



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



اشرافيية  
عليه صلوات الله  
عليه وآله

www. **Ghaemiyeh** .com  
www. **Ghaemiyeh** .org  
www. **Ghaemiyeh** .net  
www. **Ghaemiyeh** .ir

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# أَسْئَلَةُ الْجَلِيلِ

فِي تَفْسِيحِ الْمَكِيدِ

كِتَابٌ فِي حِكْمَتِ

بَهْوَ الْعِلْمِ

أَلْفِي

بِإِذْنِ الْمَوْلَانِ الْعَلِيِّ

أَلْفِي بِيْرِي وَرَبِّهِ الْكَرِيمِ

بِسْمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# ارشاد الطالب فى شرح المكاسب [مرتضى الانصارى ]

كاتب:

آيت الله شيخ جواد تبريزى

نشرت فى الطباعة:

دارالصديقه الشهيدہ سلام الله عليها

رقمى الناشر:

مركز القائميہ باصفهان للتحريات الكمبيوترية

## الفهرس

٥	الفهرس
١١	ارشاد الطالب فى شرح المكاسب [مرتضى الانصارى] المجلد ٧
١١	اشاره
١٢	اشاره
١٦	القول فى الارش
١٦	الأرش لغه واصطلاحاً
١٨	المراد من الأرش
٢٤	هل الضمان بعين بعض الثمن أو بمقداره؟
٢٨	هل يعقل استغراق الأرش للثمن؟
٣٠	فى بيع العبد الجانى
٣٤	تعيين الأرش
٣٧	لو تعدّر معرفه القيمه
٣٧	لو تعارض المقومون
٤١	ما هو المعروف فى كيفيته الجمع بين البيّنات؟
٤٤	اختلاف الطريقتين فى التقويم
٤٧	المتعین هو الطريق المنسوب إلى الشهيد قدس سره والوجه فيه
٥٢	لو كانت البيّنات مختلفتين
٥٤	فى الشروط التى يقع عليها العقد وشروط صحتها وما يترتب على
٥٤	فى معنى الشرط
٦٢	فى شروط صحه الشرط وهى أمور:
٦٢	الأول: أن يكون الشرط مقدوراً
٦٨	الثانى: أن يكون الشرط سائغاً
٧١	الثالث: اعتبار الغرض العقلائى فى الشرط
٧٥	الرابع: عدم مخالفه الشرط للكتاب والسنة

٨١	..... المتّصف بمخالفة الكتاب إمّا نفس الملتزم أو الالتزام
٨٦	..... المراد بحكم الكتاب والسّنة
٩١	..... الشكّ في كون الحكم في مورد اقتضائياً
٩٥	..... إحراز عدم مخالفة الشروط للكتاب بالأصل
٩٦	..... ما أفاده الفاضل النراقي في المقام والمناقشه فيه
١٠٠	..... الالتزام بترك المباح
١٠٣	..... توهم اختصاص الإشكال على الإباحه التكليفيّته
١٠٥	..... المراد من كون الشرط محزماً للحلال أو محللاً للحرام
١١٠	..... ما أفاده المحقّق القمّي في تفسير الشرط المذكور
١١٤	..... الخامس: يعتبر في نفوذ الشرط أن لا يكون المشروط منافياً للعقد
١٢٣	..... السادس: اعتبار عدم جهاله الشرط
١٢٧	..... السابع: اعتبار عدم كون الشرط مستلزماً للمحال
١٣١	..... الثامن: اعتبار ذكر الشرط في متن العقد
١٣٥	..... قد يتوهم في نفوذ الشرط اعتبار عدم تعليقه
١٤٠	..... في حكم الشرط الصحيح
١٤٠	..... ١ شرط الوصف
١٤٠	..... ٢ شرط الفعل
١٤٢	..... اشتراط وصف في المبيع غير الخيار
١٤٣	..... ٣ شرط الغايه
١٥٠	..... الاستصحاب في عدم مخالفة الشرط للكتاب أو السّنة
١٥١	..... الشك في كون الشرط مخالفاً للكتاب أو السّنة
١٥٢	..... مقتضى عموم «المؤمنون المسلمون عند شروطهم»
١٥٤	..... في وجوب الوفاء بالشرط
١٥٦	..... وجوب العمل بالشرط
١٥٩	..... الشرط في العقود الجائزه
١٦٣	..... إجبار المشروط عليه بالفعل

- ١٧١ ..... هل للمشروط له الفسخ مع التمكن من الإيجاب
- ١٧٤ ..... تعذر الشرط يوجب الخيار
- ١٨٠ ..... لو تعذر الشرط بحيث خرجت العين عن سلطنه المشروط عليه
- ١٨٤ ..... لا يسقط خيار المشروط له بتلف العين المنتقله إليه أو بتصرفها
- ١٨٦ ..... للمشروط له إسقاط شرطه إذا كان ممّا يقبل الإسقاط
- ١٨٨ ..... عدم تقسيط الثمن على الشرط
- ١٩٨ ..... في حكم الشرط الفاسد
- ١٩٨ ..... في الشرط الفاسد
- ٢٠٢ ..... التفصيل بين الشرط الغير المقذور والشرط الفاسد
- ٢٠٤ ..... في فساد العقد بفساد الشرط
- ٢١٢ ..... الاستدلال على فساد العقد بفساد الشرط بالروايات
- ٢١٦ ..... صحته المعامله مع فساد الشرط بالروايات
- ٢١٩ ..... ثبوت الخيار مع فساد الشرط
- ٢٢٣ ..... هل يصح البيع مع إسقاط الشرط المانع عن صحته؟
- ٢٢٤ ..... اشتراط بيع المبيع من بائعه ثانياً
- ٢٢٨ ..... في أحكام الخيار
- ٢٢٨ ..... الخيار موروث بانواعه
- ٢٣٣ ..... عدم تبعيته إرث الخيار لإرث المال
- ٢٣٨ ..... إرث الزوجه من الخيار الموروث
- ٢٤٣ ..... في كفيته استحقاق الورثه للخيار
- ٢٥٠ ..... اختلاف الوراث في الفسخ والإجازة
- ٢٥٢ ..... اجتماع الورثه على الفسخ على العين المنتقله عن ملك الميت
- ٢٥٣ ..... فسخ العقد إذا كان على الميت دين مستغرق لتركته
- ٢٥٤ ..... إذا كان لكل من الورثه خيار الفسخ بالإضافة إلى تمام العقد
- ٢٥٧ ..... إذا كان الخيار للأجنبي فلا ينتقل للوارث
- ٢٥٨ ..... في سقوط الخيار بالتصرف

- ٢٦٥ ..... هل يحصل الفسخ بنفس التصرف؟
- ٢٨٠ ..... فى التصرفين المتنافيين من ذى الخيار
- ٢٨٣ ..... تصرف من عليه الخيار فيما انتقل إليه
- ٣٠٨ ..... حصول تملك المبيع للمشتري بالعقد
- ٣١٥ ..... الاستدلال على انتقال العوضين بالعقد
- ٣٢٠ ..... الاستدلال على انتقال المالكين بتمام العقد
- ٣٢٤ ..... الاستدلال على أن تلف المبيع فى زمان خياره من بائعه
- ٣٢٨ ..... هل القول بالتوقف يشمل الخيار المنفصل؟
- ٣٣١ ..... التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له
- ٣٣٩ ..... تلف الثمن بيد البائع زمان خياره
- ٣٤٤ ..... انحلال البيع بتلفه قبل قبضه
- ٣٤٧ ..... حكم تلف البعض حكم تلف الكل
- ٣٤٩ ..... لو كان الإتلاف من الأجنبي تخير بين الإمضاء والفسخ
- ٣٤٩ ..... ضمان العين التالفه بعد الفسخ
- ٣٥٣ ..... عدم وجوب القبض والإقباض زمان الخيار
- ٣٥٥ ..... لا يبطل الخيار بتلف العين
- ٣٥٩ ..... ضمان العين فى يد الفاسخ بعد الفسخ
- ٣٦٠ ..... القول فى النقد والنسيئه
- ٣٦٠ ..... أقسام البيع باعتبار تأخير وتقديم أحد العوضين
- ٣٦١ ..... إطلاق العقد يقتضى النقد
- ٣٦٣ ..... اشتراط تعجيب الثمن فى البيع حالاً
- ٣٦٦ ..... فى جواز بيع المتاع نسيئه
- ٣٧١ ..... بيع الشئ بثمانين حالاً ونسيئه
- ٣٧٩ ..... لا يجب على المشتري دفع الثمن قبل حلول الأجل
- ٣٨٢ ..... إسقاط المشتري أجل الدين
- ٣٨٦ ..... يجب على الدائن أخذ دينه الحال عند دفعه إليه



- ٣٨٩ ..... إجبار الحاكم للدائن على القبض
- ٣٩٠ ..... توّلى الحاكم القبض إذا امتنع الدائن
- ٣٩١ ..... ليس للحاكم مطالبه المديون
- ٣٩١ ..... عدم جواز إسقاط شرط الأجل
- ٣٩٣ ..... إذا أبى الدائن من أخذ المال المعزول من المديون
- ٣٩٤ ..... فى من أجبره للظالم على دفع نصيب شريكه الغائب أو أخذه بنفسه
- ٣٩٦ ..... عدم جواز تأجيل الدين بالزيادة
- ٤٠٠ ..... عدم الفرق بين المصالحة عن التأجيل بالزيادة أو المقاوله عليها من غير عقد
- ٤٠١ ..... شراء البائع ما عليه من المشتري ثانياً
- ٤٠٦ ..... عدم جواز بيع ما اشترى بجنس الثمن متفاضلاً
- ٤١٠ ..... بيع المال على أن يبيع المشتري من بائعه ثانياً
- ٤١٤ ..... بيع الشيء من شرط أن يبيعه المشتري منه ثانياً
- ٤١٨ ..... القول فى القبض
- ٤١٨ ..... اشاره
- ٤٢٠ ..... المراد من القبض والإقباض
- ٤٢٥ ..... بيع المكيل والموزون
- ٤٣٠ ..... لو باع داراً أو سفينة مشحونة بأمتعه باقيه فى ملك بائعها
- ٤٣١ ..... اعتبار الكيل أو الوزن فى بيع المشتري
- ٤٣٩ ..... القول فى وجوب القبض
- ٤٣٩ ..... المطالبه بالثمن عند إرادته التسليم
- ٤٤٤ ..... لو قبض الممتنع بدون رضى صاحبه
- ٤٤٥ ..... إذا ابتداء أحدهما بالتسليم أُجبر الآخر
- ٤٤٦ ..... وجوب تفرغ المبيع مما فيه من الأموال
- ٤٤٧ ..... لو مضت مده ولم يتمكن البائع من التفرغ أو لم يفرغ
- ٤٥٢ ..... إذا امتنع البائع من التسليم
- ٤٥٤ ..... الكلام فى أحكام القبض

- ٤٥٤ ..... اشارة
- ٤٥٦ ..... الاستدلال على ضمان البائع قبل القبض بروايه عقبه
- ٤٥٧ ..... نماء المبيع قبل التلف للمشتري
- ٤٥٨ ..... تعذر الوصول بحكم التلف
- ٤٦١ ..... حكم إتلاف المشتري أو البائع أو الأجنبي
- ٤٦٣ ..... تلف الثمن كتلف المضمن
- ٤٦٦ ..... هل يلحق العوضان في سائر المعاضات بالبيع؟
- ٤٦٨ ..... لو تلف بعض المبيع قبل قبضه
- ٤٧٣ ..... حرمة بيع المكيل والموزون قبل قبضه إلاّ توليه
- ٤٨٣ ..... جريان المنع في غير البيع من المعاضات
- ٤٨٧ ..... هل البيع كناية عن مطلق الاستبدال؟
- ٤٨٩ ..... هل المنهية خصوص إيقاع البيع على ما لم يقبض أو يعتمّ تشخيص الكلّي به
- ٤٩٣ ..... إذا كان ما يشتري لإقرار البيع عليه كلياً فهل يدخل في محلّ الخلاف أم لا؟
- ٤٩٦ ..... والشراء
- ٥٠٠ ..... إذا قال لدائنه: «هذه الدراهم اشتر بهما لنفسك طعاماً»
- ٥٠١ ..... مطالبه الطعام في غير مكان حدوثه في ذمّته وفيها صور ثلاث
- ٥٠٨ ..... الفهرس
- ٥٢٢ ..... تعريف مركز

سرشناسه : تبریزی، جواد، ۱۳۰۵ - ۱۳۸۵.

عنوان قراردادى : المكاسب. شرح

عنوان و نام پديدآور : ارشاد الطالب في شرح المكاسب [مرتضى الانصاري] / جواد التبريزى.

مشخصات نشر : قم : دارالصديقه الشهيد(س) ، ۱۴۳۰ق. = ۱۳۸۸-

مشخصات ظاهرى : ۷ج.

شابك : دوره ۹۶۴-۹۷۸-۸۴۳۸-۷۵-۸ : ج. ۱. ۹۶۴-۹۷۸-۸۴۳۸-۷۱-۰ : ج. ۲. ۹۶۴-۹۷۸-۸۴۳۸-۷۲-۷ : ج. ۳. ۹۶۴-۹۷۸-۸۴۳۸-۷۳-۴ :

وضعيت فهرست نویسى : برونسپارى

يادداشت : عربى.

يادداشت : چاپ قبلى تحت عنوان " ارشاد الطالب الى التعليق على المكاسب " منتشر شده است.

يادداشت : ج. ۱ و ۲ (چاپ ششم: ۱۴۳۱ق. = ۱۳۸۹).

يادداشت : ج. ۳ (چاپ اول: ۱۴۳۱ق. = ۱۳۸۹).

مندرجات : ج. ۱. كتاب المكاسب المحرمه. - ج. ۲. كتاب المكاسب الحرمه و البيع. - ج. ۳. كتاب البيع

موضوع : انصارى، مرتضى بن محمدامين، ۱۲۱۴-۱۲۸۱ق. . المكاسب -- نقد و تفسير

موضوع : معاملات (فقه)

شناسه افزوده : انصارى، مرتضى بن محمدامين، ۱۲۱۴-۱۲۸۱ق. . المكاسب . شرح

رده بندى كنگره : ۱/۱۹۰BP/الف م ۲۱۲۸ ۷۰۲۱۲۸ ۱۳۸۸

رده بندى ديويى : ۲۹۷/۳۷۲

شماره كتابشناسى ملي : ۱۸۴۷۵۶۵

ص: ۱

اشاره

الموسوعه الفقيه للميرزا التبريزي قدس سره

ارشاد الطالب في شرح المكاسب

كتاب الخيارات

ص: ٢



الموسوعه الفقيه للميرزا التبريزي قدس سره

ارشاد الطالب في شرح المكاسب

كتاب الخيارات

الجزء السابع

ص: ٤

وهو لغه [١] كما فى الصحاح وعن المصباح : ديه الجراحات، وعن القاموس: أنه الديه. ويظهر من الأولين أنه فى الأصل اسم للفساد. ويطلق فى كلام الفقهاء على مال يؤخذ بدلاً عن نقص مضمون فى مال أو بدن، لم يقدر له فى الشرع مقدر. وعن حواشى الشهيد قدس سره : أنه يطلق بالاشتراك اللفظى على معان:

الشرح:

[١] ذكر قدس سره أن الأرش، كما عن الصحاح (١) والمصباح (٢): ديه الجراحات، وعن القاموس: (٣) أنه بمعنى الديه. ويظهر عن الصحاح والمصباح أنه لغه بمعنى الفساد. ويطلق الأرش فى اصطلاح الفقهاء على مال يؤخذ بدلاً عن نقص فى مال أو بدن مع عدم تقدير ذلك البدل.

وعن حواشى الشهيد (٤): أن الارش يطلق بالاشتراك اللفظى على معان:

منها: ما يأخذ المشتري بدلاً عن وصف لصحه المضمونه على البايع وكذلك أرش عيب الثمن.

ص: ٥

١- (١) الصحاح ٣: ٩٩٥، ماده «أرش» .

٢- (٢) المصباح المنير: ١٢، ماده «أرش» .

٣- (٣) القاموس المحيط ٢: ٢٦١، ماده «أرش» .

٤- (٤) حكاة السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ٦٣٢ .



منها: ما نحن فيه.

ومنها: نقص قيمه لجنايه الإنسان على عبد غيره في غير المقدر الشرعى.

ومنها: ثمن التالف المقدر شرعاً بالجنايه، كقطع يد العبد.

ومنها: أكثر الأمرين من المقدر الشرعى والأرث، وهو ما تلف بجنايه الغاصب، انتهى. وفي جعل ذلك من الاشتراك اللفظى إشاره إلى أن هذا اللفظ قد اصطلح فى خصوص كل من هذه المعانى عند الفقهاء بملاحظه مناسبتها للمعنى اللغوى مع قطع النظر عن ملاحظه علاقته بين كل منها وبين الآخر، فلا يكون مشتركاً معنوياً بينهما، ولا حقيقه ومجازاً، فهى كلها منقولات عن المعنى اللغوى بعلاقه الإطلاق والتقييد. وما ذكرناه فى تعريف الأرش فهو كلى انتزاعى عن تلك المعانى، كما يظهر بالتأمل.

الشرح:

ومنها: نقص قيمه العبد المملوك للغير بجنايه إنسان عليه مع عدم تقدير تلك الجنايه.

ومنها: قيمه التالف بالجنايه المقدره شرعاً كما فى قطع يد العبد فان على الجانى نصف قيمه العبد.

ومنها: أكثر الأمرين من المقدر الشرعى والأرث وهو ما تلف بجنايه الغاصب.

وظاهر هذا الكلام أن لفظ الأرش يطلق فى اصطلاح الفقهاء على كل من هذه المعانى من غير أن يكون اطلاقه عليها من قبيل الاشتراك المعنوى أو الحقيقه والمجاز بل اللفظ فى كل منها منقول عن معناه اللغوى بأن يكون اللفظ الموضوع للمطلق لغه منقولاً إلى المقيد الخاص، وما ذكر من أنه فى اصطلاح الفقهاء يطلق على مال يؤخذ بدلاً عن نقص مضمون منتزع عن تلك المعانى.

وفيه: أن الاشتراك اللفظى بعيد غايته بالإضافة إلى جميع ما ذكر، بل الظاهر أن الأرش هو بدل التالف سواء كان له تقدير أم لا، بخلاف لديه فانه يطلق على بدل التالف

ص: ٦

وكيف كان، فقد ظهر من تعريف الأرش: أنه لا- يثبت إلا- مع ضمان النقص المذكور. ثم إن ضمان النقص تابع في كَيْفِيَّته لضمان المنقوص [١] وهو الأصل. فإن كان مضموناً بقيمته كالمغصوب والمستام وشبههما ويسمى ضمان اليد كان النقص مضموناً بما يخصه من القيمة إذا وزعت على الكل. وإن كان مضموناً بعوض، بمعنى أن فواته يوجب عدم تملكك عوضه المسمى في المعاوضه ويسمى ضمانه ضمان المعاوضه كان النقص مضموناً بما يخصه من العوض إذا وزع على مجموع الناقص والمنقوص لا نفس قيمه العيب، لأن الجزء تابع للكل

الشرح:

المقدر شرعاً، فيكون إطلاقه على جملة من المعاني المزبوره بالاشتراك المعنوي لو لم يكن كلها كذلك.

[١] ثم إن المصنف قدس سره قد تصدى لإثبات كون ضمان وصف الصحة المقام معاملياً لا ضمان اليد. وقال في وجهه: إن النقص المضمون تابع للأصل في الضمان، فإن كان ضمان الأصل ضمان اليد كالمغصوب والمأخوذ المستام يكون ضمان وصفه أيضاً ضمان اليد.

وإذا كان ضمان الأصل معاملياً كما في ضمان البايع المبيع بتلفه بيده قبل قبضه أو زمان الخيار، فإن تلفه في الفروض يوجب خروج الثمن عن ملكه وعوده إلى المشتري فيكون ضمان الوصف أيضاً معاملياً بأن يوجب فوات وصف الصحة بيد البايع خروج ما بازائه من الثمن عن ملكه فيما إذا وزع الثمن المزبور على مجموع الناقص والمنقوص ولا يكون في الفرض ضمان اليد فإنه قد يوجب أن يأخذ المشتري من البايع تمام الثمن مع ملكه المبيع كما إذا اشترى جاريه بدينارين فوجد فيها عيباً وفرض أنها تساوى معيه بمئه دينار وصحيحها أزيد فإنه يلزم على ضمان اليد أخذ تمام الثمن أو الأزيد مع الجارية.

فى الضمان، ولذا عزّف جماعه الأرش فى عيب المثلن فىما نحن فىه: بأنّه جزء من الثمن نسبته إله كنسبه التفاوت بىن الصلح والمعب إله الصلح، وذلك لأنّ ضمان تمام المبع الصلح على الباع ضمان المعاضه، بمعنى أنّ الباع ضامن لتسليم المبع تائماً إله المشتري، فإذا فاته تسليم بعضه ضمه بمقدار ما يخصّه من الثمن لا بقمته. نعم، ظاهر كلام جماعه من القدماء كأكثر النصوص يؤهم إرادته قومه العيب كلّها، إلاّ أنّها محموله على الغالب من مساواه الثمن للقمه السوقيه للمبع، بقرينه ما فىها: من أنّ الباع ىردّ على المشتري، وظاهره كون المردود شيئاً الشرح:

مع أنّ المذكور فى بعض الروايات(١) أنّه ىردّ على المشتري، وظاهره كون المردود أنقص من الثمن ولو كان وصف الصلحه مضمونا بضمان اليد لما كانت المال الذى يعطيه الباع مردوداً دائماً، وما فى عبارته قدس سره فى الفرض من لزوم اخذ المشتري مئه دينار سهو من قلمه الشريف.

نعم ظاهر كلمات جماعه من الأصحاب بل ظاهر بعض الروايات(٢) أنّ للمشتري قومه العيب وظاهرها ضمان اليد ولكنها كبعض الروايات(٣) المشار إلهها محموله على عدم اختلاف الثمن المسمى مع القمه السوقيه كما هو الغالب.

والحاصل: أنّ الأرش فى المقام هو مقدار من المال نسبته إله الثمن المسمى كنسبه التفاوت بىن قومتى الشىء صليحا ومعيباً، كما إذا كان قومه الشىء معيباً خمسين وقمته صليحا بمئه فالتفاوت بىنهما بالنصف فىؤخذ من الباع نصف الثمن المسمى.

ص: ٨

- 
- ١- (١) وسائل الشيعه ١٨: ١٠٢ و ١٠٣، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ١ و ٥.
  - ٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨: ١٠٢ و ١٠٣ و ١٠٤، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٢ و ٣ و ٤ و ٦ و ٨.
  - ٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨: ١٠٤، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٧ وذيله.

من الثمن، الظاهر في عدم زيادته عليه بل في نقصانه. فلو كان اللازم هو نفس التفاوت لزداد على الثمن في بعض الأوقات، كما إذا اشترى جاريه بدينارين وكانت معيها تسوى مئة وصحيحها تسوى أزيد، فيلزم استحقاق مئة دينار، فإذا لم يكن مثل هذا الفرد داخلاً بقرينه عدم صدق الرد والاسترجاع تعين كون هذا التعبير لأجل غلبه عدم استيعاب التفاوت للثمن، فإذا بنى الأمر على ملاحظه الغلبه فمقتضاها الاختصاص بما هو الغالب من اشتراء الأشياء من أهلها في أسواقها بقيمتها المتعارفه.

الشرح:

أقول: ما ذكر قدس سره في الاستدلال على كون ضمان الصحة ضماناً معاوضياً بالمعنى الذى ذكر ينافى ما ذكر فى حمل كلمات بعض الاصحاب وبعض النصوص من حملها على الغالب من تساوى الثمن المسمى وعدم اختلافه مع قيمه السوقيه للشئ صحيحاً، فان مقتضاه حمل ما ذكر فى بعض الروايات مع رد البايع أيضاً على الغالب.

أضف إلى ذلك أنّ مقتضى ما ذكر فى معنى الضمان المعاملى أن يكون الأرش جزء من الثمن مع أنه لا يلتزم بذلك.

وأضف إلى ذلك أنه لا فرق فى ضمان الوصف بضمان معاملى بين وصف الصحة أو الكمال ولو كان معنى ضمان الوصف عود ما قبله من الثمن إلى ملك المشتري لكان الأمر فى وصف الكمال المشترط كذلك مع أنه قدس سره قد صرح فيما سبق بأن الأرش تغريم لا يكون جزءاً من الثمن ولا على البايع دين بدون مطالبه المشتري. وقد كان قدس سره ملتفتاً إلى ذلك.

ولذا ذكر فى آخر كلامه أن الثمن فى البيع لا يقع إلا- بازاء العين ولا- يقسط على وصف الصحة كما لا يقسط على وصف الكمال، والأرش فى المقام خارج عن ضمان اليد والضمان المعاملى بل هو نظير أرش الجنايه للنقص الحاصل فى المبيع ليساوى

ص: ٩

وقد توهم بعض من لا تحصيل له: أن العيب إذا كان في الثمن كان أرشه تمام التفاوت بين الصحيح والمعيب، ومنشؤه ما يرى في الغالب: من وقوع الثمن في الغالب نقداً غالباً مساوياً لقيمه المبيع، فإذا ظهر معيباً وجب تصحيحه ببذل تمام التفاوت، وإلا فلو فرض أنه اشترى عبداً بجاريه تسوى معيها أضعاف قيمته، فإنه لا يجب بذل نفس التفاوت بين صحيحها ومعيبها قطعاً.

الشرح:

الثمن لا لتنقيص الثمن المسمى لساوى المبيع الموجود.

ولا يخفى أن هذا الكلام هدم لما ذكر قدس سره في وجه كون الأرش مقداراً من المال نسبته إلى الثمن المسمى كنسبه تفاوت قيمه معيب الشيء إلى صحيحه، لأنه مع الاعتراف بعدم كون الأرش داخلاً في ضمان معاملي يرد ما تقدم من احتمال كون الأرش قيمه العيب لا مقدار من المال يلاحظ فيه النسبه.

وذكر السيد اليزدى(1) قدس سره في وجه كون الأرش هو المقدار الذى يلاحظ فيه النسبه لا نفس التفاوت بين القيمتين أن للمعامله مقامين مقام الإنشاء والقرار، ومقام اللب والقصد.

والثمن فى المقام الأول يقع بازاء نفس العين ولا- يقسط على الموصوف والوصف ولذا لو فقد الوصف لم تنحل المعامله بالاضافه إلى بعض الثمن وانه لو باع المعيب بأقل فيما إذا كانا من جنس واحد لزم الربا كما إذا باع كرا من الحنطه المعيبه بنصف كرا من الحنطه ولو كان مقدار من العوض فى مقابل وصف الصحه لم يلزم فى الفرض ربا، ولأن النصف الناقص فى ناحيه العوض بازاء وصف الصحه المفقوده فى المبيع.

ص: ١٠

وكيف كان، فالظاهر أنه لا- إشكال ولا خلاف في ذلك وإن كان المتراءى من الأخبار خلافه، إلا أن التأمل فيها قاض بخلافه. نعم، يشكل الأمر في المقام من جهة أخرى، وهى: أن مقتضى ضمان وصف الصحه 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 جماعه عدم تعيينه منه معللاً بأنه غرامه.

الشرح:

وهذا بخلاف مقام اللب فانه يقسط الثمن فيه على الموصوف والوصف حيث يوجب الوصف زياده العوض، وحيث إن العبره فى استحقاق العوضين والنقل والانتقال بالمقام الأول يكون تمام الثمن حتى فى فرض عيب المبيع للبايع، غايه الأمر حيث إن البايع تعهد بالوصف وأوجب أن يبذل المشتري الثمن الزايد فللمشتري المطالبه بما بذل من الزيادة.

أقول: قد تقدم انه لا معنى للّب فى المعامله فانها أمر إنشائي يكون بيعا أو إجاره أو غيرهما ويصدق عليها عنوان العقد ويترتب عليها الاحكام والآثار المترتبه على عنوان العقد مطلقا أو على المعامله بعنوانها الخاص ومن الظاهر عدم تحقق المعامله إلا بالقصد.

وعليه فان كان شىء داعيا إلى المعامله أو شرطا فيها يترتب على الشرط ما يأتى.

وأما الداعى فلا أثر لتخلفه وقد تقدم أن شرط الوصف لا يترتب عليه إلا جواز الفسخ نظير شرط وصف الكمال لا جواز أخذ الأرش، وجواز أخذه تعبد قد دلّ عليه الروايات.

وظاهر جملة منها استحقاق المشتري التفاوت بين قيمتى الصحيح والمعيب كموثقه طلحه بن زيد عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل

وتوضيحه: أنّ الأرش لتتميم المعيب حتى يصير مقابلاً للثمن، لا لنقص الثمن حتّى يصير مقابلاً للمعيب، ولذا سُمّي أرشاً كسائر الأروش المتداركه للنقائص، فضمان العيب على هذا الوجه خارج عن الضمانين المذكورين، لأنّ ضمان المعاوضة يقتضى انفساخ المعاوضة بالنسبه إلى الفئات المضمون ومقابله، إذ لا معنى له غير ضمان الشئ وأجزائه بعوضه المسمّى وأجزائه، والضمان الآخر يقتضى ضمان الشئ بقيمته الواقعيه. فلا أوثق من أن يقال: إنّ مقتضى المعاوضة عرفاً هو عدم مقابله وصف الصحه بشئ من الثمن، لأنّه أمر معنويّ كسائر الأوصاف، ولذا لو قابل المعيب بما هو أنقص منه قدرأ حصل الربا من جهه صدق الشرح:

اشترى جاريه فوطأها ثم وجد فيها عيباً قال: تقوم وهى صحيحه وتقوم وبها الداء ثم يرد البايع على المبتاع فضل ما بين الصحه والداء»(١).

وفى معتبره عبدالرحمن بن أبى عبدالله قال سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: «أيا رجل اشترى جاريه فوق عليها فوجد بها عيباً لم يردّها ورد البايع عليه قيمه العيب»(٢).

فلا يبقى فى البين إلاّ التسالم بين الأصحاب على كون الأرش مقداراً من المال يكون نسبته إلى الثمن لمسمى كنسبه قيمه معيب الشئ إلى صحيحه.

وربما يستدل على كون الأرش يلاحظ فيه النسبه لا أنه قيمه العيب نظير موارد ضمان اليد، بأنه لو كان المراد بالأرش فى المقام هو الثانى لزم الجمع بين العوض والمعوض كما إذا اشترى فرساً بمئه وظهر فى أحد عينيه عمى وكان قيمته معيباً بخمسين وصحيحاً بمئه وخمسين ولو استرد المئه أو سقط عن عهده كما إذا كان

ص: ١٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٠٢ ، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ١٠٤ ، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٦ .

## هل الضمان يعين بعض الثمن أو بمقداره؟

الزيادة وعدم عدّ العيب نقصاً يتدارك بشيء من مقابله، إلا أنّ الدليل من النصّ والإجماع دلّ على ضمان هذا الوصف من بين الأوصاف، بمعنى وجوب تداركه بمقدار من الثمن منضاف إلى ما يقابل بأصل المبيع لأجل اتصافه بوصف الصحة، فإنّ هذا الوصف كسائر الأوصاف وإن لم يقابله بشيء من الثمن، لكن له مدخل في وجود مقدار من الثمن وعدمه، فإذا تعهده البائع كان للمشتري مطالبته بخروجه عن عهده بأداء ما كان يلاحظ من الثمن لأجله، وللمشتري أيضاً إسقاط هذا الالتزام عنه. نعم، يبقى الكلام [١] في كون هذا الضمان المخالف للأصل يعين بعض الثمن، كما هو ظاهر تعريف الأرش في كلام الأكثر بأنّه جزء من الثمن، أو بمقداره، كما هو مختار العلّامة في صريح التذكرة وظاهر غيرها والشهيدان في كتبهما؟ وجهان:

الشرح:

الثمن على عهده المشتري بمطالبته الأرش يكون كل من العوض والمعوض للمشتري، وهذه قرينه قطعية على أن المراد بالأرش هو ما يلاحظ فيه النسبه، وظهور ما تقدم من الروايات باعتبار الغالب من كون الثمن المسمى مساويا للقيمة السوقية للشئ صحيحاً.

ولكن يمكن الجواب بأنه للاستدلال وجه بناءً على تعيين كون الأرش من الثمن، واما بناءً على أنه غرامه ولا يتعين دفعه من الثمن فلا يكون وجهاً، بل يكون الفرض نظير ما إذا اشترى الفرس بمئه صحيحاً وحدث العمى في إحدى عينيه في ضمن ثلاثة أيام، ومع ذلك فالجمع في الفرض أيضاً بين أخذ المئه وتملك الفرس لا يخلو عن تأمل.

[١] ثم إنه يبقى في الأرش بعض الجهات مما ينبغى الكلام فيها:

منها: أنه هل يتعين على البائع دفع الأرش من الثمن مع إمكانه ومطالبه المشتري أو يجوز له الدفع من غيره حتى في الفرض.



تردّد بينهما في جامع المقاصد. وأقواهما الثاني، لأصله عدم تسلّط المشتري على شيء من الثمن، وبراءة ذمّة البائع من وجوب دفعه، لأنّ المتيقّن من مخالفته الأصل ضمان البائع لتدارك الفئات الذي التزم وجوده في المبيع بمقدار وقع الإقدام من المتعاقدين على زيادته على الثمن لداعى وجود هذه الصفة، لا في مقابلها، مضافاً إلى إطلاق قوله عليه السلام في روايتي حمّاد وعبدالملك: إنّ «له أرش العيب»، ولا دليل على وجوب كون التدارك بجزء من عين الثمن، عدا ما يتراءى من ظاهر التعبير في روايات الأرش عن تدارك العيب ب: «ردّ التفاوت إلى المشتري» الظاهر في كون المردود شيئاً كان عنده أوّلاً، وهو بعض الثمن. لكن التأمل التام يقضى بأنّ هذا التعبير وقع بملاحظه أنّ الغالب وصول الثمن إلى البائع وكونه من النقدين، الشرح:

ظاهر كلام العلامة في التذكرة (١) وغيرها والشهيد (٢) تعيين الدفع من الثمن فان الأرش جزء من الثمن أو مقدار منه ولكن تردد في جامع المقاصد (٣) في تعيين ذلك وقوى المصنف رحمه الله عدم التعيين لأنه لم يثبت كون الأرش جزءاً من الثمن، ومجرد ذكره في بعض الكلمات لا يعينه والثابت أن البائع يجب عليه الخروج عن الوصف الذي التزم بوجوده للمبيع.

وبتعبير آخر: تكليفه بالدفع من الثمن لم يقم عليه دليل والأصل عدم وجوبه.

لا يقال: تكليفه بالجامع أى الدفع الشامل للدفع عن النقدين أيضاً مجهوله.

فانه يقال: لا يجرى الأصل في ناحيه عدم تعلق التكليف بالجامع فانه محرز وإن الحكم المزبور خلاف الامتنان.

ص: ١٤

١- (١) التذكرة ١: ٥٢٨.

٢- (٢) راجع الدروس ٣: ٢٨٧، والمسالك ٣: ٢٩٩، ٣٠٠، والروضه ٣: ٤٧٤.

٣- (٣) جامع المقاصد ٤: ١٩٤.

فالردّ باعتبار النوع، لا الشخص. ومن ذلك يظهر أن قوله عليه السلام في روايه ابن سنان: «ويوضع عنه من ثمنها بقدر العيب إن كان فيها» محمول على الغالب: من كون الثمن كلياً في ذمه المشتري، فإذا اشتغلت ذمه البائع بالأرش حسب المشتري عند أداء الثمن ما في ذمته عليه. ثمّ على المختار من عدم تعيينه من عين الثمن، فالظاهر تعيينه من النقدين، لأنهما الأصل في ضمان المضمونات، إلاّ أن يتراضى على غيرهما من باب الوفاء أو المعاوضه. واستظهر المحقق الثاني من عبارته القواعد والتحرير بل الدروس عدم تعيينه منهما، حيث حكموا في باب الصرف بأنه لو وجد عيب في أحد العوضين المتخالفين بعد التفرّق جاز أخذ الأرش من غير النقدين ولم يجز منهما، فاستشكل ذلك بأنّ الحقوق المائيه إنّما يرجع فيها إلى النقدين، فكيف الحق الثابت باعتبار نقصان في أحدهما؟

الشرح:

لا يقال: ظاهر ما دل على رد التفاوت إلى المشتري كون المردود من الثمن.

فانه يقال: يصدق الرد فيما إذا كان المدفوع إلى المشتري ثانياً من نوع ما اخذ من المشتري ثمناً، وكذلك لا دلالة لمثل قوله عليه السلام: «ويوضع عنه من ثمنها بقدر العيب ان كان فيها» على اعتبار كون الأرش من الثمن فان الثمن إذا كان كلياً على العهده واراد المشتري أخذ الأرش يسقط عن عهده مقدار الأرش كما لا يخفى.

ثم إنه بناءً على جواز الدفع من النقدين وعدم تعيين الدفع من الثمن هل يجوز الدفع من غير النقدين من ساير الأموال مما يكون له ماله الوصف أو يتعين الدفع من الثمن أو النقدين إلا إذا رضى المشتري بذلك فيكون الدفع به معاوضه لا وفاءً لما على البائع من الأرش.

فالظاهر الثاني لأن الضمانات في ساير الموارد كما يكون بالمثل أو قيمه المتعينه بالنقود كذلك الحال في المقام.

ص: ١٥

ويمكن رفع هذا الإشكال: بأنّ المضمون بالنقدين هي الأموال المتعيّنه المستقرّه، والثابت هنا ليس مالاّ في الذمّه، وإلاّ بطل البيع فيما قابله من الصحيح [١]، لعدم وصول عوضه قبل التفرّق، وإنّما هو حقّ لو أعمله جاز له مطالبه الشرح:

ما عن العلامه (١) والشهيد (٢) من جواز اعطاء الأرش من غير النقدين حيث ذكرنا بأنّه لو ظهر في أحد العوضين المتخالفين عيب في بيع الصرف يجوز أخذ الأرش من غير النقدين لا يمكن المساعدة عليه.

[١] يعنى لو كانت ذمه البايع مشغوله للمشتري بالوصف بأن قيل: أنه قد أخذ من المشتري عوض المبيع المقسط على الوصف المفقود والموصوف فيكون مديونا للمشتري بالوصف فيلزم الحكم ببطلان البيع بالاضافه إلى المقدار المقابل للوصف المفقود لعدم التقابض في المجلس بالاضافه إليه.

أقول: ما ذكر قدس سره من أنّ الضمان بالنقدين يختص بالأموال المعينه المستقره على العهده قبل المطالبه لا في مثل المقام الذى لم يثبت على العهده مال من الأول لا يمكن المساعدة عليه، فإنّ الشىء في مورد ضمان التغريم أيضا كاللقطه التى تصدق بها واجدها إن كان مثليا فيضمن بالمثل وإن كان قيميا يضمن بالقيمه المتعيّنه بالنقود المتعارفه فى كل بلد وعصر كما هو منصرف ما ورد فى قيمه العيب وقيمه النقص ونحوهما من روايات الأرش.

ويشهد على ضمان الأرش ولو بعد المطالبه بالنقود أنّ المشتري لو طالب النقد لم يجب على البايع الإجابته ولو طالب النقد لوجبت الاجابه فيكون الأرش بغير النقد

ص: ١٦

١- (١) القواعد ٢: ٣٩، والتحرير ١: ١٧٢.

٢- (٢) الدروس ٣: ٣٠٤.

## هل يعقل استغراق الأرش للثمن؟

المال، فإذا اختار الأرش من غير النقدين ابتداءً ورضى به الآخر فالمختار نفس الأرش، لا عوض عنه. نعم، للآخر الامتناع منه، لعدم تعيينه عليه، كما أنّ لدى الخيار مطالبه النقدين في غير المقام [١] وإن لم يكن للآخر الامتناع حينئذ.

وبالجملة، فليس هنا شيء معين ثابت في الذمه، إلاّ أنّ دفع غير النقدين يتوقف على رضا ذي الخيار ويكون نفس الأرش، بخلاف دفع النقدين، فإنّه إذا اختير غيرهما لم يتعين للأرشية.

ثمّ إنّّه قد تبين ممّا ذكرنا في معنى الأرش [٢] أنّه لا يكون إلاّ مقداراً مساوياً

الشّرح:

بالمراضاه التي كالمعاضه أو إسقاط ما على العهده بتملك غيره.

وقد تحصل مما ذكرنا: أنّه لو قيل باشتغال ذمه البايع بعد المطالبه بقيمه الوصف لم يلزم محذور فان الأرش وان كان بالنقود إلاّ أنّه غير داخل في العوضين ليعتبر قبضه في مجلس العقد.

[١] قيد (في غير المقام) زائد ومراده أن للمشتري الذي يكون له خيار العيب مطالبه الأرش من النقدين ولا يكون رضا البايع دخيلاً في لزوم الإجابة كما تقدم ويحتمل كون غير المقام إشاره إلى غير مسأله الصرف حيث لا يجوز في تلك المسأله مطالبه الأرش من النقدين على ما ظاهر (١) القواعد (٢) والتحرير (٣) والدروس (٤).

[٢] ذكر قدس سره أن أرش العيب لا يستوعب الثمن فانه لو فرض أن معيب الشيء لا قيمه له ويبدل بازائه مال يكون أخذ العوض بازائه من الأكل بالباطل فلا يتحقق

ص: ١٧

١- (١) استظهر المحقق الثاني من عبارتهم في جامع المقاصد ٤ : ١٩٢ ١٩٤.

٢- (٢) القواعد ٢ : ٣٩.

٣- (٣) التحرير ١ : ١٧٢.

٤- (٤) الدروس ٣ : ٣٠٤.

لبعض الثمن، ولا يعقل أن يكون مستغرقاً له، لأنّ المعيب إن لم يكن ممّا يتموّل ويبدل في مقابله شيء من المال بطل بيعه، وإلاّ فلا بد من أن يبقى له من الثمن قسط. نعم، ربما يتصوّر ذلك فيما إذا حدث قبل القبض أو في زمان الخيار عيب يستغرق للقيمه مع بقاء الشيء على صفه التملك، بناءً على أنّ مثل ذلك غير ملحق بالتلف في انفساخ العقد به، بل يأخذ المشتري أرش العيب، وهو هنا مقدار تمام الثمن. لكن عدم إلحاقه بالتلف مشكل، بناءً على أنّ العيب إذا كان مضموناً على البائع بمقتضى قوله عليه السلام: «إن حدث بالحيوان حدث فهو من مال البائع حتّى ينقضى خياره» كان هذا العيب كأنه حدث في ملك البائع، والمفروض: أنّه إذا حدث مثل هذا في ملك البائع كان بيعه باطلاً، لعدم كونه متموّلاً يبذل بإزائه شيء من المال، الشرح:

عنوان البيع على ما ذكرنا في اعتبار ماليه العوضين.

نعم ربما يقال: بأن العيب المستوعب للقيمه مع حدوثه قبل القبض أو في زمان خيار الحيوان لا يوجب انحلال البيع ويكون المبيع للمشتري مع استحقاقه الأرش المساوى لتمام الثمن، بل يمكن أن يقال بعدم انحلال البيع حتى مع حدوث عيب لا يكون معه الشيء ملكاً كما إذا انقلب الخل المبيع قبل قبضه خمرًا فان للمشتري حق الاختصاص به للتخلييل مع استحقاقه تمام الثمن أو مقداره بالأرش.

والوجه في ذلك: أن حدوث الحدث في المبيع قبل القبض أو زمان الخيار كالتلف قبل القبض في مجرد ضمان البائع لا انحلال البيع، بل الانحلال يختص بالتلف ولا يجرى في التعيب.

وفيه ما تقدم من أن الاستفادة مما ورد في التلف قبل القبض أو في الحدث زمان الخيار الحيوان أن ما يحدث قبل القبض أو زمان الخيار كالحادث قبل العقد، ومن الظاهر أن التعيب كذلك لو كان قبل العقد لكان موجبا لبطلان البيع.

فيجب الحكم بانفساخ العقد إذا حدث بعده مضموناً على البائع. إلا أن يمنع ذلك وأنّ ضمانه على البائع موجب الحكم بكون دَرَكَه عليه، فهو بمنزلة الحادث قبل البيع في هذا الحكم لا- مطلقاً حتّى ينفسخ العقد به، ويرجع هذا الملك الموجود الغير المتموّل إلى البائع. بل لو فرضنا حدوث العيب على وجه أخرجه عن الملك فلا دليل على إلحاقه بالتلف، بل تبقى العين الغير المملوكة حقاً للمشتري وإن لم يكن ملكاً له كالخمر المتخذ للتخليل ويأخذ الثمن أو مقداره من البائع أرساً لا من باب انفساخ العقد.

هذا، إلا أنّ العلامة قدس سره في القواعد والتذكرة والتحرير ومحكى النهاية<sup>[١]</sup> يظهر منه الأرش المستوعب في العيب المتقدّم على العقد الذي ذكرنا أنّه لا يعقل فيه

الشرح:

[١] إذا جنى العبد خطأً فإن للمجنّي عليه أو وليه أخذ أقلّ الأمرين من قيمه العبد وأرش الجنايه عن مولاه ولو كان المولى معسراً أو امتنع عن دفع قيمه أو الأرش يجوز للمجنّي عليه أو وليه استرقاق العبد أو بيعه وأخذ قيمته فيما إذا كان أرس الجنايه مستوعباً لقيمه العبد، وإلا يسترق العبد بمقدار الأرش ويباع العبد ويستوفى المجنّي مقدار الأرش ويدفع باقى الثمن إلى مولاه.

وإذا جنى العبد عمداً يكون للمجنّي عليه أو وليه حق القصاص وان رضى بفداء المولى بقيمه العبد أو أرس الجنايه وفداه المولى فهو، وإلا يجرى ما تقدم في الجنايه خطأً من جواز استرقاقه أو بيعه لأخذ أقلّ الأمرين من قيمته وأرش الجنايه.

وفي صحيحه الفضيل بن يسار، عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال: «في عبد جرح حراً فقال: إن شاء الحر اقتص منه، وإن شاء أخذه إن كانت الجراحه تحيط برقبته. وإن كانت لا تحيط برقبته افتداه مولاه، فإنّ أبى مولاه ان يفتديه كان للحر المجروح من العبد بقدر

استيعاب الأرش للثمن. قال فى القواعد: لو باع العبد الجانى خطأً ضمن أقلّ الأمرين على رأى، والأرش على رأى، وصحّ البيع إن كان موسراً، وإلاّ- تخيّر المجنى عليه. ولو كان عمداً وقف على إجازة المجنى عليه، ويضمن الأقلّ من الأرش والقيمه لا الثمن معها، وللمشترى الفسخ مع الجهل، فيرجع بالثمن أو الأرش. فإن استوعبت الجنايه القيمه فالأرش ثمنه أيضاً، وإلاّ فقدر الأرش. ولا- يرجع لو كان عالماً، وله أن يفديه كالمالك ولا- يرجع به عليه. ولو اقتص منه فلا ردّ وله الأرش، وهو نسبه تفاوت ما بين كونه جانياً وغير جان من الثمن، انتهى. وذكر فى التذكرة هذه العبارة بعينها فى باب العيوب. وقال فى أوائل البيع من التذكرة فى مسأله بيع العبد الجانى: ولو كان المولى معسراً لم يسقط حقّ المجنى عليه من الرقبه ما لم يجز البيع أوّلاً، فإنّ البائع إنّما يملك نقل حقّه عن رقبته بفدائه، ولا يحصل من ذمّه المعسر، فيبقى حقّ المجنى عليه مقدّماً على حقّ المشترى،

الشرح:

ديه جراحه، والباقي للمولى يباع العبد فيأخذ المجروح حقه ويرد الباقي على المولى»(١).

وفى روايه أبى محمد الواشى ولا يبعد كونه ثقه قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن قوم ادعوا على عبد جنايه تحيط برقبته فأقر العبد بها قال: لا يجوز إقرار العبد على سيده، فان أقاموا البيّنه على ما ادعوا على العبد أخذ العبد بها أو يفديه مولاه»(٢) إلى غير ذلك.

ثم إن المقرر فى محله: أنه يجوز للمولى بيع العبد الجانى خطأً لانه بالجنايه لا يسقط عن ملكه وماله وإذا انتقل إلى المشترى يتعلق بالعبد المزبور حقّ المجنى

ص: ٢٠

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩: ١٦٦ ١٦٦، الباب ٣ من أبواب قصاص الطرف، الحديث ١.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٩: ١٠٠، الباب ٤١ من أبواب القصاص فى النفس.

ويتخير المشتري الجاهل في الفسخ، فيرجع بالثمن معه أو مع الاستيعاب، لأنَّ أرش مثل هذا جميع ثمنه. وإن لم يستوعب يرجع بقدر أرشه. ولو كان عالمًا بتعلق الحق به فلا- رجوع إلى أن قال: وإن أوجبت الجنايه قصاصاً تخير المشتري الجاهل بين الرد والأرش، فإن اقتصر منه احتمال تعين الأرش، وهو قسط قيمه ما بينه جانياً وغير جان. ولا يبطل البيع من أصله، لأنَّه تلف عند المشتري بالعيب الذى كان فيه، فلم يوجب الرجوع بجميع الثمن كالمريض والمرتد. وقال أبو حنيفة والشافعى: يرجع بجميع ثمنه، لأنَّ تلفه لمعنى استحقَّ عليه عند البائع، فجرى إتلافه، انتهى. وقال فى التحرير فى بيع الجانى خطأً: ولو كان السيد معسراً لم يسقط حقَّ المجنى عليه من رقبه العبد، فيتخير المشتري مع عدم علمه، فإن فسخ يرجع بالثمن، وكذا إن كانت الجنايه مستوعبه، وإن لم يستوعب رجع بالأرش، انتهى.

الشرح:

عليه ولا يكون له شىء مع علمه حين الشراء بجنايه العبد، بخلاف ما إذا كان جاهلاً به فان له خيار العيب فيجوز له فسخ الشراء أو أخذ الأرش كما إذا استرق المجنى عليه العبد، فان للمشتري الرجوع إلى البائع بالأرش وهو تمام الثمن المسمى.

واما بيع العبد الجانى عمدا فالظاهر جوازه لعين ما تقدم من ان تعلق القصاص لا يوجب سقوطه عن الملك والماليه.

وقيل: إن جواز البيع مع اجازة المجنى عليه أو وليه ومع الاجازة لا يستحق المجنى عليه أو وليه الثمن المسمى، بل له الرجوع إلى مولاه بالفداء والا استرق العبد على ما تقدم.

ومشتري العبد مع جهله الحال له خيار العيب، وان كان علمه بالحال بعد القصاص أو الاسترقاق فله الرجوع إلى البائع بالتفاوت ما بين كونه جانياً وغير جان.

ثم إن المصنف رحمه الله قد فهم من عبارات العلامه ان مع استيعاب أرش الجنايه قيمه



وقال فى أوائل البىع فى هذه المسأله: ولو كان السىء معسراً لم يسقط حقّ المجنىّ عليه عن رقبه العبد، وللمشترى الفسخ مع عدم العلم، فإن فسخ رجع بالثمن، وإن لم يفسخ واستوعبت الجنايه قيمته وانتزعت يرجع المشترى بالثمن أيضاً، وإن لم يستوعب رجع بقدر الأرش. ولو علم المشترى بتعلق الحقّ برقبه العبد لم يرجع بشىء. ولو اختار المشترى أن يفديه جاز ورجع به على البائع مع الإذن، وإلا فلا، انتهى.

قوله: «وانتزعت» إما راجع إلى رقبه العبد، أو إلى قيمه إذا باعه المجنىّ عليه وأخذ قيمته، وهذا القيد غير موجود فى باقى عبارات العلامه فى كتبه الثلاثه. وكيف كان: فالعبد المتعلق برقبته حقّ للمجنىّ عليه يستوعب قيمته، إمّا أن يكون له قيمه تبذل بإزائه، أو لا، وعلى الأوّل: فلا بدّ أن يبقى شىء من الثمن للبائع بإزائه، فلا يرجع بجميع الثمن عليه. وعلى الثانى: فينبغى بطلان البىع. ولو قيل: إنّ انتزاعه

الشرح:

العبد يكون ارش عيبه تمام الثمن فيرجع المشترى الجاهل بالحال بتمام الثمن هذا فى الجنايه خطأ ومع الجنايه عمداً يكون ارش العيب بعض الثمن وهو تفاوت قيمه العبد بين كونه جان أو غير جان.

ولذا ورد عليه أولاً: بأن الأرش لا يستوعب قيمه وإلا بطل البىع. وثانياً: على تقدير جواز كون الأرش كذلك فالفرق بين الجنايه خطأ وعمداً بالاستيعاب فى الأول وعدم الاستيعاب فى الثانى بلا وجه.

أقول: لم يظهر التفرقه فى الكلمات المتقدمين بين الجنايه خطأً والجنايه عمداً بإمكان كون الأرش تمام الثمن على الأول ويكون الأرش بعض الثمن على الثانى.

نعم، ما ذكره قدس سره من عدم إمكان صحه البىع مع كون الارش تمام الثمن بحيث لا يكون للمعيب قيمه صحيح والله سبحانه هو العالم.

عن ملك المشتري لحقّ كان عليه عند البائع يوجب غرامته على البائع كان اللازم من ذلك مع منعه في نفسه أن يكون الحكم كذلك فيما لو اقتص من الجاني عمداً. وقد عرفت من التذكرة والقواعد الحكم بقسط من الثمن فيه. وبالجملة، فالمسألة محلّ تأمل، والله العالم.

مسألة: يعرف الأرش بمعرفة قيمته الصحيح والمعيب [١] ليعرف التفاوت بينهما، فيؤخذ من البائع بنسبه ذلك التفاوت. وإذا لم تكن القيمة معلومة فلا بدّ من الرجوع إلى العارف بها. وهو قد يخبر عن القيمة المتعارفة المعلومه المضبوطة عند أهل البلد أو أهل الخبره منهم لهذا المبيع المعين أو لمثله في الصفات المقصوده،

الشرح:

[١] تعيين الأرش كما ذكره قدس سره بمعرفة قيمة الشيء صحيحاً وقيمته معيياً وبملاحظه نسبه التفاوت بين القيمتين، بمعنى أن يلاحظ نقصان قيمة معيب الشيء عن قيمة صحيحه بأى نسبه من نصف أو ثلث أو ربع إلى غير ذلك، ويؤخذ بتلك النسبه من الثمن أى ينقص عن الثمن المسمى أو مقداره تلك النسبه.

ولو كان الثمن المسمى بمئه وعشرين وقيمه الشيء صحيحاً بمئه وخمسين ومعياً بمئه فالتفاوت بين القيمتين بالثلث فينقص عن الثمن المسمى أو مقداره ثلثه أى الأربعون.

ثم إنه إذا أمكن تعيين قيمة الشيء صحيحاً وقيمته معيياً كما إذا كان المتبايعان قريبين من السوق ومطلعين على قيمته أو لم يكونا مطلعين بالقيمة السوقية لبعدهما عن السوق ولكن أمكن قيام البينه على القيمة صحيحاً ومعياً فالأمر ظاهر.

ثم إن البينه في الفرض لا تدخل في قول أهل الخبره فان قيمه الشيء مما يعرف بالحس ولا يحتاج إلى الحدس والنظر من بعض الناس خاصه، بل يظهر لكل من دخل السوق.

كمن يخبر: بأن هذه الحنطه أو مثلها يباع فى السوق بكذا، وهذا داخل فى الشهاده يعتبر فيها جميع ما يعتبر فى الشهاده على سائر المحسوسات: من العداله، والإخبار عن الحس، والتعدّد. وقد يخبر عن نظره وحده من جهة كثره ممارسته أشباه هذا الشىء وإن لم يتفق اطلاعه على مقدار رغبه الناس فى أمثاله، وهذا يحتاج إلى الصفات السابقه وزياده المعرفه والخبره بهذا الجنس، ويقال له بهذا الاعتبار: أهل الخبره. وقد يخبر عن قيمته باعتبار خصوصيات فى المبيع يعرفها هذا المخبر مع كون قيمته على تقدير العلم بالخصوصيات واضحه، كالصائغ العارف بأصناف الذهب والفضّه من حيث الجوده والرداءه، مع كون قيمه الجيد والردىء محفوظه عند الناس معروفه بينهم، فقوله: «هذا قيمته كذا» يريد به أنه من جنس قيمته كذا،

الشرح:

نعم ربما لا يمكن معرفه قيمه الشىء إلا بالحدس والنظر المختص ببعض الناس وذلك فى الموردین:

أحدهما: ما إذا لا يعرف وصف الشىء الدخيل فى قيمته إلا بالحدس والنظر ممن يعد خبره لذلك الشىء كالصائغ حيث يعرف الذهب وأنه من أى أصنافه وان فيه أى مقدار من الخلط مع ان قيمه اصنافه معلومه لكل من يدخل السوق ويطلع عليها جميع الناس.

وثانيهما: ما إذا لا يعرف قيمه الشىء إلا بالحدس لأن الشىء لا يكون له فى السوق مثل فعلاً- ليعلم رغبه الناس به كبعض الأحجار النفيسه ولكن يحدس بأنه لا بد من أن يباع فى السوق بكذا.

وقد يقال: إن مورد الرجوع إلى أهل الخبره يختص بالأخير ولا يجرى فى غيره بل يتعين فى الأول من الفرضين التعدد والعداله لأن الاعتبار فيهما بالبينه.

وفيه: أنه لا فرق فى اعتبار العقلاء قول المقوم لكونه من أهل الخبره بين الفرض

وهذا فى الحقيقه لا يدخل فى المقوم، وكذا القسم الأول، فمرادهم بالمقوم هو الثانى. لكن الأظهر عدم التفرقه بين الأقسام من حيث اعتبار شروط القبول وإن احتمل فى غير الأول الاكتفاء بالواحد، إمّا للزوم الحرج لو اعتبر التعدد، وإمّا لاعتبار الظن فى مثل ذلك ممّا انسدّ فيه باب العلم ويلزم من طرح قول العادل الواحد والأخذ بالأقلّ لأصالة براءة ذمّه البائع تضييع حقّ المشترى فى أكثر المقامات، وإمّا لعموم ما دلّ على قبول قول العادل، خرج منه ما كان من قبيل الشهاده كالقسم الأول، دون ما كان من قبيل الفتوى كالثانى، لكونه ناشئاً عن حدس واجتهاد وتتبع الأشباه والأنظار وقياسه عليها حتّى أنّه يحكم لأجل ذلك بأنّه ينبغى أن يبذل بإزائه كذا وكذا وإن لم يوجد راغب يبذل له ذلك.

الشرح:

الأول والفرض الثانى ولا يعتبرون فى اعتبار قوله إلاّ الوثاقه.

وما فى صحيحه أبى ولاد الحناط من قوله عليه السلام: «أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمه البغل»<sup>(١)</sup> ظاهره القسم السابق على الفرضين.

بقى فى المقام أمر وهو أن اعتبار قول أهل الخبره يختص بما إذا لم يمكن معرفه الشىء بالحس من عامه الناس ولو أمكن معرفته بالحس مع إمكان معرفته أيضاً بالحس المختص ببعض الناس فلا يدخل الشىء المزبور ممّا يعتبر فيه قول أهل الحدس كما ذكرنا تفصيل ذلك فى عدم اعتبار قول المنجم فى اخباره عن رؤيه الهلال وآخر الشهر من المكاسب المحرمه.

ص: ٢٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ و ٢٥ : ١٢٠ و ٣٩١، الباب ١٧ و ٧، الحديث ١.

## لو تعذر معرفه القيمه

ثم لو تعذر معرفه القيمه [١] لفقد أهل الخبره أو توقّفهم ففى كفايه الظنّ أو الأخذ بالأقلّ وجهان ويحتمل ضعيفاً الأخذ بالأكثر، لعدم العلم بتدارك العيب المضمون إلاّ به.

مسأله: لو تعارض المقومون، فيحتمل: تقديم بينه الأقلّ [٢] للأصل؛ وبينه الأ-كثر، لأنّها مثبتة؛ والقرعه، لأنّها لكل أمر مشتبّه؛ والرجوع إلى الصلح، لتشبّث كلّ من المتبايعين بحجّه شرعيّه ظاهريّه، والمورد غير قابل للحلف، لجهل كلّ منهما بالواقع؛ وتخيير الحاكم، لامتناع الجمع وفقد المرجّح.

الشرح:

[١] ولو لم يمكن تعيين قيمه الشىء صحيحا وقيمته معييا بوجه فهل يكتفى بالأرش بالأقلّ لأنه المتيقن من استحقاق المشتري على البايع، أو يكتفى بمقدار المظنون لأنه يتنزل إلى الظن مع عدم التمكن من العلم.

ويحتمل ضعيفا تعيين الأكثر لأن البايع يدفع الأكثر يخرج عن عهده عيب الشىء قطعاً.

وفيه: أن المورد من موارد العلم الإجمالى بين الأقل والأكثر الاستقلاليين ولا مرجع فيه إلا الرجوع إلى عدم الاشتغال بالمقدار الزائد عن الأقل كما لا يخفى.

## لو تعارض المقومون

[٢] إن كان التعارض فى أقوال المقومين بحيث يكون الرجوع اليهم من الرجوع إلى أهل الخبره فاللازم اتباع تقويم من خبرويته أقوى كما هو مقتضى السيره العقلانيه فى موارد الرجوع إلى أهل الخبره.

ومع عدم الأولويّه فى خبرويتهم يسقط اعتبار قولهم، لأنّ اعتبار قول بعضهم بلا معين، واعتبار كل فى بعض ما يقوله خارج عن مقتضى دليل الاعتبار كما هو الحال فى جميع الطرق المعتره سواء قبل باعتبارها بخطاب لفظى أو للسيره العقلانيه الممضاه شرعا.

لكن الأقوى من الكل ما عليه المعظم: من وجوب الجمع بينهما بقدر الإمكان، لأنّ كلاً منهما حجّه شرعيّه، فإذا تعدّر العمل به في تمام مضمونه وجب العمل به في بعضه، فإذا قومه أحدهما بعشره فقد قومه كلاً من نصفه بخمسه، وإذا قومه الآخر بشمانيه فقد قومه كلاً من نصفه بأربعه، فيعمل بكلّ منهما في نصف المبيع. وقولهما وإن كانا متعارضين في النصف أيضاً كالكل، فيلزم ممّا ذكر طرح كلا القولين في النصفين، إلّا أنّ طرح قول كلّ منهما في النصف مع العمل به في النصف الآخر أولى في مقام امتثال أدلّه العمل بكل بينه من طرح كليهما أو إحداهما رأساً، وهذا معنى قولهم: «إنّ الجمع بين الدليلين والعمل بكل منهما الشرح:

ولو كان التعارض في المقومين باعتبار أن قولهم يكون من بينه وشهاده العدلين فالأمر أيضاً كما تقدم ويكتفى في الأرش بمقدار الأقل اخذاً في غيره بأصالة عدم الاشتغال وليعلم أن المراد بالأقل ليس الأخذ بالبينه الداله على الأقل فانها كما ذكرنا لا تعتبر لتعارضها بالداله على الأكثر بل المراد المقدار المقطوع كما لا يخفى.

ولكن مع ذلك قد يقال في تعارض المقومين وجوه أخرى:

الأول: الأخذ بالبينه الداله على الأقل لأنه المتسالم عليه ويرجع في الزائد إلى أصالة النفي.

الثاني: الأخذ بالأكثر لأنّ بينه الأقل تثبت الأقل ولا ينفى الأكثر وبينه الأكثر تثبت الأقل في ضمن الأكثر.

الثالث: القرعه في تعيين الأرش على طبق إحدى البيئتين لأنّ القرعه لكل أمر مشتبه ومنه الأرش في المقام.

الرابع: تعيين المصالحه على الأرش لأنّ كل من المتبايعين متمسك بحجّه شرعيّه ولا يمكن لاحدهما الحلف على الواقع نفيًا أو إثباتًا لعدم العلم به بل لا يجوز الحلف

ولو من وجه أولى من طرح أحدهما رأساً، ولذا جعل في تمهيد القواعد من فروع هذه القاعده: الحكم بالتنصيف فيما لو تعارضت البيئتان في دار في يد رجلين يدعيها كل منهما. بل ما نحن فيه أولى بمراعاة هذه القاعده من الدليلين المتعارضين في أحكام الله تعالى، لأنَّ الأخذ بأحدهما كلياً وطرح الآخر كذلك في التكليف الشرعيه الإلهيه لا ينقص عن التبعض من حيث مراعاة حق الله سبحانه، لرجوع الكل إلى امتثال أمر الله سبحانه، بخلاف مقام التكليف بإحقاق حقوق الناس، فإنَّ في التبعض جمعاً بين حقوق الناس ومراعاةً للجميع ولو في الجملة، ولعلَّ هذا هو السرُّ في عدم تخير الحاكم عند تعارض أسباب حقوق الناس في شيء من موارد الفقه.

الشرح:

مستنداً الى التقويم المفروض لتعارض التقويمين.

الخامس: تخيير الحاكم في الحكم بالأرش بالمقدار الأقل أو الأكثر نظير تخيريه في الحكم بمضمون أحد الخبرين المتعارضين أو بالحكم بأحد طرفي المحذورين لقطع المنازعه والمخاصمه.

السادس: ما ذكر المصنف رحمه الله من أنه أقوى الوجوه وعليه معظم الأصحاب (١) من العمل بالبيئتين في بعض مدلول كل منهما، كما لو ذكر مثلاً أحدهما: أنَّ صحيح الشيء يساوى عشره وقالت الأخرى: أنه يساوى ثمانية يؤخذ قيمه صحيحه تسعه حيث يعمل في نصفه بالبينه الأولى وفي نصفه الآخر بالبينه الثانيه.

وذكر في وجه ذلك أنَّ العمل بكل من الدليلين مهما أمكن ولو في بعض مدلولها أولى من طرح كلاهما أو أحدهما رأساً في حقوق الناس، بخلاف الأحكام الشرعيه

ص: ٢٨

---

١- (١) كالشيخ المفيد في المقنعه: ٥٩٧، والمحقق في الشرائع ٢: ٢٨، والعلامة في القواعد ٢: ٧٥.

وقد يُستشكل ما ذكرنا: تارةً بعدم التعارض بينهما عند التحقيق، لأنّ مرجح بينه النفي إلى عدم وصول نظرها وحدها إلى الزيادة، فيبّنه الإثبات المدّعيه للزيادة سليمة. وأخرى بأنّ الجمع فرع عدم اعتضاد إحدى البيّنتين بمرّح، وأصالة البراءة هنا مرجّحه للبيّنة الحاكمة بالأقلّ. وثالثه بأنّ في الجمع مخالفه قطعيه وإن كان فيه موافقه قطعيه، لكن التخيير الذي لا يكون فيه إلّا مخالفه احتماليه أولى منه. ويندفع الأول بأنّ المفروض أنّ بيّنه النفي تشهد بالقطع على نفي الزيادة واقعا، وأنّ بذل الزائد في مقابل المبيع سفيه. ويندفع الثاني بما قرّناه في الأصول: من أنّ الأصول الظاهريه لا تصير مرجّحه للأدله الاجتهاديّه، بل تصلح مرجعا في المسأله لو تساقط الدليلان من جهه ارتفاع ما هو مناط الدلاله فيهما لأجل التعارض، كما في الظاهرين المتعارضين كالعامين من وجه المطابق أحدهما للأصل، وما نحن فيه ليس من هذا القبيل. والحاصل: أنّ بيّنه الزيادة تثبت أمرا مخالفاً للأصل، الشرح:

التي تكون من حقوق الله حيث إنّ الامتثال الاحتمالي للتكليف الواقعي في حقوق الله لا يقصر عن التبعض، بل يكون أولى منه كما في دوران الأمر بين المحذورين مع تكرر الواقعه، فأنّه لا يبعد أن يقال: الأخذ بالموافقه الاحتماليه أولى من الأخذ بأحد الاحتمالين في واقعته والأخذ بالاحتمال الآخر في واقعته أخرى لأنّ الموافقه القطعيه الملازمه للعلم بالمخالفه القطعيه لا تعتبر في الأحكام، بخلاف حقوق الناس فإنّ رعايتها في الجمله أولى من ترك بعضها رأسا.

أقول: العمل بكل من البيّتين في بعض مدلولهما مع تعارضهما في ذلك البعض أيضا لا يخرج عن الجمع التبرعي ولا يكون داخلا في الجمع الدلالي من غير فرق بين الأحكام الشرعيه وحقوق الناس.

وعليه فلا يعم دليل الاعتبار لا أحدهما تعيينا ولا تخييرا، فان قام في مورد دليل



## ما هو المعروف في كَيْفِيَّةِ الْجَمْعِ بَيْنَ الْبَيِّنَاتِ؟

ومعارضتها بالأخرى النافية لها لا يوجب سقوطها بالمرّة لفقْد المَرَجِّح، فيجمع بين النفي والإثبات في النصفين. ويندفع الثالث بأنّ ترجيح الموافقة الاحتمالية الغير المشتملة على المخالفه القطعيّه على الموافقه القطعيّه المشتمله عليها إنّما هو في مقام الإطاعه والمعصيه الراجعتين إلى الانقياد والتجرّي، حيث إنّ ترك التجري أولى من تحصيل العلم بالانقياد، بخلاف مقام إحقاق حقوق الناس، فإنّ مراعاة الجميع أولى من إهمال أحدهما رأساً وإن اشتمل على أعمال الآخر، إذ ليس الحقّ فيهما لواحد كما في حقوق الله سبحانه. ثمّ إنّ قاعده الجمع حاكمه على دليل القرعه، لأنّ المأمور به هو العمل بكلّ من الدليلين لا بالواقع المرّد بينهما، إذ قد يكون كلاهما مخالفاً للواقع، فهما سببان مؤثّران بحكم الشارع في حقوق الناس، فيجب مراعاتها وإعمال أسبابها بقدر الإمكان، إذ لا ينفع توقيه حقّ واحد مع إهمال حقّ الآخر رأساً.

ثمّ إنّ المعروف في الجمع بين البيّنات [١] الجمع بينهما في قيمتي الصحيح

الشّرح:

على العمل بأحدهما كما ذكر فهو، وإلاّ تسقطان ويرجع إلى الأصل العملي ومع الأصل العملي لا يكون المورد من موارد القرعه فإنّ مع ظهور الحكم الشرعي في الواقعه وظاهرياً لا يكون المورد من المشتبه والمشكل كما لا يخفى.

[١] ثم إن المعروف في الجمع بين التقويمات جمع القيم الصحيحه وكذا القيم المعيبه ويؤخذ من القيمتين للصحيح نصفهما وكذا عن القيمتين للمعيب ويلاحظ نسبه التفاوت بين النصفين، وإن كان القيم للصحيح ثلاثه يؤخذ بثلث المجموع وبهذا يظهر ما إذا كانت القيم أزيد.

وعن السيد اليزدي (١) قدس سره أنّه لا حاجة إلى تنصيف القيمتين أو تثليثهما بل يكفي

ص: ٣٠

فيؤخذ من القيمتين للصحيح نصفهما، ومن الثلاث ثلثها ومن الأربع ربعها وهكذا في المعيب. ثم يلاحظ النسبه بين المأخوذ للصحيح وبين المأخوذ للمعيب ويؤخذ بتلك النسبه فإذا كان إحدى قيمتي الصحيح اثني عشر والأخرى ستّه وإحدى قيمتي المعيب أربعه والأخرى اثنين، أخذ للصحيح تسعه وللمعيب ثلاثه والتفاوت بالثلثين فيكون الأرش ثلثي الثمن.

الشرح:

ملاحظه نسبه تفاوت مجموع القيم للمعيب إلى مجموع القيم للصحيح ليؤخذ الثمن المسمّى بتلك النسبه، لأنّ نسبه المجموع إلى المجموع لا تختلف عن نسبه نصف أحد المجموعين إلى نصف المجموع الآخر.

وإذا قال أحدهما: أنّ صحيحه يساوى اثني عشر ومعيبه ستّه، وقال الآخر: صحيحه يساوى ثمانية ومعيبه أربعه، فإن نسبه العشره إلى العشرين يساوى نسبه الخمسه إلى العشره.

ويمكن أن لا يلاحظ مجموع قيمتي الصحيح ومجموع قيمتي المعيب، بل يلاحظ التفاوت بين القيمتين للصحيح ويعمل بكل من التقويمين في ذلك التفاوت ولو قال أحدهما: إن الصحيحه يساوى اثني عشر، وقال الآخر: إنه يساوى ثمانية فالتفاوت وهي أربعه يؤخذ في نصفها بالتقويم الأكثر وفي نصفها الآخر بالتقويم الأقل فيكون قيمه الصحيح عشره، وكذا الحال في ناحيه قيمتي المعيب وذكر المصنف رحمه الله: لكن الأظهر هو الجمع على النهج الأول.

أقول: لم يعلم الاختلاف بينهما ليقال: إن الأظهر هو الوجه الأول.

وذكر الكمپاني (١) قدس سره: انه لا- تعارض في اختلاف المقومين فيما إذا لم تختلف النسبه في التفاوت بين قيمه المعيب والصحيح على كلا التقويمين كما إذا قال أحدهما:

ص: ٣١

ويحتمل الجمع بطريق آخر [١] وهو: أن يرجع إلى البيئه في مقدار التفاوت ويجمع بين البيئات فيه من غير ملاحظه القيم. وهذا منسوب إلى الشهيد قدس سره على ما في الروضه. وحاصله: قد يتحد مع طريق المشهور كما في المثال المذكور، فإن التفاوت بين 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، وقيمه المعيب على الأول عشره وعلى الثاني خمسه.

الشرح:

إن صحيحه يساوي اثني عشر ومعيبه سته، وقال الآخر: إن صحيحه يساوي ثمانية ومعيبه أربعة، فإن النسبه في التفاوت على كل من التقويمين النصف فيؤخذ من الثمن المسمى بنصفه من غير أن يكون بين البيئتين تعارض.

وفيه: أن ما ذكر من النسبه مدلول التزامي لكل من البيئتين ومع تعارضهما في مدلولهما المطابقي لا- تصل النوبه إلى الأخذ بمدلولها الالتزامي.

[١] وقد يذكر في المقام طريق آخر للجمع بين البيئتين منسوب إلى الشهيد قدس سره في الروضه (١). وحاصله: ملاحظه النسبه في التفاوت بين القيمه المعيب إلى الصحيح في كل من التقويمين ويعمل بكل منهما بالاضافه إلى نصفى الثمن المسمى، كما إذا قال أحدهما: صحيحه يساوي اثني عشر ومعيبه سته فالنسبه في هذا التفاوت النصف، وقال الآخر: إن صحيحه يساوي ثمانية ومعيبه سته فالنسبه في هذا التفاوت هو الربع.

فالأرش على الطريق الأول خمسين من الثمن المسمى وإذا فرض أن الثمن المسمى كان عشره فالأربعه هي الأرش، وعلى الطريق المنسوب إلى الشهيد في نصف الثمن المسمى اثنين ونصف وفي نصفه الآخر واحد وربع الواحد فيكون المجموع أربعة إلا ربع الدرهم.

ص: ٣٢

فعلى الأول: يؤخذ نصف مجموع قيمتى الصحيح أعنى العشره، ونصف قيمتى المعيب وهو سبعة ونصف، فالتفاوت بالربع، فالأرش ربع الثمن، أعنى ثلاثه من اثني عشر لو فرض الثمن اثني عشر. وعلى الثانى: يؤخذ التفاوت بين الصحيح والمعيب على إحدى البيئتين بالسدس وعلى الأخرى ثلاثه أثمان، وينصف المجموع أعنى ستّه ونصف من اثني عشر جزءاً ويؤخذ نصفه وهو ثلاثه وربع، وقد كان فى الأول ثلاثه.

وقد ينقص عن الأول [١] كما إذا اتفقا على أنّ قيمه المعيب ستّه، وقال إحداهما: قيمه الصحيح ثمانيه، وقال الأخرى: عشره. فعلى الأول: يجمع القيمتان ويؤخذ نصفهما تسعه، ونسبته إلى الستة بالثلث. وعلى الثانى: يكون التفاوت على إحدى البيئتين ربعاً وعلى الأخرى خمسين فيؤخذ نصف الربع ونصف الخمسين، فيكون ثمناً وخمساً، وهو ناقص عن الثلث بنصف خمس.

الشرح:

[١] قد يكون الأرش على الطريق المنسوب إلى الشهيد قدس سره أقلّ منه على طريق المشهور.

كما إذا قال أحدهما: إنّ صحيحه عشره، وقال الآخر: إنّ صحيحه يساوى ثمانيه مع اتفاقهما على أنّ معييه ستّه، فتكون القيمه المنتزعه للصحيح على طريق المشهور تسعه والتفاوت بين الستة وبينه بالثلث وإذا فرض الثمن المسمى اثني عشر يكون ثلثه أربعه دنانير.

وأما على طريق الشهيد تكون نسبة التفاوت الستة إلى الثمانيه بالربع فيؤخذ بنصف الربع أى ثمن الثمن المسمى المفروض الاثنى عشر فيساوى واحداً ونصفاً، ونسبه تفاوت الستة إلى العشره بخمسين فيؤخذ بنصفه وهو خمس الاثنى عشر فخمس العشره اثنان وخمس الاثنى الباقي من الثمن المسمى أربعه اعشار من اعشار

توضيح هذا المقام: أنّ الاختلاف إمّا أن يكون في الصحيح فقط مع اتّفاقهما على المعيب، وإمّا أن يكون في المعيب فقط، وإمّا أن يكون فيهما. فإن كان في الصحيح فقط كما في المثال الأخير فالظاهر التفاوت بين الطريقتين دائماً، لأنك قد عرفت أنّ الملحوظ على طريق المشهور نسبة المعيب إلى مجموع نصفى قيمتى الصحيح المجعول قيمه منتزعه، وعلى الطريق الآخر نسبة المعيب إلى كلّ من القيمتين المستلزمه لملاحظه أخذ نصفه مع نصف الآخر ليجمع بين البيئتين في العمل، والمفروض في هذه الصورة أنّ نسبة المعيب إلى مجموع نصفى قيمتى الصحيح التى هى طريقه المشهور مخالفه لنسبه نصفه إلى كل من النصفين، الشرح:

كل من الاثنين، فيكون المجموع ثلاثه دنانير وتسعه اعشار الدينار الواحد، لان الدينار يساوى خمسه اعشار من عشره دينار واحد.

وبتعبير آخر: يجمع بين الواحد والنصف وهو نصف الأرش على أحد التقويمين وبين الاثنين واربعه اعشار الواحد وهو النصف الآخر من الارش على التقويم الآخر، فيكون المجموع ثلاثه دنانير وتسعه اعشار من عشره الواحد، فينقص أرش على هذا الطريق عن طريق المشهور بنصف خمس، أى عشر واحد من عشره اعشار الدينار الواحد.

وذكر المصنف رحمه الله : أنّه إذا اختلف المقومون في قيمه صحيح الشىء مع اتّفاقهم على قيمه معيبه يختلف طريق المشهور عن طريق الشهيد دائماً، وعلّله بأن نسبه تفاوت قيمه معيب الشىء إلى صحيحه تكون متعدده على طريق الشهيد، بخلاف طريق المشهور، فان الأرش عليه نسبه واحده مأخوذه من تفاوت قيمه معيب الشىء إلى القيمه الصحيحه المنتزعه من القيمتين وهذه النسبه لا تختلف في أجزاء القيمه المنتزعه مع تساوى الأجزاء، ويتعدّد مع عدم تساويها كما هو الحال على طريق الشهيد.

لأنَّ نسبة الكلِّ إلى الكلِّ تساوى نسبه نصفه إلى كل من نصفى ذلك الكل، وهو الأربعة والنصف فى المثال، لا إلى كل من النصفين المركَّب منهما ذلك الكل كالأربعة والخمسه، بل النصف المنسوب إلى أحد بعضى المنسوب إليه كالأربعة نسبه مغايره لنسبته إلى البعض الآخر، أعنى الخمسه، وهكذا غيره من الأمثله. وإن كان الاختلاف فى المعيب فقط فالظاهر عدم التفاوت بين الطريقتين أبداً، لأنَّ نسبة الصحيح إلى نصف مجموع قيمتى المعيب على ما هو طريق المشهور مساويه لنسبه نصفه إلى نصف إحداهما ونصفه الآخر إلى نصف الأخرى، كما إذا اتَّفقا على كون الصحيح اثنى عشر وقالت إحداهما: المعيب ثمانيه، وقالت الأخرى: ستة، فإنَّ تفاوت السبعه والاثنى عشر الذى هو طريق المشهور مساو لنصف مجموع

الشرح:

ثم ذكر قدس سره: أنه إذا كان الاختلاف فى المعيب مع الاتفاق على قيمه الصحيح فيتحد الطريقتان دائماً، وعلَّله بأنَّ نسبة قيمه الصحيح إلى نصف القيمه الحاصله من القيمتين للمعيب التى طريقه المشهور مساويه لنسبه نصف قيمه الصحيح إلى نصف إحدى القيمتين المذكورتين للمعيب ونسبه نصفه الآخر إلى نصف القيمه الأخرى من القيمتين للمعيب، كما إذا اتَّفقا على أن الصحيح الشئ يساوى اثنى عشر مع كون الثمن المسمى اثنى عشر وقال احدهما: إن معيبه ثمانيه، وقال الآخر: إنه ستة، فانه على المشهور يؤخذ للمعيب قيمه منتزعه وهو سبعه، والتفاوت بين السبعه واثنى عشر خمسه، وهذا يساوى مع تفاوت ثلاثه مع ستة تفاوت أربعة مع ستة.

أقول: ما ذكر قدس سره وإن كان صحيحاً لا- يختلف الطريقتان مع الاتفاق على القيمه للصحيح، إلا- أنَّ الوجه الذى ذكره لاختلاف الطريقتين فيما إذا كان الاختلاف فى قيمه الصحيح مع اتفاقهما على قيمه المعيب يجرى فى هذا الفرض أيضاً.

والظاهر أنَّ الوجه فى اختلاف الطريقتين مع الاختلاف فى قيمه الصحيح

## المتعين هو الطريق المنسوب إلى الشهيد قدس سره والوجه فيه

تفاوتى الثمانية مع الاثنى عشر والستة مع الاثنى عشر، لأن نسبة الأولين بالثلث والآخرين بالنصف ونصفهما السدس والربع، وهذا بعينه تفاوت السبعة والاثني عشر. وإن اختلفا في الصحيح والمعيب، فإن اتحدت النسبه بين الصحيح والمعيب على كلتا البيئتين فيتحد الطريقتان دائماً، كما إذا قومه إحداهما صحيحاً باثنى عشر ومعيباً بستة، وقومه الأخرى صحيحاً بستة ومعيباً بثلاثة، فإن نصف الصحيحين أعنى التسعة تفاوته مع نصف مجموع المعيين وهو الأربعة ونصف عين نصف تفاوتى الاثنى عشر مع الستة والستة مع الثلاثة.

والحاصل: أن كل صحيح ضِعْفُ المعيب، فيلزمه كون نصف الصحيحين ضِعْفُ نصف المعيين. وإن اختلفت النسبه، فقد يختلف الطريقتان وقد يتحدان، وقد تقدم مثالهما في أول المسأله.

ثم إن الاظهر بل المتعين هو الطريق الثانى [١] المنسوب إلى الشهيد قدس سره وفقاً

الشرح:

والاتفاق على المعيب الاختلاف فى العدد الاكبر وعدم اختلاف الطريقتين عند الاختلاف فى معيب الشىء الاتفاق على العدد الاكبر.

وذكر قدس سره: أنه إذا كان الاختلاف بين المقومين فى قيمه الشىء صحيحاً ومعيباً إن اتحد نسبة قيمه معيب الشىء إلى قيمه صحيحه فى كل تقويم مع نسبتها فى التقويم الآخر فلا يختلف الطريقتان، وإن لم يتحدا فقد يتحد الطريقتان وقد يختلفان.

أقول: مع عدم اتحاد نسبه التفاوت فى أحد التقويمين مع النسبه فى التقويم الآخر يختلف الطريقتان لا محاله ولم يتقدم منه قدس سره مثال ما إذا اختلفت النسبتان وتتحد نتيجة الطريقتين فتأمل جيداً.

[١] ذكر قدس سره: أن المتعين من الطريقتين المنسوب إلى المشهور والمنسوب إلى الشهيد هو الثانى سواء كان المدرك للعمل بالبيئتين أولويه الجمع بينهما فى العمل، بأن

للمحكى عن إيضاح النافع، حيث ذكر أنّ طريق المشهور ليس بجيد، ولم يذكر وجهه. ويمكن إرجاع كلام الأكثر إليه، كما سيجىء. ووجه تعين هذا الطريق: أنّ أخذ القيمة من القيمتين على طريق المشهور أو النسبه المتوسّطه من النسبتين على الطريق الثانى، إمّا للجمع بين البيئتين بإعمال كلّ منهما فى نصف العين كما ذكرنا، وإمّا لأجل أنّ ذلك توسّط بينهما لأجل الجمع بين الحقيقتين بتنصيف ما به التفاوت نفيًا وإثباتًا على النهج الذى ذكرناه أخيراً فى الجمع بين البيئتين، كما يحكم بتنصيف الدرهم الباقى من الدرهمين المملوكين لشخصين إذا ضاع أحدهما المرّد بينهما من عند الودعى ولم تكن هنا بيئته تشهد لأحدهما بالاختصاص، بل ولا ادعى أحدهما اختصاصه بالدرهم الموجود. فعلى الأوّل فاللازم وإن كان هو جمع نصفى قيمتى الصحيح والمعيب كما فعله المشهور بأن يجمع الاثنا عشر والثمانيه المفروضتان قيمتين للصحيح فى المثال المتقدّم، ويؤخذ نصف أحدهما الشرح:

يعمل بكل من البيئتين فى نصف المبيع أو كان العمل بكل منهما للجمع بين حقّى الباع والمشتري، نظير ما يذكر من تنصيف الدرهم فى مسأله ما إذا أودع عنده أحد درهمين والآخر درهما وتلف أحد الدراهم، فإن الدرهم من الدرهمين الباقيين لصاحب الدرهمين والآخر ينصف بينهما ليذهب من كل منهما نصف درهم.

والوجه فى تعين الطريق الثانى بناءً على أولويّه الجمع أنّ مقتضى الجمع وإن كان تعيين قيمه نصف الشىء صحيحاً ومعيباً على طبق أحد البيئتين وتعيين قيمه أخرى لنصفه الآخر على طبق البيئه الأخرى فيكون قيمه الشىء صحيحاً ومجموع قيمتى النصفين صحيحاً ومجموع قيمتى النصفين معيباً.

وإذا قال أحدهما: إنّ صحيحه يساوى اثنى عشر ومعيبه عشره، وقال الآخر: إنّ صحيحه يساوى ثمانيه ومعيبه خمسّه يكون قيمه نصفه صحيحاً وستّه ونصفه بالاربعه،



قيمه نصف المبيع صحيحاً، ونصف الأخرى قيمه للنصف الآخر منه، ولازم ذلك كون تمامه بعشره، ويجمع قيمتا المعيب أعنى العشره والخمسه ويؤخذ لكل نصف من المبيع المعيوب نصف من أحدهما، ولازم ذلك كون تمام المبيع بسبعه ونصف، إلا أنه لا ينبغي ملاحظه نسبه المجموع من نصفى إحدى القيمتين أعنى العشره إلى المجموع من نصف الأخرى أعنى سبعة ونصفاً كما نسب إلى المشهور، لأنه إذا فرض لكل نصف من المبيع قيمه تغاير قيمه النصف الآخر وجب ملاحظه التفاوت بالنسبه إلى كل من النصفين صحيحاً ومعياً وأخذ الأرش لكل نصف على حسب تفاوت صحيحه ومعيبه. فالعشره ليست قيمه لمجموع الصحيح إلا باعتبار أن نصفه مقوم، بستّه ونصفه الآخر بأربعه، وكذا السبعه ونصف ليست قيمه لمجموع المعيب إلا باعتبار أن نصفه مقوم بخمسه ونصفه الآخر باثنين ونصف، فلا وجه لأخذ تفاوت ما بين مجموع العشره والسبعه ونصف، بل لا بد من

الشرح:

فيكون المجموع عشره وقيمه نصفه معياً خمسه وقيمه نصفه الآخر باثنين ونصف فيكون المجموع سبعة ونصف، إلا أنه لا موجب لملاحظه النسبه بين سبعة ونصف وعشره بل يعتبر ملاحظه النسبه في نصف الشيء بإحدى البيئتين وفي نصفه الآخر بالأخرى ليعمل بهما في نصفى الشيء.

لا يقال: يشبه ما نحن فيه بما إذا بيع الشئان المختلفان قيمه بصفقه واحده كما إذا باع العبد والأمه باثنى عشر درهما وظهر كل من العبد والأمه معياً وكان قيمه العبد صحيحاً أربعه ومعياً باثنين ونصف والأمه تساوى صحيحه ستة ومعيبه بالخمسه فانه لا شبهه في أنه تلاحظ النسبه في الفرض بين العشره التي قيمه منتزعه لمجموع صحيح العبد والأمه وبين السبعه والنصف التي قيمه لمجموعها معيين، فيكون التفاوت ربعاً فيؤخذ من الثمن المسمى ربعه أى ثلاثه دنانير.

ص: ٣٨

أخذ تفاوت ما بين الأربعة والاثنين ونصف لنصف منه، وتفاوت ما بين الستة والخمسة للنصف الآخر. وتوهم: أن حكم شراء شيء تغاير قيمتا نصفيه حكم ما لو اشترى بالثمن الواحد مالين معينين مختلفين في قيمته صحيحاً ومعيباً، بأن اشترى عبداً وجاريه باثني عشر فظهماً معينين، والعبد يسوى أربعة صحيحاً واثنين ونصف معيباً، والجاريه يسوى ستة صحيحه وخمسه معيبه، فإنه لا شك في أن اللازم في هذه الصورة ملاحظه مجموع قيمتي الصفقه صحيحه ومعيبه أعنى العشره والسبعه ونصف وأخذ التفاوت وهو الربع من الثمن، وهو ثلاثه إذا فرض الثمن اثني عشر كما هو طريق المشهور فيما نحن فيه. مدفوع: بأن الثمن في المثال لما كان موزعاً على العبد والجاريه بحسب قيمتهما، فإذا أخذ المشتري ربع الثمن أرساً فقد أخذ للعبد ثلاثه أثمان قيمته وللجاريه سدسه كما هو الطريق المختار، لأنه أخذ من مقابل الجاريه أعنى سبعة وخمساً سدسه وهو واحد وخمس، ومن مقابل العبد أعنى أربعة وأربعة أخماس ثلاثه أثمان وهو واحد وأربعة أخماس،

الشرح:

فانه يقال: إذا اشترى الأمه والعبد باثني عشر درهما فقد اشترى كلاً منهما بثمان يخالف الآخر ويقسط ذلك الثمن على كل من العبد والأمه بحسب قيمه كل منهما.

وبتعبير آخر: كما يقسط الثمن الواحد على الشئيين بحسب قيمه كل منهما فيما احتيج إلى التقسيط، كما إذا ظهر أحدهما ملك الغير أو لغير ذلك كذلك الأرش يقسط عليهما بحسب قيمه كل منهما، فيقسط ربع الثمن أي ثلثه دنانير على كل من العبد والأمه حيث إن ما يقع بازاء الجاريه من الاثني عشر سبعة وخمس وما يقع بازاء العبد والأمه أربعة أخماس والسدس من ربع الثمن المسمى أرش للجاريه أي واحد وخمس والباقي من ثلاثه دنانير وهو دينار وأربعة أخماس أرش للعبد وهو ثلاثه أثمان قيمته كما لا يخفى.

ص: ٣٩

فالثلاثة التي هي ربع الثمن منطبق على السدس وثلاثة أثمان. بخلاف ما نحن فيه، فإنّ المبدول في مقابل كلّ من النصفين المختلفين بالقيمة أمر واحد، وهو نصف الثمن. فالمناسب لما نحن فيه فرض شراء كل من الجارية والعبد في المثال المفروض بثمان مساو للآخر، بأن اشترى كلّاً منهما بنصف الاثنى عشر في عقد واحد أو عقدين، فلا يجوز حينئذٍ أخذ الربع من اثني عشر، بل المتعيّن حينئذٍ أن يؤخذ من ستّة الجارية سدس، ومن ستّة العبد اثنان وربع، فيصير مجموع الأرش ثلاثة وربعاً، وهو المأخوذ في المثال المتقدّم على الطريق الثاني.

وقد ظهر ممّا ذكرنا: أنّه لا فرق بين شهاده البيّنات بالقيم أو شهادتهم بنفس النسبه بين الصحيح والمعيب وإن لم يذكروا القيم. هذا كلّه إذا كان مستند المشهور في أخذ القيمة الوسطى إلى العمل بكلّ من البيّنتين في جزء من المبيع. أمّا إذا كان المستند مجرد الجمع بين الحقّين، بأن تنزل القيمة الزائده وترفع الناقصه على حد سواء، فالمتعيّن هو الطريق الثاني أيضاً [١] سواء شهدت البيّنتان بالقيمتين أم شهدتا بنفس النسبه بين الصحيح والمعيب. أمّا إذا شهدتا بنفس التفاوت، فلاّنه إذا شهدت إحداهما بأنّ التفاوت بين الصحيح والمعيب بالسدس وهو الاثنان من اثني عشر، الشّرح:

وهذا بخلاف ما نحن فيه فإنّ الثمن المسمّى المبدول بازاء الشىء كان بنسبه واحده بالاضافه إلى نصفى الشىء، وإذا أريد العمل بإحدى البيّنتين في نصف ذلك الشىء وبالأخرى في نصفه الآخر فلا بد من تعيين الأرش نصفين بنسبتين.

[١] وحاصله: أنّه لو كانت البيّنتان مختلفتين سواء كان مفادهما المطابقي بيان تلك النسبه أو تعيين القيمة لصحيحه ومعيبه يكون الجمع بين حقى البايع والمشتري هو الأخذ بالنسبتين بالاضافه إلى نصف الثمن المسمى وبالبيّنه الأخرى في نصفه الآخر ويحصل للأرش نسبه تكون متوسّطه بين النسبه الزائده والناقصه، كما إذا شهدت

وشهدت الأخرى بأنه بثلاثة أثمان وهو الثلاثة من ثمانية، زدنا على السدس ما تنقص من ثلاثة أثمان صار كل واحد سدساً ونصف سدس وثمانه، وهو من الثمن المفروض اثني عشر ثلاثة وربع، كما ذكرنا سابقاً. وإن شهدت البيئتان بالقيمتين، فمقتضى الجمع بين الحقيين في هذا المقام تعديل قيمتي كل من الصحيح والمعيب بالزيادة والنقصان بأخذ قيمه نسبتته إلى المعيب دون نسبة قيمه الزائده وفوق نسبة الناقصه، فيؤخذ من الاثني عشر والعشر ومن الثمانية والخمسه 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.

الشرح:

إحداهما: بأن التفاوت بين قيمتي الصحيح والمعيب بالسدس، فالأرش على هذه النسبه من الثمن المسمى المفروض كونه اثني عشر اثنان، وشهدت الأخرى: بأن التفاوت بينهما بثلاثة اثمان، فالأرش على هذه النسبه أربعة ونصف، فيؤخذ من كل الأرشين نصفه ويجمع فيكون ثلاثة وربع، فيكون الأرش سدس الثمن المسمى ونصفه وثمان السدس ونصفه وثمان السدس، حيث إن السدس من الثمن المسمى اثنان ونصفه واحد وثمانه أي ثمن الاثني عشر يكون ربع الواحد.

ولو شهدت إحدى البيئتين: أن صحيحه اثنا عشر ومعيبه عشره، وشهدت الأخرى: أن صحيحه ثمانية ومعيبه خمسة فلا بد من جعل قيمه لصحيحه تكون متوسطه بالاضافه إلى نسبة قيمه الشيء صحيحاً إلى قيمته معيباً التي تذكرها إحدى البيئتين، وبالاضافه إلى نسبة أخرى في قيمه الشيء صحيحاً إلى قيمته معيباً التي تذكرها البيئه الأخرى.

أقول: لا- ينبغى الريب في أن كلاً من الطريق المنسوب إلى المشهور والطريق المنسوب إلى الشهيد خروج عن الاصل، وفيهما جمع بين الحقيين أي لحاظهما.

ومن هنا يمكن إرجاع كلام الأكثر إلى الطريق الثانى، بأن يريدوا من «أوسط القيم المتعدده للصحيح والمعيب» القيمه المتوسّطه بين القيم لكل منهما من حيث نسبتها إلى قيمه الآخر، فيكون مرادهم من أخذ قيمتين للصحيح والمعيب قيمه متوسّطه من حيث نسبه إحداهما إلى الأخرى بين أقوال جميع البيّنات المقومين للصحيح والفساد. وليس فى كلام الأكثر أنه تجمع قيم الصحيح وتنتزع منها قيمه وكذلك قيم المعيب ثم تنسب إحدى القيمتين المنتزعتين إلى الأخرى. قال فى المقنعه: فإن اختلف أهل الخبره عمل على أوسط القيم ونحوه فى النهايه. وفى الشرائع عمل على الأوسط.

الشرح:

ولا- ينبغى التأمّل أيضا فى أنّ الطريق الثانى أكثر جمعا بينهما حيث إنّ المألوف فى مقامات الاختلاف فى الدعاوى المالىه المرده بين الأقل والأكثر أن يلاحظ ما به التفاوت ويؤخذ بنصفه فى مقام المصالحه، إلا أنّ الكلام فى تعيين ذلك فى المقام وسائر المقامات التى تشبه المقام.

والأظهر عدم تعيين ذلك وأن للبايع الاقتصار بالأرش الأقل حتى يثبت الأكثر ولذا لو تردّد الدين بين الأقل والأكثر فلا يلزم المديون بغير الأقل، إلا أن يثبت بطريق معتبر الأكثر.

ولو كان الجمع بين الحقيين فى المقام متعينا لتعين فى مسأله الدين المررد بين الأقل والأكثر كما لا يخفى.

