير الطباع عنه

خصوصا بما حطت نجاستهم المانعة عن كثير من الاستخدامات.
 نعم الظاهر عدم الأرش فيه لعدم صدق العيب عليه عرفا وعدم كونه نقصا أو
 زيادة في أصل الخلقة ولو ظهرت الأمة محرمة على المشتري برضاع أو نسب،
 فالظاهر عدم الرد به لأنه لا يعد نقصا بالنوع ولا عبرة بخصوص المشتري ولو ظهر
 ممن يعتقد عليه، فكذلك كما في التذكرة معللا بأنه ليس نقصا عند كل الناس وعدم
 نقص ماليته عند غيره. وفي التذكرة لو ظهر أن البائع باعه وكالة أو ولاية أو وصاية
 أو أمانة، ففي ثبوت الرد لخطر فساد النيابة احتمال.
 أقول الأقوى عدمه. وكذا لو اشترى ما عليه أثر الوقف. نعم لو كان عليه
 أمانة قوية لم يعد كونه موجبا للرد لقلّة رغبة الناس في تملك مثله وتأثير ذلك في
 نقصان قيمته عن قيمة أصل الشيء لو خلى وطبعه أثرا بينا وذكر في التذكرة أن
 الصيام والاحرام والاعتداد ليست عيوباً.
 أقول أما عدم إيجابها الأرش فلا اشكال فيه. وأما عدم إيجابها الرد ففيه
 اشكال إذا فات بها الانتفاع في مدة طويلة فإنه لا ينقص عن ظهور المبيع مستأجرا.
 وقال أيضا إذا كان المملوك ناما أو ساحرا أو قاذفا للمحصات أو شاربا
 للخمر أو مقامرا ففي كون هذه عيوباً اشكال أقربه العدم.
 وقال لو كان الرقيق رطب الكلام أو غليظ الصوت أو سئ الأدب أو ولد زنا
 أو مغنيا أو حجاما أو أكولا أو زهيدا فلا رد ويرد الدابة بالزهادة، وكون الأمة
 عقيما لا يوجب الرد لعدم القطع بتحقيقه فربما كان من الزوج أو لعارض، انتهى.
 ومراده العارض الاتفاقي لا المرض العارضي قال في التذكرة في آخر ذكر
 موجبات الرد: والضابط أن الرد يثبت بكلمة في المعقود عليه من منقص القيمة أو
 العين نقصا يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب في أمثال المبيع عدمه،
 انتهى.

القول في الأرش وهو { ١ } لغة، كما في الصحاح وعن المصباح دية الجراحات، عن القاموس أنه الدية ويظهر من الأولين أنه في الأصل اسم للفساد، ويطلق في كلام الفقهاء على مال يؤخذ بدلا عن نقص مضمون في مال أو بدن، ولم يقدر له في الشرع مقدر، وعن حواشي الشهيد قدس سره أنه يطلق بالاشتراك اللفظي على معان: منها ما نحن فيه، ومنها نقص القيمة لجناية الانسان على عبد غيره في غير المقدر الشرعي ومنها ثمن التالف المقدر شرعا بالجناية، كقطع يد العبد. ومنها أكثر الأمرين من المقدر الشرعي والأرش، وهو ما تلف بجناية الغاصب، انتهى. وفي جعل ذلك من الاشتراك اللفظي إشارة إلى أن هذا اللفظ قد اصطلح في خصوص كل من هذه المعاني عند الفقهاء بملاحظة مناسبتها للمعنى اللغوي مع قطع النظر عن ملاحظة العلاقة بين كل منها وبين الآخر، فلا يكون مشتركا معنويا بينهما ولا حقيقة ومجازا. فهي كلها منقولات عن المعنى اللغوي بعلاقة الاطلاق والتقييد وما ذكرناه في تعريف الأرش، فهو كلي انتزاعي عن تلك المعاني، كما يظهر بالتأمل. وكيف كان، فقد ظهر من تعريف الأرش أنه لا يثبت إلا مع ضمان النقص المذكور { ٢ }

الأرش - ضمانه خارج عن الضمانين { ١ } القول في الأرش، وهو بحسب المتفاهم العرفي له معنى متعارف فيما نحن فيه وهو ما به تتفاوت قيمة الصحيح والمعيب، ولا يهمننا البحث في أنه في اللغة له معنى واحد أو معان متعددة، وكونه من قبيل الاشتراك اللفظي أو المعنوي أو الحقيقة، والمجاز وأنه في اصطلاح الفقهاء الذي يطلق على معان هل لتلك المعاني جامع أم لا لعدم ترتب أثر عليه.

{ ٢ } قوله فقد ظهر من تعريف الأرش أنه لا يثبت إلا مع ضمان النقص المذكور ستعرف أنه ليس من ضمان اليد ولا ضمان المعاوضة بل هو خارج عن الضمانين فهو ثابت من دون ضمان الوصف.

ثم إن ضمان النقص تابع في الكيفية لضمان المنقوص { ١ } وهو الأصل، فإن كان مضمونا بقيمته كالمغصوب والمستام وشبههما، ويسمى ضمان اليد كان النقص مضمونا بما يخصه من القيمة إذا وزعت على الكل، وإن كان مضمونا بعوض بمعنى أن فواته يوجب عدم تملك عوضه المسمى في المعاوضة ويسمى ضمانه ضمان المعاوضة كان النقص مضمونا بما يخصه من العوض إذا وزع على مجموع الناقص والمنقوص لا نفس قيمة العيب، لأن الجزء تابع للكل في الصمان. ولذا عرف جماعة الأرش في عيب المثمن فيما نحن فيه: بأنه جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة التفاوت بين الصحيح والمعيب إلى الصحيح، وذلك لأن ضمان تمام المبيع الصحيح على البائع ضمان المعاوضة بمعنى أن البائع ضامن لتسليم المبيع تاما إلى المشتري فإذا فاتته تسليم بعضه ضمنه بمقدار ما يخصه من الثمن لا بقيمته.

{ ١ } قوله ثم إن ضمان النقص تابع في الكيفية لضمان المنقوص فيه: إن تبعية الوصف للعين في موارد ضمان اليد والاتلاف مسلمة وأما في مورد ضمان المعاوضة فتبعية الوصف تتوقف على كونه كالجاء وستعرف أنه ليس كذلك والمصنف (رحمه الله) أيضا يعترف به وكيف كان فالكلام في المقام يقع في أمور الأول: إن ضمان الأرش المتعارف هل هو من ضمان اليد، أو من ضمان المعاوضة، أم يكون خارجا عن الضمانين؟ والأوجه هو الأخير، فإن ضمان اليد إنما يكون فيما إذا تلف وهو في يده لا في ما إذا كان تلفا قبل أن يقع في يده كما في المقام، وضمن المعاوضة إنما يكون فيما إذا كان ذلك الشيء مضمونا في المعاملة كالجاء والأوصاف، ومنها وصف الصحة ليست كذلك، فإنها لا تقابل بالمال، ولا تكون مأخوذة في المعاملة بعنوان العوضية، ولو ضمنا، بل هي توجب زيادة قيمة الذات، ففي المعاملات تكون بمنزلة الداعي لبذل مقدار من الثمن بإزاء الذات زائدا عما يبذل بإزائه لولاها، والضمان الثابت بمقتضى قاعدة التلف في زمان الخيار، أو قبل القبض على فرض شمول القاعدتين لتلف الوصف، إنما هو فيما إذا كان التلف واردا على المعقود عليه، ولا تشملان ما إذا كان العقد واردا على التالف.

نعم ظاهر كلام جماعة من القدماء، كأكثر النصوص، يوهم إرادة قيمة العيب كلها إلا أنها محمولة على الغالب من مساواة الثمن للقيمة السوقية للمبيع بقريئة ما فيها من أن البائع يرد على المشتري، وظاهره كون المردود شيئاً من الثمن { ١ } الظاهر في عدم زيادته عليه بل في نقصانه فلو كان اللازم هو نفس التفاوت لزداد على الثمن في بعض الأوقات كما إذا اشترى جارية بدينارين وكان معيها تسوي مائة وصحيحها تسوي أزيد، فيلزم استحقاق مائة دينار فإذا لم يكن مثل هذا الفرد داخلاً بقريئة عدم صدق الرد والاسترجاع تعين كون هذا التعبير لأجل غلبة عدم استيعاب التفاوت للثمن، فإذا بني الأمر على ملاحظة الغلبة فمقتضاها الاختصاص بما هو الغالب من اشتراء الأشياء من أهلها في أسواقها بقيمتها المتعارفة. وقد توهم بعض من لا تحصيل له أن العيب إذا كان في الثمن كان أرشه 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: إن الأرش المضمون على البائع هل هو ما به يتفاوت الصحيح والمعيب بحسب القيمة الواقعية، أو يكون ملحوظاً بالنسبة إلى الثمن المسمى، وبعبارة أخرى: إن اللازم هو تدارك الوصف بقيمته الواقعية أم بقيمته التي أقدمنا عليها وجعلناها في المعاملة قيمة له بملاحظة منشأيته لزيادة قيمة الذات، وهذا معنى أن المراد بالتفاوت هل هو التفاوت الواقعي أم التفاوت بالنسبة، والكلام فيه تارة: فيما تقتضيه القواعد، وأخرى: فيما يقتضيه النص الخاص أما الأول: فقد ذكر في تقريب أن القاعدة تقتضي كون الأرش بالنسبة إلى المسمى وجوه:
{ ١ } منها: ما عن جماعة منهم المصنف وهو: إن البائع قد تعهد وصف الصحة الذي

ببذل تمام التفاوت وإلا، فلو فرض أنه اشترى عبداً بجارية تسوي معيها
أضعاف قيمته فإنه لا يجب بذل نفس التفاوت بين صحيحها ومعيها قطعاً وكيف
كان، فالظاهر أنه لا إشكال ولا خلاف في ذلك وإن كان المترائي من الأخبار خلافه
إلا أن التأمل فيها قاض بخلافه.

نعم يشكل الأمر في المقام من جهة أخرى وهي أن مقتضى ضمان وصف
الصحة بمقدار ما يخصه من الثمن لا بقيمته انفساخ العقد في ذلك المقدار لعدم مقابل له
حين العقد كما هو شأن الجزء المفقود من المبيع، مع أنه لم يقل به أحد، ويلزم من ذلك
أيضاً تعيين أخذ الأرش من الثمن مع أن ظاهر جماعة عدم تعيينه منه معللاً بأنه غرامة.
وتوضيحه أن الأرش لتتيمم المعيب حتى يصير مقابلاً للثمن لا لتتقيص الثمن
حتى يصير مقابلاً للمعيب. ولذا سمي أرشاً كسائر الأروش المتداركة للنقائص
فضمان العيب على هذا الوجه خارج عن الضمانين المذكورين، لأن ضمان المعاوضة
يقتضي انفساخ المعاوضة بالنسبة إلى الفئات المضمون ومقابله إذ لا معنى له غير
ضمان الشيء وأجزائه بعوضه المسمى وأجزائه

له مدخل في وجود مقدار من الثمن، والتزم به بإزاء المسمى المبذول في مقابل الصحيح
بما

هو صحيح، ومقتضى ذلك تعيين الخروج عن عهدة الوصف بالمقدار الذي له دخل في
المسمى لا بأزيد من ذلك.

وفيه: إن الأوصاف الأخر غير وصف الصحة دخيلة في المالية أيضاً، ومع ذلك
التزموا بأنه لو التزم بوجود وصف صريحاً في العقد، وتخلف ثبت حق الرد خاصة، وليس
ذلك إلا من جهة أن الوصف غير مقابل بشيء من الثمن المسمى، فلا وجه لثبوت أزيد من
حق الرد من قبل الالتزام الضمني.

وبالجملة: الالتزام بالوصف كان هو وصف الصحة أو غيره ليس التزاماً بتداركه
حتى يتوهم كون عهده عليه بمقدار دخله في المسمى.

ومنها: ما في حاشية السيد الفقيه (رحمه الله) وحاصله: إن وصف الصحة كسائر
الأوصاف

وإن لم يكن مقابلاً بالمال في عالم الإنشاء إلا أنه مقابل به في عالم اللب، بمعنى أن زيادة
بعض

الثمن إنما هي بلحاظ الوصف، فإذا فرض تخلفه وجب على البائع أن يغرم ما فات من
المشتري

والضمان الآخر يقتضي ضمان الشيء بقيمته الواقعية، فلا أوثق من أن يقال إن مقتضى المعاوضة عرفاً هو عدم مقابلة وصف الصحة بشيء من الثمن لأنه أمر معنوي كسائر الأوصاف. ولذا لو قابل المعيب بما هو أنقص منه قدراً حصل الربا من جهة صدق الزيادة وعدم عد العيب نقصاً يتدارك بشيء من مقابله إلا أن الدليل من النص والاجماع دل على ضمان هذا الوصف من بين الأوصاف وكونه في عهدة البائع بمعنى وجود تداركه بمقدار من الثمن يضاف إلى ما يقابل بأصل المبيع لأجل اتصافه بوصف الصحة، فإن هذا الوصف كسائر الأوصاف وإن لم يقابله شيء من الثمن، لكن له مدخل في وجود مقدار من الثمن { ١ } وعدمه، فإذا تعهد البائع كان للمشتري مطالبته بخروجه عن عهده بأداء ما كان يلاحظ من الثمن لأجله وللمشتري أيضاً اسقاط هذا الالتزام عنه.

وما اغترم بملاحظة ذلك الوصف.

وبالجملة: إن ضمان الأرش ضمان المعاوضة اللبية، ولازمه انفساخ تلك المعاملة لا المعاوضة الحسية الانشائية، ومقتضاه جواز تغريمه بما أعطاه من غير مقابل في عالم اللب وفيه: إن المعاوضة التي لم يجعل في عالم الانشاء لها مبرز لا يترتب عليها أثر من الانفساخ أو التغريم أو غيرهما.

ومنها: وهو الحق، وهو: إن مقتضى الارتكاز العقلائي، وبناء العقلاء بعد ورود الدليل على ثبوت الأرش ذلك، وبعبارة أخرى أن أصل ثبوت الأرش وإن كان بتعبد من الشارع إلا أنه بعد ورود الدليل عليه، الارتكاز العرفي وبناء العقلاء على أن الملحوظ ليس هو تفاوت الصحيح والمعيب 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 إلى الثمن المسمى،

ولعل السر فيه أن ثبوت الأرش في المقام ليس تعبداً صرفاً، فلا بد له من منشأ عقلائي، ولا وجه عقلائي له سوى اقدام المتبايعين على بذل مقدار من الثمن لأجل وجوده، فعند التخلف يكون منافياً لذلك المقدار ولعله إلى ذلك نظر المصنف حيث قال { ١ } لكن له مدخل في وجود مقدار من الثمن إلى آخر ما يقيد به

وأما الثاني: أي ما تقتضيه الأخبار،
فمحصل القول فيه: إن نصوص الباب على طوائف،
وقد ادعى المصنف (رحمه الله) في كلام له قبل أسطر ظهور أغلبها في إرادة قيمة العيب
كلها،

وفي حاشية السيد: بل هو ظاهر جميعها،
ولكن الحق أن جملة منها مجملة قابلة للحمل على كل واحد من المعنيين،
وجملة منها ظاهرة في إرادة ملاحظة التفاوت بالنسبة إلى المسمى.

أما الأولى فهي طائفتان:

الأولى: ما اشتمل على أخذ أرش العيب كقوله (عليه السلام) في خبر حماد بن عيسى: وله
أرش العيب. (١)

الثانية: ما اشتمل على أخذ قيمة العيب كقوله (عليه السلام) في خبر محمد بن ميسر:
ولكن

يرجع بقيمة العيب. (٢) لأن للقيمة فردين جعلي وواقعي.

وأما الثانية فهي طوائف:

الأولى: ما تضمن كلمة الرد كقوله (عليه السلام) في خبر منصور بن حازم: ولكن يرد عليه
بقيمة ما نقصها العيب. (٣) فإن الظاهر من الرد عدم زيادة المردود من الثمن، بل نقصانه
منه،

ولو كان اللازم رد تمام قيمة العيب لزداد 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) إذ لا مناسبة لهذا التعبير إلا بلحاظ ما وصل إلى البائع من
الزيادة.

(١) الوسائل - باب ٤ - من أبواب أحكام العيوب حديث ٧.

(٢) نفس المصدر حديث ٨.

(٣) الوسائل - باب ٤ - من أبواب أحكام العيوب حديث ٣.

(٤) نفس المصدر حديث ٢.

نعم يبقى الكلام في كون هذا الضمان المخالف للأصل بعين بعض الثمن كما هو ظاهر تعريف الأرش في كلام الأكثر بأنه جزء من الثمن أو بمقداره، كما هو مختار العلامة في صريح التذكرة وظاهر غيرها والشهيدان في كتبهما وجهان: تردد بينهما في جامع المقاصد وأقواهما الثاني { ١ } لأصالة عدم تسلط المشتري على شيء من الثمن وبراءة ذمة البائع من وجوب دفعه، لأن المتيقن من مخالفة الأصل ضمان البائع لتدارك الفئات الذي التزم وجوده في المبيع بمقدار وقع الاقدام من المتعاقدين على زيادته على الثمن لداعي وجود هذه الصفة لا في مقابلها مضافا إلى اطلاق قوله (عليه السلام)

بجزء من عين الثمن عدا ما يتراءى من ظاهر التعبير في روايات الأرش عن تدارك العيب برد التفاوت إلى المشتري،

الثالثة: ما تضمن أنه يرد بقدر العيب من الثمن، الظاهر في كون المردود بعضا 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 (صلى الله عليه وآله) في صحيح ابن سنان: ويوضع عنه من ثمنها بقدر عيب إن كان فيها. (٢)

فتحصل مما ذكرناه: إن مقتضى القواعد والنصوص هو ما لا خلاف فيه بين الأصحاب من أنه يلاحظ التفاوت بالنسبة إلى المسمى. هذا الضمان إنما هو بمقدار بعض الثمن لا بعينه الثالث: إن هذا الضمان هل هو بعين بعض الثمن كما عن ظاهر الأكثر، { ١ } أو بمقداره كما في المتن وعن جمع من الأساطين وجهان وتنقيح القول فيه بالبحث في موردين: أحدهما: فيما يقتضيه الأصل والقاعدة.

(١) الوسائل - باب ١٦ - من أبواب أحكام الخيار حديث ٢.
(٢) الوسائل - باب ٤ - من أبواب أحكام 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 إلى البائع وكونه من النقدين، فالرد باعتبار النوع لا الشخص { ٢ } ومن ذلك ظهر أن قوله (عليه السلام) في رواية

ابن سنان. ويوضع عنه من ثمنها بقدر العيب إن كان فيها

ثانيهما: فيما يستفاد من النصوص الخاصة.

أما المورد الأول: فالأرش ليس تكليفاً محضاً لكونه قابلاً للاسقاط،

ولا كلياً ذمياً إذ لا يتصور التخيير بين الرد واشتغال الذمة،

ولا ملكاً مشاعاً إذ الملك لا يقبل الاسقاط،

بل هو تغريم البائع بما به التفاوت، وعليه فالشك في المقام إنما هو في أن البائع

يستحق التغريم من الثمن المسمى، أو 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 } وأما المورد الثاني: فالنصوص على طوائف:

الأولى: ما تضمن أخذ أرش العيب. (١)

الثانية: ما تضمن أخذ قيمة العيب. (٢)

وهاتان الطائفتان مطلقتان، ومقتضى إطلاقهما كفاية التدارك من غير الثمن.

الثالثة: ما عبر فيه عن تدارك العيب برد التفاوت إلى المشتري (٣) وقد يتوهم

دالتها على تعيين كونه من الثمن، إذ ظاهر الرد كون المردود ما كان عنده أولاً وهو بعض

الثمن.

{ ٢ } وأجاب عنه المصنف (رحمه الله): بأن هذا التعبير وقع بملاحظة أن الغالب وصول

الثمن

(١) الوسائل - باب ٤ - من أبواب أحكام العيوب حديث ٧.

(٢) نفس المصدر حديث ٨.

(٣) الوسائل - باب ٤ - من أبواب أحكام العيوب حديث ٢.

محمول على الغالب من كون الثمن كلياً في ذمة المشتري، { ١ } فإذا اشتغلت ذمة البائع بالأرش حسب المشتري عند أداء الثمن ما في ذمته عليه،

إلى البائع، وكونه من النقدين، فالرد باعتبار النوع لا الشخص. يتم ما أفاده، على فرض حمله على الغالب: فإن خصوصية النقدين ملغاة عند العقلاء، بحيث يعدونها مالية محضة، فإن رد فرداً غير ما أخذ يصدق عرفاً أنه رد نفس ما أخذ،

إلا أن الكلام في وجه هذا الحمل، فإنه خلاف الظاهر يحتاج إلى قرينة، وعليه فبعد الأخذ باطلاقه لا مناص عن البناء على تعيين كونه من الثمن. نعم يمكن أن يقال: إن المردود غير مذکور في النصوص المشار إليها إلا 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 أنه يرد بقدر العيب من الثمن، كقوله (عليه السلام) في خبر ابن سنان: ويوضع عنه من ثمنها بقدر عيب إن 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 } وأجاب عن ذلك في المتن: بأنهما يحملان على الغالب من كون الثمن كلياً في ذمة المشتري، فإذا اشتغلت ذمة البائع بالأرش حسب المشتري عند أداء الثمن ما في ذمته عليه. ويرد عليه ما تقدم من أنه لا وجه للحمل على الغالب.

والحق أن يورد عليه: بأنه من المحتمل كون ذكر الثمن لبيان كون التفاوت ملحوظاً بالإضافة إلى الثمن المسمى لا لبيان مخرجة الثمن، فيكون مفادهما ملاحظة التفاوت بالنسبة إلى المسمى.

(١) الوسائل - باب ٤ - من أبواب أحكام العيوب حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ١٦ - من أبواب الخيار حديث ٢.

ثم على المختار من عدم تعيينه من عين الثمن.
فالظاهر تعيينه من النقدين { ١ } لأنهما الأصل في ضمان المضمونات إلا أن
يتراضى غيرهما من باب الوفاء أو المعاوضة، واستظهر المحقق الثاني من عبارة
القواعد والتحرير بل الدروس عدم تعيينه منهما، { ٢ } حيث حكما في باب الصرف
بأنه لو وجد عيب في أحد العوضين المتخالفين بعد التفرق جاز أخذ الأرش من غير
النقدين ولم يجز منهما،

فتحصل: إن الأظهر كون هذا الضمان بمقدار بعض الثمن لا بعينه.

يعتبر كون الأرش من النقدين

الرابع: إنه على المختار من عدم تعيين الأرش من عين الثمن
{ ١ } فهل يتعين أن يكون من النقدين كما في المتن أم لا؟

والكلام فيه في موردين:

الأول: في بيان مراد المصنف (رحمه الله)

الثاني: في بيان ما هو الحق.

أما الأول: فمحصل ما في المتن: إن الظاهر تعيين كونه من النقدين، لأن المضمون ليس إلا

المالية المحضة، وليس في الأعيان الخارجية ما هو كذلك إلا النقد،

{ ٢ } والمحقق الثاني: استظهر من كلام العلامة عدم تعيين ذلك حيث إنه ذكر أن أحد

العوضين المتخالفين في الصرف إذا كان معيبا وظهر العيب بعد التفرق جاز أخذ الأرش من

غير النقدين ولم يجز منهما.

توضيح ما أفاده: إن الأرش حيث إنه يكون عنده تتميما للمعيب ليساوي الصحيح

وتتميما للمعاوضة فلا يجوز عنده أداء النقد أرشا بعد التفرق عن مجلس الصرف، لأن

تتميم

المعاملة الصرفية بعد التفرق ينافي اعتبار التقابض في المجلس، وهذا بخلاف أداء غير

النقد،

فإنه حينئذ تنحل المعاملة إلى صرفية وغير صرفية، والتفرق في الثانية لا يمنع عنه.

فاستشكل ذلك بأن الحقوق المالية إنما يرجع فيها إلى النقدين، فكيف الحق الثابت باعتبار نقصان في أحدهما { ١ } ويمكن رفع هذا الاشكال بأن المضمون بالنقدين هي الأموال المتعينة المستقرة والثابت هنا ليس مالا في الذمة وإلا بطل البيع، { ٢ } فيما قبله من الصحيح لعدم وصول عوضه قبل التفرق وإنما هو حق لو أعمله جاز له مطالبة المال، فإذا اختار الأرش من غير النقدين ابتداء ورضي به الآخر فمختاره نفس الأرش لا عوض عنه.

نعم للآخر الامتناع منه لعدم تعيينه عليه، كما أن لذي الخيار مطالبة النقدين في غير هذا المقام وإن لم يكن للآخر الامتناع حينئذ. وبالجملة فليس هنا شيء معين ثابت في الذمة إلا أن دفع غير النقدين يتوقف على رضا ذي الخيار ويكون نفس الأرش بخلاف دفع النقدين، فإنه إذا اختير غيرهما لم يتعين للأرشية

{ ١ } وأورد عليه المحقق الثاني (رحمه الله) بما توضيحه: إن الغرامات تتعين في النقدين في

سائر الموارد، وغرامة أحد النقدين أولى بأن يكون منهما، ولازم ذلك عدم امكان الأداء من غير النقدين في الفرض، لأن ما يستحقه المشتري هو النقد.

{ ٢ } وأجاب المصنف (رحمه الله) عن ذلك: بأنه فرق بين الغرامة الأرشية وغيرها وأن في غيرها يتعين النقد، ولو تراضيا على غيره يكون هو بدلا عما يستحقه، وفي الغرامة الأرشية وإن كان يتعين النقد إلا أنه لو تراضيا على غيره كان هو عين ما يستحقه أرشا لا بد له، ويتضح ما أفاده ببيان أمرين:

أحدهما: إنه في سائر الغرامات حيث تكون الذمة مشغولة فلا بد وأن يكون لما في الذمة تعين إما بكونه هي المالية بشرط عدم الخصوصية ولا مطابق لها إلا النقد، أو كونه هي المالية بشرط الخصوصية، أو كونه هي المالية لا بشرط وجود خصوصية ولا بشرط عدمها.

ولازم الاعتبار الأول عدم كفاية غير النقد إلا بدلا لعدم مطابقة بشرط شيء لما هو بشرط لا، وأما الغرامة الأرشية فقد مر أنه لا تشتغل بها الذمة، فلا يلزم أن يكون لها تعين، بل لا معنى له، وحيث إنه لا تعين له فيمكن أن يكون ما يتعلق به حق التغريم بشرط لا، وهو النقد عند النزاع في الخصوصيات، وبشرط شيء عند التراضي على خصوصية خاصة

ثم قد تبين مما ذكرنا في معنى الأرش أنه لا يكون إلا مقدارا مساويا لبعض الثمن ولا يعقل أن يكون مستغرقا له، { ١ } لأن المعيب إن لم يكن مما يتمول ويبدل في مقابلة شيء من المال بطل بيعه وإلا فلا بد من أن يبقى له من الثمن قسط. نعم ربما يتصور ذلك فيما إذا حدث قبل القبض أو في زمان الخيار عيب يستغرق للقيمة مع بقاء الشيء على صفة التملك بناء على أن مثل ذلك غير ملحق بالتلف في انفساخ العقد به، بل يأخذ المشتري أرش العيب وهو هنا مقدار تمام الثمن، لكن عدم الحاقه بالتلف مشكل، بناء على أن العيب إذا كان مضمونا على البائع بمقتضى قوله (عليه السلام) إن

حدث في الحيوان حدث فهو من مال البائع حتى تنقضي خياره كان هذا العيب كأنه حدث في ملك البائع والمفروض أنه إذا حدث مثل هذا في ملك البائع كان بيعه باطلا، لعدم كونه متمولا يبدل بإزائه شيء من المال فيجب الحكم بانفساخ العقد إذا حدث مثل هذا بعده مضمونا على البائع إلا أن يمنع ذلك وأن ضمانه على البائع بمعنى الحكم بكون دركه عليه، فهو بمنزلة الحادث قبل البيع في هذا

ثانيهما: إنه لا كلام في صحة التراضي على غير النقدين في الغرامات، وعليه: ففي غير الغرامة الأرشية يكون ما تراضيا عليه بدلا عما يستحقه الثابت في الذمة. وأما في الغرامة الأرشية، فحيث إنها غير ثابتة في الذمة فلا معنى لكون ما تراضيا عليه بدلا، بل هو أداء عين ما يستحقه.

وبهذا البيان يظهر اندفاع ما أورده السيد الفقيه في الحاشية عليه - فراجع وتدبر كما أنه ظهر ما هو الحق في المقام، وهو تعيين كونه من النقدين إلا مع التراضي.

الأرش المستوعب لتمام القيمة

{ ١ } الخامس: في تصور الأرش المستوعب لتمام القيمة

والكلام فيه في موردين:

الأول فيما إذا ورد البيع على المعيب.

الثاني: فيما إذا كان البيع قبل حدوث العيب وكان ذلك قبل القبض أو في زمان الخيار

الحكم لا مطلقا حتى يفسخ العقد به، ويرجع هذا الملك الموجود الغير المتمول إلى البائع، بل لو فرضنا حدوث العيب على وجه أخرجه عن الملك فلا دليل على الحاقه بالتلف، بل يبقى العين الغير المملوكة حقا للمشتري وإن لم يكن ملكا له كالخمر المتخذ للتخليل ويأخذ الثمن أو مقداره من البائع أرشا لا من باب انفساخ العقد هذا إلا أن العلامة قدس سره في القواعد والتذكرة والتحرير ومحكي النهاية يظهر منه الأرش المستوعب في العيب المتقدم على العقد الذي ذكرنا أنه لا يعقل فيه استيعاب الأرش للثمن.

قال في القواعد: لو باع العبد الجاني خطأ ضمن أقل الأمرين على رأي، والأرش على رأي { ١ } وصح البيع إن كان موسرا، وإلا تخير المجني عليه ولو كان عمدا وقف على إجازة المجني عليه ويضمن الأقل من الأرش والقيمة لا الثمن معها، { ٢ } وللمشتري الفسخ مع الجهل، فيرجع بالثمن أو الأرش { ٣ } فإن استوعب الجناية القيمة، فالأرش ثمنه أيضا وإلا فقد الأرش { ٤ } ولا يرجع لو كان عالما وله أن يفديه، كالمالك ولا يرجع به عليه،

وقبل الشروع في البحث في الموردین لا بأس بشرح ما في القواعد، { ١ } قوله ضمن أقل الأمرين على رأي والأرش على رأي وجه ضمان الأقل أن زيادة الأرش غير مضمونة على المولى لأن جناية العبد لا يضمنها سيده ولا يجني الجاني على أزيد من نفسه ووجه ضمان الأرش خاصة أن الاختيار بيد المولى فيكون البيع اختيارا للأرش والتزاما بالفداء.

{ ٢ } قوله لا الثمن معها أي مع الإجازة، ومحصله أنه مع إجازة المجني عليه البيع، يضمن المولى أقل الأمرين من أرش الجناية وقيمة العبد ولا يضمن الثمن إذ ربما زاد على القيمة والزائد ملك للمولى لأنه كسب له في مقابل ماله وزيادة الأرش ليست على المولى لما سبق.

{ ٣ } قوله فيرجع بالثمن أو الأرش أي لو فسخ يرجع بالثمن ولو لم يفسخ يرجع بالأرش. { ٤ } قوله فإن استوعب الجناية القيمة فالأرش ثمنه أيضا وإلا فقد الأرش وقد ذكروا في بيان مراده (قدس سره) وجوها أحسنها ما ذكره جمع

ولو اقتص منه فلا رد وله الأرش وهو نسبة تفاوت ما بين كونه جانيا وغير جان من الثمن، انتهى.

وذكر في التذكرة هذه العبارة بعينها في باب العيوب، وقال في أوائل البيع من التذكرة في مسألة بيع العبد الجاني ولو كان المولى معسرا لم يسقط حق المجني عليه من الرقبة ما لم يجر البيع أولا فإن البائع إنما يملك نقل حقه عن رقبته بفدائه ولا يحصل من ذمة المعسر فيبقى حق المجني عليه مقدما على حق المشتري ويتخير المشتري الجاهل في الفسخ ويرجع بالثمن وبه قال أحمد وبعض الشافعية أو مع الاستيعاب لأن أرش مثل هذا جميع ثمنه وإن لم يستوعب يرجع بقدر أرشه ولو كان عالما بتعلق الحق به فلا رجوع إلى أن قال: وإن أوجبت الجناية قصاصا تخير المشتري الجاهل بين الأرش والرد فإن اقتص منه احتمل تعيين الأرش وهو قسط قيمة ما بينه جانيا وغير جان ولا يبطل البيع من أصله لأنه تلف عند المشتري بالعيب الذي كان فيه فلم يوجب الرجوع بجميع الثمن كالمريض والمرتد

وهو أرش خيار العيب واستيفائه لتمام ما يوازي ثمنه فالمراد من ثمنه ما يوازي الثمن لا عينه.

أما الأول: فالكلام فيه

تارة: في ما إذا كان النقص الوارد على العين خارجيا موجبا لسلب المالية مع بقاء ذات المبيع كذهاب رائحة ماء الورد.

وأخرى: فيما إذا كان نقصا اعتباريا من حيث تعلق حق الجناية به الموجب للاسترقاق أو القصاص أو دية كاملة مستوعبة لقيمة العبد.

أما في الصورة الأولى: فالظاهر بطلان البيع، سواء كان ذلك النقص موجبا لسلب المالية خاصة أو ذلك مع سلبه الملكية كصيرورة الخل خمرا، إذ يعتبر في صحة البيع المالية

على ما حقق في محله.

وأما في الثانية: فالظاهر صحة البيع وعدم بطلانه وإن كان الأرش مستوعبا للقيمة، وذلك لأن فساد العقد إما أن يكون لنقص في المالك، أو يكون لنقص في المال، وشئ منهما ليس.

أما النقص في المالك: فلأن ما ذكر وجهها له أمران:

أحدهما: خروج العبد عن ملك مولاه بمجرد الجناية كما عن المحقق التستري.

وقال أبو حنيفة والشافعي يرجع بجميع ثمنه لأن تلفه لأمر استحق عليه عند البائع فجرى مجرى اتلافه، انتهى.

وقال في التحرير في بيع الجاني خطأ ولو كان السيد معسرا لم يسقط حق المجني عليه عن رقة العبد، وللمشتري الفسخ مع عدم علمه فإن فسخ رجوع بالثمن وإن لم يفسخ واستوعبت الجناية قيمته وانتزعت يرجع المشتري بالثمن أيضا، وإن لم تستوعب قيمته رجوع بقدر الأرش ولو علم المشتري بتعلق الحق برقة العبد لم يرجع بشئ ولو اختار المشتري أن يفديه جاز ورجع به على البائع مع الإذن وإلا فلا، انتهى.

ثانيهما: إن الجناية توجب عدم مالكية المولى للتصرف فيه لتعلق حق المجني عليه به.

وفيها نظر:

أما الأول: فلأن ظاهر بعض (١) النصوص وإن كان ذلك إلا أنه معارض بظاهر غيره من الأخبار (٢) ومخالف للقاعدة.

وأما الثاني: فلأن حق الجناية يتبع العين أيا ما كانت، ولا يزول بالبيع، فلا يكون مانعا عنه.

وأما النقص في المال: فقد ذكر له وجوه:

منها: خروجه عن المالية.

وفيه: إن استحقاق الاسترقاق لا يوجب سلب المالية، فإن استحقاق التملك من مقتضيات المالية، فكيف يوجب سلبها، وهل هو إلا كاستحقاق الشريك لتملك حصة

شريكه من المشتري وجواز القصاص جواز لاعداد المالية لا أنه هدر لها،

وأما الحكم بدية كاملة فهو ليس بعنوان استحقاق مالية الجاني، بل باستحقاق ما يوازي ماليته، فلا يوجب خروجه عن المالية.

ومنها: خروجه عن الملكية.

وفيه: إن النص قد مر حاله، والحكم بالقصاص تجويز لاجراجه عن ملكه لا أنه

(١) الوسائل - باب ٤١ - من أبواب القصاص في النفس.

(٢) نفس المصدر.

قوله وانتزعت إما راجع إلى رقبة العبد أو إلى القيمة إذا باع المجني عليه وأخذ قيمته وهذا القيد غير موجود في باقي عبارات العلامة في كتبه الثلاثة وكيف كان فالعبد المتعلق برقبته حق للمجني عليه يستوعب قيمته. إما أن يكون له قيمة تبذل بإزائه أو لا.

وعلى الثاني: فينبغي بطلان البيع، { ١ } ولو قيل إن انتزاعه عن ملك المشتري لحق كان عليه عند البائع يوجب غرامته على البائع كان اللازم من ذلك مع بعده في نفسه أن يكون الحكم كذلك فيما لو اقتصر من الجاني عمدا. 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 أوضح. ومنها: إن بذل المال بإزاء العبد الجاني سفهي. وفيه: أولا: إنه لا دليل على بطلان البيع السفهي، فإن الدليل (١) دل على بطلان بيع السفهي لا البيع السفهي. وثانيا: إنه مع احتمال العفو أو التفدية بشئ يسير لا يكون الاقدام على بيعه سفهيا. ومنها: كون المال متعلقا لحق الجنائية، وهو مانع عن صحة البيع. وفيه: إن هذا الحق، حيث إنه لا ينافي نفوذ البيع كما تقدم، فلا يكون مانعا عنه. { ١ } فتحصل: إن الأظهر صحة البيع مع كون النقص اعتباريا وإن كان الأرش مستوعبا للقيمة، وإن ما أفاده العلامة متين ولا يرد عليه ما أورده المصنف (رحمه الله). وأما الثاني: وهو حصول النقص بعد البيع قبل القبض، فعدم كونه من قبيل

(١) الوسائل - باب ١ - من أبواب كتاب الحجر - النساء: ٦.

مسألة: يعرف الأرش بمعرفة قيمتي الصحيح والمعيب { ١ } ليعرف التفاوت بينهما فيؤخذ من البائع بنسبة ذلك التفاوت وإذا لم يكن القيمة معلومة فلا بد من الرجوع إلى العارف بها وهو قد يخبر عن القيمة المتعارفة المعلومة المضبوطة عند أهل البلد أو أهل الخبرة منهم لهذا المبيع المعين أو لمثله في الصفات المقصودة كمن يخبر بأن هذه الحنطة أو مثلها يباع في السوق بكذا. وهذا داخل في الشهادة يعتبر فيها جميع ما يعتبر في الشهادة على سائر المحسوسات من العدالة والاختبار عن الحس والتعدد، وقد يخبر عن نظره وحده من جهة كثرة مما رسته أشباه هذا الشيء وإن لم يتفق اطلاعه على مقدار رغبة الناس في أمثاله

تلف المبيع الموجب لانفساخ العقد إذا كان النقص اعتباريا وإن كان الأرش مستوعبا للقيمة واضح مما قدمناه،
وأما إن كان النقص خارجيا، فقد يقال: إنه إن أوجب سلب المالية يكون ذلك بحكم التلف الموجب للانفساخ، فلا يتصور الأرش المستوعب للقيمة.
ولكن يمكن أن يرد: بأن الموجب للانفساخ تلف ذات المبيع لا ماليته. فتدبر.
نعم إن أوجب ذلك سلب الملكية أيضا أمكن القول بالانفساخ من جهة أنه ليس هناك شيء له قبض كمن يترقب قبضه، فتأمل فإن هذا لو تم فإنما هو في ما أوجب سلب الحق، أي حق الاختصاص أيضا، ومما ذكرناه ظهر ما في كلمات المصنف

التقويم
{ ١ } ويعرف الأرش بمعرفة قيمتي الصحيح والمعيب، فيؤخذ من البائع بنسبة ذلك التفاوت، وإذا لم تكن القيمة معلومة فلا بد من الرجوع إلى العارف بها، وقد وقع الكلام في أن قول العارف من باب الشهادة أو الخبر. والوجوه التي ذكروها في الفرق بينهما كثيرة لا يهمننا التعرض لها، إذ الشهادة لها معنيان:

أحدهما: عام، وهو يشمل جميع موارد الخبر، وهي بهذا المعنى ليست مورد الحكم

وهذا يحتاج إلى الصفات السابقة { ١ } وزيادة المعرفة والخبرة بهذا الجنس ويقال له بهذا الاعتبار أهل الخبرة وقد يخبر عن قيمته باعتبار خصوصيات في المبيع يعرفها هذا المخبر مع كون قيمته على تقدير العلم بالخصوصيات واضحة كالصائغ العارف بأصناف 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 فمرادهم بالمقوم هو الثاني.

ثانيهما: خاص، وهو الأخبار 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 أولى.

ثم المختار على ما حققناه في حاشيتنا على الكفاية حجية الخبر الواحد في الموضوعات إلا ما خرج بالدليل: غاية الأمر فيما إذا كان المخبر عنه حسياً، وإن كان حدسياً، فإن كان المخبر من أهل ذلك الفن كان قوله حجة من باب حجية قول أهل الخبرة

إذا عرفت هذا فاعلم: إن العارف بالقيمة

تارة: يخبر عن نظره وحدسه من جهة كثرة ممارسة أشباه هذا الشيء وإن لم يتفق اطلاعه على مقدار رغبة الناس في أمثاله.

وأخرى: 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 أهل البلد أو أهل الخبرة، فإن أخبر عن نظره وحدسه كان قوله حجة من باب أنه من أهل الخبرة ويكون مقوماً.

{ ١ } قوله وهذا يحتاج إلى الصفات السابقة

يعني بها التعدد والأخبار عن الحس والعدالة ويرد عليه أنه لا يعتبر في الرجوع إلى أهل الخبرة التعدد ولا كون الأخبار عن حس.

لكن الأظهر عدم التفرقة بين الأقسام من حيث اعتبار شروط القبول وإن
احتمل في غير الأول الاكتفاء بالواحد. { ١ } أما للزوم الحرج لو اعتبر التعدد وأما
لاعتبار الظن في مثل ذلك مما انسد فيه باب العلم ويلزم من طرح قول العادل
الواحد والأخذ بالأقل لأصالة براءة ذمة البائع تضييع حق المشتري في أكثر
المقامات. وأما لعموم ما دل على قبول قول العادل خرج منها ما كان من قبيل
الشهادة كالقسم الأول دون ما كان من قبيل الفتوى كالثاني لكونه ناشئاً عن حدس
واجتهاد وتتبع الأشباه والأنظار وقياسه عليها حتى أنه يحكم لأجل ذلك بأنه ينبغي
أن يبذل بإزائه كذا وكذا وإن لم يوجد راغب يبذل له ذلك ثم لو تعذر معرفة القيمة
لفقد أهل الخبرة أو توقفهم. ففي كفاية الظن أو الأخذ بالأقل وجهان { ٢ } ويحتمل
ضعيفا الأخذ بالأكثر لعدم العلم بتدارك العيب المضمون إلا به. { ٣ }

{ ١ } قوله وإن احتمل في غير الأول الاكتفاء بالواحد
بل الأظهر الاكتفاء بالواحد حتى في القسم الأول كما مرت الإشارة إليه.
{ ٢ } قوله ففي كفاية الظن أو الأخذ بالأقل وجهان
الأوجه هو الثاني بناء على ما هو الحق من كون الأرش من باب الغرامة لا
الانفساخ
{ ٣ } وما ذكره (رحمه الله) في وجه الأخذ بالأكثر من عدم العلم بتدارك العيب المضمون
إلا به
وحاصله أن الشك في المقام في سقوط الحق الثابت ومقتضى الاستصحاب بقاءه ما
لم يؤد الأكثر
غير تام فإن منشأ الشك المزبور الشك في كيفية الثبوت ومع اجراء الأصل في
الثبوت وإثبات أن متعلق الحق هو الأقل لا يبقى مورد للأصل المشار إليه.
تعارض المقومين

مسألة: لو تعارض المقومون فيحتمل تقديم بينة الأقل للأصل وبينة الأكثر لأنها مثبتة، والقرعة لأنها لكل أمر مشتبه، والرجوع إلى الصلح لتشيث كل من المتبايعين بحجة شرعية ظاهرية، والمورد غير قابل للحلف لجهل كل منهما بالواقع، وتخيير الحاكم لامتناع الجمع وفقد المرجح، لكن الأقوى من الكل ما عليه المعظم من وجوب الجمع بينهما بقدر الامكان، { ١ } لأن كلا منهما حجة شرعية يلزم العمل به، { ٢ } فإذا تعذر العمل به في تمام مضمونه وجب العمل به في بعضه، فإذا قوم أحدهما بعشرة، فقد قوم كلا من نصفه بخمسة، وإذا قوم الآخر بثمانية، فقد قوم كلا من نصفه بأربعة، فيعمل بكل منهما في نصف المبيع، وقولاهما وإن كانا متعارضين في النصف أيضا، كالكل، فيلزم بما ذكر طرح كلا القولين في النصفين، إلا أن طرح قول كل منهما في النصف مع العمل به في النصف الآخر أولى في مقام امتثال أدلة العمل

ولو تعارض المقومون ففيه وجوه، وبعضها أقوال:

{ ١ } الأول: ما اختاره المصنف ونسبه إلى معظم، وهو: وجوب الجمع بينهما بقدر الامكان، فإذا قوم أحد المقومين بعشرة مثلا فقد قوم كلا من نصفه بخمسة، وإذا قوم الآخر

بثمانية مثلا فقد قوم كلا من نصفه بأربعة، فيعمل بكل منهما بنصف المبيع.

الثاني: تقديم بينة الأكثر.

الثالث: الرجوع إلى القرعة.

الرابع: الرجوع إلى الصلح.

الخامس: تخيير الحاكم.

السادس: الرجوع إلى المرجحات لتعارض البينتين من الأعدلية والأكثرية

ونحوهما.

السابع: تقديم بينة الأقل.

التاسع: التسايط والرجوع إلى الأصل.

أما الأول: فقد استدل له بوجهين:

{ ٢ } أحدهما: إن كلا من الدليلين حجة شرعية يلزم العمل به، فإذا تعذر العمل به في تمام مضمونه وجب العمل به في بعضه،

بكل بينة من طرح كليهما أو إحداهما رأسا. وهذا معنى قولهم إن الجمع بين الدليلين والعمل بكل منهما ولو من وجه أولى من طرح أحدهما رأسا. ولذا جعل في تمهيد القواعد من فروع هذه القاعدة: الحكم بالتنصيف فيما لو تعارضت البيتان في دار في يد رجلين يدعيهما كل منهما بل ما نحن فيه أولى بمراعاة هذه القاعدة من الدليلين المتعارضين في أحكام الله تعالى لأن الأخذ بأحد هما كلية وترك الآخر كذلك في التكليف الشرعية الإلهية لا ينقص عن التبعض من حيث مراعاة حق الله سبحانه لرجوع الكل إلى امتثال أمر الله سبحانه بخلاف مقام التكليف بإحقاق حقوق الناس. فإن في التبعض جمعا بين حقوق الناس ومراعاة للجمع ولو في الجملة. ولعل هذا هو السر في عدم تخير الحاكم عند تعارض أسباب حقوق الناس في شئ من الموارد.

وكل منهما وإن تعارض الآخر في بعض مضمونه أيضا إلا أن طرح قول كل منهما في النصف مع العمل به في النصف الآخر أولى في مقام امتثال أدلة العمل بكل بينة من طرح كليهما أو إحداهما رأسا، إذ الجمع بين الدليلين والعمل بكل منهما ولو من وجه أولى من طرح أحدهما رأسا. وفيه: إن المصنف (رحمه الله) قد حقق في الأصول أن قاعدة الجمع لا أساس لها، وإنما يجمع

بين الدليلين لو كان الجمع عرفيا، وإلا فمقتضى القاعدة هو التساقت، وعليه فلا وجه لما أفاده في المقام، ولا حجة في البين حتى يصدق في نصف مدلولها. فإن قلت: إن ما حققه في الأصول إنما هو في الأحكام التكليفية على الطريقة، وأما في باب الحقوق والوضعيات التي تحدث المصلحة بسبب قيام الحجة على الأمر الاعتباري كالملكية فلا يجري، بل حيث إنه عند التزاحم لا يعقل اعتبار ملكية عين واحدة لشخصين بالاستقلال، وتقديم أحدهما ترجيح بلا مرجح، وأما اعتبار ملكية نصفها لشخص ونصفها الآخر لشخص آخر فهو معقول ولا تزاحم بينهما من هذه الجهة، فلا بد من الأخذ به بداهة استحالة عدم تأثير السببين في ما لا تزاحم بينهما. يرد عليك أنه حيث يكون ما هو ملك بالاستقلال لشخص كل جزء منه ملكا له

وقد يستشكل ما ذكرنا تارة بعدم التعارض بينهما عند التحقيق، لأن مرجع بينة النفي إلى عدم وصول نظرها وحدها إلى الزيادة، فبينه الاثبات المدعية للزيادة سليمة { ١ } وأخرى بأن الجمع فرع عدم اعتضاد إحدى البينتين بمرجح وأصالة البراءة هنا مرجحة وللبينة الحاكمة بالأقل.

وثالثة: بأن في الجمع مخالفة قطعية وإن كان فيه موافقة قطعية لكن التخيير الذي لا يكون فيه إلا مخالفة احتمالية أولى منه ويندفع الأول بأن المفروض أن بينة النفي تشهد بالقطع على نفي الزيادة واقعا، وأن بذل الزائد في مقابل المبيع سفه ويندفع الثاني بما قررناه في الأصول من أن الأصول الظاهرية لا تصير مرجحة للأدلة الاجتهادية

من جهة الانحلال لا أنه ملك إشاعي له مع فرض عدم الشريك له في الملك، فالبيتان متعارضتان حتى بالنسبة إلى كل جزء، فإن كلا منهما تدل على أن العين بتمامها وبأجزائها ملك استقلال لمن تثبت الملكية له، وأما النصفان على الإشاعة وإن لم تكن البيتان متعارضتين بالإضافة إليهما، إلا أنهما ليسا مدلولي البينتين كي يقال إنهما غير متزاحمتين فيهما

الثاني: إن التنصيف جمع بين الحقين فيجب رعاية لهما. وفيه: إن التنصيف فيما إذا كان حق ثابت مرددا بين الشخصين كالمال المردد بين أن يكون لزيد أو عمرو لا كلام فيه، وعليه بناء العقلاء، ويستفاد من بعض (١) النصوص، ويعبر

عنه بقاعدة العدل والانصاف، وهذا لا ربط له بالمقام، فإن الزائد عما اتفق عليه المقومان يدور أمره بين الاستحقاق وعدمه لا استحقاق البائع واستحقاق المشتري فلا مورد للتنصيف من باب الجمع بين الحقين لعدم الموضوع. { ١ } واستدل للثاني: بأنه لا تعارض بين البينتين، لأن مرجح بينة النفي إلى عدم وصول نظرها وحدها إلى الزيادة، فبينه الاثبات المدعية للزيادة سليمة. وفيه: إن بينة الأقل تشهد بالقطع على عدم الزيادة واقعا.

(١) الوسائل - باب ١٢ - من أبواب أحكام الصلح.

بل تصلح مرجعا في المسألة لو تساقط الدليلان من جهة ارتفاع ما هو مناط
الدلالة فيهما لأجل التعارض كما في الظاهرين المتعارضين كالعامين من وجه المطابق
أحدهما للأصل، وما نحن فيه ليس من هذا القبيل.
والحاصل أن بينة الزيادة تثبت أمرا مخالفا للأصل ومعارضتها بالأخرى
النافية لها لا توجب سقوطها بالمرّة لفقد المرجح فيجمع بين النفي والاثبات في
النصفين ويندفع الثالث بأن ترجيح الموافقة الاحتمالية الغير المشتملة على المخالفة
القطعية على الموافقة القطعية المشتملة عليها. إنما هو في مقام الإطاعة والمعصية
الراجعتين إلى الانقياد والتجري

واستدل للثالث: بعموم أدلة القرعة (١)، إما لتشخيص الواقع، أو لتشخيص الدليل،
وبخصوص بعض ما ورد من النصوص في تعارض البيّنات الأمر بالرجوع إلى
القرعة الشامل باطلاقه للمقام

كصحيح الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام) في شاهدين شهدا على أمر وجاء آخران
فشهدا على غير الذي شهدا واختلفوا قال (عليه السلام): يقرع بينهم فأيهم قرع فعليه
اليمين وهو

أولى بالحق. (٢) ونحوه غيره.

ولكن يرد على الأول منهما: إن القرعة مختصة بموارد عدم تشخيص الحكم ولو مع
الأصل، إما لاختصاص موضوع الأدلة بذلك أو لتخصيصها بأدلة الأصول والأمارات،
وعليه ففي المقام بما أن مقتضى أصالة البراءة عدم استحقاق الزائد، فلا وجه للرجوع إلى
القرعة،

مع أن دليل القرعة مختص بما إذا كان هناك حق ثابت، وفي المقام ثبوته غير معلوم
كما تقدم.

ويرد على الثاني: إنه مختص بمورد الحكومة كما هو واضح، فلا وجه للتعدي.
واستدل للرابع: بأن كلا من المتبايعين متشبه بحجة ظاهرية، والمورد غير قابل
للحلف لجهل كل منهما بالواقع.

(١) الوسائل - باب ١٣ - من أبواب كيفية الحكم كتاب القضاء.

(٢) الوسائل - باب ١٢ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١١.

حيث إن ترك التجري أولى من تحصيل العلم بالانقياد بخلاف مقام احقاق حقوق الناس فإن مراعاة الجميع أولى من إهمال أحدهما رأساً وإن اشتمل على أعمال الآخر إذ ليس الحق فيهما لواحد معين كما في حقوق الله سبحانه ثم إن قاعدة الجمع حاكمة على دليل القرعة لأن المأمور به هو العمل بكل من الدليلين لا بالواقع المردد بينهما إذ قد يكون كلاهما مخالفاً للواقع فهما سببان مؤثران بحكم الشارع في حقوق الناس فيجب مراعاتها وأعمال أسبابها بقدر الامكان إذ لا ينفع توفية حق واحد مع إهمال حق الآخر رأساً على النهج الذي ذكرنا من التنصيف في المبيع،

وفيه: إن مجرد عدم امكان الحلف - مع أن مقتضى الأصل عدم الاشتغال بالزائد - لا دليل على كونه سبباً لوجوب الصلح.
واستدل للخامس: بامتناع الجمع وفقد المرجح.
وفيه: أولاً: إنه لا ينحصر الكلام بمورد التنازع والخصومة.
وثانياً: إنه لا وجه لتخيير الحاكم بعد عدم كون الواقع كذلك قطعاً.
واستدل للسادس: بالنصوص. (١)
وفيه: إنها مختصة بصورة النزاع والترافع إلى الحاكم، ولا دليل على التعدي.
واستدل للسابع: بأن أصالة البراءة مرجحة للبيئة الحاكمة بالأقل.
وفيه: إن الأصل لا يصلح مرجحاً للدليل لكونه في طوله.
فتحصل: إن الأظهر هو القول الثامن وهو التساقط والرجوع إلى الأصل، وهو يقتضي عدم الاشتغال بالزائد.
فإن قلت: إنك بنيت في الأصول على أن الأصل في تعارض الأمارات هو التخيير لا التساقط، فكيف لا تلتزم به في المقام؟
قلت: إن ذلك فيما يمكن فيه التخيير، وفي المقام لا يصح، إذ لا معنى لتخيير البائع والمشتري معاً كما لا يخفى، وترجيح أحدهما بلا مرجح.

(١) الوسائل - باب ١٢ - من أبواب كيفية الحكم كتاب القضاء.

ثم إن المعروف في الجمع بين البيئات الجمع بينهما في قيمتي الصحيح فيؤخذ من القيمتين للصحيح نصفهما، ومن الثلث ثلثهما ومن الأربعة ربعهما وهكذا في المعيب. {١}

ثم يلاحظ النسبة بين المأخوذ للصحيح وبين المأخوذ للمعيب ويؤخذ بتلك النسبة فإذا كان إحدى قيمتي الصحيح اثني عشر والأخرى ستة وإحدى قيمتي المعيب أربعة والأخرى اثنين {٢} أخذ للصحيح تسعة وللمعيب ثلاثة والتفاوت بالثلثين فيكون الأرش ثلثي الثمن. ويمكن أيضا على وجه التنصيف فيما به التفاوت بين القيمتين بأن تعمل في نصفه بقول المثبت للزيادة. وفي نصفه الآخر بقول النافي فإذا قومه إحداهما باثني عشر والأخرى بثمانية أخذ في نصف الأربعة بقول المثبت وفي نصفها الآخر بقول النافي جمعا بين حقي البائع والمشتري

طريق تحصيل التفاوت بين القيمتين

{١} المعروف في الجمع بين البيئات الجمع بينهما في قيمتي الصحيح، فيؤخذ من القيمتين للصحيح نصفهما، ومن الثلث ثلثهما، ومن الأربعة 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 أن الطريقتين هل يختلفان أم لا.

الرابع: في بيان الصحيح منهما.

أما الأول: فمورد الكلام صورة التعارض، وإلا فلو كان ما به التفاوت على كل من القولين هو النصف مثلا فهو خارج عن محل الكلام لعدم التعارض لمكان اتحاد النتيجة بالنسبة إلى المسمى.

وبذلك يظهر أن المثال الأول الذي ذكره المصنف (رحمه الله) وهو

{٢} ما إذا كان إحدى قيمتي الصحيح اثني عشر والأخرى ستة، وإحدى قيمتي

المعيب أربعة والأخرى اثنتين خارج عن محل الكلام

لكن الأظهر هو الجمع على النهج الأول ويحتمل الجمع بطريق آخر وهو أن يرجع إلى البيئتين في مقدار التفاوت ويجمع بين البيئتين فيه من غير ملاحظة القيم وهذا منسوب إلى الشهيد (قدس سره) على ما في الروضة. وحاصله قد يتحد مع طريق المشهور كما في المثال المذكور فإن التفاوت الصحيح والمعيب على قول كل من البيئتين بالثلثين كما ذكرنا في الطريق الأول، وقد يختلفان كما إذا كانت إحدى قيمتي الصحيح اثني عشر والأخرى ثمانية وقيمة المعيب على الأول عشرة وعلى الثاني خمسة.

فعلى الأول: يؤخذ نصف مجموع قيمتي الصحيح أعني العشرة ونصف قيمتي المعيب وهو سبعة ونصف. فالتفاوت بالربع، فالأرش ربع الثمن أعني ثلاثة من اثني عشر لو فرض الثمن اثني عشر.

وعلى الثاني: يؤخذ التفاوت بين الصحيح والمعيب على إحدى البيئتين بالسدس وعلى الأخرى ثلاثة أثمان ونصف المجموع أعني ستة ونصفا من اثني عشر جزءا ويؤخذ نصفه وهو ثلاثة وربع وقد كان في الأول ثلاثة وقد ينقص عن الأول كما إذا اتفقا على أن قيمة المعيب ستة. وقال إحداهما قيمة الصحيح ثمانية، وقال الأخرى عشرة.

فعلى الأول: يجمع القيمتان ويؤخذ نصفهما تسعة ونسبته إلى الستة بالثلث. وعلى الثاني: يكون التفاوت على إحدى البيئتين ربعا وعلى الأخرى خمسين فيؤخذ نصف الربع ونصف الخمسين، فيكون ثمنا وخمسا وهو ناقص عن الثلث بنصف خمسين.

توضيح هذا المقام أن الاختلاف أما أن يكون في الصحيح فقط، مع اتفاقهما على المعيب، وأما أن يكون في المعيب فقط، وأما أن يكون فيهما، فإن كان في الصحيح فقط كما في المثال الأخير فالظاهر التفاوت بين الطريقتين دائما لأنك قد عرفت أن الملحوظ على طريق المشهور نسبة المعيب إلى مجموع نصفي قيمتي الصحيح المجعول قيمة منتزعة وعلى الطريق الآخر نسبة المعيب إلى كل من القيمتين المستلزمة لملاحظة أخذ نصفه مع نصف الآخر ليجمع بين البيئتين في العمل

والمفروض في هذه الصورة أن نسبة المعيب إلى مجموع نصفي قيمتي الصحيح التي هي طريقة المشهور مخالفة لنسبة نصفه إلى كل من النصفين لأن نسبة الكل إلى الكل تساوي نسبة نصفه إلى كل من نصفي ذلك الكل وهو الأربعة والنصف في المثال لا إلى كل من النصفين [البعضين] المركب منهما ذلك الكل كالأربعة والخمسة بل النصف المنسوب إلى أحد بعض المنسوب إليه كالأربعة نسبة مغايرة لنسبته إلى البعض الآخر، أعني الخمسة وهكذا غيره من الأمثلة.

وإن كان الاختلاف في المعيب فقط فالظاهر عدم التفاوت بين الطريقتين أبداً، لأن نسبة الصحيح إلى نصف مجموع قيمتي المعيب على ما هو طريق المشهور مساوية لنسبة نصفه إلى نصف إحداهما ونصفه الآخر إلى نصف الأخرى كما إذا اتفقا على كون الصحيح اثنا عشر، وقالت إحداهما المعيب ثمانية وقالت الأخرى ستة فإن تفاوت السبعة والاثني عشر الذي هو طريق المشهور مساو لنصف مجموع تفاوتي الثمانية مع الاثنا عشر والستة مع الاثنا عشر الأولين بالثلث والآخرين بالنصف ونصفهما السدس والربع. وهذا بعينه تفاوت السبعة والاثني عشر وإن اختلفا في الصحيح والمعيب فإن اتحدت النسبة بين الصحيح والمعيب { ١ } على كلا البيئتين فيتحد الطريقتان دائماً كما إذا قومه إحداهما صحيحاً باثني عشر ومعيباً بستة وقومه الأخرى صحيحاً بستة ومعيباً بثلاثة فإن نصف الصحيحين أعني التسعة تفاوتته مع نصف مجموع المعيين وهو الأربعة ونصف عين نصف تفاوتي الاثنا عشر مع الستة والستة مع الثلاثة.

فإن التفاوت على التقديرين بالثلثين. وكذا المثال الذي ذكره تحت عنوان قوله: { ١ } وإن اختلفا في الصحيح والمعيب فإن اتحدت النسبة... الخ، وهو ما إذا قوم إحداهما الصحيح باثني عشر والمعيب بستة، وقوم الأخرى الصحيح بستة والمعيب بثلاثة، فإن التفاوت على التقديرين بالنصف كما صرح به، والظاهر أن منشأ اشتباه المصنف (رحمه الله) عبارة الجواهر حيث ذكر المثالين في آخر الصورة الأولى من الصور الثلاث التي ذكرها لبيان اتحاد الطريقتين.

والحاصل أن كل صحيح ضعف المعيب، فيلزمه كون نصف الصحيحين ضعف نصف المعيين وإن اختلفت النسبة، فقد يختلف الطريقتان وقد يتحدان وقد تقدم مثالهما في أول المسألة.

ثم إن الأظهر بل المتعين في المقام هو الطريق الثاني المنسوب إلى الشهيد (قدس سره) وفاقا للمحكي عن إيضاح النافع حيث ذكر أن طريق المشهور ليس بجيد، ولم يذكر وجهه ويمكن ارجاع كلام الأكثر إليه كما سيحى. ووجه تعين هذا الطريق أن أخذ القيمة من القيمتين على طريق المشهور أو النسبة المتوسطة من النسبتين على الطريق الثاني.

أما للجمع بين البيتين بأعمال كل منهما في نصف العين كما ذكرنا وأما لأجل أن ذلك توسط بينهما لأجل الجمع بين الحقين بتصنيف ما به التفاوت نفا واثباتا على النهج الذي ذكرناه أخيرا في الجمع بين البيتين كما يحكم بتصنيف الدرهم الباقي من الدرهمين المملوكين لشخصين إذا ضاع أحدهما المررد بينهما من عند الودعي ولم تكن هنا بينة تشهد لأحدهما بالاختصاص بل ولا ادعى أحدهما اختصاصه بالدرهم الموجود.

فعلى الأول فاللازم وإن كان هو جمع نصفي قيمتي الصحيح والمعيب كما فعله المشهور بأن يجمع الاثنا عشر والثمانية المفروضتان قيمتين للصحيح في المثال المتقدم ويؤخذ نصف إحداهما قيمة نصف المبيع صحيحا 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 لأنه إذا فرض لكل نصف من المبيع قيمة تغاير قيمة النصف الآخر وجب ملاحظة التفاوت بالنسبة إلى كل من النصفين صحيحا ومعيبا وأخذ الأرش لكل نصف على حسب تفاوت صحيحه ومعيبه. فالعشرة ليست قيمة لمجموع الصحيح إلا باعتبار أن نصفه مقوم بستة ونصفه الآخر بأربعة، وكذا السبعة والنصف ليست قيمة لمجموع المعيب إلا باعتبار أن نصفه مقوم بخمسة ونصفه الآخر باثنين ونصف، فلا وجه لأخذ تفاوت ما بين مجموع العشرة والسبعة والنصف بل لا بد من أخذ تفاوت ما بين الأربعة والاثنين ونصف لنصف منه وتفاوت ما بين الستة والخمسة للنصف الآخر. وتوهم أن حكم شراء شئ تغاير قيمتا نصفيه

حكّم ما لو اشترى بالثمن الواحد مالين معيّنين مختلفين في القيمة صحيحاً ومعيباً بأن اشترى عبداً وجارية باثني عشر فظهما معيّنين والعبد يسوي أربعة صحيحاً واثنين ونصفاً معيباً والجارية يسوي ستة صحيحاً وخمسة معيبة فإنه لا شك في أن اللازم في هذه الصورة ملاحظة مجموع قيمتي الصفقة صحيحاً ومعيبة أعني العشرة والسبعة والنصف وأخذ التفاوت وهو الربع من الثمن وهو ثلاثة إذا 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 أخذ المشتري ربع الثمن أُرشاً فقد أخذ للعبد ثلاثة أثمان قيمته وللجارية سدسها، كما هو الطريق المختار لأنه أخذ من مقابل الجارية أعني سبعة وخمسة سدسه وهو واحد وخمس ومن مقابل العبد أعني أربعة وأربعة أخماس ثلاثة أثمان وهو واحد وأربعة أخماس، فالثلاثة التي هي ربع الثمن منطبق على السدس وثلاثة أثمان، بخلاف ما نحن فيه، فإن المبدول في مقابل كل من النصفين المختلفين بالقيمة أمر واحد، وهو نصف الثمن، فالمناسب لما نحن فيه فرض شراء كل من الجارية والعبد في المثال المفروض بثمن مساو للآخر، بأن اشترى كلا منهما بنصف الاثني عشر في عقد واحد أو عقدين، فلا يجوز حينئذ أخذ الربع من اثني عشر بل المتعين حينئذ أن يؤخذ من ستة الجارية سدس ومن ستة العبد اثنان وربع، فيصير مجموع الأرش ثلاثة وربعاً

وأما الثاني: فمحصل طريقة المشهور ملاحظة مجموع قيمتي الصحيح، ومجموع قيمتي المعيب، وملاحظة نسبة المجموع إلى المجموع، والأخذ من الثمن بتلك النسبة. فإذا قوم

إحدهما الصحيح بستة، والأخرى بأربعة، وقوم الأولى المعيب باثنين، والأخرى بثلاثة، يلاحظ نسبة الخمسة إلى العشرة، ويؤخذ من الثمن بتلك النسبة وهي النصف. ونسب إلى الشهيد (رحمه الله) طريق آخر، وهو: الرجوع إلى البينة في مقدار التفاوت، وبجمع بين البيئات فيه، من غير ملاحظة القيم، فالشاهد على نصف مجموع الكسرين، والمشهور على الكسر بين القيمتين المنتزعتين.

وأما الثالث: فتارة: تتحد قيمة الصحيح وتختلف قيمة المعيب، وأخرى: تتحد

وهو المأخوذ في المثال المتقدم على الطريق الثاني. وقد ظهر مما ذكرنا أنه لا فرق بين شهادة البيئات بالقيم أو شهادتهم بنفس النسبة بين الصحيح والمعيب. وإن لم يذكروا القيم، هذا كله إذا كان مستند المشهور في أخذ القيمة الوسطى العمل بكل من البيئتين في جزء من المبيع. وأما إذا كان المستند مجرد الجمع بين الحقيين على ما ذكرنا أخيراً بأن ينزل القيمة الزائدة ويرتفع الناقصة على حد سواء فالمتعين الطريق الثاني أيضاً، سواء شهدت البيئتان بالقيمتين أم شهدتا بنفس النسبة بين الصحيح والمعيب.

أما إذا شهدتا بنفس التفاوت، فلأنه إذا شهدت إحدهما بأن التفاوت بين الصحيح والمعيب بالسدس وهو الاثنان من اثني عشر وشهدت الأخرى بأنه بثلاثة أثمان وهو الثلاثة من ثمانية زدنا على السدس ما تنقص من ثلاثة أثمان وصار كل واحد من التفاوتين بعد التعديل سدسا ونصف سدس، وثمانه وهو من الثمن المفروض اثني عشر ثلاثة وربع، كما ذكرنا سابقاً،

قيمة المعيب وتختلف قيمة الصحيح، وثلاثة: تختلف كل من القيمتين. أما في الصورة الأولى: فالظاهر هي المطابقة الدائمة بين الطريقين، إذ قيمة الصحيح إذا كانت واحدة، والكسر وإن كان يختلف باختلاف قيمة المعيب، لكن الكسرين متساو أن النسبة إلى كل نصف من الصحيح لفرض تساوي النصفين في القيمة، فمجموع الكسرين

قهما هو كسر مجموع النصفين، فلا فرق بين أن يلاحظ الكسرين ويضافان إلى الواحد، وبين أن يلاحظ قيمتي الصحيح والمعيب، ويلاحظ الكسر الواحد. وأما في الصورة الثانية: فالظاهر هو عدم المطابقة دائماً، نفرض توافقهما على أن قيمة المعيب ستة، وإحدهما تقول: إن قيمة الصحيح عشرة، والأخرى تقول: إنها ثمانية، لازم ما

أفاده المشهور من ملاحظة مجموع قيمتي الصحيح وهي ثمانية عشر، وملاحظة مجموع قيمتي المعيب وهي اثنتا عشر، وملاحظة نسبة المجموع إلى المجموع، هو كون التفاوت بالثلث، ولازم ما أفاده الشهيد (رحمه الله) وهو الرجوع إلى البيئة في مقدار التفاوت والجمع بين البيئات فيه

وإن شهدت البيئتان بالقيمتين، فمقتضى الجمع بين حقي البائع والمشتري في مقام اعطاء الأرش وأخذه تعديل قيمتي كل من الصحيح والمعيب بالزيادة والنقصان بأخذ قيمة نسبته إلى المعيب دون نسبة القيمة الزائدة وفوق نسبة الناقصة فيؤخذ من الاثني عشر والعشرة من الثمانية والخمسة قيمتان للصحيح والمعيب نسبة إحداهما إلى الأخرى يزيد على السدس بما ينقص من ثلاثة أثمان فيؤخذ قيمتان يزيد صحيحهما على المعيب بسدس ونصف سدس وثمان سدس.

ومن هنا يمكن ارجاع كلام الأكثر إلى الطريق الثاني بأن يريدوا من أوسط القيم المتعددة للصحيح والمعيب القيمة المتوسطة بين القيم لكل منها من حيث نسبتها إلى قيمة الآخر، فيكون مرادهم من أخذ قيمتين للصحيح والمعيب قيمة متوسطة من حيث نسبة إحداهما إلى الأخرى بين أقوال جميع البيئات المقومين للصحيح والفساد، وليس في كلام الأكثر أنه يجمع قيم الصحيح وينزع منها قيمة، وكذلك قيم المعيب ثم تنسب إحدى القيمتين المنتزعين إلى الأخرى.

هو كون التفاوت بنصف الخمسين الذين هما ما به التفاوت لإحداهما، وهي ما تعين قيمة الصحيح عشرة، ونصف الربع الذي هو ما به التفاوت للأخرى، وهي ما تعين قيمته ثمانية، فيؤخذ من الثمن خمس وثمان، وهذا أقل من الثلث، فلو كان الثمن اثني عشر لازم ما أفاده المشهور الأخذ من الثمن أربعة، ولازم ما أفاده الشهيد (رحمه الله) الأخذ منه ثلاثة ونصف. فتدبر.

وأما في الصورة الثالثة: فيظهر الحال فيها مما تقدم، وهو عدم المطابقة دائما. وأما الرابع فالأظهر أنه بناء على الالتزام بالجمع يتعين اختيار طريقة الشهيد (رحمه الله)، إذ مدرك الجمع إما لزوم الجمع بين الحقين، أو لزوم العمل بالبيئتين، وعلى التقديرين يتعين ما ذهب إليه الشهيد (رحمه الله).

أما على الأول: فلأن الحق يدور أمره بين كل من التفاوتين: أي الربع والنصف مثلا، فلا وجه لملاحظة قيمتي الصحيح والمعيب وانتزاع قيمة متوسطة، ثم ملاحظة كسر

قال في المقنعة: فإن اختلف أهل الخبرة عمل على أوسط القيم ونحوه في النهاية. وفي الشرائع حمل على الأوسط وبالجملة، فكل من عبر بالأوسط يحتمل أن يريد الوسط من حيث النسبة لا من حيث العدد، هذا مع أن المستند في الجميع هو ما ذكرنا من وجوب العمل بكل من البيئتين في قيمة نصف المبيع. نعم لو لم يكن بينة أصلا لكن علمنا من الخارج أن قيمة الصحيح أما هذا وأما ذلك، وكذلك قيمة المعيب ولم نقل حينئذ بالقرعة والأصل، فاللازم الاستناد في التنصيف إلى الجمع بين الحقين على هذا الوجه.

وقد عرفت أن الجمع بتعديل التفاوت لأنه الحق دون خصوص القيمتين المحتملتين والله العالم.

القول في الشروط التي يقع عليها العقد { ١ } وشروط صحتها وما يترتب على صحيحها وفاسدها

تلك القيمة.

وأما على الثاني: فلأن الرجوع إلى البيئتين إنما هو لتعيين ما به التفاوت، وإنما التعارض بينهما في ذلك وهو مورد الأثر، فلا بد من الجمع بينهما في ذلك، ولا فرق في ذلك

بين كون البيئة قائمة ابتداء على ما به التفاوت من دون تعرض لقيمتي الصحيح والمعيب، أو كونها قائمة على القيمتين، ويكون ما به التفاوت مدلولها الالتزامي.

القول في الشروط

{ ١ } فصل: في الشروط المذكورة في متن العقد، والتي بناء العقد عليها.

لا إشكال في أن عقد البيع قابل للشروط وإن لم يقبل التعليق، وستعرف الفرق بينهما،

وكيف كان فالشرط جائز إجماعا كما عن التذكرة والقواعد وغيرهما، وعن الغنية نفي الخلاف فيه بين المسلمين، والنصوص (١) المتواترة شاهدة به، نذكر في المقام جملة منها تيمنا.

لاحظ النبوي: الشرط جائز بين المسلمين. (٢)

(١) الوسائل - باب ٦ - من أبواب الخيار، وباب ١٥ من أبواب بيع الحيوان، وباب ٤ من أبواب المكاتب وغيرها.

(٢) الخلاف ج ٢ ص ٨.

وصحيح عبد الله بن سنان عن الإمام الصادق عليه السلام: من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله فلا يجوز له، ولا يجوز على الذي اشترط عليه، والمسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله عز وجل (١)
وصحيحه الآخر عنه (عليه السلام): المسلمون عند شروطهم إلا كل شرط خالف كتاب الله عز وجل فلا يجوز (٢).
وخبر إسحاق عن جعفر عن أبيه عليهما السلام أن علي بن أبي طالب عليه السلام كأن يقول: من شرط لامرأته شرطا فليف لها فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما (٣).
وصحيح الحلبي عن الإمام الصادق عليه السلام عن الشرط في الإمام لا تباع ولا تورث ولا توهب، فقال عليه السلام: يجوز ذلك غير الميراث فإنها تورث، وكل شرط خالف كتاب الله فهو رد (٤).
ومرسل جميل عن أحدهما عليهما السلام في رجل اشترى جارية وشرط لأهلها أن لا يبيع ولا يهب قال (عليه السلام) يفي بذلك إذا شرط لهم (٥) إلى غير ذلك من النصوص الكثيرة، وسيمر عليك الاستدلال بالكتاب أيضا له.
حقيقة الشرط وتنقيح القول فيها بالبحث في مقامات:

-
- (١) الوسائل - باب ٦ - من أبواب الخيار حديث ١.
 - (٢) نفس المصدر حديث ٢.
 - (٣) نفس المصدر حديث ٥.
 - (٤) الوسائل باب ١٥ من أبواب بيع الحيوان حديث ١.
 - (٥) نفس المصدر حديث ٢.

الشرط يطلق في العرف على معنيين { ١ } أحدهما المعنى الحدتي وهو بهذا المعنى مصدر شرط فهو شارط للأمر الفلاني وذلك الأمر مشروط وفلان مشروط له أو عليه.

أي النزاع في معنى الشرط وحقيقته - في الشروط الابتدائية، فإنه لو شملها الشرط بما له من المعنى كانت لازم الوفاء: لاطلاق الدليل، وإلا فلا. لا يقال: إنه لا يجب الوفاء بها اجماعا وإن صدق عليها الشرط فلا فائدة في هذا النزاع.

فإنه يرد: بأن هذا الاجماع بما أنه ليس تعبديا، ولعل مدرك المجمعين عدم صدق الشرط عليها، فلا يصلح لتقييد اطلاق الدليل.

وقد ذكر وا في مقام بيان معنى الشرط عرفا ولغة أموراً، وهي: الالتزام والالتزام إما في البيع ونحوه كما عن القاموس، أو مطلقاً وإليه يرجع ما في حاشية السيد من أنه جعل الزامي أي الجعل المستلزم للالتزام، والعهدة، والعلامة، ومطلق الربط، والتعليق.

{ ١ } والمصنف (رحمه الله) ذهب إلى أن له معنيين عرفين: أحدهما: الالتزام والالتزام، 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 إنما يكون في ذلك المعنى.

توضيح ذلك: أن الشرط - بالتحريك - بمعنى العلامة، والدون والرذل، والشريف، وجمعه أشراط، ومن ذلك أشراط الساعة أي علاماتها، وأشراط الغنم أي رذالها، وأشراط الناس أي أشرفهم.

وأما الشرط - بالسكون - وجمعه شروط فهو بحسب المتفاهم العرفي ليس مطلق الالتزام، ولذا يصدق على ايجاب عمل على شخص، ولا على مطلق الجعل والاثبات، بل المنساق إلى الذهن منه هو تقييد أمر بآخر إما واقعا أو بجعل جاعل.

وفي القاموس أنه إلزام الشيء والتزامه في البيع وغيره، {١} وظاهره كون استعماله في الالتزام الابتدائي مجازاً أو غير صحيح، لكن لا اشكال في صحته لوقوعه في الأخبار كثيراً مثل قوله (صلى الله عليه وآله) في حكاية بيع بريرة {٢} إن قضاء الله أحق وشرطه أوثق والولاء لمن أعتق

{١} وما في القاموس وغيره من مصاديق هذا المعنى العام، كما أن إطلاقه في السنة النحاة على الجملة الواقعة عقيب أداة الشرط - إنما يكون من هذا الباب، فإن المقدم أما أن يكون شرطاً واقعياً أو جعلياً للجزاء كما أن إطلاقه في السنة أهل المعقول على جزء من أجزاء العلة من هذا الباب. وبالجملة للشرط معنى واحد، وإطلاقه في جميع الموارد من ذلك الباب، وهو: تقييد أمر بآخر. غاية الأمر أن هذا التقييد والربط قد يكون تكوينياً كربط احراق النار بالمحاذاة. وقد يكون مجعولاً بجعل تشريعي كجعل الطهارة شرطاً للصلاة، وقد يكون مجعولاً بجعل المتعاملين وليس له معنى آخر. وبذلك ظهر أن الشرط بهذا المعنى لا يصدق على الشروط الابتدائية، وهو واضح. وقد استند المصنف (رحمه الله) في شموله لها إلى إطلاقه عليها في موارد: {٢} منها: قوله صلى الله عليه وآله وسلم في حكاية بيع بريرة: إن قضاء الله أحق وشرطه أوثق والولاء لمن أعتق (١)، فإنه أطلق الشرط على ما جعله الله تعالى ابتداءً من أن الولاء للمعتق خاصة. وفيه: أولاً: أن إطلاق الشرط عليه إنما هو من جهة أن الولاء مقيد بحسب

(١) ليس في النصوص المروية من طرقنا إلا قوله (صلى الله عليه وآله): الولاء لمن أعتق راجع الوسائل باب ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء، وباب ٧٣ من أبواب كتاب العتق، وغيرها من كتب الحديث، نعم من طرق العامة ما تضمن الجملة بتمامها، وعن دعائم الإسلام عن علي (عليه السلام) عنه (صلى الله عليه وآله): الولاء لمن أعتق وشرط الله أكد.

وقول أمير المؤمنين (عليه السلام) في الرد على مشروط عدم التزوج بامرأة أخرى في النكاح إن شرط الله قبل شرطكم. { ١ }
وقوله ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثة أيام للمشتري، { ٢ } قلت: وفي غيره قال هما بالخيار حتى يفترقا.
وقد أطلق على النذر أو العهد أو الوعد في بعض أخبار الشرط في النكاح { ٣ }

الجعل الإلهي بالعتق.

وثانيا: أنه يمكن أن يكون الاستعمال مجازيا للمشاكلة، نظير قوله تعالى: (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه) (١) مع أن المجازاة ليست من الاعتداء.
{ ١ } ومنها: قول أمير المؤمنين (عليه السلام) في الرد على مشروط عدم التزوج بامرأة 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: أن الاطلاق فيه إنما هو باعتبار ارتباط العقد بالخيار، غاية الأمر الخيار مجعول من الشارع للمتعاقدين.
{ ٣ } ومنها: أنه أطلق على النذر أو العهد أو الوعد في بعض أخبار النكاح، والظاهر أن نظره إلى خبر منصور بن يونس بزرج عن العبد الصالح (عليه السلام) قال: قلت له: إن رجلا من مواليك تزوج امرأة ثم طلقها فبانت منه، فأراد أن يراجعها فأبت عليه إلا أن يجعل لله عليه أن لا يطلقها ولا يتزوج عليها فأعطاهما ذلك ثم بدا له في التزويج بعد ذلك، فكيف يصنع؟ فقال (عليه السلام): بئس ما صنع وما كان يدرية ما يقع في قلبه بالليل والنهار، قل
له: فليف للمرأة بشرطها، فإن رسول الله (صلى الله عليه وآله) قال: المؤمنون عن شروطهم، (٤)
فإنه لا شرط إلا ما جعله لله عليه وهو إما نذر أو عهد

(١) البقرة: ١٩١.

(٢) الوسائل - باب ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٦ كتاب النكاح.

(٣) الوسائل - باب ٣ - من أبواب الخيار حديث ٥.

(٤) الوسائل - باب ٢٠ من أبواب المهور حديث - ٤ كتاب النكاح.

وقد اعترف في الحدائق بأن اطلاق الشرط على البيع كثير في الأخبار. { ١ }
وأما دعوى كونه مجازاً، فيدفعها مضافاً إلى أولوية الاشتراك المعنوي وإلى أن
المتبادر من قوله شرط على نفسه كذا ليس إلا مجرد الالتزام استدلال الإمام (عليه السلام)
بالنبوي: المؤمنون عند شروطهم فيما تقدم من الخبر الذي أطلق فيه الشرط على
النذر أو العهد ومع ذلك فلا حجة فيما في القاموس مع تفرد به. ولعله لم يلفت إلى
الاستعمالات التي ذكرناها وإلا لذكرها ولو بعنوان يشعر بمجازيتها.
ثم قد يتجاوز في لفظ الشرط بهذا فيطلق على نفس المشروط كالخلق بمعنى
المخلوق فيراد به ما يلزمه الإنسان على نفسه.
الثاني: ما يلزم من عدمه العدم، من دون ملاحظة أنه يلزم من وجوده
الوجود أولاً

لا إلى خبر ابن سنان المروي (١) في الحاشية، فإنه ليس فيه ما يتوهم كونه نذراً أو
عهداً، ولا يكون مديلاً بقول رسول الله (صلى الله عليه وآله): المؤمنون عند شروطهم.
وفيه: أن إطلاق الشرط ليس باعتبار أنه نذر أو عهد، بل باعتبار إناطة الترويج
عليها بذلك الالتزام المؤكد.

{ ١ } ومنها: اطلاق الشرط على البيع في كثير من الأخبار
وفيه: أنه لم يستعمل الشرط في البيع في شيء من الأخبار، فإن الأخبار التي ادعى
صاحب الحدائق إطلاق الشرط فيها على البيع إنما أطلق فيها ذلك باعتبار أنه 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 أبواب المهور حديث ٦ كتاب النكاح.

(٢) الوسائل - باب ٩ - من أبواب السلف حديث ١.

وهو بهذا المعنى اسم جامد لا مصدر، فليس فعلا ولا حدثا { ١ } واشتقاق
المشروط منه ليس على الأصل كالشارط، ولذا ليسا بمتضايين في الفعل
والانفعال، { ٢ } بل الشارط هو الجاعل والمشروط هو ما جعل له الشرط كالمسبب
بالكسر والفتح المشتقين من السبب، فعلم من ذلك أن الشرط في المعنيين نظير
الأمر بمعنى الشيء وأما استعماله في السنة النحاة على الجملة الواقعة عقيب أدوات
الشرط فهو اصطلاح خاص مأخوذ من إفادة تلك الجملة لكون مضمونها شرطا
بالمعنى الثاني، كما أن استعماله في السنة أهل المعقول والأصول، فيما يلزم من عدمه
العدم، ولا يلزم من وجوده الوجود، مأخوذ من ذلك المعنى. إلا أنه أضيف إليه ما
ذكر في اصطلاحهم مقابلا للسبب، فقد تلخص مما ذكرنا أن للشرط معنيين عرفيين
وآخرين اصطلاحيين { ٣ } لا يحمل عليهما الاطلاقات العرفية بل هي مرددة بين
الأوليين، فإن قامت قرينة على إرادة المصدر الأول أو على إرادة الجامد تعين الثاني
وإلا حصل الاجمال.

قال المصنف (رحمه الله) بعد ما ذكر المعنى الثاني للشرط وهو ما يلزم من عدمه العدم من
دون ملاحظة أنه يلزم من وجوده الوجود أولا:

{ ١ } وهو بهذا المعنى اسم جامد لا مصدر فليس فعلا ولا حدثا
وفيه: أن ضابط كون المعنى اشتقاقيا: كون المبدأ صالحا وقابلا للقيام بشيء بأحد
أنحاء القيام، وعنوان ما يلزم من عدمه العدم وإن لم يكن صالحا لذلك إلا أن المبدأ فيه
وهو

استلزام شيء لشيء صالح لذلك، وهذا يكفي في كونه اشتقاقيا.

{ ٢ } وما ذكره من عدم التضائف في الفعل والانفعال بينه وبين المشروط
يرد عليه: أن المشروط مضائف للشرط بالمعنى الوصفي، ولا يعتبر في التضائف أن
يكون مضائف ما هو على هيئة المفعول هو هيئة الفاعل، مع أن المشروط بمعنى المشروط
فيه لا يكون مضائفا للشارط، وهو بما له من المعنى وهو نفس المشروط مضائف له،
{ ٣ } قوله فقد تلخص مما ذكرنا أن للشرط معنيين عرفيين وآخرين اصطلاحيين
قد عرقت أن له معنى واحدا، في العرف، واللغة، والاصطلاح

وظهر أيضا أن المراد بالشرط في قولهم صلوات الله عليهم المؤمنون عند شروطهم هو الشرط باعتبار كونه مصدرا. أما مستعملا في معناه أعني إلزاما على أنفسهم وأما مستعملا بمعنى

ملتزماتهم. وأما بمعنى جعل الشيء شرطا بالمعنى الثاني بمعنى التزام عدم شيء عند عدم آخر، وسيجئ الكلام في ذلك. وأما الشرط في قوله ما الشرط في الحيوان قال: ثلاثة أيام للمشتري قلت: وما الشرط في غيره؟ قال: البيعان بالخيار حتى يفترقا. وقوله الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري اشترط أو لم يشترط، فيحتمل أن يراد به ما قرره الشارع وألزمه على المتبايعين أو أحدهما من التسلط على الفسخ فيكون مصدرا بمعنى المفعول، فيكون المراد به نفس الخيار المحدود من الشارع، ويحتمل أن يراد به الحكم الشرعي المقرر وهو ثبوت الخيار وعلى كل تقدير ففي الأخبار عنه بقوله ثلاثة أيام مسامحة، نعم في بعض الأخبار في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام ولا يخفى توقفه على التوجيه { ١ }

الكلام في شروط صحة الشرط وهي أمور قد وقع الكلام أو الخلاف فيها أحدها أن يكون داخلا تحت قدرة المكلف، { ٢ } فيخرج ما لا يقدر العاقد على تسليمه إلى صاحبه سواء كان صفة لا يقدر على العاقد على تسليم العين موصوفا بها

{ ١ } قوله ولا يخفى توقفه على التوجيه والوجه فيه أنه ليس في الحيوان شرط ثلاثة أيام بل شرط خيار ثلاثة أيام فحذف المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه ولكن قد مر أن المراد بالشرط هو الخيار فلا حاجة إلى التقدير وعليه فما في الحاشية من أن في العبارة سقطا فإن المناسب أن يقول لا يخفى عدم توقفه على التوجيه متين.

اعتبار دخول الشرط تحت القدرة الكلام في شروط صحة الشرط، وهي أمور { ٢ } أحدها أن يكون داخلا تحت قدرة المكلف فيخرج ما ليس بمقدور كصيرورة الزرع سنبلًا. كذا طفحت كلماتهم به ولكن بما أن القدرة وعدمها اللتين هما من قبيل العدم والملكة تختصان بالأفعال،

مثل صيرورة الزرع سنبلًا وكون الأمة والدابة تحمل في المستقبل أو تلد كذا، أو كان عملاً كجعل الزرع سنبلًا والبسر تمراً كما مثل به في القواعد. لكن الظاهر أن المراد به جعل الله الزرع والبسر سنبلًا وتمراً { 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 واستيلائه، فيعم الأوصاف، فإنه يسقط على الوصف بسلطنته على العين. وكيف كان فتنقيح القول في المقام بالبحث في موارد: الأول: فيما إذا كان الشرط فعلاً. الثاني: ما إذا كان وصفاً.

الثالث: ما إذا كان من شروط النتيجة. أما الأول فلا كلام فيما إذا 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 أن المراد به جعل الله الزرع والبسر سنبلًا وتمراً قد تكرر في كلماتهم المثل للشرط غير المقدور بذلك والمراد من جعل الزرع سنبلًا إما جعل الله تعالى كما صرح به الشهيد. أو جعل المشروط عليه كما هو صريح جامع المقاصد وظاهر الشرايع. أو جعل الأعم من الله ومن المشروط عليه كما صرح به صاحب الجواهر وعلى فرض كون الثاني مراداً ليس المراد به كون المشروط عليه مفيض الوجود أو كونه مجرى الفيض إذ لا يخطر شيء منهما ببال المتعاملين بل المراد اعداد المقدمات المؤدية إلى ذلك. وحيث إن بعضها خارج عن تحت قدرته فهو شرط غير مقدور.

لا عن اشتراط حدوث فعل محال من المشروط عليه، لأن الالتزام والالتزام
بمباشرة فعل ممتنع عقلا أو عادة مما لا يرتكبه العقلاء، { ١ } والاحتراز عن مثل الجمع
بين الضدين أو الطيران في الهواء مما لا يرتكبه العقلاء، والاتيان بالقييد المخرج لذلك
والحكم عليه بعدم الجواز والصحة بعيد عن شأن الفقهاء.
لذا لم يتعرضوا لمثل ذلك في باب الإجارة والجعالة، مع أن اشتراط كون الفعل
سائغا يغني عن اشتراط القدرة. { ٢ }

نعم اشتراط تحقق فعل الغير الخارج عن اختيار المتعاقدين المحتمل وقوعه في
المستقبل وارتباط العقد به بحيث يكون التراضي منوطا به وواقعا عليه أمر صحيح
عند العقلاء مطلوب لهم بل أولى بالاشتراط من الوصف الخالي الغير المعلوم تحققه،
ككون العبد كاتباً والحيوان حاملاً، والغرض الاحتراز عن ذلك.

ويدل على ما ذكرنا تعبير أكثرهم ببلوغ الزرع والبسر سنبلاً وتامراً أو
لصيورتهما كذلك، وتمثيلهم لغير المقدور بانعقاد الثمرة وابتاعها وحمل الدابة فيما بعد
ووضع الحامل في وقت كذا وغير ذلك.

{ ١ } وما أفاده المصنف (رحمه الله): من أن الالتزام والالتزام بمباشرة فعل ممتنع عقلا أو
عادة مما لا يرتكبه العقلاء، والاتيان بالقييد المخرج لذلك والحكم عليه بعدم الجواز بعيد
عن
شأن الفقهاء

يرد عليه: أن الشرط حقيقته ربط العقد بشئ كما اعترف به، فكما أن العقلاء
يربطون عقودهم بفعل الغير على ما صرح به كذلك يربطونها بالمحال.
وبالجملة لا كلام في عدم لزوم الوفاء بالشرط المحال، إنما الكلام في أنه هل يصح
ربط العقد به أم لا بحيث يثبت للمشروط له الخيار مع عدم تحققه؟
والأظهر جواز ذلك.

{ ٢ } قوله مع أن اشتراط كون الفعل سائغا يغني عن اشتراط القدرة
يتم ذلك إذا كان المراد به السائغ الشرعي - وأما إذا كان المراد أعم منه ومما يسوغ
عقلا فلا يتم فإن المحال أيضا سائغ عقلا ولم يرد فيه منع شرعي.

وقال في القواعد يجوز اشتراط ما يدخل تحت القدرة من منافع البائع دون غيره كجعل الزرع سنبلًا، والبسر تمرًا، قال الشهيد (رحمه الله) في محكي حواشيه على القواعد أن المراد جعل الله الزرع سنبلًا والبسر تمرًا، لأننا إنما نفرض فيما يجوز أن يتوهمه عاقل لامتناع ذلك من غير الإله جلت عظمته، انتهى.

لكن قال في الشرائع ولا يجوز اشتراط ما لا يدخل في مقدوره، كبيع الزرع على أن يجعله سنبلًا والرطب على أن يجعله تمرًا، انتهى. ونحوها عبارة التذكرة لكن لا بد من ارجاعها إلى ما ذكر، إذ لا يتصور القصد من العاقل إلى الإلزام بهذا الممتنع العقلي، اللهم إلا أن يراد أعمال مقدمات الجعل على وجه توصل إليه مع التزام الإيصال، فأسند الجعل إلى نفسه بهذا الاعتبار، فافهم. { ١ }

وكيف كان فالوجه في اشتراط الشرط المذكور مضافًا إلى عدم الخلاف فيه { ٢ } عدم القدرة على تسليمه { ٣ } بل ولا على تسليم المبيع إذا أخذ متصفاً به، لأن تحقق مثل هذا الشرط بضرب من الاتفاق

{ ١ } قوله فافهم

الظاهر أنه إشارة إلى أنه إن أريد بأعمال المقدمات أعمالها بقيد الإيصال كان من الممتنع العقلي فهو كـ على ما فر - وإن أريد به أعمالها بالمقدار المقدور لم يكن من شرط غير المقدور.

وقد استدل لعدم الجواز واعتبار كون الشرط مقدورا بوجوه:

{ ٢ } أحدها: الإجماع

وفيه أولاً: أن المخالف موجود وهو الشيخ والقاضي وغيرهما.

وثانياً: أنه لمعلومية مدرك المجمعين ولا أقل من احتمال استنادهم إلى بعض ما سيأتي - لا يعتمد عليه.

{ ٣ } ثانيها: ما عن العلامة (رحمه الله) وهو أن الشارط لا يقدر على التسليم أي تسليم

متعلق الشرط، بل البيع إذا قيد به، والقدرة على التسليم معتبرة.

وفيه: أن 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 نفى الخلاف في الغنية عن بطلان العقد باشتراط هذا الشرط استنادا 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، فيرده: أن الشرط التزام في الالتزام لا أنه من قيود المبيع، ويكون التزام واحد متعلقا بالمبيع والشرط وإن ادعى لزوم الغرر في الشرط، فيرده أولا: النقص بما إذا كان الشرط فعل المشتري عليه مع كونه اختياريا إذا لم يوثق بحصوله. وثانيا: 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: أولا أن مجرد ذلك لا يوجب البطلان، فإن الباطل معاملة السفه لا المعاملة السفهية. وثانيا: أنه مع ربط العقد به وتعليق اللزوم عليه لا يلزم اللغوية والسفاهة. خامسها: ما أفاده المحقق النائيني (رحمه الله) وهو أن الشرط أعد لنقل ما يصح نقله بسائر العقود وما لا يصح نقله بها، فلا بد وأن يكون مملوكا 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 وصفا، فإن كان واثقا بوجوده كان الوصف حاليا استقباليا صح بلا تأمل، فإنه لا غرر ولا محذور آخر،

ولا ينقض ما ذكرنا بما لو اشترط وصفا حاليا لا يعلم تحققه في المبيع
كاشترط كونه كاتباً بالفعل أو حاملاً، للفرق بينهما بعد الاجماع بأن التزام وجود
الصفة في الحال بناء على وجود الوصف الحالي، { ١ } ولو لم يعلم به، فاشترط كتابة
العبد المعين الخارجي بمنزلة توصيفه به، أو 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 اشترط أن يكون الأمة تحمل في المستقبل، لأنه غرر
عرفا خلافاً للمحكي عن الشيخ والقاضي فحكما بلزوم العقد مع تحقق الحمل،
وبجواز الفسخ إذا لم يتحقق، وظاهرهما كما استفاده في الدروس تزلزل العقد
باشترط مجهول التحقق، فيتحقق الخلاف في مسألة اعتبار القدرة في صحة الشرط

{ ١ } وإلا فقد فصل المصنف (رحمه الله): بين الحالي والاستقبالي وحكم ببطان الثاني
للزوم الغرر دون الأول، للاجماع، 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 إلى 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
وغررياً فيبطل لذلك لولا الاجماع على الصحة على ما ادعاه المصنف (قدس سره).