وقد تقدّم أيضا أن دليل اعتبار أى طريق ومنه ما دل على اعتبار البيئه لا- يعم صوره التعارض سواء كان التعارض فى تمام المدلول أو فى بعضه، كما إذا ذكر كل بينه لصحيح الشىء قيمه ولمعيه أخرى سواء فرع على ذلك نسبه الأرش أم لا، أو ذكر كل بينه للأرش نسبه من غير تعرض لقيمه صحيح الشىء ومعيبه، بحيث تكون النسبه فى

ص: ٤٢

## فى الشروط التى يقع عليها العقد وشروط صحتها وما يترتب على

### فى معنى الشرط

وبالجملة، فكل من عبر بالأوسط يحتمل أن يريد الوسط من حيث النسبه لا من حيث العدد.

الشرط يطلق فى العرف على معينين [١]:

الشرح:

إحدهما غير النسبه فى الأخرى، وإلا لم يكن بينهما تعارض أصلاً فتدبر جيداً.

[١] ذكر قدس سره: أن الشرط يطلق على معينين لغه:

أحدهما: معناه المصدرى أى الإلزام والالتزام بأمر ويكون الإلزام من المشروط له والالتزام من المشروط عليه، وذكر فى القاموس (١) كون الإلزام والالتزام فى البيع ونحوه، وظاهره عدم إطلاق الشرط حقيقه أو عدم صحته على الإلزام والالتزام الابتدائين.

ولكن لا- يمكن الالتزام بعدم صحه الإطلاق، حيث إن إطلاقه فى الأخبار على الإلزام الابتدائى أو الالتزام كذلك شايع، كما يفصح عن ذلك ما ورد فى حكاية بيع بريره من قوله صلى الله عليه وآله: «قضاء الله أحقّ وشرطه أوثق والولاء لمن اعتق» (٢)، حيث إن المراد من شرط الله حكمه فلا يثبت ذلك الولاء لغير المعتق كالبائع ولو بالاشتراط فى بيع العبد.

وقوله عليه السلام فى الرد على مشترط عدم التزوج بامرأه أخرى فى النكاح إن «شرط الله قبل شرطكم» (٣)، حيث إن المراد بشرط الله تجويز التزوج بامرأه أخرى متعه مطلقاً

ص: ٤٣

- 
- ١- (١) القاموس المحيط ٢: ٣٦٨، مادّه «شرط».
  - ٢- (٢) سنن البيهقى ١٠: ٢٩٥، وكنز العمال ١٠: ٣٢٢، الحديث ٢٩٦١٥، وأورد بعضه فى الوسائل ٢٣: ٦٤ ٦٥، الباب ٣٧ من كتاب العتق، الحديث ١ و ٢.
  - ٣- (٣) وسائل الشيعه ٢١: ٢٧٧، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٦.

أحدهما: المعنى الحدتي، وهو بهذا المعنى مصدر «شَرَطَ» فهو شرط للأمر الفلاني، وذلك الأمر مشروط، وفلان مشروط له أو عليه.

وفى القاموس: «أنه إلزام الشيء والتزامه فى البيع وغيره»، وظاهره كون استعماله فى الإلزام الابتدائى مجازاً أو غير صحيح.

الشرح:

ودواما إلى أربع.

وفى صحيحه عاصم بن حميد عن محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام «فى رجل تزوج امرأه وشرط لها إن هو تزوج عليها إمرأه أو هجرها أو اتخذ عليها سريره فهى طالق، ففضى فى ذلك أن شرط الله قبل شرطكم، فان شاء وفى لها بالشرط» الحديث(١).

وما فى بعض روايات خيار الحيوان «ما الشرط فى الحيوان؟ قال: ثلاثه ايام»(٢) وفى غيره «إلى ان يتفرقا»(٣)، فإن كلاً من خيارى الحيوان والمجلس تأسيسى من الشارع فيدخل فى حكمه.

وقد أطلق الشرط على النذر والعهد والوعد فى بعض أخبار الشرط فى النكاح وفى صحيحه منصور بن برزج أو موثقته عن عبد صالح عليه السلام قال: «قلت له: رجلاً من مواليك تزوج امرأه ثم طلقها فبانت منه فأراد أن يراجعها فابت عليه إلا أن يجعل لله عليه أن لا يطلقها ولا يتزوج عليها، فأعطاها ذلك، ثم بدا له فى التزوج بعد ذلك، فكيف يصنع؟ فقال: بئس ما صنع، وما كان يدرية ما يقع فى قلبه بالليل والنهار، قل له: فليف للمراه بشرطها، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: المؤمنون عند شروطهم»(٤).

ص: ٤٤

١- (١) وسائل الشيعه ٢٢ : ٣٥ ، الباب ١٣ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه، الحديث ١.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ١١ ، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٥ .

٣- (٣) أنظر وسائل الشيعه ١٨ : ٥ و ٨ و ١٠ ، الباب ١ و ٢ و ٣ من أبواب الخيار.

٤- (٤) وسائل الشيعه ٢١ : ٢٧٦ ، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤ .

لكن لا إشكال في صحته لوقوعه في الأخبار كثيراً مثل قوله صلى الله عليه وآله في حكاية بيع بريره: إن «قضاء الله أحق وشرطه أوثق والولاء لمن اعتق» وقول امير المؤمنين عليه السلام في الرد على مشرط عدم التزوج بامرأه أخرى في النكاح: إن «شرط الله قبل شرطكم». وقوله: «ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثه أيام للمشتري. قلت: وفي غيره؟ قال: هما بالخيار حتى يفترقا» وقد أُطلق على النذر أو العهد أو الوعد في بعض أخبار الشرط في النكاح، وقد اعترف في الحدائق: بأن إطلاق الشرح:

وقد ذكر في الحدائق: (١) أن إطلاق الشرط على البيع في الأخبار كثير.

والحاصل: أنه لا-شبهه في استعمال الشرط في الحكم والالتزام الابتدائي ولا-يعد كونه حقيقه بأن يكون المعنى الظاهر من الشرط هو الإلزام والالتزام سواء كان في ضمن عقد أو كان ابتدائياً فإن أولويه الاشتراك المعنوي على المجاز يقتضى ذلك، ولا يتبادر من قوله شرط فلان على نفسه كذا إلا-الالتزام على نفسه ولو كان ابتدائياً، ولذا استدل عليه السلام بالنبوي المزبور «المؤمنون عند شروطهم» على لزوم الوفاء بالنذر والعهد عند إرادته نكاح المرأة.

ولا حجه فيما ذكر القاموس على انحصار الشرط بما كان في ضمن عقد لتفرده بذلك، ولعله لم يلتفت إلى الاستعمالات المشار إليها وإلا ذكرها ولو مع الاشارة إلى مجازيتها.

وقد يتجاوز الشرط بالمعنى المصدرى ويراد منه المشروط كالخلق المراد به المخلوق ولذا يحمل الشرط على الأمر المتعلق به الإلزام والالتزام.

أقول: ما ذكر قدس سره من أولويه الاشتراك المعنوي عن المجاز ثبت في محله أن مثل

ص: ٤٥



الشرط على البيع كثير في الأخبار. وأمّا دعوى كونه مجازاً فيدفعها مضافاً الى أولويه الاشتراك المعنوي وإلى أنّ المتبادر من قوله: «شَرَطَ على نفسه كذا» ليس إلّا مجرد الإلزام استدلال الإمام عليه السلام بالنبوي: «المؤمنون عند شروطهم» فيما تقدّم من الخبر الذي أطلق فيه الشرط على النذر أو العهد. ومع ذلك فلا حجة فيما في القاموس مع تفردّه به. ولعله لم يلتفت الى الاستعمالات التي ذكرناها وإلّا لذكرها ولو بعنوان يشعر بمجازيتها.

ثمّ قد يتجوّز في لفظ «الشرط» بهذا المعنى فيطلق على نفس المشروط كالخلق بمعنى المخلوق، فيراد به ما يلزمه الانسان على نفسه.

الشرح:

هذه الأمور الاستحسانية لا يثبت اللغه، وانه لا يتبادر من قوله شرط «فلان على نفسه كذا» غير الالتزام بذلك الأمر ولو ابتداءً فهذا غير ثابت حيث إنّ سعه معنى الشرط وشموله الإلزام والالتزام الابتدائيين غير ظاهر، والعنايه والمجاز في الاستعمال خارج عن مورد الكلام.

مع أنّ استعمال الشرط في قضيه حكاية بريه كذا في قول على عليه السلام لمشترط عدم التزوّج على إمراه أخرى من قبيل المعامله والاطلاق بالمشاكله نظير قوله تعالى «فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ» (١) وقوله عليه السلام «لا تنقض اليقين بالشك... ولكنّه تنقض الشك باليقين» (٢) إلى غير ذلك.

وعلى الجملة: إطلاق الشرط على الالتزام الابتدائي بحيث يكون الوعد للغير داخلاً في عموم قوله صلى الله عليه وآله «المؤمنون عند شروطهم» غير محرز لو لم نقل بإحراز عدمه،

ص: ٤٦

١- (١) سورة البقره: الآية ١٩٤.

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٨: ٢١٦ ٢١٧، الباب ١٠ من أبواب الخلل الواقع في الصلاه، الحديث ٣.

ثانيهما: ما يلزم من عدمه العدم [١] من دون ملاحظه أنه يلزم من وجوده الوجود أولاً، وهو بهذا المعنى اسم جامد لا مصدر، فليس فعلاً لأحد، واشتقاق «المشروط» منه ليس على الأصل كـ «الشارط»، ولذا ليسا بمتضايقين في الفعل والانفعال بل «الشارط» هو الجاعل و«المشروط» هو ما جعل له الشرط كـ «المسبب» بالكسر والفتح المشتقين من «السبب». فعلم من ذلك: أن «الشرط» في المعنيين نظير «الأمر» بمعنى المصدر وبمعنى «الشيء» وأما استعماله في ألسنه النحاء على الجملة الواقعة عقيب أدوات الشرط فهو اصطلاح خاص مأخوذ من الشرح:

ولذا لم يرد في شيء من الأخبار الواردة في الأمر بالعمل بالوعد أو العهد التعليل بالعموم المزبور، نعم علل الأمر في بعضها بالأمر بالوفاء بالعقود وبقوله سبحانه «لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ» (١) فراجع.

ثم إنه بعد البناء على أنه يعتبر في الشرط تحقّقه في ضمن معاملة يقع الكلام في أن ارتباطه بالمعاملة بمجرد الظرفية كما هو ظاهر القاموس أو أنه نحو آخر نتعرض لذلك عن قريب إنشاء الله تعالى.

ويظهر من المصنف في الأمر الأول من شروط صحه الشرط أن ارتباط الشرط بالمعاملة تعليق التراضي بها على حصول المشروط خارجاً.

وفيه ما تقدم من أن التراضي في المعاملة ليس بمعنى طيب النفس، وعلى تقديره فالتعليق يوجب بطلان المعاملة مع تخلف الشرط أو مطلقاً.

[١] وهذا هو المعنى الثاني من المعنيين العرفيين للفظ الشرط عنده قدس سره، وما يلزم من عدمه العدم يعم كل دخيل في حصول الشيء بحيث لولاه لم يكن ذلك الشيء فيدخل فيه السبب والمقتضى والشرط ومثل الوضوء واستقبال القبلة إلى غير ذلك.

ص: ٤٧

---

١- (١) وسائل الشيعة ١٢: ١٦٥، الباب ١٠٩ من أبواب أحكام العشرة، الحديث ٣. والآية ٢ من سورة الصف.

إفاده تلك الجملة لكون مضمونها شرطاً بالمعنى الثانى، كما أنّ استعماله فى ألسنه أهل المعقول والأصول فى «ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده الوجود» مأخوذ من ذلك المعنى، إلاّ أنّه أضيف إليه ما ذكر فى اصطلاحهم مقابلاً للسبب. فقد تلخّص مِمّا ذكرنا: أنّ للشرط معنيين عرفيين وآخرين اصطلاحيين لا- يحمل عليهما الإطلاقات العرفيه، بل هى مرّده بين الأوليين فإن قامت قرينه على إرادته المصدر تعين الأول أو على إرادته الجامد تعين الثانى وإلاّ حصل الإجمال.

الشرح:

وذكر قدس سره أنّ الشرط بهذا المعنى اسم جامد لا يشتق منه شىء بالأصل أى إذا لم يؤول الشرط بهذا المعنى إلى معنى حدثى نعم لو أوّل إلى معنى حدثى كجعل الشىء بحيث لا يحصل الشىء الآخر بدونه فيقال للجاعل: الشارط وللشىء الآخر كالصلاه بالإضافه إلى الوضوء والاستقبال ونحوهما: المشروط وهذا الإطلاق ليس بنحو التضاييف فى الفعل والانفعال، وإلاّ فلا بدّ من إطلاق الشارط على الجاعل والمشروط على مجعوله أى نفس الوضوء أو الحكم المتعلق بالصلاه المتقيده بالوضوء وغيره.

وبتعبير آخر: الشرط بهذا المعنى كالسبب اسم جامد، واشتقاق الشارط والمشروط منه كاشتقاق المسبب بالكسر والفتح من لفظ السبب حيث يطلق المسبب بالكسر على جاعل السبب كما فى الدعاء: «يا مسبب الأسباب»<sup>(١)</sup> والمسبب بالفتح يطلق على الحاصل من السبب.

وهذا الإطلاق أيضا ليس بنحو التضاييف فلا يكون اشتقاقا على الأصل لأن المسبب بالكسر جاعل السببيه للشىء فيكون المسبب بالفتح على التضاييف نفس السبب لا الأمر الحاصل عن السبب.

ص: ٤٨

---

١- (١) وردت فى كثير من كتب الأدعيه منها المجتبي من دعاء المجتبي: ١١١ .

وظهر أيضاً أنّ المراد بـ«الشرط» في قولهم عليهم السلام: «المؤمنون عند شروطهم» هو الشرط باعتبار كونه مصدرًا، إمّا مستعملًا في معناه أعنى إلزاماتهم على أنفسهم وإمّا مستعملًا بمعنى ملتزماتهم، وإمّا بمعنى جعل الشيء شرطًا بالمعنى الثانى بمعنى التزام عدم شيء عند عدم آخر، وسيجىء الكلام فى ذلك.

الشرح:

وقد تحصل: أنّ الشرط له معنيان: إحداهما: الحدثى، وثانيهما: معنى الاسم الجامد، نظير ما يقال من أنّ لفظ أمر معناه الطلب ومعناه الآخر الشيء.

واما إطلاق الشرط فى اصطلاح علماء الادب على الجملة التى تقع تلوأده الشرط فهو مأخوذ من المعنى الثانى أى ما يلزم من عدمه العدم، كما أن ما يطلق عليه الشرط فى اصطلاح أهل المعقول مأخوذ من هذا المعنى غايه الأمر أضيف إليه قيود ليمتاز الشرط عن السبب والمانع باصطلاحهم، فيكون كل من الاصطلاحين من نقل اللفظ عن معناه العام إلى بعض أفراده.

ولا- يحمل الشرط فى الاستعمالات العرفيه إلا- على أحد الأولين، فان كان فى البين قرينه على تعيين أحدهما فهو وإلا يكون الخطاب مجملًا.

أقول: الظاهر أنّ الشرط يطلق على الالتزام بالعمل أو ثبوت الحق لكن لا- مطلقا بل فيما كان داخلاً فى التزام معاملى، وإذا قال «بعت مالى بكذا واشترطت عليه خياطه ثوبى» فظاهره إدخال التزام الطرف بخياطه ثوبه فى البيع، والإدخال ليس بمعنى الظرفيه كما هو ظاهر القاموس بل بنحو تعليق نفس الالتزام المعاملى على التزام الطرف بذلك العمل أو ثبوت الحق، وقد تقدم تفصيل الكلام فى ذلك فى باب شرط الخيار.

واما الإلزام فهو خارج عن معنى الشرط، بل جوازه امر مترتب على صحه الشرط فى المعامله ونفوذه حيث يكون للمشروط له إلزام الآخر بالعمل أو رعايه الحق كما لا يخفى.

وأما الشرط في قوله: «ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثة أيّام للمشتري قلت: وما الشرط في غيره؟ قال: البيعان بالخيار حتى يفترقا». وقوله: «الشرط في الحيوان ثلاثة أيّام للمشتري اشترط أو لم يشترط» فيحتمل أن يراد به ما قرره الشارع وألزمه على المتبايعين أو أحدهما: من التسلط على الفسخ فيكون مصدراً بمعنى المفعول، فيكون المراد به نفس الخيار المحدود من الشارع، ويحتمل أن يراد به الحكم الشرعي المقرّر وهو ثبوت الخيار، وعلى كلّ تقدير ففي الإخبار عنه حينئذٍ بقوله: «ثلاثة أيّام» مسامحة. نعم، في بعض الأخبار: «في الحيوان كلّ شرط ثلاثة أيّام» ولا يخفى توقّفه على التوجيه.

الشرح:

ولا ريب في أنّ المراد من قوله صلى الله عليه وآله «المسلمون عند شروطهم» هذا المعنى بقرينه تطبيقه في بعض الروايات على الشرط في المعاملة حتى في روايه منصور بن برزج حيث ذكر فيها ما يدل على أنّ المراد الالتزام بالعمل وإعطاء هذا الالتزام للمرأة في نكاحها، ولذا ذكر سلام الله عليه فيها «فليف للمرأة بشرطها».

وأما الشرط بالمعنى الآخر الذى ذكره أى ما يلزم من عدمه عدم شىء آخر فلم يظهر أن هذا معناه لغه، والشاهد صدق الشرط على موارد قيام البدل سواء كان البدل اختيارياً أو اضطرارياً.

ولا يبعد أن يكون معنى الشرط لغه الدخيل فى حصول شىء آخر سواء كانت دخالته جعليه كما فى قيود الأمور به أو الموضوع أو نفس الحكم أو كانت واقعیه.

وبهذا الاعتبار يطلق الشرط على الجملة الواقعه فى تلوأداه الشرط وما هو من أجزاء العله التامه للشىء عند أهل المعقول.

ص: ٥٠

## الأول: أن يكون الشرط مقدوراً

مسأله: فى شروط صحه الشرط، وهى أمور قد وقع الكلام أو الخلاف فيها:

الأول: أن يكون داخلاً تحت قدره المكلف [١] فيخرج ما لا يقدر العاقد على تسليمه الى صاحبه سواء كان صفه لا يقدر العاقد على تسليم العين موصوفاً بها، مثل صيروره الزرع سنبلًا وكون الأمه والدابه تحمل فى المستقبل أو تلد كذا، أو كان عملاً كجعل الزرع سنبلًا والبسر تمرًا كما مثل به فى القواعد. لكن الظاهر أنّ المراد به جعل الله الزرع والبسر سنبلًا وتمرًا، والغرض الاحتراز عن اشتراط فعل

الشرح:

[١] ذكر قدس سره بما حاصله: أنه يعتبر فى نفوذ الشرط وصحته كونه أى المشروط مقدورا للمشروط عليه بأن يمكن له تسليم المشروط إلى المشروط له سواء كان الشرط غير المقدور صفه فى أحد العوضين، والمراد بالصفه الأمر الاستقبالى فى ذلك العوض، كما إذا قال «بعت هذه الدابه على أن تحمل مستقبلاً أو هذه الأمه على أن تلد مستقبلاً ذكراً» أو كان المشروط عملاً أى فعلاً لا يتمكن منه المشروط عليه كما إذا قال «بعتك هذا الزرع على أن يجعل سنبلًا أو بعت البسر على أن يجعل تمرًا».

وقد مثل بما ذكر لشرط العمل غير المقدور فى القواعد (١)، والظاهر أنه أراد أن يجعل الله الزرع أو البسر سنبلًا أو زرعاً، فإن صدور مثل هذه الأفعال عن المشروط عليه ممتنع لا يشترط على المشروط عليه فى بناء العقلاء.

ويبعد من الفقهاء أن يتعرضوا لأمر خارج فى المعاملات عن بناء العقلاء، بخلاف ما إذا اشترط فى المعامله فعل الغير فان تعليق التراضى بالمعامله على حصول فعل الغير يقع من العقلاء.

وعلى الجملة: لا- يحتمل أن يكون مراد العلامه وغيره ممن ذكر هذا الاعتبار الاحتراز عن مثل شرط اجتماع الضدين أو ارتفاع النقيضين، ولذا لم يذكروا هذا

ص: ٥١

غير العاقد ممّا لا- يكون تحت قدرته كأفعال الله سبحانه، لا- عن اشتراط حدوث فعل محال من المشروط عليه، لأنّ الإلزام والالتزام بمباشرة فعل ممتنع عقلاً أو عادةً ممّا لا يرتكبه العقلاء والاحتراز عن مثل الجمع بين الضدّين أو الطيران في الهواء ممّا لا يرتكبه العقلاء. والإتيان بالقيّد المخرج لذلك والحكم عليه بعدم الجواز والصحة بعيد عن شأن الفقهاء، ولذا لم يتعرّضوا لمثل ذلك في باب الإجاره والجعله، مع أن اشتراط كون الفعل سائغاً يغني عن اشتراط القدره.

نعم، اشتراط تحقّق فعل الغير الخارج عن اختيار المتعاقدين المحتمل وقوعه في المستقبل وارتباط العقد به بحيث يكون التراضي منوطاً به وواقعاً عليه أمر صحيح عند العقلاء مطلوب لهم، بل أولى بالاشتراط من الوصف الخالي الغير المعلوم تحقّقه ككون العبد كاتباً أو الحيوان حاملاً، والغرض الاحتراز عن ذلك.

الشرح:

الاشتراط في بابى الإجاره والجعله ويغني عن هذا الاشتراط اشتراط جواز المشروط وإباحته، بل المراد كما ذكرنا الاحتراز عن اشتراط فعل الغير، فان اشتراط فعل الغير أولى من اشتراط الوصف الحالى في المبيع، فان الوصف المزبور خارج عن قدره البايع حيث لا- يمكن تحصيله إن لم يكم حاصلًا، بخلاف فعل الغير يمكن أن يتوصل إلى حصوله بالاستدعاء وغيره، فيكون قوله «بعت الزرع على أن يجعل سنبلًا» ظاهرًا في اشتراط أن يجعله الله سنبلًا.

نعم يحتمل أن يكون المراد جعل البايع فتكون كناية عن إيجاد مقدماته الاعداديه من سقيه ونزع الحشيش من حوله كما يظهر ذلك مما ذكره في الشرايع (١) وعلى ذلك فيدخل في الشرط المقذور كما لا يخفى.

ص: ٥٢

ويدل على ما ذكرنا تعبير أكثرهم ب«بلوغ الزرع والبسر سنبلًا وتمرًا» أول «صيورتها كذلك» وتمثيلهم لغير المقدور ب«انعقاد الثمره وإيناعها» و«حمل الدابته فيما بعد» و«وضع الحامل في وقت كذا» وغير ذلك.

وقال في القواعد: يجوز اشتراط ما يدخل تحت القدره: من منافع البائع دون غيره ك«جعل الزرع سنبلًا والبسر تمرًا». قال الشهيد رحمه الله في محكي حواشيه على القواعد: إنَّ المراد جعل الله الزرع سنبلًا والبسر تمرًا، لأننا إنما نفرض ما يجوز أن يتوهمه عاقل، لا متناع 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 عبارته التذكرة. لكن لا بد من إرجاعها الى ما ذكر إذ لا يتصور القصد من العاقل إلى الإلزام والالتزام بهذا الممتنع العقلي، اللهم إلا- أن يراد أعمال مقدمات جعل على وجه توصل اليه مع التزام الإيصال، فأسند الجعل الى نفسه بهذا الاعتبار، فافهم.

وكيف كان: فالوجه في اشتراط الشرط المذكور [١] مضافاً الى عدم الخلاف

الشرح:

أقول: قد تقدم أن الشرط في المعاملات أخذ الالتزام وإعطائه بنحو ما ذكرنا والالتزام لا يتعلق إلا بفعل النفس، فإن غيره غير مقدور للملتزم.

وعليه فلو كان الشرط بمعنى المشروط فعلاً فلا بد من كونه مقدورا للمشروط عليه وإن كان وصفا سواء كان حاليا أو استقباليا، فلا معنى لاشتراطه إلا الالتزام بثبوت حق الخيار لصاحبه على تقدير عدم ذلك الوصف فإن الخيار لكونه حقا يكفي في ثبوته نفس الاشتراط لا يكون من شرط غير المقدور.

[١] استدل قدس سره على اعتبار كون الشرط مقدورا للمشروط عليه مع عدم الخلاف فيه بانه مع عدم كونه مقدورا لا يتمكن من تسليم الشرط فيما كان فعلاً كما لا يتمكن



فيه عدم القدره على تسليمه، بل ولا على تسليم المبيع إذا أخذ متصفاً به، لأنَّ تحقُّق مثل هذا الشرط بضرب من الاتفاق ولا يناط بإرادته المشروط عليه فيلزم الغرر في العقد، لا رتباطه بما لا وثوق بتحقيقه، ولذا نفى الخلاف في الغنيه عن بطلان العقد باشتراك هذا الشرط استناداً إلى عدم القدره على تسليم المبيع كما يظهر بالتأمل في آخر كلامه في هذه المسأله. ولا ينقض ما ذكرنا بما لو اشترط وصفاً حالياً لا يعلم تحقيقه في المبيع، كاشتراط كونه كاتباً بالفعل أو حاملاً للفرق بينهما بعد الاجماع: بأنَّ التزام وجود الصفه في الحال بناء على وجود الوصف الحالى ولو لم يعلما به فاشتراط كتابه العبد المعين الخارجى بمنزله توصيفه بها، وبهذا المقدار يرتفع الغرر بخلاف ما سيتحقق في المستقبل، فإنَّ الارتباط به لا يدلُّ على البناء على تحقيقه. وقد صرح العلامة فيما حكى عنه ببطلان اشتراط أن تكون الأمه تحمل في المستقبل، لأنه غرر. خلافاً للمحكي عن الشيخ والقاضى

الشرح:

من تسليم المبيع مع الوصف فيما كان المشروط الوصف فيه قبل قبضه من المشتري لان حصول الشرط أو الوصف المزبور بضرب من الاتفاق فلا يناط باراده المشروط عليه، فيكون البيع غررياً لارتباط العقد بما لا وثوق لحصوله.

لا- يقال: ما ذكر من كون حصول الوصف بضرب من الاتفاق ولا يناط باراده المشروط عليه يجرى في اشتراط الوصف الحالى أيضاً مع أنه لا ينبغي الريب في جواز اشتراط الوصف الحالى في المبيع كاشتراط كون العبد كاتباً فعلاً أو الدابه حاملاً كذلك.

فانه يقال: بالفرق بينهما للاجماع على جواز الثانى دون الاول، وبأنَّ اشتراط الوصف الحالى مبنى على وجود الوصف حال البيع، فيكون من اخبار البايع بوصف المبيع وان لم يكن وجوده معلوما بالوجدان للبايع المخبر فضلاً عن المشتري، حيث

ص: ٥٤

فحكما بلزوم العقد مع تحقّق الحمل، ويجوز الفسخ إذا لم يتحقّق، وظاهرهما كما استفاده في الدروس تزلزل العقد باشتراط مجهول التحقّق، فيتحقّق الخلاف في مسأله اعتبار القدره في صحّه الشرط. ويمكن توجيه فتوى الشيخ بإرجاع اشتراط الحمل في المستقبل إلى اشتراط صفه حالّيه موجهه للحمل فعدمه كاشف عن فقدها. وهذا الشرط وإن كان للتأمّل في صحّته مجال إلا أنّ إرادته هذا المعنى يُخرج اعتبار كون الشرط ممّا يدخل تحت القدره عن الخلاف. ثمّ إنّ عدم القدره على الشرط: تاره لعدم مدخلّيته فيه أصلاً كاشتراط أنّ الحامل تضع في شهر كذا، وأخرى لعدم استقلاله فيه كاشتراط بيع المبيع من زيد، فإنّ المقدور هو الإيجاب فقط لا العقد المركّب، فإن أراد اشتراط المركّب، فالظاهر دخوله في اشتراط غير المقدور، إلا أنّ العلامه قدس سره في التذكره بعد جزمه بصحّه اشتراط بيعه على زيد قال: لو اشترط بيعه على زيد فامتنع زيد من شرائه احتّمّل ثبوت الخيار بين الفسخ والإمضاء والعدم إذ تقديره: بعه على زيد إن اشتراه، انتهى.

الشرح:

يكفى في توصيف المبيع بالوصف كونه مقتضى الأصل أو موثوقاً حصوله، بخلاف اشتراط الوصف الاستقبالي فانه لا يبتنى على وجود الوصف فيكون البيع معه غريباً.

ثم ذكر أنه يظهر من الشيخ قدس سره والقاضي رحمه الله جواز اشتراط الوصف الاستقبالي وأنه لو تحقق الامر الاستقبالي كحمل الدابه فالبيع لازم وإن لم يحصل يثبت للمشتري الخيار، فيكون اشتراط القدره على الشرط مورد الخلاف إلا أن يكون مرادهما من اشتراط كون الدابه تحمل مستقبلاً اشتراط أمر حالي في الدابه فلا- يكون معه اشتراط القدره في الشرط محل الخلاف.

أقول: قد تقدم أن اشتراط وصف في أحد العوضين حالاً- أو استقبالاً مرجعه إلى اعتبار الخيار لمن تخلف عليه الوصف ومع الخيار لا يثبت للبيع لزوم، فلا معنى لكون

ص: ٥٥

ولا- اعرف وجهاً للاحتمال الأول إذ على تقدير إرادته اشتراط الإيجاب فقط قد حصل الشرط، وعلى تقدير إرادته اشتراط المجموع المركب ينبغي البطلان إلا- أن يحمل على صورته الوثوق بالاشتراء فاشتراط النتيجة بناء على حصولها بمجرد الإيجاب، فاتفق امتناعه من الشراء بمنزله تعدد الشرط، وعليه يحمل قوله في التذكرة: ولو اشترط على البائع إقامة كفيل على العهده فلم يوجد أو امتنع المعين ثبت للمشتري الخيار، انتهى.

ومن أفراد غير المقذور: ما لو شرط حصول غايه متوقفه شرعاً على سبب خاص بحيث يعلم من الشرع عدم حصولها بنفس الاشتراط كاشتراط كون امرأه زوجة أو الزوجه مطلقه من غير أن يراد من ذلك إيجاد الأسباب. أما لو أراد إيجاد الأسباب أو كان الشرط مما يكفى في تحققة نفس الاشتراط فلا إشكال ولو شك في حصوله بنفس الاشتراط كملكه عين خاصه فسيأتي الكلام فيه في حكم الشرط.

الشرح:

البيع مع شرط الوصف غريباً لأن الغرر هي الجهالة في نفس البيع لا في حكمه من اللزوم والجواز، والمفروض ان البيع لا جهاله فيه وان المعاوضه قد حصلت بين العين والثلث سواء كانت العين على الوصف أو على خلافه.

وبتعبير آخر: العين تعلق بها البيع مطلقاً، غايه الأمر لا لزوم له مع عدم الوصف.

ومما ذكر يعلم انه لو اشترط في المعامله فعل ثالث فمرجهه إلى اعتبار الخيار لمن تخلف عليه ذلك الفعل فلا يكون الشرط محكوماً بالبطلان.

والحاصل: أنّ الخيار لأحد المتعاملين أو كلاهما لا- يحتاج إلى سبب خاص بل يحصل في المعامله بمجرد الاشتراط فيكون كسائر الأمور الانشائية المعبر عنها بشرط النتيجة فان اشتراطها في المعامله لا بأس به على تقدير عدم توقف ذلك الأمر الإنشائي على سبب خاص، فان الشرط مع التوقف على سبب خاص لا يصح لا لكونه

ص: ٥٦

## الثانى: أن يكون الشرط سائغاً

الثانى: أن يكون الشرط سائغاً [١] فى نفسه، فلا- يجوز اشتراط جعل العنب خمراً ونحوه من المحرّمات، لعدم نفوذ الالتزام بالمحرّم. ويدل عليه ما سيجىء من

الشرح:

غير مقدور بل لأن ثبوته بالشرط لا يستفاد من أدله نفوذ الشرط وان الشرط لا يكون مشروعاً ولا يصح فيما خالف الكتاب والسنة.

هذا كله فى شرط غير الفعل الاختيارى للمشروط عليه واما فيه فيأتى انه يثبت فيه الحكم التكليفى ولا يكون اشتراطه مجرد اعتبار الخيار.

وإذا كان الفعل المشترط مركباً من فعل المشروط عليه وغيره كما إذا باع الشىء واشترط على المشتري ان يبيعه من ثالث، فهل هذا من اشتراط الفعل المقدور بأن يكون الشرط مجرد إيجاب البيع على تقدير اقدم الثالث بالشراء، أو من اشتراط المركب من المقدور وغيره.

ويظهر الثمره فيها لم يرغب ذلك الثالث بشراء المتاع مع تصدى المشتري الاول لبيعه منه فانه يحكم بلزوم البيع على الاول وبجوازه على الثانى.

ومن هذا القبيل لو اشترط على الباع الكفيل على عهده المبيع ولم يجد الباع الكفيل.

ولا يبعد أن يقال: انه يختلف الحال بحسب المقامات وقرائن الأحوال، ومع عدم القرائن فهو من اشتراط الامر لغير المقدور، فان المركب كالوصف ومرجهه إلى اشتراط الخيار.

وما عن المصنف من عدم شرط ذلك إلا مع الوثوق بحصوله ضعيف جداً.

[١] يظهر من عنوان الشرط الثانى بقريته التمثيل أنّ الفرق بين هذا الاعتبار وبين اعتبار عدم كون الشرط مخالفاً للكتاب والسنة أن المراد بالمشروط فى هذا الشرط الفعل الذى يعد عصياناً كفعل الحرام أو ترك الواجب، والمراد بالشرط الرابع كون

قوله عليه السلام : «المؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً» فإنّ الشرط إذا كان محرّماً كان اشتراطه والالتزام به إحلالاً للحرام، وهذا واضح لا إشكال فيه.

الشرح:

المشروط اعتباراً أى معتبراً يخالف اعتبار الكتاب والسنة كاشتراط كون الأجنبي وارثاً يلتزم به فى نكاح أو بيع أو غيرهما.

والحاصل: أنّ المراد فى المقام أن لا يكون العمل المشروط عصياناً كما إذا اشترط فعل محرم أو ترك واجب والمراد بالشرط الرابع أن يكون المشروط حكماً واعتباراً يخالف الحكم الشرعى والاعتبار، كما إذا باع المال وشرط أن لا يجوز للمشتري بيع ذلك الكتاب بأن لا يكون له حق البيع أو تزويج امرأه وشرط لها أن يجوز له التزوج بامرأه أخرى.

واستدل قدس سره على اعتبار كون الشرط سائغاً بموثقه إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه: «أنّ على بن أبى طالب عليهم السلام كان يقول: من شرط لامراته شرطاً فليف لها به، فان المسلمين عند شروطهم، إلا شرطاً حرّم حلالاً أو أحلّ حراماً»(١).

وذكر الإيروانى(٢) قدس سره: أنه لا مجال للاستدلال على كون الشرط سائغاً بالموثقه المزبوره، فان ظاهر تحليل الحرام وتحريم الحلال كونهما اعتباريين ولو بنحو التشريع لا التحليل أو التحريم عملاً فتكون دليلاً على الشرط الرابع.

واستدل قدس سره على هذا الاعتبار بالاطلاق أو العموم فى خطاب وجوب الفعل أو حرمة.

لا- يقال: إنّ العموم أو إطلاق المزبور يعارض بالعموم من وجه، الإطلاق أو العموم فى مثل قولهم «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً».

ص: ٥٨

١- (١) وسائل الشيعه ٢١ : ٣٠٠ ، الباب ٤٠ من أبواب المهور، الحديث ٤ .

٢- (٢) حاشيه كتاب المكاسب ٣ : ٢٦٨ .

## الشرح:

فانه يقال: بعد تساقطهما يرجع إلى استصحاب بقاء حرمة الفعل أو وجوب المشروط تركه.

أقول: لوتم ما ذكر من المعارضه بين خطاب حرمة الفعل ووجوب الوفاء بالشرط فلا ينبغي الريب في تقديم الثاني فانه من بيان الحكم للفعل بالعنوان الثاني أى الشرط كما لا يخفى.

وذكر النائيني(١) قدس سره: أن هذا الاعتبار مستدرك لرجوعه إلى اشتراط قدره على الشرط فان المحرم لا يكون مقدورا على المكلف تشريعا فلا يصح شرطه.

وفيه: أن شرط العمل غير المقدور لم يكن صحيحا لأن مثل قوله عليه السلام «المؤمنون عند شروطهم» لم يكن شاملا له لأن التكليف بغير مقدور غير صحيح.

واما إذا كان العمل المشروط محرما فعدم شموله للشرط المزبور يحتاج إلى بيان أن الشرط لا يكون من العناوين المغيره لحرمة الأفعال أو وجوبها كما لا يخفى.

وذكر السيد اليزدي(٢) قدس سره: أن هذا الاعتبار يرجع إلى اعتبار أن لا يكون الشرط مخالفا للكتاب والسنة حيث إن المراد بمخالفته للكتاب والسنة مخالفته لهما عملاً أو اعتبارا.

واما التفرقه بين الشرط الثاني والشرط الرابع الآتى بأن المراد بالشرط يختلف، فان المراد به فى المقام نفس الالتزام والمراد به فى الشرط الرابع المشروط والملتزم به، فيعتبر فى نفوذ الشرط بأن يكون نفس الالتزام جازيا فلا يصح الالتزام بالمحرم فلا يمكن المساعدة عليه، فان الالتزام بالالتزام بالحرام كالاتيان بالالتزام بالالتزام بالمحلل غير

ص: ٥٩

١- (١) منيه الطالب فى شرح المكاسب ٣: ١٩٣.

٢- (٢) حاشيه كتاب المكاسب ٣: ٢٥٦.

## الثالث: اعتبار الغرض العقلائي في الشرط

الثالث: أن يكون ممّا فيه غرض معتدّ به عند العقلاء نوعاً [١] أو بالنظر الى خصوص المشروط له، ومثّل له في الدروس باشتراط جهل العبد بالعبادات.

الشرح:

متعلق للحرمة سواء كان الالتزام حقيقياً أم إنشائياً، وإنما المتعلق للتحريم نفس العمل كما ذكر تفصيل ذلك في بحث المخالفه الالتزاميه.

وعلى ذلك فلا مورد لكون نفس الالتزام في ضمن معامله محرماً وعلى تقديره فلا تقتضى ذلك التحريم عدم نفوذه وصحته، فان الشرط بمعنى الالتزام قسم من المعامله ولا يقتضى النهى عن المعامله فسادها.

وقد تقدم أن الإلزام بمعنى الإكراه على عمل يتعلق به الحرمة ولكنه غير داخل في معنى الشرط بل امر يترتب على نفوذ الشرط وصحته فيكون للمشروط له إلزام المشروط عليه بالشرط فتدبر.

أقول: إذا كان العمل المشترط في نفسه محرماً أو تركه غير مشروع فلا يصح شرطه ولا يحتاج في إثبات عدم صحته إلى الاستثناء في روايات الباب كما ذكرنا ذلك في الإجاره على عمل محرّم، فان الإجاره المزبوره لا تصح ولا يمكن إثبات صحتها بمثل قوله سبحانه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١).

وذلك فإن حرمة المحرمات لو كانت مرفوعه بالشرط في المعامله أو بالإجاره ونحو ذلك لكان تحريمها لغوا حيث يمكن التوصل إلى ارتكابه بالشرط في معاملة أو الاجاره ولا يقاس ذلك بموارد الفرار عن الحرام إلى الحلال بالاحتياط في رفع الموضوع فتدبر.

[١] ذكر قدس سره أنه يعتبر في الشرط أن يكون فيه غرض معتد ومطلوب للعقلاء أو كان فيه غرض للمشروط له وان لم يكن معتد به عند العقلاء نوعاً.

ص: ٦٠

وقد صرّح جماعه: بأنّ اشتراط الكيل أو الوزن بمكيال معيّن أو ميزان معيّن من أفراد المتعارف لغو سواء في السلم وغيره، وفي التذكرة: لو شرط ما لا غرض للعقلاء فيه ولا يزيد به المائيه فإنّه لغو لا يوجب الخيار. والوجه في ذلك: أنّ مثل ذلك لا يُعدّ حقاً للمشروط له حتى يتضرّر بتعدّره فيثبت له الخيار أو يعتنى به الشارع فيوجب الوفاء به ويكون تركه ظلماً، ولو شكّ في تعلق غرض صحيح به حمل عليه.

الشرح:

وقد مثل في الدروس بشرط جهل العبد بالعبادات في شرائه فانه مع عدم معرفتها ربما يكون أكثر فراغاً للخدمه لمولاه.

وقد ذكر جماعه(١): أنّ اشتراط الكيل بمكيال معين أو بميزان معين مع تساويه مع الافراد المتعارفه من الكيل والميزان لغو لعدم تعلق غرض للتعين المزبور من غير فرق بين بيع السلم وغيره.

واحتمال اختصاص البطلان ببيع السلم لاحتمال عدم التمكن بالكيل أو الوزن بالكيل أو الميزان المزبور عند استحقاق المشتري تسلم المبيع ضعيف.

وقد ذكر في التذكرة(٢): أنّ كل شرط لا يكون فيه غرض للعقلاء ولا يوجب ذلك الشرط زياده الماليه في ناحيه أحد العوضين يكون لغواً ولا يوجب تخلفه الخيار.

وعلّل المصنف قدس سره الحكم بأن الشرط المزبور لا يعدّ حقاً للمشروط له حتى يتضرر بعدم حصوله فيرتفع لزوم المعامله بقاعده «نفى الضرر»(٣) كما أن الشرط

ص: ٦١

١- (١) منهم العلّامه في القواعد ٢: ٤٩، والتذكرة ١: ٥٥٦، والشهيد في الدروس ٣: ٢٥٣، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد ٤: ٢٢٥، وراجع مفتاح الكرامه ٤: ٤٥٣ ٤٥٤.

٢- (٢) التذكرة ١: ٥٢٤.

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠.



ومن هنا اختار في التذكرة صحه اشتراط: أن لا يأكل إلا الهريسه ولا يلبس إلا الخز. ولو اشترط كون العبد كافراً ففي صحته أو لغويته قولان للشيخ والحلي: الشرح:

المزبور لا يوجب أن يعتنى الشارع به فيوجب الوفاء به فيما لو كان عملاً، ويكون ترك العمل ظلماً، فالشرط المزبور يشبه إعطاء المال بازاء عين لها منفعه لا يعتد بها العقلاء.

ولو شك في كون الشرط ممّا فيه غرض عقلائي أم لا، يحمل على الصحه.

وعلى هذا الحمل يبتنى ما ذكر العلامة (١) في مسأله بيع العبد واشترط بايعه على المشتري أن لا يأكل إلا الهريسه، ولا يلبس إلا الخز.

ولو اشترى العبدو شرط كونه كافراً ففي صحه الشرط، قولان فقيل بصحه الشرط، وأنه يثبت للمشتري الخيار مع ظهور إسلامه كما عن العلامة (٢)، لأن كفر العبد يتعلق به الغرض لتمكن مشتريه على بيعه من الكافر والمسلم، بخلاف العبد المسلم، فإنه لا يجوز بيعه من الكفار، وان العبد الكافر يستغرق أوقاته بخدمه مولاه بخلاف المسلم.

وقيل كما عن الشيخ (٣) بطلان الشرط المزبور، وأنه يحكم بلزوم البيع ولو مع ظهور إسلامه، لأن إثبات الخيار في الفرض يوجب أن يحسب إسلام العبد نقصاً فيه وكفره مزيه، و«الإسلام يعلو ولا يعلى عليه» (٤)، ولأن في تملك العبد المسلم غرض أخروي وهي المصاحبه مع المؤمن والإنفاق عليه، والغرض الدنيوي لا يزاحم الأخروي، كما جزم بذلك في الدروس (٥).

ص: ٦٢

١- (١) التذكرة ١: ٤٩٣.

٢- (٢) المختلف ٥: ١٨٩.

٣- (٣) المبسوط ٢: ١٣٠، والخلاف ٣: ١١٢، المسأله ١٨٥ من كتاب البيوع.

٤- (٤) وسائل الشيعه ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١١.

٥- (٥) الدروس ٣: ٢١٥.

من تعلق الغرض المعتمد به لجواز بيعه على المسلم والكافر، ولاستغراق أوقاته بالخدمه. ومن أن «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه» والأغراض الدنيويّه لا تعارض الأخرويّه. وجزم بذلك في الدروس وبما قبله العلامة قدس سره .

الشرح:

أقول: قد ذكرنا فيما تقدم أن اشتراط الأوصاف مرجعه إلى جعل الخيار على تقدير فقدها، وعليه فلو اشترى العبد وجعل لنفسه الخيار على تقدير كونه مسلماً، وباعه البايح كذلك فلا- موجب للحكم بلزوم العقد، فإنّ اشتراط الخيار مطلقاً أو على تقدير صحيح يتعلق به الغرض من العقلاء.

وكذا الحال في اشتراط فعل الغير، بل فعل نفسه ايضاً غايه الأمر أنه لا يثبت التكليف بالإتيان بالعمل المزبور لانصراف ما دلّ على التكليف عنه.

وثبوت الخيار على تقدير عدم الفعل إنما هو بالاشتراط لا بقاعده «نفى الضرر»<sup>(١)</sup> ليقال: إنّ وجوب البيع في الفرض غير ضررى.

لا يقال: قد ذكر محله أن المحكوم بالبطلان من البيع والإجاره وغيرهما من المعاملات الماليه بيع السفهيه وإجارته وسائر معاملاته الماليّه، وأما البيع السفهائي والإجاره السفهائيه وكذا غيرهما فيحكم بصحّتها.

وعليه فالشرط السفهائي لا يختلف عن تلك المعاملات.

فانه يقال: لا- يبعد الفرق بين المعاملات والشرط بأنّ المعاملات فيما اذا كانت سفهيه من جانب واحد فلا تكون سفهيه من الجانب الآخر.

وبتعبير آخر: إذا كان البيع للبايح سفهياً فلا يكون بالإضافه إلى المشتري كذلك فلا بأس بشمول دليل الحلّ واللزوم له، بخلاف الشرط، فإنّ الغرض فيه للمشروط له

ص: ٦٣

---

١- (١) وسائل الشيعه ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠.

## الرابع: عدم مخالفه الشرط للكتاب والسنة

الرابع: أن لا- يكون مخالفاً للكتاب والسنة [١] فلو اشترط رقيه حرّ أو توريث أجنبيّ كان فاسداً، لأنّ مخالفه الكتاب والسنة لا يسوّغهما شيء. نعم، قد يقوم احتمال تخصيص عموم الكتاب والسنة بأدله الوفاء، بل قد جوّز بعض تخصيص عموم ما دلّ على عدم جواز الشرط المخالف للكتاب والسنة لكنّه ممّا لا يرتاب في ضعفه.

وتفصيل الكلام في هذا المقام وبيان معنى مخالفه الشرط للكتاب والسنة موقوف على ذكر الأخبار الواردة في هذا الشرط، ثمّ التعرّض لمعناها فنقول: إنّ الأخبار في هذا المعنى مستفيضه، بل متواتره معنى:

الشرح:

فقد، وإذا كان سفهياً بالإضافه اليه فلا يكون مشمولاً لخطاب وجوب العمل بالشرط كما لا يخفى.

[١] ذكر قدس سره أنه لو احرز أن الحكم الوارد في الكتاب والسنة ثابت مع الشرط أيضاً فلا ينبغي الريب في بطلان الشرط المزبور، لأن مخالفه الكتاب والسنة لا يجوز بحال.

نعم يحتمل أن يقال: إن ثبوت الحكم الوارد فيهما مع الشرط غير محرز لحكومته «المؤمنون عند شروطهم» (١) على إطلاق الكتاب والسنة أو عمومهما فيختص الحكم الوارد فيهما بغير حال الشرط، بل التزم بعض بهذا الاحتمال، وبأنّ ما ورد في الروايات من استثناء الشرط المخالف للكتاب عن الشرط النافذ يحمل على صورته المخالفه بالتباين، ويرفع عن إطلاق الاستثناء وعمومه بالإضافه الى غير موارد التباين، وغير موارد قيام النص الخاص على جواز الشرط.

أقول: توضيح الحال في المقام يحتاج الى التكلم في مدلول أخبار الباب:

منها: صحيحه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام «أنه سئل عن رجل قال لامرأته إن

ص: ٦٤

١- (١) وسائل الشيعة ٢١: ٢٧٦، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

ففى النبوى المروى صحيحاً عن أبى عبد الله عليه السلام: «من اشترط شرطاً سوى كتاب الله عز وجل فلا يجوز ذلك له لا عليه» والمذكور فى كلام الشيخ والعلامة قدس سره المروى من طريق العامه قوله صلى الله عليه وآله وسلم فى حكاية بريه لما اشترتها عائشه وشرط مواليها عليها ولأهها: «ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست فى كتاب الله! فما كان من شرط ليس فى كتاب الله عز وجل فهو باطل، قضاء الله أحق وشرطه أوثق والولاء لمن اعتق».

الشرح:

تزوجت عليك أو بُت عنك فانت طالق، فقال: إن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: من شرط لامرأته شرطاً سوى كتاب الله عز وجل لم يجز ذلك عليه، ولأله»(١).

ولا يخفى أن شرط الطلاق بنحو شرط النتيجة محكوم بالبطلان سواء كان شرطه مطلقاً أو معلقاً.

وهذا الحكم مستفاد من الروايات الواردة فى اعتبار صيغه خاصه فى الطلاق مع اعتبار أمور أخرى فى المطلقة ككونها فى طهر لم يجامعها زوجها فيه وحضور العدلين، حيث إن شرط النتيجة إنما يصح فى أمر لا يعتبر فى إنشائه سبب خاص على ما تقدم.

وعلى ذلك فإن كان السؤال فى الروايه عن شرط الطلاق بنحو النتيجة فى نكاح المرأة كما هو ظاهر الشرط فلا ريب فى أنه لا بد من أن يكون المراد من شرط سوى كتاب الله المشروط الذى لم يذكر فى كتاب الله أى القرآن، ويقيد بما إذا لم يذكر مشروعيه فى السنه أيضاً.

أو أن يراد بكتاب الله الحكم المكتوب من قبل الله سبحانه، فيعم ما ورد فى السنه أيضاً، ولكن الأول أنسب لإعطاء الضابطه لصحيح الشرط وفاسده.

ص: ٦٥

١- (١) وسائل الشيعه ٢٢: ٣٥، الباب ١٣ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه، الحديث ١.

وفى المروى موثقاً عن أمير المؤمنين عليه السلام: «من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً». وفى صحيحه الحلبي: «كل شرط خالف كتاب الله فهو ردٌّ».

وفى صحيحه ابن سنان: «من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله عز وجل، فلا يجوز له ولا يجوز على الذى اشترط عليه، والمسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله». وفى صحيحته الأخرى: «المؤمنون عند شروطهم إلا كل شرط خالف كتاب الله عز وجل فلا يجوز».

الشرح:

واما ما رواه الشيخ (١) والعلامة (٢) من طريق العامه فى حكاية بريده لما اشترتها عائشه، وشرط عليها مواليتها ولائها: «ما بال أقوام يشترطون شرطاً ليست فى كتاب الله فما كان فى شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل، قضاء الله أحق وشرطه أوثق والولاء لمن اعتق» (٣)، فظاهره وإن يقتضى أن يكون المراد بكتاب الله ما كتب الله إلا أنه لضعف السند لا يمكن الاعتماد عليه، مع احتمال أن يراد منه ان المشروط المزبور غير وارد فى الكتاب فمن أين يصح لهؤلاء الأقسام الشرط المزبور، ولا- ينافى ذلك الحكم بصحته لو كان المشروط واردا فى السنه أخذاً بغيره.

ومنها: موثقه إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه «أن على بن أبى طالب عليه السلام كان يقول: من شرط لامرأته شرطاً، فليف لها به فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً» (٤).

ص: ٦٦

١- (١) راجع الخلاف ٣: ١٥٧ ١٥٨، ذيل المسألة ٢٤٩ من كتاب البيع.

٢- (٢) المختلف ٥: ٢٩٨ ٢٩٩، والتذكرة ١: ٤٩٣.

٣- (٣) سنن البيهقي ١٠: ٢٩٥، وكنز العمال ١٠: ٣٢٢، الحديث ٢٩٦١٥.

٤- (٤) وسائل الشيعه ٢١: ٣٠٠، الباب ٤٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

وفى روايه محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام فيمن تزوج امرأه وأصدقها واشترطت عليه أن يبدها الجماع والطلاق، قال: «خالفت السنه ووليت حقاً ليست أهلاً له، فقضى أن عليه الصداق ويده الجماع والطلاق، وذلك السنه»، وفى معناها مرسله ابن بكير عن أبى عبدالله عليه السلام ومرسله مروان بن مسلم إلا أن فيهما عدم جواز هذا النكاح.

الشرح:

ومنها: صحيحه الحلبي «كل شرط خالف كتاب الله فهو ردٌّ» (١).

ومنها: صحيحه عبدالله بن سنان عن أبى عبدالله عليه السلام «قال: سمعته يقول: من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا يجوز له ولا يجوز على الذى اشترط عليه. والمسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله» (٢).

وفى صحيحته الأخرى عن أبى عبدالله عليه السلام «قال: المسلمون عند شروطهم إلا كل شرط خالف كتاب الله عزوجل فلا يجوز» (٣).

ومنها: صحيحه محمد بن قيس على روايه الشيخ قدس سره عن أبى جعفر عليه السلام «قال: قضى على عليه السلام فى رجل تزوج امرأه وأصدقته هى واشترطت عليه أن يبدها الجماع والطلاق قال: خالفت السنه ووليت حقاً من ليست بأهله قال: فقضى أن على الرجل النفقه ويده الجماع والطلاق وذلك السنه» (٤).

و روايه إبراهيم بن محرز قال: «قلت لأبى عبدالله عليه السلام: رجل قال لامرأته: أمرك بيدك فقال عليه السلام: أتى يكون هذا! وقد قال الله تعالى: «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ» (٥).

ص: ٦٧

١- (١) وسائل الشيعة ١٨ : ٢٦٧ ، الباب ١٥ من أبواب بيع الحيوان، الحديث ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٨ : ١٦ ، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

٣- (٣) المصدر: الحديث ٢ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢١ : ٢٨٩ ، الباب ٢٩ من أبواب المهور، الحديث ١، والتهذيب ٧ : ٣٦٩ / ١٤٩٧ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ٢٢ : ٩٤٩٣ ، الباب ٤١ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه، الحديث ٦ .

وفى روايه ابراهيم بن محرز قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: رجل قال لامرأته أمركِ بيدكِ، فقال عليه السلام: أنى يكون هذا، وقد قال الله تعالى: «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ».

وعن تفسير العياشى عن ابن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى امرأه تزوّجها رجل وشرط عليها وعلى أهلها: إن تزوّج عليها أو هجرها أو أتى عليها سرّيه فهى طالق، فقال عليه السلام: شرط الله قبل شرطكم إن شاء وفى بشرطه وإن شاء أمسك امرأته وتزوّج عليها وتسرى وهجرها إن أتت بسبب ذلك، قال الله تعالى: «فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِمَّنِّي وَثَلَاثَ» وقال: (أحل لكم ما ملكت أيمانكم) «وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ» الآية. ثم الظاهر أنّ المراد ب«كتاب الله» الشرح:

وفى تفسير العياشى عن ابن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى امرأه تزوّجها رجل وشرط عليها وعلى أهلها إن تزوّج عليها امرأه أو هجرها أو أتى عليها سرّيه فأنّها طالق، فقال: شرط الله قبل شرطكم، إن شاء وفى بشرطه وإن شاء أمسك امرأته ونكح عليها وتسرى عليها وهجرها إن أتت بسبب ذلك، قال الله تعالى فى كتابه: «فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِمَّنِّي وَثَلَاثَ وَرُبَاعَ» (١) وقال: (أحل لكم ما ملكت أيمانكم) (٢)، وقال: «وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ» (٣) (٤)، ورواه الشيخ (٥) بسند موثق إلى قوله عليه السلام ونكح عليها.

وذكر المصنف قدس سره أنّ المراد بالكتاب فى بعض الروايات الظاهره فى بطلان

ص: ٦٨

١- (١) سورة النساء: الآية ٣.

٢- (٢) سورة النساء: الآية ٣، والآيه فى المصحف الكريم هكذا: «أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ».

٣- (٣) سورة النساء: الآية ٣٤.

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢١: ٢٧٧، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٦، وتفسير العياشى ١: ٢٤٠ / ١٢١.

٥- (٥) التهذيب ٧: ٣٧٠ / ١٥٠٠.

هو ما كتب الله على عباده من أحكام الدين وإن بينه على لسان رسوله صلى الله عليه وآله فاشترط ولاء المملوك لبائعه إنما جعل في النبوي مخالفاً لكتاب الله بهذا المعنى. لكن ظاهر النبوي وإحدى صحبتي ابن سنان اشترط موافقه كتاب الله في صحه الشرط، وأن ما ليس فيه أو لا- يوافقفه فهو باطل. ولا يبعد أن يراد بالموافقه عدم المخالفه، نظراً إلى موافقه ما لم يخالف كتاب الله بالخصوص لعموماته المرخصه للتصرفات الغير المحرمة في النفس والمال، فخياطه ثوب البائع مثلاً موافق للكتاب بهذا المعنى.

الشرح:

الشرط المخالف له هو ما كتب الله على عباده من الأحكام سواء ذكر في القرآن أم لا بأن كان ذلك الحكم مستفاداً من النص ونحوه.

ثم ذكر أن ما دل على اعتبار موافقه الكتاب في نفوذ الشرط وصحته يحمل على عدم كونه مخالفاً له بناءً على إن ما لم يكن مخالفاً له فهو موافق لبعض الإطلاق والعموم في بعض الآيات من قوله سبحانه وتعالى «أَجَلٌ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ» (١) و«خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً» (٢) و«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٣).

أقول: قد تقدم أن حمل الكتاب في روايات الباب على حكم الله على عباده يبعد غايته، فانه مع كونه خلاف ظاهر كتاب الله لا يناسب جعل الضابطه للشرط الفاسد.

وأيضاً الوجه في حمل الموافق للكتاب على عدم كون الشرط مخالفاً له هو أنه لو اعتبر الموافقه بنفسها لكان ذكر عدم المخالفه في الروايات المتعدده بلاوجه، ولزم أن لا يكون الحكم مناسباً لإعطاء الضابطه فان أكثر الشروط لا يستفاد موافقتها للكتاب.

ودعوى أنها موافقه لبواطنه لا يمكن المساعدة عليها، فان الاحاله على بواطن

ص: ٦٩

١- (١) سورة المائدة: الآية ٥.

٢- (٢) سورة البقره: الآية ٢٩.

٣- (٣) سورة المائدة: الآية ١.



## المتّصف بمخالفة الكتاب إمّا نفس الملتزم أو الالتزام

ثمّ إنّ المتّصف بمخالفة الكتاب [١] إمّا نفس المشروط والملتزم ككون الأجنبي وارثاً وعكسه وكون الحرّ أو ولده رقاً وثبوت الولاء لغير المعقّ ونحو ذلك وإمّا أن يكون التزامه مثلاً مجرد عدم التسرّي والتزوج على المرأه ليس مخالفاً للكتاب، وإنّما المخالف للالتزام به، فإنّه مخالف لإباحه التسرّي والتزويج الثابته بالكتاب.

الشرح:

للكتاب لا يناسب إعطاء الضابطه، بل يناسبها ظواهر الكتاب كما لا يخفى.

ثم إن الجمع بين كون المراد بكتاب الله مطلق ما كتب الله وبين كون المراد من الموافقه عدم المخالفه للقرآن المجيد متهافت.

[١] ذكر قدس سره أنّ الشرط بمعنى المشروط فيما إذا كان من الاعتباريات كثبوت الإرث للاجنبي أو كون الطلاق بيد المرأه ونحو ذلك يكون مخالفته للكتاب أو السنه ظاهره.

واما إذا كان الشرط بمعناه المصدرى أى الالتزام فقد يدعى أن الالتزام بفعل الحرام وترك المباح أيضا مخالف للكتاب والسنه فان ترك المباح وان لم يكن فيه محذور إلا أن الالتزام بتركه فيه محذور بل الالتزام بترك المباح وان قيل لا محذور فيه أصلاً إلا أن التزم بفعل الحرام فيه محذور المخالفه للكتاب والسنه.

ويشهد لكون الالتزام بترك ما رخص فيه الشارع مخالفه للكتاب والسنه روايه العياشى المتقدمه التى رواها الشيخ بسند موثق على ما تقدم، فان المذكور فى النكاح فى الروايتين الالتزام بترك المباح.

والتوجيه بما يأتى ضعيف بأن يراد من المذكورات فيهما عدم الحق فى ارتكاب تلك المباحات فيكون المشروط مخالفا لما دل على إباحتها.

ثم ذكر قدس سره أنّ مؤثقه اسحاق ابن عمار المتقدمه أيضا ظاهره فى عدم جواز الالتزام

وقد يقال: إنّ التزام تركّ المباح لا- ينافى إباحته، فاشترط تركّ التزويج والتسرى لا ينافى الكتاب فينحصر المراد في المعنى الأوّل.

الشرح:

بتركّ المباح أو فعل الحرام، فإنّ قوله عليه السلام فيها «إلاّ شرطا حرّم حلالاً أو أحلّ حراماً» مقتضاه أن الإحلال والتحريم فعل الشارط، لأنّه باشرطه يمنع الحلال ويرخص في الحرام.

وأوضح من ذلك كله المرسل المروي في الغنيه(١): «الشرط جايز بين المسلمين ما لم يمنع عنه كتاب أو سنه»، فان الالتزام بارتكاب الحرام يمنع عنه الكتاب والسنه انتهى.

أقول: لا- يمنع الكتاب والسنه عن التزام بفعل الحرام منعاً تكليفياً بل يمنعان عن نفس ارتكاب الحرام، ومعه لا يمكن ان يعمه «المؤمنون عند شروطهم»(٢).

وبتعبير آخر: المشروط فيما كان من الاعتباريات وكان مخالفاً لاعتبار الشارع وحكمه يكون محكوماً بالبطلان وهذا هو المقطوع من مخالف الكتاب والسنه، فإنّ مدلولها الحكم.

وأما إذا كان المشروط هو تركّ المباح أو فعل الحرام فيكون المشروط فيما إذا كان محرماً مخالفاً للكتاب أو السنه عملاً وأما إذا كان مباحاً فلا يخالف الكتاب أو السنه حتى عملاً وهذا ظاهر.

وما عن المصنف رحمه الله من المحذور في الالتزام بفعل الحرام أو المباح قد تقدم ما فيه وأنه لا محذور في الالتزام القلبي أو المعاملتي ولا يعاقب الملتزم بعقاب فيما إذا لم يرتكب الحرام كما لا يخفى.

ص: ٧١

١- (١) الغنيه : ٣١٥.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢١ : ٢٧٦ ، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

وفيه: أنّ ما ذكر لا- يوجب الانحصار، فإنّ التزام ترك المباح وإن لم يخالف الكتاب المبيح له إلا أنّ التزام فعل الحرام يخالف الكتاب المحرّم له فيكفى هذا مصداقاً لهذا المعنى مع أنّ الرواية المتقدّمة الدالّة على كون اشتراط ترك التزويج والتسرّي مخالفاً للكتاب مستشهداً عليه بما دل من الكتاب على إباحتهما الشرح:

وأما الاستدلال على عدم جواز الالتزام بمثل روايه العياشى ففيه: أن المراد بشرط الله فيه حكمه وقد اطلق عليه الشرط للمقابلته وأن المراد بحكم الله عدم صحه الطلاق بغير الوجه المعتبر، وليس الشرط المزبور الوجه المعتبر وكذا الحلف عليه فانه أيضا باطل لأنه أيضا من شرط الله قبل الحالف.

وبتعبير آخر: لو كانت الروايه وارده في شرط ترك التزويج بالمرأه الأخرى ومع ذلك ذكر سلام الله عليه بعدم وجوب الوفاء لكان للاستدلال المزبور وجه، ولكن الروايه وارده في شرط الطلاق بنحو النتيجة أو الحلف عليه، وفي كل منهما لا يكون ترك التزويج بامرأه أخرى بنفسه شرطاً.

وبظهور الفرق بين المقامين يظهر الفرق بين مدلولها ومدلول صحيحه منصور بن برزج عن عبد صالح عليه السلام «قال: قلت له: أنّ رجلاً من مواليك تزوّج امرأه ثم طلقها فبانت منه فأراد أن يراجعها فأبت عليه إلا أن يجعل لله عليه أن لا يطلقها ولا يتزوج عليها، فأعطاها ذلك، ثم بدا له في التزويج بعد ذلك، فكيف يصنع؟ فقال: بثس ما صنع، وما كان يدريه ما يقع في قلبه بالليل والنهار، قل له: فليف للمرأة بشرطها فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: المؤمنون عند شروطهم»(١).

نعم ما في ذيل روايه العياشى من الاستشهاد على بطلان الشرط بأنّ الكتاب قد أباح الشرط أى ارتكاب المشروط لا يناسب الحمل المذكور، ولكن ليس الذيل في

ص: ٧٢

١- (١) وسائل الشيعه ٢١ : ٢٧٦ ، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤ .

كالصريحه فى هذا المعنى وما سيجىء من تأويل الروايه بعيد مع أنّ قوله عليه السلام فى روايه إسحاق بن عمّار: «المؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحلّ حراماً» ظاهر بل صريح فى فعل الشارط، فإنّه الذى يرخص باشرطه الحرام الشرح:

موثقه محمد بن قيس وروايه العياشى ضعيفه سنداً كما تقدم، مع احتمال كون الاستشهاد فيها جدلياً.

وما ذكر قدس سره من دلاله موثقه إسحاق بن عمّار(1) على فساد الشرط فيما تعلق بفعل الحرام أو ترك المباح، حيث إنّ الشرط مع تعلّقه بأحدهما يكون محللاً للحرام أو محرماً للحلال فالشارط بشرطه يرخص فى ارتكاب الحرام أو يمنع عن ارتكاب المباح لا- يمكن المساعده عليه، فان الشرط كما تقدم هو اخذ الالتزام أو إعطائه والأخذ يكون من المشروط له المعبر عنه بالشارط، والإعطاء من المشروط عليه وإذا فرض تعلق الشرط بفعل الحرام أو ترك المباح فلا يكون نفس الالتزام أخذاً أو إعطاءً محللاً للحرام إلا من حيث العمل.

ويمكن أن يدعى ظهور الموثقه فيما كان الشرط محللاً من حيث البناء والحكم بأن يلتزم المشروط عليه أن لا يجوز له التزوج بامرأه أخرى أو لا يحرم عليه شرب الخمر، فلا يمكن مع هذا الاحتمال التمسك بها على بطلان الشرط فيما إذا تعلق بفعل الحرام أو ترك المباح.

وما فى صدر الروايه من قوله عليه السلام «من شرط لامرأته شرطاً فليف به» لو لم يكن أنسب مع الاحتمال فلا ينبغى الريب فى أنه لا تنافيه.

لا يقال: يمكن دعوى عموم الموثقه لكلا الفرضين بأن يستفاد منها بطلان الشرط

ص: ٧٣

---

١- (١) وسائل الشيعه ٢١ : ٣٠٠ ، الباب ٤٠ من أبواب المهور، الحديث ٤ .

الشرعى ويمنع باشرطه عن المباح الشرعى، إذ المراد من التحريم والإحلال ما هو من فعل الشارط لا الشارع. وأصرح من ذلك كَلَّه المرسل المروى في الغنيه: «الشرط جائز بين المسلمين ما لم يمنع منه كتاب أو سنّه».

الشرح:

فيما إذا كان الملتزم به عدم ممنوعيه ما هو حرام شرعا أو ممنوعيه الحلال شرعا وما كان الملتزم به نفس فعل الحرام أو ترك المباح، ففي الأول: يكون المشروط محللاً ومحزماً من حيث البناء والحكم وفي الثانى: يكون محللاً عملاً ومحزماً كذلك كما لا يخفى.

أقول: شرط ترك المباح لا يكون محرماً للحلال لا من جهة الشرط بمعنى الالتزام فان الالتزام بترك المباح لا ينافى اباحتة، نظير ما تقدم من عدم مخالفته للكتاب والسنة، ولا- من جهة الشرط بمعنى الملتزم به فان ترك المباح لا يكون تحريماً عملاً فان المباح يجوز فعله وتركه.

نعم فى شرط الحرام يكون المشروط أى ارتكاب الحرام محللاً للحرام من حيث العمل كما انه يخالف الكتاب كذلك.

واحتمال ان يكون المراد من كون الشرط محللاً ومحزماً كونه كذلك بلحاظ حكمه أى وجوب الوفاء، به فيعم الاستثناء شرط ترك المباح أيضاً ضعيف لظهور الموثقه فى كون الشرط فى نفسه محللاً للحرام أو محزماً للحلال لا بلحاظ وجوب الوفاء به.

والحاصل: أن غايه ما يستفاد من هذه الموثقه ما استفدناه من الاستثناء فى الاخبار الوارده فى وجوب الوفاء بالشرط إلا ما خالف الكتاب أو السنه من أن الالتزام بالفعل الحرام يدخل فى الاستثناء لكون فعل الحرام مخالفاً للكتاب أو السنه عملاً فيكون ارتكابه من تحليل الحرام عملاً.

ص: ٧٤

ثم إن المراد بحكم الكتاب والسنة الذي يعتبر عدم مخالفه المشروط أو نفس الاشتراط له [١] هو ما ثبت على وجه لا يقبل تغييره بالشرط لأجل تغيير موضوعه بسبب الاشتراط.

توضيح ذلك: أن حكم الموضوع قد يثبت له من حيث نفسه ومجرداً عن ملاحظه عنوان آخر طار عليه، ولازم ذلك 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 تجوز الفعل

الشرح:

وما ذكر المصنف رحمه الله من ان الالتزام بفعل الحرام أو التزام بترك المباح في نفسها مخالف للكتاب والسنة فيعم الاستثناء كلا من المشروط والمعتبر المخالف للحكم المذكور في الكتاب والسنة والالتزام بفعل الحرام وترك المباح لا يمكن المساعده عليه فانه، قد تقدم عدم المانع في مجرد التزام فعل الحرام غير كونه نوعاً من التجري فضلاً عن الالتزام بترك المباح.

وثانياً: أنه مع الإغماض عما ذكر أولاً يكون المخالف للكتاب والسنة في شرط ترك المباح أو فعل الحرام نفس الشرط بمعنى الالتزام وفي موارد كون المشروط مخالفاً لهما يراد من الشرط المشروط.

وإرادته الشرط والمشروط معاً من الاستثناء استعمال اللفظ في معناه الحقيقي والمجازي ولو امكن هذا الاستعمال فلا ريب في انه خلاف الظاهر فلا يصار إليه بلا قرينه.

[١] وتوضيح المقام: أنه قدس سره بعد ما التزم بأن الشرط المخالف للكتاب والسنة المحكوم بالبطلان يعم الالتزام بفعل الحرام والالتزام بترك المباح، فيشكل الأمر بأن غالب الشروط المتعارفه في قبيل الالتزام بترك المباح أو فعله، وإذا فرض كون هذا

والترك إنما هو من حيث ذات الفعل فلا- ينافى طرؤ عنوان يوجب المنع عن الفعل أو الترك كأكل اللحم، فإنّ الشرع قد دلّ على إباحته في نفسه بحيث لا ينافى عروض التحريم له إذا حلف على تركه أو أمر الوالد بتركه، أو عروض الوجوب له إذا صار مقدّمه لواجب أو نذر فعله مع انعقاده. وقد يثبت له لا- مع تجرّده عن ملاحظه العنوانات الخارجه الطارئه عليه، ولازم ذلك حصول التنافي بين ثبوت هذا الحكم وبين ثبوت حكم آخر له. وهذا نظير أغلب المحرّمات والواجبات فإنّ الحكم بالمنع عن الفعل أو الترك مطلق لا مقيد بحيثيه تجرّد الموضوع إلّا عن بعض العنوانات كالضرر والخرج، فإذا فرض ورود حكم آخر من غير جهة الخرج والضرر فلا بدّ من وقوع التعارض بين دليلي الحكمين فيعمل بالراجح بنفسه أو بالخارج.

الشرح:

الشرط باطلاً فلا يبقى للالتزام بالعمل مورد الاشراف فعل الواجب أو ترك الحرام.

وتصدى لدفع الإشكال بأنّ مجرد شرط ترك المباح أو فعله بل فعل الحرام لا يكون مخالفاً للكتاب والسنة بل تحقّق مخالفه الشرط لهما فيما إذا لم يكن الحرمة أو الإباحه الثابته للفعل اقتضائيه بحيث يمكن انتفائهما بطرؤ عنوان على الفعل.

وأما إذا كان الحكم اقتضائياً كذلك بحيث لم يكن لخطاب حرمة الفعل أو إباحته دلالة إلّا على الحكم لنفس الفعل مع قطع النظر عن طرؤ عنوان فلا بأس بالحكم بصحة الشرط المزبور، فإنّ الالتزام بوجوده في الفرض لا ينافى الكتاب.

وقال قدس سره: إنّ الخطابات الوارده في إباحه الأشياء والمباحات الشامل للمستحبات والمكروهات من هذا القبيل، وان الحكم فيها بإباحه الفعل من حيث ذات الفعل فلا ينافى طرؤ عنوان يوجب المنع عن الفعل أو الترك كما في خطاب حليه أكل اللحم فانه لا تنافي مع الحرمة الثابته له بالحلف أو أمر الوالد بتركه أو عروض الوجوب له

ص: ٧٤

إذا عرفت هذا فنقول: الشرط إذا ورد على ما كان من قبيل الأول لم يكن الالتزام بذلك مخالفاً للكتاب، إذ المفروض أنه لا تنافى 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.

الشرح:

بعنوان كونه مقدمه الواجب أو تعلق النذر به، وان الخطابات الواردة الواجبات والمحرمات من قبيل الحكم المطلق بحيث لا يتغير إلا بالعناوين الرافعه للتكاليف كالاضطرار إلى الارتكاب أو الحرج أو الضرر.

وعلى ذلك فلو اشترط في المعامله ارتكاب محرم فيحكم ببطلانه لأن الالتزام بارتكابه مخالف للكتاب والسنة.

ولو ورد حليته بعنوان آخر فيلاحظ الراجح من الخطابين فيؤخذ به كان ترجيحه بمرجح داخلي أو خارجي، الأول ككون الخبر الدال على أحدهما أظهر والثاني ككون مدلوله موافقا للمشهور.

ثم أورد قدس سره على ما ذكره من عدم البأس باشتراط ترك المباح لأن الخطابات المباحات ظاهره في الإباحه الاقتضائيه، بأن مقتضى بعض الأخبار المتقدمه الحكم ببطلان شرط ترك المباح مع أن خطابه أيضا كخطاب ساير المباحات اقتضائيه، كاشتراط ترك التزوج بامرأه أخرى أو عدم اتخاذ السريه ونحوهما.

وأجاب عن الإيراد بوجهين:

الأول: أنه يعلم من الروايه المتقدمه أن الإباحه في التزويج بامرأه أخرى أو اتخاذ السريه مطلقه وإن كانت في أنظارنا كإباحه أكل اللحم والتمر غيرهما مما تتغير إباحتها بالعناوين الثانيه وهذا الوجه لا يناسب الاستشهاد لبطلان الشرط المزبور بأن إباحه التزوج بامرأه أخرى مذكوره في الكتاب كما لا يخفى.

ص: ٧٧



ولكن ظاهر مورد بعض الأخبار المتقدمه من قبيل الأول كترك التزويج وترك التسرى فإنهما مباحان من حيث أنفسهما فلا ينافى ذلك لزومهما بواسطة العنوانات الخارجه كالحلف والشرط وأمر السيد والوالد. وحينئذ فيجب إماما جعل ذلك الخبر كاشفاً 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 القابله لطرؤ عنوان التحريم، وإماما الحمل على أن هذه الأفعال ممّا لا يجوز تعلق وقوع الطلاق عليها وأنها لا توجب الطلاق كما فعله الشارط، فالمخالف للكتاب هو ترتب طلاق المرأه إذ الكتاب دالّ على إباحتها وأنه ممّا لا يترتب عليه حرج ولو من حيث خروج المرأه بها عن زوجيه الرجل. ويشهد لذا الحمل وإن بُعد بعض الأخبار الشرح:

والوجه الثاني: أن الطلاق المعلق على مثل هذه الأفعال باطل وأن هذه الأفعال لا توجهه، لا ان في شرط مجرد ترك التزويج بامرأه أخرى محذورا، بل لا بأس بشرطه كما يفصح عن ذلك صحيحه منصور بن برزج المتقدمه.

أقول في ما أفاده موارد للنظر: منها ما ذكره من أن الخطابات المباحات كلها اقتضائه وظاهره في ثبوت الحليه لها في نفسها، ولا دلالة لها على ثبوتها لها عند طرؤ عناوين أخر عليها، فان الالتزام بذلك يوجب أن لا يصح لنا التمسك بإطلاق تلك الخطابات عند الشك في ثبوت الحليه للفعل مع طرؤ عنوان يحتمل كونه مغيرا لإباحته.

وقد ذكرنا سابقا أن مقتضى السيره العقلانيه في الخطاب المتضمن لحكم على موضوع كون المتكلم في مقام البيان من جهه قيود الموضوع والمتعلق ونفس الحكم، فيرفع اليد عن ذلك بقيام قرينه معتبره أنه في مقام بيان الحكم من جهه دون الأخرى، كما في خطاب تجويز الأكل من صيد أمسكه الكلب المعلم، فإنه قد ذكر في محلّه انه

الظاهره فى وجوب الوفاء بمثل هذا الالتزام مثل روايه منصور بن يونس قال: «قلت لأبى الحسن عليه السلام : إن شريكاً لى كان تحته امرأه فطلقها فبانته منه فأراد مراجعتها فقالت له المرأه: لا والله لا أتزوجك أبداً حتى يجعل الله لى عليك أن لا تطلقنى ولا تتزوج علىّ قال: وقد فعل قلت: نعم جعلنى الله فداك! قال: بئس ما صنع! ما كان يدرى ما يقع فى قلبه بالليل والنهار، ثم قال: أمّا الآن فقل له: فليتمّ للمرأة شرطها فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: المسلمون عند شروطهم» فيمكن حمل روايه محمّد بن قيس على إرادته عدم سببته للطلاق بحكم الشرط، فتأمل.

الشرح:

فى مقام تجويز الأكل من حيث عدم كونه ميته فلا يقتضى عدم وجوب تطهير موضع العقر.

نعم إذا ورد فى مقابل خطاب حليه فعل حرمة أو وجوبه بعنوان ثانوى يقدم الخطاب الثانى على الأول، حيث إن الخطاب المتضمن للحكم بالعنوان الثانوى قرينه عرفيه على تقييد الحكم فى الخطاب الأول.

وهذا يجرى فى غير خطابات المباحات أيضاً، غايه الأمر أن الخطابات المتكلفه للأحكام بالعناوين الثانويه مقيده فى نوعها بقيود تمنع عن حكومتها بالاضافه إلى خطابات المحرمات، نظير ما ورد فى عدم الطاعه لمخلوق فى معصيه الخالق المانعه من حكومه خطاب وجوب طاعه الوالدين على خطابات التحريم أو الواجبات فيما إذا أمر بارتكاب الحرام أو ترك الواجب، وما دل على عدم انعقاد الحلف فيما إذا كان المحلوف عليه مرجوحاً، فإن مقتضى إطلاق خطاب التحريم عدم انعقاد الحلف على ارتكاب الحرام أو ترك الواجب إلى غير ذلك فانه قد اخذ فى خطاب.

وهذا أيضاً هو الوجه فى عدم حكومه دليل نفوذ الشرط على خطابات المحرمات، فانه قد اخذ فى خطاب نفوذ الشرط عدم كون المشروط مخالفاً للكتاب

ثم إنه لا إشكال فيما ذكرنا: من انقسام الحكم الشرعي [١] الى القسمين المذكورين وأن المخالف للكتاب هو الشرط الوارد على القسم الثاني لا الأول، وإنما الإشكال في تميز مصداق أحدهما عن الآخر في كثير من المقامات:

منها: كون من أحد أبويه حرّاً رقماً، فإنّ ما دلّ على أنّه لا يملك ولد حرّاً قابل لأن يراد به عدم رقيته ولد الحرّ بنفسه، بمعنى أنّ الولد ينعقد لو خلى وطبعه تابعاً لأشرف الأبوين، فلا ينافي جعله رقماً بالشرط في ضمن عقد وأن يراد به أنّ ولد الحر لا يمكن أن يصير في الشريعة رقماً، فاشتراطه اشتراط لما هو مخالف للكتاب والسنة الدالين على هذا الحكم.

الشرح:

والسنة، وهذه المخالفة لا تتحقق في ترك المباح أو فعله ولكنها متحققة في شرط ارتكاب الحرام كما تقدم.

[١] وحاصله: أنّه قد تقدّم ثبوت الحكم لموضوع بأحد النحويين من كونه بنحو الاقتضاء والحيثية وكونه حكماً فعلياً مطلقاً بحيث لا يقبل التغير بعروض عناوين آخر غير ما أشرنا إليها.

وعليه فلا إشكال في حكم الشرط فيما إذا أحرز حال الحكم ولكن يقع الإشكال في تمييز حال الحكم في بعض الوارد كما إذا شرط مولى الأمه في تزويجها من حرّ كون ولدها رقاً في عقد الزواج، فهل الحكم بكون الولد يتبع أشرف أبويه حكم اقتضائي لا- ينافيه الاشتراط المزبور أو أنه حكم فعلي لا يتغير بالشرط، وكشرط التوارث في عقد المتعة فإنه ذكر جماعه بصحة اشتراط التوارث في عقد المتعة، فيقع الكلام في أنّ عدم ثبوت التوارث في غير النكاح الدائم اقتضائي أو أنه حكم فعلي، مع أنّ المتسالم عليه عندهم عدم صحة شرط التوارث في غير عقد النكاح بل في غير الزوج والزوجه مطلقاً، فلا بد من كون عدم التوارث في غير النكاح الدائم حكماً فعلياً

ومنها: إرث المتمتع بها هل هو قابل للاشتراط في ضمن عقد المتعه أو عقد آخر أم لا؟ فإنّ الظاهر الاتّفاق على عدم مشروعيتّه اشتراطه في ضمن عقد آخر وعدم مشروعيتّه اشتراط إرث أجنبيّ آخر في ضمن عقد مطلقاً. فيشكل الفرق حينئذٍ بين أفراد غير الوارث وبين أفراد العقود، وجعل ما حكموا بجوازه مطلقاً مطابقاً للكتاب وما منعوا عنه مخالفاً إلا أن يدعى أنّ هذا الاشتراط مخالف للكتاب إلا في هذا المورد أو أنّ الشرط المخالف للكتاب ممنوع إلا في هذا المورد، ولكن عرفت وهن الثاني والأوّل يحتاج الى تأمل.

ومنها: أنّهم اتّفقوا على جواز اشتراط الضمان في العاربه واشتهر عدم جوازه في عقد الإجاره، فيشكل أنّ مقتضى أدلّه عدم ضمان الأمين عدم ضمانه في نفسه

الشرح:

من جهه واقتضائيا من جهه أخرى.

وربما يقال في مثل هذه الموارد: بأنّ الشرط فيها غير مخالف للكتاب والسنة أو أنّ الشرط المخالف للكتاب محكوم بالبطلان إلا في مثل هذه الموارد.

ولكن كون الأول أي الشرط فيها غير مخالف للكتاب يحتاج إلى التأمل، واما الثاني هو بطلان الشرط المخالف إلا في هذه الموارد ضعيف كما تقدم في أول هذا الشرط في قوله «والتزم بعض بورود التخصيص على الاستثناء في قولهم: المؤمنون عند شروطهم، إلا ما خالف الكتاب».

ونظير ما ذكر اشتراط الضمان في العين المستعاره، فانهم اتّفقوا على جوازه ولكن المشهور على عدم صحه شرط ضمان في العين المستأجره، فيقع الكلام في أن عدم ضمان الأمين لو كان حكماً اقتضائياً لصح الاشتراط في كلا الموردين وان كان حكماً فعلياً لا يتغيّر فكيف يصح في العاربه.

ونظير ذلك شرط الزوجه على الزوج ان لا يخرجها إلى بلد آخر، فانهم وإن

من غير إقدام عليه بحيث لا ينافى إقدامه على الضمان من أوّل الأمر أو عدم مشروعيتّه ضمانه وتضمينه ولو بالأسباب كالشرط في ضمن ذلك العقد الأمانه أو غير ذلك.

ومنها: اشتراط أن لا يخرج بالزوجه الى بلد آخر فإنّهم اختلفوا في جوازه والأشهر على الجواز، وجماعه على المنع من جهه مخالفته للشرع من حيث وجوب إطاعه الزوج وكون مسكن الزوجه ومنزلها باختياره، وأورد عليهم بعض المجوّزين بأنّ هذا جارٍ في جميع الشروط السائغه من حيث إنّ الشرط ملزم لما ليس بلازم فعلاً أو تركاً.

الشرح:

اختلفوا في جواز هذا الاشتراط إلا أن المشهور على جوازه (١)، وذكر بعض (٢) بطلانه لأن هذا الشرط مخالف لوجوب طاعه الزوجه لزوجها وان اختيار المسكن بيده لا بيدها.

وأورد بعض المجوزين (٣) لهذا الاشتراط على الاستدلال على المنع بما ذكر من جريان دليل المنع في اشتراط جميع الشروط السائغه لأن الشرط ملزم لما كان غير لازم قبل ذلك.

ثم ذكر قدس سره : أنه على الفقيه ملاحظه الخطابات والأحكام الواردة فيها بأنها مما يتغير بالعناوين الطاربه بمعنى كونها اقتضائياً أو أنها مطلقة ولو أحرز إحداها فهو وإلا- فيمكن البناء على كونها اقتضائياً باستصحاب عدم كون الشرط مخالفاً للكتاب.

ص: ٨٢

---

١- (١) كما في نهايه المرام ١ : ٤٠٦ ، والنهايه : ٤٧٤ ، والمهذب ٢ : ٢١٢ ، والوسيله : ٢٩٧ ، والمختصر النافع : ١٩٠ ، والمختلف ٧ : ١٥٣ ، وكشف اللثام (الطبعه الحجريه) ٢ : ٨٢ ، والحدائق ٢٤ : ٥٣٧.

٢- (٢) منهم الشيخ في المبسوط ٤ : ٣٠٣ ، والخلاف ٤ : ٣٨٨ ، المسأله ٣٢ من كتاب الصداق ، والحلى في السرائر ٢ : ٥٩٠ ، والمحقق الثاني في جامع المقاصد ١٣ : ٣٩٩.

٣- (٣) وهو السيّد العاملي في نهايه المرام ١ : ٤٠٧ ، والسيّد الطباطبائي في الرياض (الطبعه الحجريه) ٢ : ١٤٧.

وبالجملة: فموارد الإشكال في تميّز الحكم الشرعي القابل لتغيّره بالشرط بسبب تغيّر عنوانه عن غير القابل كثيره يظهر للمتتبع، فينبغي للمجتهد ملاحظه الكتاب والسنة الدالّين على الحكم الذي يراد تغيّره بالشرط والتأمّل فيه حتّى يحصل له التميّز ويعرف أنّ 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» الى غير ذلك من الموارد المتشابهه صورةً المخالفه حكماً.

الشرح:

وهذا الأصل يرجع إليه فيما إذا لم يكن لخطاب الحكم إطلاق كما في أكثر خطابات الترخيص والسلطنة فان ظاهرها سوقها في مقام بيان حكم الشيء بحيث لا ينافيه ملزم شرعي آخر كالنذر والشرط.

واما ما كان ظاهره العموم كما إذا كان الخطاب حكماً معنياً أو يتضمن المنع كقوله «ولد الحر لا يملك»<sup>(١)</sup> فلا يجري فيه هذا الأصل.

أقول: قد تقدم في أول عنوان الشرط الرابع أن الشرط المخالف للكتاب أي لحكم الواقعي الثابت في مورد الشرط لا يمكن أن يكون صحيحاً.

واما إذا كان المشروط مخالفاً لإطلاق الكتاب أو عموميه وكذا مع إطلاق السنه وعمومها فلا بأس بقيام دليل خاص على صحه ذلك الشرط ويكون الدليل الخاص مقيداً للاستثناء في قولهم «المسلمون عند شروطهم إلا فيما خالف الكتاب والسنه»<sup>(٢)</sup>.

ونظير الدليل الخاص ما إذا كان المشروط مخالفاً للحكم الوارد في الكتاب والسنه ولكن ثبت أنّ المذكور في الكتاب أو السنه من قبيل الحق القابل للاسقاط

ص: ٨٣

١- (١) وسائل الشيعة ٢١ : ١٨٧ ١٨٨ ، الباب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ٥ .

٢- (٢) أنظر وسائل الشيعة ١٨ : ١٦ ١٧ ، الباب ٦ من أبواب الخيار.

فإن لم يحصل له بنى على أصاله عدم المخالفه فيرجع الى عموم: «المؤمنون عند شروطهم» والخارج عن هذا العموم وإن كان هو المخالف واقعاً للكتاب والسنة لا ما علم مخالفته، إلا أن البناء على أصاله عدم المخالفه يكفي في إحراز عدمها واقعاً كما في سائر مجارى الأصول، ومرجع هذا الأصل إلى أصاله عدم ثبوت هذا الحكم [١] على وجه لا يقبل تغييره بالشرط. مثلاً تقول: إن الأصل عدم ثبوت الحكم بتسلط الزوج على الزوجه من حيث المسكن إلا من حيث هو لو خلى وطبعه

الشرح:

كاشتراط الخيار مع لزوم المعامله بدونه.

ومثله اشتراط سقوط وجوب الوطئ عنه في أربعة أشهر ونحوهما.

ولا- يخفى أنه يمكن كون المعبر من قبيل الحكم في مورد ومن قبيل الحق في مورد آخر، مثلاً- لا- يصح شرط الضمان على الودعي ويصح على المستعير.

[١] أقول: ما ذكر قدس سره من الرجوع إلى أصاله عدم كون الشرط مخالفاً للكتاب فلا بد في تقريرها على تقدير كون المراد بالكتاب الحكم الشرعي الواقعي من أن المشروط لم يكن مخالفاً للكتاب ولو قبل جعل الكتاب والحكم الشرعي والآن كما كان.

وأما تقريبها بأن المشروط لم يكن مخالفاً قبل الاشتراط وبعد الاشتراط أيضاً كما كان فغير صحيح، لأن مخالفة المشروط لا تتوقف على فعلية الاشتراط، بل المشروط يتصف بها بفرض الاشتراط كما لا يخفى.

ولو أريد بالكتاب ظواهر آيات الاحكام ومن السنة ظواهر الأخبار فلا يبقى مورد يشك فيه في مخالفه المشروط لهما، بل يحرز المخالفه أو عدمها بالوجدان دائماً.

وبتعبير آخر: استصحاب نفي المخالفه وبأن الشرط لم يكن يخالف الكتاب لا يدخل في الاستصحاب لعدم الأزلي كما لا يخفى.

نعم في موثقه إسحق بن عمار «المؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً أحل الحرام أو

ولم يثبت في صورته إلزام الزوج على نفسه بعض خصوصيات المسكن. لكن هذا الأصل إنما ينفع بعد عدم ظهور الدليل الدال على الحكم في إطلاقه بحيث يشمل صورته الاشتراط كما في أكثر الأدلة المتضمنة للأحكام المتضمنة للرخصه والتسليط، فإن الظاهر سوقها في مقام بيان حكم الشيء من حيث هو الذي لا ينافي طرق 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 بعد ما خصص [١] الشرط المخالف

الشرح:

حرم الحلال» (١) وعليه فإذا شك في حليه فعل أو حرمة تكليفًا فيكون اشتراط ارتكابه من الشك في تحليل الحرام ولو عملاً كما تقدم.

وهكذا اشتراط الترك فيما إذا كان احتمال وجوبه ولكن لا بأس بالرجوع إلى أصله الحليه أو البراءة.

ومع الرجوع إليهما يحرز عدم كون اشتراطه محللاً للحرام، بل يمكن إحراز ذلك باستصحاب عدم جعل الحرمة أو الوجوب لذلك الفعل.

وتقدم سابقاً أيضاً أن في الشك في حليه شيء وضعا كما إذا كان من قبيل المعامله يكون الأمر بالعكس فمع عدم إحراز مشروعيتها يكون الأصل عدم إضاءتها فيثبت كون المشروط محللاً للحرام كما لا يخفى.

[١] قد خصّ النراقي (٢) قدس سره الشرط المخالف للكتاب والسنة والمحلل للحرام والمحرم للحلال بما كان المشروط أمراً اعتبارياً مخالفاً للمعتبر في الكتاب والسنة،

ص: ٨٥

١- (١) وسائل الشيعة ٢١ : ٣٠٠ ، الباب ٤٠ من أبواب المهور، الحديث ٤ .

٢- (٢) العوائد : ١٥١ .



للكتاب الممنوع عنه في الأخبار بما كان الحكم المشروط مخالفاً للكتاب، وأن التزام فعل المباح أو الحرام أو ترك المباح أو الواجب خارج عن مدلول تلك الأخبار ذكر: أن المتعين في هذا الموارد ملاحظه التعارض بين ما دل على حكم ذلك الفعل وما دل على وجوب الوفاء بالشرط ويُرجع الى المرجحات، وذكر أن المرجح في مثل اشتراط شرب الخمر هو الإجماع، قال: وما لم يكن فيه مرجح يعمل فيه بالقواعد والاصول.

الشرح:

لأن كلاً من الكتاب والسنة حكم يدخل في الأمر الاعتباري تكليفاً أو وضعاً.

وبتعبير آخر: شرط ارتكاب المباح أو تركه أو ارتكاب الحرام وتركه أو فعل الواجب وتركه كل ذلك من الشرط الخارج عن الأمر الاعتباري، وربما يكون مقتضى عموم «المؤمنون عند شروطهم» فيها مخالفاً لما دل على حرمة الفعل فيرجع إلى المرجح في ترجيح أحد المتعارضين، كما في شرط شرب الخمر فإن الإجماع على حرمة مطلقاً مرجح للتحريم، ومع عدمه يحكم بمقتضى القواعد والأصول.

وأورد المصنّف على ذلك: بأن مقتضى الرجوع إلى الأصول مع فقد المرجح هو الحكم بعدم وجوب الوفاء بالشرط فيما كان المشروط أمراً قد ورد في خطاب الشرع بإباحته، فلا يحكم بالصحة ونفوذ الشرط فيه مع كون المشروط أمراً مباحاً بعنوانه الأولي.

وإذا كان المشروط فعلاً محرّماً أو ترك واجب فلازم الرجوع إلى الأصل واستصحاب بقاء الحرمة بعد اشتراط الفعل أو بقاء الوجوب بعده هو الحكم بفساد الشرط.

أقول: قد تقدّم أنه لو فرض المعارضه بين خطاب وجوب الوفاء بالشرط وما دل على حرمة الفعل أو إباحته فإنه لا ينبغي الريب في تقديم ما دل على الحكم بعنوانه

وفيه من الضعف ما لا يخفى، مع أنّ اللازم على ذلك الحكم بعدم لزوم الشرط بل عدم صحته في جميع موارد عدم الترجيح، لأن الشرط إن كان فعلاً لما يجوز تركه كان اللازم مع تعارض أدلّه وجوب الوفاء بالشرط وأدلّه جواز ترك ذلك الفعل مع فقد المرجح الرجوع إلى أصله عدم وجوب الوفاء بالشرط فلا يلزم، بل لا يصحّ. وإن كان فعل محرّم أو ترك واجب لزم الرجوع إلى أصله بقاء الوجوب والتحريم الثابتين قبل الاشتراط.

الشرح:

الثانوى، ولا تصل النوبه إلى ملاحظه المرجح والرجوع إلى الأصول.

ولكن قد تقدم أنّ هذا التقدّم بالاضافه إلى ما دلّ على إباحه الشيء، واما خطابات المحرمات فقد تقدم ان خطاب الوفاء بالشرط لو كان مقدما عليها لكان تحريم تلك المحرمات كاللغو حيث يمكن التوصل إلى ارتكاب الحرام باشتراطه في ضمن معامله.

ثم إنّه إذا شكّ في شرط فعل نحتمل حرمة في نفسه فيحكم على ما ذكر النراقى رحمه الله بوجوبه بالشرط أخذاً بعموم قوله عليه السلام «المسلمون عند شروطهم» من غير حاجة إلى الرجوع باستصحاب عدم جعل الحرمة له في نفسه، بل ربما يتوهم أنه يحكم مع وجوب الوفاء بالشرط باباحه ذلك الفعل في نفسه، بدعوى أن اباحته في نفسه من لازم وجوب الوفاء به مع الشرط، وإثبات اللازم بالأصل اللفظى لا بأس به.

وفيه: أنه لم يثبت كون اباحته في نفسه لازماً لإمكان أن يختص حرمة فعل بغير صورته اشتراطه، وما تقدم من عدم إمكان اختصاص الحرمة في المحرمات بغير صورته الاشتراط راجع إلى عامه المحرمات، واما كون الأمر في محرم كذلك فلا نمعه هذا.

مع أنّ الدليل على اعتبار الأصول اللفظية أى الظهورات السيره العقلانيه ولم يحرز أنّ السيره جاريه على اعتبار الظهور في مثل المورد.

ص: ٨٧

فالتحقيق ما ذكرنا: من أنّ من الأحكام المذكورة في الكتاب والسنة ما يقبل التغيير بالشرط لتغيير عنوانه كأكثر ما رُخص في فعله وتركه، ومنها ما لا يقبله كالتحريم وكثير من موارد الوجوب. وأدله الشروط حاكمة على القسم الأول دون الثاني، فإنّ اشتراطه مخالف لكتاب الله كما عرفت وعرفت حكم صورته الشك. وقد تفتن قدس سره لما ذكرنا في حكم القسم الثاني، وأنّ الشرط فيه مخالف للكتاب بعض التفتن بحيث كاد أن يرجع عمّا ذكره أولاً من التعارض بين أدلّه وجوب الوفاء بالشرط وأدله حرمة شرب الخمر، فقال: ولو جعل هذا الشرط من اقسام الشرط المخالف [١] للكتاب والسنة كما يطلق عليه عرفاً لم يكن بعيداً، انتهى.