ويمكن توجيه كلام الشيخ بارجاع اشتراط الحمل في المستقبل إلى اشتراط صفة حالية موجبة للحمل، فعدمه كاشف عن فقدها. وهذا الشرط وإن كان للتأمل في صحته مجال { ١ } إلا أن إرادة هذا المعنى تخرج اعتبار كون الشرط مما يدخل تحت القدرة عن الخلاف.

ثم إن عدم القدرة على الشرط تارة لعدم مدخليته فيه أصلا، كاشتراط أن الحامل تضع في شهر كذا، { ٢ } وأخرى لعدم استقلاله فيه، كاشتراط بيع المبيع من زيد، فإن المقدور هو الايجاب فقط لا العقد المركب، فإن أراد اشتراط المركب، فالظاهر دخوله في اشتراط غير المقدور إلا أن العلامة قدس سره في التذكرة بعد جزمه بصحة اشتراط بيعه على زيد قال لو اشترط بيعه على زيد، فامتنع زيد من شرائه احتمال ثبوت الخيار بين الفسخ والامضاء والعدم إذ تقديره بعه على زيد إن اشتراه، انتهى.

ولا أعرف وجهها للاحتمال الأول إذ على تقدير إرادة اشتراط الايجاب فقط قد حصل الشرط وعلى تقدير إرادة اشتراط المجموع المركب ينبغي البطلان، إلا أن يحمل على صورة الوثوق بالاشتراء، فاشتراط النتيجة بناء على حصولها بمجرد الايجاب فاتفق امتناعه من الشراء بمنزلة تعذر الشرط، وعليه يحمل قوله في التذكرة ولو اشترط على البائع إقامة كفيل على العهدة، فلم يوجد أو امتنع المعين ثبت للمشتري الخيار، انتهى.

{ ١ } قوله وإن كان للتأمل في صحته مجال
لعل وجهه أن ذلك من الشروط التي لا منفعة معتد بها فيها وعدم ذلك من شروط صحة الشرط كما سيأتي فانتظر.

{ ٢ } وأما المورد الثالث وهو ما إذا كان الشرط من شروط النتيجة فإن كان مما يكفي في تحققه كل سبب ولو كان هو الشرط. لا كلام في صحته، وإن كان مما يتوقف على سبب خاص، فإن كان الشرط تحققه عن سببه لا كلام في صحته أيضا إذا كان سببه مقدورا، وإن كان تحققه من دون السبب بطل، لكونه خلاف الكتاب والسنة، وبذلك يظهر ما في كلام المصنف.

ومن أفراد غير المقدور ما لو شرط حصول غاية متوقفة شرعا على سبب خاص، { ١ } بحيث يعلم من الشرع عدم حصولها بنفس الاشرط كاشترط كون امرأة مزوجة أو الزوجة مطلقة من غير أن يراد من ذلك ايجاد الأسباب. أما لو أراد ايجاد الأسباب أو كان الشرط مما يكفي في تحققة نفس الاشرط فلا اشكال، ولو شك في حصوله بنفس الاشرط كملكية عين خاصة، فسيأتي الكلام فيه في حكم الشرط.

الثاني: أن يكون الشرط سائغا في نفسه، { ٢ } فلا يجوز اشترط جعل العنب خمرا ونحوه من المحرمات، لعدم نفوذ الالتزام بالمحرم. { ٣ } ويدل عليه ما سيحى من قوله: المؤمنون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا، فإن الشرط إذا كان محرما كان اشترطه والالتزام به إحلالا للحرام، وهذا واضح لا اشكال فيه.

{ ١ } قوله ومن أفراد غير المقدور ما لو شرط حصول غاية... سبب خاص قد عرفت أن شرط حصول الغاية ما بين ما هو مقدور وما لا يصح لكونه مخالفا للكتاب والسنة لا لكونه غير مقدور.

اعتبار كون الشرط سائغا

{ ٢ } قوله الثاني أن يكون الشرط سائغا في نفسه

في الحاشية لا يخفى أن هذا الشرط راجع إلى الشرط الرابع فلا وجه لعدده مستقلا الظاهر أن وجه عده مستقلا ما أفاده (رحمه الله) بقوله

{ ٣ } لعدم نفوذ الالتزام بالمحرم

فإنه يؤول إلى اجتماع الوجوب والحرمة في شئ واحد وإن لم يكن دليل على اعتبار عدم المخالفة للكتاب

وإن شئت قلت إنه يقع التعارض بين دليل وجوب الوفاء بالشرط مع دليل ذلك الحرام فيتساقطان فلا دليل على نفوذ هذا الشرط.

الثالث: أن يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء نوعاً، أو بالنظر إلى خصوص المشروط له، { ١ } ومثل له في الدروس باشتراط جهل العبد بالعبادات. وقد صرح جماعة بأن اشتراط الكيل أو الوزن بمكيال معين، أو ميزان معين، من أفراد المتعارف لغو. سواء في السلم وغيره، وفي التذكرة لو شرط ما لا غرض للعقلاء فيه، ولا يزيد به المالية، فإنه لغو لا يوجب الخيار، والوجه في ذلك أن مثل ذلك لا يعد حقاً للمشروط له، حتى يتضرر بتعذره، { ٢ } فيثبت له الخيار

اعتبار أن يكون فيه غرض عقلائي
{ ١ } الثالث: أن يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء
وقد استدلل لاعتبار هذا الأمر بوجوه:
{ ٢ } الأول: ما في المتن وتبعه غيره، وهو: إن شرط ما لا غرض للعقلاء فيه ولا يزيد به المالية لا يعد حقاً للمشروط له على المشروط عليه حتى يتضرر بتعذره. وبعبارة أخرى: أن الحق من الاعتبارات العقلائية كالملكية، واعتبار استحقاق ما لا غرض عقلائي فيه من العقلاء خلف، وحيث لا حق عند العقلاء فلا موقع لوجوب الوفاء، كما لا موقع للخيار عند تخلفه.
وفيه: إن كون شئ حقاً لشخص آخر لا يتوقف على الغرض العقلائي بعد عموم دليل الشرط له.
وبعبارة أخرى: أن مدرك نفوذ الشرط وثبوت الخيار عند تخلفه أن كان هو بناء العقلاء بضميمة عدم ردع الشارع عنه، أو كان حديث لا ضرر (١) تم ما ذكر، وإلا فلا يتم، إذ عموم المسلمون عند شروطهم (٢) يشمل كل شرط جعله العاقل على نفسه، ولا مخصص لعمومه

(١) الوسائل - باب ١٧ - من أبواب الخيار حديث ٣ - ٤ - ٥.

(٢) الوسائل - باب ٦ - من أبواب الخيار.

أو يعتني به الشارع، فيوجب الوفاء به { ١ } ويكون تركه ظلما، 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 أن لا يأكل إلا الهريسة، ولا يلبس إلا الخبز ولو اشترط كون العبد كافرا ففي صحته أو لغويته قولان للشيخ والحلي من تعلق الغرض المعتد به، لجواز بيعه على المسلم والكافر، ولاستغراق أوقاته بالخدمة ومن أن الاسلام يعلو ولا يعلى عليه، والأغراض الدنيوية لا تعارض الأخروية وجزم بذلك في الدروس وبما قبله العلامة (قدس سره).

وعدم التضمر بتعذره لا يمنع من ذلك، كما أن عدم كونه موردا لاعتبار العقلاء، لعدم كونه حقا - لا يصلح للمانعية، مع أن عدم اعتبارهم ممنوع:
ثانيها: ما في حاشية المحقق الأصفهاني (رحمه الله) وهو انصراف دليل الشرط عما لا غرض عقلائي فيه.

وفيه أن الانصراف المقيد للاطلاق هو ما أوجب عدم صدق الموضوع بنظر العرف، وفي المقام يصدق الشرط على ذلك بلا كلام.

ثالثها: أن مقداراً من الثمن يقع بإزاء الشرط، فمع عدم كونه متعلقاً لغرض عقلائي يكون بذل المال بإزائه من قبيل الأكل بالباطل فلا يجوز.

وفيه: أن الثمن لا يقع شئ منه بإزاء الشرط.

{ ١ } رابعها: ما في المتن أيضا وهو أن الشارع لا يعتني بما لا غرض عقلائي فيه ليوجب الوفاء به.

وفيه: أن الشارع الأقدس بما أنه رئيس العقلاء لا يوجب الوفاء ابتداء 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

الرابع: أن لا يكون مخالفا للكتاب والسنة، { ١ } فلو اشترط رقية حر أو توريث أجنبي كان فاسدا، لأن مخالفة الكتاب والسنة لا يسوغهما شيء. نعم قد يقوم احتمال تخصيص عموم الكتاب والسنة بأدلة الوفاء، بل قد جوز بعض تخصيص عموم ما دل على عدم جواز الشرط المخالف للكتاب والسنة، لكنه مما لا يرتاب في ضعفه.

وتفصيل الكلام في هذا المقام وبيان معنى مخالفة الشرط للكتاب والسنة موقوف على ذكر الأخبار الواردة في هذا الشرط، ثم التعرض لمعناها، فنقول إن الأخبار في هذا المعنى مستفيضة بل متواترة معنى.

إن كان الشاك غير الشارط يبني على الصحة حملا لفعل المسلم عليه، وإن كان هو الشارط يحمل على الصحيح، لعموم المسلمون عند شروطهم، فإنه وإن كان المورد من موارد الشبهة المصداقية إلا أن المخصص على فرض وجوده بما أنه غير لفظي لا يمنع عن التمسك بالعموم فيه، اعتبار عدم مخالفة الشرط للكتاب والسنة { ١ } الرابع من الشروط: أن لا يكون مخالفا للكتاب والسنة وإلا كما لو اشترط توريث أجنبي فسد لأن اشتراط ما يخالف الكتاب والسنة اشتراط لما لا يسوغ لأن مخالفة الكتاب والسنة لا يسوغها شيء واعتبار هذا الشرط مما اتفق عليه النص والفتوى، والنصوص الدالة (١) عليه مستفيضة أو متواترة، لاحظ: ما تقدم. وسيأتي طرف منها. وإليك طرف منها في المتن.

(١) الوسائل - باب ٦ - من أبواب الخيار وباب ١٣ و ١٨ من أبواب مقدمات الطلاق، وباب ٢٢ من أبواب موانع الإرث، وباب ٢٠ و ٢٩ و ٣٨ من أبواب المهور، وباب ١٥ من أبواب بيع الحيوان إلى غير تلكم من الأبواب المتفرقة في الكتب، وفي كثير منها دلالة على لزوم الشرط.

ففي النبوي المروي صحيحا عن أبي عبد الله (عليه السلام): من اشترط شرطا سوى كتاب الله عز وجل، فلا يجوز ذلك له ولا عليه، والمذكور في كلام الشيخ والعلامة (رحمه الله)

المروي من طريق العامة قوله (صلى الله عليه وآله) في حكاية بريرة لما اشتراها عائشة وشرط

مواليها عليها ولاءها ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، فما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل، فهو باطل قضاء الله أحق وشرطه أوثق، والولاء لمن أعتق.

وفي المروي موثقا عن أمير المؤمنين (عليه السلام) من شرط لامرأته شرطا، فليف به لها. فإن المسلمين عند شروطهم، إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما. وفي صحيحة الحلبي: كل شرط خالف كتاب الله، فهو مردود.

وفي صحيحة ابن سنان: من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله عز وجل، فلا يجوز له ولا يجوز على الذي اشترط عليه والمسلمون عند شروطهم فيما [مما] وافق كتاب الله.

وفي صحيحته الأخرى: المؤمنون عند شروطهم إلا كل شرط خالف كتاب الله عز وجل فلا يجوز.

وفي رواية محمد بن قيس عن أبي جعفر (عليه السلام) فيمن تزوج امرأة وأصدقها واشترطت عليه أن بيدها الجماع والطلاق، قال: خالفت السنة ووليت حقا ليست أهلا له، ففضى أن عليه الصداق وبيده الجماع والطلاق، وذلك السنة وفي معناها مرسله ابن بكير عن أبي عبد الله (عليه السلام) ومرسله مروان بن مسلم إلا أن فيهما عدم جواز هذا النكاح.

وفي رواية إبراهيم بن محرز قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) رجل قال لامرأته أمرك بيدك فقال (عليه السلام): أنى يكون هذا وقد قال الله تعالى: (الرجال قوامون على النساء).

وعن تفسير العياشي عن ابن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام) قال قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في امرأة تزوجها رجل، وشرط عليها وعلى أهلها أن تزوج عليها،

أو هجرها، أو أتى عليها سرية، فهي طالق، فقال (عليه السلام) شرط الله قبل شرطكم، إن شاء

وفي بشرطه، وإن شاء أمسك امرأته وتزوج عليها وتسرى وهجرها إن أتت بسبب ذلك، قال الله تعالى: (فأنكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث)، وقال: (أحل لكم ما ملكت أيما نكح واللاتي تخافون نشوزهن) الآية،

ثم الظاهر أن المراد بكتاب الله هو ما كتب الله على عباده من أحكام الدين وإن بينه على لسان رسول (صلى الله عليه وآله) { ١ } فاشتراط ولاء المملوك لبائعه، إنما جعل في

النبوي مخالفا لكتاب الله بهذا المعنى، لكن ظاهر النبوي وإحدى صحيحتي ابن سنان

وتحقيق القول في المقام إنما هو بالبحث في جهات. الأولى: أن الموجود في أغلب النصوص مخالفة الكتاب، وفي بعضها مخالفة السنة، وفي المرسل المروي عن الغنية الجمع بينهما، والمراد من السنة معلوم، إنما الكلام في المراد من الكتاب، فقد ذهب المصنف (رحمه الله) وتبعه جمع إلى { ١ } إن الظاهر أن المراد به ما كتبه الله تعالى على عباده وإن بينه بلسان نبيه (صلى الله عليه وآله)

وبعبارة أخرى: أن المراد كتابه التشريعي في مقابل كتابه التكويني. وأورد عليه المحقق الإيرواني (رحمه الله): بأنه إن أراد بالظهور الظهور الابتدائي، فهو ممنوع.

وإن أراد به الظهور الثانوي بقرينة عد اشتراط ولاء المملوك لغير المعق مخالفا للكتاب، مع أنه لا آية في الكتاب تدل على ذلك، ففيه: أن الإمام (عليه السلام) لعله عرف موقع استفادة ذلك من كلام الله، فإنه الخبير بمواقع استفادة الأحكام من القرآن.

وفيه: أن مراده بحسب الظاهر هو الثاني، ويرد على ما أفاده: أن الخبر متضمن للتوبيخ على أنه مع كون الشرط مخالفا للكتاب كيف اشترطوها؟! ومن الواضح أن ما لا طريق لعامة الناس إليه لا يمكن أن يجعل ميزانا لشروطهم، ويوبخهم على ما خالفه، وعلى هذا فيكون المراد بالكتاب هو الكتاب التشريعي لا القرآن.

ويمكن أن يقال: إن المراد به هو القرآن، ولكن ما خالف السنة يكون مخالفا له بتقريب: أنه في القرآن أمر باتباع النبي (صلى الله عليه وآله) والمعصومين (عليهم السلام) فإذا عينوا وظيفة مخالفتها تكون مخالفة للكتاب

اشتراط موافقة كتاب الله في صحة الشرط، { ١ } وأن ما ليس فيه أو لا يوافقه، فهو باطل ولا يبعد أن يراد بالموافقة عدم المخالفة، نظرا إلى موافقة ما لم يخالف كتاب الله بالخصوص لعموماته المرخصة للتصرفات الغير المحرمة في النفس والمال، فحياطة ثوب البائع مثلا موافق للكتاب بهذا المعنى، { ٢ }

الثانية: أن المستفاد 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 (رحمه الله) النبوي من شرط لامرأته شرطا سوى كتاب الله عز وجل لم يجز ذلك عليه ولا له. (١) وصحيح ابن سنان عن الإمام الصادق (عليه السلام): والمسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله. (٢) وعليه وقع الكلام في أن المدار على المخالفة وعدمها أو على الموافقة وعدمها نظرا 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 المشترك مخالفا إلا وهو موافق له كما نبه عليه المصنف (رحمه الله) { ٢ } وعليه فالمراد بالموافق نفس الموافق لا غير المخالف على ما أفاده

(١) الوسائل - باب ١٣ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ٦ - من أبواب الخيار حديث ١.

ثم إن المتصنف بمخالفة الكتاب، { ١ } أما نفس المشروط والملتزم، ككون الأجنبي وارثا وعكسه، وكون الحر أو ولده رقا، وثبوت الولاء لغير المعتق ونحو ذلك، وأما أن يكون التزامه مثلا مجرد عدم التسري والتزوج على المرأة ليس مخالفا للكتاب، وإنما المخالف الالتزام به، فإنه مخالف لإباحة التسري والتزوج الثابتة بالكتاب.

وقد يقال إن التزام ترك المباح لا ينافي إباحته، فاشترط ترك التزوج والتسري لا ينافي الكتاب، فينحصر المراد في المعنى الأول. وفيه أن ما ذكر لا يوجب الانحصار، فإن التزام ترك المباح، وإن لم يخالف الكتاب المبيح له، إلا أن التزام فعل الحرام يخالف الكتاب المحرم له، فيكفي هذا مصداقا لهذا المعنى،

{ ١ } الثالثة: في أن المتصنف بالمخالفة هل هو الشرط نفسه وهو الالتزام أو الشرط بالمعنى المفعولي؟ والمصنف (رحمه الله) اختار أن المراد هو الجامع بينهما. والحق أن المراد به خصوص الالتزام، وذلك لوجوه: أحدها: ظهور الشرط في نفسه في ذلك. ثانيها: أن المخالفة إنما تكون بين المتجانسين ولا مناسبة بين الحكم الشرعي والملتزم به، فلا يتصف الملتزم به بكونه مخالفا للحكم وإن اتصف بكونه مخالفا له بخلاف الالتزام والالتزام، فإنهما من سنخ الأحكام، ويمكن فرض المخالفة بينهما وبين الحكم. ثالثها: أن في بعض النصوص أسند الوفاء إلى الشرط، (١) ومعلوم أنه يستند إلى نفس الالتزام، ولا يستند إلى الملتزم به، ولا يقال ف بخياطة الثوب بخلاف بالالتزام به. رابعها: أن في بعض النصوص حمل عنوان الباطل على الشرط (٢)، وبديهي أن

(١) الوسائل - باب ٦ - من أبواب الخيار حديث ٥.

(٢) نفس المصدر حديث ٣.

مع أن الرواية المتقدمة الدالة على كون اشتراط ترك التزوج والتسري مخالفا للكتاب، مستشهدا عليه بما دل من الكتاب على إباحتهما، كالصريحة في هذا المعنى، { ١ } وما سيحى من تأويل الرواية بعيد، مع أن قوله (عليه السلام) في رواية إسحاق

ابن عمار: المؤمنون عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما ظاهرا. بل صريح في فعل الشارط، { ٢ } فإنه الذي يرخص باشتراطه الحرام الشرعي ويمنع باشتراطه عن المباح الشرعي إذ المراد من التحريم والاحلال ما هو من فعل الشارط لا الشارع، وأصرح من ذلك كله المرسل المروي في الغنية: الشرط جائز بين المسلمين ما لم يمنع منه كتاب أو سنة.

الفعل لا يتصف به ولا يقال: أن خياطة الثوب باطلة بخلاف الالتزام. { ١ } خامسها: إنه في النبوي أسند الجواز إلى الشرط، والمراد به بقرينة تعديه ب (على) مضافا إلى ظهوره في نفسه - هو الجواز الوضعي، إذ الجواز التكليفي لا يتعدى ب (على) ولا يقال: إن شرب الماء مباح لفلان على فلان ولو كان الحكم ضررا عليه بخلاف الجواز الوضعي والنفوذ، ومعلوم أنه لا معنى لكون الملتزم به جائزا بهذا المعنى، بخلاف الالتزام.

{ ٢ } سادسها: النصوص المتضمنة لاستثناء الشرط المحرم والمحلل: (١) فإن المحرمية والمحللية وصفان للالتزام دون الملتزم به، فإن فعل الحرام ليس محللا للحرام، بل هو فعل الحرام، بخلاف التزام الشارط بفعله فإنه تحليل له، وهناك قرائن أخر. وبالجملة ظهور النصوص بملاحظة القرائن المشار إليها في أن المراد بالشرط هو الالتزام - مما لا ينبغي إنكاره.

فالمتحصل من هذه النصوص أن الالتزام إذا كان مخالفا للكتاب كالتزام بحرمة ما حلله الشارع. أو حلية ما حرمه، أو ثبوت الولاء لمن جعل الله تعالى الولاء لغيره، أو كون الأجنبي وارثا أو نحو ذلك لا يكون نافذا، وأما إذا لم يكن الالتزام مخالفا له وكان الملتزم به

مخالفا فهو غير مشمول لهذه النصوص.

(١) الوسائل - باب ٦ - من أبواب الخيار حديث ٥.

ثم إن المراد بحكم الكتاب والسنة، الذي يعتبر عدم مخالفة المشروط أو نفس الاشتراط له: { ١ } هو: ما ثبت على وجه لا يقبل تغييره بالشرط لأجل تغيير موضوعه بسبب الاشتراط.

توضيح ذلك: إن حكم الموضوع قد يثبت له من حيث نفسه { ٢ } ومجردا من ملاحظة عنوان آخر طار عليه، ولازم ذلك من عدم التنافي بين ثبوت هذا الحكم، وبين ثبوت حكم آخر له، إذا فرض عروض عنوان آخر لذلك الموضوع. ومثال ذلك أغلب المباحات والمستحبات والمكروهات بل جميعها، حيث إن تجويز الفعل والترك إنما هو من حيث ذات الفعل، فلا ينافي طرو عنوان يوجب المنع عن الفعل أو الترك، كأكل اللحم، فإن الشرع قد دل على إباحته في نفسه، بحيث لا ينافي عروض التحريم له إذا حلف على تركه، أو أمر الوالد بتركه أو عروض الوجوب له

نعم إذا كان الملتزم به فعل الحرام أو ترك الواجب يمكن أن يقال: إن الشارع الأقدس أمر بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ونهي عن الأمر بالمنكر والنهي عن المعروف، وعليه فالإلزام بما حرمه وبترك ما أوجبه بنفسه مخالف للكتاب، وهذا بخلاف الإلزام بفعل المباح أو تركه.

لا يقال: إنه في خبر العياشي عد من الشرط المخالف للكتاب: شرط ترك الزوج والتسري، مستشهدا له بما دل من الكتاب على إباحتهما. (١)

فإنه يقال: إنه لا بد من حمل الخبر على أن مورده شرط عدم ثبوت سلطنة الزوج على الزوج والتسري، وهذا خلاف الكتاب المثبت للسلطنة في المقامين.

{ ١ } الرابعة: في بيان المراد من الحكم الذي يعتبر عدم مخالفة الشرع معه المصنف (رحمه الله) لما التزم بشمول الشرط للملتزم به كغيره أشكال عليه الأمر في شرط فعل المباح الذي لا إشكال في نفوذه، مع أنه مخالف للكتاب بهذا المعنى وقد التجأ إلى تقسيم

الحكم إلى قسمين:

{ ٢ } أحدهما: ما يثبت للشئ مع قطع النظر عن عروض عنوان آخر لذلك الموضوع

(١) الوسائل - باب ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٦.

إذا صار مقدمة لواجب أو نذر فعله مع انعقاده. وقد يثبت له لا مع تجرده عن ملاحظة العنوانات الخارجة الطارئة عليه، { ١ } ولازم ذلك حصول التنافي بين ثبوت هذا الحكم وبين ثبوت حكم آخر له. وهذا نظير أغلب المحرمات والواجبات. فإن الحكم بالمنع عن الفعل أو الترك مطلق لا مقيد بحيثية تجرد الموضوع إلا عن بعض العنوانات كالضرر والخرج، فإذا فرض ورود حكم آخر من غير جهة الخرج والضرر فلا بد من وقوع التعارض بين دليلي الحكمين، فيعمل بالراجح بنفسه أو بالخارج إذا عرفت هذا فنقول: الشرط إذا ورد على ما كان من قبيل الأول لم يكن الالتزام بذلك مخالفاً للكتاب، إذ المفروض أنه لا تنافي بين حكم ذلك الشيء في الكتاب والسنة، وبين دليل الالتزام بالشرط ووجوب الوفاء به. وإذا ورد على ما كان من قبيل الثاني كان التزامه مخالفاً للكتاب والسنة. { ٢ }

مثال ذلك: المباحات والمستحبات والمكروهات، حيث إن تجويز الفعل والترك إنما هو من حيث ذات الفعل، فلا ينافي طرو عنوان كالشرط يوجب المنع عن الترك أو الفعل. { ١ } ثانيها: ما يثبت له لا مع تجرده عن ملاحظة العنوانات الطارئة كأغلب الواجبات والمحرمات.

{ ٢ } ثم أفاد أنه إذا ورد الشرط على ما كان من قبيل الأول لم يكن الالتزام بذلك مخالفاً للكتاب، وإذا ورد على ما كان من قبيل الثاني كان مخالفاً للكتاب، وهذا هو الفرق

بين شرط فعل الحرام أو ترك الواجب، وبين شرط فعل المباح أو تركه. وفيه: إن ما أفاده (رحمه الله) ثبوتاً أمر ممكن، ولكن في مقام الأثبات لا دليل عليه، بل الدليل على خلافه، فإن لسان دليل الحرام متحد مع لسان دليل المباح والمكروه، فإن كان للأول إطلاق كان للثاني أيضاً وإلا فلا، ولكن على ما حققناه تنحل هذه العويصة بلا حاجة إلى هذه التكاليف.

توضيحه: أن المشروط إما أن يكون من الأحكام الخمسة أو من الاعتباريات

ولكن ظاهر مورد بعض الأخبار المتقدمة من قبيل الأول، { ١ } كترك التزوج وترك التسري، فإنهما مباحان من حيث أنفسهما، فلا ينافي ذلك لزومهما بواسطة العنوانات الخارجة، كالحلف والشرط وأمر السيد والوالد، وحينئذ فيجب أما 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 إليه 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: لأنه خارج عن تحت القدرة، وإن كان هو ذلك الأمر في اعتبار الملتزم، فإن كان الشارع جعل له سبباً خاصاً كما في الطلاق كان شرطه لا عن سببه مخالفاً للكتاب، وإلا فلا، وإن كان من الأعمال فإن كان ذلك فعل حرام أو ترك واجب كان مخالفاً للكتاب، وهو ما دل على لزوم الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والنهي عن الأمر بالمنكر والنهي عن المعروف، مع أنه شرط غير سائغ الذي مر عدم نفوذه. وإن كان فعل المباح أو المكروه، أو ترك المستحب أو المباح - كان نافذاً ولم يكن مخالفاً للكتاب.

قال المصنف بعد تقسيمه الحكم إلى القسمين، والتزامه بأن المخالف للمشروع هو ما يخالف الثاني:

{ ١ } ولكن ظاهر مورد بعض الأخبار المتقدمة من قبيل الأول والظاهر أن نظره الشريف إلى ما رواه محمد بن قيس عن أبي جعفر (عليه السلام) في رجل تزوج امرأة وشرط لها إن هو تزوج عليها امرأة أو هجرها أو اتخذ عليها سرية فهي طالق، فقضى في ذلك أن 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 اللزوم بالشرط وإن كان في أنظارنا نظير ترك أكل اللحم والتمر وغيرهما من المباحات القابلة لطرو عنوان التحريم، لكن يبعده استشهاد الإمام (عليه السلام) لبطلان تلك الشروط بإباحة ذلك في القرآن وهو في معنى اعطاء الضابطة لبطلان الشروط وأما الحمل على أن هذه الأفعال مما لا يجوز وقوع البطلان عليها { ١ } وأنها لا توجب الطلاق، كما فعله الشارط، فالمخالف للكتاب هو ترتب طلاق المرأة، إذ الكتاب دال على إباحتها وأنها مما لا يترتب عليه حرج ولو من حيث خروج المرأة بها عن زوجية الرجل، ويشهد لهذا الحمل، وإن بعد، 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 للتزوج والتسري والهجران إن أتت بسبب ذلك (٢)

وقريب منهما غيرهما. (٣)

وهذا الايراد كما يرد على ما اختاره المصنف (رحمه الله) يرد على المختار وهو أن شرط فعل المباح ليس مخالفا للكتاب.

وفي المقام يشكل الأمر من ناحية أخرى أيضا 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.

فمورد 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 أبواب المهور كتاب النكاح حديث ١، وبمضمونه خبر ابن سنان في ذلك الباب.

(٢) الوسائل - باب ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٦.

(٣) نفس المصدر حديث ٤.

(٤) الوسائل - باب ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٢.

الظاهرة في وجوب الوفاء بمثل هذا الالتزام، مثل رواية منصور بن يونس قال: قلت لأبي الحسن (عليه السلام): إن شريكاً لي كان تحت امرته امرأة فطلقها، فبانت منه فأراد

مراجعتها، فقالت له المرأة لا والله لا أتزوجك أبداً حتى يجعل الله لي عليك أن لا تطلقني ولا تتزوج علي، قال وقد فعل؟ قلت: نعم، جعلني الله فداك، قال: بئسما صنع ما كان يدري ما يقع في قلبه بالليل والنهار، ثم قال أما الآن فقل له فليتم للمرأة شرطها، فإن رسول الله (صلى الله عليه وآله) قال: المسلمون عند شروطهم. فيمكن حمل رواية محمد

بن قيس على إرادة عدم سببته للطلاق بحكم الشرط، فتأمل. { ١ }

الطلاق عليه، وأنها لا توجب الطلاق كما فعله الشارط، فالمخالف للكتاب هو ترتب طلاق المرأة.

وفيه: أن خبر محمد بن مسلم من جهة ما فيه من التمسك بالآيات الثلاث المرخصة للأموار المذكورة كالصريح في أن الشرط هو، ترك الزوج، والتسري، والهجر، { ١ } والظاهر أنه إلى هذا نظر المصنف (رحمه الله) في أمره بالتأمل وربما يقال: إنه يحمل الأخبار المانعة على كون الإباحة في هذه الأمور لا تقبل التغيير بالشرط.

ولكن يرد عليه: مضافاً إلى استشهاد الإمام (عليه السلام) لبطلان 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 الزوج والتسري والهجر، والخبر الدال 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، أو يطرح خبر الجواز، لأشهرية معارضه.

ثم إنه لا اشكال فيما ذكرنا من انقسام الحكم الشرعي إلى القسمين المذكورين وأن المخالف للكتاب هو الشرط الوارد على القسم الثاني لا الأول، وإنما الاشكال في تمييز مصداق أحدهما عن الآخر في كثير من المقامات، { ١ } منها كون من أحد أبويه حر رقا، { ٢ } فإن ما دل على أنه لا يملك ولد حر قابل لأن يراد به عدم رقية ولد الحر بنفسه، بمعنى أن الولد ينعقد لو خلبي وطبعه تابعا لأشرف الأبوين، فلا ينافي جعله رقا بالشرط في ضمن عقد، وأن يراد به أن ولد الحر لا يمكن أن يصير في الشريعة رقا، فاشترطه اشتراط لما هو مخالف للكتاب والسنة الدالين على هذا الحكم. ومنها إرث المتمتع بها { ٣ } هل هو قابل للاشتراط في ضمن عقد المتعة أو عقد آخر أم لا؟ فإن الظاهر الاتفاق على عدم مشروعية اشتراطه في ضمن عقد آخر، وعدم مشروعية اشتراط إرث أجنبي آخر في ضمن عقد مطلقا، فيشكل الفرق حينئذ بين أفراد غير الوارث وبين أفراد العقود، وجعل ما حكموا بجوازه مطلقا مطابقا للكتاب وما منعوا عنه مخالفا

{ ١ } وقد أشكل الأمر على جماعة في تمييز مصداق أحدهما عن الآخر في كثير من المقامات وإن كان على، ما ذكرناه من ضابط المخالفة ينحل هذا الأشكال في الفروع الآتية

وإليك جملة من تلك الفروع:

{ ٢ } منها: كون من أحد أبويه حر رقا: مقتضى ما ذكرناه من الضابط بطلان اشتراط رقية الحر فإنها من الاعتبار المجعولة شرعا ابتداء، إلا أنه وردت روايات دالة على جواز اشتراطها، (١)

وبإزائها ما يدل على عدم الجواز، (٢) فإن قدمنا الطائفة الثانية لا كلام، وأما إن قدمنا المجوزة فبدلالة الاقتضاء يستكشف أن الرقية ولو في هذا المورد من الاعتبار الشرعية التسببية التي يتسبب إليها بالشرط.

{ ٣ } ومنها: إرث المتمتع بها مقتضى ما ذكرناه بطلان اشتراط وارثيتها، وصحة اشتراط إعطاء مقدار من المال بعد وفاته لها فإنه يدخل في الوصية، ولعله بذلك يجمع

(١) الوسائل - باب ١٢ - من أبواب كتاب العتق وباب ١٠ من أبواب كتاب المكاتب.

(٢) الوسائل - باب ٧٥ - من أبواب كتاب العتق.

إلا أن يدعي أن هذا الاشتراط مخالف للكتاب إلا في هذا المورد أو أن الشرط المخالف للكتاب ممنوع إلا في هذا المورد، ولكن عرفت وهن الثاني، والأول يحتاج إلى تأمل.

ومنها أنهم اتفقوا على جواز اشتراط الضمان في العارية، { ١ } واشتهر عدم جوازه في عقد الإجارة، فيشكل أن مقتضى أدلة عدم ضمان الأمين عدم ضمانه في نفسه، من غير اقدم عليه بحيث لا ينافي اقدمه على الضمان من أول الأمر أو عدم مشروعية ضمانه وتضمينه ولو بالأسباب، كالشرط في ضمن عقد تلك الأمانة أو غير ذلك.

ومنها اشتراط أن لا يخرج بالزوجة إلى بلد آخر، { ٢ } فإنهم اختلفوا في جوازه والأشهر على الجواز، وجماعة على المنع من جهة مخالفته للشرع من حيث وجوب إطاعة الزوج، وكون مسكن الزوجة ومنزلها باختياره، وأورد عليهم بعض المجوزين: بأن هذا جار في جميع الشروط السائغة، من حيث إن الشرط ملزم لما ليس بلازم فعلا أو تركا.

بين النصوص المتعارضة الدال بعضها على أنها تترث مع الاشتراط، (١) والدال آخر على أنها لا تترث وإن اشترط، (٢)

وعلى التقديرين لا وجه للفرق بين أفراد غير الوارث وأفراد العقود.
{ ١ } ومنها: أنهم اتفقوا على جواز اشتراط الضمان في العارية واشتهر عدم جوازه في عقد الإجارة، مقتضى القاعدة التي أسلفناها: بطلان اشتراط الضمان مطلقا، ولكن وردت الروايات الخاصة الدالة على الضمان مع الاشتراط، في العارية (٣) وبها يخص ما دل على عدم الضمان في العارية. (٤)
{ ٢ } ومنها: اشتراط أن لا يخرج بالزوجة إلى بلد آخر
إذا اشترط عدم كون اختيار المكان بيد الزوج كان الشرط مخالفا للكتاب، وإذا اشترط أن لا يخرج بالزوجة من بلد اختارته صح الشرط ولم يكن مخالفا له

(١) الوسائل - باب ٣٢ من أبواب المتعة، وباب ١٧ من أبواب ميراث الأزواج.
(٢) نفس المصدر.
(٣) الوسائل - باب ١ من أبواب كتاب العارية:
(٤) نفس المصدر.

وبالجملة فموارد الاشكال في تمييز الحكم الشرعي القابل لتغيره بالشرط بسبب تغير عنوانه عن غير القابل كثيرة، يظهر للمتتبع، فينبغي للمجتهد ملاحظة الكتاب والسنة الدالين على الحكم الذي يراد تغيره بالشرط والتأمل فيه، حتى يحصل له التمييز ويعرف أن المشروط من قبيل ثبوت الولاء لغير المعتق المنافي لقوله (صلى الله عليه وآله): الولاء لمن أعتق. أو من قبيل ثبوت الخيار للمتبايعين الغير المنافي

لقوله (عليه السلام) إذا افترقا وجب البيع أو عدمه لهما في المجلس، مع قوله (عليه السلام) البيعان بالخيار

ما لم يفترقا. إلى غير ذلك من الموارد المتشابهة صورة المخالفة حكما، فإن لم يحصل له بنى على أصالة عدم المخالفة، فيرجع إلى عموم: المؤمنون عند شروطهم، والخارج عن هذا العموم وإن كان هو المخالف واقعا للكتاب والسنة، لا ما علم مخالفته إلا أن البناء على أصالة عدم المخالفة { ١ } يكفي في احراز عدمها واقعا، كما في سائر مجاري الأصول، ومرجع هذا الأصل إلى أصالة عدم ثبوت هذا الحكم على وجه لا يقبل تغيره بالشرط { ٢ } مثلا نقول إن الأصل عدم ثبوت الحكم بتسلط الزوج على الزوجة من حيث المسكن، لا من حيث هو لو خلي، وطبعه، ولم يثبت في

وقد عرفت أنه بناء على ما ذكرناه لا يبقى مورد للشك، إذ لو كان الحكم على خلاف الشرط ثابتا ولو بحكم الاطلاق كان مخالفا له، وإلا فلا، ولو شك في وجوده الأصل عدمه.

ولكن المصنف (رحمه الله) لما قسم الحكم إلى قسمين: قسم قابل للتغير، وقسم غير قابل له: أشكال عليه الأمر في بعض الموارد، { ١ } وكيف كان فقد ذهب المصنف (رحمه الله) إلى 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 يحرز بالأصل وهو { ٢ } أصالة عدم ثبوت هذا الحكم على وجه لا يقبل التغير بالشرط وفيه: أن ترتب عدم المخالفة على عدم كون الحكم بنحو لا يقبل التغير ليس شرعيا، بل هو عقلي فلا يثبت ذلك بإجراء الأصل فيه، مع أن هذا العنوان - أي كون الحكم غير قابل

صورة إلزام الزوج على نفسه بعض خصوصيات المسكن، لكن هذا الأصل إنما ينفع بعد عدم ظهور الدليل الدال على الحكم في اطلاقه، بحث يشمل صورة الاشتراط، كما في أكثر الأدلة المتضمنة للأحكام المتضمنة للرخصة والتسليط. فإن الظاهر سوقها في مقام بيان حكم الشيء من حيث هو الذي لا ينافي طرو خلافه، لملمزم شرعي، كالنذر وشبهه من حقوق الله والشرط وشبهه من حقوق الناس. أما ما كان ظاهره العموم، كقوله لا يملك ولد حر، فلا مجرى فيه لهذا الأصل، ثم إن بعض مشايخنا المعاصرين { ١ } بعد ما خص الشرط المخالف للكتاب الممنوع عنه في الأخبار بما كان الحكم المشروط مخالفا للكتاب، وإن التزم فعل المباح أو الحرام أو ترك المباح أو الواجب خارج عن مدلول تلك الأخبار، ذكر أن المتعين في هذه المورد: ملاحظة التعارض بين ما دل على حكم ذلك الفعل وما دل على وجوب الوفاء بالشرط، ويرجع إلى المرجحات

للتغير - لم يؤخذ موضوعا لحكم من الأحكام، فلا يكون جاريا في نفسه. وربما يقال في تقريب هذا الأصل: وجهان آخران: أحدهما: أنه لا ريب في كون الأحكام تدريجية بحسب البيان، فقبل بيان الحكم الذي يحتمل كونه مخالفا للشرط لم يكن هذا الشرط مخالفا للكتاب، وبعد بيانه يشك في ذلك، فيجري استصحاب عدم النعتي. وفيه: أنه إن أريد إجراء الأصل في الشرط المتحقق في ذلك الزمان فهو لا ينفع بالنسبة إلى هذا الشرط، وإن أريد اجراءه في هذا الشرط كان استصحابا تعليقيا. ثانيهما: استصحاب عدم المخالفة الأزلي، ولا بأس به بناء على المختار من جريانه { ١ } هو الفاضل النراقي في عوائده: قال إنه في موارد اشتراط ما هو مخالف للكتاب يقع التعارض بين دليل وجوب الوفاء بالشرط ودليل ذلك الفعل، ويرجع إلى المرجحات. وما أفاده مركب من أمرين مترتبين. أحدهما: أن الشرط المخالف للكتاب منحصر بما إذا كان المشروط حكما مخالفا

وذكر أن المرجح في مثل اشتراط شرب الخمر هو الاجماع، قال وما لم يكن فيه مرجح، يعمل فيه بالقواعد والأصول، وفيه من الضعف ما لا يخفى مع أن اللازم على ذلك الحكم بعدم لزوم الشرط، بل عدم صحته في جميع موارد عدم الترجيح { ١ } لأن الشرط إن كان فعلا يجوز تركه، كان اللازم مع تعارض أدلة وجوب الوفاء بالشرط، وأدلة جواز ترك ذلك الفعل مع فقد المرجح الرجوع إلى أصالة عدم وجوب الوفاء بالشرط، فلا يلزم. بل لا يصح وإن كان فعل محرم أو ترك واجب لزم الرجوع إلى أصالة بقاء الوجوب والتحريم الثابتين قبل الاشتراط. فالتحقيق ما ذكرنا من أن من الأحكام المذكورة في الكتاب والسنة ما يقبل التغيير بالشرط لتغيير عنوانه، كأكثر ما ترخص في فعله وتركه. ومنها ما لا يقبله كالتحريم، وكثير من موارد الوجوب وأدلة الشروط حاكمة على القسم الأول دون الثاني، فإن اشتراطه مخالف لكتاب الله، كما عرفت وعرفت حكم صورة الشك، وقد تفتن (قدس سره)

لما ذكرنا في حكم القسم الثاني وأن الشرط فيه مخالف للكتاب بعض التفتن بحيث كاد أن يرجع عما ذكره أولا من التعارض بين أدلة وجوب الوفاء بالشرط، وأدلة حرمة شرب الخمر، فقال: ولو جعل هذا الشرط من أقسام الشرط المخالف للكتاب والسنة، كما يطلق عليه عرفا لم يكن بعيدا، انتهى.

لما ثبت في الكتاب ككون أمر الطلاق بيد المرأة، والولاء لغير المعتق ونحو ذلك، وهذا ينطبق على ما ذكرناه واحترناه.

ثانيهما: أنه بناء على الاختصاص المذكور يقع التعارض بين الدليل المثبت للحرمة أو الوجوب ودليل نفوذ الشرط، فلا بد من إعمال قواعد التعارض، ولكن قد مر أن شرط فعل الحرام أو ترك الواجب يؤول إلى الشرط المخالف للكتاب بالتقريب الذي قد مناه بلا وصول النوبة إلى إعمال قواعد التعارض.

{ ١ } وأورد عليه المصنف (رحمه الله) بأنه يلزم مما ذكره اعمال قواعد التعارض والرجوع إلى الأصل حتى في صورة اشتراط ترك المباح، ولا يلتزم بذلك أحد. وفيه: أن الدليل المثبت للحكم غير الالزامي للشئ بعنوانه الأولي لا يصلح

ومما ذكرنا من انقسام الأحكام الشرعية المدلول عليها في الكتاب والسنة على قسمين، يظهر لك معنى قوله (عليه السلام) في رواية إسحاق بن عمار المتقدمة: المؤمنون

عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما، فإن المراد بالحلال والحرام فيهما ما كان كذلك بظاهر دليله حتى مع الاشتراط، نظير شرب الخمر وعمل الخشب صنما أو صورة حيوان، ونظير مجامعة الزوج التي دل بعض الأخبار السابقة على عدم ارتفاع حكمها أعني الإباحة، متى أراد الزوج باشتراط كونها بيد المرأة، ونظير الزوج والتسري والهجر حيث دل بعض تلك الأخبار على عدم ارتفاع إباحتها باشتراط تركها معللا بورود الكتاب العزيز بإباحتها. أما ما كان حلالا لو خلي وطبعه بحيث لا ينافي حرمة أو وجوبه بملاحظة طرو عنوان خارجي عليه أو كان حراما، كذلك فلا يلزم من اشتراط فعله أو تركه، إلا تغيير عنوان الحلال والحرام الموجب لتغير الحل والحرمة، فلا يكون حينئذ تحريم حلال ولا تحليل حرام، ألا ترى أنه لو نهى السيد عبده، أو الوالد ولده عن فعل مباح، أعني مطالبة ما له في ذمة غريمه، أو حلف المكلف على تركه لم يكن الحكم بحرمة شرعا من حيث طرو عنوان معصية السيد والوالد، وعنوان حث اليمين عليه تحريما لحلال، فكذلك ترك ذلك الفعل في ضمن عقد يجب الوفاء به وكذلك امتناع الزوجة عن الخروج مع زوجها إلى بلد آخر محرم في نفسه. وكذلك امتناعها من المجامعة، ولا ينافي ذلك حليتها باشتراط عدم اخراجها عن بلدها، أو باشتراط عدم مجامعتها، كما في بعض النصوص.

وبالجملة، فتحريم الحلال وتحليل الحرام، إنما يلزم مع معارضة أدلة الوفاء بالشروط لأدلة أصل الحكم حتى يستلزم وجوب الوفاء مخالفة ذلك وطرح دليله. أما إذا كان دليل الحكم لا يفيد إلا ثبوته لو خلي الموضوع وطبعه، فإنه لا يعارضه ما دل على ثبوت ضد ذلك الحكم إذا طرأ على الموضوع عنوان آخر لم يثبت ذلك الحكم له إلا مجردا عن ذلك العنوان

للمعارضة مع ما يثبت الحكم الالزامي له بالعنوان الثانوي، لأن اللا اقتضاء لا يعارض ما له الاقتضاء، فينحصر التعارض - لو سلم - بما لو اشترط ترك الواجب أو فعل الحرام.

ثم إنه يشكل الأمر في استثناء الشرط المحرم للحلال { ١ } على ما ذكرنا في معنى الرواية بأن أدلة حلية أغلب المحللات بل كلها، إنما تدل حليتها في أنفسها لو خليت وأنفسها، فلا تنافي حرمتها من أجل الشرط، كما قد تحرم من أجل النذر وأخويه. ومن جهة إطاعة الوالد والسيد ومن وجه صيرورتها علة للمحرم وغير ذلك من العناوين الطارئة لها.

نعم، لو دل دليل حل شيء على الحلية المطلقة، نظير دلالة أدلة المحرمات بحيث لا يقبل طرو عنوان مغير عليه أصلا، أو خصوص الشرط من بين العناوين، أو دل الدليل من الخارج على كون ذلك الحلال كذلك، كما دل بعض الأخبار بالنسبة إلى بعض الأفعال، كالتسري، والتزوج، وترك الجماع من دون إرادة الزوجة، كان مقتضاه فساد اشتراط خلافه. لكن دلالة نفس دليل الحلية على ذلك لم توجد في مورد، والوقوف مع الدليل الخارج الدال على فساد الاشتراط يخرج الرواية عن سوقها لبيان ضابطة الشروط عند الشك، إذ مورد الشك حينئذ محكوم بصحة الاشتراط. ومورد ورود الدليل على عدم تغير حل الفعل باشتراط تركه مستغن عن الضابطة مع أن الإمام علل فساد الشرط في هذه الموارد بكونه محرما للحلال، كما عرفت في الرواية التي تقدمت في عدم صحة اشتراط عدم التزوج والتسري، معللا بكونه مخالفا للكتاب الدال على إباحتها.

نعم، لا يرد هذا الاشكال في طرف تحليل الحرام، لأن أدلة المحرمات قد علم دلالتها على التحريم، على وجه لا يتغير بعنوان الشرط والنذر وشبههما، بل نفس استثناء الشرط المحلل للحرام عما يجب الوفاء به دليل على إرادة الحرام في نفسه لولا الشرط وليس كذلك في طرف المحرم للحلال، فإننا قد علمنا أن ليس المراد الحلال لولا الشرط لأن تحريم المباحات لأجل الشرط فوق حد الاحصاء، بل اشتراط كل شرط عدا فعل الواجبات وترك المحرمات مستلزم لتحريم الحلال فعلا أو تركا.

{ ١ } محصله: إن شرط المباح والحلال نافذ بلا كلام فما معنى عدم نفوذ الشرط المحرم للحلال؟

وربما يتخيل أن هذا الاشكال مختص بما دل على الإباحة التكليفية، كقوله تحل كذا وتباح كذا، أما الحلية التي تضمنها الأحكام الوضعية، كالحكم بثبوت الزوجية أو الملكية أو الرقية أو أزدادها، فهي أحكام لا تتغير لعنوان أصلاً، فإن الانتفاع بالملك في الجملة والاستمتاع بالزوجة، والنظر إلى أمها وبناتها من المباحات التي لا تقبل التغيير. ولذا ذكر في مثال الصلح المحرم للحلال أن لا ينتفع بماله أو لا يطاءً جاريتة.

وبعبارة أخرى: ترتب آثار الملكية على الملك في الجملة، وآثار الزوجية على الزوج كذلك من المباحات التي لا تتغير عن إباحتها، وإن كان ترتب بعض الآثار قابلاً لتغير حكمه إلى التحريم، كالسكنى فيما لو اشترط اسكان البائع فيه مدة، واسكان الزوجة في بلد اشترط أن لا يخرج إليه، أو وطأها مع اشتراط عدم وطئها أصلاً، كما هو المنصوص ولكن الانصاف أنه كلام غير منضبط، فإنه كما جاز تغير إباحة بعض الانتفاعات كالوطي في النكاح، والسكنى في البيع إلى التحريم لأجل الشرط كذلك يجوز تغير إباحة سائرهما إلى الحرمة، فليس الحكم بعدم تغير إباحة مطلق التصرف في الملك والاستمتاع بالزوجة، لأجل الشرط إلا للاجماع أو لمجرد الاستبعاد. والثاني غير معتد به والأول يوجب ما تقدم من عدم الفائدة في بيان هذه الضابطة، مع أن هذا العنوان أعني تحريم الحلال وتحليل الحرام، إنما وقع مستثنى في أدلة انعقاد اليمين. وورد أنه لا يمين في تحليل الحرام وتحريم الحلال. وقد ورد بطلان الحلف على ترك شرب العصير المباح دائماً، معللاً بأنه ليس لك أن تحرم ما أحل الله. ومن المعلوم أن إباحة العصير لم يثبت من الأحكام الوضعية، بل هي من الأحكام التكليفية الابتدائية.

وأما ما دل على عدم نفوذ شرط التسري (١) ونحوه - فنفس ذلك الدليل يكفي لعدم نفوذ الشرط في ذلك المورد بلا حاجة إلى هذا الضابط، فهذا لا يترتب عليه فائدة في مورد أصلاً.

وملخص القول في المقام: أنه قيل في تفسير تحريم الحلال الذي تضمنه الخبر (٢) أمور

(١) الوسائل - باب ٣٨ - من أبواب المهور كتاب النكاح

(٢) الوسائل - باب ٦ - من أبواب الخيار حديث ٥.

وبالجملة فالفرق بين التزوج والتسري اللذين ورد عدم جواز اشتراط تركهما معللا بأنه خلاف الكتاب الدال على إباحتهما وبين ترك الوطي الذي ورد جواز اشتراطه، وكذا بين ترك شرب العصير المباح الذي ورد عدم جواز الحلف عليه معللا بأنه من تحريم الحلال وبين ترك بعض المباحات المتفق على جواز الحلف عليه في غاية الاشكال، وربما قيل في توجيه الرواية، وتوضيح معناها أن معنى قوله إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما، أما أن يكون إلا شرطا حرم وجوب الوفاء به الحلال وأما أن يكون إلا شرطا حرم ذلك الشرط الحلال والأول مخالف لظاهر العبارة مع مناقضته لما استشهد به الإمام (عليه السلام) في رواية منصور بن يونس المتقدمة الدالة على وجوب الوفاء بالتزام عدم الطلاق والتزوج، بل يلزم كون الكل لغوا إذ ينحصر مورد المسلمون عند شروطهم، باشتراط الواجبات واجتناب المحرمات، فيبقى الثاني، وهو ظاهر الكلام، فيكون معناه إلا شرطا حرم ذلك الشرط الحلال بأن يكون المشروط هو حرمة الحلال، ثم قال فإن قيل: إذا شرط عدم فعله فلا يرضى بفعله، فيجعله حراما عليه، قلنا لا نريد أن معنى الحرمة طلب الترك من المشترط بل جعله حراما ذاتيا، أي مطلوب الترك شرعا ولا شك أن شرط عدم فعل بل نهى شخص عن فعل لا يجعله حراما شرعيا. ثم قال فإن قيل الشرط من حيث هو مع قطع النظر عن ايجاب الشارع الوفاء لا يوجب تحليلا وتحريما شرعا فلا يحرم ولا يحلل. قلنا إن أريد أنه لا يوجب تحليلا ولا تحريما شرعيا بحكم الشرط فهو ليس

الأول: ما أفاده المصنف (رحمه الله) وهو أن المراد بالتحليل: الترخيص، وبالتحريم: المنع، ولكن المراد بالحلال والحرام هو ما كان كذلك بحيث لا يتغير موضوعه بالشرط، وقد تقدم توجيه التفصيل بين الأحكام وما يرد عليه، فراجع. وما ذكره في المقام تكرر لما سبق فلا مورد لا طالة الكلام في ذلك ونقده وإنما المهم ذكر ما أفاده المحققان النراقي والقمي، وتوجيه ما أفاده وما يرد عليهما.

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 أن لا يأكل المال المشتبه ينعقد ولو نذر أن يكون المال المشتبه حراما عليه شرعا أو يحرم ذلك على نفسه شرعا لم ينعقد، انتهى.

أقول: لا أفهم معنى محصلا لاشتراط حرمة الشيء أو حليته شرعا، فإن هذا أمر غير مقدور للمشترط ولا يدخل تحت الجعل، فهو داخل في غير المقدور، { ٢ } ولا معنى لاستثنائه عما يجب الوفاء به، لأن هذا لا يمكن عقلا الوفاء به، إذ ليس فعلا خصوصا للمشترط وكذلك الكلام في النذر وشبهه.

والعجب منه قدس سره حيث لاحظ ظهور الكلام في كون المحرم والمحلل نفس الشرط، ولم يلاحظ كون الاستثناء من الأفعال التي يعقل الوفاء بالتزامها وحرمة الشيء شرعا لا يعقل فيها الوفاء والنقض. وقد مثل جماعة للصلح المحلل للحرام بالصلح على شرب الخمر وللمحرم للحلال بالصلح على أن لا يظأ 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 حلالا لو خلي، 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: إن فاعل حرم وأحل في قوله (عليه السلام):

إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما: هو الشرط، وهذا لا يتحقق إلا بكون الملتزم به حرمة الحلال أو حلية الحرام،

وأما اشتراط ترك الحلال فهو شرط ترك التصرف دون حرمة الحلال.

وأورد عليه المصنف (رحمه الله) بإيرادين:

{ ٢ } أحدهما: إن الحكم الشرعي أمره بيد الشارع وغير مقدور للمكلف ولا

ففي الأول يكون الشرط على تقدير صحته مغيرا للحكم الشرعي. وفي الثاني يكون مغيرا لموضوعه، فحاصل المراد بهذا الاستثناء في حديثي الصلح والشرط، أنهما لا يغيران حكما شرعيا، بحيث يرفع اليد عن ذلك الحكم لأجل الوفاء بالصلح والشرط، كالنذر وشبهه. وأما تغييرهما لموضوع الأحكام الشرعية ففي غاية الكثرة، بل هما موضوعان لذلك. وقد ذكرنا أن الاشكال في كثير من الموارد في تمييز أحد القسمين من الأحكام عن الآخر، ومما ذكرنا يظهر النظر في تفسير آخر لهذا الاستثناء

يدخل تحت الجعل، ولا معنى لاستثنائه عما يجب الوفاء به، لعدم إمكان الوفاء به عقلا. وفيه: أولا أن شرط النتيجة لا يعتبر فيه إلا كونها واقعة بسبب الشرط ولولا الاستثناء لكنا ملتزمين بأن شرط حرمة الحلال نافذ، وكنا نستفيد كونها مما يقع بالسبب من عموم دليل نفوذ الشرط الشامل له. وثانيا: أن بطلان هذا الشرط من جهة أخرى غير هذه الجهة لا يكون مضرا. وثالثا: أن الشرط المحرم للحلال لا ينحصر بشرط حرمة ما يكون حلالا تكليفا، بل يشمل ما لو اشترط حرمة ما هو حلال وضعا كعدم كون الطلاق بيد الزوج ونحو ذلك من الاعتباريات، ومن المعلوم أن المشروط حينئذ هو ذلك الأمر في اعتبار نفسه، ولولا هذا الاستثناء وما دل على أن الشرط المخالف للكتاب لا يكون نافذا لكنا ملتزمين بنفذه. ثانيهما: أن استثناء الشرط المحرم إنما يكون من الشرط الذي يجب الوفاء به، وليست الحرمة والحلية من أفعال المكلف، كي يجب الوفاء بهما. وفيه: أن الوفاء لا يختص بشرط الفعل، فإنه بمعنى الأنهاء وعدم النقض، وهذا يتصور في شرط النتيجة أيضا، وسيأتي زيادة توضيح لذلك إن شاء الله تعالى. فتحصل: أن ما أفاده المحقق النراقي حق 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 أمثلة الشرط الغير الجائز في نفسه مع قطع النظر عن اشتراطه والتزامه شرب الخمر والزنا ونحوهما من المحرمات.

ومن أمثلة ما يكون التزامه والاستمرار عليه من المحرمات: فعل المرجوحات وترك المباحات وفعل المستحبات كأن يشترط تقليم الأظفار بالسن أبداً، وأن لا يلبس الخبز أبداً ولا يترك النوافل، فإن جعل المكروه أو المستحب واجبا، وجعل المباح حراما حراما إلا برخصة شرعية حاصلة من الأسباب الشرعية، كالنذر وشبهه فيما ينعقد فيه.

ويستفاد ذلك من كلام علي (عليه السلام) في رواية إسحاق بن عمار: من اشترط لامراته شرطا، فليف لها به فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما، قال (قدس سره).

فإن قلت: إن الشرط كالنذر وشبهه من الأسباب الشرعية المغيرة للحكم، بل الغالب فيه هو ايجاب ما ليس بواجب، فإن بيع الرجل ماله أو هبته لغيره مباح. وأما لو اشترط في ضمن عقد آخر يصير واجبا، فما وجه تخصيص الشرط بغير ما ذكرته من الأمثلة. قلت الظاهر من تحليل الحرام وتحريم الحلال هو تأسيس القاعدة، وهو تعلق الحكم بالحل أو الحرمة ببعض الأفعال 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 أمر كلي حلال، والتزام تركه مستلزم لتحريمه وكذلك جميع أحكام الشرع من التكاليفية والوضعية وغيرها إنما يتعلق بالجزئيات باعتبار تحقق الكلي فيها، فالمراد من تحليل الحرام وتحريم الحلال المنهي عنه هو أن يحدث المشترط قاعدة كلية ويبدع حكما جديدا. وقد أجاز في الشرع البناء على الشروط إلا شرطا أوجب إبداع حكم كلي جديد مثل تحريم التزوج والتسري وإن كان بالنسبة إلى نفسه فقط.

{ ١ } الثالث: ما عن المحقق القمي (رحمه الله) وقد جعله المصنف (رحمه الله) قريبا مما أفاده المحقق النراقي، مع أن بينهما بونا بعيدا.

وقد قال الله تعالى: (فأنكحوا ما طاب لكم من النساء) وكجعل الخيرة في الجماع والطلاق بيد المرأة.

وقد قال الله تعالى: (الرجال قوامون على النساء) وفيما لو اشترطت عليه أن لا تتزوج أو لا تتسرى بفلانة خاصة اشكال، { ١ } فما ذكر في السؤال من وجوب البيع الخاص الذي يشترطانه في ضمن عقد ليس مما يوجب احداث حكم للبيع ولا تبديل حلال الشارع وحرامه، وكذا لو شرط نقص الجماع عن الواجب إلى أن قال (قدس سره).

وبالجملة اللزوم الحاصل من الشرط، لما يشترطانه من الشروط الجائزة، ليس من باب تحليل حرام أو تحريم حلال، أو ايجاب جائز، على سبيل القاعدة. بل الذي يحصل من ملاحظة جميع موارد حكم كلي هو وجوب العمل على ما يشترطانه وهذا الحكم، أيضا

محصل ما أفاده المحقق القمي (رحمه الله): أن معنى تحريم الحلال جعل المباح حراما وهو إنما يكون فيما لو اشترط ترك المباح رأسا بالمرة، وأما لو اشترط تركه في الجملة فهو ليس من تحريم الحلال.

وبعبارة أخرى: أن تحريم الحلال إنما هو بتأسيس القاعدة واشتراط ترك ما حلله الشارع وهو الكلي دون الجزئيات، فإن الأحكام الشرعية متعلقة بالطبائع دون الجزئيات، فاشتراط ترك المباح رأسا تحريم للحلال، وأما اشتراط ترك بعض الأفراد الذي لا يكون الحلية مجعولة له فليس من تحريم الحلال.

وفيه: أولا: أن الحكم وإن كان مجعولا على الكلي، إلا أنه من جهة كونه مرآتا للأفراد وفعلية الحكم إنما تكون بفعلية موضوعه وتحققه خارجا، فالفرد الخارجي محكوم بالحلية الفعلية، فلا محالة يكون تحريمه تحريما للحلال.

وبعبارة أخرى: لا فرق بين الكلي والجزئي من هذه الجهة.

وثانيا: أن ما أفاده يجري في تحليل الحرام أيضا وهو لم يلتزم بذلك فيه.

{ ١ } قوله وفيما لو اشترطت عليه أن لا تتزوج أو لا تتسرى بفلانة خاصة اشكال لا ينبغي الاشكال في صحته على مسلك المحقق القمي (رحمه الله): فإنه ليس تحريما لما هو محكوم بالحلية ومجعول له ذلك.

من جعل الشارع. فقولنا العمل على مقتضى الشرط الجائز واجب، حكم كلي شرعي، وحصوله ليس من جانب شرطنا حتى يكون من باب تحليل الحرام وعكسه، بل إنما هو صادر من الشارع، انتهى كلامه رفع مقامه وللنظر في مواضع من كلامه مجال، فافهم والله العالم

الشرط الخامس أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد، { ١ } وإلا لم يصح لوجهين: أحدهما: وقوع التنافي في العقد المقيد بهذا الشرط بين مقتضاه الذي لا يتخلف عنه

الشرط المنافي لمقتضى العقد
{ ١ } الشرط الخامس: أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد وإلا 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 الاجماع عليه.

وملخص القول في المقام أن 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 بلا ثمن، وأخرى يشترط خلاف ما هو من لوازم مقتضى العقد. أما الأول، فإن كان المنافي مقصودا في عرض قصد العقد فحيث إن قصد المتنافيين من العاقل الملتفت محال فلا يعقل القصد إلى البيع والشرط معا.

نعم إن لم يكن قاصدا جدا للشرط، بل كان هازلا به بطل الشرط خاصة. وإن قصد الشرط بعد ما قصد العقد بأن قصد البيع حقيقة ثم بدا له أن يعقبه بعدم الثمن مثلا، فإن لم يرفع اليد عما قصده أو لا كان قصد الشرط محالا فيختص هو بالبطلان

وبين الشرط الملزم لعدم تحققه، فيستحيل الوفاء بهذا العقد مع تقيده بهذا الشرط { ١ } فلا بد أما أن يحكم بتساقط كليهما. وأما أن يقدم جانب العقد، لأنه المتبوع المقصود بالذات، والشرط تابع وعلى كل تقدير لا يصح الشرط. الثاني: إن الشرط المنافي مخالف للكتاب والسنة { ٢ } الدالين على عدم تخلف العقد عن مقتضاه، فاشتراط تخلفه عنه مخالف للكتاب. ولذا ذكر في التذكرة أن اشتراط عدم بيع المبيع مناف لمقتضى ملكيته، فيخالف قوله (صلى الله عليه وآله) (الناس مسلطون على أموالهم) ودعوى أن العقد إنما يقتضي ذلك مع عدم اشتراط عدمه فيه لا مطلقا خروج عن محل الكلام.

وأما الثاني، فإن كان اللازم حكما غير قابل للزوال والانفكاك كاللزوم الحكمي الثابت في بعض العقود كان الشرط باطلا، لكونه خلاف الكتاب والسنة. وإن كان حقا قابلا لذلك، فإن لم يكن مما يعتبر فيه لفظ خاص كشرط الخيار في البيع صح البيع والشرط، وإلا - أي كان مما يعتبر فيه لفظ خاص - بطل الشرط وهو واضح، هذا هو حق القول في المقام.

وقد ذكر المصنف (رحمه الله) وجهين لاعتبار هذا الشرط: { ١ } أحدهما: إنه بعد وقوع التنافي بين ما يقتضيه العقد وما يقتضيه الشرط يستحيل الوفاء بالعقد المقيّد بهذا الشرط، فإما أن يحكم بتساقطهما أو يقدم جانب العقد، لأن العقد مقصود بالذات، والشرط تابع، فكأنه مرجح لجانب العقد. وفيه أولا: أنه لو تم لاختص بالقسم الأول، كما أن الوجه الثاني في كلامه مختص بالقسم الثاني، فهما لا يتواردان على مورد واحد. وثانيا: أنه لا يتم من جهة ما عرفت من عدم معقولية القصد الجدي بالنسبة إليهما، فلا تصل النوبة إلى استحالة الوفاء. هذا إذا قصد هما في عرض واحد، وإلا وجب الوفاء بالعقد دون الشرط كما تقدم. { ٢ } ثانيهما: إن الشرط المنافي مخالف للكتاب والسنة الدالين على ذلك اللازم.

إذ الكلام فيما يقتضيه مطلق العقد وطبيعته السارية في كل فرد منه لا ما يقتضيه العقد المطلق بوصف اطلاقه وخلوه عن الشرائط والقيود حتى لا ينافي تخلفه عنه لقيده يقيده وشرط يشترط فيه هذا كله مع تحقق الاجماع على بطلان هذا الشرط، فلا اشكال في أصل الحكم، وإنما الاشكال في تشخيص آثار العقد التي لا يتخلف عن مطلق العقد في نظر العرف أو الشرع، وتميزها عما يقبل التخلف لخصوصية تعري العقد، وإن اتضح ذلك في بعض الموارد، لكون الأثر كالمقوم العرفي للبيع أو غرضاً أصلياً، كاشتراط عدم التصرف أصلاً في المبيع، { ١ } وعدم الاستمتاع أصلاً بالزوجة حتى النظر ونحو ذلك، إلا أن الأشكال في كثير من المواضيع خصوصاً بعد ملاحظة اتفاقهم على الجواز في بعض المقامات، واتفاقهم على عدمه فيما يشبهه، ويصعب الفرق بينهما وإن تكلف له بعض مثلاً المعروف عدم جواز المنع عن البيع والهبة في ضمن عقد البيع، وجواز اشتراط عتقه بعد البيع بلا فصل، أو وقفه حتى

وفيه: مضافاً إلى ما تقدم: أنه يتم في بعض اللوازم دون جميعها، مع أن الكلام إنما هو في اعتبار شرط غير ما تقدم، فلا يصح الاستدلال له به. وقد يقرب الدليل العقلي المتقدم بتقريب آخر، وهو ما عن المحقق النراقي (رحمه الله)، وهو:

أن الشرط المنافي مستلزم لفساد العقد وعدم ترتب مقتضاه، وهو يستلزم فساد الشرط، لكونه واقعا في ضمن عقد غير صحيح. وفيه: ما تقدم من عدم معقولية هذا الشرط والعقد فلا تصل النوبة إلى البحث في الصحة والفساد.

ومما ذكرناه ظهر أنه لا يبقى الأشكال في تشخيص الصغريات بحسب الأدلة، إذ المقوم حاله معلوم، واللازم قد تقدم حاله في الشرط السابق، ولكن تبعاً للشيخ (رحمه الله) نتعرض للموارد التي توهم كونها من موارد الشبهة. { ١ } منها: اشتراط عدم التصرف في المبيع نظراً إلى أن الأثر كالمقوم العرفي للمبيع 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 خصوصا على البائع وولده، فإنه شرط مناف كالعتق ليس مبنيًا 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 إذا قال الربح لنا ولا خسران عليك، لصحيفة رفاة في الشركة في الجارية قال: ومنعه ابن إدريس لأنه مناف لقضية الشركة { ٢ } قلنا: لا نسلم أن تبعية المال لازمة لمطلق الشركة، بل للشركة المطلقة، والأقرب تعدي الحكم إلى غير الجارية من المبيعات انتهى

يتخلف عنها كما في المحجور عليه، وكونه غرضا أصليا لا يوجب البطلان، وعليه فإن شرط عدم جواز التصرف بطل، لكونه مخالفا للكتاب، وإن اشترط عدم التصرف خارجا صح العقد والشرط.

{ ١ } ومنها: اشتراط عدم البيع والمشهور بين الأصحاب وإن كان عدم جواز هذا الشرط إلا أنه لعدم كونه إجماعيا، لوجود المخالف، وعدم كونه تعديا لو كان إجماعيا لاستناد المجمعين إلى ما سيمر عليك لا يكون ذلك مدركا. وقد استدلل للبطلان بكونه خلاف مقتضى العقد، فإنه يقتضي السلطنة على المبيع بالتصرف فيه بالبيع وشبهه، فاشتراط عدم البيع مناف لذلك.

وفيه: أن هذا يتم لو اشترط عدم السلطنة على البيع، ولعله مورد نظر المشهور، والوجه فيه حينئذ كونه مخالفا للكتاب، وأما لو اشترط عدم البيع خارجا فلا محذور فيه. { ٢ } ومنها: ما ذكره في الدروس في بيع الحيوان من جواز الشركة فيه... ومنعه ابن إدريس لأنه مناف لمقتضى الشركة

وتقريب كون هذا الشرط مخالفا لمقتضى العقد: أن مقتضى الشركة كون العين لهما والثلث تابع للعين بمعنى أن من له العين ينتقل تمام الثمن إليه بمقتضى المعاوضة والبيع المقتضي

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 الإجارة، { ١ } مستدلين بأن مقتضى عقد الإجارة عدم ضمان المستأجر، فأورد عليهم المحقق الأردبيلي، وتبعه جمال المحققين في حاشية الروضة: بمنع اقتضاء مطلق العقد لذلك أنما المسلم اقتضاء العقد المطلق المجرد عن اشتراط الضمان نظير العارية.

نصف الثمن إليه، فاشتراط أن يكون له أقل من النصف الذي هو معنى كون الربح لهما وعدم

الخسران عليه - مناف لمقتضى العقد.

ولكن إن قلنا بأنه لا يعتبر في البيع دخول العوض في كيس من خرج عن كيسه المعوض - لا اشكال في هذا الشرط من هذه الجهة فإنه 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 إلى أن يتدارك أحدهما خسارة صاحبه من نفس العين أو من مال آخر بنحو شرط الفعل أو شرط النتيجة.

نعم بناء على بطلان الشرط الغرري يبطل هذا الشرط، للغرر.

ثانيهما: إرجاعه إلى اشتراط أن لا يبيع حصة شريكه بأقل من ثمنه، فإذا فرضنا

الخسران في معاملة بمقدار ربع الثمن، كما لو كان المال المشتري قيمته ثلاثون دينارا فبيع بعشرين، فمرجع الشرط المذكور إلى بيع حصة أحدهما بخمسة عشر وحصة الآخر بخمسة، وهذا أيضا لا محذور فيه من هذه الجهة، ولا يكون منافيا لمقتضى العقد.

{ ١ } ومنها: ما اشتهر بينهم من عدم جواز اشتراط الضمان في الإجارة

والكلام في شرط الضمان يقع في جهتين:

الأولى في أنه هل يكون منافيا لمقتضى عقد الإجارة أم لا؟

الثانية: في كونه خلاف الكتاب والسنة وعدمه.

ومنها اشتراط عدم اخراج الزوجة من بلدها، { ١ } فقد جوزه جماعة لعدم المانع وللنص، ومنعه آخرون، منهم: فخر الدين في الإيضاح مستدلاً: بأن مقتضى العقد تسلط الرجل على المرأة في الاستمتاع والاسكان. وقد بالغ حتى جعل هذا قرينة على حمل النص على استحباب الوفاء.

أما الجهة الأولى فالحق أنه لا يكون منافياً له، فإن عقد الإجارة تمليك للمنفعة بعوض وأجنبي عن العين، ويكون لا اقتضاء بالنسبة إليها. وأما الجهة الثانية، فملخص القول فيها - وإن تقدم - أن العين المستأجرة في يد المستأجر أمانة لا يكون ضامناً لها إما لما دل على أن صاحب البضاعة مؤتمن والمستعير مؤتمن، (١) مع أنه ليس فيهما إلا الاستيلاء على المال بإذن المالك الموجود في الإجارة، أو

لانصراف حديث اليد (٢) عن ذلك، أو لغير ذلك. وعليه فإن اشتراط 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 أن ما استدل به على البطلان من كونه خلاف مقتضى العقد، وما أورد عليه بأن العقد يقتضي عدم الضمان لولا الشرط - في غير محلها. { ١ } ومنها اشتراط عدم اخراج الزوجة من بلدها وقد استدل لكونه مخالفاً لمقتضى العقد: بأن عقد الزواج يقتضي سلطنة الزوج على الاستمتاع والأسكان، فاشتراط عدمه مخالف لذلك. ولكن يرد عليه: أن عقد الزواج يقتضي الزوجية فقط، والسلطنة من أحكامها، فهو شرط غير مناف لمقتضى العقد، وأما من حيث منافاته للكتاب فقد تقدم، فراجع.

(١) الوسائل - باب ١ - من أبواب العارية.

(٢) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠، وكنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧.

ومنها مسألة توارث الزوجين بالعقد المنقطع من دون شرط أو معه، { ١ }
وعدم توارثهما مع الشرط أو لا معه، فإنها مبنية على الخلاف في مقتضى العقد
المنقطع، قال في الإيضاح ما ملخصه بعد اسقاط ما لا يرتبط بالمقام: إنهم اختلفوا في أن
هذا العقد يقتضي التوارث أم لا؟

وعلى الأول: فقيل المقتضي هو العقد المطلق من حيث هو هو، فعلى هذا القول
لو شرط سقوطه لبطل الشرط، لأن كل ما تقتضيه الماهية من حيث هي هي،
فيستحيل عدمه مع وجودها، وقيل: المقتضي اطلاق العقد أي العقد المجرد عن شرط
نقيضه، أعني الماهية بشرط لا شيء، فيثبت الإرث ما لم يشترط سقوطه.
وعلى الثاني: قيل: يثبت مع الاشتراط ويسقط مع عدمه، وقيل: لا يصح
اشتراطه، انتهى.

ومرجع القولين إلى أن عدم الإرث من مقتضى اطلاق العقد أو ماهيته،
واختار هو هذا القول الرابع، تبعا لجده ووالده (قدس سره)، واستدل عليه أخيرا بما دل
على أن من حدود المتعة أن لا ترثها ولا ترثك، قال: فجعل نفي الإرث من مقتضى الماهية

{ ١ } ومنها: مسألة توارث الزوجين بالعقد المنقطع من دون شرط أو معه
الكلام فيها من حيث كون هذا الشرط مخالفا للكتاب قد تقدم
وأما من حيث كونه مخالفا لمقتضى العقد.
فقد استدل له فخر المحققين بما دل على أن من حدود المتعة أن لا ترثها ولا ترثك، (١)
قال: فجعل نفي الإرث من مقتضى الماهية.
وفيه: أن مقتضى عقد المتعة تحقق الزوجية المنقطعة لا غير وهو لا يقتضي التوارث
ولا عدمه، ومعنى قوله: من حدود المتعة إلى آخره، أي من أحكامها المترتبة عليه.
ومما ذكرناه يظهر: أنه ليس مورد يشك في كون الشرط فيه منافيا لمقتضى العقد
بالمعنى الأول، بل وبالمعنى الثاني،
وأنه لو شك في ذلك يرجع إلى أصالة عدم المخالفة فيحكم بالصحة.

(١) الوسائل - باب ٣٢ - من أبواب المتعة حديث ٨.

ولا جل صعوبة دفع ما ذكرنا من الاشكال في تميز مقتضيات ماهية العقد من مقتضيات اطلاقه. التجأ المحقق الثاني مع كمال تبحره في الفقه، حتى ثنى به المحقق فأرجع هذا التمييز عند عدم اتضاح المنافاة وعدم الاجماع على الصحة أو البطلان إلى نظر الفقيه فقال: أولاً المراد بمنافي مقتضي العقد ما يقتضي عدم ترتب الأثر الذي جعل الشارع العقد من حيث هو هو، بحيث يقتضيه ورتب عليه على أنه أثره وفائدته التي لا جلها وضع، كانتقال العوضين إلى المتعاقدين، واطلاق التصرف فيهما في البيع، وثبوت التوثق في الرهن والمال في ذمة الضامن بالنسبة إلى الضمان، وانتقال الحق إلى مذمة المحال عليه في الحوالة ونحو ذلك، فإذا شرط عدمها أو عدم البعض أصلاً نافي مقتضى العقد.

ثم اعترض على ذلك بصحة اشتراط عدم الانتفاع زماناً معيناً، وأجاب 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 أن يكون شرط سقوطه منافياً له. ثم قال ولا يمكن أن يقال: إن مقتضى العقد ما لم يجعل إلا لأجله، كانتقال العوضين، فإن ذلك ينافي منع اشتراط أن لا يبيع المبيع مثلاً، ثم قال والحاسم لمادة الاشكال: إن الشروط على أقسام:

منها ما انعقد الاجماع على حكمه من صحة أو فساد. ومنها ما وضح فيه المنافاة للمقتضي، كاشتراط عدم ضمان المقبوض بالبيع أو وضح مقابله ولا كلام فيما وضح.

ومنها ما ليس واحداً من النوعين فهو بحسب نظر الفقيه، انتهى كلامه رفع مقامه.

أقول: وضوح المنافاة إن كان بالعرف، كاشتراط عدم الانتقال في العوضين، وعدم انتقال المال إلى ذمة الضامن والمحال عليه، فلا يتأتى معه انشاء مفهوم العقد العرفي، وإن كان بغير العرف فمرجعه إلى الشرع من نص أو اجماع على صحة الاشتراط أو عدمه، ومع عدمهما وجب الرجوع إلى دليل اقتضاء العقد لذلك الأثر المشترك عدمه، فإن دل عليه على وجه يعارض باطلاقه أو عمومه دليل وجوب الوفاء به. بحيث لو أوجبنا الوفاء به وجب طرح عموم ذلك الدليل وتخصيصه حكم بفساد الشرط، لمخالفته حينئذ للكتاب والسنة

وإن دل على ثبوته للعقد لو خلي وطبعه، بحيث لا ينافي تغير حكمه بالشرط، حكم بصحة الشرط. وقد فهم من قوله تعالى: (الرجال قوامون على النساء) إن السلطنة على الزوجة من آثار الزوجية التي لا تتغير فجعل اشتراط كون الجماع بيد الزوجة في الرواية السابقة منافيا لهذا الأثر ولم يجعل اشتراط عدم الاخراج من البلد منافيا. 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 إلى أصالة ثبوت ذلك الأثر على الوجه الثاني، فيبقى عموم أدلة الشرط سليما عن المخصص، وقد ذكرنا هذا في بيان معنى مخالفة الكتاب والسنة. الشرط السادس: أن لا يكون الشرط مجهولا { ١ } جهالة يوجب الغرر في البيع، لأن الشرط في الحقيقة كالجزم من العوضين، كما سيجيء بيانه، قال في التذكرة: وكما أن الجهالة في العوضين مبطله، فكذا في صفاتهما، ولو أحق المبيع. فلو شرطا شرطا مجهولا بطل البيع، انتهى.

الشرط المجهول

{ ١ } ومن الشروط وهو الشرط السادس في المتن وذكره جماعة: أن لا يكون الشرط مجهولا جهالة توجب الغرر في البيع قال في محكي التذكرة: كما أن الجهالة في العوضين مبطله فكذا في صفاتهما ولو أحق المبيع، فلو شرطا شرطا مجهولا بطل البيع. انتهى. ولكن الشهيد في محكي الدروس قال: لو جعل الحمل جزءا من المبيع فالأقوى الصحة، لأنه بمنزلة الاشتراط ولا يضر الجهالة لأنه تابع. انتهى. وتحقيق القول في المقام بالبحث في جهات: الأولى: أن جهالة الشرط هل هي كجهالة أحد العوضين الموجبة لبطلان البيع، لصيرورته غرريا توجب بطلان الشرط من حيث هو أم لا؟ الثانية: أن جهالة الشرط المستلزمة لغررية الشرط هل توجب غررية البيع أم لا؟

وقد سبق ما يدل على اعتبار تعيين الأجل المشروط في الثمن، بل لو فرضنا عدم سراية الغرر في البيع، كفى لزومه في أصل الشرط بناء على أن المنفي، مطلق الغرر، { ١ } حتى في غير البيع. ولذا يستندون إليه في أبواب المعاملات حتى الوكالة، فبطلان الشرط المجهول ليس لابطاله البيع المشروط به، ولذا قد يجزم ببطلان هذا الشرط مع الاستشكال في بطلان البيع، فإن العلامة في التذكرة، ذكر في اشتراط عمل مجهول في عقد البيع. أن في بطلان البيع وجهين مع الجزم ببطلان الشرط، لكن الانصاف أن جهالة الشرط يستلزم في العقد دائما مقدارا من الغرر الذي يلزم من جهالته جهالة أحد العوضين، ومن ذلك يظهر وجه النظر فيما ذكره العلامة في مواضع من التذكرة، من الفرق في حمل الحيوان، وبيض الدجاجة

الثالثة: أنه إذا فسد البيع لغررية الشرط هل يبطل الشرط أيضا أم لا؟

الرابعة: أنه هل هناك فرق بين شرط ما هو تابع وغيره أم لا؟

أما الجهة الأولى فقد استدلت لمبطلبيتها بوجوه.

{ ١ } الأول: المرسل: نهى النبي (صلى الله عليه وآله) عن الغرر (١).

وأورد عليه تارة بضعف السند،

وأخرى بأن النهي إذا تعلق بالمعاملة نفسها يكون إرشادا إلى الفساد، وأما إذا تعلق

بعنوان آخر شامل لها يكون ظاهرا في الحرمة النفسية، وحرمة المعاملة لا تستلزم فسادها

كما تقدم،

والمقام من قبيل الثاني، فإن الغرر بمعنى الخدعة، فالنهي عنه لا يدل على أزيد من الحرمة.

ولكن يمكن دفع الأول: باستناد الأصحاب إليه في أبواب المعاملات حتى الجعالة،

فإنهم أفتوا بمضرية الجهل المستلزم للغرر، ولا مدرك لهم سوى المرسل، واحتمال التعدي

عن البيع - بعيد.

ودفع الثاني: بما تقدم في الجزء الرابع من هذا الشرح من أن الغرر ليس بمعنى

الخدعة، بل هو بمعنى الخطر فيكون المنهي عنه المعاملة المستلزمة للخطر، فيكون ظاهرا

في

الإرشاد إلى الفساد.

(١) التذكرة ج ١ ص ٤٦٦، وعن الشهيد نحوه، وسبقهما الشيخ في الخلاف، فإنه استدلت به في غير موضع منه.

ومال العبد المجهول المقدار بين تملكها على وجه الشرطية في ضمن بيع هذه الأمور، بأن يقول بعتكها على أنها حامل، أو على أن لك حملها، وبين تملكها على وجه الجزئية، بأن يقول بعتكها وحملها، فصحح الأول لأنه تابع، وأبطل الثاني لأنه جزء، لكن قال في الدروس: لو جعل الحمل جزءاً من المبيع فالأقوى الصحة، لأنه بمنزلة الاشتراط ولا يضر الجهالة لأنه تابع. وقال في باب بيع المملوك ولو اشتراه وماله صح، ولم يشترط علمه، ولا التفصي من الربا إن قلنا إنه يملك ولو أحلناه اشترطاً، انتهى.

والصحيح أن يورد عليه بأن دعوى انصراف الحديث إلى المعاملة المستقلة قريية، بل لا يصدق الخطر والغرر على مثل الشرط الذي لم يجعل بإزائه شيئاً، ولا يكون مقابلاً بالمال:

الثاني: التعدي من البيع إلى كل ما هو غرري.

وفيه: أن التعدي يتوقف على إحراز عدم دخل الخصوصية ولم يحرز، مع أنه على فرض التعدي يتعدى إلى كل ما هو مبني على المغالبة كالإجارة، ولا يتعدى إلى الشرط، والاجماع عليه من جهة احتمال كون المدرك النبوي لا يصلح دليلاً للتعدي.

الثالث: أن جهالة الشرط تستلزم غررية البيع وبطلانه، فإذا بطل البيع بطل الشرط، إذ لا شرط موضوعاً أو حكماً إلا في ضمن عقد صحيح، وسيأتي الكلام في ذلك، فالأظهر عدم المبطلية.

وأما الجهة الثانية فقد استدلت لمبطلية جهالة الشرط للبيع في المتن:

بأن الشرط في الحقيقة كالجاء من العوضين. ذكر ذلك في صدر المسألة

وفيه: إن أوصاف المبيع لا بد 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 بالغرض المعاملي - أم لم يكن كذلك، بل كان نسبة عقد البيع إليه نسبة الظرف إلى المظروف فقط بأن كان إيقاعه في ضمن

العقد، لخروجه عن الابتدائية إلى الضمنية، فجهالته لا توجب غررية البيع

والمسألة محل اشكال، وكلماتهم لا يكاد يعرف التيامها، حيث صرحوا بأن للشرط قسطا من أحد العوضين، وأن التراضي على المعاوضة وقع منوطا به، ولازمه كون الجهالة فيه قاذحة، والأقوى اعتبار العلم، لعموم نفي الغرر إلا إذا عد الشرط في العرف تابعا غير مقصود بالبيع، { ١ } كبيض الدجاج. وقد مر بما ينفع هذا المقام في شروط العوضين وسيأتي بعض الكلام في بيع الحيوان إن شاء الله.

فإن الشرط التزام وغير مربوط بالبيع وبما يتقوم به، ولا يوجب خطرا فيه بما هو بيع، وكونه كذلك بالإضافة إلى الغرض العقدي - لا يوجب كون البيع الانشائي كذلك. وأما الجهة الثالثة فقد تقدم تنقيح القول فيها وعرفت أنه لا شرط موضوعا إلا في ضمن العقد.

وأما الجهة الرابعة فلا كلام في أن الشرط مطلقا تابع للعقد في مقام الأثبات والانشاء، ولكن ربما يكون المشروط مستقلا في عالم الثبوت، وربما يكون تابعا في ذلك المقام بالتبعية الذاتية العرفية كتبعية بيض الدجاجة لها والمفتاح للدار ونحو ذلك، والذي وقع محل الكلام إنما هو القسم الأول، وأما الثاني فلا اشكال في أن الجهل به لا يضر، لأن التابع يملك بتبع المتبوع وإن لم يلتفت إليه فضلا عما التفت إليه وذكر مع عدم الإحاطة به. { ١ } قوله إلا إذا عد الشرط في العرف تابعا غير مقصود بالبيع أورد عليه السيد (قدس سره) بأن هذا مناف لما ذكره من أنه يستلزم دائما مقدارا من الغرر مع أن الشرط في الغالب يعد تابعا غير مقصود بل هو كذلك دائما ولكن قد ظهر مما ذكرناه في الجهة الرابعة دفع هذا الإيراد فإن التبعية التي أرادها في هذه العبارة هي التبعية بالمعنى الثاني وما ذكره (رحمه الله) من أن الشرط تابع دائما إنما هو التبعية بالمعنى الأول فلا حظ وتدبر.

الشرط السابع أن لا يكون مستلزما لمحال، { ١ } كما لو شرط في البيع أن يبيعه على البائع، فإن العلامة قد ذكر هنا أنه مستلزم للدور. { ٢ } قال في التذكرة: لو باعه شيئا بشرط أن يبيعه إياه لم يصح سواء اتحد الثمن قدرا وجنسا ووصفا أو لا وإلا جاء الدور لأن يبيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقفة على بيعه فيدور أما لو شرط أن 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 مستلزما للمحال
{ ١ } من الشروط: وهو السابع في المتن أن لا يكون مستلزما 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 فسيأتي الكلام فيها في حكم الشرط الفاسد، وفي النقد والنسيئة.
وأما الجهة الثانية فقد استدلل للبطلان المنسوب إلى المشهور بوجهين:
{ ٢ } الأول: ما عن العلامة (رحمه الله) من لزوم الدور وتقريبه من وجهين:
أحدهما: إن يبيعه له يتوقف على ملكيته، وملكيته تتوقف على حصول الشرط وهو يبيعه له فيلزم الدور،
ولا ينتقض باشتراط يبيعه من غيره، فإنه في نفسه معقول، ولا يكون الشرط متوقفا على الملك، لجواز أن يكون جاريا 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 الأول يكون حصول البيع الأول متوقفا على البيع الثاني، وتوقف الثاني على الأول واضح

لجواز أن يكون جاريا على حد التوكيل أو عقد الفضولي، بخلاف ما لو شرط البيع على البائع، انتهى.

وسياتي تقرير الدور مع جوابه في باب النقد والنسيئة. وقد صرح في الدروس بأن هذا الشرط باطل لا للدور، بل لعدم القصد إلى البيع { ١ } ويرد عليه وعلى الدور النقص بما إذا اشترط البائع على المشتري أن يقف المبيع عليه وعلى عقبه، فقد صرح في التذكرة بجوازه، وصرح بجواز اشتراط رهن البيع على الثمن مع جريان الدور فيه.

وعلى الثاني ما لم يتحقق الشرط ولم يصر البيع لازما لا يحصل الملك، وما لم يحصل الملك

لا يصح البيع الثاني، فإنه من قبيل البيع للمالك، والمبنيان فاسدان. أما الأول: فلأن الشرط في المقام غير الشرط المصطلح، بل هو التزام في ضمن التزام، ولا يكون البيع معلقا على الشرط، بل لزومه متوقف عليه. وأما الثاني، فلأن 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: أن الشرط لا بد وأن يكون مقدورا ومملوكا للشارط، وهذا منتف في المقام، فإنه حين الاشتراط يكون المبيع ملكا للبائع، ولم ينتقل بعد إلى المشتري، فاشتراط بيعه على نفسه مرجعه إلى اشتراط بيع المال على مالكة وهو غير معقول. وفيه: أن الشرط بيعه منه بعد ما انتقل عنه وصار ملكا للمشتري، وهذا في ظرفه معقول ومقدور له، ولا يعتبر أن يكون الشرط حين الاشتراط معقولا ومقدورا. { ١ } الثاني: ما عن الشهيد (رحمه الله) من عدم القصد لأن مثل هذا الشخص لا يريد قطع علاقة الملك عن نفسه والعقد متقوم بالقصد. وفيه: أنه إن أريد بذلك أنه لا غرض عقلائي له في هذا البيع، فيرد عليه أولا: أنه لا يعتبر في صحة العقد وجود الغرض العقلائي. وثانيا: أنه ربما يكون موجودا من التخلص عن حنث النذر وغيره. وإن أريد به أنه لا قصد جدي به، فيرد عليه: أن شرط عود الملك مؤكد لشرط

الشرط الثامن أن 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 لأن المشروط عليه أن انشاء إلزام الشرط على نفسه قبل العقد كان إلزاماً ابتدائياً لا يجب الوفاء به قطعاً، وإن كان أثره مستمراً في نفس الملزم إلى حين العقد بل إلى حين حصول الوفاء وبعده نظير بقاء أثر الطلب المنشأ في زمان إلى حين حصول المطلوب، وإن وعد بايقاع العقد مقروناً بالتزامه، فإذا ترك ذكره في العقد، فلم يحصل ملزم له. نعم يمكن أن

خروجه، إذ لولا خروجه عنه لم يكن معنى لعوده إليه، 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 أن يلتزم به في متن العقد ولا يخفى أن محل 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 أن محل الكلام ليس هو الشرط الذي غفل عنه حين العقد، فإنه لا شبهة في عدم لزوم الوفاء به،

بل محل الكلام الشرط الذي تواطئ المتعاقدان عليه قبل العقد أو أنشأه وكانا متوجهين إليه 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، فإن الشرط من الأمور الانشائية، ولا يتحقق بدون الانشاء والاعتبار النفساني.

الثاني: ما يقع العقد مبنياً عليه، وهذا هو مورد البحث، وفيه أقوال:

نعم يمكن أن يقال: إن العقد إذا وقع مع تواطؤهما على الشرط. كان قيدياً معنوياً له، فالوفاء بالعقد الخاص لا يكون إلا مع العمل بذلك الشرط، ويكون العقد بدونه تجارة لا عن تراض، إذ التراضي وقع مقيداً بالشرط، فإنهم قد صرحوا بأن الشرط كالجزم من أحد العوضين، فلا فرق بين أن يقول بعثك العبد بعشرة، وشرطت لك ماله بين تواطؤهما على كون مال العبد للمشتري، فقال بعثك العبد بعشرة قاصدين العشرة المقرونة بكون مال العبد للمشتري، هذا مع أن الخارج من عموم: المؤمنون عند شروطهم، هو ما لم يقع العقد مبنيًا عليه، فيعم محل الكلام وعلى هذا، فلو تواطأ على شرط فاسد فسد العقد المبني عليه وإن لم يذكر فيه نعم لو نسي الشرط المتواطأ عليه، فأوقعا العقد غير بانين على الشرط، بحيث يقصدان من العوض المقرون بالشرط اتجه صحة العقد، وعدم لزوم الشرط هذا، ولكن الظاهر من كلمات الأكثر عدم لزوم الشرط الغير المذكور في متن العقد، وعدم اجراء أحكام الشرط عليه، وإن وقع العقد مبنيًا عليه، بل في الرياض عن بعض الأجلة حكاية الاجماع على عدم لزوم الوفاء بما يشترط، لا في عقد { ١ } بعد ما ادعى هو قدس سره الاجماع على أنه لا حكم للمشروط إذا 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: الاجماع

وفيه أولاً: أنه غير متحقق، لأن ما ذكره المصنف (رحمه الله) من كلمات القوم لا يدل على

ذلك، إذ ما ذكره من عدم لزوم الوفاء بالشرط لا في عقد مما لا كلام فيه وهو غير

المفروض وهو الشرط المبني عليه العقد،

وما ذكره في باب الربا والمرابحة إنما يكون مع مجرد المقابلة والاطمينان بالعمل على

طبقتها لا مع تقييد العقد به،

وما ذكره في عقد النكاح إنما هو محمول على سبق المقابلة خاصة أو على كونه من

قصد الزوج فقط

فتراهم يجوزون في باب الربا والصرف الاحتيال في تحليل معاوضة أحد المتجانسين بأزيد منه ببيع الجنس بمساويه، ثم هبة الزائد من دون أن يشترط ذلك في العقد، فإن الحيلة لا تتحقق إلا بالتواطىء على هبة الزائد بعد البيع والتزام الواهب بها قبل العقد مستمرا إلى ما بعده. وقد صرح المحقق والعلامة في باب المرابحة بجواز أن يبيع الشيء من غيره بثمن زائد، مع قصدهما نقله بعد ذلك إلى البائع ليجيز بذلك الثمن عند بيعه مرابحة إذا لم يشترط ذلك لفظا. ومعلوم أن المعاملة لأجل هذا الغرض لا يكون إلا مع التواطىء والالتزام بالنقل ثانيا، نعم خص في المسالك ذلك بما إذا وثق البائع بأن المشتري ينقله إليه

وثانيا: أنه ليس إجماعا تعبديا كاشفا 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 تدل على عدم العبرة بالشرط السابق، وهذا مما لا كلام فيه، إنما الكلام في ما أوقعا العقد مبنيا على ذلك الشرط السابق الذي هو حقيقة الشرط، لأنه من مقولة المعنى واللفظ مبرز له، وهذه النصوص لا تدل على عدم الاعتبار بذلك. وبالجملة أن مفاد هذه النصوص اعتبار وقوع النكاح مبنيا على ما تواطئا عليه، وهذا مما لا شك فيه، وليس فيها ما يشهد بكون العبرة باللفظ المذكور في ضمن العقد. الثالث: أن الشرط من الانشائيات، فتحققه يتوقف على الانشاء والايجاد، ولا يكون موضوع الحكم بدون الانشاء، وفيه: أن هذا بديهي، ولكن انشاءه إنما هو بالاعتبار النفساني واللفظ مبرز لذلك، والكلام إنما هو في اعتبار المبرز.
الرابع: ما أفاده المحقق النائيني (رحمه الله) وحاصله: أن الانشائيات ومنها: الشرط لا بد وأن تبرز بمبرز وإلا لا يعتني بها عند العقلاء ولا يرتبون الأثر عليها.
نعم لا يعتبر مبرز خاص، ولذا يعتنى بما هو من قبيل الشروط الضمنية حيث

من دون التزام ذلك وإيقاع العقد على هذا الالتزام لكنه تقييد لاطلاق
كلماتهم خصوصا مع قولهم إذا لم يشترط لفظا.
وبالجملة، فظاهر عبارتي الشرائع والتذكرة أن الاشتراط والالتزام من قصد
هما ولم يذكره أي الاشتراط والالتزام لفظا لا أن النقل من قصد هما فراجع، وأيضا
فقد حكى عن المشهور أن عقد النكاح المقصود فيه الأجل والمهر المعين إذا خلى عن
ذكر الأجل ينقلب دائما. نعم ربما ينسب إلى الخلاف والمختلف: صحة اشتراط عدم
الخيار قبل عقد البيع، لكن قد تقدم في خيار المجلس النظر في هذه النسبة إلى الخلاف،
بل المختلف فراجع، ثم إن هنا وجهها آخر لا يخلو عن وجه، وهو بطلان العقد الواقع
على هذا الشرط. لأن الشرط من أركان العقد المشروط، بل عرفت أنه كالجاء من
أحد العوضين، { ١ } فيجب ذكره في الإيجاب والقبول كأجزاء العوضين. وقد صرح
الشهيد في غاية المراد بوجوب ذكر الثمن في العقد وعدم الاستغناء عنه بذكره سابقا،
كما إذا قال بعني بدرهم فقال: بعثك. فقال المشتري قبلت

إن تعاهدها عند العرف يوجب صيرورتها من المدلولات العرفية للفظ وإن لم يقصدها
المتعاقدان، والشرط الذي تبانيا عليه لا يكون مدلولاً للفظ أبدا، إذ تباني المتكلم
والمخاطب على معنى لا يوجب صيرورة اللفظ دالا عليه بنحو من الدلالة، فلا يعتنى به
وفيه: أن ما أفاده من اعتبار الأبراز في الإنشائيات مما لا اشكال فيه في الجملة، إلا
أن المتيقن من ذلك ما هو مستقل في الاعتبار كالبيع وشبهه، وأما ما يكون تابعا ومن
ضمائم إنشائي آخر فلا دليل على اعتبار الأبراز بالإضافة إليه،
فالأظهر هو القول الثاني.

ولكن الانصاف أن دعوى كون موضوع الأحكام التكليفية والوضعية في باب
الإنشائيات والمعاملات هو ما أبرز بقول أو فعل قريبة، والاحتياط سبيل النجاة.
{ ١ } وأما الثالث: فقد استدلل له المصنف (رحمه الله) بأنه إذا كان مقصود هما إنشاء البيع
المشروط يكون الشرط من أركان العقد المشروط، بل قد مر أنه كالجاء من أحد العوضين
فيجب ذكره في الإيجاب والقبول، وإلا فسد العقد بفساد ركنه.
وفيه: أنه لو تم ذلك لزم منه عدم تحقق البيع المشروط لا بما أنه عقد البيع.

وسياتي في حكم الشرط الفاسد كلام من المسالك إن شاء الله تعالى .
وقد يتوهم هنا شرط تاسع، وهو تنجيز الشرط { ١ } بناء على أن تعليقه يسري إلى العقد بعد ملاحظة رجوع الشرط إلى جزء من أحد العوضين، فإن مرجع قوله بعتك هذا بدرهم، على أن تخيط لي إن جاء زيد على وقوع المعاوضة بين المبيع وبين الدرهم المقرون بخياطة الثوب على تقدير مجيء زيد، بل يؤدي إلى البيع بثمانين على تقديرين فباعه بالدرهم المجرد على تقدير عدم مجيء زيد، وبالدرهم المقرون مع خياطة الثوب على تقدير مجيئه، ويندفع بأن الشرط هو الخياطة على تقدير المجيء، لا الخياطة المطلقة ليرجع التعليق إلى أصل المعاوضة الخاصة، ومجرد رجوعهما في المعنى إلى أمر واحد لا يوجب البطلان. ولذا اعترف بعضهم بأن مرجع قوله: أنت وكيلى إذا جاء رأس الشهر في أن تبيع.

ودعوى: أن المقصود هو المشروط فوقوع غيره وقوع لما لم يقصد مندفعة بأن الشرط ليس من قيود البيع، بل يكون انشاء البيع مطلقا، 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:
الأولى: 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 الانشاء أو انصراف أدلة الامضاء عن المعلق، أو اعتبار الجزم في الانشاء بطل الشرط المعلق، لجريان هذه الوجوه بعينها فيه.
وإن كان المدرك هو الاجماع كما ذكرناه في الجزء الرابع من هذا الشرح لم يبطل، إذ القدر المتيقن منه العقود، بل البيع.

وأنت وكيلي في أن تباع إذا جاء رأس الشهر إلى واحد مع الاتفاق على صحة الثاني، وبطلان الأول.

نعم ذكر في التذكرة: إنه لو شرط البائع كونه أحق بالمبيع لو باعه المشتري، ففيه اشكال، لكن لم يعلم أن وجهه تعليق الشرط، بل ظاهر عبارة التذكرة، وكثير منهم في بيع الخيار بشرط رد الثمن كون الشرط وهو الخيار معلقا على رد الثمن، وقد ذكرنا ذلك سابقا في بيع الخيار بشرط رد الثمن كون الشرط وهو الخيار معلقا على رد الثمن وقد ذكرنا ذلك سابقا في بيع الخيار

وأما الجهة الثانية، فقد استدل لبطلان البيع بوجهين:
الأول: أن التعليق في الشرط موجب للتعليق في البيع، فإن شرط الشرط شرط، فما علق عليه الشرط في الحقيقة يكون معلقا عليه نفس البيع، المشروط.
وفيه أولا: أن التعليق إنما يكون في متعلق الشرط والملتزم به لا في الشرط والالتزام، مثلا: الشرط في قول: بعتك هذا بدرهم على أن تخيط ثوبي أن جاء زيد، هو الخياطة على تقدير المجيء لا الخياطة المطلقة.
وثانيا: أن الشرط ليس جزء من أحد العوضين، بل هو التزام في ضمن التزام، فالتعليق فيه لا يسري إلى البيع.
الثاني: أن مرجع التعليق في الشرط إلى البيع بثمانين وهو الدرهم على تقدير، ومع الضميمة على تقدير آخر.
والجواب عن ذلك بإرجاع التعليق إلى متعلق الشرط لا يكفي، فإن المحذور هو اختلاف الثمن على التقديرين، بل الحق في الجواب هو المنع عن كون الشرط جزء للثمن، وقد تقدم تنقيح القول في ذلك.

وعن المحقق النائيني الاستدلال لصحة الشرط المعلق: مضافا إلى أنها مقتضى العمومات: بما ورد في امرأة مكاتبة أعانها ولد زوجها على أداء مال كتابتها مشروطا عليها عدم الخيار على زوجها بعد الانعتاق من نفوذ الشرط وصحته مستشهدا بعموم: المسلمون عند شروطهم، ولا بأس به، فتحصل أن الأظهر صحة العقد والشرط.

مسألة: في حكم الشرط الصحيح { ١ } وتفصيله: إن الشرط أما أن يتعلق بصفة من صفات المبيع الشخصي، ككون العبد كاتباً، والجارية حاملاً، ونحوهما. وأما أن يتعلق بفعل من أفعال أحد المتعاقدين أو غيرهما، كاشتراط إعتاق العبد، وخياطة الثوب، وأما 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 النائيني (رحمه الله) أنه في موارد شرط النتيجة يكون المشروط هو اعتبار الشارع، وعليه قسما الشرط إلى أقسام ثلاثة: شرط الوصف، شرط الغاية والنتيجة شرط الفعل.

ولكن الظاهر أن متعلق الشرط فيها هو الاعتبار النفساني للمتعاقد الذي هو تحت اختيارهما دون الاعتبار الشرعي الخارج عن تحت قدرتهما، وعليه ففي تلك الموارد أيضا 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 كالخياطة.

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

إذ 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 فإنه استدلال لبطلان شرط النتيجة بمثل ذلك، وحكمه بالخيار لعله من جهة إرجاع شرط الوصف إلى التوصيف، والخيار من باب تخلف الوصف لا تخلف الشرط، وقد صرح المصنف (رحمه الله) في مسألة اشتراط المقدورية برجوع شرط الوصف إلى التوصيف. الثانية: في بيان ما هو الحق، وقد استدلال لبطلان شرط الوصف بوجوه:
الأول: عدم المعقولية، فإن الوصف إما حاصل أولاً، وعلى التقديرين لا معنى للالتزامه.

وما أفاده السيد الفقيه من أن الالتزام بالوصف الحالي وإن كان لا يعقل حقيقة عقلية إلا أن الالتزام العرفي يمكن تعقله وتحققه، فإننا نراهم يلتزمون بأمثال ذلك، فيقولون على عهدتي أن يفعل فلان كذا. أو أن يكون البيع متصفاً بكذا غريب، فإن ذلك من العرف إنما هو في مقام الأخبار، وتثبيت ما أخبر عنه، ولا دخل له بما هو من قبيل الانشاء.

وفيه: أن الشرط لا يكون منحصراً في الإلزام والالتزام، بل قد يكون تقييداً محضاً لا 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 لا أنه مصحح للشرط.

وأما الثالث: فإن أريد باشتراط الغاية أعني الملكية والزوجية ونحوهما اشتراط تحصيلهما بأسبابهما الشرعية فيرجع إلى الثاني وهو اشتراط الفعل وإن أريد حصول الغاية بنفس الاشتراط، فإن دل الدليل الشرعي على عدم تحقق تلك الغاية ٢ إلا بسببها الشرعي الخاص، كالزوجية والطلاق والعبودية والانعتاق وكون المرهون مبيعا عند انقضاء الأجل ونحو ذلك كان الشرط فاسدا، لمخالفته للكتاب والسنة، كما أنه لو دل الدليل على كفاية الشرط فيه، كالوكالة، والوصاية، وكون مال العبد، وحمل الجارية وثمر الشجرة ملكا للمشتري، فلا اشكال. وأما لو لم يدل دليل على أحد الوجهين، كما لو شرط في البيع كون مال خاص غير تابع لأحد العوضين، كالأمثلة المذكورة ملكا لأحدهما أو صدقة أو كون العبد الفلاني حرا ونحو ذلك.

وفيه أنه إذا كان الالتزام بالوصف صحيحا كان معناه تعليق الالتزام بالبيع عليه، ومع عدمه لا يكون ملزما بالوفاء بالعقد، ولو كان موجودا يكون ملزما 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 يشملهم. وفيه: أنه وإن تقدم في الجزء الثالث في مبحث المعاطاة: إن مفاد: المسلمون عند شروطهم: وجوب العمل بالشرط تكليفا، ولا يكون ذلك متكفلا لحكم وضعي من الصحة واللزوم، وعليه فلا يشمل شرط الوصف إلا أنه لا ينحصر الدليل بذلك ومقتضى قوله (صلى الله عليه وآله): الشرط جائز بين المسلمين (٢) أي نافذ صحة هذا الشرط، فالأظهر صحته ونفوذه.

(١) الوسائل - باب ٦ - من أبواب الخيار.
(٢) الخلاف ج ٢ ص ٨ كتاب البيوع بيع الشرط.

ففي صحة هذا الشرط اشكال { ١ } من أصالة عدم تحقق تلك الغاية. إلا بما علم كونه سببا لها وعموم المؤمنون عند شروطهم، { ٢ } ونحوه لا يجري هنا، لعدم كون الشرط فعلا ليجب الوفاء به، ومن أن الوفاء لا يختص بفعل ما شرط بل يشمل ترتيب الآثار عليه، نظير الوفاء بالعهد، ويشهد له تمسك الإمام (عليه السلام) بهذا العموم في موارد كلها من هذا القبيل، كعدم الخيار للمكاتبة التي أعانها ولد زوجها على أداء مال الكتابة مشروطا عليها عدم الخيار على زوجها بعد الانعتاق،

حكم شرط النتيجة

المورد الثاني في شرط الغاية والنتيجة.

{ ١ } قال المصنف ففي 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 متضمنا لبيان حكم تكليفي والشرط في الفرض ليس فعلا 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 المشترط

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 بنينا على جريان أصالة عدم المخالفة يحكم 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 فإشكال المصنف (رحمه الله) في صحة هذا

الشرط مع بنائه على جريان الأصل المشار إليه لا وجه له

(١) الوسائل - باب ٦ - من أبواب الخيار.

(٢) الخلاف ج ٢ ص ٨ كتاب البيوع، بيع الشرط.

مضافا إلى كفاية دليل الوفاء بالعقود في ذلك بعد صيرورة الشرط جزء للعقد { ١ } وأما توقف الملك وشبهه على أسباب خاصة، فهي دعوى غير مسموعة مع وجود أفراد اتفق على صحتها، كما في حمل الجارية ومال العبد وغيرهما. ودعوى تسويغ ذلك لكونها توابع للمبيع مدفوعة، لعدم صلاحية ذلك للفرق { ٢ }

فإن المخالف للكتاب مفهومه مبين، وحكمه واضح لا شك في شيء منهما، والشك إنما يكون

مصادقيا من هذه الجهة، فالتمسك بعموم دليل نفوذ الشرط تمسك بالعام في الشبهة المصادقية فلا يجوز، ولكن حيث عرفت أنه تجري أصالة عدم المخالفة، ففي مورد الشك يرجع إلى عموم دليل نفوذ الشرط.

ويشهد لصحة هذا الشرط وتامية الاستدلال بالعموم: ما تضمن عدم الخيار للمكاتبة التي أعانها ولد زوجها على أداء مال الكتابة مشروطا عليها عدم الخيار على زوجها بعد الانعتاق، مستشهدا بهذا العموم.

{ ١ } وقد استدل لصحة هذا الشرط بدليل الوفاء بالعقود وفيه: أن الشرط ليس جزء للعقد، بل هو التزام في التزام. ولكن مع تسليم المبنى لا يرد عليه ما ذكره المحقق الإيرواني (رحمه الله) بقوله: إذا كان دليل المؤمنون مختصا بشرط الفعل كان دليل أوفوا أولى بالاختصاص، لصراحته في التكليف الموجب للاختصاص،

فإن دليل المؤمنون، بما أن مضمونه عدم انفكك المؤمن عن شرطه لا عدم انفكك الشرط عن المؤمن وهذا ليس صفة في الشرط، بل صفة في المؤمن لا محالة، يكون ظاهرا في كونه متضمنا لحكم تكليفي بخلاف آية الوفاء.

نعم يرد عليه إيراد آخر وهو: ما ذكرناه في مبحث المعاطاة من أنه لو كان الأمر بالوفاء إرشاديا يكون إرشادا إلى اللزوم لا إلى الصحة، فراجع.

{ ٢ } قوله مدفوعة لعدم صلاحية ذلك للفرق

لا كلام في أن التابع إن كان تابعا بنفسه كالزوائد المتصلة في الحيوان مثل صوفه ووبره يملك بتبع العين ولو لم يشترط بل ولو لم يلتفت إليه حين العقد - كما أنه لو صار تابعا

بالاشتراط يصير من لو أحق المتبوع ويملك بتبعه كما في الدابة وحملها

مع أنه يظهر من بعضهم جواز اشتراط ملك حمل دابة في بيع أخرى، كما يظهر من المحقق الثاني في شرح عبارة القواعد في شرائط العوضين وكل مجهول مقصود بالبيع لا يصح بيعه، وإن انضم إلى معلوم. وكيف كان، فالأقوى صحة اشتراط الغايات التي لم يعلم من الشارع إناطتها بأسباب خاصة، كما يصح نذر مثل هذه الغايات { ١ } بأن ينذر كون المال صدقة أو الشاة أضحية أو كون هذا المال لزيد. وحينئذ فالظاهر عدم الخلاف في وجوب الوفاء بها بمعنى ترتب الآثار، وإنما الخلاف والاشكال في القسم الثاني وهو ما تعلق فيه الاشتراط بفعل. { ٢ }

والكلام فيه يقع في مسائل:
الأولى: في وجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعي { ٣ } ظاهر المشهور هو

وهذا لا ينافي توقف حصول الملكية على سبب خاص إذا لمعاوضة حقيقة وانشاء بين المتبوع وعوضه

فما أفاده المصنف (رحمه الله) غير تام.

{ ١ } قوله كما يصح نذر مثل هذه الغايات

لا يخفى أن من استشكل في شرط النتيجة كصاحب الجواهر (رحمه الله) استشكل في نذر

النتيجة أيضا

اللهم إلا أن يقال إن هذا يريد عليه بلحاظ ما عن سيد المدارك من اسناد صحة هذا النذر إلى قطع الأصحاب.

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

الوجوب لظاهر النبوي: المؤمنون عند شروطهم { ١ } والعلوي من شرط لامراته شرطا فليف لها به، فإن المسلمين عند شروطهم { ٢ } إلا شرطا حرم حلالا أو حلال حراما ويؤكد الوجوب ما أرسل في بعض لكتب من زيادة قوله إلا 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 (صلى الله عليه وآله): المؤمنون عند شروطهم. (١)

وتقريب دلالاته على الحكم التكليفي: أن ظاهر كون المؤمن عند شرطه ملازمته إياه وقيامه بمقتضاه، والاختبار بالتحقق يناسب إرادته والبعث نحوه، وحيث إنه متضمن لكون المؤمن عند شرطه لا عدم انفكاك الشرط عن المؤمن فلا يناسب ذلك الوضع، بل يناسب التكليف كما مر تحقيقه في مبحث المعاطاة.

وأما تقريب دلالاته على الوجوب دون الندب فبأمور:
الأول: ما حقق في محله من أن دلالة الجملة الخبرية على الوجوب أقوى من دلالة الأمر عليه.

{ ٢ } الثاني: إنه استدل بمثله على الأمر بالوفاء لاحظ: العلوي: من شرط لامراته شرطا فليف لها به، فإن المسلمين عند شروطهم. (٢) ونحوه غيره:

الثالث: جعل المؤمن موضوعا: فإن مفهوم القضية أن من لا يفى بشرطه لا يكون مؤمنا ولا يكون كذلك إلا بكونه عاصيا وخارجا 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

(١) الخلاف ج ٢ ص ٨.

(٢) الوسائل - باب ٤٠ - من أبواب المهور كتاب النكاح.

هذا كله مضافا إلى عموم وجوب الوفاء بالعقد بعد كون الشرط كالجزم من ركن العقد خلافا لظاهر الشهيد في اللمعة، وربما ينسب إلى غيره حيث قال إنه لا يجب على المشروط عليه فعل الشرط، وإنما فائدته جعل العقد عرضة للزوال، ووجهه مع ضعفه يظهر مما ذكره قدس سره في تفصيله المحكي في الروضة عنه (قدس سره)

دون الشارط، وظاهر العصيان هو المخالفة للتكليف، واحتمال إرادة المعصية بنفس الالتزام فيكون مساوقا لأخبار استثناء ما خالف الكتاب متوقف على حرمة الالتزام بالمعصية، وبخلاف حكم الله، ولا دليل عليه. وقد استدل لعدم دلالة على الوجوب، بل دلالة على الندب بوجهين: الأول: ما أفاده جمع وهو: أن تعليق الوفاء على الايمان دليل الفضل والندب، بل عن المحقق الإيرواني (رحمه الله) أن ذلك كاشف عن عدم صوغ القضية في انشاء الحكم وإلا فأى اختصاص للمؤمن في ذلك فتحمل القضية على ظاهرها وهو الأخبار. وفيه: ما عرفت من أن مفهومه أن من لا يفي بشرطه غير مؤمن، وهذه المبالغة تناسب وجوب الوفاء كما لا يخفى. الثاني: أن 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: أن الشرط الفاسد خارج عن تحت ذلك الدليل على جميع التقادير، والشرط في ضمن العقد الجائز يجب الوفاء به، وجواز العقد لا ينافي وجوبه كما تقدم غير مرة، فالأظهر وجوب الوفاء.

{ ١ } قوله مضافا إلى عموم وجوب الوفاء بالعقد قد مر عدم صحة الاستدلال به على ذلك فإن الشرط ليس جزء لأحد العوضين وبما حققناه يظهر ما في سائر كلمات المصنف (رحمه الله) في المقام.

في بعض تحقيقاته، وهو أن الشرط الواقع في العقد اللازم إن كان العقد كافيا في تحققه، ولا يحتاج بعده إلى صيغة، فهو لازم لا يجوز الاختلال به كشرط الوكالة وإن احتاج بعده إلى أمر آخر وراء ذكره في العقد كشرط العتق فليس بلازم، بل يقبل العقد اللازم جائزا وجعل السر فيه أن اشتراط ما العقد كاف في تحققه كجزء من الايجاب والقبول فهو تابع لهما في اللزوم والجواز واشتراط ما سيوجد أمر منفصل عن العقد وقد علق عليه العقد والمعلق على الممكن وهو معنى قلب اللازم جائزا، انتهى.

قال في الروضة بعد حكاية هذا الكلام: والأقوى اللزوم مطلقا، وإن كان تفصيله أجود مما اختاره هنا.

أقول ما ذكره (قدس سره) في بعض تحقيقاته لا يحسن عده تفصيلا في محل الكلام مقابلا لما اختاره في اللمعة، لأن الكلام في اشتراط فعل سائغ، وأنه هل يصير واجبا على المشروط عليه أم لا، كما ذكره الشهيد في المتن، فمثل اشتراط كونه وكيلا ليس إلا كاشتراط ثبوت الخيار أو عدم ثبوته له، فلا يقال إنه يجب فعله أو لا يجب. نعم وجوب الوفاء بمعنى ترتيب آثار ذلك الشرط المتحقق بنفس العقد مما لا خلاف فيه، إذ لم يقل أحد بعدم ثبوت الخيار أو آثار اللزوم بعد اشتراطهما في العقد أي ثبوت الخيار وعدم ثبوته.

وبالجملة، فالكلام هنا في اشتراط فعل يوجد بعد العقد. نعم، كلام الشهيد في اللمعة أعم منه ومن كل شرط لم يسلم لمشتراطه، ومراده تعذر الشرط، وكيف كان، فمثل اشتراط الوكالة أو الخيار وعدمه خارج عن محل الكلام، إذ لا كلام ولا خلاف في وجوب ترتب آثار الشرط عليه، ولا في عدم انفساخ العقد بعدم ترتيب الآثار، ولا في أن المشروط عليه يجبر على ترتيب الآثار، وإن شئت قلت: اشتراط الوكالة من اشتراط الغايات لا المبادئ.

ومما ذكرنا يظهر أن تأييد القول المشهور أو الاستدلال عليه بما في الغنية من الاجماع على لزوم الوفاء بالعقد غير صحيح، لأنه إنما ذكر ذلك في مسألة اشتراط الخيار. وقد عرفت خروج مثل ذلك عن محل الكلام. نعم، في التذكرة لو اشترى عبدا بشرط أن يعتقه المشتري صح البيع ولزم الشرط عند علمائنا أجمع، ثم إن ما

ذكره الشهيد (قدس سره) من أن اشتراط ما سيوجد أمر منفصل، وقد علق عليه العقد الخ لا يخلو عن نظر، إذ حاصله أن الشرط قد علق عليه العقد في الحقيقة، وإن كان لا تعليق صورة، فحاصل قوله بعثك هذا العبد على أن تعتقه، أن الالتزام بهذه المعاوضة معلق على التزامك بالعتق، فإذا لم يلتزم بالاعتاق لم يجب على المشروط له الالتزام بالمعاوضة.

وفيه مع أن المعروف بينهم أن الشرط بمنزلة الجزء من أحد العوضين، وأن القاعدة اللفظية في العقد المشروط لا يقتضي هذا المعنى أيضا، أن رجوعه إلى التعليق على المحتمل يوجب عدم الجزم المفسد للعقد وإن لم يكن في صورة التعليق أن لازم هذا الكلام أعني دعوى تعليق العقد على الممكن ارتفاعه من رأس عند فقد الشرط لا انقلابه جائزا.

الثانية: في أنه لو قلنا بوجوب الوفاء به من حيث التكليف الشرعي، فهل يجبر عليه لو امتنع؟ { ١ } ظاهر جماعة ذلك.

وظاهر التحرير خلافه، قال في باب الشروط: إن الشرط إن تعلق بمصلحة المتعاقدين، كالأجل والخيار والشهادة والتضمين والرهن، واشتراط صفة مقصودة كالكتابة، جاز ولزم الوفاء، ثم قال: إذا باع بشرط العتق صح البيع والشرط، فإن أعتقه المشتري وإلا ففي اجباره وجهان: أقربهما عدم الاجبار، انتهى.

في جواز الاجبار وعدمه

{ ١ } الثانية: في أنه لو قلنا بوجوب الوفاء به من حيث التكليف الشرعي فهل يجبر عليه لو امتنع؟ فيه أقوال أربعة:

الأول: جواز الاجبار.

الثاني: عدمه.

الثالث: التفصيل بينما كان حقا للبائع فلا يجوز الاجبار وبين ما كان حقا لغيره فيجوز كما يظهر من الصيمري.

الرابع: ما يظهر من العلامة، وهو: الفرق بين ما يكون من متعلقات المعاملة كالرهن والكفيل وتعجيل الثمن فيجوز الاجبار، وبين ما يكون أجنبيا عنها كاشتراط العتق فلا يجوز

وقال في الدروس يجوز اشتراط سائغ في العقد، فيلزم الشرط في طرف
المشترط عليه، فإن أخل به فللمشترط الفسخ، وهل يملك اجباره عليه فيه نظر،
انتهى.

ولا معنى للزوم الشرط إلا وجوب الوفاء به، وقال في التذكرة في فروع
مسألة العبد المشترط عتقه: إذا أعتقه المشتري فقد وفي بما وجب عليه - إلى أن قال:
وإن امتنع أجبر عليه، إن قلنا إنه حق لله تعالى، وإن قلنا إنه حق للبائع لم يجبر، كما في
شرط الرهن والكفيل، لكن يتخير البائع في الفسخ لعدم سلامة ما شرط، ثم ذكر
للشافعي وجهين في الاجبار وعدمه. إلى أن قال: والأولى عندي الاجبار في شرط
الرهن والكفيل لو امتنع، كما لو شرط تسليم الثمن معجلا فأهمل، انتهى.
ويمكن أن يستظهر هذا القول: أعني الوجوب تكليفا مع عدم جواز الاجبار
من كل من استدل على صحة الشرط بعموم المؤمنون، مع قوله بعدم وجوب
الاجبار، كالشيخ في المبسوط، حيث استدل على صحة اشتراط عتق العبد المبيع
بقوله (عليه السلام) المؤمنون عند شروطهم، ثم ذكر أن في اجباره على الاعتاق لو امتنع
قولين: الوجوب لأن عتقه قد استحق بالشرط، وعدم الوجوب وإنما يجعل (يحصل)
له الخيار، ثم قال: والأقوى هو الثاني، انتهى.

فإن ظهور النبوي في الوجوب من حيث نفسه، ومن جهة القرائن المتصلة
والمنفصلة مما لا مساغ لانكاره. بل الاستدلال به على صحة الشرط عند الشيخ
ومن تبعه في عدم افساد الشرط الفاسد يتوقف ظاهرا على إرادة الوجوب منه، إذ
لا تنافي بين استحباب الوفاء بالشرط وفساده، فلا يدل استحباب الوفاء بالعتق
المشروط في البيع على صحته.

ثم إن الصيمري في غاية المرام قال: لا خلاف بين علمائنا في جواز اشتراط
العتق لأنه غير مخالف للكتاب والسنة، فيجب الوفاء به، قال: وهل يكون حقا لله
تعالى أو للعبد، أو للبائع؟ يحتمل الأول. إلى أن قال: ويحتمل الثالث وهو مذهب
العلامة في القواعد والتحرير، لأنه استقرب فيهما عدم إجبار المشتري على العتق،
وهو يدل على أنه حق للبائع، وعلى القول بأنه حق 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 بالعتق، ومع الامتناع يرافعه إلى الحاكم ليجبره على ذلك، وكسبه قبل العتق للمشتري على جميع التقادير، انتهى.

وظاهر استكشافه مذهب العلامة قدس سره عن حكمه بعدم الاجبار: إن كل شرط يكون حقا مختصا للمشتري لا كلام ولا خلاف في عدم الاجبار عليه، وهو ظاهر أول الكلام السابق في التذكرة، لكن قد عرفت قوله أخيرا والأولى أن له اجباره عليه وإن قلنا إنه حق للبائع، وما أبعد ما بين ما ذكره الصيمري وما ذكره في جامع المقاصد والمسالك من أنه إذا قلنا بوجوب الوفاء فلا كلام في ثبوت الاجبار حيث قال: واعلم أن في اجبار المشتري على الاعتاق وجهين أحدهما العدم، لأن للبائع طريقا آخر للتخلص وهو الفسخ. والثاني له ذلك، لظاهر قوله تعالى: (أوفوا بالعقود) والمؤمنون عند شروطهم إلا من عصى الله وهو الأوجه، انتهى. وفي المسالك جعل أحد القولين ثبوت الخيار وعدم وجوب الوفاء مستدلا 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 مسألتي وجوب الوفاء والتسلط على الاجبار. كما أن ظاهر الصيمري الاتفاق على وجوب الوفاء، بل وعلى عدم الاجبار فيما كان حقا مختصا للبائع، والأظهر في كلمات الأصحاب وجود الخلاف في المسألتين، وكيف كان، فالأقوى ما اختاره جماعة من أن للمشروط له اجبار المشروط عليه لعموم وجوب الوفاء بالعقد والشرط، { ١ }

ومحل الكلام إنما هو الاجبار المالكى لا الاجبار من ناحية وجوب الأمر بالمعروف. { ١ } وقد استدلل لوجوب الاجبار في المتن: بما دل على وجوب الوفاء بالعقد والشرط، بتقريب: أنه كما يكون مقتضى العقد ملكية كل من المتبايعين لما انتقل من

فإن العمل بالشرط ليس إلا كتسليم العوضين، فإن المشروط له قد ملك الشرط على المشروط عليه بمقتضى العقد المقرون بالشرط، فيجبر على تسليمه. وما في جامع المقاصد من توجيه عدم الاجبار

الآخر إليه فيكون مالكا فيجبر طرفه على تسليمه، كذلك يكون المشروط له مالكا. على المشروط عليه بمقتضى العقد المقرون بالشرط فيجبر على تسليمه. والظاهر أن هذا مراده (قدس سره) لا ما أفيد من أن مقتضى وجوب الوفاء لزوم التسليم والعمل، فيجبر لو امتنع الموهم وحدة الخلاف في المسألتين، فإنه (قدس سره) قد فر من ذلك آنفا.

وفيه: أن آية الوفاء بالعقد (١) لا تدل على نفوذ الشرط، ولزوم العمل، به، فضلا عن كون العمل ملكا للمشروط له، ودليل الوفاء بالشرط قد مر أنه يدل على الحكم التكليفي لا الملكية.

فالحق - أن يقال: إن جواز الاجبار مبني على استفادة الاستحقاق من أدلة الشروط وعدمها، إذ بناء على الاستحقاق يجوز الاجبار لكونه ممتنعا عما يستحقه الغير، وبناء على التكليف المحض لا يجوز، من غير فرق على التقديرين بين القول بوجوب الوفاء وعدمه.

ويمكن الاستدلال للاستحقاق بوجوه:

منها: أن المستفاد من الأدلة والمقطوع به بين الأصحاب جواز إسقاطه، والحكم لا يقبل الإسقاط.

ومنها: قوله (عليه السلام) المتقدم: من شرط لامراته شرطا فليف لها به، (١) فإن ظاهر الكلام الاختصاص الملكي والحقي.

ومنها: بناء العقلاء على ذلك، وعليه فيجوز الاجبار.

(١) المائدة: ٢.

(٢) الوسائل - باب ٦ - من أبواب الخيار حديث ٥.

بأن له طريقا إلى التخلص بالفسخ { ١ } ضعيف في الغاية، فإن الخيار إنما شرع بعد تعذر الاجبار دفعا للضرر.

وقد يتوهم أن ظاهر الشرط هو فعل الشيء اختيارا، فإذا امتنع المشروط عليه فقد تعذر الشرط وصدور الفعل منه كرها غير ما اشترط عليه، فلا ينفع في الوفاء بالشرط. { ٢ }

ويندفع بأن المشروط هو نفس الفعل مع قطع النظر عن الاختيار والاجبار، وإنما يعرض له من حيث إنه فعل واجب عليه، فإذا أجبر فقد أجبر على نفس الواجب. نعم لو صرح باشتراط صدور الفعل عنه اختيارا وعن رضا منه لم ينفع اجباره في حصول الشرط.

وقد استدل لعدم الجواز بوجهين:

{ ١ } الأول: ما عن جامع المقاصد من أن له طريقا إلى التخلص بالفسخ وفيه: أن مقتضى هذا الوجه لو تم عدم تعيين الاجبار، والكلام إنما هو في جوازه مع أنه لا يتم، فإن الخيار شرع بعد تعذر الاجبار كما سيأتي.

{ ٢ } الثاني: إن الشرط هو الإتيان بالعمل من عند نفسه فالفعل الحاصل بسبب الاجبار ليس عملا بالشرط، فالشرط غير قابل لأن يجبر عليه. وفيه: أنه لا ريب في كونه هو الإتيان باختياره أما لا عن كره فهو لا نظر له إليه. وقد استدل للثالث: بأن البائع يمكنه الفسخ استدراكا لحقه بخلاف غيره، إذ لا طريق له إلا الاجبار.

وقد ظهر اندفاعه مما ذكرناه في رد ما عن جامع المقاصد آنفا.

واستدل للرابع: بأن ما هو من متعلقات المعاملة يكون بمنزلة العوضين في جواز الاجبار على تسليمه بخلاف غيره.

وقد ظهر جوابه مما ذكرناه

فالأظهر جواز الاجبار.

ثبوت الخيار مع عدم تعذر الاجبار

الثالثة: في أنه هل للمشروط له الفسخ مع التمكّن من الاجبار، { ١ } فيكون مخيراً بينهما أم لا يجوز له الفسخ إلا مع تعذر الاجبار: ظاهر الروضة وغير واحد هو الثاني، وصريح موضع من التذكرة هو الأول، قال: لو باعه شيئاً بشرط أن يبيعه آخر أو يقرضه بعد شهر أو في الحال لزمه الوفاء بالشرط، فإن أخل به لم يبطل البيع لكن يتخير المشتري بين فسخه للبيع وبين إلزامه بما شرط، انتهى.

{ ١ } الثالثة: في أنه هل للمشروط له الفسخ مع التمكّن من الاجبار أم لا؟ واعترض المحقق النائيني (رحمه الله) على المصنف الذي عنون هذه المسألة بأنها بعينها

هي

المسألة السابقة باختلاف يسير وتفاوت في العبارة قال: لعله سهو من قلمه. وفيه: أن الكلام في المسألة السابقة كان في جواز الاجبار وعدمه، وفي هذه المسألة إنما يكون في تقدمه على الفسخ وعدمه، فالفرق بين المسألتين واضح.

وأورد المحقق الإيرواني (رحمه الله) عليه: بأن عنوان هذه المسألة عجيب، فإن عدم تعقل اجتماع حق الاجبار والخيار بمكان من الوضوح، فإن الاجبار في موضوع عموم الشرط وشموله لما يصدر جبراً، فلا يكون تخلف مهما أمكن الفرد الاجباري منه، وموضوع الخيار

صورة تعذر الشرط بجميع أفرادها، وأنى يجتمع هذان الأمران. وفيه: أن موضوع الخيار ليس صورة تعذر الشرط خاصة، بل امتناع من عليه الشرط عن العمل به، فإن المجعول هو الشرط من حيث هو، وإنما يجبر عليه في المرتبة اللاحقة وهي الامتناع عن العمل به، فالامتناع موضوع للحكمين، وكيف كان ففي المسألة قولان:

أحدهما: أن له ذلك مع التمكّن من الاجبار. والآخر: أنه ليس له ذلك.

وقد استدلل للثاني بوجهين:

الأول: أن هذا الخيار على خلاف القاعدة، ودليله حديث الضرر وهو لا يجري إلا مع تعذر الاجبار، إذ لا ضرر مع التمكّن من الاجبار، فلا خيار، وعلى هذا حمل كلام المصنف (رحمه الله)

ولا نعرف مستندا للخيار مع التمكّن من الاجبار لما عرفت من أن مقتضى العقد المشروط هو العمل على طبق الشرط اختياراً أو فهراً إلا أن يقال: إن العمل بالشرط لازم على المشروط عليه يجبر عليه إذا بني المشروط له على الوفاء بالعقد.

ويرد عليه:

مضافاً إلى ما عرفت من أن حديث الضرر لا يصلح دليلاً للخيار في مورد من الموارد،

وإلى أن الدليل لا ينحصر به كما سيمر عليك

أنه يمكن أن يقال: إن جواز الاجبار لا يوجب رفع الضرر، بل الرفع هو الاجبار نفسه، وعليه فلزوم البيع مع امتناع المشروط عليه من العمل بالشرط ضرري يرفعه الحديث، وليس المرفوع خصوص حكم ضرري لا يتمكّن من رفعه.

الثاني: أن المتيقن من الاجماع الصورة المذكورة.

وفيه: أن المدرك ليس هو الاجماع.

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 التمكّن من الاجبار.

واستدل السيد (قدس سره) 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 والاجباري.

(١) الوسائل - باب ٧ - من أبواب الخيار حديث ٢.

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، لأن كلا منهما قد ملك ما في يد الآخر، ولا يخرج عن ملكه بعدم تسليم صاحبه فيجبران على ذلك بخلاف الشرط، فإن المشروط حيث فرض فعلا كالاتفاق فلا معنى لتملكه، فإذا امتنع المشروط عليه عنه فقد نقض العقد، فيجوز للمشروط له أيضا نقضه، فتأمل.

وقد ذكر المصنف (رحمه الله) بعد ما اختار عدم ثبوت الخيار مع التمكن من الاجبار وجها

لثبوت نتيجة الخيار في عرض الاجبار.

{ ١ } وحاصله: إن المشروط عليه إذا امتنع عن العمل بالشرط يكون امتناعه ذلك امتناعا عن العمل بالعقد المشروط، ونقضا للعقد، إذ ليس الشرط كامتناع أحدهما عن تسليم أحد العوضين حيث إن مقتضى العقد ملكية كل من المتبايعين لمال الآخر، فالامتناع عن التسليم ليس نقضا للعقد،

وهذا بخلاف الشرط، فإن الوفاء به إنما يكون بإيجاده ومع عدمه يكون ذلك نقضا للعقد المشروط، فللمشروط له أيضا نقضه فيرجع ذلك إلى التقايل. وبهذا البيان اندفع ما أساء به الأدب المحقق الإيرواني (رحمه الله) فراجع. ولكن يرد عليه (قدس سره) أن عدم العمل بالشرط ليس حلاله حتى يكون بضميمة حل 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 إنه كما يكون للعقد وفاء: ان: حقيقي وعملي وكذلك له نقضان، كذلك يكون للشرط بلا تفاوت بينهما.

ثم على المختار من عدم الخيار إلا مع تعذر الاجبار لو كان الشرط من قبيل الانشاء القابل للنيابة، فهل يوقعه الحاكم عنه إذا فرض تعذر اجباره، { ١ } الظاهر ذلك لعموم ولاية السلطان على الممتنع { ٢ } فيندفع ضرر المشروط له بذلك. الرابعة: لو تعذر الشرط فليس للمشترط إلا الخيار، { ٣ } لعدم دليل على الأرش،

{ ١ } قوله فهل يوقعه الحاكم عنه إذا فرض تعذر اجباره الظاهر أن له ذلك لا لثبوت الولاية المطلقة له فإن ذلك باطل كما أسلفناه ولا لأن الشرط أعم من فعل المشروط عليه وغيره { ٢ } بل لأن الحاكم ولي الممتنع وإن شئت قلت إن حفظ مال الناس ومتعلق حقهم مما يعلم أن الشارع الأقدس لا يرضى بتركه فهو من الأمور الحسبية يتولاه الحاكم ويمكن أن يستشهد له بما دل (١) على أن من لا ينفق على زوجته بجبره الحاكم على ذلك وإن لم يمكن يطلقها الحاكم، مع أن الطلاق أمره أضيق من سائر الانشائيات. حكم تعذر الشرط { ٣ } الرابعة: لو تعذر الشرط فلا كلام في ثبوت الخيار، فهل للمشروط له امضاء العقد وأخذ شيء بإزاء الشرط، كما عن العلامة (رحمه الله) في التذكرة حيث حكم بثبوت الأرش فيما إذا اشترط عتق العبد فمات العبد قبل العتق، وتبعه الصيمري فيما إذا اشترط تدبير العبد، قال: إن امتنع من تدبيره تخير البائع بين الفسخ واسترجاع العبد وبين الامضاء فيرجع بالتفاوت بين قيمته لو بيع مطلقا وقيمه 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 أن الظاهر من العلامة قدس سره تقسيم الشروط إلى أقسام:

(١) كتاب النكاح - باب ١ - من أبواب النفقات.

فإن الشرط في حكم القيد لا يقابل بالمال، بل المقابلة عرفاً وشرعاً إنما هي بين المالكين والتقييد أمر معنوي لا يعد مالا وإن كانت مالية المال تزيد وتنقص بوجوده وعدمه وثبوت الأرش في العيب لأجل النص، { ١ } وظاهر العلامة ثبوت الأرش إذا اشترط عتق العبد فمات العبد قبل العتق. وتبعه الصيمري فيما إذا اشترط تدبير العبد، قال: فإن امتنع من تدبيره تخيير البائع بين الفسخ واسترجاع العبد وبين الامضاء، فيرجع بالتفاوت بين قيمته لو بيع مطلقاً وقيمه 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 إلى تخيير المشروط له بين الفسخ والمطالبة به، أو بعوضه وقيمه الواقعية. والمصنف (رحمه الله) في عنوان المسألة تبع العلامة مع إلغاء القسم الأول الواضح حكمه، فالكلام يقع في موردين:

الأول: في ما إذا كان الشرط من الأوصاف الدخيلة في المالية وكان متعذراً، والحق به السيد (قدس سره) ما إذا كان من الأفعال ولكن كان متعذراً من الأول، لا ما إذا طرأ عليه التعذر.

الثاني: في ما إذا كان من الأفعال المتمولة أو الغايات. { ١ } أما الأول فقد استدل المصنف (رحمه الله) لعدم ثبوت الأرش بما حاصله: إن الأرش إما أن يكون تعبدياً، أو يكون على القاعدة، والأول يحتاج إلى دليل التعبد وهو مفقود، والثاني يتوقف على وقوع شيء من المال بإزاء الشرط وهو ليس، فإن الشرط - وهو القيد

ومرادده بالتفاوت مقدار جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة التفاوت إلى القيمة لاتمام التفاوت لأن للشرط قسطا من الثمن، فهو مضمون به لا بتمام قيمته، كما نص عليه في التذكرة وضعف في الدروس قول العلامة بما ذكرنا من أن الثمن لا يقسط على الشروط وأضعف منه ثبوت الأرش بمجرد امتناع المشتري عن الوفاء بالشرط وإن لم يتعذر، كما عن الصيمري ولو كان الشرط عملا من المشروط عليه يعد مالا ويقابل بالمال، كخياطة الثوب فتعذر. ففي استحقاق المشروط له لأجرته ومجرد ثبوت خيار له وجهان: قال في التذكرة لو شرط على البائع عملا سائغا، تخير المشتري بين الفسخ والمطالبة به، أو بعوضه. إن فات وقته، وكان مما يتقوم، كما لو شرط تسليم الثوب مصبوغا فأتاه به غير مصبوغ وتلف في يد المشتري، ولو لم يكن مما يتقوم تخير بين الفسخ والامضاء مجانا، انتهى.

وقال أيضا لو كان الشرط على المشتري مثل أن باعه داره بشرط أن يصبغ له

خارج عن المعاملة، والتقييد وإن كان داخلا فيها لكنه ليس مالا وإن كان سببا لزيادة مالية المال.

وأورد عليه المحقق الإيرواني (رحمه الله) بأن التقييد وإن كان بنفسه لا يعد مالا لكن الذات

على صفة التقييد مال يبذل بإزائه - بما له من التقييد - المال، فإن الكتابة مجردة وإن لم تعد مالا

لكن ذات الكاتب على صفة الكتابة مال، وهذا عين معنى تقسيط الثمن. وفيه: أن المقيد ينحل إلى ذات المقيد وتقيده، والتقييد أمر انتزاعي لا يقابل بالمال ولكن الذي يرد على المصنف (رحمه الله) ويوجب عدم إمكان تصحيح ما أفاده المحقق الإيرواني (رحمه الله) وجهها لثبوت الأرش بوجه: أن الشرط على ما تقدم ليس قيذا للانشاء،

لاستحالاته، ولا للمنشأ لكونه موجبا للتعليق المبطل، ولا لأحد العوضين، فإن العين الخارجية لا تقبل التقييد، بل هو للالتزام بالوفاء بالعقد، وعليه فلا مورد لما أفاده المحقق المشار إليه ولا إلى ثبوت الأرش. وقد استدل لثبوته مضافا إلى ما مر. بوجهين

ثوبه، فتلف الثوب تخير البائع بين الفسخ والامضاء بقيمته الفاتت، إن كان مما له قيمة وإلا مجاناً، انتهى.

والظاهر أن مراده بما يتقوم ما يتقوم في نفسه سواء كان عملاً محضاً، كالخياطة أو عينا كمال العبد المشترك معه، أو عينا وعملاً كالصبغ لا ماله مدخل في قيمة العوض، إذ كل شرط كذلك وما ذكره قدس سره لا يخلو عن وجه، وإن كان مقتضى المعاوضة بين العوضين بأنفسهما كون الشرط مطلقاً قيماً غير مقابل بالمال، { ١ } فإن المبيع هو الثوب المخيط والعبد وماله

أحدهما: ما أفاده السيد الفقيه، وحاصله: أن الشرط وإن لم يكن مقابلاً بالمال في عالم الانشاء إلا أنه مقابل به في عالم اللب، 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 قيماً في مرحلة وجزء في مرحلة أخرى، وعليه فمقتضى كون التمام في مقابل العين في عالم الانشاء جواز إمضاء المعاملة على ما هي عليه، وإسقاط حق الشرط، ومقتضى كون البعض في مقابل الشرط في عالم اللب جواز استرداده لعدم وصول عوضه وهو الشرط إليه، وهذا معنى تخييره بين الفسخ والأرش. وفيه: أنه في باب المعاملات لا يعتنى بما لم يقع في حيز الانشاء. وبعبارة أخرى: أن تمام المناط فيها عالم الانشاء وإلا الالتزامات والبناءات القلبية غير المنشأة لا يترتب عليها أثر، فمجرد الجزئية في عالم اللب لا يؤثر شيئاً. ثانيهما: إدراج المورد تحت عنوان العيب، إذ المبيع مثلاً لو حظ فيه وصف الانضمام بوصف أو عمل، وتعذره يوجب نقصاً في المبيع. وفيه: ما تقدم في حقيقة العيب من أن العيب هو نقص وصف الصحة خاصة، فراجع، فالأظهر عدم ثبوت الأرش. وأما المورد الثاني فقد ذهب جمع من الأساطين إلى أن المشروط له يستحق أجره ذلك العمل وعوضه الواقعي. { ١ } والمصنف (رحمه الله) استشكل فيه من ناحية أن الشرط مطلقاً قيماً غير مقابل بالمال

المصاحب للمال لا الثوب والخياطة والعبد وماله. ولذا لا يشترط قبض ما بإزاء المال من النقدين في المجلس لو كان من أحدهما { ١ } وسيجيء في المسألة السابعة المعاملة مع بعض الشروط معاملة الأجزاء. الخامسة: لو تعذر الشرط وقد خرج العين عن سلطنة المشروط عليه بتلف أو بنقل أو رهن أو استيلاء، { ٢ } فالظاهر عدم منع ذلك عن الفسخ، فإذا فسخ ففي رجوعه عليه بالقيمة أو بالعين مع بقائها بفسخ العقد الواقع عليه من حينه أو من أصله وجوه يأتي في أحكام الخيار

والمعاوضة واقعة بين العوضين أنفسهم. ولكن الظاهر أن من يقول باستحقاق الأجرة لا يستند إلى كون مقدار من العوض بإزائه حتى يرد عليه ذلك، بل إلى أن المشروط له يملك على المشروط عليه ذلك الفعل، أو تلك الغاية، فيجوز له مطالبة عوضه كائنا ما كان، فأيراد الشيخ (رحمه الله) في غير محله. ولكن يرد عليه: أنه لا دليل على الملكية، إذ غاية ما يستفاد من الدليل وجوب الوفاء بالشرط حقا، وأما ثبوت الملكية فمما لم يدل عليه دليل، وبناء العقلاء على أخذ العوض غير ثابت، فالأظهر أنه ليس له ذلك. { ١ } قوله ولذا لا يشترط قبض ما بإزاء المال... لو كان من أحدهما مراده أنه لو باع العبد واشترط كون ماله معه وكان ماله من النقدين والثلث منهن لا يجب التقابض في المجلس بالنسبة إلى ماله من باب كونه بيع صرف ولو كان الشرط مقابلا

بالمال أي بالثلث وجب ذلك.

التلف لا يمنع عن الفسخ

{ ٢ } الخامسة: لو تعذر الشرط وقد خرج العين عن سلطنة المشروط عليه بتلف

أو بنقل، أو رهن، أو استيلاء

فهل يمنع ذلك عن الفسخ، أم لا؟

ولو فسخ فهل يرجع عليه بالقيمة أو بالعين مع بقائها؟ وجوه.

ويأتي أن الأقوى الرجوع بالبدل جمعا بين الأدلة، هذا كله مع صحة العقد الواقع بأن لا يكون منافيا للوفاء بالشرط. وأما لو كان منافيا كبيع ما اشترط وقفه على البائع، ففي صحته مطلقا أو مع إذن المشروط له أو إجازته أو بطلانه وجوه خيرها وسطها

والكلام في هذه المسألة يقع في موضعين:

الأول: فيما إذا تلف العين أو خرجت عن ملكه مع عدم كون التصرف المخرج منافيا للشرط.

الثاني: فيما إذا كان التصرف المخرج للعين بنفسه منافيا للشرط، كما لو باع شيئا 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، لانعدام الموضوع، وقد تقدم تفصيل القول في ذلك في الخيارات، وعرفت أن الأظهر تعلقه بالعقد.

الثاني: في حكم التصرف المخرج، وقد يتوهم أنه فاسد من جهة أنه تصرف في ملك كان معرضا للزوال، أو أنه ما لم ينقض زمان الخيار لا يصير ملكا للمشتري، فهو تصرف في ملك الغير، وكلاهما فاسدان.

أما الأول، فلأن كونه معرضا للزوال لا يوجب الفساد.

وأما الثاني، فلما مر 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 لانحلاله بانحلال العقد الأول، لما ستعرف من فساد ما ذكر وجها لانحلاله،

أو إلى العين من جهة أن الفسخ يقتضي رجوع العين مع إمكانه والمفروض ذلك؟ وجهان، أقواهما: الأول، فإن عدم إمكان الرجوع أعم من العقلي والشرعي، والمفروض صحة العقد الثاني، ولزومه، فيمتنع الرجوع بالعين شرعا، والمانع الشرعي كالمانع العقلي

فلو باع بدون إذنه كان للمشروط له فسخه والزامه بالوفاء بالشرط. { ١ }
نعم لو لم نقل باجبار المشروط عليه، { ٢ } فالظاهر صحة العقد الثاني، فإذا
فسخ المشروط له ففي انفساخ العقد من حينه أو من أصله، أو الرجوع بالقيمة وجوه:
رابعها التفصيل بين التصرف بالعتق، فلا يبطل لبنائه على التغليب، فيرجع بالقيمة
وبين غيره فيبطل، اختاره في التذكرة والروضة.
قال في فروع مسألة العبد المشترط عتقه، بعد ما ذكر أن اطلاق اشتراط العتق
يقتضي عتقه مجانا، فلو أعتقه بشرط الخدمة مدة تخير المشروط له بين الامضاء
والفسخ فيرجع بقيمة العبد، قال بعد ذلك ولو باعه المشتري أو وقفه أو كاتبه تخير
البائع بين الفسخ والامضاء، فإن فسخ بطلت هذه العقود لوقوعها في غير ملك تام
وتخالف هذه العتق بشرط الخدمة، لأن العتق مبني على التغليب، { ٣ } فلا سبيل إلى
فسخه، وهل له إمضاء البيع مع طلب فسخ ما نقله المشتري فيه احتمال، انتهى.

{ ١ } قوله كان للمشروط فسخه والزامه بالوفاء بالشرط
المراد من فسخه فرضه كالعدم وعدم الاعتناء به إذ المفروض بطلانه في نفسه بدون
الإذن على مذهبه.
{ ٢ } قوله نعم لو لم نقل باجبار المشروط عليه
يعني أنه بناء على عدم الاجبار الكاشف عن كون وجوب الوفاء بالشرط حكما
لاحقيا يحكم بصحة العقد الثاني من جهة أن المانع عن صحة عقده كون المال متعلقا لحق
الغير والمفروض عدم الحق فلا مانع عن صحته.
{ ٣ } قوله لأن العتق مبني على التغليب.
هذا التعليل عليل فإن بناء العتق على التغليب إنما هو فيما لو انعتق بعض العبد كما لو
أعتق أحد الشريكين حصته فإنه ينعتق على شريكه الآخر حصته لذلك وهذا غير
مربوط بالمقام
المورد الثاني: إذا فسخ المشروط له ففيه وجوه:
أحدها: انفساخ العقد الثاني من حينه.

ومثله ما في الروضة وقال في الدروس في العبد المشروط عتقه: ولو أخرجه عن ملكه ببيع أو هبة أو وقف، فللبائع فسخ ذلك كله، انتهى. وظهره ما اخترناه { ١ } ويحتمل ضعيفا غيره، وفي جامع المقاصد الذي ينبغي أن المشتري ممنوع من كل تصرف ينافي العتق المشتري. ثم إن هذا الخيار، كما لا يسقط بتلف العين، كذلك لا يسقط بالتصرف فيها، { ٢ } كما نبه عليه في المسالك في أول خيار العيب، فيما لو اشترط الصحة على البائع، نعم إذا دل التصرف على الالتزام بالعقد وسقط الخيار نظير خيار المجلس والحيوان بناء على ما استفيد من بعض أخبار خيار الحيوان المشتمل على سقوط خياره بالتصرف معللا بحصول الرضا بالعقد. وأما مطلق التصرف فلا.

ثانيها: انفساخه من أصله.

ثالثها: الرجوع بالقيمة.

رابعها: ما عن العلامة -، - من التفصيل بين التصرف بالعتق فلا يبطل، لبنائه على التغليب، فيرجع بالقيمة، وبين غيره فيبطل، وقد تقدم في الموضوع الأول تنقيح القول في ذلك، وعرفت أن الأظهر هو الثالث.

وإنما الكلام في المقام في خصوص التفصيل الذي ذهب إليه العلامة، الظاهر أنه بناء على عدم تمامية ما اخترناه من الرجوع بالقيمة، وأنه يفسخ العقد الثاني - ما أفاده متين، لكن ينبغي أن يعلل بأن الحر لا يعود رقا، وأيضا لا زمه التعميم إلى كل مورد ثبت فيه عدم جواز الرجوع كما لو اشترى أرضا وجعله المشتري مسجدا { ١ } قوله وظهره ما اخترناه ويحتمل ضعيفا غيره يعني ظاهره بطلان التصرفات الواقعة في متعلق حق الشرط - ويحتمل إرادته جواز فسخ العقد الأول وانفساخ هذه العقود أيضا. { ٢ } قوله كذلك لا يسقط بالتصرف فيها لا اشكال في أنه يجوز وضعها وتكليفها للمشروط له التصرف فيما انتقل إليه لأنه ملكه وليس متعلقا لحق الغير

السادسة: للمشروط له اسقاط شرطه إذا كان مما يقبل الاسقاط { ١ } لا مثل اشتراط مال العبد، أو حمل الدابة لعموم ما تقدم في اسقاط الخيار وغيره من الحقوق،

ولو تصرف فإن كان كاشفا عن اسقاط الخيار وقصد به ذلك لا كلام في سقوطه لأن له ذلك ولا يعتبر في الاسقاط لفظ خاص - وإن لم يكن كاشفا عنه أو لم يقصد به ذلك لا يسقط وما في بعض نصوص (١) خيار الحيوان من التعليل لمسقطية التصرف قد مر أنه لا يتعدى عنه إلى سائر الخيارات.

اسقاط حق الشرط

السادسة: الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب في أن للمشروط له اسقاط حق خيار التخلف لو لم يعمل المشروط عليه بالشرط، { ١ } كما أنه لا خلاف بينهم في أن للمشروط له اسقاط شرطه إذا كان مما يقبل الإسقاط،

فالكلام يقع أولا في اسقاط خيار التخلف، ثم في اسقاط حق الشرط. أما الأول فبعد ما عرفت مرارا من أن الخيار من الحقوق، وأن لكل ذي حق اسقاط حقه - جواز اسقاط خيار التخلف واضح، غاية الأمر بعد التخلف بنحو التنجيز وقبله بنحو التعليق لو لم يكن تسالم على عدم السقوط بالاسقاط المعلق. وليعلم أن التخلف إنما يتصور في شرط الصفة أو الفعل دون شرط النتيجة، لأنها تحصل بمجرد الشرط، وعدم ترتيب الأثر خارجا لا يوجب الخيار، ولو أسقطه لا يوجب ذلك ارتفاع وجوب العمل بالشرط وهو واضح. وأما اسقاط حق الشرط الذي عرفت أنه حق،

فملخص 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، فلأنه إن كان الوصف موجودا فهو، وإلا فلا معنى لوجوب الوفاء

(١) الوسائل - باب ٤ - من أبواب الخيار حديث ١.

وقد يستثنى من ذلك ما كان حقا لغير المشروط له { ١ } كالعق. فإن المصرح به في كلام جماعة كالعلامة وولده والشهيد وغيرهم عدم سقوطه باسقاط المشروط له، قال في التذكرة: الأقوى عندي أن العتق المشروط اجتمع فيه حقوق حق لله وحق للبائع وحق للعبد، ثم استقرت بناء على ما ذكره مطالبة العبد بالعتق لو امتنع المشتري. وفي الإيضاح الأقوى أنه حق للبائع ولله تعالى، فلا يسقط بالاسقاط، انتهى.

وفي الدروس لو أسقط البائع الشرط جاز إلا العتق لتعلق حق العبد وحق الله تعالى به، انتهى.

وفي جامع المقاصد: إن التحقيق أن العتق فيه معنى القربة والعبادة وهو حق الله تعالى وزوال الحجر وهو حق للعبد، وفوات المالية على الوجه المخصوص للقربة وهو حق للبائع، انتهى.

أقول أما كونه حقا للبائع من حيث تعلق غرضه بوقوع هذا الأمر المطلوب

فلا محالة يسقط حق الشرط ولا بقاء له، فمورده شرط الفعل. وعليه فإن قلنا بصيرورة الفعل المشروط ملكا للمشروط له لا معنى لاسقاطه أيضا، لأن مورده الحقوق لا الأملاك، وإن قلنا بأنه يصير متعلق الحق فهو قابل للاسقاط، ولو أسقطه لا يجب الوفاء بالشرط.

{ ١ } صرح جماعة منهم العلامة في التذكرة وولده في الإيضاح والشهيدان والمحقق الثاني وغيرهم أنه يستثنى من جواز اسقاط حق الشرط، شرط ما يكون حقا لغير المشروط له، ومثلوا له بالعتق، وقالوا: إنه لا يسقط بالاسقاط. محصل الكلام أنه لا إشكال في أنه لو كان حقا لغير المشروط له أيضا في عرض حقه لا يسقط بإسقاط المشروط له، إذ لكل ذي حق اسقاط حقه لا لغيره والمشروط له بالإضافة إلى حق من له الحق أجنبي.

وعليه فإن كان حقان سقط حق المشروط له وبقي حق صاحبه، وإن كان حق واحد قائم باثنين لم يسقط بإسقاط واحد منهما، ويتوقف سقوطه على توافقهما على

للشارع، فهو واضح. وأما كونه حقا للعبد، فإنه إن أريد به مجرد انتفاعه بذلك، فهذا لا يقتضي سلطنة له على المشتري، { ١ } بل هو متفرع على حق البائع دائر معه وجودا وعندما { ٢ } وإن أريد ثبوت حق على المشتري يوجب السلطنة على المطالبة، فلا دليل عليه ودليل الوفاء لا يوجب إلا ثبوت الحق للبائع.

وبالجملة فاشتراط عتق العبد، ليس إلا كاشتراط أن يبيع المبيع من زيد بأدون من ثمن المثل أو يتصدق به عليه، ولم يذكر أحد أن لزيد المطالبة، ومما ذكر يظهر الكلام في ثبوت حق الله تعالى، فإنه إن أريد به مجرد وجوبه عليه، لأنه وفاء بما شرط العباد بعضهم لبعض، فهذا جار في كل شرط ولا ينافي ذلك سقوط الشروط بالاسقاط، وإن أريد ما عدا ذلك من حيث كون العتق مطلوباً لله، كما ذكره جامع المقاصد، ففيه أن مجرد المطلوبة إذا لم يبلغ حد الوجوب لا يوجب الحق لله على وجه يلزم به الحاكم ولا وجوب هنا من غير جهة وجوب الوفاء بشروط العباد والقيام بحقوقهم. وقد عرفت أن 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.

إنما الكلام في الصغرى، وقد مثلوا لما إذا كان الشرط متعلقاً لحق غير المشروط له: بالعتق، بدعوى: أنه بشرطه يثبت حق للبائع لكونه المشروط له، وللعبد، ولله تعالى، ولذا ذهب المصنف وولده والشهيدان إلى أنه لا يسقط بإسقاط المشروط له.

لا كلام في أنه حق للبائع

وأما كونه حقا للعبد فأجاب عنه المصنف (رحمه الله) بجوابين:

{ ١ } أحدهما: إن انتفاع الغير بالعمل غير سلطنته على المشتري

{ ٢ } ثانيهما: إن حق العبد على فرض تسليم كونه حقا إنما يكون موضوعه حق البائع فيسقط بإسقاطه.

وأما كونه حقا لله تعالى إما لكونه واجبا أو لأجل كونه تعبديا.

وتقريب الأول: أن الفعل إذا وجب يخرج زمام أمره عن يد المكلف ويكون

السابعة: قد عرفت أن الشرط من حيث هو شرط لا يقسط عليه الثمن عند انكشاف التخلف { ١ } على المشهور، لعدم الدليل عليه بعد عدم دلالة العقد عرفا على مقابلة أحد العوضين إلا بالآخر، والشرع لم يزد على ذلك إذ أمره بالوفاء بذلك المدلول العرفي فتخلف الشرط لا يقدر في تملك كل منهما لتمام العوضين، هذا ولكن قد يكون الشرط

بيد الله تعالى، وهذا هو معنى الحقية والملكية.
وتقريب الثاني: أن معنى التعبدية تعين العمل لله تعالى، وذلك فرع استحقاقه له دون غيره.

ويرد على الأول: أولا النقض بجميع الشروط، فإنها يجب الوفاء بها. وثانيا: أن الإيجاب لا يقتضي الملكية الاعتبارية أو الحق الاعتباري، بل هو موجب لخروج زمام الأمر عن يد المكلف تشريعا، وهذا غير كونه متعلقا لحقه تعالى. ثم على تقدير كونه حقا لله تعالى يمكن أن يقال: إنه في موضوع ثبوت حق البائع، فلو أسقطه يسقط هو أيضا.

لو شرط قدرا معينا فتبين الاختلاف

{ ١ } السابعة: قد عرفت مما ذكرناه من أن الشرط التزام في ضمن التزام أنه لا يقسط عليه الثمن، لكونه في مقابل المثلث والشرط خارج عنهما.

ولكن قد يكون الشرط قدرا معينا من المبيع فيتبين الخلاف من حيث الكم وتفصيل ذلك ما ذكره العلامة في التبصرة

قال: ولو شرط مقدارا فنقص تخير المشتري بين الرد والامسك بالقسط من الثمن سواء كانت أجزاءه متساوية أو مختلفة، فإن أخذ بالقسط تخير البائع، ولو أخذ بالجميع فلا خيار، ولو زاد متساوي الأجزاء أخذ البائع الزائد فيتخير المشتري حينئذ ولو زاد

تضمن المبيع لما هو جزء له حقيقة بأن يشتري مركبا ويشترط كونه كذا وكذا جزء كأن يقول بعثك هذا الأرض أو الثوب أو الصبرة على أن يكون كذا ذرعا أو صاعا، فقد جعل الشرط تركبه 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 خيارا بين الفسخ والامضاء بتمام الثمن، أو يلاحظ جانب الجزئية، فإن المذكور وإن كان بصورة القيد إلا أن منشأ انتزاعه هو وجود الجزء الزائد وعدمه، فالمبيع في الحقيقة هو كذا وكذا جزءا إلا أنه عبر عنه بهذه العبارة كما لو أخبر بوزن المبيع المعين، فباعه اعتمادا على اخباره، فإن وقوع البيع على العين الشخصية لا يوجب عدم تقسيط الثمن على الفئات.

وبالجملة فالفئات عرفا 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 باعه

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 تركبه 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 الفئات؟

وقبل بيان ما هو الحق في المقام ينبغي تقديم أمرين:

الأول: أن ما يؤخذ شرطا في المعاملة على أقسام:

أحدها: الشروط الخارجية كخياطة الثوب ونحوها، أو ملكية شئ 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.

أرضاً على أنها جربان معينة، أو صبرة على أنها أصوع معينة، وتفصيل ذلك العنوان الذي ذكره في التذكرة بقوله لو باع شيئاً وشرط فيه قدراً معيناً فتبين 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 وماليتها وتقع متعلقة للأغراض أولاً وبالذات وتبذل الأعواض بإزائها كحمارية الحمار وذهبية الذهب ونحوها، فتخلفها يوجب بطلان العقد، لتقوم حقيقة المعاملة بها، ومع انتفائها لا معاملة، والسر فيه: أن المادة الهولائية من حيث هي ليست بمال ولا يبذل بإزائها العوض: وإنما الكلام وقع في القسم الثالث لأجل أن فيه جهتين: جهة الوصفية من حيث إفادته لكون العين الشخصية متصفة بوصف كونها كذا جزء، وجهة ذاتية، لأنه يوجب اختلاف تلك الصورة الجوهرية زيادة ونقيصة.

الثاني: أن ظاهر ما عنونه المصنف (رحمه الله) في بادئ النظر: النزاع في المقام في أن 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، فإن لازم القول بأن له خصوصية إلغاء معاوضة المتعاملين والتعبد بمعاوضة أخرى وهو كما ترى،

بل النزاع في المقام في أن المبيع بحسب بناء المتعاملين هل هو المشروط، أي الأرض الشخصية مثلاً، وحال شرط المقدار حال غيره من الشروط، أو لو حظ المقابلة بالقياس إليه في المعاملة؟ والقائل بالتقسيط يقول بالثاني، ومآل كلام المصنف (رحمه الله) إلى ذلك.

إذا عرفت هذين الأمرين فاعلم أن المبيع تارة يكون متساوي الأجزاء وأخرى مختلفها، وكل منهما إما يتبين النقص فيه وإما أن يتبين الزيادة فيه، فالأقسام أربعة كما ذكره

العلامة في التبصرة، والمصنف في المتن

فأقسامه أربعة { ١ } لأنه إما أن يكون مختلف الأجزاء أو متفقها، وعلى التقديرين فإما أن يزيد وإما أن ينقص، فالأول تبين النقص في متساوي الأجزاء، ولا إشكال في الخيار وإنما الاشكال والخلاف في أن له الامضاء، بحصة من الثمن أو ليس له الامضاء إلا بتمام الثمن فالمشهور، كما عن غاية المرام هو الأول. وقد حكى عن المبسوط والشرائع وجملة من كتب العلامة والدروس والتنقيح والروضة وظاهر السرائر وايضاح النافع حيث اختارا ذلك في مختلف الأجزاء، فيكون كذلك في متساوي الأجزاء بطريق أولى ويظهر من استدلال بعضهم على الحكم في مختلف الأجزاء كونه في متساوي الأجزاء مفروغا عنه.

وعن مجمع البرهان: إنه ظاهر القوانين الشرعية، ووجهه مضافا إلى فحوى الرواية الآتية في القسم الثاني ما أشرنا إليه من أن كون المبيع الشخصي بذلك المقدار

{ ١ } قال فأقسامه أربعة

أحدها: ما إذا كان المبيع متساوي الأجزاء وتبين النقص فيه، والمشهور على ما نسب إليهم على تقسيط الثمن. وعن جملة من الأساطين العدم. والأظهر: هو الأول، فإن ظاهر أخذ شيء شرطا وإن كان عدم جعل شيء من العوض بإزائه إلا أن الارتكاز العرفي في شرط المقدار والكمية 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: مضافا إلى أنه مقتضى القاعدة

خبر عمر بن حنظلة عن الإمام الصادق (عليه السلام) في رجل باع أرضا على أنها عشرة أجرة فاشترى المشتري ذلك منه بحدوده ونقد الثمن ووقع صفقة البيع وافترقا، فلما مسح الأرض إذا هي خمسة أجرة، قال: إن شاء استرجع فضل ماله وأخذ الأرض، وإن شاء رد البيع وأخذ ماله كله إلا أن يكون

وإن كان بصورة الشرط، إلا أن مرجعه إلى كون المبيع هذا القدر، كما لو كالا طعاما، فاشتره فتيين الغلط في الكيل، ولا يرتاب أهل العرف في مقابلة الثمن لمجموع المقدار المعين المشروط هنا، خلافا لصريح القواعد ومحكي الإيضاح، وقواه في محكي حواشي الشهيد والميسية والكفاية، واستوجهه في المسالك ويظهر من جامع المقاصد أيضا، لأن المبيع هو الموجود الخارجي كائنا ما كان. غاية الأمر أنه التزم أن يكون بمقدار معين وهو وصف غير موجود في المبيع، { ١ } فأوجب الخيار كالكتابة المفقودة في العبد

له إلى جنب ملك الأرض أيضا أرضون فليؤخذ ويكون البيع لازما 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 رد الأرض وأخذ المال كله. (١) الذي احتج به الشيخ في محكي النهاية. ومورده وإن كان هي الأرض وهي قيمة والقيمي ما لا يتساوى أجزاءه في القيمة إلا أنه إذا ثبت ذلك في مختلف الأجزاء يثبت في متساويها بالأولية، لاختصاص مختلف الأجزاء ببعض الاشكالات على ما سيمر عليك. وقد استدلل للثاني بوجهين:

{ ١ } أحدهما: ما عن جامع المقاصد وهو: إن 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 متمما بكم خاص كما لو اشتراه بما هو كذلك. ثانيهما: ما عن الجواهر، وحاصله: أن العين الشخصية لا تزيد ولا تنقص، وقد جعلت مبيعا، 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، ومفروضهما هو المتمم بكم خاص.

(١) الوسائل - باب ١٤ - من أبواب الخيار حديث ١.

وليس مقابل الثمن نفس ذلك المقدار إلا أنه غير موجود في الخارج، مع أن مقتضى تعارض الإشارة والوصف غالبا ترجيح الإشارة عرفا، فارجع قوله بعتك هذه الصبرة على أنه عشرة أصوع، إلى قوله بعتك عشرة أصوع موجودة في هذا المكان تكلف. والجواب أن كونه من قبيل الشرط مسلم إلا أن الكبرى وهي أن كل شرط لا يوزع عليه الثمن ممنوعة، { ١ } لأن المستند في عدم التوزيع عدم المقابلة عرفا، والعرف حاكم في هذا الشرط بالمقابلة، فتأمل.

الثاني: تبين النقص في مختلف الأجزاء، { ٢ } والأقوى فيه ما ذكر من التقسيط مع الامضاء وفاقا للأكثر، لما ذكر سابقا من قضاء العرف بكون ما انتزع منه الشرط جزء من المبيع، مضافا إلى خبر ابن حنظلة رجل باع أرضا على أنها عشرة أجرة، فاشترى المشتري منه بحدوده ونقد الثمن. وأوقع صفقة البيع وافترقا، فلما مسح الأرض فإذا هي خمسة أجرة

{ ١ } قوله إلا أن الكبرى وهي أن كل شرط لا يوزع عليها الثمن ممنوعة لا سبيل إلى منعها بعد كون حقيقة الشرط تعليق الالتزام بالوفاء بالعقد على شيء فالأولى هو التعليل بما حققناه فراجع.

{ ٢ } ثانيها: ما إذا كان المبيع مختلف الأجزاء وتبين النقص فيه، والكلام في وجه التقسيط ما تقدم.

وقد استدل على عدم التقسيط فيه: مضافا إلى ما مر - بوجوه:

الأول: ما عن الإيضاح، وحاصله: أن الفئات بما أنه لا تحقق له ولا مماثل لا يكون له تعين وجودي ولا تعين طبيعي كما في متساوي الأجزاء، فيستحيل تقويمه، وما يستحيل تقويمه يستحيل تقسيط الثمن عليه، ففواته كفوات صفة كمال.

وفيه: أن الفئات وإن كان لا تعين له واقعا إلا أنه جعل جزء مما فيه الجيد والردئ في المعاملة، وحيث أنه ليس فيلقي من الثمن بذلك المقدار، مثلا: إذا بيع الأرض المختلفة الأجزاء بالسهولة والحزونة على أنها عشرة أزرع، فتبين أنها خمسة أزرع، فالفئات خمسة أزرع، وقيمتها معلومة معينة فكيف يستحيل تقويمه!؟

قال: فإن شاء استرجع فضل ماله وأخذ الأرض وإن شاء رد المبيع وأخذ المال كله، إلا أن يكون له إلى جنب تلك الأرض أرضون فليوفه، ويكون البيع لازما، فإن لم يكن له في ذلك المكان غير الذي باع، فإن شاء المشتري أخذ الأرض واسترجع فضل ماله وإن شاء رد الأرض وأخذ المال كله، الخبر. ولا بأس باشتماله على حكم مخالف للقواعد، لأن غاية الأمر على فرض عدم إمكان إرجاعه إليها، ومخالفة ظاهره للاجماع طرح ذيله الغير المسقط لصدوره عن الإحتجاج. خلافا للمحكي عن المبسوط، وجميع من قال في الصورة الأولى بعدم التقسيط لما ذكر هناك من كون المبيع عينا خارجيا لا يزيد ولا ينقص، لوجود الشرط وعدمه، والشرط التزام من البائع بكون تلك العين بذلك المقدار، كما لو اشترط حمل الدابة أو مال العبد، فتبين عدمهما. وزاد بعض هؤلاء ما فرق به في المبسوط بين الصورتين، بأن الفأث هنا لا يعلم قسطه من الثمن، لأن المبيع مختلف الأجزاء، فلا يمكن قسمته على عدد الجربان. { ١ }

{ ١ } الثاني: ما عن المبسوط، وحاصله: إن الفأث هنا لا يعلم قسطه من الثمن لأن المبيع مختلف الأجزاء فلا يمكن قسمته على عدد الجربان. وفيه أولا: ما تقدم من أن الفأث جزء معين من الممتزج من الجيد والردئ، مثلا: إذا كان نصفه ناقصا يؤخذ من الثمن نصفه وهكذا. وثانيا: أنه إذا كان قيمة الأجزاء مختلفة لا بد وأن يعين أن أي مقدار منها من الجيد وأيا منها من الردئ حفظا من الغرر، وعليه فالفأث يكون معلوما قسطه، وهو واضح. الثالث: أن عدم معلومية قسط الفأث من الثمن يوجب جهالة ثمن المبيع في ابتداء العقد مع عدم إمكان العلم به عند الحاجة إلى التقسيط. وفيه: مضافا إلى ما مر - أن اللازم معلومية ما يقع مبيعا وما هو عوض عنه في مرحلة العقد بحسب بناء المتعاملين، لا ما يكون مبيعا واقعا وثمانا له كذلك، ولا جهل بما يعتبر العلم فيه فالأظهر هو التقسيط هناك أيضا.

وفيه أن عدم معلومية قسطه { ١ } لا يوجب عدم استحقاق المشتري ما يستحقه على تقدير العلم، فيمكن التخلص بصلح أو نحوه، إلا أن يدعي استلزام ذلك جهالة ثمن المبيع في ابتداء العقد، مع عدم إمكان العلم به عند الحاجة إلى التقييد. وفيه منع عدم المعلومية، { ٢ } لأن الفئات صفة كون هذه الأرض المعينة المشخصة عشرة أجرية، ويحصل فرضه وإن كان المفروض مستحيل الوقوع بتضاعف كل جزء من الأرض، لأنه معنى فرض نفس الخمسة عشرة وفرضه أيضا بصيرورة ثلاثة منها ثمانية أو أربعة تسعة أو واحد تسعة أو واحد ستة أو غير ذلك، وإن كان ممكنا إلا أنه لا ينفع مع فرض تساوي قطاع الأرض ومع اختلافها، فظاهر التزام كونها عشرة مع رؤية قطاعها المختلفة أو وصفها له يقضي بلزوم كون كل جزء منها مضاعفا على ما هو عليه من الصفات المرئية أو الموصوفة.

ثم إن المحكي عن الشيخ العمل بذيل الرواية المذكورة، ونفى عنه البعد في التذكرة معللا بأن القطعة المجاورة للمبيع أقرب إلى المثل من الأرض. وفيه مع منع كون نحو الأرض مثليا أن الفئات لم يقع المعاوضة عليه في ابتداء العقد، وقسطه من الثمن باق في ملك المشتري، وليس مضمونا على البائع، حتى يقدم مثله على قيمته. وأما الشيخ (قدس سره) فالظاهر استناده في ذلك إلى الرواية

{ ١ } قوله وفيه أن عدم معلومية قسطه

عبارات نسخ الكتاب في المقام مختلفة ففي بعضها هكذا وفي بعضها وفيه مضافا إلى أن عدم معلومية الخ - وعلى الثاني فقولُه بعد سطر ونصف.

{ ٢ } وفيه منع عدم المعلومية

يكون غلطا والصحيح إلغاء لفظه وفيه - وكيف كان

فمحصل جوابه الأول أن جهالة القسط لا تقتضي ذهاب حق المشتري إلا أن يقال برجوع الجهالة حينئذ إلى جهالة الثمن فالمعاملة باطلة رأسا وحاصل - جوابه الثاني أنه إن كان الأرض متساوية الأجزاء قيمة يفرض كل جزء من الأرض المشتراة على أنها عشرة أجرية فانكشف أنها خمسة جزئين - وإن كانت مختلفة الأجزاء يؤخذ المقدار الناقص بوصف الموجود قيمة وكيفية.

الثالث: أن يتبين الزيادة عما شرط على البائع { ١ } فإن دلت القرينة على أن المراد اشتراط بلوغه بهذا المقدار لا بشرط عدم الزيادة، فالظاهر أن الكل للمشتري. { ٢ } ولا خيار، وإن أريد ظاهره وهو كونه شرطاً للبائع من حيث عدم الزيادة وعليه من حيث عدم النقيصة، ففي كون الزيادة للبائع وتخير المشتري للشركة أو تخير البائع بين الفسخ والإجازة لمجموع الشئ بالثمن وجهان: من أن مقتضى ما تقدم من أن اشتراط بلوغ المقدار المعين بمنزلة تعلق البيع به، فهو شرط صورة وله حكم الجزء عرفاً أن اشتراط عدم الزيادة على المقدار هنا بمنزلة الاستثناء وإخراج الزائد عن المبيع ومن الفرق بينهما بأن اشتراط عدم الزيادة شرط عرفاً، وليس بمنزلة الاستثناء، فتخلفه لا يوجب إلا الخيار،

{ ١ } ثالثها: ما إذا 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 حينئذ، 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 المتكتم بكم باقي 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.

ولعل هذا أظهر { ١ } مضافا إلى إمكان الفرق بين الزيادة والنقيصة، مع اشتراكهما في كون مقتضى القاعدة فيهما كونهما من تخلف الوصف لا نقص الجزء أو زيادته بورود النص المتقدم في النقيصة، ويبقى الزيادة على مقتضى الضابطة، ولذا اختار الاحتمال الثاني، بعض من قال بالتقسيط في أطراف النقيصة، وقد يحكى عن المبسوط القول بالبطلان هنا لأن البائع لم يقصد بيع الزائد { ٢ } والمشتري لم يقصد شراء البعض وفيه تأمل.

الرابع: أن يتبين في مختلف الأجزاء وحكمه يعلم مما ذكرنا. { ٣ }
القول في حكم الشرط الفاسد والكلام فيه يقع في أمور: { ٤ }
الأول: إن الشرط الفاسد لا تأمل في عدم وجوب الوفاء به، { ٥ }

{ ١ } قوله ولعل هذا الظهر

فيه منع بل المقامان من واد واحد فكما أن هناك قلنا، بأن ظاهر الشرطية عدم جعل شئ بإزاء الشرط، إلا أنه في شرط الكم قرينة كلية صارفة، وعليه بنينا على التقسيط كذلك لا بد من القول به هنا بلا تفاوت.

{ ٢ } قوله لأن البائع لم يقصد بيع الزائد

حاصله عدم التطابق بين الإيجاب والقبول فإن البائع قاصد للاستثناء والمشتري قاصد للشرط

وفيه: إنه إن كان ظهور الكلام في قصد البائع الاستثناء يكون بالنسبة إلى المشتري أيضا كذلك كما أنه لو كان ظاهرا في إرادة الشرط فبالنسبة إلى كل منهما هكذا. { ٣ } وبما ذكرناه ظهر الحال في القسم الرابع وهو ما إذا تبينت 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، لأن فساد الشرط لا محالة يكون لانتفاء أحد

بل هو داخل في الوعيد، فإن كان العمل به مشروعاً استحَب 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 إنه شرط، لأن معنى فساده عدم ترتب حكمه عليه. وهل يترتب عليه حكم الوعد أم لا؟ أقوال. أحدها: أنه وعد يترتب عليه حكمه.

ثانيها: ما عن المحقق النائيني (رحمه الله) وهو أنه لا يترتب عليه ذلك. { ١ } ثالثها: ما في المكاسب وهو ترتبه على القول بعدم فساد أصل العقد والأظهر هو الأول، فإنه انشاء التزام بشئ فهو وعد. واستدل للثاني، بأن الوعد إخبار فلا ربط له بباب الشروط التي هي من مقولة الانشاء.

وفيه: ما تقدم في الجزء الثاني من هذا الشرح في مبحث الكذب أن الوعد ربما يكون إخباراً، وربما يكون انشاء كما إذا قال المولى لعبده: إذا فعلت الفعل الفلاني أعطيتك درهماً،

فلا يكون الوعد مقابلاً للانشاء.

واستدل للثالث بأن الشرط في ضمن العقد وعد مقيد لا مطلق قيد بصحة العقد. وفيه أن العقد مقيد به لا هو بالعقد، بل هو مطلق، غاية الأمر انشاء في ضمن انشاء العقد. وإنما المهم في المقام بيان أن الشرط الفاسد مفسد للعقد أم لا؟ والكلام فيه في موردين:

الأول: في تعيين محل النزاع وبيان الأقوال.

أما الأول فإن كان فساد الشرط موجبا لاختلاف العقد نفسه كالشرط المنافي لمقتضى العقد بطل العقد بلا كلام، وليس هو محل النزاع، كما أنه لا كلام في البطلان إذا كان فساده موجبا لاختلال شئ من الأمور المعتبرة في العوضين، كما لو اشترط وجود وصف مجهول في أحد العوضين

ولا تأمل أيضا في أن الشرط الفاسد لأجل الجهالة، يفسد العقد، { ١ } لرجوع الجهالة فيه إلى جهالة أحد العوضين، فيكون البيع غررا، وكذا لو كان الاشتراط موجبا لمحدور آخر في أصل البيع، كاشتراط بيع المبيع من البائع. ثانيا: لأنه موجب للدور، أو لعدم القصد إلى البيع الأول، أو للتعبد من أجل الاجماع أو النص، وكاشتراط جعل الخشب المبيع صنما، لأن المعاملة على هذا الوجه أكل للمال بالباطل ولبعض الأخبار، وإنما الاشكال فيما كان فساده لا لأمر منحل بالعقد. فهل يكون مجرد فساد الشرط موجبا لفساد العقد أم يبقى العقد على الصحة؟ قولان: حكى أولهما عن الشيخ والإسكافي وابن البراج وابن سعيد، وثانيهما للعلامة والشهيدين والمحقق الثاني وجماعة ممن تبعهم.

وظاهر ابن زهرة في الغنية التفصيل بين الشرط الغير المقذور كصيورة الزرع سنبلا والبسر تمرا، وبين غيره من الشروط الفاسدة، فادعى في الأول عدم الخلاف في الفساد والافساد

أو احداثه فيه فإنه يوجب الجهالة فيهما.

وإلى هذا نظر المصنف حيث قال:

{ ١ } ولا تأمل أيضا في أن الشرط الفاسد لأجل الجهالة يفسد العقد لرجوع الجهالة فيه إلى جهالة أحد العوضين، وإلا فشرط ما هو أجنبى عنهما لا يوجب الجهالة فيهما،

أو اشترط أمرا غير مقدور موجبا لتعذر تسليم أحد العوضين، كما لو بيع الزرع بشرط أن يجعل سنبلا. وأما إذا اشترط أمرا غير مقدور لا ربط له بالعوضين كما لو باع الثوب بشرط أن يجعل الزرع سنبلا فهو داخل في محل الكلام

أو اشترط شرطا أوجب سلب المالية عن أحد العوضين، كما لو باع الخشب بشرط أن يجعله صنما، فإن مرجع هذا الشرط إلى حصر المنافع في المحرمة وسلب المحللة منه، فيوجب سلب المنفعة والخروج عن المالية، إذ المنافع المحللة لا يجوز استيفؤها للشرط والمنافع المحرمة سلبها الشارع عنه، فيخرج عن كونه مالا فأكل المال على هذا الوجه أكل للمال بالباطل، كما صرح به المصنف

ومقتضى التأمل في كلامه أن الوجه في ذلك صيرورة المبيع غير مقدور على تسليمه، ولو صح ما ذكره من الوجه خرج هذا القسم من الفاسد عن محل الخلاف، لرجوعه كالشرط المجهول إلى ما يوجب اختلال بعض شروط العوضين، لكن صريح العلامة في التذكرة: وقوع الخلاف في الشرط الغير المقدور، ومثل بالمثالين المذكورين ونسب القول بصحة العقد إلى بعض علمائنا، والحق أن الشرط الغير المقدور من حيث هو غير مقدور لا يوجب تعذر التسليم في أحد العوضين. نعم لو أوجبه فهو خارج عن محل النزاع كالشرط المجهول حيث يوجب كون المشروط بيع الغرر، وربما ينسب إلى ابن المتوج البحراني التفصيل بين الفاسد لأجل عدم تعلق غرض مقصود للعقلاء به، فلا يوجب فساد العقد، كأكل طعام بعينه أو لبس ثوب كذلك وبين غيره. وقد تقدم في اشتراط كون الشرط مما يتعلق به غرض مقصود للعقلاء به فلا يوجب فساد العقد كأكل طعام بعينه أو لبس ثوب كذلك وبين غيره وقد تقدم في اشتراط كون الشرط مما يتعلق به غرض مقصود

وأما إذا لم يكن مخلا بالعقد ولا بالعوضين كما، لو اشترط ما لا يسوغ أو عدم العتق أو عدم وطء الأمة مما يبطل الشرط ففيه أقوال:
الأول: ما عن الشيخ الطوسي والإسكافي وابني سعيد والبراج، وهو: عدم إفساده للبيع

الثاني: ما عن أجلة المتأخرين، كالعلامة في بعض كتبه والشهيدين والمحقق الثاني وغيرهم وهو الافساد، وقواه العلامة في التبصرة قال: وفي ابطال البيع به وجه قوي. ولا يخفى أن المصنف نسب إلى المتقدمين من الأصحاب بعكس ما ذكرناه، ولعله سهو من قلمه الشريف،

والأولون على قولين: الصحة مع الخيار، وبدونه.

وأما التفصيل المنسوب إلى ابن زهرة وهو التفصيل بين الشرط غير المقدور كصيرورة الزرع سنبلًا وبين غيره من الشروط الفاسدة، فالظاهر عدم كونه تفصيلاً في ما هو محل النزاع، لرجوع القسم الأول في كلامه إلى ما يوجب خللاً في شروط أحد العوضين

الذي عرفت خروجه عن محل النزاع، وكيف كان فيشهد للصحة وعدم الافساد:

للعقلاء عن التذكرة وغيرها، أن هذا الشرط لغو لا يؤثر الخيار والخلاف في أن اشتراط الكفر صحيح أم لا؟ وعدم الخلاف ظاهرا في لغوية اشتراط كيل المسلم فيه بمكيال شيخصي معين.

وظاهر ذلك كله التسالم على صحة العقد ولو مع لغوية الشرط، ويؤيد الاتفاق على عدم الفساد استدلال القائلين بالافساد بأن للشرط قسطا من الثمن، فيصير الثمن مع فساد الشرط مجهولا. نعم استدلالهم الآخر على الافساد بعدم التراضي مع انتفاء الشرط، ربما يؤيد عموم محل الكلام، لهذا الشرط إلا أن الشهيدين ممن استدل بهذا الوجه، وصرح بلغوية اشتراط الكفر والجهل بالعبادات، بحيث يظهر منه صحة العقد فراجع، وكيف كان، فالقول بالصحة في أصل المسألة لا يخلو عن قوة، وفاقا لمن تقدم لعموم الأدلة السالم عن معارضة ما يخصصه عدا وجوه:
أحدها: ما ذكره في المبسوط للمانعين من أن للشرط قسطا من العوض، مجهولا فإذا سقط لفساده صار العوض مجهولا. { ١ }
وفيه بعد النقض بالشرط الفاسد في النكاح الذي يكون بمنزلة جزء من الصداق فيجب على هذا سقوط المسمى والرجوع إلى مهر المثل. { ٢ }

العمومات الدالة على مشروعية المعاملة تأسيسا أو إمضاء.

وقد استدل للقول بالفساد بوجوه:

{ ١ } أحدها: ما عن الشيخ في المبسوط وهو: إن للشرط قسطا من العوض مجهولا فإذا سقط لفساده صار العوض مجهولا.

وأجاب المصنف (رحمه الله) عنه بأجوبة أربعة:

{ ٢ } الأول: النقض بالشروط الفاسدة في النكاح المرتبطة بالمهر، فإنهم تسالموا على أن فسادها لا يوجب فساد عقد المهر الذي يتضمنه عقد النكاح المنحل إلى عقدين: انشاء علاقة الزوجية بين الزوجين وعقد المهر وهو تعين ذاك الأمر الكلي الثابت على الزوج بإزاء تسلطه على البضع في مقدار معلوم أو في عين معلومة حيث إن لازم فساد الرجوع إلى مهر المثل، وقد حكموا بصحته، وأنه يرجع إلى المهر المسمى.

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 بإمضائه على النحو الواقع عليه، فلا يقابل الشرط بجزء من العوضين. ولذا لم يكن في فقدته إلا الخيار بين الفسخ والامضاء مجاناً كما عرفت.

وثانياً: منع جهالة ما بإزاء الشرط من العوض { ٢ } إذ ليس العوض المنضم إلى الشرط والمجرد عنه إلا كالمتمصف بوصف الصحة، والمجرد عنه، في كون التفاوت بينهما مضبوطاً في العرف، ولذا حكم العلامة فيما تقدم بوجوب الأرش لو لم يتحقق العتق المشروط في صحة بيع المملوك، وبلزوم 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؟ أجنبي عما هو محل النقض.

{ ١ } الثاني: إنه 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 الإيرواني (رحمه الله) من أن العوض وإن كان لا يقابل القيد ولا التقيد ولكنه مقابل للمقيد بما هو مقيد لا ذات المقيد - قد مر جوابه، وعرفت أن المقيد منحل إلى

ذات المقيد والتقيد، وإذا كان التقيد أمراً انتزاعياً لا يقابل بالمال كان المقابل للعوض لا محالة

ذات المقيد، غاية الأمر القيد يصير داعياً إلى بذل المال في مقابل الذات أزيد مما يبذل لولا القيد.

{ ٢ } الثالث: إنه مع تسليم المقابلة لا نسلم الجهالة، إذ ليس العوض المنضم إلى الشرط والمجرد عنه إلا كالمتمصف بوصف الصحة والمجرد عنه في كون التفاوت بينهما مضبوطاً في العرف.

وفيه: أنه مع فرض المقابلة مجرد الانضباط لدى العرف لا يكفي، بل لا بد من

وثالثا: منع كون الجهالة الطارئة على العوض قاذحة، إنما القادح هو الجهل به عند انشاء العقد. { ١ }

(الثاني): إن التراضي إنما وقع على العقد الواقع على النحو الخاص، { ١ } فإذا تعذر الخصوصية لم يبق التراضي، لانتفاء المقيد بانتفاء القيد، وعدم بقاء الجنس مع ارتفاع الفصل، فالمعوضة بين المثلن والثلن بدون الشرط معاوضة أخرى، محتاجة إلى تراض جديد، وانشاء جديد، وبدونه يكون التصرف أكلا للمال لا عن تراض، وفيه منع كون ارتباط الشرط بالعقد على وجه يحوج انتفاؤه إلى معاوضة جديدة عن تراض جديد، ومجرد الارتباط لا يقتضي ذلك، كما إذا تبين نقص أحد العوضين، { ٣ } أو انكشف فقد بعض الصفات المأخوذة في البيع، كالكتابة، والصحة،

المعلومية عند المتبايعين.

{ ١ } الرابع: إن اللازم العلم بما هو مبيع وثلن في مرحلة البيع والانشاء وأما العلم بما يصير مصداقا للمبيع أو الثلن فلا يكون معتبرا، ولذا في بيع ما يملك وما لا يملك التزمنا بالصحة مع عدم معرفة المبيع والثلن إلا في مرحلة الانشاء. وهذا حسن.

{ ٢ } ثانيها: إن التراضي إنما وقع على العقد الواقع على النحو الخاص فإذا تعذر الخصوصية لم يبق التراضي، لانتفاء المقيد بانتفاء القيد، فالمعوضة المنشأة عن تراض لم تقع، والمعاوضة بدون الشرط تحتاج إلى تراض جديد، وبدونه تكون من قبيل أكل المال بالباطل.

ويرده: مضافا إلى النقوض المذكورة في المتن منها

{ ٣ } قوله كما إذا تبين نقص أحد العوضين

فإنه لا يوجب فساد العقد قطعا بل يقسط الثلن بنسبته ويصح في الباقي وللمشتري الخيار لانتفاء شرط الانضمام وبذلك ظهر أن مرجعه إلى انتفاء الشرط أيضا فما عن جامع المقاصد من أن الفرق بينه وبين الشرط عسر جدا في غير محله: فإنه عينه كما عرفت.

وكالشروط الفاسدة في عقد النكاح، { ١ } فإنه لا خلاف نصا 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 أيضا أن ظاهرهم أن الشرط الغير المذكور في العقد لا حكم له صحيحا كان أو فاسدا، { ٢ } ودعوى أن الأصل في الارتباط هو انتفاء الشيء بانتفاء ما ارتبط به، ومجرد عدم الانتفاء في بعض الموارد لأجل الدليل لا يوجب التعدي مدفوعة بأن المقصود من بيان الأمثلة، أنه لا يستحيل التفكيك بين الشرط والعقد، وأنه ليس التصرف المترتب على العقد بعد انتفاء ما ارتبط به في الموارد المذكورة تصرفا لا عن تراض جوزه الشارع تعبدا وقهرا على المتعاقدين، فما هو التوجيه في هذه الأمثلة هو التوجيه فيما نحن فيه، ولذا اعترف في جامع المقاصد: بأن في الفرق بين الشرط الفاسد والجزء الفاسد عسرا.

والحاصل أنه يكفي للمستدل بالعمومات منع كون الارتباط مقتضيا لكون العقد بدون الشرط تجارة لا عن تراض، مستندا إلى النقض بهذه الموارد، وحل ذلك أن القيود المأخوذ في المطلوبات العرفية والشرعية:

{ ١ } ومنها قوله وكالشروط الفاسدة في عقد النكاح نقضه في المقام إنما يكون بالشروط الفاسدة، غير المربوطة بعقد المهر، بل بعقد النكاح نفسه - وعدم ابطالها مطلقا وإن لم يكن ثابتا إلا في بعض الموارد اتفق النص (١) والفتوى على عدم الافساد وهذا يكفي في النقض.

{ ٢ } ومنها قوله وتقدم أيضا أن ظاهرهم أن الشرط الغير المذكور في العقد لا حكم له صحيحا كان أو فاسدا

يمكن دفع هذا النقض بأنه في باب الانشائيات لا يعتنى بالبنائات والالتزامات القلبية ما لم تبرز فهي في حكم العدم فتدبر

وبه يظهر امكان دفع ما قبله - إذ ما لا يكون مقصودا للعقلاء لا يكون في الحقيقة قيادا. إن الشرط إن كان من قبيل الصورة النوعية لما وقع عليه العقد لا محالة يكون مقابلا

(١) الوسائل - باب ٢٩ من أبواب المهور كتاب النكاح.

منها ما هو ركن المطلوب ككون المبيع حيوانا ناطقا لا ناهقا، وكون مطلوب المولى اتيان تنن الشطب، لا الأصفر الصالح للنارجيل، ومطلوب الشارع الغسل بالماء للزيارة لأجل التنظيف، فإن العرف يحكم في هذه الأمثلة بانتفاء المطلوب لانتفاء هذه القيود، فلا يقوم الحمار مقام العبد، ولا الأصفر مقام التنن، ولا التيمم مقام الغسل.

ومنها ما ليس كذلك ككون العبد صحيحا، والتنن جيدا، والغسل بماء الفرات، فإن العرف يحكم في هذه الموارد بكون الفاقد نفس المطلوب، والظاهر أن الشرط من هذا القبيل لا من قبيل الأول، فلا يعد التصرف الناشئ عن العقد بعد فساد الشرط تصرفا لا عن تراض. { ١ }

نعم غاية الأمر أن فوات القيد هنا موجب للخيار لو كان المشروط له جاهلا بالفساد نظير فوات الجزء والشرط الصحيحين، ولا مانع من التزامه وإن لم يظهر منه أثر في كلام القائلين بهذا القول.

لعوض، إذ لا يصح المبادلة بين المادة الهبولائية والتمن، لأنه لا مالية لها. وإن كان من قبيل العوارض الخارجية فهو خارج عن العقد والمعاوضة، ولا يكون قيدا للبيع ولا لأحد العوضين، بل هو التزام قيد الالتزام بالوفاء بالعقد به، فالالتزام البيعي يكون مطلقا غير معلق وقد تحقق عن الرضا وطيب النفس بالمعنى المعترف في صحة المعاملة، وقد تقدم تفصيل القول في ذلك. { ١ } والظاهر أن هذا مراد المصنف (رحمه الله) مما ذكره في المقام لا أن يكون مراده ما ذكره

جمع منهم المحقق الخراساني (رحمه الله) من أن التقييد يوجب تعدد المطلوب إذا لم يكن القيد مقوما لحقيقة المبيع ووحدة المطلوب إذا كان مقوما، بتقريب: أن العقلاء بناؤهم في مقام المعاملة على أخذ ما هو دخيل

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 الأقصى وهو أيضا غرض عقدي معاملي

الثالث: رواية عبد الملك بن عتبة عن الرضا (عليه السلام) عن الرجل ابتاع منه طعاما أو متاعا على أن ليس منه على وضیعة هل يستقیم هذا، وكيف هذا. وما حد ذلك، قال لا ينبغي، والظاهر أن 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 يرد: أن هذا لا يوجب التفاوت بين ما هو الركن وغيره، إذ غير الركن ربما يكون دخيلا في أصل الغرض. وبالجملة إن ذلك ليس أمرا مضبوطا 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: إن الظاهر إرادة الحرمة لا الكراهة، إذ مع صحة العقد لا وجه لكراهة الوفاء بالوعد. توضيحه: أن منشأ حرمة العقد أو كراهته هو حرمة الشرط أو كراهته، وحيث إن كراهة الشرط لا معنى لها فإن ما في ضمن العقد الصحيح وعد يستحب الوفاء به فلا بد من حمله على إرادة الحرمة الوضعية، فيدل الخبر على أن العقد فاسد، لفساد شرطه. وفيه: إن هذا الخبر لا يصح الاستدلال به، لضعفه سندا ودلالة. أما الأول، فلأن راوي الخبر عبد الملك بن عتبة الهاشمي الملكي لا الصيرفي الكوفي الثقة، بقرينة رواية علي بن الحكم عنه، وهو مجهول لم يوثق. وأما الثاني، فلوجوه: أحدها: أن الخبر متضمن لسؤالين: أحدهما: السؤال عن صحة البيع بهذا الشرط

(١) الوسائل - باب ٣٥ - من أبواب أحكام العقود كتاب التجارة. والخبر مروى عن الإمام الكاظم (عليه السلام).