الشرح:

[١] يعني (١) لو جعل شرط ارتكاب الحرام شرطا مخالفا للكتاب والسنة لم يكن بعيدا.

أقول: لا بد من أن يراد بالشرط المشروط أي شرب الخمر مثلاً. فانه مخالف للكتاب عملاً، وأما لو جعل نفس الالتزام بشرب الخمر مخالفا للكتاب ففيه ما تقدم من أن الالتزام قلباً أو معاملة لا يدخل في متعلق التحريم في الكتاب.

أضف إلى ذلك أنّ إرادته المشروط من الشرط فيما إذا كان المشروط أمراً اعتبارياً يخالف الكتاب، وإرادته نفس الالتزام فيما كان الالتزام بارتكاب الحرام من الجمع بين إرادته المعنى والمجازى من اللفظ، اللهم إلا أن يراد من الشرط معناه المصدري فقط، ويراد من مخالفته الكتاب والسنة الأعم من أن يكون الوصف أي المخالفه من قبيل الوصف بحال نفسه أو حال متعلقه فتدبر.

ص: ٨٨

ومما ذكرنا: من انقسام الأحكام الشرعيّة المدلول عليها في الكتاب والسنة على قسمين يظهر لك معنى قوله عليه السلام في روايه إسحاق بن عمار المتقدّمه: [١]

الشرح:

[١] أقول: قد تقدّم أنّ شرط ارتكاب الحرام يكون تحليلاً للحرام عملاً، ولا يبعد أن يكون المراد من الشرط المحلل للحرام المشروط المحلل للحرام اعتباراً كما إذا زوج المرأة نفسها من رجل على أن يكون له الحق في ترك طاعته، والمشروط المحلل له عملاً كما في فرض شرط ارتكاب الحرام.

وأما الشرط المحرّم للحلال فينحصر بما إذا كان المشروط تحريماً للحلال اعتباراً كما إذا زوجت نفسها منه على أن لا يحق للزوج طلاقها.

وأما تحريم الحلال عملاً غير متحقق في الالتزام بترك الحلال لأن الحلال يجوز فعله وتركه سواء كان اختيار الترك في زمان أو إلى الأبد.

وعن السيد اليزدي (١) قدس سره: الالتزام بترك المباح إلى الأبد تحريم الحلال، ولذا ورد في بعض الروايات أنّ الالتزام بترك شرب العصير بالحلف عليه لا ينعقد، لأنّ هذا الحلف محرّم للحلال.

وفى خبر العياشى عن عبدالله بن سنان قال: «سألته عن رجل قال: امرأته طالق أو مماليكه أحرار إن شربت حراماً ولا حلالاً قط، فقال: أما الحرام فلا- يقربه حلف أو لم يحلف، وأما الحلال فلا- يتركه فانه ليس لك أن تحرّم ما أحل الله، لأنّ الله يقول: «لَا تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتٍ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ» (٢).

وفيه: أن الروايه ضعيفه سنداً ودلاله فإنّ الحلف بالطلاق باطل عندنا وعبر الامام عليه السلام عن بطلانه بما ذكره جديلاً.

ص: ٨٩

١- (١) حاشيه كتاب المكاسب ٣: ٢٦٩، ٢٧٠، الرقم ٣٨٠.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٣: ٢٤٤، الباب ١٩ من كتاب الأيمان، الحديث ٢.

«المؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً حراماً أو حلالاً أو أحلاً حراماً» فإنّ المراد ب«الحلال» و«الحرام» فيها ما كان كذلك بظاهر دليبه حتّى مع الاشتراط نظير شرب الخمر وعمل الخشب صنماً أو صوره حيوان، ونظير مجامعه الزوج التي دلّ بعض الأخبار السابقه على عدم ارتفاع حكمها أعنى الإباحه متى أراد الزوج باشتراط كونها بيد المرأه ونظير التروييح والتسرّي والهجر، حيث دلّ بعض تلك الأخبار على عدم ارتفاع إباحتها باشتراط تركها معللاً بورود الكتاب العزيز بإباحتها. أمّا ما كان حلالاً لو خلى وطبعه بحيث لا- ينافى حرمة أو وجوبه بملا-حظه طرؤ عنوان خارجي عليه أو كان حراماً، كذلك فلا يلزم من اشتراط فعله أو تركه إلاّ تغيير عنوان الحلال والحرام الموجب لتغيّر الحلّ والحرمة فلا يكون حينئذٍ تحريم حلال ولا تحليل الشرح:

والحاصل: لا نعلم أن الالتزام بترك المباح في زمان أو دائماً مخالفاً للكتاب أو السنّه أو محرماً للحلال، ولذا أفتى الأصحاب: بأنه يصح الحلف على فعل المباح أو تركه فيما إذا كان المباح مما يساوى طرفاه من غير أن يكون في أحدهما مرجح شرعاً أو من حيث الفائده الدنيويه.

لا يقال: قد ورد في بعض الروايات المعتبره كمعتبره عبدالله بن سنان عدم جواز اليمين في تحليل الحرام أو تحريم الحلال، قال سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: «لا تجوز اليمين في تحليل حرام ولا تحريم حلال ولا قطيعه الرحم»<sup>(١)</sup>.

ومن الظاهر أن المتعارف في الحلف هو الحلف على الفعل أو الترك فلا بد من أن يكون الحلف على ارتكاب الحرام من اليمين في تحليل الحرام، والحلف على ترك المباح دائماً من الحلف في تحريم الحلال.

ص: ٩٠

---

١- (١) وسائل الشيعه ٢٢ و ٢٣ : ٤٤ و ٢١٩ ، الباب ١٨ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه، والباب ١١ من كتاب الأيمان، الحديث ١ و ٧ .

حرام. ألا ترى أنه لو نهى السيد عبده أو الوالد ولده عن فعل مباح أعنى: مطالبه غريم ما له في ذمّه غريمه أو حلف المكلف على تركه لم يكن الحكم بحرمة شرعاً من حيث طرؤ عنوان «معصية السيد والوالد»، وعنوان «حنث اليمين» عليه تحريماً لحلال، فكذلك ترك ذلك الفعل في ضمن عقد يجب الوفاء به. وكذلك امتناع الزوجه عن الخروج مع زوجها إلى بلد آخر محرّم في نفسه وكذلك امتناعها من المجامعه، ولا ينافى ذلك حليتها باشتراط عدم إخراجها عن بلدها أو باشتراط عدم مجامعتها كما في بعض النصوص.

وبالجملة: فتحريم الحلال وتحليل الحرام إنّما يلزم مع معارضه أدلّه الوفاء بالشرط لأدلّه أصل الحكم حتّى يستلزم وجوب الوفاء مخالفه ذلك وطرح دليله. أمّا إذا كان دليل الحكم لا يفيد إلاّ ثبوته لو خُلّي الموضوع وطبعه فإنّه لا يعارضه ما دل على ثبوت ضد ذلك الحكم إذا طرأ على الموضوع عنوان آخر لم يثبت ذلك الحكم له إلاّ مجرداً عن ذلك العنوان. ثم إنّ يشكل الأمر في استثناء الشرط المحرّم للحلال على ما ذكرنا في معنى الرواية: بأنّ أدلّه حليّه أغلب المحللات بل كلّها إنّما تدل على حليتها في أنفسها لو خُلّيت وأنفسها، فلا تنافى حرمتها من أجل الشرط كما قد تحرم من أجل النذر وأخويه، ومن جهة إطاعه الوالد والسيد، ومن جهة صيرورتها علّه للمحرّم وغير ذلك من العناوين الطارئة لها.

نعم، لو دلّ دليل حلّ شيء على حلّه المطلق نظير دلالة أدلّه المحرّمات، بحيث لا يقبل لطرؤ عنوانٍ مغيّرٍ عليه أصلاً، أو خصوص الشرط من بين العناوين،

الشرح:

فإنّه يقال: المتعارف في الحلف على ترك المباح أو فعله، الحلف على تركه، أو فعله في زمان أو حال، والحلف على تركه أو فعله إلى الأبد، والحلف على عدم الحق له في ارتكابه أو تركه، والحلف المحرم للحلال هو القسم الأخير كما لا يخفى.

ص: ٩١

أو دَلٌّ من الخارج على كون ذلك الحلال كذلك كما دَلَّ بعض الأخبار بالنسبة إلى بعض الأفعال كالتزويج والتسرى وترك الجماع من دون إرادة الزوجه كان مقتضاه فساد اشتراطه خلافه. لكن دلالة نفس دليل الحلية على ذلك لم توجد في مورد، والوقوف مع الدليل الخارجي الدال على فساد الاشتراط يُخرج الرواية عن سوقها لبيان ضابطه الشروط عند الشك، إذ مورد الشك حينئذٍ محكومٌ بصحة الاشتراط. ومورد ورود الدليل على عدم تغير حلّ الفعل باشتراط تركه مستغن عن الضابطه، مع أنّ الإمام علّل فساد الشرط في هذه الموارد بكونه محرماً للحلال، كما عرفت في الرواية التي تقدّمت في عدم صحة اشتراط عدم التزويج والتسرى، معللاً بكونه مخالفاً للكتاب الدال على إباحتها.

نعم، لا- يرد هذا الإشكال في طرف تحليل الحرام، لأنّ أدلّة المحرّمات قد علّم دلالتها على التحريم على وجه لا تتغير بعنوان الشرط والنذر وشبههما بل نفس استثناء الشرط المحلّل للحرام عمّا يجب الوفاء به دليل على إرادة الحرام في نفسه لولا الشرط وليس كذلك في طرف المحرّم للحلال، فإنّا قد علمنا أن ليس المراد الحلال لولا الشرط لأنّ تحريم «المباحات لو لا الشرط» لأجل الشرط فوق حدّ الإحصاء بل اشتراط كلّ شرط عدا فعل الواجبات وترك المحرّمات مستلزم لتحريم الحلال فعلاً أو تركاً.

وربما يتخيل: أنّ هذا الاشكال [١] مختصّ بما دَلَّ على الإباحة التكليفية

الشرح:

[١] وحاصله: أن الإباحة التكليفية المترتبة على موضوعها وإن لا تحرز أنها تتغير بالعنوان الثانوي إلا أنه إذا كانت الإباحة مرتبة على الحكم الوضعي فلا- تتغير بالعنوان الثانوي، ولذا قيل: إن من الصلح المحرم للحلال المصالحة بأن لا ينتفع بماله أو لا يطئ جاريته.

ص: ٩٢

كقوله: «تحلّ كذا وتباح كذا»، أمّا الحليّ التي تضمّنّها الأحكام الوضعيه كالحكم بثبوت الزوجيه أو الملكيه أو الرقيه أو أضدادها فهي أحكام لا تتغير لعنوان أصلاً، فإنّ الانتفاع بالملك في الجملة والاستمتاع بالزوجه والنظر إلى أمّها وبناتها من المباحات التي لا تقبل التغيير، ولذا ذكر في مثال الصلح المحرّم للحلال أن لا ينتفع بماله أو لا يطأ جاريته.

وبعبارة أخرى: ترتّب آثار الملكيه على الملك في الجملة وآثار الزوجيه على الزوج كذلك من المباحات التي لا تتغير عن إباحتها، وإن كان ترتّب بعض الآثار قابلاً لتغير حكمه الى التحريم كالسكنى فيما لو اشترط إسكان البائع فيه مدّة وإسكان الزوجه في بلد اشترط أن لا يخرج اليه أو وطأها مع اشتراط عدم وطئها أصلاً كما هو المنصوص.

الشرح:

وبتعبير آخر: بعض آثار الملك وإن يتغير بالعنوان الثانوى، وكذا بعض آثار الزوجيه ولذا لا يجوز سكنى المشتري في المبيع مع اشتراط إسكان البائع فيه في تلك المده، وكذا لا يجوز له إسكان زوجته في بلد اشترط في عقد الزواج أو غيره عدم إخراج الزوجه إليه أو وطئها فيما إذا اشترط كما ذكر عدم وطئها كما في الروايه، إلّا- أن إباحه التصرف لا ترتفع مطلقاً عن الملك وإباحه الاستمتاع عن الزوجيه.

وأجاب قدس سره : بأنّ هذا الجواب أيضا غير منضبط، فانه كما أنّ بعض الأحكام التكليفيه المترتبه على الحكم الوضعى يتغير بأن لا يجوز بعض التصرف المترتب على الملك أو الزوجيه كما ذكر، كذا يمكن أن يرتفع مطلق التصرف المترتب على الملك ومطلق الاستمتاع المترتب على الزوجيه بالشرط.

ودعوى عدم الارتفاع في الثانى اما للإجماع أو لمجرد الاستبعاد كما ترى، فان الاستبعاد لا يعتمد عليه، والاعتماد على الأول يوجب ما تقدم من عدم الفايده في



## المراد من كون الشرط محرماً للحلال أو محللاً للحرام

ولكنّ الإنصاف: أنه كلام غير منضبط فإنّه كما جاز تغيّر إباحه بعض الانتفاعات كالوطء في النكاح والسكنى في البيع الى التحريم لأجل الشرط كذلك يجوز تغيّر إباحه سائرهما الى الحرمة. فليس الحكم بعدم إباحه مطلق التصرف في الملك والاستمتاع بالزوجه لأجل الشرط إلا لإجماع أو لمجرد الاستبعاد، والثاني غير معتدّ به، والأوّل يوجب ما تقدّم: من عدم الفائدة في بيان هذه الضابطه، مع أنّ هذا العنوان أعنى تحريم الحلال وتحليل الحرام إنّما وقع مستثنى في أدلّه 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 أحلّ الله. ومن المعلوم أنّ إباحه العصير لم تثبت من الأحكام الوضعيّة بل هي من الأحكام التكليفيّة الابتدائيّة.

وبالجملة: فالفرق بين التزويج والتسرّي اللذين ورد عدم جواز اشتراط تركهما معللاً: بأنه خلاف الكتاب الدالّ على إباحتهما، وبين ترك الوطء الذي ورد جواز اشتراطه، وكذا بين ترك شرب العصير المباح الذي ورد عدم جواز الحلف عليه معللاً: بأنه من تحريم الحلال، وبين ترك بعض المباحات المتفق على جواز الحلف عليه في غايه الإشكال.

وربما قيل في توجيه الروايه [١] وتوضيح معناها: إنّ معنى قوله: «إلا شرطاً

الشرح:

ضابطه كون الشرط محرماً للحلال.

[١] وحاصله (١): أن الشرط المحلّل للحرام أو المحرّم للحلال بمعنى أنه على تقدير الحكم بوجوب الوفاء به يكون محللاً للحرام ومحرّماً للحلال، ولكن هذا خلاف ظاهر الروايه فإنّ ظاهرها استناد التحريم إلى الشرط لا إلى حكمه مع أنه يلزم أن

ص: ٩٤

حرم حلالاً- أو أحل حراماً» إما أن يكون: «إلا شرطاً حرم ذلك الشرط الحلال» والأول مخالف لظاهر العبارة مع مناقضته لما استشهد به الامام عليه السلام في روايه منصور بن يونس المتقدمه الداله على وجوب الوفاء بالتزام عدم الطلاق والتزويج بل يلزم كون الكل لغواً، إذ ينحصر مورد «المسلمون عند شروطهم» باشتراط الواجبات واجتناب المحرمات فيبقى الثاني وهو ظاهر الكلام، فيكون معناه: «إلا شرطاً حرم ذلك الشرط الحلال» بأن يكون المشروط هو حرمه الحلال. ثم قال: فإن قيل: إذا شرط عدم فعله فلا يرضى بفعله فيجعله حراماً عليه، قلنا: لا نريد أن معنى الحرمة طلب الترك من المشترط بل جعله حراماً واقعاً أى مطلوب الترك شرعاً، ولا شك أن شرط عدم فعل بل نهى شخص عن فعل لا يجعله حراماً شرعياً. ثم قال: فإن قيل: الشرط من حيث هو مع قطع النظر عن إيجاب الشارع الوفاء لا يوجب تحليلاً وتحريماً شرعاً فلا يحرم ولا يحلل.

الشرح:

لا يصح شرط عدم الطلاق وترك التزوج بامرأه أخرى.

وبتعبير آخر: يلزم انحصار شرط الفعل باشتراط ترك الحرام وفعل الواجب، فتعين أن يكون المراد محلّيه نفس الشرط أو محرّميته، وهذا لا يتحقق إلا بكون المشروط حليه الحرام أو ممنوعيه الحلال.

لا- يقال: لا- ينحصر التحقّق بما ذكر فانه لو اشترط ترك التزوج بامرأه أخرى يكون المطلوب للمشروط له ترك التزوج وأنه لا يرضى بالتزوج، فيصدق أن الشرط محرم للحلال.

فانه يقال: المراد في تحريم الحلال جعل الحلال محرماً شرعاً، وهذا لا يحصل باشتراط ترك التزوج.

ص: ٩٥

قلنا: إن أُريد أنه لا يوجب تحليلاً ولا تحريماً شرعياً فهو كذلك، وإن أُريد أنه لا يوجب تحليلاً ولا تحريماً شرعياً بحكم الشرط فهو ليس كذلك، بل حكم الشرط ذلك، وهذا معنى تحريم الشرط وتحليله. وعلى هذا فلا إجمال في الحديث ولا تخصيص، ويكون الشرط في ذلك كالنذر والعهد واليمين، فإن من نذر أن لا يأكل المال المشتبه ينعقد، ولو نذر أن يكون المال المشتبه حراماً عليه شرعاً أو يحرم ذلك على نفسه شرعاً لن ينعقد، انتهى.

أقول: لا أفهم معنى محصياً لا لاشتراط حرمة الشيء أو حليته شرعاً، فإن هذا أمر غير مقدور للمشترط ولا يدخل تحت الجعل فهو داخل في غير المقدور، ولا معنى لاستثنائه عما يجب الوفاء به لأن هذا لا يمكن عقلاً الوفاء به، إذ ليس فعلاً خصوصاً للمشترط وكذلك الكلام في النذر وشبهه.

الشرح:

وبتعبير آخر: عدم رضى المشترط غير عدم رضى الشارع.

لا يقال: لا يوجد مورد يكون نفس الشرط فيه محللاً شرعاً للشيء الحرام أو محرماً كذلك، وإنما يكون محللاً ومحرماً بلحاظ وجوب الوفاء من الشارع.

فانه يقال: إن كان المراد إن نفس الشرط لا يكون محللاً ومحرماً بالنظر إلى نفس الشرط فقد تقدم أن الشرط مقتضاه ذلك أى بأن كان الحرام الشرعى أو حلاله محللاً شرعاً أو محرماً كذلك بنفس الاشتراط.

وبتعبير آخر: الشرط كالنذر واليمين والعهد، فانه كما إذا نذر أن يأكل المال المشتبه ينعقد ولكن إذا نذر أن لا يحل له المال المشتبه يحكم ببطلانه، كذلك فى شرط ترك الحلال وشرط أن لا تحل له ذلك الفعل انتهى.

وأجاب المصنف رحمه الله عن التوجيه بأن اشتراط أن يكون الحرام الشرعى حلالاً شرعاً أو الحلال الشرعى حراماً شرعاً من فعل الشارع وغير مقدور للمشترط عقلاً،

والعجب منه قدس سره حيث لاحظ ظهور الكلام فى كون المحرّم والمحلّل نفس الشرط، ولم يلاحظ كون الاستثناء من الأفعال التى يعقل الوفاء بالتزامها، وحرمة الشىء شرعاً لا يعقل فيها الوفاء والنقض. وقد مثّل جماعه للصالح المحلّل للحرام بالصالح على شرب الخمر وللمحرّم للحلال بالصالح على أن لا يظاً جاريته ولا ينتفع بماله.

الشرح:

ولا يمكن أن يقال بأن الاستثناء فى موثقه إسحاق بن عمار ناظر إلى هذا الاشتراط الذى لا يصدر عن عاقل.

وبتعبير آخر: الاستثناء فى الموثقه (1) وارد على الشرط الذى يجب الوفاء به غير المقدور أى فعل الغير لا يمكن الوفاء به، وحتى يرد على وجوب الوفاء به استثناء.

أقول: لو كان المراد بالشرط المحلل أو المحرم للحلال اشتراطه الإباحه الشرعيه فى الحرام والحرمة الشرعيه فى الحلال، فيرد عليه أن حمل الاستثناء فى الموثقه على ذلك غير ممكن لما ذكر من أن المشروط من فعل الشارع ولا يدخل فى اختيار المتعاقدين.

ولكن لا موجب للالتزام بما ذكر، بل المشروط كما أشرنا إليه سابقاً الممنوعيه أو حق الارتكاب فى اعتبار المتعاقدين.

واشتراط حق الارتكاب والممنوعيه فى اعتبارهما وان يكون نادراً فى الأفعال الخارجيه، ولكنّه متعارف فى الأفعال الاعتباريه فتشترط المرأة للرجل أن لا يحق له التزوج بامرأه أخرى أو أن لا يحق له طلاقها إلى غير ذلك.

وبتعبير آخر: الفرق بين اشتراط ترك التزوج بامرأه أخرى وبين اشتراط أن لا يحق له التزوج بامرأه أخرى ظاهر، فإنّ الأول من قبيل شرط الفعل ولا يجوز له

ص: ٩٧

---

١- (١) وسائل الشيعه ٢١ : ٣٠٠، الباب ٤٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

وكيف كان، فالظاهر بل المتعين: أن المراد بالتحليل والتحريم المستندين إلى الشرط هو الترخيص والمنع. نعم، المراد بالحلال والحرام ما كان كذلك مطلقاً بحيث لا يتغير موضوعه بالشرط، لا ما كان حلالاً لو خُلِيَ وطبعه بحيث لا ينافي عروض عنوان التحريم له لأجل الشرط. وقد ذكرنا: أن المعيار في ذلك وقوع التعارض بين دليل حليّه ذلك الشيء أو حرمة وبين وجوب الوفاء بالشرط وعدم وقوعه، ففي الأوّل يكون الشرط على تقدير صحته معيّراً للحكم الشرعي، وفي الثاني يكون معيّراً لموضوعه.

الشرح:

التزوّج بلحاظ الحكم المترتب عليه بلحاظ الشرط ولا ينافي متعلّق الشرط أى المشروط الكتاب والسنة كما لا يكون المشروط حرمة الحلال، بخلاف الثاني فإن المشروط فيه مخالف للكتاب لاعتبار الحرمان فيما لا يحرمه الشرع، وكذا الحال في اشتراط ترك فعل خارجي واشتراط عدم الحق في ارتكابه فإن عدم الجواز في الأول يترتب بعنوان الشرط وفي الثاني يكون متعلق الشرط عدم الحق والحرمان.

وذكر بعض الأعلام قدس سره تفصيلاً آخر في شرط ترك الحلال وهو أنه إذا كان الشيء حلالاً مع قطع النظر عن العقد والشرط فيه يكون اشتراط تركه محكوماً بالفساد كما في شرط عدم الحق في ارتكابه لان الشرط على كلا التقديرين محرم للحلال ومن هذا القبيل شرط ترك التزوّج بامرأه أخرى أو التسرى بأمه.

واما إذا كان إباحه الشيء تحصل بالعقد، وقبل العقد لا موضوع للإباحه، كما في شرط ترك الوطئ في عقد زواج المرأة، فإن الوطئ بالعقد يحكم بإباحته وقبله لا- موضوع لها، وفي امثال ذلك يكون اشتراط تركه لا بأس به فيما كان الشرط بنحو شرط الفعل لأن الموجب لجواز الفعل هو العقد مع عدم الاشتراط فلا يكون العقد موجبا لجوازه.

ص: ٩٨

فحاصل المراد بهذا الاستثناء في حديثي «الصلح» و«الشرط» أنهما لا يغيّران حكماً شرعياً بحيث يرفع اليد عن ذلك الحكم لأجل الوفاء بالصلح والشرط كالنذر وشبهه. وأمّا تغييرهما لموضوع الأحكام الشرعيّة ففي غاية الكثرة، بل هما موضوعان لذلك، وقد ذكرنا: أنّ الإشكال في كثير من الموارد في تميّز أحد القسمين من الأحكام عن الآخر.

ومما ذكرنا يظهر النظر في تفسير آخر لهذا الاستثناء [١] يقرب من هذا التفسير

الشرح:

أقول: الفرق لا يرجع إلى محضل فإنّ ما يوجب الحكم ببطلان شرط ترك الفعل فيما كان مباحا مع قطع النظر عن العقد والشرط بعينه يجرى فيما كان إباحه الشيء بالعقد.

والموجب المزبور اطلاق خطاب إباحه ذلك الفعل مثلاً قوله سبحانه: «وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ \* إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ» (١) أو المستثنى فيه يعم الزوجه التي اشترط في عقدها ترك وطئها، فيكون شرط ترك وطئها محرماً للحلال الوارد في الكتاب.

ويشهد لعدم الفرق أيضاً قولهم ببطلان اشتراط ترك التزوج بامرأه أخرى وقد ورد في صحيحه منصور بن برزج وجوب الوفاء به مع أنّ إباحتها تثبت قبل العقد والشرط.

وما قيل: من استفاده عدم جوازه من سائر الروايات فقد تقدم ضعف دلالتها وأنها ناظره إلى الحكم بشرط الطلاق المعلق أو الحلف بالطلاق فراجع.

[١] يظهر من كلام صاحب القوانين (٢) رحمه الله: أنّ مراده من الشرط الحرام ما كان

ص: ٩٩

١- (١) سورة المؤمنین: الآیه ٥ و ٦.

٢- (٢) رساله الشروط المطبوعه مع غنائم الأيام: ٧٣٢.

الذى تكلمنا عليه، ذكره المحقق القمى صاحب القوانين فى رسالته التى ألفها فى هذه المسألة، فإنه بعد ما ذكر من أمثله الشرط الغير الجائز فى نفسه مع قطع النظر عن اشتراطه والتزامه شرب الخمر والزنا ونحوهما من المحرمات، أو فعل المرجوحات وترك المباحات وفعل المستحبات كأن يشترط تقليم الأظفار بالسنّ أبداً، أو أن لا يلبس الخنز أبداً ولا يترك النوافل، فإن جعل المكروه أو المستحب واجباً وجعل المباح حراماً حراماً إلا برخصه شرعيه حاصله من الاسباب الشرعيه كالنذر وشبهه فيما ينعقد فيه، ويستفاد ذلك من كلام على عليه السلام فى روايه اسحاق بن عمار: «من اشترط لامرأته شرطاً، فليف لها به، فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حراماً حلالاً أو أحلّ حراماً» قال قدس سره :

الشرح:

المشروط مع قطع النظر عن طريان عنوان الشرط عليه محرّماً كشرط شرب الخمر والزنا ونحوهما وما كان الالتزام به حراماً للحلال كالالتزام بارتكاب المكروه دواماً كتقليم الأظفار بالسن، والالتزام بالاتيان بالمستحب دائماً كالنوافل أو بترك المباح دائماً كما إذا شرط أن لا يلبس الخنز أصلاً.

وبتعبير آخر: يكون الالتزام بفعل المكروه أو فعل المستحب أو ترك المباح على نحو الدوام والاستمرار وعلى نحو العموم من الشرط المحرم للحلال.

وأما إذا لم يكن بنحو العموم والاستمرار أصلاً كان يشترط بأن لا يلبس هذا الخنز مده أو لا يتزوج بالمرأه الفلانيه إلى زمان فلا إشكال فى صحه الشرط حيث لا يحصل بالشرط حكم كلى على المشروط عليه ليكون الحادث من تحريم الحلال.

ووجوب الوفاء بمثل هذا الشروط وإن كان حكماً كلياً إلا أنه مجعول من قبل الشارع لا من قبلنا.

ولو اشترط أن لا يتزوج بهذا المرأه أبداً أو أن لا يبيع هذا الشئ الخارجى أبداً

ص: ١٠٠

فإن قلت: إنَّ الشرط كالنذر وشبهه من الأسباب الشرعيه المغيره للحكم، بل الغالب فيه هو إيجاب ما ليس بواجب، فإنَّ بيع الرجل ماله أو هبته لغيره مباح، وأما لو اشترط في ضمن عقد آخر يصير واجباً، فما وجه تخصيص الشرط بغير ما ذكرته من الأمثله؟

قلت: الظاهر من «تحليل الحرام وتحريم الحلال» هو تأسيس القاعده، وهو تعلق الحكم بالحلّ أو الحرمة ببعض الأفعال على سبيل العموم من دون النظر الى خصوصيه فرد، فتحريم الخمر معناه: منع المكلف عن شرب جميع ما يصدق عليه هذا الكلّي، وكذا حليّه المبيع، فالترويج والتسرّي أمر كلّي حلال، والالتزام تركه مستلزم لتحريمه، وكذلك جميع أحكام الشرع من التكليفيه والوضعيه وغيرها إنّما يتعلّق بالجزئيات باعتبار تحقّق الكلّي فيها، فالمراد من «تحليل الحرام وتحريم

الشرح:

ففى صحه الشرط إشكال، ووجه الإشكال شباهته بتحريم الحلال من حيث العموم فى الزمان، ووجه صحته أنّ التحليل راجع إلى شخص خارجى لا إلى الطبيعى.

والمتخصّص: أنّ تحريم الحلال بوجه الكلّي بالالتزام بترك الطبيعى المباح دواما يحتاج إلى سبب شرعى ورخصه شرعيه، وقد ثبتت هذه الرخصه فى موارد النذر وشبهه بالأمر بالوفاء بالنذور وعدم جواز حنث الحلف والعهد، واما الشرط فليس كذلك كما يدل عليه موثقه إسحاق بن عمار المتقدمه انتهى كلامه ملخصاً.

أقول: يرد على المصنف رحمه الله أنه قد ذكر قرب هذا التفسير من التفسير المتقدم، مع أنّ هذا التفسير لا يرتبط بما تقدم أصلاً فإنه على التفسير المتقدم لم يكن الالتزام بترك المباح شرطاً حراماً وباطلاً أصلاً، بخلاف هذا التفسير كما تقدم.

نعم يرد على هذا التفسير أولاً: أنه لو كان المراد من الشرط المحرم للحلال جعل القضية الكليه ولو فى حق المشروط عليه لكان الأمر فى الشرط المحلل للحرام أيضاً

ص: ١٠١



الحلال» المنهَى عنه هو أن يُحدِثَ المشترط قاعده كليّه ويُبدع حكماً جديداً، فقد أُجيزَ في الشرع البناء على الشروط إلا شرطاً أوجب إبداع حكم كلى جديد مثل تحريم التزوُّج والتسرّي وإن كان بالنسبه الى نفسه فقط، وقد قال الله تعالى: «فَأَنْكُحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ» وكجعل الخيره فى الجماع والطلاق بيد المرأه. وقد قال الله تعالى: «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ». وفيما لو شرطت عليه أن لا- يتزوَّج أو لا- يتسرّي بفلاينه خاصه إشكال. فما ذكر فى السؤال: من وجوب البيع الخاص الذى يشترطانه فى ضمن عقد، ليس ممّا يوجب إحداث حكم للبيع ولا تبديل حلال الشارع وحرامه، وكذا لو شرط نقص الجماع عن الواجب الى أن قال قدس سره :

وبالجملة: اللزوم الحاصل من الشرط لما يشترطانه من الشروط الجائزه ليس من باب تحليل حرام أو تحريم حلال أو إيجاب جائز على سبيل القاعده، بل يحصل من ملاحظه جميع موارد حكم كلى هو وجوب العمل على ما يشترطانه، وهذا الحكم أيضاً من جعل الشارع فقولنا: «العمل على مقتضى الشرط الجائز واجب» حكم كلى شرعى وحصوله ليس من جانب شرطنا حتى يكون من باب تحليل الحرام وعكسه، بل إنّما هو صادر من الشارع، انتهى كلامه رفع مقامه. وللنظر فى مواضع من كلامه مجال، فافهم والله العالم.

الشرح:

كذلك، فلا يكون بأس باشتراط شرب هذا الخمر يوماً أو شهراً كما لا يخفى.

وثانياً: أنّ الالتزام بترك المباح دواماً وأبداً لا محذور فيه ولا يدخل فى الشرط المحرم للحلال.

وثالثاً: أنّ نظير هذا الاستثناء قد ذكر فى روايات الحلف والصلح فلا معنى أن يكون النذر وشبهه سبباً شرعياً لجواز الالتزام بفعل المستحب دائماً أو ترك المباح كذلك ولا يكون الشرط كما لا يخفى.

ص: ١٠٢

## الخامس: يعتبر في نفوذ الشرط أن لا يكون المشروط منافياً للعقد

الشرط الخامس: أن لا يكون منافياً لمقتضى العقد [١] وإلا لم يصح، لوجهين:

أحدهما: وقوع التنافي في العقد المقيّد بهذا الشرط بين مقتضاه الذي لا يتخلف عنه وبين الشرط الملزم لعدم تحقّقه، فيستحيل الوفاء بهذا العقد مع تقيّده بهذا الشرط، فلا بدّ إمّا أن يحكم بتساقط كليهما، وإمّا أن يقدم جانب العقد، لأنّه المتبوع المقصود بالذات، والشرط تابع، وعلى كلّ تقدير لا يصح الشرط.

الشرح:

[١] المعروف أنه يعتبر في نفوذ الشرط أن لا يكون المشروط منافياً للعقد، وإلا يحكم بطلان الشرط.

ويستدل على ذلك تارة: بأنّه لا يمكن تحقّق العقد مع الشرط المزبور، لأنّ مقتضى العقد لا يتخلف عن العقد، ومع الشرط الموجب لعدم تحقّقه اما لا يتحقق شيء من العقد والشرط، أو لا يتحقّق الشرط خاصّه لكونه تابعا وعلى كل تقدير فلا شرط.

وأخرى: بأنّ المشروط إذا كان مخالفا لمقتضى العقد يكون مخالفا للكتاب والسنة، فإنّ مدلولهما ترتب مقتضى العقد على ذلك العقد، ولذا ذكر العلامة رحمه الله أنّ اشتراط عدم بيع المبيع على المشتري يخالف السنة الدالّة على «أنّ الناس مسلّطون على أموالهم» (١).

وربما يقال: إن العقد أى بيع المال من واحد يوجب تسلّطه على بيع ذلك المال فيما إذا لم يشترط عدم البيع عليه.

وبتعبير آخر: يكون جواز بيع المبيع ثانيا من مقتضى إطلاق بيعه منه أولاً فلا يكون مخالفا لمقتضى العقد.

ص: ١٠٣

---

١- (١) التذكرة ١: ٤٨٩، وراجع الحديث في عوالمى اللآلى ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩ و ٤٥٧، الحديث ١٩٨، و ٣: ٢٠٨، الحديث

الثاني: أنّ الشرط المنافي مخالف للكتاب والسنة الدالّين على عدم تخلف العقد عن مقتضاه، فاشتراط تخلفه عنه مخالف للكتاب، ولذا ذكر في التذكرة: أنّ اشتراط عدم بيع المبيع منافع لمقتضى ملكيته، فيخالف قوله صلى الله عليه وآله: «الناس مسلّطون على أموالهم». ودعوى: أنّ العقد إنّما يقتضى ذلك مع عدم اشتراط عدمه فيه لا مطلقاً، خروج عن محل الكلام، إذ الكلام فيما يقتضيه مطلق العقد وطبيعته السارية في كل فرد منه لا ما يقتضيه العقد المطلق بوصف اطلاقه وخلوّه عن الشرائط والقيود حتى لا ينافى تخلفه عنه لقيده بقيده وشرط يشترط فيه. هذا كلّ مع تحقّق الإجماع على بطلان هذا الشرط، فلا إشكال في أصل الحكم. وإنّما الإشكال في تشخيص آثار العقد التي لا يتخلف عن مطلق العقد في نظر العرف أو الشرع الشّرح:

ولكن لا يخفى أنّ الكلام في اشتراط أمر يكون ذلك الأمر منافياً لمقتضى نفس العقد بأن لا ينفك عنه لا في اشتراط أمر يكون ذلك الأمر منافياً لمقتضى إطلاق العقد وعدم تقيده بشرط، وإلا فلا منافاه.

وكيف ما كان: فلا إشكال في اشتراط هذا الأمر وأنّه يعتبر في نفوذ الشرط أن لا يكون مخالفاً لمقتضى نفس العقد للتسالم على ذلك.

وإنّما الإشكال في تمييز موارد كون المشروط مخالفاً لمقتضى نفس العقد عن موارد كونه منافياً لمقتضى إطلاق العقد، ليحكم بالفساد على الأول وعلى عدم البأس والنفوذ على الثاني.

فانه قيل (1) في بعض الموارد ببطلان الشرط لكونه خلاف مقتضى نفس العقد وبصحته في بعضها الآخر مع عدم الفرق بينهما، مثلاً قيل: بعدم جواز شرط ترك البيع أو الهبة على المشتري، فانه يخالف مقتضى الشراء وبجواز شرط العتق والوقف على

ص: ١٠٤

---

١- (١) أنظر العناوين ٢: ٣٠٧.

وتميّزها عمّا يقبل التخلّف لخصوصية تعترى العقد وإن اتّضح ذلك في بعض الموارد لكون الأثر كالمقوّم العرفي للبيع أو غرضاً أصلياً، كاشتراط عدم التصرف أصلاً في المبيع وعدم الاستمتاع أصلاً بالزوجه حتّى النظر ونحو ذلك. إلّا أنّ الإشكال في كثير من المواضع خصوصاً بعد ملاحظه اتّفاقهم على الجواز في بعض المقامات واتّفاقهم 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 حتّى على البائع وولده كما صرّح به في التذكرة، وقد اعترف في التحرير: بأنّ اشتراط العتق مما ينافي مقتضى العقد وإنّما جاز لبناء العتق على التغليب. وهذا لو تمّ لم يجز في الوقف خصوصاً على البائع وولده، فإنّه شرط مناف كالعق لا مبيئاً على التغليب، ولأجل ما ذكرنا وقع في موارد كثيرة الخلاف والإشكال في أنّ الشرط الفلاني مخالف لمقتضى العقد .

الشرح:

المشترى حتى فيما كان الموقوف عليه البائع وولده(١).

وما قيل في الفرق بأن العتق مبني على التغليب(٢) غير صحيح فانه لا يجرى في جواز اشتراط الوقف.

والحاصل: يقع الإشكال في تمييز كون الشرط مخالفاً لمقتضى نفس العقد أو إطلاقه في موارد كثيرة:

منها: اشتراط ترك البيع على المشتري فان المشهور على عدم الجواز ولكن عن العلامة(٣) جوازه.

ص: ١٠٥

١- (١) التذكرة ١ : ٤٩٣ .

٢- (٢) التحرير ١ : ١٨٠ .

٣- (٣) التذكرة ١ : ٤٨٩ .

منها: اشتراط عدم البيع، فإن المشهور عدم الجواز، لكن العلامه في التذكرة استشكل في ذلك بل قوى بعض من تأخر عنه صحته.

ومنها: ما ذكره في الدروس في بيع الحيوان: من جواز الشركة فيه إذا قال: «الربح لنا ولا خسران عليك» لصحيحة رفاعه في شراء الجارية، قال: ومنعه ابن ادریس لأنه منافٍ لقضيه الشركة. قلنا: لا نسلم أن تبعه المال لازمه لمطلق الشركة بل للشركة المطلقة والأقرب تعدى الحكم الى غير الجارية من المبيعات، انتهى.

ومنها: ما اشتهر بينهم: من جواز اشتراط الضمان في العارية وعدم جوازه في الإجاره، مستدلّين: بأن مقتضى عقد الإجاره عدم ضمان المستأجر، فأورد عليهم المحقق الاردبيلي وتبعه جمال المحققين في حاشيه الروضه: بمنع اقتضاء مطلق العقد لذلك، إنما المسلم اقتضاء العقد المطلق المجرد عن اشتراط الضمان نظير العارية.

الشرح:

ومنها: ما ذكره في الدروس(1): من انه لو اشترى حيوانا وشرك فيه الآخر على ان يكون الربح بينهما ولا خسران عليه، فمقتضى صحيحة رفاعه جواز الشرط، قال: «سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل شارك رجلاً في جاريه له وقال: إن ربنا فيها فلك نصف الربح، وإن كانت وضعيه فليس عليك شيء فقال: لا أرى بهذا بأساً إذا طابت نفس صاحب الجارية»(2). ونحوها، ولكن عن ابن ادریس(3) عدم جواز الشرط لانه مخالف لمقتضى الشركة.

أقول: ظاهر الصحيحه التشريك بمعنى بيع نصف المشاع على الآخر مع الشرط

ص: ١٠٦

١- (١) الدروس ٣ : ٢٢٣ ٢٢٤ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩ : ٧ ، الباب ١ من كتاب الشركة، الحديث ٨ .

٣- (٣) السرائر ٢ : ٣٤٩ .

ومنها: اشتراط عدم إخراج الزوجه من بلدها، فقد جوزه جماعه لعدم المانع وللنص ومنعه آخرون، منهم فخر الدين فى الإيضاح مستدلاً: بأن مقتضى العقد تسلط الرجل على المرأة فى الاستمتاع والإسكان، وقد بالغ حتى جعل هذا قرينه على حمل النص على استحباب الوفاء.

ومنها: مسأله توارث الزوجين بالعقد المنقطع من دون شرط أو معه وعدم توارثهما مع الشرط أو لا معه فإنها مبنيه على الخلاف فى مقتضى العقد المنقطع. قال فى الإيضاح ما ملخصه بعد إسقاط ما لا يرتبط بالمقام: إنهم اختلفوا فى أن هذا العقد يقتضى التوارث أم لا.

وعلى الأول: فقيل: المقتضى هو العقد المطلق من حيث هو هو فعلى هذا القول لو شرط سقوطه لبطل الشرط، لأن كل ما تقتضيه الماهيه من حيث هي يستحيل عدمه مع وجودها. وقيل: المقتضى إطلاق العقد أى العقد المجرد عن شرط نقيضه أعنى الماهيه بشرط لا شيء فيثبت الإرث ما لم يشترط سقوطه.

الشرح:

المزبور، ولا بد من أن يراد بالشرط شرط تدارك الخساره، نظير ما ذكره فى شرط الخسران الشركه فى عقد على العامل.

والوجه فى ذلك: أنه إذا كان المشروط فى المتاع المشترك فيما إذا اشتراه اثنان بضمن على عهدهما أو كان المتاع لأحدهما فشرك الآخر فيه ولو بيع نصفه منه توليه الربح بينهما والخسران على أحدهما، فيتصور صور:

الأولى: أن يكون المشروط انتقال المقدار المساوى لرأس مال صاحبه من الثمن إليه بمجرد البيع كما إذا اشترى المتاع بعشرين بالمناصفه وباعا بعشره، فينتقل تمام العشره إلى ملك المشروط.

والاشترط بهذا النحو محكوم بالبطلان، فإن العشره التى بيع المتاع بها بدل لتمام

وعلى الثاني: قيل: يثبت مع الاشتراط ويسقط مع عدمه، وقيل: لا يصح اشتراطه، انتهى.

ومرجع القولين إلى أنّ عدم الإرث من مقتضى إطلاق العقد أو ماهيته، واختار هو هذا القول الرابع تبعاً لجده ووالده واستدلّ عليه أخيراً بما دلّ على أنّ من حدود المتعه أن لا ترثها ولا ترثك قال: فجعل نفى الإرث من مقتضى ماهيه.

ولأجل صعوبه دفع ما ذكرنا من الإشكال في تمييز مقتضيات ماهيه العقد من مقتضيات إطلاقه، التجأ المحقق الثاني مع كمال تبخره في الفقه حتى تُثني به المحقق فأرجع هذا التمييز عند عدم اتّضح المنافات وعدم الإجماع على الصحه أو البطلان الى نظر الفقيه فقال أوّلاً:

المراد ب«منافى مقتضى العقد» ما يقتضى عدم ترتّب الأثر الذي جعل الشارع العقد من حيث هو هو بحيث يقتضيه ورتبه عليه على أنه أثره وفائدته التي لأجلها

الشرح:

المتاع لا لنصفه، فيكون انتقالها إلى ملك أحدهما موجبا لخروج المعوض من كيس ودخول عوضه في ملك آخر.

لا يقال: لا محذور في انتقال بدل المال إلى غير ملك مالك المعوض بعضاً أو كلاً، كما في المضاربه فان الثمن الذي وقع بازاء المتاع المشتري برأس المال بدل عن ذلك المتاع المملوك لربّ المال، مع أنه يدخل بعضه في ملك العامل.

فإنه يقال: المضاربه تتضمن التوكيل في تجاره وجعل بعض الربح بنحو الإشاعه أجره للعامل.

وهذا لا محذور فيه فيكون نظير الصورة الثانيه: وهى ما إذا اشترط دخول مقدار من رأس المال المملوك لأحد الشريكين ببيع المتاع في ملك الآخر مع الخسران، أو دخول ما يقال: رأس مال صاحبه من العين في ملكه قبل البيع ليكون ثمنه ملكه بالبيع.

ص: ١٠٨

وضع كانتقال العوضين إلى المتعاقدين وإطلاق التصرف فيهما في البيع وثبوت التوثق في الرهن والمال في ذمه الضامن بالنسبه إلى الضمان وانتقال الحق إلى ذمه المَحال عليه في الحواله ونحو ذلك فإذا شرط عدمها أو عدم البعض أصلاً نافي مقتضى العقد.

ثم اعترض على ذلك بصحة اشتراط عدم الانتفاع زماناً معيناً وأجاب بكفايه جواز الانتفاع وقتاً ما في مقتضى العقد، ثم اعترض بأن العقد يقتضى الانتفاع مطلقاً، فالمنع عن البعض منافي له.

ثم قال: ودفع ذلك لا يخلو عن عسر وكذا القول في نحو خيار الحيوان فإن ثبوته مقتضى العقد فيلزم أن يكون شرط سقوطه منافياً له. ثم قال: ولا يمكن أن يقال: أن مقتضى العقد ما لم يجعل إلا لأجله كانتقال العوضين فإن ذلك ينافي منع اشتراط أن لا يبيع المبيع مثلاً. ثم قال: والحاسم لماده الإشكال أن الشروط على أقسام:

الشرح:

والشرط في هذه الصورة بفرضيه لا بأس به بناءً على أن شرط الملك بنحو شرط النتيجة مع التعليق والجهاله صحيح ولا يضر كونه تمليكاً قبل التملك ولكن هذا مجرد فرض.

الصورة الثالثه: ما إذا كان الشرط أى المشروط بنحو شرط الفعل بأن يلتزم أحد الشريكين في عقد الشركه أو عقد آخر أن يتدارك خسران شريكه وهذا بنحو من الاشتراط يوافق الارتكاز، ولذا لا يفرق بين كون الخسران بحيث يحتاج تداركه إلى الإعطاء من غير الثمن أم لا، ولا يبعد أن يكون ظهور الصحيحه أيضاً ذلك.

ومما ذكر يظهر الحال فيما إذا اشترط في عقد الشركه أو في عقد آخر زياده أحدهما في الربح بالإضافة إلى رأس ماله فإنه لا يصح على الصورة الأولى، إلا إذا كان



منها: ما انعقد الإجماع على حكمه من صحّحه أو فساد.

ومنها: ما وضح فيه المنافاه للمقتضى 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: وضح المنافاه إن كان بالعرف كاشتراط عدم الانتقال في العوضين وعدم انتقال المال الى ذمّه الضامن والمحال عليه فلا يتأتى معه إنشاء مفهوم العقد العرفي، وإن كان بغير العرف فمرجهه إلى الشرع من نصّ أو إجماع على صحّحه الاشتراط وعدمه. ومع عدمهما وجب الرجوع إلى دليل اقتضاء العقد لذلك الأثر المشتراط عدمه، فإن دلّ عليه على وجه يعارض بإطلاقه أو عمومه دليل وجوب

الشرح:

للمشروط له عمل زائد بحيث تكون الزيادة بازاء عمله، فيشبه المضاربه هذا كله في ربح التجاره وخسرانها.

وأما إذا كان الاشتراط راجعا إلى اختصاص احد الشريكين بنماء العين المشتركة فهذا لا بأس به سواء كان الاشتراط في عقد الشركه أو غيره، لأنّ ما ذكر في ربح التجاره في الصوره الأولى لا يجرى في هذا الفرض، ولكن الشرط المزبور أيضا لا يخلو عن التأمل.

ومنها: ما اشتهر بينهم (١) من جواز شرط ضمان العين في عاريتها ولا يجوز شرط ضمانها في إيجارتها.

وربما يقال كما عن الأردبيلي (٢) قدس سره بجواز شرط الضمان في الإجاره أيضا لأنّ

ص: ١١٠

١- (١) راجع مفتاح الكرامه ٧: ٢٥٣، والجواهر ٢٧: ٢١٧.

٢- (٢) مجمع الفائده ١٠: ٦٩.

الوفاء به بحيث لو أوجبنا الوفاء به وجب طرح عموم ذلك الدليل وتخصيصه حكم بفساد الشرط لمخالفته حينئذ للكتاب والسنة. وإن دلّ على ثبوته للعقد لو خلى وطبعه بحيث لا ينافي بتغيير حكمه بالشرط حكم بصحة الشرط. وقد فهم من قوله تعالى: «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ» أنّ السلطنة على الزوجه من آثار الزوجية التي لا تتغير، فجعل اشترط كون الجماع بيد الزوجه في الروايه السابقه منافياً لهذا الأثر ولم يجعل اشترط عدم الإخراج من البلد منافياً. وقد فهم الفقهاء من قوله: «البيعان بالخيار حتى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع» عدم التنافي، فأجمعوا على صحته اشترط سقوط الخيار الذي هو من الآثار الشرعية للعقد، وكذا على صحته اشترط الخيار بعد الافتراق. ولو شك في مؤدى الدليل وجب الرجوع الى أصله ثبوت ذلك الأثر على الوجه الثانى فيبقى عموم أدله الشرط سليماً عن المخصّص وقد ذكرنا هذا فى بيان معنى مخالفه الكتاب والسنة.

الشرح:

عدم ضمانها فيها مقتضى إطلاق عقد الإجاره نظير العاربه.

ومنها: التوارث فى عقد الانقطاع فإنّ فيه وجوه أربعة: الأوّل: التوارث مطلقاً ولو مع عدم الاشتراط. الثانى: التوارث مع الاشتراط فقط. الثالث: عدم التوارث مع اشتراط العدم. الرابع: عدم التوارث مطلقاً.

فإنّ الكلام فى أنّ التوارث من مقتضى نفس عقد الانقطاع كعقد الدوام، أو أنه من مقتضى إطلاقه، أو أن عقد الانقطاع لا يقتضى التوارث لا بنفسه ولا بإطلاقه بل يقتضى عدمه.

وإذا اقتضى عدمه هل اقتضاه عدم التوارث بنفس العقد أو بمقتضى إطلاقه.

أقول: إن أريد بمقتضى العقد مدلوله فلا ينبغى الريب فى اعتبار عدم كون الشرط مخالفاً لمقتضى العقد، فإنّه إذا كان منافياً لا يتحقق قصد إنشاء ذلك المدلول، كما إذا قال

ص: ١١١

## السادس: اعتبار عدم جهاله الشرط

الشرط السادس: أن لا يكون الشرط مجهولاً [١] جهاله توجب الغرر في البيع لأن الشرط في الحقيقة كالجزم من العوضين كما سيحىء بيانه، قال في التذكرة: وكما أن الجهاله في العوضين مبطله فكذا في صفاتهما ولو اءق المبيع فلو شرطاً شرطاً مجهولاً بطل البيع، انتهى.

وقد سبق ما يدل على اعتبار تعيين الأءل المشروط في الثمن، بل لو فرضنا عدم سرايه الغرر في البيع كفى لزومه في أصل الشرط بناءً على أن المنفى مطلق الغرر حتى في غير البيع، ولذا يستندون إليه في أبواب المعاملات حتى الوكاله، فبطلان الشرط المجهول ليس لإبطاله البيع المشروط به، ولذا قد يءزم ببطلان هذا الشرط مع الاستشكال في بطلان البيع، فإنّ العلامه في التذكرة ذكر في اشتراط عمل مجهول في عقد البيع: أن في بطلان البيع وجهين مع الجزم ببطلان الشرط.

الشرح:

«بعتك المال على أن لا يكون المبيع ملكاً فعلاً أو مطلقاً» أو «وهبتك المال على أن يكون المال لى لا لك» إلى غير ذلك.

وأما إذا أريد من مقتضى العقد حكمه سواء كان ذلك الحكم إمضائياً أو تأسيسياً، فان كان المشروط عدم ذلك الحكم، فلا يصح الشرط لكونه يخالف الكتاب أو السنه.

نعم إذا كان ذلك المقتضى من قبيل الحق لا الحكم فلا بأس باشتراط عدمه، واما اشتراط الفعل أو الترك لحكم المعامله فقد تقدم الكلام فيه سابقاً فلا نعيد.

[١] ذكر قدس سره أنه يعتبر في نفوذ الشرط عدم جهالته، حيث إن جهالته يوجب الغرر في البيع لكون الشرط في الحقيقة أمر ينضم إلى أحد العوضين والجهاله في أحد العوضين غرر في البيع.

ولذا ذكروا أنه يعتبر في بيع السلم والنسيه تعيين المدّه التي يستحق فيها المشتري تسلّم المبيع والبايع تسلّم الثمن، مع أن في السلم اشتراط تأخير تسليم

لكنّ الإنصاف: أنّ جهاله الشرط يستلزم في العقد دائماً مقداراً من الغرر الذي يلزم من جهالته جهاله أحد العوضين. ومن ذلك يظهر وجه النظر فيما ذكره العلامة في مواضع من التذكرة: من الفرق في حمل الحيوان وبيض الدجاجة ومال العبد المجهول المقدار، بين تملكها على وجه الشرطيه في ضمن بيع هذه الأمور، بأن يقول: «بعتكها على أنّها حامل أو على أنّ لك حملها» وبين تملكها على وجه

الشرح:

المبيع على العهده وفي النسيه اشتراط التأخير في الثمن كذلك.

ولو أغمض عن ذلك بأن بنى على أن الشرط لا ينضم إلى أحد العوضين مطلقاً، بل في خصوص ما كان المشروط وصفاً في أحد العوضين أو تعين زمان أو مكان لتسليمهما.

وأما إذا كان عملاً خارجياً أو اعتبارياً فلا تكون الجهاله في هذا الشرط موجبا للغرر في البيع يحكم بطلان الشرط المجهول لما رواه العلامة (١) عن النبي صلى الله عليه و آله من نهيه عن الغرر (٢)، وهذا النهي يعمّ المعامله التي تكون فيها الجهل كذا الشرط المجهول فيها.

ولا بأس بإرساله في الاعتماد عليه لانجبار ضعفه بعمل المشهور، حيث يحكمون بفساد المعامله التي فيها جهل حتى في مثل الوكاله وغيرها من المعاملات الجايزه.

نعم بطلان الشرط لا يوجب بطلان البيع على الأظهر فيما يأتي مسأله كون الشرط الفساد مفسدا للعقد أم لا.

ثم ذكر قدس سره أنّ جهاله الشرط يوجب الجهاله في أحد العوضين، ولذلك يكون البيع غررياً، وفرّع على ذلك عدم المساعده على ما ذكر العلامة (٣) قدس سره في حمل الحيوان

ص: ١١٣

١- (١) التذكرة ١: ٤٦٦، ٤٨٨، ٤٩١.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧: ٤٤٨، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٣.

٣- (٣) التذكرة ١: ٤٩٣ و ٤٩٩.

الجزئيه، بأن يقول: «بعتكها وحملها» فصَحَّ الأوَّل لأنه تابع، وأبطل الثانى لأنه جزء. لكن قال فى الدروس: لو جعل الحمل جزءاً من المبيع فالأقوى الصحه لأنه بمنزله الاشتراط، ولا يضر الجهاله لأنه تابع. وقال فى باب بيع المملوك: ولو اشتراه وماله صحَّ ولم يُشترط علمه ولا التفصى من الربا إن قلنا: إنه يملك وإن أحلناه اشتراطاً، انتهى.

الشرح:

وبيض الدجاجه ومال العبد فيما إذا جهل مقداره وانه لو وقع البيع واشترط فيه الحمل أو البيض للمشتري صح البيع، لأنَّ الشرط تابع ولا يضر جهاله التابع، بخلاف ما إذا قال «بعت الدابه مع حملها بكذا»، فإنه يحكم ببطلان البيع للجهاله فى أحد العوضين.

وعن الدروس(1): لو جعل الحمل جزءاً يصح البيع أيضاً، لأنَّ الحمل تابع وكذا مال العبد بناءً على أنه يملك، فان ماله لكونه تابعا للعبد لا يضر فيه الجهاله ولا يجرى فيه الربا، بخلاف ما إذا قيل: بأنه لا يملك، فان المال على ذلك لا يتبع العبد فيعتبر فى بيعه مع ماله أو بشرط ماله العلم بمقدار المال وعدم لزوم الربا.

لكن الأظهر مع اختلاف الكلمات اعتبار عدم الجهاله فى الشرط مطلقاً، إلا فيما إذا كان الشرط بحيث يعد فى العرف تابعا غير مقصود بالبيع كبيض الدجاجه.

والوجه فى ذلك عموم النهى عن الغرر وكون التراضى بالبيع منوطاً بالشرط على ما فى كلماتهم دخیلاً فى تحقق نفس البيع. والجهاله فيه موجه للجهاله فى البيع.

أقول: قد تقدم أنَّ إنشاء البيع منوط بالشرط بمعناه المصدري وهو حاصل على الفرض، وأمَّا الشرط بمعنى المشروط فلا يكون إنشاء البيع معلقاً عليه، وإلاَّ بطل للتعليق وأنَّ الجهاله فى المشروط يوجب الغرر فى البيع فيما إذا كان المشروط وصفاً

ص: ١١٤

والمسألة محل إشكال، وكلماتهم لا يكاد يعرف الثامها حيث صرّحوا: بأن للشرط قسطاً من أحد العوضين، وأن التراضى على المعاوضة وقع منوطاً به، ولازمه كون الجهاله فيه قاده.

والأقوى اعتبار العلم، لعموم نفي الغرر إلا إذا عُيّد الشرط فى العرف تابِعاً غير مقصود بالبيع كبيع الدجاج. وقد مرّ ما ينفع هذا المقام فى شروط العوضين، وسيأتى بعض الكلام فى بيع الحيوان إن شاء الله تعالى.

الشرح:

لأحد العوضين أو تعيّننا لزمان استحقاق التسليم أو التسلم أو مكانهما، لا مطلقاً فان البيع تمليك عين لعوض.

ولو كان المشروط امراً خارجاً عن العوضين كما إذا كان عملاً خارجياً واعتبارياً فلا يوجب جهالته فى البيع، والنهى عن الغرر غير ثابت.

واعتبار التعيين فى غير البيع من المعاملات المبتنيه على المداقه والمغابنه مستفاد مما ورد فى البيع حيث لا فرق بحسب المتفاهم العرفى بينه وبينها من تلك الجهه.

ثم إنّ مسأله التابع لأحد العوضين لا يجرى فى هذا الفرض، بل يجرى فى الفرض الأول فلاحظ وتدبر.

ثم انه لا يبعد دعوى عدم البأس بشرط مجهول راجع إلى أحد العوضين بأن يكون المشروط مالم مجهول الحصول أو المقدار أو الوصف، وذلك للأخذ بمقتضى ماورد فى جواز بيع المجهول منضمماً إلى معلوم، فانه إذا كان ظاهر تلك الروايات جعل المجهول جزءاً من أحد العوضين، فلا يحتمل صحته وعدم صحه جعل المجهول شرطاً.

وعن السيد اليزدى (١) قدس سره انه لا بأس بالشرط المجهول كان له واقع معين كما إذا باع المال بكذا على أن يفعل المشتري ما يقوله زيد.

ص: ١١٥

## السابع: اعتبار عدم كون الشرط مستلزماً للمحال

الشرط السابع: أن لا يكون مستلزماً لمحال [١] كما لو شرط في البيع أن يبيعه على البائع، فإنَّ العلامه قد ذكر هنا: أنه مستلزم للدور. قال في التذكرة: لو باعه شيئاً بشرط أن يبيعه إياه لم يصحَّ سواء اتَّحد الثمن قدرأً وجنسأً ووصفاً أو لا، وإلاَّ جاء الدور، لأنَّ بيعه له يتوقَّف على ملكيته له المتوقَّفه على بيعه، فيدور. أمَّا لو شرط أن يبيعه على غيره، فإنَّه يصحَّ عندنا حيث لا منافاه فيه للكتاب والسنة. لا- يقال: ما التزموه من الدور آتٍ هنا، لأنَّنا نقول: الفرق ظاهر، لجواز أن يكون جارياً على حد التوكيل أو عقد الفضولي، بخلاف ما لو شرط البيع على البائع، انتهى. وقد تقدَّم تقرير الدور مع جوابه في باب النقد والنسيه. وقد صرَّح في الدروس: بأنَّ هذا الشرط باطل لا للدور، بل لعدم القصد إلى البيع.

الشرح:

وأما إذا لم يكن له واقع معين فلا يصحَّ، كما إذا قال: «بعتك المال بكذا» على ان يفعل شيئاً.

والوجه في الفرق أنَّ البيع في الصورة الثانيه يكون غريباً، بخلاف الصورة الأولى فإنَّه لا ينطبق الغرر على البيع.

ولكن لا- يخفى أنَّ التفرقه بين الصورتين غير وجيه فإنَّ البيع هو تمليك عين بعوض، فان كان المشروط المجهول لا حقا بأحد العوضين فيحكم ببطلانه في الصورتين، وإلاَّ فلا يكون البيع غريباً ولا يحكم ببطلانه.

وبتعبير آخر: عنوان العقد وان يعم المعامله بشرطها، ولذا يحكم بلزوم الشرط كنفس المعامله، إلاَّ أنَّ عنوان البيع لا يعم الشرط ولا يكون الغرر فيه غرراً في البيع.

[١] إذا كان تحقَّق المشروط مستلزماً لمحال يكون ذلك من شرط المحال غير المقذور، وقد تقدَّم عدم تعلق الالتزام بغير المقذور فضلاً عن المحال، واما ما يذكر في المقام مثلاً لذلك بأن باع منه شيئاً واشترط عليه ان يبيعه منه ثانياً فلا يخفى ما فيه، فان

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 المبيع على الثمن مع جريان الدور فيه.

الشرح:

الاشتراط المزبور في نفسه لا- بأس به ولا- يستلزم دورا ولا- غيره حتى فيما إذا كان المشروط بيع المتاع من بايعه بنحو شرط النتيجة، لأنّ بالبيع يدخل المبيع في ملك المشتري وبالشرط يخرج من ملكه إلى ملك بايعه، لأنّ المراد بالشرط في المقام الشرط في المعامله، لا الشرط من أجزاء العله.

ولو امتنع اشتراط أن يبيعه منه ثانيا لا تمتنع اشتراط ان يبيعه من غيره بعد شرائه، لأنّ المراد من بيعه من غيره البيع عن نفسه بحيث يدخل الثمن في ملكه كما يخرج المثل من ملكه أيضا، والبيع فضولاً أو بنحو الوكالة لا يدخل في شرط البيع المزبور.

ولكن يرفع اليد عن الجواز بالإضافه إلى اشتراط بيع المال من بايعه ثانيا ويحكم ببطلان الشرط بل البطلان البيع المشروط أخذا بظاهر صحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: «سألته عن رجل باع ثوبا بعشره دراهم إلى أجل، ثم اشتراه بخمسه دراهم بنقد أيحل؟ قال: إذا لم يشترط ورضيا فلا بأس»<sup>(١)</sup>. وقريب منها غيرها وهذا مع اختلاف الثمنين.

وذكر السيد اليزدي<sup>(٢)</sup> قدس سره مثالا آخر لهذا الاشتراط، كما إذا نذر ان ماله المعين لزيد على تقدير وجوب الكنس عليه، ثم باع ذلك المال من عمرو واشترط عمرو عليه كنس المسجد، فانه إذا صح هذا الشرط ووجب عليه الكنس للزوم دخول المبيع في

ص: ١١٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٤٢ ، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٦، ومسائل على بن جعفر : ١٢٧ / ١٠٠.

٢- (٢) حاشيه كتاب المكاسب ٣ : ٢٨٨ ، الرقم ٤١٥ .



الشرط الثامن: أن يلتزم به فى متن العقد، فلو تواطيا عليه قبله لم يكف ذلك فى التزام المشروط به على المشهور، بل لم يُعلم فيه خلاف، عدا ما يتوهم من ظاهر الخلاف والمختلف، وسيأتى. لأنّ المشروط عليه إن أنشأ إلزام الشرط على نفسه قبل العقد كان إلزاماً ابتدائياً لا يجب الوفاء به قطعاً وإن كان أثره مستمراً فى نفس الملزم إلى حين العقد، بل إلى حين حصول الوفاء وبعده نظير بقاء أثر الطلب المنشأ فى زمانٍ إلى حين حصول المطلوب وإن وعد بإيقاع العقد مقروناً بالتزامه، فإذا ترك ذكره فى العقد فلم يحصل ملزم له. نعم، يمكن أن يقال: إنّ العقد الشرح:

ملك زيد كما هو مقتضى نذر كونه له بنحو نذر النتيجة وإذا دخل فى ملكه لزم بطلان البيع من عمرو.

وعلى ذلك فيلزم من صحه الشرط انتفاء المعامله التى وقع الشرط المزبور فى ضمنها.

أقول: لو فرض صحه النذر المزبور كما إذا وقع شكراً لوجوب كنس المسجد لوجب على الناذر وجوب الكنس باشرطه فى بيع المال من عمرو، ولكن لا يبطل البيع المزبور ولا يدخل المبيع فى ملك زيد، لأن نذر المال له بنحو شرط النتيجة على تقدير وجوب الكنس وعلى تقدير بقاء المال فى ملكه، ولا يعم فرض خروجه إلى ملك الآخر بناقل اختيارى أو قهرى كما لا يخفى.

والحاصل: أنه لا- ندعى ان انتقال المال إلى زيد متأخر عن انتقاله إلى عمرو رتبه، ومع انتقاله إلى عمرو فى رتبه سابقه لا يبقى مجال للمتأخر ليقال: إن انتقال المال إلى زيد إنما يتأخر عن وجوب الكنس، لا عن انتقال المال إلى عمرو، وانتقال المال إلى عمرو وان كان فى رتبه وجوب الكنس إلا أن المتأخر عن أحد الشئيين فى رتبه واحده لا يتأخر عن الآخر منهما أيضاً لأن ملاك التأخر رتبه وهى العليه والمعلوليه يختص بأحد الشئيين.

إذا وقع مع توأطيهما على الشرط كان قيداً معنويّاً له، فالوفاء بالعقد الخاص لا يكون إلاّ مع العمل بذلك الشرط، ويكون العقد بدونه تجاره لا عن تراض، إذ التراضى وقع مقيداً بالشرط، فإنّهم قد صرّحوا بأنّ الشرط كالجزم من أحد العوضين، فلا فرق بين أن يقول: «بعتك العبد بعشره وشرطت لك ماله» وبين توأطيهما على كون مال العبد للمشتري، فقال: «بعتك العبد بعشره» قاصدين العشره المقرونه بكون مال العبد للمشتري. هذا، مع أنّ الخارج من عموم «المؤمنون عند شروطهم» هو ما لم يقع العقد مبيّياً عليه، فيعمّ محلّ الكلام. وعلى هذا فلو توأطيا على شرط الشرح:

بل المدعى أنّ نذر المال لزيد مشروطاً بوجود كنس المسجد عليه بنحو القضييه الشرطيه مقتضاه تحقق انتقال المال إلى زيد على تقدير بقاء المال فى ملك الناذر عند وجوب الكنس على ذلك الناذر، كما فى ساير النذور المعلقه أى المشروطه.

ومن الظاهر أن القضييه الشرطيه لا تتكفل لإثبات الشرط الوارد فيها، كما أنها لا تنفيه.

ونظيرها القضييه الحمله التى بمفاد القضييه الشرطيه أو الحقيقيه، فان هذه لا تتكفل لإثبات موضوعها أو نفيها ولذا لا تنافى القضييه الشرطيه أو الحقيقه الأخرى النافيه لتحقيق الشرط أو نفي تحقيق الموضوع.

وعلى ذلك فإذا باع الناذر المال من عمرو على شرط وجوب الكنس على الباع فيعمّه «أحلّ الله البيع» فيخرج المال المزبور عن ملك الناذر، ولا يبقى لرجوع المال إلى زيد موضوع أى شرطه وهو بقاء المال على ملك الناذر.

نعم يبقى الكلام فى ان هذا الانتقال حث للناذر أم لا، والصحيح كما ذكرنا فى محله أنه لو كان النذر بمجرد مفاد القضييه الشرطيه فقط فلا حث، لأن نذر الانتقال كما هو معلق على وجوب الكنس كذلك معلق على بقاء المال على ملك الناذر، ومع

## الثامن: اعتبار ذكر الشرط في متن العقد

فاسد فسد العقد المبني عليه وإن لم يذكر فيه. نعم، لو نسيا الشرط المتواطأ عليه فأوقعا العقد غير بانين على الشرط بحيث يقصدان من العوض المقرون بالشرط، أتجه صحه العقد وعدم لزوم الشرط. هذا، ولكن الظاهر من كلمات الأكثر عدم لزوم الشرط الغير المذكور في متن العقد [١] وعدم إجراء أحكام الشرط عليه وإن وقع العقد مبتئياً عليه، بل في الرياض عن بعض الأجله حكايه الإجماع على عدم لزوم الوفاء بما يشترط لا في عقد، بعدما ادعى هو قدس سره الإجماع على أنه لا حكم

الشرح:

خروج المال عن ملكه كعدم وجوب الكنس لا نذر.

وأما إن كان مع الالتزام بإبقاء المال إلى زمان يحتمل فيه حصول الشرط كما هو المتفاهم مثل قول الناذر «لله على التصديق بهذا المال» على تقدير مجيء مسافري أو شفاء مريضى ونحو ذلك فاللازم إبقاء المال.

ولو أتلفه أو أخرجه عن ملكه مع احتمال حصول الشرط مطلقاً أو فى زمان عينه فعليه كفاره الحنث، كما أنه لو لم يخرججه ولكن لم يتصدق مع تحقق الشرط يتحقق الحنث، ولا يبعد أن يكون المثال من هذا القبيل أيضاً والله سبحانه هو العالم.

[١] اختلف كلماتهم فى اعتبار ذكر الشرط فى متن العقد بحيث لا يكفى ذكره قبله حتى فيما كان من قصدهما بناء العقد على المذكور قبله، فإنه يظهر من بعضهم كما صرح به بعضهم الآخر (١) اعتبار ذكره فى متن العقد.

ويذكر فى وجه الاعتبار أن المشروط عليه قبل العقد ان التزم بشىء، فهذا يدخل فى الالتزام الابتدائى فلا يجب الوفاء به حتى ما لو فرض أنه كان على التزامه إلى أن وقع العقد، أو حتى كان على التزامه بعد العقد أيضاً فان بقاءه على التزامه لا يخرججه عن الالتزام الابتدائى.

ص: ١٢٠

للشروط إذا كانت قبل عقد النكاح. وتتبع كلماتهم في باب البيع والنكاح يكشف عن صدق ذلك المحكى، فتراهم يجوّزون في باب الربا والصرف الاحتياي في تحليل معاوضه أحد المتجانسين بأزيد منه ببيع الجنس بمساويه ثم هبه الزائد من دون أن يشترط ذلك في العقد، فإنّ الحيله لا تتحقّق إلا بالتواطى على هبه الزائد بعد البيع والتزام الواهب بها قبل العقد مستمراً إلى ما بعده. وقد صرّح المحقّق والعلامة في باب المراهجه: بجواز أن يبيع الشىء من غيره بثمان زائد مع قصدهما نقله بعد ذلك الى البائع ليخبر بذلك الثمن عند بيعه مراهجه إذا لم يشترط ذلك لفظاً. ومعلوم أنّ المعامله لأجل هذا الغرض لا يكون إلا مع التواطى والالتزام بالنقل ثانياً. نعم، خصّ في المسالك ذلك بما إذا وثق البائع بأنّ المشتري ينقله إليه من دون التزام ذلك وإيقاع العقد على هذا الالتزام. لكنّه تقييد لإطلاق كلماتهم، خصوصاً مع قولهم: إذا لم يشترط لفظاً.

الشرح:

وان لم يلتزم بذلك الشىء قبل العقد بل وعد بالتزامه في ضمن العقد فمع عدم ذكره في متن العقد لم يتحقّق الالتزام بذلك الشىء لا قبل العقد ولا فيه.

وربما يؤيد ذلك بما ذكروا في باب الربا في الاحتياي للتخلص من الربا من أنّه لو عاوض أحد المتجانسين بأزيد منه وكان من قصدهما المبادله مثلاً بمثل وهبه المقدار الزائد فلا بأس فيما إذا لم يشترط الهبه في البيع.

ووجه التأييد أنّه لا- يكون هذا التخلص عادة إلا بالتواطى عليه قبل المعامله ولو كان التوافق بشىء قبل المعامله بمنزله الاشتراط لكان هبه الزائد شرطاً لا محاله، فتدخل المعامله في الربا حيث إن الربا تعم الزيادة العينيه والحكميه وشرط هبه المقدار الزائد من الزيادة الحكميه.

ص: ١٢١

وبالجملة: فظاهر عبارتي الشرائع والتذكرة: أنّ الاشتراط والالتزام من قصدهما ولم يذكره لفظاً، لا أنّ النقل من قصدهما، فراجع.

وأيضاً فقد حكى عن المشهور: أنّ عقد النكاح المقصود فيه الأجل والمهر المعين إذا خلا عن ذكر الأجل ينقلب دائماً. نعم، ربما ينسب إلى الخلاف والمختلف: صحه اشتراط عدم الخيار قبل عقد البيع. لكن قد تقدّم في خيار المجلس النظر في هذه النسبة إلى الخلاف، بل المختلف، فراجع. ثم إنّ هنا وجهاً الشرح:

وكذا يؤيد بما ذكر العلامة (١) وقبله المحقق (٢) في بيع المرابحه بأنّه: يجوز للبائع عند إرادته الإخبار برأس ماله أن يبيع ذلك المال من آخر بمقدار يريد الإخبار بذلك المقدار، ويشتري منه ثانياً بذلك المقدار، ويخبر عند إرادته البيع مرابحه برأس ماله وأنه ذلك المقدار، وهذا كاشف عن أنّه لا يجرى على المذكور قبل العقد.

وبناء العقد عليه حكم الشرط لما تقدم من بطلان البيع بشرط بيع المشتري المال من بايعه ثانياً.

ولو كان التوافق قبل العقد في حكم الشرط لكان بيع المالك علاجاً لإخباره برأس المال باطلاً، لأنّه قد اشترط فيه بيع المشتري المال منه ثانياً.

أقول: لعل مرادهما من الجواز الحكم بصحة البيع وحليته نفسه تكليفاً، لا- الإخبار برأس المال اعتماداً على ذلك البيع، فإنّ الاخبار المزبور يكون غشا في بيع المرابحه، فيحكم بحرمة تكليفاً.

هذا مع عدم التأيد فيما ذكره خصوصاً في مسأله نسيان ذكر المده، فان الحكم بانقلاب العقد مع نسيان ذكره على تقديره حكم تعبدى.

ص: ١٢٢

١- (١) القواعد ٢: ٥٨، والتذكرة ١: ٥٤٢.

٢- (٢) الشرائع ٢: ٤١.

آخر لا يخلو عن وجه، وهو بطلان العقد الواقع على هذا الشرط، لأنَّ الشرط من أركان العقد المشروط، بل عرفت أنه كالجاء من أحد العوضين، فيجب ذكره في الإيجاب والقبول كأجزاء العوضين، وقد صرح الشهيد في غاية المراد بوجود ذكر الثمن في العقد وعدم الاستغناء عنه بذكره سابقاً، كما إذا قال: «بغنى بدرهم» فقال: «بعتك» فقال المشتري: «قبلت» وسيأتي في حكم الشرط الفاسد كلام من المسالك إن شاء الله تعالى.

الشرح:

ولكن قد ذكرنا في المسألة أن ذكر الأجل ولو إجمالاً مقوم لعقد المتعه فمع عدم ذكره لا متعه، لا أنه ينقلب دائماً والنص الوارد ناظر إلى التفرقة بين العقدین في الإنشاء، لا إلى الحكم بالدوام ولو مع عدم القصد.

وأما عدم التأييد في غير هذه المسألة فإن مجرد التوافق على شيء لا يوجب بناء العقد عليه وإنما يكون العقد مبنيًا فيما إذا كان مقتضى التوافق ثبوت الحق لأحدهما على الآخر، بحيث يستحق له المطالبة به وإلزام الآخر بالعمل على ذلك التوافق، وقد تقدم بيان ذلك في اشتراط البيع من الباع ثانياً في بيعة أولاً.

قد يقال: الإنصاف أنه لو كان الشرط ارتباطه بالعقد بالظرفيه والمظروفيه كما هو ظاهر القاموس لكان اللازم اعتبار ذكر المشروط في متن العقد وإلا فلا ظرفيه، نعم بناءً على ما ذكرنا من الارتباط فيتحقق معنى الشرط ولو بذكره قبل العقد. وفيه أيضاً ما لا يخفى.

وأما ما ذكره المصنف في وجه الكفايه من أن التراضى بالعقد مبني على ذلك الأمر المذكور قبل العقد ففيه: أنه لو كان المراد بالإناطة التعليق فتعلق طيب النفس بالمعامله على تقدير تحقق ذلك الأمر يوجب بطلان المعامله مع عدم تحققه، لا كون العقد خيارياً، وكذا مع تعليق نفس المعامله على المشروط.

ص: ١٢٣

## قد يتوهم في نفوذ الشرط اعتبار عدم تعليقه

وقد يتوهم هنا شرط تاسع [١] وهو: تنجيز الشرط، بناءً على أنّ تعليقه يسرى إلى العقد بعد ملاحظه رجوع الشرط إلى جزء من أحد العوضين، فإنّ مرجع قوله: «بعتك هذا بدرهم على أن تخيط لى إن جاء زيد» على وقوع المعاوضه بين المبيع وبين الدرهم المقرون بخياطه الثوب على تقدير مجيء زيد، بل يؤدّى إلى البيع بثمنين على تقديرين، فباعه بالدرهم المجرد على تقدير عدم مجيء زيد، وبالدرهم المقرون مع خياطه الثوب على تقدير مجيئه.

الشرح:

أضف إلى ذلك عدم اعتبار طيب النفس في المعامله.

وأما الاستدلال على اعتبار ذكر الشرط في متن العقد وعدم الاكتفاء بذكره قبله وبناء العقد عليه بأنّ الشرط كالجاء من أحد العوضين، فيكون ركناً في البيع فيعتبر ذكره فيه، ولا يستغنى بذكره قبله كما هو الحال في العوضين فلا يمكن المساعده عليه، فلأنّ الشرط لا يكون جزءاً ولا كالجاء من أحد العوضين هذا أولاً.

وثانياً: لا يعتبر ذكر العوضين في إنشاء البيع، فان نفس البيع أمر إنشائي والإبراز مقوم له، ولكن العوضين فلا بد من معلوميه وهو يحصل بتعيينهما وذكرهما ولو قبل البيع كما لا يخفى.

[١] ذكر قدس سره ما حاصله: أنّه قد يتوهم في نفوذ الشرط اعتبار عدم تعليقه، وإلاّ بطل الشرط بل العقد أيضاً.

ويقال في وجه ذلك: إن الشرط سواء كان من شرط الفعل أو غيره يرجع إلى أحد العوضين أى ينضم إلى أحدهما ولو لم يكن فيه تعليق، فلا يكون في ضمه إلى أحدهما محذور، بخلاف ما إذا كان معلقاً فإنّ التعليق في الشرط يوجب التعليق في اصل البيع، لأنّ البيع الجارى على المنضم معلق على حصول الشرط.

ولو قال: «بعت هذا المال بدرهم على أن تخيط ثوبى إذا جاء زيد من سفره»

ويندفع: بأنَّ الشرط هو الخياطة على تقدير المجيء لا- الخياطة المطلقة ليرجع التعلُّق إلى أصل المعاوضه الخاصه. ومجرد رجوعهما في المعنى إلى أمر واحد لا يوجب البطلان، ولذا اعترف أنَّ مرجع قوله: «أنت وكيلى إذا جاء رأس الشهر فى أن تباع» و «أنت وكيلى فى أن تباع إذا جاء رأس الشهر» إلى واحد، مع الاتفاق على صحه الثانى وبطلان الأول.

الشرح:

يكون مبادله المال المزبور بالدرهم المنضم إليه خياطه ثوبه على تقدير مجيء زيد لا على كل تقدير، بل يجرى البيع على تقدير عدم مجيئه بالدرهم المجرد، فيدخل بذلك الفرض فى بيع الشئ بثمانين المحكوم بالبطلان بلا ريب كما يأتى فى مسأله بعته حالاً بكذا ونسيه بكذا.

ويندفع الوهم ووجهه بأنَّ التقدير يرجع إلى الشرط بمعنى المشروط، ولا- يكون قيذا للشرط بالمعنى المصدري ولا لأصل المعاوضه، ليكون مقتضى ذلك وقوع المعاوضه بين المال المزبور والدرهم المنضم إليه الخياطه المطلقة فى فرض مجيء زيد من سفره، ووقوعها بينه وبين الدرهم المجرد على تقدير عدم مجيئه.

وبتعبير آخر: لو كان مجيء زيد قيذا للمشروط أى الخياطه فلا- يكون فى البين إلا- معاوضه واحده وهى بيع المال المزبور بالدرهم المنضم إليه الخياطه الخاصه أى الخياطه على تقدير مجيء زيد من غير أن يكون تعليق فى الشرط بمعنى الالتزام بالخياطه، ولا- فى الالتزام بالنقل، ولا- إنشاء المعاوضتين على تقديرين، بل المنشأ مبادله واحده وهى بيع المال بازاء الدرهم المنضم إليه الخياطه الخاصه وهى الخياطه على تقدير مجيء زيد.

وهذا الفرق وإن لا- يوجب الاختلاف مع ما سبق فى النتيجة إلا- أنه يوجهه فى الإنشاء، فيمكن كونه وجهها فى فساد المعامله وصحتها لكون المعامله من الإنشاءات،

ص: ١٢٥



نعم، ذكر في التذكرة: أنه لو شرط البائع كونه أحق بالمبيع لو باعه المشتري، ففيه إشكال. لكن لم يعلم أن وجهه تعلق الشرط، بل ظاهر عبارته التذكرة وكثير منهم في بيع الخيار بشرط رد الثمن كون الشرط وهو الخيار معلقاً على رد الثمن. وقد ذكرنا ذلك سابقاً في بيع الخيار.

الشرح:

نظير ما يقال: في الفرق بين قول القائل «إذا جاء أول الشهر فأنت وكيلى في بيع دارى» وقول الآخر «أنت وكيلى في بيع دارى أول الشهر الآتى»، فانهم ذكروا بطلان الأول لتعليق الوكاله، وصحة الثانى لأن القيد عليه راجع إلى متعلق الوكاله لا لنفسها على ما هو المعروف في الفرق بين الواجب المشروط والواجب المعلق.

ثم إنّ العلامه قد اشكل في اشتراط البائع على المشتري كونه أحق بالمبيع لو باعه. وقد تُوهم أنّ الاشكال لاعتبار التنجيز في الشرط، ولكنه فاسد بل إشكاله لعدم جواز اشتراط بيع المال من بائعه ثانياً كما أتى، والاشتراط المزبور يدخل في الشرط المزبور ولو على تقدير إرادته المشتري بيع المال.

ويشهد لفساد الوهم أنّ العلامه وكثير منهم ذكروا(١): أنّ ردّ الثمن في بيع الخيار شرط لنفس الخيار، فيكون الخيار المشروط معلقاً على رد الثمن لا الفسخ بالخيار، ولو كان التنجيز في الشرط معتبراً لما كان ردّه قيداً لنفس الخيار.

ووجه المحقق الايروانى قدس سره كلام المصنف في المقام بأنّ المنضم إلى أحد العوضين ليس الشرط بمعنى المشروط، بل الشرط بالمعنى المصدرى، وعليه فلا يكون في البيع تعليق وتقدير، ولا بيعين على تقديرين.

والحاصل: أنّ المال المزبور بعوض الدرهم المنضم إليه التعهد بالخياطة على تقدير مجيء زيد على كل تقدير سواء حصلت الخياطة خارجاً أم لا، ومجىء زيد

ص: ١٢٦

١- (١) راجع الشرائع ٢: ٢٢، والقواعد ٢: ٦٦، والتذكرة ١: ٥٢١.

## الشرح:

يتوقف عليه الملتزم به الذى لا يكون جزءا من العوضين أصلاً.

أقول: قد تقدم سابقاً أنّ الشرط لا يكون جزءاً من أحد العوضين لا بمعنى المشروط ولا بالمعنى المصدرى، فإن البيع فى حقيقته تملك المال بالعوض بحيث يدخل العوض فى ملك مالك المعوض، والشرط بمعنى المشروط ولو كان عملاً لا يدخل فى ملك البائع، ولذا لا يكون له مع تخلف الشرط المطالبه بالبدل.

ولو كانت الخياطه ملكاً للبائع لكان له مع عدمها المطالبه ببدلها لإتلاف المشتري بتركه العمل.

وكذلك لا يكون الشرط بالمعنى المصدرى ملكاً للبائع، فإنّ تعهد المشتري لا يدخل فى ملك البائع، ولا فى ملك غيره فى اعتبار العقلاء، كما يظهر ذلك بتفتيش ما هو المرتكز عند العقلاء من حقيقه البيع أو نحوه.

وذكرنا أنّ التعهد وهو الشرط بالمعنى المصدرى قيد لنفس المعامله فانها على تقديره يحصل عند المعامله، وأما المتعهد به عملاً كان أو غيره فلا يكون قيدها لا للمعامله ولا لأحد العوضين.

وعليه فلا يحصل من تعليق المتعهد به تعليق فى ناحيه أصل المعامله والعقد كما لا يخفى.

ثم إنه لا يبعد أن يكون التعليق فى الشرط راجعاً إلى نفس الالتزام الشرطى بمعنى أنه لا يكون التزام بالخياطه على تقدير عدم المجيء.

وهذا التعليق لا يرجع إلى نفس العقد بل العقد يكون معلقاً على الالتزام بالخياطه المشروطه.

وليس فى البين ما يدل على اعتبار الإطلاق فى الاشتراط فى المعاملات بل

## الشرح:

المقدار الثابت بطلان العقود والإيقاعات بالتعليق على ما ذكرنا في محله.

ولو كان أصل المعاملة غير مكره عليه، وكان الإكراه على الاشتراط فقط كما إذا قال «إذا بعث فاشترط على نفسي كذا» فالشرط غير صحيح بمعنى أنه موقوف على الإجاره بعد ارتفاع الإكراه.

أقول: ظاهر كلامه أنّ المحتاج إلى الإجاره الشرط لا أصل العقد ونفس المعامله، وأنه إذا لم يلحقه الإجاره يثبت أصل المعامله لا الشرط فيها، ولا يرد عليه عدم جريان الإجاره في الإيقاعات، لأنّ الشرط في العقود غير داخل في الإيقاعات.

نعم لا بد من إقامه الدليل على نفوذ الإجاره في كل أمر إنشائي مكره عليه لا يكون من الإيقاعات، وقد تعرضنا لذلك في إجاره العقد المكره عليه.

ولا- يفرق في نفوذ الإجاره بين القول بأنّ الشرط التزام في التزام كما هو ظاهر القاموس (1)، أو أنّ معنى الاشتراط تعليق على الالتزام بأمر من عمل اعتباري أو خارجي أو وضعي، فإنّ مقتضى حديث رفع الإكراه عدم الحكم للالتزام أو التعليق إذا كان عن إكراه فتدبرّ جيّدا، فإنّ صدق الإكراه على الاشتراط مع الاختيار في المعامله لا يخلو عن تأمل.

ثم إنّه ذكر قدس سره شرطا آخر لنفوذ الشرط وهو أن لا يكون الشرط في المعامله خلاف الشرع وان كان المشروط في نفسه عملاً مشروعاً ومباحاً، كما إذا اشترط في بيع أحد الربويين بمثله شرطا كخياطه الثوب، فان الخياطه في نفسها عمل مشروع، لكن اشتراطها يوجب كون البيع داخلاً في عنوان الربا الذي خلاف الشرع.

ص: ١٢٨

١- (١) القاموس المحيط ٢: ٣٨٣، مادّه «شرط».

### ١ شرط الوصف

مسألة: في حكم الشرط الصحيح، وتفصيله: أنّ الشرط إما أن يتعلّق بصفه من صفات المبيع الشخصي [١] ككون العبد كاتباً، والجاريه حاملاً، ونحوهما. وإما أن يتعلّق بفعل من أفعال أحد المتعاقدين أو غيرهما [٢] كاشتراط إعتاق العبد، وخطاطه الشرح:

ولكن أورد على ذلك بأنّ المحرّم ليس نفس الاشتراط بل تحصيل الحرام بمجموع العوض والاشتراط فانه يحصل بهما الربا.

أقول: ما ذكر إنّما يتمّ بالاضافه إلى الحكم التكليفيّ يعنى حرمة الربا تكليفاً، وأما بالاضافه إلى الوضع أى الفساد فالفساد فى الفرض هو الشرط فقط بناءً على ما تقدم من أنّ الشرط فى المعامله أمر زائد عليها ولا ينضم إلى أحد العوضين، حيث إنّ الفرض إنشاء مبادله الشىء بمثله حاصله والاشتراط على المشروط عليه أمر زائد عليها فيكون سحناً، نظير ما ذكر فى اشتراط الزيادة فى القرض فتدبر.

[١] بخلاف ما إذا كان المبيع كلياً فانه يكون للمشتري استرداد فاقد الوصف، ومطالبه البايع بواجده لا الخيار فى فسخ العقد.

نعم لو امتنع البايع عن إقباض واجده لكان للمشتري خيار الفسخ، لأن إقباض المبيع حالاً فى البيع الحال وعلى رأس المده كما فى السلم شرط ارتكازى، ويكون من شرط الفعل لا الوصف.

### ٢ شرط الفعل

[٢] بأن يكون الشرط بمعنى المشروط فعل غير المتعاقدين، كما إذا قال «بعتك هذا المتاع بكذا على أن تخطب ثوبى هذا لفلان» وقال المشتري «قبلت».

وذكر السيد اليزدى (١) قدس سره: لا يناقش فى هذا الاشتراط بأنه يعتبر فى شرط الفعل على المشتري تمكنه على ذلك الفعل، وفعل الثالث غير مقدور للمشتري.

ص: ١٢٩

## الشرح:

وذلك فإن المعبر في شرط الفعل تمكن المشروط عليه وهو في الفرض هو الثالث القادر على فعله، ولذا يعتبر قبوله لأنه طرف في المعاملة المفروضة المشروط.

ولا بعد في أن يكون المشروط عليه في المعاملة متعدداً بأن يكون المعاملة المفروضة المشروط عليه كل من المشتري والثالث فيعتبر قبول كل منهما.

وبتعبير آخر: المشتري يلتزم بفعل الغير والغير يلتزم بفعل نفسه، ونظير ذلك ما إذا باع العين من المشتري على أن يضمن ثالث الثمن حيث يعتبر في تحقق البيع والشرط قبول كل من البائع والمشتري.

أقول: لو كان المشروط في حقيقته فعل الغير لا من قبيل شرط فعل نفسه أو من قبيل شرط النتيجة على ما يأتي فمرجع الاشتراط نظير اشتراط الوصف في المبيع إلى اشتراط الخيار على تقدير عدم وقوع الفعل عن الغير، والمشروط عليه في الخيار المشروط في المثال هو المشتري لا- الثالث، بل التزام الثالث بالخياطة يدخله في الالتزام الابتدائي بالاضافة إليه لا الشرط، فلا يجب عليه شيء حتى مع قبوله.

والحاصل: أن تحقق العقد والشرط فيما إذا كان المشروط نظير فعل الخياطة عن الأجنبي لا يتوقف على قبول الثالث بل قبوله وعدمه سيان في تحققهما وعدمهما. بخلاف ما إذا كان المشروط من قبيل ضمان الثالث الثمن في البيع، فإنه يتوقف تحقق الضمان الذي من قبيل شرط النتيجة في العقد لا- الإيقاع على قبول ذلك الثالث، فاعتبار قبوله لتحقيق عقد الضمان الحاصل باشتراط البائع وقبول الأجنبي، فيكون المشتري طرفاً للبيع المشروط فيه ضمان الثالث، كما يكون الثالث طرفاً في عقد الضمان الحاصل بإنشاء البائع بعنوان الشرط في المعاملة وقبول ذلك الثالث فتدبر جيداً.

## اشتراط وصف فى المبيع غير الخيار

الثوب. وإمّا أن يتعلّق بما هو من قبيل الغايه للفعل، كاشتراط تملك عين خاصّه، وانعتاق مملوك خاص، ونحوهما. ولا إشكال فى أنّه لا حكم للقسم الأوّل إلّا الخيار [١] مع تبين فقد الوصف المشروط، إذ لا يعقل تحصيله هنا، فلا معنى الشرح:

[١] ذكر قدس سره أنّه لا حكم للشرط فى القسم الأول أى اشتراط وصف فى المبيع غير الخيار على تقدير عدم ذلك الوصف، وأن عموم «المؤمنون عند شروطهم» (١) لا يعم هذا القسم لعدم إمكان تحصيل الوصف ليجب الوفاء به.

أقول: يرد عليه أوّلاً: بأن «المؤمنون عند شروطهم» وإن كان بمعنى «أوفوا بالشروط» كما يفصح عن ذلك قوله عليه السلام «من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به فان المسلمين عند شروطهم...» (٢)، إلّا أنّ القضية المزبوره انحلاليه باعتبار الشروط والعقود فكل شرط محكوم بوجوب الوفاء به.

ولا مانع عن كون وجوب الوفاء بالاضافه إلى بعض الشروط تكليفاً فيعتبر فى متعلقه التمكن، وبالاضافه إلى البعض الآخر إرشادا إلى الوضع كما نذكره فى شرط النتيجة يعنى الإرشاد إلى إمضاءها فلا يعتبر فى متعلقه التمكن.

ولا- يكون استعمال صيغه الأمر فى موارد الانحلال بالإرشاد إلى الوضع فى البعض وبالتكليف فى البعض الآخر من استعمال اللفظ فى أكثر من معنى، لأنّ الإرشاد والتكليف غير داخل فى مدلول الصيغه، بل يختلف الطلب إرشادا أو تكليفاً باختلاف الداعى إلى إنشاء الطلب، فيكون وجوب الوفاء فى شرط الوصف إرشادا إلى إمضاء الخيار المجعول على تقدير فقده.

ص: ١٣١

١- (١) وسائل الشيعه ٢١ : ٢٦٧ ، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢١ : ٣٠٠ : الباب ٤٠ من أبواب المهور، الحديث ٤ .

لوجوب الوفاء فيه، وعموم «المؤمنون» مختص بغير هذا القسم. وأمّا القسم الثالث: فإن أُريد باشتراط الغايه [١] أعنى الملكيه، والزوجيه، ونحوهما اشتراط تحصيلهما بأسبابهما الشرعيه، فيرجع إلى الثاني، وهو اشتراط الفعل. وإن أُريد حصول الغايه بنفس الاشتراط، فإن دل الدليل الشرعى على عدم تحقق تلك الغايه إلاّ بسببها الشرعى الخاصّ كالزوجيه، والطلاق، والعبوديه، والانعقاد، وكون المرهون مبيعاً عند انقضاء الأجل، ونحو ذلك كان الشرط فاسداً، لمخالفته للكتاب والسنة. كما أنه لو دل الدليل على كفايه الشرط فيه كالوكاله، والوصايه،

الشرح:

وثانياً: على تقدير الإغماض عن ذلك والالتزام بأن وجوب الوفاء بالشرط تكليف يستفاد منه الوضع بحسب الموارد، إلاّ أنّ متعلق التكليف ليس إيجاد المشروط فقط، بل يعم الفعل المترتب على النتيجة والمشروط، كما يصرح قدس سره فى شرط الغايه.

وفيما نحن فيه: الفعل المترتب على ثبوت الخيار رد الثمن ونحوه على تقدير فسخ المشتري عليه فينتزع منه ثبوت الخيار، وإلاّ فمن أين يثبت الخيار فى الفرض ولعل مراده قدس سره أنه لا حكم للقسم الأول بمعنى إيجاد الشرط كما فى شرط الفعل، لكن تعليقه بأن «المؤمنون عند شروطهم» (١) لا يعم هذا القسم كما ترى.

[١] القسم الثالث من الشرط ما إذا كان المشروط أمراً وضعياً أى جعلياً سواء كان ذلك الأمر الوضعى من قبيل نتيجة العقد أو الإيقاع أو غيرهما، كاشتراط الخيار لأحد المتعاقدين فى ضمن العقد، فتخصيص القسم الثالث بأحد الأولين كما هو ظاهر المصنف رحمه الله حيث عبّر عن هذا القسم بكون المشروط غايه أى نتيجة العقد أو الإيقاع بلا وجه.

ص: ١٣٢

وكون مال العبد وحمل الجارية وثمر الشجره ملكاً للمشتري فلا إشكال. وأمّا لو لم يدلّ دليل على أحد الوجهين، كما لو شرط فى البيع كون مال خاص غير تابع لأحد العوضين كالأمثله المذكوره ملكاً لأحدهما، أو صدقه، أو كون العبد الفلانى حراً، ونحو ذلك، ففي صحه هذا الشرط إشكال: من أصاله عدم تحقّق تلك الغايه إلّا بما علم كونه سبباً لها، وعموم «المؤمنون عند شروطهم» ونحوه لا يجرى هنا، لعدم كون الشرط فعلاً ليجب الوفاء به. ومن أنّ الوفاء لا يختص بفعل ما شرط

الشرح:

وذكر قدس سره: إن كان المراد باشتراك الملكيه أو الزوجيه اشتراط تحصيلهما بأسبابهما الشرعيه، فهذا يدخل فى القسم الثانى أى ما إذا كان المشروط فعلاً، حيث لا يفرق فى القسم الثانى بين كون الفعل المشروط خارجياً أو كان من قبيل الإنشائيات.