ورواية الحسين بن المنذر قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) الرجل يجيئني فيطلب مني العينة فأشترى المتاع لأجله، ثم أبيعته إياه ثم أشتريه منه مكاني، قال: فقال إذا كان هو بالخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبع، وكنت أنت أيضا بالخيار إن شئت اشتريت وإن شئت لم تشتري فلا بأس، قال: فقلت إن أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسد، ويقولون إنه إن جاء به بعد أشهر صح، قال إنما هذا تقديم وتأخير لا بأس، فإن مفهومه ثبوت البأس إذا لم يكونا أو أحدهما مختارا في ترك المعاملة الثانية، وعدم الاختيار في تركها إنما يتحقق باشتراط فعلها في ضمن العقد الأول، وإلا 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 أجنبي عن المقام ثانيها: أن لا ينبغي لو لم يكن ظاهرا في الكراهة لا يكون ظاهرا 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 أنهما تابعا 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 تخلصا عن الربا وهو: أن يشتري السلعة بثمن مؤجل ثم يبيعه من بائعها بأقل من هذا الثمن نقدا متبانيا على ذلك قبل العقد،

كخبري الحسين بن المنذر (١) وعلي 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 أخيه (عليه السلام) قال سألته عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم إلى أجل، ثم اشتراه بخمسة نقدا أيحل، قال: إذا لم يشترط ورضيا فلا بأس، ودلالاتها أوضح من الأولى.

والجواب أما عن الأولى، فبظهور - لا ينبغي - في الكراهة، ولا مانع من كراهة البيع على هذا النحو من أن البيع صحيح غير مكروه، والوفاء بالشرط مكروه. { ١ }
وأما عن الروايتين، فأولا: بأن الظاهر من الروايتين بقريظة حكاية فتوى أهل المسجد، على خلاف قول الإمام (عليه السلام) في الرواية الأولى هو رجوع البأس في المفهوم إلى الشراء، ولا ينحصر وجه فساده في فساد البيع، { ٢ } لاحتمال أن يكون من جهة عدم الاختيار فيه الناشئ عن التزامه في خارج العقد الأول، فإن العرف لا يفرقون في إلزام المشروط عليه بالوفاء بالشرط، بين وقوع الشرط في متن العقد، أو في الخارج، فإذا التزم به أحدهما في خارج العقد الأول، كان وقوعه للزومه عليه عرفا فيقع لا عن رضا منه فيفسد.

وتقريب الاستدلال بهما: أنهما بالمفهوم يدلان على ثبوت البأس إذا لم يكونا مختارين واشترطوا البيع بالشرط الملزم وهو ما في ضمن العقد.
وعليه فإما 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 إجماعا ونصا، والتزم بالبطلان فيه من لم يلتزم بمفسدية الشرط الفاسد.
وإن 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 حصلت: إن كراهة البيع وإن لم يكن لها منشأ سوى كراهة الشرط، لكن غاية الأمر كراهة الاشتراط لا العمل بالشرط، ولا منافاة بين كون الاشتراط مكروها والعمل بالشرط واجبا أو مستحبا.
{ ٢ } كما أجاب عن الأخيرين بجواب آخر، وهو: إن ظاهر السؤال والجواب خصوصا بقريظة حكاية فتوى أهل المسجد، هو: رجوع البأس إلى الشراء، ولا ينحصر

وثانيا: بأن غاية مدلول الرواية فساد البيع المشروط فيه بيعه عليه ثانيا، وهو مما لا خلاف فيه حتى ممن قال بعدم فساد العقد بفساد شرطه كالشيخ في المبسوط، فلا يتعدى منه إلى غيره، فلعل البطلان فيه للزوم الدور، كما ذكره العلامة أو لعدم قصد البيع، كما ذكره الشهيد (قدس سره) أو لغير ذلك. بل التحقيق أن مسألة اشتراط بيع المبيع

خارجة عما نحن فيه، لأن الفساد ليس لأجل كون نفس الشرط فاسدا، لأنه في نفسه ليس مخالفا للكتاب والسنة، ولا منافيا لمقتضى العقد، بل الفساد في أصل البيع لأجل نفس هذا الاشتراط فيه لا لفساد ما اشترط. وقد أشرنا إلى ذلك في أول المسألة. ولعله لما ذكرنا لم يستند إليها أحد في مسألتنا هذه، والحاصل إنني لم أجد لتخصيص العمومات في هذه المسألة ما يطمئن به النفس، ويدل على الصحة أيضا جملة من الأخبار.

وجه فساده في فساد البيع، لاحتمال أن يكون وجهه عدم الاختيار فيه الناشئ عن التزامه في خارج العقد الأول، إذ أهل العرف لا يفرقون في إلزام المشروط عليه بالوفاء بالشرط بين الابتدائي منه والواقع في متن العقد، فالشراء صادر بتوهم الزوم ومن غير طيب النفس فيفسد.

وفيه: أن ذلك لو أوجب عدم الرضا الموجب للفساد لما كان فرق بين الشرط الصحيح والفساد ولا يمكن الالتزام بالفساد فيما إذا كان البيع شرطا في ضمن عقد يجب الوفاء به.

وحل ذلك: أن 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 أن حمل الشرط على الخارج عن العقد خلاف الظاهر، فإنه فاسد في نفسه لا من جهة تعلقه بالبيع الثاني، وظاهرهما كون الفساد لهذه الجهة، فالحق ما ذكرناه، فتحصل أنه لا دليل على المفسدية، ومقتضى العمومات الصحة وعدم الافساد. ويشهد بذلك مضافا إلى 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 عائشة فأعتقتها، فخيرها رسول الله (صلى الله عليه وآله) فقال إن شاءت قعدت عند زوجها، وإن شاءت فارقت، وكان مواليها الذين باعوها اشترطوا على عائشة أن لهم ولاءها، فقال (صلى الله عليه وآله) الولاء لمن أعتق وحملها على الشرط الخارج عن العقد مخالف لتعليل فساده في هذه الرواية إشارة وفي غيرها صراحة بكونه مخالفاً للكتاب والسنة، { ١ } فالانصاف أن الرواية في غاية الظهور.

ومنها رسالة جميل وصحيحة الحلبي، الأولى عن أحدهما: في الرجل يشتري الجارية ويشترط لأهلها أن لا يبيع ولا يهب ولا يرث، قال: يفي بذلك إذا اشترط لهم إلا الميراث، فإن الحكم بوجوب الوفاء بالأولين 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) وحملهما على الشرط الخارج عن العقد خلاف الظاهر { ١ } قوله مخالف لتعليل فساده 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 (صلى الله عليه وآله) الولاء لمن أعتق حكم ابتدائي لا تعليل لفساد الشرط حتى يقال إنه لو كان الشرط في خارج العقد كان التعليل لفساده بعدم المقتضي أولى من التعليل له بوجود المانع - فالأولى أن يقال إن ظاهرها كون الشرط في ضمن العقد. { ٢ } قوله فإن الحكم بوجوب الوفاء بالأولين دون الثالث مع اشتراط الجميع في العقد... بفساد شرطه

أورد عليه المحقق الإيرواني (رحمه الله) بأن ظاهر الخبر بقريظة قوله إذ 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 الآخران لانتفاء الموضوع لا لأجل فسادهما في حد أنفسهما.

(١) الوسائل - باب ٣٧ - من أبواب كتاب العتق حديث ١.

(٢) نفس المصدر حديث ٢.

حتى أنه حكى عن كاشف الرموز: إني لم أجد عاملا بهذه الرواية كان الأمر بالوفاء محمولا على الاستحباب، ويتم المطلوب أيضا، { ١ } ويكون استثناء شرط الإرث لأن الملك فيه قهري للوارث لا معنى لاستحباب وفاء المشتري به، مع أن تحقق الاجماع على بطلان شرط عدم البيع والهبة ممنوع، كما لا يخفى. والثانية: عن أبي عبد الله (عليه السلام) عن الشرط في الإماء لا تباع ولا تورث ولا توهب، قال: يجوز ذلك غير الميراث، فإنها تورث وكل شرط خالف كتاب الله فهو رد الخبر. فإن قوله فإنها تورث يدل على بقاء البيع الذي شرط فيه أن لا تورث على الصحة، { ٢ } بل يمكن أن يستفاد من قوله بعد ذلك كل شرط خالف كتاب الله عز وجل فهو رد، أي لا يعمل به، أن جميع ما ورد في بطلان الشروط المخالفة لكتاب الله جل ذكره يراد بها عدم العمل بالشرط لا بطلان أصل البيع،

وفيه: إن الظاهر من السؤال هو السؤال عن حكم واقعة شخصية وهو بيع الجارية مع اشتراط هذه الأمور الثلاثة وحمل الجواب على إرادة بيان حكمين كليين خلاف الظاهر فالظاهر منه صحة العقد والشرط، وفساد الشرط الثالث فيدل على المطلوب. وصحيح آخر للحلبي (١) ومرسل جميل (٢) المذكورين في المتن وظاهرهما بيان واقعة شخصية خارجية فهما يدلان على صحة الشرطين وبالتالي صحة البيع وبطلان الشرط الثالث، فيدلان على عدم مفسدية الشرط الفاسد للعقد { ١ } قوله كان الأمر بالوفاء محمولا على الاستحباب ويتم المطلوب تماميته تتوقف على أن الشرط الفاسد في ضمن العقد الصحيح، وعد يستحب الوفاء به وأما إذا كان العقد فاسدا فلا وعد كي يستحب الوفاء به وقد تقدم بطلان ذلك فراجع. { ٢ } قوله فإن قوله فإنها تورث يدل على بقاء البيع... على الصحة أورد عليه المحقق الإيرواني (رحمه الله) بأنه يمكن أن يكون المراد أن كل مملوك لا ينفك عن كونه مورثا لمالكه وعليه فغاية مدلوله أن شرط عدم الإرث باطل إلا يؤثر

(١) الوسائل - باب ٣٧ - من أبواب كتاب العتق حديث ١.
(٢) نفس المصدر حديث ٢.

ويؤيده ما ورد في بطلان الشروط الفاسدة في ضمن عقد النكاح. {١}
وقد يستدل على الصحة بأن صحة الشرط فرع على صحة البيع، فلو كان
الحكم بصحة البيع، موقوفاً على صحة الشرط لزم الدور، {٢} وفيه ما لا يخفى.
والانصاف أن المسألة في غاية الاشكال، ولذا توقف فيها بعض تبعاً للمحقق (قدس سره)

في حكم الإرث من غير تعرض لحكم العقد المتضمن لهذا الشرط
ويمكن أن يقال تأييداً له أن قوله فإنها تورث بمنزلة الصغرى لقوله كل شرط خالف
الخ، ومجموع القضية علة لقوله غير الميراث فمفاد الخبر أن شرط عدم الإرث لا يجوز
لكونه

خلاف الكتاب والسنة ولا يكون متعرضاً لحكم العقد وبه يظهر ما في قوله بل يمكن أن
يستفاد من قوله بعد ذلك كل شرط خالف كتاب الله عز وجل فهو رد أي لا يعمل به أن
جميع ما ورد إلى آخره

{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 استدل به بعضهم على
عدم مفسدية الشرط الفاسد.

{٢} وقد يستدل للصحة بأن صحة الشرط متوقفة على صحة البيع فلو كان الحكم
بصحة البيع موقوفاً على صحة الشرط لزم الدور.

ويرد عليه: أن صحة 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 أن المراد من الشرط الفاسد المتوقف على عدم صحة العقد ليس هو الفاسد من
جميع الجهات بل الفاسد من الحيثيات الراجعة إلى الشرط نفسه من غير جهة لزوم وقوعه
في ضمن العقد، وصحة الشرط المتوقفة على صحة العقد هي صحته من ناحية لزوم وقوع
الشرط في ضمن العقد فكل من المتوقف والمتوقف عليه غير الآخر، فتدبر فإنه دقيق.

(١) الوسائل - باب ٣٨ - من أبواب المهور حديث ١.
(٢) الوسائل - باب ٣٩ - من أبواب المهور حديث ٤.

ثم على تقدير صحة العقد، ففي ثبوت الخيار للمشروط له مع جهله بفساد الشرط وجه، { ١ } من حيث كونه في حكم تخلف الشرط الصحيح، فإن المانع الشرعي كالعقلي، فيدل عليه ما يدل على خيار تخلف الشرط، ولا فرق في الجهل المعتبر في الخيار بين كونه بالموضوع أو بالحكم الشرعي. ولذا يعذر الجاهل بثبوت الخيار أو بفوريته، ولكن يشكل بأن العمدة في خيار تخلف الشرط هو الاجماع

الشرط الفاسد يوجب الخيار

{ ١ } ثم على تقدير صحة العقد ففي ثبوت الخيار للمشروط له مع جهله بفساد الشرط وجهان،

والكلام يقع في مقامين:

الأول: في الخيار بناء على كون خيار تخلف الشرط على القاعدة كما اخترناه:

الثاني: في الخيار بناء على كونه على خلاف القاعدة ثابتا بأدلة نفي الضرر.

أما الأول فمقتضى القاعدة ثبوت الخيار وإن كان عالما بالفساد من جهة أنه علق

الالتزام بالوفاء بالعقد على الشرط والمفروض عدمه،

ولا فرق في ذلك بين كون عدمه قهريا كتعذر الشرط أو اختياريا 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 فشربها، فالخيار إنما يكون في شرط

النتيجة وشرط الفعل مع عدم العمل.

وأما المقام الثاني، ففي صورة العلم بالفساد لا خيار، لأنه مع العلم قد أقدم على

ضرره فلا يعمه دليل الضرر.

وأما في فرض الجهل فقد أورد المصنف (رحمه الله) على القول بدلالة حديث نفي الضرر

على ثبوت الخيار هنا بوجوه بعضها مختص بالجهل بالحكم إذا كان عن تقصير.

وأدلة نفي الضرر قد تقدم غير مرة أنها لا تصلح لتأسيس الحكم الشرعي. إذا لم يعتضد بعمل جماعة، لأن المعلوم إجمالاً أنه لو عمل بعمومها لزم منه تأسيس فقه جديد { ١ } خصوصاً إذا جعلنا الجهل بالحكم الشرعي عذراً، فرب ضرر يترتب على المعاملات من أجل الجهل بأحكامها، خصوصاً الصحة والفساد. فإن ضرورة الشرع قاضية في أغلب الموارد بأن الضرر المترتب على فساد معاملة مع الجهل به لا يتدارك، { ٢ } مع أن مقتضى تلك الأدلة نفي الضرر الغير الناشئ عن تقصير المتضرر في دفعه، { ٣ } سواء كان الجهل متعلقاً بالموضوع أو بالحكم، وإن قام الدليل في بعض المقامات على التسوية بين القاصر والمقصر، فالأقوى في المقام عدم الخيار، وإن كان يسبق خلافه في بادئ الأنظار.

{ ١ } الأول: أنه لا يصلح لتأسيس حكم شرعي إذا لم يعتضد بعمل جماعة لأن المعلوم إجمالاً أنه لو عمل بعمومه لزم منه تأسيس فقه جديد. وفيه أن إشكال لزوم تخصيص الأكثر في الحديث لخروج أبواب الجنايات والضمانات والتعزيرات والخمس والزكاة والجهاد وغيرها لو أبقى الحديث على ظاهره اشكال تعرض له المصنف في رسالته، وأجاب عنه: بأن الخارج إذا كان بعنوان واحد جامع لا محذور فيه. وقد أجبننا عنه بأجوبة أخر في الرسالة التي وضعناها للبحث عن الحديث وأثبتنا تبعاً له أنه لا محذور فيه من هذه الناحية، وأن كل مورد دل الدليل على خروجه عن الحديث نلتزم به، وفي غير ذلك يكون المرجع عموم الحديث، ولا محذور فيه { ٢ } الثاني: إن ضرورة الشرع قاضية في أغلب الموارد بأن الضرر المترتب على فساد معاملة مع الجهل به لا يتدارك. وفيه: أن المقصود ليس رفع الضرر المترتب على فساد الشرط وفقده، بل رفع الضرر المترتب على لزوم العقد الصحيح: { ٣ } الثالث: إن 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 أن التراضي إنما حصل على العقد المجرد عن الشرط، فيكون كتراضيهما عليه حال العقد. { ٣ } وفيه أن التراضي إنما ينفع إذا وقع عليه العقد أو لحق العقد السابق، كما في بيع المكره والفضولي. وأما إذا 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 عمدا في صورة التقصير فلا يشمل الحديث.

وفيه: أنه لم يدل دليل على عدم الشمول في صورة الاقدام كي يدور الحكم مدار صدق الاقدام وعدمه، بل إنما 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 إذا كان عن

تقصير،

فتحصل: أن الأظهر ثبوت الخيار في فرض الجهل على هذا المسلك أيضا.

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 مجردا عن الشرط وقد استدل المصنف لعدم صحة العقد بذلك:

{ ٢ } بأن العقد وقع فاسدا فلا ينفع اسقاط المفسد

{ ٣ } ثم استدل للصحة: بأن الفساد كان لأجل عدم الرضا فإذا 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 أن يكون محللاً فلو اشترى العنب على شرط
أن يعصره البائع خمراً لم يصح الشرط، وبيع على اشكال ينشأ من جواز اسقاط
المشتري الشرط عن البائع والرضا به خالياً عنه، وهو المانع من صحة البيع ومن
اقتران البيع بالمبطل. وبالجملة، فهل يثمر اقتران مثل هذا الشرط بطلان البيع من
أصله، {١} بحيث لو رضي صاحبه باسقاطه لا يرجع البيع صحيحاً، أو ايقاف البيع
بدونه، فإن لم يرض بدونه بطل وإلا صح، 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 أن الشرط الفاسد مفسد له أم لا؟ {٣} وجهان بل قولان مبنيان
على تأثير الشرط قبل العقد.

نفس المقيّد لا مع 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 وبالجملة فهل يثمر اقتران هذا الشرط بطلان البيع من أصله
هذا بيان لما ذكره من وجهي الاشكال إذ المراد من الصحة التي ذكرها أو لا هي
الصحة المراعاة بالاسقاط.
{٢} قوله ولا يعرف وجه لما ذكره من احتمال ايقاف
مراده عدم الوجه الصحيح، وإلا فالايقاف هي الصحة المراعاة التي ذكر هو قده في
أول المسألة وجهها وقويناه 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 تقدم في الشروط لم يفسد وإلا أفسد { 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 أنفسهما ذلك ولم يشترطه لم يضر ولو شرطاه قبل العقد لفظاً، فإن كانا يعلمان بأن الشرط المتقدم لا حكم له، فلا أثر له، وإلا اتجه بطلان العقد، { ٢ } كما لو ذكره في متنه، لأنهما لم يقدموا إلا على الشرط، ولم يتم لهما فيبطل العقد، انتهى.

وفي باب المراجعة بعد ذكر المحقق في المسألة المذكورة أنه لو كان من قصدهما ذلك ولم يشترطاه لفظاً كره، قال في المسالك أي لم يشترطاه في نفس العقد فلا عبرة بشرطه قبله، نعم لو توهم لزوم ذلك، أو نسي ذكره فيه مع ذكره قبله، اتجه الفساد، انتهى.

وقد بنى المصنف القول بالصحة والفساد في المسألة، على القول بتأثير الشرط المذكور قبل العقد غير المذكور في متن العقد،

{ ١ } فعلى القول بأنه لا حكم له كما هو ظاهر المشهور لم يفسد وإلا أفسد وأورد عليه أكثر المحققين من المحشين بما حاصله: أن إفساد الشرط الفاسد للعقد لا يدور مدار صدق لفظ الشرط، بل مدار تقييد الرضا بأمر لم يسلم أو الجهل بما قابل المبيع من الثمن، وكل من الأمرين حاصل بمجرد القصد بلا حاجة إلى اللفظ.

وفيه: أنه في باب العقود والايقاعات لا يعتني بالأغراض والدواعي النفسانية ما لم تنشأ، فإذا فرضنا أن الشرط المتقدم غير المذكور في العقد ذكره قبل العقد كالعدم لا يكون مقيداً للعقد.

وإن شئت قلت: إنه كما لا عبرة بالرضا النفساني بشئ ما لم يبرز كذلك القيد 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 بأن الشرط المتقدم لا حكم له والجهل به نظراً إلى أنه مع العلم بالفساد لا يوقع العقد مبنيًا على الشرط فيصح العقد، ومع جهله بالفساد يوقع العقد مبنيًا عليه بطبعه، فيفسد.

ثم حكى اعتراضا على المحقق قدس سره { ١ } وجوابا عنه بقوله قيل عليه أن مخالفة القصد للفظ تقتضي بطلان العقد، لأن العقود تتبع القصد، فكيف يصح العقد مع مخالفة اللفظ، وأجيب عنه بأن القصد وإن كان معتبرا في الصحة فلا يعتبر في البطلان { ٢ } لتوقف البطلان على اللفظ والقصد، وكذلك الصحة ولم يوجد في الفرض { ٣ } ثم قال (قدس سره)

وفيه: أولا: ما تقدم من أنه مع عدم تأثير الشرط المتقدم لا حكم لوقوع العقد مبنيا عليه.

وثانيا: أنه لا فرق بين صورتَي العلم والجهل، فكما أنه في صورة الجهل بالفساد يوقع العقد مبنيا عليه كذلك في صورة العلم يمكن إيقاعه مبنيا 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 لفظا كره.

قال في المسالك: أي لم يشترطاه في نفس العقد فلا عبرة بشرطه قبله، { ١ } ثم حكى اعتراضا عليه وجوابا 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 لا بد وأن يكون مقصودا، وأما كل ما يقصد لا بد وأن يقع فلا.

وبعبارة أخرى: أن ما يقع لا بد وأن يكون مقصودا، وأما في ما لا يؤثر العقد بالنسبة إليه وإن كان مقصودا فلا يعتبر تطابق العقد والقصد.

{ ٢ } وعليه فقوله في الجواب: إن القصد وإن كان معتبرا في الصحة فلا يعتبر في البطلان - يكون المراد منه أنه لا يعتبر في ما لا يؤثر العقد بالنسبة إليه مطابقة العقد للقصد،

{ ٣ } وقوله: لتوقف البطلان، إلى آخره راجع إلى النفي يعني أنه تعليل لتوهم الاعتبار

فالمتحصل: أنه لا يعتبر المطابقة في طرف البطلان بتوهم أنه كالصحة منوط بموافقة القصد واللفظ.

وفيه منع ظاهر فإن اعتبارهما معا في الصحة { ١ } يقتضي كون تخلف أحدهما كافيا في البطلان، { ١ } ويرشد إليه عبارة الساهي والغالط والمكره، فإن المتخلف الموجب للبطلان هو القصد خاصة وإلا فاللفظ موجود، ثم قال والذي ينبغي فهمه أنه لا بد من قصدهما إلى البيع { ٢ } المترتب عليه أثر الملك للمشتري على وجه لا يلزمه رده (أي بيعه على البائع الأول) وإنما يفتقر قصدهما لرده بعد ذلك بطريق الاختيار نظرا إلى وثوق البائع بالمشتري أنه لا يمتنع من رده إليه بعقد جديد بمحض اختياره ومروته، انتهى كلامه.

أقول: إذا أوقعا العقد المجرد على النحو الذي يوقعانه مقترنا بالشرط وفرض عدم التفاوت بينهما في البناء على الشرط والالتزام به إلا بالتلفظ بالشرط وعدمه. فإن قلنا بعدم اعتبار التلفظ في تأثير الشرط الصحيح والفساد فلا وجه للفرق بين من يعلم فساد الشرط وغيره، فإن العالم بالفساد لا يمنعه علمه عن الاقدام على العقد مقيدا بالالتزام بما اشترطه خارج العقد بل اقدامه كاقدام من يعتقد الصحة كما لا فرق في ايقاع العقد الفاسد بين من يعلم فساده وعدم ترتب أثر شرعي عليه وغيره. وبالجملة فالاقدام على العقد مقيدا أمر عرفي يصدر من المتعاقدين وإن علما بفساد الشرط

{ ١ } قوله وفيه منع ظاهر فإن اعتبارهما معا في الصحة يقتضي كون تخلف أحدهما كافيا في البطلان يظهر بما ذكرناه في شرح كلام المجيب عدم ورود هذا الايراد عليه، فإن المجيب لم يكن منكرا لكفاية تخلف أحدهما في البطلان بل كان يدعي أنه في عدم تأثير العقد فيما ليس من مدلوله لا يعتبر مطابقة العقد للقصد { ٢ } قوله والذي ينبغي فهمه أنه لا بد من قصدهما إلى البيع الظاهر أنه تصحيح لأصل المسألة وحاصله أن من يبيع ما اشتراه من بايعه إن كان يبيعه منه مشروطا في ضمن البيع الأول بطل وإن لم يكن مذكورا، وإن كان قاصدا لذلك وتواطئا عليه قبله ووثق البائع بذلك لا يكون مفسدا لعدم كون ذلك تقييدا للبيع.

وأما حكم صورة نسيان ذكر الشرط، فإن كان مع نسيان أصل الشرط كما هو الغالب، فالظاهر الصحة لعدم الإقدام على العقد مقيدا غاية الأمر أنه كان عازما على ذلك لكن غفل عنه نعم لو اتفق ايقاع العقد مع الالتفات إلى الشرط ثم طرأ عليه النسيان في محل ذكر الشرط كان كتارك ذكر الشرط عمدا تعويلا على تواطئهما السابق.

الرابع: لو كان فساد الشرط لأجل عدم تعلق غرض معتد به عند العقلاء فظاهر كلام جماعة من القائلين بإفساد الشرط الفاسد كونه لغوا غير مفسد للعقد، { ١ } قال في التذكرة في باب العيب: لو شرط ما لا غرض فيه للعقلاء ولا يزيد به المالية، فإنه لغو لا يوجب الخيار، وقد صرح في مواضع أخرى في باب الشروط بصحة العقد ولغوية الشرط، وقد صرح الشهيد بعدم ثبوت الخيار إذا اشترط كون العبد كافرا فبان مسلما، ومرجعه إلى لغوية الاشتراط. وقد ذكروا في السلم لغوية بعض الشروط كاشتراط الوزن بميزان معين ولعل وجه عدم قبح هذه الشروط أن الوفاء بها لما لم يجب شرعا ولم يكن في تخلفها أو تعذرها خيار خرجت عن قابليته تقييد العقد بها لعدم عدها كالجاء من أحد العوضين { ٢ } ويشكل بأن لغويتها لا تنافي تقييد العقد بها في نظر المتعاقدين، فاللازم أما بطلان العقد وأما وجوب الوفاء، كما إذا جعل بعض الثمن مما لا يعد مالا في العرف.

{ ١ } الرابع لو كان فساد الشرط لأجل عدم تعلق غرض معتد به عند العقلاء فظاهر كلام جماعة من القائلين بإفساد الشرط الفاسد كونه لغوا غير مفسد للعقد. قال في محكي التذكرة: لو شرط ما لا غرض فيه للعقلاء ولا يزيد به المالية فإنه لغو لا يوجب الخيار.

{ ٢ } وما ذكر وجهها لعدم مفسديته من أن هذا الشرط لما لم يجب شرعا العمل به ولم يكن في تخلفه أو تعذره خيار خرج عن قابلية تقييد العقد به - لو تم اقتضى عدم مفسدية الشرط الفاسد مطلقا بلا اختصاص بهذا الشرط.

والحق أن يقال: إن لغوية الشرط وإن أوجبت 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 الأخر، وبذلك ظهر تمامية ما أفاده المصنف (رحمه الله) في المقام

الكلام في أحكام الخيار
الخيار موروث بأنواعه { ١ } بلا خلاف بين الأصحاب، كما في الرياض،
وظاهر الحدائق. وفي التذكرة أن الخيار عندنا موروث، لأنه من الحقوق كالشفعة
والقصاص في جميع أنواعه، وبه قال الشافعي، إلا في خيار المجلس. وادعى في الغنية:
الاجماع على إرث خيار المجلس والشرط.

انتقال حق الخيار إلى الوارث
وأما أحكام الخيار فقد تقدم ذكر كثير منها في المباحث المتقدمة،
وبقي الكلام في مسائل:
{ ١ } الأولى: صرح الأصحاب بما في المتن الخيار موروث بأنواعه فإذا مات من له
الخيار انتقل إلى الوارث من أي أنواع الخيار كان، بل ظاهرهم الاجماع عليه.
وتنقيح القول فيه: إن إرث الخيار يتوقف على ثبوت أمرين:
أحدهما: كون الخيار حقا لا حكما شرعيا.
الثاني: كونه باقيا بعد الموت، ولا يكون من الأمور القائمة بشخص مخصوص.
فالكلام يقع في مقامين:
أما الأول: فقد استدل له بالاجماع
وبالإجماع على سقوطه بالاسقاط إذ الحكم لا يقبل الاسقاط،
وبالتعليل في خبر خيار الحيوان لانتفائه بالتصرف بأنه رضا. (١)
ويرد على الأخير: ما تقدم من أنه تعبد بكون التصرف رضا بالعقد وإجازة له.
ولا كلام في أنه في البيع الخياري كما لمن له الخيار فسخ العقد كذلك له إجازته وامضائه
وجعله لازما، وهذا غير كونه
حقا اللهم إلا أن يقال: إن إجازة العقد وامضائه توجب اللزوم من جهة كونها
اسقاطا للخيار كما تقدم.

(١) الوسائل - باب ٤ - من أبواب الخيار حديث ١.

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 }

أقول الاستدلال على هذا الحكم بالكتاب والسنة الواردين في إرث ما ترك الميت يتوقف على ثبوت أمرين:

أحدهما: كون الخيار حقا لا حكما شرعيا كإجازة العقد الفضولي، وجواز الرجوع في الهبة وسائر العقود الجائزة، فإن الحكم الشرعي مما لا يورث، وكذا ما تردد بينهما للأصل، وليس في الأخبار ما يدل على ذلك عدا ما دل على انتفاء الخيار بالتصرف، معللا بأنه رضا كما تقدم في خيار الحيوان

ويمكن أن يستدل له: بأن لزوم البيع حقي لا حكمي، ولذا يكون جعل الخيار فيه مشروعاً نصاً وفتوى، فكذلك الخيار الذي يقابله، بل نفس مشروعية جعل الخيار دليل كونه حقا، لأن الحكم أمره بيد جاعله، وهو الشارع، ولا يعقل التسبب إليه بإيجاده. هذا كله مضافاً إلى تسالم الأصحاب على ترتيب آثار الحق عليه. وأما الثاني: فحيث إن جملة من الحقوق لا تكون قابلة للانتقال أو الانتقال بالإرث من جهة كون الموضوع مقوماً كحق التولية الملحوظ فيه شخص خاص، أو البلد، أو كونه مغنياً بغاية استحيل عدم تحققها بعد الموت، كخيار المجلس المغنياً بالافتراق المتحقق بالموت قهراً،

ومثل هذه الحقوق لا تورث، فلا بد من اثبات أن حق الخيار ليس من قبيل هذه الحقوق بل هو حق قابل للانتقال بالإرث ويكون باقياً بعد الموت. { ١ } ودعوى أن عمومات الإرث مثل قوله تعالى (فإن كن نساءً فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك) (١) وقوله عز وجل (ولكم نصف ما ترك أزواجكم) (٢). { ٢ } والنبوي: ما تركه الميت من مال فلوارثه (٣). تكفي لاثبات كونه قابلاً للانتقال

(١) النساء آية ١١.

(٢) النساء آية ١٢.

(٣) أصول الكافي ج ١ ص ٤٠٦.

والتمسك بالاجماع على سقوطه بالاستقاط، فيكشف عن كونه حقا لا حكما مستغني عنه بقيام الاجماع على نفس الحكم.
الثاني: كونه حقا قابلا للانتقال ليصدق أنه مما ترك الميت، بأن لا يكون وجود الشخص وحياته مقوما له، وإلا فمثل حق الجلوس في السوق والمسجد، وحق التولية والنظارة غير قابل للانتقال، فلا يورث، واثبات هذا الأمر بغير الاجماع أيضا مشكل، والتمسك في ذلك باستصحاب بقاء الحق، { ١ } وعدم انقطاعه بموت ذي الحق أشكال، لعدم احراز الموضوع، لأن الحق لا يتقوم إلا بالمستحق، { ٢ } وكيف كان ففي الاجماع المنعقد على نفس الحكم كفاية إن شاء الله تعالى.

{ ١ } والاستصحاب يثبت بقاءه بعد الموت فبضم الاستصحاب بعمومات الإرث يثبت ذلك،

مندفعة بأن ذاك الحق القائم بالمورث زال قطعا لتقومه به، والشك إنما هو في حدوث حق للوارث، فالمشكوك فيه غير المتيقن. وإن أريد استصحاب كلي الحق فمضافا إلى أنه من

قبيل القسم الثالث من أقسام الكلي لا يجدي لاثبات الحق للوارث.
{ ٢ } وإن أبيت ما ذكرناه فلا أقل من الشك في الموضوع لاحتمال كون المستحق مقوما للموضوع، أو يكون استحقاقه لأجل عنوان منطبق عليه مفقود في الوارث فلا يجري الاستصحاب.

فالعمدة في اثبات كونه قابلا للانتقال إلى الورثة هو الاجماع، وبعد ذلك يدخل في عموم أدلة الإرث.

وقد يقال كما - عن جمع منهم المحقق الإيرواني (رحمه الله): إن الخيار غير قابل للإرث بوجه، فإن الخيار سلطنة من ذي الخيار على متعلقه، وربط خاص بينهما، كما أن الملك استيلاء بين المالك والمملوك وربط خاص بينهما، وكل من الربطين غير قابل للإرث، لأنهما

نسبتان قائمتان بنفس الشخص، وإذا مات انعدمت هذه النسبة ولم تبق حتى يصدق عليها عنوان ما ترك

نعم عين المال متروك في الأموال فيحكم بإرثه، بمعنى حدوث نسبة أخرى للوارث

بقي الكلام في أن إرث الخيار ليس تابعا لإرث المال فعلا، { ١ }

شبه تلك النسبة التي كانت للمورث.

وأما في الحقوق فعين الأموال المتعلقة لها أموال الآخرين لا يصدق أنها مما تركه الميت كي يحدث للورثة حق فيها شبه ما كان لمورثهم ولذا لا يحكم بإرث الحقوق المستحبة.

وفيه: إنه 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 إلى حق الأولوية، واعتباري كالعقد الذي هو متعلق حق الفسخ، وعليه فكما يقال في الملك إن الموروث هو المتعلق لا الملكية وإنما تحدث الملكية بأدلة الإرث، كذلك يقال في الحق أن الموروث هو المتعلق، وبدليل الإرث يحدث الحق. فتدبر فإنه دقيق.

وأما عدم إرث الحقوق المستحبة فوجهه كون المستحق مقوما لا موردا. فإن قيل إن مقتضى إطلاق النبوي المذكور في صدر المسألة (ما تركه الميت من حق فلوارثه) أن الخيار يورث أجبنا عنه بأنه لا أصل له، وإنما الموجود ما ذكرناه إرث الخيار ليس تابعا لإرث المال وينبغي التنبيه على أمور:

{ ١ } الأول: هل إرث الخيار تابع لإرث المال فلو فرض استغراق دين الميت لتركته منع انتقال الخيار إلى الوارث، ولو كان الوارث ممنوع لنقصان فيه كالقتل للمورث، أو كان

حرمانه من المال لتعبد شرعي كالزوجة بالنسبة إلى العقار لا يرث، أم لا يكون تابعا له، أم هناك تفصيل؟ وجوه.

والمصنف (قدس سره) ذكر ذلك مفصلا، وقسم حق الخيار باعتبار مورده إلى أقسام، وبين حكم كل قسم ونحن نقتفي أثره

فلو فرض استغراق دين الميت لتركته لم يمنع انتقال الخيار إلى الوارث، { ١ }
ولو كان الوارث ممنوعاً لنقصان فيه، كالرقية أو القتل للمورث أو الكفر، فلا أشكال
في عدم الإرث، لأن الموجب لحرمانه من المال موجب لحرمانه من سائر
الحقوق، { ٢ }

{ ١ } الأول: مورد استغراق الدين للتركة، وقد أرسل المصنف (رحمه الله) إرث الخيار فيه
إرسال المسلم.

وأورد عليه السيد الفقيه (رحمه الله): بأن الأشكال الآتي في الزوجة بالنسبة إلى العقار جار
فيه أيضاً، ثم قال: بل يمكن أن يقال بعدم الإرث في المقام، وإن قلنا به في الزوجة من
حيث إن ما دل على ممنوعيته من الإرث لأصل التركة وهو قوله تعالى (من بعد وصية
يوصي

بها أو دين) (١) وغيره من الأخبار (٢) يدل باطلاقه أو فحواه على عدم الإرث للحق
المتعلق بها أيضاً، فإنه مزاحم للدين.

أما الأشكال الآتي في الزوجة واجماله أن حرمانها من المال المتروك يوهم حرمانها
من الخيار المتعلق به كما سيأتي تفصيله، فهو لا يجري في الدين المستغرق،
أما بناء على ما اختاره المصنف (رحمه الله) من انتقال التركة إلى الورثة فواضح،
وأما بناء على عدم الانتقال فلأن الاستغراق مانع عن إرث ما يمكن وفاء الدين به
وهو المال دون حق الخيار، وهو ليس مزاحماً للدين، فلو كان مزاحماً فهو أعماله.
ويمكن أن يقال إنه لا يزاحم، بل ينتقل المال من المفسوخ عليه إلى الورثة، وما تركه
الميت بما أنه متعلق حق الديان لا ينتقل إليه، بل هو في حكم التلف، وتشتغل ذمة الميت
بالبديل كما سيأتي انشاء الله تعالى نظيره في المبحث الآتي.

{ ٢ } الثاني: مورد وجود أحد موانع الإرث كالقتل والرق والكفر، وقد أرسل عدم
الإرث فيه إرسال المسلم، وهو كذلك، فإن نسبتها إلى جميع ما تركه الميت ملكاً كان أو
حقاً
على حد سواء.

(١) النساء آية ١١.

(٢) الوسائل - باب ٢٨ - من أبواب أحكام الوصايا.

ولو كان حرمانه من المال لتعبد شرعي، كالزوجة غير ذات الولد، أو مطلقا بالنسبة إلى العقار، وغير الأكبر من الأولاد بالنسبة إلى الحبوة، { ١ } ففي حرمانه من الخيار المتعلق بذلك المال مطلقا. أو عدم حرمانه كذلك، وجوه. بل أقوال. ثالثها: التفصيل بين كون ما يحرم الوارث عنه منتقلا إلى الميت أو عنه، فيرث في الأول صرح به فخر الدين في الإيضاح، 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 أجد من جزم بعدم الإرث مطلقا، وإن أمكن توجيهه بأن: ما يحرم منه هذا الوارث إن كان قد انتقل عن الميت فالفسخ لا معنى له، لأنه لا ينتقل إليه بإزاء ما ينتقل عنه من الثمن شيء من الثمن.

{ ١ } الثالث: مورد المانع التعبدي ككون المتروك أرضا بالإضافة إلى الزوجة وهو الذي نقل فيه الأقوال.

وملخص الكلام فيه: إن الوجوه والأقوال فيه أربعة أو خمسة ثالثها: التفصيل بين كون ما يحرم الوارث عنه منتقلا إلى الميت أو عنه فيرث في الأول دون الثاني.

رابعها: عدم الجواز فيهما انتقل إلى 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 الإرث، وعدم المانع عن خصوص الخيار. واستدل لعدم الإرث مطلقا بوجهين:

الأول: إن الخيار ملك كلا الالتزامين اللذين هما، مدلولان التزاميان للبيع، حيث إنه بمدلوله الالتزامي، يدل على التزام كل من المتعاقدين بالمدلول المطابقي، وهو المبادلة بين المالين، وكل منها مالك لالتزام طرفه إذا لم يكن خياريا، والخيار عبارة عن ملك

وبعبارة أخرى الخيار علاقة لصاحبه فيما انتقل عنه، توجب سلطنته عليه، ولا علاقة هنا ولا سلطنة، وإن كان قد انتقل إلى الميت فهو لباقي الورثة، ولا سلطنة لهذا المحروم، والخيار حق فيما انتقل عنه بعد احراز تسلطه على ما وصل بإزائه. { ١ } ولكن يرد ذلك بما في الإيضاح: من أن الخيار لا يتوقف على الملك، كخيار الأجنبي، فعمومات الإرث بالنسبة إلى الخيار لم يخرج عنها الزوجة وإن خرجت عنها بالنسبة إلى المال. والحاصل أن حق الخيار ليس تابعا للملكية، ولذا قوي بعض المعاصرين ثبوت الخيار في الصورتين، ويضعفه أن حق الخيار علقه في الملك المنتقل إلى الغير من حيث التسلط على استرداده إلى نفسه، وإلى من هو منصوب من قبله كما في الأجنبي

وبعبارة أخرى ملك لتملك المعوض لنفسه، أو لمن نصب عنه، وهذه العلاقة لا ينتقل من الميت إلا إلى وارث يكون كالميت، في كونه مالكا، لأن يملك، فإذا فرض أن الميت باع أرضا بثمن، فالعلاقة المذكورة إنما هي لسائر الورثة دون الزوجة، لأنها بالخيار لا ترد شيئا من الأرض إلى نفسها ولا إلى آخر هي من قبله لتكون كالأجنبي المجعول له. نعم لو كان الميت قد انتقلت إليه الأرض، كان الثمن المدفوع إلى البائع متزلزلا في ملكه،

كلا الالتزامين، ولا يمكن أن تملك الزوجة كليهما إذ الأرض لو انتقلت عن الميت فهي ليست مالكة لالتزام نفسها، ولو انتقلت إليه فهي ليست مالكة لالتزام طرفها، لأن الأرض لغيرها من الورثة.

وفيه: إن معنى ملك الالتزامين التسلط على الفسخ والامضاء الذي هو أمر اعتباري عقلائي كان ثابتا للمورث فيرثه وارثه وليس تابعا للملك، ولذا يصح جعله للأجنبي.

{ ١ } الثاني: ما أفاده المصنف (قدس سره) وهو: إن الخيار عبارة عن السلطنة على استرداد ما

انتقل عن ذي الخيار بعد الفراغ عن السلطنة على ما انتقل إليه، والزوجة أما لا سلطنة لها على الرد لو كان المنتقل إلى الميت أرضا، وأما لا سلطنة لها على الاسترداد لو كان المنتقل عن الميت أرضا.

فيكون في معرض الانتقال إلى جميع الورثة، ومنهم الزوجة، فهي أيضا مالكة لتملك حصتها من الثمن. { ١ } لكن فيه ما ذكرنا سابقا من أن الخيار حق فيما انتقل عنه بعد احراز التسلط على ما وصل بإزائه، وعبر عنه في جامع المقاصد بلزوم تسلط الزوجة على مال الغير.

وحاصله أن الميت إنما كان له الخيار، والعلاقة فيما انتقل عنه من حيث تسلطه على رد ما في يده لتملك ما انتقل عنه بإزائه، فلا ينتقل هذه العلاقة إلا إلى من هو كذلك من ورثته، كما مر نظيره في عكس هذه الصورة، وليست الزوجة كذلك. وقد تقدم في مسألة ثبوت خيار المجلس للوكيل، أن 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 إليه لموكله، وما نحن فيه كذلك، ويمكن دفيه بأن ملك بائع الأرض للثمن لما كان متزلزلا وفي معرض الانتقال إلى جميع الورثة، اقتضي بقاء هذا التزلزل بعد موت ذي الخيار ثبوت حق للزوجة

وفيه: أولا: إن الخيار عبارة عن السلطنة على حل العقد، ويستلزم ذلك الرد والاسترداد.

وثانيا: إنه لو كان عبارة عن السلطنة على الرد والاسترداد فهو عبارة عن السلطنة على الرد والاسترداد إلى المالكين.

وبعبارة أخرى: عبارة عن رد المبيع ملكا لا خارجا، ويوجب إعادة الربط الملكي من دون أن يقيد محله بشخص خاص، وعليه فإن قلنا بأنه بالفسخ يرجع المال إلى الميت ومنه إلى الورثة كان لازمه إرث الزوجة لو كانت الأرض منتقلة إلى الميت فإنه يعود الثمن إليه والزوجة ترث منه، ولو كانت منتقلة عنه لم ترث منها.

ولو قلنا بأنه بالفسخ يرجع المال إلى الورثة، يمكن أن يقال: إن الزوجة وإن لم ترث من الأرض إلا أنه لا مانع من كون فسحها سببا لعود الأرض إلى سائر الورثة { ١ } قوله فهي أيضا مالكة لتملك حصتها من الثمن

قد مر أن كون الثمن في معرض الانتقال لا يوجب ثبوت السلطنة الفعلية للزوجة.

وإن 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 إلى موكل الوكيل، كان متوقفا على تسلط الوكيل على ما في يده، وتزلزل ملك الطرف الآخر هنا، وكونه في معرض الانتقال إلى الورثة ثابت على كل حال، ولو لم نقل بثبوت الخيار للزوجة، فإن باقي الورثة لو ردوا الأرض واستردوا الثمن شاركهم الزوجة فيه، فحق الزوجة في الثمن المنتقل إلى البائع ثابت، فلها استيفاءه بالفسخ، ثم إن ما ذكروا رد على فسخ باقي الورثة للأرض المبيعة { ٢ } بثمن معين يشترك فيه الزوجة إلا أن يلتزم عدم تسلطهم على الفسخ إلا في مقدار حصتهم من الثمن، { ٣ } فيلزم تبعض الصفقة فما اختاره في الإيضاح من التفصيل مفسرا به عبارة والده في القواعد لا يخلو عن قوة. قال في القواعد: الخيار موروث بالحصص كالمال من أي أنواعه كان، إلا الزوجة غير ذات الولد في الأرض على أشكال أقربه ذلك، إن اشترى بخيار لثرت من الثمن، انتهى.

وقال في الإيضاح: ينشأ الاشكال من عدم إرثها منها فلا يتعلق بها فلا تترث من خيارها. ومن أن الخيار لا يتوقف على الملك كالأجنبي، ثم فرع المصنف أنه لو كان

-
- { ١ } قوله والفرق بين ما نحن فيه وبين ما تقدم في الوكيل حاصله أن التزلزل في المقام ثابت مع قطع النظر عن خيار الزوجة لخيار الباقيين - وفي مسألة الوكيل التزلزل منوط بخياره.
- { ٢ } قوله ثم إن ما ذكر وارد على فسخ باقي الورثة للأرض المبيعة حاصله - أنه يمكن أن يقال في عكس الفرض وهو ما إذا كانت الأرض منتقلة عن الميت بأن ملكية الزوجة لمقدار من الثمن في معرض الزوال بفسخ باقي الورثة فيكون لها أيضا حق الإزالة بالفسخ.
- { ٣ } قوله إلا أن يلتزم عدم تسلطهم على الفسخ إلا في مقدار حصتهم من الثمن محصله أنه لا نسلم ما ذكر فإن للورثة الفسخ بمقدار حصصهم فمقدار حصتها من الثمن ليس متزلزلا.

الموروث قد اشترى بخيار فالأقرب إرثها من الخيار، لأن لها حقاً في الثمن ويحتمل عدمه، لأنها لا ترث من الثمن إلا بعد الفسخ، فلو علل بإرثها دار، { ١ } والأصح اختيار المصنف لأن الشراء يستلزم منعها من شيء نزله الشارع منزلة جزء من التركة، { ٢ } وهو الثمن فقد تعلق الخيار بما ترث منه، انتهى. وقد حمل العبارة على هذا المعنى السيد العميد الشارح للكتاب، واستظهر خلاف ذلك من عبارة جامع المقاصد، فإنه بعد بيان منشأ الاشكال على ما يقرب من الإيضاح، قال: فالأقرب من هذا الاشكال، عدم إرثها إن كان الميت قد اشترى أرضاً بخيار، فأرادت الفسخ لترث من الثمن.

{ ١ } قوله فالأقرب إرثها من الخيار لأن لها حقاً في الثمن ويحتمل عدمه فلو علل بإرثها دار

تقريب الدوران إرث الثمن موقوف على الفسخ، وهو موقوف على كون الثمن موروثاً ليكون فيه حق لها ولكن هذا يتم لو أريد من حقها في الثمن ملكها الفعلي وأما إذا أريد به ملكها التقديري، فهو لا يتوقف على الفسخ، ولا على حق الفسخ. { ٢ } قوله لأن الشراء يستلزم منعها من شيء نزله الشارع منزلة جزء من التركة حاصل مقصوده أن إرث الثمن وإن توقف على الخيار - إلا أن الخيار لا يتوقف الأعلى كون الثمن موروثاً شأننا وهو كذلك لكونه جزء من التركة من حيث هو فلا دور. واستدل للثالث فيما إذا كانت الأرض منتقلة إلى الميت: بأن العقد حيث يكون متزلزلاً لثبوت الخيار لسائر الورثة فالثمن في معرض الانتقال إلى جميع الورثة ومنهم الزوجة، فللزوجة حق في الثمن، فلها استيفائه بأعمال الخيار. وبأن الخيار هو السلطنة على الاسترداد خاصة. وأما إذا كانت الأرض منتقلة عنه، فحيث إنه لا سلطنة لها على استردادها لا لنفسها لحرمانها، ولا لمن نصبت من قبله، فلا ترث.

وأما إذا باع أرضاً بخيار، فالاشكال حينئذ بحاله، لأنها إذا فسخت في هذه الصورة لم ترث شيئاً، وحمل الشارحان العبارة على أن الأقرب إرثها إذا اشترى بخيار، لأنها حينئذ يفسخ فترث من الثمن، بخلاف ما إذا باع بخيار، وهو خلاف الظاهر، فإن المتبادر أن المشار إليه بقوله ذلك هو عدم الإرث الذي سيقت لأجله العبارة، مع أنه من حيث الحكم غير مستقيم أيضاً، فإن الأرض حق لباقي الوراث استحقوها بالموت، فكيف يملك الزوجة ابطال استحقاقهم لها واخراجها عن ملكهم.

وفيه: مضافاً إلى فساد الشق الثاني كما تقدم - إنه لو أغمض عن ذلك وسلم كونه عبارة عن السلطنة على الاسترداد فليس هو السلطنة على الاسترداد خاصة، بل عن السلطنة عليه وعلى الرد، فمع عدم امكان أحدهما لا يثبت الخيار، ففيما إذا كانت الأرض منتقلة إلى الميت - وإن كان لها السلطنة على الاسترداد - إلا أنه لا سلطنة لها على الرد لعدم كون الأرض ملكاً لها، ولا هي منصوبة من قبل مالكتها، فليس لها الرد،

بل يمكن منع سلطنتها على الاسترداد لأن تزلزل العقد من ناحية خيار الورثة لا يوجب أي سلطنة للزوجة، وكون الثمن في معرض الانتقال لا يوجب السلطنة الفعلية، بل الثمن ملك شأني للزوجة على تقدير اعمال الخيار.

واستدل للرابع - أي لعكس هذا التفصيل - بأن الثمن في صورة الانتقال إلى الميت ملك للورثة ومنهم الزوجة، فلها السلطنة على رده، والخيار وإن كان سلطنة على الاسترداد إلا أن السلطنة على الاسترداد إلى النفس أو إلى من كان منصوباً من قبله غير لازم، بل الفسخ يوجب الرجوع إلى الميت، فلا مانع من الرد والاسترداد. وهذا بخلاف صورة العكس، فإن الأرض ملك لسائر الورثة ما عدا الزوجة، ولا سلطنة لها على ما يستحقه الغير.

وفيه: مضافاً إلى ما تقدم أنه مع دلالة الدليل، أي مانع من الالتزام: بأن لها السلطنة على ما يستحقه الغير ويرد الوجه الخامس: إنه لا يمكن انحصار الوارث فيها، إذ مع فرض عدم وجود أحد يكون الإمام وارثاً معها.

نعم لو قلنا إن ذلك يحصل بانقضاء مدة الخيار، استقام ذلك، وأيضا فإنها إذا ورثت في هذه الصورة وجب أن ترث فيما إذا باع الميت أرضا بخيار بطريق أولى، لأنها ترث حينئذ من الثمن وأقصى ما يلزم من إرثها من الخيار أن يبطل حقها من الثمن، وهو أولى من ابطال إرثها حق غيرها من الأرض التي اختصوا بملكها، ثم قال: والحق أن إرثها من الخيار في الأرض المشتراة مستبعد جدا، وابطال حق قد ثبت لغيرها يحتاج إلى دليل. نعم قوله لترث من الثمن على هذا التقدير يحتاج إلى تكلف زيادة تقدير { ١ } بخلاف ما حملا عليه، انتهى. وقد تقدم ما يمكن أن يقال على هذا الكلام.

ثم إن الكلام في ثبوت الخيار لغير مستحق الحبة من الورثة إذا اشترى الميت أو باع بعض أعيان الحبة بخيار هو الكلام في ثبوته للزوجة في الأرض المشتراة والمبيعة.

{ ١ } قوله يحتاج إلى تكلف زيادة تقدير فإنه لا بد وأن يقدر فأرادت الفسخ لترث من الثمن ويمكن أن يمنع ذلك بجعل الغاية للمنفي.

فتحصل: إن الأظهر أنها ترث مطلقا، ومحصل الوجه في ذلك: وجود المقتضي وعدم المانع، أما وجود المقتضي فهو عموم دليل الإرث، وأما عدم المانع فلأن المانع المتوهم فيما إذا كانت الأرض منتقلة إلى الميت، أما عدم سلطنتها على ردها، وقد عرفت أن الفسخ حل العقد، مع أنه لو كان عبارة عن الرد والاسترداد كان هو الرد الملكي لا الخارجي، فلا مانع من ردها الأرض وإن كانت ملكا لغيرها، وأما عدم كونها مالكة لكلا الالتزامين، وقد عرفت دفعه وما يتوهم ما نعيته فيما إذا كانت الأرض منتقلة عن الميت، أما عدم سلطنتها على استردادها إلى نفسها، وأما عدم مالكيتهما لالتزامين، وقد عرفت دفعهما.

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 خيارا مستقلا كمورثه، بحيث يكون له الفسخ في الكل وإن أجاز الباقيون، {٢} نظير حد القذف الذي لا يسقط بعفو بعض المستحقين، كذلك حق الشفعة على المشهور، واستند في ذلك إلى أن ظاهر النبوي المتقدم {٣} وغيره، ثبوت الحق لكل وارث لتعقل تعدد من لهم الخيار، بخلاف المال الذي لا بد من تنزيل مثل ذلك على إرادة الاشتراك لعدم تعدد الملاك شرعا لمال واحد بخلاف محل 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 (رحمه الله) من استحقاق كل منهم خيارا مستقلا كمورثه، بحيث يكون له الفسخ في الجميع وإن أجاز الباقيون.

{٣} واستدل له: بظاهر النبوي المنجبر بالعمل: ما ترك ميت من حق فهو لوارثه (١) بتقريب: إن ظاهره ثبوت الحق لكل وارث لتعقل تعدد من له الخيار، وإنما لا يلتزم بذلك في المال من جهة عدم تعدد الملاك شرعا لمال واحد.

وأورد عليه المصنف بايرادات أربعة سيأتي التعرض لها ولما يرد عليها عند تعرضه لها ولكن الذي يرد عليه أنه لا وجود له في كتب أحاديثنا

(١) لم أعتز على هذه العبارة في كتب الحديث من طرقنا وإنما رواها الشهيد الثاني في المسالك في كتاب الشفعة وتبعه المتأخرون عنه.

الثاني: استحقاق كل منهم خيارا مستقلا في نصيبه، فله الفسخ فيه دون باقي الحصاص، { ١ } غاية الأمر مع اختلاف الورثة في الفسخ والامضاء تبعض الصنفقة على من عليه الخيار، فيثبت له الخيار، ووجه ذلك أن الخيار لما لم يكن قابلا للتجزئة وكان مقتضى أدلة الإرث كما سيحى، اشترك الورثة فيما ترك مورثهم، تعين تبعضه بحسب متعلقه، فيكون نظير المشترين لصفقة واحدة إذا قلنا بثبوت الخيار لكل منهما.

الثالث: استحقاق مجموع الورثة لمجموع الخيار، { ٢ } فيشتركون فيه من دون ارتكاب تعدده بالنسبة إلى جميع المال، ولا بالنسبة إلى حصة كل منهم، لأن مقتضى أدلة الإرث في الحقوق الغير القابلة للتجزئة، { ٣ } والأموال القابلة لها أمر واحد، فهو ثبوت مجموع ما ترك لمجموع الورثة إلا أن التقسيم في الأموال لما كان أمرا ممكنا كان مرجع اشترك المجموع في المجموع إلى اختصاص كل منهم بحصة مشاعة، بخلاف الحقوق فإنها تبقى على حالها من اشترك مجموع الورثة فيها، فلا يجوز لأحدهم الاستقلال بالفسخ لا في الكل ولا في حصته، فافهم.

{ ١ } الثاني: ما اختاره جمع من المحققين وهو استحقاق كل منهم خيارا مستقلا في نصيبه فله الفسخ فيه دون باقي الحصاص، ويظهر وجهه مما نذكره من النقد على سائر الوجوه

{ ٢ } الثالث: ما اختاره المصنف (قدس سره) وهو: استحقاق مجموع الورثة لمجموع الخيار فيشتركون فيه، ولا يكون الحق متعددا ولا المستحق، ولازمه عدم جواز الفسخ ولا الإجازة من البعض.

{ ٣ } وقد استند في ذلك إلى أن الحق أمر بسيط غير قابل للتجزئة فيشتركون فيه وليس كالمال القابل لها.

وبعبارة أخرى: إن مقتضى أدلة الإرث ثبوت مجموع ما ترك لمجموع الورثة، إلا أن التقسيم في الأموال لما كان ممكنا مرجع ذلك إلى اختصاص كل منهم بحصة بخلاف الحق، فإنه يبقى على حاله من اشترك مجموع الورثة فيه.

وفيه: إنه لا كلام في أن الحق أمر بسيط كالملكية، ولا يتجزى، ولكن يتعدد بتعدد مورده

وهنا معنى آخر لقيام الخيار بالمجموع، وهو أن يقوم بالمجموع من حيث تحقق الطبيعة في ضمنه لا من حيث كونه مجموعا، فيجوز لكل منهم الاستقلال بالفسخ، ما لم يجز الآخر، لتحقق الطبيعة في الواحد، { ١ } وليس له الإجازة بعد ذلك كما أنه لو أجاز الآخر لم يجز الفسخ بعده، لأن الخيار الواحد إذا قام بماهية الوارث واحدا كان أو متعددا كان امضاء الواحد كفسخه ماضيا فلا عبرة بما يقع متأخرا عن الآخر، لأن الأول قد استوفاه. ولو اتحدا زمانا كان ذلك كالامضاء والفسخ من ذي الخيار بتصرف واحد، لا أن الفاسخ متقدم كما سيجئ في أحكام التصرف.

ومورده في المقام هو الحل، ومتعلق الحل هو العقد، والعقد بما أنه على ملكية الدار مثلا والدار قابلة للتبعض، وكذا ملكيتها وكذلك العقد، ومع فرض قبول العقد له يكون الحل أيضا قابلا له، فيعقل تعدد حق الحل والفسخ، وعليه فإذا كانت الملكية بمقتضى أدلة الإرث منتقلة إلى المتعدد بنحو التعدد، أي كل وارث مالك لمقدار من المال لا محالة ينحل

العقد إلى عقود كل منهم طرف لما هو متعلق بصحته، فلا محالة يتعدد حق الخيار. { ١ } الرابع: ما ذكره المصنف (قدس سره) بقوله: وهنا معنى آخر لقيام الخيار بالمجموع

وهو أن يقوم بالمجموع من حيث تحقق الطبيعة في ضمنه لا من حيث كونه مجموعا، فيجوز لكل

منهم الاستقلال بالفسخ ما لم يجز الآخر لتحقق الطبيعة في الواحد وأورد عليه المحقق النائيني قدس سره: بأنه مبني على أن يكون إرث الخيار ثابتا لصرف الوجود من الوارث لا لمطلق الوجود، وحيث إن صرف الوجود قائم بكل واحد من الورثة، فكل من بادر إلى اعمال الحق ينفذ في حق الجميع وهذا خلاف المتبادر من الأدلة من كون الحكم شموليا.

وفيه: إن مراده بذلك ليس ثبوت الحق لصرف وجود الطبيعة في مقابل ثبوته لجميع الوجودات، بل مراده له ثبوته للطبيعي من حيث هو، بتقريب أنه كما قد يكون المملوك كليا كمن من الحنطة في الذمة، وقد يكون المالك كليا ككلي الفقير والسيد في الخمس والزكاة، كذلك قد يكون من له الحق كليا ككلي الوارث. وتعيينه وإن احتاج

ثم إنه لا ريب في فساد مستند وجه الأول المذكور له { ١ } لمنع ظهور النبوي وغيره في ثبوت ما ترك لكل واحد من الورثة، لأن المراد بالوارث في النبوي وغيره مما أفرد فيه لفظ الوارث جنس الوارث المتحقق في ضمن الواحد والكثير، { ٢ } وقيام الخيار بالجنس يتأتى على الوجوه الأربعة المتقدمة، كما لا يخفى على المتأمل. وأما ما ورد فيه لفظ الورثة بصيغة المجمع، فلا يخفى أن المراد به أيضا، أما جنس الجمع أو جنس الفرد أو الاستغراق القابل للحمل على المجموعي والأفرادي والأظهر هو الثاني، كما في نظائره، هذا كله مع قيام القرينة العقلية واللفظية على عدم إرادة ثبوته لكل واحد مستقلا في الكل. أما الأولى فلأن المفروض أن ما كان للميت وتركه للوارث حق واحد شخصي، وقيامه بالأشخاص المتعددين أوضح استحالة وأظهر بطلانا من تجزيه وانقسامه على الورثة فكيف يدعى ظهور أدلة الإرث فيه. { ٣ }

إلى معين إلا أنه يكون في المقام باقداً من هو مصداق الطبيعي القابل للانطباق عليه بالأخذ بالخيار.

وبهذا ظهر أنه لا وجه لما أورده السيد عليه بأن الأولى عد هذا الوجه معنى آخر لقيام الخيار بكل واحد مستقلا،

ولكن الذي يرد على هذا الوجه: إن سياق أدلة الإرث في الحق والمال واحد، وبديهي أنه ليس إرث الملك كذلك فإن الحق أيضا ليس كذلك

{ ١ } وقد أورد المصنف على الوجه الأول بايرادات أربعة

{ ٢ } أحدها: إن المراد بالوارث في النبوي وغيره مما أفرد فيه لفظ الوارث جنس الوارث، المتحقق في ضمن الواحد والكثير، وقيام الخيار بالجنس يتأتى على الوجوه الأربعة المتقدمة

وفيه: إنه لو كانت القضية مهلة صح ما أفاده، وأما لو كانت مطلقة فحيث إن الجنس ليس إلا الطبيعة، فكونها تمام الموضوع لا يكون إلا على الوجه الثاني في كلامه الذي سيأتي التعرض له.

{ ٣ } ثانيها: إن ما كان للميت وتركه للوارث حق واحد شخصي وقيامه بالأشخاص المتعددين أوضح استحالة وأظهر بطلانا من تجزئته وانقسامه على الورثة

وأما الثانية فلأن مفاد تلك الأدلة بالنسبة إلى المال المتروك، وحق المتروك
شئ 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 إجازة أحدهم أو
فسخه، ولا يؤثر اللاحق فلا وجه لتقدم الفسخ على الإجازة على ما ذكره. وأما
الوجه الثاني فهو وإن لم يكن منافيا لظاهر أدلة الإرث، من ثبوت مجموع المتروك
لمجموع الوارث، إلا أن تجزية الخيار بحسب متعلقه كما تقدم، مما لم يدل عليه أدلة
الإرث، أما ما كان منها كالنبوي غير متعرض للقسمة فواضح، وأما ما تعرض فيه
للقسمة كآيات قسمة الإرث 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 الإجازة على طريق
الإرث.

وفيه: إن الحق لا يكون متروكا لما تقدم من انعدامه بموت المستحق، بل المتروك ما
هو مورد الحق، ولا مانع من صيرورته طرفا لإضافات متعددة بعدد الورثة، كما لا مانع من
تعلق الحق المستقل متعددا بعقد واحد،

والأولى في تقريب هذا الوجه أن يقال: إن مورد هذا الحق هو حل العقد، وحيث إن
ما هو مورد بالإضافة إلى المورث هو الحل الواحد غير المتعدد، والواحد لا يتعدد بالانتقال
من طرف إلى طرف، فلا يعقل فيه التعدد.

{ ١ } ثالثها: إن مفاد دليل الإرث بالنسبة إلى المال المتروك والحق المتروك شئ
واحد، ولا يستفاد منه بالنسبة إلى المال الاشتراك، وبالنسبة إلى الحق التعدد إلا مع
استعمال
الكلام في معنيين.

وفيه: إن دليل إرث الحق غير دليل إرث المال، فلا محذور في تعدد المعنى.
{ ٢ } رابعها: إن مقتضى ثبوت ما كان للميت لكل من الورثة أن يكونوا كالوكلاء
المستقلين، فيمضي السابق من إجازة أحدهم أو فسخه، ولا يؤثر اللاحق، فلا وجه لتقدم

وأما ثبوت الخيار لكل منهم مستقلا في حصته، فلا يستفاد من تلك الأدلة، فالمتيقن من مفادها هو ثبوت الخيار الواحد الشخصي للمجموع، فإن اتفق المجموع على الفسخ في المجموع، وإلا فلا دليل على الانفساخ في شئ منه. ومن ذلك يظهر أن المعنى الثاني للوجه الثالث، وهو قيام الخيار بالطبيعة المتحققة في ضمن المجموع أيضا لا دليل عليه، فلا يؤثر فسخ أحدهم وإن لم يجز الآخر مع أن هذا المعنى أيضا مخالف لأدلة الإرث، لما عرفت من أن مفادها بالنسبة إلى المال والحق واحد. ومن المعلوم أن المالك للمال ليس هو الجنس المتحقق في ضمن المجموع.

الفسخ على الإجازة على ما ذكره.

وفيه: إنه فرق بين كون الحق واحدا وللمتعدد اعماله كما في مسألة الوكالة، وبين كون الحق متعددا في نفسه على ما فرضه صاحب الجواهر، وما أفاده إنما هو في الأول، ومورد كلام الجواهر هو الثاني، ولازم كون الحق متعددا عدم مزاحمة إجازة المجيز لفسخ الفاسخ

لاستقلال كل شخص بشخص من الخيار

وقد ظهر مما ذكرناه: - مضافا إلى عدم استقامة شئ مما ذكره المصنف عدم تامة ما أفاده صاحب الجواهر ثبوتا واثباتا.

فتحصل مما ذكرناه: إن الأظهر هو الوجه الرابع، وهو استحقاق كل منهم خيارا مستقلا في نصيبه فله الفسخ فيه دون باقي الحصص.

وعلى الوجوه الثلاثة الأول لا اشكال في أنه ليس لكل واحد من الورثة أن يفسخ بمقدار حصته، إذ الحق واحد وهو الخيار في الكل، فلا يجوز له الفسخ في البعض.

وأما على المختار، فهل يجوز التفريق في الفسخ والإجازة بأن يفسخ واحد منهم بالنسبة إلى حصته من المال، أم لا يجوز ذلك؟ ربما يقال بالثاني،

واستدل له بوجهين:

الأول: ما أفاده المحقق النائيني (رحمه الله) وهو: إن مقتضى الشرط الضمني الذي التزم به الميت من عدم تبعض الصفقة عليه عدم نفوذ اعمال الخيار لكل واحد مستقلا، بل لا بد

من اتفاقهم

ثم إن ما ذكرنا جار في كل حق ثبت لمتعدد لم يعلم من الخارج كونه على خصوص واحد من الوجوه المذكورة، { ١ } نعم لو علم ذلك من دليل خارج اتبع كما في حد القذف، فإن النص قد دل على أنه لا يسقط بعفو أحد الشريكين، وكذا حق القصاص، فإنه لا يسقط بعفو أحد الشريكين، لكن مع دفع الآخر مقدار حصة الباقي من الدية إلى أولياء المقتص منه جمعا بين الحقين، لكن يبقى الاشكال في حكم المشهور من غير خلاف يعرف بينهم. وإن احتمله في الدروس من أن أحد الورثة إذا عفي عن الشفعة كان للآخر الأخذ بكل المبيع، { ٢ } فإن الظاهر أن قولهم بذلك ليس لأجل دليل خارجي، والفرق بينه وبين ما نحن فيه مشكل. ويمكن أن يفرق بالضرر، فإنه لو سقطت الشفعة بعفو أحد الشريكين تضرر الآخر بالشركة { ٣ }

على الفسخ أو الإجازة إلا أن يرضى الطرف بالتبعض. وفيه: إن الشرط إن كان هو أن لا يفسخ في البعض فغاياته عدم جوازه تكليفا لا وضعا، فإن شرط الترك لا يوجب عدم نفوذ الفعل. نعم لو تخلف يثبت لمن عليه الخيار لتبعض الصفقة.

الثاني: أنه يلزم منه التشقيص وهو ضرر على الطرف منفي بالحديث. وفيه: إن ضرره يجبر بالخيار في أصل البيع، فالأظهر هو الأول. ويترتب على كون حق الخيار واحدا قائما بالمجموع عدم الانفساخ بفسخ أحدهم، وعدم سقوط الحق باسقاطه، بل لا بد من الاجتماع على الفسخ أو 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، فإن الأصحاب أفتوا بأن { ٢ } أحد الورثة إذا عفي عن الشفعة كان للآخر الأخذ بكل المبيع والاشكال فيه

من وجهين أحدهما: إنه كيف ينفذ العفو من أحدهم مع أن الحق قائم بالمجموع. ثانيهما: إنه كيف يجوز الاستيفاء من أحدهم ولو لم يأذن به الآخر، والمصنف (قدس سره) أجاب عنه { ٣ } بأنه لو سقطت الشفعة بعفو أحد الشريكين تضرر الآخر بالشركة.

بل لعل هذا هو السر في عدم سقوط حدي القذف والقصاص بعفو البعض، لأن الحكمة وما التشفي، فابطالها بعفو أحد الشركاء اضرار على غير العافي وهذا غير موجود غيما نحن فيه، فتأمل.

ثم إن ما اخترناه من الوجه الأول، { ١ } هو مختار العلامة في القواعد، بعد أن احتمل الوجه الثاني وولده في الإيضاح والشهيد في الدروس والشهيد الثاني في المسالك وحكي عن غيرهم، قال في القواعد وهل للورثة التفرق فيه نظر { ٢ } أقربه المنع، وإن جوزناه مع تعدد المشتري، وزاد في الإيضاح بعد توجيه المنع، بأنه لم يكن لمورثهم إلا خيار واحد أنه لا وجه لاحتمال التفريق

وفيه: أولا: إنه لو تم اقتضى بقاء حقه بمقدار حصته، فإن إرث حق الشفعة إنما هو بمقدار الحصة لقاعدة الميراث لا استيفاء الحق في الجميع وثانيا: أنه لا يتم، فإن حق الشفعة لا يكون ثبوته للضرر، فإن ضرر الشركة حاصل قبلا، وقد تبدل شريك بشريك، وربما يكون الثاني أحسن من الأول وثالثا إذا كان للجميع حق واحد فلا ضرر فإن الملك الكذائي المتعلق لحق قائم بالمجموع قد انتقل إلى الورثة، ولا ضرر في ذلك، والحق أنه لا فرق بين حق الشفعة، والمقام وما ذكرناه يجري فيه.

{ ١ } قوله ثم إن ما اخترناه من الوجه الأول مراده من الوجه الأول من الوجه الثالث - ومراده من الوجه الثاني بحسب الظاهر الثاني من أصل الوجوه. { ٢ } قوله قال في القواعد وهل للورثة التفرق فيه نظر عبارات القواعد والدروس وغيرهما محتملة لوجوه أحدها: إرادة ثبوت مجموع الخيار للمجموع الثاني: إن لكل واحد خيارا بمقدار حصته إلا أن فسخه مشروط بفسخ الآخرين الثالث: إن الخيار لكل واحد إلا - أنه لا يجوز التفريق لأن الحق واحد - والمصنف (قدس سره) استظهر الأول ولم يتعرض للثاني.

وقال في الدروس في باب خيار العيب: لو جوزنا لأحد المشتريين الرد نجوزه لأحد الوارثين عن واحد، لأن التعدد طار على العقد سواء كان الموروث خيار عيب أو غيره، انتهى. وفي المسالك بعد المنع عن تفرق المشتريين في الخيار، هذا كله فيما لو تعدد وارث المشتري الواحد، فإنه ليس لهم التفرق لاتحاد الصفقة والتعدد طار مع احتماله، انتهى.

وظاهر التذكرة في خيار المجلس الوجه الأول من الوجوه المتقدمة قال لو فسخ بعضهم وأجاز الآخر، فالأقوى أنه يفسخ في الكل، كالمورث لو فسخ في حياته في البعض وأجاز في البعض، انتهى.

ويحتمل أن لا يريد بذلك أن لكل منهما ملك الفسخ في الكل، كما هو مقتضى الوجه الأول، بل يملك الفسخ في البعض ويسري في الكل، { ١ } نظير فسخ المورث في البعض وكيف كان فقد ذكر في خيار العيب، أنه لو اشترى عبدا فمات، وخلف وارثين فوجدوا به عيبا لم يكن لأحدهما رد حصته خاصة للتشقيص، انتهى. وقال في التحرير: لو ورث اثنان عن أبيهما خيار عيب، فرضي أحدهما، سقط حق الآخر من الرد دون الأرش.

والظاهر أن خيار العيب وخيار المجلس واحد، كما تقدم عن الدروس. فلعله رجوع عما ذكره في خيار المجلس، ثم إنه ربما يحمل ما في القواعد وغيرها من عدم جواز التفريق على أنه لا يصح تبعض المبيع من حيث الفسخ والإجازة، بل لا بد من الفسخ أو الإجازة في الكل، فلا دلالة فيها على عدم استقلال كل منهم على الفسخ في الكل، وحينئذ فإن فسخ أحدهم وأجاز الآخر قدم الفسخ على الإجازة، وينسب تقديم الفسخ إلى كل من منع من التفريق، بل في الحدائق تصريح الأصحاب بتقديم الفاسخ من الورثة على المجيز

{ ١ } قوله بل يملك الفسخ في البعض ويسري في الكل
بل هذا هو صريحه - ولكن يرد عليه أن سريان فسخ البعض إلى الكل لا يكون
إلا إذا كان مالكا لفسخ الكل كما في المورث وهو واضح.

ولازم ذلك الاتفاق على أنه متى فسخ أحدهم انفسخ في الكل،
وما أبعد بين هذه الدعوى وبين ما في الرياض من قوله
ولو اختلفوا، يعني الورثة قيل: قدم الفسخ. وفيه نظر، لكن الأظهر في معنى
عبارة القواعد ما ذكرنا وأن المراد بعدم جواز التفريق أن فسخ أحدهم ليس ماضيا
مع عدم موافقة الباقيين. كما يدل عليه قوله فيما بعد ذلك في باب خيار العيب،
أما لو أورثنا خيار العيب، فلا اشكال في وجوب توافقهما، فإن المراد بوجوب
التوافق وجوبه الشرطي، ومعناه عدم نفوذ التخالف.
ولا ريب أن عدم نفوذ التخالف ليس معناه عدم نفوذ الإجازة من أحدهما مع
فسخ صاحبه، بل المراد عدم نفوذ فسخ صاحبه من دون إجازته لفسخ صاحبه وهو
المطلوب وأصرح منه ما تقدم من عبارة التحرير، ثم التذكرة. نعم ما تقدم من قوله
في الزوجة غير ذات الولد أقرببه ذلك إن اشترى بخيار لثرت من الثمن قد يدل على
أن فسخ الزوجة فقط كاف في استرجاع تمام الثمن لثرت منه، إذ استرداد مقدار
حصتها موجب للتفريق الممنوع عنده وعند غيره،
وكيف كان، فمقتضى أدلة الإرث ثبوت الخيار للورثة على الوجه الثالث الذي
اخترناه.
وحاصله أنه متى فسخ أحدهم وأجاز الآخر لغى الفسخ.
وقد يتوهم استلزام ذلك بطلان حق شخص لعدم أعمال الآخر حقه.
ويندفع بأن الحق، إذا كان مشتركا لم يجز أعماله إلا برضا الكل، كما لو جعل
الخيار لأجنبيتين على سبيل التوافق.

فرع إذا اجتمع الورثة كلهم على الفسخ فيما باعه مورثهم، { ١ } فإن كان عين الثمن موجودا في ملك الميت دفعوه إلى المشتري، { ٢ } وإن لم يكن موجودا أخرج من مال الميت ولا يمنعون من ذلك، وإن كان على الميت دين مستغرق للتركة، لأن المحجور له الفسخ بخياره وفي اشتراط ذلك بمصلحة الديان وعدمه وجهان، { ٣ } ولو كان مصلحةهم في الفسخ لم يجبروا الورثة عليه لأنه حق لهم فلا يجبرون على اعماله

لو اجتمع الورثة على الفسخ

{ ١ } الثالث: إذا اجتمع الورثة على الفسخ فيما باعه مورثهم فهل المبيع يرجع إلى الميت أو إلى الورثة؟ ويترتب على هذا النزاع فوائد لا تخفى.

{ ٢ } قوله فإن كان عين الثمن موجودا في ملك الميت دفعوه إلى المشتري هذا هو المعروف بين الأصحاب، وخالفهم الشيخ في جملة من كتبه في صورة قصور التركة

يشهد للمشهور صحيح جمل عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله (ع) في رجل باع متاعا من رجل فقبض المشتري المتاع ولم يدفع الثمن ثم مات المشتري والمتاع قائم بعينه فقال (عليه السلام) إذا كان المتاع قائما بعينه رد إلى صاحب المتاع وقال ليس للغرماء أن يحاصوه (١)

واستدل لما ذهب إليه الشيخ بصحيح أبي ولاد عنه (عليه السلام) عن رجل باع من رجل متاعا إلى سنة فمات المشتري قبل أن يحل ماله وأصاب البائع متاعه له أن يأخذه إذا حقق له فقال (عليه السلام) إن كان عليه دين وترك نحو أمما عليه فليأخذه إن حقق له فإن ذلك حلال

ولو لم يترك نحو من دينه فإن صاحب المتاع كواحد ممن له عليه شيء يأخذ حصته ولا سبيل له على المتاع (٢)

والمراد بالنحو هنا المثل بمعنى أن تكون تركته قدر ما عليه فصاعدا بحيث لا يحاص على باقي الغرماء قصور،

ولعل الثاني أقوى، وتمام الكلام في كتاب الحجر،

{ ٣ } قوله وفي اشتراط ذلك بمصلحة الديان وعدمه وجهان

قد استدلل للأول بأنهم مكلفون بأداء دين الميت والفسخ مع المفسدة يضر بالأداء فلا يجوز

(١) الوسائل - باب ٥ - من أبواب كتاب الحجر حديث ١.

(٢) نفس المصدر حديث ٣.

ولو لم يكن للميت مال. ففي وجوب دفع الثمن من مالهم بقدر الحصص
وجهان، من أنه ليس لهم إلا حق الفسخ كالأجنبي المجعول 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 ببدله في الثمن الكلي،
فلا يكون مال الورثة عوضاً عن المبيع إلا على وجه كونه وفاء لدين الميت، وحينئذ
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 ذمم الورثة بالثمن على حسب سهامهم من المبيع.
ومن أنهم قائمون مقام الميت في الفسخ برد الثمن أو بدله، { ١ } وتملك المبيع، فإذا
كان المبيع مردوداً على الورثة من حيث إنهم قائمون مقام الميت، اشتغلت ذممهم
بثمنه حيث إنهم كنفس الميت، كما أن معنى إرثهم لحق الشفعة استحقاتهم لتملك
الحصة بثمن من مالهم لا من مال الميت

وفيه أن التكاليف بالأداء إنما هو مع وجود المال والفسخ رافع للموضوع وعلى
تقدير عدم الجواز يكون ذلك تكليفاً لا وضعياً فلو فسخوا يكون نافذاً والمراد من
المصلحة عدم المفسدة إذ لا ريب في الجواز مع التساوي.
وكيف كان فلو لم يكن للميت مال ففي وجوب دفع الثمن من مالهم بقدر الحصص
وجهان

{ ١ } والمصنف بنى الحكم في هذا الفرغ على أن الوارث هل هو نائب عن الميت في
الفسخ والإجازة بمعنى أنه يفسخ عن الميت فينتقل المال إلى الميت ثم إلى الوارث أم هو
مستقل وقائم مقامه بمعنى أنه يفسخ عن نفسه لانتقال الحق الثابت للميت إليه فينتقل المال
إلى الورثة، ومختاره هو الثاني.

ويرد عليه: إن الوارث ليس نائباً عن الميت في الفسخ، بل الحق ثابت له، ولكن
ليس معنى ذلك فسخ العقد عن نفسه ولنفسه، بل معناه حق حل العقد وفسخه لا عن نفسه
ولا عن غيره، فإن نسبته إلى الكل على حد سواء.

ثم لو قلنا بجواز الفسخ لبعض الورثة وإن لم يوافقه الباقي وفسخ. ففي انتقال المبيع إلى الكل، أو إلى الفاسخ، وجهان مما ذكرنا من مقتضى الفسخ، وما ذكرنا أخيراً من مقتضى النيابة والقيام مقام الميت. { ١ }

وبعبارة أخرى: الفسخ حل للعقد القائم بشخصين خاصين مع أنه على تقدير الاغماض عما ذكرناه وتسليم ما أفاده المصنف (قدس سره) لا وجه لتفصيله بين ما إذا كان للميت

مال وبين ما لم يكن، فإن مقتضى ما أفاده انتقال العين إلى الورثة واشتغال ذممهم بمقدار حصصهم للمفسوخ عليه، من غير فرق بين أن يكون له مال وأن لا يكون له مال { ١ } قوله وما ذكرنا أخيراً من مقتضى النيابة والقيام مقام الميت الوجه الأول نيابة دون هذا الوجه وعليه فمراده من النيابة ما فسره بقوله والقيام مقام الميت كما يشير إلى ما ذكرناه ما ذكره بعد ذلك بقوله فهو كنفس الميت لا نائب عنه.

والحق أن يقال: إن حق الخيار الموروث ليس من قبيل حق الشفعة، فإن حقيقة حق الشفعة تملك حصّة الشريك من مشتريها بثمنها، ومعلوم أن تملك حصّة الشريك ببذل الثمن لا يقتضى رجوع الحصّة إلى الميت ولا ثمنها منه. وبالجملة: الموروث ليس حق التملك، بل حق حل العقد، وهو يقتضى رجوع الأمر إلى ما كان، ولازم ذلك عود الملك إلى الميت وعود بدله عنه إذ المعاوضة كانت بينه وبين المفسوخ عليه.

وغاية ما يمكن أن يورد على هذا الوجه أمور: الأول: إن انتقال المال إلى الميت غير معقول لعدم قابليته لذلك. وفيه: إن الملكية من الاعتباريات، وهي خفيفة المؤونة، ولا مانع من اعتبار شيء ملكاً له لو اقتضت المصلحة ذلك.

الثاني: إن 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 التلقي من الميت فتشتغل ذمته بالبدل.

والأظهر في الفرعين هو كون ولاية الوارث لا كولاية الولي أو 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 أن يلزموا بأداء الديون منه بعد الاخراج، { ١ } والمسألة يحتاج إلى تنقيح زائد.

وفيه: إن دليل الإرث يدل على أن ما كان للميت من ملك أو حق فهو لوارثه، ولا يدل على أن كل ما هو مضاف إليه مضاف إلى وارثه كي يكون عقده عقده. { ١ } الثالث: إنه جرت السيرة بأن ورثة البائع يبيع خيار رد الثمن يردون مثل الثمن من أموالهم، ويستردون المبيع لأنفسهم، من دون أن يلزموا بأداء الديون منه بعد الاخراج وفيه: أولاً: إن وجه جريان السيرة غير معلوم، ولعله يكون ردهم مثل الثمن من أموالهم من جهة أن الفسخ أوجب اشتغال ذمة الميت بالثمن، فهم يؤدون دينه. نعم لو جرت السيرة بعدم أداء سائر ديون الميت من المبيع، وعدم كونهم ملزمين بذلك، كشف ذلك عن

عدم انتقال المبيع إلى الميت، ولكن قيام السيرة على ذلك ممنوع. وثانياً: إن غاية ما يثبت بذلك كون إرث 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 آخر هين دفعها بعد مراجعة ما ذكرناه. فالحق أنه تنتقل العين إلى الميت، فإن كان بدلها موجوداً فهو يعود إلى المفسوخ عليه لا يقال: إنه إن انتقل إلى الوارث فهو في حكم التلف. فإنه يرد بأنه ملك مترزل فيعود منهم، وإلا فتشتغل ذمة الميت بالبدل، كان للميت مال أم لم يكن، فيكون سبيله سبيل سائر ديونه، وأما العين فإن لم يكن للميت دين تنتقل إلى الورثة وإلا فإن كان الدين غير مستوعب ينتقل الفاضل منه على الدين إليهم وإن كان مستوعباً لا ينتقل شيء منها إليهم

مسألة لو كان الخيار لأجنبي ومات، ففي انتقاله إلى وارثه كما في التحرير أو إلى المتعاقدين، أو سقوطه كما اختاره غير واحد من المعاصرين، وربما يظهر من القواعد، وجوه، { ١ } من أنه حق تركه الميت فلوارثه، ومن أنه حق لمن اشترط له من المتعاقدين، لأنه بمنزلة الوكيل الذي حكم في التذكرة بانتقال خياره إلى موكله دون وارثه.

لو جعل الخيار لأجنبي

{ ١ } الرابع: ولو كان الخيار لأجنبي، ففي انتقاله إلى وارثه - كما عن العلامة (قدس سره)

في

التحرير - أو إلى المتعاقدين، أو سقوطه - كما عن غير واحد وربما يظهر من القواعد - وجوه.

وقد وقع الخلاف في الخيار المجعل للأجنبي في أنه، هل هو من باب التملك، أو التوكيل، أو التحكيم،

فقد يقال كما عن المحقق النائيني (قدس سره) بأنه ليس من قبيل التملك، لأنه لو كان على نحو

جعل الملك كأن لازمه إرث وارثه عنه: لأن ما تركه لوارثه، ولا من باب التوكيل، وإلا أمكن عزله، بل هو متوسط بين الملكية والوكالة نظير التولية على الوقف، وهذا هو المراد من التحكيم الذي ذكره الفقهاء.

ولكن يمكن أن يكون من قبيل التملك وجعل الحق له، وإنما لا يرثه وارثه من جهة ضيق مقدار الجعل والمجعل، إذ المجعل هو حق الخيار للأجنبي بما أنه ذو نظر ورأي يعتمد

عليه في أمر العقد، فيكون المستحق مقوماً، وقد مر أن مثل هذا الحق لا يورث ولا ينتقل إلى

الغير:

ويمكن أن يكون من قبيل التوكيل، وإنما لا يمكن عزله لأنه وإن كانت الوكالة جائزة في نفسها إلا أنه إذا كانت شرطاً في ضمن عقد لازم لا يجوز العزل، والظاهر أن جعل الخيار

من قبيل الأول.

وقد ظهر مما ذكرناه أمران:

الأول: إنه لا يرثه وارثه ولا ينتقل إلى غيره.

ومن أن ظاهر الجعل أو محتمله مدخلية نفس الأجنبي، { ١ } فلا يدخل فيما تركه وهذا لا يخلو عن قوة لأجل الشك في مدخلية نفس الأجنبي. وفي القواعد لو جعل الخيار لعبد أحدهما، فالخيار لمولاه، { ٢ } ولعله لعدم نفوذ فسخه ولا إجازته بدون رضا مولاه، وإذا أمره بأحدهما أجبر شرعا عليه، فلو ممتنع فللمولى فعله عنه فيرجع الخيار بالآخرة له، لكن هذا يقتضي أن يكون عبد الأجنبي كذلك، مع أنه قال لو كان العبد لأجنبي لم يملك مولاه، ولا يتوقف على رضاه، إذا لم يمنع حقا للمولى، فيظهر من ذلك فساد الوجه المذكور نقضا وحلا، فافهم.

الثاني: عدم تمامية ما أفاده المحقق الإيرواني (قدس سره) معلقا على قول المصنف (قدس سره)،

{ ١ } ومن أن ظاهر الجعل أو محتمله مدخلية نفس الأجنبي بقوله: لم أفهم المراد من مدخلية الأصيل وعدم مدخليته، فإن أريد كون الخيار مجعولا لشخص الأصيل فالكلام في مثل ذلك ويعدى إلى الوارث بأدلة الإرث - إلى أن قال

- وإن أريد كون الخيار مجعولا لشخص الأصيل بشرط أن لا يورث ففيه: إن هذا شرط خلاف الكتاب والسنة. انتهى.

فإنه قد عرفت أن الخيار إنما يورث إذا لم يكن المستحق مقوما، بل كان موردا، وفي جعل الخيار الظاهر كونه مقوما،

وهذا هو مراد المصنف (قدس سره) من مدخلية نفس الأجنبي، فلا يراد عليه.

{ ٢ } قال المصنف (قدس سره): وفي القواعد لو جعل الخيار لعبد أحدهما فالخيار لمولاه. هذه المسألة غير مربوطة بما نحن فيه، فإن حاصلها: إن جعل الخيار للعبد هل هو جعل له لمولاه لأنه عبد لا يقدر على شيء، أو أنه جعل له لنفسه بعد عدم مزاحمة أعماله لحق

مولاه؟ والحق أن جعل الحق له لا محذور فيه، فإن كونه عبدا لا يقدر على شيء ليس معناه خروجه عن قابلية جعل مال أو حق له، بل معناه إن الأفعال التسببية لا تنفذ منه، وإنما يلتزم بعدم مالكيته من التزم للدليل آخر مفقود في الحق.

نعم يمكن الفرق بين كون المستحق عبد أحد المتعاقدين أو عبد الأجنبي

مسألة ومن أحكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار. { ١ } وقد مر بيان ذلك في مسقطات الخيار، والمقصود هنا بيان أنه كما يحصل اسقاط الخيار والتزام العقد بالتصرف، فيكون التصرف إجازة فعلية، كذلك يحصل الفسخ بالتصرف، فيكون فسخاً فعلياً.

وقد صرح في التذكرة بأن الفسخ كالإجازة قد يكون بالقول، وقد يكون بالفعل. وقد ذكر جماعة كالشيخ وابن زهرة وابن إدريس وجماعة من المتأخرين عنهم كالعلامة وغيره (قدس الله أسرارهم) أن التصرف إن وقع فيما انتقل عنه كان فسخاً، وإن وقع فيما انتقل إليه كان إجازة.

من ناحية أن الخيار إن جعل لعبد أحدهما كان لازمه سلطنة العبد على مولاه بحل العقد الواقع بينه وبين طرفه بخلاف ما لو جعل لعبد الأجنبي فإن العقد حينئذ أجنبي عن مولاه ولعله لذلك قال في القواعد أن الخيار لو جعل لعبد أحدهما فالخيار لمولاه ولو جعل لعبد الأجنبي فالخيار له لا لمولاه، ولكن مقتضى ما ذكرناه من الفرق عدم ثبوت الخيار للعبد لا ثبوته لمولاه، والذي يسهل الخطب عدم المورد لهذه المسألة، فالأغماض عن إطاعة

الكلام أولى.

الفسخ الفعلي

{ ١ } طفحت كلماتهم بأنه من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار

وتنقيح القول في المقام بالبحث في موارد

الأول هل الفسخ يحصل بالفعل كما يحصل بالقول أم لا -

لا كلام من الأصحاب في حصوله به وهو مقتضى إطلاق دليل الفسخ بالتقريب

المتقدم في مسألة المعاطاة

وقد عرفت هناك أنه فيما لم يدل دليل بالخصوص على اعتبار اللفظ يكتفي بكل ما

ينشأ به المنشأ كان قولاً أم فعلاً

وقوله (عليه السلام) (١) إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام لا يدل على اعتبار اللفظ في آلة

الانشاء كما مر تحقيقه

(١) الوسائل - باب ٨ - من أبواب أحكام العقود حديث ٤.

وقد عرفت في مسألة الإسقاط أن ظاهر الأكثر أن المسقط هو التصرف المؤذن بالرضا، وقد دل عليه الصحيحة المتقدمة في خيار الحيوان، المعللة للسقوط، بأن التصرف رضا بالعقد فلا خيار، وكذا النبوي المتقدم، ومقتضى ذلك منهم أن التصرف فيما انتقل عنه إنما يكون فسخا إذا كان مؤذنا بالفسخ وليكون فسخا فعليا. وأما ما لا يدل على إرادة الفسخ، فلا وجه لانفساخ العقد به، وإن قلنا بحصول الإجازة به بناء على حمل الصحيحة المتقدمة على سقوط الخيار بالتصرف تبعا شرعيا، من غير أن يكون فيه دلالة عرفية نوعية على الرضا بلزوم العقد، { ١ } كما تقدم نقله عن بعض، إلا أن يدعي الاجماع على اتحاد ما يحصل به الإجازة والفسخ، { ٢ } فكلما يكون إجازة لو ورد على ما في يده يكون فسخا إذا ورد منه على ما في يد صاحبه، وهذا الاتفاق وإن كان الظاهر تحققه إلا أن أكثر هؤلاء كما عرفت كلماتهم في سقوط خيار الشرط بالتصرف يدل على اعتبار الدلالة على الرضا في التصرف المسقط، فيلزمهم بالمقابلة اعتبار الدلالة على الفسخ في التصرف الفاسخ،

الثاني: إنه بناء على كفاية الفعل هل يكتفى بخصوص ما قصد به الفسخ وكان مبرزا له عرفا - أم يكون التصرف فيما انتقل عنه فسخا تبعا ولو لم يكن كاشفا عن قصد الفسخ

لا اشكال في الاختصاص بمقتضى القواعد ولكن قد ادعى أن مقتضى الدليل الخاص عدم الاختصاص وهو مؤلف من أمرين. { ١ } أحدهما - أنه في النص الخاص (١) حكم بأن التصرف فيما انتقل إليه إجازة وإن لم يقصد به الامضاء { ٢ } الثاني أنه قد تكرر في كلماتهم دعوى الاجماع على أن ما يحصل به الإجازة إن وقع فيما انتقل إليه، يحصل به الفسخ إن وقع فيما انتقل عنه فإن مقتضى هذين الأمرين كون التصرف فيما انتقل عنه فسخا تبعا

(١) الوسائل - باب ٤ - من أبواب الخيار حديث ١.

ويدل عليه كثير من كلماتهم في هذا المقام أيضا، قال في التذكرة أما العرض على البيع والإذن فيه والتوكيل والرهن غير المقبوض بناء على اشتراطه فيه والهبة الغير المقبوضة، فالأقرب أنها من البائع فسخ، ومن المشتري إجازة، لدلالاتها على طلب المبيع واستيفائه، وهذا هو الأقوى ونحوهما في جامع المقاصد.

ثم إنك قد عرفت الاشكال في كثير من أمثلتهم المتقدمة للتصرفات الملزمة كركوب الدابة في طريق الرد ونحوه مما لم يدل على الالتزام أصلا، لكن الأمر هنا أسهل بناء على أن ذا الخيار إذا تصرف فيما انتقل عنه تصرفا لا يجوز شرعا إلا من المالك، أو بإذنه، دل ذلك بضميمة حمل فعل المسلم على الصحيح شرعا، على إرادة انفساخ العقد قبل هذا التصرف.

قال في التذكرة: لو قبل الجارية بشهوة أو باشر فيما دون الفرج، أو لمس بشهوة، فالوجه عندنا أنه يكون فسخا، لأن الاسلام يصون صاحبه عن القبيح، فلو لم يختر الامساك لكان مقدا على المعصية، انتهى.

ثم نقل عن بعض الشافعية احتمال العدم نظرا إلى حدوث هذه الأمور عمن تردد في الفسخ والإجازة.

وفي كلا الأمرين نظر

أما الثاني فلأن معقد الاجماع هو ما يحصل به الإجازة حقيقة وواقعا أو ظهورا لا مطلقا كي يشمل ما به يحصل الإجازة تبعا

وأما الأول فلأن ما دل على كون التصرف إجازة تبعا مختص بخيار الحيوان ولا يتعدى منه إلى غيره

فالأظهر أنه لا يتحقق الفسخ بما لا يكون كاشفا عن إرادته.

الثالث - أنه لو لم يحرز أنه بالتصرف فيما انتقل عنه هل قصد الفسخ أم لا هل يحكم بإرادة الفسخ وأنه يفسخ أم لا

لا كلام فيما إذا كان ظاهرا فيه للسيرة المستمرة من العقلاء على اتباع الكاشف عن المراد الجدي قولا كان أم فعلا

إنما الاشكال فيما إذا لم يكن ظاهرا فيه.

والكلام فيه في موضعين

أحدهما في التصرفات الخارجية غير الجائزة على غير المالك

وفي جامع المقاصد عند قول المصنف (رحمه الله) ويحصل الفسخ بوطئ البائع وبيعه وعتقه وهبته، قال لوجوب صيانة فعل المسلم عن الحرام، حيث يوجد إليه سبيل، وتنزيل فعله على ما يجوز له فعله مع ثبوت طريق الجواز، انتهى.

ثم إن أصالة حمل فعل المسلم على الجائز من باب الظواهر المعتبرة شرعا، كما صرح به جماعة كغيرها من الأمارات الشرعية، فيدل على الفسخ لا من الأصول التعبدية { ١ } حتى يقال إنها لا تثبت إرادة المتصرف للفسخ، لما تقرر من أن الأصول التعبدية لا تثبت إلا اللوازم الشرعية لمجاريتها. وهنا كلام مذكور في الأصول، ثم إن مثل التصرف الذي يحرم شرعا إلا على المالك أو مأذونه التصرف الذي لا ينفذ شرعا إلا من المالك أو مأذونه وإن لم يحرم، كالبيع والإجارة والنكاح. فإن هذه العقود وإن حلت لغير المالك لعدم عدها تصرفا في ملك الغير، إلا أنها تدل على إرادة الانفساخ بها بضميمة أصالة عدم الفضولية،

الثاني في التصرفات الاعتبارية المتوقف نفوذها على الملك

أما الأول - فحيث، يحتمل كونه تصرفا عدوانيا وكونه تصرفا صحيحا لا حراز رضا صاحبه بالتصرف، ويحتمل كونه فسحا ففي الحكم بكونه فسحا لا بد من سد الاحتمالين الأولين

أما احتمال كون التصرف عدوانيا، فيدفع بأصالة حمل فعل المسلم على الصحيح شرعا التي هي من الأصول العقلائية، ولكن لا يثبت بها ما يتوقف عليه الصحة كما صرح المصنف (رحمه الله) بذلك في رسالته

ولذا قال لو شك في أن الشراء الصادر من الغير كان بما لا يملك كالخمر، أو بعين من أعيان ماله لا يحكم بخروج تلك العين من تركته

وقد أشبعنا الكلام في ذلك في رسالة القواعد الثلاث المطبوعة

وعليه، فغاية ما يثبت بها صحة التصرف وعدم الإثم عليه، ولا يثبت بها ما يتوقف الصحة عليه وهو إرادة الفسخ،

{ ١ } قوله من الأمارات الشرعية فيدل على الفسخ لا من الأصول التعبدية

كما صرح بها جامع المقاصد عند قول المصنف، والإجازة والتزويج في معنى البيع، والمراد بهذا الأصل الظاهر، فلا وجه لمعارضته بأصالة عدم الفسخ، مع أنه لو أريد به أصالة عدم قصد العقد عن الغير، فهو حاكم على أصالة عدم الفسخ، لكن الانصاف أنه لو أريد به هذا لم يثبت به إرادة العاقد للفسخ، وكيف كان، فلا اشكال في إناطة الفسخ بذلك عندهم كالإجازة بدلالة التصرف عليه ويؤيده استشكالهم في بعض أفرادها من حيث دلالاته بالالتزام على الالتزام بالبيع أو فسخه ومن حيث امكان صدوره عن تردد في الفسخ، كما ذكره في الإيضاح، وجامع المقاصد، وفي وجه اشكال القواعد في كون العرض على البيع والإذن فيه فسحا، ومما ذكرنا يعلم أنه لو وقع التصرف، فيما انتقل عنه نسيانا للبيع أو مسامحة في التصرف في ملك الغير، أو اعتمادا على شهادة الحال بالإذن، لم يحصل الفسخ بذلك.

يرد عليه أو لا أنه صرح في رسالته بأنه لو سلم وجود ملاك الطريقة فيها مع أنه ممنوع ولكن بما أن دليلها بناء العقلاء، وهو كما يمكن أن يكون من جهة الطريقة يمكن أن يكون لمصلحة أخرى كحفظ نظام المعاشرة ونحوه، فلا يثبت بأصالة الصحة إلا الآثار الشرعية المترتبة عليها، أما ما يتوقف عليه الصحة، أو ملازمها مطلقا، أو ما يلزمها فلا يثبت بها، أضف إلى ذلك ما حققناه في تلك المسألة وأثبتنا أنها من الأصول التعبدية لا من الأمارات، فلا يثبت بها الفسخ وأما احتمال كون التصرف صحيحا لاحراز رضا صاحبه، فلا أصل يحرز به عدمه، وعلى هذا فمع الشك لا أصل يحرز به إرادة الفسخ وأما الثاني فاحتمال كونه فضوليا يدفع بالأصل، والمراد به ظهور الاطلاق وعدم التقييد بكونه للغير، وهذا الظهور متبع عند العقلاء، ولكن لا ساد لاحتمال كون التصرف عدوانيا كما تقدم فلا يحكم بالنفوذ،

مسألة هل الفسخ يحصل بنفس التصرف، أو يحصل قبله متصلاً به. وبعبارة أخرى التصرف سبب، أو كاشف فيه، { ١ } وجهان. بل قولان، من ظهور كلماتهم في كون نفس التصرف فسخاً، أو إجازة، وأنه فسخ فعلي في مقابل القول، وظهور اتفاقهم على أن الفسخ بل مطلق الانشاء لا يحصل بالنية، بل لا بد من حصوله بالقول أو الفعل، ومما عرفت من التذكرة وغيرها من تعليل تحقق الفسخ بصيانة فعل المسلم عن القبيح. ومن المعلوم أنه لا يصاب عنه إلا إذا وقع الفسخ قبله، وإلا لوقع الجزء الأول منه محرماً

ويمكن أن يحمل قولهم بكون التصرف فسخاً على كونه دالاً عليه، وإن لم يتحقق به، وهذا المقدار يكفي في جعله مقابلاً للقول، ويؤيده ما دل من الأخبار المتقدمة على كون الرضا هو مناط الالتزام بالعقد وسقوط الخيار، وإن اعتبر كونه مكشوفاً عنه بالتصرف. وقد عرفت هناك التصريح بذلك من الدروس، وصرح به في التذكرة أيضاً، حيث ذكر أن قصد المتبايعين لأحد عوضي الصرف قبل التصرف رضا بالعقد، فمقتضى المقابلة هو كون كراهة العقد باطلاً وعدم الرضا به هو الموجب للفسخ إذا كشف عنه التصرف.

الفعل كاشف

{ ١ } مسألة هل الفسخ يحصل بنفس التصرف أو يحصل قبله متصلاً به وبعبارة أخرى التصرف سبب أو كاشف فيه وجهان بل قولان لا يخفى أن الموجب لحمل التصرف على الكاشف دون السبب، مع أن الفسخ من الايقاعات، والظاهر تسالمهم على احتياجها إلى الانشاء، وأن ما ينشأ به العقد أو الايقاع سبب لا كاشف، إنما هو أحد المحاذير التي ذكروها في المقام. الأول - إن الفعل ليس قابلاً للانشاء ذكره المصنف (رحمه الله) قال إن الفعل لا انشاء فيه فالمنشأ يحصل بإرادته المتصلة بالفعل، لا بنفس الفعل لعدم دلالة عليه ويرد عليه أولاً النقض، بالمعاطاة المفيدة للملك التي هي بيع عنده، وأنشأ بها البيع

ويؤيده أنهم ذكروا أنه لا يحصل الإجازة بسكوت البائع ذي الخيار على وطئ المشتري معللاً، بأن السكوت لا يدل على الرضا، فإن هذا الكلام ظاهر في أن العبرة بالرضا، وصرح في المبسوط بأنه لو علم رضاه بوطئ المشتري سقط خياره، فاقصر في الإجازة على مجرد الرضا. وأما ما اتفقوا عليه من عدم حصول الفسخ بالنية، فمرادهم بها نية الانفساخ أعني الكراهة الباطنية، لبقاء العقد، والبناء على كونه منفسخاً من دون أن يدل عليها بفعل مقارن به. وأما مع اقترانها بالفعل، فلا قائل بعدم تأثيرها فيما يكفي فيه الفعل، إذ كلما يكفي فيه الفعل من الانشاءات ولا يعتبر فيه خصوص القول فهو من هذا القبيل، { ١ } لأن الفعل لا انشاء فيه، فالمنشئ يحصل بإرادته المتصلة بالفعل لا بنفس الفعل لعدم دلالة عليه. نعم يلزم من ذلك أن لا يحصل الفسخ باللفظ أصلاً، { ٢ } لأن اللفظ أبداً مسبوق بالقصد الموجود بعينه قبل الفعل الدال على الفسخ. وقد ذكر العلامة في بعض مواضع التذكرة،

اللهم إلا أن يقال إنه ملتزم فيها أيضاً بذلك، كما يظهر من قوله { ١ } كلما يكفي فيه الفعل من الانشائيات ولا يعتبر فيه خصوص القول فهو من هذا القبيل

وثانياً: إنه لا فرق بين القول والفعل - والمختار عندنا وإن كان حصول المنشأ قبل إظهاره بالقول أو الفعل، وهو مبرز له لا سبب كما حققناه في أول الجزء الأول من هذا الشرح - إلا أن ذلك فيهما على حد سواء، وأما من يرى حصول المنشأ بالقول لا سبيل له إلى منع حصوله بالفعل، فإن الفعل أحد الدوال لأن قوام الدلالة بالكشفية النوعية عن المراد، وهذه لا تختص باللفظ، ولا فرق في ذلك بين الأخبار والانشاء. وظني أن المصنف (رحمه الله) كان في ذهنه أنه في باب الانشائيات مطلقاً، يتحقق المنشأ باعتبار المنشئ وإرادته واللفظ أو الفعل كاشف عن ذلك، ومظهر له، لا أنه آلة لا يجاده كما

اخترناه وبيننا أنه لا يعقل إيجاد ذلك المعنى باللفظ - ويعرب عن ذلك قوله - بعد منع حصول المنشأ بالفعل

{ ٢ } نعم يلزم من ذلك أن لا يحصل الفسخ باللفظ أصلاً لأن اللفظ أبداً مسبوق بالقصد وكيف كان فالفرق بين القول والفعل مما لا وجه له أصلاً

إن اللازم بناء على القول بتضمن الوطئ للفسخ عود الملك إلى الواطئ مع الوطئ أو قبيله، فيكون حلالاً هذا

أو كيف كان، فالمسألة ذات قولين ففي التحرير قوى جهة الواطئ الذي يحصل به الفسخ، وأن الفسخ يحصل بأول جزء منه، فيكشف عن عدم الفسخ قبله، وهو لازم كل من قال بعدم صحة عقد الواهب الذي يتحقق به الرجوع كما في الشرائع وعن المبسوط والمهذب والجامع. والحكم في باب الهبة والخيار واحد، وتوقف الشهيد في الدروس في المقامين مع حكمه بصحة رهن ذي الخيار، وجزم الشهيد والمحقق الثانيان بالحل، نظراً إلى حصول الفسخ قبله بالقصد المقارن، ثم إنه لو قلنا بحصول الفسخ قبيل هذه الأفعال فلا اشكال في وقوعها في ملك الفاسخ، فيترتب عليها آثارها فيصح بيعه وسائر العقود الواقعة منه على العين لمصادفتها للملك ولو قلنا بحصوله بنفس الأفعال، فينبغي عدم صحة التصرفات المذكورة كالبيع، والعتق من حيث عدم مصادفتها لملك العاقد التي هي شرط لصحتها. وقد يقرر المنع بما في التذكرة عن بعض العامة من أن الشيء الواحد لا يحصل به الفسخ والعقد، { ١ } كما أن التكبير الثانية في الصلاة بنية الشروع يخرج بها عن الصلاة ولا

وإن تم هذا الوجه أي حصول المنشأ قبل ابرازه بالفعل - أو قبل ابرازه مطلقاً كما اخترناه، يرتفع جميع الاشكالات حتى في الوطئ، لأنه يقع بعد تحقق الملك فإذا نحن في فسحة من هذه الايرادات.

{ ١ } الثاني ما نقله العلامة (رحمه الله) عن بعض العامة وهو أن الشيء الواحد لا يعقل أن يكون فسحاً وعقداً

وهذا الوجه يختص بالوضعيات كالبيع وحاصله أن الفسخ والعقد متقابلان فلا يعقل أن يجتمعا في واحد وفيه: أنهما متقابلان بالإضافة إلى شيء واحد، كملكية عين لزيد وحل تلك الملكية في زمان واحد، وأما العقد على ملكيتها لزيد وحل ملكية عمرو، فهما ليسا متقابلين، والمقام من قبيل الثاني كما لا يخفى.

يشرع بها في الصلاة، وبأن البيع موقوف على الملك الموقوف على الفسخ المتأخر عن البيع، { ١ } وأجاب في التذكرة عن الأول بمنع عدم صحة حصول الفسخ والعقد بشئ واحد، بالنسبة إلى شيئين. وأجاب الشهيد عن الثاني بمنع الدور التوقفي وأن الدور معي، { ٢ } وقال في الإيضاح أن الفسخ يحصل بأول جزء من العقد، وزاد في باب الهبة قوله فيبقى المحل قابلاً لمجموع العقد، انتهى.

وقد يستدل للصحة بأنه إذا وقع العقد على مال الغير فملكه بمجرد العقد كاف كمن باع مال غيره، ثم ملكه. أقول: إن قلنا، بأن المستفاد من أدلة توقف البيع والعتق على الملك، نحو قوله لا يبيع إلا في ملك ولا عتق إلا في ملك هو اشتراط وقوع الانشاء في ملك المنشئ، فلا مناص عن القول بالبطلان، لأن صحة العقد حينئذ تتوقف على تقدم تملك العاقد على جميع أجزاء العقد لتقع فيه، فإذا فرض العقد أو جزء من أجزائه فسحاً كان سبباً لتملك العاقد مقدماً عليه، لأن المسبب إنما يحصل بالجزء الأخير من سببه،

{ ١ } الثالث إن التصرفات المتوقفة على الملك قسماً اعتبارياً وخارجياً وصحة التصرف الاعتباري كالبيع متوقفة على كون المبيع مملوكاً له قبل البيع، وكونه مملوكاً له يتوقف على أن يكون قوله بعتك فسحاً، وكونه فسحاً متوقف على كونه مبيعاً - فالبيع يتوقف على الملك، المتوقف على الفسخ، المتوقف على البيع، وهذا دور واضح - وجواز التصرف الخارجي كالوطء يتوقف على الملك، فبالوطء مثلاً يتحقق الملك والحلية المترتبة عليه في رتبة واحدة.

{ ٢ } قوله وأجاب الشهيد عن الثاني بمنع الدور التوقفي وأن الدور معي الظاهر أن مراد الشهيد من الدور المعني: إن الفسخ المحقق، للملك، والبيع أي النقل العرفي، هما معا معلولان للعقد، وهما معا متلازمان، ولا يكون كل منهما علة للآخر: وإن الملك شرط للبيع الحقيقي موجب للتقدم الرتبي، لا الزماني ولم يدل دليل على استحالة كون شئ واحد سبباً، للشرط، والمشروط معا.

فكلما فرض جزء من العقد قابل للتجزئة سببا للتملك. كان الملك متأخرا عن بعض ذلك الجزء، وإلا لزم تقدم وجود المسبب على السبب والجزء الذي لا يتجزأ موجود، { ١ } فلا يكون سببا مع أن غاية الأمر حينئذ المقارنة بينه وبين التملك. وقد عرفت أن الشرط بمقتضى الأدلة سبب التملك على جميع أجزاء العقد قضاء لحق الظرفية.

وأما دخول المسألة فيمن باع شيئا ثم ملكه، فهو بعد فرض القول بصحته يوجب اعتبار إجازة العاقد ثانيا بناء على ما ذكرنا في مسألة الفضولي من توقف لزوم العقد المذكور على الإجازة، إلا أن يقال إن المتوقف على الإجازة عقد الفضولي ويبيعه للمالك. وأما بيعه لنفسه نظير الغاصب، فلا يحتاج إلى الإجازة بعد العقد، لكن هذا على تقدير القول به والاعراض عما تقدم في عقد الفضولي لا يجري في العتق الغير القابل للفضولي.

وإن قلنا إن المستفاد من تلك الأدلة هو عدم وقوع البيع الغير المؤثر في نقل مال الغير بغير إذنه، { ٢ } فالممنوع شرعا تمام السبب في ملك الغير، لا وقوع بعض أجزائه في ملك الغير وتمامه في ملك نفسه، لينقل بتمام العقد الملك الحادث ببعضه، فلا مانع من تأثير هذا العقد لانتقال ما انتقل إلى البائع بأول جزء منه، وهذا لا يخلو عن قوة إذ لا دلالة في أدلة

{ ١ } قوله والجزء الذي لا يتجزى غير موجود
أورد عليه المحقق الإيرواني (قدس سره) بأن وجوده لا يدفع الاشكال: إذ الملك يتأخر عن ذلك الجزء إن حصل الفسخ به فيلزم الاشكال
وفيه: إن فرض الجزء الذي 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، كي يقال إن الملك حصل بعده.

والمصنف (قدس سره) أجاب عن المحذور في التصرف الاعتباري بوجهين
{ ٢ } أحدهما أن المستفاد من دليل توقفه على الملك ليس اعتبار وقوع الانشاء في ملك المنشئ حتى يحكم بالبطلان من جهة أن صحة العقد حينئذ تتوقف على تقدم الملك على جميع أجزاء العقد لتقع فيه قضاء لحق الظرفية

اعتبار الملكية في المبيع إلا على اعتبار كونه مملوكا قبل كونه مبيعا، والحصر في قوله لا يبيع إلا في ملك إضافي بالنسبة إلى البيع في ملك الغير، أو في غير ملك كالمباحات الأصلية، فلا يعم المستثنى منه البيع الواقع بعهده في ملك الغير وتمامه في ملك البائع، هذا، مع أنه يقرب أن يقال إن المراد بالبيع هو النقل العرفي الحاصل من العقد لا نفس العقد { ١ } لأن العرف لا يفهمون من لفظ البيع إلا هذا المعنى المأخوذ في قولهم بعت. وحينئذ، فالفسخ الموجب للملك يحصل بأول جزء من العقد والنقل والتملك العرفي يحصل بتمامه، فيقع النقل في الملك، وكذا الكلام في العتق وغيره من التصرفات القولية عقدا كان أو ايقاعا.

ولعل هذا معنى ما في الإيضاح { ٢ } من أن الفسخ يحصل بأول جزء، وبتمامه يحصل العتق. نعم التصرفات الفعلية المحققة للفسخ كالوطئ والأكل ونحوهما لا وجه لجواز الجزء الأول منها، فإن ظاهر قوله تعالى: (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم) اعتبار وقوع الوطئ فيما اتصف بكونها مملوكة، فالوطئ المحصل للفسخ لا يكون بتمامه حلالا،

بل الاستفادة منه عدم وقوع البيع مثلا في ملك الغير فالممنوع شرعا تمام السبب في ملك الغير لا وقوع بعض أجزائه في ملك الغير وتمامه في ملك نفسه وبالجملة لا دلالة في أدلة اعتبار الملكية في المبيع، الأعلى اعتبار كونه مملوكا قبل كونه مبيعا، فلا تعم تلك الأدلة البيع الواقع بعهده في ملك الغير { ١ } ثانيهما إن المراد بالبيع هو النقل العرفي الحاصل من العقد لا نفس العقد وحينئذ فالفسخ يحصل بأول جزء من العقد والنقل يحصل بتمامه فيقع في الملك وأما في التصرف الخارجي، كالوطء، فالتزم بحرمة الجزء الأول منه، إن دل الدليل على عدم حصول الفسخ قبيل التصرف.

{ ٢ } قوله ولعل هذا معنى ما في الإيضاح المشار إليه أصل التوجيه لا خصوص الوجه الثاني

وتوهم أن الفسخ إذا جاز بحكم الخيار جاز كل ما يحصل به { ١ } قولاً كان أو فعلاً، فإن معنى جواز الفسخ لأجل الخيار، الجواز الوضعي أعني الصحة لا التكليفي، فلا ينافي تحريم ما يحصل به الفسخ، كما لا يخفى.

مع أنه لو فرض دلالة دليل الفسخ على إباحة ما يحصل به تعيين حمل ذلك على حصول الفسخ قبيل التصرف جمعا بينه وبين ما دل على عدم جواز ذلك التصرف إلا إذا وقع في الملك.

وبالجملة فما اختاره المحقق والشهيد الثانيان في المسألة، لا يخلو عن قوة، وبه ترتفع الاشكال عن جواز التصرفات تكليفاً ووضعاً، وهذا هو الظاهر من الشيخ في المبسوط، حيث جوز للمتصرفين تباع النقيدين. ثانياً في مجلس الصرف وقال إن شروعهما في البيع قطع لخيار المجلس، مع أن الملك عنده يحصل بانقطاع الخيار المتحقق هنا بالبيع المتوقع على الملك، لكنه في باب الهبة لم يصحح البيع الذي يحصل به الرجوع فيها معللاً بعدم وقوعه في الملك.

{ ١ } قوله وتوهم أن الفسخ إذا جاز بحكم الخيار جاز كل ما يحصل به حاصل التوهم: إن ما دل على سلطنة ذي الخيار على الفسخ، مقتضاه جوازه، وعدم حرمة: لأن ظاهر ما تضمن أن لك الفسخ، أنه لا مانع منه تكليفاً ومقتضى اطلاقه جواز كل تصرف حتى المتوقع على الملك كالوطاء.

وفي كلامه (قدس سره) مواقع للنظر الأول ما أفاده من أنه لو كان المستفاد من الأدلة، اشتراط وقوع الانشاء في ملك المنشئ، كان المتعين البناء على البطلان: لأن صحته حينئذ تتوقف على تقدم الملك قضاء لحق الظرفية

فإنه يرد عليه، أن الظرفية تقتضي المقارنة، وينافيها التقدم إذ الظرفية والمظروفية متضائفتان، وهما متكافئتان في القوة والفعلية، وعليه فمقتضى الظرفية تقارن الملكية والانشاء زماناً

الثاني ما أفاده من أن المراد بالبيع هو النقل العرفي، وهو يحصل بتمام السبب، والفسخ يتحقق بأول جزء منه فيكون الملك سابقاً عليه

فرع لو اشترى عبداً بجارية مع الخيار له { ١ } فقال: اعتقهما فربما يقال بانعتاق الجارية دون العبد، لأن الفسخ مقدم على الإجازة. وفيه أنه لا دليل على التقديم في مثل المقام مما وقع الإجازة والفسخ في طرف واحد دفعة، سواء اتحد المجيز والفاسخ، كما المقام أو تعدد، كما لو وقعا من وكيلي ذي الخيار دفعة واحدة

فإنه يرد عليه: إن الفسخ أيضاً يحصل بتمامه إذ ليس كل قول أو فعل فسخاً بل ما يكون دالاً عليه وهو العقد بتمامه
الثالث: ما أفاده من أنه مع عدم الالتزام بحصول الفسخ قبيل التصرف لا بد من البناء على عدم جواز الجزء الأول
فإنه يرد عليه أن المستفاد من الأدلة عدم جواز التصرف المزبور في ملك الغير وحيث إن هذا التصرف ينشأ به الفسخ فيصير ملكاً له مقارنة له ولا دليل على حرمة التصرف مع عدم سبق الملك - وبالجملة وهذه التصرفات جائزة مع الملك والمفروض هو ذلك

فالحق في المقام أن يقال إنه لو قلنا بحصول الفسخ قبيل التصرف كما اخترناه فلا اشكال وإلا - ففي التصرف الاعتباري بما أن المستفاد من الأدلة هو اعتبار كون النقل الحاصل من العقد في ملكه - والمفروض حصول الفسخ بالعقد فيتحقق الفسخ والبيع في زمان واحد مع تقدم الفسخ أنا ما ولا اشكال وفي التصرف الخارجي يكون التصرف مقارنة مع الملك ولا يعتبر في الجواز أزيد من ذلك والله العالم.

لو اشترى عبداً بجارية

{ ١ } قوله لو اشترى عبداً بجارية مع الخيار له

محل البحث موارد

الأول: ما إذا كان الخيار للمشتري.

الثاني: ما إذا كان الخيار للبايع.

الثالث: ما إذا كان الخيار لهما.

أما المورد الأول فتارة لا يقصد به الإجازة ولا الفسخ، وأخرى يقصد هما معا

إنما 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 جائزا من أحدهما فيفسخ مع لزوم العقد من الطرف الآخر بخلاف لزوم والانفساخ من طرف واحد ونحوه في الضعف، القول بعق 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 أصلا، وهو الأقوى، كما اختاره جماعة منهم العلامة في التذكرة والقواعد والمحقق الثاني في جامع المقاصد، لأن عتقهما معا لا ينفذ، لأن العتق لا يكون فضوليا، والمعتق لا يكون مالكا لهما بالفعل، لأن ملك أحدهما يستلزم خروج الآخر عن الملك. ولو كان الخيار في الفرض المذكور لباع العبد بنى عتق العبد على جواز التصرف من غير ذي الخيار في مدة الخيار

وثالثة: يقصد الفسخ، ورابعة: يقصد الإجازة.

أما في الصورة الأولى فيتحقق عتق العبد خاصة، لورود الانشاء على ماله ومال غيره فيؤثر في الأول.

وأما في الصورة الثانية، فإن كان متوجها إلى تنافيهما لا يتحقق القصد إليهما وإن لم يكن ملتفتا إلى ذلك - فحيث إن الإجازة وهي ابرام العقد والفسخ وهو حله ورفع متنافيان، فلا يمكن تحققهما معا، وتحقق أحدهما دون الآخر بلا مرجح، ومسألة تقديم الفسخ على الإجازة، غير مربوطة بالمقام كما في المتن فلا يقع شئ منهما وأما العتقان فلا يقعان معا، 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 مملوكا له فعلا إلا أن نفوذ عتقه

وعتق الجارية على جواز عتق الفضولي. والثاني غير صحيح اتفاقا، وسيأتي الكلام في الأول وإن كان الخيار لهما. ففي القواعد والايضاح وجامع المقاصد صحة عتق الجارية ويكون فسخا، لأن عتق العبد من حيث إنه ابطال لخيار بئعه غير صحيح بدون إجازة البائع ومعها يكون إجازة منه لبيعه والفسخ مقدم على الإجازة، والفرق بين هذا وصورة اختصاص المشتري بالخيار، أن عتق كل من المملوكين كان من المشتري صحيحا لازما، بخلاف ما نحن فيه. نعم لو قلنا هنا بصحة عتق المشتري في زمان خيار البائع، كان الحكم، كما في تلك الصورة.

يتوقف على امضاء العقد، وامضائه يتوقف على عدم كون عتق الجارية فسخا كما في العكس

يرد عليه: إن عتق العبد لا يتوقف على امضاء العقد إذ لا يشترط فيه سوى الملك الموجود، وإنما يتوقف عتق الجارية على الفسخ من، جهة كون الفسخ سببا للملك الذي هو

شرط العتق فلا يكون التوقف من الطرفين.

وأما في الصورة الثالثة: فقد أفاد السيد الفقيه أن الأقوى، صحة كليهما، وحصول الفسخ فينتقل إلى بدل العبد، وذلك لأن المقتضي للصحة موجود في كليهما، ولا منافاة، أما

في الجارية فلأن الفرض أن له الفسخ وأعتقها بهذا العنوان، وأما في العبد فلأن صحة عتقه لا تتوقف على قصد الإجازة إذ هو مملوك له فعلا وهذا كاف في صحته، ولا بأس به.

وأما في الصورة الرابعة، فالأظهر صحة عتق العبد فقط إذ صحة عتق الجارية متوقفة على قصد الفسخ والمفروض عدمه فلا منافي لعتق العبد.

وأما المورد الثاني: فإن قلنا بعدم جواز تصرف غير ذي الخيار في مدة الخيار تصرفا يمنع عن استرداد العين فسد عتق العبد - وإلا صح

وأما عتق الجارية فهو لا يصح على أي حال لفقد شرطه وهو الملك وبطلان الفضولي في الايقاع.

وأما المورد الثالث فبناء على نفوذ تصرف من عليه الخيار كان حكم هذا المورد

مسألة من أحكام 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 الأصحاب منهم، العلامة في القواعد، والمحقق والشهيد الثانيان قدس سرهم بل في مفتاح الكرامة في مسألة عدم انتقال حق الرجوع في الهبة إلى الورثة، أن حق الخيار يمنع المشتري من التصرفات الناقلة عند الأكثر. وعن جماعة في مسألة وجوب الزكاة على المشتري للنصاب بخيار للبائع أن 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 يعد مثلهما مخالفاً في المسألة، والموجود في ظاهر كلام المحقق في الشرائع جواز الرهن في زمن الخيار، سواء كان الخيار للبائع أو المشتري أولهما. بل ظاهره عدم الخلاف في ذلك بين كل من قال بانتقال الملك بالعقد. وكذا ظاهره في باب الزكاة

حكم المورد الأول،

وإن بنينا على عدم النفوذ، فلا يصح عتق العبد بدون إذن البائع ومع الإذن الذي حقيقته امضاء العقد من ناحية البائع يصح العتق، ويكون حكمه حكم الصورة الثالثة من المورد الأول، ويصح عتق الجارية على التقديرين والفسخ هذا إذا قصد به الفسخ، وإلا بطل عتق الجارية أيضاً والله العالم
حكم تصرفات غير ذي الخيار جواز أو منعا
{ ١ } قوله من أحكام 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 إنه نقل كلمات جماعة منهم فالأولى البحث فيما يستفاد من الأدلة

حيث حكم بوجوب الزكاة في النصاب المملوك ولو مع ثبوت الخيار نعم
استشكل فيه في المسالك في شرح المقامين على وجه يظهر منه أن المصنف معترف
بمنشأ الأشكال.

وكذا ظاهر كلام القواعد في باب الرهن، وإن اعترض عليه جامع المقاصد بما
مر من المسالك، لكن صريح كلامه في التذكرة في باب الصرف جواز التصرف.
وكذا صريح كلام الشهيد في الدروس، حيث قال في باب الصرف: لو باع
أحدهما ما قبضه على غير صاحبه قبل التفرق، فالوجه الجواز وفاقا للفاضل، ومنعه
الشيخ قدس سره لأنه يمنع الآخر من خياره، ورد بأنا نقول ببقاء الخيار، انتهى.
وصرح في المختلف في باب الصرف بأن له أن يبيع ماله من غير صاحبه،
ولا يبطل حق خيار الآخر، كما لو باع المشتري في زمان خيار البائع، وهو ظاهر
اللمعة، بل صريحها في مسألة رهن ما فيه الخيار، وأن شرحها في الروضة بما لا يخلو
عن تكلف هذا.

ويمكن أن يقال إن قول الشيخ ومن تبعه بالمنع ليس منشأ القول بعدم انتقال
المبيع ومتفرعا عليه، وإلا لم يكن وجه لتعليل المنع عن التصرف بلزوم ابطال حق
الخيار، بل المتعين حينئذ الاستناد إلى عدم حصول الملك مع وجود الخيار، بل لعل
القول بعدم الانتقال منشأ كون المنع عن التصرف مفروغا عنه عندهم، كما يظهر من
بيان مبني هذا الخلاف في الدروس، قال في تملك المبيع بالعقد، أو بعد الخيار، بمعنى
الكشف أو النقل خلاف، مأخذه أن الناقل العقد والغرض بالخيار الاستدراك وهو
لا ينافيه وأن غاية الملك التصرف الممتنع في مدة الخيار، انتهى.
وظاهر هذا الكلام كالمقدم عن جامع ابن سعيد كون امتناع التصرف في
زمن الخيار مسلما بين القولين، إلا أن يراد به نفوذ التصرف على وجه لا يملك بطلانه
بالفسخ ولا يتعقبه ضمان العين بقيمتها عند الفسخ والتصرف في زمن الخيار على
القول بجوازه معرض لبطلانه عند الفسخ أو مستعقب للضمان لا محالة. وهذا الاحتمال
وإن بعد عن ظاهر عبارة الدروس، إلا أنه يقربه أنه (قدس سره) قال بعد أسطر: إن في جواز
تصرف كل منهما مع اشتراك الخيار وجهين.
والحاصل أن كلمات العلامة والشهيد بل وغيرهما (قدس سرهم) في هذا المقام لا يخلو
بحسب الظاهر عن اضطراب.

ثم إن الظاهر عدم الفرق بين العتق وغيره من التصرفات، وربما يظهر من كلمات بعضهم تجويز العتق لبنائه على التغليب. وكذا الظاهر عدم الفرق بين الاتلاف والتصرفات الناقلة.

واختار بعض أفاضل من عاصرناهم الفرق بالمنع من الاتلاف وتجويز غيره، لكن مع انفساخه من أصله عند فسخ ذي الخيار، وقيل بانفساخه من حينه.

والأقوال المستفادة منها ثمانية

- { ١ } الجواز مطلقا
- { ٢ } عدم الجواز ذلك
- { ٣ } جواز الاتلاف تكليفا والمنع عن التصرف المعاملي نسب إلى المحقق الخراساني
- { ٤ } عكس ذلك وهو المنسوب إلى صاحب المقاييس
- { ٥ } الجواز مطلقا - إلا أنه لو فسخ يبطل إما من حين الفسخ أو من أصله
- { ٦ } الفرق في التصرفات الناقلة بين العتق وغيره فلا ينفذ العتق وينفذ غيره
- { ٧ } الفرق بين الخيار الأصلي وما يكون بجعل المتعاقدين
- { ٨ } الفرق بين ما يكون ثابتا بالفعل وما يكون ثابتا فيما بعد

وتنقيح القول بالبحث في موارد

أحدها أنه، هل يجوز تكليفا تصرف غير من له الخيار بالتصرف المانع عن استرداد العين، أم لا

ثانيها، هل ينفذ تصرفه المعاملي، أم لا

ثالثها، هل حكم الخيار المجعول للمتعاقدين حكم المجعول الشرعي، أم لا

رابعها، أنه على فرض النفوذ، هل يجبر على فسخه إن كان له ذلك، أم لا

خامسها، على فرض النفوذ، هل لذي الخيار الفسخ أو يفسخ بفسخه للبيع الأول،

أم لا

سادسها، أنه على المنع، هل يجوز التصرف قبل تنجز الخيار، أم لا

سابعها، بناء أعلى عدم الجواز، هل يجوز التصرف الذي يكون في معرض

حجة القول بالمنع، أن الخيار حق يتعلق بالعقد المتعلق بالعوضين من حيث ارجاعهما بحل العقد إلى ملكهما السابق، فالحق بالآخرة متعلق بالعين التي انتقلت منه إلى صاحبه فلا يجوز أن يتصرف فيها بما يبطل ذلك الحق باتلافها أو نقلها إلى شخص آخر { ١ }

التفويت كالوطء الذي هو في معرض الاستيلاء أم لا ثامنها، بناء على المنع هل يمنع عن نقل المنافع أيضا أم لا. يجوز تصرف غير ذي الخيار تكليفا أما الأول: فقد استدل لعدم الجواز بوجوه أحدها توقف حصول الملك على انقضاء زمان الخيار فهو في زمان الخيار لمن له الخيار فلا يجوز لغيره التصرف فيه وفيه ما سيحى من عدم توقف الملك على انقضاء زمان الخيار. الثاني: إن الخيار حق متعلق بالعين، فلا يجوز التصرف فيها بما يمنع عن استرداد العين لكونه موجبا لفوات الحق، وبعبارة أخرى يكون ذلك موجبا لانعدامه فلا يجوز وفيه أولا ما تقدم من كون حق الخيار متعلقا بالعقد لا العين، لا بها مستقلا ولا بها وبالعقد بحيث يكون الثابت حقين، كيف وقد أسند الوجوب والخيار في الأخبار إلى البيع والعقد لا العوضين، مضافا إلى أن حقيقة الفسخ ذلك كما تقدم، مع أنهم اتفقوا على أن 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: أن لازم هذا الوجه هو القول الخامس وهو الجواز مراعى بعدم الفسخ: إذ هذا لا ينافي مع الخيار المتعلق بالعين.

{ ١ } الثالث - ما نقله في المتن وأوضحه المحقق النائيني (قدس سره) وهو أن حق الخيار وإن لم يكن متعلقا بالعين ولكن يمكن أن يكون متعلقا بالعقد على نحو الموضوعية، ويمكن أن يكون طريقا، والغرض منه استرجاع العين بشخصها أو بما لها من المالية فلو كان موضوعيا

ومنه يظهر أن جواز الفسخ مع التلف بالرجوع إلى البدل لا يوجب جواز الاتلاف، لأن الحق متعلق بخصوص العين، فاتلافها اتلاف لهذا الحق، وإن انتقل إلى بدله لو تلف بنفسه، كما أن تعلق حق الرهن ببديل العين المرهونة بعد تلفها لا يوجب جواز اتلافها على ذي الحق.

وإلى ما ذكر يرجع ما في الإيضاح من توجيه بطلان العتق في زمن الخيار بوجوب صيانة حق البائع في العين المعينة عن الإبطال. ويؤيد ما ذكرنا أنهم حكموا من غير خلاف يظهر منهم بأن التصرف الناقل إذا وقع بإذن ذي الخيار سقط خياره، فلو لم يكن حقا متعلقا بالعين، لم يكن ذلك موجبا لسقوط الخيار، فإن تلف العين لا ينافي بقاء الخيار لعدم منفاة التصرف [التلف] لعدم الالتزام بالعقد وإرادة الفسخ بأخذ القيمة هذا غاية ما يمكن أن يقال في توجيه المنع، لكنه لا يخلو عن نظر، فإن الثابت من خيار الفسخ بعد ملاحظة جواز التفاضل في حال تلف العينين، هي سلطنة ذي الخيار على فسخ العقد المتمكن في حالتي وجود العين وفقدائها، فلا دلالة في مجرد ثبوت الخيار

صرفا يجوز تصرف من عليه الخيار بجميع أنحاء التصرفات إلا أن هذا باطل -
فانحصر في الوجهين على الطريقة
ومبنى الوجهين أنه لو كان المدار في باب الضمان على قيمة يوم الأداء لبقاء العين
التالفة في عهدة الضامن فلازمه وجوب حفظها ليتمكن المضمون له عن استرجاع العين
فلا يجوز التصرفات الناقلة والمتلفة
وإن قلنا بأن المدار على قيمة يوم التلف فلازمه أن يكون ماليتها المتقدرة في عهدة
الضامن، فتجوز تلك التصرفات لأن ما في الذمة هو القدر المشترك بين العين وبدلها
ويكون حفظ العين من المقدمات الوجوبية للواجب، وحيث اخترنا أن المدار على قيمة
يوم الأداء فلا يجوز التصرفات المانعة.
وفيه أولا: إنا لا نفهم معنى كون الخيار متعلقا بالعقد، على نحو الطريقة، فهل

على حكم التلف [التصرف] جوازا ومنعا، فالمرجع فيه أدلة سلطنة الناس على أموالهم، ألا ترى أن حق الشفيع لا يمنع المشتري من نقل العين، ومجرد الفرق بينهما بأن الشفعة سلطنة على نقل جديد، فالملك مستقر قبل الأخذ بها، غاية الأمر تملك الشفيع نقله إلى نفسه بخلاف الخيار، فإنها سلطنة على رفع العقد، وارجاع الملك إلى الحالة السابقة لا يؤثر في الحكم المذكور، مع أن الملك في الشفعة أولى بالتزول لابطالها تصرفات المشتري اتفاقا وأما حق الرهن فهو من حيث كون الرهن وثيقة يدل على وجوب ابقائه وعدم السلطنة على اتلافه مضافا إلى النص والاجماع على حرمة التصرف في الرهن مطلقا ولو لم يكن متلفا ولا ناقلا.

وأما سقوط الخيار بالتصرف الذي أذن فيه ذو الخيار، فلد لآلة العرف لا للمنافاة. والحاصل أن عموم الناس مسلطون على أموالهم لم يعلم تقييده بحق يحدث لذي الخيار

المراد أن تعلقه بالعقد بنحو الوساطة في العروض، بحيث يكون واقعا متعلقا بالعين وبالعرض والمجاز مستندا إلى العقد، فهذا يرجع إلى الوجه السابق الذي عرفت ما فيه، أو المراد أن تعلقه به بنحو الوساطة في الثبوت، بحيث يكون أولا متعلقا بالعقد، وثانيا بالعين فيكون هناك خياران، أحدهما متعلق بالعقد، والآخر بالمال، فهذا أمر معقول إلا أنه يحتاج إلى الدليل، وما بأيدينا من الأدلة، لا تدل على مزيد من ثبوت خيار واحد متعلق بالعقد،

والوجهان في باب الضمان غير مربوطين بالمقام، إذ الخيار لو كان متعلقا بالعقد جاز التصرفات حتى بناء على كون المدار في الضمان على قيمة يوم الأداء، لأنه تصرف في ماله

والمفروض عدم كونه متعلقا لحق الغير، ودعوى: إن حفظ المال على هذا المسلك من المقدمات الوجودية للواجب، غريبة إذ قبل الفسخ لا يكون التكليف بالضمان ثابتا كي يكون من المقدمات الوجودية، فلا محالة يكون من المقدمات الوجودية، ولو كان الخيار متعلقا بالعين لم يجز، ولو كان المدار في باب الضمان على قيمة يوم التلف لكونه منافيا لحق الغير فلا يجوز وثانيا يرد عليه ما أوردناه على الوجه السابق من أن لازم هذا الوجه هو القول الخامس.

يزاحم به سلطنة المالك، فالجواز لا يخلو عن قوة في الخيارات الأصلية.
وأما الخيارات المجعولة بالشرط، فالظاهر من اشتراطها إرادة ابقاء الملك
ليسترده عند الفسخ. بل الحكمة في أصل الخيار هو ابقاء السلطنة على استرداد العين
إلا أنها في الخيار المجعولة علة للجعل، ولا ينافي ذلك بقاء الخيار مع التلف، { ١ } كما
لا

ينخفي، وعليه فيتعين الانتقال إلى البديل عند الفسخ مع الاتلاف. وأما مع فعل ما
لا يسوغ انتقاله عن المتصرف كالاستيلاء، ففي تقديم حق الخيار لسبقه، أو
الاستيلاء { ٢ } لعدم اقتضاء الفسخ لرد العين، مع وجود المانع الشرعي، كالعقلي،
وجهان أقواهما الثاني وهو اللائح من كلام التذكرة في باب الصرف حيث ذكر أن
صححة البيع الثاني لا ينافي حكمه وثبوت الخيار للمتعاقدين ومنه يعلم حكم نقله عن
ملكه وأنه ينتقل إلى البديل لأنه إذا جاز التصرف فلا داعي إلى إهمال ما يقتضيه
التصرف، من اللزوم وتسلط العاقد الثاني على ماله عدا ما يتخيل من أن تملك
العاقد الثاني مبني على العقد الأول، فإذا ارتفع بالفسخ وصار كان لم يكن ولو
بالنسبة إلى ما بعد الفسخ كان من لوازم ذلك ارتفاع ما بنى عليه من التصرفات
والعقود.

{ ١ } قوله ولا ينافي ذلك بقاء الخيار مع التلف
وجه المنافاة أن هناك خيارا وشرطا، ولو تلف ينتفي موضوع الشرط ويبقى الخيار
بحاله.

{ ٢ } قوله ففي تقديم حق الخيار لسبقه أو الاستيلاء... وجهان
إن قلنا بأن حق الاستيلاء إنما يمنع عن نقلها اختيار أو لا يمنع عن نقلها بغير
الاختيار، لا اشكال في تقدم حق الخيار،
وإن قلنا بكونه مانعا عن نقلها مطلقا، فبناء على تعلق حق الخيار بالعقد دون العين
وجواز الوطاء، لا اشكال في تقديم حق الاستيلاء فإن حاله حال سائر التصرفات الناقلة،

وإن قلنا بتعلقه بالعين، فإن كان الوطاء بإذن من له الخيار كان ذلك مسقطا لخياره على ما سيأتي وإن كان بدون إذنه حرم الوطاء أم جاز، قدم حق الاستيلاء لأن حق الخيار له بدل، وهو الفسخ وأخذ البدل وهو لا بدل له، وإن شئت قلت إن حق الخيار وإن تعلق بالعين، إلا أن ذلك مع بقائها، وأما مع تلفها فينتقل إلى بدلها ودليل حق الاستيلاء يجعل المانعية فلا تعارض بينهما بل يعمل بكليهما. الرابع ما استدل به على مذهب الشيخ من عدم انتقال العوضين قبل انقضاء زمان الخيار خصوصا

صحيح ابن سنان عن الإمام الصادق (عليه السلام) عن الرجل يشتري الدابة أو العبد ويشترط إلى يوم أو يومين فيموت العبد والدابة ويحدث فيه حدث على من ضمان ذلك فقال (عليه السلام) على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري، (١) بدعوى أن مقتضاه وإن كان عدم الملكية، إلا أنا إذا لم نقل بذلك، فاقرب المجازات الحمل على إرادة

عدم جواز التصرف في زمان الخيار وفيه أولا إنه مختص ببعض الخيارات وثانيا: إنه لو دل على ذلك لدل على جواز التصرف غير المنافي أيضا، وعدم جواز تصرف من له الخيار، فالمتعين حملة على إرادة معنى آخر وسيجيء فالمتحصل مما ذكرناه هو جواز التصرفات من غير فرق بين صورة الفسخ وعدمه.

(١) الوسائل - باب ٥ - من أبواب الخيار حديث ٢.

والحاصل أن العاقد الثاني يتلقى الملك من المشتري الأول، فإذا فرض
الاشترى كأن لم يكن، وملك البائع الأول العين بالملك السابق قبل البيع، ارتفع بذلك
ما استند إليه من العقد الثاني، ويمكن دفعه بأن تملك العاقد الثاني مستند إلى تملك
المشتري له أنا ما، لأن مقتضى سلطنته في ذلك الآن صحة جميع ما يترتب عليه من
التصرفات واقتضاء الفسخ، لكون العقد كأن لم يكن، بالنسبة إلى ما يعد الفسخ، لأنه
رفع للعقد الثابت. وقد ذهب المشهور إلى أنه لو تلف أحد العوضين قبل قبضه، وقد
بيع العوض الآخر المقبوض، انفسخ البيع الأول دون الثاني، واستحق بدل العوض
المبيع ثانياً على من باعه. والفرق بين تزلزل العقد من حيث إنه أمر اختياري
كالخيار، أو أمر اضطراري كتلف عوضه قبل قبضه، غير مجد فيما نحن بصدده، ثم إنه
لا فرق بين كون العقد الثاني لازماً أو جائزاً، لأن جواز العقد يوجب سلطنة العاقد
على فسخه لا سلطنة الثالث الأجنبي. نعم يبقى هنا إلزام العاقد بالفسخ، بناء على أن
البديل للحيلولة وهي مع تعذر المبدل ومع التمكن يجب تحصيله

يجوز تصرف من عليه الخيار وضعاً
وأما المورد الثاني فعلى القول بعدم جواز التصرف تكليفاً
ربما يقال كما في حاشية السيد: إن مقتضى القاعدة بطلان التصرفات الناقلة: لأن
الوجه فيه إنما كان تعلق الحق بالعين، وهو مانع عن النفوذ أيضاً، وهل يكون باطلاً صرفاً،
أو حاله حال عقد الفضولي، فيصح بعد انقضاء زمان الخيار مع الإجازة، أو يصح من ذلك
الحين بلا إجازة وجوه
والأقوى هو الأول: لأن البيع حين صدوره كان مع المانع، ولازمه بطلانه إذ مقتضاه
التأثير من حينه، ولا يمكن ذلك بالفرض،
وكونه مراعى مستلزم لتخلف المعلول عن علته، والفرق بينه وبين بيع الفضولي
واضح
يرد عليه أولاً: إن تعلق الحق لا يكون مانعاً عن النفوذ، فإنه يلتزم بنفوذ العقد
الثاني، ولكن بما أن للبائع الأول حق الرجوع المبيع إلى نفسه

إلا أن يقال باختصاص ذك بما إذا كان المبدل المتعذر باقيا على ملك مستحق البديل كما في المغضوب الآبق.

أما فيما نحن فيه، فإن العين ملك للعاقد الثاني، والفسخ إنما يقتضي خروج المعوض عن ملك من يدخل في ملكه العوض وهو العاقد الأول، فيستحيل خروج المعوض عن ملك العاقد الثاني، فيستقر بدله على العاقد الأول، ولا دليل على إلزامه بتحصيل المبدل مع دخوله في ملك ثالث، وقد مر بعض الكلام في ذلك في خيار الغبن، هذا، ولكن قد تقدم أن ظاهر عبارة الدروس والجامع، الاتفاق على عدم نفوذ التصرفات الواقعة في زمان

فالمبيع في البيع الثاني يكون مقيدا بهذا العنوان، ولازم ذلك كون العقد الثاني أيضا منحلا بحل الأول: لاقتضاء الفسخ الذي يكون سببا لتلقي الملك من المفسوخ عليه ذلك وثانيا: إنه لو سلم البطلان، فالحق أنه يصح بعد انقضاء الخيار بلا احتياج إلى الإجازة: فإن العقد حين تحققه، وإن لم يؤثر إلا أن عدم التأثير كان لأجل المانع، فبعد ارتفاعه لا مانع من تأثيره، ولا يلزم من كونه مراعى تخلف المعلول عن العلة، هذا إذا قلنا بعدم جواز التصرف من جهة تعلق الحق بالعين

وأما لو قلنا به للتعبد فعدم الفساد واضح إذ الحرمة لا تستلزم الفساد - وأما على القول بجواز التصرفات تكليفا كما اخترناه فمقتضى القاعدة نفوذ التصرفات وهو واضح.

وأما المورد الثالث - فالانصاف أن شرط الخيار بحسب الغالب إنما يكون من جهة تعلق الغرض ببقاء العين ليستردها بشخصها، فابقاء العين من قبيل الشرط المضمّر فلا بد من العمل على طبقه، وحيث إن 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، وأما النفوذ وعدمه، فمبنيان على ما تقدم في مبحث الشروط من أنه،

هل توجب أدلة الشرط رفع سلطنة المشروط عليه عن المشروط وضعاً، أم لا - وحيث إن المختار عدمه كما تقدم، فالأظهر هو النفوذ.

الخيار، وتوجيه بإرادة التصرف على وجه لا يستعقب الضمان، بأن يضمنه
ببدله بعد فسخ ذي الخيار بعيد جدا، ولم يظهر ممن تقدم نقل القول بالجواز عنه
الرجوع إلى البدل إلا في مسألة العتق والاستيلاء، فالمسألة في غاية الاشكال.

وأما المورد الرابع فقد اختار السيد الفقيه (قدس سره)، أنه يجبر على الفسخ - من جهة أنه
بالفسخ يرجع نفس ما وقع عليه العقد إلى الفاسخ، وإن كان تالفا ففي حال التلف إنما
يكون

نفس العين في العهدة وإنما يعطي البدل في مقام تفرغ الذمة، وعليه فإذا فرض امكان
تحصيله مع تلفه وجب مقدما على اعطاء بدله

وفيه: إن معنى جواز العقد الثاني أن للعاقد فسخه، وإلا فهو بالنسبة إلى الفاسخ لازم
لا جائز، ولا سلطنة له ولا ولاية على المشتري المفسوخ عليه حتى يلزمه بفسخ العقد
الثاني

وإنما له السلطنة على العقد الأول بحله، فإذا حله بما أن العين تحت يد غير المفسوخ
عليه،

فيقدر وجودها عنده لترتيب أثر الرجوع إلى البدل، وأما تقديره لأثر آخر وهو ما أفاده
فيحتاج إلى دليل مفقود
فالأظهر عدم الاجبار.

العقد الثاني لا يفسخ بحل الأول

وأما المورد الخامس فقد استدل لانفساخ العقد الثاني بحل الأول:
بأن تملك العاقد الثاني مبني على العقد الأول، فإذا ارتفع بالفسخ وصار كأن لم يكن،
ولو بالنسبة إلى ما بعد الفسخ كان من لوازمه ارتفاع ما بني عليه من العقد
وفيه: إن العقد الثاني مترتب على صحة الأول ولو أنا ما، ولا يتوقف على بقاءه أبدا:
فإن صحته في وقت موجبة لحدوث الملكية المرسله، فيصح العقد الثاني وبعد انحلال
الأول، لا وجه لانحلال الثاني، لعدم ترتب انحلاله على انحلاله.

ثم على القول بانفساخ العقد الثاني، فهي يكون من حين فسخ الأول، أو من أصله { ١ } قولان، اختار ثانيهما بعض أفاضل المعاصرين، محتجا بأن مقتضى الفسخ تلقي كل من العوضين من ملك كل من المتعاقدين { ٢ } فلا يجوز أن يتلقى الفاسخ الملك من العاقد الثاني بل لا بد من انفساخ العقد الثاني بفسخ الأول، ورجوع العين إلى ملك المالك الأول، ليخرج منه إلى ملك الفاسخ، إلا أن يلتزم بأن ملك العاقد الثاني إلى وقت الفسخ، فتلقى الفاسخ الملك بعد الفسخ من العاقد الأول، ورده بعدم معروفة التملك الموقت في الشرع فافهم.

{ ١ } وعلى القول بانفساخ العقد الثاني فهل يكون من حين فسخ الأول أو من أصله قولان اختار ثانيهما المحقق صاحب المقاييس على ما نسب إليه المصنف (قدس سره)

{ ٢ } واستدل له بأن مقتضى الفسخ تلقي كل من العوضين من ملك كل من المتعاقدين ولازم ذلك انفساخ العقد الثاني ورجوع العين إلى ملك المالك الأول لتخرج منه

إلى ملك الفاسخ

ويرد عليه أن الالتزام بانحلال الثاني إنما يكون لتلقي الفاسخ الملك من المفسوخ عليه فهذا أمر مشترك بين القولين ولا يصلح دليلا على أحدهما وتوهم لزوم توقيت البيع والملكية من كون الفسخ من الحين يدفعه: إن الانفساخ من الحين غير كون البيع موقتا بل هو مرسل وكذلك الملكية والفسخ يوجب رفع ذلك وإلا فهذا يلزم في كل فسخ من الحين.

ويمكن أن يقال إن مراده أن البائع الأول لو فسخ العقد، فإما أن يلتزم برجوع المبيع إليه مع بقاء العقد الثاني، أو يلتزم بأن العقد الثاني قبل الفسخ ليتلقى الفاسخ الملك من المفسوخ عليه - أو يلتزم بأن العقد الثاني تملك موقت إلى

ما قبل فسخ الأول،

وشئ من ذلك لا يمكن الالتزام به، أما الأول فلمنافاته لمقتضى الفسخ، وأما الثاني فلأنه لا وجه للانحلال من دون حل، وأما الثالث فلعدم معروفة التملك الموقت في الشرع فيتعين الالتزام بانحلاله من الأول

ثم إن المتيقن من زمان الخيار الممنوع فيه من التصرف على القول به هو زمان تحقق الخيار فعلا، كالمجلس، والثلاثة في الحيوان والزمان المشروط فيه الخيار. { ١ }
وأما الزمان الذي لم يتجز فيه الخيار، أما لعدم تحقق سببه، كما في خيار التأخير بناء على أن السبب في ثبوته تضرر البائع بالصبر إلى أزيد من الثلث. وأما لعدم تحقق شرطه، كما في بيع الخيار بشرط رد الثمن، بناء على كون الرد شرطا للخيار وعدم تحققه قبله وكاشتراط الخيار في زمان متأخر.

ففي جواز التصرف قبل تنجز الخيار، خصوصا فيما لم يتحقق سببه، وجهان، من أن المانع عن التصرف هو تزلزل العقد، وكونه في معرض الارتفاع وهو موجود هنا، وإن لم يقدر ذو الخيار على الفسخ حينئذ، ومن أنه 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، لأن ثبوت الحق في الأول معلوم، وإن لم يحضر زمانه بخلاف الثاني، ولذا لم يقل أحد بالمانع من التصرف في أحد من العوضين قبل قبض الآخر من جهة كون العقد في معرض الانفساخ بتلف ما لم يقبض، وسيجيء ما يظهر منه قوة هذا التفصيل، وعلى كل حال، فالخيار المتوقف تنجزه فعلا على ظهور أمر كالغبن والعيب والرؤية على خلاف الوصف غير مانع من التصرف، بلا خلاف ظاهرا.

ولكن يرد عليه أن مقتضى الجمع بين ما دل على انفساخ العقد الثاني - وما دل على صحة البيع وانتقال المبيع إلى المشتري - انتقال المبيع قبل أن ينتقل بالفسخ إلى البائع الأول إلى المشتري الأول.

{ ١ } وأما المورد السادس ففيه أقوال ثالثها التفصيل بين ما يكون متوقفا على مجيء زمان - فلا تجوز التصرفات فيه على القول بالمانع في الخيار المنجز - وبين ما يكون متوقفا على شيء آخر كالرؤية على الخلاف فيجوز

{ ٢ } اختاره المصنف (رحمه الله) رابعها التفصيل بين ما إذا كان الخيار متأخرا بنفسه وبمنشأه فيجوز وأما إذا كان شرط الخيار حاصلا وزمان اعماله متأخرا فلا يجوز اختاره المحقق النائيني (قدس سره)

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، والشارح في جامع المقاصد، وحكي عن المبسوط والغنية والخلاف، لكن لا يلائم ذلك القول بتوقف الملك عن انقضاء الخيار

والحق أن يقال إنه بناء على مانعية حق الخيار من التصرفات إن كان موجودا منع عنها سواء كان زمان الاعمال موجودا أم متأخرا إذ المانع هو الحق الخياري الموجود وإن لم يكن موجودا لم يمنع عنها إذ المانعية فرع الوجود والعلم بأنه سيوجد لا يصلح للمنع فضلا عما إذا لم يعلم بذلك وبه يظهر ما في القول بالمنع مطلقا، وبالجواز كذلك، وما اختاره في المتن.

التصرف الذي يكون في معرض التفويت { ١ } وأما المورد السابع - فعلى القول بجواز التصرفات المتلفة والناقلة لا كلام في الجواز

وأما على القول بعدمه، ففي المسألة وجوه ولعلها أقوال - الجواز مطلقا وعدمه كذلك، والتفصيل بين ما إذا علم بتحقق الاستيلاء، فعدم الجواز وبين ما إذا شك فيه فالجواز

فالكلام يقع في مقامين،

الأول ما لو علم بتحقق الاستيلاء

الثاني ما لو شك فيه

أما الأول فالأظهر فيه هو الجواز. فإن ما دل على جواز نقل أم الولد ومانعية الاستيلاء، يكون مختصا بالنقل الاختياري، ولا دليل على المنع عن مطلق الانتقال ولو قهرا على مالها

وأما الثاني فعلى القول بعدم المنع في المقام الأول لا كلام، وأما على القول بالمنع فيه فقد استدلل للجواز بوجهين

أحدهما: إن المتيقن من المنع، هو التصرف المتلف فعلا لحق ذي الخيار، وأما مجرد كونه في معرض التلف فلا دليل على المنع عنه

كما اعترف به في الإيضاح. ولذا حمل في الدروس تجويز الشيخ الوطئ على ما إذا خص الخيار بالواطئ لكن قيل: إن عبارة المبسوط لا تقبل ذلك. وظاهر المحكي عن التذكرة، وظاهر الدروس المنع عن ذلك لكون الوطئ معرضاً لفوات حق ذي الخيار من العين.

وأجاب عنه المحقق النائيني (رحمه الله) بأن متعلق التكليف فيما كان حصول الأثر متوقفاً على أمر خارج عن اختيار المكلف، هو نفس فعل المكلف فما يحرم عليه في المقام هو الوطئ

لا حصول العلوق، فهو بنفسه تفويت لحق ذي الخيار لا أنه في معرض ذلك وفيه: إن الوطئ من حيث إنه وطاء لا منع عنه، ولذا يجوز مع العزل، ومع القطع بعدم الاستيلاء والمنع عنه إنما هو فيما كان موجبا للاستيلاء، وحيث إنه مشكوك فيه وغير معلوم، فيرجع إلى أصالة البراءة ويثبت الجواز

ثانيهما التمسك باستصحاب عدم العلوق، وعدم صيرورة المرأة الموطئة حبلية وأورد عليه المحقق النائيني (رحمه الله) بأنه استقبالي وليس له حالة سابقة، إلا بالعدم المحمولي، والجواز مترتب على عدم كون هذا الوطاء موجبا للحمل، وهذا غير مسبوق بالعدم ولكن يرد على الأول ما حققناه في محله من جريان الاستصحاب في الاستقبالي أيضاً

ويرد على الثاني: إن المختار جريان الأصل في العدم الأزلي مع أن الأيلاء مترتب على القاء النطفة ترتب المسبب التوليدي على سببه فحين القاء النطفة يشك في تحقق الأيلاء فيستصحب عدمه ولا حاجة إلى إثبات أنه لا يتولد منه بنحو العدم النعتي فالأظهر هو الجواز. إجارة العين في زمان الخيار

الثاني: إنه هل يجوز إجارة العين في زمان الخيار بدون إذن ذي الخيار فيه وجهان، { ١ } من كونه ملكا له، { ٢ } ومن إبطال هذا التصرف لتسلط الفاسخ على أخذ العين، إذ الفرض استحقاق المستأجر لتسلمه لأجل استيفاء المنفعة، ولو أجره من ذي الخيار أو بأذنه ففسخ لم يبطل الإجارة، لأن المشتري ملك العين ملكية مطلقة مستعدة للدوام ومن نماء هذا الملك المنفعة الدائمة، فإذا استوفاه المشتري بالإجارة، فلا وجه لرجوعها إلى الفاسخ، بل يعود الملك إليه مسلوب المنفعة في مدة الإجارة، كما إذا باعه بعد الإجارة، 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 الأول في أنه هل يجوز التصرف الإجمالي على القول بالمنع من التصرفات الناقلة والمتلفة أم لا واستدل للمنع بأن لازم الفسخ استرداد العين خارجا والإجارة منافية لذلك فإن لازمها سلطنة المستأجر على إمساك العين لاستيفاء المنفعة وفيه أن الفسخ لا يقتضي إلا استرداد العين ملكا وأما استردادها خارجا فهو مقتضى تسلط الناس على أموالهم ولا مجرى لذلك بعد كون العين متعلقة لحق الغير - والأظهر هو الجواز { ٢ } لا لما أفاده المصنف (رحمه الله) من كونه ملكا فإن توهم المنع لم يكن من ناحية عدم الملك بل من ناحية كون العين متعلقة لحق الخيار بل لأن حق الخيار وإن كان متعلقا بالعين لا ينافي إجارتها فإنه لا يقتضي إلا إعادة العين إلى ملكه. المقام الثاني في أن عقد الإجارة هل يفسخ بفسخ البيع لخصوصية فيه، أم لا، بعد الفراغ عن صحته، إما لما ذكرناه، أو فيما إذا استأجر من ذي الخيار أو بأذنه وقد استدلل للانفساخ بوجوه

فإن قلت: إن ملك المنفعة تابع لملك العين، بمعنى أنه إذا ثبت الملكية في زمان، وكان زوالها بالانتقال إلى آخر ملك المنفعة الدائمة، لأن المفروض أن المنتقل إليه يتلقى الملك من ذلك المالك، فيتلقاه مسلوب المنفعة { ١ } وأما إذا ثبت وكان زوالها بارتفاع سببها لم يكن ملك من عاد إليه متلقى عن المالك الأول، ومستندا إليه، بل كان مستندا إلى ما كان قبل تملك المالك الأول، فيتبعه المنفعة كما لو فرضنا زوال الملك بانتهاء سببه لا برفعه كما في ملك البطن الأول من الموقوف عليه، فإن المنفعة تتبع مقدار تملكه، { ٢ } قلت: أولا: إنه منقوض بما إذا وقع التفاضل بعد الإجارة مع عدم التزام أحد ببطالان الإجارة وثانيا: أنه يكفي في ملك، المنفعة الدائمة تحقق الملك المستعد للدوام لولا الرفع آنا ما

{ ١ } أحدها إن ملكية من عليه الخيار للعين ومنافعها ملكية مرسله غير موقفة بالفسخ فالمنفعة بعد الفسخ لم تكن له بالفسخ تبطل الإجارة وفيه: أن ملكية المشتري للعين ومنافعها ملكية مرسله غير موقفة، والفسخ يكون رافعا لها، وعليه بالفسخ تعود العين وأما منافعها، فحيث إنها انتقلت إلى المستأجر، فلا تعود ملكيتها إليه

{ ٢ } ثانيها: إن الفسخ يقتضي عود الملك لا ملكية أخرى، فالفسخ يوجب رفع ما أوجب انتقال العين ومنافعها إلى المشتري، فيعود ملكه لها مستندا إلى ما كان قبل تملك المالك، فيتبعه المنفعة كما لو فرضنا زوال الملك بانتهاء سببه، لا برفعه كما في ملك البطن الأول من الموقوف عليهم: فإن المنفعة تتبع مقدار تملكها وفيه: إن المشتري إذا كان مالكا للعين ومنافعها بملكية مطلقة، فأوجرها صادت المنفعة ملكا للمستأجر، وبالفسخ تعود العين ولا تعود المنفعة للمانع وهو كونها ملكا للمستأجر ولا يقاس بما إذا كان ملكية المنفعة ملكية موقفة

الثالثة: ما يختص بفسخ البيع بخيار رد مثل الثمن، وهو أن البائع يبيعه الخيارية

ثم إن فاضل القمي في بعض أجوبة مسائله جزم ببطلان الإجارة بفسخ البيع بخيار رد مثل الثمن، وعلله بأنه يعلم بفسخ البيع، أن المشتري لم يملك منافع ما بعد الفسخ، وأن الإجارة كانت متزلزلة ومراعاة بالنسبة إلى فسخ البيع. انتهى. { ١ }
فإن كان مرجعه إلى ما ذكرنا من كون المنفعة تابعة لبقاء الملك، أو الملك المستند إلى ذلك الملك فقد عرفت الجواب عنه نقضا وحلا، وأن المنفعة تابعة للملك المستعد للدوام، وإن كان مرجعه إلى شيء آخر فليبين حتى ينظر فيه { ٢ } مع أن الأصل عدم الانفساخ، لأن الشك في أن حق خيار الفسخ في العين يوجب تزلزل ملك المنفعة أم لا مع العلم بقابلية المنفعة بعد الفسخ للتملك قبله، كما إذا تقايلا البيع بعد الإجارة.

يشترط بالشرط المضمّر ابقاء العين مع المنفعة، فانفساخ الإجارة إنما يكون لأجل كون الإجارة بعد الفسخ خلاف الشرط، ولعل هذا هو مراد المحقق القمي (رحمه الله) { ١ } من قوله أنه يعلم بفسخ البيع أن المشتري لم يملك منافع ما بعد الفسخ إلى آخر ما نقل المصنف (رحمه الله) كلامه في المتن.

وعليه فهو غير الوجه المتقدم عليه، فما في المتن من قوله { ٢ } فإن كان مرجعه إلى ما ذكرنا من كون المنفعة تابعة لبقاء الملك إلى آخر ما أفاده غير تام

ولكن يرد ما تقدم من أن الشرط لا يوجب رفع السلطنة الوضعية، فالأظهر عدم انفساخ الإجارة

المقام الثالث في أنه، هل تتدارك المنفعة المستوفاة بالإجارة، أم لا، وجهان أظهرهما التدارك: فإن الفسخ يوجب رد العين بما لها من المنافع إلى مالكيها الأول، فكما أنه إذا كانت العين تالفة يجب رد بدلها كذلك إذا كانت منافعها تالفة بالإجارة أو غيرها يجب رد بدلها
وبذلك يظهر أنه يتدارك بأجرة المثل لا الأجرة المسماة.
التصرف بإذن ذي الخيار

ثم إنه لا اشكال في نفوذ التصرف بإذن ذي الخيار وأنه يسقط خياره { ١ } بهذا التصرف، أما لدلالة الإذن على الالتزام بالعقد عرفا. { ٢ } وإن لم يكن منافاة بين الإذن في التصرف والاتلاف وإرادة الفسخ وأخذ القيمة، كما نبهنا عليه في المسألة السابقة، وبه يندفع الاشكال الذي أورده المحقق الأردبيلي من عدم دلالة ذلك على سقوط الخيار. وأما لأن التصرف الواقع تفويت لمحل هذا الحق وهي العين بإذن صاحبه، فلا يفسخ التصرف ولا يتعلق الحق بالبدل { ٣ } لأن أخذ البديل بالفسخ فرع تلف العين في حال حلول الحق فيه لا مع سقوطه عنه. ولو أذن ولم يتصرف المأذون ففي القواعد والتذكرة أنه يسقط خيار الإذن وعن الميسية أنه المشهور قيل: كان منشأ هذه النسبة فهم استناد المشهور في سقوط الخيار في الصورة السابقة إلى دلالة مجرد الإذن، ولا يقدر فيها تجرده عن التصرف. وقد منع دلالة الإذن المجرد في المسالك وجامع المقاصد والقواعد.

{ ١ } قوله ثم إنه لا اشكال في نفوذ التصرف بإذن ذي الخيار وأنه يسقط خياره قد استدلل المصنف (رحمه الله) لسقوط خياره بوجهين
{ ٢ } أحدهما أن الإذن في التصرف دال عرفا على الالتزام بالعقد وإن لم يكن منافاة بين الإذن في التصرف وإرادة الفسخ،
وأورد عليه المحقق الإيرواني، بأنه لا دلالة لولا المنافاة، وستعرف ما فيه،
{ ٣ } الثاني إن التصرف الواقع تفويت لمحل هذا الحق وهي العين بإذن صاحبه فلا يتعلق الحق بالبدل
تحقيق القول في المقام، أنه إن كان الخيار متعلقا بالعين كان الإذن في التصرف موجبا لجوازه ولم يكن دالا على الالتزام بالعقد ولا رضا به ولا دالا على اسقاط الخيار وبعبارة أخرى أنه حينئذ يكون إذنا في تفويت محل الحق الذي كان لا يجوز بدونه فما لم يفت لا وجه لسقوطه كما لو أذن في اتلاف ما له فإنه ما لم يتلف لا يكون خارجا عن ملكه، ولا يكون الإذن مخرجا له عن ملكه، ولا التصرف مسقطا، وإن كان تفويتا لمحل الحق بإذنه فإن تفويت محل الحق لا يوجب سقوطه، ولذا لو أتلفه كان الحق باقيا

والأولى أن يقال بأن الظاهر كون إذن ذي الخيار في التصرف المخرج فيما انتقل عنه فسخا لحكم العرف، ولأن إباحة بيع مال الغير لنفسه غير جائز شرعا فيحمل على الفسخ، كسائر التصرفات التي لا يصح شرعا إلا بجعلها فسخا. وأما كون إذن ذي الخيار للمشتري في التصرف إجازة واسقاطا لخياره، فيمكن الاستشكال فيه، لأن الثابت بالنص والاجماع أن التصرف فيما انتقل إليه إجازة، وليس الأذن من ذلك، وإنما حكم بالسقوط في التصرف عن إذنه لا لأجل تحقق الاسقاط من ذي الخيار بالإذن، بل لأجل تحقق المسقط لما عرفت، من أن التصرف الواقع بإذنه صحيح نافذ

ولا فرق إلا بحرمة الاتلاف، تارة وإباحته، أخرى وإن كان متعلقا بالعقد، كان الإذن في التصرف، لولا كونه التزاما بالعقد ورضا به أو اسقاطا للخيار، لغوا فلا محالة يكون دالا على الالتزام بالعقد، واسقاطا لحقه بالكلية عرفا، وأما التصرف نفسه فهو لا يكون مسقطا ولا مفوتا لمحل حقه. وبما ذكرناه ظهر أمور أحدها: إن الوجهين المذكورين في المتن لمسقطية الإذن والتصرف لو تما - كانت تامة كل منهما على مسلك ولا يردان على محل واحد ثانيها: إن ما أفاده المحقق الإيرواني (رحمه الله) من أنه لا دلالة لولا المنافاة غير تام ثالثها إن ما أفاده المحقق النائيني (رحمه الله) في وجه بطلان مسقطية الإذن، من أنه لو كان مسقطا والتزاما بالعقد، لزم سقوطه ولو لم يتصرف المأذون، ولا يمكن التزام به غير وجهه، فإنه لم يلتزم به بعد دلالته عليه عرفا، والغريب أنه يسلم دلالة الإذن بتصرف الأجنبي على الفسخ مع أن هذا الوجه بعينه يجري في الإذن بتصرف المالك إذ لا معنى للإذن في أن يتصرف المالك في ماله، فيجب حمله على كونه إجازة والتزاما بالعقد.

والتسلط على بدله فرع خروجه عن ملك المشتري متعلقا للحق، { ١ } فالإذن فيما نحن فيه، نظير إذن المرتهن في بيع الرهن، لا يسقط به حق الرهانة، ويجوز الرجوع قبل البيع. نعم يمكن القول باسقاطه من جهة تضمنه للرضا بالعقد، فإنه ليس بأدون من رضا المشتري بتقبيل الجارية.

وقد صرح في المبسوط بأنه إذا علم رضا البائع بوطئ المشتري سقط خياره ويؤيده رواية السكوني في كون العرض على البيع التزاما، فهذا القول لا يخلو عن قوة.

مسألة المشهور أن المبيع يملك بالعقد، وآثر الخيار تزلزل الملك { ٢ } بسبب القدرة على رفع سببه، فالخيار حق لصاحبه في ملك الأخر، وحكى المحقق وجماعة عن الشيخ توقف الملك بعد العقد على انقضاء الخيار، وإطلاقه يشمل الخيار المختص بالمشتري، وصرح في التحرير بشموله لذلك

{ ١ } قوله والتسلط على بدله فرع خروجه عن ملك المشتري متعلقا للحق وفيه أن التصرف نفسه لا يكون مفوتا لمحل الحق بجميع مراتبه، ولذا لو أتلفه من غير إذن كان الخيار باقيا والإذن إنما يؤثر في رفع المنع ولا أثر له غير ذلك فالمتحصل من ما ذكرناه، مسقطية الإذن لو كان الخيار متعلقا بالعقد، وعدم مسقطيته لو كان متعلقا بالعين وأن التصرف نفسه لا يكون مسقطا على المسلكين. المبيع يملك بالعقد

{ ٢ } قوله المشهور أن المبيع يملك بالعقد وآثر الخيار تزلزل الملك لا يخفى أنه حيث لا يكون أحد الوجوه والأقوال اجماعيا وعلى فرضه لا يكون تعديا فلا يهمننا إطالة الكلام في نقل الأقوال والنزاع في بيان مراد القوم بل المتعين صرف عنان الكلام إلى بيان أدلة الطرفين والكلام فيه يقع في مقامين الأول: في أدلة حصول الملك بالمبيع 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 النقل خلاف، مأخذه أن الناقل العقد والغرض من الخيار الاستدراك وهو لا ينافي الملك. وأن غاية الملك التصرف الممتنع في زمان الخيار وربما قطع الشيخ بملك المشتري إذا اختص الخيار، وظاهر ابن الجنيد توقف الملك على انقضاء الخيار، انتهى.

فإن في هذا الكلام شهادة من وجهين على عدم توقف ملك المشتري على انقضاء خياره عند الشيخ، بل المأخذ المذكور صريح في عدم الخلاف من غير الشيخ قدس سره في الخلاف والمبسوط، قال في محكي الخلاف العقد يثبت بنفس الإيجاب

والقبول، فإن كان مطلقاً فإنه يلزم بالافتراق بالأبدان، وإن كان مشروطاً يلزم بانقضاء الشرط، فإن كان الشرط لهما أو للبائع فإذا انقضى الخيار ملك المشتري بالعقد المتقدم وإن كان الخيار للمشتري وحده زال ملك البائع عن الملك بنفس العقد، لكنه لم ينتقل إلى المشتري حتى ينقضي الخيار، فإن انقضى الخيار ملك المشتري بالعقد الأول، انتهى.

وظاهر هذا الكلام كما قيل هو الكشف فحينئذ يمكن الجمع بين زوال ملك البائع بمعنى عدم حق له بعد ذلك في المبيع نظير لزوم العقد من طرف الأصيل إذا وقع مع الفضولي وبين عدم انتقاله إلى المشتري بحسب الظاهر حتى ينقضي خياره فإذا انقضى ملك بسبب العقد الأول بمعنى كشف الانقضاء عنه فيصير انقضاء الخيار للمشتري نظير إجازة عقد الفضولي ولا يرد حينئذ عليه أن اللازم منه بقاء الملك بلا مالك. وحاصل هذا القول أن الخيار يوجب تزلزل الملك ويمكن حمله أيضاً على إرادة الملك اللازم الذي لا حق ولا علاقة لمالكه السابق فيه، فوافق المشهور. ولذا عبر في غاية المراد بقوله ويلوح من كلام الشيخ توقف الملك على انقضاء الخيار، ولم ينسب ذلك إليه صريحاً.

وقال في المبسوط: البيع إن كان مطلقاً غير مشروط، فإنه يثبت بنفس العقد ويلزم بالتفرق بالأبدان، وإن كان مشروطاً لزومه بنفس العقد لزم بنفس العقد، وإن كان مقيداً [مشروطاً] بشرط لزم بانقضاء الشرط، انتهى.

وظاهره كظاهر الخلاف عدم الفرق بين خيار البائع والمشتري، لكن قال في

باب الشفعة: إذا باع شقصا بشرط الخيار، فإن كان الخيار للبائع أو لهما لم يكن للشفيع الشفعة لأن الشفعة إنما تجب إذا انتقل الملك إليه، وإن كان الخيار للمشتري وجب 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 تقدم من النسبة في ذيل عبارة الدروس، هذا، ولكن الحلبي (قدس سره) في السرائر ادعى رجوع الشيخ عما ذكره في الخلاف.

ويمكن أن يستظهر من مواضع من المبسوط ما يوافق المشهور، مثل استدلاله في مواضع على المنع عن التصرف في مدة الخيار، بأن فيه ابطالا لحق ذي الخيار، كما في مسألة بيع أحد النقدين على غير صاحبه في المجلس، وفي مسألة رهن ما فيه الخيار للبائع، فإنه لو قال بعدم الملك تعين تعليل المنع به لا بابطال حق ذي الخيار من الخيار، لأن التعليل بوجود المانع في مقام، فقد مقتضي كما ترى. ومنها أنه ذكر في باب الصرف جواز تباع المتصارفين ثانيا في المجلس لأن شروعهما في البيع قطع للخيار مع أنه لم يصحح في باب الهبة البيع الذي يتحقق به الرجوع فيها لعدم وقوعه في الملك، فلولا قوله في الخيار بمقالة المشهور لم يصح البيع ثانيا لوقوعه في غير الملك على ما ذكرنا في الهبة، وربما ينسب إلى المبسوط اختيار المشهور فيما إذا صار أحد المتبايعين الذي له الخيار مفلسا، حيث حكم بأن له الخيار في الإجازة والفسخ، لأنه ليس بابتداء ملك لأن الملك قد سبق بالعقد، انتهى. لكن النسبة لا يخلو عن تأمل لمن لاحظ باقي العبارة، وقال ابن سعيد (قدس سره) في الجامع على ما حكى عنه: أن المبيع يملك بالعقد وبانقضاء الخيار، وقيل بالعقد، ولا ينفذ تصرف المشتري إلا بعد انقضاء خيار البائع، انتهى. وقد تقدم حكاية التوقف عن ابن الجنيد أيضا،

وكيف كان فالأقوى هو المشهور لعموم أدلة حل البيع، وأكل المال إذا كانت
تجارة عن تراض، { ١ } وغيرهما مما ظاهره كون العقد علة تامة لجواز التصرف
الذي هو من لوازم الملك، ويدل عليه لفظ الخيار في قولهم (عليهم السلام) البيعان
بالخيار، { ٣ }

أما الأول: فما يدل على ذلك أو توهم دلالة أمور
{ ١ } أحدها: العمومات مثل (١) أحل الله البيع ودليل (٢) التجارة عن تراض ونحوهما
والاستدلال بها يتم مع ضم ما أفاده صاحب الجواهر (رحمه الله) الذي نقله المصنف
(رحمه الله)
بعد أسطر بقوله
وأشد ضعفا من الكل ما قيل، من أن المقصود للمتعاقدين والذي وقع التراضي
عليه انتقال كل من الثمن والمثمن حال العقد فهذه المعاملة أما صحيحة كذلك كما عند
المشهور فثبت المطلوب أو باطلة من أصلها أو أنها صحيحة إلا أنها على غير ما قصداه
وتراضيا عليه
وتقريب الاستدلال أن المقصود بالبيع هو الملكية المطلقة، وهي إنما تكون من حين
العقد، ومقتضى العمومات امضاء البيع على ما قصد، فلو حصل الملك بعد انقضاء الخيار
يكون غير ما قصداه، ويحتاج إلى دليل مفقود
وتحقق الملك بعد القبض في الصرف والسلم، إنما هو لأجل دليل خاص مقيد
لاطلاق الأدلة
وبما ذكرناه ظهر أن شيئا من الوجهين. أي العمومات وتخلف العقد عن القصد - لا
يصلح دليلا ما لم يضم أحدهما إلى الآخر
{ ٢ } ثانيها: لفظ الخيار في قولهم (٣) البيعان بالخيار
وفيه: إن هذا الاستدلال يتم لو كان الخيار عبارة عن حق استرداد العين، إذ لا
يعقل الاسترداد إلا مع الخروج عن الملك
وأما لو كان عبارة عن حق حل العقد والعقد بما هو مع قطع النظر عن حصول الملك
به له وفاء ونقض فلا يدل على المقام
وبه يظهر أن المصنف الذي يرى أن حق الخيار هو حق حل العقد، لا وجه
لاستدلاله بهذا الوجه

(١) البقرة آية ٢٧٥.

(٢) النساء آية ٢٩.

(٣) الوسائل - باب ١ - من أبواب الخيار.

وما دل على جواز النظر في الجارية في زمان الخيار إلى ما لا يحل له قبل ذلك، { ١ } فإنه يدل على الحل بعد العقد في زمن الخيار، إلا أن يلتزم بأنه نظير حل وطء المطلقة الرجعية الذي يحصل به الرجوع، { ٢ } ويدل عليه ما تقدم في أدلة بيع الخيار بشرط رد الثمن، من كون نماء المبيع للمشتري وتلفه منه، { ٣ } فيكشف ذلك عن ثبوت الملزوم وهو الملك، إلا أن يلتزم بعدم كون ذلك من اشتراط الخيار، بل من باب اشتراط انفساخ البيع برد الثمن. وقد تقدم في مسألة بيع الخيار بيان هذا الاحتمال وما يشهد له من بعض العنوانات، لكن تقدم أنه بعيد في الغاية، أو يقال إن النماء في مورد الرواية نماء المبيع في زمان لزوم البيع، لأن الخيار يحدث برد مثل الثمن، وإن ذكرنا في تلك المسألة أن الخيار في بيع الخيار المعنون عند الأصحاب ليس مشروطا حدوثه بالرد في أدلة بيع الخيار، إلا الرواية قابلة للحمل عليه، إلا أن يتمسك باطلاقه الشامل لما إذا جعل الخيار من أول العقد في فسخه مقيدا برد مثل الثمن، هذا مع أن الظاهر أن الشيخ يقول بالتوقف في الخيار المنفصل أيضا

{ ١ } ثالثها ما دل (١) على جواز النظر في الجارية في زمان الخيار إلى ما لا يحل له قبل ذلك

{ ٢ } وأورد عليه المصنف (رحمه الله) بأنه يمكن أن يكون نظير حل وطء المطلقة الرجعية

الذي يحصل به الرجوع، فيكون الملك حاصلا بنفس النظر الموجب لسقوط الخيار، ويرد عليه مضافا إلى ذلك أن الشيخ لا ينكر حصول الملك في زمان الخيار المختص بالمشتري كما في المقام.

وللمحقق النائيني: في المقام كلام ذكره إيرادا على المصنف (رحمه الله) وهو أن التصرف في

وطء المطلقة الرجعية وقع ممن له الحق، وفي المقام يقع ممن عليه الخيار فلو لم يكن مالكا

لكون العقد خياريا حرم النظر،

والظاهر أنه سهو من قلمه الشريف فإن خيار الحيوان للمشتري والسؤال إنما هو عن نظره إليها

{ ٣ } رابعها ما ورد من الأدلة الدالة على أن نماء المبيع للمشتري وتلفه منه في بيع الخيار (٢) بشرط رد الثمن

(١) الوسائل - باب ٤ - من أبواب الخيار حديث ٣.

(٢) الوسائل - باب ٨ - من أبواب الخيار حديث ١.

وربما يتمسك بالأخبار الواردة في العينة: { ١ } وهي أن يشتري الانسان شيئاً بنسيئة، ثم يبيعه بأقل منه في ذلك المجلس نقداً، لكنه لا دلالة لها من هذه الحيثية، لأن بيعها على بائعها الأول وإن كان في خيار المجلس أو الحيوان، إلا أن بيعه عليه مسقط لخيارهما اتفاقاً

وقد صرح الشيخ في المبسوط بجواز ذلك، مع منعه عن بيعه من غير صاحبه في المجلس، نعم بعض هذه الأخبار 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: اشتري متاعي فقال: ليس هو متاعك ولا بقرك ولا غنمك، فإن في ذيلها دلالة على انتقال المبيع قبل انقضاء الخيار ولا استيناس بها أيضاً عند التأمل لما عرفت من أن 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 أن الملك إذا حصل بنفس البيع الثاني مع أنه موقوف على الملك للزم الدور الوارد على من صحح البيع الذي يتحقق به الفسخ، وحينئذ فيمكن أن يكون سؤال السائل بقوله اشتري متاعي من جهة ركوز مذهب الشيخ عندهم من عدم جواز البيع قبل الافتراق.

ومقتضى اطلاقها أن النماء له، وإن كان الشرط هو الخيار من أول العقد مقيداً برد مثل الثمن، وحيث إن النماء تابع للأصل، ومن لوازم الملك فيستكشف من ذلك حصول الملك قبل انقضاء الخيار

{ ١ } خامسها النصوص الواردة في العينة وهي أن يشتري الانسان شيئاً بنسيئة ثم يبيعه بأقل منه نقداً - كصحيح بشار بن يسار المذكور في المتن (١) والاستدلال بها ليس بتضمنها جواز البيع من البائع كي يقال إنه جائز حتى عند القائل بعدم حصول الملك على القاعدة أو بالتعبد بل بقوله في الصحيح ليس متاعك فإن حكمه بعدم كونه للبائع وإن كان في زمان الخيار يشهد بذلك

(١) الوسائل - باب ٥ - من أبواب أحكام العقود حديث ٣.

ويكون جواب الإمام (عليه السلام) مبنيًا على جواز بيعه على البائع لأن تواطؤهما على البيع الثاني اسقاط للخيار من الطرفين { ١ }
كما في صريح المبسوط، فقوله ليس هو متاعك إشارة إلى أن ما ينتقل إليك بالشراء إنما انتقل إليك بعد خروجه عن ملك بتواطؤ كما على المعاملة الثانية المسقط لخيار كما لا بنفس العقد، وهذا المعنى في غاية الوضوح لمن تأمل في فقه المسألة ثم لو سلم ما ذكر من الدلالة والاستئناس لم يدفع به إلا القول بالنقل دون الكشف كما لا يخفى ومثل هذه الرواية في عدم الدلالة والاستئناس صحيحة محمد بن مسلم عن رجل أتاه رجل فقال: ابتع لي متاعا لعلي أشتريه منك بنقد أو بنسيئة، فابتاعه الرجل من أجله قال ليس به بأس، إنما يشتريه منه بعدما يملكه.
فإن الظاهر أن قوله إنما يشتريه الخ، إشارة إلى أن هذا ليس من بيع ما ليس عنده وإن بيعه لم يكن قبل استيجاب البيع مع الأول، فقوله بعد ما يملكه إشارة إلى استيجاب العقد مع الأول كما يظهر من قولهم عليهم السلام في أخبار آخر واردة في هذه المسألة، ولا توجب البيع قبل أن تستوجه مع أن الغالب في مثل هذه المعاملة قيام الرجل إلى مكان غيره ليأخذ منه المتاع ورجوعه إلى منزله لبيعه من صاحبه الذي طلب منه ذلك، فيلزم العقد الأول بالثفرق، ولو فرض اجتماعهما في مجلس واحد كان تعريضه للبيع ثانيا بحضور البائع دالا عرفا على سقوطه خياره ويسقط خيار المشتري بالتعريض للبيع.

{ ١ } والایراد عليه كما في المتن بأنه يمكن أن يكون ذلك إشارة إلى الخروج عن الملك بالتواطؤ على المعاملة الثانية المسقط للخيار، فحين المعاملة الثانية ليس متاعك، خلاف الظاهر - فإن ظاهره نفي كونه متاعا له من ناحية البيع أي ليس متاعك حيث بعته

- نعم - يرد عليه أنه 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

(١) الوسائل - باب ٨ - من أبواب أحكام العقود حديث ٨.

وبالجملة ليس في قوله بعد ما يملكه دلالة على أن تملكه بنفس العقد مع أنها على تقدير الدلالة تدفع النقل لا الكشف { ١ } كما لا يخفى، ونحوه في الضعف الاستدلال

في التذكرة، بما دل على أن مال العبد المشتري لمشتريه مطلقاً أو مع الشرط، أو علم البائع من غير تقييد بانقضاء الخيار إذ فيه، أن الكلام مسوق لبيان ثبوت المال للمشتري على نحو ثبوت العبد له، وأنه يدخل في شراء العبد حتى إذا ملك العبد ماله، مع أن الشيخ لم يثبت منه هذا القول في الخيار المختص بالمشتري، والتمسك باطلاق الروايات لما إذا شرط البائع الخيار كما ترى، وأشد ضعفاً من الكل ما قيل من أن المقصود للمتعاقدين والذي وقع التراضي عليه، انتقال كل من الثمن والثمن حال العقد، فهذه المعاملة إما صحيحة كذلك كما عند المشهور، فثبت المطلوب، أو باطل من أصلها أو أنها صحيحة إلا أنها على غير ما قصدها وتراضيا عليه. توضيح الضعف أن مدلول العقد ليس هو الانتقال من حين العقد، لكن الانشاء لما كان علة لتحقيق المنشأ عند تحققه، كان الداعي على الانشاء حصول المنشأ عنده، لكن العلية إنما هي عند العرف، فلا ينافي كونه في الشرع سبباً محتاجاً إلى تحقق شرائط أخر بعده، كالقبض في السلم والصرف وانقضاء الخيار في محل الكلام. فالعقد مدلوله مجرد التمليك والتملك مجرداً عن الزمان، لكنه عرفاً علة تامة لمضمونه، وامضاء الشارع له تابع لمقتضى الأدلة، فليس في تأخير الامضاء تخلف أثر العقد عن المقصود المدلول عليه بالعقد، وإنما فيه التخلف عن داعي المتعاقدين ولا ضرر فيه.

وأن الاستدلال به إنما يكون بتصحيح الإمام (عليه السلام) البيع الثاني بحصول الملك وظاهره حصوله بالاشتراف في المعاملة الأولى لا بالتعريض للبيع الثاني، وليس الاستدلال بصحة البيع الثاني، حتى يقال إنه جائز عند من يقول بعدم الملك إذا لتعريض مسقط للخيار

{ ١ } وما في المتن من أنه على فرض الدلالة يدفع النقل لا الكشف يرد عليه: إن ظاهره التملك بالاشتراف لا بالاشتراف المتعقب بالبيع فتدبر فإنه دقيق.

وقد تقدم الكلام في ذلك في مسألة كون الإجازة كاشفة أو ناقلة. وقد يستدل أيضا بالنبوي المشهور المذكور في كتب الفتوى للخاصة والعامة على جهة الاستناد إليه وهو أن الخراج بالضمان { ١ } بناء على أن المبيع في زمان الخيار المشترك أو المختص بالبائع في ضمان المشتري، فخرجه له وهي علامة ملكه. وفيه أنه لم يعلم من القائلين بتوقف الملك على انقضاء الخيار القول بكون ضمانه على المشتري حتى يكون نماءه له. وقد ظهر بما ذكرنا أن العمدة في قول المشهور عموم أدلة حل البيع والتجارة عن تراض، وأخبار الخيار.

{ ١ } سادسها: النبوي (١) المشهور - الخراج بالضمان
وتقريب الاستدلال به أن المبيع في زمان، الخيار المشترك، أو المختص 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 أصحابنا به مع أنه محل نظر،
قد مر في مبحث المقبوض بالعقد الفاسد، أن فيه احتمالات،
أظهرها كون المراد بالضمان المعنى المصدري مع امضاء الشارع له، وأنه يختص الخبر
بالعقود المعاوضة الصحيحة، ويدل على أنها توجب ملك المنافع، كما توجب ملك العين،
وعليه فلا يتم هذا الاستدلال
نعم - يمكن تقريب الاستدلال بطريق آخر، وهو أن النبوي ظاهر في أن
المعاوضة الصحيحة توجب ملك المنفعة بلا توقف على شيء آخر، ومن ملك المنفعة
يستكشف ملك العين
سابعها السيرة العقلانية فإنها جارية على ترتيب آثار الملك على الشيء المشتري
من دون انتظار لانقضاء زمان الخيار
فتحصل أن العمومات والروايات الخاصة والسيرة تدل على حصول الملك قبل
انقضاء الخيار.

(١) المبسوط كتاب البيوع فصل الخراج بالضمان - وصحيح الترمذي ج ٥ ص ٢٨٥ وسنن أبي داود ج ٢ ص ٢٥٥.

واستدل للقول الآخر، بما دل على كون تلف المبيع من مال البائع في زمان الخيار، { ١ } فيدل بضميمة قاعدة كون التلف عن المالك، لأنه مقابل الخراج على كونه في ملك البائع، مثل صحيحة ابن سنان عن الرجل يشتري العبد والدابة بشرط إلى يوم أو يومين فيموت العبد أو الدابة، أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك، فقال على البائع، حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام، ويصير المبيع للمشتري شرط له البائع أو لم يشترط، قال وإن كان بينهما شرط أياما معدودة، فهلك في يد المشتري، فهو من مال البائع.

ورواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل اشترى أمة من رجل بشرط يوما أو يومين فماتت عنده، وقد قطع الثمن، على من يكون ضمان ذلك؟ قال: ليس على الذي اشترى ضمان حتى يمضي شرطه. ومرسلة ابن رباط إن حدث في الحيوان حدث قبل ثلاثة أيام فهو من مال البائع. والنبوي المروي في قرب الإسناد في العبد المشتري بشرط فيموت، قال: يستحلف بالله ما رضيه ثم هو برئ من الضمان،

أما المقام الثاني: فقد استدل لعدم حصوله إلا بعد انقضاء الخيار بوجوه أحدها: إن الغرض من الملك، وغايته التصرف الممتنع في زمان الخيار وفيه أولا: أنه يجوز كما تقدم وثانيا: إنه لو سلم عدم الجواز فهو في التصرف المتلف والناقل لا كل تصرف وثالثا: إنه لا ملازمة بين امتناع التصرف وعدم حصول الملك { ١ } ثانيا: النصوص الدالة على كون تلف المبيع من مال البائع في زمان الخيار كصحيح (١) ابن سنان، وخبر عبد الرحمن (٢) ومرسل ابن رباط (٣)، والنبوي (٤) المذكورة

في المتن
وتقريب الاستدلال بها من وجهين
الأول إن قوله حتى ينقضي الشرط ويصير المبيع له ظاهر في توقف الملك على انقضاء الخيار وأما قبله فلا يصير للمشتري
وفيه: إنه بعد دلالة الأدلة المتقدمة الصريح بعضها كقوله

(١) أورد صدره في الوسائل - باب ٥ - من أبواب الخيار حديث ٢ وذيله في باب ٨ - منها حديث ٢.

(٢) الوسائل - باب ٥ - من أبواب الخيار حديث ١.

(٣) نفس المصدر حديث ٥.

(٤) نفس المصدر حديث ٤.

وهذه الأخبار إنما تجدي في مقابل من ينكر تملك المشتري { ١ } مع اختصاص الخيار.

وقد عرفت أن ظاهر المبسوط في باب الشفعة ما حكاه عنه في الدروس من القطع بتملك المشتري مع اختصاص الخيار، وكذلك ظاهر العبارة المتقدمة عن الجامع وعلى أي حال، فهذه الأخبار إما أن تجعل مخصصة لأدلة المشهور، بضميمة قاعدة تلازم الملك والضمان، أو لقاعدة التلازم بضميمة أدلة المسألة، { ٢ } فيرجع بعد التكافؤ إلى أصالة عدم حدوث الملك بالعقد قبل انقضاء الخيار. ولكن هذا فرع التكافؤ المفقود في المقام من جهات أعظمها الشهرة المحققة المؤيدة بالاجماع المحكي عن السرائر،

ليس متاعك على حصول الملك بالعقد، يتعين صرف ذلك عن ظهوره، وحمله على الملك المستقر، وأنه لا يكون مستقرا عليه إلا بعد انقضاء الخيار الثاني أن يضم إلى هذه النصوص، ما دل على أن المنافع تابعة للضمان، أو ملازمة معه كالنبوي المتقدم آنفا الخراج بالضمان، فإنه يستنتج منهما أن الضمان على البائع والمنافع له وبدليل تبعية ملك المنافع لملك العين يستكشف أن المبيع في زمان الخيار للبائع وفيه: إنه لا دليل على التلازم بين الضمان وملكية المنافع، والنبوي قد عرفت أن مفاده أن منافع المغصوب لملكه، مع أن الغاصب ضامن له، مع - أن الشيخ ومن تبعه غير ملتزمين بذلك في الخيار المختص بالمشتري فإنهم بانون على حصول الملك بالعقد.

{ ١ } قوله إنما تجدي في مقابل من ينكر تملك المشتري مراده أن هذه الأخبار، إنما 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 أجاب المصنف (رحمه الله) عن هذا الاستدلال بجواب آخر { ٢ } حاصله أن في المقام طوائف من الأدلة إحداهما: أدلة المشهور الدالة على حصول الملك بالعقد

اطلاق ما تقدم عبارتي المبسوط والخلاف، من كون الخلاف في العقد المقيّد بشرط الخيار عمومته للخيار المنفصل عن العقد، كما إذا شرط الخيار من الغد كما أن مقتضى تخصيص الكلام بالعنوان المذكور عدم شموله لخيار غير الشرط والحيوان الذي يطلق عليه الشرط أيضا. فخيار العيب والغبن والرؤية والتدليس ليس الظاهر عدم جريان الخلاف فيها. ومما يدل على الاختصاص أن ما ذكر من الأدلة مختصة بالخيارين وأن الظاهر من لفظ الانقضاء في تحريرات محل الخلاف انقطاع الخيار الزماني. وأما خيار المجلس، فالظاهر دخوله في محل الكلام لنص الشيخ بذلك في عبارته المتقدمة عنه في باب الشفعة، ولقوله في الاستبصار إن العقد سبب لاستباحة الملك إلا أنه مشروط، بأن يتفرقا بالأبدان، ولا يفسخا العقد، ولنص الشيخ في الخلاف والمبسوط على أن التفرق كانقضاء الخيار في لزوم العقد به، ومراده من اللزوم تحقق علة الملك لا مقابل الجواز كما لا يخفى، مع أن ظاهر عبارة الدروس المتقدمة في مأخذ هذا الخلاف أن كل خيار يمنع من التصرف في المبيع، فهو داخل فيما يتوقف الملك على انقضائه، وكذلك العبارة المتقدمة في عنوان هذا الخلاف عن الجامع، وقد تقدم عن الشيخ في صرف المبسوط أن خيار المجلس مانع عن التصرف في أحد العوضين.