وأمّا إن كان المراد حصول الملكيه أو الزوجيه بنفس الاشتراط كما إذا باع العين منه بكذا على أن تكون بنته زوجه للبائع بمهر كذا وقبله المشتري بناءً على ولايه الأب فى نكاح بنته الباكراه، فإن كانت الغايه مما تحصل بسبب خاص كالزوجيه بناءً على اعتبار الصيغه الخاصه فى النكاح كالطلاق، فيحكم ببطلان ذلك الشرط أى المشروط، حيث إن حصوله بالشرط خلاف الكتاب أو السنه، لأن المفروض دلالتها على اعتبار صيغه خاصه فى حصوله.

وبذلك يظهر الحال فى اشتراط كون حرّ عبداً أو انعتاق العبد حيث إنّ العبوديه لا تحصل إلّا بالغلبه والاستيلاء والانعتاق بالعتق، وكذا اشتراط كون المرهون مبيعاً عند انقضاء الأجل حيث إنّ الشرط المزبور بمعناه المصدرى يدخل فى البيع تعليقا، والتعليق فى البيع مبطل حتى ما إذا كان بصوره الاشتراط فى عقد.

كما انه إذا قام الدليل على حصول الغايه بالشرط أيضا كالكالوكاله والوصايه أو كون مال تابع للمبيع ملكاً للمشتري، كمال العبد فى بيعه أو حمل الدابه فى بيعها أو الثمره

ص: ١٣٣



بل يشمل ترتب الآثار عليه، نظير الوفاء بالعقد. ويشهد له تمسك الإمام عليه السلام بهذا العموم في موارد كلها من هذا القبيل، كعدم الخيار للمكاتبه التي أعانها ولد زوجها على أداء مال الكتابه مشروطاً عليها عدم الخيار على زوجها بعد الانعتاق، مضافاً

الشرح:

في بيع الشجره فلا إشكال.

وأما إذا لم يثبت شيء من الأمرين كما إذا اشترى في بيع شيء كون شيء آخر غير تابع للمبيع ملكا للمشتري، أو كون المال الفلاني صدقه، أو اشتراط كون العبد الفلاني حراً ففيه إشكال.

فإن وجه عدم صحه الشرط المزبور جريان الاستصحاب في ناحيه عدم تحققه، وعموم «المؤمنون عند شروطهم» لا يعم الفرض لينتزع من شموله صحه الشرط، فإن الشرط في الفرض ليس فعلاً على المشروط عليه ليتعلق به وجوب الوفاء.

ووجه الصحه شمول العموم المزبور بدعوى أنه يكفي في شموله أن يكون المترتب على تلك الغايه فعلاً، ولا يعتبر كون الغايه المشروطه بنفسها فعلاً، نظير وجوب الوفاء بالعهد ووجوب الوفاء بالعقد بل مقتضى عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) أيضاً وجوب الفعل المترتب على الغايه، حيث ان الشرط المزبور جزء من العقد، فيعمه الحكم المترتب على العقد.

وعلى ذلك فلا تصل النوبه إلى أصله عدم تحقق الشرط بمعنى المشروط فيحكم بصحته.

أقول: ما ذكر قدس سره أولاً: من أن شرط الانعتاق غير صحيح، لأنه قام الدليل على احتياجه إلى سبب خاص، وما ذكره بعد ذلك: من أن شرط كون العبد حراً ممّا لم يتم فيه الدليل على أحد الوجهين متهافتان، حيث ليس الانعتاق إلا كون العبد حراً.

ص: ١٣٤

إلى كفايه دليل الوفاء بالعقود في ذلك بعد صيروره الشرط جزءاً للعقد. وأما توقّف الملك وشبهه على أسباب خاصّه فهي دعوى غير مسموعه مع وجود أفراد اتّفق على صحتّها، كما في حمل الجاريه ومال العبد وغيرهما.

الشرح:

ثم ذكر قدس سره: ويشهد لعموم «المؤمنون عند شروطهم»<sup>(١)</sup> القسم الثالث تمسك الإمام عليه السلام بهذا العموم في موارد كلها من قبيل شرط الأمر الوضعي كعدم الخيار للأمه في نكاحهما فيما أعانها ولد زوجها في اداء المال واشتراط عدم الخيار المزبور في إعانتها.

ودعوى أنّ شرط الملكيه بنحو الغايه غير صحيح، لأنّ الملكيه تتوقّف على أسباب خاصّه مدفوع بأنّه يكفي فيها مطلق التمليك ولو كان ذلك بالاشتراط، كما يظهر ذلك من اتّفاقهم على اشتراط ملكيه حمل الدابه للمشتري في بيعها، وكذا ملكيه مال العبد لمشتريه في بيعه.

ودعوى أنّ ذلك لكون الحمل ومال العبد من توابع الأم والعبد، ولا يعم ما إذا اشترط ملكيه شيء غير تابع لا يمكن المساعده عليها، فإنّه لا فرق في عدم توقّف الملكيه على سبب خاص بين التابع وغيره، كما يظهر ذلك ممن ذكر أنّه لا فرق في اشتراط ملكيه الحمل بين كونه في بيع الأم أو غيره.

أقول: قد يقال: إنّ لا يمكن الأخذ بعموم «المؤمنون عند شروطهم»<sup>(٢)</sup> فيما إذا احتمل دخاله سبب خاص في تحقّق ذلك الأمر الوضعي بحيث لا يكون ذلك السبب بالشرط.

وبتعبير آخر: لو كان في مورد الأمر الوضعي ما يكون مثبتا لحصوله بلا حاجه إلى

ص: ١٣٥

١- (١) وسائل الشيعه ٢١: ٢٧٦، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

٢- (٢) مرّ أعلاه.

ودعوى: تسويغ ذلك لكونها توابع للمبيع، مدفوعه، لعدم صلاحية ذلك للفرق، مع أنه يظهر من بعضهم جواز اشتراط ملك حمل دابه في بيع أخرى، كما يظهر من المحقق الثاني في شرح عبارته القواعد في شرائط العوضين: «وكل مجهول مقصود بالبيع لا يصح بيعه وإن انضم إلى معلوم».

الشرح:

سبب خاص ولو كان ذلك المثبت العموم أو الإطلاق في دليل اعتباره فضلاً عن الدليل الخاص، فيكون شرط ذلك الأمر بنحو النتيجة بلا إشكال حيث يعمه «المؤمنون عند شروطهم» ويثبت حصوله بالشرط أيضاً، ولا يحتاج إلى إنشائه استقلالاً كما في ملكية المال بعوض، فإنه لو كان المنشأ أمراً استقلالياً لا يدخل في قوله سبحانه «أحلّ الله البيع» (١) و«أوفوا بالعقود» (٢) وإذا اشترط في ضمن عقد كما إذا زوجت المرأة نفسها على مهر واشترطت على زوجها كونه داره لها بازاء المهر وقبلة الزوج، فإن المشروط لو لم يدخل بالشرط في عنوان البيع لعدم انشاء مستقل فلا ريب في أنه يعمه «أوفوا بالعقود» و«المؤمنون عند شروطهم». وأما إذا لم يكن في البين مثبت لذلك لعدم العموم أو الإطلاق في دليل اعتباره بحيث وصلت النوبة إلى الأصل العملي فالأصل عدم تحقق ذلك الأمر بالشرط ونحوه.

وعموم «المؤمنون عند شروطهم» لا يعمه لأنه مخصص بما إذا لم يكن الشرط مخالفاً للشرع فيحرز بالأصل المستثنى.

نعم لو كان الفعل المشروط فعلاً خارجياً وشك في حرمة وحليته وجري فيه أصاله الحلية يكون بالشرط في العقد واجب الوفاء، لأن أصاله الحلية يخرج عن كونه مخالفاً للشرع.

ص: ١٣٦

١- (١) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

٢- (٢) سورة المائدة: الآية ١.

## الشرح:

وقد أجاب قدس سره فيما تقدّم من كون التمسك بعموم «المؤمنون عند شروطهم» في المشكوك في حاجته إلى سبب خاصّ أو أنّه يحصل بالشرط أيضا من التمسك بالعام في شبهته المصدقيه بأنّ أصاله عدم مخالفه المشروط للكتاب أو السنه مدخله المشكوك المزبور في المستثنى منه.

وناقش في الجواب جملة من الأعلام منهم المحقّق النائيني قدس سره (١) بأنّ استصحاب عدم مخالفه الشرط لهما من استصحاب العدم الأزلي، وهذا الاستصحاب لا يفيد في إثبات العدم المحمولي أي السالبه بانتفاء المحمول.

وذكر النائيني رحمه الله في توجيهه أنّه إذا لم يكن الموضوع موجودا فعرضه لا- يتصف بالوجود ولا- بالعدم، حيث يكون تقابل وجود العرض وعدمه من تقابل العدم والملكه، لا من تقابل الإيجاب والسلب.

نعم اتصاف الماهية بالوجود والعدم بنفسها فلا يمكن اجتماعهما ولا ارتفاعهما.

وما اشتهر في الألسنه بان السالبه محصله صادقه بانتفاء الموضوع تاره وبعدم المحمول أخرى، بخلاف القضية المعدوله فانها تصدق مع وجود الموضوع خاصه من الأغلاط بل كل منهما يحتاج إلى المحمول عن موضوعه، وإنّما الفرق بينهما أنّ المحمول في المعدوله عنوان بسيط يتنزح عن سلب المحمول عن موضوعه وإذا قيل: «ليس زيد بقائم» يتنزح عنه عنوان لا قائم له، وإذا كانت السالبه المحصله لها حاله سابقه فلا يفيد استصحابها في إثبات ذلك العنوان البسيط.

والسر في جميع ذلك أن العرض له وجود واحد فيه اعتباران كونه موجودا وقيامه بمعرضه، وكونه حالاً فيه، لا أنّه وجودان وجود في نفسه ووجود في غيره،

ص: ١٣٧

## الشرح:

فإنّ القيام بالموضوع لو كان وجوداً آخر لكان له مهية.

وعلى ذلك فلا يكون مع عدم الموضوع اعتبار قيامه وعدم قيامه كما تقدم، فقد تحصل أنّه لا مجال لاستصحاب عدم مخالفه الشرط الكتاب والسنة.

نعم مع ذلك فيما إذا شك في صحة الشرط وعدمها يمكن التمسك بقوله عليه السلام «المؤمنون عند شروطهم»<sup>(1)</sup> الذي ليس فيه الاستثناء المزبور، فأنّه ذكر أولاً أنّ الشك في شرط ملكية عين غير تابعه لأحد العوضين ليس من أجل احتمال حاجه ملكيتها إلى سبب خاص كما هو الظاهر من المصنف، وإلاّ لما حصلت بالمصالحة فانها انشاء التراضي لا الملكية فالملكية يتعلّق بها التراضي، بل من أجل أنّ ملكية العين بالشرط لا تكون مجاناً كما في الهبة ولا بالعوض كما في البيع.

وكان احتمال كونها لا مجاناً ولا مع العوض مخالفاً للكتاب والسنة من هذه الجهة لأنّ الشرط لا ينضم إلى أحد العوضين ومع ذلك لا يكون التمليك مجاناً.

وذكر ثانياً: أن عنوان مخالفه الكتاب عنوان انتزاعي عن الالتزامات التي مخالفه للكتاب ومنافيه للحكم المجعول في الشريعة، ولو شك في مورد أن الحكم المجعول فيها أيضاً مخالفاً للالتزام المفروض يكون الشك من الشبهه الحكميه والتخصيص الزايد ولا مساس بذلك بالشبهه المصداقيه.

وعلى ذلك فلا يمكن التمسك في الالتزام المزبور بالعموم الوارد فيه الاستثناء، لإجماله ويرجع إلى العام الذي ليس فيه هذا الدليل.

أقول: ما ذكر قدس سره من عدم جريان الاستصحاب في العدم الأزلي بمنع كون القضية

... .

الشرح:

السالبه صادقه مع انتفاء الموضوع، أو دعوى بعض آخر أنّها وإن كانت صادقه مع انتفائه، إلا أنّ استصحاب تلك القضية لا يثبت السالبه بانتفاء المحمول لا يمكن المساعدة عليهما لما تقدم سابقا من أنّ قيام العرض مقتضاه أنّ العرض في وجوده يحتاج إلى وجود الموضوع، وأمّا عدم العرض فيكفي فيه عدم وجود الموضوع.

وبتعبير آخر: أنّ العرض وإن لا يكون له وجودان كما أوضحه، وان عدمه لا يكون طاريا لوجوده، بل لنفس مهية العرض إلا أنّ مهية العرض لا يحتاج في عدمه إلى وجود المعروض، بل عند عدم المعروض كما يضاف لعدم إلى مهية المعروض كذلك يضاف إلى مهية عرضه.

وإذا قيل: «ليس زيد بقائم» يكون عدم مع انتفاء الموضوع مضافاً إلى زيد وإلى عرضه، وإذا وجد زيد واحتمل بقاء عدم عرضه على حاله فيستصحب وتصحب القضية المزبوره سالبه بانتفاء المحمول، حيث ليس القضية السالبه بانتفاء المحمول إلا وجود المعروض وعدم تحقّق عرضه.

نعم إذا كانت القضية المعدوله ذات أثر فلا يفيد استصحاب السالبه في اثباتها، لأنّ اتّصاف المعروض بعدم عرضه أمر انتزاعي يلزم لسلب المحمول كما أوضحنا ذلك فيما تقدم.

هذا كلّه في جريان الاستصحاب في عدم الأزلى لترتيب الأثر المترتب على السالبه بانتفاء المحمول.

وأمّا في المقام فلا مجال لاستصحاب عدم مخالفه الشرط للكتاب والسنه، لأنّ المراد أن يكون المشروط أمرا يخالف في تحقّقه ظاهر الكتاب ولو كان ذلك الظهور

... ..

الشرح:

هو إطلاقه أو عمومه، إذ إعطاء الضابطه لا يناسب غير ذلك بأن يكون المراد منه المراد الواقعي من الكتاب أو السنه.

وهذه المخالفه لا يتصور لها مورد الشك لأن الأصل لا يعتبر في الشبهه الحكميه إلا بعد الفحص، وبعد الفحص فيظهر المخالفه أو عدمها، بل إذا شك في كون المشروط أمر غير ممضى في نفسه شرعا مع إحراز أن إمضاءه أو عدمه لا يدل عليه الكتاب والسنه، فلا يمكن التمسك بالعموم المزبور، لأن استصحاب عدم إمضاءه يدخله في الاستثناء في قوله عليه السلام «المسلمون عند شروطهم إلا- إذا كان محللاً للحرام أو محرماً للحلال»<sup>(١)</sup>، بناءً على ما تقدم من شمول المستثنى للحرام الوضعي المحرز بأصالة عدم الإمضاء كما لا يخفى.

ثم لا يخفى ما في قوله قدس سره من أنه لا يبعد لزوم الإنشاء المستقل في جميع الإيقاعات، وانها لا يصح بالاشتراط في عقد فتدبر.

بقي الكلام في أمرين: الأول: أن النائني<sup>(٢)</sup> قدس سره جعل المقام أي كون الشرط مخالفاً للكتاب والسنه من الشبهه الحكميه التي تدخل في الشبهه المفهوميه من المستثنى المتصل بخطاب العام، ولذا يؤخذ فيه بالعام الذي لم يرد فيه الاستثناء المزبور.

ولا- يخفى ما فيه، فإن الشبهه في المقام وإن كانت حكميه حيث إن الشك في كون المشروط ممضى أم لا، إلا أن الشبهه الحكميه في المقام لا تدخل في الشبهه المفهوميه، فان منشأ الشك في المقام ليس سعه نفس معنى المستثنى الوارد في خطاب

ص: ١٤٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٧ ، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٥، باختلاف يسير بالألفاظ.

٢- (٢) منه الطالب في شرح المكاسب ٣ : ٢٤٣ .

... .

الشرح:

العام، بل منشأ الشك في الخارج وان الحكم المجعول للصدقه المشروطه بشرط النتيجة ما هو.

ودعوى أن عنوان المخالفه عنوان انتزاعى ينتزع عن الشروط التى يخالف الحكم المستفاد من الكتاب كما ترى، فانه لا يوجب أن يدخل المقام فى الشبهه المفهوميه بأن لا يكون الشك فى المنشأ الذى يجرز وجوده بالأصل كما تقدم.

والحاصل: كما لا يدخل المقام فى الشبهه المفهوميه لا يدخل فى الشبهه المصادقيه التى يكون الشك فيها ناشئا عن الخارج عن حكم الشارع وخطابه.

ونتيجه ذلك: أن يجرى فى المقام حكم الشبهه الحكيمه، فيلتزم الفحص فى الرجوع إلى الأصل العملى من غير أن يدخل فى الشبهه المفهوميه التى نتيجتها كما ذكره الرجوع فى مورد الشك إلى العام الذى لم يذكر فيه المخصص المتصل.

لا يقال: الرجوع إلى العام المزبور لا يتوقف على كون الشبهه فى المقام الشبهه المفهوميه، بل يرجع إليه مع كون الشبهه حكيمه مطلقا ولا تصل النوبه إلى الأصل العملى.

فانه يقال: كلاً إنما يرجع إلى خطاب العام فى الشبهه الحكيمه فيما إذا كان الشك فى تخصيص زائد، بأن يرجع إليه مع الشك فى خروج أمر آخر بعنوان نفسه أو بخروج عنوان آخر يدخل فيه، وما نحن فيه ليس كذلك ولذا عد المقام من الشبهه المصادقيه بالاضافه إلى خطاب العام وان لم يكن من الشبهه المصادقيه التى يكون منشأ الشك فيها الخارج عن خطاب الشارع وحكمه والله سبحانه هو العالم.

الأمر الثانى: أن مقتضى عموم «المؤمنون أو المسلمون عند شروطهم»<sup>(١)</sup>

ص: ١٤١

١- (١) مرّ آنفاً .



## الشرح:

بمعنى أوفوا بالشروط فيما كان المشروط أمرا وضعيا انه إذا كان نفس المشروط مما يحصل بغير الشرط من الإنشاء استقلالاً أو تبعا يحصل بالشرط أيضا، وأنه يكون حصوله بالشرط بنحو اللزوم كما هو ظاهر الوجوب الوفاء سواء كان اللزوم مفاده الأولى أو مستفادا من التكليف بالفعل المترتب على ذلك المشروط.

وإذا لم يكن المشروط مَمَّا يحصل بغير الشرط أصلاً أو شكك في حصوله بغيره أو كان يحصل بسبب خاص فلا مجال فيه للتمسك بعموم أوفوا بالشروط كما تقدم.

وإذا كان مما يحصل بغير الشرط كملكه عين بعوض أو مجاناً فإنه يحصل بالشرط أيضاً، ويحكم بلزومه معه وان لم يكن مشروعيته بغير الشرط بنحو اللزوم، كما في شرط الوكالة في أمر في عقد آخر، فإنَّ الوكالة كالوصاية تحصل مع إنشائه مستقلاً.

فكل إنشاء يستفاد منه الوكالة أو الوصاية محكوم بالصحة مع جواز رجوع الموكل والموصى فيهما، ولكن مع حصولهما بالشرط يحكم بلزومهما، فلا يكون رجوع الموكل أو الموصى موجبا لانتفاء الوكالة أو الوصايا المشروطتين في عقد بنحو الشرط النتيجة.

وذلك، فان ما دل على جواز الرجوع في الوكالة أو الوصاية لو لم يكن منصرفاً إلى ما إذا كان بإنشائهما مستقلاً فلا أقل من أنه لا يمكن الأخذ بإطلاق دليل الرجوع، لأنَّ ما دل على لزومهما بالشرط تكون دلالته على لزومها بالعنوان الثاني.

نعم إذا كان المشروط في نفسه مما لا يتحقق عرفاً ولو بشرط النتيجة مع حصول أمر فيحكم بانتفائه بحصول ذلك الأمر.

وكيف كان، فالأقوى صحه اشتراط الغايات التى لم يُعلم من الشارع إناطتها بأسباب خاصه، كما يصح نذر مثل هذه الغايات، بأن ينذر كون المال صدقه، أو الشاه أضحيه، أو كون هذا المال لزيد. وحينئذ فالظاهر عدم الخلاف فى وجوب الوفاء بها بمعنى ترتب الآثار، وإنما الخلاف والإشكال فى القسم الثانى [١] وهو ما تعلق فيه الاشتراط بفعل. والكلام فيه يقع فى مسائل:

الشرح:

ومن هنا تنتهى الوكالة المشروطة بشرط النتيجة مع موت الموكل لا مع عزله، فإنّ الوكالة عرفاً النيابة عن الحى بخلاف الوصايا فإنّها إعطاء ولاية التصرف للوصى، ولذا لا تبطل بموت الموصى فيحكم بلزومها ولو مع كونها بشرط النتيجة.

[١] القسم الثانى: ما إذا كان المشروط عملاً سواء كان خارجياً كالخياطه، أو اعتبارياً كالعقد والإيقاع أى إنشائهما، ويقع الكلام فى هذا القسم فى مسائل:

الأولى: أنّ المشهور على أنّ العمل المشروط يجب على المشروط عليه تكليفاً كما يشهد لذلك ظاهر النبوى الوارد فى عدّه روايات بعضها معتبره سنداً كما تقدم.

ووجه الظهور أنّه إذا كان المشروط عملاً فالوفاء به عباره أخرى عن الإتيان به كما فى وجوب الوفاء بالنذر والحلف.

لا يقال: هذا فيما كان المشروط عملاً خارجياً، وأمّا إذا كانت معامله فظاهر الأمر بها الإرشاد إلى صحتها.

فإنّه يقال: هذا فيما إذا كانت معامله بعنوانها الخاصّ متعلّق الأمر بالأمر بالنكاح وغيره، وأمّا إذا كان بعنوان آخر كالوفاء بالنذر والشرط فظاهر الأمر بها كظاهر الأمر بالفعل الخارجى هو التكليف.

وأيد قدس سره التكليف فى هذا القسم وظهور النبوى فيه بما فى ذيله فى بعض الكتب إلاّ من عصى الله بناءً على أنّه استثناء من المشروط عليه لا من الشرط.

الأولى: في وجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعي، ظاهر المشهور: هو الوجوب، لظاهر النبوي: «المؤمنون عند شروطهم» والعلوي: «من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به، فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حراماً أو حلالاً أو حراماً». ويؤكد الوجوب ما أرسل في بعض الكتب من زياده قوله: «إلا- من عصى الله» في النبوي، بناءً على كون الاستثناء من المشروط عليه، لا- من الشرط.

الشرح:

ووجه التأييد: أنّ ظاهر العصيان مخالفه التكليف بترك الواجب أو فعل الحرام، وحمله على العصيان الوضعي أي بطلان إلزام والالتزام وعدم الأثر لهما خلاف الظاهر.

ولو كان الاستثناء راجعاً إلى المشروط عليه لكان مفاده أنّ المشروط عليه فيما إذا كان عاصياً بالعمل المشروط لا يجب عليه ذلك العمل، فيحكم ببطلان شرطه كما إذا كان المشروط عملاً محرماً في نفسه أو تركاً للواجب، وفي غيره يجب العمل فيكون الاستثناء المزبور قرينه على وجوب الفعل.

وأما إذا كان راجعاً إلى الشرط فيكون عصيانه وضعياً أي إرشاداً إلى بطلان إلزامه، حيث لا يناسب الإلزام والالتزام إلا العصيان الوضعي، كما إذا شرط على صاحبه أمراً مخالفاً للكتاب أو السنه.

ولكن لا يخفى عدم ثبوت الاستثناء بالنقل المعتبر، مع احتمال رجوعه الى الشرط، ولكن ظهور النبوي في نفسه كاف.

ويشهد أيضاً لوجوب الفعل على المشروط عليه موثقه إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليهما السلام: «إنّ علي بن أبي طالب عليه السلام كان يقول: من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به، فإنّ المسلمين عند شروطهم، إلا- شرطاً حراماً أو حلالاً أو أحلّ حراماً»(١).

ص: ١٤٤

١- (١) وسائل الشيعة ١٨ : ١٧ ، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٥ .

هذا كله، مضافاً إلى وجوب الوفاء بالعقد [١] بعد كون الشرط كالجزم من ركن العقد. خلافاً لظاهر الشهيد في اللمعه وربما ينسب إلى غيره حيث قال: إنّه لا يجب على المشروط عليه فعل الشرط، وإنّما فائدته جعل البيع عرضةً للزوال.

ووجهه مع ضعفه يظهر مما ذكره قدس سره في تفصيله المحكّي في الروضه عنه قدس سره في بعض تحقيقاته، وهو: أنّ الشرط الواقع في العقد اللازم إن كان العقد كافياً في تحقّقه ولا يحتاج بعده إلى صيغته فهو لازم لا يجوز الإخلال به كشرط الشرح:

وفي سندها غياث بن كلوب الراوى عن إسحاق، وقد وثّقه الشيخ في العده (١) في ذكره بعض العامه الذين عمل الأصحاب برواياتهم فيما لم يعارضها روايه أصحابنا فراجع.

ودلالتهما أيضاً لا بأس بها فإنّ ظاهر قوله عليه السلام «فليف به» هو التكليف فيما كان المشروط عملاً، وتعليل الأمر بالوفاء قرينه جليّه على عدم اختصاص الحكم بالشرط للمرأة في النكاح أو غيره.

ويدل على وجوب العمل بالمشروط في الجملة بعض الروايات كصحيحه أبي العباس عن أبي عبدالله عليه السلام «في الرجل يتزوّج المرأة ويشترط أن لا يخرجها من بلدها قال: يفي لها بذلك أو قال: يلزمه بذلك» (٢)، ونحوها غيرها.

[١] مراده قدس سره خطاب وجوب الوفاء بالعقد كما يقتضى العمل بأصل العقد كذلك يقتضى لزوم العمل بالشرط بعد كون الشرط كالجزم من العوضين.

أقول: قد تقدّم سابقاً أنّ خطاب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٣) في مثل البيع من المعاملات إرشاد إلى لزومها، فمع شرط الفعل والحكم بصحة شرطه يخرج المعامله عن اللزوم

ص: ١٤٥

١- (١) العده ١ : ١٤٩ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢١ : ٢٩٩ ، الباب ٤٠ من أبواب المهور، الحديث ١ .

٣- (٣) سورة المائده: الآيه ١ .

الوكاله، وإن احتاج بعده إلى أمر آخر وراء ذكره في العقد كشرط العتق فليس بلازم، بل يقبل العقد اللازم جائزاً. وجعل السر فيه: أن اشتراط ما العقد كافٍ في تحقّقه كجزء من الإيجاب والقبول فهو تابع لهما في اللزوم والجواز، واشتراط ما سيوجد أمر منفصل عن العقد وقد علّق عليه العقد، والمعلّق على الممكن ممكن، وهو معنى قلب اللازم جائزاً، انتهى. قال في الروضه بعد حكاية هذا الكلام: والأقوى اللزوم مطلقاً وإن كان تفصيله أجود ممّا اختاره هنا.

الشرح:

والخطاب المزبور حيث يكون البيع خيارياً مع عدم تحقّق ذلك الفعل.

أضف إلى ذلك أنّ الشرط لا ينضم إلى أحد العوضين كما مرّ تفصيله فلا نعيد.

نعم يمكن أن يدعى أنّ الشرط في نفسه عهد مشدود، فيعمّه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، وبما أنّ المشروط في الفرض عمل، فلا بأس بكون وجوب الوفاء به كما هو ظاهر الأمر بالعمل تكليفاً.

بل يمكن تقريب التمسك بوجه آخر يأتي في تقريب عدم ثبوت الخيار للمشروط مع التمكن على إجبار الممتنع فانتظر.

وعن الشهيد (1) قدس سره: أنّه لا يجب على المشروط عليه الفعل وإنما فائده شرطه تزلزل العقد وعدم لزومه على المشروط له.

ويظهر دليله على ذلك من التفصيل الذي حكى الشهيد الثاني في بعض تحقیقاته، حيث قال: إذا كان المشروط ما يحصل بنفس الاشتراط في العقد كاشتراط الوكاله يكون الشرط لازماً، لأنّ المفروض تحقّق العقد الكافي في تحقّق المشروط.

وأما إذا لم يحصل المشروط بنفس العقد وتاممه، بل يحتاج في تحقّقه إلى صيغته

ص: ١٤٦

أقول: ما ذكره قدس سره في بعض تحقیقاته ليس تفصيلاً في محلّ الكلام مقابلًا لما اختاره في اللمعه، لأنّ الكلام في اشتراط فعل سائغ وأنّه هل يصير واجباً على المشروط عليه أم لا؟ كما ذكره الشهيد في المتن، فمثل اشتراط كونه وكيلاً- ليس إلّا كما اشتراط ثبوت الخيار أو عدم ثبوته له، فلا يقال: إنّه يجب فعله أو لا يجب. نعم، وجوب الوفاء بمعنى ترتب آثار ذلك الشرط المتحقّق بنفس العقد ممّا لا خلاف فيه، إذ لم يقل أحد بعدم ثبوت الخيار أو آثار اللزوم بعد اشتراطهما في العقد.

الشرح:

بعده كاشتراط العتق فلا يلزم الشرط، وإنّما يقلب العقد اللازم جازياً لأنّ الفعل المزبور ممكن فالعقد المعلق على الممكن يكون ممكناً.

وقال في الروضه (1) بعد حكاية ذلك: إنّ الأقوى اللزوم مطلقاً وإن كان ما ذكره من التفصيل أولى مما ذكره في اللمعه من إطلاق عدم لزوم الشرط انتهى.

وذكر المصنّف رحمه الله في الإيراد على كلام الروضه بأن شرط أمر بنحو شرط النتيجة خارج عن مورد الكلام، والمحكى عن الشهيد نفى وجوب الفعل المشروط مطلقاً فلا يصحّ جعله مقابلًا لما ذكر في اللمعه.

نعم كلامه في اللمعه أعم من جهة أخرى، وهو أنّ الفعل المشروط يوجب تزلزل العقد بمعنى ثبوت الخيار للمشروط له سواء كان عدم تحقق ذلك الفعل لتركه أو تعذره، حيث إنّ المراد من قوله «وكذا كل شرط لم يسلم لمشرطه» هو التعذر.

والحاصل: أنّه لا خلاف في لزوم ترتيب آثار المشروط فيما إذا كان أمراً اعتبارياً قد أخذ في العقد بنحو شرط النتيجة وأنّه يجبر الممتنع عن ترتيب الآثار على الترتيب كما هو مقتضى تحقّق المشروط ولزومه.

ص: ١٤٧

## الشرط في العقود الجائزه

وبالجملة، فالكلام هنا في اشتراط فعل يوجد بعد العقد. نعم، كلام الشهيد في اللمعه أعمّ منه ومن كلّ شرط لم يُسلم لمشرطه، ومراده تعذّر الشرط.

وكيف كان، فمثل اشتراط الوكاله أو الخيار وعدمه خارج عن محلّ الكلام، إذ لا كلام ولا خلاف في وجوب ترتّب آثار الشرط عليه، ولا في عدم انفساخ العقد بعدم ترتيب الآثار، ولا في أنّ المشروط عليه يجبر على ترتيب الآثار. وإن شئت قلت: اشتراط الوكاله من اشتراط الغايات، لا المبادئ.

الشرح:

والكلام فعلاً في القسم الثاني فإنّ المشروط فيه فعل يصحّ تعلّق الوجوب به بخلاف شرط النتيجة فإنّه غير قابل للتكليف وهذا ظاهر.

أقول: ما ذكر في الروضه من الوجه لعدم الوجوب موهوم، فإن العقد لا يكون معلقاً على الممكن أى الفعل، بل على الالتزام بذلك الفعل، والالتزام قد حصل من حين إنشاء العقد هذا أولاً.

وثانياً: على تقدير الإغماض من ذلك بتسليم التعليق المزبور والالتزام بعدم ايجابه بطلان العقد أنّ ما ذكر يمنع عن وجوب الفعل بالتمسك بـ «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) ولكن لا يمنع وجوبه أخذاً بقوله صلى الله عليه و آله «المؤمنون عند شروطهم» (٢)، وقوله عليه السلام «من شرط لأمراته شرطاً فليف لها به» (٣)، إلى غير ذلك فتدبر.

أضف إلى ذلك أنّه على تقدير التعليق المزبور يكون نتيجة عدم حصول الفعل المشروط بطلان العقد، لا كونه خيارياً.

ويبقى الكلام في أنّ ما يذكر من الأحكام لشرط الفعل ومنه وجوب الإتيان

ص: ١٤٨

١- (١) سورة المائده: الآية ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢١ : ٢٧٦ ، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨ : ١٧ ، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٥ .

ومما ذكرنا يظهر: أنّ تأييد القول المشهور أو الاستدلال عليه بما في الغنية: من الإجماع على لزوم الوفاء بالعقد غير صحيح، لأنه إنّما ذكر ذلك في مسأله اشتراط الخيار، وقد عرفت خروج مثل ذلك عن محل الكلام. نعم، في التذكرة: لو اشترى عبداً بشرط أن يعتقه المشتري صحّ البيع ولزم الشرط عند علمائنا أجمع. ثمّ إنّ ما ذكره الشهيد قدس سره: من أنّ «اشتراط ما سيوجد أمر منفصل وقد علّق عليه العقد... الخ»

الشرح:

يختص بما إذا كان شرطه في ضمن عقد لازم، أو يعم ما إذا كان في ضمن عقد جائز، سواء كان جوازه من الطرفين كالوكالة والشركة والمضاربه، أم من طرف واحد كالرهن.

فقد يقال: إنّ الشرط في ضمن عقد جائز لا أثر له، فإنّ العقد في نفسه لا يجب الوفاء به فكيف يجب الوفاء بالشرط.

وعن صاحب الجواهر(١) قدس سره: أنّ عموم «المؤمنون عند شروطهم» لا يقتضى وجوب الفعل المشروط، وإنما يدل على صحه الشرط، ووجوبه مستفاد من عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، وإذا كان العقد جائزاً فلا يكون في البين استفاده.

ويستدل أيضاً بأنّه إذا كان شرط الفعل في عقد جائز لازماً للزم شرط الغايه، وسائر الأمور الاعتباريّة في ضمنه أيضاً. مع أن ظاهر الأصحاب التسالم بعدم لزوم شرط الغايه والأمر الاعتباري، كما إذا شرط في ضمن عقد الوكالة أو الشركة أو المضاربه الأجل أو غيره من الأمور الاعتباريه.

أقول: الأظهر عدم الفرق في شرط الفعل بين العقد اللازم والجائز حتى ما إذا كان جائزاً من الطرفين، فإن قوله عليه السلام «من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به، فإنّ المسلمين عند شروطهم»(٢) يعم ما إذا كان الشرط لها في ضمن عقد النكاح أو غيره لازماً أو جائزاً.

ص: ١٤٩

١- (١) جواهر الكلام ٢٦ : ٣٤٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ١٧ ، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٥ .



لا يخلو عن نظر، إذ حاصله: أنّ الشرط قد عُلّق عليه العقد في الحقيقه وإن كان لا تعليق صوره، فحاصل قوله: «بعتك هذا العبد على أن تعتقه» أنّ الالتزام بهذه المعاوضه معلق على التزامك بالعتق، فإذا لم يلتزم بالإعتاق لم يجب على المشروط له الالتزام بالمعاوضه.

الشرح:

نعم، الشرط في العقد اللازم يفترق عن الشرط في العقد الجائر في جهة أخرى وهي أنّ الشرط في العقد الجائر يرتفع عنوانه بفسخ العقد، ولا- يكون بعده معنونا بعنوان الشرط حيث إنّ الالتزام المرتبط لا الالتزام الابتدائي، ففي فرض فسخ العقد من أحدهما أو ممن يكون جواز العقد من طرفه، فلا- يجب الوفاء بشرط لانتفاء الشرط، لا- لارتفاع حكمه مع بقاء موضوعه، بل يجرى ذلك في العقد اللازم أيضا فيما إذا فسخ بإقاله أو خيار فسخ.

وبكلمه أخرى: وجوب الوفاء مادام الفعل مصداق الشرط ويرتفع بارتفاع عنوانه.

وأما دعوى التسالم على عدم لزوم شرط الغايه والأمر الاعتباري في ضمن العقد الجائر فلا يمكن المساعدة عليها، فإنّ اشتراط الأجل في ضمن عقد الشركه أو المضاربه بمعنى لزومها إلى تلك المده محكوم بالفساد لمخالفه شرط اللزوم في المده المعينه أو إلى الأبد فيهما للسنه الداله على جوازهما حكما. ولذا لو اشترط لزومها في عقد لازم يحكم أيضا بالفساد.

نعم إذا كان نفس الشركه أو المضاربه شرطا في ضمن عقد لازم لحكم بلزومها بلزوم ذلك العقد، ولا- ينافيه ما دل على جوازهما كما ذكرنا سابقا في شرط الوكالة في ضمن عقد لازم آخر.

ومما ذكر يظهر أنّه لو كان المشروط في ضمن عقد جائز عدم فسخه أو شرط عدم

وفيه مع أنّ المعروف بينهم: أنّ الشرط بمنزله الجزء من أحد العوضين، وأنّ مقتضى القاعده اللفظيه فى العقد المشروط لا يقتضى هذا المعنى أيضاً، وأنّ رجوعه إلى التعليق على المحتمل يوجب عدم الجزم المفسد للعقد وإن لم يكن فى صورته التعليق : أنّ لازم هذا الكلام أعنى دعوى تعليق العقد على الممكن ارتفاعه من رأس عند فقد الشرط لا انقلابه جائزاً.

الشرح:

فسخه فى ضمن عقد لازم بنحو شرط الفعل يحكم بصحته لعدم كونه مخالفاً للسنة.

ولو فسخه بعد هذا الاشتراط صحّ الفسخ وإن فعل حراماً، لأنّ وجوب الوفاء تكليفاً لا يقتضى فساد الفسخ، فانه من قبيل المعامله كما لا يخفى.

وقد ظهر مما ذكر أيضاً انحلال شرط الغايه فى العقد الجائز بانحلال نفس العقد، فلا يترتب على الغايه بعد ذلك حكم، لا لارتفاع حكمه، بل بارتفاع نفس الغايه التى كانت معنونه بعنوان الشرط، بل العقد على ما تقدم.

لا يقال: إذا كان الشرط نتيجة الإيقاع كما إذا أعطى المال مضاربه على أن يسقط الدين الذى كان له على العامل، وقبلها العامل فان بقوله يسقط الدين عن عهده وإذا فسخ ربّ المال أو العامل المضاربه بعد ذلك، فكيف يعود الدين على عهده العامل مع أنّ الزائل لا يعود.

فإنه يقال: لا مانع عن عوده نظير ما إذا باع متاعه بدين للمشتري على عهده، ثم فسخ البيع بإقاله أو خيار، فإنه لا ينبغى الريب فى عود الثمن أى الدين إلى عهده البائع.

وبتعبير آخر: مقتضى فسخ العقد انحلال الشرط الذى كان من قبيل شرط النتيجة سواء كانت من نتيجة العقد أو الإيقاع، وعدم العود فى الإيقاعات وغيرها للزوم الشرط بقاءً، وإذا زال الشرط عاد الساقط سابقاً.

ومن ذلك ما لو اشترى حيواناً ثم اشترى من بائع الحيوان متاعاً آخر على أن

ص: ١٥١

الثانية: فى أنه لو قلنا بوجوب الوفاء به [١] من حيث التكليف الشرعى، فهل يجبر عليه لو امتنع؟ ظاهر جماعه ذلك. وظاهر التحرير خلافه، قال فى باب الشروط: إنَّ الشرط إن تعلقت به مصلحة المتعاقدين كالأجل، والخيار، والشهادة، والتضمين، والرهن، واشتراط صفه مقصوده كالكتابه جاز ولزم الوفاء. ثم قال: إذا باع بشرط العتق صح البيع والشرط، فإن أعتقه المشتري، وإلا ففى إجباره وجهان: أقربهما عدم الإجبار، انتهى. وفى الدروس: يجوز اشتراط سائغ فى العقد، فيلزم الشرط فى طرف المشتري عليه، فإن أخلَّ به فللمشتري الفسخ، وهل يملك إجباره

الشرح:

يسقط خياره الحيوان فى الشراء الأول، ثم فسخ الشراء الثانى بإقاله أو خيار، فإنَّ خيار الحيوان الساقط فى شرائه يعود فتدبر جيداً.

[١] ذكره قدس سره أنه بعد البناء على وجوب الفعل على المشروط عليه يجبر بذلك الفعل على تقدير امتناعه عنه أم يثبت الخيار للمشروط له بمجرد امتناعه، فعن جماعه (١) أنه يجبر بالفعل، ومع عدم إمكانه فيثبت الخيار للمشروط له.

ولكن ظاهر العلامة فى التحرير (٢) خلافه وأنه لا- يجبر على الفعل، حيث قال فيه: إن الشرط فيما تعلق بمشروط فيه صلاح المتعاقدين كاشتراط الأجل فى الثمن أو الخيار، أو باع متاعه بكذا على شرط الشهادة بأن يحضر الشاهدين ليشهدا بأن المتاع المزبور لبائعه، أو على شرط التضمين بأن يضمن ثالث للمشتري درك المبيع وأنه لو ظهر ملك الغير لكان على ذلك الثالث ضمان الثمن للمشتري، أو باع متاعه بثمن مؤجل على أن يعطى المشتري الرهن لذلك الثمن أو اشتراطاً وصفاً فى المبيع كالكتابه

ص: ١٥٢

١- (١) منهم المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٤: ٤٢٣، والشهيد الثانى فى المسالك ٣: ٢٧٤، وصاحب الجواهر فى الجواهر ٢٣: ٢١٨.

٢- (٢) التحرير ١: ١٨٠.

عليه؟ فيه نظر، انتهى. ولا معنى للزوم الشرط إلا وجوب الوفاء. وقال في التذكرة في فروع مسأله العبد المشترط عتقه: إذا اعتقه المشتري فقد وفى بما وجب عليه إلى أن قال: وإن امتنع أُجبر عليه إن قلنا: إنه حق لله تعالى، وإن قلنا: إنه حق للبائع لم يُجبر، كما فى شرط الرهن والكفيل، لكن يتخير البائع فى الفسخ، لعدم سلامه ما شرط. ثم ذكر للشافعى وجهين فى الإيجاب وعدمه إلى أن قال: والأولى عندى الإيجاب فى شرط الرهن والكفيل لو امتنع، كما لو شرط تسليم الثمن الشرح:

جاز ولزم الوفاء به.

ثم قال: لو باع العبد على شرط عتقه فإن أعتقه المشتري فلا كلام، وإن لم يعتقه فهل يجبر المشتري بعتقه الأقرب عدم الإيجاب.

وقال الشهيد فى الدروس(١): إن فى إيجاب المشروط عليه بالفعل إشكال.

وقال العلامة فى التذكرة(٢) أولاً: أنه لا- يجبر المشروط عليه بالفعل فيما كان الفعل المزبور حقا لآدمى، كاشتراط الرهن للثمن المؤجل أو الكفيل له، وإن كان من حقوق الله كالعتق على وجه يجبر عليه.

ثم ذكر أخيراً: أنه يجبر بالفعل حتى فى حقوق الناس، نظير ما إذا باع متاعه بثمان حال فاهمل فى تسليم الثمن، فانه يجبر بالتسليم مع انه تسليمه من حق الناس.

ثم قال قدس سره: إنه يمكن ان ينسب القول بوجوب الفعل على المشروط عليه مع عدم إجباره عليه إلى كل من استدل على صحه الشرط بعموم «المؤمنون عند شروطهم»(٣)، ومع ذلك التزم بعدم الإيجاب.

ص: ١٥٣

١- (١) الدروس الشرعيه ٣: ٢١٤ .

٢- (٢) التذكرة ١: ٤٩٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢١: ٢٧٦، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤ .

معجلاً فأهمل، انتهى. ويمكن أن يستظهر هذا القول أعنى الوجوب تكليفاً مع عدم جواز الإيجاب من كل من استدل على صحه الشرط بعموم «المؤمنون» مع قوله بعدم وجوب الإيجاب، كالشيخ في المبسوط، حيث استدل على صحه اشتراط عتق العبد المبيع بقوله صلى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم». ثم ذكر: أن في إجباره على الإعتاق لو امتنع قولين: الوجوب، لأن عتقه قد استحق بالشرط، وعدم الوجوب وإنما يجعل له الخيار. ثم قال: والأقوى هو الثاني انتهى.

الشرح:

ووجه النسبه أن ظاهر «المؤمنون عند شروطهم» في نفسه وجوب الفعل المشروط، وكذا ظهوره فيه بقرينه خارجيه كقوله عليه السلام في موثقه إسحاق بن عمار «فليف لها به فإن المسلمين عند شروطهم»<sup>(١)</sup> مما لا ينبغي الريب فيه، بل لا معنى لصحه شرط الفعل عند من لا يرى بطلان العقد بالشرط الفاسد كالشيخ<sup>(٢)</sup> وأتباعه إلا وجوب الفعل المشروط، لأن استحباب الفعل لا ينافى بطلان الشرط، لأن الشرط الفاسد يدخل في الوعد، والوفاء بالوعد مستحب فلا يمكن للمستدل بالصحه الالتزام بأن الفعل المشروط يستحب الإتيان به ولا يجب.

أقول: لا يمكن هذا النسبه حيث يمكن أن يكون معنى صحه شرط الفعل عند المستدل بعموم «المؤمنون عند شروطهم»<sup>(٣)</sup> ترتب الخيار للمشروط على تقدير عدم الفعل، فيكون فساد الشرط بمعنى عدم ترتب هذا الخيار كما لا يخفى.

أقول: الأظهر في المقام جواز الإيجاب بالفعل، لان الالتزام المشروط عليه بالفعل في ارتكاز المتعاملين يكون بنحو الحق للمشروط له، ولذا لا يجب الفعل مع رفع يده

ص: ١٥٤

١- (١) مرّ آنفاً .

٢- (٢) المبسوط ٢: ١٤٩، وراجع حاشيه كتاب المكاسب للسيد اليزدى ٣: ٣٢٦، الرقم ٤٥٩ .

٣- (٣) مرّ آنفاً .

فإن ظهور النبوي في الوجوب من حيث نفسه ومن جهة القرائن المتصله والمنفصله مما لا مساغ لإنكاره، بل الاستدلال به على صحه الشرط عند الشيخ ومن تبعه في عدم إفساد الشرط الفاسد يتوقف ظاهراً على إرادته الوجوب منه، إذ لا تنافي حينئذ بين استحباب الوفاء بالشرط وفساده، فلا يدلّ استحباب الوفاء بالعتق المشروط في المبيع على صحته. ثم إن الصيمري في غايه المرام قال: لا خلاف بين علمائنا في جواز اشتراط العتق، لأنه غير مخالف للكتاب والسنة،

الشرح:

عن شرطه، فيكون إجباره بالفعل كإجبار الأجير على العمل، وإن كان بينهما فرق من جهة أخرى وهي كون الفعل ملكاً للمستأجر ولا يدخل في الملك في الاشتراط.

وما عن السيد اليزدي (١) قدس سره من إمكان الالتزام بدخول الفعل المشروط في ملك الشارط فيما كان نفعه عائداً إليه كخياطه ثوبه لا يمكن مساعدته عليه، فإنّ الفعل لا يدخل في ملك الشارط ضروره عدم الفرق في شرط الخياطه أو إعطاء الدرهم والعتق.

مع أنّه على الملك يلزم مطالبه المشروط عليه بقيمة الفعل مع فوته نظير الفوت في باب الإجاره.

ونظير الإجبار على الفعل الإجبار على تسليم الثمن أو المبيع، ولكن جواز الإجبار يجتمع مع خيار الفسخ، لأنّ الخيار المترتب على ترك الفعل خيار جعلي من المتعاقدين، والمجعول ارتكازهما من الخيار يعم حال التمكّن على الإجبار.

نعم مع الإغماض عن عموم الارتكاز والالتزام بأنّ الخيار في المقام مستفاد من قاعده نفى الضرر، فمقتضى عموم «أوفوا بالعقود» (٢) في فرض التمكّن على إجبار

ص: ١٥٥

١- (١) حاشيه كتاب المكاسب ٣ : ٣٣٠ ، الرقم ٤٦٣ .

٢- (٢) سورة المائده: الآيه ١ .

فيجب الوفاء به، قال: وهل يكون حقاً 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، يكون المطالبة له ويسقط بإسقاطه، ولا- يجبر المشتري، ومع الامتناع يتخير المشتري بين الإمضاء 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 الإجبار: أن كل شرط يكون حقاً مختصاً للمشتري لا كلام ولا خلاف في عدم الإجبار عليه، وهو ظاهر أول الكلام السابق في التذكرة. لكن قد عرفت قوله أخيراً: والأولى أن له إجباره عليه وان 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 الإجبار، حيث قال: واعلم أن في إجبار المشتري على الإعتاق وجهين: أحدهما: العدم، لأن للبائع طريقاً آخر للتخلص

الشرح:

المشروط عليه لزوم العقد وعدم كونه خيارياً.

ومراد المصنف رحمه الله في الاستدلال على جواز الإجبار بعموم وجوب الوفاء بالعقد والشرط كون الوجوب المستفاد منها في المقام حقاً نظير وجوب تسليم العوضين، لا أن مجرد وجوب شيء على أحد يقتضى من جواز إجباره عليه.

وقوله «إنَّ المشروط له قد ملك الشرط على المشروط عليه» أى استحققه عليه شاهد لكون الوجوب في المقام حقاً لا حكماً، وليس المراد الملك في باب الإجاره كما يأتى الإشارة إلى ذلك في ذيل كلامه في المساله الثالثه.

ص: ١٥٦

وهو الفسخ. والثانى: له ذلك، لظاهر قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و«المؤمنون عند شروطهم إلا من عصى الله» وهو الأوجه، انتهى. وفى المسالك جعل أحد القولين ثبوت الخيار وعدم وجوب الوفاء، مستدلاً له بأصالة عدم وجوب الوفاء، والقول الآخر وجوب الوفاء بالشرط، واستدل له: بعموم الأمر بالوفاء بالعقد «والمؤمنون عند شروطهم إلا من عصى الله»، انتهى. وظهره: وحده الخلاف فى مسألتى وجوب الوفاء والتسلط على الإجبار. كما أنّ ظاهر الصيمرى: الاتفاق على وجوب الوفاء، بل وعلى عدم الإجبار فيما كان حقاً مختصاً للبائع. والأظهر فى كلمات الأصحاب وجود الخلاف فى المسألتين.

وكيف كان، فالأقوى ما اختاره جماعه: من أنّ للمشروط له إجبار المشروط عليه، لعموم وجوب الوفاء بالعقد والشرط، فإنّ العمل بالشرط ليس إلا كتسليم العوضين، فإنّ المشروط له قد ملك الشرط على المشروط عليه بمقتضى العقد المقرون بالشرط، فيجبر على تسليمه. وما فى جامع المقاصد: من توجيه عدم الإجبار: بأنّ له طريقاً إلى التخلّص بالفسخ، ضعيف فى الغايه، فإنّ الخيار إنّما شرّع بعد تعذّر الإجبار دفعاً للضرر.

وقد يتوهم أنّ ظاهر الشرط هو فعل الشئ اختياراً [١] فإذا امتنع المشروط عليه فقد تعذّر الشرط، وحصول الفعل منه كرهاً غير ما شرط عليه، فلا ينفع فى الوفاء بالشرط.

الشرح:

[١] وقد يتوهم أنّ ظاهر الشرط هو الفعل اختياراً وعليه فلا يكون لإجباره مورد.

وأجاب المصنف قدس سره: بأنّ المستفاد من الشرط أنّه إذا فعله المشروط عليه ولو بالإجبار حصل المشروط، ولا يكون للبائع خيار تخلف الشرط.

نعم إذا قيد فى العقد كون المشروط الفعل باختياره وبطيب نفسه لما كان فى



## الشرح:

البين جواز الإجبار، بل كان للبائع مع امتناعه خيار تخلف الشرط.

وذكر الإيروانى(1): أنه نعم التوهم المزبور، وقال فى وجه تحسينه: إن المراد بالإجبار، إمّا الإِكراه أو فعل ما يوجب صدور الفعل ولو بلا إرادته من المشروط عليه، أو تصدى الحاكم بالفعل المزبور فيما كان من الاعتباريات الصالحة للوكاله وصدورها بالولاية.

وعلى ذلك فليس المراد بالإجبار المعنى الثالث، فانه لا- يعد إجبارا، وكذا لا يمكن الالتزام بالثانى فان الالتزام يتعلق بالفعل الاختيارى، ولا يعمّه بأن يلتزم بالأعم من فعل نفسه والفعل غير الاختيارى.

وأما المعنى الأوّل فلا يمكن الالتزام بجوازه لظهور الشرط فى التزام المشروط عليه بالفعل بلا مؤنه خارجيه، فالإكراه إزام ومؤنه خارجيه، فيكون الإكراه ظلما وعدوانا على المشروط عليه.

ولكن لا- يخفى أنه لا- موجب للانصراف فى اشتراط الفعل، فالالتزام يتعلق بما يتعلق به التكليف فى باب الأمر والطلب، وكما يكره الشخص على الإتيان به من باب الأمر بالمعروف كذلك فى الالتزام بالفعل وشرطه.

مع أنّ ما ذكر من عدم إمكان الالتزام بالجامع بين المقدور وغيره، فيه كلام فانه لو كان الإطلاق بمعنى رفض القيد لا الجمع بين القيود فلا موجب لامتناعه كما لا يخفى.

ذكر قدس سره فى هذه المساله جواز الإجبار على الفعل مع ثبوت الخيار للبائع، وذكر فى وجهه أنّ امتناع المشروط عليه عن الوفاء رضئ منه بفسخ البيع، وإذا رضئ البايع

ص: ١٥٨

ويندفع: بأنّ المشروط هو نفس الفعل مع قطع النظر عن الاختيار، والإجبار إنما يعرض له من حيث إنّه فعل واجب عليه، فإذا أُجبر فقد أُجبر على نفس الواجب. نعم، لو صرّح باشتراط صدور الفعل عنه اختياراً وعن رضئ منه لم ينفع إجباره في حصول الشرط.

الشرح:

بفسخه بترك إجباره المشروط عليه يكون فسخه داخلاً في الإقالة.

ثمّ ذكر الفرق بين امتناع المشروط عليه عن الفعل وبين امتناع المتعاقدين عن تسليم العوض، فانه يجبر على التسليم في الثاني ومع إمكانه لا يكون للآخر خيار، بخلاف صورته الامتناع عن الفعل المشروط عليه، فانه يجوز المشروط له الفسخ ولو مع إمكانه الاجبار.

والفارق أنّ العوض قد دخل في ملك العاقد الآخر فلا يخرج عن ملكه بامتناع الآخر عن تسليمه، بخلاف الفعل المشروط، فأنّه كالإعتاق لا يكون ملكاً للآخر، فإذا امتنع المشروط عليه فقد نقض العقد، فيجوز للمشروط له أيضاً نقضه.

وفيه: أنّ الفعل قد صار بالاشتراط حقاً للمشروط له على المشروط عليه، ومجرد امتناع المشروط عليه لا يوجب سقوط هذا الحق، كما لا يكون رضئ بالفسخ ليكون فسخ الآخر معه بعنوان الإقالة، ولعلّه إلى ذلك أشار بأمره بالتأمّل.

والحاصل: أنّ العمده في ثبوت الخيار مع ترك التسليم هو الشرط الارتكازي، فيجتمع الخيار مع جواز الإجبار فتدبّر.

وأما ما ذكر قدس سره في وجه ثبوت الخيار مع عدم التمكن على الإجبار فقط من أن الاختصاص مقتضى قاعده نفى الضرر ولا ضرر مع التمكن على الإجبار، فيكون مقتضى وجوب الوفاء بالعقود لزومه مع التمكن على الإجبار. ففيه: أنّ اللزوم في العقد لا يكون ضرورياً دائماً ولو مع عدم التمكن على الإجبار أيضاً، كما إذا باع المال بثمن

## هل للمشروط له الفسخ مع التمكّن من الإجبار

الثالثة: فى أنه هل للمشروط له الفسخ مع التمكّن من الإجبار [١] فىكون مخيراً بينهما، أم لا يجوز له الفسخ إلا مع تعذّر الإجبار؟ ظاهر الروضة وغير واحد هو الثانى. وصريح موضع من التذكرة هو الأول، قال: لو باعه شيئاً بشرط أن يبيعه آخر أو يقرضه بعد شهر أو فى الحال لزمه الوفاء بالشرط، فإن أخلّ به لم يبطل البيع، لكن يتخیر المشتري بين فسخه للبيع وبين إلزامه بما شرط، انتهى. ولا نعرف مستنداً للخيار مع التمكّن من الإجبار، لما عرفت: من أن مقتضى العقد المشروط

الشرح:

يساوى قيمته السوقية، فإن تضرّر الشارط بترك المشروط عليه العمل بالشرط حاصل سواء فسخ البيع أم لا، وفيما إذا باع بالأقل من قيمته السوقية يكون نفى الزوم تداركاً للضرر، وأما الضرر فهو ناش من صحه البيع المزبور فى فرض عدم عمل المشروط عليه بالشرط كما لا يخفى.

[١] كل ما ذكر فى المسألة الثالثة تعرضنا لها فى المسألة الثانية ويبقى أمر واحد لم يسبق التعرض له، وهو أنه للحاكم إيقاع الفعل المشروط فيما إذا كان من الإنشائيات مع امتناع المشروط عليه عن التصدى ومطالبه الشارط به، بلا فرق بين القول بأن الخيار يثبت للمشروط له حتى مع تمكّنه على الإجبار، أو قيل (١): بأنّ الخيار لا يثبت مع تمكّنه.

وما فى كلام المصنف رحمه الله من أنّ الكلام فى جواز إيقاع الحاكم مبنى على المختار من عدم الخيار مع التمكّن على الإجبار لا يمكن المساعدة عليه، كما يشهد بذلك الاستدلال على جواز تصدى الحاكم بعموم (٢) ولايه السلطان على الممتنع من أداء مال الغير أو حقه.

ص: ١٦٠

١- (١) راجع الروضة ٣: ٥٠٦، والكفاية: ٩٧، والعوائد: ١٣٧، والجواهر ٢٣: ٢١٩.

٢- (٢) مرّ سابقاً ومفضّلاً فى بحث «ولايه الفقيه» فى الجزء الرابع، فراجع.

هو العمل على طبق الشرط اختياراً أو قهراً. إلا- أن يقال: إنَّ العمل بالشرط حقٌّ لازم على المشروط عليه، يجبر عليه إذا بنى المشروط له على الوفاء بالعقد، وأمَّا إذا أراد الفسخ لامتناع المشروط عليه عن الوفاء بالعقد على الوجه الذى وقع عليه، فله ذلك، فيكون ذلك بمنزلة تقايل من الطرفين عن تراض منهما. وهذا الكلام لا يجرى مع امتناع أحدهما عن تسليم أحد العوضين ليجوز للآخر فسخ العقد، لأنَّ كلاً منهما قد ملك ما فى يد الآخر، ولا يخرج عن ملكه بعدم تسليم صاحبه، الشرح:

ولكن ناقش فى الاستدلال النائينى(1) رحمه الله بما توضيحه: أنَّ الولاية للحاكم تثبت مع عدم حياه المولى عليه، كما إذا لم يكن للميت وصيٌّ، أو مع عدم حضوره كالولاية على الغائب، أو مع صغر المولى عليه أو جنونه على تفصيل مذكور فى محله، والمشروط عليه فى المقام لا يدخل فى شىء من العناوين، ولا دليل على ولاية الحاكم فى غيرها.

أقول: إذا فرض الزوج ممتنعاً عن الإنفاق على زوجته أو الأب على أولاده فلا ينبغى الريب فى جواز التصدّى الحاكم للإنفاق بمال الزوج مع أنَّهما لا يدخلان فى شىء من العناوين المزبوره.

والحاصل: أنَّ الفرق بين تصدى الحاكم فيما إذا كان العمل من آثار شرط النتيجة وبين كون المشروط نفس العمل يحتاج إلى التوضيح.

وأما ما أشار إليه المصنف رحمه الله فلا نعرفه. نعم، تُقل: «السلطان ولى لمن لا ولى له» على ما اشتهر فى بعض الألسنه، ولكن لا يعم شرط الفعل ولا العمل المترتب على الأمر الوضعى فإنَّ عمل السلطان فى الفرضين مع امتناع الشخص ولاية عليه لا له كما

ص: ١٦١

---

١- (١) منيه الطالب فى شرح المكاسب ٣: ٢٥٢ .

فيجبران على ذلك. بخلاف الشرط، فإنَّ المشروط حيث فرض فعلاً كالإعتاق فلا معنى لتملكه، فإذا امتنع المشروط عليه عنه فقد نقض العقد، فيجوز للمشروط له أيضاً نقضه، فتأمل. ثم على المختار: من عدم الخيار إلا مع تعذر الإيجاب، لو كان الشرط من قبيل الإنشاء القابل للنيابة، فهل يوقعه الحاكم عنه إذا فرض تعذر إجباره؟ الظاهر ذلك، لعموم ولاية السلطان على الممتنع، فيندفع ضرر المشروط له بذلك.

الشرح:

لا يخفى أضيف إلى ذلك عدم ثبوته بنقل معتبر.

نعم الحكام والقضاء في زمان الأئمة عليهم السلام كان لهم الولاية باستيفاء الحقوق قضاءً أو عملاً. بحسب نصبهم ولكن الروايات (١) الواردة في المراجعة إلى قضاء العدل والعاملين بالأحكام وعدم جواز الرجوع إلى الحكام وقضاء الجور يمكن دعوى عدم عمومها للمراجعة للاستيفاء عملاً للقرينة العامة على عدم بسط يدهم في ذلك الزمان وكون الرجوع اليهم كان لرفع المنازعة وقطع المخاصمة في الحكم أو موضوعه كما هو المفروض في تلك الروايات.

ومع ذلك قد يقال: الدليل على وجوب التصدي للقضاء على نحو الواجب الكفائي يجرى في التصدي لاستيفاء الحقوق وأخذ حقوق بعضهم من بعض آخر حفظاً للنظام ويتعين المراجعة إلى المتصدي فيما كان في استيفاء ذي الحق حقه بالمباشره محذور، ومن الظاهر أنَّ المتيقن من المتصدي الحاكم العدل والمأذون من قبله وبما أنه ليس في البين خطاب لفظي يؤخذ في إثبات الولاية للمتصدي على الإطلاق فيؤخذ بالقدر اليقين فلا يحكم بنفوذ تصرف المتصدي مع إمكان اجبار من

ص: ١٦٢

---

١- (١) وسائل الشيعه ٢٧ : ١٣٦ ، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي.

## تعذر الشرط يوجب الخيار

الرابعة: لو تعذر الشرط فليس للمشتري الا- الخيار[١] لعدم دليل على الأرش، فإنّ الشرط في حكم القيد لا يقابل بالمال، بل المقابله عرفاً وشرعاً إنما هي بين المالكين، والتقيد أمر معنوي لا يُعدّ مالاً وإن كانت ماليه المال تزيد وتنقص بوجوده وعدمه، وثبوت الأرش في العيب لأجل النصّ. وظاهر العلامه قدس سره: ثبوت الأرش إذا اشترط عتق العبد فمات العبد قبل العتق. وتبعه الصيمري فيما إذا اشترط تدبير العبد، قال: فإن امتنع من تدبيره تخير البائع بين الفسخ واسترجاع العبد وبين الإمضاء، فيرجع بالتفاوت بين قيمته لو بيع مطلقاً وقيّمته بشرط التدبير، انتهى.

الشرح:

عليه الحق على أداء ما عليه من حقّ الغير لأنّه يجوز إجبار المتصدى من عليه الحق تأديبا ومنعا عن المنكر كما هو مقتضى لزوم حفظ النظام.

وأما مباشره المتصدى بالاستيفاء مع إمكان الإيجاب كما إذا اعتق العبد الذي باعه على أن يعتقه المشتري أو باع ماله للإنفاق مع إمكان إجباره على الإنفاق بنفسه فالأصل عدم نفوذ ذلك العتق وعدم صحه البيع المزبور.

نعم مع عدم إمكان الإيجاب للفرار ونحوه يكون محكوما بالصحه.

ومن هنا يظهر الحال في إعطاء الحاكم الأجره من مال المشتري على الخياطه المشروطه عليه مع امتناع المشتري عن الخياطه، فإنّه يجوز مع عدم إمكان الإيجاب لا مع إمكانه.

هذا فيما إذا كان العمل المشروط عليه الطبيعي لا العمل المباشري، كما إذا باع المال واشترط على المشتري أن لا يترك ما عليه من الفرائض اليوميه، فانه مع عدم التمكن على إجباره بالعمل والإتيان بفرائضه لا يكون موردا لتصدى الحاكم فتدبر.

[١] ذكره قدس سره في تعذر الشرط فرضين: الأوّل: ما إذا كان الفعل المشروط ما لا ماليه له كاشتراط العتق والتدبير. الثاني: ما إذا كان الفعل له ماليه كخياطه الثوب وصبغه.

ومراد به «التفاوت» مقدار جزء من الثمن نسبته إليه كنسبه التفاوت إلى قيمه، لا تمام التفاوت، لأن للشرط قسطاً من الثمن، فهو مضمون به لا- بتمام قيمته، كما نصّ عليه في التذكرة. وضعّف في الدرّوس قول العلامة بما ذكرنا: من أنّ الثمن لا يقسّم على الشروط. وأضعف منه ثبوت الأرش بمجرد امتناع المشتري عن الوفاء بالشرط وإن لم يتعذّر، كما عن الصيمري.

الشرح:

وذكر في القسم الأوّل: أنّه يثبت للمشروط له خيار الفسخ ولا يجوز له المطالبة بالأرش، وعلّل ذلك بأنّ الشرط لا يكون جزءاً من أحد العوضين، بل يكون تقييداً لأحدهما، والتقييد أمر معنوي أي ليس جزءاً لا يقابل بالمال في المعامله.

وإذا باع بمئه على أن يعتقه فقد قيّد المبيع بالعتق بعد العقد، فيكون التقييد المزبور كسائر الأوصاف في المبيع في أنه لا يقابل بشيء من الثمن، بل يكون كالوصف مما تزيد وتنقص به قيمة الشيء، والأرش في مورد خيار العيب ثبت بالنصّ لا أنّه على القاعده.

وعن ظاهر العلامة (1): ثبوت الأرش في المقام، وتبعه الصيمري (2) في مسأله بيع العبد واشتراط تدبيره، حيث قال: لو امتنع المشتري عن تدبيره تخير البائع بين فسخ البيع أو الإمضاء والرجوع إلى تفاوت قيمه العبد مشروطاً بتدبيره وبيعه مطلقاً بل يظهر من الصيمري جواز المطالبة بالأرش بمجرد امتناع المشتري عن العمل بالشرط، وعدم تعذّره.

وحيث لا- يمكن أن يكون المراد بالرجوع بتمام التفاوت كما إذا باع الثوب مع اشتراط خياطته بمئه وكانت قيمته بدون الشرط المزبور مئتين، فانه لا يمكن الالتزام

ص: ١٦٤

١- (١) راجع التذكرة ١ : ٤٩٢ .

٢- (٢) غايه المرام (مخطوط) ١ : ٣٠٥ .

ولو كان الشرط عملاً من المشروط عليه يُعدّ مآلاً ويقابل بالمال كخياطه الثوب فتعدّ، ففي استحقاق المشروط له لأجرته أو مجرد ثبوت الخيار له، وجهان. قال في التذكرة: لو شرط على البائع عملاً سائغاً تخير المشتري بين الفسخ والمطالبة به أو بعوضه إن فات وقته وكان ممّا يتقوّم، كما لو شرط تسليم الثوب

الشرح:

بجواز الرجوع إلى تمام المئه، لأنّ للشرط جزءاً وقسطاً من الثمن يكون المراد من الأرش نسبة التفاوت لإتمامه.

وذكر قدس سره في القسم الثاني أيضاً تخير المشروط بين الفسخ والإمضاء مجاناً، وأنه لا يجوز له المطالبة ببدل الفعل المشروط أى أجره المثل وإن كان يحتمل استحقاقها، كما ذهب إليه العلامة في التذكرة (1) حيث قال: إنّ الشرط أى المشروط إن كان ممّا يتقوّم كما شرط صيغ الثوب وتسليمه مصبوغاً، وتلف الثوب بيد المشتري قبل صبغه يكون للمشتري المطالبة بقيمه الفئات، وإن لم يكن المشروط ممّا يتقوّم تخيير بين الفسخ والإمضاء مجاناً.

ومراده مما يتقوّم ما كان للمشروط ماله في نفسه، لا ما يزيد وينقص به قيمه الشيء كالوصف، فيعم بيع العبد واشترط ماله.

ولكن الاحتمال أى المطالبة بأجره المثل ضعيف لأنّ الثمن في المعاملة يقع بازاء نفس المبيع ولا ينضم المشروط إلى أحد العوضين، ولذا لا يجرى على المشروط حكمهما.

ولو كان المشروط كالثمن من أحد النقدين كما إذا باع العبد مع اشتراط ماله الذي يكون من أحد النقدين بثمانٍ من النقود لا يعتبر التقابض في المجلس، ولو كان مال

ص: ١٦٥



مصبوغاً فأتاه به غير مصبوغ وتلف في يد المشتري، ولو لم يكن ممّا يتقوّم تخيّر بين الفسخ والإمضاء مجاناً، انتهى. وقال أيضاً: لو كان الشرط على المشتري مثل أن باعه داره بشرط أن يصنع له ثوبه فتلف الثوب، تخيّر البائع بين الفسخ والإمضاء بقيمه الفأنت إن كان مما له قيمه، وإلاّ مجاناً، انتهى.

الشرح:

العبد منضمّاً إلى المبيع لزم التقابض بالاضافه إليه وعوضه.

نعم يجرى على بعض الشروط وهو شرط الكم حكم الجزء في تقسيط الثمن ويأتى الكلام فيه فى الأمر السابع.

وذكر السيد اليزدى (١) قدس سره فى المقام كلاماً طويلاً، وملخصه: أنّ للمعامله مقامين: مقام الإنشاء ومقام اللب. والمشروط فى مقام الإنشاء لا- يدخل فى أحد العوضين، بل تجرى المعامله انشاءً على نفس المالىن، ولكنه فى مقام اللب يدخل فى أحد العوضين حتى شروط الأوصاف.

وحيث لا يدخل المشروط وصفاً كان أو غيره فى أحدهما ولا يقابل فى الإنشاء بشىء لا يكون فقد الوصف أو تعدّر الشرط حال العقد موجبا لانحلال البيع، بل يجوز لمن تخلف عليه الشرط أخذ صاحبه بالمعامله فى مقام اللب بأن يطالب مع عدم فسخها باسترداد ما وقع بازاء المشروط فى مقام اللب، بخلاف الجزء حيث إنّه فى مقام الإنشاء أيضاً داخل فى أحد العوضين، ولذا يكون فقده موجبا لانحلال المعامله انشاءً أيضاً بالاضافه إليه.

هذا كله: من غير فرق بين شرط الفعل والوصف، وسواء كان الفعل ممّا يتقوّم فى نفسه كخياطه الثوب وصبغه، أو لم يكن ممّا يتقوّم كعتق العبد واشتراط بيع المال.

ص: ١٦٦

والظاهر أنّ مراده ب «ما يتقوّم» ما يتقوّم في نفسه، سواء كان عملاً محضاً كالخياطه، أو عيناً كمال العبد المشترط معه، أو عيناً وعملاً كالصنغ، لا ما له مدخل في قيمه العوض، إذ كل شرط كذلك. وما ذكره قدس سره لا يخلو عن وجه وإن كان مقتضى المعاوضه بين العوضين بأنفسهما كون الشرط مطلقاً قيماً غير مقابل

الشرح:

ولكن مع التعذر في حال العقد في الفعل المتقوّم في نفسه لا يكون شرطه محكوماً بالصحة لعدم تمكن المشروط عليه، فلا يدخل الفعل في ملك المشتري، وبناءً على القول بأن الشرط الفاسد لا يفسد العقد يكون للمشروط له الفسخ وإمضاء العقد مجاناً أو مع المطالبه بالأرش كما ذكره العلامة.

وأما إذا كان المشروط ممّا له قيمه وكان التعذر طارياً بعد العقد ففي مثل ذلك يكون الفعل مملوكاً على عهده المشروط عليه فللشارط المطالبه ببديل ذلك الفعل لتلفه عليه في ضمان الغير إلا أن يقال: أنّ تعذر الفعل كالتلف قبل القبض يوجب انحلال الملك بالإضافة إلى الفعل، ولا يكون للمشروط له إلا المطالبه بالأرش كما في صورته التعذر من الأوّل، وعلى ذلك فلا يكون الارش في خيار العيب أمراً تعدياً.

نعم لا يجوز إجبار المشروط عليه بالأرش حيث يجوز له أن يقول: بأنك إذا أردت الارش افسخ المعامله لوقوع الثمن في المعامله انشاءً بازاء نفس العين.

نعم في خيار العيب يجوز الإجبار على الأرش، كما هو ظاهر الروايات، والأرش فيه من هذا الجبهه يكون أمراً تعدياً.

أقول: المعامله لكونها من الإنشائيات فليس لها واقع غير الإنشاء، وبتعبير آخر: ليس للبيع غير ما يعتبره المتعاقدين بحسب إنشائهما وإبرازهما وليس البيع إلا تمليك أحد المالين بازاء الآخر وتملكه بازائه.

وقد ذكرنا أنّ شرط الوصف فيما كان موصوفه عيناً خارجيه أو كالعين الخارجيه

بالمال، فإن المبيع هو الثوب المخيط والعبد المصاحب للمال لا الثوب والخياطة والعبد وماله، ولذا لا يشترط قبض ما يازاء المال من النقدين في المجلس لو كان من أحدهما. وسيجيء في المسألة السابعة المعاملة مع بعض الشروط معاملة الأجزاء.

الشرح:

كالكلى في المعين لا- يمكن ان يكون قيذا أى تضييقا لا- لأحد العوضين ولا- لنفس البيع، فإن تضييق البيع بالشرط بمعناه المصدرى وتعليق البيع على الالتزام أمر حاصل.

وأما تعليقه على الشرط بمعنى المشروط فلا لا لأن تعليقه به يوجب التعليق المبطل فحسب، بل لأن العقد فى بناء المتعاقدين واعتبار العقلاء لا يكون معلقا على حصوله حتى فى الموارد التى يكون المشروط أمرا وضعيا كالخيار واشترط الوكالة فضلا عما يكون من الأفعال الخارجيه، ولذا لو حكم بفساد الأمر الوضعى لبطلان شرطه فلا يحكم بفساد البيع.

وأما عدم كون المشروط قيذا لأحد العوضين فلأن الثمن فى اعتبارهم يقع بازاء نفس المبيع والمبيع بازاء نفس الثمن، وانما يكون الشرط وصفا كان أو غيره داعيا إلى زياده الثمن أو نقصه.

وكذا لا- ينضم نفس الشرط بمعنى الالتزام لأحد العوضين، لأن الالتزام بنفسه لا يدخل فى ملك الآخر وليس له ماله والبيع تمليك بالعوض.

وعلى ذلك فلا- شىء فى المعاملات مع تعذر الشرط وصفا كان أو غيره إلا ثبوت الخيار حيث لا معنى للالتزام بالوصف إلا اعتبار الخيار على تقدير فقدده، كما لا معنى لاشتراط الفعل إلا ثبوت الالتزام الحقى بالاضافه إلى الفعل وثبوت الخيار مع عدم تحققه للتعذر أو غيره.

وإذا كان الفعل متعذرا حال العقد أو طرأ فيما بعد ذلك يثبت الخيار وليس الفعل

## لو تعذر الشرط بحيث خرجت العين عن سلطنه المشروط عليه

الخامسة: لو تعذر الشرط وقد خرج العين عن سلطنه المشروط عليه [١] بتلف أو بنقل أو رهن أو استيلاء، فالظاهر عدم منع ذلك عن الفسخ. فإذا فسخ ففي رجوعه عليه بالقيمه، أو بالعين مع بقائها بفسخ العقد الواقع عليه من حينه، أو من أصله، وجوه تقدّمت في أحكام الخيار، وتقدّم: أنّ الأقوى الرجوع بالبدل، جمعاً بين الأدلّه. هذا كلّ مع صحه العقد الواقع، بأن لا يكون منافياً للوفاء بالشرط. وأمّا لو كان منافياً كبيع ما اشترط وقفه على البائع ففي صحته مطلقاً أو مع إذن المشروط

الشرح:

فيما يتقوم ملكاً للمشروط له، لأنّ المشروط عليه لم يملكه، بل التزم به نظير التزامه في مورد النذر والحلف، غايه الأمر أنّ الملتزم له في النذر هو الله سبحانه، وفي الشرط في المعامله هو المشروط له كما تقدم.

نعم قد تقدم أنّ للمشروط له إلزام المشروط عليه بالفعل مع التمكن على الإيجاب، ولا ينافي ذلك ثبوت الخيار معه.

[١] مراده قدس سره أنه لو لم تبق العين المنتقله إلى المشروط عليه في ملكه لتلفها، أو أنّ المشروط عليه نقلها إلى الغير أو بقي تلك العين في ملكها ولكن تعلق بها حقّ الغير كما إذا رهنها أو استولدها، وفرض أنّ الفعل المشروط عليه قد تعذر كتلف الثوب الذي اشترط عليه خياطته فلا- تكون عدم بقاء العين المنتقله إلى المشروط عليه أو نقلها أو تعلق حق الغير بها مانعا عن فسخ المشروط له البيع الأوّل لتعذر الشرط.

وإذا فسخ فهل يرجع ببدل المبيع مطلقاً أو مع بقائها، وفسخه نقل المشروط عليه أو رهنه من أصله أو من حين فسخ العين؟ وجوه يأتي الكلام فيها، وأنّ الصحيح منها هو الرجوع إلى البدل جمعاً بين الخيار الثابت للمشروط بتعذر شرطه وبين ما دل على نفوذ نقل مالك العين أو رهنه حيث إنّ التصرفات من المشروط عليه حلت زمان مالكيته.

هذا كله فيما لم يكن تصرف المشروط عليه في العين المبيعه منافياً لعمله

له أو إجازته، أو بطلانه، وجوه خيرها أوسطها. فلو باع بدون إذنه كان للمشروط له فسخه وإلزامه بالوفاء بالشرط. نعم، لو لم نقل بإجبار المشروط عليه فالظاهر صحة العقد الثانى. فإذا فسخ المشروط له، ففى انفساخ العقد من حينه، أو من أصله، أو الرجوع بالقيمه، وجوه، رابعها: التفصيل بين التصرف بالعتق فلا يبطل لبنائه على

الشرح:

بالشرط، كما فرضنا أنّ الشرط فى البيع كانت خياطه ثوب مخصوص آخر.

وأما إذا كان تصرفه منافيا للعمل بالشرط، كما إذا باع العين منه على أن يجعلها المشتري وقفا على البائع وأولاده وبعد البيع باعها المشتري من ثالث، فيكون البيع الثانى منافيا للعمل بالشرط.

وفى الفرض هل يحكم بصحة البيع الثانى مطلقا أى بلا حاجه إلى إذن المشروط له وإجازته، أو مع إذنه وإجازته، أو يبطل مطلقا أى لا يفيد البيع الثانى إذن المشروط له وإجازته، حيث إنّ البيع الثانى لا يكون من قبيل البيع فضولاً ليصحّ بإجازته مالك المبيع وجوه: خيرها عند المصنف رحمه الله صحته بإذن المشروط له أو إجازته.

وهذا بناءً على أنّ للمشروط له إجبار المشروط عليه بالشرط، فإنّ صحة التصرفات تنافى حقّ المشروط له فى تلك العين.

وأما بناءً على عدم جواز الإجبار فيصحّ التصرفات المنافية، ولكن إذا فسخ المشروط له البيع الأول فهل يبطل التصرفات المزبوره من أصلها، أو من حين فسخ البيع الأول، أولا- تبطل أصلاً بل يرجع المشروط له إلى بدل العين مثلاً أو قيمه، لأنّ التصرفات المزبوره من تلف العين حقيقه أو حكما.

وعن العلامة فى التذكرة(1) تفصيل رابع: وهو التفصيل فى التصرف المنافى بين العتق وغيره، فان كان التصرف المنافى عتقا فيصح مطلقا لبناء العتق على التغليب، وإن

ص: ١٧٠

التغليب فيرجع بالقيمه، وبين غيره فيبطل، اختاره في التذكرة والروضه. قال في فروع مسأله العبد المشترط عتقه بعد ما ذكر: أن إطلاق اشتراط العتق يقتضى عتقه مجاناً، فلو أعتقه بشرط خدمه مدّه، تخيّر المشروط له بين الإمضاء والفسخ فيرجع الشرح:

كان غير العتق فيبطل بفسخ البيع الأول.

وعلى ذلك ففي فرض العتق لو فسخ المشروط له البيع الأول فيرجع إلى المشروط عليه بقيمه العبد المبيع فقد اختار هذا التفصيل الشهيد الثاني (١) أيضاً في الروضه.

أقول: قد تقدم سابقاً أنّ الخيار حق لذي الخيار يتعلّق بالعقد لا بالعين المنتقله إلى من اشترط عليه الخيار، فشرط الفعل بالاضافه إلى ثبوت الخيار ليس حقاً في العين المزبوره، واما بالاضافه إلى الفعل فأيضاً كذلك، فإنّ شرطه لا- يوجب إلا- استحقاق المشروط له نفس الفعل لا بنحو الملك ولا بالتكليف المحض.

والمراد باستحقاق الفعل بنحو الحق أن وجوبه على المشروط عليه مع عدم رفع المشروط له يده عنه بأن يطالبه، لا أن يسقطه عن عهده المشروط عليه.

ولكن العين التي يتعلّق بها الفعل فهي باقيه على حالها التي كانت بدون ذلك الشرط، حيث إنّها لو كانت مملوكة للمشروط له، كما إذا باع متاعه بثمن واشترط على المشتري خياطه الثوب المعين تكون تلك العين على حالها من ملك المشروط له من غير أن يتعلّق بها زائداً على ملكها حق وان كانت مملوكة للمشروط عليه تكون ملكاً له من غير أن يتعلّق بنفس العين حق للمشروط له.

وعلى ذلك فإنّ تصرف المشتري في العين المنتقله إليه بالبيع تصرفاً ينافى الفعل

ص: ١٧١

١- (١) راجع الروضه البهيه ٣: ٥٠٦.

بقيمه العبد. قال بعد ذلك: ولو باعه المشتري أو وقفه أو كاتبه تخير البائع بين الفسخ والإمضاء، فإن فسخ بطلت العقود، لوقوعها في غير ملك تام، وتفارق هذه العتق بشرط الخدمه، لأن العتق مبنى على التغليب، فلا سبيل إلى فسخه.

الشرح:

المشروط، فإنه وإن ارتكب محرّماً مع عدم رفع المشروط له يده عن الفعل المشروط قبل التصرف المزبور، إلا أن العين لكونها ملكاً للمشروط عليه يعمّه ما دلّ على نفوذ تصرف المالك ومعاملته، فبتعدّر الشرط يثبت للمشروط له خيار الفسخ، قيل بجواز الإيجاب أو عدم جوازه، فإن جواز الإيجاب مع امتناعه عن العمل المشروط وعدم تعذر ذلك العمل.

وإذا كان التصرف المزبور لازماً يتعدّر الفعل المشروط بشمول أدلّه نفوذ التصرف ولزومه لذلك التصرف، ولا يجوز هذا الإيجاب بناءً على أن ليس للمشروط له مع هذا الامتناع إلا الخيار.

وبالجملة: عدم جواز التصرف المنافي لكونه ملازماً لترك الواجب أو حرمة نفس التصرف لا يوجب فساد ذلك التصرف ما لم يثبت أن للمشروط له حق في العين المنتقلة إلى المشروط عليه.

ولا يمكن إثبات هذا الحق بجواز الإيجاب أو عدم جواز ذلك التصرف تكليفاً، فإن النهى عن معامله لا يوجب فسادها فضلاً عما إذا كان عدم ذلك التصرف لاستلزامه ترك الواجب الذي من قبيل الحق للغير أو حق الله سبحانه فقط.

فتحصل: أنه مع تلف العين أو التصرف المنافي اللازم ليس للمشروط له إلا خيار الفسخ في بيعه، ومع فسخه يرجع إلى بدل العين مثلاً أو قيمه.

ثم إن الالتزام بصحة التصرف وأنه مع فسخ البيع الأول يبطل تلك التصرفات من أصلها أو من حين فسخ البيع الأول غير ممكن، فإنه لا موجب لانفاسخها من الأصل أو

## لا يسقط خيار المشروط له بتلف العين المنتقله إليه أو بتصرفها

وهل له إمضاء البيع مع طلب [١] فسخ ما نقله المشتري؟ فيه احتمال، انتهى. ومثله ما فى الروضه. وقال فى الدروس فى العبد المشروط عتقه: ولو أخرجه عن ملكه ببيع أو هبه أو وقف، فللبائع فسخ ذلك كله، انتهى. وظاهره ما اخترناه، ويحتمل ضعيفاً غيره. وفى جامع المقاصد: الذى ينبغى، أن المشتري ممنوع من كل تصرف ينافى العتق المشروط. ثم إن هذا الخيار كما لا يسقط بتلف العين [٢] كذلك لا يسقط بالتصرف فيها، كما نبه عليه فى المسالك فى أول خيار العيب فيما لو اشترط الصحة على البائع. نعم، إذا دلّ التصرف على الالتزام بالعقد لزم العقد وسقط الخيار نظير خيار المجلس والحيوان بناءً على ما استفيد من بعض أخبار خيار الحيوان المشتمل على سقوط خياره بالتصرف معللاً بحصول الرضا بالعقد. وأما مطلق التصرف فلا.

الشرح:

من حين فسخ البيع الأول، بل يلزم من انفساخها عدم تعدد الشرط الموجب لعدم الخيار فى فسخ البيع الأول عند المصنف وأتباعه ممن جعل الخيار فى فرض تعدد الشرط خاصة.

ويجرى مثل هذا الكلام فى تصرف الناذر فى العين التى نذر تصرفاً خاصاً فيها مطلقاً أو مشروطاً فتدبر جيداً.

[١] يعنى هل للمشروط له إمضاء البيع الأول وعدم فسخه، ومع ذلك أن يطلب من المشروط عليه يعنى المشتري أن يفسخ نقله العين من ثالث؟ فيه احتمال.

أقول: لو كان التصرف المنافى غير لازم فله ذلك فانه من الإيجاب على الشرط وإلا فلا مورد للطلب كما لا يخفى.

[٢] يعنى (١) كما لا يسقط خيار المشروط له بتلف العين المنتقله إليه كذلك

ص: ١٧٣



السادسه: للمشروط له إسقاط شرطه إذا كان ممّا يقبل الإسقاط [١] لا مثل اشتراط مال العبد، أو حمل الدابه، لعموم ما تقدّم فى إسقاط الخيار وغيره من الحقوق. وقد يستثنى من ذلك ما كان حقّاً لغير المشروط له كالعق، فإنّ المصرّح به فى كلام جماعه كالعلّامه وولده والشهيدى وغيرهم : عدم سقوطه بإسقاط المشروط له. قال فى التذكره: الأقوى عندى أنّ العتق المشروط اجتمع فيه حقوقٌ: الشّرح:

لا- يسقط خياره بتصرفه فى تلك العين بنقل أو غيره فيما إذا لم يكن تصرفه ظاهراً فى إغماضه عن خيار تعذر الشرط، وإلّا فيسقط كما فى تصرّف ذى الخيار فى خيار المجلس أو الشرط أو نحوهما على ما تقدم فى خيار الحيوان.

[١] ذكروا أنّ للمشروط له إسقاط شرطه فيما كان المشروط قابلاً للإسقاط دون ما لا يقبل، كاشتراط ملكيه مال العبد أو حمل الدابه للمشترى.

وقد يقال فى ضابط ما يقبل الإسقاط وما لا يقبله: أنّ المشروط إذا كان أمراً وضعياً يكفى فى حصوله نفس الاشتراط فى العقد فلا- يقبل الإسقاط بخلاف ما إذا كان فعلاً سواء كان لذلك الفعل مالیه أم لا، فإنّ هذا قابل للإسقاط حتى بناءً على أنّ الفعل فيما كان له مالیه مملوك للمشروط له، فان ملكيه الفعل على العهده نظر الدين يقبل الإسقاط.

ولكن لا يخفى أنّ مجرد كون المشروط أمراً وضعياً يحصل بنفس الاشتراط لا يقتضى عدم جواز إسقاطه، فإنّ الخيار المشروط أمر وضعى يحصل بنفس الاشتراط فيما لم يعين له زمان منفصل مع أنّه يقبل الإسقاط منفصلاً أو متّصلاً.

ولا- يبعد أن يقال: إنّ المشروط فيما كان من قبيل الشىء على عهده المشروط عليه أو كان أمراً يكفى فى زواله مجرد الإلغاء كالخيار ومنه اشتراط الوصف فى أحد العوضين يقبل الإسقاط، بخلاف ما إذا كان زواله يحتاج إلى سبب خاصّ، فإنّه لا يزول إلّا بذلك السبب كملكيه العين فإنّه لا يزول إلّا بالمعامله والإرث لا بمجرد الإسقاط الإنشائى.

## للمشروط له إسقاط شرطه إذا كان ممّا يقبل الإسقاط

حقّ لله، وحقّ للبائع، وحقّ آخر للعبد. ثم استقرب بناءً على ما ذكره مطالبه العبد بالعتق لو امتنع المشتري. وفي الإيضاح: الأقوى أنّه حقّ للبائع ولله تعالى، فلا يسقط بالإسقاط، انتهى. وفي الدروس: لو أسقط البائع الشرط جاز إلا العتق، لتعلّق حقّ العبد وحقّ الله تعالى به، انتهى. وفي جامع المقاصد: أنّ التحقيق أنّ العتق فيه معنى القربه والعباده وهو حقّ الله تعالى، وزوال الحجر وهو حقّ للعبد، وفوات المالیه على الوجه المخصوص للقربه وهو حقّ البائع، انتهى.

الشرح:

لا- يقال: نفس الاشتراط في نفسه أمر اعتباري يقبل الاسقاط والالغاء، ولا يفرق في ذلك بين كون المشروط قابلاً للإسقاط أم لا، فيالغاء نفس الاشتراط يسقط اعتبار المشروط وضعياً كان أو فعلاً خارجياً أو غيرهما.

فانه يقال: نعم، ولكن كما أنّ الاشتراط في تحقّقه يتبع العقد ويعتبر الالتزام المزبور شرطاً كذلك في زواله يحتاج إلى زوال ذلك العقد، ولذا ينحل تمام الشروط من غير فرق بين مشروط ومشروط آخر بانحلال العقد.

وعلى ذلك فلو شك في كون المشروط ممّا يقبل الإسقاط والالغاء فمقتضى الاستصحاب بقاء ذلك المشروط وعدم زواله بناءً على اعتباره في الشبهات الحكمية.

وأما بناءً على عدم اعتباره فالأصل عدم اعتبار المشروط بقاءً، ولكن هذا مجرد فرض فان الخطاب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) و«المؤمنون عند شروطهم» (٢) مقتضاهما بقاء المشروط وعدم انحلاله كما لا يخفى.

ثم إنّه يستثنى عن جواز إسقاط شرط الفعل اشتراط العتق، فانه لا يقبل الإسقاط لعدم انحصار الحق فيه لمشرطه بل فيه حقّ الله تعالى وحقّ العبد.

ص: ١٧٥

١- (١) سورة المائدة: الآية ١.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢١ : ٢٧٦ ، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤ .

أقول: أمّا كونه حقّاً للبائع من حيث تعلق غرضه بوقوع هذا الأمر المطلوب للشارع، فهو واضح. وأمّا كونه حقّاً للعبد، فإن أُريد به مجرد انتفاعه بذلك فهذا لا يقتضى سلطنه له على المشتري، بل هو متفرّع على حقّ البائع دائر معه وجوداً وعدمًا. وإن أُريد به ثبوت حقّ على المشتري يوجب السلطنة على المطالبة فلا دليل عليه، ودليل الوفاء لا يوجب إلاّ ثبوت الحقّ للبائع.

وبالجملة، فاشتراط عتق العبد ليس إلاّ كاشتراط أن يبيع المبيع من زيد بأدون من ثمن المثل أو يتصدّق به عليه، ولم يذكر أحد أنّ لزيد المطالبة. وممّا ذكر يظهر الكلام في ثبوت حقّ الله تعالى، فإنّه إن أُريد به مجرد وجوبه عليه لأنّه وفاء بما الشّرح:

وناقش المصنف رحمه الله في الاستثناء بأنّه إن أُريد من حقّ العبد انتفاع العبد بعنقه فهذا لا يوجب استحقاقه المطالبة به وإجبار المشروط عليه به، فيكون نظير ما إذا باع متاعه واشترط على المشتري بيعه من آخر بأقلّ من قيمه السوقية، فإنّه لا يجوز لذلك الآخر المطالبة بالبيع والإجبار عليه.

وممّا ذكر يظهر الكلام في حقّ الله فإنّه إن أُريد بحقّ الله سبحانه إيجاب الوفاء بالشرط فيجوز في جميع شروط الأفعال، ولو كان المراد بأنّ العتق في نفسه مستحب يعتبر فيه القربة فهذا يجري في سائر الأفعال المستحبه كشرط التصدّق للفقير بمال كذا.

وعلى الجملة: لو لم يكن المشروط في نفسه عملاً واجبا كإتيان الفرائض اليومية فلا يكون فيه حقّ الله بحيث يجبره الحاكم على الإتيان من باب المنع عن المنكر أى ترك الواجب .

أقول: لو كان المشروط في نفسه عملاً واجبا كما ذكرنا يصح إسقاطه أيضا، فلا يترتب على تركه خيار الامتناع أو تعذر الشرط كما لا يخفى.

## عدم تقسيط الثمن على الشرط

شرط العباد بعضهم لبعض فهذا جار في كل شرط، ولا ينافي ذلك سقوط الشروط بالإسقاط. وإن أُريد ما عدا ذلك من حيث كون العتق مطلوباً لله كما ذكره جامع المقاصد فيه: أن مجرد المطلوبيه إذا لم يبلغ حدّ 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.

السابعة: قد عرفت أن الشرط من حيث هو شرط لا يقسط عليه الثمن [١] عند انكشاف التخلف على المشهور، لعدم الدليل عليه بعد عدم دلالة العقد عرفاً على

الشرح:

[١] وحاصل ما ذكر قدس سره في المقام: أن الشرط في المعاملات وأن لا يقسط عليه العوض بل الثمن في البيع يقع بازاء نفس المبيع، فلا يكون الشرط جزءاً من المبيع ولا من الثمن، إلا أن عدم التقسيط لجريان ابناء المعاملات في اعتبارهم وقرارهم على كون الشرط التزاماً زائداً على الالتزام بأصل المعاملة، وأن الشارع قرّر المعاملات والشروط فيها على ما هي عليه عندهم.

ومن الظاهر أن عدم تقسيط الثمن منهم غير شرط المقدار للمبيع أو الثمن.

وأما إذا كان المشروط هو الكم في المبيع الشخصي أو الثمن الشخصي وظهر عدم كونه بذلك المقدار فان جماعه من القدمات والمتأخرين وان ذهبوا إلى أن شرط الكم كسائر الشروط في عدم التقسيط إلا- أن الأظهر هو التقسيط كما عليه اعتبار ابناء المعاملات، فانه إذا باع صبره على أنها منه من وظهرت تسعين، فانه لا ينبغي الريب في أن الفرض عندهم من ظهور عدم بعض المبيع، فيستحق المشتري من الثمن ما يقع بازاء عشره أمانان، فان الثمن ثمن لمئه من خارجي.

وبتعبير آخر: يكون البيع المزبور بالاضافه إلى عشر الثمن غير متحقق، ويجوز للمشتري فسخه في الباقي لتبعض الصفقه عليه، كما أن له الإمضاء باسترداد الثمن

مقابله أحد العوضين إلا بالآخر، والشرع لم يزد على أن أمر بالوفاء بذلك المدلول العرفي، فتخلف الشرط لا يقدح في تملك كل منهما لتمام العوضين. هذا، ولكن قد يكون الشرط تضمن المبيع لما هو جزء له حقيقة، بأن يشتري مركباً ويشترط كونه كذا وكذا جزءاً، كأن يقول: «بعتك هذه الأرض أو الثوب أو الصبره على أن يكون كذا ذراعاً أو صاعاً»، فقد جعل الشرط تركبه من أجزاء معينه. فهل يلاحظ حينئذ جانب القيديه ويقال: إن المبيع هو العين الشخصيه المتصفه بوصف كونه كذا الشرح:

الزائد وفاقا لجماعه كالشيخ في المبسوط (١) والمحقق في الشرايع (٢) والعلامه في جمله من كتبه (٣) والشهيدين (٤) وغيرهما (٥).

ودعوى أن الثمن المزبور يقع في انشاء المعامله بازاء الموجود خارجا، وانما يعتبر وصف في المبيع وهو كونه بمقدار كذا، فيكون من تخلف الوصف المشروط ويثبت فيه ما يثبت في فقد سائر الأوصاف المشروطه، ولذا يقال بتقديم الاشاره على الوصف لا- يمكن المساعده عليها، فان شرط الكم من ذكر عنوان للمبيع، وذلك العنوان موجود بعضه حقيقه وبعضه وهما كما عليه اعتبارهم.

وهذا كله فيما كان المبيع متساوي الأجزاء بان كان مثليا، وأما إذا كان أجزاءه مختلفه فالأمر فيه وان كان كذلك أيضا، كما يدل عليه خبر ابن حنظله (٤) ولا يضر بدلاله اشتمال ذيله على حكم لم يعمل به الأصحاب ولا يمكن إرجاعه إلى القاعده،

ص: ١٧٨

١- (١) المبسوط ٢ : ١٥٥.

٢- (٢) الشرائع ٢ : ٣٥ .

٣- (٣) التحرير ١ : ١٧٧ ، والتبصره : ١٠٠ ، الفصل الثامن في التسليم، والمختلف ٥ : ٢٦٧ ٢٦٨.

٤- (٤) الدروس ٣ : ١٩٨ ، الروضه ٣ : ٢٦٧.

٥- (٥) السرائر ٢ : ٣٧٧ ، والتنقيح الرائع ٢ : ٧٦ ، وراجع مفتاح الكرامه ٤ : ٧٤٤.

٦- (٦) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٧ ٢٨ ، الباب ١٤ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

جزءاً، فالمتخلف هو قيد من قيود العين كالكتابه ونحوها فى العبد لا يوجب فواتها إلا خياراً بين الفسخ والإمضاء بتمام الثمن؟ أو يلاحظ جانب الجزئيه، فإنّ المذكور وإن كان بصورة القيد إلا أنّ منشأ انتزاعه هو وجود الجزء الزائد وعدمه، فالمبيع فى الحقيقه هو كذا وكذا جزءاً، إلاّ أنّه عبّر عنه بهذه العبارة، كما لو أخبره بوزن المبيع المعين فباعه اعتماداً على إخباره، فإنّ وقوع البيع على العين الشخصيه لا يوجب عدم تقسيط الثمن على الفأئ. وبالجملة، فالفأئ عرفاً وفى الحقيقه هو الجزء وإن كان بصورة الشرط، فلا يجرى فيه ما مرّ: من عدم التقابل إلاّ بين نفس العوضين؟

الشرح:

وهو إعطاء غير المبيع عوضاً عن الجزء المعدوم، إلاّ أنّه قد يقال: إنّ شرط المقدار فى مختلف الأجزاء لا يوجب إلاّ ثبوت الخيار، فإنّ شرط الكم فيه كبيع الحيوان بثمن واشترط حمله فيه، أو بيع العبد بثمن واشترط ماله فيه فى أنّ ظهور عدم الحمل أو المال لا يوجب إلاّ الخيار.

وزاد بعض هؤلاء (1) على هذا الاستدلال ما ذكر الشيخ قدس سره فى الفرق بين الصورتين: من أنّ الثمن فى صورته اختلاف الأجزاء لا- يمكن تقسيطه على المقدار الموجود والمقدار المفقود، فإنّه إذا باع أرضاً بثمن على أنها عشره أجره وظهرت بعد المسح كونها خمسه فالخمس المفقوده لا يمكن فيها تعيين الوصف بأنّها سهله مثلاً أو غير سهله ليتمكن تقسيط الثمن على ذلك المفقود والموجود، بخلاف فرض متساويه الأجزاء لأنّ المفقود فيه يفرض على وصف الموجود.

وأجاب المصنف رحمه الله عن الفرق المزبور: بأنّ عدم إحراز ما يقع من الثمن بازاء المفقود لا يوجب عدم استحقاق المشتري القسط الذى لو فرض العلم بذلك القسط

ص: ١٧٩

١- (١) كالمحقق الثانى فى جامع المقاصد ٤: ٤٢٨، والشهيد الثانى فى المسالك ٣: ٢٧٨.

ولأجل ما ذكرنا وقع الخلاف فيما لو باعه أرضاً على أنها جُربانٌ معيّنه، أو صبره على أنها أصوع معيّنه. وتفصيل ذلك: العنوان الذى ذكره فى التذكرة بقوله: لو باعه شيئاً وشرط فيه قدرًا معيّنًا فتبين الاختلاف من حيث الكمّ، فأقسامه أربعة: لأنّه إمّا أن يكون مختلف الأجزاء أو متّفقها، وعلى التقديرين: فإمّا أن يزيد وإمّا أن ينقص.

فالأول: تبين النقص فى متساوى الأجزاء. ولا إشكال فى الخيار، وإمّا الإشكال والخلاف فى أنّ له الإمضاء بحصته من الثمن، أو ليس له الإمضاء إلاّ بتمام الثمن. فالمشهور كما عن غاية المرام هو الأول، وقد حكى عن المبسوط الشّرح:

كان له الأخذ بذلك القسط، وإذا لم يعلم ذلك القسط يلزم المتبايعين بالمصالحة عليه، إلاّ أن يقال: إنّ الحكم بصحة البيع فى البعض والانحلال فى البعض الآخر ينحصر بما إذا كان التقسيط عند الحاجة إليه ممكنا وان لم يعلم ذلك القسط ابتداءً.

واما إذا لم يكن كما فيما نحن فيه فلا بد من الحكم ببطلان أصل البيع بظهور المبيع على غير المقدار المشروط، أو الحكم بالصحة بلا تقسيط الثمن بأن يثبت للمشروط له خيار الفسخ خاصّه.

ولكن يمكن الجواب عن هذه الدعوى بإمكان التقسيط عند الحاجة فى الفرض أيضا، فانه لو كانت القطعه المزبوره مع اختلاف أجزائها متّفقه فى قيمه فالأمر واضح، لأنّه يكون الفرض كفرض متساويه الأجزاء فيفرض كون خمسة أجره عشره، أو كون ثلاثه من الخمسه الموجوده ثمانيه فالثمانيه مع الاثنتين الباقيين من الخمسه عشره، أو يفرض أربعة من الخمسه الموجوده تسعه فتكون التسعه مع الواحد الباقي من الخمسه عشره أو يفرض الواحد من الخمسه والسته مع الأربعة الباقيه تكون عشره.

وأما إذا كانت الأجزاء مختلفه فى قيمه وقد رأى المشتري الخمسه الموجوده،

والشرائع وجمله من كتب العلّامه والدروس والتنقيح والروضه وظاهر السرائر وإيضاح النافع حيث اختاروا ذلك في مختلف الأجزاء، فيكون كذلك في متساوى الأجزاء بطريق أولى. ويظهر من استدلال بعضهم على الحكم في مختلف الأجزاء كونه في متساوى الأجزاء مفروغاً عنه. وعن مجمع البرهان: أنه ظاهر القوانين الشرعيّه.

ووجهه مضافاً إلى فحوى الروايه الآتيه في القسم الثانى ما أشرنا إليه: من أنّ كون المبيع الشخصى بذلك المقدار وإن كان بصورة الشرط، إلاّ أنّ مرجعه إلى كون المبيع هذا القدر، كما لو كالا- طعاماً فاشتراه فتبين الغلط فى الكيل، ولا يرتاب أهل العرف فى مقابله الثمن لمجموع المقدار المعين المشترط هنا. خلافاً لصريح القواعد ومحكى الإيضاح. وقوّاه فى محكى حواشى الشهيد والميسيه والكفايه. الشرح:

أو وصفها له البائع وتخييل أنّها عشره بأن كانت الأرض جريان منها سهله وثلاثه أجربتها غير سهله واشتراها بزعم أنّها عشره أجربه، فيفرض السهل أربعة أجربه وغير السهله ستة فتكون الثمن موزعه على العشره كذلك، فيأخذ المشتري من الثمن المسمى نصفها، لأنّ الموجود خارجاً نصف المبيع.

وهذا الفرض كفرض متساوى القيمه وإن لم يمكن تحقّقه خارجاً ضروره أن الخمسه لا تكون عشره وثلاثه لا تكون ثمانيه، إلاّ أنّ فرضه طريق صحيح إلى تقسيط الثمن المبذول بازاء العشره.

فقد تحضّل أن التقسيط فى الصوره الثانيه أيضاً هو الأظهر وأنّه كالصوره الأولى ممكن.

وذكر السيد اليزدى (1) فى المقام ما حاصله: أن ذكر المقدار للمبيع الشخصى

ص: ١٨١



واستوجهه فى المسالك. ويظهر من جامع المقاصد أيضاً، لأن المبيع هو الموجود الخارجى كائناً ما كان، غاية الأمر أنه التزم أن يكون بمقدار معين، وهو وصف غير موجود فى المبيع، فأوجب الخيار، كالكتابه المفقوده فى العبد. وليس مقابل الثمن نفس ذلك المقدار، لأنه غير موجود فى الخارج، مع أن مقتضى تعارض الإشاره والوصف غالباً ترجيح الإشاره عرفاً، فإرجاع قوله: «بعتك هذه الصبره على أنها عشره أصوع» إلى قوله: «بعتك عشره أصوع موجوده فى هذا المكان» تكلف.

الشرح:

على نحوين: فتاره يؤخذ شرط المقدار على حقيقه الشرط بأن يكون المبيع هو الموجود الخارجى كيف ما اتفق، ويكون الثمن بازاء نفس الموجود الخارجى، ويكون اشتراط المقدار كاشتراط الوصف فيه، ومنه اشتراط حمل الحيوان المبيع للمشتري فى كون تخلفه موجبا للخيار.

ولا- يضر فى ذلك أنه على تقدير تحقق المقدار المزبور يكون الثمن بازاء تمام المقدار لأن المقدار، على تقدير تحققه من الموجود الخارجى الذى بيع بالثمن المزبور، بخلاف صوره عدم تحققه.

وأخرى يكون ذكر المقدار لا بعنوان الاشتراط حقيقه، بل باعتبار أنه عنوان المبيع الذى يكون بذل الثمن للموجود خارجا بذلك العنوان، ويجرى ذلك فى حمل الدابه أيضا يبذل الثمن بازاء الدابه وحملها.

وفى هذا الفرض يقسّط الثمن، ويتم البيع بالاضافه إلى المقدار الموجود فقط.

وما ورد فى روايه عمر بن حنظله (١) يحمل على البيع بالنحو الثانى بأن يراى بذكر عشره أجره أن العشره يعطى لها الثمن، نظير صورته أخبار البائع بوزن المبيع أو كيله،

ص: ١٨٢

---

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٧ ٢٨ ، الباب ١٤ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

والجواب: أن كونه من قبيل الشرط مسلّم، إلا أن الكبرى وهي: «أن كل شرط لا يوزع عليه الثمن» ممنوعه، فإنّ المستند في عدم التوزيع عدم المقابلة عرفاً، والعرف حاكم في هذا الشرط بالمقابلة، فتأمل.

الثاني: تبين النقص في مختلف الأجزاء. والأقوى فيه ما ذكر من التقييد مع الإمضاء، وفاقاً للأكثر، لما ذكر سابقاً: من قضاء العرف بكون ما انتزع منه الشرط جزءاً من المبيع، مضافاً إلى خبر ابن حنظله: «رجل باع أرضاً على أنها عشرة أجره، فاشترى المشتري منه بحدوده ونقد الثمن وأوقع صفقه البيع وافترقا، فلما مسح الأرض فإذا هي خمسه أجره؟ قال: فإن شاء استرجع فضل ماله وأخذ الأرض، وإن شاء ردّ المبيع وأخذ المال كله، إلا أن يكون له إلى جنب تلك الأرض أرضون فليوفيه، ويكون البيع لازماً، فإن لم يكن له في ذلك المكان غير الذي باع، الشرح:

أو تحمل الرواية على ثبوت الأرش في الوصف المشروط المفقود على ما تقدم.

وعلى الجملة: فالمتبع صورته العقد وإنشائه مع عدم القرينه على خلافه من كون شرط المقدار كاشتراط سائر الأوصاف.

أقول: إنما يتبع ظاهر الإنشاء فيما إذا أمكن جعل شيء جزءاً من المبيع، وجعله شرطاً في بيع ذلك المبيع.

وأما إذا لم يمكن إلاّ جعله شرطاً كشرط الوصف الغير المقوم فلا- معنى لجعله جزءاً وإن أتى بذلك بنحو لو أمكن مقابله بالمال لكان جزءاً كما إذا قال: بعث هذا العبد مع وصفه الكتابه بكذا، حيث إنّ الثمن يقع بازاء العبد ولا يترتب على تخلف الوصف إلاّ خيار الفسخ، فانه لا معنى لاشتراط وصف الكتابه إلاّ جعل الخيار كما أنه إذا لم يكن جعل شيء شرطاً والتزاماً بأمر آخر غير الالتزام البيعي فلا- يحمل على الاشتراط ولو كان في صورته العقد بصوره الاشتراط، كما في الوصف المقوم بأن قال: بعث هذا

فإن شاء المشتري أخذ الأرض واسترجع فضل ماله، وإن شاء ردّ الأرض وأخذ المال كلّه... الخبر». ولا بأس باشتماله على حكم مخالف للقواعد، لأنّ غايه الأمر على فرض عدم إمكان إرجاعه إليها ومخالفه ظاهره للإجماع طرح ذيله الغير المسقط لصدوره عن الاحتجاج. خلافاً للمحكّي عن المبسوط وجميع من قال في الصورة الأولى بعدم التقسيط، لما ذكر هناك: من كون المبيع عيناً خارجياً لا يزيد ولا ينقص لوجود الشرط وعدمه، والشرط التزام من البائع بكون تلك العين بذلك المقدار، كما لو اشترط حمل الدابة أو مال العبد فتبيّن عدمهما. وزاد بعض هؤلاء على ما فرّق به في المبسوط بين صورتين: بأنّ الفأنت هنا لا يعلم قسطه من الثمن،

الشرح:

الموجود بكذا على أنّه ذهب فظهر كونه نحاساً.

وعلى ذلك فنقول لا- ينبغى الربى فى أنّ اشتراط المقدار فيما كان البيع من المثلى عنوان مقوم، لما تقدم من انحلال البيع فيه بالاضافه إلى أجزائه الخارجيه، كانه لاله بالاضافه إلى أجزائه المشاعه.

ولو قال: «بت هذه الصبره من الحنطه على أنّها مئه كر بألف دينار» فالمتفاهم منها أنّ كلّ كر منها قد بيع بعشره دنانير وهذا ظاهر عند ابناء الأسواق، وأنّه لو ظهر أنّ الصبره المزبوره تسعون فلا يستحق البائع إلاّ ما يقع الثمن بازاء التسعين حتى ما لو كان الاشتراط بصوره إخبار البائع بالوزن.

وإنّما الكلام فيما إذا كان المقدار لا ينحل البيع فيه إلى أبعاضه الخارجيه ولم يكن البيع فيه وتعيين الثمن فيه بحسب المقدار والكم، مثلاً لو قال: «بت هذه الأرض التى عشره أجره كل جريب منه بكذا» فانه لا إشكال فى بطلان البيع بالاضافه إلى خمسّه أجره لو ظهرت أنّها تكون خمسّه أجره.

والحاصل: ينبغى الكلام فيما إذا قال: «بت هذه الأرض التى عشره أجره بألف»

لأن المبيع مختلف الأجزاء، فلا يمكن قسمته على عدد الجُربان. وفيه مضافاً إلى أن عدم معلوميه قسطه لا يوجب عدم استحقاق المشتري ما يستحقه على تقدير العلم، فيمكن التلخص بصلح أو نحوه، إلا أن يدعى استلزام ذلك جهاله ثمن المبيع في ابتداء العقد، مع عدم إمكان العلم به عند الحاجة إلى التقسيط، وفيه نظر: منع عدم المعلومية، لأنّ الفئات صفه كون هذه الأرض المعيّنه المشخصه عشره أجره، ويحصل فرضه وإن كان المفروض مستحيل الوقوع بتضاعف كل جزء من الأرض، لأنّه معنى فرض نفس الخمسه عشره. وفرضه أيضاً بصيروره ثلاثه منها ثمانية أو أربعه تسعه أو واحد سته أو غير ذلك وإن كان ممكناً، إلا أنه لا يقدح مع فرض تساوى قطاع الأرض، ومع اختلافها فظاهر الترام كونها عشره مع رؤيه قطاعها المختلفه أو وصفها له يقضى بلزوم كون كلّ جزء منها مضاعفاً على ما هو عليه من الصفات المرئيه أو الموصوفه. ثم إن المحكى عن الشيخ العمل بديل الروايه المذكوره، ونفى عنه البعد فى التذكره معللاً: بأنّ القطعه المجاوره للمبيع أقرب إلى المثل من الأرش. وفيه مع منع كون نحو الأرض مثلياً: أنّ الفئات لم يقع المعاوضه عليه فى ابتداء العقد، وقسطه من الثمن باق فى ملك المشتري، وليس مضموناً على البائع حتى يقدم مثله على قيمته. وأما الشيخ قدس سره فالظاهر استناده فى ذلك إلى الروايه.

الشرح:

فظهر كونه خمسه أجره مثلاً أو يقول: «بعت هذه الأرض بكذا على أنها عشره أجره».

فنقول: ففى مثل هذه الموارد لو كانت تعيين المبيع عرفاً بحسب المقدار بحيث يكون البيع مع عدم ذكر الكم من بيع الغرر فلا ينبغى الإشكال فى أنّ ذكر الكم عنوان مقوم أتى بصوره الشرط أم لا.

وان لم يكن تعيينه بالكم خاصه بل يكفى فى بيعه المشاهده أيضاً يكون ذكر الكم

ص: ١٨٥

الثالث: أن تتبين الزيادة عمّا شرط على البائع. فإن دلت القرينه على أنّ المراد اشتراط بلوغه هذا المقدار لا بشرط عدم الزيادة[١]. فالظاهر أنّ الكلّ للمشتري ولا خيار. وإن أُريد ظاهره وهو كونه شرطاً للبائع من حيث عدم الزيادة وعليه من حيث عدم النقيصه ففي كون الزيادة للبائع وتخيّر المشتري للشركه، أو تخير البائع بين الفسخ والإجازة لمجموع الشئء بالثمن، وجهان: من أنّ مقتضى ما تقدّم من أنّ اشتراط بلوغ المقدار المعين بمنزله تعلّق البيع به فهو شرط صورته وله حكم الجزء عرفاً: أنّ اشتراط عدم الزيادة على المقدار المعين هنا بمنزله الاستثناء وإخراج الزائد عن المبيع. ومن الفرق بينهما: بأنّ اشتراط عدم الزيادة شرط عرفاً، وليس بمنزله الاستثناء، فتخلّفه لا- يوجب إلّا- الخيار. ولعل هذا هو أظهر[٢] مضافاً إلى إمكان الفرق بين الزيادة والنقيصه مع اشتراكهما لكون مقتضى القاعده فيهما كونهما من تخلف الوصف لا نقص الجزء أو زيادته: بورود النصّ المتقدّم في النقيصه، ويبقى الزيادة على مقتضى الضابطه، ولذا اختار الاحتمال الثاني بعض من قال بالتقسيت في طرف النقيصه. وقد يحكى عن المبسوط القول بالبطلان هنا، لأنّ البائع لم يقصد بيع الزائد والمشتري لم يقصد شراء البعض. وفيه تأمل.

الرابع: أن تتبين الزيادة في مختلف الأجزاء، وحكمه يعلم مما ذكرنا.

الشرح:

شرطاً أتى بصوره الاشتراط أو بنحو الاخبار.

[١] بأن يكون في البين شرط آخر وهو أنّ الموجود على تقدير اشتماله للزيادة فتلك الزيادة للمشتري مجاناً.

[٢] لم يعلم وجه أظهرته بل شرط المقدار إذا كان عنواناً يتعلّق البيع بالموجود بذلك العنوان يكون الزيادة للبائع لا محاله.

ص: ١٨٦

مسأله: فى حكم الشرط الفاسد، والكلام فىه يقع فى أمور [١]:

الشرح:

[١] ذكر قدس سره أنه إذا كان الشرط فى المعامله محكوماً بالفساد فلا ينبغى الإشكال فى أنه لا يجب الشرط فيما كان فعلاً، وإنما يجب مع صحه الشرط، فإنّ لزوم الإتيان بالفعل كان مستفاداً من قوله صلى الله عليه وآله «المؤمنون عند شروطهم» (١) والمفروض عدم جريانه مع فساد الشرط.

كما لا ينبغى التأمل فى أنه يستحب الإتيان بذلك المشروط فيما كان المشروط عملاً مباحاً وقلنا بأنّ فساد الشرط لا يسرى إلى أصل المعامله، فإنّ الشرط مع فساده يدخل فى عنوان الوعد فيستحب الوفاء به.

ثم إنّ فساد الشرط يسرى إلى أصل المعامله فيما كان فساده لجهاله المشروط، لأنّ الشرط على ما تقدّم قيد لأحد العوضين فيكون البيع مع جهالته غررياً.

وكذا يحكم بفساد أصل المعامله فيما كان الشرط استيفاء المنفعه المحرمه من المبيع، كما إذا باعه الخشب على أن يعمله صنماً أو صليبا، فإن المنفعه المحلله للخشب وإن كانت كثيره و باعتبارها يحسب مالاّ يصح المعاوضه عليه، إلاّ أنه مع اشتراط صنعه صنماً أو صليباً يقتصر منفعته بالمحرم، فيكون أخذ المال بازائه أكلاً له بالباطل، لأنّ من شرط البيع ماله المبيع.

ولو لم يتم هذا يكفى فى المقام دلالة بعض الروايات (٢) الوارده فى النهى عن بيع الخشب ممن يعمله صنماً أو صليبا.

وكذا لا يصح البيع فيما كان وقوعه مع الشرط المزبور دورياً كما إذا باع متاعاً

ص: ١٨٧

١- (١) وسائل الشيعه ٢١ : ٢٧٦ ، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ : ١٧٦ ١٧٧ ، الباب ٤١ من أبواب ما يكتسب به.

الأول: [أنَّ الشرط الفاسد] لا تأمل في عدم وجوب الوفاء به، بل هو داخل في الوعد، فإن كان العمل به مشروعاً استحَبَّ الوفاء به على القول بعدم فساد أصل العقد. ولا تأمل أيضاً في أنَّ الشرط الفاسد لأجل الجهالة يفسد العقد، لرجوع الجهالة فيه إلى جهالة أحد العوضين، فيكون البيع غرراً. وكذا لو كان الاشتراط موجباً لمحدور آخر في أصل البيع، كاشتراط بيع المبيع من البائع ثانياً، لأنه موجب للدور، أو لعدم القصد إلى البيع الأول، أو للتعبّد من أجل الإجماع أو النصّ.

الشرح:

واشترط على المشتري بيعه منه ثانياً، فانه قد ذكر العلامة (١) قدس سره بطلان البيع في الفرض لكون وقوعه دورياً، لأنَّ تحقّق البيع الموقوف على حصول الشرط توقف المشروط على شرطه، وتحقّق الشرط أى بيعه من بائعه ثانياً موقوف على تحقّق البيع، لأنَّ من شرط البيع كون بائعه مالكا للمبيع.

وبما أنَّ هذا التعليل عليل لأن الشرط في المعاملات لا يدخل في أجزاء العلة ليتوقّف البيع على حصول الشرط، وإلا لما صحّ اشتراط بيعه من غير بائعه أيضاً ذكر وجهها ثانياً لبطلان البيع، وهو عدم قصد البائع للبيع مع الشرط المزبور.

وبما أنَّ هذا الوجه أيضاً غير صحيح لأنَّ القصد إلى البيع خصوصاً مع اختلاف الثمن ظاهر ذكر وجهها ثالثاً وهي دلالة النص على بطلان البيع مع الشرط المزبور.

والحاصل: أنَّ الكلام في إفساد الشرط فساد أصل المعاملة يختص بما لم يكن فساد الشرط موجبا للخلل في المعاملة بأن يوجب فقد شرطها انتهى محصل كلامه.

أقول: يأتي أنَّ الملتزم بسرايه فساد الشرط إلى العقد يدعى أنَّ التراضي المعتبر في صحه المعاملة ينتفى مع فساد الشرط حيث إنَّ التراضي بالمعاملة منوط بحصول الشرط أى نفوذه.

ص: ١٨٨

وكاشتراط جعل الخشب المبيع صنماً، لأنّ المعامله على هذا الوجه أكل للمال بالباطل، ولبعض الأخبار. وإنّما الإشكال فيما كان فساد لا لأمر مخلّ بالعقد، فهل يكون مجرد فساد الشرط موجباً لفساد العقد أم يبقى العقد على الصحة؟ قولان:

الشرح:

فالقول بأنّ مورد الكلام فيما لم يكن فساد الشرط للإخلال بما يعتبر في المعامله بلا وجه، بل الصحيح في المقام بعد التسالم على الكبرى وهي فساد أصل المعامله بفساد شرطه فيما كان فساد الشرط موجباً للإخلال بما يعتبر فيها هو البحث في الصغرى.

وهي أنّ فساد الشرط يوجب فقد ما يعتبر في المعامله مطلقاً، أو لا يوجب مطلقاً، أو يوجهه في بعض الموارد دون البعض الآخر، اللهم إلا أن يكون مراد المصنف رحمه الله أنّ المعامله التي يختل فيها مع الشرط ما يعتبر مع قطع النظر عن فساد الشرط خارج عن مورد الكلام.

ثم إنّ البحث في الصغرى كما ذكرنا مع قطع النظر عن قيام النص في مورد خاص ببطلان المعامله بذلك الشرط، فانه يؤخذ بالنص في ذلك المورد.

ومن ذلك ما إذا باع متاعاً بشرط أن يبيعه منه ثانياً أو اشترى متاعاً بشرط أن يشتري بئنه ثانياً، ولكن مدلول النص كما يأتي ما إذا كان في البين اختلاف الثمنين في البيع الأول والبيع المشروط، فلا بأس باشتراط بيع المتاع منه ثانياً مع عدم الاختلاف المزبور.

وأما بيع الخشب على أن يعمل صنماً أو صليبا فقد ذكرنا في المكاسب المحرمه أنّه لا يجوز بيعه ممن يعمله صنماً أو صليبا للنص (1)، والنص لا يعم ما إذا اشترط البائع على مشتري الخشب صنعه صنماً أو صليبا مع عدم عمل المشتري بالشرط.

وكذا لا يمكن استفاده عدم الجواز فيما كان شرط المشتري على البائع أن يصنعه

ص: ١٨٩

---

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ١٧٦ ١٧٧ ، الباب ٤١ من أبواب ما يكتسب به .



حكى أولهما عن الشيخ والإسكافي وابن البراج وابن سعيد، وثانيهما للعلامة والشهيدين والمحقق الثاني وجماعه ممن تبعهم.

الشرح:

البائع صليبا أو صنما مع عدم وفاء البائع بالشرط.

ودعوى أنّ الخشب مع اشتراط المنفعة المحرمة يخرج عن المالىه، فيكون أكل الثمن بازائه أكلاً له بالباطل لا يمكن المساعده عليها، لأنّ الشرط المنفعة المحرمة مع فساد الشرط لا يوجب خروج الخشب عن المالىه لا عقلاً ولا شرعاً، فكيف يكون أخذ الثمن بازائه من أكله بالباطل.

وأما جهاله الشرط فقد تقدم أنّ الشرط لا ينضم إلى أحد العوضين لا قيذاً ولا جزءاً لا بمعناه المصدرى ولا بمعناه المشروط، وإنّ جهالته لا يوجب فساده فضلاً عن إيجابه فساد أصل المعامله، إلاّ إذا كان المشروط خصوصيه في أحد العوضين، كاشتراط النسبه في الثمن أو كون المبيع بيد بائعه إلى مده مجهوله يكون البيع فاسداً للغرر فيه.

واما ما ذكر قدس سره من عدم التأمل في استحباب العمل بالشرط مع كونه عملاً مباحاً في نفسه بناءً على عدم فساد المعامله بالشرط الفاسد فقد يقال كما عن النائيني (1) قدس سره: أنّ الشرط الفاسد لا يدخل في عنوان الوعد، فإنّ الوعد إخبار والاشتراط أمر إنشائي.

وقد يقال كما عن اليزدى (2) قدس سره: بأنّ الاستحباب لا يختص بصوره عدم فساد العقد به، بل على القول بالإفساد أيضاً يستحب الإتيان بذلك الفعل للوفاء بالوعد.

ولكن شىء من الأمرين غير تام، أمّا الاول: فلما ذكرنا في بحث حرمه الكذب أنّ

ص: ١٩٠

١- (١) منيه الطالب في شرح المكاسب ٣: ٢٧١.

٢- (٢) حاشيه كتاب المكاسب ٣: ٣٧٤، الرقم ٥١٧.

## التفصيل بين الشرط الغير المقذور والشرط الفاسد

وظاهر ابن زهره فى الغنيه: التفصيل بين الشرط الغير المقذور كصيوره الزرع سنبلًا والبسر تمرًا، وبين غيره من الشروط الفاسده، فادعى فى الأول عدم الخلاف فى الفساد والإفساد. ومقتضى التأمل فى كلامه: أنّ الوجه فى ذلك [١] صيوره المبيع غير مقذور على تسليمه، ولو صحّ 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 فى التذكرة: وقوع الخلاف فى الشرط الغير المقذور، ومثله بالمثاليين المذكورين، ونسب القول بصحّه العقد إلى بعض علمائنا.

والحقّ: أنّ الشرط الغير المقذور من حيث هو غير مقذور لا يوجب تعذّر

الشرح:

الوعد قسم منه إخبار وقسم منه إنشاء، فإنّ الالتزام بالفعل للغير مستقبلاً وإبراز ذلك الالتزام لا بمعنى الحكايه وعد، فيدخل فيه الشرط فى المقام.

وأما الثانى: فلان الالتزام بالفعل للغير إنشاء لا يكون مطلقاً، بل على تقدير حصول المعامله، حيث إنّ الالتزام الشرطى قسم من الوعد الإنشائى منوط بالمعامله، وعلى تقدير عدم المعامله فلا التزام كما لا يخفى.

[١] بأن يكون المشروط تسليم المبيع أى الزرع سنبلًا فانه لا ينبغى فى الفرض بطلان البيع لعدم إحراز التمكن من هذا التسليم، فيكون نظير اشتراط كون المبيع بيد بائعه إلى مده مجهوله فى إيجابه الغرر فى البيع.

فانه يعتبر فى البيع التمكن على التسليم ولو بالتسبيب بنحو الوثوق والعاده.

واما إذا كان الشرط صيوره الزرع سنبلًا ولو بعد تسليم المبيع إلى مشتريه فبطلان الشرط المزبور مسلم، ولكن فى كونه موجبا لبطلان البيع مورد الكلام فى المقام.

ثم لا يخفى أن المصنف قدس سره قد نسب إلى الشيخ رحمه الله ومن تبعه فيما سبق عدم كون

التسليم في أحد العوضين. نعم، لو أوجبه فهو خارج عن محل النزاع، كالشرط المجهول حيث يوجب كون المشروط بيع الغرر. وربما ينسب إلى ابن المتوَّج البحراني [١] 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 ممّا يتعلّق به غرض مقصود للعقلاء عن التذكرة وغيرها: أنّ هذا الشرط لغو لا يؤثّر الخيار، والخلاف في أنّ اشتراط الكفر صحيح أم لا، وعدم الخلاف ظاهراً في لغويته اشتراط كيل المسلم فيه بمكيال شخصي معيّن. وظاهر ذلك كلّه التسالم على صحة العقد ولو مع لغويه الشرط. ويؤيد الاتفاق على [عدم] الفساد استدلال القائلين بالإفساد: بأنّ للشرط قسماً من الثمن، فيصير الثمن مع فساد الشرط مجهولاً. نعم، استدلالهم الآخر على الإفساد بعدم التراضي مع انتفاء الشرط ربما يؤيد عموم محل الكلام لهذا الشرط، إلا أنّ الشهيدين ممن استدللّ بهذا الوجه وصرّح بلغويه اشتراط الكفر والجهل بالعبادات، بحيث يظهر منه صحة العقد، فراجع.

الشرح:

فساد الشرط موجبا لفساد العقد (١)، ونسب إليه في المقام كون فساد موجبا له.

والظاهر أنّ النسبه في المقام سهو من قلمه الشريف.

[١] وربما يقال: إن الخلاف في كون الشرط الفاسد مفسدا للعقد أم لا- فيما لم يكن فساد الشرط للغويته كما إذا باع المتاع واشترط على المشتري لبس ثوب مخصوص أو أكل طعام خاص فانه لا خلاف في الفرض في صحة العقد ولزومه مع بطلان الشرط.

وقد تقدّم عن التذكرة (٢) قوله: إنه يعتبر في الشرط كونه مقصودا للعقلاء، وما

ص: ١٩٢

١- (١) المبسوط ٢: ١٤٩، والمهذب ١: ٣٨٩، والجامع للشرائح: ٢٧٢، وحكى العلامة عن ابن البرّاج والإسكافي فيالمختلف ٥: ٢٩٨.

٢- (٢) التذكرة ١: ٥٢٤.

وكيف كان، فالقول بالصححة في أصل المسألة لا يخلو عن قوه، وفاقاً لمن تقدّم، لعموم الأدلّة السالم عن معارضه ما يخصّيه،  
عدا وجوه:

أحدها: ما ذكره الشيخ في المبسوط للمانعين [١]: من أنّ للشرط قسطاً من العوض مجهولاً فإذا سقط لفساده صار العوض  
مجهولاً.

الشرح:

لا يتعلق به غرضهم لغو يؤثر في الخيار، ومنه اشتراط الكيل بمكيال معيّن في بيع السلم.

نعم قد وقع الكلام في بعض الموارد بأنّ الشرط فيه غرض عقلائيّ أم لا كاشتراط كفر العبد المبيع.

ويؤيد أنّ ما لا غرض فيه من الشرط خارج عن مورد الكلام في المقام استدلال القائل بفساد العقد بفساد شرطه بأن للشرط قسطاً  
من الثمن، ومع فساده يكون القسط الواقع بازاء المبيع مجهولاً.

ووجه التأييد أنّ شرط اللغو لا يكون له قسط من الثمن.

نعم الاستدلال الآخر على الإفساد بأن التراضي منوط بحصول شرطه، ومع عدم حصوله لا تراضي يجري في الشرط اللغو أيضاً،  
إلا أنّ الشهيدين (١) مع استدلالهما بهذا الوجه قد صرحا: بأن اشتراط كفر العبد وجهله بالعبادات لغو أي لا يترتب عليه أي أثر،  
ومنه فساد العقد به كما لا يخفى.

[١] استدال الشيخ (٢) قدس سره في مبسوطه على سرايه الفساد إلى أصل المعاملة بأن للشرط قسطاً مجهولاً من الثمن بمعنى أن  
الشرط على البائع ينضم إلى المبيع، ويقع الثمن بازاء المبيع والشرط.

وإذا فرض فساد الشرط وجهاله القسط الواقع بازائه يكون القسط الواقع بازاء

ص: ١٩٣

١- (١) الدروس ٣: ٢١٥ .

٢- (٢) المبسوط ٢: ١٤٩ .

وفيه بعد النقض بالشرط الفاسد فى النكاح الذى يكون بمنزله جزء من الصداق فيجب على هذا سقوط المسمى والرجوع إلى مهر المثل : أولاً: منع مقابله شىء من العوضين عرفاً ولا شرعاً، لأنّ مدلول العقد هو وقوع المعاوضه بين الثمن والمثمن، غاية الأمر كون الشرط قييداً لأحدهما يكون له دخل فى زياده العوض ونقصانه، والشرع لم يحكم على هذا العقد إلاّ بإمضائه على النحو الواقع عليه، فلا يقابل الشرط بجزء من العوضين، ولذا لم يكن فى فقده إلاّ الخيار بين الفسخ والإمضاء مجاناً، كما عرفت. وثانياً: منع جهاله ما يازاء الشرط من العوض،

الشرح:

المبيع مجهولاً، فيبطل البيع بالاضافه إليه أيضاً.

وأورد المصنف رحمه الله على الاستدلال المزبور بعد النقض عليه ببطلان الشرط فى النكاح بأمر.

ووجه النقض أنّ فساد الشرط فى النكاح وأن لا يوجب بطلان النكاح لدلاله الروايات (١) على بقاء النكاح ببطلان الشرط فيه، إلاّ أنّه يلزم على القائل (ببطلان العقد ببطلان شرطه لأنّ للشرط قسطاً من الثمن) الحكم ببطلان المهر المسمى ببطلان الشرط على الزوج.

وذلك فإنّ المهر المسمى فى النكاح لو كان مالاً متعدداً كما إذا جعل شاتان مهراً وظهر أنّ إحدى الشاتين ملك لغير الزوج يبطل المهر المسمى، ويتعيّن مهر المثل.

والشرط على الزوج جزء المهر بناءً على القول بأنّ للشرط قسطاً من الثمن، فيلزم من بطلان الشرط المزبور بطلان المهر المسمى.

والأمور التى ذكرها فى الإيراد كما تلى:

الأول: أنّ مدلول عقد البيع مثلاً وقوع الثمن بازاء نفس المبيع فلا يكون الشرط

ص: ١٩٤

إذ ليس العوض المنضم إلى الشرط والمجرد عنه إلا كالمتصف بوصف الصحة والمجرد عنه، في كون التفاوت بينهما مضبوطاً في العرف، ولذا حكم العلامة فيما تقدّم بوجوب الأرش لو لم يتحقق العتق المشروط في صحة بيع المملوك، وبلزوم قيمه الصنع المشروط في بيع الثوب. وثالثاً: منع كون الجهالة الطارئة على العوض قادحة، إنما القادح هو الجهل به عند إنشاء العقد.

الشرح:

أى المشروط جزءاً من الثمن ولا من المثل، غاية الأمر يكون الشرط قيداً لأحدهما بحيث يكون بالقيد المزبور زياده ماله أحد العوضين ونقصها.

والشاهد بعدم كون المشروط جزءاً أنه لا يثبت للمشروط له عند تخلف الشرط إلا الخيار، لا المطالبة ببدل الشرط.

الثاني: أنه على تقدير أن الشرط على البائع قسطاً من الثمن فلا نسلم جهالة ذلك القسط.

وكما أن القسط الواقع بازاء المبيع الموصوف بوصف وفاقده مضبوط عرفاً كذلك المبيع المشروط معه فعل على البائع والخالى عن الشرط مضبوط عندهم.

وبتعبير آخر: يكون المقام من بيع شيئين بثمن ثم ظهر فساد بالاضافه إلى أحدهما.

والثالث: أنه لا يعتبر في المعامله إلا كون الثمن الواقع في الإنشاء معلوماً، وأما الجهالة الطارئة بعد إنشائها فلا يضر لصحتها.

أقول: الصحيح في الجواب هو أن الشرط لا يقسّم الثمن عليه في المعامله ولا يكون قيداً لأحد العوضين أيضاً لا - بمعناه المصدري ولا بمعناه المشروط.

والوجه في صحته التزام القائل بعدم السرايه بانتقال كل الثمن إلى البائع، وانتقال تمام المبيع إلى المشتري مع فساد الشرط، بلا فرق بين الشرط على البائع أو المشتري كما لا يخفى.

ص: ١٩٥

الثانى: أنّ التراضى [١] إنّما وقع على العقد الواقع على النحو الخاص، فإذا تعذرت الخصوصيّة لم يبق التراضى، لانتفاء المقيّد بانتفاء القيد، وعدم بقاء الجنس مع ارتفاع الفصل، فالمعاوضه بين الثمن والمثمن بدون الشرط معاوضه أخرى محتاجه إلى تراض جديد وإنشاء جديد، وبدونه يكون التصرف أكلاً للمال لا عن تراض. وفيه: منع كون ارتباط الشرط بالعقد على وجه يحوج انتفاؤه إلى معاملة جديدة عن تراض جديد. ومجرد الارتباط لا يقتضى ذلك، كما إذا تعذر بعض أحد العوضين، أو انكشف فقد بعض الصفات المأخوذه فى البيع، كالكتابه والصحه،

الشرح:

[١] وقد يستدل على بطلان العقد ببطلان شرطه. بانتفاء التراضى المعتبر فى المعامله بفساد الشرط.

وبيانه: أنّ التراضى قد تعلق بالعقد بنحو خاص، ومع عدم حصول الخصوصيه ينتفى التراضى، كما هو مقتضى انتفاء المقيّد بانتفاء القيد وعدم بقاء الجنس بانتفاء الفصل.

والمعاوضه بين نفس المثلن والثمن بلا- شرط معاوضه أخرى تحتاج إلى إنشاء آخر وتراض جديد، وحيث إنّه لم تنشأ تلك المعاوضه، ولم يحصل التراضى الجديد يكون أكل الثمن بازاء نفس المبيع من أكله بالباطل وبغير تراض.

وأجاب قدس سره: بأنّ ارتباط الشرط بالعقد ليس بنحو يحتاج مع عدم صحه الشرط إلى إنشاء عقد آخر بتراض جديد، ولا يكون مطلق الارتباط مقتضيا لذلك، فإنّه قد ثبت صحه العقد مع عدم حصول جزء المبيع كما فى مورد تبعض الصفقه.

وكذا مع انتفاء وصفه المشروط كما إذا باع بوصف كونه كاتباً فظهر غير كاتب وكما فى النكاح فانه يبطل النكاح ببطلان الشرط فيه كما هو مورد النص والفتوى.

وقد تقدّم أنّ ظاهرهم التسالم فى الشرط اللغو على صحه العقد مع أنّ اناطه

ص: ١٩٦

وكالشروط الفاسده فى عقد النكاح، فإنه لا خلاف نصاً وفتوىً فى عدم فساد النكاح بمجرد فساد شرطه المأخوذ فيه. وقد تقدم: أن ظاهرهم فى الشرط الغير المقصود للعقلاء فى السلم وغيره عدم فساد العقد به، وتقدم أيضاً: أن ظاهرهم أن الشرط الغير المذكور فى العقد لا حكم له، صحيحاً كان أو فاسداً.

الشرح:

التراضى بالعقد بالشرط يجرى فيه أيضاً.

وأيضاً ذكروا أنه لا أثر للتواطى على الشرط مع عدم ذكره فى العقد مع جريان الاناطه فيه أيضاً.

والغرض من ذكر هذه الموارد إثبات إمكان التفكيك بين العقد والشرط فيه فى الحكم بالصحة فى العقد والفساد فى شرطه، لا أن الحكم فى هذه الموارد دليل على أن فساد الشرط لا يوجب بطلان العقد، بل المراد إثبات أن ارتباط الشرط بالعقد ليس بنحو يوجب بطلانه انتفاء التراضى بالعقد، حيث لا يمكن الالتزام فى الموارد المزبوره بأن الأكل فيها باطل عرفاً، ولكن قد جوزّه الشارع تعبداً وقهراً على المتعاقدين.

والحاصل: أن التوجيه فى هذه الموارد بعدم انتفاء التراضى بالعقد فيها يجرى فى جميع موارد الشروط الفاسده، ولذا ذكر فى جامع المقاصد<sup>(١)</sup>: بأن التفصيل بين الجزء والشرط بالالتزام بصحة المعامله بالاضافه إلى بعض المبيع بعد بطلانه بالاضافه إلى بعضه الآخر، وعدم الالتزام بعدم صحة المعامله بعد بطلان شرطها مشكل.

والحاصل: يمكن دعوى أن فساد الشرط لا يوجب انتفاء التراضى بأصل العقد أخذاً بالموارد المزبوره.

ص: ١٩٧

---

١- (١) جامع المقاصد ٤ : ٤٣١ ٤٣٢ .



ودعوى: أن الأصل فى الارتباط هو انتفاء الشيء بانتفاء ما ارتبط به، ومجرد عدم الانتفاء فى بعض الموارد لأجل الدليل لا يوجب التعدى.

مدفوعه: بأن المقصود من بيان الأمثلة: أنه لا يستحيل التفكيك بين الشرط والعقد، وأنه ليس التصرف المترتب على العقد بعد انتفاء ما ارتبط به فى الموارد

الشرح:

وتوضيح الدعوى: أن القيود المأخوذة فى المطلوبات الشرعية والعرفية على نحوين:

الأول: ما يكون ركنا فى المطلوب بحيث لا يكون مطلوبا بدونه، كما إذا باع الموجود على انه عبد فظهر كونه حمارا، أو تعلق طلب المولى بالإتيان بتتن الشطب، فانه لا يكفى الإتيان بالاصفر أى التتن الذى يستعمل فى النارجيل المعروف فى لغة الفرس ب(قليان)، أو تعلق بالغسل للزيادة تنظيفا فانه لا يكفى التيمم ولا- يقوم مقامه، حيث لا- تنظيف فى التيمم، بخلاف ما إذا باع الموجود بشرط أنه عبد صحيح فظهر معيبا، أو أمره بالإتيان بالتتن الجيد فأتى بالردىء، وبالغسل بماء الفرات فاغتسل بغيره، فإنّ العرف فى هذه الموارد يحكم بأنّ الموجود نفس المطلوب، غايه الأمر أنه فاقد لجهه أخرى مطلوبه أيضا ويعبر عن ذلك بموارد تعدد المطلوب.

والظاهر أن الشرط فى المعاملات من القبيل الثانى: ويكون قيда لأحد العوضين بنحو لا يكون ركناً فى المعاوضه.

وعليه فلو كان المشروط له جاهلاً بفساد الشرط يمكن أن يقال بثبوت الخيار له لكون لزوم العقد بدون الشرط ضروريا عليه، بخلاف ما إذا كان عالما بفساده ومع ذلك قد أقدم على المعامله مع الشرط، فإنه بإقدامه على الضرر يكون العقد لازما عليه، وهذا الخيار غير مصرح به فى كلماتهم انتهى ما أفاده رحمه الله فى المقام.

أقول: قد تقدّم أنّ المعامله تكون معلقه على الشرط بمعناه المصدرى أى الالتزام

المذكوره تصرّفًا لا عن تراض جوزه الشارع تعيّدًا وقهراً على المتعاقدين، فما هو التوجيه في هذه الأمثله هو التوجيه فيما نحن فيه، ولذا اعترف في جامع المقاصد: بأن في الفرق بين الشرط الفاسد والجزء الفاسد عسراً.

الشرح:

سواء كان المشروط فعلاً أو أمراً وضعياً، وأنّ التراضي المعاملى المعترف فى المعاملات نفس إنشاء المعامله لا بالإكراه عليها، ولا يعتبر فيها طيب النفس الباطنى.

وعليه فالالتزام المعلق عليه حاصل فتكون المعامله وإنشاءها حاصلًا، غايه الامر لا يكون الشرط المزبور نافذا بمعنى أنّ المشروط على تقدير كونه فعلاً لا يجب الاتيان به، وعلى تقدير كونه أمراً وضعياً لا يكون ممضى شرعاً.

ومن الظاهر لا تعليق للعقد على المشروط أصلاً، بل عدم حصول المشروط فى مورد اشتراط الفعل بل وغيره يكون من شرط الخيار المشروط، ويثبت هذا الخيار للمشروط سواء علم فساد الشرط أم لا، فإنّ شرط الخيار شرط آخر غير الشرط الباطل، وليس لقاعده «نفى الضرر»<sup>(١)</sup> لينحصر ثبوته بصوره جهل المشروط له بالفساد.

ومما ذكرنا أنّ قضيه تعدّد المطلوب لا ترتبط بالمقام، حيث إنّّه قد بينا فيما سبق أنّ الاشتراط لا يكون قيذا ليقال أنّه غير ركن.

أضف إلى ذلك أنّ ما ذكره قدس سره من تعدّد المطلوب ضعيف جدا فى موارد الطلب الإلزامى، ولا يساعد عليه الظهور العرفى.

نعم ذكروا ذلك فى باب المستحبات وهو أيضا لا يخلوا عن تأمل، إلاّ فى موارد قيام قرينه عامه، أو خاصه على ما ذكر تفصيله فى باب المطلق والمقيّد.

ص: ١٩٩

---

١- (١) وسائل الشيعه ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠.

والحاصل: أنه يكفي للمستدل بالعمومات منع كون الارتباط مقتضياً لكون العقد بدون الشرط تجاره لا عن تراض، مستنداً إلى النقض بهذه الموارد. وحل ذلك: أن القيود المأخوذ[ه] في المطلوبات العرفية والشرعية:

منها: ما هو ركن للمطلوب، ككون المبيع حيواناً ناطقاً لا- ناهقاً، وكون مطلوب المولى إتيان تثن الشطب لا- الأصفر الصالح للنارجيل، ومطلوب الشارع الغسل بالماء للزياره، فإن العرف يحكم في هذه الأمثلة بانتفاء المطلوب لانتفاء هذه القيود، فلا يقوم الحمار مقام العبد، ولا الأصفر مقام التتن، ولا التيمم مقام الغسل.

ومنها: ما ليس كذلك، ككون العبد صحيحاً، والتتن جيداً، 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 تصرفاً لا- عن تراض. نعم، غايه الأمر أن فوات القيد هنا موجب للخيار لو كان المشروط له جاهلاً بالفساد، نظير فوات الجزء والشرط الصحيحين. ولا مانع من التزامه وإن لم يظهر منه أثر في كلام القائلين بهذا القول.

الثالث روايه عبد الملك بن عتيبه [١] عن الرضا عليه السلام: «عن الرجل ابتاع منه

الشرح:

[١] استدل على فساد العقد بفساد شرطه بروايات:

منها: روايه عبد الملك بن عتيبه رواها الشيخ (١) باسناده عن أحمد بن محمد بن عيسى عن علي بن حكم عنه قال: سألت أبا الحسن عليه السلام، وسند الشيخ إلى أحمد بن محمد بن عيسى وإن كان فيه كلام لا- يسعه المجال إلا- أنه معتبر، ولكن عبد الملك بن عتيبه لم يوثق فإنه الهاشمي لا النخعي الثقة بقريته روايه علي بن الحكم.

ص: ٢٠٠

طعاماً أو متاعاً على أن ليس منه على وضيعه، هل يستقيم ذلك؟ ما حد ذلك؟ قال: لا ينبغي» والظاهر أن المراد الحرمة لا الكراهة كما في المختلف، إذ مع صحه العقد لا وجه لكراهة الوفاء بالوعد. وروايه الحسين بن المنذر: «قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يجيئني فيطلب مني العينة، فأشترى المتاع من أجله، ثم أبيعها إياه، ثم أشتريه منه مكاني؟ فقال: إذا كان هو بالخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبيع، وكنت أنت بالخيار إن شئت اشتريت وإن شئت لم تشتري فلا بأس، 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 مختاراً

الشرح:

ووجه الاستدلال بها رجوع الضمير في «لا ينبغي» إلى العقد وأن المراد به الحرمة الوضعيه يعنى العقد المشروط فيه ضمان الضرر على البائع فاسد.

ولا يمكن إرجاعه إلى الشرط والأخذ بظهور «لا ينبغي» في الكراهة، حيث لا معنى لصحة البيع وكراهة الوفاء بالشرط إذ لو كان البيع صحيحاً لوجب الوفاء بالشرط على تقدير صحه الشرط أو استحباب على تقدير فساده.

وأجاب قدس سره عن الاستدلال: برجوع «لا ينبغي» إلى العقد والمراد به الكراهة بمعنى أن العقد المشروط فيه الضرر على البائع مكروه، وإن كان يجب العمل بالشرط على تقديره.

أقول: لو كان اشتراط الضرر على البائع بنحو شرط الفعل تم ما ذكره، وأما لو كان بنحو شرط النتيجة فلا يمكن الالتزام بصحة الشرط، فإن كون الضرر على البائع شرط ينافى مقتضى العقد، فإن النفع أو الضرر يتبع الأصل كما لا يخفى.

وكيف كان: فلا يبعد أن يكون المراد ب «لا ينبغي» الفساد، وأن الفساد يرجع إلى الشرط لا إلى أصل البيع.

فى ترك المعامله الثانيه، وعدم الاختيار فى تركها إنما يتحقق باشتراط فعلها فى ضمن العقد الأول، وإلا فلا يلزم له عليها، فيصير الحاصل: أنه إذا باعه بشرط أن يبيعه منه أو يشتريه منه لم يصح البيع الأول فكذا الثانى، أو لم يصح الثانى لأجل فساد الأول، إذ لا مفسد له غيره. وروايه على بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: «سألته عن رجل باع ثوباً بعشره دراهم إلى أجل، ثم اشتراه بخمسه نقداً، أيحل؟ قال: إذا لم يشترط ورضياً فلا بأس» ودلالاتها أوضح من الأولى.

والجواب أمّا عن الأولى: فبظهور «لا ينبغي» فى الكراهه، ولا مانع من كراهه البيع على هذا النحو، لا أنّ البيع صحيح غير مكروه والوفاء بالشرط مكروه.

الشرح:

ومنها: روايه الحسين بن المنذر قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: يبيئنى الرجل فيطلب العينه فأشترى له المتاع مرابحه ثم أبيعته إياه ثم أشتريه منه مكاني، قال: إذا كان بالخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبع، وكنت أنت بالخيار إن شئت اشتريت وإن شئت لم تشتري فلا بأس، فقلت: إن أهل المسجد يزعمون أنّ هذا فاسد، ويقولون: إن جاء به بعد شهر صلح، قال: إنما هذا تقديم وتأخير فلا بأس» (١).

الروايه ضعيفه سندا بالحسين بن المنذر.

ومنها: صحيحه على بن جعفر عليه السلام قال: «سألته عن رجل باع ثوباً بعشره دراهم ثم اشتراه بخمسه دراهم أيحل؟ قال: إذا لم يشترط ورضياً فلا بأس» (٢).

ووجه الاستدلال أنّ مقتضى نفى البأس عن بيع الشئ ثم شرائه بعدم اشتراط الشراء فى البيع الأول عدم جواز البيع المزبور مع اشتراط الشراء فيه، والبأس فى البيع ظاهر فى الفساد.

ص: ٢٠٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٤٢ ٤١ ، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤ .

٢- (٢) المصدر : ٤٢ ، الحديث ٦ .



بل التحقيق: أنّ مسأله اشتراط بيع المبيع خارجه عمّا نحن فيه، لأنّ الفساد ليس لأجل كون نفس الشرط فاسداً، لأنّه فى نفسه ليس مخالفاً للكتاب والسنة، ولا منافياً لمقتضى العقد، بل الفساد فى أصل البيع لأجل نفس هذا الاشتراط فيه لا لفساد ما اشترط. وقد أشرنا إلى ذلك فى أوّل المسأله، ولعلّه لما ذكرنا لم يستند إليهما أحد فى مسألتنا هذه.

الشرح:

وما فى الروايتين من قبيل الثانى، حيث إنّ فساد البيع بالاشتراط المزبور لكون صحّته مع الشرط المزبور دورى كما ذكره العلامة(١)، لأنّ البائع لا يقصد البيع مع الشرط المزبور كما عن الشهيد(٢) رحمه الله، أو لغير ذلك.

وكيف ما كان فاشترط شراء المال ثانيا لا يكون فى نفسه باطلاً، لأنّه غير مخالف للكتاب والسنة، ولا منافياً لمقتضى العقد ففساد العقد مع الاشتراط المزبور يكون للخلل فى العقد لا للفساد فى شرطه.

أقول: ظاهر الروايتين أنّ بيع العينه مع الاشتراط لا يصحّ، وإنّ بيع المتاع بشرط شرائه ثانيا محكوم بالبطلان ولا بأس بالالتزام به.

وهذا كما ذكر رحمه الله أخيراً لا بأس بالالتزام به تعبداً، لا للدور وعدم قصد البيع كما تقدّم.

وأما إرجاع البأس إلى الشراء الثانى، وإنّ بطلانه لعدم التراضى به ففيه ما لا يخفى، فإنّ لازم ذلك بطلان البيع بشرط بيع المتاع ولو من ثالث، ولا- أظنّ أن يلتزم به أحد فإنّ التراضى المعتبر فى معامله هو عدم الإكراه عليها بلا حقّ على ما تقدّم فى بيع المكروه، وإنّ طيب النفس بمعنى ابتهاجها غير معتبر فى المعاملات أصلاً.

ص: ٢٠٤

١- (١) التذكرة ١ : ٤٩٠ .

٢- (٢) الدروس ٣ : ٢١٦ .

والحاصل: أتى لم أجد لتخصيص العمومات في هذه المسألة ما يطمئن به النفس.

ويدلّ على الصحة جملة من الأخبار: [١]

الشرح:

[١] استدلّ قدس سره على صحة المعاملة مع فساد الشرط فيها بروايات:

منها: ما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح عن عبيد الله بن علي الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام «أنه ذكر أن بريره كانت عند زوج لها وهي مملوكة فاشتريتها عائشه فأعتقتها، فخيرها رسول الله صلى الله عليه وآله وقال: إن شاءت أن تقرّ عند زوجها وإن شاءت فارقت، وكان مواليتها الذين باعوها اشترطوا ولاءها على عائشه، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: الولاء لمن اعتق» (١).

فإنّ الحكايه ظاهره تمام الظهور في أنّ شرط الولاء المحكوم بالفساد لا- يوجب بطلان البيع وإلا كان عتقها في ملك الغير، وحملها على الاشتراط خارج العقد مع كونه خلاف الظاهر ينافيه تعليل الحكم في هذه الروايه إشاره وفي غيرها صراحه بأنّ شرط الولاء لغير المعتق مخالف للكتاب والسنة.

ومنها: مرسله جميل وصحيحه الحلبي:

وفي الأولى أي المرسله: عن أحدهما عليهما السلام «في رجل اشترى جاريه وشرط لأهلها أن لا يبيع ولا يهب، قال: يفي بذلك إذا شرط لهم» (٢).

رواها الشيخ باسناده عن أحمد بن عيسى عن علي بن حديد عن جميل بن دراج

ص: ٢٠٥

- 
- ١- (١) الكافي ٥: ٤٨٦، الحديث ١، والفقيه ٣: ١٣٤، الحديث ٣٤٩٧، والتهذيب ٧: ٣٤١، الحديث ١٣٩٦، وراجع الوسائل ٢١: ١٦١ ١٦٢، الباب ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ٢، و ١٦: ٦٥، الباب ٣٧ من كتاب العتق، الحديث ٢.
- ٢- (٢) وسائل الشيعه ٢١: ٣٠٠، الباب ٤٠ من أبواب المهور، الحديث ٣.



منها: ما عن المشايخ الثلاثة في الصحيح عن الحلبي عن الصادق عليه السلام: «أنه ذكر أن بريره كانت عند زوج لها وهي مملوكه، فاشترتها عائشه فأعتقتها، فخيرها رسول الله صلى الله عليه وآله فقال: إن شاءت قعدت عند زوجها وإن شاءت فارقت، وكان مواليتها الذين باعوها اشترطوا على عائشه أن لهم ولاءها، فقال صلى الله عليه وآله: الولاء لمن أعتق». وحملها على الشرط الخارج عن العقد مخالف لتعليل فساد في هذه الروايه إشاره وفي غيرها صراحه بكونه مخالفاً للكتاب والسنة. فالإنصاف: أن الروايه في غايه الظهور.

ومنها: مرسله جميل وصحيحه الحلبي: الأولى عن أحدهما عليهما السلام: «في الرجل يشتري الجاربه ويشترط لأهلها أن لا يبيع ولا يهب ولا يورث، قال: يفي بذلك إذا شرط لهم، إلا الميراث». فإن الحكم بوجود الوفاء بالأولين دون الثالث مع اشتراط الجميع في العقد لا يكون إلا مع عدم فساد العقد بفساد شرطه. ولو قلنا بمقاله المشهور: من فساد اشتراط عدم البيع والهبة حتى أنه حكى عن كاشف الرموز:

الشرح:

عن بعض أصحابنا (١).

ورواها أيضا باسناده عن علي بن اسماعيل الميثمي وزاد في الثاني إلا الميراث، وسنده رحمه الله إلى علي بن إسماعيل غير المذكور (٢).

وكيف ما كان فالأمر بالشرط في عدم البيع والهبة دون الميراث شاهد بعدم سرايه فساد الشرط إلى العقد، فإن شرط عدم الميراث بأن لا يثبت في ملك المشتري عند موته باطل كما تقدم.

ولو كان العقد مع بطلان شرط فاسدا لما أمر عليه السلام بالوفاء بشرط عدم البيع والهبة،

ص: ٢٠٦

١- (١) التهذيب ٧: ٢٥، الحديث ١٠٦.

٢- (٢) التهذيب ٧: ٣٧٣، الحديث ١٥٠٩.

أنتى لم أجد عاملاً بهذه الروايه كان الأمر بالوفاء محمولاً على الاستحباب ويتم المطلوب أيضاً، ويكون استثناء اشتراط الإرث، لأنّ الملك فيه قهرى للوارث، لا- معنى لاستحباب وفاء المشتري به. مع أنّ تحقّق الإجماع على بطلان شرط عدم البيع والهبة ممنوع، كما لا- يخفى. والثانيه عن أبى عبد الله عليه السلام: «عن الشرط فى الإمام، لا- تباع ولا توهب؟ قال: يجوز ذلك غير الميراث، فإنّها تورث، وكلّ شرط خالف كتاب الله فهو رد... الخبر» فإنّ قوله عليه السلام: «فإنّها تورث» يدلّ على بقاء البيع الذى شرط فيه أن لا تورث على الصحه، بل يمكن أن يستفاد من قوله بعد ذلك: «كلّ شرط خالف كتاب الله عز وجل فهو ردّ» أى لا يعمل به: أنّ جميع ما ورد فى بطلان الشروط المخالفه لكتاب الله جل ذكره يراد بها عدم العمل بالشرط، لا بطلان أصل البيع. ويؤيّد ما ورد فى بطلان الشروط الفاسده فى ضمن عقد النكاح.

الشرح:

بل لو كان شرط عدم البيع والهبة فاسداً أيضاً كما نسب إلى المشهور لكان الأمر بالوفاء بهما استحباباً وفاءً للوعد دليلاً على عدم بطلان البيع.

والوجه فى استثناء الميراث عن استحباب الوفاء لكون الإرث لا يقبل الاستحباب أو الوجوب كما لا يخفى.

وفى الثانيه أى صحيحه الحلبي: عن أبى عبد الله عليه السلام: «قال سألته عن الشرط فى الإمام لا تباع ولا توهب ولا تورث، فقال: يجوز غير الميراث، فإنّها تورث، وكلّ شرط خالف كتاب الله فهو ردّ»<sup>(١)</sup>.

وظاهر قوله عليه السلام «فإنّها تورث» شاهد لثبوت البيع وسقوط عدم الإرث، بل فى قوله عليه السلام «كلّ شرط خالف كتاب الله فهو ردّ» ان الشرط لا يعمل به مع كونه مخالفاً

ص: ٢٠٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٦٧ ، الباب ١٥ من أبواب بيع الحيوان، الحديث ١ .

وقد يستدل على الصحة: بأن صحة الشرط [١] فرع على صحة البيع، فلو كان الحكم بصحة البيع موقوفاً على صحة الشرط لزم الدور. وفيه ما لا يخفى. والإنصاف: أن المسألة في غايه الإشكال، ولذا توقّف فيها بعض تبعاً للمحقّق قدس سره. ثم على تقدير صحة العقد، ففي ثبوت الخيار للمشروط له مع جهله بفساد الشرط [٢] وجه، من حيث كونه في حكم تخلف الشرط الصحيح، فإنّ المانع الشرعي كالعقلى، فيدل عليه ما يدل على خيار تخلف الشرط. ولا فرق في الجهل

الشرح:

لكتاب الله، وأن العقد يبقى في جميع موارد عدم العمل بالشرط لمخالفته كتاب الله.

ويؤيد أيضاً صحة معامله مع بطلان الشرط ما ورد في الشرط الفاسد في النكاح.

[١] وقد يستدل على صحة العقد مع بطلان شرطه بأن صحة الشرط متوقّفه على صحة العقد، ولو كان صحة العقد متوقّفاً على صحة الشرط لدار.

وفيه ما لا يخفى، فإنّ مدعى سرايه الفساد إلى العقد يدعى الملازمه بين الحكمين أى الحكم بصحة العقد وإمضائه، والحكم بصحة الشرط وإمضائه، نظير الملازمه بين وجوب القصر ولزوم الإفطار، والملازمه بين الحكمين لا يرتبط على كون كلّ من الحكمين علّه لحدوث الحكم الآخر كما هو واضح.

[٢] ذكر قدس سره أنّه بناءً على صحة معامله مع فساد الشرط فيها يثبت للمشروط له خيار الفسخ مع جهله ببطلان الشرط، لأن عدم حصول الشرط المزبور من تخلف الشرط، لأنّ المانع الشرعي وتحريم الشارع الفعل المشروط في معامله كتعذر ذلك الفعل عقلاً في عدم حصول الشرط وتخلّفه، فيدل على ثبوت الخيار مع بطلان الشرط ما دل على ثبوته عند تخلف الشرط.

ثم لا فرق في ثبوت الخيار للمشروط له مع الجهل بفساد الشرط بين جهله

المعتبر في الخيار بين كونه بالموضوع أو بالحكم الشرعي، ولذا يعذر الجاهل بثبوت الخيار أو بفوريته. ولكن يشكل: بأن العمده في خيار تخلف الشرط هو الإجماع، وأدله نفى الضرر قد تقدّم غير مرّه أنّها لا تصلح لتأسيس الحكم الشرعي إذا لم يعتضد بعمل جماعه، لأنّ المعلوم إجمالاً- أنّه لو عمل بعمومها لزم منه تأسيس فقه جديد خصوصاً إذا جعلنا الجهل بالحكم الشرعي عذراً، فزُبّ ضرر يترتب على المعاملات من أجل الجهل بأحكامها، خصوصاً الصحة والفساد، فإنّ

الشرح:

بالحكم، كما إذا لا- يعلم بأنّ شرط كنس المسجد على الحائض باطل، أو جهله بالموضوع بأن لا يعلم بأنّ المشروط عليها الكنس حائض.

والشاهد لثبوت الخيار ولو مع الجهل بالحكم تقصيرا ذكرهم ثبوت خيار الغبن للجاهل به أو بفوريته.

ولكن يمكن القول بأنّ الجاهل بفساد الشرط كالعالم بفساده في عدم ثبوت الخيار له سواء كان بطلان الشرط مع جهله بالحكم أو الموضوع لأنّ الدليل على ثبوت الخيار مع تخلف الشرط الإجماع وقاعده «نفى الضرر(١)»، وشيء منهما غير جار في المقام.

فإنّ الإجماع على الخيار مع بطلان الشرط غير محرز، بل تقدم عدم الإشارة إلى ذلك في كلماتهم فضلاً عن التصريح.

وأما قاعده «نفى الضرر(٢)» فقد ذكرنا في التكلّم في القاعده أنّه لا يعمل بها في غير مورد عمل المشهور بها للعلم بأنّه كان لها قيد لم يصل إلينا، وعمل المشهور بها في مورد كاشف عن عدم شمول القيد لذلك المورد.

ص: ٢٠٩

١- (١) وسائل الشيعه ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠.

٢- (٢) المصدر السابق.

ضروره الشرع قاضيه فى أغلب الموارد بأن الضرر المترتب على فساد معامله مع الجهل به لا يتدارك، مع أن مقتضى تلك الأدله نفى الضرر الغير الناشئ عن تقصير المتضرر فى دفعه، سواء كان الجهل متعلقاً بالموضوع أم بالحكم، وإن قام الدليل فى بعض المقامات على التسويه بين القاصر والمقصر. فالأقوى فى المقام عدم الخيار وإن كان يسبق خلافه فى بوادى الأنظار.

الشرح:

والوجه فى العلم الإجمالى المزبور استلزام إطلاقها تأسيس فقه جديد خصوصاً لو جعل الجهل بالحكم عذراً بحيث تنفى بالقاعده الحكم الضررى المتعلق بالمكلف ولو لجهله بالحكم الشرعى الآخر، كنفى لزوم معامله فى صوره الجهل بخيار الغبن أو جهله بفوريته.

والوجه فى استلزام العمل بعموم القاعده تأسيس فقه جديد أنه يثبت المعاملات من جهه الجهل بأحكامها خصوصاً الجهل بصحتها أو فسادها ضرر لا يتدارك، فيلزم أن لا يثبت صحتها أو فسادها لثلاً يقع الضرر، كما إذا اشترى مالاً نسيه مع عدم تعيين المده فى ناحيه الثمن للجهل باشتراط التعيين وتسلم المبيع ثم علم بطلان البيع، فإن بطلانه يوجب تضرر البائع لو قيل بأن أجره حمل المتاع إليه ثانياً على البائع، وتضرر المشتري لو قلنا بأن أجرته عليه فيلزم أن ينفى فساد معامله بقاعده «نفى الضرر»<sup>(١)</sup> لثلاً يقع الضرر.

والحاصل: أن العمل بقاعده «نفى الضرر» فى لزوم البيع مع فساد الشرط فيه غير محرز، فلا يمكن نفيه ولو مع جهل المشروط له بفساد الشرط حكماً أو موضوعاً.

أقول: قد تقدم أن الخيار فى المعاملات لا يثبت بقاعده «نفى الضرر»، ولو جرت

ص: ٢١٠

الثاني: لو أسقط المشروط له الشرط الفاسد على القول بإفساده، لم يصح بذلك العقد، لانعقاده بينهما على الفساد، فلا ينفع إسقاط المفسد. ويحتمل الصحة بناءً على أن التراضي إنما حصل على العقد المجرد عن الشرط، فيكون كتراضيهما عليه حال العقد. وفيه: أن التراضي إنما ينفع إذا وقع عليه العقد أو لحق العقد السابق، كما في بيع المكروه والفضولي، أما إذا طرأ الرضا على غير ما وقع عليه العقد فلا ينفع، لأن متعلق الرضا لم يُعقد عليه ومتعلق العقد لم يُرض به. ويظهر من بعض مواضع التذكرة التردد في الفساد بعد إسقاط الشرط، قال: يشترط في العمل المشروط على البائع أن يكون محللاً، فلو اشترى العنب على شرط أن يعصره البائع خمرًا لم يصح الشرط والبيع على إشكال، ينشأ من جواز إسقاط المشتري الشرط

الشرح:

القاعده فيها لكان مقتضاها فسادها لا- ثبوت الخيار، وان المدرك للخيار في المقام ونظيره هو الشرط الارتكازي الثابت في المعاملات.

وهذا الشرط مشمول لقوله صلى الله عليه وآله «المسلمون عند شروطهم»<sup>(١)</sup>، بل لا يبعد أن يثبت الخيار فيما كان المشروط المحكوم بالفساد أمراً وضعياً، فإن عدم حصوله أيضاً موضوع للخيار المشروط في ارتكازهم.

ويشهد لذلك موت المشروط عليه بعد العقد مع شرط الوكالة بنحو شرط النتيجة عليه.

وأما ما ذكر قدس سره: من أن الأخذ بعموم القاعده يوجب تأسيس فقه جديد فقد ذكرنا في محله أن الحكم الضروري منفي، لا الناشئ من عدم الحكم أو الناشئ من غير الحكم، وهذا لا يستلزم محذورا والتفصيل في محله.

ص: ٢١١

---

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٦ ، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٥ .

## هل يصح البيع مع إسقاط الشرط المانع عن صحته؟

عن البائع والرضا به خالياً عنه وهو المانع من صحه البيع [١] ومن اقتران البيع بالمبطل.

وبالجملة، فهل يُثمر اقتران مثل هذا الشرط بطلان البيع من أصله. بحيث لو رضى صاحبه بإسقاطه لا يرجع البيع صحيحاً، أو إيقاف البيع بدونه بطل وإلا صحّ؟ نظر، انتهى. ولا يُعرف وجهٌ لما ذكره من احتمال الإيقاف .

الثالث: لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد لفظاً ولم يذكر في العقد، فهل يبطل العقد بذلك بناء على أنّ الشرط الفاسد مفسد أم لا؟ وجهان، بل قولان مبنيان على تأثير الشرط قبل العقد.

فإن قلنا: بأنه لا حكم له كما هو ظاهر المشهور، وقد تقدّم في الشروط لم يفسد، وإلا فسد. ويظهر من المسالك هنا قول ثالث، قال في مسأله اشتراط بيع المبيع من البائع: المراد باشتراط ذلك شرطه في متن العقد، فلو كان في أنفسهما ذلك ولم يشترطه لم يضر. ولو شرطه قبل العقد لفظاً، فإن كانا يعلمان بأن الشرط المتقدم لا حكم له، فلا أثر له، وإلا أتجه بطلان العقد كما لو ذكره في متنه، لأنهما لم يقدموا إلا على الشرط ولم يتم لهما، فيبطل العقد، انتهى.

الشرح:

[١] أى الشرط مانع عن صحه البيع ومع إسقاط الشرط يصح البيع.

ثم ذكر وبالجملة فهل يترتب على مثل شرط تخمير العنب فساد بيعه من أصله بحيث لو رضى المشتري بإسقاط شرطه لم يصح البيع أيضاً، أو أن البيع بدون إسقاط الشرط موقوف، فإن أسقط صح؟

ووجه الإيقاف: أنّ التراضى بأصل العقد كالتراضى في عقد المكروه والفضولى.

ولكن الجواب ما قيل في وجه بطلان العقد ببطلان شرطه ومقتضاه عدم كفايه إسقاط الشرط حيث إنّ العقد المطلق غير منشأ كما لا يخفى.

ص: ٢١٢

وفى باب المباحه بعد ذكر المحقق [١] فى المسأله المذكوره: أنه «لو كان من قصدهما ذلك ولم يشترطه لفظاً كره» قال فى المسالك: أى لم يشترطاً فى نفس العقد فلا- عبره بشرطه قبله. نعم، لو توهم لزوم ذلك أو نسي ذكره فيه مع ذكره قبله، أتجه الفساد، انتهى. ثم حكى اعتراضاً على المحقق قدس سره وجواباً عنه بقوله: قيل عليه: إن مخالفة القصد للفظ تقتضى بطلان العقد، لأن العقود تتبع القصود، فكيف يصح العقد مع مخالفة اللفظ للقصد. وأجيب: بأن القصد وإن كان معتبراً فى الصحه الشرح:

[١] ذكر المحقق (١) قدس سره فى مسأله «اشتراط بيع المبيع من بائعه ثانياً» أنه لو لم يشترط البيع الثانى بذكره فى البيع الأول شرطاً، بل كان ذلك من قصدهما من غير أن يشترط لفظاً كان البيع مكروهاً.

ثم إنه ذكر فى المسالك (٢) فى المسأله «اشتراط البيع من البائع ثانياً»: أن المراد من اشتراط بيعه من بائعه ذكر هذا الشرط فى عقد البيع، ولو لم يذكر فى العقد بل كان بيعه من بائعه ثانياً فى قصد المتبايعين فقط لم يضر هذا القصد بصحة البيع ولا بصحة الشراء من مشتريه ثانياً.

واما لو ذكر هذا الشرط قبل العقد وتركا ذكره فى العقد فان كانا عالمين بأن الشرط المذكور قبل العقد لا أثر له فيحكم أيضا بصحة البيع والشراء ثانياً، وأمّا لو جهلا- ذلك وتخيلاً أنّ المذكور قبل العقد كالمذكور فى العقد يحكم ببطلان البيع، نظير الحكم ببطلانه مع ذكر الشرط فى نفس العقد.

والوجه فى التفصيل أنه مع علمهما بعدم الأثر للشرط المذكور قبل العقد يكون إقدامهما مطلقاً، بخلاف ما إذا جهلا وتخيلاً لزوم الشرط، فإنّ إقدامهما على ملكيه المبيع

ص: ٢١٣

١- (١) شرائع الإسلام ٢ : ٤١ ، فى المباحه (دار الأضواء بيروت).

٢- (٢) المسالك ٣ : ٣٠٨ ٣٠٩.



فلا يعتبر في البطلان، لتوقف البطلان على اللفظ والقصد، وكذلك الصّحّه، ولم يوجد في الفرض. ثم قال قدس سره: وفيه منع ظاهر، فإنّ اعتبارهما معاً في الصّحه يقتضى كون تخلف أحدهما كافياً في البطلان، ويرشد إليه عبارته الساهى والنائم والمكره، فإنّ المتخلف الموجب للبطلان هو القصد خاصّه، وإلا فاللفظ موجود ثمّ قال: والذي ينبغي فهمه أنّه لا بدّ من قصدهما إلى البيع المترتب عليه أثر الملك للمشتري على وجه لا يلزمه رده، وإنما يفتقر قصدهما لردّه بعد ذلك بطريق الاختيار، نظراً إلى وثوق البائع بالمشتري أنّه لا يمتنع من رده إليه بعقد جديد بمحض اختياره ومروّته، انتهى كلامه.

الشرح:

يكون مقيداً.

وذكر أيضاً في المسالك (1) في ذيل كلام المحقّق في باب المراهبه: أنه لو لم يشترط بيع المتاع من بائعه ثانياً في متن عقد البيع، بل اشترط ذلك قبل البيع فلا يوجب بطلان البيع، إلا إذا توهموا لزوم رعايه المذكور قبل العقد أيضاً، أو علما عدم لزومه ولكن كان عدم ذكره في متن العقد لنسيانها.

ثم تعرض (2) لما يورد على كلام المحقّق من حكمه بصّحه البيع من عدم ذكر الشرط في عقد البيع وكونه في قصدهما فقط، ولما يجاب عن الإيراد.

أمّا الإيراد فهو أنّ العقود في صحتها تتبع القصد وإذا لم يكن العقد بحسب القصد مطلقاً، كما هو فرض قصدهما بيع المتاع من بائعه ثانياً، فكيف يحكم بصّحه البيع.

أما الجواب فلأنّ صحه الشرط وان يحتاج إلى قصده وذكره في العقد، ولكن فساد الشرط لا يتوقف على قصده، بل يكفي فيه عدم ذكره في العقد، كما أنّ بطلان

ص: ٢١٤

أقول: إذا أوقعا العقد المجزّد على النحو الذى يوقعانه مقترناً بالشرط وفُرض عدم التفاوت بينهما فى البناء على الشرط والالتزام به إلاّ بالتلفّظ بالشرط وعدمه، فإن قلنا بعدم اعتبار التلفّظ فى تأثير الشرط الصحيح والفاسد، فلا وجه للفرق بين من يعلم فساد الشرط وغيره، فإنّ العالم بالفساد لا يمنعه علمه عن الإقدام على العقد مقيداً بالالتزام بما اشترطه خارج العقد، بل إقدامه كإقدام من يعتقد الصحة، كما لا فرق فى إيقاع العقد الفاسد بين من يعلم فسادَه وعدم ترتّب أثر شرعى عليه، وغيره.

الشرح:

العقد بالشرط يتوقّف على قصد ذلك الشرط وذكره فى العقد، وكذلك صحه الشرط فإنّه يتوقّف على القصد وذكره فى العقد والمفروض عدم حصول الشرط كذلك.

ثمّ أورد (1) على هذا الجواب: بأن توقف صحه العقد على اللفظ والقصد لازمه الحكم ببطلان العقد مع عدم القصد كما هو مقتضى الإيراد، فإنّ اللفظ يحصل من الساهى والغالط والمكره، ولكن لا يصحّ عقدهم لعدم القصد.

وعلى ذلك فانما يحكم بصحة البيع مع عدم ذكرهما الشرط فى متن العقد فيما لو قصد بيع المتاع من المشتري بحيث يكون ملكاً له على وجه لا يكون للبائع إلزامه ببيعه منه ثانياً، بل يكون هذا البيع باختيار المشتري وإرادته، وإقدام البائع على بيع المتاع لوثوقه بالمشتري، وأنّه لا يمتنع عن تمليك المتاع منه ثانياً بمحض اختياره ووعدّه.

وأورد المصنف قدس سره على المسالك بأنّه لو فرض الحكم بفساد العقد فيما إذا شرط بيع المتاع من بائعه ثانياً قبل العقد مع جهلهما بفساد الشرط المذكور قبل العقد لزم

ص: ٢١٥

وبالجملة، فالإقدام على العقد مقيّداً أمر عرفي يصدر من المتعاقدين وإن علما بفساد الشرط. وأما حكم صورته نسيان ذكر الشرط: فإن كان مع نسيان أصل الشرط كما هو الغالب فالظاهر الصحة، لعدم الإقدام على العقد مقيّداً، غاية الأمر أنه كان عازماً على ذلك لكن غفل عنه. نعم، لو اتفق إيقاع العقد مع الالتفات إلى الشرط ثم طرأ عليه النسيان في محل ذكر الشرط كان كتارك ذكر الشرط عمداً تعويلاً على تواطئهما السابق.

الشرح:

الحكم بفساد الحكم بفساد العقد مع علمهما بفساده أيضاً، فإن العلم بالفساد شرعاً لا ينافي قصدتهما ملك المتاع للمشتري بنحو يتحقق للبائع إلزامه ببيعه منه ثانياً بأن لا يقصد ملك المتاع للمشتري بالملك المطلق كما أنّ العلم بفساد بيع لا ينافي قصد بيع المتاع من المشتري لا مجاناً، نظير ما إذا باع المكيل من المشتري بغير كيل.

وعلى الجملة: كون تملك المتاع من المشتري مقيّداً أو مطلقاً أمر عرفي يحصل بالعقد من المتعاقدين، وقصد المتعاقدين لا يتبع الفساد الشرعي.

أقول: لو كان الوجه في فساد البيع مع ذكر شرط بيع المتاع من بائعه ثانياً في متن العقد عدم قصد المتعاقدين ملك المتاع بنحو الإطلاق، فالظاهر عدم الفرق في بطلان البيع بين ذكره في متن العقد وبين ذكره سابقاً وإيقاع العقد مبنيًا عليه، لعدم الفرق بين عدم قصد الملك المطلق في الصورتين.

وكذا لو قلنا بفساد البيع المشروط فيه بيع المتاع من بائعه ثانياً للتعبّد، فإنه أيضاً يحكم ببطلان البيع في الصورتين، لأنّ العقلاء لا يفرّقون في معاملاتهم بين ذكر الشرط في متن العقد أو ذكره سابقاً وإيقاع العقد مبنيًا عليه، ففي الصورتين مع الشرط المزبور ليس المشتري بحسب بنائهم أن يبيع أو يترك البيع من بائعه ثانياً.

كما أنّه ليس للبائع أن يأخذ المبيع ثانياً أو أن يتركه، وقد ذكر في روايه الحسين بن

الرابع: لو كان فساد الشرط لأجل عدم تعلّق غرض معتدّ به عند العقلاء فظاهر كلام جماعه من القائلين بإفساد الشرط الفاسد كونه لغواً غير مفسد للعقد. قال في التذكرة في باب العيب: لو شرط ما لا غرض فيه للعقلاء ولا يزيد به المالىه، فإنه لغو لا يوجب الخيار. وقد صرّح في مواضع أخر في باب الشروط بصحة العقد ولغو به الشرط. وقد صرّح الشهيد بعدم ثبوت الخيار إذا اشترط كون العبد كافراً فبان مسلماً. ومرجعه إلى لغو به الاشتراط.

وقد ذكروا في السلم لغو به بعض الشروط، كاشتراط الوزن بميزان معيّن.

ولعل وجه عدم قدح هذه الشروط: أنّ الوفاء بها لمّا لم يجب شرعاً ولم يكن فى تخلفها أو تعدّرها خيار خرجت عن قابليه تقييد العقد بها، لعدم عدّها كالجاء من أحد العوضين. ويشكل: بأنّ لغويتها لا تنافى تقييد العقد بها فى نظر المتعاقدين، فاللازم إمّا بطلان العقد وإما وجوب الوفاء، كما إذا جعل بعض الثمن مما لا يعدّ مالاً فى العرف.

## فى أحكام الخيار

### الخيار موروث بأنواعه

الخيار موروث بأنواعه [١] بلا خلاف بين الأصحاب، كما فى الرياض وظاهر

الشرح:

منذر (١) وصحيحه على بن جعفر (٢) هذا الاختيار شرطاً فى صحه البيع، وليس المراد خصوص الاختيار شرعاً، وإلا فالاختيار شرعاً حاصل حتّى مع ذكره فى العقد أيضاً لبطلانه كما لا يخفى.

[١] الخيار موروث بأنواعه بلا خلاف كما عن جماعه (٣)، وفى التذكرة: أنّ الخيار

ص: ٢١٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٤٢ ٤١ ، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤ .

٢- (٢) المصدر : ٤٢ ، الحديث ٦ .

٣- (٣) الرياض ٨ : ٢٠٢ ، والحدائق ١٩ : ٧٠ ، ومصباح الفقاهه ٥ : ٤٠٣ .

الحدائق. وفي التذكرة: إنَّ الخيار عندنا موروث، لأنَّه من الحقوق كالشفعة والقصاص في جميع أنواعه، وبه قال الشافعي إلا في خيار المجلس. وأدعى في الغنية: الإجماع على إرث خيارى المجلس والشرط. واستدلَّ عليه مع ذلك: بأنَّه حقٌّ للميت، فيورث لظاهر القرآن. وتبعه بعض من تأخَّر عنه، وزيد عليه الاستدلال بالنبوى: «ما ترك الميت من حقِّ فلوارثه».

الشرح:

عندنا موروث بجميع أنواعه لأنَّه من الحقوق كالشفعة والقصاص ووافقنا في الحكم الشافعي إلا في خيار المجلس (١).

وعن الغنية (٢): الإجماع على إرث خيار المجلس والشرط.

ويستدل على إرث الخيار مضافاً إلى الإجماع: بأنَّ الخيار حقٌّ للميت فيعمه قوله سبحانه «لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ» (٣) وبالنبوى المعروف «ما ترك الميت من حقِّ لوارثه» (٤).

وذكر المصنف رحمه الله: أنَّ الاستدلال على هذا الحكم بالكتاب العزيز والأخبار الواردة في إرث تركه الميت يتوقَّف على ثبوت أمرين:

الأول: كون الخيار حقًّا لا- حكما نظير حق المالك أن يجيز البيع الجارى على ماله فضولاً، وجواز أن يرجع الواهب في هبته، وجواز الفسخ فى العقود الجائزه، فان الجواز فى هذه الموارد حكم شرعى والحكم الشرعى يتبع موضوعه ولا يدخل فى الإرث.

وكذا لا يحكم بالإرث فيما إذا تردّد كون شىء حقاً أو حكماً فإنَّ الأصل عدم

ص: ٢١٨

١- (١) التذكرة ١ : ٥٣٦ .

٢- (٢) الغنية : ٢٢١ .

٣- (٣) سورة النساء : الآية ٧ .

٤- (٤) نقله صاحب المسالك ١٢ : ٣٤١ ، والرياض ٢ : ٢٠٢ .

أقول: الاستدلال على هذا الحكم بالكتاب والسنة الواردين في إرث ما ترك الميت يتوقف على ثبوت أمرين:

الشرح:

ثبوته للوارث، أو عدم انتقاله إلى غيره.

وليس في البين ما يدل على كون الخيار حقا أى قابلاً للإسقاط فى مقابل الحكم غير ما دل على انتهاء الخيار بالتصرف فى المبيع الحيوان معللاً بأن التصرف ورضى بقرار البيع.

واستفاده كون الخيار فى جميع موارد حقا قابلاً للإسقاط لا- يخلو عن إشكال، والتمسك على كونه مطلقاً قابلاً للإسقاط بالإجماع فىكون حقا مستغنى منه بقيام الإجماع على نفس إرث الخيار كما تقدم.

الثانى: بعد كون الخيار حقا قابلاً للإسقاط ثبوت كونه من الحقوق التى تقبل النقل ليثبت للوارث، ويصدق أنه مما تركه بأن لا يكون من له الحق مقوماً للحق، كما فى حق الجلوس للمسجد أو السوق، فانه يثبت للجالس ولا ينتقل إلى غيره.

وكذا حق التولية أو النظارة، فإنه يثبت لمن يجعله الواقف أو الحاكم متولياً أو ناظراً ولا- يثبت لوارثه إلا أن يجعل الواقف أو الحاكم وارثه أيضاً متولياً أو ناظراً.

وإثبات هذا الأمر فى الخيار بغير الإجماع مشكل، والتمسك باستصحاب بقاء الحق بعد موت من له الحق غير ممكن لعدم إحراز بقاء الموضوع، واحتمال أن لا يكون عدم ثبوت الحق للوارث من عدم بقاء الحق بل من عدم ثبوته من الاول كما لا يخفى.

أقول: قد تقدم فى البحث فى حقيقه الخيار أنه سلطنه على المعامله المنشأه، ويكون لمن له الخيار سلطنه قرار العقد وإلغائه.

وهذه السلطنه تأسيسه كخيارى المجلس والحيوان، وإمضائه كخيارى الشرط

أحدهما: كون الخيار حقاً لا حكماً شرعياً، كالإجازه لعقد الفضولي، وجواز الرجوع في الهبه وسائر العقود الجائزه، فإن الحكم الشرعى ممّا لا يورث، وكذا ما تردّد بينهما، للأصل. وليس فى الأخبار ما يدلّ على ذلك، عدا ما دلّ على انتفاء الخيار بالتصرّف معللاً بأنّه رضاً، كما تقدّم فى خيار الحيوان. والتمسك بالإجماع على سقوطه بالإسقاط فيكشف عن كونه حقاً لا حكماً، مستغنى عنه بقيام الإجماع على نفس الحكم.

الشرح:

والغبن وغيرهما، وبما أنّ الخيار المشترط فى اعتبار المتعاقدين حقى ووقع الإمضاء الشرعى بما هو عند المتبائعين بحسب اعتبارهم، فلا ينبغى التأويل فى كون الخيارات الإمضائية من الحقوق وكذا الخيار التأسيسى، فإنّ قوله عليه السلام «الخيار فى الحيوان ثلاثة أيام وفى غيره إلى ان يفترقا»<sup>(١)</sup> ظاهر فى عدم اختلاف الخيار فى المجلس والثابت إلى ثلاثة أيام وأنّه سنخ واحد.

ومع ملاحظه ما دلّ على كون الخيار فى الحيوان إلى ثلاثة أيام بنحو الحق كالحكم بسقوطه بالرضا ببقاء العقد والإغماض عن فسخه يكون خيار المجلس أيضا كذلك.

أضف إلى ذلك أنّ المتبادر من الخيار فى قوله: «البيعان بالخيار»<sup>(٢)</sup> انه من سنخ ما يشترطه المتبائع لأحدهما أو كليهما، ولذا عبر عن خيار الحيوان بالشرط فى الحيوان.

وكيف ما كان فالعمده فى المقام ما ذكر من اعتباره فى بناء أبواب المعاملات بنحو الحق وإمضاء الشارع ظاهره كجعله أنه على ما هو عليه عند ابناء المعاملات، وإلاّ

ص: ٢٢٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٦ ، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ٥ و ٦ ، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٣ .

الثانى: كونه حقاً قابلاً للانتقال ليصدق أنه مميّا تركه الميت، بأن لا يكون وجود الشخص وحياته مقوماً له، وإلا فمثل حقّ الجلوس فى السوق والمسجد وحق الخيار المَجْعول للأجبنى وحقّ التوليه والنظاره غير قابل للانتقال، فلا يورث.

الشرح:

فالإجماع فى المقام مدركى لا يصلح للاعتماد عليه.

وفى صحيحه الحلبي: «فى الحيوان كلّ شرط ثلاثه أيام للمشترى، وهو بالخيار فيها إن شرط أو لم يشترط»<sup>(١)</sup>، وفيها دلالة واضحه على أنّ خيار الحيوان لا يختلف عن الخيار المشروط إلى ثلاثه أيام فى سنخه.

وأما بالإضافه إلى الأمر الثانى وان الالتزام بالإرث فى الخيار يحتاج إلى إثبات كونه قابلاً للنقل، فإن أريد بالنقل، النقل الاختيارى فلا حاجة إلى إثباته، فإنّ بعض الحقوق لا يقبل النقل الاختيارى كحق القصاص، بل الشفعه مع أنّهما يورثان، وإن أريد النقل القهرى فالنقل القهرى أى الإرث بنفسه مورد الكلام فى المقام.

فالصحيح أنّ الالتزام بالإرث يتوقف على اعتبار النبوى المعروف من قوله صلى الله عليه وآله «ما ترك الميت من حق فلوارثه»<sup>(٢)</sup>، أو إثبات كون الخيار مما ترك ليعمّه بعض آيات الإرث وإن لم يثبت اعتبار النبوى كما لا يخفى.

والحاصل: أنّ ثبوت الحق لشخص، تاره يكون بعنوان مقوم للحق عرفاً كثبوت حقّ الحضانه للامّ وحقّ القسم للزوجه وحقّ السبق إلى المسجد والمشهد للجالس، ومثل هذه الحقوق لا يدخل فى الإرث لانتهاء العنوان المقوم بانتهاه حياه الشخص، وقد يكون العنوان غير مقوم له، ويقال: من هذه الحقوق ما يكون الغرض منه جلب المال كثبوت حقّ التحجير وحقّ الصيد بنصب الشبكه، والخيار من هذا القبيل.

ص: ٢٢١

١- (١) وسائل الشيعه ٨: ١٠، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ١.

٢- (٢) نقله صاحب المسالك ١٢: ٣٤١، والرياض ٢: ٢٠٢.



وإثبات هذا الأمر بغير الإجماع أيضاً مشكل، والتمسك في ذلك باستصحاب بقاء الحق وعدم انقطاعه بموت ذى الحق أشكال، لعدم إحراز الموضوع، لأنَّ الحق لا يتقوم إلا بالمستحق. وكيف كان، ففي الإجماع المنعقد على نفس الحكم كفايه إن شاء الله تعالى.

بقي الكلام: في أن إرث الخيار ليس تابعا لإرث المال [١] فعلاً، فلو فرض

الشرح:

ولكن إثبات هذه الضابطه لا يخلو من صعوبه، فانه لا فرق في اعتبار ابناء المعاملات بين الخيار المشترط لأحد المتعاقدين أو لأجنبي، مع أن الثاني لا يورث بلا كلام.

فلا يبعد أن يكون العمده في مسأله إرث الخيار هو الإجماع، أو يدعى أن الخيار المجعول للأجنبي من قبيل ثبوت الحق لشخص بعنوان مقوم، بخلاف الثابت لأحد المتعاقدين تأسيساً أو إمضاءً، بمعنى أنه يثبت الخيار لأحد المتعاقدين بعنوان يكون ذلك العنوان دخيلاً في حدوث الخيار، ولكن لا يكون حياه الشخص بقاءً دخيلاً في بقاء ذلك الحق، فينتقل إلى الوارث بأدله الإرث.

ويكشف عن عدم كون الحياه لمن له الخيار مقوماً له مثل قوله عليه السلام عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: البيعان بالخيار حتى يفترقا وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثه أيام» (١)، فإن المراد من صاحب الحيوان مالكة المشتري، ومن الظاهر أن الحياه لا تكون مقوماً للملكيه في المال والروايه داله على أن الخيار يثبت للمالك فيكون كأمواله فيرثه من يرثه ماله.

[١] إرث الخيار لا يتبع إرث المال وإذا كان دين الميت مستغرقاً لجميع تركته فلا إرث بالإضافة إلى المال.

ولكن لو كان العقد على بعض تركته متعلقاً للخيار للميت فينتقل ذلك الخيار إلى

ص: ٢٢٢

استغراق دين الميت لتركته لم يمنع انتقال الخيار إلى الوارث. ولو كان الوارث ممنوعاً لنقصان فيه كالرقية أو القتل للمورث أو الكفر فلا- إشكال في عدم الإرث، لأنّ الموجب لحرمانه من المال موجب لحرمانه من سائر الحقوق. ولو كان حرمانه من المال لتعييد شرعي كالأزوجه غير ذات الولد، أو مطلقاً بالنسبه إلى العقار، وغير الأكبر من الأولاد بالنسبه إلى الحبه ففي حرمانه من الخيار المتعلق بذلك المال مطلقاً، أو عدم حرمانه كذلك، وجوه، بل أقوال:

الشرح:

ورثته، لأنّ إرث المال من بعد الدين فلو لم يكن المال من تركته زائدا على الدين فلا إرث، بخلاف الحقوق للميت مما لا تقبل المعاوضه عليها لعدم كونها مالاً فيدخل تلك الحقوق في الإرث.

وبهذا يظهر أنّ الخيار للوارث من قبيل إرثه استقلالاً لا تبعاً لإرث المال حتّى لا يكون الخيار موروثاً في فرض استغراق الدين للتركة.

نعم الموانع عن إرث المال مانعه عن إرث الحق أيضاً ولو لم يكن الحق مالاً يبذل بازائه المال كقتل الوارث مورثه أو كفره أو كونه رقاً، فإن ما ورد في أنّه لا يرث القاتل أو الكافر أو الرق يعم ما إذا كان الموروث مالاً أو حقاً.

وفي صحيحه هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله : لا ميراث للقاتل» (١)، وصحيحه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سمعتة يقول: لا يرث اليهودى والنصرانى المسلمين، ويرث المسلمون اليهود والنصارى» (٢)، وفي صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: «لا يتوارث الحر والمملوك» (٣) إلى

ص: ٢٢٣

- ١- (١) وسائل الشيعه ٢٦ : ٣٠ ، الباب ٧ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١ .
- ٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٦ : ١٣ ، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ٧ .
- ٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٦ : ٤٣ ، الباب ١٦ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١ .

ثالثها: التفصيل بين كون ما يحرم الوارث عنه منتقلاً إلى الميِّت [١] أو عنه، فيرث في الأول، صرَّح به فخر الدين في الإيضاح، وفسَّر به عبارته والده، كالسيِّد العميد وشيخنا الشهيد في الحواشي.

ورابعها: عدم الجواز في تلك الصورة والإشكال في غيرها، صرَّح به في جامع المقاصد.

الشَّرْح:

غير ذلك.

وأما إذا كان الوارث محروماً عن إرث بعض المال فالأظهر عدم حرمانه من إرث الخيار المتعلق بالعقد على ذلك المال.

والوجه في ذلك: أنَّ حرمان غير الولد الأكبر عن الحبوه أو حرمان الزوجه غير ذات الوالد أو مطلقاً من العقار تخصيص في أدلِّه الإرث، وقد تقدّم أنَّ التوارث في الحق المتعلق بالعقد على المال لا يتبع ذلك المال بل الحق بنفسه داخل في خطابات الإرث، بل لوقلنا بأنَّ الخيار حقّ متعلق بنفس المال لا بالعقد على ذلك المال يكون الأمر أيضاً كذلك، فإنَّ الحقّ المتعلِّق بالمال غير ذلك المال.

وما دل على اختصاص الولد الأكبر بالحبوه أو حرمان الزوجه عن العقار مقتضاه أنَّ نفس الحبوه لا يكون ميراثاً لغير الولد الأكبر وكذا الزوجه محرومة عن نفس العقار لا عن الحق المتعلق بها كما لا يخفى.

[١] ثم إنَّ المصنّف رحمه الله قد ذكر في المسألة أقوالاً أربعة:

الأول: الإرث مطلقاً، الثاني: عدم الإرث مطلقاً، وثالثها: التفصيل بأن يثبت الخيار للمحروم فيما إذا انتقل إلى الميِّت المال الذي يحرم الوارث عنه ولا يثبت ما إذا كان منتقلاً عنه، وبهذا صرَّح فخر الدين في الإيضاح (١) وفسَّر به عبارته والده، والرابع عكس

ص: ٢٢٤

ولم أجد من جزم بعدم الإرث مطلقاً، وإن أمكن توجيهه: بأن ما يحرم منه هذا الوارث إن كان قد انتقل عن الميت فالفسخ لا معنى له، لأنّه لا- ينتقل إليه بإزاء ما ينتقل عنه من الثمن شيء من المثلث. وبعبارة أخرى: الخيار علاقه لصاحبه فيما انتقل عنه توجب سلطنته عليه، ولا علاقه هنا ولا سلطنته. وإن كان قد انتقل إلى الميت فهو لباقي الورثة، ولا سلطنته لهذا المحروم، والخيار حق فيما انتقل عنه بعد إحراز تسلّطه على ما وصل بإزائه. ولكن يرد ذلك بما فى الإيضاح: من أنّ الخيار لا يقتضى الملك كخيار الأجنبي فعمومات الإرث بالنسبة إلى الخيار لم يخرج عنها الزوجه وإن خرجت عنها بالنسبة إلى المال.