ثانيتها: دليل التلازم بين الضمان والملك ثالثتها - النصوص المشار إليها الدالة على ضمان البائع للمبيع في زمان الخيار وهذه الطوائف متعارضة والجمع بينها إنما يكون بأحد نحوين أما بجعل النصوص المتضمنة لأن المبيع من مال البائع في زمان الخيار مخصصة لأدلة المشهور فيكون مفادها حينئذ أن الملك يحصل بالعقد إلا إذا كان خياريا: وأما بجعل تلك النصوص مخصصة لقاعدة التلازم بمعنى أن المبيع يملك بالعقد وإن كان خياريا إلا أن ضمان هذا المبيع على البائع الذي هو غير مالك - وإنما لم يحتمل التصرف

في النصوص المشار إليها لصراحتها، فيدور الأمر بين رفع اليد عن أصالة العموم في إحدى تينك الطائفتين، والترجيح مع أدلة المشهور لو جوه أعظمها الشهرة وفيه: إنه لو علم بتخصيص أحد العامين من وجه مقتضى القاعدة سقوطهما عن الحجية

ومن ذلك يظهر وجه آخر لخروج خيار العيب وإخوته عن محل الكلام، فإن الظاهر عدم منعها من التصرف في العوضين قبل ظهورها. فلا بد أن يقول الشيخ باللزوم والملك بعد الظهور وتنجز الخيار، وهذا غير لائق بالشيخ، فثبت أن دخولها في محل الكلام مستلزم. أما لمنع التصرف في موارد هذا الخيار. وأما للقول بخروج المبيع عن الملك بعد دخوله وكلاهما غير لائق بالالتزام، مع أن كلام العلامة في المختلف كالصريح في كون التملك بالعقد اتفاقيا في المعيب، لأنه ذكر في الاستدلال أن المقتضي للملك موجود، والخيار لا يصلح للمنع، كما في بيع المعيب. وذكرنا أيضا أنه لا منافاة بين الملك والخيار، كما في المعيب. وقد صرح الشيخ قدس سره في المبسوط أيضا بأنه اشترى

شيئا فحصل منه نماء ثم وجدبه عيبا رده دون نمائه محتجا بالاجماع، وبالنبوي الخراج بالضمان وسيجيئ تنمة ذلك إن شاء الله تعالى.

والشهرة ليست مرجعة للدلالة وإنما هي مرجحة للسند، مع: أن المراد بالتلازم بين الضمان والملك إن كان هو التلازم بين الضمان وملك المنافع وبتبعه ملك العين، فيرد عليه ما تقدم من عدم التلازم، وإن كان هو التلازم بين الضمان بمعنى الخسارة وكون تلف الشيء خسارة منه لا عليه والملك فهو، وإن كان عقليا، إلا أن الجمع بين الأدلة إنما يكون بالالتزام بالملك من

حين العقد والانفساخ قبل التلف آنا ما.

ثالثها صحيح الحلبي (١) عن الإمام الصادق (عليه السلام) في رجل اشترى شاة فأمسكها ثلاثة أيام ثم ردها فقال (ع) إن كان في تلك الثلاثة الأيام يشرب لبنها رد معها ثلاثة أمداد وإن لم يكن لها لبن فليس عليه شيء - بتقريب - أنه لو كان مالكا كانت المنافع له ولم يكن

وجه لرد ثلاثة أمداد

وفيه ما مر من عدم عمل الأصحاب به فإنه متضمن للرد بعد ثلاثة أيام ولا خيار بعدها.

(١) الوسائل - باب ١٣ - من أبواب الخيار حديث ١.

مسألة ومن أحكام 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 أحكام الخيار كون المبيع في ضمان من ليس له الخيار
لا يخفى أن موضوع هذه المسألة، ما لو تلف المبيع، أو الثمن في يد مالكة الفعلي مع
كون الخيار له، كما لو كان الخيار للمشتري وتلف المبيع في يده
أما لو تلف المال تحت يد مالكة وكان الخيار لطرفه كما لو كان الخيار للبايع وتلف
المبيع في يد المشتري أو كان الخيار للمشتري وتلف الثمن في يد البائع فكون الضمان
على

من لا خيار له مطابق للقاعدة

وكيف كان فهذا الحكم في الجملة مما لا كلام فيه ولا اشكال،

ويشهد به النصوص الخاصة

لاحظ صحيح ابن سنان عن الإمام الصادق (عليه السلام) عن الرجل يشتري الدابة أو
يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟ فقال (عليه السلام): على البائع حتى ينقضي
الشرط ثلاثة

أيام ويصير المبيع للمشتري. (١)

وعن التهذيب روايته مثله إلا أنه قال: ويصير المبيع للمشتري شرط البائع أو لم

يشترط. (٢)

والنبوي الخاص الآتي،

ومرسل ابن رباط عن أبي عبد الله (عليه السلام): إن حدث بالحيوان قبل ثلاثة أيام فهو من

مال البائع. (٣)

وخبر البصري عنه (عليه السلام) فيمن اشترى أمة بشرط فماتت عنده: ليس على الذي

اشترى ضمان حتى يمضي شرطه. (٤)

(١) الوسائل - باب ٥ - من أبواب 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 أيضا، لاحظ رواية إسحاق بن عمار، وخبر معاوية بن ميسرة، فثبت ذلك فيهما في الجملة مما لا كلام فيه، وهذا الحكم هو الذي طفحت عبارات القوم به. قالوا: إن تلف المبيع في زمان الخيار ممن لا خيار له، ومن مال البائع وهذه قاعدة مسلمة عند القوم مصطادة من النصوص الواردة في خيار الحيوان والشرط. وعليه فلا يصغى إلى ما قيل، من أن مقتضى استصحاب عدم انفساخ العقد وأصالة البراءة عن وجوب دفع الثمن. وخبر عقبة بن خالد عن الإمام الصادق (عليه السلام) عن رجل اشترى متاعا من رجل وأوجبه غير أنه ترك المتاع عنده... فسرق المتاع من مال من يكون؟ قال (عليه السلام): من مال صاحب المتاع - إلى أن قال - فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد. (١) وعموم ما دل على وجوب الوفاء بالعقد (٢) عدم كون التلف من مال البائع، إذ الأولان محكومان للنصوص، والأخيران يقيد اطلاقهما بها. وقد استدل لضمان من ليس له الخيار مطلقا: باستصحاب الضمان الثابت قبل القبض وفيه أولا: إنه أخص من المدعى إذ ربما يكون المبيع من أول العقد في يد المشتري فلا ضمان على البائع حتى يستصحب - ولا يمكن اثبات الحكم فيه بعد جريان الاستصحاب فيما لم يكن مقبوضا في أول العقد بضميمة عدم القول بالفصل فإن ذلك إنما يكون بين الحكمين الواقعيين وثانيا: إن المراد بالضمان إما أن يكون ضمان الغرامة، أو ضمان المعاوضة

(١) المائدة آية ٢.

(٢) الوسائل - باب ١٠ - من أبواب الخيار.

وتوضيح هذه المسألة أن الخيار إذا كان للمشتري فقط من جهة الحيوان فلا اشكال ولا خلاف في كون المبيع في ضمان البائع. ويدل عليه ما تقدم في المسألة السابقة من الأخبار، وكذلك الخيار الثابت له من جهة الشرط بلا خلاف في ذلك لقوله (عليه السلام) في ذيل صحيحة ابن سنان وإن كان بينهما شرط أياما معدودة، فهلك في

يد المشتري، فهو من مال بائعه، { ١ } ولو كان للمشتري فقط خيار المجلس دون البائع، فظاهر قوله (عليه السلام) حتى ينقضي شرطه، ويصير المبيع للمشتري، كذلك { ٢ } بناء

على أن المناط انقضاء الشرط الذي تقدم أنه يطلق على خيار المجلس في الأخبار، بل ظاهره أن المناط في رفع ضمان البائع صيرورة المبيع للمشتري واختصاصه به بحيث لا يقدر على سلبه عن نفسه، وأن هذا المناط ينظر تعليل

لا سبيل إلى اجراء الاستصحاب على التقديرين
أما على التقدير الأول فلأن الثابت قبل القبض كما سيأتي ضمان المعاوضة دون ضمان الغرامة - وأما على الثاني - فلأن ضمان الغرامة وإن كان من الأحكام الوضعية الاعتبارية، إلا أن ضمان المعاوضة وهو انفساخ العقد لا يكون إلا حكما شرعيا بأنه لو تلف

ينفسخ العقد - وحيث إنه لم يتلف فالمعلوم السابق ليس إلا هذا الأمر التعليقي - وقد حقق في محله أنه لا يجري الاستصحاب التعليقي
وثالثا: إن العمومات مقدمة على الاستصحاب فالحق أن مقتضى الأصل الأولي عدم الضمان

إذا عرفت هذا فاعلم أن مورد الكلام مواضع.
يختص هذا الحكم بخياري الحيوان والشرط

{ ١ } الأول: إن هذا الحكم هل يختص بخياري الحيوان والشرط كما عن الجواهر
{ ٢ } أم يعم خيار المجلس لو كان للمشتري فقط كما لو أسقطه البائع كما مال إليه المصنف، أم يكون ثابتا في جميع الخيارات كما هو المنسوب إلى المشهور؟ وجوه:
وجه الأول: اختصاص النصوص من حيث المورد بهما خصوصا بملاحظة ذكر المدة في جميع الروايات، إلا النبوي: في رجل اشترى عبدا بشرط ثلاثة أيام فمات العبد

هذا الحكم في السرائر حيث قال: فكل من كان له خيار، فالمتاع يهلك من مال: من ليس له خيار لأنه قد استقر عليه العقد، والذي له الخيار ما استقر عليه العقد ولزم، فإن كان الخيار للبائع دون المشتري، وكان المتاع قد قبضه المشتري وهلك في يده، كان هلاكه من مال المشتري دون البائع، لأن العقد مستقر عليه ولازم من جهته. ومن هنا يعلم أنه يمكن بناء على فهم هذا المناط طرد الحكم في كل خيار، فثبت القاعدة المعروفة من أن التلف في ضمان الخيار ممن لا خيار له من غير فرق بين أقسام الخيار { ١ }

في الشرط قال (صلى الله عليه وآله): يستحلف بالله ما رضيه ثم هو برئ من الضمان، المروي في قرب الإسناد. (١) واستدل للثاني: بأن الشرط الذي جعل انقضائه غاية لضمان من لا خيار له أطلق في النصوص على خيار المجلس. وفيه: إن المراد بالشرط في نصوص الباب هو ما ذكر فيها سابقا سؤالا وجوابا، وهو الخيار الذي يشترطه المتبايعان. واستدل للثالث: بوجهين: أحدهما: 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 أيام ويصير المبيع للمشتري. (٢) فإنه يستفاد منه - بعد حمل يصير المبيع له على صيرورته ملكا لازما للفراغ عن كونه ملكا له قبل انقضاء الخيار أن المناط في الضمان عدم استقرار الملك لكون مالكة ذا خيار يقدر أن يسلب الملكية عن نفسه، وأن في مثل ذلك يكون تلف ماله على غيره، وعليه فلا فرق بين الخيارات لأن هذا المناط موجود في جميعها.

(١) الوسائل - باب ٥ - من أبواب الخيار حديث ٤.
(٢) الوسائل - باب ٥ - من أبواب الخيار حديث ٢.

ولا بين الثمن والتمن، كما يظهر من كلمات غير واحد من الأصحاب بل نسبه جماعة إلى اطلاق الأصحاب، قال في الدروس في أحكام القبض: وبالقبض ينتقل الضمان إلى القابض إذا لم يكن له خيار، انتهى. فإن ظاهره كفاية مطلق الخيار للمشتري في عدم ضمان المشتري للمبيع المقبوض، ونحوه كلامه (قدس سره) في اللمعة وفي جامع المقاصد

في شرح قول المصنف: ولو ماتت الشاة المصرة أو الأمة المدلسة فلا شيء له، وكذا لو تعيبت عنده قبل علمه بالتدليس قال: وتقييد الحكم بما قبل العلم غير ظاهر، لأن العلم إذا تجدد بعد علمه يكون كذلك إلا أن يقال إنه غير مضمون عليه الآن لثبوت خياره، ولم أظفر في كلام المصنف وغيره بشيء في ذلك، انتهى. وقال في شرح قول المصنف قدس سره ولا يسقط الخيار بتلف العين، مقتضى إطلاق كلامهم، أنه لو تلف المبيع

مع خيار الغبن للمشتري، انفسخ المبيع لاختصاص الخيار بالمشتري، ثم تردد فيه وفي خيار الرؤية. وفي المسالك في مسألة أن العيب الحادث يمنع من الرد بالعيب القديم، وأن الحادث في أيام خيار الحيوان مضمون على البائع، قال: وكذا كل خيار مختص بالمشتري.

وعن مجمع البرهان في مسألة أن تلف المبيع بعد الثلاثة مع خيار التأخير من البائع استنادا إلى عموم قاعدة تلف المال قبل القبض، أن هذه القاعدة معارضة بقاعدة أخرى، وهي أن تلف المال في الخيار المختص بالبائع من مال المشتري، فإن الظاهر من جعل هذه قاعدة كونها مسلمة بين الأصحاب، وصرح بنحو ذلك المحقق جمال الدين في حاشية الروضة، واستظهر بعد ذلك اختصاصه بما بعد القبض معترفا بعمومها من جهات أخرى، وظاهر هذه الكلمات عدم الفرق بين أقسام الخيار، ولا بين الثمن والتمن، ولا بين الخيار المختص بالبائع والمختص بالمشتري. ولذا نفى في الرياض الخلاف في أن التلف في مدة الخيار ممن لا خيار له.

وفي مفتاح الكرامة أن قولهم: التلف في مدة الخيار ممن لا خيار له، قاعدة لا خلاف فيها، ثم ذكر فيه تبعا للرياض: إن الحكم في بعض أفراد المسألة مطابق للقاعدة.

لكن الانصاف أنه لم يعلم من حال أحد من معتبري الأصحاب الجزم بهذا التعميم، فضلا عن اتفاهم عليه.

فإن ظاهر قولهم التلف في زمان الخيار هو الخيار الزماني، وهو الخيار الذي ذهب جماعة إلى توقف الملك على انقضائه لا مطلق الخيار، ليشمل خيار الغبن والرؤية والعيب ونحوها، ألا ترى أنهم اتفقوا على أنه إذا مات المعيب لم يكن مضمونا على البائع، ولو كان الموت بعد العلم بالعيب، ألا ترى أن المحقق الثاني ذكر أن الاقتصاص من العبد الجاني إذا كان في خيار المشتري، كان من ضمان البائع. وأما ما نقلنا عنه سابقا في شرح قوله: ولو تعيبت قبل علمه بالتدليس فهو مجرد احتمال، حيث اعترف بأنه لم يظفر فيه على شيء، مع أنه ذكر في شرح قول المصنف في باب العيوب وكل عيب تجدد في الحيوان بعد القبض، وقبل انقضاء الخيار، فإنه لا يمنع الرد في الثلاثة نفى ذلك الاحتمال على وجه الجزم، حيث قال الخيار الواقع في العبارة يراد به خيار الحيوان، وكذا كل خيار يختص بالمشتري كخيار الشرط له، وهل خيار الغبن والرؤية كذلك يبعد القول به خصوصا على القول بالفورية لا خيار العيب، لأن العيب الحادث يمنع من الرد بالعيب القديم قطعاً، انتهى.

ومن ذلك يعلم حال ما نقلناه عنه في خيار الغبن، فلم يبق في المقام ما يجوز الركون إليه، إلا ما أشرنا إليه من أن مناط خروج المبيع عن ضمان البائع، على ما يستفاد من قوله (عليه السلام) حتى ينقضي شرطه، ويصير المبيع للمشتري هو انقضاء خيار المشتري الذي يطلق عليه الشرط في الأخبار، وصيرورة المبيع مختصاً بالمشتري لازماً عليه بحيث لا يقدر على سلبه عن نفسه، فيدل على أن كل من له شرط، وليس المعوض الذي وصل إليه لازماً عليه، فهو غير ضامن له حتى ينقضي شرطه، ويصير مختصاً به لازماً عليه، وفي الاعتماد على هذا الاستظهار تأمل في مقابلة القواعد، مع أنه يمكن منع دلالة هذا المناط المستنبط عليه، لأن ظاهر الصحيحة الاختصاص بما كان التزلزل وعدم كون المبيع لازماً على المشتري ثابتاً من أول الأمر، كما يظهر من لفظة - حتى - الظاهرة في الابتداء. وهذا المعنى مختص بخيار المجلس والحيوان والشرط، ولو كان منفصلاً، بناء على أن البيع متزلزل ولو قبل حضور زمان الشرط. ولذا ذكرنا جريان الخلاف في المسألتين السابقتين فيه. وأما الغبن والعيب والرؤية وتخلف الشرط وتفليس المشتري وتبعض الصفقة، فهي توجب التزلزل عند ظهورها بعد لزوم العقد.

والحاصل أن ظاهر الرواية استمرار الضمان الثابت قبل القبض إلى أن يصير المبيع لازماً على المشتري، وهذا مختص بالمبيع المتزلزل من أول الأمر، { ١ } فلا يشمل التزلزل المسبوق بالزوم بأن يكون المبيع في ضمان المشتري بعد القبض، ثم يرجع بعد عروض التزلزل إلى ضمان البائع، فاتضح بذلك أن الصحيحة المختصة بالخيارات الثلاثة على تأمل في خيار المجلس، ثم إن مورد هذه القاعدة إنما هو ما بعد القبض. وأما قبل القبض فلا اشكال ولا خلاف في كونه من البائع من غير التفات إلى الخيار فلا يشمل هذه القاعدة خيار التأخير. وأما عموم الحكم للثمن والمثمن، { ٢ } بأن يكون تلف الثمن في مدة خيار البائع المختص به من مال المشتري فهو غير بعيد

وفيه: إن كلمة حتى قلما يتفق استعمالها في العلية، ومعناها غالباً هي الغاية، وهي ظاهرة فيها في الخبر، فلا يستفاد العموم من الخبر.

وبعبارة أخرى: لا سبيل إلى احراز أن ما ذكر هو تمام العلة بحيث يتعدى عن مورد النصوص إلى غيره.

وأما ما أورده المصنف (رحمه الله) عليه بعد الاعتراف بأنه المناط: بأن الظاهر منه بقرينة حتى الظاهرة في الاستمرار من حال العقد إلى حين انقضاء الخيار الاختصاص { ١ } بما إذا كان التزلزل من أول الأمر وهذا مختص بالخيارات الثلاثة إذ في الخيارات الأخر غير الثلاثة يحدث التزلزل بعد أن كان العقد لازماً.

فيرده: إنه في خيار الغبن والعيب يحدث التزلزل من حين العقد لا من بعد الظهور، مع أن كلمة حتى وإن كانت ظاهرة في الاستمرار إلا أن كون المبدأ من حين العقد أو غيره،

فلا دلالة للفظ حتى عليه جزماً.

اختصاص هذا الحكم بالمبيع الشخصي

{ ٢ } الثاني: هل تختص هذه القاعدة بالمبيع أم تعم الثمن؟ وجهان:

وجه الأول: اختصاص الأخبار بالمبيع.

نظرا إلى المناط الذي استفدناه، { ١ } ويشمله ظاهر عبارة الدروس المتقدمة، مضافا إلى استصحاب ضمان المشتري له الثابت قبل القبض، { ٢ } وتوهم عدم جريانه مع اقتضاء القاعدة كون الضمان من مال المالك خرج منه ما قبل القبض مدفوع بأن الضمان الثابت قبل القبض وبعده في مدة الخيار ليس مخالفا لتلك القاعدة، لأن 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، فالأصل بقاؤها بعد القبض في مدة الخيار.

نعم يبقى هنا أن هذا مقتضى لكون تلف الثمن في مدة خيار البيع الخياري من المشتري فينفسخ البيع، ويرد المبيع إلى البائع، والتزام عدم الجريان من حيث إن الخيار في ذلك البيع، إنما يحدث بعد رد الثمن أو مثله، فتلف الثمن في مدة الخيار إنما يتحقق بعد رده قبل الفسخ لا قبله مدفوع بما أشرنا إليه سابقا من منع ذلك، مع أن المناط في ضمان غير ذي الخيار لما انتقل عنه إلى ذي الخيار تنزل البيع المتحقق ولو بالخيار المنفصل كما أشرنا سابقا، فالأولى الالتزام بجريان هذه القاعدة إذا كان الثمن شخصا، { ٣ } بحيث يكون تلفه قبل قبضه موجبا لانفساخ البيع، فيكون كذلك بعد القبض مع خيار البائع، ولو منفصلا عن العقد

وجه الثاني: أمران:

{ ١ } أحدهما: عموم المناط وأن الملاك تلف الملك المتزلزل ولو كان ثمنا وفيه: - مضافا إلى ما تقدم من عدم كونه علة - أنه لو سلم ذلك فالعلة هي صيرورة المبيع ملكا مستقرا للمشتري كما في الخبر لا صيرورة البيع لازما، والفرق واضح { ٢ } ثانيهما: استصحاب ضمان المشتري الثابت قبل قبضه وقد تقدم عدم جريانه، فالأظهر هو الاختصاص.

{ ٣ } الثالث: إن القاعدة هل تختص بالمبيع الشخصي أو مع الثمن الشخصي أم تعم الكل منهما بعد التطبيق على الفرد.

وجه الأول: أمران:

وأما إذا كان الثمن كلياً، فحاله حال المبيع إذا كان كلياً، كما إذا اشترى طعاماً كلياً بشرط الخيار له إلى 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 إلى الفرد صيرورة الكلي كغير المقبوض. وهذا مما لا يدل عليه الأخبار، { ١ } المتقدمة، فتأمل.

ثم إن ظاهر كلام الأصحاب، وصريح جماعة، منهم كالمحقق والشهيد الثانيين أن المراد بضمان من لا خيار له. لما انتقل إلى غيره، هو بقاء الضمان الثابت قبل قبضه { ٢ } وانفساخ العقد آناً ما قبل التلف

أحدهما ظهور النصوص بقريئة ما فيها من استناد التلف والهلاكة وما شابههما في الشخصي، فإن الكلي إذا كان مبيعاً أو ثمناً لا تلف له ولا هلاكة، والفرد ليس مبيعاً. { ١ } ثانيهما: إن مقتضى ضمان المبيع في مدة الخيار على من لا خيار له بقائه على ما كان عليه قبل القبض، ودخول الفرد في ملك المشتري لا يستلزم انفساخ العقد، بل معنى الضمان بالنسبة إلى الفرد صيرورة الكلي كغير المقبوض، وهذا مما لا تدل عليه الأخبار. ولكن يمكن أن يقال: إن المبيع إذا كان كلياً وطبق على الفرد يصير البيع مستقراً عليه، فيكون هو المبيع بالحمل الشائع، ويكون للمبيع حينئذ التلف والهلاكة، ومعنى ضمانه

حينئذ انفساخ المعاملة لا صيرورة الكلي كغير المقبوض بحيث يعود الثمن كلياً، فإن عوده كذلك بعد التشخص كما ترى، فالأظهر هو التعميم.

المستفاد من النصوص كون هذا الضمان ضمان المعاوضة { ٢ } الرابع: إن الضمان المستفاد من هذه النصوص هل هو ضمان المعاوضة وانفساخ العقد قبل التلف آناً ما كما هو المشهور، أم هو ضمان الغرامة والرجوع على البائع بقيمته

وهو الظاهر أيضا من قول الشهيد قدس سره في الدروس، وبالقبض ينتقل الضمان إلى القابض ما لم يكن له خيار حيث إن مفهومه أنه مع خيار القابض لا ينتقل الضمان إليه به بل يبقى على ناقله الثابت قبل القبض.

وبدله على تقدير عدم الفسخ كما عن الشهيدين والعلامة؟ قولان.
وأما سائر الوجوه المحتملة في المتن وغيرها فلم نجد قائلا بشئ منها.
وتنقيح القول فيه بالبحث في مقامين:
الأول: فيما يستفاد من ظواهر النصوص.
الثاني: في الحكم بلحاظ القواعد الخارجية الشرعية.
أما الأول: فظاهر قوله (عليه السلام) في صحيح ابن سنان: وإن كان بينهما شرط أياما معدودة فهلك في يد المشتري فهو من مال البائع. (١) هو الانفساخ، إذ كلمة من أما نشوية

أو تبعية أو للابتداء، وعلى جميع التقادير ظاهرة في ذلك.
أما على الأول: فلأن نشوء الهلاكة من مال البائع وعروضها عليه عبارة أخرى عن صيرورته ملكا له قبلها، وحيث إنه لا يصير ملكا له مجانا بل بالعوض، فيعود الثمن أيضا إلى المشتري.

وأما على الثاني: فلأن ظاهره حينئذ كون المبيع الهالك مال البائع، وحيث لا يعقل ذلك فيقدر ملكه له قبل التلف أنا ما.

وأما على الثالث: فلأن الضمير حينئذ وإن كان يرجع إلى المبدأ المستفاد من قوله فهلك نظير (أعدلوا هو أقرب للتقوى) إلا أن ظاهر كون هلاكة المبيع من مال البائع كونه ملكا له قبل التلف، إذ 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، فإن الانسان لا يكون

(١) الوسائل - باب ٨ - من أبواب الخيار حديث ٢.

وقد عرفت أن معنى الضمان قبل القبض هو تقدير انفساخ العقد وتلفه في ملك ناقله، بل هو ظاهر القاعدة وهي أن التلف في مدة الخيار ممن لا خيار له، فإن معنى تلفه منه تلفه مملوكا له، مع أن ظاهر الأخبار المتقدمة الدالة على ضمان البائع للمبيع في مدة خيار المشتري بضميمة قاعدة عدم ضمان الشخص لما يتلف في ملك مالكة، { ١ } وقاعدة التلازم بين الضمان والخراج، { ٢ } فإننا إذا قدرنا المبيع في ملك البائع آنا ما لم يلزم مخالفة شيء من القاعدتين.

ضامنا لمال نفسه،

هذا مضافا إلى التعبير بلفظ على فإن تلف مال كل أحد منه خسارة منه لا عليه. وبالجمع بين التلف والحدث في جملة من النصوص مع أنه لا انفساخ في الحدث - كما سيأتي - فالضمان المنسوب إليهما بمعنى واحد وهو الغرامة. ولكن يرد على الأول: إن السؤال عن ضمان ما تلف في ملك المشتري بأنه هل تكون خسارته على البائع أو المشتري مما لا يتصور له وجه معقول، إذ لا يتوهم عاقل كون

المشتري غارما لما تلف في ملكه، فلا محالة يكون المسؤول عنه أما ضمان المعاوضة أو الجامع، وعلى التقديرين لا يعارض مع الظهور المتقدم. وبه يظهر الجواب عن التعديدية بحرف الاستعلاء، وكذا عن الجمع بين التلف والحدث.

وأما المقام الثاني: فالقول بالانفساخ مخالف لقاعدة أصالة بقاء العقد المستفادة من (أوفوا بالعقود) وغيره.

وأما القول بالغرامة فهو مخالف لأصالة البراءة عن وجوب تدارك التالف في ملك صاحبه، فكل منهما مخالف لقاعدة لا أولوية لأحد القولين من الآخر من هذه الجهة. وقد يقال كما في المتن: بأن القول بالغرامة مخالف لقاعدتين:

{ ١ } إحداهما: ما أشرنا إليه

{ ٢ } ثانيتهما: قاعدة الخراج بالضمان الدالة على أن المنافع لمن يكون ضامنا للمال فإنه على هذا البائع ضامن له والمنافع للمشتري.

والحاصل إن إرادة ما ذكرنا من الضمان مما لا ينبغي الريب فيها، ومع ذلك كله فظاهر عبارة الدروس في الفرع السادس من فروع خيار الشرط يوهم، بل يدل على عدم الانفساخ، {١} قال (قدس سره) لو تلف المبيع قبل قبض المشتري بطل البيع والخيار

وبعده لا يبطل الخيار وإن كان التلف من البائع، كما إذا اختص الخيار بالمشتري، فلو فسخ البائع رجوع بالبدل في صورة عدم ضمانه، ولو فسخ المشتري رجوع بالثمن، وغرم البدل في صورة ضمانه، ولو أوجبه المشتري في صورة التلف قبل القبض لم يؤثر في تضمين البائع القيمة أو المثل، وفي انسحابه فيما لو تلف بيده في خياره نظر، انتهى. والعبارة محتاجة إلى التأمل من وجوه، {٢} وقد يظهر ذلك من اطلاق عبارة التذكرة،

ويرد عليه: إن قاعدة الخراج بالضمان بهذا المعنى لا أساس لها، وقد تقدم الكلام فيها في المقبوض بالعقد بالفاسد، وسيأتي في مسألة التلف قبل القبض، والمخالفة للقاعدة الأولى وإن لزممت إلا أن القول بالانفساخ أيضا مخالف لقاعدة أخرى كما عرفت. وقد يقال: بأن القول بالانفساخ مخالف لقواعد أربع، وسيأتي في مسألة التلف قبل القبض توجيهه وما يرد عليه فانتظر،

كما سيأتي في تلك المسألة أن الانفساخ إنما يكون من حين العقد ويكون حقيقيا لا حكما، وجميع ما ذكره في تلك المسألة جار هنا.

{١} قوله فظاهر عبارة الدروس... يوهم 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 أنه متأمل في الحكم بالانفساخ

ولهذه العبارة لا يجوز نسبة البطلان إلى الشهيد.

{٢} قوله والعبارة محتاجة إلى التأمل من وجوه

الأول: من الوجوه قوله وبعده لا يبطل الخيار، فإن ظاهره أن القبض يرفع الضمان المعاوضي: فإنه ينافي ما أفاده في موضع آخر، وبالقبض ينتقل الضمان، إلا أن يكون خيار إذ

ظاهره: إن الضمان المعاوضي باق بعد القبض

قال: لو تلف المبيع بأفة سماوية في زمن الخيار، فإن كان قبل القبض انفسخ البيع قطعاً، وإن كان بعده لم يبطل خيار المشتري ولا البائع، ويجب القيمة على ما تقدم. ثم حكى عن الشافعية وجهين في الانفساخ بعد القبض وعدمه، بناء على الملك بالعقد، ويمكن حمله على الخيار المشترك، كما أن قوله في القواعد لا يسقط الخيار بتلف العين محمول على غير صورة ضمان البائع للمبيع، لما عرفت من تعيين الانفساخ فيها، وربما يحتمل أن معنى قولهم إن التلف ممن لا خيار له، أن عليه ذلك إذا فسخ صاحبه لا أنه ينفسخ كما في التلف قبل القبض. وأما حيث يوجب المشتري فيحتمل أنه يتخير بين الرجوع على البائع بالمثل أو القيمة، وبين الرجوع بالثمن ويحتمل تعيين الرجوع بالثمن. ويحتمل أن لا يرجع بشئ فيكون معنى له الخيار أن له الفسخ، { ١ }

الثاني: قوله فلو فسخ الخ: إذ لو فسخ البائع ذو الخيار، لا وجه لضمانه كي يقيد الرجوع بالبدل، بصورة عدم ضمانه: لأن ضمانه لا يكون إلا مع اختصاص الخيار بالمشتري

الثالث: قوله ولو فسخ المشتري الخ: إذ 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

إلا أن يقال إن نظر الشهيد إلى صورة ثبوت الخيار المشترك، وهناك مواضع أخر يظهر للمتأمل فيما قدمناه.

{ ١ } قوله وأما حيث يوجب المشتري فيحتمل أنه يتخير بين الرجوع إلى آخره لا وجه لهذه الاحتمالات، إلا الأخير منها بعد حمل القاعدة على صورة الفسخ: فإن عدم الضمان، قد مر أنه على وفق القاعدة وإنما المخرج هو القاعدة فإذا اختصت بصورة الفسخ تبقى صورة الامضاء باقية تحت ما تقتضيه القواعد الأولية.

ثم الظاهر أن حكم تلف البعض حكم تلف الكل، { ١ } وكذا حكم تلف الوصف الراجع إلى وصف الصحة بلا خلاف على الظاهر، لقوله في الصحيحة السابقة أو يحدث فيه حدث، فإن المراد بالحدث أعم من فوات الجزء والوصف، { ٢ } هذا كله إذا تلف بأفة سماوية. ومنها حكم الشارع عليه بالاتلاف. وأما إذا كان باتلاف ذي الخيار سقط به خياره ولزم العقد من جهته، { ٣ } وإن كان باتلاف غير ذي الخيار { ٤ } لم يبطل خيار صاحبه فيتخير بين امضاء العقد والرجوع بالقيمة والفسخ والرجوع بالثمن.

{ ١ } الخامس: إنه لو كان التالف هو الجزء انفسخ العقد بالنسبة إليه ولو كان هو الوصف الراجع إلى وصف الصحة، فهل تشمل القاعدة لقوله (عليه السلام) في الصحيح المتقدم أو يحدث فيه حدث
{ ٢ } فإن المراد بالحدث أعم من فوات الجزء والوصف كما في المتن أم لا يشمل كما هو الظاهر من التبصرة قال: والعيب الحادث من غير تفريطه لا يمنع الرد بالسابق؟ وجهان، وعلى فرض الشمول يشكل الأمر في معناه إذ لا يعقل الانفساخ بالإضافة إليه لفرض عدم مقابله بالثمن، وقد أشبعنا الكلام في ذلك في خيار العيب وذكرنا ما أفاده المصنف في المقام ونقده، فراجع /
حكم اتلاف المبيع في زمان الخيار
السادس: إذا كان تلف المبيع بالاتلاف لا بأفة سماوية فهذه النصوص لا تشملها لانصرافها إلى التلف السماوي.
وأما حكمه فملخص القول فيه: إن الاتلاف تارة: يكون ممن له الخيار، وأخرى: يكون ممن عليه الخيار، وثالثة: يكون من الأجنبي.
{ ٣ } فإن كان الاتلاف من ذي الخيار فقد حكم المصنف (رحمه الله) بكونه مسقطا لخياره
وهو كذلك في خيار الحيوان وفي خيار الشرط لو قصد به الإجازة والامضاء، وإلا فالأظهر بقاءه، وقد مر وجهه.
{ ٤ } وإن كان الاتلاف ممن عليه الخيار، فإن أجاز من له الخيار العقد ولم يفسخه

وإن كان باتلاف أجنبي { ١ } تخير أيضا بين الامضاء والفسخ، وهل يرجع حينئذ بالقيمة إلى المتلف، أو إلى صاحبه، أو يتخير وجوه، من أن البدل القائم مقام العين في ذمة المتلف، فيسترده بالفسخ ولأن الفسخ موجب لرجوع العين قبل تلفها في ملك الفاسخ، أو لاعتبارها عند الفسخ ملكا تالفا للفاسخ بناء على الوجهين في اعتبار يوم التلف أو يوم الفسخ، وعلى التقديرين فهي في ضمان المتلف، كما لو كانت العين في يد الأجنبي، ومن أنه إذا دخل الثمن في ملك من تلف المثلث في ملكه خرج عن ملكه بدل المثلث وصار في ذمته، لأن ضمان المتلف محله الذمة لا الأمور الخارجية، وما في ذمة المتلف إنما تشخص مالا للمالك وكونه بدلا عن العين إنما هو بالنسبة إلى التلف من حيث وجوب دفعه إلى المالك { ٢ } كالعين لو وجدت، لا أنه بدل خارج يترتب عليه جميع أحكام العين حتى بالنسبة إلى غير التلف. فهذا البدل نظير بدل العين لو باعها المشتري، ففسخ البائع، فإنه لا يتعين للدفع إلى الفاسخ. وأما الفسخ فهو موجب لرجوع العين قبل تلفها، { ٣ } مضمونة، لمالكها على متلفها بالقيمة في ملك الفاسخ، فيكون تلفها بهذا الوصف مضمونا على المالك لا المتلف، ومن كون يد المفسوخ عليه يد ضمان بالعوض قبل الفسخ وبالقيمة بعده، واتلاف الأجنبي أيضا سبب للضمان، فيتخير في الرجوع. وهذا أضعف الوجوه. { ٤ }

{ ١ } قوله وإن كان باتلاف أجنبي عبارته في ذيل هذا العنوان لا تنطبق على ما هو ما لو كان الخيار للمشتري وأتلف المبيع أجنبي إذ الفاسخ هو المشتري والمفسوخ عليه وهو البائع والتالف هو المبيع وللمشتري الرجوع إلى البائع بالثمن فقط كما تقدم نعم - يتم ما أفاده من الوجوه - مع تبديل الفاسخ بالمفسوخ عليه في الموردين والمفسوخ عليه بالفاسخ في مورد واحد فلا حظ وتدبر.

{ ٢ } قوله وكونه بدلا إنما هو بالنسبة إلى التلف من حيث وجوب دفعه هذا إشارة إلى ما ذكرناه من الجواب عن الوجه الأول للرجوع إلى المتلف.

{ ٣ } قوله وأما الفسخ فهو موجب لرجوع العين قبل تلفها هذا إشارة إلى ما ذكرناه من الجواب عن الوجه الثاني له.

{ ٤ } قوله وهذا أضعف الوجوه قد عرفت أنه الأقوى

مسألة ومن أحكام الخيار ما ذكره في التذكرة، فقال: يجب على البائع تسليم المبيع ولا على المشتري تسليم الثمن، في زمان الخيار، ولو تبرع أحدهما بالتسليم، لم يبطل خياره ولا يجبر الآخر على تسليم ما عنده وله استرداد المدفوع قضية للخيار. { ١ }

وقال بعض الشافعية ليس له استرداده وله أخذ ما عند صاحبه بدون رضاه كما لو كان التسليم بعد لزوم البيع، انتهى. ويظهر منه أن الخلاف بين المسلمين إنما هو بعد اختيار أحدهما التسليم. وأما التسليم ابتداء فلا يجب من ذي الخيار اجماعاً، { ٢ } ثم إنه إن أريد عدم وجوب التسليم على ذي الخيار من جهة أن له الفسخ، فلا يتعين عليه التسليم، فمرجعه إلى وجوب أحد الأمرين عليه. والظاهر أنه غير مراد وإن أريد عدم تسلط المالك على ما انتقل إليه إذا كان للناقل خيار، فلذا يجوز منعه عن ماله، ففيه نظر من جهة عدم الدليل المخصص لعموم سلطنة الناس على أموالهم. { ٣ } وبالجملة فلم أجد لهذا الحكم وجهاً معتمداً، ولم أجد من عنونه وتعرض لوجهه.

حكم تسليم العوضين في زمان الخيار
{ ١ } المشهور بين الأصحاب أنه لا يجب على البائع تسليم المبيع ولا على المشتري تسليم الثمن في زمان الخيار حتى لو سلم أحدهما لا يجبر الآخر على تسليم ما عنده، وله استرداد المدفوع وعن غير واحد دعوى الاجماع عليه،
{ ٢ } والمصنف بعد استظهاره نقل الاجماع على هذا الحكم
استشكل فيه: بأنه، إن كان المراد عدم تعين التسليم بل هو مخير بينه وبين الفسخ، فمتين، إلا أنه غير مراد،
وإن أريد أنه مع بقاء العقد لا يجب التسليم،
{ ٣ } فغير تام إذ لا مخصص لعموم سلطنة الناس على أموالهم، الدال على وجوبه وأورد عليه المحقق النائيني (رحمه الله) بأن العقد لو كان خيارياً فهو بجميع مداليه 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 أفراد الخيار خيار التأخير بل مطلق الخيار قبل القبض، أو الخيار المختص بعده. { ٢ } ومن المعلوم أن تلف العين حينئذ موجب لانفساخ العقد، فلا يبقى خيار، فيكون المراد التلف مع بقاء العقد على حاله لا يوجب سقوط الخيار. وبعبارة أخرى تلف العين في ملك من في يده لا يسقط به خياره ولا خيار صاحبه، وهو كذلك لأن الخيار، كما عرفت عبارة عن ملك فسخ العقد. ومعلوم أن العقد بعد التلف قابل للفسخ، ولذا يشرع الإقالة حينئذ اتفاقاً، فلا مزيل لهذا الملك بعد التلف ولا مقيد له بصورة البقاء.

والالتزامية تحت يد ذي الخيار فلا يجب عليه التسليم كما لا يجب عليه الوفاء بأصل العقد

وفيه: أولاً أنه، لو تم لاختص، بالخيار المجعول للمتبايعين، وأما في الخيار المجعول الشرعي، فلا يجري فإنه ليس هناك التزام بكون العقد بجميع مديله تحت يد ذي الخيار، وغاية مدلول دليله كون رفع العقد وبقائه بيده، ولكن على فرض البقاء، هل يجب التسليم أم لا فلا بد من الرجوع إلى ما يقتضيه القاعدة، وهو الوجوب وثانياً: إنه لا يتم في الخيار المجعول للمتبايعين أيضاً: فإن وجوب التسليم أثر الملك، لا اللزوم، ومن يجعل الخيار لنفسه يجعل العقد متزلزلاً، ولا نظر له إلى شيء آخر، كي يكون من قبيل شرط عدم تعيين التسليم، فالأظهر 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.

الأول إن مرادهم بما ذكروه: إن 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 تخيره بين الرد والأرش لأن الصبر على العيب ضرر ولو مع أخذ الأرش، فتداركه الشارع بملك الفسخ والرد، فإذا تلف انتفى حكمة الخيار، أو يقال إنه إذا كان دليل الخيار معنونا بجواز الرد لا بالخيار اختص ثبوت الخيار بصورة تحقق الرد المتوقع على بقاء العين. هذا مع قيام الدليل على سقوط الخيار بتلف المعيب والمدلس فيه فلا يرد عدم اطراد تلك الحكمة. نعم هنا موارد تأملوا في ثبوت الخيار مع التلف، { ١ } أو يظهر منهم العدم، كما تردد العلامة قدس سره في باب المرابحة فيما لو ظهر كذب البائع مرابحة في اخباره برأس المال، بعد تلف المتاع، بل عن المبسوط وبعض آخر الجزم بالعدم، نظرا إلى أن الرد إنما يتحقق مع بقاء العين. وفيه إشارة إلى ما ذكرنا، من أن الثابت هو جواز الرد فيختص الفسخ بصورة تحققه لكن قوي في المسالك وجامع المقاصد ثبوت الخيار لوجود المقتضي وعدم المانع، وكما تردد المحقق الثاني في سقوط خيار الغبن، بتلف المغبون فيه.

أن التلف يوجب انفساخ العقد وبتبعه يرتفع موضوع الخيار كما لا يرد النقض بخيار التأخير. فالكلام بما له من المراد على اطلاقه { ١ } الثاني: إنه لو شك في أن الخيار هل يرتفع بالتلف أم يكون باقيا ولم يدل الدليل على أحد الطرفين، فهل الأصل بقائه، أم لا، ربما يقال بأن مقتضى الاستصحاب بقاءه ولكن الظاهر عدم جريان هذا الأصل وذلك لوجوه، أحدها عدم جريان الاستصحاب في الأحكام، ثانيها: إن بقاء الموضوع مشكوك فيه فإن الموضوع يمكن أن يكون هو العقد، وهو باق ويمكن أن يكون هو العين وهي تالفة ومع الشك لا يجري الاستصحاب، نعم لو أحرز أنه متعلق بالعقد وشك في بقاءه من جهة أخرى يجري 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 حينئذ هو عدم الخيار مع التلف، والأقوى بقاءه، لأن العمدة فيه نفي الضرر الذي لا يفرق فيه بين بقاء العين وعدمه، { ١ } مضافا إلى اطلاق قوله (عليه السلام) وهم بالخيار إذا دخلوا السوق، مع أنه لو استند إلى الاجماع أمكن التمسك

بالاستصحاب، إلا أن يدعي انعقاده على التسلط على الرد، فيختص بصورة البقاء وألحق في جامع المقاصد بخيار الغبن في التردد خيار الرؤية، ومن مواضع التردد ما إذا جعل المتعاقدان الخيار على وجه إرادتهما التسلط على مجرد الرد، المتوقف على بقاء العين، فإن الفسخ وإن لم يتوقف على بقاء العين، إلا أنه إذا فرض الغرض من الخيار الرد أو الاسترداد، فلا يبعد اختصاصه بصورة البقاء والتمسك من الرد، والاسترداد. { ٢ } وإن كان حكمة في خياري المجلس والحيوان، إلا أن الحكم أعم موردا من الحكمة إذا كان الدليل يقتضي العموم

ثالثها: إن المورد مورد للتمسك بعموم أوفوا بالعقود، لا باستصحاب حكم الخاص. { ١ } الثالث: إن الخيار الثابت بحديث لا ضرر لو قلنا به، هل يكون باقيا بعد التلف أم لا ربما يقال بالثاني نظرا إلى أن قاعدة نفي الضرر، إنما تنفي اللزوم وتثبت الجواز، والمتيقن

من الجواز الثابت بها حق رد العين، فإذا امتنع ردها لا دليل على جواز فسخ العقد وفيه: إن حديث نفي الضرر ينفي اللزوم، فيثبت بديله وبديل لزوم العقد جوازه وتراد العوضين غير مربوط بحديث نفي الضرر - فالحق هو الأول: { ٢ } الرابع إذا كان الخيار ثابتا بعنوان الرد والاسترداد فهل يرتفع بالتلف ربما يقال بذلك لعدم امكان الرد معه ولكن يرد عليه أنه يمكن أن يكون المراد هو الرد والاسترداد في الملك لا خارجا وهذا لا يتوقف على بقاء العين بل الظاهر منه ذلك. الخامس: الخيار الذي، يجعله المتعاقدان، إن علم مقصودهما، فلا كلام، وإن قصد الخيار بما له من المعنى كان باقيا بعد التلف

بخلاف ما إذا كان اطلاق جعل المتعاقدين مقيدا على وجه التصريح به في الكلام، أو استظهاره منه بعدم تعلق الغرض. إلا بالرد أو الاسترداد. ومن هنا يمكن القول بعدم بقاء الخيار المشروط برد الثمن في البيع الخياري إذا تلف المبيع عند المشتري، لأن الثابت من اشتراطهما هو التمكن من استرداد المبيع بالفسخ عند رد الثمن لا التسلط على مطلق الفسخ المشروع مطلقا، ولو عند التلف لكن لم أجد من التزم بذلك أو تعرض له. ومن هنا يمكن أن يقال في هذا المقام وإن كان مخالفا للمشهور، بعدم ثبوت الخيار عند التلف، إلا في موضع دل عليه الدليل، إذ لم يدل أدلة الخيار من الأخبار والاجماع إلا على التسلط على الرد أو الاسترداد، وليس فيها التعرض للفسخ المتحقق مع التلف أيضا، وإرادة ملك الفسخ من الخيار غير متعينة في كلمات الشارع، لما عرفت في أول باب الخيارات من أنه استعمال غالب في كلمات بعض المتأخرين. { ١ }

نعم لو دل الدليل الشرعي على ثبوت خيار الفسخ المطلق، الشامل لصورة التلف، أو جعل المتبايعان بينهما خيار الفسخ بهذا المعنى، ثبت مع التلف أيضا، والله العالم.

السادس: إن الخيارات التي أخذ في لسان دليلها عنوان الخيار كقوله (عليه السلام) البيعان بالخيار ما لم يفترقا (١) هل تكون باقية بعد التلف، أم لا ظاهر المصنف (رحمه الله)

{ ١ } الثاني من جهة أن إرادة ملك فسخ العقد من لفظ الخيار إنما تكون من المستحدثات وليس في الروايات من ذلك أثر فالمتيقن من النصوص جواز الرد والاسترداد وهو إنما يكون مع بقاء العين وفيه: إن الخيار إنما يكون مقابل اللزوم كما يشهد له مضافا إلى أنه المتفاهم منه عرفا ما تضمن من النصوص ثبوت الخيار، إلى أن يصير العقد لازما - وبالجملة - كون المراد من الخيار ملك فسخ العقد واضح وعليه فيكون باقيا بعد التلف لبقاء العقد، واحتمال كون الحق مأخوذا على وجه مخصوص وهو حق حل العقد المتعلق بالعوضين بشخصيهما يدفعه الاطلاق.

(١) الوسائل - باب ٣ - من أبواب الخيار.

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، والأصل بقاؤه { ٢ } إذ لم يتحدد ما يدل على رضا مالكة بكونه في يد الفاسخ أمانة، إذ الفسخ إنما هو من قبله، والغرض من التمسك بضمانها قبل الفسخ بيان عدم ما يقتضي كونها أمانة مالكية أو شرعية، ليكون غير مضمونة برضا المالك، أو بجعل الشارع وإذن الشارع في الفسخ لا يستلزم رفع الضمان عن اليد كما في القبض بالسوم، ومرجع ذلك إلى عموم على اليد ما أخذت، { ٣ } أو إلى أنها قبضت مضمونة، فإذا بطل ضمانه بالثمن المسمى تعين ضمانه بالعوض الواقعي، أعني المثل أو القيمة، كما في البيع الفاسد، هذا، ولكن المسألة لا تخلو عن اشكال. وأما العين في يد المفسوخ عليه، ففي ضمانها أو كونها أمانة اشكال مما في التذكرة من أنه قبضها قبض ضمان، فلا يزول إلا بالرد إلى مالكة، ومن أن الفسخ لما كان من قبل الآخر فتركه العين في يد صاحبه مشعر بالرضا به المقتضي للاستئمان، وضعفه في جامع المقاصد، بأن مجرد هذا لا يسقط الأمر الثابت والله العالم، هذا بعض الكلام في الخيارات وأحكامها والباقي محول إلى الناظر الخبير بكلمات الفقهاء والحمد لله صلى الله على محمد وآله.

كون العين مضمونة بعد الفسخ

{ ١ } قوله لو فسخ ذو الخيار فالعين في يده مضمونة

قد استدلل للضمان بوجهين

{ ٢ } الأول: إنها كانت مضمونة قبل الفسخ والأصل بقائه

وفيه: إن المعلوم سابقا هو الضمان المعاوضي وما يراد اثباته هو ضمان الغرامة فلا يجري الأصل واستصحاب الجامع بينهما من قبيل الاستصحاب في القسم الثالث من أقسام الكللي ولا يجري

{ ٣ } الثاني: عموم على اليد فإنه يقتضي ضمان كل ما هو تحت يد غير مالكة خرج

عنه اليد الأمانية، وفي المقام ليست يد الفاسخ أمانية

وفيه: إن ذلك يتم في المقدار الزايد عما يقتضيه ضرورة الايصال - وأما في ذلك المقدار، فهو مأذون من الشارع في إمساكه بل ومن قبل مالكة للقطع برضاه بحفظه وامساكه فيده أمانية فالأظهر عدم الضمان، وبما ذكرنا يظهر الحال فيما بيد المفسوخ عليه.

القول في النقد والنسيئة.
قال في التذكرة ينقسم البيع باعتبار التأخير والتقديم في أحد العوضين إلى أربعة أقسام: بيع الحاضر بالحاضر وهو النقد. وبيع المؤجل بالمؤجل وهو بيع الكالئ بالكالئ. وبيع الحاضر بالثمن المؤجل وهي النسيئة. وبيع المؤجل بالحاضر وهو السلم والمراد بالحاضر أعم من الكلي والمؤجل خصوص الكلي. { ١ }

النقد والنسيئة

طفحت كلماتهم بما أفاده العلامة في التذكرة من انقسام البيع باعتبار التأخير والتقديم إلى أربعة أقسام، ومنها بيع الحاضر بالثمن المؤجل وهي النسيئة، وفي المتن { ١ } والمراد بالحاضر أعم من الكلي والمؤجل خصوص الكلي ولكن الظاهر أن المؤجل ليس عبارة عن تعليق التمليك على مضي الأجل، إذ لا تعليق في البيع اجماعاً، ولا عن تعليق المملوك والثمن عليه: إذ الأعيان لا تتقدر بالزمان، بل المراد شرط تأخير الأداء إلى رأس المدة المعلومة. فما عن المحقق الخراساني (رحمه الله) من أنه من قبيل الثاني، ضعيف. وعلى ما ذكرناه لا اختصاص للمؤجل بالكلي، بل يتصور ذلك في العين الشخصية، فيشترط أن تكون العين إلى مدة كذا في يد المشتري أمانة أو عارية. وبه يظهر ما في كلام المصنف (رحمه الله) اطلاق العقد يقتضي النقد

مسألة اطلاق العقد يقتضي النقد، { ١ } وعمله في التذكرة بأن قضية العقد انتقل كل من العوضين إلى الآخر، فيجب الخروج عن العهدة متى طوّل صاحبها { ٢ } فيكون المراد من النقد عدم حق للمشتري في تأخير الثمن، والمراد المطالبة مع الاستحقاق، بأن يكون قد بذل المثلن أو مكن منه على الخلاف الآتي في زمان وجوب تسليم الثمن على المشتري، ويدل على الحكم المذكور أيضا الموثق في رجل اشترى من رجل جارية بثمن مسمى. ثم افترقا، قال: وجب البيع والثمن، إذا لم يكونا شرطا فهو نقد.

فلو اشترطا تعجيل الثمن، كان تأكيد المقتضي الاطلاق { ٣ } على المشهور، بناء على ما هو الظاهر عرفا من هذا الشرط من إرادة عدم المماثلة والتأخير، عن زمان المطالبة لا أن يعجل بدفعه من دون مطالبة إذ لا يكون تأكيدا حينئذ لكنه خلاف متفاهم ذلك الشرط الذي هو محط نظر المشهور، مع أن مرجع عدم المطالبة في زمان استحقاقها إلى القاء هذا الحق المشترط في هذا المقدار من الزمان.

وكيف كان فاستقصاء القول في هذه المسألة ببيان أمور
{ ١ } الأول ما أفاده المصنف من أن اطلاق العقد يقتضي النقد واضح لا ريب فيه
{ ٢ } وعلى ضوء ما ذكرناه في معنى التأجيل اتضح أن ما أفاده (رحمه الله) في بيان المراد من النقد متين: فإن لزوم الأداء بعد العقد، إنما يكون بمقتضى ما دل على تسلط الناس على أموالهم، (١) فمع عدم اشتراط التأجيل ومطالبة المالك يجب رده إليه.
ويمكن أن يقال: إن لزوم التسليم مما يقتضيه الشرط الضمني أيضا.
ويشهد بالحكم - مضافا إلى ذلك - موثق عمار بن موسى عن أبي عبد الله (عليه السلام) في رجل اشترى من رجل جارية بثمن مسمى ثم افترقا فقال (عليه السلام): وجب البيع والثمن إذا لم يكونا اشترطا فهو نقد. (٢)
{ ٣ } قوله فلو اشترطا تعجيل الثمن كان تأكيد المقتضي الاطلاق.

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٣ الطبع الحديث و ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم.
(٢) الوسائل - باب ١ - من أبواب أحكام العقود حديث ٢.

وكيف كان، فذكر الشهيد (رحمه الله) في الدروس أن فائدة الشرط ثبوت الخيار إذا عين زمان النقد، فأحل المشتري { ١ } به وقوى الشهيد الثاني ثبوت الخيار مع الاطلاق أيضا. يعني عدم تعيين الزمان إذا أحل به في أول وقته { ٢ }

ولكن اشتراط التعجيل يتصور على وجوه:

أحدها: أن يشترط ثبوت حق التعجيل بنحو النتيجة ومثل هذا الشرط لا يكون نافذا، لأنه لم يثبت كونه من قبيل الحق الاعتباري، ومع ذلك فهو ليس مؤكدا لمقتضى العقد

لعين هذا الوجه.

ثانيها: أن يشترط التعجيل والاسراع حتى مع عدم المطالبة، وهذا يكون تأكيدا لما يقتضيه العقد بمدلوله الالتزامي، وبما في ضمنه من شرط الأداء، فإن مقتضاه الأداء حتى مع عدم المطالبة خارجا.

فما في المتن من أنه لا يكون تأكيدا على هذا غير تام.

ثالثها: أن يشترط التعجيل مع المطالبة، وهو أيضا تأكيد لمقتضى العقد.

رابعها: أن يشترط عدم حق للمشتري في التأخير.

وقد يقال: إنه صحيح ومؤكد لمقتضى العقد، فإنه لو شرط التأجيل كان مقتضاه

حق التأخير، ومقتضى عدمه الذي هو معنى الاطلاق عدم حق له في التأخير، فهذا

الشرط مؤكد لمقتضى العقد.

وفيه: إن المشتري لا حق له في التأخير لعدم العلة، فلا معنى لاشتراطه.

وكيف كان: فما هو المتعارف من شرط التعجيل مؤكد لمقتضى العقد،

فما عن الجواهر من انكاره في غير محله.

{ ١ } والشهيد (رحمه الله) قال في الدروس إن فائدة الشرط ثبوت الخيار إذا عين زمان

النقد فأحل المشتري به

وظاهر ذلك في بادي النظر اختصاص الخيار بما إذا عين زمان النقد فأحل المشتري به.

{ ٢ } وعن الشهيد الثاني: ثبوت الخيار عند التخلف وإن أطلق التعجيل ولم يقيد

وهو حسن، { ١ } ولا يقدر في الاطلاق عدم تعيين زمان التعجيل، لأن التعجيل المطلق معناه الدفع في أول أوقات الامكان عرفا، ولا حاجة إلى تقييد الخيار هنا بصورة عدم امكان الاجبار على التعجيل. { ٢ } لأن المقصود هنا ثبوت الخيار بعد فوات التعجيل، أمكن اجباره به أم لم يمكن وجب أو لم يجب. فإن مسألة أن ثمره الشرط ثبوت الخيار مطلقا أو بعد تعذر اجباره على الوفاء. مسألة أخرى مضافا إلى عدم جريانها في مثل هذا الشرط

بزمان معين،

{ ١ } واستحسنه المصنف (رحمه الله) لأن التعجيل المطلق معناه الدفع في أول أوقات الامكان عرفا.

ما أفاده العلمان متين،

ولكن الظاهر أن الشهيد لم يرد من كلامه هذا اختصاص الخيار بما إذا عين زمان النقد،

بل مراده أنه في صورة الاطلاق بعد مضي أول أوقات الامكان العرفي يثبت الخيار بخلاف ما إذا عين زمان النقد، فإنه بمضي هذا المقدار لا يثبت الخيار، بل يتوقف على مضي

ذلك الزمان، مثلا لو وقع البيع في أول الصبح واشترط التعجيل بلا تعيين زمان لو آخر الأداء ساعة مثلا يثبت الخيار، وأما لو اشترط التعجيل إلى الغروب فقبل الغروب لا خيار له، وإنما يثبت الخيار لو آخر الأداء عن الغروب. ففائدة هذا الشرط التضييق في زمان الخيار.

{ ٢ } قوله ولا حاجة إلى تقييد الخيار هنا بصورة عدم امكان الاجبار على التعجيل هذا ايراد على صاحب الجواهر (رحمه الله) حيث إنه أورد على الفقهاء بأنهم حكموا بالخيار

من دون تقييد بعدم امكان الاجبار، مع أنه لا بد من ذلك. ومحصل ما أورده المصنف (رحمه الله) عليه أمران:

الأول: إن الخيار معلق على فوات التعجيل، لا نفسه، فالموضوع غير قابل للاجبار، وبعبارة أخرى: إن الخيار لم يعلق على التعجيل الذي يمكن فيه الاجبار، بل علق على فواته غير الممكن فيه ذلك، والظاهر أن هذا مراده لا ما أفاده السيد المحشي (رحمه الله)

إذ قبل زمان انقضاء زمان نقد الثمن لا يجوز الاجبار وبعده لا ينفذ لأنه غير الزمان المشروط فيه الأداء { ١ }
مسألة يجوز اشتراط تأجيل الثمن مدة معينة { ٢ } غير محتملة مفهوما ولا مصداقا للزيادة والنقصان الغير المسامح فيهما، فلو لم يعين كذلك بطل بلا خلاف ظاهرا للغرر، { ٣ } ولما دل في السلم الذي هو عكس المسألة على وجوب تعيين الأجل وعدم جواز السلم إلى دياس أو حصاد، { ٤ } ولا فرق في الأجل المعين بين الطويل والقصير.

من أن الكلام في أصل ثبوت الخيار لا في بيان جميع ما يعتبر فيه حتى يجب التعرض لهذه الجهة أيضا.

{ ١ } الثاني: إن الاجبار قبل أول أزمة الامكان عرفا حيث لا حق للبايع لا يجوز بعد مضيه لا معنى للاجبار، فإنه ليس اجبارا على التعجيل المشترك لفوات موضوعه، وأول أزمة الامكان هو زمان الأداء، وهو غير قابل للاجبار. ولكن يرد على الوجه الثاني: أولا: النقص بالاجبار على الواجبات، فإن لازم هذا البيان عدم امكانه، أما في الواجبات المضيقه فلأنه قبل انقضاء زمانه لا يجوز الاجبار، وبعده لا مورد له، وأما في الموسعة فلأنه قبل أن يصير وقته مضيقا لا يجوز الاجبار، وبعده حكمها حكم المضيقه.

وثانيا: بالحل، وهو أنه يجوز الاجبار في أول وقت الأداء، ولو قلنا بعدم توسعه وقته وفي آخر الوقت لو قلنا بتوسعته. اشتراط تأجيل الثمن

الثاني: بعد ما لا كلام في جواز اشتراط تأجيل الثمن في الجملة فاعلم: أنه { ٢ } يجوز اشتراط تأجيل الثمن مدة معينة غير محتملة للزيادة والنقصان بلا كلام { ٣ } كما لا كلام في أنه يبطل لو لم يعين ذلك بلا خلاف للغرر { ٤ } وأما الاستدلال له بما دل في السلم على وجوب تعيين الأجل وعدم جواز السلم إلى دياس أو حصاد، (١) فغير صحيح، إذ بعد عدم العلم بالمناط يكون ذلك من قبيل القياس

(١) الوسائل - باب ٣ من أبواب السلف.

وعن الإسكافي المنع من التأخير إلى ثلاث سنين. { ١ } وقد يستشهد له بالنهي 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 فبعهم بتأخير سنة قلت: بتأخير سنتين قال: نعم، قلت: بتأخير ثلاث سنين قال: لا. والمحكي عن قرب الإسناد عن البنزطي، 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: إنهم قوم ملاء ونحن نحتمل التأخير، فنبايعهم بتأخير سنة، قال: بعهم، قلت: سنتين، قال: بعهم، قلت: ثلاث سنين، قال: لا يكون لك شيء أكثر من ثلاث سنين.

وظاهر الخبرين الارشاد لا التحريم فضلا عن الفساد، { ٢ } وهل يجوز الافراط في التأخير { ٣ } إذا لم يصل إلى حد يكون البيع معه سفها والشرء أكلا للمال بالباطل، فيه وجهان. قال في الدروس لو تمادى الأجل إلى ما لا يبقى إليه المتبايعان غالبا كآلف سنة. ففي الصحة نظر من حيث خروج الثمن عن الانتفاع به، ومن الأجل المضبوط وحلوله بموت المشتري، وهو أقرب وما قربه هو الأقرب، لأن ما في الذمة، ولو كان مؤجلا بما ذكر مال يصح الانتفاع به في حياته بالمعاوضة عليه بغير البيع بل وبالبيع، كما اختاره في التذكرة.

{ ١ } وعن الإسكافي المنع من التأخير إلى ثلاث سنين واستدل له بخبر أحمد بن محمد (١) وخبر البنزطي (٢) المذكورين في المتن

{ ٢ } والجواب عنه ما أفاده المصنف من ظهورهما في الارشاد لا التحريم فضلا عن البطلان

{ ٣ } وهل يجوز الافراط في التأخير إذا لم يصل إلى حد يكون البيع معه سفها؟ فيه وجهان.

الظاهر أن التأجيل بمقدار لا يعد الثمن المؤجل مالا عند العقلاء لا اشكال في فساده

(١) الوسائل - باب ١ - من أبواب العقود حديث ١.
(٢) نفس المصدر حديث ٣.

نعم يبقى الكلام في أنه إذا فرض حلول الأجل شرعا بموت المشتري، كان اشتراط ما زاد على ما يحتمل بقاء المشتري إليه لغوا، بل مخالفا للمشروع، حيث إن الشارع أسقط الأجل بالموت، { ١ } والاشتراط المذكور تصريح ببقائه بعده، فيكون فاسدا بل ربما كان مفسدا وإن أراد المقدار المحتمل للبقاء كان اشتراط مدة مجهولة، فافهم.

فإنه من قبيل البيع بلا ثمن { ١ } ولا يصح: أن يقال إن الدين حيث يصير معجلا بالموت فأى زمان جعل أجلا ولو كان في نفسه لا يعتبره العقلاء مالا إلا أنه بعد هذا الحكم من الشارع تكون له المالية، وبهذا القيد يكون مالا، فإن هذا الحكم مترتب على الدين المؤجل، فلا بد من ملاحظة الدين قبل هذا الحكم، والمفروض أنه لا دين قبله لعدم المالية له، وفي مقابل هذا القسم ما لو جعل المدة قصيرة جدا، إنما الكلام فيما لو أجل الثمن إلى ما لا يطمئن ببقاء المتعاقدين إلى ذلك الحين، بل يطمئن بعدم البقاء كمائة سنة مثلا، وفي هذا المورد لا اشكال في ذلك من حيث إنه مال، وإلا

شكال إنما هو من جهات أخرى:

إحداها: لزوم اللغوية، فإنه إذا فرض حلول الأجل شرعا بموت المشتري كان اشتراط ما زاد على ما يحتمل بقاء المشتري إليه لغوا. وفيه: إن مجرد اللغوية لا يوجب البطلان. ثانيها: لزوم الغرر من ذلك بعد ملاحظة حكم الشارع بحلول الأجل، فإنه حينئذ لا يدري مدة تأجيل الثمن. وفيه: إن 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: إن هذا الشرط مخالف للكتاب إذ الشارع أسقط الأجل بالموت، والاشتراط المذكور تصريح ببقائه بعده، فيكون فاسدا. وفيه: إن الشرط في نفسه ليس مخالفا للشرع، إذ الشارع حكم تعبدا بحلول

(١) الوسائل - باب ٤٠ - من أبواب آداب التجارة حديث ٣.

ثم إن المعتبر في تعيين المدة هل هو تعيينها في نفسها وإن لم يعرفها المتعاقدان فيجوز التأجيل إلى انتقال الشمس إلى بعض البروج كالنيروز، والمهرجان، ونحوهما، أم لا بد من معرفة المتعاقدين بهما حين العقد، وجهان { ١ } أقواهما الثاني، تبعا للدروس وجامع المقاصد لقاعدة نفي الغرر، { ٢ } وربما احتتمل الاكتفاء في ذلك بكون هذه الآجال مضبوطة في نفسها كأوزان البلدان مع عدم معرفة المصداق حيث إنه له شراء وزنة مثلا بعيار بلد مخصوص، وإن لم يعرف مقدارها وربما استظهر ذلك من التذكرة.

ولا يخفى ضعف منشأ هذا الاحتمال، إذ المضبوطة في نفسه غير مجد في مقام يشترط فيه المعرفة، إذ المراد بالأجل الغير القابل للزيادة والنقيصة ما لا يكون قابلا لهما حتى في نظر المتعاقدين لا في الواقع. ولذا أجمعوا على عدم جواز التأجيل إلى موت فلان، مع أنه مضبوط في نفسه وضبطه عند غير المتعاقدين لا يجدي أيضا، وما ذكر من قياسه على جواز الشراء بعياد بلد مخصوص

الأجل بالموت بعد صحة هذا الدين، والشرط ليس هو عدم حلول الأجل كي يخالف الكتاب، بل هو تأجيل الثمن إلى مدة معينة، وحكم الشارع بالحلول إنما هو في مرتبة

متأخرة عن هذا الشرط، فإنه لو صح الشرط وتحقق الدين ترتب عليه هذا الحكم، فلا يعقل أن يكون منافيا له، ولولا ذلك لما بقي لهذا الحكم موضوع، إذ الدين المؤجل لا بد

وأن يكون شرط تأجيله في ضمن عقد من العقود، والمفروض بطلان شرط التأجيل إلى مدة بعد الموت.

{ ١ } وهل المعتبر في تعيين المدة تعيينها في نفسها وإن لم يعرفها المتعاقدان أم لا بد من معرفة المتعاقدين بها؟ وجهان.

{ ٢ } بعد ما عرفت من أن وجه بطلان شرط التأجيل إلى مدة مجهولة إنما هو لزوم الغرر، وعرفت سابقا أن الغرر عبارة عما لا يؤمن خطره، تعرف أن المعيار هو المعلوماتية عند

المتعاقدين، ولا تكفي المعلوماتية عند الناس لو كانت المدة مجهولة عندهما، فإن المعلوماتية عند

الناس كالمعلوماتية الله تعالى، فكما أن علمه تعالى بذلك لا يوجب رفع الغرر، كذلك علم الناس به.

لا نقول به بل المعين فيه البطلان مع الغرر عرفا، كما تقدم في شروط العوضين. وظاهر التذكرة اختيار الجواز حيث قال: بجواز التأقيت بالنيروز والمهرجان، لأنه معلوم عند العامة، وكذا جواز التأقيت ببعض أعياد أهل الذمة إذا عرفه المسلمون، لكن قال: بعد ذلك وهل يعتبر معرفة المتعاقدين، قال بعض الشافعية: نعم. وقال بعضهم لا يعتبر، ويكتفي بمعرفة الناس سواء اعتبر معرفتهما أولا ولو عرفا كفى، انتهى. ثم الأقوى اعتبار معرفة المتعاقدين والتفاتهما إلى المعنى حين العقد، فلا يكفي معرفتهما به عند الالتفات والحساب.

مسألة لو باع بثمن حالا وبأزيد منه مؤجلا، { ١ } ففي المبسوط والسرائر وعن أكثر المتأخرين أنه لا يصح، وعمله في المبسوط وغيره بالجهالة، كما لو باع أما هذا العبد وأما ذاك.

البيع بثمنين حالا ومؤجلا

{ ١ } الثالث قال المصنف: لو باع بثمن حالا وبأزيد منه مؤجلا كلمات الأصحاب في هذه المسألة مضطربة، فالأولى صرف عنان الكلام إلى ما تقتضيه الأدلة،

وتنقيح القول بالبحث في مقامين:

الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثاني: في مقتضى النصوص الخاصة.

أما الأول: فصور البيع الموضوع في هذه المسألة ثلاث:

الأولى: أن يكون هناك بيع واحد بثمنين.

الثانية: أن يكون يبعان.

الثالثة: أن يكون بيع وشرط.

أما الأولى: فإن كان المجعول في البيع ثمنا مرددا بين الثمنين واقعا كان ذلك باطلا

ويدل عليه أيضا ما رواه في الكافي أنه (عليه السلام) قال من ساوم بثمانين أحدهما عاجلا والآخر نظرة فليس أحدهما قبل الصفقة.

ويؤيده ما ورد من النهي عن شرطين في بيع وعن بيعين في بيع بناء على تفسيرهما بذلك. وعن الإسكافي، كما عن الغنية أنه روى عن النبي (صلى الله عليه وآله) أنه قال لا

يحل صفقتان في واحدة، قال وذلك بأن يقول إن كان بالنقد فبكذا، وإن كان بالنسيئة فبكذا، هذا إلا أن في رواية محمد بن قيس المعتبرة أنه قال أمير المؤمنين (عليهما السلام) من

باع سلعة وقال ثمنها كذا وكذا يدا بيد. وكذا نظرة فخذها بأي ثمن شئت وجعل صفقتهما واحدة فليس له إلا أقلهما وإن كانت نظرة.

وفي رواية السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه أن عليا (عليه السلام) قضى في رجل باع يبيعا واشترط شرطين بالنقد كذا، وبالنسيئة كذا، فأخذ المتاع على ذلك الشرط، فقال هو بأقل الثمنين وأبعد الأجلين

ولازم الثاني عدم استحقاق المشتري اسقاط البائع حق المطالبة.

فتحصل: إن مقتضى القاعدة عدم جواز التأخير في هذه الصورة، ولكن لو أخرج لا يستحق أزيد من الأقل.

وأما المقام الثاني: فنصوص الباب متعددة،

منها: ما ورد من النهي عن شرطين في بيع وعن بيعين في بيع (١)، فإنهما قد فسرا بذلك، ولكن ذلك مجمل لا يمكن الاستناد إليه في حكم وهو واضح.

ومنها: النبوي أنه (صلى الله عليه وآله) قال: لا يحل صفقتان في واحدة. (٢) قال السيد ابن زهرة بعد نقله: وذلك بأن يقول إن كان بالنقد فبكذا، وإن 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 الإمام علي (عليه السلام) المذكور في المتن.

(١) الوسائل - باب ٢ - من أبواب أحكام العقود حديث ٤.

(٢) نفس المصدر حديث ١.

(٣) نفس المصدر حديث ٢.

(٤) المستدرک - باب ٢ - من أبواب أحكام العقود حديث ٢، ورواه في الغنية أيضا.

فقال هو بأقل الثمنين وأبعد الأجلين، فيقول ليس له إلا أقل النقدين إلى الأجل الذي أجله نسيئة.

وعن ظاهر جماعة من الأصحاب العمل بهما، ونسب إلى بعض هؤلاء القول بالبطلان، فالأولى تبعا للمختلف الاقتصار على نقل عبارة كل من هؤلاء من دون اسناد أحد القولين إليهم، { ١ } قال في المقنعة: لا يجوز البيع بأجلين على التخيير، كقوله هذا المتاع بدرهم نقدا وبدرهمين إلى شهر أو سنة أو بدرهم إلى شهر، وبدرهمين إلى شهرين، فإن ابتاع انسان شيئا على هذا الشرط كان عليه أقل الثمنين في آخر الأجلين. وهذا الكلام يحتمل التحريم مع الصحة، ويحتمل الحمل على ما إذا تلف المبيع، فإن اللازم مع فرض فساد البيع بالأقل الذي يبيع به نقدا، لأنه قيمة ذلك الشيء، ومعنى قوله في آخر الأجلين أنه لا يزيد على الأقل وإن تأخر الدفع إلى آخر الأجلين، أو المراد جواز التأخير لرضا البائع بذلك، ويحتمل إرادة الكراهة، كما عن ظاهر السيد (قدس سره) في الناصريات، أن المكروه أن يبيع بثمانين بقليل إن كان الثمن نقدا، وبأكثر إن كان نسيئة، ويحتمل الحمل على فساد اشتراط زيادة الثمن مع تأخير الأجل، لكن لا يفسد العقد كما سيحجى. وعن الإسكافي أنه بعد ما تقدم عنه من النبوي الظاهر في التحريم قال: ولو عقد البائع للمشتري كذلك وجعل الخيار إليه لم اختر للمشتري أن يقدم على ذلك، فإن فعل وهلكت السلعة لم يكن للبائع إلا أقل الثمنين، لإجازته البيع، به، وكان للمشتري الخيار في تأخير الثمن لأقل إلى المدة التي ذكرها البائع بالثمن إلا وفي من غير زيادة على الثمن الأقل.

وفي النهاية فإن ذكر المتاع بأجلين ونقدين على التخيير، مثل أن يقول بعثك هذا بدينار أو درهم عاجلا أو إلى شهر أو سنة أو بدينارين أو درهمين إلى شهر أو شهرين أو سنتين، كان البيع باطلا، فإن أمضى البيعان ذلك بينهما كان للبائع أقل الثمنين في آخر الأجلين انتهى

وقد عمل بهما جماعة، ونسب إلى بعضهم القول بالبطلان، فكما أفاده المصنف (قدس

سر)

{ ١ } الأولى تبعا للمختلف الاقتصار على نقل عبارة كل من هؤلاء من دون اسناد أحد القولين إليهم - ثم نعقبه بما يخطر بالبال

وعن موضوع من الغنية قد قدمنا أن تعليق البيع بأجلين وثمانين، كقوله بعث إلى مدة بكذا وإلى أخرى بكذا يفسده، فإن تراضيا بإنفاذه كان للبائع أقل الثمنين في أبعد الأجلين بدليل اجماع الطائفة، وعن سلالر ما علق بأجلين وهو أن يقول: بعثك هذه السلعة إلى عشرة أيام بدرهم وإلى شهرين بدرهمين كان باطلا غير منعقد، وهو المحكي عن أبي الصلاح. وعن القاضي: من باع شيئا بأجلين على التخيير مثل أن يقول أبيعك هذا بدينار أو بدرهم عاجلا وبدرهمين أو دينارين إلى شهر أو شهرين أو سنة أو سنتين كان باطلا، فإن أمضى البيعان ذلك بينهما كان للبائع أقل الثمنين في آخر الأجلين.

وقال في المختلف بعد تقوية المنع: ويمكن أن يقال إنه رضي بالثمن الأقل، فليس له الأكثر في البعيد وإلا لزم الربا إذ يبقى الزيادة في مقابل تأخير الثمن لا غير، فإذا صبر إلى البعيد لم يجب له الأكثر من الأقل، انتهى.

وفي الدروس: إن الأقرب الصحة ولزوم الأقل ويكون التأخير جائزا من طرف المشتري، لازما من طرف البائع لرضاه بالأقل، فالزيادة ربا. ولذا ورد النهي عنه وهو غير مانع من صحة البيع، انتهى.

أقول لكنه مانع من لزوم الأجل من طرف البائع، لأنه في مقابل الزيادة الساقطة شرعا إلا أن يقال: إن الزيادة ليست في مقابل الأجل بل هي في مقابل اسقاط البائع حقه من التعجيل الذي يقتضيه العقد لو خلي وطبعه، والزيادة وإن كانت لكمة ربا كما سيحىء إلا أن فساد المقابلة لا يقتضي فساد الاسقاط، كما احتمل ذلك في مصالحة حق القصاص بعبد يعلمان استحقاق الغير له أو حرته، بل قال في التحرير بالرجوع إلى الدية، وحينئذ فلا يستحق البائع الزيادة ولا المطالبة قبل الأجل، لكن المشتري لو أعطاه وجب عليه القبول، إذ لم يحدث له بسبب المقابلة الفاسدة حق في التأجيل حتى يكون له الامتناع من القبول قبول الأجل، وإنما سقط حقه من التعجيل.

ويمكن أيضا حمل الرواية على أن الثمن هو الأقل، لكن شرط عليه أن يعطيه على التأجيل شيئا زائدا، وهذا الشرط فاسد لما سيحىء من أن تأجيل الحال بزيادة ربا محرم،

لكن فساد الشرط لا يوجب فساد المشروط، كما عليه جماعة، وحينئذ فللبائع الأقل، وإن فرض أن المشتري أخره إلى الأجل، كما يقتضيه قوله في رواية محمد بن قيس وإن كانت نظرة لفرض تراضيهما على ذلك بزعم صحة هذا الشرط، أو البناء عليها تشريعا. ولعل هذا مبنى قول الجماعة (قدس الله أسرارهم) فإن أمضيا البيع بينهما كذلك بمعنى أنهما تراضيا على هذه المعاملة لم يجب في مقابل التأخير الواقع برضاها ما شئ زائد على الأقل، لفساد المقابلة ومرادهم من بطلان البيع الذي حكموا به أولا بطلانه بهذه الخصوصية، وعدم ترتب الأثر المقصود عليه.

وقد تلخص من جميع ما ذكرنا أن المعاملة المذكورة في ظاهر متن الروايتين لا اشكال ولا خلاف في بطلانها، بمعنى عدم مضيها على ما تعاقدوا عليه. وأما الحكم بامضائهما، كما في الروايتين فهو حكم تعبدى مخالف لأدلة توقف حل المال على الرضا وطيب النفس، وكون الأكل لا عن تراض أكلا للباطل، فيقع الاشكال في

وقد حمل خبر ابن قيس بعض على إرادة البطلان وكون المشتري ضامنا للمبيع التالف في يده بالثمن الأقل بعد دعوى كون القيمة بحسب الغالب بمقدار الثمن المعين على تقدير النقد.

وفيه: إنه لم يذكر في الخبر ما يشهد لكونه في مقام بيان حكم صورة التلف خاصة. وقد حملة بعضهم على صورة كون الزيادة من باب الشرط، وكون الثمن هو الأقل - أي الصورة الثالثة المتقدمة وأصر على ذلك المحقق الأصفهاني (رحمه الله)، وهو وإن كان خلاف الظاهر جدا لأن قوله في الخبر وكذا نظرة جعل الثمن هو الزائد على تقدير النظرة، ويؤكد قوله فخذها بأي ثمن شئت الصريح في تعدد الثمن، إلا أن الحمل على الصورة الأولى أو الثانية مستلزم للتعبد بملكية الأقل مؤجلا

نهوض الروايتين لتأسيس هذا الحكم المخالف للأصل، ثم إن الثابت منهما على تقدير العمل بهما هي مخالفة القاعدة في موردتهما، { ١ } وأما ما عداه كما إذا جعل له الأقل في أجل والأكثر في أجل آخر، فلا ينبغي الاستشكال في بطلانه، لحرمة القياس خصوصا على مثل هذا الأصل. وفي التحرير البطلان هنا قولاً واحداً. وحكى من غير واحد ما يلوح منه ذلك إلا أنك قد عرفت عموم كلمات غير واحد ممن تقدم للمسألتين، وإن لم ينسب ذلك في الدروس إلا إلى المفيد (قدس سره) لكن عن الرياض: إن

ظاهر الأصحاب عدم الفرق في الحكم بين المسألتين، وهو ظاهر الحدائق أيضاً، وما أبعد ما بينه وبين ما تقدم من التحرير، ثم إن العلامة في المختلف ذكر في تقريب صحة المسألة أنه مثل ما إذا قال المستأجر لخياطة الثوب: إن خطته فارسياً فبدرهم، وإن خطته رومياً فبدرهمين، وأجاب عنه بعد تسليم الصحة برجوعها إلى الجعالة.

من دون سبب معاملي، إذ البيع متقوم بالقصد المنتفي هنا على الفرض، وهو لا يمكن، فيتعين

الحمل المزبور من جهة أنه لا يلزم منه التعبد بأمر غير ممكن غايته كونه خلاف الظاهر. ثم الخبر لا يكون متعرضاً لاستحقاق المشتري التأخير إلى أبعد الأجلين، ويكون ذلك لازماً على البائع، بل غاية ما يستفاد منه جواز التأخير. ومما ذكرناه ظهر الحال في خبر السكوني بل حملة على الصورة المزبورة لا يكون منافياً لما هو الظاهر منه.

{ ١ } قوله ثم إن الثابت منهما على تقدير العمل بهما هي مخالفة القاعدة في موردتهما بناء على ما عرفت من أن الخبرين، إنما يتضمنان الحكم بالصحة في مورد يكون الصحة هناك موافقة للقاعدة، لا بد من البناء على الصحة في هذا المورد أيضاً، ولعل ما عن الفقهاء من عدم الفرق بين المسألتين، بل عن الرياض أن ظاهر الأصحاب عدم الفرق،

يكون مؤيداً لما ذكرناه من حمل الخبرين على الصورة الثالثة: إذ لو كانا متضمنين للصحة في غيرها، لم يكن وجه للحكم بالصحة في هذه المسألة إلا القياس

مسألة لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل وإن طوِّب { ١ } اجماعاً، لأن ذلك فائدة اشتراط التأجيل، ولو تبرع بدفعه لم يجب على البائع القبول بلا خلاف، بل عن الرياض الاجماع عليه، وفي جامع المقاصد في باب السلم نسبة الخلاف إلى بعض العامة، وعلل الحكم في التذكرة في باب السلم بأن التعجيل كالتبرع بالزيادة، فلا يكلف تقليد المنة { ٢ } وفيه تأمل.

القبول والاسقاط قبل حلول الأجل

{ ١ } قوله لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل وإن طوِّب وتمام الكلام في هذه المسألة في طي فرعين:

الأول: إنه هل يجب القبول على البائع لو تبرع المشتري بدفع الثمن أم لا؟
الثاني: إنه إذا أسقط المشتري الأجل الذي يستحقه هل يسقط ويكون للبائع مطالبته في الحال أم لا؟

أما الأول: فالمشهور بين الأصحاب: عدم وجوب القبول، والمراد بالوجوب ما سيأتي في المسألة الآتية من وجوب القبول لو كان الدين حالاً. واستدل له بوجوه:

{ ٢ } أحدها: ما عن التذكرة، وهو: إن التعجيل كالتبرع بالزيادة فلا يكلف تقلد المنة.

وفيه: إن الزائد لا يكون ملكاً، وصورته كذلك تتوقف على القبول، وهذا بخلاف التعجيل الذي هو خصوصية في أداء ما هو ملك له. ولعله لذلك أمر المصنف بالتأمل بعد نقله

ثانيها: ما عن المحقق الخراساني (رحمه الله)، وهو: إن المملوك شيء مؤجل، وهو لا ينطبق

على المدفوع بالحال.

وفيه: ما عرفت في أول مبحث النقد والنسيئة من أن المؤجل ليس إلا الدين الحالي مع جواز التأخير في الأداء.

ويمكن تعليل الحكم بأن التأجيل كما هو حق للمشتري يتضمن حقا للبائع، من حيث التزام المشتري لحفظ ماله في ذمته وجعله إياه كالودعي، فإن ذلك حق عرفا { ١ } وبالجملة ففي الأجل حق لصاحب الدين بلا خلاف ظاهر. ومما ذكرنا يظهر الفرق بين الحال والمؤجل، حيث إنه ليس لصاحب الدين الحال حق على المديون، واندفع أيضا ما يتخيل من أن الأجل حق مختص بالمشتري، ولذا يزداد الثمن من أجله، وله طلب النقصان في مقابل التعجيل، وأن المؤجل كالواجب الموسع في أنه يجوز فيه التأخير ولا يجب، ثم إنه لو أسقط المشتري أجل الدين. { ٢ } ففي كتاب الدين من التذكرة والقواعد أنه لو أسقط المديون أجل الدين مما عليه لم يسقط وليس لصاحب الدين مطالبته في الحال، وعمله في جامع المقاصد بأنه قد ثبت التأجيل في العقد اللازم { ٣ }

{ ١ } ثالثها: ما في المتن وهو: إن التأجيل كما يكون حقا للمشتري يكون حقا للبائع من جهة أن المشتري التزم بحفظ ماله في ذمته، والمشتري إنما يكون مسلطا على حقه دون حق البائع.

لا كلام ولا اشكال في أن إلزام الشخص والتزامه بحفظ مال غيره مشروع، وإذا وقع في ضمن العقد كان لازما، وما لم يرفع المالك يده عن ذلك يجب على المشروط عليه الحفظ.

إنما الكلام في الشروط الخارجية المتعارفة بين الناس المتعلقة بتأجيل الثمن، فإن الظاهر منهم اعتبار الأجل حقا للمشتري فقط، وعليه فيجب على البائع القبول. نعم إذا اعتبر حقا للبائع أو لكل منهما على الآخر لم يجب القبول. { ٢ } أما الفرع الثاني: وهو أنه لو أسقط المشتري الأجل فهل يسقط فقد استدل لعدم سقوط حق التأجيل بالاسقاط بوجوه: { ٣ } أحدها: ما عن جامع المقاصد وهو: إنه قد ثبت التأجيل في العقد اللازم فلا يسقط بمجرد الاسقاط.

وفيه: إنه إن أريد بذلك أنه من قبيل الحكم لا الحق فلا يسقط بالاسقاط، فيرد عليه: إن التأجيل إنما يكون بجعل من الدائن، وامضاء من الشارع الأقدس،

لأنه المفروض فلا يسقط بمجرد الاسقاط، ولأن في الأجل حقا لصاحب الدين. { ١ } ولذا لم يجب عليه القبول قبل الأجل أما لو تقايلا في الأجل يصح { ٢ } ولو نذر التأجيل فإنه يلزم وينبغي أن لا يسقط بتقايلهما المفروض، لأن التقايل في العقود لا في النذور، انتهى.

وفيه أن الحق المشترط في العقد اللازم يجوز لصاحبه اسقاطه، وحق صاحب الدين لا يمنع من مطالبته من أسقط حق نفسه، وفي باب الشروط من التذكرة لو كان عليه دين مؤجل، فأسقط المديون الأجل لم يسقط، وليس للمستحق مطالبته في الحال لأن الأجل صفة تابعة والصفة لا تفرد بالاسقاط، ولهذا لو أسقط مستحق الحنطة الجيدة والدنانير الصحيحة الجودة والصحة لم يسقط وللشافعي وجهان، انتهى

ومن المعلوم أن المجعول ليس حكما شرعيا، بل يكون حقا أمضاه الشارع، فله اسقاطه.

وإن أريد به أنه حق في العقد اللازم فلا يجوز اسقاطه للزوم العقد، ففيه: إن الشرط في ضمن العقد صار سببا لثبوت الحق، ولا نظر له إلى بقائه، وفيه يرجع إلى ما تقتضيه القاعدة من أن لكل ذي حق اسقاط حقه.

{ ١ } ثانيها: ما عنه أيضا من أن في الأجل حقا لصاحب الدين وفيه: إن المراد إن كان أن للبائع حقا كما يكون للمشتري، فيرد عليه: إن ثبوت حق لشخص لا يمنع عن اسقاط الآخر حقه.

وإن كان المراد أن هناك حقا واحدا قائما بالطرفين فما لم يجتمعا على اسقاطه لا يسقط فيرد عليه: إن الحق إن كان ثابتا لهما فبما أن طرف الحق بالنسبة إلى كل منهما غير ما هو طرفه بالنسبة إلى الآخر فإن معنى ثبوت حق التأخير للبائع أن له حق تأخير الاستيفاء على المشتري، ومعنى حق التأخير للمشتري أن له حق تأخير الوفاء على البائع، ومع تعدد الطرفين كيف يمكن ثبوت حق واحد.

{ ٢ } قوله أما لو تقايلا في الأجل يصح مشروعية التقايل متوقفة على كونه من الحقوق وعليه فمقتضى غير الوجه الثاني عدم صحته

ويمكن أن يقال إن مرجع التأجيل في العقد اللازم إلى اسقاط حق المطالبة في الأجل، { ١ } فلا يعود الحق باسقاط التأجيل والشرط القابل للاسقاط ما تضمن اثبات حق قابل لاسقاطه بعد جعله، ألا ترى أنه لو شرط في العقد التبري من عيوب لم يسقط هذا الشرط باسقاطه بعد العقد، ولم تعد العيوب مضمونة ما لو كانت بدون الشرط. وأما ما ذكره من أن لصاحب الدين حقا في الأجل، فدلالته على المدعي موقوفة على أن الشرط الواحد إذا انحل إلى حق لكل من المتبايعين لم يجز لأحدهما اسقاطه، لأن الفرض اشتراكهما فيه، ولم يسقط الحق بالنسبة إلى نفسه، لأنه حق واحد يتعلق بهما، فلا يسقط إلا باتفاقهما الذي عبر عنه بالتقاييل، ومعناه الاتفاق على اسقاط الشرط الراجع إليهما، فلا يرد عليه منع صحة التقاييل في شروط العقود لا في أنفسها.

{ ١ } ثالثها: ما أفاده المصنف (رحمه الله) وهو: إن التأجيل عبارة عن اسقاطه حق المطالبة

والساقط لا يعود باسقاط الأجل، وبعبارة أخرى أن هذا الشرط لا يوجب ثبوت حق كي يجوز اسقاطه، بل هو اسقاط للحق فلا يعقل اسقاطه. وفيه: أولا: إن جواز المطالبة من قبيل الحكم لا الحق، ولا أقل من الشك، فلا يجوز اسقاطه.

وثانيا: إن الظاهر من أهل العرف أحداث حق للمشتري في تأخير الأداء. رابعها: ما أفاده المحقق الخراساني (رحمه الله)، وهو: إن الثابت في البيع المؤجل ملكية الثمن

المؤجل لا الملكية، وحق للمشتري في التأخير، فلا حق كي يسقط. وفيه: ما تقدم في أول مبحث النقد والنسيئة من أن المؤجل عبارة عن الملكية الفعلية مع جواز التأخير لا الملكية المؤجلة. فراجع. خامسها: ما نفى عنه البعد المحقق الأصفهاني (رحمه الله)، وهو: إن غاية ما يقتضيه التأجيل

تضييق دائرة السلطنة على المطالبة وتأخيرها إلى شهر مثلا، فلا حق حتى يقبل الاسقاط، وقد ظهر جوابه مما أوردناه على المصنف (رحمه الله)،

نعم لو صار التأجيل حقا لله تعالى بالندر لم ينفع اتفاقهما على سقوطه، لأن الحق معلق بغيرهما، وما ذكره حسن لو ثبت اتحاد الحق الثابت من اشتراط التأجيل، أو لم يبت التعدد، فيرجع إلى أصالة عدم السقوط. لكن الظاهر تعدد الحق، فتأمل.

ثم إن المذكور في باب الشروط عن بيع التذكرة تعليل عدم سقوط أجل الدين بالاسقاط، بأن الأجل صفة تابعة لا يفرد بالاسقاط، { ١ } ولذا لو أسقط مستحق الحنطة الجيدة أو الدنانير الصحاح: الجودة أو الصحة لم يسقط، انتهى. وهذا لا دخل له بما ذكره جامع المقاصد
مسألة إذا كان الثمن بل كل دين حالا أو حل وجب على مالكة قبوله عند دفعه إليه، { ٢ }

{ ١ } سادسها: ما عن التذكرة وهو: إن الأجل صفة تابعة فلا تستقل بالسقوط كما هو الشأن في جميع الصفات كالجودة والصحة.
وفيه: إن الأجل المجعول بالشرط هو التأخير، وهو من الأفعال دون الصفات، مع أن الصفة وإن لم تكن مستقلة في الثبوت إلا أنه لا مانع من استقلالها في الاستحقاق، وهو المناط لجواز الاسقاط مستقلا.
فالحق أنه يسقط بالاسقاط، وعليه ففي موارد الشروط المتعارفة يصير الدين حالا ويلحقه حكمه، وفي ما إذا اشترط ثبوت حق للبائع أيضا لا يصير حالا من ناحية البائع.
لو دفع الثمن عند حلول الأجل
{ ٢ } مسألة إذا حل أجل الثمن بل كل دين وجب على مالكة قبوله لو دفعه وتنقيح القول في هذه المسألة بالبحث في فروع:
الأول: يجب الدفع على المديون بعد الحلول طالب الدائن أم لا، ما لم يكن عدم المطالبة كاشفا عن رضاه بالتأخير، لأنه يجب دفع مال الغير إليه بحكم النص (١)

(١) الوسائل - باب ٤ - من أبواب الدين والقرض.

لأن في امتناعه اضراراً { ١ } وظلماً إذ لا حق له على من في ذمته في حفظ ماله في ذمته { ٢ } والناس مسلطون على أنفسهم، وتوهم عدم الاضرار والظلم لارتفاعه بقبض الحاكم مع امتناعه أو عزله وضمائه على مالكه مدفوع، بأن مشروعية قبض الحاكم أو العزل إنما يثبت لدفع هذا الظلم والاضرار المحرم عن المديون، وليس بدلاً اختيارياً حتى يسقط الوجوب عن المالك، لتحقق البديل ألا ترى أن من يجب عليه بيع ماله لنفقة عياله، لا يسقط عنه الوجوب، لقيام الحاكم مقامه في البيع، وكيف كان فإذا امتنع بغير حق سقط اعتبار رضاه لحديث نفي الضرر، بل مورده كان من هذا القبيل حيث إن سمرة بن جندب امتنع من الاستئذان للمرور إلى غدقه الواقع في دار الأنصاري وعن بيعها، فقال النبي (صلى الله عليه وآله) للأنصاري: اذهب فاقبلها وارم بها وجه صاحبها. فأسقط ولايته على ماله،

الثاني: إذا كان الدين حالاً أو حل ودفع المديون، هل يجب على الدائن القبول كما عن المشهور، بل في الجواهر: بلا خلاف أجده أيضاً، بل في الرياض: الاجماع عليه، أم لا؟

وجهان:

قد استدلل للأول: بوجوه:

{ ١ } أحدها: إن في امتناع الدائن اضراراً بالمديون وفيه: إن بقاء المال في ذمته الذي هو أمر اعتباري ليس ضرراً عليه، نعم ربما يكون لزوم الأداء بعد ذلك ضرراً عليه، فلو كان يرفع ذلك بالحديث لا هذا. { ٢ } ثانيها: كون الامتناع ظلماً على المديون فإنه لا يستحق ابقاء ماله في ذمته بل هو مستحق لتفريغ ذمته، حيث إن الناس مسلطون على أنفسهم، (١) فلا يجوز. وفيه: إن سلطنة المديون على تفريغ ذمته لا تنكر، إلا أنها لا تقتضي رفع سلطنة الدائن على نفسه التي مقتضاها أن له عدم القبول ما لم يثبت وجوبه الشرعي، وبقاء المال في ذمة المديون ليس إيذاء وظلماً، فلو كان فإنما هو رفع للإيذاء، ولا دليل على وجوب دفع الأذية عن الغير.

ثالثها: ما في الجواهر، وهو: إن مقتضى آية الوفاء بالعقد (٢) ذلك، فإن وجوب

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢١ الطبع الحديث.

(٢) المائدة: ٢.

ومقتضى القاعدة اجبار الحاكم له على القبض { ١ } لأن امتناعه أسقط اعتبار رضاه في القبض الذي يتوقف ملكه عليه، لا أصل القبض الممكن تحققه منه كرها، مع كون الاكراه بحق بمنزلة الاختيار، فإن تعذر مباشرته ولو كرها تولاه الحاكم، لأن السلطان ولي الممتنع بناء على أن الممتنع من يمتنع ولو مع الاجبار. ولو قلنا إنه من يمتنع بالاختيار جاز للحاكم تولي القبض عنه من دون الاكراه وهو الذي رجحه في جامع المقاصد والمحكي عن اطلاق جماعة عنهم عدم اعتبار الحاكم وليس للحاكم مطالبة المديون بالدين، إذا لم يسأله، لعدم ولايته عليه مع رضا المالك بكونه في ذمته، وعن السرائر وجوب القبض على الحاكم عند الامتناع وعدم وجوب الاجبار، واستبعده غيره، وهو في محله.

الوفاء يتبع وجوب الدفع والقبول. وفيه: ما تقدم مكررا من أن العقد هو ارتباط اعتبار كل من المتعاقدين بالآخر، والوفاء عبارة عن التمام أو ما يقاربه، فمفاد الآية الشريفة عدم رفع اليد عن العقد بحله ونقضه، ولا تدل الآية على وجوب التسليم ووجوب القبول. فتحصل: إنه لولا الاجماع لا دليل على وجوب القبول، ولكن الظاهر التسالم عليه. الثالث: لو دفع المديون الدين. فإن امتنع الدائن من القبض فإن رضي المديون بالصبر فلا كلام، وإن لم يرض به ففيه وجوه وأقوال: الأول: ما عن الشيخين والمحقق وابن حمزة وغيرهم، وهو: تعين العزل وكان هلاكه من صاحب الحق وإن أمكن دفعه إلى الحاكم. الثاني: ما عن المشهور، وهو: تعين الدفع إلى الحاكم. { ١ } الثالث: ما اختاره المصنف (رحمه الله) وهو: تعين الاجبار أولا فإن لم يمكن فالدفع إلى الحاكم ومع تعذره فالعزل.

ولو تعذر الحاكم، فمقتضى القاعدة اجبار المؤمنين له عدولا كانوا أم لا، لأنه من المعروف الذي يجب الأمر به على كل أحد، فإن لم يمكن إجباره. ففي وجوب قبض العدول عنه نظر، أقواه عدم، وحينئذ فطريق براءة ذمة المديون أن يعزل حقه، ويجعله أمانة عنده، فإن تلف فعلى ذي الحق، لأن هذه فائدة العزل وثمره إلغاء قبض ذي الحق،

الرابع: تعيين الاجبار أولا، ومع عدم امكانه فالتخيير بين العزل والدفء إلى الحاكم خامسها: التخيير بين الوجوه.

الظاهر أنه إن قلنا بأن أداء الدين إنما يكون بالتخلية بين المال والدائن، وأنه لا يعتبر في تعيين الكلي في الفرد قبض الدائن لا كلام في كفاية التخلية في المقام، ولكن الظاهر اعتبار

قبضه وعدم كفاية التخلية فيه، وبذلك يظهر وجه القول الأول وضعفه. واستدل للثاني: بأن السلطان ولي الممتنع، فالحاكم يتولى القبض عنه. وفيه: إن ذلك مختص بالممتنع عن حق مالي، كما هو مورد، وفي المقام امتناع الدائن ليس امتناعا عن الحق، إذ المديون لا يستحق على الدائن قبضه منه: وبأن فراغ ذمة المديون من الأمور الحسبية فيتصداه الحاكم. وفيه: إنه ليس ذلك من الأمور المهمة التي لا يجوز تعطيلها. واستدل لتعيين الاجبار: بأن اعتبار رضا الدائن بالقبض يسقط لحديث نفي الضرر، فيجبره الحاكم على القبض.

وفيه: أولا: إنه لا دليل على اعتبار الرضا وطيب النفس في القبض. وثانيا: إن الضرر إنما يأتي من ناحية انحصار تعيين الحق شرعا بقبض الدائن، فيرفع ذلك بالحديث، وإذا ثبت به تعيينه بقبض غيره فالمتعين هو الحاكم. وبذلك يظهر تعيين الدفع إلى الحاكم الذي هو المشهور. ويمكن أن يقال: إن الضرر ينشأ من إناطة تفريغ ذمته بقبول الدائن، فيرتفع ذلك، ونتيجة ذلك أنه بالعزل يتعين ملك الدائن، ولا يبعد أظهرية الثاني، فالقول الأول هو الأرجح

ولكن لم يخرج عن ملك مالكه، لعدم الدليل على ذلك، فإن اشتراط القبض في التمليك لا يسقط بأدلة نفي الضرر، وإنما يسقط بها ما يوجب الضرر وهو الضمان، { ١ }
وحيث أن المعزول له وقاعدة مقابلة الخراج بالضمان غير جارية هنا. وقد يستشكل في الجمع بين الحكم ببقاء ملكية الدافع وكون التلف من ذي الحق ووجهه أن الحق المملوك لصاحب الدين إن تشخص في المعزول كان ملكا له وإن بقي في ذمة الدافع لم يمكن تلف المعزول منه إذ لم يتلف ماله. ويمكن أن يقال إن الحق قد سقط من الذمة ولم يتشخص بالمعزول، وإنما تعلق به تعلق حق المجني عليه برقبة العبد الجاني، فيتلفه يتلف الحق، ومع بقاءه لا يتعين الحق فيه فضلا عن أن يتشخص به. ويمكن أن يقال بأنه يقدر أنا ما قبل التلف في ملك صاحب الدين.
ثم إن الظاهر جواز تصرفه في المعزول فينتقل المال إلى ذمته لو أتلفه، { ٢ }

{ ١ } والمصنف (رحمه الله) ذهب إلى أنه مع عدم إمكان الاجبار والدفع إلى الحاكم

يتعين

العزل، ولكن لا يصير المعزول ملكا للدائن.

وتقريب ما أفاده: إن الالتزام ببقاء ذمة المديون مشغولة ضرر عليه، والالتزام بذهاب مال الدائن هدرا ضرر على الدائن، والجمع بينهما إنما يكون بالالتزام بتفريغ الذمة على وجه لا يتضرر به الدائن، وهو إنما يكون بالعزل بنحو يوجب تعلق حق الدائن به بحيث له متى شاء استيفاء حقه منه، فالمعزول ملك للمديون لكنه متعلق حق الدائن، ولازم ذلك عدم الضمان لو تلف مع كونه ملكا للمديون.

وفيه: أن لازم ذلك الالتزام بعدم ملكيته لشيء، إذ المفروض سقوط الدين عن الذمة وعدم ثبوته في الخارج، وهو بلا وجه. وأضعف منه الالتزام بتبدل الملك إلى الحق، ومثله الالتزام بتبدل الملك الحقيقي إلى التقديري أنا ما.

{ ٢ } الرابع: أنه بناء على المختار من تعيينه بالعزل ملكا للدائن لا يجوز للمديون التصرف فيه ولا اتلافه ولا تبديله، وأما بناء على بقاءه على ملك المديون فهل تعلق

ومقتضى القاعدة عدم وجوب حفظه من التلف، لأن مشروعية عزله وكون تلفه من مال صاحب الدين، إنما جاء من جهة تضرر المديون ببقاء ذمته مشغولة، وتكليفه بحفظ المعزول أضر عليه من حفظ أصل المال في الذمة.

وعن المحقق الثاني أنه يتجه الفرق بين ما إذا عرضه على المالك بعد تعيينه ولم يأت به لكن أعلم بالحال، وبين ما إذا أتاه وطرحه عنه فينتفي [فيلغى] وجوب الحفظ في الثاني دون الأول، ولعل وجهه أن المبري للعهد التخلية والاقباض المتحقق في الثاني دون الأول، ولعل وجهه أن المبرء للعهد التخلية والاقباض المتحقق في الثاني دون الأول وسيجئ في مسألة قبض المبيع ما يؤيده، وعن المسالك أنه مع عدم الحاكم يخلي بينه وبين ذي الحق وتبرأ ذمته، وإن تلف، وكذا يفعل الحاكم لو قبضه

حق الدائن به يمنع عن الأمور المذكورة أم لا؟
الظاهر أن التصرف لا اشكال فيه على أي تقدير، وإن كان ناقلاً لعدم كونه مفوتاً للحق، إذ لا مانع من الالتزام بأن لذي الحق استيفاء حقه من المعزول متى شاء وإن كان منتقلاً إلى غير من عليه الحق كما التزمنا بذلك في حق الرهانة.
وأما الاتلاف: فقد يقال: إنه لا يجوز، فإنه اعدام لموضوع الحق وابطال له، وعود المال إلى الذمة مضافاً إلى احتياجه إلى دليل موجب وليس إذ لا دليل على أن اتلاف الحق موجب لاشتغال ذمته لا يقتضي جواز الاتلاف.
ولكن يمكن أن يقال: إن متعلق الحق ليس هو الموجود الخارجي بما هو كما هو كذلك في ما إذا كان تعلقه به بتعيين من الشارع كتعيين الجاني للاسترقاق، أو بجعل من المتعاقدين كجعل حق الخيار في عقد مخصوص، بل المتعلق هو ما عينه المديون بهذا العنوان من جهة أن بقاء المال في ذمته ضرر عليه فله ابقائه في ذمته وتحمل الضرر وله تفرغ ذمته بعزل ما يتمكن الدائن من استيفاء ماله منه، فيكون فراغ ذمته موقوفاً على بقاء المعزول على حاله.
وبعبارة أخرى: إن هذا العنوان له حدوث وبقاء وماله من البقاء موضوع لهذا الحق، فللمديون اعدام الموضوع، وبارتفاعه يرتفع الحق، ولا مانع من ذلك.

إن لم يتمكن من إلزامه بالقبض وإن اشتركا في عدم الضمان ثم إن المحقق الثاني ذكر في جامع المقاصد بعد الحكم بكون تلف المعزول من صاحب الدين الممتنع من أخذه: إن في انسحاب هذا الحكم فيمن أجبره الظالم على دفع نصيب شريكه الغائب في مال على جهة الإشاعة بحيث يتعين المدفوع للشريك ولا يتلف منهما تردها ومثله لو تسلط الظالم بنفسه، وأخذ قدر نصيب الشريك { ١ } لم أجد للأصحاب تصريحاً بنفي ولا إثبات مع أن الضرر هنا قائم أيضاً، والمتجه عدم الانسحاب، انتهى، وحكي نحوه عنه في حاشية الإرشاد من دون فتوى.

أقول أما الفرع الثاني فلا وجه لا لحاقه بما نحن فيه، إذ دليل الضرر بنفسه لا يقتضي بتأثير نية الظالم في التعيين، فإذا أخذ جزءاً خارجياً من المشاع فتوجيه هذا الضرر إلى من نواه الظالم دون الشريك لا وجه له، { ٢ } كما لو أخذ الظالم من المديون مقدار الدين بنية أنه مال الغريم

وبه يظهر حال التبديل والله العالم.

كما أنه مما ذكرناه ظهر عدم وجوب حفظه من التلف، لأنه إذا صار بالعزل ملكاً للدائن فحاله حال سائر أمواله التي لا يجب على المديون حفظه من التلف لعدم كونه أمانة عنده، وإذا كان باقياً على ملك المديون ومتعلقاً لحق الدائن فمن حيث إنه ماله سبيله كسبيل سائر أمواله، ومن حيث إنه متعلق الحق قد عرفت أنه يجوز اتلافه فلا يجب التحفظ عليه.

{ ١ } الخامس: إنه كما يتعين الكلي في المعزول هل يتعين المشاع فيما أخذه الغاصب إما بالجبر على القسمة أو بأخذه بعنوان مال الشريك أم لا؟ أم هناك فرق بين الصورتين؟ وجوه.

وجه الأول: إن الحكم بعدم تعيين حصة الشريك بتعيين الغاصب أو الشريك ضرري مرفوع بالحديث.

ووجه الثاني: إن حديث لا ضرر لا يشمل المقام، إما لكون الضرري عدم الحكم لا الحكم، أو لعدم كون رفعه منة على الأمة - وإن كان منة على المأخوذ منه { ٢ } أو لأن الضرر إنما يكون بأخذ المال المشاع فهو متوجه إليهما ولا وجه لصرفه إلى غيره.

وأما الفرع الأول، فيمكن أن يقال بأن الشريك لما كان في معرض الضرر لأجل مشاركة شريكه جعل له ولاية القسمة، لكن فيه أن ضرره إنما يوجب ولايته على القسمة حيث لا يوجب القسمة تضرر شريكه، بأن لا يكون حصة الشريك بحيث تتلف بمجرد القسمة، كما في الفرض وإلا فلا ترجيح لأحد الضررين مع أن التمسك بعموم نفي الضرر في موارد الفقه من دون انجباره بعمل بعض الأصحاب يؤسس فقها جديداً.

مسألة لا خلاف على الظاهر من الحدائق المصرح به في غيره في عدم جواز تأجيل الثمن الحال، { ١ } بل مطلق الدين بأزيد منه لأنه ربا، لأن حقيقة الربا في القرض راجعة إلى جعل الزيادة في مقابل امهال المقرض وتأخير المطالبة إلى أجل، فالزيادة التي تراضيا عليه في أول المدائنة كأن يقرضه عشرة بأحد عشر إلى شهر، وبين أن يتراضيا بعد الشهر إلى تأخيره شهرا آخر بزيادة واحد، وهكذا بل طريقة معاملة الربا مستقرة على ذلك. بل

ووجه الثالث: إنه إذا أجبر الغاصب أحد الشريكين على تعيين حصة شريكه وافرازها وتقسيم المال المشترك، فكما أنه مع امتناع الشريك عن القسمة اختيارا تسقط ولاية الممتنع، كذلك في المقام، وإن كان امتناعه بالاضطرار بمعنى أنه كما تسقط ولايته عند امتناعه عن أعمال ولايته كذلك مع تعذر أعمال ولايته لغيبة أو لسبب آخر، والمسألة تحتاج إلى تأمل أزيد.

لا يجوز تأجيل الثمن الحال بأزيد منه

{ ١ } مسألة: لا خلاف على الظاهر من الحدائق المصرح به في غيره في عدم جواز تأجيل الثمن الحال.

والكلام في هذه المسألة يقع في مقامين:

الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثاني: في مقتضى النصوص الخاصة.

بل الظاهر من بعض التفاسير أن صدق الربا على هذا التراضي مسلم في العرف، وأن مورد نزول قوله تعالى في مقام الرد على من قال: (إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربوا) هو التراضي بعد حلول الدين على تأخيره إلى أجل بزيادة فيه. فعن مجمع البيان عن ابن عباس { ١ } أنه كان الرجل من أهل الجاهلية إذا حل

أما المقام الأول: فلا اشكال في صحة المعاملة الأولى، وأنها لا تبطل بذلك، وإن أوجب صيرورتها ربوية.

أما التأجيل بالأزيد نفسه، فإما أن يجعل الأجل في مقابل الزيادة باشرطه ابتداء، أو في ضمن عقد، أو المصالحة عليه، أو يبيعه به، أو يجعل المجموع المؤجل في مقابل المجموع الحال بحيث تكون المعاوضة بين الثمن ومجموع ما جعل مؤجلا، أو يوقع الصلح على ابراء

الحال مما في ذمته بإزاء أزيد منه مؤجلا، فالمعوض هو الأبراء.

أما القسم الأول: فهو بجميع فروضه من الربا في القرض، لأن حقيقة الربا فيه راجعة إلى جعل الزيادة في مقابل امهال المقرض وتأخيره المطالبة، من غير فرق بين أن يكون ذلك في أول القرض أو بعد مضي زمان، ومن غير فرق بين أن يكون ذلك بنحو الشرط أو غيره، وقد ورد أن الربا من ناحية الشروط. (١)

وأما القسم الثاني: فإن كان ما في ذمته من العروض الربوي كالحنطة فباعها بأزيد منها مؤجلة بطل، لأن المشهور بطلان بيع الحال بمثله مؤجلا في الربويين. وإن كان من الأثمان كالدينار فباعه بأزيد منه مؤجلا بطل أيضا من جهة أن الصرف لا يجوز إلا يدا بيد. وإن كان من العروض أو الأثمان ولكن باعه بغير جنسه بأزيد منه فإنه يصح على القاعدة من جهة عدم الربا فيه من حيث المعاملة ولا من حيث القرض.

وأما القسم الثالث: فهو صحيح أيضا.

وأما المقام الثاني: فقد استدل المصنف (رحمه الله) على عدم الجواز بوجوه: { ١ } الأول: ما نقله في مجمع البيان عن ابن عباس من بيان مورد نزول الآية

(١) الوسائل - باب ١٢ - من أبواب الصرف.

دينه على غريمه فطالبه، قال المطلوب منه زدني في الأجل أزيدك في المال،
فيتراضيان عليه، ويعملان به، فإذا قيل لهم ربا قالوا هما سواء يعنون بذلك أن
الزيادة في الثمن حال البيع، والزيادة فيه بسبب الأجل عند حلول الدين سواء،
فدمهم الله وألحق بهم الوعيد وخطأهم في ذلك بقوله تعالى: (وأحل الله البيع وحرم
الربا ويؤيده بل يدل عليه حسنة ابن أبي عمير أو صحيحته { ١ } عن أبي
عبد الله (عليه السلام) قال سئل عن الرجل يكون له دين إلى أجل مسمى، فيأتيه غريمه
فيقول

له أنقذني كذا وكذا واضع عنك بقيته، أو أنقذني بعضه وأمد لك في الأجل فيما بقي
عليك قال: لا أرى به بأساً أنه لم يزد على رأس ماله، قال الله تعالى: (فلكم رؤس
أموالكم لا تظلمون) ولا تظلمون علل جواز التراضي على تأخير أجل البعض بنقد
البعض بعدم الازدياد على رأس ماله، فيدل على أنه لو ازداد على رأس ماله لم يجز
التراضي على التأخير، وكان ربا يقتضي استشهاده بذيل آية الربا وهو قوله تعالى:
(فلكم رؤس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون)

الكريمة (أحل الله البيع وحرم الربا) (١) من أنه كان في الجاهلية الرجل منهم إذا حل
دينه على غريمه فطالبه به قال المطلوب منه له: زدني في الأجل وأزيدك في المال،
فيتراضيان عليه ويعملان به، فإذا قيل لهم: هذا ربا، قالوا: هما سواء، يعنون بذلك أن
الزيادة في الثمن حال البيع والزيادة فيه بسبب الأجل عند حلول الدين سواء، فدمهم الله
تعالى به وألحق الوعيد بهم وخطأهم في ذلك بقوله (وأحل...) الخ وظاهره القسم الأول
ولا يشمل القسمين الأخيرين.

{ ١ } الثاني: صحيح ابن أبي عمير (٢) المذكور في المتن
بدعوى: إنه علل جواز التراضي على تأخير أجل البعض بنقد البعض بعدم
الازدياد على رأس ماله، فيدل على أنه لو ازداد على رأس ماله لم يجز التراضي على
التأخير.

(١) البقرة: ٢٧٥.

(٢) الوسائل - باب ٧ - من أبواب أحكام الصلح حديث ١.

ويدل عليه بعض الأخبار الوارد في تعليم طريق الحيلة في جواز تأخير الدين بزيادة { ١ } باشتراط التأخير في ضمن معاوضة غير مقصودة للفرار عن الحرام، فلو جاز التراضي على التأجيل بزيادة لم يكن داع إلى التوصل بأمثال تلك الحيل حتى صاروا عليهم السلام موردا لاعتراض العامة في استعمال بعضها، كما في غير واحد من الأخبار الواردة في ذلك. ويدل عليه أيضا أو يؤيده بعض الأخبار الواردة في باب الدين. { ٢ } فيما إذا أعطى المديون بعد الدين شيئا مخافة أن يطلبه الغريم بدينه.

وفيه: إن الظاهر من الصحيح هو المعاملة على التأجيل نفسه، ولا يكون له نظر إلى بيع الحال بالمؤجل.

الثالث: النصوص الكثيرة الآتي بعضها الدالة على كيفية الاسترباح بزيادة محللة فإنها تشهد بأن بذل الزيادة في قبال الأجل لو كان صحيحا لما توقفت حلية الزيادة على هذه الحلية،

ودلالة هذه النصوص على البطلان في القسم الثاني تتوقف على تأمل زائد. { ١ } قال المصنف (قدس سره): ويدل عليه بعض الأخبار الوارد في تعليم طريق الحيلة كموثق ابن عمار قلت لأبي الحسن (عليه السلام): يكون لي على الرجل دراهم فيقول: أخرني بها وأنا أربحك، فأبيعه جبة تقوم علي بألف درهم بعشرة آلاف درهم - أو قال بعشرين ألفا - وأؤخره بالمال قال (عليه السلام): لا بأس. (١) وموثق محمد بن إسحاق عن الإمام الرضا (عليه السلام) قال: قلت له: الرجل يكون له المال

فيدخل على صاحبه يبيعه لؤلؤة تسوى مائة درهم بألف درهم ويؤخر عنه المال إلى وقت فقال (عليه السلام) مثل ذلك، (٢)، ونحوهما غيرهما.

{ ٢ } قال (قدس سره): ويدل عليه أيضا أو يؤيده بعض الأخبار الواردة في باب الدين هو خبر إسحاق بن عمار عن أبي الحسن (عليه السلام) سألته عن الرجل يكون له مع رجل

(١) الوسائل - باب ٩ - من أبواب أحكام العقود حديث ٤.

(٢) الوسائل - باب ٩ - من أبواب أحكام العقود حديث ٦.

ومما ذكرنا من أن مقابلة الزيادة بالتأجيل ربا، يظهر عدم الفرق بين المصالحة عنه بها والمقابلة عليها من غير عقد، وظهر أيضا أنه يجوز المعاوضة اللازمة على الزيادة بشئ باشرط تأخير الدين عليه في ضمن تلك المعاوضة، وظهر أيضا من التعليل المتقدم في رواية ابن أبي عمير جواز نقص المؤجل بالتعجيل، وسيجيء تمام الكلام في هاتين المسألتين في باب الشروط أو كتاب القرض إن شاء الله تعالى. مسألة إذا ابتاع عينا شخصية بثمن مؤجل جاز بيعه من بائعه { ١ } وغيره قبل حلول الأجل وبعده بجنس الثمن وغيره، مساويا له أو زائدا عليه أو ناقصا حالا أو مؤجلا، إلا إذا اشترط أحد المتبايعين على صاحبه في البيع الأول قبوله منه بمعاملة ثانية. أما الحكم في المستثنى منه فلا خلاف فيه، إلا بالنسبة إلى بعض صور المسألة، فمنع منها الشيخ في النهاية والتهذيبين وهي بيعه من البائع بعد الحلول بجنس الثمن لا مساويا.

مال قرضا فيعطيه الشئ من ربحه مخافة أن يقطع ذلك عنه فيأخذ ماله من غير أن يكون شرط عليه، قال: لا بأس بذلك ما لم يكن شرطا (١).

بيع العين الشخصية من بايعها

{ ١ } مسألة إذا ابتاع عينا شخصية بثمن مؤجل قالوا أجاز بيعها من بايعها وغيره قبل حلول الأجل بجنس الثمن وغيره مساويا أو زائدا عليه أو ناقصا، إلا إذا اشترط أحد المتبايعين على صاحبه في البيع الأول قبوله منه بمعاملة ثانية

فالكلام في مقامين

الأول في المستثنى منه

والكلام فيه في فرعين

أحدهما في بيع المؤجل وقد جوزه القوم مطلقا وخالفهم الشيخ قدس سره في محكي النهاية حيث

(١) الوسائل - باب ١٩ - من أبواب الدين والقرض حديث ٣.

وقال في النهاية: إذا اشترى نسيئة فحل الأجل، ولم يكن معه ما يدفعه إلى البائع جاز للبائع أن يأخذ منه ما كان باعه إياه من غير نقصان من ثمنه، فإن أخذه بنقصان مما باع لم يكن ذلك صحيحا ولزمه ثمنه الذي كان أعطاه به، فإن أخذ من المتاع متاعا آخر بقيمته في الحال لم يكن بذلك بأس، انتهى.

وعن الشهيد أنه تبع الشيخ جماعة، وظاهر الحدائق أن محل الخلاف أعم بما بعد الحلول وأنه قصر بعضهم التحريم بالطعام، وكيف كان، فالأقوى هو المشهور للعمومات المجوزة كتابا وسنة { ١ } وعموم ترك الاستفصال في صحيحة بشار بن يسار { ٢ } قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يبيع المتاع بنساء مرابحة فيشتريه من صاحبه الذي يبيعه منه فقال: نعم لا بأس به فقلت له: اشتر متاعي وغنمي قال: ليس هو متاعك ولا غنمك ولا بقرك، وصحيحة ابن حازم عن أبي عبد الله (عليه السلام) رجل كان له على رجل دراهم من ثمن غنم اشتراها منه فأتى الطالب المطلوب يتقاضاه، فقال له المطلوب أبيعك هذه الغنم بدراهمك التي عندي فرضي، قال (عليه السلام): لا بأس بذلك.

منع عن بيعه بعد حلول الأجل بنقصان من الثمن ثانيهما: إنه نسب إلى الشيخ (قدس سره) في خصوص الطعام أنه بعد الحلول لا يجوز للبائع أخذ الطعام بدلا عن الثمن إلا بما يساويه بلا زيادة.

أما الأول: فتشهد للمشهور { ١ } مضافا إلى العمومات والاطلاقات جملة من النصوص:

{ ٢ } منها: صحيح (١) بشار بن يسار المذكور في المتن ومورده بيع النسيئة، وشراء ذاك المتاع بعينه، من دون أن يفصل بين حلول الأجل وعدمه، وأيضا من غير فرق بين كون الثمن في الثاني مساويا للثمن في الأول أو أقل أو أكثر.

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 أن يكون إشارة إلى ما اشتراه يمكن أن يكون إشارة إلى مثله.

(١) الوسائل - باب ٥ - من أبواب أحكام العقود حديث ٣.

(٢) نفس المصدر حديث ١.

ورواية الحسين بن منذر، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) الرجل يجيئني فيطلب العينة

فأشتري له المتاع، ثم أبيعها إياه مرابحة، ثم أشتريه منه مكاني قال: فقال إذا كان هو بالخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبيع، وكنت أنت بالخيار إن شئت اشتريت وإن شئت لم تشتت فلا بأس، قال: فقلت: إن أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسد ويقولون إنه إن جاء به بعد أشهر صح قال إنما هذا تقديم وتأخير ولا بأس. وفي المحكي عن قرب الأسناد عن علي بن جعفر عن أخيه (عليه السلام) قال سألته عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم اشتراه منه بخمسة دراهم أيحل؟ قال: إذا لم يشترط ورضيا فلا بأس، وعن كتاب علي بن جعفر قوله باعه بعشرة إلى أجل ثم اشتراه بخمسة بنقد وهو أظهر في عنوان المسألة، وظاهر هذه الأخبار كما ترى يشمل صور الخلاف.

وقد استدل له بجملة أخرى من النصوص، وهي إن دلت على الحكم في بعض الفروض إلا أنها لا تصلح للرد على الشيخ (رحمه الله):

منها: خبر الحسين بن منذر (١) المذكور في المتن

وهذا الخبر إما صريح في ما إذا كان البيع الأول مؤجلا من جهة اختصاص العينة بذلك، أو عام له وللحال لو منعنا عن اختصاصها به، ولو فرض كون الأول مؤجلا كان البيع الثاني قبل حلول الأجل لصراحتة في الاشتراء، وهو في مكانه، فعلى أي تقدير لا يكون دليلا على الشيخ (رحمه الله)

ومنها خبر علي بن جعفر (٢) المروي في قرب الإسناد وكتاب علي بن جعفر مع اختلاف المتن والمتنان المذكوران في الكتاب والأول منهما ظاهر في المؤجل، والثاني

صريح

فيه، وكلاهما ظاهران في الاشتراء قبل حلول الأجل، بل الثاني نص فيه، كما أنهما صريحان

في ورود البيعين على المبيع الشخصي والاشتراء بنقصان من الثمن.

(١) الوسائل - باب ٥ - من أبواب أحكام العقود حديث ٤.

(٢) الوسائل - باب ٥ - من أبواب أحكام العقود حديث ٦.

وقد يستدل أيضا { ١ } برواية يعقوب بن شعيب وعبيد بن زرارة قالا سألتنا أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل باع طعاما بدراهم إلى أجل، فلما بلغ ذلك تقاضاه فقال ليس لي دراهم خذ مني طعاما فقال: لا بأس به، فإنما له دراهم يأخذ بها ما شاء. وفي دلالتها نظر، وفيما سبق من العمومات كفاية إذ لا معارض لها عدا ما ذكره الشيخ (رحمه الله)

من رواية خالد بن الحجاج قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل بعته طعاما بتأخير

إلى أجل مسمى، فلما جاء الأجل أخذته بدراهمي فقال ليس عندي دراهم ولكن عندي طعام، فاشتره مني فقال لا تشتريه منه، فإنه لا خير فيه.

ورواية عبد الصمد بن بشير المحكية عن الفقيه، قال: سأله محمد بن قاسم الحنات فقال أصلحك الله أبيع الطعام من رجل إلى أجل، فيجيئني وقد تغير الطعام من سعره، فيقول ليس عندي دراهم، قال: خذ منه بسعر يومه فقال: أفهم أصلحك الله إنه طعامي الذي اشتراه مني فقال: لا تأخذ منه حتى يبيعه ويعطيك، فقال رغم الله أنفي رخص لي فرددت عليه فشدد علي. وحكي عن الشيخ (قدس سره) أنه أوردها في الاستبصار دليلا على مختاره وحكي عن بعض ردها بعدم الدلالة بوجه من الوجوه.

ومنها: خبر يعقوب بن شعيب وعبيد بن زرارة (١) المذكور في المتن وهو ظاهر في الشراء بذلك الثمن بلا زيادة ولا نقيصة، وهذا لا ينكره الشيخ (رحمه الله)، بل

لا يبعد ظهوره في الوفاء بغير الجنس لا في الاشتراء، مع أنه من جهة تكرار الاسم المنكر وهو قوله خذ مني طعاما بعد قوله عن رجل باع طعاما يدل على تعدد الطعام في الموردين { ١ } وقد استدل للشيخ بروايتين: الأولى:

رواية (٢) خالد بن الحجاج المذكورة في المتن وصریحها الاشتراء بعد حلول الأجل، ولكن لا ظهور لها في كون المبيع واحدا في البيعين لو لم تكن بقرينة تكرار الاسم المنكر ظاهرة في الاختلاف، مع أنه لا ظهور لها في الاختلاف بمقدار الثمن، فهذه الرواية لا تنفع للشيخ (رحمه الله).

الثانية: رواية عبد الصمد بن بشير المحكية عن الفقيه (٣) المذكورة في الكتاب

(١) الوسائل - باب ١٢ - من أبواب السلف حديث ١٠.

(٢) نفس المصدر حديث ٣.

(٣) نفس المصدر حديث ٥.

أقول لا يظهر من رواية خالد دلالة على مذهب الشيخ وعلى تقدير الدلالة فتعليل المنع بأنه لا خير فيه من أمارات الكراهة واعلم أنه قال الشيخ (قدس سره) في المبسوط إذا باع طعاما بعشرة مؤجلة، فلما حل الأجل أخذ بها طعاما جاز إذا أخذ ما أعطاه، فإن أخذ أكثر لم يجز. وقد روي أنه يجوز على كل حال. وحكي في المختلف عن الخلاف أنه أذاع طعاما قفيزا بعشرة دراهم مؤجلة، فلما حل الأجل أخذ بها طعاما جاز ذلك إذا أخذ مثله، فإن زاد عليه لم يجز واحتج باجماع الفرقة وأخبارهم، وبأنه يؤدي إلى بيع طعام بطعام، ثم حكي عن بعض أصحابنا الجواز مطلقا، وعن بعضهم المنع مطلقا، ثم حكي عن الشيخ في آخر كلامه: أنه قال والقول الآخر الذي لبعض أصحابنا قوي وذلك أنه بيع طعام بدراهم لا بيع طعام بطعام، فلا يحتاج إلى اعتبار المثلية، انتهى.

صريحها كون المورد شخص المبيع، وظاهرها بعد الحلول، وظاهرها أيضا الاختصاص بما إذا كان الثمن في البيع الثاني أقل، وهذه تدل على ما ذهب إليه الشيخ (رحمه الله)

وأخص من الخبر الأول من وجهين: لأنه أعم من البيع قبل الحلول وبعده واعم من البيع بالمساوي أو الأقل، وهذه أخص من هاتين الجهتين فيتعين تخصيصه بها. وأما الخبر الثاني: فهو صريح في البيع بالمساوي، فلا ينافي هذه الرواية ولا ينكره الشيخ. وأما الخبر الثالث: فقد مر عدم دلالته على ما يخالفه الشيخ (رحمه الله). وأما خبرا علي بن جعفر فقد عرفت أن ظاهر أحدهما وصريح الآخر البيع قبل حلول الأجل.

فتحصل: إنه ليس في مقابل خبر عبد الصمد ما يعارضه، فما أفتى به الشيخ بحسب الروايات لا اشكال فيه. لا يقال: إنه ضعيف السند لأن الراوي عن عبد الصمد قاسم بن محمد الجوهري وهو ضعيف أو مجهول.

فإنه يرد: بأن الخبر رواه الصدوق بسنده إلى عبد الصمد وهو حسن،

أقول الظاهر أن الشيخ قدس سره جرى في ذلك وفيما تقدم عنه في النهاية من عدم جواز بيع ما اشترى بجنس الثمن متفاضلا على قاعدة كلية تظهر من بعض الأخبار من أن عوض الشيء الربوي لا يجوز أن يعوض بذلك الشيء بزيادة. وإن عوض العوض بمنزلة العوض، { ١ } فإذا اشترى طعاما بدراهم لا يجوز أن يأخذ بدل الطعام دراهم بزيادة، وكذلك إذا باع طعاما بدراهم لا يجوز له أن يأخذ عوض الدراهم طعاما وعول في ذلك على التعليل المصرح به في رواية علي بن جعفر عن أخيه (عليه السلام)

المعتضد ببعض الأخبار المانعة عن بعض أفراد هذه القاعدة هنا. وفي باب السلم قال: سألته عن رجل له على آخر تمرا وشعيرا وحنطة يأخذ بقيمته دراهم؟ قال: إذا قومه دراهم فسد لأن الأصل الذي يشترى [اشترى] به دراهم ولا يصلح دراهم بدراهم، قال في المحكي التهذيب الذي أفتى به ما تضمنه هذا الخبر الأخير من أنه إذا كان الذي أسلف فيه دراهم له لم يجز أن يبيعه بدراهم، لأنه يكون قد باع دراهم بدراهم، وربما كان فيه زيادة أو نقصان وذلك ربا، انتهى. وهنا يقول أيضا قبلا لمسألة السلم التي هي عكس مسألتنا أنه إذا كان الذي باعه طعاما لم يجز أن يشتري بثمنه طعاما لأنه يكون باع طعاما بطعام.

وأما الفرع الثاني: فالمنسوب إلى الشيخ (قدس سره) عدم جواز أخذ الطعام عوضا عن عوض الطعام إلا بنحو التساوي، بل الظاهر المصرح به في محكي التهذيب سريان ذلك في جميع المعاملات الربوية، فلا يجوز في أسلاف الطعام أخذ الدراهم بدلا عن الطعام. { ١ } وقد استدلل له: بالقاعدة الكلية المستفادة من بعض الأخبار من أن عوض الشيء الربوي لا يجوز أن يعوض بذلك الشيء بزيادة وإن عوض العوض بمنزلة العوض، وهو خبر علي بن جعفر قال: سألته عن رجل له على آخر تمر أو شعير أو حنطة يأخذ بقيمته دراهم؟ قال: إذا قومه دراهم فسد، لأن الأصل الذي يشتري به دراهم فلا يصلح دراهم بدراهم. (١)

(١) الوسائل - باب ١١ - من أبواب السلف حديث ١٢.

وبالجملة فمدار فتوى الشيخ (قدس سره) على ما عرفت من ظهور بعض الأخبار بل صراحته فيه من أن عوض العوض في حكم العوض في عدم جواز التفاضل مع اتحاد الجنس الربوي، فلا فرق بين اشتراء نفس ما باعه منه، وبين اشتراء مجانسه منه، ولا فرق أيضا بين اشترائه قبل حلول الأجل أو بعده، كما أطلقه في الحدائق، وتقييده بما بعد الحلول في عبارة النهاية المتقدمة لكون الغالب وقوع المطالبة والايفاء بعد الحلول، وإن قصر المشهور خلافه به. لكن الأظهر هو الاطلاق، كما أن تقييد المنع في كلامه بأخذ ما باعه بالناقص، لأنه الغالب، لأن في رد نفس ما اشتراه رده بالناقص لا لخصوصية في النقص لا يجري في الزيادة. ولذا ذكر جواز أخذ المتاع الآخر بقيمته في الحال زادت أو نقصت، فيعلم منه أن أخذ ما باعه بقيمته في الحال غير جائز زادت أو نقصت.

ويؤيد الحمل على الغالب أنه (قدس سره) ذكر في مسألة السلم التي هي عكس المسألة أنه لا يجوز له أخذ مثل الثمن زائدا على ما أعطاه، فإن الغالب من اعطاء الطعام بدل الدراهم النقص مما اشترى، ومع العكس العكس وظهر أيضا مما ذكرنا أن الحكم مختص في كلام الشيخ بالجنس الربوي لا مطلق المتاع ولا خصوص الطعام. وأما الحكم في المستثنى { ١ } وهو ما إذا اشترط في البيع الأول نقله إلى من أنتقل عنه، فهو المشهور ونص عليه الشيخ في باب المرابحة واستدلوا عليه أو لا بالدور، كما في التذكرة، قال في باب الشروط لو باعه

وفيه: أولا: إنه معارض في مورده بما يدل على الجواز. (١)
وثانيا: أنه 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 إذا اشترط في البيع الأول نقله إلى من أنتقل عنه، فهو البطلان على ما هو المشهور بين الأصحاب وملخص القول فيه بالبحث في جهتين:
الأولى: في أصل الحكم بحسب النص والفتوى.
الثانية: في تطبيقه على القواعد.

(١) الوسائل - باب ١١ - من أبواب السلف.

لو باعه شيئاً بشرط أن يبيعه إياه لم يصح سواء اتحد الثمن قدراً ووصفاً وعينا أم لا، وإلا جاء الدور، لأن بيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقفة على بيعه، فيدور أما لو شرط أن يبيعه على غيره صح عندنا حيث لا منافاة فيه للكتاب والسنة لا يقال ما التزمه من الدور آت هنا، لأننا نقول الفرق ظاهر لجواز أن يكون جارياً على حد التوكيل أو عقد الفضولي بخلاف ما لو شرط البيع. على البائع، انتهى.

أقول ظاهر ما ذكره من النقص أنه يعتبر في الشرط أن يكون معقولاً في نفسه مع قطع النظر عن البيع المشروط فيه، وبيع الشيء على غير مالكة معقول ولو من غير المالك كالوكيل والفضولي بخلاف بيعه على مالكة، فإنه غير معقول أصلاً، فاندفع عنه نقض جماعة ممن تأخر عنه باشرط بيعه على غيره أو عتقه، نعم ينتقض ذلك باشرط كون المبيع رهناً على الثمن، فإن ذلك لا يعقل مع قطع النظر عن البيع بل يتوقف عليه. وقد اعترف (قدس سره) بذلك في التذكرة فاستدل بذلك لأكثر الشافعية المانعين عنه.

وقال إن المشتري لا يملك رهن المبيع إلا بعد صحة البيع، فلا يتوقف عليه صحة البيع وإلا دار لكنه (قدس سره) مع ذلك جوز هذا الاشرط إلا أن يقال أخذ الرهن على الثمن والتضمن عليه، وعلى دركه ودرك المبيع من توابع البيع، ومن مصلحه فيجوز اشرطها نظير وجوب نقد الثمن أو عدم تأخيره عن شهر مثلاً ونحو ذلك، لكن ينتقض حينئذ بما اعترف بجوازه في التذكرة، من اشرط وقف المشتري المبيع على البائع وولده وقرر الدور في جامع المقاصد، بأن انتقال الملك موقوف على حصول الشرط، وحصول الشرط موقوف على الملك. وهذا بعينه ما تقدم عن التذكرة بتفاوت في ترتيب المقدمتين، وأجيب عنه تارة بالنقض باشرط بيعه من غيره.

وقد عرفت أن العلامة (قدس سره) تفتن له في التذكرة، وأجاب عنه بما عرفت انتقاضه بمثل اشرط رهنه على الثمن، وعرفت تفتنه لذلك أيضاً في التذكرة، وأخرى بالحل، وهو أن انتقال الملك ليس موقوفاً على تحقق الشرط، وإنما المتوقف عليه لزومه، وثالثة بعدم جريانه فيما لو شرط بيعه منه بعد أجل البيع الأول، فإن ملك المشتري متخلل بين البيعين ومبنى هذين الجوابين على ما ذكره العلامة في الاعتراض على نفسه والجواب عنه

بما حاصله أن الشرط لا بد من صحته، مع قطع النظر عن البيع فلا يجوز أن يتوقف صحته على صحة البيع، ولا فرق في ذلك بين اشتراط بيعه قبل الأجل أو بعده، لأن بيع الشيء على مالكة غير معقول مطلقا، ولو قيد بما بعد خروجه عن ملك مالكة لم يفرق أيضا بين ما قبل الأجل وما بعده، واستدل عليه أيضا بعدم قصد البائع بهذا الشرط إلى حقيقة الإخراج عن ملكه حيث لم يقطع علاقة الملك وجعله في غاية المراد أولى من الاستدلال بالدور بعد دفعه بالجوابين الأولين، ثم قال: وإن كان اجماع على المسألة، فلا بحث ورد عليه المحقق والشهيد الثانيان بأن الفرض حصول القصد إلى النقل الأول لتوقفه عليه، وإلا لم يصح ذلك إذا قصدا ذلك ولم يشترطه مع الاتفاق على صحته، انتهى.

واستدل عليه في الحدائق { ١ } بقوله (عليه السلام) في رواية الحسين بن المنذر المتقدمة في السؤال عن بيع الشيء واشترائه ثانيا من المشتري إن كان هو بالخيار إن شاء باع، وإن شاء لم يبيع، وكنت أنت بالخيار إن شئت اشتريت وإن شئت لم تشتري، فلا بأس، فإن المراد بالخيار هو الاختيار عرفا في مقابل الاشتراط على نفسه بشرائه ثانيا فدل على ثبوت البأس إذا كان أحد المتبايعين غير مختار في النقل من جهة التزامه بذلك في العقد الأول وثبوت البأس في الرواية. أما راجع إلى البيع الأول فثبت المطلوب وإن كان راجعا إلى البيع الثاني فلا وجه له إلا بطلان البيع الأول، إذ لو صح البيع الأول والمفروض اشتراطه بالبيع الثاني لم يكن بالبيع الثاني بأس

أما الجهة الثانية: فقد أشبعنا الكلام فيها في مبحث الشروط في الشرط السابع لصحة الشرط. ولذلك أغمضنا عن البحث فيما أفاده المصنف في المقام وأما الجهة الأولى: فالمشهور بين الأصحاب: بطلان البيع المشروط بهذا الشرط، والمصنف (رحمه الله) في الشرط الفاسد صرح بأن بطلان هذا البيع مما لا خلاف فيه، ومع ذلك في المقام لم يسلم ذلك.

{ ١ } وكيف كان: فقد استدل للبطلان بخبرين:

أحدهما: خبر الحسين بن المنذر عن مولانا الصادق (عليه السلام) عن الرجل يجيئني فيطلب مني العينة فأشتري المتاع له مرابحة ثم أبيعها إياه ثم أشتريه منه مكاني قال: فقال: إن

كان بالخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبيع

بل كان لازما بمقتضى الشرط الواقع في متن العقد الصحيح، هذا، وقد يرد دلالتها بمنع دلالة البأس على البطلان. وفيه ما لا يخفى وقد ترد أيضا بتضمنها لاعتبار ما لا يقول به أحد من عدم اشتراط المشتري ذلك على البائع، وفيه أن هذا قد قال به كل أحد من القائلين باعتبار عدم اشتراط البائع، فإن المسألتين من واد واحد، بل الشهيد (قدس سره) في غاية المراد عنوان المسألة بالاشتراء بشرط الاشتراء. وقد يرد أيضا بأن المستفاد من المفهوم لزوم الشرط وأنه لو شرطه يرتفع الخيار عن المشروط عليه، وإن كان يحرم البيع الثاني أو هو والبيع الأول مع الشرط ويكون الحاصل حينئذ حرمة الاشتراط، وإن كان لو فعل التزم به وهو غير التزام المحرم الذي يفسد ويفسد العقد. وفيه أن الحرمة المستفادة من البأس ليس إلا الحرمة الوضعية أعني الفساد ولا يجمع ذلك صحة الشرط ولزومه.

نعم يمكن أن يقال بعد ظهور سياق الرواية في بيان حكم البيع الثاني مع الفراغ عن صحة الأول، كما يشهد به أيضا بيان خلاف أهل المسجد المختص بالبيع الثاني أن المراد أنه إن وقع البيع الثاني على وجه الرضا وطيب النفس، والاختيار فلا بأس به. وإن وقع لا عن ذلك، بل لأجل الالتزام به سابقا في متن العقد أو قبله، والزامه عرفا بما التزم كان الشراء فاسدا لكن فساد الشراء لا يكون إلا لعدم طيب النفس فيه،

و كنت أنت بالخيار إن شئت اشتريت وإن شئت لم تشتري فلا بأس. الخبر. (١)
ثانيهما: خبر علي بن جعفر عن أخيه (عليه السلام) عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم إلى أجل ثم اشتراه بخمسة دراهم أيحل؟ قال (عليه السلام): إذا لم يشترط ورضيا فلا بأس.
(٢)

بتقريب: أنهما يدلان على ثبوت البأس إذا لم يكونا مختارين واشترطا البيع

(١) الوسائل - باب ٥ - من أبواب أحكام العقود حديث ٤.

(٢) الوسائل - باب ٥ - من أبواب أحكام العقود حديث ٦.

وعدم وجوب الالتزام بما التزم على نفسه. أما لعدم ذكره في متن العقد. وأما 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، حتى لو وقع عن طيب النفس، لأن هذا مخالف لما عرفت من ظهور اختصاص حكم الرواية منعا وجوازا بالعقد الثاني. وأما رواية علي بن جعفر فهي أظهر في اختصاص الحكم بالشراء الثاني، فيجب أيضا حمله على وجه لا يكون منشأ فساد البيع الثاني فساد البيع الأول بأن يكون مفهوم الشرط أنه إذا اشترط ذلك في العقد أو قبله، ولم يرضيا بوقوع العقد الثاني بل وقع على وجه الاجاء من حيث الالتزام به قبل العقد أو فيه فهو غير صحيح لعدم طيب النفس فيه، ووقوعه عن الجاء وهذا لا يكون إلا مع عدم وجوب الوفاء أما لعدم ذكره في العقد وأما لكونه لغوا فاسدا مع عدم تأثير فساده في العقد.

وبالحملة، فالحكم بفساد العقد الثاني في الروايتين لا يصح أن يستند إلى فساد الأول لما ذكرنا من ظهور الروايتين في ذلك فلا بد من أن يكون منشأ عدم طيب النفس بالعقد الثاني وعدم طيب النفس لا يقدر إلا مع عدم لزوم الوفاء شرعا بما التزم وعدم اللزوم لا يكون إلا لعدم ذكر الشرط في العقد أو لكونه فاسدا غير مفسد. ثم إنه قال في المسالك إنهما لو شرطاه قبل العقد لفظا،

بالشرط الملزم وهو ما في ضمن العقد، وعليه فإما يدل على فساد البيع الأول فهو المطلوب، أو يدل على فساد الثاني، وحيث لا منشأ لفساده سوى فساد الأول فيثبت المطلوب.

وأجيب عن هذا الوجه بوجوه:

منها: ما أفاده المصنف (رحمه الله)، وقد تعرضنا له ولجوابه في مسألة الشرط الفاسد. ومنها: إن ثبوت البأس أعم من الحرمة، وهو كما ترى.

ومنها: أنهما يدلان على ثبوت البأس والحرمة للاشتراط أو البيع معه، وهذا يستلزم نفوذ الشرط.

وفيه: إن النهي في باب المعاملات وكذا ما شابهه ظاهر في الإرشاد إلى الفساد

فإن كان يعلمان أن الشرط المتقدم لا حكم له فلا أثر له وإلا اتجه بطلان العقد به كما لو ذكره

في متنه لا نهما لم يقدم الأعلی الشرط ولم يتم لهما ويمكن أن يقال إن علمهما بعدم حكم للشرط لا يوجب عدم اقدمهما على الشرط، فالأولى بناء المسألة على تأثير الشرط المتقدم في ارتباط العقد به وعدمه والمعروف بينهم عدم التأثير كما تقدم إلا أن يفرق بين الشرط الصحيح فلا يؤثر وبين الفاسد فيؤثر في البطلان ووجهه غير ظاهر بل ربما حكى العكس عن بعض المعاصرين وقد تقدم توضيح الكلام في ذلك. القول في القبض

وهو لغة: الأخذ مطلقاً، أو باليد أو بجميع الكف على اختلاف عبارات أهل اللغة، والنظر في ماهيته ووجوبه وأحكامه يقع في مسائل: مسألة: اختلفوا في ماهية القبض في المنقول، بعد اتفاقهم على أنها التخلية في غير المنقول { ١ } على أقوال:

لا الحرمة التكليفية.

ومنها: إنهما متضمنان لما لا يقول به أحد، وهو اعتبار عدم اشتراط المشتري ذلك على البائع.

وفيه: إن القوم ملتزمون بذلك، بل الشهيد عنون المسألة في غاية المراد بالاشتراط بشرط الاشتراء، فالحق أنهما 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 وأحكامه في طي مسائل

{ ١ } الأولى اختلفوا في ماهية القبض بعد اتفاقهم على أنه التخلية فيما لا ينقل على أقوال

أحدها: إنها التخلية أيضا صرح به المحقق في الشرائع، وحكي عن تلميذه كاشف الرموز. وعن الإيضاح نسبته إلى بعض متقدمي أصحابنا وعن التنقيح نسبته إلى المبسوط.

الثاني: إنه في المنقول، النقل، وفيما يعتبر كيله أو وزنه الكيل أو الوزن. الثالث: ما في الدروس من أنه في الحيوان نقله، وفي المعبر كيله أو وزنه أو عده أو نقله وفي الثوب وضعه في اليد.

الرابع: ما في الغنية وعن الخلاف والسرائر واللمعة أنه التحويل والنقل. الخامس: ما في المبسوط من أنه إن كان مثل الجواهر والدرهم والدنانير وما يتناول باليد، فالقبض فيه هو تناول باليد، وإن كان مثل الحيوان كالعبد والبهيمة فالقبض في البهيمة أن يمشي بها إلى مكان آخر، وفي العبد أن يقيمه إلى مكان آخر وإن كان اشتراه جزافا كان القبض فيه أن ينقله من مكانه وإن كان اشتراه مكايلة فالقبض فيه أن يكيه، وزاد في الوسيلة أنه في الموزون وزنه، وفي المعدود عده، ونسب عبارة الشرائع الراجعة إلى ما في المبسوط إلى المشهور.

السادس: إنه الاستقلال والاستيلاء عليه باليد، حكي عن المحقق الأردبيلي وصاحب الكفاية، واعترف في المسالك تبعا لجامع المقاصد، لشهادة العرف بذلك، إلا أنه أخرج عن ذلك المكيل والموزون، مستندا إلى النص الصحيح، وفيه ما سيجيء.

السابع: ما في المختلف من أنه إن كان منقولا فالقبض فيه النقل أو الأخذ باليد، وإن كان مكيلا أو موزونا فقبضه ذلك أو الكيل أو الوزن.

الثامن: إنه التخلية مطلقا بالنسبة إلى انتقال الضمان إلى المشتري دون النهي عن بيع ما لم يقبض، نفى عنه البأس في الدروس.

وتنقيح الكلام بالبحث في جهات:

الأولى: إن تحديد مفهوم القبض إنما هو لترتيب الآثار والأحكام المترتبة على هذا العنوان في الشرع، وأما ما لم يؤخذ القبض في موضوعه - كما في رد المغصوب وأداء

أقول: لا شك أن القبض للمبيع هو فعل القابض وهو المشتري، ولا شك أن الأحكام المترتبة على هذا الفعل لا يترتب على ما كان من فعل البائع من غير مدخل للمشتري فيه، كما أن الأحكام المترتبة على فعل البائع كالوجوب على البائع، والراهن في الجملة واشتراط القدرة على التسليم لا يحتاج في ترتبها إلى فعل من المشتري، فحينئذ نقول أما ما اتفق عليه من كفاية التخلية في تحقق القبض في غير المنقول، إن أريد بالقبض ما هو فعل البائع بالنسبة إلى المبيع، وهو جميع ما يتوقف عليه من طرفه وصوله إلى المشتري، ويعبر عنه مسامحة بالاقباض والتسليم، { ١ } وهو الذي يحكمون بوجوبه على البائع والغاصب والراهن في الجملة، ويفسرونه بالتخلية التي هي فعل البائع. فقد عرفت أنه ليس قبضا حقيقيا حتى في غير المنقول، وإن فسرت برفع جميع الموانع، وأذن المشتري في التصرف، قال كاشف الرموز في شرح عبارة النافع: القبض مصدر يستعمل بمعنى التقبض وهو التخلية، ويكون من طرف البائع والواهب بمعنى التمكين من التصرف، انتهى.

بل التحقيق أن القبض مطلقا هو استيلاء المشتري عليه وتسلطه عليه الذي يتحقق به معنى اليد ويتصور فيه الغصب.

نعم يترتب على ذلك المعنى الأول الأحكام المترتبة على الاقباض والتسليم الواجبين على البائع، فينبغي ملاحظة كل حكم من الأحكام المذكورة في باب القبض، وأنه 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: إن القبض الذي هو المبدأ لهذه المادة له معنى واحد، وباعتبار قيامه بالبائع مثلا يعبر عنه بالاقباض، وباعتبار قيامه بالمشتري قيام حلول يعبر عنه بالقبض، ولا يكون معناه متعددا، من غير فرق بين تفسيره بالتخلية أو الاستيلاء ولكل من اعتباري هذا المعنى الواحد آثار وأحكام.

{ ١ } فما في المتن من بطلان تفسير القبض بالتخلية قطعا من جهة أن القبض فعل المشتري، والتخلية فعل البائع في غير محله.

مثلاً، إذا فرض أن أدلة اعتبار القبض في الهبة دلت على اعتبار حيازة المتهب الهبة، لم يكتف في ذلك بالتخلية التي هي من فعل المواهب، وهكذا ولعل تفصيل الشهيد في البيع بين حكم الضمان وغيره، من حيث إن الحكم الأول منوط بالاقباض، وغيره منوط بفعل المشتري، وكيف كان، فلا بد من مراعاة أدلة أحكام القبض، فنقول أما رفع الضمان، { ١ } فإن استند فيه إلى النبوي كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه، فالمناط فيه حصول الفعل من المشتري وإن استند إلى قوله (عليه السلام) في رواية عقبة

بن خالد حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته، احتمال فيه إناطة الحكم بالتخلية، فيمكن حمل النبوي على ذكر ما هو مقارن غالبية للتخلية، واحتمل ورود الرواية مورد الغالب، من ملازمة الإخراج للوصول إلى المشتري، بقريضة ظاهر النبوي. ولذا قال في جامع المقاصد بعد نقل ما في الدروس: إن الخبر دال على خلافه، وهو حسن إن أراد به ظاهر النبوي، لا ظاهر رواية عقبة أو غيرها، والإنصاف

الثالثة: إن القبض في اللغة له معنى واحد في جميع موارد استعماله، والظاهر أنه الاستيلاء على الشيء والتصرف فيه، كان ذلك بالقبض باليد أو بسائر الجوارح، أو باجراء المعاملة عليه، أو اغلاق الباب، أو نحو ذلك في المنقول وغيره، والمكيل والموزون وغيرهما في الحيوان وغيره، فإن هذا المعنى هو المناسب لما يقابل البسط المساوق للامساك، والظاهر أنه في الشرع أيضاً استعمل في هذا المعنى الوحداني، وسيمر عليك ما توهم دخله فيه بالتعبد شرعاً.

الرابعة: إن ما اعتبر فيه القبض بعنوانه وتوهم أنه في نصوصه، وأدلته اعتبر في القبض زائداً على ما ذكرناه شيء آخر، أو فسر بغير ما اخترناه أمور: { ١ } أحدها: الخروج عن ضمان المبيع فإنه منوط بالقبض بعنوانه كما في النبوي المعروف: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه. (١) وفي رواية عقبة بن خالد عن مولانا الصادق (عليه السلام) في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجبه غير أنه ترك المتاع عنده

(١) المستدرک - باب ٩ - من أبواب الخيار حديث ١.

أن ما ذكره الشهيد قريب بالنسبة إلى ظاهر رواية عقبة، وربما يחדش فيها بظهورها في اعتبار الاخراج من البيت مع أنه غير معتبر في رفع الضمان اتفاقاً. وفيه أن الاخراج عن البيت كناية عن الاخراج عن السلطنة، ورفع اليد، { ١ } ولا ينبغي خفاء ذلك على المتأمل في الاستعمال العرفي. هذا، ولكن الجمود على حقيقة اللفظ في الرواية يقتضي اعتبار الوصول إلى يد المشتري، لأن الاقباض والايخراج وإن كانا من فعل البائع، إلا أن صدقهما عليه يحتاج إلى فعل من غير البائع، لأن الاقباض والايخراج بدون القبض والخروج محال، إلا أن يستفاد من الرواية تعلق الضمان على ما كان من فعل البائع والتعبير بالاقباض والايخراج مسامحة مست الحاجة إليها في التعبير. وما ذكره الشهيد من رفع الضمان بالتخلية، يظهر من بعض فروع التذكرة حيث قال لو أحضر البائع السلعة. فقال المشتري ضعه تم القبض لأنه كالتوكيل في الوضع، ولو لم يقل المشتري شيئاً. أو قال لا أريد حصل القبض لوجود التسليم، كما لو وضع الغاصب المغصوب بين يدي المالك، فإنه يبرئ من الضمان، انتهى.

وظاهره أن المراد من التسليم المبحوث عنه ما هو فعل البائع، ولو امتنع المشتري لكنه قدس سره صرح في عنوان المسألة، وفي باب الهبة بضعف هذا القول بعد نسبه إلى بعض الشافعية

ولم يقبضه، فسرق المتاع، من مال من يكون؟ قال (عليه السلام): من مال صاحب المتاع الذي هو

في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله إليه (١) الشارحة لحقيقة القبض بما يوهم خلاف ذلك { ١ } فإنه قيل: إن الاخراج من البيت كناية عن اخرجه عن تحت استيلائه وتمكين المشتري منه فتدل على كفاية الاستيلاء في صدق القبض. وبعبارة أخرى: إن الاخراج إلى المشتري مساوق لاستيلائه، وهذا هو مراد المصنف (رحمه الله) مما أفاده في المقام. وفيه: أولاً: إن الخبر ضعيف السند لمحمد بن عبد الله بن هلال المهمل.

(١) الوسائل - باب ١٠ - من أبواب الخيار حديث ١.

فالظاهر أن مراده بل مراد الشهيد قدس سره رفع الضمان بهذا وإن لم يكن قبضا، بل عن الشهيد في الحواشي أنه نقل عن العلامة (قدس سره) أن التخلية في المنقول وغيره يرفع الضمان، لأنه حق على البائع، وقد أدى ما عليه.

أقول وهذا كما أن اتلاف المشتري يرفع ضمان البائع وسيجيء من المحقق الثاني إن النقل في المكيل والموزون يرفع الضمان وإن لم يكن قبضا.

وقد ظهر مما ذكرنا أن لفظ القبض الظاهر صيغته في فعل المشتري يراد به الاستيلاء على المبيع، سواء في المنقول وغيره، لأن القبض لغة الأخذ مطلقا، أو باليد أو بجميع الكف على اختلاف التعبيرات، فإن أريد الأخذ حسا باليد، فهو لا يتأتى في جميع المبيعات مع أن أحكامه جارية في الكل. فاللازم أن يراد به في كلام أهل اللغة وفي لسان الشرع الحاكم عليه بأحكام كثيرة في البيع والرهن { ١ } والصدقة، وتشخيص ما في الذمة أخذ كل شيء بحسبه وهو ما ذكرنا من الاستيلاء والسلطنة.

وأما ما ذكره بعضهم من اعتبار النقل والتحويل فيه، بل ادعي في الغنية الاجماع على أنه القبض في المنقول الذي لا يكتفي فيه بالتخلية

وثانيا: أنه يمكن أن يقرأ يقبض بالفتح من القبض، ويكون الفاعل هو المشتري، وعليه فالإخراج المعطوف عليه فعله وتصرفه في المبيع، فهو يؤكد ما ذكرناه من عدم كفاية

التخلية والاستيلاء في صدقه.

والظاهر إلى هذا نظر العلامة (رحمه الله) والشهيد (رحمه الله)، حيث استندا إليه في اعتبار النقل في

صدق القبض، وما أفاده يتم إن كان مرادهما من النقل مطلق التصرف الخارجي كما لعله الظاهر، والله العالم.

{ ١ } ثانيها: 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: إن الاستيثاق مقوم حقيقة الرهن، والقبض شرط فيه شرعا، فاعتبار القبض ليس لأجل الاستيثاق.

فهو لا يخلو عن تأمل. وإن شهد من عرفت بكونه موافقا للعرف، في مثل الحيوان، لأن مجرد اعطاء المقود للمشتري أو مع ركوبه عليه قبض عرفا على الظاهر. ثم المراد من النقل 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 النقل في المنقول وإن استدل بها عليه في التذكرة، لما عرفت من أن الإخراج من البيت في الرواية نظير الإخراج من اليد كناية عن رفع اليد والتخلية 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 ادعي دلالته 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 تكيه أو تزنه إلا أن توليه بالذي قام عليه. وصحيحة منصور بن حازم إذا اشترت متاعا فيه كيل أو وزن، فلا تبعه حتى يقبضه 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 طعاما، ثم باعه قبل أن يكيه قال: لا يعجبني أن يبيع كيلا أو وزنا قبل أن يكيه أو يزنه إلا أن يوليه، كما اشتراه إلى غير ذلك مما دل على اعتبار الكيل والوزن لا من حيث اشتراط صحة المعاملة بهما

{ ١ } ثالثها: بيع المكيل والموزون وقد اشتهر أن القبض في المكيل والموزون بالكيل والوزن.

وقد استدل له بجملة من النصوص: كصحيح معاوية (١) وصحيح منصور (٢) وصحيح (٣) علي بن جعفر، وخبر أبي بصير (٤) المذكورة جميعا 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.

وإلا لم يفرق بين التولية وغيرها، فتعين لأمر آخر، وليس إلا من كون ذلك قبضا للاجماع، كما في المختلف على جواز بيع الطعام بعد قبضه، ومنه يظهر ما في المسالك حيث إنه بعد ذكر صحيحة ابن وهب قال: والتحقيق هنا أن الخبر الصحيح دل على النهي عن بيع المكيل والموزون قبل اعتباره بهما، لا على أن القبض لا يتحقق بدونهما، وكون السؤال فيه وقع عن البيع قبل القبض لا ينافي ذلك، لأن الاعتبار بهما قبض وزيادة، وحينئذ فلو قيل بالاكْتفاء في نقل الضمان فيهما بالنقل عملا بالعرف والخبر الآخر، وتوقف البيع ثانيا على الكيل والوزن أمكن إن لم يكن أحداث قول، انتهى. والظاهر أن مراده بالخبر، خبر عقبة بن خالد وقد عرفت عدم ظهوره في اعتبار النقل.

ثم إن ظاهر غير واحد كفاية الكيل والوزن في القبض { ١ } من دون توقف على النقل. والظاهر أنه لا بد مع الكيل والوزن من رفع يد البائع كما صرح به في جامع المقاصد. ولذا نبه في موضع من التذكرة: بأن الكيل شرط في القبض، وكيف كان فالأولى في المسألة

وتقريب الاستدلال بها من وجهين:

الأول: أنها تدل على اعتبار الكيل والوزن، وحيث إنه ليس لأجل اشتراط صحة المعاملة بهما وإلا لم يفرق بين التولية وغيرها، فلا محالة يكون لأمر آخر، وحيث إنه قام الاجماع على جواز بيع الطعام بعد قبضه، فيعلم من ذلك أنه يكون من جهة كونه قبضا.

الثاني: إن جملة من النصوص كصحيح منصور وعلي بن جعفر متضمنة للنهي عن بيع المكيل والموزون قبل القبض، وجملة منها كصحيح معاوية وخبر أبي بصير متضمنة للنهي عن بيعهما قبل الكيل والوزن، { ١ } ومقتضى الجمع بين الطائفتين كون قبضهما هو الكيل والوزن وفي صحيح معاوية شهادة على ذلك.

ما عرفت من أن القبض له معنى واحد يختلف باختلاف الموارد، وأن كون القبض هو الكيل أو الوزن خصوصا في باب الصدقة وتشخيص ما في الذمة مشكل جدا، لأن التعبد الشرعي على تقدير تسليمه مختص بالبيع، إلا أن 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 أيضا. وعن ظاهر المبسوط في باب الهبة أن القبض هي التخلية فيما لا ينتقل والنقل والتحويل في غيره، لكن صرح في باب الرهن بأن كلما كان قبضا في البيوع كان قبضا في الرهن والهبات والصدقات لا يختلف ذلك.

وعن القاضي أنه لا يكفي في الرهن التخلية ولو قلنا بكفايته في البيع، لأن البيع يوجب استحقاق المبيع فيكفي التمكين منه وهنا لا استحقاق بل القبض سبب في الاستحقاق، بل ومقتضى هذا الوجه لحوق الهبة والصدقة بالرهن، وهذا الوجه حكاه في هبة التذكرة عن بعض الشافعية. فقال قدس سره القبض هنا كالقبض في البيع ففيما

لا ينقل ولا يحول التخلية وفيما ينقل ويحول النقل والتحويل وفيما يكال أو يوزن الكيل والوزن،

ومورد النصوص، وكلمات الأصحاب البيوع الثاني، قبل القبض بعد الفراغ عن صحة البيع الأول، الذي هو حرام أو مكروه،

ومحل الكلام أن القبض الرافع للحرمة أو الكراهة هل يكون منحصرًا في الكيل أو الوزن المتجدد بينهما، أم هما من أفرادها، أم لا يكفیان عن القبض، أم يعتبران فيه شرعا زائدا على ما هو حقيقة القبض تعبدا؟

المستفاد من جملة من الأخبار، والنصوص على ما يقتضيه الجمود على ظواهرها: إن البيع الثاني، لا يجوز تحريما، أو تنزيها في المكيل والموزون، قبل الكيل والوزن، وقبل القبض أي الرافع للحرمة أو الكراهة هما معا، وما ادعي من الاجماع على الجواز بعد القبض

وإن لم يكل أو يوزن غير ثابت،

كيف وقد صرح صاحب الجواهر بأن ظاهر النصوص اعتبار الكيل والوزن

ثم حكي عن بعض الشافعية عدم كفاية التخلية في المنقول لو قلنا به في البيع مستندا إلى أن القبض في البيع مستحق وفي الهبة غير مستحق، فاعتبر تحققه ولم يكتف بالوضع بين يديه. ولذا لو أتلّف المتهم الموهوب لم يصر قابضا بخلاف المشتري، ثم ضعفه بأنه ليس بشيء لاتحاد القبض في الموضوعين واعتبار العرف فيهما، انتهى. وظاهر عدم اكتفائه هنا بالوضع بين يديه مخالف للفرع المتقدم عنه إلا أن يلتزم بكفاية التخلية في رفع الضمان، وإن لم يكن قبضا كما أشرنا إليه سابقا. فرعان الأول: قال في التذكرة لو باع دارا أو سفينة مشحونة بأمتعة البائع ومكنه منها بحيث جعل له تحويلها من مكان إلى مكان كان قبضا، وقال أيضا إذا كان المبيع في موضع لا يختص بالبائع كفي في المنقول النقل من حيز إلى حيز وإن كان في موضع يختص به، فالنقل من زاوية إلى أخرى بغير إذن البائع لا يكفي لجواز التصرف، ويكفي لدخوله في ضمانه وإن نقل بإذنه حصل القبض، وكأنه استعار البقعة المنقول إليها.

الثاني: قال في المسالك لو كان المبيع مكيلا أو موزونا فلا يخلو إما أن يكون قد كيل قبل البيع أو وزن أو لا بأن أخبر البائع بكيله أو وزنه، أو باعه قدرا معيناً من صبرة مشتملة عليه، فإن كان الآخر فلا بد في تحقيق قبضه من كيله أو وزنه، للنص المتقدم، وإن كان الأول ففي افتقاره إلى الاعتبار ثانيا لأجل القبض أو الاكتفاء بالاعتبار الأول وجهان

حتى مع القبض، وحينئذ يبقى سؤال وهو:

إنه في صحيح معاوية سئل عن البيع قبل القبض، وأجاب (عليه السلام) بأنه في المكيل والموزون لا يبيع قبل الكيل والوزن، ولو لم يكن القبض هو الكيل والوزن لما صح ذلك ويمكن أن يقال: إنه إذا كان المبيع كليا لا يعتبر في صحته فعلية الكيل والوزن، وإنما يكفي بتقديره بمقدار معين كميلا أو وزنا، ولكن يعتبر فعليتهما في مقام الوفاء وتطبيق الكلي

على الفرد، وتعيينه الفرد، وحيث إن تطبيق الكلي على الفرد وتعيينه فيه متوقف على قبول المشتري وقبضه، فمجرد الكيل أو الوزن الفعلي من دون قبض من صاحب الحق لا يوجب التعيين، بل هو كيل مال البائع لا كيل مال المشتري.

من اطلاق توقف الحكم على الكيل والوزن. وقد حصلنا وقوله (عليه السلام) في النص حتى تكيله أو تزنه لا يدل على اعتبار أزيد من اعتبار الكيل والوزن الشامل لما وقع قبل البيع. ومن أن الظاهر أن ذلك لأجل القبض لا لتحقيق شرط صحة البيع الثاني، فلا بد له من اعتبار جديد بعد العقد وبه صرح العلامة والشهيد وجماعة وهو الأقوى ويدل عليه قوله (عليه السلام) إلا أن يوليه فإن الكيل السابق شرط لصحة البيع فلا بد منه في التولية وغيرها فدل على أن ذلك لأجل القبض لا لصحة البيع، انتهى المهم من كلامه (رحمه الله).

أقول يبعد التزام القائلين بهذا القول ببقاء المكيل والموزون بعد الكيل والوزن والعقد عليه والأخذ والتصرف في بعضه في ضمان البائع حتى يكيله ثانياً أو يزنه وإن لم يرد بيعه ثانياً، وكذا لو كاله وقبضه ثم عقد عليه وقد تفتن لذلك المحقق الأردبيلي (رحمه الله) فيما حكى من حاصل كلامه حيث نزل ما دل على اعتبار الكيل والوزن في البيع الثاني على ما إذا لم يعلم كيله أو وزنه، بل وقع البيع الأول من دون كيل، كما إذا اشترى أصوعاً من صبرة مشتملة عليها أو اشترى باخبار البائع. أما إذا كاله بحضور المشتري، ثم باعه إياه فأخذه وحمله إلى بيته وتصرف فيه بالطحن والعجن والخبز، فلا شك في كونه قبضاً مسقطاً للضمان مجوز للبيع، ولا يلزم تكلف البائع بكيله مرة أخرى للاقباض، إلى أن قال: ما حاصله أن كون وجوب الكيل مرة أخرى للقبض مع تحقيقه أولاً عند الشراء كما نقله في المسالك عن العلامة والشهيد وجماعة (قدس الله أسرارهم) وقواه ليس بقوي، انتهى.

وقال في جامع المقاصد عند شرح قول المصنف إن التسليم بالكيل والوزن فيما يكال أو يوزن على رأي المراد به الكيل الذي يتحقق به اعتبار البيع، ولا بد من رفع البائع يده عنه، فلو وقع الكيل ولم يرفع البائع يده، فلا تسليم ولا قبض، ولو أخبره البائع بالكيل أو الوزن فصدقه، وأخذ على ذلك حصل القبض، كما نص عليه في التذكرة، ثم قال: ولو أخذ المبيع جزافاً أو ما اشتراه كيلاً وزناً أو بالعكس، فإن تيقن حصول الحق فيه صح، وإلا فلا، ذكره في التذكرة، والذي ينبغي أن يقال: إن هذا الأخذ باعطاء البائع موجب لانتقال ضمان المدفوع إلى المشتري، وانتفاء سلطنة البائع، لو أراد حبسه ليقبض الثمن لا التسلط على بيعه، لأن بيع ما يكال أو يوزن قبل كيله أو وزنه على التحريم أو الكراهة

ولو كيل قبل ذلك فحضر كيله أو وزنه، ثم اشتراه وأخذه بذلك الكيل فهو، كما لو أخبره بالكيل أو الوزن بل هو أولى، انتهى.

ثم الظاهر أن مراد المسالك مما نسبه إلى العلامة والشهيد وجماعة من وجوب تجديد الاعتبار لأجل القبض، ما ذكره في القواعد تفريعا 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 إلا 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، أو أخبره البائع فصدقه لكفى نقله وقام ذلك مقام كيله. وفي الدروس بعد تقوية كفاية التولية في رفع الضمان لا في زوال تحريم البيع أو كراهته قبل القبض، قال: نعم لو خلي 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، وإن كيل أو وزن قبل ذلك، لكن الانصاف أنه ليس في كلامهم ولا غيرهم ما يدل على أن الشيء الشخصي المعلوم كيله أو وزنه قبل العقد إذا عقد عليه وجب كيله مرة أخرى، لتحقق القبض، كما يظهر من المسالك، فلا يبعد أن يكون كلام الشيخ قدس سره ومن تبعه في هذا القول وكلام العلامة. ومن ذكر فروع هذا القول مختصا بما إذا عقد على كيل معلوم من كلي أو من صبرة معينة، أو على جزئي محسوس، على أنه كذا وكذا، فيكون مراد الشيخ والجماعة من قولهم اشترى مكايلة، أنه اشترى بعنوان الكيل والوزن، في مقابل ما إذا اشترى ما علم كيله سابقا من دون تسمية الكيل المعين في العقد، لكونه لغوا.

والظاهر أن هذا هو الذي يمكن أن يعتبر في القبض في غير البيع أيضا من الرهن والهبة، فلو رهن إناء معين من صفر مجهول الوزن أو معلوم الوزن أو وهبه خصوصا على القول بجواز هبة المجهول. فالظاهر أنه لا يقول أحد بأنه يعتبر في قبضه وزنه، مع عدم تعلق غرض في الهبة بوزنه أصلا.

نعم لو رهن أو وهب مقدارا معيناً من الكيل أو الوزن، أمكن القول باشتراط

اعتباره في قبضه، وأن قبضه جزافا كلا قبض، فظهر أن قوله في القواعد اشترى مكايلة وهو العنوان المذكور في المبسوط لهذا القول، كما عرفت عند نقل الأقوال يراد به ما ذكرنا لا ما عرفت من جامع المقاصد.

ويؤيده تكرار المكايلة في قوله وباع مكايلة، ويشهد له أيضا قوله في موضع آخر لو أخذ ما اشترى كيلا وزنا وبالعكس، فإن تيقن حصول الحق فيه، الخ.

وأظهر من ذلك فيما ذكرنا ما في المبسوط، فإنه بعد ما صرح باتحاد معنى القبض في البيع والرهن وغيرهما، ذكر أنه لو رهن صبرة على أنه كيل كذا، فقبضه أن يكيه ولو رهنها جزافا فقبضه أن ينقله من مكانه مع أنه اختار عدم جواز بيع الصبرة جزافا، فافهم. وأما قوله في الدروس فلا يكفي الاعتبار الأول عن اعتبار القبض، فلا يبعد أن يكون تنمة لما قبله من قوله نعم لو خلي بينه وبينه فامتنع حتى يكتاله، ومورده بيع كيل معين كلي، فلا يدل على وجوب تجديد اعتبار ما اعتبر قبل العقد، ثم إن ما ذكره في المسالك في صحيحة ابن وهب أولا من أن قوله لا يبيعه حتى يكيه يصدق مع الكيل السابق، ثم استظهاره ثانيا بقريضة استثناء بيع التولية أن المراد غير الكيل المشترك في صحة العقد لم يعلم له وجه، إذ المراد من الكيل والوزن في تلك الصحيحة وغيرها هو الكيل المتوسط بين البيع الأول والثاني. وهذا غير قابل لإرادة الكيل المصحح للبيع الأول، فلا وجه لما ذكره أولا أصلا، ولا وجه لإرادة المصحح للبيع الثاني حتى يكون استثناء التولية قريضة على عدم إرادته لاشترائك التولية مع غيرها في توقف صحتهما على الاعتبار، لأن السؤال عن بيع الشيء قبل قبضه، ثم الجواب بالفرق بين المكيل والموزون لا يمكن ارجاعها إلى السؤال والجواب عن شرائط البيع الثاني بل الكلام سؤالاً وجواباً نص في إرادة قابلية المبيع قبل القبض للبيع وعدمها فالأولى أن استثناء التولية ناظر إلى الفرق بين البيع مكايلة، بأن يبيعه ما اشتراه على أنه كيل معين، فيشترط قبضه بالكيل والوزن، ثم اقباضه، وبين أن يوليه البيع الأول من غير تعرض في العقد لكيه ووزنه، فلا يعتبر توسط قبض بينهما، بل يكفي قبض المشتري الثاني عن الأول.

وبالجملة فليس في الصحيحة تعرض لصورة كيل الشيء أولاً قبل البيع، ثم العقد عليه والتصرف فيه بالنقل والتحويل، وأن يبعه ثانياً بعد التصرف هل يحتاج إلى كيل جديد لقبض البيع الأول، لا لاشتراط معلومية المبيع في البيع الثاني أم لا؟ بل ليس في كلام المتعرضين لبيع ما لم يقبض تعرض لهذه الصورة.

القول في وجوب القبض

مسألة: يجب على كل من المتبايعين تسليم ما استحقه الآخر بالبيع { ١ }
لاقتضاء العقد، لذلك { ٢ }

ففعلية الكيل والوزن مساوقة لقبض المشتري وقبوله، وعلى هذا تنزل كلمات من نسب إليه كون قبض المكيل والموزون بكيله أو وزنه، واستثناء التولية إنما يكون مناسباً لهذا المقام كما أفاده بعض الأكابر، فإنه يوليه البيع الصحيح، ويكون هو المباشر لما يكون وفاء، فكأن اعتبار بيع التولية اعتبار قيام المشتري الثاني مقام المشتري الأول في الطرفية للبيع لا أنه يبع جديد حتى يعتبر فيه قبض البائع في البيع الثاني، هكذا أفيد.

القول في وجوب القبض

{ ١ } الثانية يجب على كل من المتبايعين تسليم ما استحقه الآخر بالبيع

بلا خلاف وعن غير واحد دعوى الاجماع عليه

وتنقيح القول بالبحث في مقامين:

الأول: في دليل وجوب التسليم، وأنه هل يجبر عليه لو امتنع من وجب عليه أم لا؟

الثاني: في الفروع المتفرعة عليه.

أما المقام الأول: فيدل عليه أمران:

{ ٢ } أحدهما: إن مقتضى العقد مالكية كل من المتبايعين لمال الآخر ومن لوازم

الملك وآثاره سلطنة المالك على ماله بالتصرف فيه بأي نحو شاء

فإن قال كل منهما: لا أدفع حتى أقبض، فالأقوى اجبارهما معا، { ١ } وفاقا للمحكي عن السرائر والشرائع وكتب العلامة والايضاح والدروس وجامع المقاصد والمسالك

وبدفع مزاحمة الغير ومطالبته عمن بيده المال ووجوب الدفع عليه، وحيث إن هذا من لوازم الملك والملك مقتضى العقد، فيصح أن يقال إن العقد يقتضي وجوب التسليم من حيث مدلوله الالتزامي، ولازم هذا الوجه وجوب التسليم وإن امتنع الآخر عنه، لأن ظلم أحد لا يسوغ ظلم الآخر.

ولو امتنع عن التسليم هل يجبر عليه من غير ناحية الأمر بالمعروف أم لا؟ ربما يقال إنه لا يجبر، لأنه ليس له إلا الملك، ولا أثر للملك إلا السلطنة التكليفية، ولا وجوب على من بيده المال إلا بعنوان أداء مال الغير، والاجبار إنما يكون لو امتنع عن حق كي يرفع أمره إلى الحاكم الذي هو ولي الممتنع. ولكن الأظهر أنه يجبر عليه، لأن الحاكم ولي من امتنع عن حق الغير أو ماله، ولذا لو كان المال الموروث عند شخص وامتنع عن أدائه يتولاه الحاكم أو يجبره على الدفع من باب ولايته على الممتنع.

وبعبارة أخرى: إنه وإن لم يجبر عليه من ناحية وجوب التسليم الذي هو على هذا المسلك تكليف محض، ولكن يجبر عليه من ناحية موضوعه وهو مال الغير. ثانيهما: إن 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.
وأما المقام الثاني: فالفروع المذكورة أربعة:
{ ١ } أحدها: إنه لو امتنعا معا عن التسليم فالمشهور بين الأصحاب أنهما يجبران

وغيرها، وعن ظاهر التنقيح الاجماع عليه، لما في التذكرة من أن كلا منهما قد وجب له حق على صاحبه، { ١ } وعن الخلاف أنه يجبر البائع أولاً على تسليم المبيع، ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن، سواء كان الثمن عيناً أو في الذمة، لأن الثمن إنما يستحق على المبيع، فيجب أولاً تسليم المبيع ليستحق الثمن، ولعل وجهه دعوى انصراف اطلاق العقد إلى ذلك. { ٢ } ولذا استقر العرف إلى تسمية الثمن عوضاً وقيمة ولذا يقبحون مطالبة الثمن قبل دفع المبيع، كما يقبحون مطالبة الأجرة قبل العمل، أو دفع العين المستأجرة، والأقوى ما عليه الأكثر، ثم إن ظاهر جماعة أن محل الخلاف في هذه المسألة بين الخاصة والعامة، ما لو كان كل منهما باذلاً وتشاحاً في البدئة والتسليم لا ما إذا امتنع أحدهما عن البذل. قال في المبسوط بعد اختياره، أولاً اجبارهما معا على التقابض، ثم الحكم بأن تقديم البائع في الاجبار أولى، قال هذا إذا كان كل منهما باذلاً،

معا لو امتنعا وعن التنقيح الاجماع عليه، وعن الخلاف والمبسوط والغنية وغيرها: أنه يجبر البائع أولاً على تسليم المبيع، ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن.

وهناك قولان آخران للعامة

الأول: أنه يجبر المشتري أولاً على تسليم الثمن.

الثاني: أنه لا يجبران معا.

{ ١ } واستدل للأول: بأن كلا منهما امتنع عما وجب عليه فيجبر عليه

واستدل للثاني:

بأن الثمن تابع للمبيع، ويستحق عليه، فيجب أولاً تسليم المبيع ليستحق الثمن.

{ ٢ } ووجهه المصنف (رحمه الله): بانصراف اطلاق العقد إلى ذلك ولذا استقر العرف

إلى

تسمية الثمن عوضاً وقيمة ويقبحون مطالبة الثمن قبل دفع المبيع،

وبأنه بتسليمه يستقر البيع ويتم، إذ لو تلف قبل القبض كان من مال البائع.

ويرد على الأول: إن الثمن عوض لا تابع، وإنما يتصف كل من المبيع والثمن بالعوضية

في مرتبة واحدة وأن واحد، وهو عند تمامية العقد من دون سبق ولحوق أصلاً،

وأما إذا كان أحدهما غير باذل أصلا، وقال لا أسلم ما على { ١ } أجبره الحاكم على البذل، فإذا حصل البذل حصل الخلاف في أن أيهما يدفع هذا إذا كان موسر قادرا على احضار الثمن، فإن كان معسرا كان للبائع الفسخ والرجوع إلى عين ماله كالمفلس، انتهى.

وقال في التذكرة توهم قوم أن الخلاف في البدئة بالتسليم خلاف في أن البائع هل له حق الحبس أم لا، إن قلنا بوجوب البدئة للبائع، فليس له حبس المبيع إلى استيفاء الثمن، وإلا فله ذلك، ونازع أكثر الشافعية فيه وقالوا هذا الخلاف مختص بما إذا كان نزاعهما في مجرد البدئة، وكان كل منهما يبذل ما عليه، ولا يخاف فوت ما عند صاحبه، فأما إذا لم يبذل البائع المبيع، وأراد حبسه خوفا من تعذر تحصيل الثمن، فله ذلك بلا خلاف، وكذا للمشتري حبس الثمن خوفا من تعذر تحصيل المبيع، انتهى. وقد صرح بعض آخر أيضا بعدم الخلاف في جواز الحبس، لامتناع الآخر من التسليم، ولعل الوجه فيه إن عقد البيع مبني على التقابض، وكون المعاملة يدا بيد، فقد التزم كل منهما بتسليم العين مقارنا لتسليم صاحبه، والتزم على صاحبه أن لا يسلمه مع الامتناع، فقد ثبت باطلاق العقد، لكل منهما حق الامتناع مع امتناع صاحبه، فلا يرد أن وجوب التسليم على كل منهما ليس مشروطا بتحقيقه من الآخر، فلا يسقط التكليف بأداء مال الغير عن أحدهما بمعصية الآخر، وأن ظلم أحدهما لا يسوغ ظلم الآخر هذا كله مع عدم التأجيل في أحد العوضين،

وفيه: إن دليل الوجوب إن كان ما دل على وجوب رد المال إلى صاحبه فهو مطلق غير مشروط، وإن كان هو الشرط الضمني، وهو وإن كان مقيدا بتسليم الآخر على ما ستعرف إلا أنه ليس مقيدا بعدم امتناع الآخر مطلقا حتى فيما إذا كان امتناعه لأجل امتناع هذا عن التسليم، فتدبر فإنه دقيق، فالأظهر هو القول الأول.

{ ١ } ثانيها: إنه لو امتنع أحدهما عن التسليم مع تمكين الآخر من التسليم فإنه يجبر عليه، وهل يجب التسليم على صاحبه ما لم يجبر عليه كما عن المحقق الأردبيلي، أم يجوز له

عدم التسليم كما عن المشهور؟ وجهان:

فلو كان أحدهما مؤجلا لم يجز حبس الآخر. { ١ } قال في التذكرة: ولو لم يتفق تسليمه حتى حل الأجل لم يكن له الحبس أيضا ولعل وجهه أن غير المؤجل قد التزم بتسليمه من دون تعليق على تسليم المؤجل أصلا وهذا مما يؤيد أن حق الحبس ليس لمجرد ثبوت حق للحابس على الآخر، فيكون الحبس بإزاء الحبس،

قد استدل للأول: بأن الانتقال بالعقد يقتضي وجوب الدفع على كل واحد منهما، ومنع أحدهما حق الآخر وظلمه لا يجوز الظلم للآخر ومنعه حقه، واستجوده المحدث البحراني (رحمه الله).

ولكن الأظهر هو الثاني، فإنه التزم كل منهما في ضمن العقد أن يسلم بإزاء التسليم، ولازم ذلك عدم المطالبة مع عدم التسليم، ومعه فليس للممتنع مطالبة صاحبه، ومن المعلوم أنه لا يجب دفع ما لا يستحق صاحبه مطالبته.

وإن شئت قلت: إن الالتزام بالتسليم المعاوضي ينحل إلى التزامين: الالتزام بالتسليم عند تسليم الآخر، والالتزام بعدم التسليم مع امتناعه عنه. { ١ } ثالثها: إنه لو كان تسليم أحد العوضين مؤجلا لا اشكال في أنه لا يجب على مشترط التأخير التسليم ويجب على غيره،

إنما الكلام فيما إذا لم يسلم غير مشترط التأخير حتى حل الأجل، وأنه هل لكل تسليم حكم نفسه، فلو امتنع أحدهما عنه ليس للآخر الامتناع عنه كما عن الأكثر، أم يعود حكم التقابض؟ وجهان مبنيان على أنه كما لا التزام بالتسليم المعاوضي قبل حلول الأجل هل لا يكون التزام به بعده أيضا،

أم هناك التزام بالتسليم المطلق قبل حلول الأجل، وبالتسليم المعاوضي بعده إذا فرض عدم تسليم غير المؤجل. صريح الجواهر والتبصرة وغيرهما هو الأول، ولكن المراجع إلى أهل العرف يطمئن بالثاني أفرض أنه بعد العقد المذكور اطمأن غير مشترط التأخير بأن صاحبه لا يسلم بعد حلول الأجل، فهل يلزمه أهل العرف بالتسليم، كلا وليس ذلك إلا لأجل الالتزام الضمني، فالأظهر هو الثاني.

ثم إن 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 يصح القبض، { ١ } فصحة القبض بأحد أمرين: أما قبض ما في يده لصاحبه فله حينئذ قبض ما في يد صاحبه ولو بغير إذنه، وأما إذن صاحبه سواء أقبض ما في يده أم لا؟ كما صرح بذلك في المبسوط والتذكرة، وصرح فيهما بأن له مطالبة القابض برد ما قبض بغير إذنه، لأن له حق الحبس والتوثق إلى أن يستوفي العوض، وفي موضع من التذكرة أنه لا ينفذ تصرفه فيه، { ٢ } ومراده التصرف المتوقع على القبض، كالبيع أو مطلق الاستبدال، ثم إذا ابتداء أحدهما بالتسليم إما لوجوبه عليه كالبائع على قول الشيخ، أو لتبرعه بذلك أجز الآخر على التسليم، ولا يحجر عليه في ما عنده من العوض، ولا في مال آخر لعدم الدليل.

مسألة: يجب على البائع تفريغ المبيع من أمواله مطلقاً ومن غيرها في الجملة، { ٣ } وهذا

{ ١ } رابعها: إنه بناء على الالتزام بالتسليم المعاوضي لو قبض الممتنع ماله بغير إذن صاحبه، فلا كلام في أن لصاحبه استرداده، لأنه وإن كان ماله إلا أن المفروض أن لصاحبه حق الامتناع عن تسليمه وتسلمته على حبسه مع امتناع القابض عن التسليم، { ٢ } إنما الكلام في تصرفاته وأنها هل تجوز أم لا. وفي الجواهر: اختيار الثاني واستدل له: بأنه المناسب للارفاق، وحديث الضرار.

وفيه: إن المناسب للارفاق وحديث الضرار هو الأول، فإنه ماله، ولا يكون متعلقاً لحق الغير، إذ لم يثبت بالالتزام إلا 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 أنه يجب على البائع تفريغ المبيع من أمواله مطلقاً ومن غيرها في الجملة.

وهذا الوجوب ليس شرطيا بالنسبة إلى التسليم، { ١ } وإن أوهمه بعض العبارات ففي غير واحد من الكتب أنه يجب تسليم المبيع مفرغا، والمراد ارجاع الحكم إلى القيد وإلا فالتسليم يحصل بدونه، وقد تقدم عن التذكرة، وكيف كان فيدل على وجوب التفريغ ما دل على وجوب التسليم، فإن اطلاق العقد، كما يقتضي أصل التسليم كذلك يقتضي التسليم مفرغا، { ٢ } فإن التسليم بدونه كالعدم بالنسبة إلى غرض المتعاقدين، { ٣ } وإن ترتب عليه أحكام تعبدية كالدخول في ضمان المشتري ونحوه، فلو كان في الدار متاع وجب نقله فورا، فإن تعذر ففي أول أزمنا الامكان

وتنقيح القول في المقام بالبحث في فروع:

{ ١ } الأول: يجب على البائع تفريغ المبيع من أمواله ومن غيرها إلا مع علم المشتري باشتغاله به ورضاه بذلك، والدليل عليه ما دل على وجوب التسليم من الوجهين. الثاني: إن وجوب التفريغ هل هو نفسي كوجوب التسليم أو شرطي؟ ظاهر كلمات القوم هو الثاني حيث قالوا: يجب التسليم مفرغا. واستدل المصنف (رحمه الله) للأول بوجهين: { ٢ } أحدهما: إن اطلاق العقد كما يقتضي أصل التسليم كذلك يقتضي التسليم مفرغا والمراد بالاطلاق أما هو الشرط المضمّر، أو أن مقتضى العقد هو ملكية كل من المتعاقدين لما في يد الآخر، ويترتب على كل منهما آثار الملكية منها سلطنة مالكه عليه ودفع مزاحمة الغير، وترك التفريغ مزاحمة له في سلطانه على الانتفاع بماله فيجب التفريغ دفعا للمزاحمة. والظاهر أن مقتضى كلا الوجهين ما أفاده من الوجوب النفسي، أما الثاني: فواضح، أما الأول: فلأن الشرط ليس واحدا وهو التسليم التام، بل هو اثنان لتعدد الغرض من كون المبيع تحت سلطانه، والانتفاع به بجميع الانتفاعات. { ٣ } ثانيهما: إن التسليم بدونه كالعدم بالنسبة إلى غرض المتعاقدين.

ولو تراخى زمان الامكان، وكان المشتري جاهلا كان له الخيار، لو تضرر بفوات بعض منافع الدار عليه. { ١ } وفي ثبوت الأجرة لو كان لبقائه أجرة إلى زمان الفراغ وجه، ولو كان تأخير التفريغ بتقصيره فينبغي الجزم بالأجرة، { ٢ } كما جزموا بها مع امتناعه من أصل التسليم.

وفيه: إنه لو تم لدل على الوجوب الشرطي لا النفسي كما لا يخفى.

{ ١ } الثالث: لو تراخى زمان الامكان ومضت مدة ولم يتمكن البائع من التفريغ أو لم يفرغ فقد حكم المصنف (رحمه الله) بالخيار مع شرطين، وهما: كون المشتري جاهلا، وتضرره بفوات بعض المنافع. والظاهر أن نظره إلى حديث لا ضرر المختص بصورة التضرر والجهل، ولكن بما أن هذا الخيار يمكن اثباته من باب تخلف الشرط، فلا يكون مقيدا بصورة التضرر وفوات بعض المنافع.

{ ٢ } الرابع: لو مضت مدة وفات فيها بعض المنافع فإن كان بتقصير منه كان نفويتا للمنفعة فتشمله قاعدة من أتلّف (١) ويثبت ضمانه، وإن لم يكن كذلك، فإن كان الفوات - أي فوات المنفعة - مستندا إليه ولو كان من غير اختيار منه ضمن لقاعدة من أتلّف وإلا فلا، إذ لا اتلاف، ولا يد (٢) عليها لفرض كونها تحت يد المشتري، فلا موجب للضمان.

وأما قاعدة احترام مال المسلم (٣) وقاعدة نفي الضرر، (٤) فقد تقدم في الجزء الثالث من هذا الشرح أنه لا يمكن اثبات الضمان بهما.

-
- (١) قاعدة استفادة من مضامين الأخبار وعليها الاجماع.
(٢) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠ كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧.
(٣) الوسائل - باب ٣ - من أبواب القصاص في النفس حديث ٣.
(٤) الوسائل - باب ١٧ - من أبواب الخيار وقد مر في خيار الغبن عمدة مصادر الحديث.

ولو كان في الأرض زرع قد أحصد وجب إزالته لما ذكرنا، وإن لم يحصد { ١ }
وجب الصبر إلى بلوغ أو أنه للزوم تضرر البائع بالقلع. { ٢ } وأما ضرر المشتري
فينجبر بالخيار مع الجهل، { ٣ } كما لو وجدها مستأجرة، ومن ذلك يعلم عدم الأجرة
لأنه اشترى أرضا تبين أنها مشغولة

حكم ما لو كانت الأرض مشغولة بالزرع
{ ١ } الخامس: لو كانت الأرض مشغولة بزرع للبائع لم يبلغ أو أن حصاده
ففيه جهات من البحث:
الأولى: إنه هل يجب على المشتري الصبر إلى بلوغ أو أنه، أم له السلطنة على المنع
من ابقاء الزرع، أم له القلع أو الإلزام بقلعه؟
{ ٢ } قد استدل للأول: بلزوم تضرر البائع بالمنع من الإبقاء والقلع فسلطنة
المشتري على المنع من الإبقاء مرفوعة بقاعدة نفي الضرر.
وأورد عليه تارة: بأن البائع أقدم على هذا الضرر ببيعه الذي هو نقل للمنافع إلى
ملك الغير تبعا للأرض.
وأخرى: بأنه معارض بتضرر المشتري من عدم سلطنته على المنع وكون ذلك تحت
استيلاء البائع.
{ ٣ } ودفع ذلك بانجبار ضرره بالخيار كما في المتن غريب
فإن لزوم البيع ليس ضروريا كي يثبت الخيار، بل الموجب للضرر هو سلطنة البائع
على الإبقاء وعدم سلطنة المشتري على المنع، ومعلوم أن القاعدة إنما ترفع كل حكم كان
ضروريا ولا تدل على رفع حكم آخر وإن لزم منه عدم الضرر من هذا الحكم.
وفيهما نظر:
أما الأول: فلأن صدق الإقدام على الضرر يتوقف على ثبوت السلطنة للمشتري
على المنع عن الإبقاء، وهي مرفوعة بالحديث، فلا إقدام على الضرر.
وإن شئت قلت: إن صدق الإقدام متوقف على ثبوت السلطنة، وهو يتوقف على
صدق الإقدام وإلا فهي ترتفع بالحديث، وهذا دور.

فلا يثبت أكثر من الخيار، { ١ } ويحتمل ثبوت الأجرة، لأنه اشترى أرضاً لا يستحق عليها الاشتغال بالزرع، والمالك قد ملك الزرع غير مستحق للبقاء فيتخير بين ابقائه بالأجرة { ٢ } وبين قلعه، لتقديم ضرر القلع على ضرر فوات منفعة الأرض بالأجرة، ويحتمل تخيير المشتري بين ابقائه بالأجرة وقلعه بالأرض، ويحتمل ملاحظة الأكثر ضرراً

وأما الثاني: فلأن عدم السلطنة لا يكون مشمولاً لحديث لا ضرر فإنه مختص بالأحكام الوجودية، والبائع لا سلطنة له على الإبقاء، فإن الإنسان مسلط على مال نفسه دون مال غيره، والسلطنة على الإبقاء سلطنة على مال الغير، فعدم هذه السلطنة لعدم المقتضي لا لوجود المانع،

فالأظهر أنه لا سلطنة له على المنع من الإبقاء أو القلع أو الإلزام بقلعه.