الشرح:

ذلك: بأن يثبت الخيار للمحروم فيما إذا انتقل المال المزبور عن الميت والإشكال فيما إذا انتقل إليه.

وقال [أى المصنّف]: لم أجد من جزم بالقول بعدم الإرث مطلقاً، ولكن يمكن توجيهه بأن ما يحرم عنه الوارث لو كان منتقلاً عن الميت كالحبوه فلا- معنى لثبوت لخيار لسائر الورثة لعدم إمكان الفسخ منهم، فإنّ الفسخ عبارة عن إخراج ذى الخيار ما يملكه فعلاً إلى ملك الآخر بإرجاع ملك الآخر إلى نفسه.

ومن الظاهر أن ما يملكه سائر الورثة من ثمن بعض الحبوه لا- يمكن لهم إخراجهم عن ملكهم وإرجاع ما بازائه من المثلث أى بعض الحبوه إلى ملكهم.

وكذا لا يمكن أن يثبت الخيار لهم فيما إذا انتقل الحبوه إلى ملك الميت، فان سائر الورثة لا يملكون شيئاً من الحبوه ليخرجوها إلى ملك الآخر ويملكون ما بازائها من المثلث.

والحاصل: أنّ الخيار حق لاسترداد ما انتقل من ماله بعد تسلّطه على ما وصل إليه، والمفروض عدم تحقق ذلك بالإضافة إلى المحروم عن الحبوه.

ص: ٢٢٥

والحاصل: أنّ حقّ الخيار ليس تابعاً للملكية، ولذا قوّى بعض المعاصرين ثبوت الخيار في صورتين.

الشرح:

ولكن قد يورد على ذلك كما في الإيضاح(١) أنّ ثبوت الخيار لا يقتضى ما ذكر، ولذا يصحّ جعل الخيار للأجنبي مع أنّه لا يتمكن على إرجاع المال إلى نفسه، أو إخراجه عن ملكه.

وبتعبير آخر: حق الخيار ليس تابعا لملكه المال في الإرث، ومقتضى ما دل على اختصاص الجوه بالولد الأكبر أو حرمان الزوجه عن العقار تخصيص الإرث بالإضافه إلى نفس المال لا بالاضافه إلى الخيار.

وأجاب رحمه الله عن النقص باشتراط الخيار للأجنبي بأنّ الأجنبي منصوب من قبل أحد المتعاقدين ويكون فسخه كالفسخ من أحدهما، والخيار عبارته عن سلطنه ذى الخيار إلى إرجاع المال إلى نفسه أو إلى من نصبه بعد تسلّطه على إخراج ما هو ملكه أو ملك من نصبه فعلاً.

وهذا لا يجرى في حقّ المحروم عن بعض المال في الميراث، فلا ينتقل الخيار إلّا إلى وارث يكون له السلطنه على ما ذكر.

ودعوى: أنّه لو انتقل إلى الميت ما يحرم عنه كان الثمن المدفوع إلى الطرف الآخر متزلزلاً، فيكون في معرض العود إلى جميع الورثه ومنهم المحروم، فيكون لجميع الورثه حقاً في ذلك الثمن، فيثبت لهم الخيار في هذه الصورة يمكن دفعها بأنّ الخيار عبارته عن السلطنه على الثمن المزبور بعد السلطنه على ما وصل بازائه فعلاً إليه إلى من نصبه، والالتزام بثبوت الخيار للمحروم يستلزم سلطنه جميع الورثه على

ص: ٢٢٦

ويضعفه: أنّ حقّ الخيار علقه في الملك المنتقل إلى الغير من حيث التسلّط على استرداده إلى نفسه أو من هو منصوب من قبله، كما في الأجنبي. وبعبارة أخرى: ملكك لتملك المعوّض لنفسه أو لمن نصب عنه. وهذه العلاقة لا تنتقل من الميت إلا إلى وارث يكون كالميت في كونه مالكاً لأن يملك، فإذا فرض أنّ الميت باع أرضاً بثمن، فالعلاقة المذكوره إنّما هي لسائر الورثه دون الزوجه، لأنّها بالخيار لا تردّ شيئاً من الأرض إلى نفسها ولا إلى آخر هي من قبله لتكون كالأجنبي المجعول له الخيار. نعم، لو كان الميت قد انتقلت إليه الأرض كان الثمن المدفوع إلى البائع مترزلاً في ملكه، فيكون في معرض الانتقال إلى جميع الورثه ومنهم الزوجه، فهي أيضاً مالكة لتملك حصتها من الثمن. لكن فيه: ما ذكرنا سابقاً: من أنّ الخيار حقّ فيما انتقل عنه بعد إحراز التسلّط على ما وصل بإزائه، وعبر عنه في جامع المقاصد بلزوم تسلّط الزوجه على مال الغير.

وحاصله: أنّ الميت إنّما كان له الخيار [١] والعلقه فيما انتقل عنه من حيث

الشرح:

الحبوه، وهذا من تسلّط الشخص على مال الغير كما ذكر في جامع المقاصد (١).

[١] يعني حاصل ما ذكر في وجه عدم إرثها من الخيار هو أنّه يكون الخيار للميت حيث كان له علقه فيما انتقل عنه لتسلّطه على رد ما بيده من الأرض إلى صاحبه ليملكه بازاء تلك الأرض الثمن الذي بيد صاحبه، ولا ينتقل الخيار عن الميت إلا إلى ورثه تكون كالميت في هذا التسلّط.

ومن الظاهر أنّه لا تكون الزوجه كذلك لعدم تسلّطه على ردّ الأرض وأن يكون لها حصه من الثمن على تقدير فسخ سائر الورثه المعامله الجاريه على الأرض.

وقد تقدّم نظير ذلك في عكس هذه الصوره أي فيما انتقل الأرض عن الميت،

ص: ٢٢٧

تسلطه على ردّ ما في يده لتملك ما انتقل عنه بإزائه، فلا تنتقل هذه العلاقة إلا إلى من هو كذلك من ورثته كما مر نظيره في عكس هذه الصورة وليست الزوجه كذلك. وقد تقدّم في مسأله ثبوت خيار المجلس للوكيل: أنّ أدله الخيار مسوقه لبيان تسلط ذى الخيار على صاحبه، من جهه تسلطه على تملك ما في يده، فلا يثبت بها تسلط الوكيل على ما وصل إليه لموكله، وما نحن فيه كذلك. ويمكن دفعه: بأنّ ملك بائع الأرض للثمن لما كان متزلزلاً وفي معرض الانتقال إلى جميع الورثه، اقتضى بقاء هذا التزلزل بعد موت ذى الخيار ثبوت حقّ للزوجه وإن لم الشرح:

فإنّ الزوجه وإن تملك حصتها من الثمن إلا أنّه لا يمكن لها تملك ما بازائها من الأرض برد تلك الحصه.

وقد تقدّم في خيار المجلس عدم ثبوته للوكيل لأنّ الوكيل لا يكون مسلطاً على ردّ ما وصل إلى موكله ليتمكن له تملك ما بازائه مما انتقل عن موكله، وهذا الكلام يجرى في حقّ الزوجه أيضاً فيما انتقل الأرض إلى الميت.

اللهم إلا أن يقال بالفرق بين الوكيل في خيار المجلس وبين الزوجه فيما انتقلت الأرض إلى الميت.

ووجه الفرق أن تزلزل ملك صاحب الوكيل في المعامله كان متوقفاً على تسلط الوكيل على رد ما وصل إلى موكله وهذا السلطنه لم تكن ثابتة، بخلاف ما نحن فيه فإنّ ملك المشتري ثمن الأرض التي باعه من الميت متزلزل على كل تقدير سواء كان للزوجه خيار أم لا لثبوت الخيار لسائر الورثه، فيكون للزوجه علقه في ذلك الثمن بإرجاعه إلى ملك الميت لترث منه.

نعم فيما إذا انتقل الأرض إلى الميت فلا يكون لها علقه في الأرض المنتقله إلى الميت ولو لم تكن للزوجه خيار الفسخ فيما إذا انتقلت الأرض إلى الميت بدعوى أنّها لا تتمكن على رد الأرض إلى بائعها لتملك حصتها من الثمن لا يكون لسائر الورثه

يكن لها تسلط على نفس الأرض. والفرق بين ما نحن فيه وبين ما تقدم في الوكيل: أن الخيار هناك وتزلزل ملك الطرف الآخر وكونه في معرض الانتقال إلى موكل الوكيل كان متوقفاً 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 للزوجه، فإن باقي الورثة لو ردوا الأرض واستردوا الثمن شاركتهم الزوجه فيه، فحق الزوجه في الثمن المنتقل إلى البائع ثابت، فلها استيفاؤه بالفسخ. ثم إن ما ذكر وارد على فسخ باقي الورثة للأرض المبيعه بثمن معين تشترك فيه الزوجه، إلا أن يلتزم عدم تسلطهم على الفسخ إلا في مقدار حصتهم من الثمن، فيلزم تبعض الصفقه، فما اختاره في الإيضاح: من التفصيل مفسراً به عبارته والده في القواعد لا يخلو عن قوه. قال في القواعد: الخيار موروث بالحصص كالمال في أي أنواعه الشرح:

أيضاً خيار الفسخ، فإنهم لا يملكون تمام الثمن بازاء الأرض التي يردونها على بائع الأرض اللهم إلا أن يقال لهم خيار الفسخ بالاضافه إلى حصصهم من الثمن.

ولازم ذلك تبعض المعامله الجاربه على الأرض في الفسخ ولكن يأتي أن تبعض في الفسخ مشكل.

وعلى ذلك فيقوى ثبوت الخيار في شراء الميت الأرض للزوجه أيضاً على ما ذكر في الإيضاح (١) وفسر به عبارته والده.

قال في القواعد (٢): الخيار موروث بالحصص كالمال من أي أنواع الخيار إلا في الزوجه غير ذات الولد في الأرض على إشكال أقربه ذلك إن اشترى بخيار لترث من الثمن، يعنى الأقرب كون الخيار موروثاً للزوجه، ونتيجته هذا الخيار أن ترث من ثمنها.

ص: ٢٢٩

١- (١) إيضاح الفوائد ١ : ٤٨٧ .

٢- (٢) القواعد ٢ : ٦٨ .



كان، إلا الزوجه غير ذات الولد فى الأرض على إشكال، أقربه ذلك إن اشترى بخيار لترث من الثمن، انتهى. وقال فى الإيضاح: ينشأ الإشكال: من عدم إرثها منها فلا يتعلّق بها فلا ترث من خيارها، ومن أنّ الخيار لا يتوقّف على الملك كالأجنبيّ، ثمّ فرع المصنّف: أنّه لو اشترى المورث بخيار فالأقرب إرثها من الخيار، لأنّ لها حقّاً فى الثمن. ويحتمل عدمه، لأنّها لا ترث من الثمن إلاّ بعد الفسخ، فلو علل بإرثها دار. والأصحّ اختيار المصنّف، لأنّ الشراء يستلزم منعها من شيء نزله الشارع منزله جزء من التركة، وهو الثمن، فقد تعلّق الخيار بما ترث منه، انتهى. وقد حمل العبارة على هذا المعنى السيّد العميد الشارح للكتاب. واستظهر خلاف ذلك من العبارة جامع المقاصد، فإنّه بعد بيان منشأ الإشكال على ما يقرب من الإيضاح قال: والأقرب من هذا الإشكال عدم إرثها إن كان الميت قد اشترى أرضاً بخيار، فأرادت الفسخ لترث من الثمن. وأمّا إذا باع أرضاً بخيار فالإشكال حينئذٍ بحاله، لأنّها إذا فسخت فى هذه الصورة لم ترث شيئاً، وحمل الشارحان العبارة على أنّ الأقرب إرثها إذا اشترى بخيار، لأنّها حينئذٍ تفسخ فترث من الثمن، بخلاف

الشرح:

وقال فى الإيضاح (1) فى توضيح الاشكال: إنّ الزوجه لا ترث من الأرض فلا ترث من خيار المتعلّق بالأرض، ووجه ثبوته لها أنّ الخيار لا يتوقّف على ملك المال كثبوت الخيار للأجنبيّ. ولكن عن المصنّف الوالد أنّه لو كان المورث أى الميت قد اشترى حال حياته الأرض بخيار فالأقرب إرثها من الخيار لأنّ للزوجه حقّاً فى الثمن. ويحتمل أن لا يثبت لها الخيار لأنّها لا ترث من الثمن إلاّ بعد فسخ المعامله، فملكها للثمن يتوقّف على الفسخ ولو علل الفسخ بملكها للثمن لدار. ومع ذلك الأصحّ اختيار المصنّف لأنّ شراء الأرض يستلزم منعها عن جزء الثمن الذى انتقل إلى بائع الأرض،

ص: ٢٣٠

ما إذا باع بخيار. وهو خلاف الظاهر، فإنَّ المتبادر أنَّ المشار إليه بقوله: «ذلك» هو عدم الإرث الذي سيقى لأجله العبارة، مع أنَّه من حيث الحكم غير مستقيم أيضاً، فإنَّ الأرض حقَّ لباقي الوراث استحقَّوها بالموت، فكيف تملك الزوجه إبطال استحقاقهم لها وإخراجها عن ملكهم؟ نعم، لو قلنا: إنَّ ذلك يحصل بانتضاء مدته الخيار استقام ذلك. وأيضاً فإنَّها إذا ورثت في هذه الصورة وجب أن ترث فيما إذا باع الميِّت أرضاً بخيار بطريق أولى، لأنَّها ترث حينئذٍ من الثمن. وأقصى ما يلزم من إرثها من الخيار أن يبطل حقَّها من الثمن، وهو أولى من إرثها حقَّ غيرها من الأرض التي اختصَّوا بملكها. ثمَّ قال: والحقَّ أنَّ إرثها من الخيار في الأرض المشتراه مستبعد جدًّا، وإبطال حقَّ قد ثبت لغيرها يحتاج إلى دليل. نعم قوله:

الشرح:

والثمن المزبور منزل منزله تركه الميِّت باعتبار الخيار.

ولكن ذكر في جامع المقاصد (1) في قوله «الأقرب ذلك» أي الأقرب من ثبوت الإشكال عدم إرثها فيما إذا اشترى الميِّت الأرض وأراد الزوجه من خيارها أن ترث من الثمن، وأما إذا باع الميِّت الأرض فالاشكال في ثبوت الخيار لها بحاله، لأنها لو فسخت المعاملة لم ترث شيئاً من الأرض التي ترجع إلى ملك الميِّت.

أقول: قد تقدَّم أنَّ الخيار حقَّ يتعلَّق بالعقد لا بالعوض في المعاملة ولذا يجوز لمن انتقل إليه العوض في المعاملة التصرف فيه إلَّا مع اشتراط إبقائه في تلك المعاملة أو غيرها.

وعود المالين إلى ما كانا عليه من حين الفسخ لا يكون بالفسخ، فان شأن الفسخ انتفاء العقد الناقل لا العود، بل عودهما يكون بالسبب الذي كان قبل العقد الملغى، فلا يكون حرمان الورثة عن المال العائد إلى ملك الميِّت موجبا لعدم ثبوت الخيار لهم

ص: ٢٣١

## في كيفيته استحقاق الورثة للخيار

«لترث من الثمن» على هذا التقدير يحتاج إلى تكلف زياده تقدير[١] بخلاف ما حملا عليه، انتهى. وقد تقدّم ما يمكن أن يقال على هذا الكلام. ثم إنّ الكلام في ثبوت الخيار لغير مستحقّ الحيوه من الورثه إذا اشترى الميّت أو باع بعض أعيان الحيوه بخيار، هو الكلام في ثبوته للزوجه في الأرض المشتره أو المبيعه.

مسأله: في كيفيه استحقاق كلّ من الورثه للخيار مع أنّه شيء واحد غير قابل للتجزئه والتقسيم وجوه:

الأول: ما اختاره بعضهم: [٢] من استحقاق كلّ منهم خياراً مستقلاً كمورثه،

الشرح:

فضلاً عن حرمان بعضهم.

وتشريع الخيار في المعاملات للتروي في صلاح عود المال على تقديره حكمه لا عله لتدور مدار عود المال فلاحظ ثبوته مع تلف المال كما لا يخفى.

[١] يعني إذا كان ذلك في كلام العلامة «أقربه ذلك» إشاره إلى عدم الإرث يحتاج قوله لترث من الثمن إلى تقدير.

أقول: يمكن أن يكون لترث غايه للمنفى، فلا يحتاج إلى التقدير سواء كان ذلك إشاره إلى الإرث أو عدمه.

[٢] قيل في كيفيه إرث الورثه الخيار وجوه أربعة:

الأول: أن يثبت الخيار لكلّ من أفراد الورثه مستقلاً بالاضافه إلى العقد الجارى على تمام المال بحيث لو فسخ أحدهم ولو بعد إجازة الآخرين يفسخ العقد في تمام المال، نظير ما في حق القذف الثابت للمتعدد كالأخوين فيما إذا عفا أحدهما القاذف لأمها يثبت للآخر منهما حق القذف.

ومثل ذلك ما عليه المشهور في حق الشفعه من أنّه إذا كان للمورث حقّ الشفعه فلكلّ من ورثته الأخذ بذلك الحق في تمام الحصه المبيعه بدعوى أنّ مقتضى النبويّ

بحيث يكون له الفسخ في الكل وإن أجاز الباقون، نظير حدّ القذف الذي لا يسقط بعفو بعض المستحقين، وكذلك حقّ الشفّعه على المشهور. واستند في ذلك إلى أنّ ظاهر النبوّى المتقدّم وغيره ثبوت الحقّ لكلّ وارث، لتعقّل تعدّد من لهم الخيار، بخلاف المال الذي لا بدّ من تنزيل مثل ذلك على إرادته الاشتراك، لعدم تعدّد الملاك شرعاً لمال واحد، بخلاف محلّ البحث.

الثاني: استحقاق كلّ منهم خياراً مستقلاً في نصيبه، فله الفسخ فيه، دون باقى الحصص، غايه الأمر مع اختلاف الورثه في الفسخ والإمضاء تُبعض الصفقه على من عليه الخيار فيثبت له الخيار. ووجه ذلك: أنّ الخيار لمّا لم يكن قابلاً للتجزئه، وكان مقتضى أدلّه الإرث كما سيجىء اشتراك الورثه فيما ترك مورثهم، تعيّن تبعضه بحسب متعلقه، فيكون نظير المشتريين لصفقه واحده إذا قلنا بثبوت الخيار لكلّ منهما.

الشرح:

المتقدّم: «من أنّ ما ترك الميّت من حقّ فلوارثه»<sup>(١)</sup> ثبوت الخيار لكلّ من الورثه، فإنّ الخيار يقبل التعدّد بخلاف المال، فإنّ المال الواحد لا يعقل كونه مملوكاً لكل واحد واحد من الورثه مستقلاً فلا بدّ من الالتزام فيه بالاشاعه.

وأورد المصنّف على هذا الوجه بأنّه لا دلالة للنبوّى على إرث الخيار لكلّ واحد من الورثه استقلالاً، لأنّ المراد بالوارث الجنس الصادق على الواحد والكثير، وقيام الخيار بجنس الوارث يتصوّر بوجوه أربعة.

وما ورد فيه لفظ الورثه بصيغه الجمع فالأمر فيه أيضاً كذلك، فإنّ المراد إمّا جنس الجمع أو جنس الفرد المفرد أو الاستغراق الافرادى أو الاستغراق المجموعى.

ولكن الظاهر هو الثانى أى جنس الفرد، فيكون مساويا لما تقدم من صيغه

ص: ٢٣٣

١- (١) نقله صاحب المسالك ١٢ : ٣٤١ ، والرياض ٢ : ٢٠٢ .

الثالث: استحقاق مجموع الورثة لمجموع الخيار، فيشتركون فيه من دون ارتكاب تعدّده بالنسبة إلى جميع المال، ولا بالنسبة إلى حصه كلّ منهم، لأنّ مقتضى أدلّة الإرث في الحقوق الغير القابله للتجزئه والأموال القابله لها أمر واحد، وهو ثبوت مجموع ما ترك لمجموع الورثة، إلّا- أنّ التقسيم في الأموال لمّا كان أمراً ممكناً كان مرجع اشتراك المجموع في المجموع إلى اختصاص كلّ منهم بحصه مشاعه، بخلاف الحقوق فإنّها تبقى على حالها من اشتراك مجموع الورثة فيها، فلا يجوز لأحدهم الاستقلال بالفسخ لا- في الكل ولا- في حصته، فافهم. وهنا معنى آخر لقيام الخيار بالمجموع، وهو: أن يقوم بالمجموع من حيث تحقّق الطبعه في ضمنه، لا من حيث كونه مجموعاً، فيجوز لكلّ منهم الاستقلال بالفسخ ما لم يُجز الآخر، لتحقّق الطبعه في الواحد، وليس له الإجازة بعد ذلك. كما أنّه لو أجاز الشرح:

المفرد، مع أنّ الاستغراق الأفرادى لا يمكن في ارث الخيار للقرينه العقلية واللفظية، فالقرينه العقلية هو عدم امكان الخيار الواحد الذى كان للميت لكل من الورثة على سبيل الاستغراق.

مع أنّ المراد من العموم بالاضافه إلى المال المجموعى، ولو كان بالاضافه إلى الحق الافرادى لزم الاستعمال فى المعنيين، وهذه هى القرينه اللفظية.

ولو ثبت الخيار فى المقام لكل من الورثة فتكون الورثة كالكلاء المتعدّدين فى أنّ أيّهم سبق إلى إجازة العقد أو فسخه نفذ تصرف السابق، ولا يتقدّم الفسخ ولو مع تأخّره عن إجازة الآخرين كما ذكر القائل المزبور.

أقول: اراده الاستغراق المجموعى أو الافرادى من كيفية تعلق الحكم أو الحق، فان كان الحق المتعلق للمتعدّد انحلالياً يكون الاستغراق أفرادياً، وان كان غير انحلالى بل واحداً يكون بنحو الاستغراق المجموعى.

الآخر لم يجز الفسخ بعده، لأنّ الخيار الواحد إذا قام بماهية الوارث، واحداً كان أو متعدداً، كان إمضاء الواحد كفسخه ماضياً، فلا عبره بما يقع متأخراً عن الآخر، لأنّ الأوّل قد استوفاه. ولو اتّحدا زماناً كان ذلك كالإمضاء والفسخ من ذى الخيار بتصريف واحد، لا- أنّ الفاسخ متقدّم، كما سيجيء فى أحكام التصرف. ثمّ إنّه لا ريب فى فساد مستند الوجه الأوّل المذكور له، لمنع ظهور النبوى وغيره فى ثبوت ما ترك لكلّ واحد من الورثه، لأنّ المراد بالوارث فى النبوى وغيره ممّا أفرد فيه لفظ «الوارث» جنس الوارث المتحقّق فى ضمن الواحد والكثير، وقيام الخيار بالجنس يتأتّى على الوجوه الأربعة المتقدّمه، كما لا يخفى على المتأمل. وأمّا ما ورد فيه لفظ «الورثه» بصيغته الجمع، فلا يخفى أنّ المراد به أيضاً إمّا جنس الجمع، أو جنس الفرد، أو الاستغراق القابل للحمل على المجموعى والأفرادى. والأظهر هو الثانى، كما فى نظائره. هذا كلّه، مع قيام القرينه العقليّه واللفظيّه على عدم إرادته ثبوته لكلّ واحد مستقلاً فى الكلّ.

الشرح:

وإذا كان الحق الذى تركه الميّت واحداً فتعلّقه بالمتعدّد يكون بنحو العام المجموعى لا محاله.

وعلى ذلك فلا بد من الالتزام فى المقام بثبوت خيار واحد لمجموع الورثه، فلا ينفذ الفسخ من بعضهم بدون اتّفاق الآخرين ورضاهم والأمر فى إرث حقّ الشفعه أيضاً ذلك.

وأمّا حقّ القذف فليس لدليل الإرث، بل ثبوت حقّ القذف لمثل أحد الأخوين مع عفو الآخر، أو عدم مطالبته مورد النصّ، كثبوت حقّ القصاص لكلّ من أولياء المقتول.

ويظهر ممّا ذكرنا أنّه لا وجه لثبوت الخيار لكلّ واحد من الورثه بالاضافه إلى

ص: ٢٣٥

أما الأولى: فلأن المفروض أن ما كان للميت وتركه للوارث حق واحد شخصي، وقيامه بالأشخاص المتعددين أوضح استحاله وأظهر بطلاناً من تجزيه وانقسامه على الورثه، فكيف يدعى ظهور أدله الإرث فيه؟

وأما الثانيه: فلأن مفاد تلك الأدله بالنسبه إلى المال المتروك والحق المتروك شيء واحد، ولا يستفاد منها بالنسبه إلى المال الاشتراك وبالنسبه إلى الحق التعدد، إلا مع استعمال الكلام في معنيين. هذا، مع أن مقتضى ثبوت ما كان للميت لكل من الورثه أن يكونوا كالوكلاء المستقلين، فيمضى 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 منافياً لظاهر أدله الإرث: من ثبوت مجموع المتروك لمجموع الوارث، إلا أن تجزئه الخيار بحسب متعلقه كما تقدم مما لم تدل عليه أدله الإرث. أما ما كان منها كالنبوي غير متعرض للقسمه فواضح، وأما ما تعرض فيه للقسمه كآيات قسمه الإرث بين الورثه فغايه ما يستفاد منها في المقام بعد ملاحظه عدم انقسام نفس المتروك هنا ثبوت القسمه فيما يحصل بإعمال هذا الحق أو إسقاطه، فيقسم بينهم العين المسترده بالفسخ، الشرح:

حصه من المال.

ووجه الظهور أن الخيار حق متعلق بالعقد على المال لا بنفس المال، وأن الخيار المنتقل إلى الورثه ميراث من ميتهم.

ومن الظاهر أن الخيار الثابت للميت لم يكن انحلالياً بالاضافه إلى الأجزاء المشاعه للمال، وهذا بخلاف إرث المال كما لا يخفى.

كما ظهر أنه لا وجه لثبوت الخيار لطبيعي الوارث بمعنى أن أيهم سبق إلى إجازة العقد أو فسخه نفذ التصرف من السابق.

ص: ٢٣٦

أو ثمنها الباقي في ملكهم بعد الإجازة على طريق الإرث. وأما ثبوت الخيار لكلّ منهم مستقلاً في حصته، فلا يستفاد من تلك الأدلة، فالمتيقن من مفادها هو ثبوت الخيار الواحد الشخصي للمجموع، فإن اتفق المجموع على الفسخ انفسخ في المجموع، وإلا فلا دليل على الانفساخ في شيء منه.

ومن ذلك يظهر: أنّ المعنى الثانى للوجه الثالث وهو قيام الخيار بالطبيعه المتحققه في ضمن المجموع أيضاً لا دليل عليه، فلا يؤثر فسخ أحدهم وإن لم يجز الآخر، مع أنّ هذا المعنى أيضاً مخالف لأدلة الإرث، لما عرفت من أنّ مفادها بالنسبه إلى المال والحق واحد، ومن المعلوم: أنّ المالك للمال ليس هو الجنس المتحقق في ضمن المجموع. ثم إنّ ما ذكرنا جارٍ في كلّ حقّ ثبت لمتعدّد لم يُعلم من الخارج كونه على خصوص واحد من الوجوه المذكوره. نعم، لو علم ذلك من دليل خارج اتّبع، كما في حدّ القذف، فإنّ النصّ قد دلّ على أنّه لا يسقط بعفو أحد الشريكين، وكحقّ القصاص، فإنّه لا يسقط بعفو أحد الشريكين، لكن مع دفع الآخر مقدار حصه الباقي من الديه إلى أولياء المقتص منه جمعاً بين الحقين. لكن يبقى الإشكال في حكم المشهور من غير خلاف يعرف بينهم وإن احتمله في

الشرح:

ووجه الظهور أنّه مع تعدّد الوارث كما هو الفرض لا- يفترق إرث المال عن إرث الحق، وكما أنّ المال يكون ملكاً لمجموعهم كذلك الحق.

فانصراف الحق إلى كونه ملكاً لطبيعي الوارث لا لأفراده تفكيك مخالف ظاهر طبقات الإرث، فإنّ ظاهر ما دلّ على الطبقات أنّ كل أفراد طبقه يشترك في الميراث مالاً- كان أو حقاً، لا أنّ الحق يكون ملكاً لطبيعي الوارث نظير ملكيه الزكاه ونحوها لعنوان الفقراء أو عنوان الحكومه، فيصير كلّ من الأفراد المنطبق عليهم عنوان الحكومه ولياً في التصرف من ذلك المال.

ص: ٢٣٧



الدروس : من أنّ أحد الورثة إذا عفا عن الشفعه كان للآخر الأخذ بكل المبيع، فإنّ الظاهر أنّ قولهم بذلك ليس لأجل دليل خارجي، والفرق بينه وبين ما نحن فيه مشكل [١] ويمكن أن يفرّق بالضرر، فإنّه لو سقطت الشفعه بعفو أحد الشريكين تضرّر الآخر بالشركه. بل لعل هذا هو السر في عدم سقوط حدّي القذف والقصاص بعفو البعض، لأنّ الحكمه فيهما التشفّي، فإبطالهما بعفو أحد الشركاء إضرار على غير العافى، وهذا غير موجود فيما نحن فيه، فتأمّل.

ثم إنّ ما اخترناه من الوجه الأول هو مختار العلّامه في القواعد بعد أن احتمل الوجه الثاني وولده في الإيضاح والشهيد في الدروس والشهيد الثاني في المسالك، وحكى عن غيرهم.

الشرح:

[١] قد تقدّم عدم الفرق بين إرث الخيار وإرث حقّ الشفعه، وكما أنّه لا ينفذ الفسخ من أحد الورثة من غير اتّفاق الآخرين كذلك الأمر في الأخذ بالشفعه.

وأما ما ذكر المصنف رحمه الله من أنّ ثبوت حقّ الشفعه للوارث الواحد مع عدم أخذ باقي الورثة بها لكون الشركه الحاصله بين مشتري الحصه المبيعه والورثه ضرريه لكل واحد من الورثه ففيه ما لا يخفى، فإنّ الضرر قد حصلت ببيع الحصه ولو جرت قاعده «نفي الضرر» (١) كان مقتضاها بطلان ذلك البيع، مع أنّ بطلانه أيضا ضرريّ على شريك الميّت البائع.

والحاصل: أنّ ثبوت حقّ الشفعه لكلّ من الورثه مع امتناع الآخرين عن الأخذ بالشفعه الموروثة حق آخر غير موروث وهي حقّ بالسيره العقلانيه ويتدارك به الضرر، وقد ذكرنا مرارا «أنّ قاعده نفي الضرر» لا يثبت حكما أو حقا يتدارك به الضرر والله سبحانه هو العالم.

ص: ٢٣٨

---

١- (١) وسائل الشيعه ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠.

قال في القواعد: وهل للورثة التفريق؟ فيه نظر، أقربه المنع، وإن جَوَّزناه مع تعدّد المشتري. وزاد في الإيضاح بعد توجيه المنع بأنّه لم يكن لمورّثهم إلا خيار واحد: أنّه لا وجه لاحتمال التفريق. وقال في الدروس في باب خيار العيب: لو جَوَّزنا لأحد المشتريين الرّدّ لم نجوّزه لأحد الوارثين عن واحد، لأنّ التعدّد طار على العقد سواء كان الموروث خيار العيب أو غيره، انتهى. وقال في المسالك بعد المنع عن تفرّق المشتريين في الخيار: هذا كلّه فيما لو تعدّد المشتري، أمّا لو تعدّد مستحقو المبيع مع اتّحاد المشتري ابتداءً كما لو تعدّد وارث المشتري الواحد فإنّه ليس لهم التفرّق لاتّحاد الصفقة، والتعدّد طار، مع احتمالها، انتهى. وظاهر التذكرة في خيار المجلس الوجه الأول من الوجوه المتقدّمة، قال: لو فسخ بعضهم وأجاز الآخر فالأقوى أنّه يفسخ في الكل، كالمورث لو فسخ في حياته في البعض وأجاز في البعض، انتهى. ويحتمل أن لا يريد بذلك أنّ لكلّ منهما ملك الفسخ في الكل، كما هو مقتضى الوجه الأوّل، بل يملك الفسخ في البعض ويسرى في الكل، نظير فسخ المورث في البعض.

وكيف كان، فقد ذكر في خيار العيب: أنّه لو اشترى عبداً فمات وخلف وارثين فوجداه عيباً لم يكن لأحدهما ردّ حصّته خاصّه للتشقيص، انتهى. وقال في التحرير: لو ورث اثنان عن أبيهما خيار عيب، فرضى أحدهما، سقط حقّ الآخر من الردّ دون الأرش. والظاهر أنّ خيار العيب وخيار المجلس واحد، كما تقدم عن الدروس. فلعلّه رجوع عما ذكره في خيار المجلس.

ثم إنّه ربما يحمل ما في القواعد [١] وغيرها: من عدم جواز التفريق، على أنّه الشرح:

[١] ظاهر القواعد (١): عدم نفوذ فسخ بعض الورثة مع عدم اتّفاق الآخرين،

ص: ٢٣٩

لا يصح تبعض المبيع من حيث الفسخ والإجازة، بل لا بد من الفسخ في الكل أو الإجازة، فلا دلالة فيها على عدم استقلال كلّ منهم على الفسخ في الكل، وحينئذ فإن فسخ أحدهم وأجاز الآخر قدّم الفسخ على الإجازة.

ويُنسب تقديم الفسخ إلى كلّ من منع من التفريق، بل في الحدائق تصريح الأصحاب بتقديم الفاسخ من الورثة على المجيز. ولازم ذلك الاتفاق على أنّه متى فسخ أحدهم انفسخ في الكل. وما أبعد بين هذه الدعوى وبين ما في الرياض، من قوله: ولو اختلفوا يعنى الورثة قيل: قدّم الفسخ، وفيه نظر. لكن الأظهر في معنى عبارته القواعد ما ذكرنا، وأنّ المراد بعدم جواز التفريق: أنّ فسخ أحدهم ليس ماضياً مع عدم موافقه الباقين، كما يدلّ عليه قوله فيما بعد ذلك في باب خيار العيب:

الشرح:

ولكن قد يقال: إنّ المراد عدم نفوذ فسخ الورثة في سهمه من المال لا عدم نفوذ فسخه في الجميع.

وعلى ذلك فلو فسخ بعضهم العقد في جميع المال وأجاز الآخرون قدم الفسخ. وينسب ذلك إلى كلّ من منع عن تفريق الورثة، وفي الحدائق (١): أنّ تصريح الأصحاب بتقديم الفسخ في الكل على إجازة المجيز، ولكن نسب في الرياض (٢) هذا التقديم إلى قيل، وناقش فيه بقوله: «وفي تقديم الفسخ على الإجازة إشكال».

ثم إنّ ظاهر المصنف وغيره أنّ إجازة بعض الورثة يوجب عدم نفوذ الفسخ من الآخرين حتّى فيما توافق الكل على ذلك الفسخ فيما بعد بمعنى أنّ إجازة أحدهم يوجب سقوط الخيار وانتفائه، حيث ذكر في ذيل حكاية كلام القواعد في خيار العيب «من أنه فلا إشكال في وجوب توافقهما» والمراد بوجوب التوافق الوجوب الشرطي

ص: ٢٤٠

١- (١) الحدائق ١٩ : ٧١ .

٢- (٢) الرياض ٨ : ٢٠٣ .

## اجتماع الورثة على الفسخ على العين المنتقلة عن ملك الميت

إنه «إذا ورثا خيار عيب، فلا إشكال 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، وهو المطلوب. وأصرح منه ما تقدّم من عبارته التحرير ثم التذكرة. نعم، ما تقدّم من قوله في الزوجه غير ذات الولد: «أقربه ذلك إن اشترى بخيار لثرت من الثمن» قد يدلّ على أن فسخ الزوجه فقط كاف في استرجاع تمام الثمن لثرت منه، إذ استرداد مقدار حصّتها موجب للتفريق الممنوع عنده وعند غيره.

وكيف كان، فمقتضى أدله الإرث ثبوت الخيار للورثة على الوجه الثالث الذى اخترناه. وحاصله: أنه متى فسخ أحدهم وأجاز الآخر لغى الفسخ.

وقد يتوهم استلزام ذلك بطلان حقّ شخص، لعدم أعمال الآخر حقّه.

ويندفع: بأنّ الحقّ إذا كان مشتركاً لم يجز أعماله إلا برضا الكلّ، كما لو جعل الخيار لأجنبيّين على سبيل التوافق.

فرع: إذا اجتمع الورثة كلّهم [١] على الفسخ فيما باعه مورّثهم، فإن كان عين

الشرح:

ومعناه عدم نفوذ التخالف، ولا ريب أن عدم نفوذ التخالف ليس معناه عدم نفوذ إجازة أحدهما مع فسخ الآخر، بل المراد عدم نفوذ فسخ صاحبه من دون إجازته الفسخ المزبور.

ولكن يمكن أن يقال: مقتضى كون الخيار حقاً للجميع أن يكون سقوطه أيضاً بإسقاط الجميع، لا بإسقاط واحد منهم ولو مع عدم رضا الآخرين كما هو الفرض.

[١] ذكر قدس سره في هذا الفرع أموراً:

الأول: أنه إذا اجتمع الورثة كلّهم على فسخ العقد الجارى على العين المنتقلة عن

## فسخ العقد إذا كان على الميت دين مستغرق لتركته

الثلث موجوداً في ملك الميت دفعوه إلى المشتري، وإن لم يكن موجوداً أُخرج من مال الميت ولا يمنعون من ذلك وإن كان على الميت دين مستغرق للتركة، لأنَّ المحجور له الفسخ بخياره. وفي اشتراط ذلك بمصلحه الديان وعدمه وجهان. ولو كان مصلحتهم في الفسخ لم يجبروا الورثة عليه لأنه حقّ لهم، فلا يجبرون على إعماله. ولو لم يكن للميت مال ففي وجوب دفع الثمن من مالهم بقدر الحصص وجهان: من أنه ليس لهم كالأجنبي المجعول له الخيار، أو الوكيل المستتاب في الفسخ والإمضاء إلا حقّ الفسخ وانحلال العقد المستلزم لدخول المبيع في ملك

الشرح:

ملك الميت فان كان الثمن بعينه باقياً فللمشتري استرداده، وان لم يكن باقياً يصير ذلك الثمن التالف ديناً من ديون الميت فيخرج من تركته.

الثاني: أنه لا يمنع عن فسخ العقد ولو كان على الميت دين مستغرق لتركته، لأنَّ الورثة وإن يكونوا محجورين بالاضافه إلى إرث المال إلا أنّ لهم حقّ الخيار الذي تركه ميتهم.

وعلى ذلك فيجوز في الفرض للورثة فسخ العقد الجارى على العين المنتقلة عن ميتهم أو إلى ميتهم.

وهل يجوز لهم الفسخ وإن لم يكن صلاحاً للديان كما إذا كان الثمن بعينه باقياً على ملك الميت، وكان قسمته للغرماء أصلح من قسمه العين المفروضة مثمناً لذلك الثمن.

وعلى تقدير جواز الفسخ مطلقاً أو فيما كان صلاحاً للغرماء فلا يجبر الورثة على الفسخ، لأنَّ الفسخ حق لهم لا عليهم، ولا يجبر ذوالحق على الانتفاع بحقه.

الثالث: لو لم يكن للميت تركه وفرض تلف الثمن الذى أخذ مورثهم من مشتري العين فقد تقدّم أنّ للورثة فسخ العقد، فهل مع فسحه يكون الثمن على الورثة

## إذا كان لكل من الورثة خيار الفسخ بالإضافة إلى تمام العقد

الميت يوفى عنه ديونه وخروج الثمن عن ملكه في المعين واشتغال ذمته ببده في الثمن الكلى، فلا يكون مال الورثة عوضاً عن المبيع إلا- على وجه كونه وفاءً لدين الميت، وحينئذٍ فلا- اختصاص له بالورثة على حسب سهامهم، بل يجوز للغير أداء ذلك الدين، بل لو كان للميت غرماء ضرب المشتري مع الغرماء. وهذا غير اشتغال ذمم الورثة بالثمن على حسب سهامهم من المبيع. ومن أنهم قائمون مقام الميت

الشرح:

على حسب سهامهم من العين، أو يصير الثمن دينا على الميت، فيلزم وفاءه من العين المرجوعه إلى ملك الميت.

فان كان فسخ الورثة من قبيل فسخ الوكيل أو الأجنبي المشروط له الخيار فيرجع العين إلى ملك الميت، فيوفى بها دينه بل لو كان للميت غرماء ضرب المشتري مع الغرماء في الثمن المزبور.

والحاصل: أن مقتضى خروج الثمن المعين عن ملك المورث وثبوت الثمن أى كليه بذمته أن لا يكون ما يدفعه الوارث عوضاً عن المبيع بل يكون وفاءً لدين الميت لتلف عين الثمن.

نعم إذا كان الفسخ تملكاً جديداً من الورثة بالإضافة إلى العين وبازاء ما يدفعون، نظير أخذهم بحق الشفعة الموروثة حيث يتملكون الحصه فى الأخذ بالشفعه بازاء الثمن الذى يدفعون من مالهم يلزم عليهم فى الفسخ أيضا الثمن على حسب سهامهم.

الرابع: أنه لو قيل بأن لكل واحد من أفراد الورثة خيار الفسخ بالإضافة إلى تمام العقد ففى فرض فسخ بعضهم وامتناع الآخرين يرجع العين إلى ملك جميعهم، أو إلى ملك الفاسخ فقط فيكون الثمن عليه، فهذا أيضا مبنى على أن فسخه من قبيل فسخ الوكيل، أو الأجنبي المشروط له الخيار، أو أنه كالميت يتملك العين بازاء ما يدفعه إلى المشتري.

ص: ٢٤٣

فى الفسخ بردّ الثمن أو بدله وتملك المبيع، فإذا كان المبيع مردوداً على الورثة من حيث إنهم قائمون مقام الميت، اشتغلت ذممهم بثمانه من حيث إنهم كنفس الميت، كما أنّ معنى إرثهم لحقّ الشفعة استحقاقهم لتملك الحصة بثمان من مالهم لا من مال الميت. ثم لو قلنا بجواز الفسخ لبعض الورثة وإن لم يوافقه الباقي وفسخ، ففي انتقال المبيع إلى الكل أو إلى الفاسخ، وجهان: ممّا ذكرنا من مقتضى الفسخ،

الشرح:

ثم قال رحمه الله: إنّ الفسخ فى الفرضين يعنى المفروض فى الأمر الثالث والمفروض فى الأمر الرابع كوقوع الفسخ من المورث فى كونه تملكاً للعين بازاء ما يدفعه الفاسخ من مال نفسه على الأظهر.

واستشهد لذلك بالخيار الثابت للورثة فيما إذا باع مورّثهم العين ببيع الخيار، فإنّه لا ينبغى التأمل فى جريان السير على دفع الورثة مثل الثمن من مالهم، ويستردون العين لأنفسهم من غير أن يلزموا بإداء دين الميت من تلك العين فيما إذا أخرجوا ديون الغرماء بحسب تركه الميت قبل الفسخ.

أقول: يرد عليه قدس سره أنّ ما اختاره فى الفرضين ينافى ما ذكره فى الأمر الأوّل من أنّه على تقدير عدم التركة للميت ووقوع الفسخ بعد تلف عين الثمن يكون دينا على الميت فيخرج من تركته، فإنّ مع كون الفسخ من الورثة تملكاً لأنفسهم لا وجه لكون الثمن دينا على الميت هذا أولاً.

وثانياً: قد تقدّم أنّ الفسخ يتعلّق بالعقد، ومعنى فسخ العقد إغائه، وأما عود ملكيته المبيع والتمن فيكون بالسبب الذى كان قبل العقد، ولا يكون الفسخ إنشاء تملك جديد أصلاً.

وعليه فلا بد من عود المبيع إلى ملك المورث على جميع التقادير، وعود الثمن الذى أخذه مورّثهم إلى ملك المشتري ثانياً سواء كان ذلك الثمن باقياً أو تالفاً، غايه

وما ذكرنا أخيراً من مقتضى النيايه والقيام مقام الميِّت. والأظهر فى الفرعين هو كون ولايه الوارث لا كولايه الولي والوكيل فى كونها لاستيفاء حقّ للغير، بل هى ولايه استيفاء حقّ متعلّق بنفسه، فهو كنفس الميِّت لا- نائب عنه فى الفسخ، ومن هنا جرت السيره: بأنّ ورثه البائع ببيع خيار ردّ الثمن يردّون مثل الثمن من أموالهم، ويسترّدون المبيع لأنفسهم من دون أن يُلزموا بأداء الديون منه بعد الإخراج. والمسأله تحتاج إلى تنقيح زائد.

الشرح:

الأمر لازم ملكيه التالف المضمون رد المثل أو قيمه.

والحاصل: أنّه يكون الثمن التالف ديناً على الميِّت، فيوفى من العين المرجوعه إلى ملك الميِّت، ويجوز للورثه ادائه من مال أنفسهم، فتدخل العين فى موضوع الإرث، كما هو الحال فيما إذا كان للميِّت تركه بمقدار ديونه، فان مع اداء الوارث الدين من مالهم تدخل التركه فى موضوع الإرث.

وأما قياس الخيار بأخذ الوارث بحقّ الشفعه فى دفع الورثه الثمن من أموالهم فى الأخذ بحقّ الشفعه غير صحيح، فإنّ الأخذ بحقّ الشفعه لا- يوجب انحلال العقد الجارى على الحصّه كى تعود الحصه إلى ملك الميِّت، بل الأخذ بحقّ الشفعه تملك للحصه بازاء دفع مثل الثمن إلى مشتريها كما لا يخفى.

وممّا ذكرنا يظهر الحال فى الفسخ ببيع الخيار، فإنّ دفع الوارث مثل الثمن إلى المشتري العين فسخ للبيع، ومبادلّه أخرى بين المدفوع وبين الثمن التالف، أو الباقي على ما ذكر فى محله.

والحاصل: أنّه يلزم على ما ذكره قدس سره أن لا- يكون تملك الوارث للعين المنتقله عن الميِّت من قبيل الميراث، فلا- وجه لتقسيم تلك العين بالحصص ولو مع اتّفاقهم على الفسخ فتدبر جيداً.

ص: ٢٤٥



## إذا كان الخيار للأجنبي فلا ينتقل للوارث

مسأله: لو كان الخيار لأجنبي فمات [١] ففي انتقاله إلى وارثه كما في التحرير، أو إلى المتعاقدين، أو سقوطه كما اختاره غير واحد من المعاصرين وربما يظهر من القواعد، وجوه: من أنه حقّ تركه الميّت فلوارثه. ومن أنه حقّ لمن اشترط له من المتعاقدين، لأنه بمنزلة الوكيل الذى حكم فى التذكرة بانتقال خياره إلى موكله دون وارثه. ومن أنّ ظاهر الجعل أو محتمله مدخله نفس الأجنبي، فلا يدخل فيما تركه. وهذا لا يخلو عن قوّه لأجل الشكّ فى مدخله نفس الأجنبي.

وفى القواعد: لو جعل الخيار لعبد أحدهما، فالخيار لمولاه، ولعلّه لعدم نفوذ فسخه ولا إجازته بدون رضا مولاه، وإذا أمره بأحدهما أجبر شرعاً عليه، فلو امتنع فللمولى فعله عنه، فيرجع الخيار بالأخره له. لكن هذا يقتضى أن يكون عبد

الشرح:

[١] ذكر قدس سره أنه لو شرط الخيار لأجنبي فمات الأجنبي، ففي انتقال الخيار لوارثه فانه مقتضى ما دل على أن ما ترك الميت من حقّ الورثه، أو أنه ينتقل للمشروط له فان ثبوت الخيار للأجنبي حقّ له، أو أنه ينتهى بموت الأجنبي فلا- يثبت للمشروط له ولا لورثته وجوه، أقواها انتهاءه بموته لأنّ الظاهر من جعل الخيار للأجنبي كون حياته مقوّما لحق الخيار.

أقول: كون حياه الأجنبي مقوّما لحق الخيار باشتراط المتعاقدين ولو ارتكازا مقتضاه انتهاء الخيار عند موته.

وهذا الشرط الارتكازى لا يكون مخالفاً للكتاب والسنة الداليتين على الإرث، وذلك فان الموضوع للإرث ما ترك الميت، ومع شرط سقوط الخيار ونحوه لا يكون حق الخيار المزبور ممّا ترك لينتقل إلى ورثه، بل يمكن دعوى أن خيار المجلس ونحوه إذا ثبت للوكيل كما إذا لم يكن وكيلاً فى مجرّد إجراء العقد لا ينتقل إلى ورثته، لأنّ الخيار كان من أثر الوكاله المنتهيه بموته.

ص: ٢٤٦

الأجنبى كذلك، مع أنّه قال: لو كان العبد لأجنبى لم يملك مولاه ولا يتوقّف على رضاه إذا لم يمنع حقاً للمولى، فيظهر من ذلك فساد الوجه المذكور نقضاً وحلاً، فافهم.

مسأله: ومن أحكام الخيار سقوطه بالتصرّف [١] بعد العلم بالخيار. وقد مرّ

الشرح:

[١] ذكر قدس سره حصول الفسخ بالفعل كحصوله بالقول، ولعل هذا متسالم عليه بينهم فى بابى الإجازة والفسخ.

وحيث ذكروا فى وجه حصول الإجازة بالفعل ظهوره فيها، فيكون الأمر فى الفسخ بالفعل كذلك.

وقد استظهر اعتبار الدلالة على الرضا والإغماض عن الخيار من صحيحه على بن رثاب عن أبى عبد الله عليه السلام «قال: الشرط فى الحيوان ثلاثة أيّام للمشتري اشترط أم لم يشترط، فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل ثلاثة أيّام فذلك رضا منه فلا شرط، قيل له: ما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبّل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء» (١).

فان ظاهر تعليقه عليه السلام سقوط الخيار بالحدث دلالة على الرضا.

وكذلك النبوىّ الوارد فى خيار الحيوان أيضاً، وفيه: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله فى رجل اشترى عبداً بشرط ثلاثة أيّام فمات العبد فى الشرط، قال: يستحلف بالله ما رضيه ثم هو برىء من الضمان» (٢).

فان ظاهره أيضاً اعتبار الرضا فى سقوط الخيار، واستحلاف المشتري يحمل على سماع دعوى البائع عليه بأنه لعله اغمض عن خياره، فيكون الدعوى بنحو التهمة،

ص: ٢٤٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٣ ، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ١٥ ، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٤ .

بيان ذلك في مسقطات الخيار. والمقصود هنا بيان أنه كما يحصل إسقاط 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 جماعه كالشيخ وابن زهره وابن إدريس وجماعه من المتأخرين عنهم كالعلامة وغيره قدس الله أسرارهم: أن التصرف إن وقع فيما انتقل عنه كان فسخاً، وإن وقع فيما انتقل إليه كان إجازة. وقد عرفت في مسأله الإسقاط: أن ظاهر الأكثر أن المسقط هو التصرف المؤذن بالرضا، وقد دل عليه الصحيحه المتقدمه في خيار الحيوان المعلله للسقوط: بأن التصرف رضاً بالعقد فلا خيار، وكذا النبوي المتقدم. ومقتضى ذلك منهم: أن التصرف فيما انتقل

الشرح:

أو يحمل على دعوى أن المشتري كان قد اغمض عن خياره قبل التلف.

ولو فرض من ظهور صحيحه على بن رثاب في سقوط الخيار بكل فعل لا يجوز ذلك الفعل لغير المالك وان لم يكن له ظهور في إغماض الفاعل عن حق خياره، وأن هذا السقوط تعييد يبقى اعتبار الظهور في ناحيه كون الفعل فسخا بحاله، إلا أن يدعى الإجماع على عدم الفصل بين الإجازة والفسخ.

وهذا الإجماع أى عدم الفصل وإن لم يكن بعيداً إلا أنه يستفاد من أكثرهم اعتبار الدلاله على الرضا في سقوط الخيار بالفعل، بل كلماتهم في المقام يعنى حصول الفسخ بالفعل أيضا كذلك.

قال العلامة في التذكرة (١) إن عرض ذى الخيار ما باعه للبيع ثانياً أو اذنه أو توكيله الآخر في بيعه أو جعل المبيع المزبور رهنا لم يتم لعدم القبض، وكذلك هبته مع عدم القبض، فسخ كما أنها من المشتري الذى له الخيار إجازة لدلالاتها فيما إذا صدرت عن

ص: ٢٤٨

عنه إنّما يكون فسخاً إذا كان مؤذناً بالفسخ ليكون فسخاً فعلياً، وأمّا ما لا يدلّ على إرادته الفسخ، فلا وجه لانفساخ العقد به وإن قلنا بحصول الإجازة به، بناءً على حمل الصحيحه المتقدّمه على سقوط الخيار بالتصرّف تعبداً شرعياً، من غير أن يكون فيه دلالة عرفيّة نوعيّة على الرضا بلزوم العقد، كما تقدّم نقله عن بعض. إلّا أن يدعى الإجماع على اتّحاد ما يحصل به الإجازة والفسخ، فكلّ ما يكون إجازة لو ورد على ما في يده يكون فسخاً إذا ورد منه على ما في يد صاحبه. وهذا الاتّفاق وإن كان الظاهر تحقّقه، إلّا أنّ أكثر هؤلاء كما عرفت كلماتهم في سقوط خيار الشرط بالتصرّف تدلّ على اعتبار الدلالة على الرضا في التصرّف المسقط، فيلزمهم بالمقابلة اعتبار الدلالة على الفسخ في التصرّف الفاسخ، ويدل عليه كثير من كلماتهم في هذا المقام أيضاً. قال في التذكرة: أمّا العرض على البيع والإذن فيه والتوكيل والرهن غير المقبوض بناءً على اشتراطه فيه والهبة غير المقبوضه،

الشرح:

البائع الذي له الخيار على طلب المبيع والإغماض عن الثمن وفيما إذا صدرت عن المشتري الذي له الخيار على استيفاء المبيع والإغماض عن خياره.

أقول: قد تقدّم حصول الانشاء بالفعل كحصوله بالقول، ويعتبر في الإنشاء الدلالة سواء كان بالقول أو بالفعل.

وظاهر صحيحه على بن رثاب بل وغيرها اعتبار إسقاط الخيار في سقوطه، ولا ينافي كون النظر إلى الأمه المشتراه أو لمسها أو تقبيلها مسقطاً تعبدياً، كما لا يبعد كون مطلق إحداث الحدث في الحيوان كذلك، بأن يسقط الخيار به وإن كان مع الغفلة عن الخيار أو مع اعتقاد أنه يجوز لغير المالك أيضاً.

وكيف ما كان فلا يستفاد من الروايات الواردة في خيار الحيوان سقوطه بكل فعل لا يجوز لغير مالك الأمه مع عدم عدّه حدثاً، بل السقوط مع عدم عدّه حدثاً ينحصر بما

ص: ٢٤٩

فالأقرب أنّها من البائع فسخ ومن المشتري إجازته، لدلالاتها على طلب المبيع واستيفائه، وهذا هو الأقوى، ونحوها في جامع المقاصد. ثم إنك قد عرفت الإشكال في كثير من أمثلتهم المتقدّمة للتصرّفات الملزّمة، كركوب الدابّة في طريق الردّ ونحوه مما لم يدلّ على الالتزام أصلاً، لكن الأمر هنا أسهل، بناءً على أنّ ذا الخيار إذا تصرّف فيما انتقل عنه تصرّفًا لا يجوز شرعاً إلاّ من المالك أو بإذنه، دلّ ذلك بضميمة حمل فعل المسلم على الصحيح شرعاً على إرادته انفساخ العقد قبل هذا التصرف. قال في التذكرة: لو قبل الجارية بشهوه، أو باشر في ما دون الفرج، أو لمس بشهوه، فالوجه عندنا أنّه يكون فسخاً، لأنّ الإسلام يصون صاحبه عن القبيح، الشرح:

إذا كان بقصد الإغماض عن خياره، كما أنّ عدّه فسحاً فيما إذا كان بقصده.

ثم قال رحمه الله: إن بعض التصرف من ذى الخيار فيما انتقل إليه مما يحرم على غير المالك وان يستشكل في دلالة على إرادته العقد والإغماض عن الخيار، إلاّ أنّ الأمر في تصرّف ذى الخيار بتلك التصرفات فيما انتقل عنه خاليه عن الإشكال في دلالتها على الفسخ، لأنّ المتصرّف فيما انتقل عنه يكون غير مالك قبل التصرف، فيكشف تصرفه عن إرادته الفسخ، كما هو مقتضى حمل المسلم على الصحيح أى الحلال وضعاً، أو تكليفاً كركوبه الدابة التي باعها من غيره بخيار.

وكذلك إذا كانت تصرفاته فيما انتقل عنه غير جائزه وضعاً مع عدم قصده الفسخ، كهبته المال الذي باعه من آخر قبل ذلك بخيار، أو يبعه من آخر بعد البيع المزبور، أو إجارته المبيع، أو تزويجه الأمه التي باعها قبل تزويجها بخيار، ففي جميع ذلك يكون مقتضى حمل تصرفه الثاني على النافذ إرادته فسخ المعاملة التي كان له فيها الخيار.

لا- يقال: حمل فعل المسلم على الحلال في الفرض الأول لا يثبت إرادته فسخ المعاملة الجارية على الدابة قبل ذلك، كما أن الحمل على الصحة في التصرفات

فلو لم يختر الإمساك لكان مُقديماً على المعصية، انتهى. ثم نقل عن بعض الشافعيّين احتمال العدم، نظراً إلى حدوث هذه الأمور عمّن يتردّد في الفسخ والإجازة. وفي جامع المقاصد عند قول المصنف قدس سره: «ويحصل الفسخ بوطء البائع وبيعه وعتقه وهبته» قال: لوجوب صيانته فعل المسلم عن الحرام حيث يوجد إليه سبيل، وتنزيل فعله على ما يجوز له مع ثبوت طريق الجواز، انتهى. ثم إنّ أصالة حمل فعل المسلم على الجائز من باب الظواهر المعتبرة شرعاً، كما صرح به جماعة كغيرها من الأمارات الشرعيّة، فيدل على الفسخ، لا من الأصول التعيّديه حتى يقال: إنّها لا تثبت إرادته المتصرّف للفسخ، لما تقرّر: من أنّ الأصول التعيّديه لا تثبت إلا اللوازم الشرعيّة لمجاريها، وهنا كلام مذكور في الأصول. ثم إنّ مثل التصرف الذي يحرم شرعاً إلا على المالك أو مأذونه التصرف الذي لا ينفذ شرعاً إلا من المالك

الشرح:

المعامليه فيما انتقل عنه.

وأصالة عدم الفضوليّه فيها لا تثبت إرادته الفسخ على ما هو المقرّر في محلّه من عدم الاعتبار بمثبتات الأصول.

ولذا لو شك بعد صلاته في صحتها للشك في طهارته حال الصلاة يحكم بصحة صلاته ولكن عليه الوضوء للصلوات الآتيه، لأنّ أصالة الصحة في الصلاة لا تثبت الوضوء.

ولو طلق زوجته بحضور شخصين، وشك الآخر في صحه طلاقه لعدالتها يحكم بصحّته، ولكن أصالة الصحة لا تثبت عدالتها بأن يجوز للشاك الاقتداء بهما في الصلاة، أو طلاق زوجته عندهما إلى غير ذلك.

فإنّه يقال: كلّ من أصالة الصحة بمعنى فعل المسلم على الصحة يعنى الحلال، وحمل تصرفه على النافذ من قبيل الأماره، فيثبت بها إرادته المتصرّف فسخ المعامله

ص: ٢٥١

أو مأذونه وإن لم يحرم، كالبيع والإجاره والنكاح، فإن هذه العقود وإن حلت لغير المالك لعدم عدّها تصرّفاً في ملك الغير، إلّا أنّها تدلّ على إرادته الانفساخ بها بضميمه أصاله عدم الفضوليه، كما صرّح به جامع المقاصد عند قول المصنف: «والإجاره والتزويج في معنى البيع»، والمراد بهذا الأصل الظاهر، فلا وجه لمعارضته بأصاله عدم الفسخ، مع أنّه لو أُريد به أصاله عدم قصد العقد عن الغير، فهو حاكم على أصاله عدم الفسخ، لكن الإنصاف: أنّه لو أُريد به هذا لم يثبت به إرادته العاقد للفسخ.

الشرح:

التي كان له حق الخيار فيها.

فإنّ الأول من ظهور فعل المسلم في الحلال، والثاني من ظهور تصرف المتصرّف في كونه استقلاليا وعن نفسه، لا عن الغير وكاله أو فضولاً.

بل لو كان أصاله عدم القصد الفضوليه أصلاً عملياً تكون حاكمه على أصاله عدم الفسخ العقد، لأنّ احتمال عدم قصد الفسخ ناش عن احتمال قصد الفضوليه.

ولكن الإنصاف عدم ترتّب فسخ العقد على عدم قصد الفضوليه في التصرف، بل فسخه مترتب على قصده، فقصده مع قصد التصرف فضولاً من المتضادين، ونفى أحد الضدين لا يثبت الضد الآخر، فيكون أصاله عدم قصد الفضوليه معارضه بأصاله عدم إرادته الفسخ وعدم الفسخ.

أقول: لا ينبغي التأمل في أمرين:

الأول: حيث إنّ الفسخ والإجاره من قبيل الإنشاءات، فيحتاج كل منهما زائداً على قصدهما إلى إبرازهما ببرز، وإذا كان الفعل كالقول في ظهوره ولو بقرينه المقام في إرادته الفسخ أو الإجاره كفي في تحقّقهما.

الثاني: أنّه إذا صدر الفعل الظاهر ولو بحسب المقام في إرادته الفسخ أو الإمضاء

ص: ٢٥٢

وكيف كان، فلا إشكال في إناطه الفسخ عندهم كالإجازة بدلاله التصرف عليه. ويؤيده استشكالهم في بعض أفراده من حيث دلالته بالالتزام على الالتزام بالبيع أو فسخه، ومن حيث إمكان صدوره عمّن يتردد في الفسخ، كما ذكره في الإيضاح وجامع المقاصد في وجه إشكال القواعد في كون العرض على البيع والإذن فيه فسحاً. وممّا ذكرنا يعلم: أنه لو وقع التصرف فيما انتقل عنه نسياناً للبيع أو مسامحةً في التصرف في ملك الغير أو اعتماداً على شهادته الحال بالإذن، لم يحصل الفسخ بذلك.

الشرح:

عن ذى الخيار يعتبر هذا الظهور، ويستكشف به إرادة الفاعل، كما يؤخذ بظهور القول، وحيث إنّ التصرف المعاملى من شخص ظاهر في كونه بالأصل لا- عن الغير وكاله أو فضولاً يكون تصرف ذى الخيار فيما انتقل عنه بإجارته العين التى باعها من آخر بخيار أو هبتها وبيعها من آخر ثانياً ظاهراً في كونه بالأصل، ويكشف عن إرادته الفسخ، وهذا الظهور لا يدخل في الأصل العملى ليستشكل في اعتباره بالاضافه إلى إرادته الفسخ كما لا يخفى.

وأما إذا لم يكن للفعل ظهور في إرادته الفسخ أو الإمضاء، وإنما يحرم ذلك الفعل لغير المالك تكليفاً كركوب الدابة التى باعها، فإن دلّ نصّ أو تم إجماع على أنّ الفعل المزبور إجازة أو فسح حتى فيما إذا لم يكن الفاعل مريداً لهما فيؤخذ به، كما قام الدليل على ذلك في الحدث من المشتري أو تقبيل الجارية المشتراه أو لمسها أو النظر إلى مواضع التحريم لغير مالكةا، وكما فى المطلقة الرجعية حيث دل النص على أنّ مثل تقبيل المطلقة رجوع فى الطلاق.

وإن لم يقم على ذلك نص ولم يتم إجماع فيقع الكلام فى الفعل المزبور فى جهتين:

ص: ٢٥٣



## هل يحصل الفسخ بنفس التصرف؟

مسأله: وهل الفسخ يحصل بنفس التصرف [١] أو يحصل قبله متصلاً به؟ وبعبارة أخرى: التصرف سبب أو كاشف؟ فيه وجهان، بل قولان: من ظهور كلماتهم في كون نفس التصرف فسخاً أو إجازةً وأنه فسخ فعلي في مقابل القولى، الشرح:

الأولى: هل يكون ذلك الفعل مع إرادته الفاعل الفسخ أو الإمضاء فسخاً، أو إجازة مع عدم ظهور الفعل في إرادتهما كما هو الفرض.

الثانية: على تقدير تحقق الفسخ أو الإجازة به هل يكون صدوره عن ذى الخيار يعتبر في الفسخ والاجازة، وفي كشف ارادته الفسخ والاجاره.

أمّا الأولى: فلا يبعد الالتزام بتحقق الانشاء بالفعل المزبور في الايقاعات التي لا يعتبر فيها إلا الاتيان بالمبرز ولو بالاضافه إلى نفس الموقع كإبراء والإسقاط، بخلاف ما يعتبر فيه الإبراز للغير كما في العقود حيث يعتبر فيها الإبراز بالاضافه إلى القابل ايضاً.

وأما الثانية: فلا يعتبر لعدم الظهور في الفعل كما هو الفرض، إلا مع قيام دليل في مورد كما ذكرنا، فإن أصله الصحة بمعنى عدم صدور القبيح عن الفاعل لا تثبت شيئاً. وأصله الصحة بمعنى وقوع الفعل التام فجرانها في مورد يتوقف على احراز أن الفاعل قد قصد تحقيق الفعل، وشك في الاتيان به تاماً أو ناقصاً بعد احراز اصل الإتيان به، كما لو شك في أن المصلى على الميت اتى بالصلاه تاماً أو فاسداً.

وأما إذا شك في اصل تحقق الصلاة من الغير فالأصل عدمها.

وعلى ذلك فلو شك في ان بائع الدابة بخيار هل فسخه بركوبها فالأصل عدم ارادته الفسخ كما لا يخفى.

[١] يقع الكلام في أن عند تصرف ذى الخيار فيما انتقل عنه بتصرف موقوف على الملك هل يحصل الفسخ وعود الملك إلى المتصرف بنفس ذلك التصرف سواء

وظهور اتفاقهم على أنّ الفسخ بل مطلق الإنشاء لا يحصل بالنية، بل لا بد من حصوله بالقول أو الفعل. ومما عرفت من التذكرة وغيرها: من تعليل تحقّق الفسخ بصيانته فعل المسلم عن القبيح، ومن المعلوم: أنّه لا يُصان عنه إلاّ إذا وقع الفسخ قبله، وإلاّ لوقع الجزء الأوّل منه محرّماً. ويمكن أن يحمل قولهم بكون التصرف الشرح:

كان اعتباريا كهبه ما باعه بخيار او تصرفا خارجيا كوطئ الأمه التي باعها بخيار أو يحصل الانفساخ سابقا على التصرف بحيث يكون زمان عود الملك إلى التصرف متصلاً بزمان تصرفه؟

وبتعبير آخر: هل يكون التصرف موجبا للفسخ أو يكون كاشفا عن سبق الانفساخ؟

وذكر قدس سره في وجه كون التصرف موجبا للفسخ أمرين:

الأوّل: أنّ الفسخ الفعلي قسيم للفسخ القولي، وكما أنّ الانفساخ يحصل بالفسخ القولي فلا بد من أن يكون التصرف الفعلي فسحا يحصل به الانفساخ.

الثاني: اتفاق كلماتهم على أنّ الفسخ كالأجزاء من قسم الإنشاء، ولا يحصل الإنشاء بالنية فقط، بل يعتبر فيه القول أو الفعل.

وذكر أيضا في كون التصرف كاشفا عن الانفساخ وسبق عود الملك إلى المتصرف أمرين:

الأوّل: ما تقدّم عن التذكرة (1) وغيره في وجه كون التصرف فسحا هو حمل فعل المسلم على الصحة، وإنّما يفيد الحمل على الصحة في كون الفعل حلالاً أن يكشف عن سبق الملك على التصرف، وإلاّ كان الفعل في أوّل وقوعه حراما.

ص: ٢٥٥

فسخاً على كونه دالاً عليه وإن لم يتحقق به، وهذا المقدار يكفى فى جعله مقابلاً للقول. ويؤيده ما دلّ من الأخبار المتقدمه على كون الرضا هو مناط الالتزام بالعقد وسقوط الخيار، وإن اعتبر كونه مكشوفاً عنه بالتصرّف كما اعترف به فى الدروس وصرّح به فى التذكرة، حيث ذكر: أنّ قصد المتبايعين لأحد عوضى الصرف قبل التصرّف رضاً بالعقد. فمقتضى المقابله هو كون كراهه العقد باطناً وعدم الرضا به هو الموجب للفسخ إذا كشف عنه التصرّف. ويؤيده أنّهم ذكروا: أنّه لا تحصل الإجازة بسكوت البائع ذى الخيار على وطء المشتري، معللاً: بأنّ السكوت لا يدل على الرضا، فإنّ هذا الكلام ظاهر فى أنّ العبره بالرضا. وصرّح فى المبسوط: بأنّه لو علم رضاه بوطء المشتري سقط خياره، فاقصر فى الإجازة على مجرد الرضا. الشرح:

الثانى: أنّه يستفاد من الروايات (١) خيار الحيوان أنّ رضا المشتري بشراء الحيوان بقاءً يوجب سقوط خياره، فمقتضى المقابله بين الفسخ والإجازة أن يحصل الفسخ أيضاً بكراهه ذى الخيار فيما إذا كشف الفعل الرضا أو الكراهه.

ويؤيد كون الرضا موجبا لسقوط الخيار ما ذكروا (٢): من أنّه لا تحصل الإجازة فيما إذا اطلع بائع الأمه بخيار على وطء المشتري وسكت، معللين ذلك بأنّ السكوت لا يكشف عن الرضا، فإنّ مقتضى التعليل أن يكون مسقط الخيار هو الرضا، وصرّح الشيخ (٣) قدس سره: بأنّه لو علم رضا البائع بوطء المشتري سقط خياره.

والحاصل: أنّه يستفاد من كلماتهم أن الموجب لسقوط الخيار وانفساخ العقد

ص: ٢٥٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٣ ١٤ ، الباب ٤ من أبواب الخيار .

٢- (٢) كما فى المبسوط ٢ : ٨٣ ، والغنيه : ٢٢١ ، والقواعد ٢ : ٦٩ ، والتذكرة ١ : ٥٣٥ ، وراجع مفتاح الكرامه ٤ : ٦٠١ .

٣- (٣) المبسوط ٢ : ٨٣ .

وأما ما اتفقوا عليه: من عدم حصول الفسخ بالتية، فمرادهم بها تية الانفساخ، أعنى الكراهه الباطنيه لبقاء العقد والبناء على كونه منفسخاً من دون أن يدل عليها بفعل مقارن له. وأما مع اقترانها بالفعل فلا قائل بعدم تأثيره فيما يكفى فيه الفعل، إذ كل ما يكفى فيه الفعل من الإنشاءات ولا يعتبر فيه خصوص القول فهو من هذا القبيل، لأن الفعل لا إنشاء فيه، فالمنشأ يحصل بإرادته المتصله بالفعل لا بنفس الفعل، لعدم دلالته عليه. نعم، يلزم من ذلك أن لا يحصل الفسخ باللفظ أصلاً، لأن اللفظ أبداً مسبوق بالقصد الموجود بعينه قبل الفعل الدال على الفسخ. وقد ذكر العلامة في بعض مواضع التذكرة: [١] بأن اللازم بناءً على القول بتضمّن الوطاء للفسخ عود الملك إلى الوطاء مع الوطاء أو قبيله، فيكون حلالاً. هذا، وكيف كان، فالمسألة

الشرح:

رضا ذى الخيار بالعقد أو كراهته، ولكن مع تقارنهما بما يدل عليهما.

وما تقدّم من الاتفاق على عدم حصول الإجازة والفسخ بالرضا والكراهه فمقتضاه عدم حصولهما بمجرد الرضا أو الكراهه، وأما عدم حصولهما إذا تقارنا بالفعل الكاشف فلا- قائل بخلافه، بل لا يكون فى الفعل إنشاءً، فأنه ليس شأن الفعل غير الكشف والظهور.

ولكن أورد على هذا الوجه بأن لا يزمه أن لا- يحصل الفسخ بالقول أيضا بنحو الإنشاء، فإن القول أيضا كالفعل مسبوق الرضا بالعقد أو كراهته، فيحصل الإجازة أو الفسخ بهما لا بالقول.

[١] وحاصله (١): أن الالتزام بأن وطى الأمه المبيعه بخيار تتضمّن الفسخ إما بالالتزام بحصول الفسخ مع الوطاء، أو قبله فيكون الوطاء على الثانى حلالاً.

ص: ٢٥٧

١- (١) حاصل كلام العلامة فى التذكرة ١: ٥٣٤.

ذات قولين: ففي التحرير قوى حرمة الوطء الذى يحصل به الفسخ، وأنّ الفسخ يحصل بأوّل جزء منه، فيكشف عن عدم الفسخ قبله. وهو لازم كل من قال بعدم صحه عقد الواهب الذى يتحقق به الرجوع، كما فى الشرائع وعن المبسوط والمهذب والجامع، والحكم فى باب الهبه والخيار واحد. وتوقّف الشهيد فى الدروس فى المقامين مع حكمه بصحه رهن ذى الخيار. وجزم الشهيد والمحقق الثانين بالحل، نظراً إلى حصول الفسخ قبله بالقصد المقارن. ثم إنّه لو قلنا بحصول الفسخ قبيل هذه الأفعال فلا إشكال فى وقوعها فى ملك الفاسخ، فيترتب عليها آثارها، فيصح بيعه وسائر العقود الواقعة منه على العين، لمصادفتها للملك. ولو قلنا بحصوله بنفس الأفعال، فينبغى عدم صحه التصرفات المذكوره كالبيع والعتق

الشرح:

ثمّ إنّ ظاهر التحرير(١): حصول الفسخ بنفس الفعل، وعليه فلا يكون فسخ قبل الوطء، فيكون الفعل فى أوّله حراماً، وهذا ظاهر كل من(٢) حكم ببطلان عقد الواهب فيما إذا رجع عن هبته بذلك العقد، فإنّ العقد المزبور فى أوّله لا يقع فى ملك، ولا فرق فى هذا الحكم بين الرجوع فى الهبه والفسخ بالخيار، فلا يكون تصرّف ذى الخيار صحيحاً مع فسخه البيع السابق بذلك التصرّف. ولكن الشهيد فى الدروس(٣) مع توقّفه عن الحكم فى الرجوع والخيار حكم بصحه رهن ذى الخيار.

وعلى كلّ حال يترتب على القولين الحكم بصحه التصرفات لحصول الانفساخ بالقصد المقارن للتصرف، والحكم ببطانها لحصول الانفساخ بالتصرف ولو بأوّل جزء منه.

ص: ٢٥٨

١- (١) التحرير ١ : ١٦٨ .

٢- (٢) الشرائع ٢ : ١٣١ ، والمبسوط ٣ : ٣٠٤ ، والمهذب ٢ : ٩٥ ، والجامع : ٣٦٧ .

٣- (٣) الدروس ٣ : ٣٩١ .

من حيث عدم مصادفتها لمملك العاقد التي هي شرط لصحتها. وقد يقرر المانع بما في التذكرة عن بعض العامه: من أن الشيء الواحد لا يحصل به الفسخ والعقد، كما أن التكبيره الثانيه في الصلاه بتيه الشروع في الصلاه يخرج بها عن الصلاه، ولا يشرع بها في الصلاه. وبأن البيع موقوف على الملك الموقوف على الفسخ المتأخر عن البيع. وأجاب في التذكرة عن الأول بمنع عدم صحه حصول الفسخ والعقد بشيء واحد بالنسبه إلى شيئين. وأجاب الشهيد عن الثاني بمنع الدور التوقي، وأن الدور معي. وقال في الإيضاح: إن الفسخ يحصل بأول جزء من العقد. وزاد في باب الهبه قوله: فيبقى المحل قابلاً لمجموع العقد، انتهى. وقد يستدل للصحه: بأنه إذا وقع العقد على مال الغير فملكه بمجرد العقد كان كمن باع مال غيره ثم ملكه.

الشرح:

وقد يذكر للمنع عن صحه ذلك التصرف كما عن بعض العامه (١)(٢) نقله صاحب مفتاح الكرامه ٤ : ٦٠١ ص ١٦ (٢). بأن الشيء الواحد لا يحصل به شيان، نظير التكبيره ثانيه بقصد الإحرام حيث يخرج بها عن الصلاه، فلا يمكن الدخول بها في الصلاه.

وأيضا أن صحه التصرف مع حصول الفسخ به دوري، حيث إن بيع المتاع من آخر ثانيا يتوقف على كون بائعه مالكا، فيكون البيع الثاني موقوفا على ملك المتاع الموقوف على الفسخ، والمفروض أن الفسخ أيضا موقوف على البيع المزبور.

وأجاب في التذكرة عن الأول بأنه لا يمتنع حصول شيئين بشيء واحد (٢).

وأجاب الشهيد رحمه الله عن الثاني: بأن الدور معي (٣)، ولعله لحصول الفسخ والبيع بانشاء العاقد، فيكون اتصاف التصرف بكونه فسحا وبكونه بيعا في زمان واحد

ص: ٢٥٩

١- (١) و

٢- نقله العلامة مع جوابه عن الأول في التذكرة ١ : ٥٣٨ وانظر ١ : ٤٩٠ .

أقول: إن قلنا: بأنّ المستفاد من أدلّه توقف البيع [١] والعتق على الملك نحو قوله: «لا- بيع إلا في ملك»، و «لا عتق إلا في ملك» هو اشتراط وقوع الإنشاء في ملك المنشئ، فلا مناص عن القول بالبطلان، لأنّ صحه العقد حينئذٍ تتوقف على تقدّم تملك العاقد على جميع أجزاء العقد لتقع فيه، فإذا فرض العقد أو جزء من أجزائه فسحاً كان سبباً لتملك العاقد مقدّماً عليه، لأنّ المسبب إنّما يحصل بالجزء الأخير من سببه، فكلمّا فرض جزء من العقد قابل للتجزئه سبباً للتملك، كان التملك متأخراً عن بعض ذلك الجزء، وإلاّ- لزم تقدم وجود المسبب على السبب. والجزء الذي لا- يتجزأ غير موجود، فلا يكون سبباً، مع أنّ غايه الأمر حينئذٍ المقارنه بينه وبين التملك.

الشرح:

وبانشاء العاقد.

وأجاب في الإيضاح (١) عن الدور: بأنّ الفسخ يحصل بأول جزء من التصرف، وقال في باب الهبه بعد هذا، فيبقى المحل قابلاً لمجموع العقد أى يقع العقد مع تمامه في الملك.

وأجيب عن الدور أيضاً: بأنّ بيع مال الغير مع تملك البائع ذلك المال عند تمام البيع كاف في صحته.

[١] وحاصله: أنّه على تقدير حصول الفسخ بالفعل سواء كان خارجياً أو اعتبارياً فان كان الشرط في صحه التصرف العقدي أو الإيقاعى وقوعهما بتمامها في ملك المتصرف فاللازم الحكم بحصول الفسخ بذلك التصرف مع الحكم ببطلان نفس التصرف، لأنّ المعبر في وقوعه صحيحاً وقوعه بتمام أجزائه في ملك الفاعل

ص: ٢٤٠

١- (١) راجع الإيضاح ١: ٤٨٨، و ٢: ٤١٧.

لكنك عرفت أنّ الشرط بمقتضى الأدلّه سبق التملك على جميع أجزاء العقد قضاء لحق الظرفيه. وأمّا دخول المسأله في «من باع شيئاً ثم ملكه» فهو بعد فرض القول بصحته يوجب اعتبار إجازة العاقد ثانياً، بناءً على ما ذكرنا في مسأله الفضولي: من توقّف لزوم العقد المذكور على الإجازة. إلا أن يقال: إنّ المتوقّف على الإجازة عقد الفضولي ويبيعه للمالك، وأمّا بيعه لنفسه نظير بيع الغاصب فلا يحتاج إلى الإجازة بعد العقد. لكن هذا على تقدير القول به والإغماض عمّا تقدّم في عقد الفضولي لا يجرى في مثل العتق.

وإن قلنا: إنّ الاستفادة من تلك الأدلّه هو عدم وقوع البيع في ملك الغير الشرح:

والمفروض عدم حصول هذا الشرط، لأنّ بعض العقد ممّا يتحقّق به الفسخ يكون سابقاً على عود الملك لا محاله، فكل جزء من العقد يفرض أنّه الجزء الأخير من الفسخ فلا يكون عود الملك إلى المتصرّف قبل ذلك، وإلاّ لزم تقدّم المسبب على سببه.

لا يقال: نفرض عود الملك مع جزء لا يقبل ذلك الجزء التجزى، بحيث لا يكون قبله جزء ليقال إنّ يحصل في غير الملك.

فإنّه يقال: الجزء الذي لا يتجزأ غير موجود، فكلّ جزء يفرض من العقد يكون قبله جزء أيضاً وقع في غير الملك، بل لو فرض انتهاء العقد بجزء لا يتجرأ، فغايه الأمر عود الملك مع الجزء زماناً وأن يتقدم الجزء على عوده رتبه.

ولكن هذا المقدار لا يكفي في صحه العقد أو الإيقاع، فإنّ المعتبر في صحتها سبق ملك المتصرّف على تصرّفه عقداً كان أو إيقاعاً.

وأما إدخال التصرف في المقام في مسأله «من باع شيئاً ثم ملك» فغير صحيح، لأنّ تلك المسأله «ما إذا باع المال من الغير ثم ملك»، فيحتاج الحكم بالصحه إلى إجازة



ليؤثر في نقل مال الغير بغير إذنه، فالممنوع شرعاً تمام السبب في ملك الغير، لا وقوع بعض أجزائه في ملك الغير وتمامه في ملك نفسه لئقل بتمام العقد الملك الحادث ببعضه، فلا مانع من تأثير هذا العقد لانتقال ما انتقل إلى البائع بأول جزء منه. وهذا لا يخلو عن قوه، إذ لا دلالة في أدله اعتبار الملكيه في المبيع إلا على اعتبار كونه مملوكاً قبل كونه مبيعاً، والحصص في قوله: «لا بيع إلا في ملك» إضافي بالنسبه إلى البيع في ملك الغير، أو في غير ملك كالمباحات الأصلية، فلا يعمّ المستثنى منه البيع الواقع ببعضه في ملك الغير وتمامه في ملك البائع. هذا، مع أنه الشرح:

المتصرف ثانياً، بل على تقدير عدم الحاجه إليه فيما إذا باع عن نفسه كالغاصب فلازم ذلك الحكم ببطلان التصرف فيما كان إيقاعاً كالعقود لعدم جريان الفضولي في الإيقاعات.

نعم بناءً على أن المعتبر في صحه التصرف وقوعه قبل تمامه في الملك بحيث لا ينافي وقوع بعض العقد أو الإيقاع في ملك الغير، فيحكم بحصول الفسخ وصحة التصرف، فإنّ الممنوع وقوع التصرف إلى تمامه في ملك الغير، فانه الظاهر في مثل قوله صلى الله عليه وآله: «لا تبع ما ليس عندك»<sup>(١)</sup>، بل لا يبعد أن يقال: إنّ المراد بالبيع كما هو ظاهره معناه الاسم المصدرى، وأنّ البيع بهذا المعنى لا يقع في ملك الغير، فالنهي المزبور لا يعمّ ما يصير فيه المال قبل تمام البيع مالكا لبائعه.

وكذلك الأمر في العتق وغيره مما تعلق النهي عنه به قبل الملك.

ويبقى الكلام في التصرف الذي من قبيل الفعل الخارجي كوطء الأمة المبيعه بخيار، فان الفعل في أوله يقع محرماً.

لا يقال: إذا أقام الدليل على جواز كل فسخ كما هو ظاهر مثل قوله عليه السلام «البيعان

ص: ٢٤٢

١- (١) سنن البيهقي ١: ٢٤٧ و ٢: ٣١٧ و ٣: ٣٣٩، والمعجم الصغير للطبراني ٢: ٤.

يقرب أن يقال: إنَّ المراد بالبيع هو النقل العرفي الحاصل من العقد لا نفس العقد، لأنَّ العرف لا يفهمون من لفظ «البيع» إلا هذا المعنى المأخوذ في قولهم: «بعت»، وحينئذٍ فالفسخ الموجب للملك يحصل بأول جزء من العقد، والنقل والتملك يحصل بتمامه، فيقع النقل في الملك. وكذا الكلام في العتق وغيره من التصرفات القولية، عقداً كان أو إيقاعاً. ولعلَّ هذا معنى ما في الإيضاح: من أنَّ الفسخ يحصل الشرح:

بالخيار ما لم يفترقا<sup>(١)</sup>، و«المسلمون عند شروطهم»<sup>(٢)</sup> فيعم جواز الفسخ فعل الذي لا يجوز لغير المالك. والنتيجة عدم البأس بوطء البائع الأمه التي باعها بشرط الخيار فيما كان الوطاء بقصد الفسخ.

فانه يقال: مقتضى جواز كل فسخ كون جوازه وضعياً يعني يحصل به الفسخ، فلا تنافي حرمة الفعل الفسخي تكليفاً بمقتضى مثل قوله سبحانه «إِلَّا عَلَىٰ أَرْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ»<sup>(٣)</sup>.

ولو فرض قيام دليل على جواز الفسخ تكليفاً نظير الرجوع في المطلقه الرجعيه بوطيها فلا بد من الالتزام بعود الملك كالزوجيه إلى الواطى ليقع الفعل فى ملكه، نظير الجمع بين ما دل على حليه البيع وما دل على أنّ الشخص لا يملك أحد عموديه بالالتزام بحصول الملك بالبيع آنأ ما بحيث ترتب عليه انعقاد الولد أو الوالد.

وكيف كان: فالأظهر فى المقام ما ذكره المحقق والشهيد الثانيان<sup>(٤)</sup> من حصول الفسخ بالقصد المقارن للفعل، وعليه فلا إشكال فى الفسخ بالفعل، وجوازه تكليفاً

ص: ٢٤٣

١- (١) وسائل الشيعة ١٨ : ٦ ، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٨ : ١٦ ، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٥ .

٣- (٣) سورة المؤمنون: الآية ٦ .

٤- (٤) راجع جامع المقاصد ٤ : ٣١٠ ، والمسالك ٣ : ٢١٦ .

بأول جزء، وبتمامه يحصل العتق. نعم، التصرفات الفعلية المحققة للفسخ كالوطء والأكل ونحوهما لا وجه لجواز الجزء الأول منها، فإن ظاهر قوله تعالى: «إِلَّا عَلَىٰ أَرْوَاجِهِمْ أَوْ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ» اعتبار وقوع الوطء فيما أتصف بكونها مملوكة، فالوطء المحصّل للفسخ لا يكون بتمامه حالاً. وتوهم أنّ الفسخ إذا جاز بحكم الخيار جاز كل ما يحصل به قولاً كان أو فعلاً، فاسد، فإنّ معنى جواز الفسخ لأجل الخيار الجواز الوضعي أعني الصحة لا التكليفي، فلا ينافي تحريم ما يحصل به الفسخ، الشرح:

ووضعا من غير فرق بين الاعتباري والخارجي.

ويظهر ذلك من الشيخ قدس سره في مبسوطه حيث ذكر في بيع الصرف أنّ المتصارفين يجوز لهما تباع النقدين ثانيا في مجلس العقد، وقال: إنّ شروعهما في البيع الثاني قطع لخيار المجلس (١).

ووجه الظهور أنّ حصول الملك عنده مشروط بانتهاء الخيار، فلا بد من الترامه بسقوط الخيار في البيع الأول وصيروره المبيع ملكا للمشتري عند الشروع في البيع الثاني ليحوز للمشتري له من يبعه ثانيا من بائعه.

نعم في باب الهبة لم يصحح البيع الذي يحصل به الرجوع في الهبة معللاً بعدم وقوعه في ملك البائع (٢) انتهى.

أقول: يرد عليه أنّ اقتران إرادته الفسخ بالفعل، لا يكون إلّا بالفعل فتحقق الاقتران وعود الملك إلى المتصرف عنده يوجب أن لا يكون الفعل عند شروعه مصادفاً لملك الفاعل.

ودعوى: أنّ زمان الاقتران بعينه زمان عود الملك وإنما يتقدّم الإرادة المقترنه

ص: ٢٦٤

١- (١) المبسوط ٢: ٩٦.

٢- (٢) المبسوط ٣: ٣٠٤.

كما لا يخفى. مع أنه لو فرض دلالة دليل الفسخ على إباحه ما يحصل به تعيين حمل ذلك على حصول الفسخ قبيل التصرف، جمعاً بينه وبين ما دلّ على عدم جواز ذلك التصرف إلا إذا وقع في الملك.

الشرح:

بالفعل على عود الملك في الرتبة لا في الزمان لا يمكن المساعدة عليها، فإنه يجري مثلها على القول بحصول الفسخ بأول جزء من الفعل، فإن حصول الجزء من الفعل أى جزء فرض منه يتقدم على عود الملك بالرتبة لا في الزمان.

وما ذكر قدس سره من اعتبار سبق الملك على التصرف بالزمان قضاءً لحق الظرفيه ففیه ما لا يخفى، فانه لا يستفاد من أدله اعتبار الملك في البيع أو العتق أو الوطء إلا تحقق الملك عند كل من هذه الأفعال، لا تقدمه عليها زماناً.

ولكن يلزم على القول بتحقيق الفسخ بالجزء الاول من الفعل أو بالقصد المقارن أن يلتزم بحصول الفسخ بمجرد تحقق الجزء الاول. ولو ندم المتصرف عن فسخه وترك سائر أجزاء الفعل، فإنه من قبيل الندم عن الشيء بعد حصوله، فيبقى في البين الالتزام بأن ملك المتصرف معتبر في البيع مثلاً بمعناه المصدرى، أو أنه يكفي حصوله ولو عند تمام العقد.

أما الاول: فقد تقدم في بحث البيع أنه لا اختلاف بين المعنى المصدرى والمعنى الاسم المصدرى إلا بالاعتبار، لا أن البيع بمعناه المصدرى فعل والاسم المصدرى أثر يترتب عليه، نظير ترتب الاعتاق على العتق، مع أن قوله عليه السلام «لا عتق في ملك» غير كونه لا اعتاق إلا في ملك.

وأما الثانى: ففيه: أنه خلاف ظاهر الظرفيه في مثل قوله «لا عتق إلا في ملك»<sup>(١)</sup>، حيث إن ظاهرها وقوع التصرف من أوله في الملك، كما في قوله لا علم إلا في الجوع

ص: ٢٦٥

١- (١) راجع الوسائل ٢٣ : ١٦١٥ ، الباب ٥ من أبواب كتاب العتق، الحديث ٢ و ٦ .

وبالجملة، فما اختاره المحقق والشهيد الثانيان في المسأله لا يخلو عن قوه، وبه يرتفع الإشكال عن جواز التصرفات تكليفاً ووضعاً. وهذا هو الظاهر من الشيخ في المبسوط، حيث جَوَز للمتصارفين تباع النقيدين ثانياً في مجلس الصرف، الشرح:

ولا عيش إلا في الحضر ولا صلاه إلا في الساتر وغير ذلك.

فيبقى الكلام في أن مع الفسخ بالفعل يقترن التصرف من أوله بالملك أم لا؟

ودعوى: أن المراد بالملك هي السلطنه والتمكن لا ملك الرقبه، والمعتبر في جواز الوطء سلطنه الواطئ، ولذا يجوز مع التحليل والتزويج. يدفعها: أن ما ذكر خلاف الظاهر في أدله اعتبار الملك في العتق ونحوه، بل الوطء بملك اليمين ظاهره حصول السلطنه بملك الرقبه زمان التصرف والوطء.

وعلى ذلك فنقول: أما الفسخ بالتصرفات الاعتباريه فلا إشكال في كونها فسحاً، ومحكومته بالصحه مع تمام ساير شرائطها.

والوجه في ذلك: أن الفسخ كالأجاره وأن يكون من الأمور الإنشائيه في اعتبار العقلاء، ولذا يحصل سقوط الخيار بالإسقاط ولو لم يكن إسقاطه بطيب النفس، بل استحياءً أو خجلاً.

وبتعبير آخر: إسقاط الخيار من قبيل إبراز الرضا المعاملي ببقاء العقد وعدم حله، إلا أن الإنشاء والمنشأ ليس من قبيل الأسباب والمسببات بأن يكون المنشأ أثراً والإنشاء مؤثراً ليقال: إن الأثر وإن يقارن المؤثر زماناً وانما يتقدم المؤثر على الأثر بالرتبه، ولكن هذا بالبرهان العقلي وأهل العرف يرون للأثر تأخراً زمانياً في الجملة.

والعبره في الأحكام الشرعيه بنظر العرف لا بالتدقيق العقلي الناشئ من البرهان، بل المنشأ أمر يعتبره صاحب الإنشاء قبل إنشائه، والإنشاء عبارته عن إبرازه بقصد أن يتم العنوان الإنشائي.

وقال: إنَّ شروعهما في البيع قطع لخيار المجلس. مع أنَّ الملك عنده يحصل بانقطاع الخيار المتحقَّق هنا بالبيع المتوقَّف على الملك. لكنه في باب الهبة لم يصحَّح البيع الذي يحصل به الرجوع فيها معللاً بعدم وقوعه في الملك.

الشرح:

فالمعتبر إبرازه بقصد تحقُّق ذلك العنوان عين وجود ذلك العنوان الذي يرد عليه الإمضاء والحكم من العقلاء والشرع.

وعلى ذلك فكما أنَّ الإجازة في بيع الفضولي اعتباره بنحو الكشف الحكمي، حيث إنَّ العاقد الفضولي يعتبر ملكيه المبيع المشتري من حين العقد، فالمالك المجيز هذه الملكيه ولو بعد مدَّة والشارع يمضي الإجازة المزبوره، فيحكم حين الإجازة بأنَّ المبيع ملك للمشتري من حين ذلك العقد، كذلك فيما نحن فيه، فإنَّ المتصرِّف يعتبر انحلال العقد قبل اعتباره ملكيه المبيع لثالث.

وإذا أبرز المعتبرين بمرز واحد يتحقَّق الفسخ من حين تحقُّق المبرز ب«الكسر»، ولكن معنى تحقُّقه انحلال العقد قبل اعتبار ملكيه المال لثالث، لأنَّه المعتبر في نفس المتصرِّف، فيثبت بإمضاء الفسخ موضوع إمضاء التصرف حيث يحكم بوقوعه في الملك.

والعمده شمول دليل الإمضاء لذلك الفسخ حيث يستفاد ذلك قبل الإجماع من إطلاق دليل الخيارات الشرعيه والمشروطه أى «المؤمنون عند شروطهم»<sup>(١)</sup>.

والحاصل: أنَّ هذا يدخل في الكشف الحكمي، ويفيد في صحه التصرفات الاعتباريه، لا- في حليه الفعل الخارجى، حيث لا يستفاد من دليل إمضاء كل فسخ حليه ذلك الفسخ تكليفا كما هو ظاهر، بل حليه الفعل الخارجى مبنيه على انصراف أدلَّه

ص: ٢٦٧

١- (١) وسائل الشيعه ٢١ : ٢٧٦ ، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤ .

## الشرح:

التحريم عن ذلك الفعل، أو قيام دليل على جهه أخرى تحل بها الفعل كالوطء في عدّه المطلقه الرجعيه، حيث إنّ ظاهر الأدلّه عدم زوال الزوجيه إلّا بإنقضاء العدّه في مورد الطلاق الرجعي.

والحاصل: أنّ الكشف الحكمي بالاضافه إلى الأحكام التكليفيّه غير معقول كما أوضحنا في بيع الفضولي.

ودعوى: أنّ الفعل الخارجي كالتصرّف الاعتباري بنفسه مصداق للفسخ، فيجوز بجواز الفسخ تكليفاً ووضعاً لا يمكن المساعده عليها.

فإنّه إن أريد أنّ الفعل الخارجي بلا قصد إلغاء العقد مصداق للفسخ. فيدفعه: أنّ الفسخ كالإمضاء من الأمور الإنشائيه، والقصد فيها مقوم. ولا يقاس بالوطء في عدّه المطلقه الرجعيه، فإن جواز الوطء وغيره من الاستمتاعات تكليفاً لكون المطلقه الرجعيه زوجه تنقضى تلك الزوجيه بإنقضاء العدّه وتام الطلاق. وأمّا كونه كسائر الاستمتاعات رجوعاً وإن لم يقصد بها الرجوع فلما أشرنا إلى ذلك سابقاً من استفاده ذلك من النص.

وإن أريد أنّ الفعل الخارجي مع قصد إلغاء العقد في نفسه فسخ، لا أنّ الفسخ مسبّب منه فهو صحيح كما ذكرنا، إلّا أنّ كونه فسخاً مقتضاه جوازه وضعاً لا تكليفاً فانه لا يستفاد من أدلّه الخيار وأدلّه جواز الشرط، إلّا نفوذ الفسخ لا جواز كل فسخ تكليفاً.

ولو بنى على دلالتهم على جواز كل فسخ تكليفاً يكون مقتضى الجمع بينهما وبين ما دل على وجوب حفظ الفرج إلّا عن الزوجه أو ملك اليمين عدم جواز الفسخ تكليفاً فيما إذا كان بمثل الوطء في غير ملك اليمين في ابتدائه خصوصاً إذا كان الفسخ بخيار الشرط، حيث إن الشرط لا يكون مشرّعاً لما لا يجوز تكليفاً أو وضعاً، اللهم إلّا

فرع: لو اشترى عبداً بجاريه [١] مع الخيار فقال: اعتقهما، فربما يقال بانعتاق الجارية دون العبد، لأنّ الفسخ مقدّم على الإجازة.

وفيه: أنّه لا دليل على التقديم فى مثل المقام ممّا وقع الإجازة والفسخ من طرف واحد دفعه، سواء اتّحد المجيز والفاسخ كما فى المقام، أو تعدّد كما لو وقع من وكيل ذى الخيار دفعه واحده، إنّما المسلم تقديم الفسخ الصادر من أحد الطرفين على الإجازة الصادرة من الطرف الآخر، لأنّ لزوم العقد من أحد الطرفين

الشرح:

أنّ يقال بانصراف دليل التحريم عن مثل هذا الفرض.

فتخلّص عما ذكرنا: أنّ التصرف الخارجى أو الاعتبارى يكون فسخاً وبيعاً ثانياً أو هبة أو رهناً ونحو ذلك، ويحكم بحصول الفسخ والتصرف ولو كان من شرط التصرف ملك المال من حين وقوع التصرف.

ودعوى: أنّ الشئ لا يحصل بشيء واحد نظير التكبير الثانى حيث لا تكون خروجاً عن الصلاة ودخولاً فى الأخرى قد عرفت جوابها من كلام العلامة (١) رحمه الله: من أنّه لا مانع عن حصول شيء بشيء منضمّاً إلى قصده أو بدونه وإن يكون ذلك الشيء منضمّاً إلى قصد آخر شيئاً آخر.

وعدم كون التكبير الثانى دخولاً فى الصلاة وإن قصدها المصلّى لعدم جوازها تكليفاً لكونها قطعاً للصلاة التى شرع فيها، والمحرّم لا يصلح لكونها عبادة، لأنّ القطع عين الإتيان بالقاطع والمبطل خارجاً، كما أنّ الإفطار عين الإتيان بالمفطر، لا أنّ الإتيان بالقاطع أمر والقطع أمر آخر، والمحرّم هو الثانى دون الأول.

[١] وليعلم أنّ الحكم لا يختص بشراء العبد بالجارية وعتقهما، بل يجرى فيما إذا وقعت المعاوضة بين المالكين بخيار وتصرف المشتري فى كلا المالكين بتصرفين متنافيين

ص: ٢٦٩



بمقتضى إجازته لا ينافى انفساخه بفسخ الطرف الآخر، كما لو كان العقد جائزاً من أحدهما ففسخ مع لزوم العقد من الطرف الآخر، بخلاف اللزوم والانفساخ من طرف واحد. ونحوه في الضعف القول بعق العبد، لأن الإجازة إبقاء للعقد، والأصل فيه الاستمرار.

الشرح:

في زمان واحد بالمباشره أو بالتوكيل، كما إذا اشترى كتابا بفراش ووهبهما من ثالث.

وكيف كان، ففي الفرع صور:

الأولى: ما إذا كان الخيار للمشتري خاصه، ويقال فيها بانعتاق الجاربه دون العبد لأن عتق الجاربه فسخ للشراء وعتق العبد اجازة له، وكلما دار الامر في المعامله بين فسخها وامضائها يقدّم فسخها.

وفيه: أن تقديم الفسخ على الاجازة يختصّ بما إذا كان الخيار المستقل لمتعدّد، حيث إنّ اجازة المجيز معناها اسقاط خياره فيكفي في انفساخ المعامله فسخ الآخر.

وأما إذا كان الفسخ والإمضاء بالخيار للواحد سواء كان المباشر بهما نفس ذى الخيار أو وكيله فان وقعا في زمان واحد فلا موجب لتقديم الفسخ على الإجازة، بل الموجب لتقديم أحدهما سبقه على الآخر زمانا.

وقد يقال: بتقديم عتق العبد، فإنّ العبد ملك للمعتق ب«الكسر» في زمان عتقه فيعتق بخلاف الجاربه، فإنّ صيرورتها ملكا للمعتق ب«الكسر» موقوف على انفساخ المعامله بعقها، والمفروض عدم حصوله لعدم كون عتقها إنشاء الفسخ مع اقترانه بعق العبد، ولا أقل من الشكّ فيكون مقتضى الأصل بقاء العقد واستمراره.

أقول: لا ينبغي الريب في الفرض في بطلان كلا العتقين لعدم المعين في البين، نظير تزويج الأم والبنت دفعه واحده بلا فرق بين صدور نكاحهما عن شخص واحد أو صدورهما عنه وعن وكيله في زمان واحد.

وعلى الجملة، فيما إن أعتق كل من العبد والجاربه أمر جائز للمشتري، ولكن

وفيه: أن عتق العبد موقوف على عدم عتق الجاربه كالعكس. نعم، الأصل استمرار العقد وبقاء الخيار وعدم حصول العتق أصلاً. وهو الأقوى، كما اختاره جماعة، منهم: العلامة في التذكرة والقواعد والمحقق الثاني في جامع المقاصد، لأن عتقهما معاً لا ينفذ، لأن العتق لا يكون فضولياً، والمعنى لا يكون مالكاً لهما بالفعل، لأن ملك أحدهما يستلزم خروج الآخر عن الملك. ولو كان الخيار في الفرض المذكور لباع العبد بعتق العبد على جواز التصرف من غير ذى الخيار في مده الخيار، وعتق الجاربه على جواز عتق الفضولى. والثاني غير صحيح اتفاقاً، وسيأتى الكلام فى الأول وإن كان الخيار لهما.

الشرح:

لا يمكن الجمع بينهما يكون كتزويج الأم والبنت دفعه واحده.

نعم الظاهر الحكم بالصححه بالإضافه إلى العبد فيما إذا لم يقصد فى عتقهما انحلال الشراء السابق، كما إذا نسي شراء العبد بالجاريه وتخيّل أنّهما ملكه فعلاً فأعتقهما ولكن هذا الفرض خارج عن مفروض كلامهم، وفى مفروض كلامهم يحكم ببطلان العتقين وبقاء الخيار لعدم ثبوت المسقط.

لا يقال: مع قصده انحلال الشراء بعتق الجاربه يحكم بانحلال الشراء مع فساد العتقين، لأن عدم إمضاء عتق الجاربه والعبد لعدم إمكان كونها معاً ملكه فى زمان واحد، وصحه العتقين تتوقف على كونهما معاً فى ملكه فى زمان واحد، وترجيح أحدهما بلا معيّن.

فأنه يقال: إنشاء عتق العبد يمنع عن كون إنشاء عتق الجاربه إبرازاً للانحلال، فإن عتق العبد إحداث حدث فى المشتري بانفساخ زمان خيار الحيوان أو خيار الشرط فيكون إجازة للشراء، وإذا لم يحرز الفسخ يحكم ببقاء الشراء بل ببقاء الخيار.

الصوره الثانيه: ما إذا كان عتق العبد والجاريه مع الخيار للبائع فقط، ففي الفرض

## تصرّف من عليه الخيار فيما انتقل إليه

ففى القواعد والإيضاح وجامع المقاصد: صحّ عتق الجاربه ويكون فسخاً، لأنّ عتق العبد من حيث إنّهُ إبطال لخيار بائعه غير صحيح بدون إجازة البائع، ومعها يكون إجازة منه لبيعه، والفسخ مقدّم على الإجازة. والفرق بين هذا وصورة اختصاص المشتري بالخيار: أنّ عتق كل من المملوكين كان من المشتري صحيحاً لازماً، بخلاف ما نحن فيه. نعم، لو قلنا هنا بصحّ عتق المشتري فى زمان خيار البائع كان الحكم كما فى تلك الصورة.

مسأله: من أحكام الخيار عدم جواز تصرّف غير ذى الخيار [١] تصرّفًا يمنع من استرداد العين عند الفسخ على قول الشيخ والمحكى عن ابن سعيد فى جامع الشرائع وظاهر جماعه من الأصحاب، منهم: العلامه فى القواعد والمحقّق والشهيد الشرح:

يحكم بانعتاق العبد بناءً على جواز تصرّف من عليه الخيار فيما انتقل إليه، كما يحكم ببطلان عتق الجاربه لوقوعه فى غير ملكه، ولا يفيد إجازة البائع لعدم جريان الفضوليه فى العتق.

الصورة الثالثه: ما إذا كان الخيار لهما، وعلى ذلك فعتق المشتري بالإضافة إلى العبد غير صحيح بناءً على تعلّق حق البائع به، فىكون عتقه تصرّفًا فى حقّ الغير فيبطل، وأما عتق الجاربه فيصح فىكون عتقهما فسخاً.

ولو أجاز البائع عتق العبد بعد ذلك فىكون إجازته إسقاطاً لخياره، فىكون من تقديم الفسخ على الإجازة.

نعم لو قلنا بجواز تصرّف المشتري فى العبد بالعتق، فىكون الفرض كالفرض الأوّل فى بطلان العتقين وبقاء العقد والخيار.

[١] يقع الكلام فى المقام فى جواز تصرّف من عليه الخيار فيما انتقل إليه بتصرّف يمنع عن رد العين على من له الخيار على تقدير فسخه.

الثانيان قدس الله أسرارهم في ظاهر كلماتهم، بل في مفتاح الكرامه في مسأله عدم انتقال حق الرجوع في الهبه إلى الورثه : أن حق الخيار يمنع المشتري من التصرفات الناقله عند الأ-كث، وعن جماعه في مسأله وجوب الزكاه على المشتري للنصاب بخيار للبائع: أن المشتري ممنوع من كثير من التصرفات المنافيه لخيار البائع، بل ظاهر المحكى عن الجامع كعباره الدروس عدم الخلاف في ذلك، حيث قال في الجامع: وينتقل المبيع بالعقد وانقضاء الخيار، وقيل بالعقد، ولا ينفذ تصرف المشتري فيه حتى ينقضى خيار البائع. وستجىء عبارة الدروس. ولكن خلاف الشيخ وابن سعيد مبنى على عدم قولهما بتملك المبيع قبل انقضاء الخيار،

الشرح:

ولو قيل بعدم حصول النقل والانتقال إلا بانقضاء الخيار، كما عن الشيخ (١) وابن سعيد في جامع الشرايع (٢) يكون عدم جواز تصرف كل من المتعاقدين فيما وصل إليه من صاحبه على القاعده سواء كان التصرف متلفاً أو ناقلاً أو لم يمنع عن رد العين كركوب الدابه.

وإنما الكلام في عدم جواز على القول بحصول النقل والانتقال من حين تمام العقد كما عليه المشهور، وقد ينسب عدم الجواز إلى العلامه في القواعد (٣) والمحقق والشهيد الثانيين (٤)، بل في مفتاح الكرامه (٥) في مسأله عدم انتقال حق الرجوع عن الواهب إلى ورثته: أن خيار البائع يمنع المشتري عن تصرفه في المبيع مع كون

ص: ٢٧٣

١- (١) راجع المبسوط ٢: ٢١١ و ٩٦.

٢- (٢) الجامع للشرائع: ٢٤٨.

٣- (٣) القواعد ٢: ٧٠.

٤- (٤) راجع جامع المقاصد ٤: ٣١٢ و ٣١٥، و ٩: ١٦٩، والمسالك ١: ٣٦٠.

٥- (٥) مفتاح الكرامه ٩: ١٩٥.

فلا يُعدّ مثلهما مخالفاً في المسألة. والموجود في ظاهر كلام المحقق في الشرائع: جواز الرهن في زمن الخيار، سواء كان الخيار للبائع أو المشتري أو لهما، بل ظاهره عدم الخلاف في ذلك بين كل من قال بانتقال الملك بالعقد، وكذا ظاهره في باب الزكاه حيث حكم بوجوب الزكاه في النصاب المملوك ولو مع ثبوت الخيار. نعم، استشكل فيه في المسالك في شرح المقامين على وجه يظهر منه: أنّ المصنّف معترف بمنشأ الإشكال. وكذا ظاهر كلام القواعد في باب الرهن وإن اعترض عليه جامع المقاصد بما مرّ من المسالك. لكن صريح كلامه في التذكرة في باب الصرف

الشرح:

التصرّف متلفاً أو ناقلاً عند الأكثر.

وعن جماعه(1): عدم وجوب الزكاه على مشتري النصاب فيما كان لبائعه خيار الفسخ وإن انقضى من حين الشراء حولاً كاملاً، لأنّ من شرط الزكاه كون مالك النصاب متمكناً على التصرف في تمام الحول، والمشتري في الفرض لا يجوز له التصرف في النصاب المزبور ما دام للبائع خيار الفسخ.

ولكن عن الشرايع(2): أنّه يجوز لمشتري العين رهنها عند آخر زمان الخيار سواء كان الخيار للبائع أو له أو لكليهما.

وكذا ذكر(3) في مسأله شراء النصاب مع الخيار لبائعه: وجوب الزكاه على المشتري بانقضاء حول الشراء. وان استشكل عليه في المسالك(4) في كلّ من المسألتين، بحيث يظهر منه أنّ المحقق أيضاً ملتزم بمنشأ الإشكال، وأنّ التصرف ينافي

ص: ٢٧٤

١- (١) راجع مفتاح الكرامه ٣: ١٩، ومستند الشيعة ٩: ٣٠، والجواهر ١٥: ٣٩.

٢- (٢) الشرائع ٢: ٧٧.

٣- (٣) الشرائع ١: ١٤١.

٤- (٤) راجع المسالك ١: ٣٦ و ٤: ٢٥.

جواز التصرف. وكذا صريح كلام الشهيد في الدروس حيث قال في باب الصرف: لو باع أحدهما ما قبضه على غير صاحبه قبل التفريق، فالوجه الجواز وفاقاً للفاضل، ومنعه الشيخ قدس سره لأنه يمنع الآخر خياره. ورُدَّ بأننا نقول: يبقى 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 للمعه بل صريحها في مسأله رهن ما فيه الخيار، وإن شرحها في الروضه بما لا يخلو عن تكلف.

الشرح:

حق استرداد العين للبائع.

وكذا يظهر جواز التصرف عن رهن القواعد(١)، بل عن صريح العلامة في التذكرة(٢) في باب الصرف.

وايضا يظهر الجواز عن الشهيد رحمه الله في الدروس(٣) حيث ذكر في باب الصرف: أنه يجوز لأحد المتصارفين في مجلس العقد بيع ما قبضه من شخص ثالث، ولا يمنع خيار المجلس الثابت لصاحبه عن جواز البيع الثاني، لأنَّ حقَّ الخيار لصاحبه يبقى، ويكون له على تقدير الفسخ استرداد مثل المقبوض.

وأيضا ذكر الشهيد رحمه الله في اللعه(٤): أنه يجوز لمشتري العين رهنها ولو مع الخيار للبائع، وظاهره جواز الرهن وجعلها وثيقه للدين عليه لثالث.

ولكن حمله الشهيد الثاني في الشرح(٥) على ما كان الثمن دينا على المشتري

ص: ٢٧٥

١- (١) القواعد ٢ : ١١٠ .

٢- (٢) التذكرة ١ : ٥١٤ .

٣- (٣) الدروس ٣ : ٣٠٢ .

٤- (٤) اللعه الدمشقيّه : ١٣٨ .

٥- (٥) الروضه البهيّه ٤ : ٧٠ .

هذا، ويمكن أن يقال: إن قول الشيخ ومن تبعه [١] بالمنع ليس منشؤه القول بعدم انتقال المبيع ومتفرعاً عليه، وإلا لم يكن وجه لتعليل المنع عن التصرف بلزوم إبطال حق الخيار، بل المتعين حينئذ الاستناد إلى عدم حصول الملك مع وجود الخيار. بل لعل القول بعدم الانتقال منشؤه كون المنع عن التصرف مفروغاً عنه عندهم، كما يظهر من بيان مبنى هذا الخلاف في الدروس، قال: في تملك المبيع بالعقد أو بعد الخيار بمعنى الكشف أو النقل خلاف، مأخذه: أن الناقل العقد، الشرح:

وجعل العين المبيعه رهنا على ذلك الثمن.

وهذا الحمل تكلف، فإنه لم يفرض الشهيد قدس سره كون الثمن ديناً عليه.

[١] وحاصله: أن منع الشيخ وابن سعيد عن تصرف من عليه الخيار فيما وصل إليه ليس لأجل عدم حصول الملك إلى انقضاء الخيار، بحيث لو قالوا بحصول الملك من حين العقد لالتزما بجواز التصرف الناقل أو المتلف.

والوجه في ذلك أنه قد علم الشيخ قدس سره عدم جواز بيع أحد المتصارفين ما قبضه من ثالث في مجلس العقد بأن البيع المزبور مانع عن خيار صاحبه، ولو كان عدم الجواز متفرعاً على عدم الملك لكان المتعين أن يعلل عدم الجواز بعدم صيروره ما قبضه ملكاً لبائعه.

ويظهر عدم كون منعها متفرعاً على عدم حصول الملك بالعقد عن الشهيد (١) قدس سره في مسأله حصول الملك بالعقد أو بانقضاء الخيار، وإن انقضاء الخيار يعتبر بنحو الكشف أو بنحو النقل. وذلك فإنه ذكر في وجه حصول الملك بالعقد أنه الناقل وثبوت الخيار للاستدراك، والاستدراك لا ينافي حصول الملك بالعقد. وذكر في وجه حصول الملك بانقضاء الخيار أن الغرض من الملك هو التصرف، والتصرف

ص: ٢٧٤

والغرض بالخيار الاستدراك وهو لا ينافيه، وأن غاية الملك التصرف الممتنع في مده الخيار، انتهى. وظاهر هذا الكلام كالمتمقدم عن جامع ابن سعيد كون امتناع التصرف في زمن الخيار مسلماً بين القولين، إلا أن يراد 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 محاله. وهذا الاحتمال وإن بعد عن ظاهر عباره الدروس، إلا أنه يقربه أنه قدس سره قال بعد أسطر: إن في جواز تصرف كل منهما في الخيار وجهين.

الشرح:

ممتنع في زمان الخيار.

وظاهر هذا الكلام أن عدم جواز التصرف زمان الخيار متسالم عليه عند القائلين بحصول الملك بالعقد، والقائلين بحصوله بانقضاء الخيار.

اللهم إلا- أن يقال: إن المراد من التصرف الذي تسالم عليه القائل بحصول الملك بالعقد والقائل بحصوله بانقضاء الخيار على عدم جوازه هو التصرف الذي يكون نافذاً، بحيث لا- يكون في معرض الانحلال ولا- في معرض الضمان بأن لا- يبطل ذلك التصرف بفسخ ذي الخيار، ولا يكون لدى الخيار الرجوع إلى بدل المال الذي أتلفه من عليه الخيار أو نقله إلى ثالث، فلا ينافي التسالم على ذلك الالتزام بجواز تصرف من عليه الخيار بحيث يبطل مع فسخ من له الخيار أو يرجع من له الخيار إلى بدله.

وكون المراد من التصرف الممنوع عند القائلين بالقولين ما ذكر خلاف ظاهر كلام الدروس في بيان مدرك القول بحصول الملك بالعقد أو بانقضاء الخيار، حيث إن ظاهره: أن التصرف ممتنع أي غير جائز، لا أنه غير نافذ على حدّ الملك اللازم، إلا أنه يقرب احتمال كون المراد التصرف النافذ قوله بعد أسطر من بيان مدرك حصول الملك بالعقد أو بانقضاء الخيار: إن في جواز تصرف كل منهما مع اشتراك الخيار

ص: ٢٧٧



والحاصل: أنّ كلمات العلامه والشهيد بل وغيرهما قدّس الله أسرارهم في هذا المقام لا تخلو بحسب الظاهر عن اضطراب. ثم إنّ الظاهر عدم الفرق بين العتق وغيره [١] من التصرفات، وربما يظهر من كلمات بعضهم تجويز العتق لبنائه على التغليب. وكذا الظاهر عدم الفرق بين الإتلاف والتصرفات الناقله. واختار بعض أفاضل من عاصرناهم الفرق بالمنع عن الإتلاف وتجويز غيره، لكن مع انفساخه من أصله عند فسخ ذى الخيار، وقيل بانفساخه حينئذٍ من حينه. حجّه القول بالمنع: أنّ الخيار حقّ يتعلّق بالعقد المتعلّق بالعوضين من حيث إرجاعهما

الشرح:

وجهين (١).

ووجه التقريب: أنّ حصول الملك بالعقد أو بانقضاء الخيار يجرى فى الخيار المشترك والمختص كما يأتى، والاستدلال على الحصول بانقضاء الخيار بامتناع التصرف لابد من كونه المتسالم عليه فى الخيار المختص والمشارك، فذكر الوجهين فى جواز التصرف فى الخيار المشترك يلزمه أن يكون المراد بالجواز غير امتناع التصرف المذكور فى مبنى حصول الملك بالعقد أو بانقضاء الخيار بأن يكون الامتناع بمعنى النفوذ المتسالم عليه، وبمعنى عدم الصحه المختلف فيه.

[١] قد يقال: بأنّ من عليه الخيار يجوز له عتق العبد بمعنى أنّ عتق العبد الذى اشتراه بخيار بائعه صحيح دون سائر التصرفات لبناء العتق على التغليب (٢).

وفيه: أنّ معنى التغليب: تقديم العتق على غيره مع جواز كل منهما.

وقد يقال: بأنّ إتلاف من عليه الخيار العين المنتقله إليه غير جائز، وأمّا التصرفات الاعتباريه الناقله فلا باس بها.

ص: ٢٧٨

١- (١) الدروس ٣ : ٢٧١ .

٢- (٢) راجع مفتاح الكرامه ٤ : ٦٠٢ .

بحل العقد إلى مالهما السابق، فالحق بالأخره متعلق بالعين التي انتقلت منه إلى صاحبه، فلا يجوز لصاحبه أن يتصرف فيها بما يبطل ذلك الحق بإتلافها أو نقلها إلى شخص آخر. ومنه يظهر أن جواز الفسخ مع التلف بالرجوع إلى البدل لا يوجب جواز الإتلاف، لأن الحق متعلق بخصوص العين، فإتلافها إتلاف لهذا الحق وإن انتقل إلى بدله لو تلف بنفسه، كما أن تعلق حق الرهن ببدل العين المرهونه بعد تلفها لا يوجب جواز إتلافها على ذى الحق.

الشرح:

ولكن التزم هذا القائل بأنه مع فسخ ذى الخيار تنحل تلك التصرفات الصادره عن عليه الخيار من حين الفسخ (١) أو من أصلها (٢).

ولعل مبنى ذلك أن التصرفات الاعتباريه لانحلالها بفسخ البيع لا تمنع عن استرداد ذى الخيار عين المال، بخلاف الإتلاف فلا يكون تفصيلاً فى التصرفات المانعه عن رد العين كما لا يخفى.

وكيف ما كان فيستدل على عدم جواز التصرف المتلف أو الناقل بأن الخيار وإن تعلق بالعقد حيث إن السلطنه على فسخ العقد إلا أن تعلق العقد بالعوضين مقتضاه تعلق الحق بالأخره بالعين المنتقله عن ذى الخيار بأن يكون له حق استرجاعها إلى ملكه ثانياً فلا يجوز للأخر التصرف فى تلك العين بما يمنع عن الاسترجاع سواء كان باتلافها أو نقلها إلى ثالث.

لا يقال: لو كان الحق متعلقاً بالعين لانتهى بتلف العين بنفسها مع أن لذى الخيار الفسخ بعد التلف والرجوع ببدلها.

فإنه يقال: لا تلازم بين عدم جواز الاتلاف أو النقل لتعلق الحق بالعين ابتداءً،

ص: ٢٧٩

١- (١) لم نعثر عليه .

٢- (٢) وهو المحقق التستري فى المقابس : ٢٠٠ .

وإلى ما ذكر يرجع ما فى الإيضاح: من توجيه بطلان العتق فى زمن الخيار بوجوب صيانته حقّ البائع فى العين المعيّنه عن الإبطال. ويؤيد ما ذكرنا: أنّهم حكموا من غير خلاف يظهر منهم بأنّ التصرف الناقل إذا وقع بإذن ذى الخيار سقط خياره، فلو لم يكن حقاً متعلقاً بالعين لم يكن وقوع ذلك موجباً لسقوط الخيار، فإنّ تلف العين لا ينافى بقاء الخيار، لعدم منافاه التصرف لعدم الالتزام بالعقد وإراداه الفسخ بأخذ قيمه. هذا غاية ما يمكن أن يقال فى توجيه المنع، لكنه لا يخلو عن نظر، فإنّ الثابت من خيار الفسخ [١] بعد ملاحظه جواز التفاسخ فى حال تلف العينين هى سلطنه ذى الخيار على فسخ العقد المتمكّن فى حالتى وجود العين وفقدها، فلا دلالة فى مجرد ثبوت الخيار على حكم التلف جوازاً ومنعاً، الشرح:

وبين التعلق ببدلها على تقدير تلفها نظير ما ارتهن العين، فانه لو تلف العين لتعلق حق الرهن ببدلها، مع أنّه لا يجوز فى الفرض للراهن إتلاف العين المرهونه، وإلى ذلك يرجع ما فى الإيضاح (١): من عدم جواز عتق العبد المُشترى بخيار البائع، لانه يجب صيانته حقّ ذى الخيار فى العين المعيّنه.

ويؤيد تعلق حقّ ذى الخيار بالعين ما تسالموا عليه من أنّه لو تصرف من عليه الخيار فى العين المنتقله إليه، وأجازة من له الخيار سقط خياره.

والوجه فى التأيد: أنّه لو لم يتعلّق حقّه بالعين لما كانت إجازة التصرف إسقاطاً للخيار، حيث لا منافاه بين صحه التصرف المزبور وفسخ العقد كما لا يخفى.

[١] الثابت من أدله الخيار جواز الفسخ العقد بنحو الحق سواء كانت العين المنتقله عن ذى الخيار تالفه أو باقيه، فإنّ قوله عليه السلام «ومشترى الحيوان بالخيار إلى ثلاثه

ص: ٢٨٠

فالمرجع فيه أدله سلطنه الناس على أموالهم، ألا- ترى أن حق الشفيع لا يمنع المشتري من نقل العين؟ ومجرد الفرق بينهما: بأن الشفعه سلطنه على نقل جديد فالملك مستقر قبل الأخذ بها غايه الأمر تملك الشفيع نقله إلى نفسه، بخلاف الخيار فإنها سلطنه على رفع العقد و إرجاع الملك إلى الحاله السابقه، لا يؤثر في الحكم المذكور مع أن الملك فى الشفعه أولى بالتزلزل، لإبطالها تصرفات المشتري اتفاقاً.

الشرح:

أيام» (١) مع ملاحظه أن الحدث فى الحيوان مسقط لخيار المشتري مقتضاه جواز الفسخ للمشتري فى ثلاثه أيام سواء كان الثمن بيد بائعه باقيا أو تالفا.

وكذلك قوله عليه السلام «من اشترى ما به عيب وعوار الخ» (٢) مقتضاه جواز فسخ شراء المعيب مع بقاءه سواء كان ثمنه باقيا بيد بائعه أو تالفا، بل يثبت هذا الاطلاق فى روايات (٣) خيار المجلس أيضا، فإن مقتضاها أن يجوز لبائع الشىء قبل الافتراق فسخ ذلك البيع ولو باع مشتريه ذلك المتاع فى مجلس العقد من آخر.

وعلى ذلك فلا- دلالة فى أدله الخيارات الشرعيه التأسيسيه على أن من عليه الخيار يجب عليه إبقاء ما انتقل إليه ما دام لصاحبه خيار، بل مقتضى ما دل على سلطنه المالك على ماله جواز التصرف له كان التصرف خارجيا أو اعتباريا.

والحاصل: أن ثبوت الحق لمن له فسخ العقد لا- يمنع من عليه الخيار عن التصرف فى العين المنتقله إليه، كما أن ثبوت حق الشفعه للشفيع لا يلازم منع مشتري الحصه عن التصرف فى الحصه المزبوره.

لا يقال: الأخذ بالشفعه لا يوجب انحلال بيع تلك الحصه، حيث إن الأخذ

ص: ٢٨١

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٥ ، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٩ ، الباب ١٦ من أبواب الخيار .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨ : ٥ ، الباب ١ من أبواب الخيار .

وأما حقّ الرهن، فهو من حيث كون الرهن وثيقه يدلّ على وجوب إبقائه وعدم السلطنة على إتلافه، مضافاً إلى النصّ والإجماع على حرمة التصرف في الرهن مطلقاً ولو لم يكن متلفاً ولا ناقلاً. وأما سقوط الخيار بالتصرف الذي أذن فيه ذو الخيار، فلدلاله العرف، لا للمنافاه.

الشرح:

بالشفعة مبادله أخرى بين مشتري الحصه وبين الشفيع، وأنّ الشفيع بالأخذ بالشفعة يتملك تلك الحصه بازاء مثل الثمن في الشراء، بخلاف خيار الفسخ فان بالفسخ ينحل الشراء.

فإنّه يقال: الكلام في تصرف من عليه الخيار وتصرف من عليه الشفعة، ونقول كما أنّ حق الشفعة لا يمنع عن جواز تصرف من عليه الشفعة، ولا- يكون حق الشفعة حقاً في تلك الحصه المبيعه، بل الحق متعلق بتملكها بمساو الثمن كذلك حق الخيار لا يوجب الحقّ في العين المنتقله إلى من عليه الخيار.

بل جواز تصرف من عليه الشفعة أشكال، لأنّ تصرفه في معرض الانحلال بلا خلاف، فإنّه لو باع مشتري الحصه تلك الحصه من آخر يجوز للشفيع الأخذ بالشفعة من شراء ذلك الآخر والأخذ بالشفعة من الشراء الاول، فان أخذ بها من الشراء الأول ينحل البيع الثاني بلا خلاف، بخلاف خيار الفسخ فإنّ المشتري لو باع العين من آخر وفسخ البائع البيع بخياره فقد يأتي عدم انحلال البيع الثاني، وأنّ البائع بعد فسخه يرجع إلى بدل العين مثلاً أو قيمه.

لا يقال: تعلق حق الرهانه بالعين المرهونه يمنع الراهن عن التصرف في تلك العين، فلم لا يكون الخيار مثله.

فإنّه يقال: قد تقدّم أنّ الخيار حقّ يتعلّق بالفسخ، بخلاف حق الرهانه فإنّه يتعلّق بالعين المرهونه، مع أن حق الرهانه في نفسه يمنع الراهن عن التصرف في العين

والحاصل: أنّ عموم «الناس مسلّطون على أموالهم» لم يعلم تقييده بحقّ يحدث لذي الخيار يزاحم به سلطنه المالك، فالجواز لا يخلو عن قوه في الخيارات الأصليّه.

وأما الخيارات المَجعوله بالشرط [١] فالظاهر من اشتراطها إرادته إبقاء الملك ليسترده عند الفسخ، بل الحكمه في أصل الخيار هو إبقاء السلطنه على استرداد الشرح:

المرهونه، حيث إنّ الرهن في الحقيقه وثيقه للدين ومع جواز الإتلاف لا يتحقق الوثاقه.

ولذا ذكروا أنّه لا يجوز للراهن والمرتهن التصرف في العين المرهونه كان التصرف متلفاً أو ناقلاً أو غيرهما.

ولكن ذكرنا في شرائط العوضين أنّه وإن لا يجوز للراهن إتلاف العين المرهونه، حيث إنّ الاتلاف ينافي كون العين وثيقه للدين إلاّ أنّه لا بأس بالتصرّفات الناقله فضلاً عن غيرها، فإنّ العين تنتقل إلى الثالث كما هي من تعلق حق الرهانه بها.

وما ذكروا من سقوط الخيار باذن ذي الخيار في التصرف المتلف أو الناقل فلا يدل على تعلق الخيار بالعين، بل لأنّ الإذن المزبور كاشف بكشف نوعي عن إغماض ذي الخيار عن فسخ البيع والرضا ببقائه، فيدخل في الإسقاط من هذه الجهه لا لأنّ الإذن فيه ينافي بقاء الخيار عقلاً كما لا يخفى.

[١] ذكر قدس سره أنّ الحكمه في ثبوت الخيار شرعاً إبقاء السلطنه على استرداد العين، ولذا لا ينافي الخيار الشرعي تصرف من عليه الخيار في العين المنتقله إليه، بخلاف الخيار المَجعول باشتراط المتعاقدين فإنّ السلطنه المزبوره علمه لجعل الخيار باشتراطهما.

العين، إلا- أنها في الخيار المَجْعول عله للجعل، ولا- ينافى ذلك بقاء الخيار مع التلف، كما لا يخفى. وعليه فيتعين الانتقال إلى البدل عند الفسخ مع الإتلاف. وأميا مع فعل ما لا يسوّغ انتقاله عن المتصرّف كالاتيلاذ، ففي تقديم حقّ الخيار لسبقه، أو الاتيلاذ لعدم اقتضاء الفسخ لردّ العين مع وجود المانع الشرعي كالعقلي، وجهان، أقواهما الثاني. ومنه يعلم حكم نقله عن ملكه وأنه ينتقل إلى البدل، لأنه إذا جاز التصرّف فلا داعي إلى إهمال ما يقتضيه التصرّف من اللزوم وتسليط العاقد الثاني على ماله، عدا ما يتخيل: من أن تملك العاقد الثاني مبنئ على العقد الأول، فإذا ارتفع بالفسخ وصار كأن لم يكن ولو بالنسبه إلى ما بعد الفسخ كان من لوازم ذلك ارتفاع ما بُنى عليه من التصرّفات والعقود.

الشرح:

وبقاء الخيار المَجْعول حتّى مع تصرّف من عليه الخيار إتلافا أو نقلاً وإن كان ممكنا لأنّ السلطنه على الاسترداد عله لجعله لا للخيار المَجْعول، إلاّ أنه يقتضى أن لا يجوز لمن عليه الخيار الإتلاف أو النقل.

أقول: كون الغايه من جعل الخيار التمكّن على استرداد العين لا يجرى في جميع الخيارات المشروطه فضلاً عن التأسيسه الشرعيه، بل الغرض من جعلها تمكّن من له الخيار على تدارك ما فات عنه سواء كانت الفاءت مالاً أو غرضاً.

وكيف يمكن أن يكون الغرض من جعل الخيار استرداد العين في موارد اشتراطه للمشتري مع أنه لا- غرض للمشتري غالباً في عين الثمن، بل الأمر في البائع أيضاً كذلك فيما كان غرضه من البيع الاسترباح.

نعم، ما ذكر غايه في بيع الخيار، ولذا يكون اشتراط إبقاء العين فيه ارتكازياً، فلا يجوز لمن عليه الخيار إتلافه أو نقله عملاً لما اشترط عليه من التحفظ على العين في مدّه الخيار.

ص: ٢٨٤

والحاصل: أنّ العاقد الثاني يتلقى الملك من المشتري الأول، فإذا فرض الاشتراء كأن لم يكن وملك البائع الأول العين بالملك السابق قبل البيع ارتفع بذلك ما استند إليه من العقد الثاني.

ويمكن دفعه: بأنّ تملك العاقد الثاني مستند إلى تملك المشتري له آنأ ما، لأن مقتضى سلطنته في ذلك الآن صحه جميع ما يترتب عليه من التصرفات، واقتضاء الفسخ لكون العقد كأن لم يكن بالنسبه إلى ما بعد الفسخ لأنه رفع للعقد الثابت. وقد ذهب المشهور إلى أنه لو تلف أحد العوضين قبل قبضه وبعد بيع العوض الآخر المقبوض انفسخ البيع الأول دون الثاني، واستحق بدل العوض المباع 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. الشرح:

لا يقال: ثبوت الخيار لأحد المتعاقدين يمنع من عليه الخيار عن التصرف فيما انتقل إليه سواء كان التصرف المزبور متلفاً للعين أو ناقلاً. وذلك فان مع فسخ ذى الخيار وانحلال البيع تعود تلك العين إلى ملك الفاسخ كى يصح ضمانها مثلاً أو قيمه، ومع التصرف المتلف كالعق أو الناقل كبيع العين من ثالث لا يمكن العود، فإن عودها يستلزم كون العبد معتقاً ومملوكاً للبائع الفاسخ فى زمان واحد، أو كونه مملوكاً له ولثالث مع التصرف الناقل.

ولا- يمكن الالتزام بانحلال العتق أو الشراء الثانى بانحلال البيع الأول من الأصل، أو من زمان وقوع فسخ البيع الأول، فان لازم ذلك وقوع العتق أو الشراء الثانى مراعىً أو متزلزلاً ولا يصح شىء منهما.

فإنه يقال: لا- منافاه بين الخيار ونفوذ التصرف المتلف أو الناقل، ولا موجب للالتزام بانحلال التصرف المتلف أو الناقل لا من أصلهما أو من حين فسخ البيع الأول.



ثم إنه لا فرق بين كون العقد الثاني لازماً أو جائزاً، لأن جواز العقد يوجب سلطنه العاقد على فسخه، لا سلطنه الثالث الأجنبي. نعم، يبقى هنا إلزام العاقد بالفسخ بناءً على أن البدل للحيلولة وهي مع تعذر المبدل، ومع التمكّن يجب تحصيله، إلا أن يقال باختصاص ذلك بما إذا كان المبدل المتعذر باقياً على ملك مستحقّ المبدل، كما في المغصوب الآبق. أمّا فيما نحن فيه، فإن العين ملك للعاقد الثاني، والفسخ إنما يقتضى خروج المعوّض عن ملك من يدخل في ملكه العوض وهو العاقد الأول، فيستحيل خروج المعوّض عن ملك العاقد الثاني، فيستقرّ بدله على العاقد الأول، ولا دليل على إلزامه بتحصيل المبدل مع دخوله في ملك ثالث، وقد مرّ بعض الكلام في ذلك في خيار الغبن. هذا، ولكن قد تقدّم: أن ظاهر عبارتي الدروس والجامع الاتفاق على عدم نفوذ التصرفات الواقعة في زمان الخيار. الشرح:

والوجه في ذلك يظهر بملاحظته التلف الحقيقي للعين بيد من عليه الخيار، فإنّ معنى عود التالف إلى ملك الفاسخ اعتبار تلك العين عند تلفها ملكاً للفاسخ بمعنى أنّ تلفها وقع في ملكه مع كون العين بيد الغير لا- أنّ العين بعد تلفها عادت إلى ملك الفاسخ، فإنّ العود كذلك لا يوجب ضمان ذى الخيار.

وعلى ذلك فالعتق عن عليه الخيار لوقوعه في ملكه يكون نافذاً فيحسب بعد فسخ ذى الخيار إتلافاً واقعاً في ملك الفاسخ، وكذلك الشراء الثاني فإنه بعد فسخ ذى الخيار يحسب عند بيعها من ثالث إتلافاً واقعاً في ملك الفاسخ فيكون ضمانها على من أتلّفها.

ولا- وجه لانحلال العتق لا من الأصل ولا من حين الفسخ وكذا الشراء الثاني لكون كل من العتق والبيع الثاني في زمان وقوعه واجداً لتمام ما يعتبر في صحته ولزومه وقد شملهما خطاب النفوذ ودليل حل البيع ووجوب الوفاء بالعقد.

وتوجيهه بإرادته التصرف على وجه لا يستعقب الضمان بأن يضمنه ببدله بعد فسخ ذى الخيار بعيد جداً. ولم يظهر ممن تقدم نقل القول بالجواز عنه الرجوع إلى البديل إلا- في مسأله العتق والاستيلاء. فالمسأله فى غاية الإشكال. ثم على القول بانفساخ العقد الثانى، فهل يكون من حين فسخ الأول، أو من أصله؟ قولان، اختار ثانيهما بعض أفاضل المعاصرين، محتجاً: بأن مقتضى الفسخ تلقى كل من العوضين من ملك كل من المتعاقدين، فلا يجوز أن يتلقى الفاسخ الملك من العاقد الثانى، بل لا بد من انفساخ العقد الثانى بفسخ الأول ورجوع العين إلى ملك المالك الأول ليخرج منه إلى ملك الفاسخ، إلا أن يلتزم: بأن ملك العاقد الثانى إلى وقت الفسخ، فتلقى الفاسخ الملك بعد الفسخ من العاقد الأول. وردّه القائل: بعدم معرفيه التملك المؤقت فى الشرع، فافهم.

الشرح:

ومما ذكر يظهر الحال فيما إذا وقع المعاوضه بين العينين وتصرف من انتقل إليه إحدى العينين فيها بتصرف متلف أو ناقل ثم تلف العين الأخرى قبل قبضها، فإنه يصح التصرف الناقل أو المتلف لوقوع كل منهما فى ملك المتصرف، فيعمه دليل النفوذ وخطاب الصحة بناءً على ما هو الصحيح من أن التلف قبل القبض يوجب انحلال البيع من حين التلف لا من أصله، لأن اشتراط القبض يختص ببيع السلم والتقابض ببيع الصرف.

وما دل على ضمان البائع التلف قبل القبض لا يستفاد منه إلا الانحلال من حين التلف.

ومما ذكرنا من أن التصرف الناقل عمن عليه الخيار يعتبر حين الفسخ إتلافاً لمال الغير فينتقل إلى الضمان أو القيمة يظهر عدم الفرق بين الناقل اللازم أو الجائز، وأنه ليس لدى الخيار فسخ ذلك الناقل الجائز لأنه أجنبى عن ذلك التصرف ولا إجبار على

ص: ٢٨٧

ثم إنَّ المتيقن من زمان الخيار [١] الممنوع فيه من التصرف على القول به هو زمان تحقق الخيار فعلاً، كالمجلس والثلاثة في الحيوان والزمان المشروط فيه الخيار. وأما الزمان الذي لم يتنجز فيه الخيار إما لعدم تحقق سببه كما في خيار التأخير بناءً على أن السبب في ثبوته تضرر البائع بالصبر أزيد من الثلاثه، وإما لعدم تحقق شرطه كما في بيع الخيار بشرط رد الثمن، بناءً على كون الرد شرطاً للخيار وعدم تحققه قبله، وكاشتراط الخيار في زمان متأخر ففي جواز التصرف قبل تنجيز الخيار خصوصاً 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 الشرح:

من عليه الخيار بفسخه، بل ليس لذي الخيار إلتزام من عليه الخيار بدفع العين لو رجعت إليه بناقل آخر بل بفسخ ذلك الناقل الجائر أيضاً.

اللهم إلا أن يقال: إنَّ النقل الجائر إنما يحسب إلتافاً فيما إذا لم ترجع العين إلى ملك من عليه الخيار بفسخ الناقل الجائر، وإلا فلا إلتلاف في اعتبار العقلاء والله سبحانه هو العالم.

[١] لا يخفى أنه لو كان المانع عن جواز تصرف من عليه الخيار تعلق الحق بالعين المنتقله إليه لجاز له التصرف في تلك العين قبل زمان ثبوت الخيار، كما لو قيل بأن خيار الغبن، بعد ظهور الغبن وان خيار العيب بعد ظهور العيب، لأنَّ الموجب لتعلق الحق بالعين وهو الخيار لم يحصل.

وأما لو قيل بأنَّ المانع عن صحه التصرف ونفوذه أن التصرف المزبور ينافي ثبوت الخيار فلا فرق بين التصرف قبل زمان فعلية الخيار والتصرف قبله، فان مع كل من التصرفين لا يحصل الفسخ ويلزم كون العبد معتقاً ومملوكاً أو مملوكاً، للفاسخ وللثالث فتدبر.

الفسخ حينئذٍ. ومن أنه لا حقَّ بالفعل لذى الخيار فلا مانع من التصرف. ويمكن الفرق بين الخيار المتوقف على حضور الزمان، والمتوقف على شىء آخر كالتأخير والرؤية على خلاف الوصف، لأنَّ ثبوت الحقِّ فى الأوّل معلوم وإن لم يحضر زمانه، بخلاف الثانى، ولذا لم يقل أحد بالمنع من التصرف فى أحد العوضين قبل قبض الآخر من جهة كون العقد فى معرض الانفساخ بتلف ما لم يقبض، وسيجىء ما يظهر منه قوّه هذا التفصيل. وعلى كلِّ حال، فالخيار المتوقف تنجزه فعلاً على ظهور أمر كالغبن، والعيب، والرؤية على خلاف الوصف غير مانع من التصرف بلا خلاف ظاهراً.

فرعان:

الأول: لو منع من التصرف [١] المتلف فى زمان الخيار، فهل يمنع عن التصرف المعرض لفوات حقِّ ذى الخيار من العين، كوطء الأمه فى زمان الخيار، بناءً على أنّ الاستيلاء مانع من ردِّ العين بالخيار؟ قولان للمانعين، أكثرهم على الجواز، كالعلامة فى القواعد والشارح فى جامع المقاصد وحكى عن المبسوط والغنية والخلاف، لكن لا يلائم ذلك القول بتوقف الملك على انقضاء الخيار، كما اعترف به فى الإيضاح. ولذا حمل فى الدروس تجويز الشيخ للوطء على ما إذا اختص الخيار بالواطئ. لكن قيل: إنّ عبارة المبسوط لا تقبل ذلك. وظاهر المحكى عن التذكرة وظاهر الدروس المنع عن ذلك، لكون الوطء معرضاً لفوات حقِّ ذى الخيار من العين.

الشرح:

[١] لو بنى على أنّ من عليه الخيار لا يجوز له التصرف المتلف أو الناقل فهل يمنع عن تصرف كانت العين معه فى معرض عدم إمكان الرد على ذى الخيار بفسخه كوطء الأمه مع الإنزال فى رحمها حيث يمكن كون الأمه مستولده به.

ص: ٢٨٩

الثانى: أنه هل يجوز إجاء العين فى زمان الخيار [١] بدون إذن ذى الخيار؟ فىه وجهان: من كونه ملكاً له، ومن إبطال هذا التصرف، لتسلط الفاسخ على أخذ العين، إذ الفرض استحقاك المستأجر لتسلمه لأجل استيفاء منفعته. ولو آجره من ذى الخيار أو بإذنه ففسخ لم يبطل الإجاره، لأن المشتري ملك العين ملكيه مطلقه مستعدّه للدوام، ومن نماء هذا الملك المنفعه الدائمه، فإذا استوفاه المشتري الشرح:

أقول: مع عدم العلم والاطمينان بالاستيلاء فالأصل جوازه أخذاً بأصالة الحليه، وأما مع العلم أو الاطمينان فلا يبعد عدم الجواز لكونه منعا عن ردّ الأمه التى تعلق بها حقّ ذى الخيار، وعدم إمكان صيرورتها ملكا للفاسخ مع كونها ملكا للواطى على ما تقدم من أنّ المانع عن التصرف تعلق حقّ ذى الخيار بالعين، أو تنافى التصرف مع الخيار.

[١] وحاصل ما ذكره فى المقام: أنّ من عليه الخيار لو آجر العين التى اشتراها بخيار بايعها فهل تصح تلك الإجاره بحيث لو فسخ ذوالخيار البيع لعادت العين إليه مسلوبه المنفعه، أم لا تصحّ تلك الإجاره لاستلزامها أن لا يجوز للبائع بعد فسخه أخذ العين من يد مستأجرها مدّه الإجاره، فتكون الإجاره منفيه لحقّ الخيار على ما تقدم.

نعم لو استأجر العين بائعها من مشتريها أو آجرها مشتريها لآخر باذن بائعها فلا تبطل الإجاره بفسخ البائع، بل تعود العين إليه مسلوبه المنفعه.

والوجه فى عدم بطلان الإجاره: أنّ من عليه الخيار يملك منفعه العين تبعا لملك العين بملكه مطلقه، فله استيفاء تلك المنفعه باستيجار العين.

وإذا فسخ بايعها يرجع العين إلى ملكه مسلوبه المنفعه، كما إذا آجر العين مالكةا ثم باعها من آخر، فإنّ مشتريها يملك العين مسلوبه المنفعه على ما هو المقرّر فى محله.

ولا يقاس بما إذا آجر البطن الأول العين الموقوفه إلى مدّه ثم انقرضوا قبل

بالإجاره، فلا وجه لرجوعها إلى الفاسخ، بل يعود الملك إليه مسلوب المنفعه في مدّه الإجاره، كما إذا باعه بعد الإجاره. وليس الملك هنا نظير ملك البطن الأوّل من الموقوف عليه، لأنّ البطن الثاني لا يتلقّى الملك منه حتّى يتلقّاه مسلوب المنفعه، بل من الواقف كالبطن الأوّل، فالملك ينتهى بانتهاء استعداده.

الشرح:

انقضاء تلك المدّه، فإنّه تبطل الإجاره بالاضافه إلى المدّه الباقية بمعنى أنّها فضوليّه تحتاج إلى إجاره البطن الثاني.

والوجه فى عدم القياس: أن البطن الأوّل لا يملك العين ولا منفعتها بملكه مطلقه بل ما دام حياتهم، والبطن الثاني لا يلتقى الملك منهم بالوراثه ونحوها ليقال بأنّ العين تنتقل إليهم مسلوبه المنفعه، بل الملكيه مجعوله لكل بطن من الواقف مدّه حياتهم على ما تقدّم فى بحث عدم جواز بيع الوقف بخلاف المقام فإنّ مشتري العين يملك العين بملكه مطلقه وتتبعها ملكيه منافعها، وإذا استوفى المنافع بالإجاره ونحوها لعادت العين إلى الفاسخ مسلوبه المنفعه.

لا يقال: إنما تبطل الإجاره بتملك العين فيما إذا كان تملكها بتمليك أو مملك جديد، كما آجر العين مالكةا ثم باعها من ثالث، واما إذا كان تملكها بزوال السبب الذى كانت العين بذلك السبب ملكا لآخر، كما فى تملك بايعها بفسخ بيعها الذى كان له خيار فيه فيوجب تملكها بظلال الإجاره التى أوقعها مشتريها، فإنّ زوال السبب بالفسخ كزواله بنفسه، كما فى انقضاء البطن الأوّل فإنّ مقدار المنفعه فى الفرض تتبع مقدار تملك العين.

فانه يقال: فى بيع البائع العين بخيار يملك المشتري العين بالملك المطلق وكذا منفعتها، وإذا استوفى منفعتها باجارتها لعادت العين إلى بايعها بالفسخ مسلوبه المنفعه، نظير ما إذا وقع التفاسخ بالاقاله بعد إجاره المشتري العين التى اشتراها.

ص: ٢٩١

فإن قلت: إن ملك المنفعة تابع لملك العين، بمعنى أنه إذا ثبت الملكيه في زمان وكان زوالها بالانتقال إلى آخر، ملك المنفعة الدائم، لأنّ المفروض أنّ المنتقل إليه يتلقّى الملك من ذلك المالك، فيتلقّاه مسلوب المنفعه. وأما إذا ثبتت وكان زوالها بارتفاع سببها لم يكن ملك من عاد إليه متلقّى عن المالك الأول ومستنداً إليه، بل كان مستنداً إلى ما كان قبل تملك المالك الأول، فيتبعه المنفعه، كما لو فرضنا زوال الملك بانتفاء سببه لا برفعه، كما في ملك البطن الأول من الموقوف عليه فإنّ المنفعه تتبع مقدار تملكه.

الشرح:

والمراد بالملك ما يقبل البقاء والدوام لولا الرفع، ولا يقاس ذلك بملك البطن في الوقف.

ويظهر من صاحب القوانين رحمه الله في بعض أجوبه مسأله (١): أنّ مشترى العين في بيع الخيار لو آجرها تبطل إجاره بفسخ بايعها برده مثل الثمن، وعللّ البطلان بأنّ الفسخ يكشف أنّ المشتري لم يكن مالكا لمنفعه العين بالاضافه إلى ما بعد الفسخ وان الاجاره بالاضافه إليه كانت فضوليّه ومراعاة.

وفيه: إن أريد ملكيه المنفعه تتبع ملك نفس العين فتبقى مادام العين باقيه في الملك، أو ما دام العين باقيه في ملك من يستند ملكه العين إلى الملك الأول، كما في إجاره العين ثم بيعها من آخر فإنّ إجاره تبقى لأنّ ملك العين للموجر وإن لم يكن باقيا، إلا أنّ الملك مشترى العين المستند إلى ملك بايعها حاصل فقد عرفت جوابه نقضا بتفاسخ البيع بعد إجاره العين، وحلاّ بأنّ ملكيه منفعه العين مطلقه تتبع ملك العين القابل للدوام والبقاء لولا الرفع.

ص: ٢٩٢

---

١- (١) راجع جامع الشتات (الطبعه الحديثه) ٣: ٤٣٢، جواب السؤال: ٢٠٣ من كتاب الإجاره.

قلت: أولاً: أنه منقوض بما إذا وقع التفاسخ بعد الإجاره مع عدم التزام أحد ببطلان الإجاره. وثانياً: أنه يكفي في ملك المنفعه الدائمه تحقق المملكه المستعدّه للدوام لولا الرفع آنأ ما. ثم إن الفاضل القمى في بعض أجوبه مسائله جزم ببطلان الإجاره بفسخ البيع بخيار ردّ مثل الثمن، وعلله: بأنه يعلم بفسخ البيع: أنّ المشتري لم يملك منافع ما بعد الفسخ، وأنّ الإجاره كانت مترزله ومراعه بالنسبه إلى فسخ البيع، انتهى. فإن كان مرجعه إلى ما ذكرنا: من كون المنفعه تابعه لبقاء الملك أو الملك المستند إلى ذلك الملك، فقد عرفت الجواب عنه نقضاً وحلاً، وأنّ المنفعه تابعه للملك المستعدّ للدوام، وإن كان مرجعه إلى شيء آخر فليبين حتى يُنظر فيه، مع أنّ الأصل عدم الانفساخ، لأنّ الشكّ في أنّ حقّ خيار الفسخ في العين يوجب تزلزل ملك المنفعه أم لا مع العلم بقابليه المنفعه بعد الفسخ للتملك قبله، كما إذا تقايلا البيع بعد الإجاره.

الشرح:

أقول: ملك المشتري العين بملكيه مطلقه بمعنى أنّه تكون ملكا للمشتري كما كانت للبائع، ويحصل بالشراء سواء كان لباعها خيار الفسخ أم لا، لما تقدم من أنّ الخيار حق يتعلّق بالعقد لا بالعين، غايه الأمر إذا فسخ الشراء بخيار أو إقاله تعود تلك المملكه إلى البائع بالسبب الذى كان فى البين قبل العقد الناقل، وكما أنّ مشتري العين يملك نفس العين بملكيه مطلقه كذلك يملك منفعتها بتبع ملكيه العين، ولذا يجوز له التصرف فى العين بنقلها من ثالث أو نقل منفعتها، حيث يعم التصرف المزبور ما دل على حلّ البيع والجاره ولزوم الوفاء بالعقود.

وعليه فإن فسخ ذو الخيار بعد هذا التصرف يعدّ هذا التصرف النافذ بعد الفسخ إتلافا لمال الفاسخ عينا أو منفعه، فيكون على المتصرف بدل ما أتلف المشتري من بدل العين أو بدل المنفعه أى أجره المثل بالاضافه إلى المدّه الباقيه.

ص: ٢٩٣



ثم إنه لا إشكال في نفوذ التصرف بإذن ذي الخيار [١] وأنه يسقط خياره بهذا التصرف، إما لدلاله الإذن على الالتزام بالعقد عرفاً وإن لم يكن منافاه بين الإذن في التصرف أو الإتلاف وإرادته الفسخ وأخذ القيمة، كما تبيننا عليه في المسألة السابقة، وبه يندفع الإشكال الذي أورده المحقق الأردبيلي: من عدم دلالة ذلك على سقوط الخيار. وإما لأن التصرف الواقع تفويتاً لمحل هذا الحق وهي العين بإذن الشرح:

وهذا مقتضى ما دل على ثبوت الخيار للبائع، وما دل على إمضاء البيع والإجاره أو غيرهما من التصرفات.

ويشبهه المقام ما إذا شهد الشاهدان بأن العين التي بيد زيد ملك لعمرو، وحكم الحاكم بشهادتهما أنها لعمرو، ثم رجع الشاهدان عن شهادتهما، فإنه يؤخذ بدل العين من الشاهدين، ويدفع إلى من كانت العين بيده، فإنه مع رجوعهما بعد الحكم عن شهادتهما تحسب الشهادة السابقة النافذة إتلافا للعين على ذي اليد على ما في الرواية.

وكذلك ما إذا أقر ذواليد بأن العين لزيد ثم أقر أنها لبكر، فإنه بالاقرار الثاني يحسب الإقرار الاول النافذ إتلافا للعين على بكر، فيضمن له بدلها، والله سبحانه هو العالم.

[١] لو تصرف من عليه الخيار فيما انتقل إليه باذن ذي الخيار فيصح ذلك التصرف متلفاً كان كالتعق أو ناقلاً كالبيع والهبة.

ولا ينبغي الإشكال في سقوط خيار من له الخيار بالتصرف المزبور، فإنه لو كان الخيار حقاً متعلقاً بالعقد فالإذن في التصرف وان لا ينافي الخيار، فيمكن لذي الخيار فسخ البيع والرجوع إلى بدل ما أ تلف عليه، إلا أن الإذن المزبور كاشف عن رضا ذي الخيار ببقاء البيع، والإغماض عن خياره.

وكذا بناءً على أن الخيار حق يتعلق بما انتقل إلى من عليه الخيار فإن ضمان من

صاحبه، فلا- يفسخ التصرف ولا- يتعلق الحقّ بالبدل، لأنّ أخذ البدل بالفسخ فرع تلف العين في حال حلول الحق فيه، لا مع سقوطه عنه. ولو أذن ولم يتصرّف المأذون، ففي القواعد والتذكرة: أنّه يسقط خيار الأذن، وعن الميسّيه: أنّه المشهور. قيل: كأنّ منشأ هذه النسبه فهم استناد المشهور في سقوط الخيار في الصورة السابقه إلى دلاله مجرد الإذن، ولا يقدر فيها تجرّده عن التصرف. وقد منَع دلاله الإذن المجرد في المسالك وجامع المقاصد والقواعد.

الشرح:

عليه الخيار تلف العين، وبطلان تصرفه لاجل الحق في العين، ومع إذنه في التصرف فيها ينتفى الحق، فلا يكون على المشتري ضمان لأنّ الضمان فيما إذا تلف العين وبها حقّ ذى الخيار.

وأما لو أذن ذو الخيار في التصرف ولكن لم يتصرّف من عليه الخيار فهل يسقط خياره أم لا-؟ فعن العلامة في القواعد(1) والتذكرة(2): أنّه يسقط، ولعلّه لدلاله الإذن على رضاه ببقاء البيع، وإغماضه عن خياره من غير دخاله تصرف من عليه الخيار في هذه الدلاله، ولكن عن جامع المقاصد(3) والمسالك(4) عدم سقوطه.

والأولى أن يقال: إنّه لو أذن ذو الخيار لشخص ثالث في التصرف فيما انتقل إلى من عليه الخيار يكون هذا الإذن فسخاً، لأنّه لا معنى للإذن للغير في التصرف فيما انتقل إلى المشتري نيابه عن ذى الخيار من غير أن يقصد انحلال البيع.

وأما لو أذن ذو الخيار للمشتري في التصرف فيما انتقل إليه ففي كونه إسقاطاً

ص: ٢٩٥

١- (١) القواعد ٢: ٦٨ .

٢- (٢) التذكرة ١: ٥٢٨ .

٣- (٣) جامع المقاصد ٤: ٣٠٥ و ٣١١ .

٤- (٤) المسالك ٣: ٢١٣ .

والأولى أن يقال: إنه لا ينبغي الإشكال في كون إذن ذى الخيار في التصرف عنه فيما انتقل عنه فسخاً، لأن التوكيل في بيع مال الغير لنفسه غير جائز شرعاً، فيحمل على الفسخ، كسائر التصرفات التي لا تصح شرعاً إلا بجعلها فسخاً. وأما كون إذن ذى الخيار للمشتري في التصرف إجازة وإسقاطاً لخياره، فيمكن الاستشكال فيه، لأن الثابت بالنص والإجماع: أن التصرف فيما انتقل إليه إجازة، وليس الإذن من ذلك، وإنما حكم بالسقوط في التصرف عن إذنه، لا لأجل تحقق الإسقاط من ذى الخيار بالإذن، بل لتحقيق المسقط، لما عرفت: من أن التصرف الواقع بإذنه صحيح نافذ، والتسلط على بدله فرع خروجه عن ملك المشتري متعلقاً للحق، فالإذن فيما نحن فيه نظير إذن المرتهن في بيع الرهن لا يسقط به حق الرهانه، ويجوز الرجوع قبل البيع. نعم، يمكن القول بإسقاطه من جهة تضمينه للرضا بالعقد، فإنه ليس بأدون من رضا المشتري بتقيل الجاربه. وقد صرح في المبسوط: بأنه إذا علم رضا البائع بوطء المشتري سقط خياره، ويؤيده رواية السكوني في كون العرض على البيع التزاماً. فهذا القول لا يخلو عن قوه.

الشرح:

لخياره إشكال، لأن الاستفادة من الروايات كون تصرف ذى الخيار فيما انتقل إليه مسقطاً لخياره، والإذن المزبور ليس تصرفاً فيما انتقل إليه.

والحكم بسقوط خياره بتصرف من عليه الخيار بإذنه ليس لكون إذنه إسقاطاً للخيار يعنى إنشاء لسقوطه، بل لأنه مع التصرف المزبور لا يبقى في العين حق لذى الخيار، ولا يكون على من عليه الخيار ضمان، لأن الضمان فيما إذا تلف العين وبها حق ذى الخيار كما تقدم، ومع الإذن لا يتحقق هذا التلف بخلاف ما إذا لم يتصرف فإنه يبقى مورد الحق، فيكون إذن ذى الخيار كإذن المرتهن للراهن في بيع العين المرهونه في عدم سقوط حق الرهانه عن العين بمجرد الإذن، ولذا يجوز له الرجوع عن إذنه قبل

ص: ٢٩٦

مسأله: المشهور أنّ المبيع يُملك بالعقد [١] وأثر الخيار تنزل الملك بسبب قدره على رفع سببه، فالخيار حق لصاحبه في ملك الآخر. وحكى المحقق وجماعه عن الشيخ: توقّف الملك بعد العقد على انقضاء الخيار. وإطلاقه يشمل الخيار المختصّ بالمشتري، وصرّح في التحرير بشموله لذلك. لكن الشهيد في الدروس قال: في تملك المبيع بالعقد أو بعد الخيار بمعنى الكشف أو النقل خلاف، مأخذه: أنّ الناقل العقد، والغرض من الخيار الاستدراك وهو لا ينافي

الشرح:

بيعه.

ولكن مع ذلك كله يمكن القول بسقوط الخيار بالإذن وإن لم يتصرّف من عليه الخيار، فإنّ الإذن كاشف عن رضا بقاء العقد والإغماض عن خياره، فإنّ هذا الإذن لا يقصر في الكشف عن الرضا عن تقبيل الجارية التي اشتراها وقد تقدم من أنّ المبسوط (١) صرّح: بأنه لو علم رضا البائع بوطئ المشتري الأمه المبيعه منه سقط خياره.

ويؤيد هذا السقوط ما في ذيل معتبره السكوني من أنّ عرض المشتري ما اشتراه بشرط الخيار للبيع إسقاط لخياره، فانه روى عن أبي عبدالله عليه السلام: «أنّ أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل اشترى ثوبا بشرط إلى نصف النهار، فعرض له ربح فأراد بيعه إلى ان قال: فإن أقامه في السوق ولم يبع فقد وجب عليه» (٢).

[١] وحاصله: أنّ المشهور على حصول ملك المبيع للمشتري بالعقد، ولا يتوقّف على انقضاء الخيار من غير فرق بين كون الخيار لهما أو لأحدهما، وأن الخيار يوجب تنزل الملك لتسلط ذي الخيار على رفع السبب الناقل، فيتعلق حقّ ذي

ص: ٢٩٧

١- (١) المبسوط ٢: ٨٣.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨: ٢٥، الباب ١٢ من أبواب الخيار، الحديث ١.

الملك، وأن غايه 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 شهاده من وجهين على عدم توقف ملك المشتري على انقضاء خياره عند الشيخ، بل المأخذ المذكور صريح في عدم الخلاف من غير الشيخ قدس سره أيضاً، لكن ينافيه جعل قول ابن الجنيد مقابلاً لقول الشيخ، واللازم نقل كلام 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 الشرح:

الخيار بما انتقل عنه إلى صاحبه.

وحكى المحقق (١) وجماعه عن الشيخ (٢): أنه قدس سره التزم بعدم حصول الملك بانقضاء الخيار، والحكاية يعم ما إذا كان الخيار للمشتري فقط كما صرح بهذا الشمول العلامة في التحرير (٣).

ولكن تعرض في الدروس لحصول الملك بالعقد أو بانقضاء الخيار، وذكر لكل منهما وجهها. وقال في وجه حصول الملك بالعقد: أن العقد هو الناقل والخيار لاستدراك ما فات بالعقد، فلا يكون منافياً لحصول الملك بالعقد. وقال في وجه عدم حصول الملك إلاً بانقضاء الخيار: بأن الغرض من الملك جواز التصرف ولا يجوز التصرف مادام الخيار. ثم قال: وربما قطع الشيخ رحمه الله بحصول الملك بالعقد فيما كان الخيار مختصاً بالمشتري، وعن أبي الجنيد عدم حصوله إلاً بانقضاء الخيار (٤)، انتهى.

ص: ٢٩٨

١- (١) حكاة في الشرائع ٢: ٢٣، والمختصر: ١٢٢، بلفظ «وقيل»، نعم علق عليه في المسالك (٣: ٢١٥) بقوله «والمشهور أن القول المحكى للشيخ».

٢- (٢) كشف الرموز ١: ٤٦١، والتنقيح الرائع ٢: ٥١، والمفاتيح ٣: ٧٥ وغيرها، وراجع مفتاح الكرامه ٤: ٥٩٢.

٣- (٣) التحرير ١: ١٦٨.

٤- (٤) الدروس ٣: ٢٧٠.

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 ينقضى 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 ينقضى 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 تنزيل الملك. ويمكن حمله أيضاً على إرادة الملك اللازم الشرح:

وهذا الكلام من الدروس يدل على حصول ملك المبيع للمشتري عند الشيخ أيضاً فيما كان الخيار للمشتري خاصه ودلالته من وجهين:

أحدهما: ما ذكر في مأخذ الخلاف ووجهه، فإنه إذا كان الوجه في عدم حصول الملك عدم جواز التصرف في المبيع فلا يجرى في مثل خيار الحيوان، فإن المشتري يجوز له التصرف في الحيوان ويكون تصرفه مسقطاً لخياره.

وبتعبير آخر: عدم جواز التصرف يختص بمن عليه الخيار، ولا يعم من له الخيار كما تقدم في المساله السابقه.

وثانيهما: ما ذكره من أنه ربما قطع الشيخ بملك المشتري بالعقد فيما إذا اختص بالخيار، بل ما ذكره رحمه الله في بيان مأخذ الخلاف صريح في أنه لا خلاف في حصول الملك بالعقد فيما إذا كان الخيار للمشتري من غير الشيخ في الخلاف والمبسوط فإن كلامه في الخلاف والمبسوط يعطى عدم حصول الملك أيضاً مادام لم ينقض خيار

الذى لا حق ولا علاقه لمالكه السابق فيه، فوافق المشهور، ولذا عبّر في غايه المراد بقوله: «ويلوح من كلام الشيخ توقّف الملك على انقضاء الخيار» ولم ينسب ذلك إليه صريحاً. وقال في المبسوط: البيع إن كان مطلقاً غير مشروط فإنه يثبت بنفس العقد ويلزم بالتفرّق بالأبدان، وإن كان مشروطاً لزومه بنفس العقد لزم بنفس العقد، وإن كان مقيداً بشرط لزم بانقضاء الشرط، انتهى. وظاهره كظاهر الخلاف عدم الفرق بين خيار البائع والمشتري. لكن قال في باب الشفعه: إذا باع شيئاً بشروط الخيار، فإن كان الخيار للبائع أو لهما لم يكن للشفع الشفعه، لأن الشفعه إنما تجب إذا انتقل الملك إليه. وإن كان الخيار للمشتري وجب الشفعه للشفع لأن الملك يثبت للمشتري بنفس العقد، وله المطالبه بعد انقضاء الخيار. وحكم خيار المجلس الشرح: المشتري.

قال في الخلاف: إن الملك لا يحصل إلا بانقضاء الخيار فيما كان الخيار لهما أو للبائع، وأما إذا كان للمشتري فيخرج عن ملك البائع، ويدخل في ملك المشتري بعد انقضاء الخيار بالعقد، انتهى (١).

وظاهر هذا الكلام الكشف وأنه لو انقضى الخيار ولم يفسخ المشتري العقد ينكشف حصول الملك للمشتري بالعقد، نظير كشف حصول الملك من حين العقد فضولاً. بعد إجازة المالك، فيكون عدم حصول الملك للمشتري في زمان خياره حكماً ظاهرياً.

والمراد بخروج المبيع عن ملك بايعه عدم جواز تصرفه في ذلك المبيع، نظير عدم جواز تصرف الأصيل في العقد فضولاً قبل إجازة المالك أو رده، لأن ذلك مقتضى لزوم الوفاء بالعقد من جهته.

ص: ٣٠٠

---

١- (١) الخلاف ٣: ٢٢، المسأله ٢٩ من كتاب البيوع.

والشرط في ذلك سواء، على ما فصلناه. ولعل هذا مأخذ ما تقدّم من النسبه في ذيل عباره الدروس. هذا، ولكن الحلّى قدس سره في السرائر ادعى رجوع الشيخ عمّياً ذكره في الخلاف. ويمكن أن يستظهر من مواضع من المبسوط ما يوافق المشهور. مثل استدلاله في مواضع على المنع عن التصرف في مدّه الخيار: بأنّ فيه إبطالاً لحقّ ذى الخيار، كما في مسأله بيع أحد النقيدين على غير صاحبه في المجلس، وفي مسأله رهن ما فيه الخيار للبائع، فإنّه لو قال بعدم الملك تعيّن تعليل المنع به، لا يبطل حقّ ذى الخيار من الخيار، لأنّ التعليل بوجود المانع في مقام فقد المقتضى كما ترى!

الشرح:

ويحتمل في عباره الشيخ أن يكون المراد بعدم حصول الملك إلا بعد انقضاء الخيار حصول الملك اللازم فيكون موافقا لما عليه المشهور.

ويدل على كون مراده ذلك ما ذكره في عدّه مواضع من المبسوط، كقوله: بأنّه لا يجوز لأحد المتصارفين بيع ما اشتراه في المجلس من غير صاحبه (١)، وأنه لا يجوز لمشتري العين رهن ما اشتراه في مجلس العقد، لأنّ البيع أو الرهن ينافى خيار صاحبه (٢).

ووجه الدلاله أنه لو كان الحكم عنده عدم حصول الملك إلا بعد انقضاء الخيار لكان المتعيّن تعليل عدم الجواز بعدم صيروره المبيع ملكا للمشتري، لانه مع عدم المقتضى للبيع أو الرهن لا معنى لتعليل عدم جوازهما بالمانع.

وكيف ما كان فالأظهر ما عليه المشهور من حصول الملك بالعقد، لأنّ البيع عند العقلاء هو ناقل الملك حتّى في مورد شرط الخيار لأحدهما أو كلاهما.

ص: ٣٠١

١- (١) راجع المبسوط ٢: ٩٦.

٢- (٢) راجع المبسوط ٢: ٢١١.



ومنها: أنه ذكر في باب الصرف جواز تباع المتصارفين ثانياً في المجلس، لأنّ شروعهما في البيع قطع للخيار، مع أنّه لم يصحّح في باب الهبة البيع الذي يتحقّق به الرجوع فيها، لعدم وقوعه في الملك. فلولا قوله في الخيار بمقاله المشهور لم يصحّح البيع ثانياً، لوقوعه في غير الملك على ما ذكره في الهبة. وربما ينسب إلى المبسوط اختيار المشهور فيما إذا صار أحد المتبايعين الذي له الخيار مفلساً، حيث حكم بأنّ له الخيار في الإجازة والفسخ، لأنّه ليس بابتداء ملك، لأنّ الملك قد سبق بالعقد، انتهى. لكن النسبه لا تخلو عن تأمل لمن لاحظ باقي عبارته. وقال ابن سعيد قدس سره في الجامع على ما حكى عنه: إنّ المبيع يُملك بالعقد وبانقضاء الخيار، وقيل: بالعقد ولا ينفذ تصرف المشتري إلاّ بعد انقضاء خيار البائع، انتهى. وقد تقدّم حكاية التوقّف عن ابن الجنيد أيضاً.

الشرح:

وظاهر قوله سبحانه «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (١) إمضاء البيع على ما هو المقرّر عند العقلاء، ولأنّ قوله عليه السلام «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» (٢) ظاهره كون الخيار حكماً بعد تلبّس كل من المتعاقدين بكون أحدهما بايعاً والآخر مشترياً.

وأيضاً ظاهر قوله (٣) عليه السلام في خيار الحيوان من الحكم بلزوم البيع بنظر المشتري نظير إلى ما يحرم النظر إليه أو تقييله أو لمس الجارية المشتراه جواز هذه التصرفات للمشتري نظير إحداث الحدث في الحيوان، إلاّ أن يلتزم بحصول الملك للمشتري مقارنة لهذه الأفعال نظير عود الزوجية بالوطئ في عدّه الطلاق الرجعي.

وبتعبير آخر: عدم كون هذه الأفعال مسقطاً فعلياً للخيار، بل كون حدوثها غايه

ص: ٣٠٢

١- (١) سورة البقره: الآيه ٢٧٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ٦ ، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨ : ١٣ و ١٤ ، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٣ .

وكيف كان، فالأقوى هو المشهور، لعموم أدلّة حِلِّ البيع، وأكل المال إذا كانت تجاره عن تراض، وغيرهما مما ظاهره كون العقد علّه تامه لجواز التصرف الذى هو من لوازم الملك. ويدل عليه لفظ «الخيار» فى قولهم عليهم السلام: «البيعان بالخيار»، وما دل على جواز النظر فى الجارية فى زمان الخيار إلى ما لا يحلّ له قبل ذلك، فإنّه يدلّ على الحلّ بعد العقد فى زمن الخيار، إلّا أن يلتزم بأنّه نظير حل وطء المطلقة الرجعيّة الذى يحصل به الرجوع. ويدلّ عليه: ما تقدّم فى أدلّة بيع الخيار بشرط ردّ المبيع: من كون نماء المبيع للمشتري وتلفه منه فيكشف ذلك عن ثبوت اللزوم وهو الملك، إلّا أن يلتزم بعدم كون ذلك من اشتراط الخيار، بل من باب اشتراط انفساخ البيع بردّ الثمن وقد تقدّم فى مسأله بيع الخيار بيان هذا الاحتمال وما يشهد له من بعض العنوانات، لكن تقدّم: أنّه بعيد فى الغايه أو يقال: إنّ النماء فى مورد الروايه نماء المبيع فى زمان لزوم البيع، لأنّ الخيار يحدث بردّ مثل الثمن وإن ذكرنا فى تلك المسأله: أنّ الخيار فى بيع الخيار المعنون عند الأصحاب ليس مشروطاً حدوثه بالردّ، إلّا أنّ الروايه قابله للحمل عليه، إلّا أن يتمسك بإطلاقه الشامل لما إذا جعل الخيار من أوّل العقد فى فسخه مقيداً بردّ مثل الثمن. هذا، مع أنّ الظاهر أنّ الشيخ يقول بالتوقف فى الخيار المنفصل أيضاً.

الشرح:

الخيار فيقع فى الملك.

و يدل أيضاً على حصول الملك بالعقد ما ورد فى غلّه المبيع ببيع الخيار، وان الغله للمشتري وتلفه منه. ولو لم يكن العين ملكا للمشتري زمان خيار البائع لما كانت الغله ملكا للمشتري وتلفه منه، إلّا أن يلتزم بأن ردّ مثل الثمن فى ذلك البيع شرط لانفساخ العقد ولا يرتبط بالخيار، أو يقال: إنّ الخيار المشروط يحصل بردّ مثل الثمن، فيكون البيع قبله لازماً، فلا يصح الاستدلال به إلّا على من التزم بأنّ الملك لا يحصل إلّا

ص: ٣٠٣

ربما يتمسك بالأخبار الواردة في العينه [١] وهى: أن يشتري الإنسان شيئاً بنسيه ثم يبيعه بأقل منه في ذلك المجلس نقداً. لكنها 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 على 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: أشتري متاعى؟ فقال: ليس هو متاعك ولا بقرك ولا غنمك» فإن في ذيلها دلالة على انتقال المبيع قبل انقضاء الخيار. ولا استثناس بها أيضاً عند التأمل، لما عرفت: من أن هذا البيع

الشرح:

بعد انقضاء الخيار المنفصل أيضاً، أو يقال ما ورد في غله المبيع يعم ما إذا كان رد الثمن شرطاً للخيار أو قيده للفسخ فلاحظ.

[١] وقد يستدل (١) على حصول الملك بالعقد بالأخبار الواردة في بيع العينه كروايه الحسين بن المنذر قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: يجيبني الرجل ويطلب العينه فأشتري المتاع له مرابحه ثم أبيعها إياه، ثم أشتريه مكانى، قال: إذا كان بالخيار إن شاء باع، وإن شاء لم يبع، وكنت أنت بالخيار، إن شئت اشتريت، وإن شئت لم تشتري فلا بأس» (٢).

فان ظاهرها كظاهر غيرها جواز شراء ما باعه من طالب العينه في مجلس بيعه ولو لم يكن ملك المتاع حاصلًا لطالبها بمجرد البيع لما جاز الشراء ثانياً في ذلك المجلس.

وأجاب المصنف قدس سره عن الاستدلال: بأن الشراء ثانياً وإن كان في مجلس البيع، إلا

ص: ٣٠٤

١- (١) كما استدلل بها صاحب الجواهر، أنظر الجواهر ٢٣ : ٨٠، وراجع وسائل الشيعه ١٨ : ٤٠ و ٤٨، الباب ٥ و ٨ من أبواب أحكام العقود.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ٤١، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤.

جائز عند القائل بالتوقف، لسقوط خيارهما بالتواطؤ على هذا البيع، كما عرفت التصريح به من المبسوط. ويذنب بذلك عن الإشكال المتقدم نظيره سابقاً: من أنّ الملك إذا حصل بنفس البيع الثاني مع أنه موقوف على الملك لزم الدور الوارد على من صحح البيع الذي يتحقق به الفسخ، وحينئذٍ فيمكن أن يكون سؤال السائل بقوله: «أشترى متاعاً» من جهة ركوز مذهب الشيخ عندهم: من عدم جواز البيع قبل الافتراق، ويكون جواب الإمام عليه السلام مبيّناً على جواز بيعه على البائع، لأنّ توطأهما على البيع الثاني إسقاط للخيار من الطرفين، كما في صريح المبسوط.

الشرح:

أنّ بيع المشتري المتاع من بائه ثانياً إسقاط لخيارهما ولو على القول بحصول الملك بانقضاء الخيار، ولذا جوّز الشيخ قدس سره بيع احد المتصارفين ما اشتراه من بائه ثانياً في مجلس الصرف.

نعم في بعض أخبار الباب فقرات يمكن استفادته حصول الملك بالبيع منها. صحيحه بشار بن يسار قال: «سالت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع بنساء فيشتره من صاحبه الذي يبيعه منه، قال: نعم لا بأس به، فقلت له: أشترى متاعاً، فقال: ليس هو متاعك وبقرتك ولا غنمك»<sup>(١)</sup>.

فإنّ الحكم بجواز الشراء ولو في مجلس البيع الأول وإن كان لا يدل على الحكم كما تقدم، إلا أنّ قوله عليه السلام «ليس متاعك» ظاهر في كون المتاع أو البقر ملكاً للمشتري قبل بيعه من بايعه.

ولكن ناقش رحمه الله ذلك أيضاً بأنّ توطأهما على البيع بنسيه أولاً والشراء منه ثانياً بنقد يوجب عدم ثبوت خيار المجلس في البيع الأول، وقول السائل «أشترى متاعاً» ناش من ارتكاز ما عليه الشيخ قدس سره من عدم حصول الملك الا بانقضاء مجلس البيع.

ص: ٣٠٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٤١ ، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٣ .

فقوله: «ليس هو متاعك» إشاره إلى أن ما ينتقل إليك بالشراء إنما انتقل إليك بعد خروجه عن ملكك بتواطؤكما على المعامله الثانيه المسقط لخيار كما، لا بنفس العقد. وهذا المعنى فى غاية الوضوح لمن تأمل فى فقه المسأله. ثم لو سلم ما ذكر من الدلاله أو الاستثناس لم يدفع به إلا القول بالوقف دون الكشف، كما لا يخفى.

ومثل هذه الروايه فى عدم الدلاله والاستثناس صحيحه محمد بن مسلم: [١] «عن رجل أتاه رجل فقال: ابتع لى متاعاً لعلّى أشتريه منك بنقد أو بنسيه، فابتاعه

الشرح:

وجواب الامام عليه السلام «ليس هو متاعك» إشاره إلى صيروره المتاع ملكا للمشتري لسقوط خيارهما بتوافقهما على هذا البيع والشراء.

أقول: التوافق على سقوط الخيار على تقديره يكون كالتواطؤ على البيع اولاً والشراء ثانياً فى عدم كونه شرطاً فى البيع الاول، كما يفصح عن ذلك قوله عليه السلام «إن شئت اشتريت، وإن شئت لم تشتري».

ودعوى ارتكاز مذهب الشيخ فى ذهن السائل مع اشتراطه سقوط خيار المجلس عجيب، واعجب منه قوله قدس سره: وهذا فى غاية الوضوح لمن تأمل فى فقه المسأله.

والظاهر أن سؤال السائل راجع إلى ما يخطر إلى بعض الأذهان من عدم الجدّ فى البيع أو الشراء كذلك، وأجاب عليه السلام: بأن الملاك فى صحه المعاملات وقوعها بشرائطها بالقصد ولو كانت وسيله إلى دفع المال نقداً، والأخذ بالأكثر نسيه.

[١] وقد يستدل على الحكم الذى عليه المشهور بصحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل أتاه رجل فقال: ابتع لى متاعاً لعلّى أشتريه منك بنقد أو نسيته، فابتاعه الرجل من أجله، فقال ليس به بأس إنما يشتريه منه بعد ما يملكه» (١).

ص: ٣٠٦

الرجل من أجله؟ قال: ليس به بأس، إنما يشتريه منه بعدما يملكه». فإنّ الظاهر: أنّ قوله: «إنما يشتريه... إلخ» إشاره إلى أنّ هذا ليس من بيع ما ليس عندك، وأنّ بيعه لم يكن قبل استيجاب البيع مع الأول، فقوله: «بعد ما يملكه» إشاره إلى استيجاب العقد مع الأول، كما يظهر من قولهم عليهم السلام في أخبار آخر وارده في هذه المسألة: «ولا توجب البيع قبل أن تستوجه» مع أنّ الغالب في مثل هذه المعاملة قيام الرجل إلى مكان غيره ليأخذ منه المتاع ورجوعه إلى منزله لبيعه من صاحبه الذى طلب منه ذلك، فيلزم العقد الأول بالتفرّق. ولو فرض اجتماعهما في مجلس واحد كان تعريضه للبيع ثانياً بحضور البائع دالاً عرفاً على سقوط خياره، ويسقط خيار المشتري بالتعريض للبيع.

الشرح:

فإنّ مقتضاها جواز البيع ثانياً بعد الشراء سواء كان خيار المجلس في ذلك الشراء باقياً أم لا.

وناقش رحمه الله في هذا الاستدلال بأمر:

الأول: أنّ هذه الرواية ناظره إلى أنّ البيع من الطالب يقع ثانياً لا بمجرد تقاضاه أولاً، ليكون من بيع ما ليس عنده، ولذا ذكر في بعض الروايات الواردة في هذه المسألة: «ولا توجب البيع أى مع الطالب قبل ان تستوجه»<sup>(١)</sup> أى مع البائع الأول.

وثانياً: أنّ الغالب في هذا البيع جلوس الطالب في محل المطلوب منه، ويذهب المطلوب منه فيشترى المتاع من السوق ونحوه ثم يجيء به إلى محلّه، فبمجرد افتراق المطلوب منه من البائع الأول ينتهى خيار المجلس، فيكون بيعه من الطالب بعد لزوم البيع.

ص: ٣٠٧

١- (١) المصدر: ٥٢، الحديث ١٣.

وبالجملة، ليس في قوله: «بعدما يملكه» دلالة على أن تملكه بنفس العقد، مع أنها على تقدير الدلالة تدفع النقل لا الكشف، 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 ملك ماله. مع أن الشيخ لم يثبت منه هذا القول في الخيار المختص بالمشتري، والتمسك بإطلاق الروايات لما إذا شرط البائع الخيار كما ترى!

الشرح:

ولو فرض اجتماع الطالب والمطلوب منه ومن باع المتاع أولاً في مكان لكان تعريض المشتري الأول بيعه من المشتري الثاني إسقاطاً لخياره وخيار بايعه.

والحاصل: أنه ليس في قوله عليه السلام «إنما يشتريه منه بعد ما يملكه» دلالة على حصول الملك بمجرد العقد وعلى تقدير التسليم فيدفع احتمال النقل بأن يكون انقضاء الخيار دخیلاً في النقل والانتقال، ولا يدفع احتمال الكشف حيث إنه على الكشف يكون البيع ثانياً محكوماً بالصحة، لأنه ينكشف بانقضاء الخيار وقوعه في ملك بائعه.

أقول: العمدة في الجواب هو الوجه الأول وهو نفى كون المقاوله الأوليه بيعاً ليكون محكوماً بالبطلان لوقوعه في غير الملك وأما البيع بعد الشراء وما هو شرائطه فليست الرواية ناظره إليه ليمسك باطلاقها كما لا يخفى.

ومما ذكر يظهر الحال فيما ورد في مال العبد وأنه يكون للمشتري مطلقاً أو مع الاشتراط أو مع علم البائع بماله، فإن غايه مدلوله صيروره المال للمشتري نحو صيروره نفس العبد له، فان كان الملك بالعقد فالمال أيضاً كذلك ولو كان بانقضاء الخيار فالمال أيضاً تابع له كما لا يخفى.

ص: ٣٠٨

وأشدّ ضعفاً من الكل [١] ما قيل: من أنّ المقصود للمتعاقدين والذي وقع التراضي عليه انتقال كلّ من الثمن والمثمن حال العقد، فهذه المعاملة إمّا صحيحة كذلك كما عند المشهور فثبت المطلوب، أو باطله من أصلها، أو أنّها صحيحة إلا أنّها على غير ما قصدها وتراضيا عليه.

الشرح:

[١] ذكر في الجواهر (١) في وجه حصول الملك بالبيع: أنّ مقصود المتعاقدين وما وقع عليه تراضيهما هو انتقال العوضين عند تمام العقد أى الإيجاب والقبول بشرائطهما، فهذه المعاملة على تقدير صحتها كذلك يثبت ما عليه المشهور وهو المطلوب، وإلاّ تكون المعاملة باطله من أصلها، أو تكون صحيحة لا على وجه تراضيهما ومقصودهما.

وأجاب المصنف رحمه الله عن هذا الوجه: بأنه أضعف الوجه، لأنّ الزمان غير داخل في مدلول العقد ولا يكون مدلوله النقل من حين العقد، بل مدلوله نفس نقل المعوض بعوض وانتقال الأوّل بازاء الثانى.

نعم بما أنّ المتعاقدين يرون العقد علّه تامه للنقل والانتقال يكون قصدهما النقل والانتقال من حين تمام العقد داعيا لهما إلى إنشائه.

ولكن العقد لا يدلّ إلاّ على النقل والانتقال، ولذا لو جعل الشرع شرطاً آخر فى حصول النقل والانتقال كما فى اشتراط التقابض الصرف لما كان حصول النقل والانتقال بعد القبض إلاّ من قبيل تخلف الداعى للمتعاقدين، لا وقوع مدلول العقد على غير وجهه، وهكذا الحال على تقدير اشتراط انقضاء الخيار.

وقد تقدّم فى إجازة العقد الفضولى: أنّه لو كان النقل والانتقال حاصلاً من حين الإجازة لما كان ذلك من خلاف مدلول العقد الذى أجراه الفضولى مع الأصيل.

ص: ٣٠٩



توضيح الضعف: أنّ مدلول العقد ليس هو الانتقال من حين العقد، لكن الإنشاء لما كان عله لتحقق المنشأ عند تحققه كان الداعي على الإنشاء حصول المنشأ عنده، لكن العلية إنما هو عند العرف، فلا ينافى كونه في الشرع سبباً محتاجاً إلى تحقق شرائط آخر بعده، كالقبض في السلم والصراف، وانقضاء الخيار في محل الكلام. فالعقد مدلوله مجرد التمليك والتملك مجرداً عن الزمان، لكنه عرفاً عله تامه لمضمونه، وإمضاء الشارع له تابع لمقتضى الأدله، فليس في تأخير الإمضاء تخلف أثر العقد عن المقصود المدلول عليه بالعقد، وإنما فيه التخلف عن داعي المتعاقدين، ولا ضرر فيه. وقد تقدّم الكلام في ذلك في مسأله كون الإجازه كاشفه أو ناقله.

الشرح:

وفيه: أنّه إن أُريد عدم كون النقل والانتقال من حين تمام الإيجاب والقبول مدلولاً للعقد ولو بإطلاقه فهذا غير صحيح قطعاً، لأنّ الإهمال في العاقد الملتفت إلى اعتبار الملك غير معقول، وعدم تعليقها البيع على حصول امر استقباليّ أو الأمر الماضي مقتضاه كون المبدأ للملك المعبر العقد.

نعم للشارع إمضاء ذلك الملك على تقدير حصول أمر كحصول التقابض في مجلس العقد في بيع الصرف.

ولا- ينافى ذلك اعتبار المتعاقدين، ولا- يكون من تخلف العقود عن المقصود، لأنّ الامضاء الشرعي غير مقصود من ألفاظ الإيجاب والقبول، بل المقصود منها الملك الذي يعتبره المتعاقدان وتخلفه عن المقصود لم يحصل، بل تعلق به الإمضاء على تقدير حصول أمر بنحو الشرط المقارن.

وهذا التقدير يحتاج إلى قيام قرينه عليه، وإلا فمقتضى الإطلاق في مثل قوله

ص: ٣١٠

وقد يستدل أيضا بالنبويّ المشهور [١] المذكور في كتب الفتوى للخاصّه والعامّه على جهه الاستناد إليه وهو: أنّ «الخراج بالضمان» بناءً على أنّ المبيع في زمان الخيار المشترك أو المختص بالبائع في ضمان المشتري، فخرجه له، وهي علامه ملكه.

الشرح:

سبحانه «أحلّ الله البيع» (١) وقوع الإمضاء بلا تعليق.

ويأتى أنّه ليس في أدلّه الخيارات وغيره دلالة على التقييد في الإمضاء، بل فيها ما ينفي هذا التقييد كما ذكرناه فيما ورد في بيع الخيار بيع العينه.

والأظهر في الجواب عن صاحب الجواهر: أنّ ما ذكره لا يزيد على التمسك بإطلاق دليل حلّ البيع.

[١] وقد يستدل (٢) على مسلك المشهور بالنبويّ المذكور في كتب الفتوى من الفريقين من قوله صلى الله عليه وآله «الخراج بالضمان» (٣) أي منافع الشيء تتبع ضمانه، وإذا كان ضمان الشيء على شخص يكون منفعه له، وإذا كان منافع الشيء ملكا له فيكون ذلك الشيء ملكا له أيضا.

ومن الظاهر أنه إذا كان الخيار مشتركا بينهما أو مختصا بالبائع يكون ضمان المبيع على المشتري، فيكون منفعه له، وملكه المنافع له علامه كون نفس المبيع له.

وأجاب رحمه الله بأنه لم يظهر أنّ القائل بحصول الملك بانقضاء الخيار يتسلم بأنّ ضمان المبيع على المشتري ليقال بأنّ منفعه أيضا له، وبما أنّه يتبع ملكها ملكه العين

ص: ٣١١

١- (١) سورة البقره: الآية ٢٧٥ .

٢- (٢) كما استدللّ به في الجواهر ٢٣ : ٨١ .

٣- (٣) عوالي اللآلى ١ : ٢١٩ ، الحديث ٨٩ ، وعنه في المستدرک ١٣ : ٣٠٢ ، الباب ٧ من أبواب الخيار، الحديث ٣ .

وفيه: أنه لم يعلم من القائلين بتوقف الملك على انقضاء الخيار القول بكون ضمانه على المشتري حتى يكون نماؤه له. وقد ظهر بما ذكرنا: أن العمده في قول المشهور عموم أدله «حل البيع» و«التجاره عن تراض» وأخبار الخيار. واستدل للقول الآخر بما دل على كون تلف المبيع من مال البائع زمان الخيار[١]

الشرح:

فيكون علامه للثاني.

أقول: مع أنه لا- يمكن الاعتماد على النبوى المزبور، وذكره في بعض كتب أصحابنا لا- يدل على الاعتماد عليه لامكان ذكره تأييدا.

والعجب من المصنف رحمه الله من أنه يتمسك بإطلاق «حل البيع»(١)، ويذكر أنه العمده في إثبات النقل والانتقال زمان الخيار، مع أنه التزم في الرد على صاحب الجواهر قدس سره بعدم كون مدلول البيع الملك من حينه.

فانه إذا لم يكن ذلك داخلا في مدلوله وضعاً وإطلاقاً، فكيف يكون إمضاءه دالاً على كون الملك من حين البيع.

اللهم إلا- أن يقال: إن الملكيه مستفاده من حل التصرف بالبيع، ومقتضى إطلاق حليه التصرف حصولها حين البيع، فيكشف الحليه من ذلك الحين عن حصول الملك الشرعى أيضا عندها كما لا يخفى.

[١] يستدل(٢) على القول الآخر(٣) بما ورد(٤) في أخبار خيار الحيوان، وشرط الخيار للمشتري من أن تلف المبيع في زمان خياره من بائه، وبضميمه أن «الخارج

ص: ٣١٢

١- (١) أى للآيه: «أحلَّ اللهُ البيع»، سورة البقره: الآيه ٢٧٥.

٢- (٢) استدلل به فى الرياض ٨ : ٢٠٥ ، والجواهر ٢٣ : ٨١ .

٣- (٣) وهو القول بأن الملك إنما يتحقق بانقضاء الخيار .

٤- (٤) التهذيب ٧ : ٢٤ / ١٠٣ ، ووسائل الشيعة ١٨ : ١٤ و ١٥ ، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٥ .

## الاستدلال على أن تلف المبيع في زمان خياره من بائعه

فيدل بضميمة قاعده «كون التلف من المالك لأنه مقابل الخراج» على كونه في ملك البائع، مثل: صحيحه ابن سنان «عن الرجل يشتري العبد أو الدابه بشرط إلى يوم أو يومين، فيموت العبد أو الدابه أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟ فقال: على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثه أيام ويصير المبيع للمشتري، شرط له البائع أو لم يشترط. قال: وإن كان بينهما شرط أياماً معدوده فهلك في يد المشتري،

الشرح:

بالضمان» يكون مقتضاه أن منافع المبيع أيضا للبائع وإذا كانت منافعه له يكون المبيع أيضا ملكا له.

وأجاب المصنف قدس سره: أن الشيخ قدس سره يلتزم في الخيار المختص بالمشتري بحصول النقل والانتقال من حين البيع ما على ذكره في المبسوط (1) في باب الشفعه، مع أن هذا الدليل لا يجرى إلا في الخيار المختص به.

وعلى كل حال فقد تقدم أدله المشهور وأن العمده فيها إطلاق «حل البيع» (2)، وهذا الدليل المختص بصوره خيار المشتري إما أن يكون مقيدا لإطلاق «حل البيع» والمراد بالمشار إليه الأخبار الوارده في ضمان خيار المشتري بضميمة «الخراج بالضمان» أو تكون الأخبار المزبوره مخصّصه لقاعده «الخراج بالضمان».

ولو وصلت النوبه إلى الأصل العملى لعدم الترجيح لأحد التخصيصين يكون مقتضى الاستصحاب بقاء المبيع في ملك البائع، إلا أنه يتعيّن تخصيص ما دل على تبعيه ضمان الشيء ملكه لوجوه عمدتها الشهره المحققه المؤيده بالإجماع المحكى عن السرائر (3).

ص: ٣١٣

١- (١) المبسوط ٣: ١٢٣.

٢- (٢) مرّ آنفاً.

٣- (٣) حكاة السيد في مفتاح الكرامه ٤: ٥٩٢، وراجع السرائر ٢: ٢٤٨ و ٣٨٦.

فهو من مال البائع». ورواه عبد الرحمن بن أبي عبد الله، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل اشترى أمه من رجل بشرط، يوماً أو يومين، فماتت عنده وقد قطع الثمن، على من يكون ضمان ذلك؟ قال: ليس على الذى اشترى ضمان حتى يمضى شرطه». ومرسله ابن رباط: «إن حدث بالحيوان حدث قبل ثلاثة أيام فهو من مال البائع». والنبوى المروى فى قرب الإسناد فى العبد المشتري بشرط

الشرح:

أقول: لا حاجة إلى انضمام تلازم الضمان مع ملك العين، بل يمكن أن يدعى أنّ الأخبار الواردة فى الحدث زمان خيار الحيوان والشرط ظاهره فى عدم صيروره المبيع ملكا للمشتري إلاّ بعد انقضاء الخيار.

وفى صحيحه عبد الله بن سنان: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الدابة أو العبد، ويشترط إلى يوم أو يومين، فيموت العبد أو الدابة أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟ فقال: على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثة أيام، ويصير المبيع للمشتري»<sup>(١)</sup>.

ولكن لا يخفى أنه يتعين حمل مثلها على صيروره المبيع ملكا لازما لأصل الملك، وذلك بقريته صحيحه على بن رثاب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «الشرط فى الحيوان ثلاثة أيام للمشتري اشترط أم لم يشترط، فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة أيام فذلك رضا منه فلا شرط، قيل له: وما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء»<sup>(٢)</sup>.

فإنّ ظاهرها جواز تصرف المشتري فى الأمه بعد الشراء بما كان يحرم قبله على غير المالك، ومقتضى ذلك كونها بعد الشراء ملكا له.