{ ١ } الثانية: هل للمشتري الخيار مع الجهل أم لا؟ الظاهر ذلك لتخلف الشرط

المضمر، فإن بناء المتعاقدين ارتكازاً كما ما مر على تسليم المبيع مفرغاً.

{ ٢ } الثالثة: هل للمشتري الأجرة مع اختيار البائع الإبقاء وعدم أعمال المشتري

للخيار أم لا؟

الأظهر هو الأول، فإن العين بما لها من المنافع تنتقل بالبيع إلى المشتري، والبائع

يستوفي منفعتها المملوكة له بابقاء الزرع، فلا بد من دفع الأجرة لاحترام مال المسلم.

ودعوى أن احترام المال سقط بمقتضى حديث لا ضرر الدال على أنه لا سلطنة

للمشتري على المنع من ابقاء الزرع ومعه لا وجه للبناء على بقاء احترامه وعدم ذهابه هدرًا،

مندفعة بأن لكل مال مضاف إلى مسلم حيثيتين: حيثية المالية، وحيثية الملكية،

ولكل منهما احترام، ومقتضى الاحترام من حيثية الأولى عدم ذهابه بلا تدارك، ومقتضى

الاحترام من حيثية الثانية عدم مزاحمة المالك في سلطانه بالتصرف فيه من غير إذنه

ورضاه.

وحديث لا ضرر إنما أسقط الاحترام من حيثية الثانية، ولا وجه لسقوط الاحترام

من حيثية الأولى، فالأظهر ثبوت الأجرة.

ولو احتاج تفريغ الأرض إلى هدم شئ { ١ } هدمه بإذن المشتري، { ٢ } وعليه طم ما يطم برضى المالك واصلاح ما استهدم أو الأرش { ٣ } على اختلاف الموارد، فإن مثل قلع الباب أو قلع ساحة منه اصلاحه إعادته بخلاف هدم حائط، فإن الظاهر لحوقه بالقيمي في وجوب الأرش له والمراد بالأرش قيمة الهدم لا أرش العيب. { ٤ } وبالجملة فمقتضى العرف الحاق بعض ما استهدم بالمثلي وبعضه بالقيمي، ولو الحق مطلقا بالقيمي كان له وجه، ويظهر منهم فيما لو هدم أحد الشريكين الجدار المشترك بغير إذن صاحبه أقول ثلاثة

لو احتاج تفريغ الأرض إلى هدم شئ
{ ١ } السادس: لو احتاج تفريغ الأرض إلى هدم شئ هدمه
والكلام في هذا الفرع أيضا في جهات:
{ ٢ } الأولى: هل يتوقف الهدم على إذن المشتري أم لا؟
ربما يقال بعدم التوقف نظرا إلى أن شرط التفريغ شرط لذلك كله، وبناء عليه قيل
لا يجب بعد الهدم اصلاح ما أفسد.
وفيه: إن شرط التفريغ ليس إلا شرط كون الدار فارغة لا شرط فعل البائع، مع أنه
شرط له لا عليه، وعليه فلو سلم كون الشرط هو التفريغ المتوقف على الهدم لا وجه للقول
بعدم وجوب الاصلاح، إذ قد عرفت أن للمال المضاف إلى المسلم بالإضافة الملكية
حيثيتين، ولكل منهما احترام، وسقوط احترامه من إحدى حيثيتين لا يوجب سقوطه
من حيثية الأخرى.
{ ٣ } الثانية: إنه بعد الهدم هل يجب إعادته أو الأرش أم هناك فرق بين ما كان مثليا
كحائط البساتين فالإعادة، وبين ما لم يكن كذلك فالأرش؟ وجوه،
والأظهر هو الأخير، ولا يخفى وجهه.
الثالثة: إن الأرش الذي يؤخذ هل هو قيمة الهدم أو أرش العيب؟
{ ٤ } صرح المصنف بالأول، وهو الأظهر فإن هذا العيب إنما طرأ بإذن المشتري
وإنما يحكم بضمان القيمة لا جل الاحترام بالتقريب المتقدم.

الإعادة مطلقاً، كما في الشرائع. وعن المبسوط والأرشد كذلك، كما عن العلامة
والمحقق والشهيد الثانيين، والتفصيل بين ما كان مثلياً كحائط البساتين والمزارع وإلا
فالأرشد كما عن الدروس، والظاهر جريان ذلك في كسر الباب والشبايك وفتق،
الثوب من هذا القبيل.

مسألة لو امتنع البائع من التسليم، { ١ } فإن كان لحق، كما لو امتنع المشتري عن
تسليم الثمن فلا إثم، وهل عليه أجره مدة الامتناع احتمله في جامع المقاصد، إلا أن
منافع الأموال الفاتئة بحق لا دليل على ضمانها، { ٢ }

لو امتنع البائع عن التسليم

{ ١ } الرابعة: في امتناع البائع عن التسليم وفيها فروع:

الأول: إنه لو كان الامتناع لا عن حق لا كلام في ضمان المنافع، فإنه كغيره من
الغاصبين.

الثاني: إذا كان امتناعه عن حق، فإن استوفى البائع المنفعة ضمن بلا كلام لاستيفائه
منافع مال الغير، وإن لم يستوفها ففيه وجهان بل قولان،
قد استدلل للضمان: بأن جواز الحبس غير سقوط حق المنفعة.

توضيحه: إن مقتضى اليد والاتلاف الضمان، ولا مانع سوى جواز الحبس، وهو
لا يصلح للمانعية، والمصنف قال:

{ ٢ } إلا أن منافع الأموال الفاتئة بحق لا دليل على ضمانها

توضيحه: إن مال الغير إذا جاز حبسه إما أن يكون من جهة كونه أمانة مالكية، أو
يكون من جهة كونه أمانة شرعية، ولكل منهما وجه في المقام، فإن الالتزام بالتقايض
المعاوضي مقتضاه استحقاق الحبس، وهو أقوى من التأمين المالكي، والمفروض أن
الشارع

الأقدس أيضاً رخص في الحبس، وعلى التقديرين لا ضمان، إذ لا سبيل على الأمين.

وعلى المشتري نفقة المبيع، { ١ } وفي جامع المقاصد ما أشبه هذه بمثل منع 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 إجابته وجهان، ولو كان امتناعه لا لحق وجب عليه الأجرة، لأنه عاد ومقتضى القاعدة أن نفقته على المشتري.

{ ١ } الثالث: هل على المشتري نفقة المبيع أم لا أم هناك تفصيل بين كونه عن حق فعليه النفقة، وبين كونه لا عن حق فعلى البائع؟ وجوه، أظهرها الأخير، فإن الحبس عن حق لا يوجب سقوط نفقة المملوك عن مالكه فضلاً عن ثبوتها للبائع،
وأما في الحبس لا عن حق فمقتضى صحيح أبي ولاد (١) كون النفقة على الغاصب.
{ ٢ } الرابع: لا اشكال في عدم وجوب نفقة الزوجة مع عدم التمكين إذا كان الامتناع لا عن حق لاشتراط وجوبها بالتمكين التام،
إنما الاشكال فيما إذا كان الامتناع عن حق، كما إذا امتنعت حتى تقبض المهر.
ومنشأ الاشكال: إن الشرط هو التمكين الواجب عليها، وحيث لا وجوب مع جواز الامتناع فيجب النفقة أو التمكين المطلق، فلا تجب،
ولعل الظاهر هو الأول،
وعليه فالفرق بين النفقة في المقامين واضح، فإن نفقة المملوك غير مشروطة بخلاف نفقة الزوجة.
{ ٣ } الخامس: لو طلب المشتري من البائع الانتفاع به في يده فهل تجب إجابته أم لا؟ وجهان مبنيان على أن الملتزم به هو التقابض المعاوضي خاصة، فلا دليل في مقابل قاعدة السلطنة المقتضية للسلطنة على جميع التصرفات ومنها ذلك، فإن الشرط هو عدم التسليم مع امتناع صاحبه عنه، أو هو المنع من التصرفات،
ولا يبعد أظهرية الثاني

(١) الوسائل - باب ١٧ - من أبواب الإجارة.

الكلام في أحكام القبض، وهي التي تلحقه بعد تحققه مسألة من أحكام القبض انتقال الضمان ممن نقله إلى القابض، فقبله يكون مضمونا عليه بعوضه اجماعا مستفيضا، بل محققا، { ١ } ويسمى ضمان المعاوضة { ٢ } ويدل عليه قبل الاجماع النبوي المشهور: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه، وظاهره بناء على جعل من للتبعيض أنه بعد التلف يصير مالا للبائع، لكن اطلاق المال على التالف إنما هو باعتبار كونه مالا عند التلف، وبهذا الاعتبار يصح أن يقع هو المصالح عنه إذا أتلفه الغير لا قيمته،

انتقال الضمان إلى القابض

{ ١ } من أحكام القبض: انتقال الضمان ممن نقله إلى القابض فقبله يكون مضمونا عليه بعوضه اجماعا.

وملخص القول فيه: إنه لا كلام ولا اشكال في ذلك، وأنه 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 متاعا من رجل وأوجبه غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه قال: آتيك غدا أن شاء الله تعالى فسرق المتاع،

من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته، فإذا أخرجته من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد إليه ماله (٢) إنما الكلام في مواضع:

{ ٢ } الأول: إن الضمان الثابت في المقام هل هو ضمان المعاوضة بحيث يتلف المبيع من البائع حقيقة كما في المتن أو ضمان الغرامة، بحيث يتلف في ملك المشتري بحيث يكون تلفه عليه

(١) المستدرک - باب ٩ - من أبواب الخيار حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ١٠ - من أبواب الخيار حديث ١.

كما صرح به في باب الصلح من الشرائع والتحرير، وحينئذ فلا بد من أن يكون المراد بالنبوي: إن المبيع يكون تالفاً من مال البائع. ومرجع هذا إلى انفساخ العقد قبل التلف أنا ما، ليكون التالف مالا للبائع. { ١ }

والحاصل إن ظاهر الرواية صيرورة المبيع مالا للبائع بعد التلف، لكن لما لم يتعقل ذلك تعيين إرادة وقوع التلف على مال البائع ومرجعه إلى ما ذكره في التذكرة وتبعه من تأخر عنه من أنه يتجدد انتقال الملك إلى البائع قبل الهلاك بجزء لا يتجزأ من الزمان، وربما يقال تبعاً للمسالك أن ظاهر كون المبيع التالف قبل القبض من مال البائع يوهم خلاف هذا المعنى ولعله لدعوى أن 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 النبوي وخبر عقبة، وهما ظاهران في ذلك، { ١ } أما النبوي فلأن من إما نشوية أو للتبعيض أو للابتداء

فإن كانت نشوية كان معنى الخبر: إن المبيع التالف بهذا الوصف ينشأ من مال البائع، ولازم ذلك كون التالف قبل التلف مالا له، وإلا لم يكن التلف ناشئاً من ملكه. وبعبارة أخرى: إن ظاهره على هذا وقوع التلف على مال البائع، وحيث إنه ليس المراد رجوعه إليه مجاناً، بل المراد رجوعه إليه ببدله فلازم ذلك انفساخ المعاملة. وإن كانت للتبعيض، فظاهره وإن كان صيرورة المبيع ملكاً للبائع بالتلف إلا أن ذلك لما كان غير معقول، فلا بد وأن يراد به كونه ملكاً له قبل التلف أنا ما، ويكون اطلاق

المال عليه بعد التلف باعتبار كونه مالا له قبله.

وإن كانت للابتداء، بأن يكون ضمير هو عائداً إلى التلف المستفاد من الماضي المشتق منه كما في مثل (أعدلوا هو أقرب للتقوى) فيكون مفاده: إن التلف من البائع، ولازم ذلك الانفساخ، إذ فرق بين كون التلف منه وكونه عليه، ولازم الأول دخوله في ملكه

ومما ذكرنا من أن معنى الضمان هنا يرجع إلى انفساخ العقد بالتلف وتلف المبيع في ملك البائع، ويسمى ضمان المعاوضة لا ضمانه عليه مع تلفه من المشتري، كما في المغصوب والمستام وغيرهما، ويسمى ضمان اليد يعلم أن الضمان فيما نحن فيه حكم شرعي لا حق مالي، فلا يقبل الاسقاط. { ١ } لذا لو أبرأ المشتري من الضمان لم يسقط، كما نص عليه في التذكرة والدروس، وليس الوجه في ذلك أنه اسقاط ما لم يجب، كما قد يتخيل ويدل على الحكم المذكور أيضا، رواية عقبة ابن خالد عن أبي عبد الله (عليه السلام) في رجل اشترى متاعا من رجل وأوجبه، غير أنه ترك المتاع عنده ولم

يقبضه، قال آتيك غدا انشاء الله فسرق المتاع من مال من يكون؟ قال من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد إليه ماله. ولعل الرواية أظهر دلالة على الانفساخ قبل التلف من النبوي. وكيف كان

فما أفاده المحقق الإيرواني (رحمه الله) من أنه على هذا لا يدل على الانفساخ لصدق كون

التلف منه مع ثبوت عوضه في أمواله

غير تام، فإنه يصدق كون التلف عليه لا منه.

وأما خبر عقبة: فلأن قوله فسرق المتاع من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع ظاهر في أن السرقة تكون من مال البائع، ولا يكون ذلك إلا بالانفساخ حتى تكون سرقة منه.

{ ١ } الثاني: إن هذا الضمان هل هو حقي قابل للاسقاط أم حكم شرعي غير قابل له؟ وجهان:

أقواهما الثاني، فإن الضمان المعاوضي معناه كون المبيع بعد البيع، بحيث إذا تلف قبل قبضه يفسخ العقد شرعا، وهذه الحيثية بالإضافة إلى الانفساخ والملكية من قبيل القوة بالإضافة إلى الفعلية،

وليس شيء منهما حقا قابلا 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 } لأن تقدير مالية البائع قبل التلف مخالف لأصالة بقاء العقد، { ٢ } وإنما احتيج إليه لتصحيح ما في النص من الحكم بكون التالف 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 ثم مات العبد أي العبد الموصى له به قبل قبض المشتري إياه

{ ١ } الثالث: إنه على الانفساخ هل يبطل البيع عند التلف أو من أصله؟ وجهان { ٢ } استدلال المصنف (رحمه الله) للأول بأن تقدير كونه ملكا للبائع قبل التلف مخالف لأصالة بقاء العقد.

وحاصله: إن الأصل بقاء العقد إلى التلف، رفعنا اليد عن ذلك بالنسبة إلى ما قبل التلف، فيبقى الباقي عملا بالاستصحاب إلى حين العلم بالزوال. وأورد عليه المحقق التقي (رحمه الله): بأن القول بالبطلان من رأس وإن كان مخالفا لما دل على

صحة البيع ونفوذه وحرمة نقضه، ولكن هذا لازم على تقدير القول بالانفساخ قبل التلف أنا ما، فإن مقتضى اطلاق تلك الأدلة ثبوت الملك ووجوب الوفاء في جميع الأزمنة لا مجرد

ثبوت الملك أنا ما، مضافا إلى لزوم مخالفة قاعدة سلطان الناس على أموالهم وأنفسهم، (١)

فإن مقتضى الأول عدم خروج مال أحد عن ملكه بدون رضاه، ومقتضى الثاني عدم دخول شيء في ملكه بدون رضاه، والانفساخ القهري موجب لخرم كل من القاعدتين، بل يلزم من ذلك خرم قاعدة الخراج بالضمان، (٢) حيث إن الخراج على هذا التقدير للمشتري

والضمان للبائع، بخلاف ما لو قلنا بالانفساخ من رأس، فإن الضمان والخراج للبائع، فالقول بالانفساخ من رأس مخالف لقاعدة واحدة،

والقول بالانفساخ حين التلف مخالف لقواعد أربع، فيقدم الأول ترجيحا 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 صرح به في المبسوط والتذكرة وصرح العلامة بأن مؤنة تجهيزه لو كان مملوكا على البائع، وهو مبني على ثبوت الملك الحقيقي قبل التلف { ١ }

ولو فرض التكافؤ والتساقط فالمرجع أصالة فساد العقد وعدم انتقال كل من العوضين عن صاحبه الأصلي إلى غيره.

وفيه: أما مخالفة القول بالانفساخ من حين التلف لدليل صحة البيع ونفوذه، فيردها: إن العقد الصحيح هو ما يؤثر في الملكية المرسلة، والفسخ أو الانفساخ لا يوجب عدم التأثير كي ينافيه، بل يوجب رفع هذه الملكية المرسلة.

وأما مخالفته لقاعدة السلطنة على النفس والمال،

فيردها: إن دليل السلطنة إنما ينفي تصرف غيره من الناس، والانفساخ حكم شرعي لا معنى لكون دليل السلطنة نافيا له.

وأما مخالفته لقاعدة الخراج بالضمان،

فيردها: ما تقدم من عدم التلازم بينهما، وإنما مفاد الحديث - على فرض وجوده - أن الضمان، المعاوضي أي ملكية العين بإزاء شئ تتبعها ملكية المنافع، فالأظهر هو الانفساخ من حين التلف.

{ ١ } قوله وهو مبني على ثبوت الملك الحقيقي قبل التلف

أورد عليه المحقق التقي (رحمه الله) بأنه يمكن أن يلتزم بالانفساخ الحكمي، ويترتب عليه كون مؤونة التجهيز على البائع، بأن يقال إنه إذا حكم على الملك الحكمي، فظاهره أيضا الملكية المطلقة الحكمية ومقتضاه ترتيب جميع أحكام الملك والتنزيل منزلة الملك في

جميع

الأحكام، ومن الأحكام وجوب تجهيز العبد على المالك إذا مات

وفيه: إن الخبر ليس في مقام بيان ثبوت الملك للبائع كي يتمسك باطلاقه، بل في مقام بيان تلف الملك من البائع وحيث إنه لا يعقل تلف الملك منه حقيقة فهو تلف الملك منه حكما ولا أثر لذلك إلا الانفساخ، وبالجملة لو كان لسان الدليل ملكية البائع تم ما أفاده، ولكن بما أن لسانه كون التالف من ملك البائع ولا أثر لهذا سوى الانفساخ فلا يتم

لا مجرد تقدير الملك الذي لا بد فيه من الاقتصار على الحكم الثابت المحجوج إلى ذلك التقدير دون ما عداه من باقي آثار المقدر إلا أن يقال: بأن التلف من البائع يدل التزاما على الفسخ الحقيقي، { ١ } ثم إنه يلحق بالتلف تعذر الوصول إليه عادة مثل سرقة على وجه لا يرجى عوده { ٢ }

{ ١ } وعلى هذا فهل الانفساخ حقيقي أو حكمي قولان؟

وقد استدلل للثاني بوجهين:

أحدهما: إن المال في الآن المتصل بقائه بانعدامه يخرج عن المالية والملكية، إذ الشيء الذي يتلف في آن وجوده لا قيمة له في العرف ولا يبذل العقلاء بإزائه مالا. وفيه: أولا: إنه لا يوجب سلب المالية ما لم يكن معلوما لعامة الناس. وثانيا: إن تقديره ملكا إنما هو لرجوع ما جعل عوضا عنه إلى مالكه، ولا فرق في ذلك بين كونه مالا وعدمه.

الثاني: ما استند إليه المحقق التقي (رحمه الله)، وهو: إن الجزء غير المتجزئ من الزمان غير

موجود، فالملك الحقيقي إن وجد لا في زمان فهو محال، وإن وجد في زمان فيكون هذا الزمان لا محالة قابلا للتجزئة، فيمكن فرض الملك في الأقل من ذلك، فلو حكم بالملك في هذا المقدار مع امكان الأقل منه فلم لا يحكم في أكثر من ذلك، ولو التزم بكون الملك في أقل من الزمان المفروض ينقل الكلام في ذلك المقدار الأقل ونقول فيه ما قلناه في الفرض الأول.

وفيه: أنه يلتزم بالملك في الجزء الآخر من الزمان عرفا، وكون ذلك الجزء قابلا للتجزئة عقلا غير مناف بعد كونه غير قابل لها عرفا.

فالأظهر هو الانفساخ الحقيقي على ما تقتضيه ظواهر الأدلة، فإن ما دل على كون التلف من البائع يدل بالالتزام على الانفساخ الحقيقي.

{ ٢ } الرابع: إن التلف الحقيقي مساوق للانعدام إلا أن التلف عرفا أعم منه ومن كل ما لا يرجى معه عود المبيع كما هو ظاهر خبر عقبة بن خالد، (١) حيث حكم فيه بأنه من البائع بسبب السرقة.

(١) الوسائل - باب ١٠ - من أبواب الخيار.

وعليه يحمل رواية عقبة المتقدمة، قال في التذكرة ووقوع الدرّة في البحر قبل القبض كالتلف، وكذا انفلات الطير والصيد المتوحش ولو غرق البحر الأرض المبيعة، أو وقع عليها صخور عظيمة من جبل، أو كساها رمل، فهي بمثابة التلف، أو يثبت به الخيار للشافعية وجهان: أقواهما الثاني، ولو أبق العبد قبل القبض أوضاع في انتهاب العسكر لم يفسخ البيع لبقاء المالية ورجاء العود، انتهى.

وفي التذكرة أيضا لو هرب المشتري قبل وزن الثمن، وهو معسر مع عدم الاقباض احتمل أن يملك البائع الفسخ في الحال لتعذر استيفاء الثمن والصبر ثلاثة أيام للرواية، والأول أقوى لورودها في البازل، وإن كان موسرا أثبت البائع ذلك عند الحاكم، ثم إن وجد له مالا قضاه وإلا باع المبيع وقضى منه، والفاضل للمشتري والمعوز عليه، انتهى.

وفي غير موضع مما ذكره تأمل، ثم إن ظاهر كثير من الأصحاب: إنه لا يعتبر في القبض المسقط للضمان وقوعه صحيحا جامعا لما يعتبر فيه، { ١ } فلو وقع بغير إذن ذي اليد كفى في رفع الضمان، كما صرح به في التذكرة، والدروس، وغيرهما، ولو لم يتحقق الكيل والوزن { ٢ }

لا يقال: إن تعذر التسليم عد من أسباب الخيار مع أن لازم هذا الوجه الانفساخ بسببه.

فإنه يقال: تعذر التسليم ربما يكون مع العلم بالتمكن بعد حين أو مع الشك، وربما يكون مع العلم أو الاطمئنان بعدم الامكان إلى الأبد، والملحق بالتلف هو الثاني، والموجب للخيار هو الأول. فتأمل فإن ذلك قابل للمنع.

{ ١ } الخامس: إذا وقع القبض غير واجد لشرائط صحته فهل ينتقل الضمان أم لا؟ ملخص القول: إنه مع فقد بعض ما يعتبر فيه أن صدق عليه القبض الذي حقيقته الاستيلاء على المقبوض مع التصرف الخارجي على ما تقدم انتقل الضمان، إذ لم يؤخذ في موضوع الانتقال سوى عنوان القبض، وعليه فلو تحقق القبض من دون إذن ذي اليد كفى وإن جاز استرداده

{ ٢ } وأما الكيل والوزن: فإن كان المبيع شخصا فهما غير معتبرين في القبض،

بناء على اعتبارهما في قبض المكييل، ففي سقوط الضمان بمجرد نقل المشتري قولان: قال في التذكرة في باب بيع الثمار: إنه لو اشترى طعاما مكايلة، فقبض جزافا فهلك في يده، فهو من ضمان المشتري لحصول القبض، وإن جعلنا الكيل شرطا فيه فالأقرب أنه من ضمان البائع، انتهى.

وقد تقدم عن جامع المقاصد سقوط الضمان هنا بناء على اشتراط الكيل في القبض، ولا يخلو عن قوة، وهل يكتفي بالتخلية على القول بعدم كونها قبضا في سقوط الضمان قولان: لا يخلو السقوط من قوة وإن لم نجعله قبضا. { ١ } وكذا الكلام فيما لو وضع المشتري يده عليه ولم ينقله بناء على اعتبار النقل في القبض، هذا كله حكم التلف السماوي وأما الاتلاف، { ٢ } فإما أن يكون من المشتري، وأما أن يكون من البائع، وأما أن يكون من الأجنبي،

وعلى فرض الاعتبار تعبدا لا وجه لاعتبارهما في رفع الضمان، وإن كان كليا 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 معتبرا في صدق القبض فهو يعتبر في رفع الضمان وإن كان غير معتبر فيه وإن اعتبر تعبدا فلا يكون معتبرا في رفع الضمان. ومما ذكرناه ظهر عدم الاكتفاء بالتخلية على القول بعدم كونها قبضا، كما ظهر ما في كلمات المصنف من الاشكال. { ١ } قوله لا يخلو السقوط من قوة وإن لم نجعله قبضا قد مر أنه لا قوة 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 فانصراف النص إلى غير هذا التلف، فيبقى تحت القاعدة، قال في التذكرة هذا إذا كان المشتري عالماً، وإن كان جاهلاً، بأن قدم البائع الطعام المبيع إلى المشتري فأكله، هل يجعل قابضاً الأقرب أنه لا يصير قابضاً، ويكون بمنزلة اتلاف البائع، ثم مثل له بما إذا قدم المغصوب إلى المالك فأكله، أقول هذا مع غرور البائع لا بأس به، أما مع عدم الغرور ففي كونه كالتلف السماوي وجهان ولو صال العبد على المشتري فقتله دفعا ففي التذكرة أن الأصح أنه لا يستقر عليه الثمن.

وحكى عن بعض الشافعية: الاستقرار لأنه قتله في غرض نفسه، ولو أتلفه البائع { ٢ } ففي انفساخ البيع كما عن المبسوط والشرائع والتحرير لعموم التلف في النص { ٣ } لما كان باتلاف حيوان أو انسان أو كان بآفة

{ ١ } فإن كان الاتلاف من المشتري فحيث إنه مساوق للقبض فإنه استيلاء مع التصرف الخارجي، فبالاتلاف يتحقق القبض، فلا يكون من التلف قبل القبض، ولا فرق في ذلك بين العلم والجهل.

وإن أبيت عن ذلك فإن قلنا بشمول التلف للسماوي والاختياري فينفسخ العقد من غير فرق بين الصورتين، وإلا فلا بد من الرجوع إلى ما تقتضيه القاعدة، وهو كون التلف من المشتري لا من البائع.

{ ٢ } وإن 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 ببدل التالف، اختاره جمع من الأساطين منهم المصنف (رحمه الله).

{ ٣ } واستدل للأول: بأن الانفساخ في النص علق على التلف وهو قد يكون قهريا وقد يكون اختياريًا، ومقتضى الاطلاق عدم الفرق بين أسبابه، بل ظاهر خبر عقبة

أو ضمان البائع للقيمة لخروجه عن منصرف دليل الانفساخ فيدخل تحت قاعدة اتلاف مال الغير، { ١ } أو التخيير بين مطالبته بالقيمة أو بالثمن. أما لتحقيق سبب الانفساخ وسبب الضمان فيتخير المالك في العمل بأحدهما. { ٢ } وأما لأن التلف على هذا الوجه إذا خرج عن منصرف دليل الانفساخ لحقه حكم تعذر تسليم المبيع، فيثبت الخيار للمشتري لجريان دليل تعذر التسليم هنا، وهذا هو الأقوى { ٣ } واختاره في التذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك وغيرها، وعن حواشي الشهيد نسبة إلى أصحابنا العراقيين

ابن خالد شموله للاختياري، فإن السرقة المنزلة منزلة التلف لا تكون إلا بالاختيار، ولا فرق في هذا المعنى بين اتلاف الأجنبي والبائع. وفيه: إن التلف منصرف إلى القهري. وبعبارة أخرى: إنه بحسب المتفاهم العرفي مقابل للاتلاف، وخبر عقبة قد مر أنه ضعيف السند لمحمد بن عبد الله بن هلال وبما ذكرناه يظهر مدرك القول الثاني، { ١ } فإنه إذا لم يشمله النبوي يشمل من أتلّف مال الغير بل لو شك فيما ذكرناه واحتمل شمول التلف لمورد الاتلاف يجري استصحاب بقاء المبيع على ملك المشتري، وينقح بذلك موضوع من أتلّف. واستدل للثالث بوجهين: { ٢ } الأول: أنه يجتمع فيه سبب ضمان المسمى والانفساخ وهو كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه، وسبب ضمان الغرامة وهو من أتلّف مال الغير، وحيث لا مرجح لأحدهما فيحكم بالتخيير. وفيه: أولاً: ما تقدم من عدم شمول التلف لما إذا كان السبب اختياريًا. وثانياً: إنه لا تنافي بين الدليلين في المقام: فإن دليل التلف قبل القبض يوجب انفساخ المعاملة وصيرورة المال للبائع، ويرتفع بذلك موضوع من أتلّف مال الغير. وبعبارة أخرى: إن دليل من أتلّف يدل على تأثير الاتلاف على تقدير وجود موضوعه، وليس هو كسائر الأدلة حافظاً لموضوعه، ودليل التلف يوجب ارتفاع موضوعه، فلا تعارض بين الدليلين ولا تراحم. { ٣ } الثاني: إن الاتلاف يوجب تعذر التسليم فيوجب الخيار للمشتري وحيث إنه

فإن اختار المشتري القيمة، فهل للبائع حبس القيمة على الثمن وجهان: { ١ } من أنها بدل عن العين ومن أن دليل الحبس وهو الانفهام من العقد يختص بالمبدل أقواهما عدم، ولو قبض المشتري بغير إذن البائع حيث يكون له الاسترداد فأتلفه البائع في يد المشتري، ففي كونه كاتلافه قبل القبض فيكون له الاسترداد، كما أن اتلاف المشتري في يد البائع بمنزلة القبض، أو كونه اتلافا له بعد القبض موجبا للقيمة لدخول المبيع في ضمان المشتري بالقبض، وإن كان ظالما فيه وجهان، { ٢ } اختار أولهما في التذكرة

متعلق بمال المشتري فيشملة دليل من أتلف مال الغير، فله الخيار والتضمين بالبدل، وحيث إنه مع اعمال 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: إنه تخصيص بلا وجه، وعليه فيتخير المشتري بين الفسخ وأخذ الثمن، والابقاء وأخذ القيمة.

{ ١ } قوله فهل للبائع حبس القيمة على الثمن وجهان
قد استدل 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 أنفسهما وبدليهما: فإن هذا الالتزام إنما هو للتحفظ على ماله، بما أنه مال لئلا يذهب هدرا خارجا مع عدم تسلّم عوضه، ولا فرق في ذلك بين العوض وقيمته. { ٢ } ولو قبض المشتري بغير إذن البائع حيث يكون له الاسترداد فأتلفه البائع ففي كونه كاتلافه قبل القبض أو كونه اتلافا له بعد القبض وجهان، اختار أولهما في محكي التذكرة.

ولو أتلفه أجنبي جاء الوجوه الثلاثة المتقدمة إلا أن المتعين منها هو التخيير، لما تقدم، { ١ } ولولا شبهة الاجماع على عدم تعيين القيمة تعين الرجوع إليها بعد فرض انصراف دليل الانفساخ إلى غير ذلك. { ٢ }
مسألة تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين في جميع ما ذكر، { ٣ } كما صرح في التذكرة

واستدل لكونه كاتلافه قبل القبض بوجهين:

أحدهما: إن القبض بلا إذن كالعدم،

وقد تقدم عدم توقف صدق القبض على الإذن.

ثانيهما: إن اتلاف البائع إياه استرداداً، فكما أنه لو استرده فأتلفه يكون من الاتلاف

قبل القبض، وكذا لو تلف باسترداده، كذلك لو أتلفه فإنه استرداد بالاتلاف.

وفيه: أولاً: إنه لو استرده فأتلفه لا نسلم كونه من الاتلاف قبل القبض.

وثانياً: إن الاتلاف ليس استرداداً - الذي هو عبارة عن إعادة الاستيلاء السابق

لعدم كونه استيلاءً - بل اتلاف لما هو تحت استيلاء الغير.

فالأظهر أنه من الاتلاف بعد القبض.

{ ١ } وإن كان الاتلاف من الأجنبي جاء فيه الوجوه الثلاثة المتقدمة ووجه

الانفساخ فيه أظهر: لما في خبر عقبة من الانفساخ، بما هو بمنزلة اتلاف الأجنبي،

فالأظهر فيه أيضاً، التخيير بين الفسخ، وأخذ الثمن والابقاء، وأخذ البدل من

الأجنبي.

{ ٢ } قوله ولولا شبهة الاجماع على عدم تعيين القيمة

لا اجماع عليه، وعلى فرضه لا يكون تعدياً، فلا مانع من الالتزام به لو ساعد

الدليل على ذلك.

تلف الثمن كتلف المثل

{ ٣ } صرح غير واحد بأن تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين

وقد استدل له بوجوه:

أحدها: الاجماع.

وفيه: إنه لمعلومية مدرك المجمعين أو احتمال كونه أحد المذكورات لا يعبأ به لعدم كونه

تعدياً.

وهو ظاهر عبارة الدروس حيث ذكر أن بالقبض ينتقل الضمان إلى القابض، بل الظاهر أنه مما لا خلاف فيه، قال في المبسوط لو اشترى عبدا بثوب وقبض العبد، ولم يسلم الثوب فباع العبد صح بيعه، وإذا باعه وسلمه ثم تلف الثوب انفسخ البيع ولزمه قيمة العبد لبائعه، لأنه لا يقدر على رده، انتهى.

وفي باب الصرف من السرائر نظير ذلك، وقد ذكر هذه المسألة أيضا في الشرائع وكتب العلامة والدروس وجامع المقاصد والمسالك وغيرها، أعني مسألة من باع شيئا معيناً بشيء معين ثم بيع أحدهما ثم تلف الآخر وحكموا بانفساخ البيع الأول، وقد صرحوا بنظير ذلك في باب الشفعة أيضا. وبالجملة فالظاهر عدم الخلاف في المسألة.

ويمكن أن يستظهر من رواية عقبة المتقدمة حيث ذكر في آخرها أن المبتاع ضامن لحقه حتى يرد إليه ماله، { ١ } بناء على عود ضمير الحق إلى البائع بل ظاهر بعضهم شمول النبوي له بناء على صدق المبيع على الثمن، { ٢ } قال في التذكرة لو أكلت الشاة ثمنها المعين قبل القبض فإن كانت في يد المشتري فكاتلافه

{ ١ } ثانيها: قوله (عليه السلام) في خبر عقبة المتقدم فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله إليه

بتقريب: إن ضمير لحقه يرجع إلى البائع فيكون المراد ضمانه للثمن قبل القبض. وفيه: إن كونه ضامنا للثمن أعم من الانفساخ، وإرادة الضمان المعاوضي لا ضمان الغرامة غير ثابتة.

وما أفاده المحقق النائيني (رحمه الله) من صراحة الرواية أو ظهورها في إرادة الضمان المعاوضي وسراية هذا الحكم إلى الثمن، يرد عليه: إنه مع اختلاف التعبير كيف يدعي ذلك، بل ترتب ضمانه على قبض المبيع يؤيد إرادة ضمان الغرامة لا المعاوضي كما لا يخفى، مع أن الخبر ضعيف السند كما تقدم.

{ ٢ } ثالثها: صدق المبيع على الثمن فيعمه النبوي كل مبيع تلف قبل قبضه

وإن كانت في يد البائع فكإتلافه، وإن كانت في يد أجنبي فكإتلافه، وإن لم تكن في يد أحد انفسخ البيع، لأن المبيع هلك قبل القبض بأمر لا ينسب إلى آدمي فكان كالسماوية، انتهى.

ثم إنه هل يلحق العوضان في غير البيع من المعاوضات به { ١ } في هذا الحكم لم أجد أحدا صرح بذلك نفياً أو اثباتاً. نعم ذكروا في الإجارة { ٢ } والصداق 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 المسلمات. قال في مسألة جواز بيع ما انتقل بغير البيع قبل القبض والمال المضمون في يد الغير بالقيمة كالعارية المضمونة، أو بالتفريط ويسمى ضمان اليد يجوز بيعه قبل قبضه لتمام الملك فيه إلى أن قال: أما ما هو مضمون في يد الغير بعوض في عقد معاوضة، فالوجه جواز بيعه قبل قبضه كما في الصلح والإجارة المعينة لما تقدم، وقال الشافعي لا يصح لتوهم الانفساخ بتلفه كالبيع، انتهى. وظاهر هذا الكلام كونه مسلماً بين الخاصة والعامّة.

وجه توهم الصدق ما اشتهر من صدق البيع على الاثراء لكونه من الأضداد. وفيه: إنه لا يصدق ذلك، وليس البيع من الأضداد كما تقدم. رابعها: كونه على القاعدة من جهة الالتزام الضمني في ضمن البيع تسليم الثمن إلى البائع، فإذا لم يمكنه التسليم بطل العوضية. وفيه: أنه إن قيد العوضية الاعتبارية ببقاء العوضين بطل البيع، وإلا فلا يوجب اشتراط التسليم إلا الخيار. فالحق أنه لا دليل على الانفساخ بتلف الثمن. { ١ } وبما ذكرناه يظهر الحال في سائر المعاوضات فإن الانفساخ بتلف أحد العوضين فيها لا مدرك له سوى بعض ما تقدم. { ٢ } نعم في خصوص الإجارة تنفسخ الإجارة بتلف العين فإن المملوك فيها هي المنفعة، ومع عدم العين لا منفعة، فلا شيء حتى يملك.

مسألة لو تلف بعض المبيع قبل قبضه، { ١ } فإن كان مما يقسط الثمن عليه انفسخ فيه فيما يقابله من الثمن، لأن التالف مبيع قبل قبضه، { ٢ } فإن البيع يتعلق بكل جزء إذ البيع عرفاً ليس إلا التمليك بعوض، وكل جزء كذلك. نعم اسناد البيع إلى جزء واحد مقتصر على يومهم انتقاله بعقد مستقل. ولذا لم يطلق على بيع الكل البيوع المتعددة، وكيف كان فلا اشكال ولا خلاف في المسألة، وإن كان الجزء مما لا يقسط عليه الثمن كيد العبد، فالأقوى أنه كالوصف الموجب للتعيب. فإن قلنا بكونه كالحادث قبل العقد، فالمشتري مخير بين الرد والأرش، { ٣ } وإلا كان له الرد فقط، بل عن الإيضاح أن الأرش هنا أظهر، لأن المبيع هو مجموع بدن العبد، وقد نقص بعضه بخلاف نقصان الصفة وفيه تأمل. بل ظاهر الشرائع عدم الأرش هنا مع قوله به في العيب، فتأمل. وكيف كان، فالمهم نقل الكلام إلى حكم العيب الحادث قبل القبض، والظاهر

تلف بعض المبيع قبل قبضه

{ ١ } الثامن: لو تلف بعض المبيع قبل قبضه

فتارة: يكون التالف هو الجزء الذي يقسط عليه الثمن، وأخرى: هو الوصف أو الجزء الذي لا يقسط عليه الثمن.

فتنقيح القول فيه بالبحث في موردين:

{ ٢ } أما الأول: فمقتضى عموم النبوي كل مبيع تلف هو انفساخ البيع بالإضافة إليه لصدق المبيع على كل جزء من الأجزاء، وعدم صدق البيوع على بيع الدار مثلاً لا ينافي ذلك، فإن وحدة البيع فيه وحدة انشائية، ووحدة عمومية لا شخصية.

وأما الثاني: فالحق أن تلف الوصف لا يوجب الانفساخ ولا أخذ الأرش.

أما الأول: فلأنه لا مقابل له من الثمن ليعود بالانفساخ،

وأما الثاني: فلأن ثبوت الأرش إنما يكون بالتعبد، ودليله مختص بالعيب الموجود قبل العقد، ولا يشمل الحادث بعده.

{ ٣ } والمصنف (رحمه الله) ذهب إلى أن النبوي الدال على الانفساخ في تلف الكل والجزء

المصرح به في كلام غير واحد أنه لا خلاف في أن للمشتري الرد. وأما الخلاف في الأرش، ففي الخلاف عدمه، مدعياً عدم الخلاف فيه وهو المحكي عن الحلبي وظاهر المحقق وتلميذه كاشف الرموز، لأصالة لزوم العقد وإنما ثبت الرد لدفع تضرر المشتري به وعن النهاية ثبوته، واختاره العلامة والشهيدان والمحقق الثاني وغيرهم، وعن المختلف نقله عن القاضي والحلي وعن المسالك أنه المشهور واستدلوا عليه بأن الكل مضمون قبل القبض، فكذا أبعاضه وصفاته، وأورد عليه بأن معنى ضمان الكل انفساخ العقد ورجوع الثمن إلى المشتري والمبيع إلى البائع وهذا المعنى غير متحقق في الوصف، لأن انعدامه بعد العقد في ملك البائع لا يوجب رجوع ما قابله من عين الثمن، بل يقابل بالأعم منه ومما يساويه من عين الثمن، بل يقابل بالأعم منه ومما يساويه من غير الثمن لأن الأرش لا يتعين كونه من عين الثمن، ويدفع بأن وصف الصحة لا يقابل ابتداءً بجزء من عين الثمن، ولذا يجوز دفع بدله من غير الثمن مع فقده، بل لا يضمن بمال أصلاً، لجواز امضاء العقد على المعيب بلا شيء وحينئذ فتلفه على المشتري لا يوجب رجوع شيء إلى المشتري، فضلاً عن جزء من عين الثمن بخلاف الكل والأجزاء المستقلة في التقويم

الذي يقسط عليه الثمن يدل على التخيير بين الرد والامسك بالأرش في المقام، بتقريب: أن معنى كونه من مال البائع وقوع التلف في ملكه، ولازم تقديره في ملك البائع أن العقد كأن لم يقع، ومقتضاه لو كان التالف تمام المبيع انفساخ العقد، ولو كان التالف جزئه

انفساخه بالنسبة إلى ذلك الجزء، ولو كان هو الوصف أو الجزء الذي لا يقسط عليه الثمن وفقده موجب للتعيب جريان أحكام العيب: فإن المنفي على الأخير حيثية الوصف لفرض وقوع العقد، ومعنى عدم وقوع العقد على الموصوف مع فرض وقوعه وقوعه على المعيب. وفيه: أولاً: إن الموضوع في النبوي تلف المبيع، ووصف الصحة وكذا ما بمنزلته ليس مبيعاً ولا جزء منه، وحمله على كون ذكر التلف من باب كونه أظهر الأفراد يحتاج إلى قرينة.

وثانياً: إن الوصف لم يقع عليه العقد، وفرض العقد، كأن لم يكن غير مؤثر في ضمان

فحاصل معنى الضمان إذا انتفى وصف قبل العقد أو انعدم بعد العقد وقبل القبض هو تقدير التلف المتعلق بالعين أو الوصف في ملك البائع في المقامين، وإن العقد من هذه الجهة كأن لم يكن، ولازم هذا انفساخ العقد رأساً إذا تلف تمام المبيع وانفساخه بالنسبة إلى بعض أجزائه إذا تلف البعض، وانفساخ العقد بالنسبة إلى الوصف بمعنى فواته في ملكه، وتقدير العقد كأن لم يكن بالنسبة إلى حدوث هذا العيب، فكان العيب حدث قبل العقد، والعقد قد وقع على عين معيبة، فيجري فيه جميع أحكام العيب من الخيار وجواز اسقاط الخيار رداً وأرشاً، ويؤيد ما ذكرنا من اتحاد معنى الضمان بالنسبة إلى ذات المبيع ووصف صحته الجمع بينهما في تلف الحيوان في أيام الخيار وتعيبه في صحيح ابن سنان عن الرجل يشتري الدابة أو العبد فيموت أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك؟ قال على البائع حتى يمضي الشرط، فقولته (عليه السلام) على البائع حكم بالضمان لموت العبد وحدث حدث فيه بفوات جزء أو

وصف ومعناه تقدير وقوعه في ملك البائع نعم قد يشكل الحكم المذكور لعدم الدليل على ضمان الوصف لأن الضمان بهذا المعنى حكم مخالف للأصل يقتصر فيه على محل النص والاجماع وهو تلف الكل أو البعض ولولا الاجماع على جواز الرد لا شكل الحكم به أيضاً إلا أنه لما استند في الرد إلى نفي الضرر قالوا إن الضرر المتوجه إلى المبيع قبل القبض يجب تداركه على البائع، وحينئذ

الوصف وترتب حكم الخيار.

وقد يقال في تقريب ما أفاده المصنف (رحمه الله): بأن المستفاد من النبوي تنزيل التلف، والنقص قبل القبض منزلة التلف والنقص قبل العقد، ولازم ورود العقد على الناقص اجراء أحكام خيار العيب.

وفيه: مضافاً إلى الايراد الأول الذي أوردناه على ما أفاده المصنف (رحمه الله): إن غاية ما يستفاد من كون التلف من البائع دخوله في ملك البائع، بحيث يضاف إليه التلف وهو ملكه،

وليس لازم ذلك فرض دخوله في ملك البائع قبلاً أو فرض وقوع التلف قبل العقد

فقد يستوجه ما ذكره العلامة من أن الحاجة قد تمس إلى المعاوضة، فيكون في الرد ضرر، وكذلك في الامسك بغير أرش، فيوجب التخيير بين الرد والأرش، لنفي الضرر { ١ } لكن فيه أن تدارك ضرر الصبر على المعيب يتحقق بمجرد الخيار في الفسخ والامضاء، كما في سائر موارد الضرر الداعي إلى الحكم بالخيار، هذا، ومع ذلك فقول المشهور لا يخلو عن قوة، هذا كله مع تعييه بأفة سماوية،

كي يكون لازمه ورود العقد على الناقص.
{ ١ } وربما يستدل لجواز الرد بل على أخذ الأرش: بحديث لا ضرر (١) بدعوى أن المبيع إذا تعيب قبل القبض يكون الصبر عليه ضررا على المشتري، فوجوب البيع الذي حدث فيه العيب من جهة الضرر يكون مرفوعا بالحديث،
وحيث إنه ربما تكون الحاجة ماسة إلى المعاوضة، فيكون فسخها أيضا ضررا عليه، فله الامسك وأخذ الأرش، فتكون النتيجة هو التخيير بين الأمرين.
وفيه: أولا: ما تقدم من أن حديث لا ضرر لا يصلح لاثبات الخيار.
وثانيا: إن الصبر على المعيب في نفسه لو كان ضرريا لا يقتضي كون العقد خياريا، والبيع لا يصير ضرريا بذلك، بل هو بالقياس إلى التعيب قبل القبض وبعده على حد سواء. وبالجملة: بما أن العقد لم يقع على المعيب فلا يكون لزمه ابقاء للضرر وموجبا لاستقرار الضرر على المشتري، ومجرد ارتفاع الضرر بذلك لا يصلح رافعا له.
وثالثا: إن أخذ الأرش مما لا وجه له أصلا، فإن الامسك بلا أرش وإن كان ضررا على المشتري
إلا أنه مع الأرش ضرر على البائع، ولا أولوية لأحد الضررين على الآخر فالأظهر عدم جواز الرد لولا الاجماع.

(١) الوسائل - باب ١٧ - من أبواب الخيار.

وأما لو تعيب بفعل أحد، { ١ } فإن كان هو المشتري فلا ضمان { ٢ } بأرشه، وإلا كان له على الجاني أرش جنايته { ٣ } لعدم الدليل على الخيار في العيب المتأخر، إلا أن يكون بأفة سماوية، ويحتمل تخيير المشتري بين الفسخ والامضاء، مع تضمين الجاني لأرش جنايته { ٤ } بناء على جعل العيب قبل القبض مطلقا موجبا للخيار، ومع الفسخ يرجع البائع على الأجنبي بالأرش.
مسألة الأقوى من حيث الجمع بين الروايات حرمة بين المكيل والموزون قبل قبضه إلا تولية { ٥ }

{ ١ } قوله وأما لو تعيب بفعل أحد
إذا قلنا بأن التعيب بأفة سماوية يوجب الخيار بل الأرش يقع الكلام في التعيب بفعل أحد
{ ٢ } فإن كان ذلك بفعل المشتري لا كلام في أنه لا يوجب شيئا
{ ٣ } وإن كان بفعل الأجنبي أو البائع فقد يقال كما عن ظاهر الجواهر أنه لا خلاف في الخيار وإنما البحث في الأرش،
وظاهر المتن ثبوت الأرش خاصة،
{ ٤ } ثم احتمل التخيير بين الرد والامسك وأخذ الأرش من المتلف ولكن الخيار لا وجه له: فإن الضرر، وإن أوجب ذلك، فإنما هو إذا لم يكن بفعل أحد، وإلا فيتدارك بدليل الاتلاف بضمانه، وأما أخذ الأرش فهو وجه لعموم من أتلف، فالأظهر هو أخذ الأرش من المتلف خاصة.
حكم بيع ما لم يقبض
{ ٥ } قال (قدس سره) الأقوى من حيث الجمع بين الروايات حرمة بيع المكيل والموزون قبل قبضه إلا تولية
وفي محكي التذكرة أن لعلمائنا في بيع ما لم يقبض خمسة أقوال، الجواز على كراهية، مطلقا، والمنع مطلقا، والمنع في المكيل والموزون مطلقا والجواز في غيرهما، والمنع في الطعام
خاصة، والمنع في المكيل والموزون خاصة إلا تولية،

لصحيحة ابن حازم المروية في الفقيه: إذا اشترت متاعا فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى يقبضه، إلا تولية، فإن لم يكن فيه كيل أو وزن فبعه. وصحيح الحلبي في الكافي عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال في الرجل يبتاع الطعام، ثم يبيعه قبل أن يكتال، قال:

لا يصلح له ذلك. وصحيحه الآخر في الفقيه، قال سألت أبا عبد الله (عليه السلام): عن قوم

اشتروا بزا، فاشتركوها فيه جميعا، ولم يقتسموا، أيصلح لأحد منهم بيع بزه قبل أن يقبضه ويأخذ ربحه؟ قال لا بأس به، وقال: إن هذا ليس بمنزلة الطعام، لأن الطعام يكال بناء على أن المراد قبل أن يقبضه من البائع، أما إذا أريد من ذلك عدم قبض حصته من يد الشركاء فلا يدل على ما نحن فيه، لتحقق القبض بحصوله في يد أحد الشركاء المأذون عن الباقي، ورواية 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 يبيعه حتى يكيه أو يزنه إلا أن يوليه بالذي قام عليه وصحيحة منصور في الفقيه قال سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل يشتري مبيعا ليس فيه كيل ولا وزن، أله أن يبيعه مرابحة قبل

أن يقبضه ويأخذ ربحه، قال: لا بأس بذلك ما لم يكن كيل أو وزن، فإن هو أقبضه كان أبرأ لنفسه

وكما أفاده العلامة العاملي هذه الأقوال لم ينقلها هكذا أحد بل ادعى الاجماع على بيع ما عدا المكيل والموزون، ومع ذلك الأقوال أكثر من ذلك، وقد اختار العلامة نفسه في التحرير قولاً غير ذلك، وهو حرمة بيع الطعام قبل قبضه إلا تولية، فالمهم صرف عنان الكلام إلى ما يستفاد من النصوص، وحق القول في المقام أن نصوص الباب طوائف: أكثرها مذكورة في المتن الأولى: ما دل على المنع عن بيع ما لم يقبض مطلقا، كصحيح الحلبي عن مولانا الصادق (عليه السلام) في الرجل يبتاع الطعام ثم يبيعه قبل أن يكال قال: لا يصلح له ذلك. (١)

ومثله خبر البصري (٢) وأبي صالح (٣) مع زيادة لاتبعه حتى تكيه، وصحيح الحلبي الآخر (٤)

(١) الوسائل - باب ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ٥.

(٢) نفس المصدر حديث ١٤.

(٣) نفس المصدر حديث ٩.

(٤) نفس المصدر حديث ١٠.

وصحيح الحلبي في الرجل يتناع الطعام أيصلح بيعه قبل أن يقبضه؟ قال: إذا ربح لم يصلح حتى يقبضه وإن كان تولية فلا بأس، وخبر خرام المروي عن مجالس الطوسي، قال ابتعت طعاما من طعام الصدقة، فأربحت فيه قبل أن أقبضه، فأردت بيعه فسألت النبي (صلى الله عليه وآله)، فقال: لا تبعه حتى تقبضه، ومفهوم رواية خالد بن حجاج الكرخي قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) أشتري الطعام إلى أجل مسمى، فيطلبه التجار

مني بعد ما اشتريته قبل أن أقبضه، قال: لا بأس أن تبيع إلى أجل، كما اشتريت الخبر، والمراد تأجيل الثمن، وقوله كما اشتريت إشارة إلى كون البيع تولية، فيدل على ثبوت البأس في غير التولية، ومصححة علي بن جعفر عن أخيه عن الرجل يشتري الطعام أيصلح بيعه قبل أن يقبضه؟ قال: إذا ربح لم يصلح حتى يقبض، وإن كان تولية فلا بأس. وفي معناها رواية أخرى، خلافا للمحكي عن الشيخين في المقنعة والنهاية والقاضي، والمشهور بين المتأخرين، فالكراهة لروايات صارفة لطواهر الروايات المتقدمة إلى الكراهة، مثل ما في الفقيه في ذيل رواية الكرخي المتقدمة، قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): أشتري الطعام من الرجل، ثم أبيع من رجل آخر قبل أن اكتاله، فأقول له ابعث وكيك حتى يشهد كيلاه إذا قبضته قال: لا بأس ورواية جميل بن دراج عن أبي عبد الله (عليه السلام) في الرجل يشتري الطعام، ثم يبيعه قبل أن يقبضه قال: لا

بأس ويوكل الرجل المشتري منه بقبضه وكيلاه قال لا بأس بذلك

وصحيح منصور عنه (عليه السلام) عن رجل اشترى يباعا ليس فيه كيل ولا وزن، أله أن يبيعه مرابحة قبل أن يقبضه ويأخذ 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): أشتري

الطعام من الرجل ثم أبيع من رجل آخر قبل أن اكتاله فأقول: ابعث وكيك حتى يشهد كيلاه إذا قبضته، قال (عليه السلام): لا بأس. (٢) ونحوه خبر جميل (٣)

(١) الوسائل - باب ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ١٨.

(٢) الفقيه ج ٣ ص ١٣١.

(٣) الوسائل - باب ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ٦.

وهذه الروايات مطلقة يمكن حملها على التولية، { ١ } وهو أولى من حمل تلك الأخبار على الكراهة، مع أن استثناء التولية حينئذ يوجب نفي الكراهة فيها، مع أن الظاهر عدم الخلاف في الكراهة فيها أيضا بين أرباب هذا القول { ٢ } وإن كانت أخف. ومن ذلك يعلم ما في الاستئناس للجمع بالكراهة بخبر أبي بصير سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى طعاما، ثم باعه قبل أن يكيه قال: لا يعجبني أن يبيع

كيلا أو وزنا قبل أن يكيه 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 بكييل ولا وزن فلا بأس أن يبيعه قبل أن يقبضه بناء على أن قوله لا يعجبني ظاهر في الكراهة، فإن ذلك يوجب رفع الكراهة رأسا في التولية، لأنه في قوة أن ذلك في التولية ليس مما 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 بصحیحتي الحلبي وابن مسلم، في جواز بيع الثمرة المشتراة قبل قبضها، لكن لا يبعد إرادة الثمرة على الشجرة، فيخرج عن المكييل 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 اشترت متاعا 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 مسلکان:

{ ١ } أحدهما: ما اختاره المصنف (رحمه الله) وجمع من الأساطين، وهو: تقييد الطائفتين الأوليتين بالثالثة لكونها أخص منهما، وهذا جمع عرفي.
{ ٢ } والمصنف (رحمه الله) أيده بأن حمل النواهي على الكراهة مع استثناء التولية يقتضي أن لا يكون بيع التولية مكروها مع أنه لا خلاف في كراهته.
ولكن يرد على هذا التأيد: إن ما دل على كراهته - على فرض حمل النواهي

(١) الوسائل - باب ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ١٢.

وفيه تأمل لعدم ثبوت ذلك، بل الظاهر أن 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 بائعه مسألة أخرى ذكرها بعد مسألتنا وفروعها، وذكر أن المجوزين في المسألة الأولى: جزموا بالجواز هنا، واختلف المانعون فيها هنا، ومن العجب ما عن التنقيح من الاجماع على جواز بيع السلم على من هو عليه مع اجماع المبسوط على المنع عن بيع السلم قبل القبض، مصرحا بعدم الفرق بين المسلم إليه وغيره، ثم إن صريح التحرير والدروس: الاجماع على الجواز في غير المكيل والموزون، مع أن المحكي في التذكرة عن بعض علمائنا القول بالتحريم مطلقا، ونسبه في موضع آخر إلى جماعة منا وصريح الشيخ في المبسوط اختيار هذا القول، قال في باب السلم إذا أسلف في شيء، فلا يجوز أن يشرك فيه غيره، ولا أن يوليه لأن النبي (صلى الله عليه وآله) نهى عن بيع ما لم يقبض، وقال من

أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره إلى أن قال ويوع الأعيان مثل ذلك أن لم يكن قبض المبيع، فلا يصح الشركة ولا التولية وإن كان قد قبضه صحت الشركة والتولية فيه بلا خلاف.

على المنع - يدل على الكراهة الخفيفة، على فرض حملها على الكراهة، والاستثناء إنما يدل

على عدم ثبوت ما ثبت لغيره له، فإن كان هو المنع فهو المنفي عنه، وإن كان شدة الكراهة فهي.

ثانیهما: ما ذهب إليه أكثر المحققين، وهو: حمل الأخبار المتضمنة للنهي على الكراهة. وقد ذكروا في وجهه: إن حمل المطلق على المقيد إنما يكون جمعا عرفيا لولا العوارض، وهي في المقام تقتضي أولوية الحمل على الكراهة، وهي أمور:

الأول: إن النصوص المانعة المطلقة حملها على بيع التولية حمل على الفرد النادر لوضوح أن التجار غالبا لا يعجلون بالبيع قبل القبض مع عدم الربح أصلا.
الثاني: إنه لو بنى على التقييد لزم حمل ما تضمن من النصوص جواز بيع الثمرة

وقد روى أصحابنا جواز الشركة فيه والتولية قبل القبض، ثم إن المحكي عن المهذب البارع عدم وجدان العامل بالأخبار المتقدمة المفصلة بين التولية وغيرها، وهو عجيب، فإن التفصيل حكاه في التذكرة قولاً خامساً في المسألة، لأقوال علمائنا وهي الكراهة مطلقاً والمنع مطلقاً والتفصيل بين المكيل والموزون وغيرهما، 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 أن يكون مطلق ما أعد للأكل، كما قيل إنه موضوع له لغة، ويحتمل أن يكون خصوص الحنطة والشعير، بل قيل إنه معناه شرعاً، وحكى عن فخر الدين نقله عن والده وحكى اختياره عن بعض المتأخرين. وعن الشهيد أنه حكى عن التحرير أنه الحنطة خاصة، وحكى عن بعض أهل اللغة، ثم إن الظاهر أن أصل عنوان المسألة مختص بالمبيع الشخصي، { ١ } كما يظهر من الاستدلال في التذكرة للمانعين 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: أنه يجب على التقييد تقييدها أيضاً بما إذا لم يكن البيع قبل القبض من نفس البائع فإنه جائز. الرابع: أنه يجب على التقييد تقييدها أيضاً بما إذا لم يكن البيع من أحد الشركاء لشريكه فإنه جائز على ما دل عليه الخبر، وبعض هذه الوجوه وإن لم يخل عن المناقشة إلا أن في بعضها الآخر المؤيد بغيره كفاية، فالأظهر هو الحمل على الكراهة. { ١ } ومقتضى اطلاق النصوص عدم الفرق بين كون المبيع شخصياً أم كلياً وهل المنع تكليفي أو وضعي؟ ربما يقال بالأول نظراً إلى ظهور النهي في كونه مولوياً لا ارشادياً

وذكر في التذكرة الكلي الغير المقبوض في فروع المسألة، وقال المبيع إن كان دينا لم يجز بيعه قبل قبضه عند المانعين، لأن المبيع مع تعيينه لا يجوز بيعه قبل قبضه، فمع عدمه أولى فلا يجوز بيع السلم قبل قبضه، ولا الاستبدال به وبه قال الشافعي، انتهى. وكيف كان فلا فرق في النص والفتوى بناء على المنع بين المبيع المعين والكلي بل ولا بناء على الجواز، ثم إن ظاهر أكثر الأخبار المتقدمة المانعة بطلان البيع قبل القبض وهو المحكي عن صريح العماني، بل هو ظاهر كل من عبر بعدم الجواز الذي هو معقد اجماع المبسوط في خصوص الطعام، فإن جواز البيع وعدمه ظاهران في الحكم الوضعي إلا أن المحكي عن المختلف أنه لو قلنا بالتحريم لم يلزم بطلان البيع، لكن صريحه في مواضع من التذكرة وفي القواعد أن محل الخلاف الصحة والبطلان. وبالجملة فلا ينبغي الاشكال في أن محل الخلاف في كلمات الأكثر هو الحكم الوضعي وينبغي التنبيه على أمور:

الأول: إن ظاهر جماعة عدم لحوق الثمن بالمبيع في هذا الحكم، { ١ } فيصح بيعه قبل قبضه، قال في المبسوط أما الثمن إذا كان معينا فإنه يجوز بيعه قبل قبضه، وإن كان في الذمة، فكذلك يجوز لأنه لا مانع منه ما لم يكن صرفا، فأما إذا كان صرفا (فلا) لا يجوز بيعه قبل القبض

وفيه: إن هذا الظهور إنما هو في غير باب المعاملات والموانع، وأما فيهما فله ظهور ثانوي في الارشاد، فيكون ظاهرا في الحكم الوضعي.

وأما ما عن الجواهر من استفادة البطلان من النصوص وإن كان النهي مولويا نفسيا، فيرده: ما تقدم في أول الجزء الأول من هذا الشرح من أن النهي عن المعاملة لا يستلزم فسادها ما لم يكن ارشادا إلى الفساد.

الثمن لا يكون ملحقا بالمبيع

وينبغي التنبيه على أمور

{ ١ } الأول: هل يلحق الثمن بالمبيع في هذا الحكم كما هو ظاهر جماعة أم لا كما عن التذكرة وجامع المقاصد؟ وجهان.

وفي موضعين من التذكرة قوي الجواز إذا كان الثمن كليا في الذمة وهو ظاهر جامع المقاصد في شرح قول المصنف قدس سره ولو أحال من له طعام من سلم الخ. واستدل عليه في التذكرة بقول الصادق (عليه السلام) { ١ } وقد سئل عن الرجل باع طعاما بدراهم إلى أجل، فلما بلغ الأجل تقاضاه، فقال ليس عندي دراهم خذ مني طعاما، قال لا بأس إنما له دراهمه يأخذ بها ما شاء. ويمكن أن يقال إن المطلوب جعل الثمن مبيعا في العقد الثاني لا ثمنا أيضا، كما هو ظاهر الرواية مع اختصاصها بالبيع ممن هو عليه، فلا يعم إلا بعدم الفصل لو ثبت وصرح في أواخر باب السلم بالحق الثمن المعين لمبيع، ويؤيده تعليل المنع في طرف المبيع بقصور ولاية المشتري لانفساخ العقد بتلفه فإنه جار في الثمن المعين. { ٢ }

{ ١ } وقد استدل لعدم اللحق: بقول الإمام الصادق (عليه السلام) المذكور في المتن (١) ومورده وإن كان هو البيع ممن هو عليه إلا أنه يتم في غيره بعدم الفصل كما أن مورده جعل الثمن ثمنا أيضا، ولكن يتعدى إلى جعله مبيعا. وفيه: أولا: إن إلغاء خصوصية المورد من الجهتين غير ثابت. وثانيا: إنه مختص بغير المكيل. وثالثا: إنه إما ظاهر في المعاوضة غير البيع أو مطلق. وعلى الأول لا كلام، وعلى الثاني إن كانت نصوص الباب شاملة للثمن تخصصه وإلا فيكفي العمومات للحكم بالصحة، فالأظهر عدم اللحق لاختصاص النصوص بالمبيع. وقد استدل للحق بوجهين: { ٢ } أحدهما: إن ما ذكره من التعليل للمنع في المبيع وهو قصور ولاية المشتري لانفساخ العقد بتلفه جار في الثمن.

(١) الوسائل - باب ١١ - من أبواب السلف حديث ١٠.

الثاني: هل البيع كناية عن مطلق الاستبدال فلا يجوز جعله ثمنا ولا عوضا في الصلح ولا أجرة ولا وفاء عما عليه، أم يختص بالبيع، { ١ } ظاهر عنواناتهم الاختصاص بالبيع، وأظهر منها في الاختصاص قوله في التذكرة: الأقرب عندي أن النهي به متعلق بالبيع لا بغيره من المعاوضات، وأظهر من الكل قوله في مواضع أخر لو كان لزيد عند عمرو طعام من سلم فقال لزيد: خذ هذه الدراهم عن الطعام الذي لك عندي لم يحز عند الشافعي، لأنه بيع المسلم فيه قبل القبض والأولى عندي الجواز، وليس هذا بيعا وإنما هو نوع معاوضة، انتهى.

وأصرح من الكل تصريحه في موضع ثالث بجواز الصلح عن المسلم فيه قبل القبض، لأنه عقد مستقل لا يجب مساواته للبيع في أحكامه، وقد صرح جامع المقاصد أيضا في غير موضع باختصاص الحكم بالبيع دون غيره.

وقد تقدم في كلامه أنه لا يجوز بيع السلم قبل قبضه، ولا الاستبدال به، لكن العلامة قد عبر بلفظ الاستبدال في كثير من فروع مسألة البيع قبل القبض، مع أن ما استدل به للمانعين من قصور ولاية المشتري في التصرف لانفساخ العقد بالتلف جار في مطلق التصرف فصلا عن المعاوضة.

وقد صرح الشيخ في المبسوط في باب الحوالة بأنها معاوضة، والمعاوضة على

وفيه: إن هذا وجه اعتباري استحساني لا يصلح لأن يعتمد عليه في الحكم الشرعي. ثانيهما: إن ما في ذيل خبر الحلبي أن هذا ليس بمنزلة الطعام أن الطعام يكال (١) يدل عليه فإن المفهوم من التعليل أن كل ما يكال لا يجوز بيعه قبل قبضه.

وفيه: أولا: إنه أخص من المدعى لاختصاصه بالمكيل.

وثانيا: إن المعلل هو بيع ما اشتراه من البر، فالتعليل لا يقتضي إلا أن كل ما اشتراه مما يكال لا يباع قبل قبضه لا أن كل ما يكال لا يجوز بيعه قبل قبضه.

وثالثا: إنه من الجائز أن يكون مورده البيع قبل أن يقبض حصته من الشركاء، بل هو الظاهر منه، فهو أجنبي عن المقام.

{ ١ } الثاني: هل يختص الحكم بالبيع أم يعم مطلق الاستبدال ويكون البيع في النصوص

(١) الوسائل - باب ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ١٠.

المسلم فيه قبل القبض غير جائزة وهو وإن رجع عن الصغرى فيما بعد ذلك لكنه لم يرجع عن الكبرى، وصرح في الإيضاح بابتناء الفرع الآتي أعني إحالة من عليه طعام لغريمه على من له عليه طعام على أن الحوالة معاوضة مستقلة أو استيفاء، وأن المعاوضة قبل القبض حرام أو مكروه واردة خصوص البيع من المعاوضة ليست بأولى من إرادة مطلق المعاوضة من البيع في قولهم إن الحوالة بيع أو ليست بيعاً، بل هذه أظهر في كلماتهم. وقد صرح الأكثر بأن تراضي المسلم والمسلم إليه على قيمة المسلم فيه من بيع الطعام قبل القبض فاستدلوا باخباره على جوازه. ويؤيده أيضاً قوله في التذكرة لو كان لزيد طعام على عمرو سلماً، ولخالد مثله على زيد، فقال زيد اذهب إلى عمرو واقبض لنفسك مالي عليه لم يصح لخالد عند أكثر علمائنا، وبه قال الشافعي وأحمد، لأن النبي (صلى الله عليه وآله) نهى عن بيع الطعام بالطعام

حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري وسيأتي ابتناء هذا الفرع في كلام جماعة على مسألة البيع قبل القبض.

نعم ذكر الشهيد أنه كالبيع قبل القبض، وصرح بابتناء الحكم فيما لو قال للمسلم اشتر لي بهذه الدراهم طعاماً واقبضه لنفسك على حكم البيع قبل القبض، وكيف كان، فالمسألة محل اشكال من حيث اضطراب كلماتهم، إلا أن الاقتصار في مخالفة الأصل

كناية عنه؟ وجهان.

الجمود على ظواهر النصوص يقتضي الاختصاص بالبيع، ولا يثبت هذا الحكم فيما إذا كان النقل بغير البيع لما انتقل إليه أو لما ينتقل عنه، وحمل البيع على إرادة مطلق الاستبدال يحتاج إلى دليل مفقود والغاء الخصوصية مع ما يرى من تفاوت البيع مع غيره حكماً وإن اتحدا نتيجة لا وجه له، وبعض الوجوه الاعتبارية مثل قصور ولاية المشتري في التصرف لانفساخ العقد بالتلف وإن كان جارياً في غير البيع إذا كان النقل إليه بالبيع، إلا أنه لا يعتمد عليه في الحكم

المتيقن هو المتعين، ومنه يظهر جواز بيع ما انتقل بغير البيع من المعاوضات كالصلح والإجارة والخلع، كما صرح به في الدروس فضلا عن مثل الإرث والقرض ومال الكتابة والصداق وغيرها. نعم لو ورث ما اشترى ولم يقبض أو أصدقه أو عوض عن الخلع جرى الخلاف في بيعه.

الثالث: هل المراد من البيع المنهي ايقاع عقد البيع على ما لم يقبض أو ما يعم تشخيص الكلي المبيع { ١ } به فيكون المنهي عنه نقل ما لم يقبض بسبب خاص هو البيع كما لو نهى عن بيع أم الولد، أو حلف على أن لا يبيع مملوكه، حيث لا فرق بين ايقاع المبيع عليه أو دفعه عن الكلي المبيع، ظاهر النص والفتوى { ٢ } وإن كان هو الأول،

اقرار البيع على ما لم يقبض

{ ١ } الثالث: هل المراد من البيع المنهي عنه ايقاع عقد البيع على ما لم يقبض أو ما يعم تشخيص الكلي المبيع به؟ وجهان.

وتنقيح القول في المقام بالبحث في جهات:

الأولى: إن محل الكلام ليس جواز ابقاء الكلي غير المقبوض، فإنه داخل في التنبيه السابق، بل محل الكلام جعل البيع السابق مستقرا على فرد غير مقبوض للبائع، كما إذا كان

عليه سلم لصاحبه فدفع إليه دراهم وقال: اشتر بها طعاما واقبضه لنفسك، فإن من عليه السلم هو مشتري الطعام ولم يقبض ما اشتراه وجعل البيع السابق مستقرا على ما اشتراه. وجه توهم المنع عنه أمران:

الأول: إن النصوص مطلقة شاملة لاحداث البيع على ما لم يقبض واقراره عليه { ٢ } والمصنف (رحمه الله) استظهر منها الاختصاص بالأول ثم قال

بل هو المتعين في الأخبار المفصلة بين التولية وغيرها، { ١ } إلا أن المعنى الثاني لا يبعد عن سياق مجموع الأخبار { ٢ } وعليه، فلو كان عليه سلم لصاحبه، فدفع إليه دراهم، وقال اشتر لي بها طعاما 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 أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يكون له على الآخر أحمال

من رطب أو تمر فيبعث عليه بدنانير فيقول اشتر بهذه واستوف منه الذي لك قال: لا بأس إذا ائتمنه.

لكن في صحيحة الحلبي قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل أسلفته دراهم في طعام فلما حل طعامي عليه بعث إلي بدراهم فقال اشتر لنفسك طعاما واستوف حقه قال: أرى أن يولي ذلك غيرك وتقوم معه حتى يقبض الذي لك ولا تتولى أنت 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 إن هذا كله، إذا كان الطعام المشتري شخصيا، وأما إذا وكله في شراء الكلي فلا يجري فيه ذلك، لأن تشخيص ما باعه سلما 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
أما استظهاره الاختصاص من النصوص فمتين، فإن ظاهرها كون الممنوع عنه أحداث البيع على ما اشتراه قبل قبضه،
كما أن دعواه تعيينه في الأخبار المفصلة متينة، فإن جعل المشتري مصداقا للكلي الثابت في ذمته بالاستسلاف ليس من بيع التولية مع التساوي ولا بيع مرابحة أو مواضعة، مع الاختلاف في القيمة،
وأما ما نفى عنه البعد فغير تام لما عرفت من ظهور النصوص.
الثاني صحيح الحلبي (١) المذكور في المتن.

(١) الوسائل - باب ١٢ - من أبواب السلف حديث ١.

ثم اقباضه وبدون ذلك لا يمكن الايفاء إلا بالحوالة أو التوكيل، فيدخل المسألة فيما ذكره في الشرائع وغيرها تبعاً للميسوط. بل نسب إلى المشهور من أنه لو كان له على غيره طعام من سلم وعليه مثل ذلك فأمر غريمه أن يكتال لنفسه من الآخر فإنه يكره أو يحرم على الخلاف. وقد علل ذلك في الشرائع، بأنه قبضه عوضاً عن ماله قبل أن يقبضه صاحبه وذكر المسألة في القواعد بعنوان الحوالة قال لو أحال من عليه طعام من سلم بقبضه على من له عليه مثله من سلم، فالأقوى الكراهة، وعلى التحريم يبطل، لأنه قبضه عوضاً عن ماله قبل أن يقبضه صاحبه، وبني في الايضاح جريان الخلاف في المسألة على أن الحوالة معاوضة أو استيفاء، وأن المعاوضة على مال المسلم قبل القبض حرام أو مكروه، وأنكر جماعة ممن تأخر عن العلامة كون هذه المسألة من محل الخلاف في بيع ما لم يقض بناء على أن الحوالة ليست معاوضة فضلاً عن كونها بيعاً، بل هي استيفاء.

أقول ذلك أما وكالة وأما حوالة، وعلى كل تقدير يمكن تعميم محل الخلاف لمطلق المعاوضة ويكون البيع كناية عنها. ولذا نسب فيما عرفت من عبارة التذكرة المنع في هذه المسألة إلى أكثر علمائنا وجماعة من العامة محتجين بالنبوي المانع عن بيع ما لم يقبض واستند الشيخ (رحمه الله) أيضاً في المنع إلى الاجماع على عدم جواز بيع ما لم يقبض.

ونحوه غيره.

وفيه: إن 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 أحمال من رطب أو تمر فيبعث إليه بدنانير فيقول: اشتر بهذه واستوف منه الذي لك، قال: لا بأس إذا ائتمنه. (١)

وفيه: أولاً: إن الاستدلال به يتوقف على كون أحمال الرطب عليه بعنوان بيع السلم لا بعنوان آخر، وإلا فهو غير مربوط بالمقام، بل هو داخل تحت عنوان الوفاء المحض.

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٢ باب بيع المضمون حديث ٦٨.

وقد عرفت ما ذكره الشيخ في باب الحوالة، ولعله لذا قال الشهيد في الدروس في حكم المسألة أنه كالبيع قبل القبض، لكنه قدس سره تعرض في بعض تحقیقاته لتوجيه ادراج المسألة في البيع بأن مورد السلم لما كان ماهية كلية ثابتة في الذمة منطبقة على أفراد لا نهاية لها فأی فرد عينه المسلم إليه تشخص بذلك الفرد وانصب العقد عليه فكأنه لما قال الغريم اکتل من غريمي فلان، قد جعل عقد السلم معه واردا على ما في ذمة المسلف منه غريمه ولما يقبضه بعد، ولا ريب أنه مملوك له بالبيع، فإذا جعل موردا للسلم الذي هو بيع يكون بيعا للطعام قبل قبضه، فيتحقق الشرطان ويلحق بالباب، وهذا من لطائف الفقه، انتهى.

واعترضه في المسالك بأن مورد السلم ونظائره من الحقوق الثابتة في الذمة لما كان أمرا کلیا كان البيع المتحقق به هو الأمر الكلي، { ١ } وما يتعين لذلك من الأعيان الشخصية بالحوالة وغيرها ليس هو نفس المبيع، وإن كان الأمر الكلي إنما يتحقق في ضمن الأفراد الخاصة، فإنها ليست عينه ومن ثم لو ظهر المدفوع مستحقا أو معيبا يرجع الحق إلى الذمة والمبيع المعين ليس كذلك. وحينئذ فانصباب العقد على ما قبض كونه حينئذ مبيعا غير واضح. فالقول بالتحريم به عند القائل به في غيره غير متوجه، انتهى.

وثانيا: إنه ظاهر في التوكيل في الشرط والقبض من قبل البائع، ثم استيفاء الحق منه، وهذا لا اشكال في جوازه.

الثانية: إن ما يشتري لاقرار البيع السابق عليه ربما يكون شخصا وربما يكون کلیا، فإن كان شخصا فالكلام فيه من وجهين:

أحدهما: ما تقدم من أنه هل يشمل البيع الممنوع عنه قبل القبض لاقرار البيع على ما لم يقبض أم لا، وقد تقدم ما هو الحق عندنا

{ ١ } الثاني: فيما أفاده الشهيد الثاني (رحمه الله) الذي يذكره المصنف (رحمه الله) بعنوان الايراد على

الشهيد الأول. وحاصله: إن ما يتعين مصداقا للكلي المبيع من الأعيان الشخصية بالحوالة وغيرها ليس هو نفس المبيع، وإن كان الأمر الكلي إنما يتحقق في ضمن الأفراد الخاصة

أقول ما ذكره من منع تشخيص المبيع في ضمن الفرد الخاص المدفوع وإن كان حقا من حيث عدم انصباب العقد عليه، إلا أنه يصدق عليه انتقاله إلى المشتري بعقد البيع، { ١ } فإذا نهى الشارع عن بيع ما لم يقبض، نظير نهيه، عن بيع أم الولد، وعن بيع ما حلف على ترك بيعه، فإنه لا فرق بين ايقاع العقد عليه وبين دفعه عن الكلي المبيع، لكن يرد على ما ذكره الشهيد عدم تشخص الكلي بالكلي إلا بالحوالة الرجعة إلى الاستيفاء أو المعاوضة وهذا لا يسوغ اطلاق البيع على الكلي المتشخص به بحيث يصدق أنه انتقل إلى المحال بناقل البيع نعم هذا التوجيه إنما يستقيم في الفرع المتقدم عن الدروس، وهو ما إذا أمره بقبض الطعام الشخصي الذي اشتراه للمشتري، فإن مجرد قبضه بإذن البائع مشخص للكلي المبيع في ضمنه، فيصدق أنه انتقل بالبيع قبل أن يقبض. ويمكن أن يقال إن تشخيص الكلي المبيع في الكلي المشتري يكفي فيه إذن البائع في قبض بعض أفراد الكلي المشتري من دون حاجة إلى حوالة، فإذا وقع فرد منه في يد المشتري صدق أنه انتقل بالبيع قبل القبض، وكيف كان، فالأظهر في وجه ادخال هذه المسألة في محل الخلاف تعميم مورد الخلاف لمطلق الاستبدال، حتى المحقق بالحوالة، وإن لم نقل بكونها بيعا، والمسألة يحتاج إلى فضل تتبع والله الموفق

فإنها ليست عينه، ولذا لو ظهر المدفوع مستحقا أو معيبا يرجع الحق إلى الذمة، ففي الحقيقة

هذا اشكال صغروي لشمول النصوص لاقرار البيع السابق على ما لم يقبض. { ١ } وفيه: إن الكلي يوجد بوجود فرده فإذا انطبق الكلي على فرد يصير ذلك الفرد مبيعا بالحمل الشائع، ويصدق عليه أنه انتقل إلى المشتري بعقد البيع. وإن كان كليا، فيدخل تحت عنوان المسألة المعنونة في الفقه، وهي: إنه لو كان له على غيره طعام من سلم وعليه مثل ذلك فأمر غريمه أن يكتال لنفسه من الآخر، فإنه يكره أو يحرم على الخلاف. وقد علل ذلك في الشرايع وغيرها: بأنه قبضه عوضا عن ماله قبل أن يقبضه صاحبه.

وتنقيح القول فيها: إن محل الكلام ليس بيع ماله على غيره بما هو عليه، فإنه

واستدل في الحدائق على الجواز بما عن المشايخ الثلاثة بطريق صحيح، وموثق عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل عليه كرم

من طعام، فاشترى كرا من رجل آخر، فقال للرجل: انطلق فاستوف كرك، قال: لا بأس به، وفيه أنه لا دلالة لها على محل الكلام لأن الكلام فيما إذا كان المالكين سلمين، ومورد الرواية إعطاء ما اشترى به قبل قبضه وفاء عن دين لم يعلم أنه سلم أو قرض أو غيرهما. وقد استدل به في التذكرة على جواز إيفاء الفرض بمال السلم، ولذا قال جامع المقاصد في شرح قوله (رحمه الله) ولو أحال من عليه طعام من سلم بقبضه على من له

عليه مثله من سلم الخ، { ١ } فإن قلت: لم اعتبر كون المالكين معا سلمين قلت: لأن المنع إنما هو من بيع ما لم يقبض، وإذا كان أحد المالكين سلما دون الآخر لم يتعين لكونه مبيعا لا مكان اعتباره ثمنا، إذ لا معين لأحدهما، انتهى. ويمكن أن يقال إن ظاهر الحوالة بناء على كونها معاوضة كون المحيل مملكا ماله في ذمة غريمه بإزاء ما لغريمه عليه، { ٢ } فما له معوض ومال غريمه عوض، فإذا كان ماله على غريمه سلما كفى في المنع عن تملكه بإزاء مال غريمه عليه، لأنه من بيع ما لم يقبض، وحينئذ فيتم الاستدلال بالرواية

من أفراد بيع ما لم يقبض،

بل محل الكلام تعيين ما عليه فيما له على غيره بحيث يكون وفاء، وتصوير ذلك أنما هو بقبض ماله على غيره ثم تعيين ما عليه فيه، وإلا فلا يعقل انطباق الكل المتخصص بكونه في ذمة أحد على ما هو المتخصص بكونه في ذمة الآخر، وعليه فتعيين ذلك أما أن يكون بالتوكيل في القبض، وأما بمجرد الإذن في قبض من له في ذمته الكل، وأما بحوالة

من

له عليه على من عليه له.

أما التوكيل: فلا اشكال فيه ولا يكون حينئذ من بيع ما لم يقبض

وأما الإذن: فالظاهر كفايته في تعيين ماله على غيره، ولكن يصير سببا لاستقرار المبيع بالسلم على ما لم يقبض.

{ ١ } وأما الحوالة: فإن قلنا بأن ظاهرها بناء على كونها معاوضة كون المحيل مملكا

ماله في ذمة غريمه بإزاء ما لغريمه عليه، فماله معوض ومال غريمه عوض،

{ ٢ } كما أفاده المصنف (رحمه الله) فهي بيع حقيقة بصورة الحوالة

نعم لو كان ما عليه سلما دون ماله أمكن خروجه عن المسألة، لأن الظاهر هنا كون المسلم ثمنا وعضوا. وإلى هذا ينظر بقوله في القواعد والتحرير تبعا للشرائع، ولو كان المالان أو المحال به قرضا صح، ولا وجه لاعتراض جامع المقاصد عليه بأنه لا وجه لتخصيص المحال به بالذكر مع أن العكس كذلك، واستحسان تعبير الدروس بلفظ أحدهما، ثم قال: وليس له أن يقول أن المحال به شبيه بالمبيع من حيث تخيل كونه مقابلا بالآخر، إذ ربما يقال إن شبهه بالثمن أظهر لاقتترانه بالبائ و كل ذلك ضعيف، انتهى.

وفيه ما لا يخفى فإن الباء هنا ليس للعض، وظهور الحوالة في كون انشاء التملك من المحيل لا ينكر، واحتمال كونه متملكا مال غريمه بمال نفسه، كما في المشتري

المقدم لقبوله على الايجاب بعيد ويدل على هذا أيضا قولهم إن الحوالة بيع، فإن ظاهره كون المحيل بائعا، ثم إن المفروض في المسألة المذكورة ما لو أذن المحيل المحال في اكتياله لنفسه، بأن يأتي بلفظ الإحالة، كما في عبارة القواعد، أو يقول له اكتل لنفسك، كما في عبارتي المبسوط والشرائع. أما لو وكله في القبض عن الإذن، ثم القبض لنفسه فيكون قابضا مقبضا مبني [فييني] على جواز تولي طرفي القبض، والأقرب صحته لعدم المانع.

فتدخل في بيع ما لم يقبض من دون حاجة إلى عنوان اقرار البيع السابق على ما لم يقبض. وإن قلنا بأنها عبارة عن نقل ما ذمة المحال عليه إلى المحتال عوضا عما في ذمته لا تبديلا فهي تكون نقلا لما لم يقبض،
فيدخل تحت العنوان المتقدم في التنبيه السابق، ولا ربط له باقرار البيع السابق، فإنه يملك بهذا النقل لا بالبيع السابق.
وإن قلنا بأنها ايفاء محض فهي لا تصح، فإن ما ذمة المحال عليه كلي لا ناقل له على الفرض، ولا يكون فردا كي ينطبق عليه ما في ذمة المحيل فلا وجه لانصباب عقد السلم على موردها.

الرابع: ذكر جماعة أنه لو دفع إلى من له عليه طعام دراهم، وقال اشتر بها لنفسك طعاما لم يصح، { ١ } لأن مال الغير يمتنع شراء شيء به لنفسه، ووجهه أن قضية المعاوضة انتقال كل عوض إلى ملك من خرج عن ملكه العوض الآخر، فلو انتقل إلى غيره لم يكن عوضا ويمكن نقض هذا بالعوض المأخوذ بالمعاطاة على القول بإفادتها للإباحة، { ٢ } فإنه يجوز أن يشتري به شيئا لنفسه على ما في المسالك من جواز جميع التصرفات باجماع القائلين بصحة المعاطاة وأيضا، فقد ذكر جماعة منهم العلامة في المختلف وقطب الدين والشهيد على ما حكى عنهما، أن مال الغير المنتقل عنه بإزاء ما اشتراه عالما بكونه مغصوبا باق على ملكه، ويجوز لبائع ذلك المغصوب التصرف فيه بأن يشتري به شيئا لنفسه ويملكه بمجرد الشراء، قال في المختلف، بعدما نقل عن الشيخ في النهاية: إنه لو غصب مالا واشترى به جارية كان الفرج له حلالا، وبعد ما نقل مذهب الشيخ في ذلك في غير النهاية ومذهب الحلبي أن كلام النهاية يحتمل أمرين. أحدهما: اشتراء الجارية في الذمة، كما ذكره في غير النهاية.

{ ١ } الرابع: ولو دفع إلى من له عليه طعام دراهم وقال: اشتر بها لنفسك طعاما فهل يصح، أم لا وجهان
مبنيان على ما حقق في أول البيع من: أن حقيقته هي المعاوضة المقتضية لدخول العوض في كيس من خرج المعوض عن كيسه، أم حقيقته الاعطاء لا مجانا غير المقتضي لذلك، فعلى الأول لا يصح، وعلى الثاني يصح، وحيث إن المختار هو الثاني كما تقدم فالأظهر هي الصحة،
وعليه فهل يصير المبيع حينئذ عوضا عما في ذمته من الطعام أم لا؟ الظاهر ذلك، فإن في وفاء الدين لا يعتبر كون ما يوفي به ملكا للمديون ويصح أداء الغير من ماله، { ٢ } وأما مسألة المعاطاة والمقبوض بالعقد الفاسد ولو من جهة الغصبية مع العلم بذلك فقد تقدم الكلام فيهما مفصلا في الجزء الأول من هذا الشرح.

الثاني: أن يكون البائع عالما بغصب المال، فإن المشتري حينئذ يستبيح وطئ الجارية وعليه وزر المال، انتهى.

وقد تقدم في فروع بيع الفضولي وفي فروع المعاواة، نقل كلام القطب والشهيد وغيرهما، ويمكن توجيه ما ذكر في المعاواة بدخول المال أنا ما قبل التصرف في ملك المتصرف، كما يلزمهم القول بذلك في وطئ الجارية المأخوذة بالمعاواة. وتوجيه الثاني بأنه في معنى تمليك ماله مجاناً بغير عوض، وكيف كان، فالمعاوضة لا يعقل بدون قيام كل عوض مقام معوضه، { ١ } وإذا ثبت على غير ذلك فلا بد من توجيهه أما بانتقال أحد العوضين إلى غير مالكة قبل المعاوضة وأما بانتقال العوض الآخر إليه بعدها. ومن هنا يمكن أن يحمل قوله فيما نحن فيه اشتر بدراهمي طعاماً لنفسك، على إرادة كون اللام لمطلق النفع لا للتمليك بمعنى اشتر في ملكي وخذته لنفسك، كما ورد في مورد بعض الأخبار السابقة اشتر لنفسك طعاماً واستوف حقه، ويمكن أن يقال إنه إذا اشترى لنفسه بمال الغير وقع البيع فضولاً، كما لو باع الغير لنفسه، فإذا قبضه فأجاز المالك الشراء والقبض تعين له وحيث كان استمراره بيد المشتري قبضاً فقد قبض ماله على مالك الطعام، فافهم.

{ ١ } قوله فالمعاوضة لا يعقل بدون قيام كل عوض مقام معوضه

وفيه أنه لم يرد آية ولا رواية دالة على كون المبيع معاوضة بين المالكين، وقد مر في أول كتاب البيع عند بيان حقيقته من أن أصل ذلك هو ما عن المصباح في تعريف البيع بأنه مبادلة مال بمال، وقد أوردنا عليه بإيرادات خمسة

خامسها: إن مقتضى هذا التعريف لزوم دخول العوض في كيس من خرج المعوض عن كيسه، مع أنه لا يعتبر ذلك، ألا ترى أن الإنسان يعطي الدرهم إلى الخباز، ويقول أعط الخبز للفقير، فإن هذا بيع مع أنه لا مبادلة فيه، والالتزام بأنه يملك الفقير الدرهم أولاً ثم يعطي الخباز، أو أنه يوكله في تمليكه الخبز إياه ثم اعطائه للفقير، خلاف الواقع الذي عليه بناء العرف والعقلاء في أمثال 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:

إحداها: أن يكون المال سلماً بأن أسلفه طعاماً في العراق وطلبه بالمدينة، مع عدم اشتراط تسليمه بالمدينة، { ٢ } فلا اشكال في عدم وجوب أدائه في ذلك البلد، وأولى بعدم الوجوب ما لو طالبه بقيمة ذلك البلد، ولو طالبه في ذلك البلد بقيمته في بلد وجوب التسليم، وتراضياً على ذلك، قال الشيخ لم يجز، لأنه يبيع الطعام قبل قبضه، { ٣ } وهو حسن بناء على إرادة بيع ما في ذمته بالقيمة، أو إرادة مطلق الاستبدال من البيع المنهي عنه. أما لو جعلنا المنهي عنه خصوص البيع، ولم يحتمل التراضي على خصوص كون القيمة ثمناً، بل احتمل كونه ثمناً، والسلم ثمناً، فلا وجه للتحريم، لكن الانصاف ظهور عنوان القيمة خصوصاً إذا كان من النقدين في الثمنية، فيبني الحكم على انصراف التراضي المذكور إلى البيع أو القول بتحريم مطلق الاستبدال. وأما إذا 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 سلماً فلو طالبه في غير مكان المعاملة مع عدم اشتراط التسليم فيه لا يجب أدائه 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، فإن تراضياً جاز. { ٣ } واستدل للعدم: بأنه من بيع الطعام قبل قبضه

وعن جماعة منهم العلامة في التذكرة: الجواز، لأن الطعام الذي يلزمه دفعه معدوم { ١ } فكان كما لو عدم الطعام في بلد يلزمه التسليم فيه. وتوضيحه أن الطعام قد حل والتقصير من المسلم إليه، { ٢ } حيث إنه لو كان في ذلك البلد أمكنه أداء الواجب بتسليم المال إلى المشتري إن حضر، وإلا دفعه إلى وليه ولو الحاكم أو عزله، وكيف كان فتعذر البراءة مستند إلى غييبته، فللغريم مطالبة قيمة بلد الاستحقاق حينئذ، وقد يتوهم أنه يلزم من ذلك جواز مطالبة الطعام وإن

وفيه: أولاً: إنه قد تقدم جوازه.

وثانياً: على فرض عدم يكون البيع من البائع مستثنى منه.

وثالثاً: إن الممنوع على فرضه هو جعل الطعام مئثماً، ولا تشمل النصوص ما لو جعل ثمناً.

ورابعاً: أنه يختص بما لو أريد بيع ما في ذمته بالقيمة، ولا يعم غيره من أفراد الاستبدال،

وإن لم يرض المسلم إليه بذلك.

فهل يجوز إجباره على ذلك أم لا؟ وجهان

استدل للأول بوجهين:

{ ١ } أحدهما: ما هو ظاهر الكلام المحكي عن التذكرة وهو: إن التسليم في البلد من قبيل القيود المشخصة للكلي المبيع، التي بتعذرها يصدق تعذر وجود المبيع في الخارج، ومع تعذره للمشتري مطالبة قيمته.

وفيه: إن 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 أفاده المصنف ذكره توضيحاً لما أفاده العلامة في التذكرة وحاصله: إن

كان أزيد قيمة كما سيحى القول بذلك في القرض، ولو كان الطعام في بلد المطالبة مساويا 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 قرضا، { ١ } والظاهر عدم استحقاق المطالبة بالمثل مع اختلاف القيمة، لأنها إنما يستحقها في بلد القرض، فإلزامه بالدفع في غيره إضرار خلافا للمحكي عن المختلف، وقواه جامع المقاصد هنا، لكنه جزم بالمختار في باب القرض، أما مطالبته بقيمة بلد الاستحقاق، فالظاهر هو جوازها وفاقا 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 الأمر الرجوع إلى قيمته لأجل الاضرار، ولذا لو لم يختلف القيمة، فالظاهر جواز مطالبته بالمثل لعدم التضرر، لكن مقتضى ملاحظة التضرر إناطة الحكم بعدم الضرر على المقترض أو بمصلحته ولو من غير جهة اختلاف القيمة، كما فعله العلامة في القواعد وشارحه 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: إن اشتراط التسليم في البلد ينحل إلى شرطين: أحدهما: اشتراط القبض في البلد، ثانيهما: عدم التسليم في غير ذلك، أي عدم ثبوت حق في التسليم في غيره، وسوء الاختيار إنما 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: أن يكون ما عليه قرضا لا خلاف في جواز أخذ القيمة بسعر بلد القرض، فهل يجوز له المطالبة بالمثل في غير بلد القرض مع اختلاف القيمة أم لا؟ جهان

ثم إنه اعترف في المختلف بتعيين قيمة بلد القرض، مع تعذر المثل في بلد المطالبة { ١ } وفيه تأمل، فتأمل.

وظاهر بعض عدم جواز المطالبة لا بالمثل ولا بالقيمة، { ٢ } وكأنه يتفرع على ما عن الشهيد (رحمه الله) في حواشيه من عدم جواز مطالبة المقرض المثل في غير بلد القرض حتى مع عدم تضرره، فيلزم من ذلك عدم جواز المطالبة بالقيمة بطريق أولى. ولعله لأن مقتضى اعتبار بلد القرض أن ليس للمقرض إلا مطالبة تسليم ماله في بلد القرض، ومجرد تعذره في وقت من جهة توقفه على مضي زمان لا يوجب اشتغاله بالقيمة، كما لو أحر التسليم اختيارا في بلد القرض، أو احتاج تسليم المثل إلى مضي زمان، فتأمل.

أقواهما 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 - أم لا كما في الجواهر؟ قولان: أظهرهما الثاني، إذ لا وجه لجواز المطالبة سوى ما تقدم في المسألة الأولى الذي عرفت ضعفه

{ ٢ } فما عن الشهيد وفي الجواهر من عدم جواز المطالبة بالمثل ولا بالقيمة هو الأظهر.

وأما خبر سماعة سأل أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل له عليه مال فغاب عنه فرآه يطوف

حول الكعبة، أيتقاضاه؟ قال (عليه السلام): لا تسلم عليه ولا تروعه حتى يخرج من الحرم. (١)

فلا يعلم كونه قرضا، مع أنه مساق لبيان حرمة الحرم وأن له المطالبة في غير ذلك المكان بالتأدية في بلد القرض وربما كان هاربا منه.

(١) الوسائل - باب ٢٦ - من أبواب الدين والقرض حديث ١.

الثالثة: أن يكون الاستقرار من جهة الغضب، { ١ } فالمحكي عن الشيخ والقاضي أنه لا يجوز مطالبته بالمثل في غير بلد الغضب، ولعله لظاهر قوله تعالى: فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم فإن ما في ذمته هو الطعام الموصوف بكونه في ذلك البلد، فإن مقدار مالية الطعام يختلف باختلاف الأماكن، فإن المالك لمقدار منه في بلد قد يعد غنيا، والمالك لأضعافه في غيره يعد فقيرا، فالمماثلة في الصفات موجودة لا في المالية، لكنه ينتقض بالمغضوب المختلف قيمته باختلاف الأزمان. فإن اللازم على هذا عدم جواز مطالبته بالمثل في زمان غلاته، وحله أن المماثلة في الجنس والصفات هي المناط في التماثل العرفي من دون ملاحظة المالية، ولولا قاعدة نفي الضرر وانصراف اطلاق العقد في مسألتني القرض والسلم لتعين ذلك فيهما أيضا، ولو تعذر المثل في بلد المطالبة لزم قيمة ذلك البلد، لأن اللازم عليه حينئذ، المثل في هذا البلد لو تمكن فإذا تعذر قامت القيمة مقامه وفي المبسوط وعن القاضي قيمة بلد الغضب وهو حسن بناء على حكمها في المثل والمعتبر قيمة وقت الدفع لوجوب المثل حينئذ فتعين بدله مع تعذره، ويحتمل وقت التعذر، لأنه وقت الانتقال إلى القيمة. وفي المسألة أقوال: مذكورة في باب الغضب ذكرناها مع مبانيها في البيع الفاسد عند ذكر شروط العقد، فليراجع إلى هنا.

{ ١ } الثالث: أن يكون الاستقرار من جهة الغضب وقد أشبعنا الكلام في هذه المسألة في الجزء الثالث من هذا الشرح في المقبوض بالعقد الفاسد.
الحمد لله أولا وآخرا
الجزء السادس.