ص: ٣١٤

١- (١) التهذيب ٧: ٢٤ / ١٠٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٨: ١٣ ، الباب ١٨ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

فيموت، قال: «يستحلف بالله ما رضيه، ثم هو برىء من الضمان». وهذه الأخبار إنما تجدى فى مقابل من ينكر تملك المشتري مع اختصاص الخيار، وقد عرفت أنّ ظاهر المبسوط فى باب الشفعة ما حكاه عنه فى الدروس: من القطع بتملك المشتري مع اختصاص الخيار، وكذلك ظاهر العبارة المتقدمه عن الجامع.

الشرح:

ولو كان الملك حاصلًا بنفس النظر واللمس والتقبيل لكان الأنسب أن يقول: ان ينظر إلى ما كان يحرم عليه قبل ذلك، لا قبل الشراء.

مع أنّ تحريم الشيء قبل ارتكابه وجوازه بمجرد الشروع فى ارتكابه غير معقول.

والحاصل: أنّ ظاهر هذه الصحيحه حصول الملك بالشراء، وعدم اعتبار انقضاء الخيار فى حصوله لا- بنحو النقل ولا بنحو الكشف.

وعلى ذلك فلا- موجب لرفع اليد عن إطلاق «حل البيع» (١) بالالتزام بتوقف إمضاءه على انقضاء الخيار، بل الخيار كما ذكرنا حكم لتمام البيع.

ويكشف عن ذلك قوله عليه السلام «وصاحب الحيوان بالخيار إلى ثلاثة أيام» (٢).

وعلى ذلك فلو تم النبوى المزبور سندًا ودلاله على تلازم ضمان العين مع ملكها فيرفع اليد عن إطلاقه فى المقام، كما رفعنا اليد عنه فى ضمان اليد وفى صورته التلف قبل القبض كما لا يخفى.

وقد يقال: إنه يستفاد من بعض الروايات عدم صيروره المبيع ملكًا للمشتري مع شرط الخيار له كمعتبره السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام: «ان أمير المؤمنين عليه السلام قضى فى رجل اشترى ثوبًا بشرط إلى نصف النهار فعرض له ربح فأراد بيعه، قال: ليشهد أنه قد

ص: ٣١٥

١- (١) مرّ آنفًا.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ٥ ، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

وعلى أى حال، فهذه الأخبار إما أن تجعل مخيّصه لأدله المشهور بضميمه قاعده تلازم الملك والضمان، أو لقاعده التلازم بضميمه أدله المسأله، فيرجع بعد التكافؤ إلى أصاله عدم حدوث الملك بالعقد قبل انقضاء الخيار. لكن هذا فرع التكافؤ المفقود فى المقام من جهات، أعظمها الشهره المحققه المؤيده بالإجماع المحكى عن السرائر.

الشرح:

رضيه فاستوجه ثم لبيعه إن شاء، فإن أقامه فى السوق ولم يبع فقد وجب عليه»(١).

فانه لو كان المبيع ملكا للمشتري بمجرد الشراء لما كان إسقاط خياره معتبرا فى بيعه، مع أن قوله عليه السلام «ليشهد أنه قد رضيه فاستوجه» ظاهر فى اعتبار ذلك فى حصول الملك.

ولكن لا يخفى ما فيه فإنه لا دلالة فى الروايه على عدم حصول الملك قبل انقضاء الخيار، بل غايته عدم جواز أن يبيع ما اشتراه بخيار قبل إسقاط خياره.

ويمكن أن يكون الوجه فى ذلك سقوط خيار الشرط بتصرف ذى الخيار فيما اشتراه فيما كان تصرفا ناقلا، كما يفصح عن ذلك صحيحه الحلبي عن أبى عبدالله عليه السلام «أنه سال عن الرجل يبتاع الثوب من السوق لأهله، ويأخذه بشرط فيعطى الربح فى أهله، قال: إن رغب فى الربح فليوجب الثوب على نفسه، ولا يجعل فى نفسه أن يرد الثوب على صاحبه إن رد عليه»(٢).

ولا- يبعد الالتزام بذلك فى الخيار المشروط، بل جميع الخيارات بناءً على عدم احتمال الخصوصيه فى شرط الخيار وخيار الحيوان كما لا يخفى.

ص: ٣١٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٥ ، الباب ١٢ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

٢- (٢) المصدر : الحديث ٢ .

## هل القول بالتوقف يشمل الخيار المنفصل؟

ثم إن مقتضى إطلاق ما تقدّم في عبارتي المبسوط والخلاف [١] من كون الخلاف في العقد المقيّد بشرط الخيار عمومته للخيار المنفصل عن العقد، كما إذا شرط الخيار من الغد. كما أنّ مقتضى تخصيص الكلام بالعنوان المذكور عدم شموله لخيار غير الشرط والحيوان الذي يطلق عليه الشرط أيضاً. فخيار العيب والغبن والرؤية والتدليس الظاهر عدم جريان الخلاف فيها. ومما يدل على الاختصاص: أنّ ما ذكر من الأدلّة مختصّه بالخيارين، وأن الظاهر من لفظ

الشرح:

ويحتمل ان يكون ذلك حكماً استجابياً كما عنون صاحب الوسائل قدس سره الباب به فلاحظ.

[١] تعرض قدس سره لشرط الخيار المنفصل وذكر ما حاصله: أنّ ظاهر كلام الشيخ في المبسوط (١) والخلاف (٢): أنه لا يحصل النقل والانتقال في مورد خيار الحيوان وخيار الشرط سواء كان الخيار المشروط متصلاً أو منفصلاً.

واما إذا كان الخيار غيرهما كخيار العيب والغبن والرؤية فيحصل النقل والانتقال بنفس البيع، حيث خصص الشيخ قدس سره في المبسوط والخلاف بما إذا كان المراد البيع مشروطاً.

والمراد بكون البيع مقيداً ومشروطاً شرط الخيار فيه، كما ان المراد بإطلاق البيع عدم اشتراط الخيار فيه.

واما خيار المجلس فقد ذكر قدس سره في كلماته في المبسوط (٣) والخلاف (٤) لحوقه

ص: ٣١٧

١- (١) المبسوط ٢ : ٨٣ .

٢- (٢) الخلاف ٣ : ٢٢ ، المسألة ٢٩ .

٣- (٣) المبسوط ٣ : ١٢٣ ، وراجع المبسوط ٢ : ٨٣ .

٤- (٤) راجع الخلاف ٣ : ٢٢ ، المسألة ٢٩ .



«الانقضاء» فى تحريرات محل الخلاف انقطاع الخيار الزمانى. وأما خيار المجلس، فالظاهر دخوله فى محل الكلام، لنص الشيخ بذلك فى عبارته المتقدمه عنه فى باب الشفعه، ولقوله فى الاستبصار: إنَّ العقد سبب لاستباحه الملك إلاَّ أنه مشروط بأن يتفرقا بالأبدان ولا- يفسخا العقد، ولنصَّ الشيخ فى الخلاف والمبسوط على أن التفريق كانقضاء الخيار فى لزوم العقد به. ومراده من اللزوم تحقّق علّه الملك، لا مقابل الجواز، كما لا يخفى. مع أنّ ظاهر عباره الدروس المتقدمه فى مأخذ هذا الخلاف: أنّ كل خيار يمنع من التصرف فى المبيع فهو داخل فيما يتوقّف الملك على انقضائه. وكذلك عبارته المتقدمه فى عنوان هذا الخلاف عن الجامع. وقد تقدّم عن الشيخ فى صرف المبسوط: أنّ خيار المجلس مانع عن التصرف فى أحد العوضين. ومن ذلك يظهر وجه آخر لخروج خيار العيب وإخوته عن محلّ الكلام، الشرح:

بخيار الشرط والحيوان.

والمذكور فى كلمات الأصحاب أيضا فى عنوان الخلاف حصول الملك بالبيع أو بانقضاء الخيار، وظاهر الانقضاء كون الخيار زمانيا فلا يعم مثل خيار العيب والغبن والرؤية.

نعم خيار المجلس لا حق بخيارى الشرط والحيوان، كما صرح الشيخ قدس سره (١): بان الافتراق كانقضاء الخيار فى لزوم العقد.

وقد صرح فى الدروس (٢) فى منشأ الخلاف: أنّ التصرف فى زمان الخيار ممتنع. وهذا لا يجرى فى خيار العيب ونحوه، حيث إنّ التصرف فى الخيارات المزبوره قبل ظهور العيب والغبن ورؤيه المبيع على خلاف ما وصف جائز، فلا بد أن يلتزم

ص: ٣١٨

١- (١) الخلاف ٣: ٢٢، المسأله ٢٩، والمبسوط ٢: ٨٣.

٢- (٢) الدروس ٣: ٢٧.

فإنّ الظاهر عدم منعها من التصرف في العوضين قبل ظهورها، فلا بد أن يقول الشيخ باللزوم والملك قبل الظهور، والخروج عن الملك بعد الظهور وتنجز الخيار، وهذا غير لائق بالشيخ. فثبت أنّ دخولها في محل الكلام مستلزم: إمّا لمنع التصرف في موارد هذا الخيار، وإمّا للقول بخروج المبيع عن الملك بعد دخوله، وكلاهما غير لائق بالالتزام. مع أنّ كلام العلامة في المختلف كالصريح في كون التملك بالعقد اتّفاقياً في المعيب، لأنّه ذكر في الاستدلال: أنّ المقتضى للملك موجود والخيار لا يصلح للمنع، كما في بيع المعيب. وذكر أيضاً أنّه لا منافاه بين الملك والخيار، كما في المعيب. وقد صرح الشيخ قدس سره أيضاً في المبسوط: بأنّه إذا اشترى شيئاً فحصل منه نماء ثم وجد به عيباً ردّه دون نمائه، محتجّاً بالإجماع وبالنبويّ: «الخراج بالضمان» وستجىء تتمّه لذلك إن شاء الله تعالى.

الشرح:

الشيخ قدس سره بحصول الملك في مورد الخيارات المزبوره بالعقد.

ويفصح عن ذلك ما ذكره في المبسوط (1): من أنه لو ظهر للمعيب نماء ثم ظهر عيبه فيرد المعيب دون نمائه.

والحاصل: أنّ احتمال أنّ الشيخ قدس سره لا يلتزم بجواز التصرف قبل ظهور العيب والغبن والرؤية لا يليق به، كما أنّ التزامه قدس سره بجواز التصرف قبل حصول الخيارات المزبوره لحصول الملك قبلها، وأنّه بعد حصول الخيار يزول الملك ويرجع المبيع إلى ملك بائعه أيضاً لا يليق بشأنه قدس سره .

أقول: لو بنى على أن الخيار حق يتعلّق بالعين، وأنّ تعلّقه به يمنع عن تصرّف من عليه الخيار فيه فلا يجوز التصرف لمن عليه الخيار في جميع الخيارات.

ص: ٣١٩

## التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له

مسأله: ومن أحكام الخيار كون المبيع في ضمان من ليس له الخيار [١] في الجملة، على المعروف بين القائلين بتملك المشتري بالعقد.

وتوضيح هذه المسأله: أنّ الخيار إذا كان للمشتري فقط من جهة الحيوان فلا إشكال ولا خلاف في كون المبيع في ضمان البائع. ويدل عليه ما تقدّم في المسأله السابقه من الأخبار. وكذلك الخيار الثابت له من جهة الشرط بلا خلاف في ذلك، لقوله عليه السلام في ذيل صحيحه ابن سنان: «وإن كان بينهما شرط أياماً معدوده فهلك في يد المشتري، فهو من مال بئعه». ولو كان للمشتري فقط خيار المجلس دون البائع، فظاهر قوله عليه السلام: «حتّى ينقضى شرطه، ويصير المبيع للمشتري» كذلك بناءً على أنّ المناط انقضاء الشرط الذي تقدّم أنّه يطلق على خيار المجلس في الأخبار، بل ظاهره: أنّ المناط في رفع ضمان البائع صيروره المبيع للمشتري الشرح:

ولو كان اعتبار الملك مع هذا المنع عن التصرف لغوا لما حصل الملك إلا بعد انتهاء الخيار وسقوطه من غير فرق بين خيار وخيار آخر، فان الخيار المزبور يكون كشرط الخيار المنفصل.

نعم لو استدل في منع حصول الملك بالأخبار فلا يحصل النقل والانتقال في خيارى المجلس والحيوان وخيار الشرط فيما كان المبيع من قبيل الحيوان لا سائر المتاع، كما تقدم في الخيار المشروط في بيع الخيار كما لا يخفى.

[١] يقع الكلام في المقام في المسأله المعروفه في أنّ التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له، ويستفاد من كلماتهم فيها أن في عموم هذه القاعده وعدم عمومها أقوال:

الأول: أن هذا الحكم يختص بخيار الحيوان وخيار الشرط فيما كان الخيار المشروط في شراء الحيوان أو غيره متصلاً بالعقد أم منفصلاً.

الثاني: كون الحكم كذلك فيما كان الخيار المشروط في شراء الحيوان.

واختصاصه به بحيث لا يقدر على سلبه عن نفسه. وإلى هذا المناط ينظر تعليل هذا الحكم في السرائر، حيث قال: فكل من كان له خيار فالمتاع يهلك من مال من ليس له خيار، لأنه قد استقرّ 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 مستقرّ عليه ولازم من جهته. ومن هنا يعلم أنه يمكن بناءً على فهم هذا المناط طرد الحكم في كل خيار، فتثبت القاعده المعروفه: من «أن التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له» من غير فرق بين أقسام الخيار ولا بين الثمن والمثمن، كما يظهر من كلمات غير واحد من الأصحاب، بل نسبه جماعه إلى إطلاق الأصحاب. قال في الدروس في أحكام القبض: «وبالقبض ينتقل الضمان إلى القابض إذا لم يكن له خيار»، انتهى. فإنّ ظاهره كفايه مطلق الخيار في عدم ضمان المشتري للمبيع المقبوض، ونحوه كلامه قدس سره في اللمعه. الشرح:

الثالث: أنّ الحكم يجرى في خيارى الحيوان والشرط سواء كان الخيار المشروط للبائع أو للمشتري، وفي خيار المجلس مختصاً بأحد المتعاقدين، كما إذا شرط عدم خيار المجلس للبائع أو للمشتري، ويظهر من المصنف رحمه الله اختيار ذلك.

الرابع: أنّ الحكم يجرى في كلّ الخيارات فيما إذا اختص الخيار بأحد المتبايعين سواء كان الخيار متصلاً بالعقد أم منفصلاً.

والعمده في وجه الاختلاف ملاحظه ما يستفاد منه الحكم، فانه قيل: يستفاد مما ورد في خيارى الحيوان والشرط أنّ البيع فيما لم يكن لازماً لأحد المتعاقدين، بحيث يمكن له إرجاع المال إلى من انتقل عنه يكون ضمان تلفه على من انتقل عنه.

وفي صحيحه عبدالله بن سنان «عن الرجل يشتري الدابه أو العبد ويشترط إلى يوم أو يومين، فيموت العبد والدابه أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟ فقال:

وفى جامع المقاصد فى شرح قول المصنف قدس سره : «ولو ماتت الشاه المصرّاه أو الأمه المدلّسه فلا شىء له، وكذا لو تعيبت عنده قبل علمه» قال: وتقييد الحكم بما قبل العلم غير ظاهر، لأن العيب إذا تجدد بعد علمه يكون كذلك، إلا أن يقال: إنه غير مضمون عليه الآن لثبوت خياره، ولم أظفر فى كلام المصنف وغيره بشىء فى ذلك، انتهى. وقال فى شرح قول المصنف قدس سره : «ولا يسقط الخيار بتلف العين»: مقتضى إطلاق كلامهم أنه لو تلف المبيع مع خيار الغبن للمشتري انفسخ البيع، لاختصاص الخيار بالمشتري، ثم تردّد فيه وفى خيار الرؤية. وفى المسالك فى مسأله أن العيب الحادث يمنع من الردّ بالعيب القديم وأن الحادث فى أيام خيار الحيوان مضمون على البائع قال: وكذا كل خيار مختص بالمشتري. وعن مجمع البرهان فى مسأله أن تلف المبيع بعد الثلاثه مع خيار التأخير من البائع استناداً إلى عموم قاعده «تلف المبيع قبل الضمان» قال: إن هذه القاعده معارضه بقاعده الشرح:

على البائع حتّى ينقضى الشرط ثلاثه أيام ويصير المبيع للمشتري»(١).

فإن ظاهرها أن انتقال الضمان إلى المشتري إنما هو فيما كان الشراء المزبور لازماً عليه.

وفى ذيل هذه الصحيحه على روايه الشيخ قدس سره «وان كان بينهما شرط أيام معدوده فهلك فى يد المشتري قبل أن يمضى الشرط فهو من مال البائع»(٢)، وهذا الذيل يعم ما إذا كان شرط الأيام منفصلاً عن العقد، بل يعم شراء غير الحيوان أيضاً لرجوع ضمير بينهما إلى البائع والمشتري، لا إلى خصوص مشتري الحيوان وبائعه.

والحاصل: أنه قد يقال: إن الاستفادة من الصحيحه أن الملاك فى ضمان المبيع

ص: ٣٢٢

١- (١) التهذيب ٧: ٢٤ / ١٠٣ .

٢- (٢) نفس المصدر السابق .

أخرى، وهى: أن تلف المبيع فى الخيار المختص بالبائع من مال المشتري، فإنّ الظاهر من جعل هذه قاعده كونها مسلّمه بين الأصحاب. وصرّح بنحو ذلك المحقّق جمال الدين فى حاشيه الروضه، واستظهر بعد ذلك اختصاصه بما بعد القبض، معترفاً بعمومها من جهات أخرى. وظاهر هذه الكلمات عدم الفرق بين أقسام الخيار، ولا بين الثمن والمثمن، ولا بين الخيار المختص بالبائع والمختص بالمشتري، ولذا نفى فى الرياض الخلاف فى أنّ التلف فى مدّه الخيار ممّن لا خيار له. وفى مفتاح الكرامه: أنّ قولهم: «التلف فى مدّه الخيار ممّن لا خيار له» قاعده لا خلاف فيها. ثم ذكر فيها تبعاً للرياض: أنّ الحكم فى بعض أفراد المسأله مطابق للقاعده.

الشرح:

على بايعه عدم صيرورته ملكاً لازماً للمشتري، ويجرى ذلك فى جميع الخيارات، فانه إن كان المراد بالشرط مطلق الخيار فالأمر واضح، وهذا ظاهر الدروس (١) وقبله السرائر (٢) وغيرها.

وقد تصدّى المصنف قدس سره لنقل كلمات الأصحاب فى المقام لاستظهار القول بعموم القاعده وعدم عمومها.

ولكن ناقش فى استظهار عموم القاعده من الصحيحه بأنّها لا تعم غير خيار الحيوان والشرط.

نعم يدخل فيها خيار المجلس فيما إذا اختص بأحدهما، لأنه قد أطلق الشرط بخيار المجلس أيضاً، كما فى صحيحه الفضيل عن أبى عبدالله عليه السلام «قلت له: ما الشرط فى غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فإذا افترقا، فلا خيار بعد الرضا

ص: ٣٢٣

١- (١) الدروس ٣: ٢١٠ ٢١١ .

٢- (٢) السرائر ٢: ٢٧٧ .

لكن الإنصاف: أنه لم يعلم من حال أحد من معتبري الأصحاب الجزم بهذا التعميم، فضلاً عن اتّفاقهم عليه. فإنّ ظاهر قولهم: «التلف في زمان الخيار» هو الخيار الزماني، وهو الخيار الذي ذهب جماعه إلى توقّف الملك على انقضاءه، لا مطلق الخيار ليشمل خيار الغبن والرؤية والعيب ونحوها، ألا- ترى أنّهم اتّفقوا على أنه إذا مات المعيب لم يكن مضموناً على البائع ولو كان الموت بعد العلم بالعيب؟ ألا- ترى أنّ المحقّق الثاني ذكر: أنّ الاقتصاص من العبد الجاني إذا كان في خيار المشتري كان من ضمان البائع؟ وأمّا ما نقلنا عنه سابقاً في شرح قوله: «ولو تعيبت قبل علمه» فهو مجرد احتمال، حيث اعترف بأنّه لم يظفر فيه على شيء، مع أنّه ذكر في شرح قول المصنّف في باب العيوب: «وكلّ عيب يحدث في الحيوان بعد القبض وقبل انقضاء الخيار، فإنّه لا يمنع الردّ في الثلاثة»: نفى ذلك الاحتمال الشرح:

منهما»(١).

أقول: عمدته من استظهر من كلامه عموم القاعدة الشهيد رحمه الله في الدروس(٢) واللمعه(٣)، حيث قال رحمه الله في أحكام القبض: «وبالقبض ينتقل الضمان إلى القابض إذا لم يكن له خيار». فإنّ مقتضى التقييد بما إذا لم يكن للقابض خيار أنّه مع الخيار له لا ينتقل الضمان.

ولكن لا يخفى أنّه لو أخذ بهذا الظهور يكون مقتضاه عدم ضمان القابض مع الخيار له سواء كان لصاحبه أيضاً خيار أم لا فيعم موارد خيار المجلس وما إذا باع المعيب مع جهل المشتري بالعيب بأقل من قيمه السوقية، بحيث يكون للبائع خيار

ص: ٣٢٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٦ ، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣ .

٢- (٢) الدروس ٣ : ٢١٠ ٢١١ .

٣- (٣) اللّعه الدمشقيه : ١٣٢ .

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 خصوصاً على القول بالفوريته، 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 استفاد من قوله عليه السلام: «حتى ينقضى شرطه ويصير المبيع للمشتري» هو انقضاء خيار المشتري الذي يطلق عليه الشرط في الأخبار وصيروره المبيع مختصاً بالمشتري لازماً عليه بحيث لا يقدر على سلبه عن نفسه، الشرح:

الغبن وللمشتري خيار العيب.

وكذا استظهر العموم من كلام المحقق (1) الثاني في توجيه القيد من كلام العلامة، حيث ذكر العلامة أنه: «لو ماتت الشاه المصيراه أو الأمه المدلّسه فلا شيء للمشتري»، يعني لا يستحق المشتري مطالبه البائع بشيء، لا بأخذ الثمن ولا الأرش، فيكون الحاصل أنه لا ضمان على البائع في موت الشاه المصراه ولا في موت الأمه المدلّسه.

أما عدم استحقاق الأرش لأن الأرش يختص بموارد خيار العيب، ولا يجرى في موارد خيار التديس حيث إن التديس إيهام وصف كمال في المبيع مع عدم وجوده فيه.

وأما عدم استحقاق الثمن فلا بد من أن يفرض الموت في غير زمان خيار الحيوان أو الشرط للمشتري، حيث إن كلام العلامة ناظر إلى عدم ضمان البائع بالتديس، لا نفي ضمانه بخيار آخر.

وقال العلامة عقيب ذلك: «وكذا لو تعييت عنده قبل علمه بالتديس» أي لا يكون

ص: ٣٢٥

١- (١) جامع المقاصد ٤: ٣٥٤.



فيدل على: أن كل من له شرط وليس المعوض الذي وصل إليه لازماً عليه فهو غير ضامن له حتى ينقضى شرطه ويصير مختصاً به لازماً عليه. وفي الاعتماد على هذا الاستظهار تأمل في مقابله القواعد، مع أنه يمكن منع دلاله هذا المناط المستنبط عليه، لأن ظاهر الصحيحه الاختصاص بما كان التزلزل وعدم كون المبيع لازماً على المشتري ثابتاً من أول الأمر، كما يظهر من لفظه «حتى» الظاهره في الابتداء، وهذا الشرح:

شئ للمشتري فيما إذا تعيب الأمه المدلّسه عنده قبل علمه بالتدليس.

وأورد المحقق الثاني(١): بأنه لا وجه لتقييد عدم ضمان البائع بما إذا كان تعيب الأمه قبل علم المشتري بكونها مدلّسه، بل لو تعيب بعد علمه بالتدليس فلا يضمن البائع أيضاً، إلا أن يقال مع علمه بالتدليس: يثبت له خيار التدليس، فيكون التعيب زمان خياره، فلا يكون مضموناً عليه، بل يكون مضموناً على بايعه.

ولكن لم أظفر في كلام المصنف رحمه الله وغيره أن يكون على البائع ضمان تلف المبيع في زمان خيار التدليس للمشتري.

ولكن لا يخفى أنه ينبغي استظهار عموم قاعده «أن التلف أو التعيب في زمان الخيار ممن لا خيار له» من التقييد في كلام العلّامه لا من توجيه المحقق الثاني، فان توجيهه لا يزيد إلا كون العموم قولاً للعلّامه.

مع أنه لا وجه لتقييد العلّامه رحمه الله عدم ضمان البائع تعيب الأمه المدلّسه بما إذا كان قبل علم المشتري بالتدليس، وإطلاق عدم ضمان البائع موت الشاه المصّرّاه والأمه المدلّسه.

وكيف ما كان فما ذكره في مفتاح الكرامه(٢): من أن قولهم «التلف في زمان الخيار

ص: ٣٢٦

١- (١) جامع المقاصد ٤ : ٣٥٤ .

٢- (٢) مفتاح الكرامه ٤ : ٥٩٩ . ٦٠٠ .

المعنى مختص بخيار المجلس والحيوان والشرط ولو كان منفصلاً، بناءً على أن البيع متزلزل ولو قبل حضور زمان الشرط، ولذا ذكرنا جريان الخلاف في المسألتين السابقتين فيه. وأما الغبن والعيب والرؤيه وتخلف الشرط وتفليس المشتري وتبعض الصفقه، فهى توجب التزلزل عند ظهورها بعد لزوم العقد.

الشرح:

ممن لا خيار له» قاعده لا خلاف فيها. لا يمكن المساعده عليه، فإن الناظر فى كلماتهم يرى عدم التسالم عليها، بل ادعى الإجماع على أن حدوث العيب الجديد فى يد المشتري يمنع عن الفسخ بالعيب القديم ويبقى المطالبه بالأرث من غير فرق بين حدوث العيب الجديد بعد العلم بالقديم أو قبله.

بل على تقدير التسالم أيضاً فلا- يمكن الاعتماد عليه، لأنه لم يظهر من كلماتهم فى مدرك القاعده غير الأخبار المشار إليها، واستفاده القاعده الكليه منها مشكل جداً، فان قوله عليه السلام «حتى ينقضى الشرط ثلاثه أيام ويصير المبيع للمشتري»<sup>(١)</sup> غاية لضمان البائع موت العبد أو الدابه أو حدوث العيب والنقض فى أحدهما، وهذا لا يعم غير خيار الحيوان للمشتري، والتعدى إلى سائر الخيارات حتى خيار المجلس بلا وجه، فإن خيار المجلس وان أطلق عليه الشرط إلا أنه ليس ثلاثه أيام كما لا يخفى.

وأما ما فى ذيل صحيحه عبدالله بن سنان من قوله عليه السلام «وان كان بينهما شرط أياما معدوده فهلك فى يد المشتري قبل أن يمضى الشرط فهو من مال البائع»<sup>(٢)</sup>، فغاياته انه يعم شرط الخيار متصلاً أو منفصلاً للمشتري.

والضمير فى «بينهما» يرجع إلى مطلق البائع والمشتري، لا بائع العبد أو الدابه ومشتريهما.

ص: ٣٢٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٤ ١٥ ، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٠ ، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٢ .

## تلف الثمن بيد البائع زمان خياره

والحاصل: أنّ ظاهر الروايه استمرار الضمان الثابت قبل القبض إلى أن يصير المبيع لازماً على المشتري، وهذا مختص بالبيع المترزّل من أوّل الأمر، فلا- يشمل المترزّل المسبوق باللزوم، بأن يكون المبيع في ضمان المشتري بعد القبض ثم يرجع بعد عروض المترزّل إلى ضمان البائع، فاتضح بذلك أنّ الصحيحه مختصّه بالخيارات الثلاثه، على تأمّل في خيار المجلس. ثم إنّ مورد هذه القاعده إنما هو ما بعد القبض، وأما قبل القبض فلا إشكال ولا خلاف في كونه من البائع من غير التفات إلى الخيار، فلا تشمل هذه القاعده خيار التأخير.

وأما عموم الحكم للثمن والمثمن [١] بأن يكون تلف الثمن في مدّه خيار البائع المختص به من مال المشتري فهو غير بعيد، نظراً إلى المناط الذي استفدناه، ويشمله ظاهر عباره الدروس المتقدمه، مضافاً إلى استصحاب ضمان المشتري له الثابت قبل القبض.

الشرح:

لا يقال: هذا الذيل يعمّ ما إذا كان الخيار المشروط لكل من البائع والمشتري لو لم نقل بشموله لما إذا اختص الخيار للبائع، فلا يمكن حمله على ما اختص المشتري بالخيار.

فانه يقال: ظاهر الذيل وحده الخيار المشروط، وإلا لكان الأنسب التعبير بأن كان لهما شرط فيكون الخيار المشروط للمشتري بقرينه أنّ الموجب لانتفاء ضمان البائع انقضاء الشرط للمشتري، كما هو ظاهر موثقه عبدالرحمن (١) عن رجل... الخ.

[١] ذكر قدس سره ما حاصله: أنّه كما أنّ ضمان تلف المبيع بيد المشتري زمان خياره على البائع كذلك ضمان تلف الثمن بيد البائع زمان خياره على المشتري.

ص: ٣٢٨

وتوهم: عدم جريانه مع اقتضاء القاعده كون الضمان من مال المالك خرج منه ما قبل القبض، مدفوع: بأن الضمان الثابت قبل القبض وبعده في مدّه الخيار ليس مخالفاً لتلك القاعده، لأنّ المراد به انفساخ العقد ودخول العوض في ملك صاحبه الأصلي وتلفه من ماله. نعم، هو مخالف لأصله عدم الانفساخ، وحيث ثبت المخالفه قبل القبض، فالأصل بقاؤها بعد القبض في مدّه الخيار. نعم، يبقى هنا: أنّ هذا مقتضى لكون تلف الثمن في مدّه خيار البيع الخياري من المشتري، فينفسخ البيع ويرد المبيع إلى البائع. والتزام عدم الجريان من حيث إنّ الخيار في ذلك البيع إنّما يحدث بعد ردّ الثمن أو مثله فتلف الثمن في مدّه الخيار إنّما يتحقّق بعد ردّه قبل الفسخ لا قبله، مدفوع بما أشرنا سابقاً: من منع ذلك، مع أنّ المناط في ضمان غير ذى الخيار لما انتقل عنه إلى ذى الخيار تزلزل البيع المتحقّق ولو بالخيار الشرح:

والوجه في ذلك ما يستفاد ممّا ورد في خيار الحيوان أنّ ضمان التلف قبل القبض لا يرتفع بالقبض عن الضامن فيما كان المقبوض ملكاً غير لازم لقاوضه بحيث يمكن له سلبه عن نفسه، وهذا الملاك يجرى في ناحيه الثمن كما كان في ناحيه المثلث. ولو اغمض عن ذلك وفرضنا الشك في بقاء ضمان الثمن على المشتري إلى ما بعد القبض فيجرى الاستصحاب في ناحيه بقاء ضمانه الذي كان ثابتاً قبل القبض.

لا يقال: الثمن في الفرض ملك البائع وقد تلف في يده وضمن شخص آخر ذلك الثمن خلاف قاعده الخراج بالضمان، فإنّ خراج الثمن المزبور للبائع فيكون ضمانه أيضاً عليه، فلا تصل النوبه إلى التمسك بالاستصحاب.

فإنّ يقال: هذا الضمان لا يخالف تلك القاعده، فإنّ معنى هذا الضمان رجوع الثمن عند تلفه إلى ملك المشتري فيتلف ملكاً له.

وكما أنّ الثمن زمان تلفه في ضمان المشتري كذلك خراجه بل وعينه أيضاً ملكه

المنفصل، كما أشرنا سابقاً. فالأولى بالالتزام بجريان هذه القاعدة إذا كان الثمن شخصياً بحيث يكون تلفه قبل قبضه موجباً لانفساخ البيع، فيكون كذلك بعد القبض مع خيار البائع ولو منفصلاً عن العقد. وأمّا إذا كان الثمن كلياً، فحاله حال المبيع إذا كان كلياً، كما إذا اشترى طعاماً كلياً بشرط الخيار له إلى مدّة فقبض فرداً الشرح:

كما هو الحال في تلف المبيع زمان خيار المشتري.

نعم استصحاب بقاء ضمان الثمن على المشتري إلى ما بعد قبض البائع مخالف لاستصحاب بقاء العقد، وعدم انحلاله بتلف الثمن بيد بائعه الذي يكون له خيار الشرط أو خيار المجلس بل خيار الحيوان، إلا أنّ استصحاب بقاء الضمان الثابت قبل القبض إلى ما بعده حاكم على استصحاب عدم انفساخ العقد، كحكومه استصحاب ضمان اليد على اصاله عدم اشتغال من تلف المال بيده بالمثل أو قيمه.

أقول: استصحاب بقاء الضمان قبل القبض من الاستصحاب في الشبهه الحكميه فلا اعتبار به، وعلى تقدير اعتباره فيها والقول بأنّ الضمان في نفسه أمر اعتباري لا يدخل استصحابه في الاستصحاب التعليقي، فلا ريب في أنّه لا تصل النوبه إلى استصحاب الضمان، لا لأنّ استصحاب عدم الانفساخ ينافيه، لما تقدّم من أنّ معنى الضمان هو أنّ تلف الثمن بيد المشتري كان مع الانفساخ فكذلك بعد قبض البائع، فيكون التثبت باستصحاب عدم الانفساخ من الأخذ بالاستصحاب المسيبي مع الأصل السببي، بل لعدم وصول النوبه إلى استصحاب بقاء ضمان الثمن على المشتري لعدم المورد للاستصحاب في المقام أصلاً، لأنّ المرجع عند الشك في تلف الثمن في يد البائع الذي له الخيار إطلاق حل البيع وإمضائه نظير قوله سبحانه «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (1) فإنّ مفاد الإطلاق إمضاء البيع إلى الأبد. وما دل على الخيار وضمن التلف

ص: ٣٣٠

منه فتلف في يده، فإنَّ الظاهر عدم ضمانه على البائع، لأنَّ مقتضى ضمان المبيع في مدَّة الخيار على من لا خيار له على ما فهمه غير واحد بقاؤه على ما كان عليه قبل القبض، و دخول الفرد في ملك المشتري لا يستلزم انفساخ العقد، بل معنى الضمان بالنسبة إلى الفرد صيروره الكلي كغير المقبوض، وهذا ممَّا لا تدلُّ عليه الأخبار المتقدِّمه، فتأمل.

الشرح:

قبل القبض وضمن البائع تلف المبيع يستفاد منها أنَّ الإمضاء إلى أن يقع الفسخ من ذى الخيار أو إلى أن يقع التلف قبل القبض أو إلى أن يتلف المبيع بيد المشتري الذى كان له الخيار، ويبقى باقى الصور تحت الإطلاق.

لا يقال: هذا التمسك مبنى على جواز التمسك بالعام فيما ورد عليه مخصص فى زمان وشك بعد ذلك الزمان فى حكم الفرد الخارج.

فانه يقال: ليس ما نحن فيه من صغريات تلك الكبرى وإن كان الصحيح فى ذلك البحث أيضا جواز التمسك بالعام حتى ما لو كان حكم أفراد العام استمراريًا.

والوجه فى عدم دخول المقام فى تلك الكبرى أن البيع المفروض فى المقام لم يكن خارجا عن خطاب الإمضاء سابقا، لعدم وقوع تلف الثمن قبل القبض كما لا يخفى.

ويبقى فى البين دعوى أنه يستفاد من صحيحه عبدالله بن سنان (١) المناط فى الضمان المعاملى، ولكن قد تقدّم أنه لا يستفاد منها إلا ضمان البائع تلف المبيع بيد المشتري فيما كان له خيار الحيوان أو الشرط.

ثم بناءً على أنَّ تلف الثمن فى زمان خيار البائع على المشتري أنه لو تلف الثمن بيد البائع فى بيع الخيار فعلى المشتري أن يرُد المبيع إلى بائعه، وهذا فيما كان الثمن شخصا.

ص: ٣٣١

---

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٠ ، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٢ .

ثم إن ظاهر كلام الأصحاب وصريح جماعه منهم [١] كالمحقق والشهيد الثانيين : أن المراد بضمان من لا خيار له لما انتقل إلى غيره، هو بقاء الضمان الثابت قبل قبضه وانفساخ العقد آنأ ما قبل التلف، وهو الظاهر أيضاً 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، بل يبقى على ضمان ناقله الثابت قبل القبض. وقد عرفت أن معنى الضمان قبل القبض هو تقدير انفساخ الشرح:

وأمّا إذا كان كلياً وتلف الفرد المقبوض بيد البائع فلا يكون هذا التلف موجبا لانحلال البيع، لأن تلف المقبوض من ملك المشتري لا يلزم الانفساخ في البيع، بل يكفي فيه انحلال القبض، فيستحق البائع المطالبة بفرد آخر.

ويجوز ذلك فيما إذا كان المبيع كلياً وقبض المشتري فرداً منه، وتلف ذلك الفرد في زمان خياره.

والحاصل: أن الالتزام بالانحلال في القبض في العقد لتصحيح وقوع التلف على غير ذي الخيار، وهذا يحصل بالانحلال في القبض.

ولو شك في انحلال البيع في هذه الصورة فالمرجع لإطلاق دليل الإمضاء، ولا أقل من استصحاب بقاء البيع.

[١] المراد من كون ضمان تلف المبيع في زمان خيار المشتري من بئعه على ما تقدم انحلال البيع عند تلفه ليقع التلف في ملك البائع، فيرجع الثمن إلى ملك المشتري، ولو كان للمبيع نماء إلى زمان تلفه فالنماء للمشتري كما أن نماء الثمن إلى ذلك الزمان للبائع.

وليس المراد من ضمان البائع ضمان التلف في اليد بأن يصح البيع حتى بعد تلف المبيع، بحيث يكون للمشتري فسخه بالخيار، فيرجع إلى البائع بالثمن، أو يبقى البيع

العقد وتلفه في ملك ناقله، بل هو ظاهر القاعده، وهي: أن التلف في مده الخيار ممن لا خيار له، فإن معنى تلفه منه تلفه مملوكاً له، مع أن هذا ظاهر الأخبار المتقدمه الداله على ضمان البائع للمبيع في مده خيار المشتري بضميمه قاعده «عدم ضمان الشخص لما يتلف في يد مالكة» وقاعده «التلازم بين الضمان والخراج»، فإننا إذا قدرنا المبيع في ملك البائع آنأ ما لم يلزم مخالفه شيء من القاعدتين. والحاصل: أن إرادته ما ذكرنا من الضمان ممأ لا ينبغي الريب فيها.

الشرح:

بحاله، فيرجع إلى البائع ببديل المبيع مثلاً أو قيمه.

والوجه في كون ضمان البائع على النحو الأول مضافاً إلى كونه ظاهر كلمات الأصحاب من أن التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له أنه لم يعهد أن يتلف مال مالك في يده، ويكون خسارته على غيره.

وبتعبير آخر: الملازمه بين كون شيء ملكاً لشخص وذهابه عن كيسه عند تلفه في يده، ومقتضى قاعده الخراج بالضمان وأن كون شخص مالكا لعين يلازم ضمانه يقتضيان أن يكون المبيع عند تلفه في يد المشتري غير مملوكه له، بل تكون مملوكه لبائعها، ولا يكون هذا إلا بانحلال البيع عند تلفها.

أقول: لا- ينبغي التأمل في أن معنى الضمان قبل القبض هو الضمان المعاملي أي انحلال البيع بتلف قبل قبضه، فإن ظاهر معتبره عقبه بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام وقوع تلفه في ملك بايعه، قال: «في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجهه، غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه قال: آتيك غدا إن شاء الله تعالى فسرقت المتاع، من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع»(١).

ص: ٣٣٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٣ ٢٤ ، الباب ١٠ من أبواب الخيار ، الحديث ١ .



ومع ذلك كله فظاهر عباره الدروس فى الفرع السادس من فروع خيار الشرط يوهم بل يدل على عدم الانفساخ، قال قدس سره : لو تلف المبيع قبل قبضه بطل البيع والخيار، وبعده لا يبطل الخيار وإن كان التلف من البائع، كما إذا اختص الخيار بالمشتري، فلو فسخ البائع رجوع بالبدل فى صوره عدم ضمانه، ولو فسخ المشتري رجوع بالثمن وغرم البدل فى صوره ضمانه، ولو أوجب المشتري فى صوره التلف قبل القبض لم يؤثر فى تضمين البائع قيمه أو المثل. وفى انسحابه فيما لو تلف بيده فى خياره نظر، انتهى.

الشرح:

وكذا الضمان فى زمان الخيار كما هو ظاهر مرسله حسن بن على بن رباط عن روه عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «إن حدث بالحيوان قبل ثلاثه أيام فهو من مال البائع»<sup>(١)</sup>. بل ظاهر صحيحه عبدالله بن سنان<sup>(٢)</sup> وغيرها أيضا.

فإن المتفاهم منها أن الضمان المنفى عن المشتري هو الذى يثبت عليه بعد انقضاء الخيار، ومن الظاهر أن الضمان الثابت على المشتري بعد انقضاء خيار الحيوان هو الضمان المعاوضى.

ففى موثقه عبدالرحمن عن أبى عبدالله: «ليس على الذى اشترى حتى يمضى شرطه»<sup>(٣)</sup>.

وفى روايه عبدالله بن الحسن بن زيد عن أبيه عن جعفر بن محمد عليهما السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله : «يستحلف بالله ما رضيه ثم هو برىء من الضمان»<sup>(٤)</sup>.

ص: ٣٣٤

- ١- (١) وسائل الشيعة ١٨ : ١٥ ، الباب ٥ من أبواب الخمار، الحديث ٥ .
- ٢- (٢) المصدر : ١٤ ، الحديث ٢ .
- ٣- (٣) وسائل الشيعة ١٨ : ١٤ ، الباب ٥ من أبواب الخيار ، الحديث ١ .
- ٤- (٤) المصدر : ١٥ ، الحديث ٤ .

والعبارة محتاجه إلى التأمل [١] من وجوه. وقد يظهر ذلك من إطلاق عبارته التذكيره، قال: «لو تلف المبيع بآفه سماويه فى زمن الخيار، فإن كان قبل القبض انفسخ البيع قطعاً، وإن كان بعده لم يبطل خيار المشتري ولا البائع ويجب قيمه على ما تقدم» ثم حكى عن الشافعيه وجهين فى الانفساخ بعد القبض وعدمه، بناءً الشرح: وهذا هو العمده، وإلا فمقتضى إطلاق الإمضاء حتى بعد تلف المبيع زمان خيار المشتري تعين ضمان التلف مع عدم فسخ ذى الخيار.

ولو فرض تعارض هذا الإطلاق مع قاعده التلازم بين الضمان والملك فيرجع إلى استصحاب بقاء البيع والخيار، وتكون النتيجة ضمان التلف كما لا يخفى.

[١] وجه التأمل: فإن الشهيد رحمه الله ذكر فى أول كلامه (١): أن البائع إذا فسخ البيع فى صورته تلف المبيع بيد المشتري يرجع إليه ببدل المبيع فيما إذا لم يكن ضمان. ومفهوم القيد أن البائع الفاسخ إذا كان عليه ضمان فليس له مطالبه البديل من المشتري.

ولكن لا يخفى أنه لا يتصور كون البائع ذا الخيار وأن يكون عليه ضمان تلف المبيع بيد المشتري هذا أولاً.

وثانياً ذكر فى آخر كلامه (٢): أنه إذا كان للمشتري خيار وتلف المبيع بيد بائعه قبل قبضه يبطل البيع، ولا يفيد إيجاب المشتري أى إمضائه فى تضمين البائع بالمثل أو قيمه.

ثم ذكر (٣): أنه إذا تلف المبيع بيد المشتري زمان خياره ففى انسحاب الحكم الثابت قبل القبض بأن لا يفيد إيجاب المشتري فى تضمين البائع بالمثل أو قيمه إشكال، مع أنه ذكر فى أول كلامه (٤): أنه إذا تلف المبيع بعد قبض المشتري لا يبطل البيع،

ص: ٣٣٥

١- (١) الدروس ٣ : ٢٧١ .

٢- (٢) و (٣) و (٤) الدروس ٣ : ٢٧١ .

على الملك بالعقد. ويمكن حمله على الخيار المشترك، كما أن قوله في القواعد: «لا يسقط الخيار بتلف العين» محمول على غير صورته ضمان البائع للمبيع، لما عرفت من تعيين الانفساخ فيها. وربما يحتمل أن معنى قولهم: «إن التلف ممن لا خيار له»: [١] أن عليه ذلك إذا فسخ صاحبه، لا أنه يفسخ كما في التلف قبل القبض. وأمّا حيث يوجب المشتري فيحتمل أنه يتخير بين الرجوع على البائع بالمثل أو قيمه، وبين الرجوع بالثمن. ويحتمل تعيين الرجوع بالثمن. ويحتمل أن لا يرجع بشيء، فيكون معنى له الخيار: أن له الفسخ. ثم الظاهر أن حكم تلف البعض حكم تلف الكل. [٢] وكذا حكم تلف الوصف الراجع إلى وصف الصحة الشرح:

ولا خيار المشتري.

[١] الاحتمالات في ضمان التلف في زمان الخيار خمسه:

الأول: ما اخترناه من انحلال البيع وإتلاف المبيع في ملك بايعه.

الثاني: ما عن ظاهر الدروس من كون المشتري مخيراً بين فسخ البيع والرجوع إلى ثمنه، وإبقاء البيع ومطالبه البائع بالبدل.

الثالث: كون المشتري مخيراً بين الفسخ واسترداد ثمنه، وبين إبقاء البيع وإيجابه، فيتخير في صورته الإبقاء بين المطالبه بالبدل وبين المطالبه بالثمن.

الرابع: فسخ البيع واسترداد الثمن وإبقاء البيع والمطالبه بالثمن.

الخامس: أنه إذا فسخ البيع يسترد الثمن، وإلا فلا شيء له.

وغير الأول من الاحتمالات ينافيها إطلاق ما دل على أن الحدث بعد انقضاء زمان خيار المشتري عليه، وقبله على البائع على ما تقدّم تقريره.

### حكم تلف البعض حكم تلف الكل

[٢] لو اشترى حيوانين بصفقه واحده وتلف أحدهما زمان خيار المشتري يتبعص البيع فيرجع المشتري إلى البائع بما يقع من الثمن بازاء الحيوان التالف،

بلا خلاف على الظاهر، لقوله عليه السلام في الصحيحه السابقه: «أو يحدث فيه حدث» فإنّ المراد بالحدث أعمّ من فوات الجزء والوصف. هذا كلّ إذا تلف بآفه سماويّه، ومنه حكم الشارع عليه بالإتلاف. وأمّا إذا كان يتلاف ذى الخيار سقط به خياره ولزم العقد من جهته. وإن كان يتلاف غير ذى الخيار لم يبطل خيار صاحبه، فيتخيّر بين إمضاء العقد والرجوع بالقيمه والفسخ والرجوع بالثمن.

الشرح:

ويحصل له خيار التبعض أيضا بالإضافه إلى الحيوان الآخر. وبتعبير آخر: يكون تلف أحدهما فى زمان الخيار كتلفه بيد بائعه قبل القبض.

وكذا لو اشترى حيوانا وقبضه وحصل فيه عيب فى زمان خياره يكون ذلك كحدوث العيب فيه بعد البيع بيد بائعه قبل القبض فى كونه موجبا لفسخ المشتري بالعيب، والمطالبه بالأرش.

ولو لم يعلم المشتري بحدوث العيب بيده إلا بعد انقضاء خيار الحيوان، أو الشرط كان له الفسخ بالعيب الحادث.

ودعوى تعين الأرش فى هذه الصوره، لأنّ الشرط فى جواز الفسخ بالعيب بقاء المبيع على ما كان عليه عند الشراء لا يمكن المساعده عليها لأنّ المعبر فى جواز الفسخ بقاء المبيع بحاله مع قطع النظر عن العيب الموجب لجواز الفسخ.

ثم إنّ من التلف فى زمان الخيار الموجب لانفساخ المعامله ما إذا كان بآفه سماويه، ويدخل فى هذه الآفه حكم الشارع بتلف المبيع، كحكمه على العبد المشتري بالانعتاق بصيرورته مقعدا أو أعمى.

وأما إذا كان التلف بفعل المشتري يكون ذلك موجبا للزوم البيع، وسقوط خيار الحيوان بل خيار الشرط أيضا على وجه.

وأما إذا كان التلف بفعل البائع فلا يوجب إتلافه زمان خيار المشتري بطلان

## لو كان الإتلاف من الأجنبي تَخِير بين الإمضاء والفسخ

وإن كان باتلاف أجنبيّ تَخِير أيضا [١] [بين الإمضاء والفسخ، وهل يرجع حينئذٍ بالقيمة إلى المتلف [٢] أو إلى صاحبه، أو يتخَيَّر؟ وجوه: من أنّ البدل القائم

الشرح:

البيع، كما هو الحال كذلك في إتلافه قبل قبض المشتري فيكون للمشتري فسخ المعاملة والرجوع بثمنه، وبين إبقاء البيع بحاله ومطالبه البائع ببدل المبيع مثلاً أو قيمه.

[١] ذكر قدس سره أنه لو كان تلف المبيع زمان خيار المشتري بفعل الاجنبي يكون الامر كذلك فيتخَيَّر بين فسخ البيع واسترداد ثمنه، وبين إبقاء البيع ومطالبه الأجنبيّ المتلف بالمثل أو قيمه.

ولكن لا- يخفى ما فيه، فإنّ إتلاف الأجنبيّ من تلف المبيع سواء كان ذلك قبل قبض المبيع أو زمان خيار الحيوان أو الشرط للمشتري، وقد ذكر سلام الله عليه في معتبره عقبه بن خالد (١)، سرقة المبيع في يد بائعه من تلفه قبل القبض.

وما في صحيحه عبدالله بن سنان (٢) وغيره (٣) من الحدث في الحيوان في ثلاثه أيام ويعم التلف بفعل الأجنبيّ.

نعم يكون المشتري مخيراً بين الفسخ واسترداد ثمنه وبين إبقاء البيع ومطالبه المتلف «بالكسر» بالبدل في سائر الخيارات التي لا يكون فيها ضمان المبيع على بائعه، كما في خيار الغبن أو المجلس ونحوهما، ويجرى في المقام أيضاً بناءً على عدم ضمان البائع إتلاف الأجنبيّ كما هو الفرض.

## ضمان العين التالفه بعد الفسخ

[٢] إذا فسخ المشتري البيع واسترد ثمنه يقع الكلام في رجوع البائع فهل يرجع إلى المتلف «بالكسر» ببدل المبيع، أو يرجع إلى صاحب الخيار الفاسخ، أو يتخَيَّر في

ص: ٣٣٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٣ ٢٤ ، الباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ١٤ ١٥ ، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨ : ١٤ ١٥ ، الباب ٥ من أبواب الخيار .

مقام العين في ذمّه المتلف فيستردّه بالفسخ، ولأنّ الفسخ موجب لرجوع العين قبل تلفها في ملك الفاسخ، أو لاعتبارها عند الفسخ ملكاً تالفاً للفسخ بناءً 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 المثلن في ملكه خرج عن ملكه بدل المثلن وصار في ذمته، لأنّ ضمان المتلف محلّه الذمّه لا الأموال الخارجيّة، وما في ذمّه المتلف إنما تشخّص مالا للمالك، وكونه

الشرح:

الرجوع إلى كل منهما وجوه، وقوله قدس سره: «وهل يرجع حينئذٍ بالقيمه» إشاره إلى هذا الخلاف.

وقد ذكر في وجه رجوع البائع إلى المتلف بالبدل أمران:

أحدهما: أنّ بدل العين التالفه بدمه المتلف فيملك البائع المفسوخ عليه ذلك البدل بالفسخ.

ثانيهما: أنّ تلف العين وإن حصل حال كونها ملكا للفسخ أي المشتري، إلا أنه بعد الفسخ يعتبر عود تلك العين إلى البائع قبل تلفها بناءً على أنّ المعترف في الضمان اعتبار زمان التلف، أو تعتبر العين التالفه ملكا للمفسوخ عليه عند الفسخ بناءً على أنّ الاعتبار في الضمان بيوم الفسخ.

وعلى كلا التقديرين يكون البدل بدمه المتلف «بالكسر» للبائع، كما لو كانت العين بيد الأجنبي باقيه عند فسخ ذي الخيار فإنّه كما تكون تلك العين مع بقائها ملكا للبائع كذلك بدلها مع تلفها بفعل الأجنبي.

أقول: «في ملك الفاسخ» في قوله «لرجوع العين قبل تلفها في ملك الفاسخ» متعلق بالتلف لا بالرجوع، و«للفاسخ» في قوله «ملكاً تالفاً للفسخ» سهو، والصحيح «للمفسوخ عليه».

وذكر في وجه الرجوع إلى صاحب الخيار أي الفاسخ أنه إذا رجع الثمن إلى ملك

ص: ٣٣٩

بدلاً عن العين إنّما هو بالنسبه إلى التلف من حيث وجوب دفعه إلى المالك كالعين لو وجدت، لا أنه بدل خارجي يترتب عليه جميع أحكام العين حتى بالنسبه إلى غير المتلف، فهذا البديل نظير بدل العين لو باعها المشتري ففسخ البائع، فإنه لا يتعين للدفع إلى الفاسخ، وأما الفسخ فهو موجب لرجوع العين قبل تلفها الشرح:

ذی الخيار المزبور تلف العين فی ملكه يلزم خروج بدل المثلث عن ملك صاحب الخيار.

ومقتضى خروجه عن ملكه ثبوت البديل على ذمته، لأنّ ضمان المال التالف وخروجه إلى ملك الغير بمعنى ثبوت بدله على الذمه.

وهذا هو المراد من قوله «لأنّ ضمان المتلف «بالفتح» محله الذمه» لا ضمان الأمور الخارجيه أى الاعيان الخارجيه الغير التالفه، فإنّ ضمانها ليس بمعنى على العهد.

لا يقال: بدل العين التالفه كان ثابتا على ذمه المتلف «بالكسر» قبل الفسخ، فيدخل بالفسخ ذلك البديل فى ملك البائع.

وبتعبير آخر: ذلك البديل المملوك لصاحب الخيار يرجع إلى البائع فى مقابل رجوع الثمن إلى ملك صاحب الخيار الفاسخ.

فإنه يقال: البديل على ذمه المتلف «بالكسر» قد تشخص قبل الفسخ ملكا لصاحب الخيار المزبور كونه مالكا للعين عند تلفها، فيكون ذلك البديل نظير ما إذا باع المشتري المتاع فى زمان خيار البائع من ثالث وأخذ الثمن من ذلك الثالث أو كان على عهده الثالث، فلا يحق للبائع بعد فسخه المطالبه بذلك الثمن، بل يكون على المشتري الأول بدل ذلك المتاع مثلاً أو قيمه.

وبتعبير آخر: البديل على عهده المتلف «بالكسر» يترتب عليه البديله فى التلف

مضمونه لمالكها على متلفها بالقيمه فى ملك الفاسخ، فيكون تلفها بهذا الوصف مضموناً على المالك، لا المتلف. ومن كون يد المفسوخ عليه يد ضمان بالعوض قبل الفسخ وبالقيمه بعده، وإتلاف الأجنبي أيضاً سبب للضمان، فيتخير فى الرجوع. وهذا أضعف الوجوه.

الشرح:

خاصه، لا البدليه عن العين التالفه فى جميع جهاتها.

ولو كانت العين باقيه بيد الأجنبي كانت راجعه إلى ملك بائعها بفسخ ذى الخيار، فلا يكون مع تلفها البديل الثابت على عهده المتلف «بالكسر» مثل العين من هذه الجهه أيضاً.

والحاصل: أنه لا يكون ما على عهده المتلف بدلاً خارجياً عن العين ليرتب عليه ما كان مترتباً على العين مع بقائها، وعلى ذلك فإذا فسخ صاحب الخيار البيع يعتبر رجوع العين قبل أن تتلف حال كونها مضمونه لذى الخيار على متلفها إلى ملك المفسوخ عليه، فيكون العين التالفه بالنحو المزبور على عهده ذى الخيار، فيثبت بدلها على ذمته، ولا يكون على عهده المتلف «بالكسر» بالإضافة إلى بائعها بدل.

أقول: مما ذكر فى توضيح العبارة يظهر أن الصحيح إبدال «ملك الفاسخ» فى عبارته: «مضمونه لمالكها على متلفها بالقيمه فى ملك الفاسخ» ب«ملك المفسوخ عليه».

وذكر فى وجه الثالث أن يد الفاسخ يد ضمان بالبدل بعد الفسخ، كما أن إتلاف الأجنبي أيضاً موجب للضمان، فيجوز للبائع الرجوع إلى كل منهما بنحو التخيير.

أقول: قد ظهر أيضاً أن الصحيح إبدال «يد المفسوخ عليه» ب«يد الفاسخ».

ثم قال: وأضعف الوجوه أخيرها، ولكن لا يخفى أنه أتمها، وذلك فإن يد المشتري فى زمان خياره فى مفروض الكلام يد ضمان، غايه الأمر أن الضمان على



## عدم وجوب القبض والإقباض زمان الخيار

مسأله: ومن أحكام الخيار ما ذكره في التذكرة فقال: لا يجب على البائع [١] تسليم المبيع ولا على المشتري تسليم الثمن في زمان الخيار، ولو تبرع أحدهما بالتسليم لم يطل خياره ولا يجبر الآخر على تسليم ما عنده، وله استرداد المدفوع قضيه للخيار. وقال بعض الشافعيه: ليس له استرداده وله أخذ ما عند صاحبه دون رضاه كما لو كان التسليم بعد لزوم البيع، انتهى. ويظهر منه أن الخلاف بين المسلمين إنما هو بعد اختيار أحدهما التسليم، وأما التسليم ابتداءً فلا يجب من ذي الخيار إجماعاً. ثم إنه إن أريد عدم وجوب التسليم على ذي الخيار من جهه أن له

الشرح:

تقدير بقاء البيع معاوضي، وعلى تقدير فسخه ضمان يد.

وإتلاف الأجنبي موجب لكونه مديونا بالبدل لمن يعتبر العين التالفه عند إتلافها ملكا له، وكان يعتبر قبل الفسخ أنها عند إتلافها ملكا للمشتري، وبعد الفسخ يعتبر أنها عند إتلافها ملكا للبائع مع كون اليد المشتري عليه يد ضمان، فيجوز للبائع الرجوع إلى كل منهما كما هو الحال في تعاقب الأيدي، غايه الأمر استقرار الضمان على المتلف.

ويشهد لذلك أنه لا يستحق المشتري مطالبه المتلف بالبدل فيما إذا فسخ البيع واسترد الثمن وأبرأ البائع ذمه المتلف، أو ذمه المشتري عن البدل فلاحظ وتدبر.

[١] ذكر العلامة في التذكرة (١): أنه لا يجب على المتبايعين تسليم مال صاحبه، ولو تبرع أحدهما بالتسليم لا يجب على الآخر التسليم، ويجوز للمتبرع استرداد ما سلمه إلى الآخر سواء كان الخيار له أو للآخر. ونقل عن بعض الشافعيه: أنه لا يجوز للمتبرع الاسترداد، بل على الآخر التسليم، وإن امتنع يجوز للمتبرع أخذ ما انتقل إليه ولو مع عدم رضاه، كما إذا لم يكن البيع خياريا.

ص: ٣٤٢

الفسخ فلا يتعين عليه التسليم، فمرجه 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 سلطانه الناس على أموالهم. وبالجملة، فلم أجد لهذا الحكم وجهاً معتمداً، ولم أجد من عنونه وتعرض لوجهه.

الشرح:

وذكر المصنف رحمه الله: أنه يظهر من كلام العلامة أن الخلاف بين المسلمين إنما هو في وجوب التسليم بعد اختيار أحدهما التسليم، وأما التسليم ابتداءً فلا يجوز على ذي الخيار بالاتفاق.

أقول: لا يخفى ما في الاستظهار من التهافت، فإن حصر الخلاف في وجوب التسليم بما إذا اختار أحدهما التسليم معناه الاتفاق على عدم وجوب التسليم ابتداءً لا على ذي الخيار ولا على صاحبه، فيكون منافياً لتخصيص الإجماع على عدم وجوب التسليم ابتداءً بذي الخيار.

وكيف ما كان، فإن قيل بعدم حصول النقل والانتقال زمان الخيار يكون الأمر كما ذكره في التذكرة. وأما على القول بحصولهما بالعقد فقد يقال: إن الخيار على تقدير كونه حقاً متعلقاً بما انتقل عنه لا يجب على ذي الخيار التسليم، كما لا يجب على صاحبه أيضاً، لأن امتناع كل منهما على تقدير امتناع الآخر شرط ارتكازي. نعم لو تبرع ذوالخيار بالتسليم يجب على صاحبه أيضاً التسليم.

وفيه: أولاً: أن الخيار حق متعلق بالعقد، فيكون لذي الخيار فسخه، ولا يتعلق الحق بما انتقل عنه.

وثانياً: على تقدير كون الحق متعلقاً بالعقد، فأيضاً لا يجوز الإمساك بما انتقل عنه، فإن متعلق الحق استرداد تلك العين لا بالإمساك بها.

ص: ٣٤٣

## لا يبطل الخيار بتلف العين

مسأله: قال فى القواعد: «لا يبطل الخيار بتلف العين».[١] وهذا الكلام ليس على إطلاقه كما اعترف به فى جامع المقاصد، فإن من جملة أفراد الخيار خيار التأخير، بل مطلق الخيار قبل القبض، أو الخيار المختص بعده، ومن المعلوم: أن

الشرح:

وبتعبير آخر: لا وجه لرفع اليد عن مقتضى عدم حل مال الغير بغير طيبه نفسه(١) فى موارد الخيارات، فإن الإمساك بمال الغير بغير رضا صاحبه داخل فى العموم المزبور.

نعم إذا كان الإمساك لامتناع صاحبه عن التسليم جاز لما أشرنا إليه من أن حق كل منهما بالإمساك بمال الآخر ما دام صاحبه ممسكا بماله شرط ارتكازى فى جميع البيوع الحالیه.

وذكر النائنى قدس سره (٢): أنه لا- يجب على ذى الخيار التسليم وإن اختار صاحبه التسليم، بخلاف ما إذا تبرع ذوالخيار بالتسليم فإنه يجب التسليم على الآخر.

وعلم ذلك بعدم وجوب الوفاء بالعقد على ذى الخيار، ومقتضى جواز نقضه عدم التزامه بتسليم ما بيده ما دام الخيار فىكون سلطنه صاحبه بذلك المال مضيقه.

وفيه: أن جواز نقض العقد بالفسخ لا- يرتبط بالتسليم، وعدم الالتزام بالتسليم لو فسخ البيع قبله لا ينافى لزوم التسليم مادام لم يفسخ.

[١] ينبغى أن يراد أن الموارد التى لا- ينحل البيع فيها بتلف العين لا يبطل الخيار أيضا بتلفها، وأما مع انحلال البيع كما فى تلف المبيع قبل القبض أو تلفه زمان خيار

ص: ٣٤٤

١- (١) كما جاء فى الحديث الشريف: «لا يحل مال امرئ مسلم لأخيه إلا عن طيب نفسه». وسائل الشيعة ٥: ١٢٠، الباب ٣ من أبواب مكان المصلى، الحديث ١ و ٣، وعوالى اللآلى ٢: ١١٣، الحديث ٣٠٩، وتحف العقول: ٣٤.

٢- (٢) منه الطالب فى شرح المكاسب ٣: ٣٤٧.

تلف العين حينئذٍ 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، لأنّ الخيار كما عرفت عبارته عن ملك فسخ العقد، ومعلوم: أنّ العقد بعد التلف قابل للفسخ، ولذا تشرع الإقالة حينئذٍ اتفاقاً، فلا مزيل لهذا الملك بعد التلف ولا- مقيّد له بصوره البقاء. اللهم إلا أن يعلم من الخارج أنّ شرع الخيار لدفع ضرر الصبر على نفس العين، فينتفى هذا الضرر بتلف العين، كما في العيب، فإنّ تخبّره بين الرّد والأرش لأنّ الصبر على العيب ضرر ولو مع أخذ الأرش، فتداركه الشارع بملك الفسخ والرّد، فإذا تلف انتفى حكمه الخيار. أو يقال: إنّه إذا كان دليل الخيار معنوياً بجواز الرّد لا بالخيار اختصّ ثبوت الخيار بصوره تحقّق الرّد المتوقّف على بقاء العين. هذا، مع قيام الدليل على سقوط الخيار بتلف المعيب والمدلّس فيه، فلا يرد عدم الشرح:

الحيوان والشرط للمشتري فبانحلال البيع بتلف المبيع لا يبقى مورد للخيار.

وما ذكر صحيح لأنّ الخيار حق يتعلق بالعقد، وإذا فسّخه ذو الخيار يرجع صاحبه إليه بالبدل مثلاً أو قيمة كما يرجع هو إلى صاحبه بالبدل لو كان ما انتقل عنه هو التالف.

هذا في غير مورد قيام النصّ بأنّه لا- ينفذ الفسخ مع عدم بقاء العين كما في خيار العيب، حيث دل النصّ على أنّ عدم بقاء المعيب بيد مشتريه بحاله يتعيّن أخذ الأرش.

وقد ذكر المصنف قدس سره: أنّه يشكل الفسخ بعد تلف العين في موارد:

الأول: ما إذا كان الخيار لضرار الصبر على العين، كما في خيارى العيب والتدليس.

الثاني: ما إذا كان مقتضى الدليل جواز ردّ العين كما ذكر ذلك في مسأله ظهور كذب البائع بعد تلف المبيع في بيعه مرابحه.

الثالث: ما إذا كان الغرض من شرط الخيار تمكن ذى الخيار من استرداد نفس

أطراد تلك الحكمة. نعم، هنا موارد تأملوا في ثبوت الخيار مع التلف، أو يظهر منهم العدم: كما تردّد العلامة قدس سره في باب المرابحة فيما لو ظهر كذب البائع مرابحه في إخباره برأس المال بعد تلف المتاع، بل عن المبسوط وبعض آخر الجزم بالعدم، نظراً إلى أنّ الردّ إنّما يتحقّق مع بقاء العين. وفيه إشارة إلى ما ذكرنا: من أنّ الثابت هو جواز الردّ، فيختصّ الفسخ بصورة تحقّقه. لكن قوى في المسالك وجامع المقاصد ثبوت الخيار، لوجود المقتضى وعدم المانع. وكما تردّد المحقّق الثاني في سقوط خيار الغبن بتلف المغبون فيه. وظاهر تعليل العلامة في التذكرة عدم الخيار مع نقل المغبون العين عن ملكه بعدم إمكان الاستدراك حينئذٍ هو عدم الخيار مع التلف، والأقوى بقاؤه، لأنّ العمده فيه نفي الضرر الذي لا يفرق فيه بين بقاء العين وعدمه، مضافاً إلى إطلاق قوله عليه السلام: «وهم بالخيار إذا دخلوا السوق» مع أنّه لو استند إلى الإجماع أمكن التمسّك بالاستصحاب، إلاّ أن يدعى انعقاده على التسلّط على الردّ، فيختصّ بصورة البقاء. وألحق في جامع المقاصد بخيار الغبن في التردّد خيار الرّؤية. ومن مواضع التردّد ما إذا جعل المتعاقدان الخيار على الشرح:

العين كما في بيع الشرط، فإنه يمكن القول بأنّه لا يجوز لبائع العين الفسخ بعد تلفها بيد المشتري، وكذا في كلّ مورد كان تصريح المتبايعين أو ظاهرهما عدم الغرض من شرط الخيار إلاّ ردّ العين واستردادها.

أقول: إذا كان المشروط في البيع هو الخيار ولكن مع بقاء العين لا مطلقاً فالمتبع شرطهما، ولا ينبغي الريب في عدم الخيار مع تلفها.

وأما إذا كان المشروط هو الخيار فقط أو كان الخيار بلا قيد مدلول النص كما في خيار المجلس ونحوه فلاوجه لسقوط الخيار بتلف العين.

ومجرد كون الحكمة في جعل الخيار التمكن من استرداد العين، أو تدارك

وجه إرادتهما التسلّط على مجرد الرّد المتوقّف على بقاء العين، فإنّ الفسخ وإن لم يتوقّف على بقاء العين، إلّا أنّه إذا فرض الغرض من الخيار الرّد أو الاسترداد، فلا يبعد اختصاصه بصورة البقاء. والتمكّن من الرّد والاسترداد وإن كان حكمه فى خيارى المجلس والحيوان، إلّا أنّ الحكم أعمّ مورداً من الحكمه إذا كان الدليل يقتضى العموم، بخلاف ما إذا كان إطلاق جعل المتعاقدين مقيداً على وجه التصريح به فى الكلام أو استظهاره منه لعدم تعلق الغرض إلّا بالرّد أو الاسترداد. ومن هنا يمكن القول بعدم بقاء الخيار المشروط برّد الثمن فى البيع الخيارى إذا تلف المبيع عند المشتري، لأنّ الثابت من اشتراطهما هو التمكن من استرداد المبيع بالفسخ عند رّد الثمن، لا التسلّط على مطلق الفسخ المشروع مطلقاً ولو عند التلف. لكن لم أجد من التزم بذلك أو تعرّض له. ومن هنا يمكن أن يقال فى هذا المقام وإن كان مخالفاً للمشهور بعدم ثبوت الخيار عند التلف إلّا فى موضع دلّ عليه الدليل، إذ لم تدل أدلّه الخيار من الأخبار والإجماع إلّا على التسلّط على الرّد أو الاسترداد، وليس فيها تعرّض للفسخ المتحقّق مع التلف أيضاً. وإرادته ملك الفسخ من الخيار غير متعيّنه فى كلمات الشارع، لما عرفت فى أوّل باب الخيارات: من أنّه استعمال غالب فى كلمات بعض المتأخّرين. نعم، لو دلّ الدليل الشرعى على ثبوت خيار الفسخ المطلق الشامل لصوره التلف، أو جعل المتبايعان بينهما خيار الفسخ بهذا المعنى، ثبت مع التلف أيضاً. والله العالم.

الشرح:

الضرر، أو كون الداعى إلى شرطه استردادها لا يوجب اختصاص الخيار بصورة بقائها.

ومما ذكر يظهر الحال فى بيع الخيار، وأنه لا يتفاوت فى جواز الفسخ بين بقاء العين وعدمه.

ص: ٣٤٧

مسأله: لو فسخ ذو الخيار فالعين في يده مضمونه [١] بلا خلاف على الظاهر، لأنها كانت مضمونه قبل الفسخ، إذ لم يسلمها ناقلها إلا في مقابل العوض، والأصل بقاءه، إذ لم يتجدد ما يدل على رضا مالكة بكونه في يد الفاسخ أمانه، إذ الفسخ إنما هو من قبله. والغرض من التمسك بضمانها قبل الفسخ بيان عدم ما يقتضى كونها أمانه مالكيه أو شرعيه، لتكون غير مضمونه 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» أو إلى أنها قبضت مضمونه، فإذا بطل ضمانه بالثمن المسمى تعين ضمانه بالعوض الواقعي أعني المثل أو قيمه كما في البيع الفاسد. هذا، ولكن المسأله لا تخلو عن إشكال. وأمّا العين في يد المفسوخ عليه، ففي ضمانها أو كونها أمانه إشكال: 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 المقتضى للاستئمان. وضعفه في جامع المقاصد: بأن مجرد هذا لا يسقط الأمر الثابت، والله العالم.

الشرح:

[١] لو فسخ البيع بالخيار أو بالإقالة فالعين التي يرجع إلى ملك صاحب ذي الخيار مضمونه بيد ذي الخيار بضمان اليد، فإن اليد على مال الغير مع عدم كون ذي اليد أميناً بجعل مالك المال أو بجعل الشارع يوجب الضمان، كما ذكرنا ذلك في مدرك ضمان اليد من استقرار سيره العقلاء من المشرعه وغيرهم، ويقتضيه عموم حديث «على اليد» (١).

ومن الظاهر أن مجرد الفسخ لا يجعل المال أمانه بيده سواء كان يده على ذلك

ص: ٣٤٨

هذا بعض الكلام فى الخيارات وأحكامها، والباقى محوّل إلى الناظر الخبير بكلمات الفقهاء.

والحمد لله وصلى الله على محمد وآله.

## القول فى النقد والنسيئه

### أقسام البيع باعتبار تأخير وتقديم أحد العوضين

قال فى التذكرة: ينقسم البيع باعتبار التأخير والتقديم [١] فى أحد العوضين إلى أربعة أقسام: بيع الحاضر بالحاضر، وهو النقد. وبيع المؤجل بالمؤجل، وهو بيع الكالى بالكالى. وبيع الحاضر بالثمن المؤجل، وهى النسيه. وبيع المؤجل بالحاضر، وهو السلم. والمراد بالحاضر أعم من الكلى، وبالمؤجل خصوص الكلى.

الشرح:

المال مضمونا بضمان معاملى قبل الفسخ، أو لم يكن كما إذا فسخ مشتري الحيوان الشراء ثم تلف الحيوان بيده.

وبتعبير آخر: الضمان فى المقام نظير ضمان المقبوض بالسوم ضمان اليد، والموجب له عدم كون اليد على مال الغير يد أمانه مالكيه كانت أو شرعيه، وكذا الحال فى تلف المال بيد غير ذى الخيار، فإن تلفه عليه سواء كان التلف قبل الفسخ أو بعده.

ويمكن أن يستدل على ذلك بقوله عليه السلام فى ذيل روايه ضمان البائع قبل القبض: «إذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يردّ ماله إليه» (١) فإن ضمان الحق قبل الفسخ هو الثمن المسمى، وبعده نفس العين مع بقائها وبدلها مع تلفها.

وبتعبير آخر: هذا الذيل يعمّ زمان الخيار وبعده وقبل الفسخ وبعده.

[١] ذكروا (٢) للبيع أربعة أقسام: بيع الحاضر بالحاضر، وليس المراد بالحاضر خصوص العين الخارجيه الموجوده بل يعم الكلى على العهده حالاً. وبيع المؤجل

ص: ٣٤٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٣ ٢٤ ، الباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

٢- (٢) التذكرة ١ : ٥٤١ ، ومصباح الفقاهه ٥ : ٥٧٤ .



مسأله: إطلاق العقد يقتضى النقد [١] وعلله فى التذكرة: بأنّ قضيه العقد انتقال كلّ من العوضين إلى الآخر، فيجب الخروج عن العهده متى طولب صاحبها، فيكون المراد من «النقد» عدم حقّ للمشتري فى تأخير الثمن. والمراد المطالبه مع الاستحقاق، بأن يكون قد بذل المثلن أو مكّن منه، على الخلاف الآتى فى زمان وجوب تسليم الثمن على المشتري. ويدل على الحكم المذكور أيضاً الموثق: «فى رجل اشترى من رجل جاريه بثلن مسمّى، ثم افترقا؟ قال: وجب البيع، والثلن إذا

الشرح:

بالمؤجل، ويعبر عن ذلك بيع الكالى بالكالى أى النسيئه بالنسيئه، والكالى من الكلاء وبمعنى التأخير وقد ورد (١) النهى عنه فى روايات مخالفيها، وما ورد (٢) فى روايتنا من النهى عن بيع الدين بالدين يأتى بيان المراد منه. وبيع الحاضر بالمؤجل ويعبر عن ذلك بالبيع نسيئه. وبيع المؤجل بالحاضر، ويعبر عن ذلك ببيع السلم.

[١] إطلاق العقد يقتضى كون الثمن كالثلن حالاً معبراً عن ذلك ببيع النقد، فيكون للبائع مطالبه المشتري بالثلن مع استحقاقه، ويحصل استحقاقه بدفع الثمن إليه أو تمكينه من أخذه على الخلاف فى معنى الإقباض.

والوجه فى ذلك أنّ البائع يملك الثمن على عهده المشتري عينا كان أو ديناً، وإذا قبض المبيع يستحق المطالبه بما ملكه بالبيع، فان «الناس مسلطون على أموالهم» (٣) وحبس الحق والمال على مالكة ظلم وعدوان، والإمساك بملك الغير لا يحل بغير طيبه نفس مالكة.

ويدل على الحكم موثقه عمار بن موسى عن أبى عبدالله عليه السلام «فى رجل اشترى

ص: ٣٥٠

١- (١) سنن البيهقى ٥ : ٢٩٠ ، وكنز العمال ٤ : ١٧٢ / ١٠٠٢٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٨ : ٢٩٨ ، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٢ .

٣- (٣) عوالى اللالكى ١ : ٢٢٢ ، الحديث ٩٩ و ٤٥٧ ، الحديث ١٩٨ و ٣ : ٢٠٨ ، الحديث ٤٩ .

لم يكونا شرطاً فهو نقد». ولو اشترطاً تعجيل الثمن كان تأكيداً لمقتضى الإطلاق على المشهور، بناءً على ما هو الظاهر عرفاً من هذا الشرط: من إرادته عدم المماطلة والتأخير عن زمان المطالبة، لا أن يعجل بدفعه من دون مطالبته، إذ لا يكون تأكيداً حينئذٍ. لكنه خلاف متفاهم ذلك الشرط الذي هو محط نظر المشهور، مع أن مرجع عدم المطالبة في زمان استحقاقها إلى إلغاء هذا الحق المشترط في هذا المقدار من الزمان.

الشرح:

من رجل جاريه بثمان مسمى ثم افترقا، فقال: وجب البيع، والثمان إذا لم يكونا شرطاً فهو نقد»(١).

ثم إنه إذا اشترط تعجيل الثمن في العقد يكون شرطه عند المصنف رحمه الله تأكيداً لما يفيد إطلاقة العقد، حيث إن ظاهر الاشتراط عدم المماطلة والتأخير مع المطالبة، وليس ظاهره دفع الثمن ولو بلا مطالبته، فإنه على ذلك وأن لا يكون الاشتراط تأكيداً إلا أن فهمه يحتاج إلى قرينه.

ثم ذكر أنه لا معنى لاشتراط التعجيل إلا التأكيد، فإنه إذا لم يطالب المشتري بالثمان يكون مرجع عدم مطالبته إلى إلغاء اشتراط التعجيل فلا يجب عليه، ومع المطالبة يثبت له وجوب التعجيل، كما هو الحال في صورته إطلاق العقد، فتكون النتيجة أنه لا يفيد اشتراط التعجيل إلا التأكيد.

والمراد بالتأكيد: التأكيد بالإضافة إلى وجوب قبض المال مع مطالبته المستحق، واما بالإضافة إلى ثبوت الخيار في الفسخ فقد ذكر في الدروس(٢): أنه لو عيّن للتعجيل زمان خاص ولم يؤد الثمن فيه يثبت للمشروط له خيار الفسخ.

ص: ٣٥١

١- (١) وسائل الشريعة ١٨ : ٣٦، الباب ١ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢ .

٢- (٢) الدروس ٣ : ٢٠٢ .

## اشتراف تعجب الثمن فى البع حالاً

وكيف كان، فذكر الشهيد رحمه الله فى الدروس: أنّ فائده الشرط ثبوت الخيار إذا عيّن زمان النقد، فأخّل المشتري به. وقوى الشهيد الثانى ثبوت الخيار مع الإطلاق أيضاً، يعنى عدم تعيين الزمان إذا أخّل به فى أوّل وقته. وهو حسن. ولا يقدر فى الشرح:

أقول: ما ذكر قدس سره من كون اشتراف التعجيل تأكيداً ضعيف، والوجه فى ذلك: أنّ المبيع بالبيع يصير ملكاً للمشتري، والثمن فيما كان كلياً يكون على عهده المشتري ملكاً للبائع، فيستحق البائع المطالبه به بقبض المبيع، كما هو الحال فى سائر الديون الحالية، فلا يجب على المشتري أداء ما عليه قبل مطالبه المستحق.

وعلى ذلك فاشتراف التعجيل بحسب المتفاهم العرفى فى نفسه مطالبه لما على المشتري سواء عيّن للتعجيل زماناً أم لا.

وبهذا يظهر أنّ ترك المطالبه بعد اشتراف التعجيل لا يكون إسقاطاً لحق التعجيل.

ثم إنه قد ذكر الشهيد الثانى (١): أنّ ثبوت الخيار للمشروط له لا ينحصر بما إذا عين للتعجيل زماناً معيناً، بل لو اطلق اشتراف التعجيل يثبت له الخيار مع ترك التعجيل فى أوّل أزمته إمكانية عرفاً.

وناقش فى هذا الإلحاق صاحب الجواهر قدس سره (٢): بأنّ صوره إطلاق اشتراف لا يلحق بصوره تعيين زمان خاص، فإنّه مع إطلاق التعجيل يكون زماناً مجهولاً، فيبطل الشرط.

ولو فرض عدم بطلان الشرط فلا يثبت الخيار للمشروط له الا مع عدم التمكن من إجبار المشروط عليه بالتعجيل، فلا يصح أن يقال: إنّ مع إطلاق اشتراف يترتب عليه ثبوت الخيار بترك التعجيل مطلقاً، بل لابد من تقييده بصوره عدم التمكن من الاجبار.

ص: ٣٥٢

١- (١) المسالك ٣: ٢٢٣.

٢- (٢) الجواهر ٢٣: ٩٩.

الإطلاق عدم تعين زمان التعجيل، لأنّ التعجيل المطلق معناه: الدفع في أوّل أوقات الإمكان عرفاً. ولا حاجة إلى تقييد الخيار هنا بصوره عدم إمكان الإيجابار على التعجيل، لأنّ المقصود هنا ثبوت الخيار بعد فوات التعجيل، أمكن إجباره به أم لم الشرح:

وقد ردّ المصنف رحمه الله على الجواهر: بأنّ إلحاق الشهيد الثانى حسن، حيث إنّ إطلاق الاشتراط مع انصرافه إلى أول أزمته إمكان التعجيل عرفاً لا يكون مجهولاً.

ولا- حاجة أيضا إلى ذكر أنّ ثبوت الخيار إنما هو في فرض عدم التمكّن من الاجبار، لأنّ كلام الشهيد الثانى: أنّ اشتراط الفعل على المشتري يترتب عليه ثبوت الخيار، ولكن هذا الخيار هل يترتب على مجرد ترك الفعل أو عليه مع عدم التمكّن من إجبار المشروط عليه، فذلك مسأله أخرى سياله في جميع شروط الفعل.

مع أنّه لو بنى على اختصاص ترتب الخيار بصوره عدم تمكّن المشروط له من الاجبار في سائر شرايط الأفعال فلا يجرى ذلك في المقام، لأنّه مع عدم حصول أول أزمته الإمكان عرفاً فلا وجه للإيجابار، ومع حصوله لا ينفع الإيجابار لأنّ الفعل أى قبض الثمن يقع في ثانى أزمته إمكانه وهو غير الزمان المشروط فيه.

أقول: قد ذكرنا سابقاً أنّ ترتب الخيار على ترك العمل المشروط لا يتوقّف على عدم التمكّن من الاجبار من غير فرق بين عمل وعمل آخر.

نعم للمشروط له الإيجابار على العمل بحيث يقع العمل في زمانه المعين، وعليه فيجوز للمشروط له إجبار المشروط عليه قبل حصول الزمان المعين أو قبل أوّل أزمته الإمكان بحيث يقع قبضه في ذلك الزمان المعين، أو أوّل أزمته الإمكان، أو إجباره في أول ذلك الزمان ليقع القبض ولو في آخره فيما كان الزمان المعين أوسع من الفعل، كما هو الحال في أوّل أزمته الإمكان.

ثم إنّ ظاهرهم في المقام أنّه مع عدم اشتراط التعجيل لا يجوز للبائع فسخ البيع

يمكن، وجب أو لم يجب، فإنّ مسأله أنّ ثمره الشرط ثبوت الخيار مطلقاً أو بعد تعذر إجباره على الوفاء مسأله أخرى. مضافاً إلى عدم جريانها في مثل هذا الشرط، إذ قبل زمان انقضاء زمان نقد الثمن لا يجوز الإيجاب، وبعده لا ينفع، لأنّه غير الزمان المشروط فيه الأداء.

الشرح:

بمماطله المشتري في أداء الثمن بعد مطالبه البائع، وأن الخيار يترتب على اشتراط التعجيل.

ولكن لا- يخفى أنّ عدم مماطله كل من المتبايعين في القبض والإقباض شرط ارتكازي في المعاملات، وعليه فلا يعد ثبوت الخيار لكل من المتبايعين في صورته مماطله صاحبه بلافق بين اشتراط التعجيل وعدمه، وبلا فرق بين كون مماطله صاحبه عن عذر كالعسر في أداء ما عليه من الثمن أم لا، وبلا فرق بين كون المبيع من المستثنيات في أداء الدين وعدمه.

فيجوز للبائع أخذ الدار المبيعه من المشتري ولو جعلها المشتري مسكناً وكانت مماطلته لعسره، فإنّ قوله سبحانه «وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرِهِ فَنُظِرْهُ إِلَىٰ مَيْسَرِهِ» (١) لا- يمنع عن فسخ البيع، وإنما يمنع عن المطالبة بالثمن مع إبقائه، والممنوع عنه بيع المسكن في استيفاء الدين، لا أخذ البائع المسكن بعد فسخ بيعه، كما هو الحال في صورته اشتراط التعجيل.

وما تقدم في خيار تأخير الثمن فهو خيار شرعيّ تأسيسيّ استفيد من الروايات، ومع عدم تحقّق شرايطه ينتفى، ولكن لا يوجب انتفاء الخيار الذي ذكرناه في المقام واللّه سبحانه هو العالم.

ص: ٣٥٤

---

١- (١) سورة البقره: الآيه ٢٨٠.

مسأله: يجوز اشتراط التأجيل الثمن مدته معينه [١] غير محتمله مفهوماً ولا مصداقاً للزيادة والنقصان الغير المسموح فيهما، فلو لم يعين كذلك بطل بلا- خلاف ظاهراً، للغرر، ولما دلّ في السلم الذي هو عكس المسأله على وجوب تعيين الأجل وعدم جواز السلم إلى دياس أو حصاد. ولا فرق في الأجل

الشرح:

[١] يجوز بيع المتاع نسيئته ويعتبر فيه تعيين الأجل الذي يستحق البائع المطالبه فيه بالثمن بما لا يكون في الأجل المزبور جهاله من حيث المفهوم كالسنه حيث إنّها مردّده بين القمريّه والشمسيه نعم لو كان في البين الانصراف إلى أحدهما خرج عن الإجمال ولا من حيث المصداق كيوم الجمع من شهر رمضان هذه السنه حيث يتردّد بين الأولى وغيرها.

ويدلّ على اعتبار التعيين كذلك النهى عن بيع الغرر الظاهر في فساد.

وفي موثقه غياث بن إبراهيم بن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: لا بأس بالسلم كيلاً معلوماً إلى أجل معلوم، ولا تسلمه إلى دياس، ولا إلى حصاد» (١).

وفي موثقه سماعه المرويه كما قبلها في باب السلم قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن السلم وهو السلف في الحرير والمتاع الذي يصنع في البلد الذي أنت به، قال: نعم إذا كان لأجل معلوم» (٢) ونحوهما غيرهما (٣).

ثمّ إنّه لا فرق في المدّه المعينه بين القصيره والطويله، وربما ينسب إلى الإسكافي (٤): أنّه منع التأجيل إلى ثلاث سنوات أو أزيد، ولعلّه للنهي الوارد عنه في

ص: ٣٥٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٨٩ ، الباب ٣ من أبواب السلف، الحديث ٥ .

٢- (٢) المصدر : الحديث ٤ .

٣- (٣) المصدر : ٢٨٨ ٢٩٠ .

٤- (٤) حكاة عنه العلامة في المختلف ٥ : ١٣٦ .

المعِين بين الطويل والقصير. وعن الإسكافي المنع عن التأخير إلى ثلاث سنين. وقد يستشهد له بالنهى عنه في بعض الأخبار، مثل روايه أحمد بن محمد: «قلت لأبي الحسن عليه السلام: إنني أريد الخروج إلى بعض الجبال إلى أن قال: إننا إذا بعناهم نسيئه كان أكثر للربح، فقال: نعم بتأخير سنه، قلت: بتأخير سنتين؟ قال: نعم، قلت: بتأخير ثلاث سنين؟ قال: لا».

الشرح:

بعض الأخبار(١).

ففي روايه البزنطي قال: «قلت لأبي الحسن عليه السلام: إنني أريد الخروج إلى بعض الجبال فقال: ما للناس بدّ من أن يضطربوا سنتهم هذه، فقلت له: جعلت فداك إنا إذا بعناهم بنسيئه كان أكثر للربح، قال: فبعهم بتأخير سنه، قلت: بتأخير سنتين، قال: نعم، قلت: بتأخير ثلاث قال: لا»(٢).

وفي صحيحه أخرى أنه قال لأبي الحسن الرضا عليه السلام: «إنّ هذا الجبل قد فتح على الناس منه باب رزق فقال: إن أردت الخروج فاخرج فإنّها سنه مضطربه، وليس للناس بدّ من معاشهم، فلا تدع الطلب، فقلت: إنهم قوم ملاء ونحن نحتمل التأخير فنباعهم بتأخير سنه، قال: بعهم، قلت: سنتين قال: بعهم، قلت: ثلاث سنين قال: لا يكون لك شيء أكثر من ثلاث سنين»(٣).

ولكن لا يخفى أنّ ظاهر الصحيحه صحه البيع، وأنّه لا يصل إلى المخاطب البائع من البيع المزبور إلا الانتظار، فلا يناسب الروايه إلا المشوره مع الامام عليه السلام .

والمراد بالإرشاد في عبارته المصنف رحمه الله: الإرشاد إلى غير الحكم الشرعي كالتنبيه

ص: ٣٥٦

١- (١) سنن أبي داود ٢: ١١٨ / ٣٣٧٤، وسنن ابن ماجه ٢: ٧٤٧ / ٢٢١٨ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨: ٣٥، الباب ١ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١ .

٣- (٣) المصدر: ٣٦، الحديث ٣ .

والمحكى عن قرب الإسناد عن البنظى أنه قال لأبى الحسن الرضا عليه السلام: «إنَّ هذا الجبل قد فتح منه على الناس باب رزق، فقال عليه السلام: إذا أردت الخروج فاخرج فإنها سنه مضطربه، وليس للناس بدّ من معاشهم فلا تدع الطلب، فقلت: إنهم قوم مُلاء، ونحن نحتمل التأخير فنباعهم بتأخير سنه؟ قال: بعهم، قلت: سنتين؟ قال: بعهم، قلت: ثلاث سنين؟ قال: لا يكون لك شيء أكثر من ثلاث سنين». وظاهر الخبرين الإرشاد، لا التحريم، فضلاً عن الفساد. وهل يجوز الإفراط فى التأخير إذا

الشرح:

إلى ضياع المال، والمراد بالملاء فى الصحيحه: الذين لا يهلك عندهم المال لغناهم.

والروايه الأولى مع ضعف سندها بسهل بن زياد تحتمل اتحاد الواقعة.

ثم لا- يخفى أنه بأس بتأجيل الثمن والافراط بتأخير، وما يقال من أن التأجيل يجوز إلى أن يعدّ بيع البائع مع التأجيل المزبور سفهياً، وأكل المشتري المبيع المزبور مع التأجيل المزبور أكلاً للمبيع بالباطل لا يمكن المساعدة عليه، فإنّ عدّ بيع البائع سفهياً لا يوجب بطلان البيع، فان المحكوم بالفساد هو بيع السفهيه، لا البيع السفهى.

ودعوى انصراف أدلّه البيع إلى غير السفهى كما ترى، وأما الأكل بالباطل فتحققه وإن أوجب بطلان البيع، إلا أنه غير محقق كما نذكر.

نعم قيل: إنه لا يجوز تأجيل الثمن إلى مدّه يعلم بأن المشتري والبائع لا يعيشان إلى تلك المدّه، ووجه البطلان خروج الثمن عن انتفاع البائع.

ويردّه: أنه قابل لانتفاع البائع ببيع ذلك الدين بالحاضر بالتنقيص، أو المصالحه عليه.

وبهذا يظهر أن أكل المشتري وتملكه المبيع بازاء الثمن المزبور لا يكون أكلاً بالباطل.

لا- يقال: إن الإفراط بالتأخير إلى أجل لا- يعيش المشتري إلى ذلك المقدار لغو محض، فيكون غايه التأجيل حلول الموت ولجهالته يبطل البيع، بل التأجيل المزبور



لم يصل إلى حدّ يكون البيع معه سفهاً والشراء أكلاً- للمال بالباطل؟ فيه وجهان: قال في الدروس: لو تمادى الأجل إلى ما لا يبقى إليه المتبايعان غالباً كألف سنه، ففي الصحة نظر، من حيث خروج الثمن عن الانتفاع به، ومن الأجل المضبوط وحلوله بموت المشتري، وهو أقرب. وما قربه هو الأقرب، لأنّ ما في الذمّة ولو كان مؤجلاً- بما ذكر مال يصح الانتفاع به في حياته بالمعاوضه عليه بغير البيع، بل وبالبيع، كما اختاره في التذكرة. نعم يبقى الكلام في أنّه إذا فرض حلول الأجل شرعاً بموت المشتري كان اشتراط ما زاد على ما يحتمل بقاء المشتري إليه لغواً، فيكون فاسداً، بل ربما كان مفسداً، وإن أراد المقدار المحتمل للبقاء كان اشتراط مدّه مجهوله، فافهم. ثم إنّ المعبر في تعيين المدّه هل هو تعيينه في نفسه وإن لم يعرفه المتعاقدان، فيجوز التأجيل إلى انتقال الشمس إلى بعض البروج كالنيروز والمهرجان ونحوهما أم لا- بدّ من معرفه المتعاقدين بهما حين العقد؟ وجهان، أقواها الثاني [١] تبعاً للدروس وجامع المقاصد، لقاعده نفي الغرر. وربما احتل الشرح:

مخالف للسنة، فيوجب بطلان البيع نظير اشتراط مدّه مجهوله.

فإنّه يقال: الشرط صحيح بالإضافة إلى ما قبل موت المشتري، فيبطل بالإضافة إلى ما بعده، ولا يوجب ذلك بطلان البيع لمعلوميته الأجل في صورته العقد.

وجهالته بالانحلال والفساد بالإضافة إلى ما بعد موت المشتري لا يضر، على ما تقدّم في جهالته الثمن في موارد تبعض الصفقه، وانحلال البيع بالإضافة إلى بعض المبيع، وهذا بناءً على أنّ التأجيل أمر زائد على الثمن.

نعم، بناءً على أنّ التأجيل قيد للثمن وتضييق لدائرته فلا يبعد الحكم ببطلان البيع، لأنّ الثمن المزبور ليس عوضاً شرعاً ليتملكه البائع على المشتري، هذا مع إمكان كون الغايه انتفاع الوارث.

[١] لا يبعد كون الأول هو الأظهر كما إذا كان الأجل معيناً بحسب الواقع ويعرفه

الاكتفاء في ذلك بكون هذه الآجال مضبوطة في نفسها كأوزان البلدان مع عدم معرفه المصدق، حيث إن له شراء وزنه مثلاً بـعيار 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 المعرفه، إذ المراد بالأجل الغير القابل للزيادة والنقيصه ما لا يكون قابلاً 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 يجدى أيضاً. وما ذكر: من قياسه على جواز الشراء بـعيار بلد مخصوص لا نقول به، بل المعين فيه البطلان مع الغرر عرفاً، كما تقدّم في شروط العوضين. وظاهر التذكرة اختيار الجواز، حيث قال بجواز التوقيت الشرح:

أهل بلد المعامله كالبيع إلى مهرجان على وزن اصبهان اسم لعيد للفرس ويكون الفرض نظير البيع والشراء بأوزان البلاد مع عدم معرفه المتعاقدين به أحياناً، فإنه لم تكن سيره المشرعه عند الدخول في بلد معرفه أوزان ذلك البلد قبل شراء حاجاتهم منها. وكان الزوار يدخلون بلدا يشترون الفواكه والطعام وغيرهما بأوزان البلد المزبور قبل قياس تلك الأوزان بأوزان بلادهم لمعرفتها، ولم يحرز شمول النهي عن بيع الغرر(1) لذلك، حيث إنه ليس في البين ما يقتضى أنّ الغرر عدم المعرفه.

ولا يستفاد من الأخبار الواردة في اعتبار كيل المبيع أو وزنه أزيد مما ذكر، واعتبار اليقين في ناحيه الثمن وأجله أيضاً كذلك.

وإذا كان وصول الشمس إلى برج الحمل أجلاً يعرفه أهل السوق وأنه أول يوم من فصل الربيع فلا بأس بجعله البائع أجلاً وإن لم يعرفه المشتري، ولا يستفاد من الأخبار الواردة في السلم أزيد من التعيين عند الناس.

ص: ٣٥٩

---

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٤٤٨ ، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٣ .

بالنيروز والمهرجان، لأنه معلوم عند العامة، وكذا جواز التوقيت ببعض أعياد أهل الذمه إذا عرّفه المسلمون، لكن قال بعد ذلك: وهل يعتبر معرفه المتعاقدين؟ قال بعض الشافعيّ: نعم. وقال بعضهم: لا يعتبر، ويكتفى بمعرفه الناس وسواء اعتبر معرفتهما أو لا، لو عرفا كفى، انتهى. ثم الأقوى اعتبار معرفه المتعاقدين والتفاتهما إلى المعنى حين العقد، فلا يكفي معرفتهما به عند الالتفات والحساب.

مسأله: لو باع بثمان حالاً وبأزيد منه موجلاً [١] ففي المبسوط والسرائر وعن أكثر المتأخرين: أنه لا يصح. وعلله في المبسوط وغيره بالجهالة، كما لو باع إمّا هذا

الشرح:

وليس هذا من التأجيل إلى موت المشتري أو البائع ليكون البيع غرورياً وإلى أجل غير معلوم، لأنّ موته مما لا يعرفه الناس ولا المتعاقدان، بخلاف ما إذا كان له واقع معين يعرفه الناس وأحد المتعاقدين.

وإذا كان الأجل بحسب الواقع معيناً ولا يعرفه أهل بلد المعامله، بل يعرفه المتعاقدان كما إذا باع بمكه إيراني زميله متاعاً نسيئته، وجعل الأجل حلول نيروز صح، وأنّ عدم معرفه غيرهما في ذلك البلد لا يقدر في المعامله.

وإلى ذلك يشير العلامة (١) قدس سره في عبارته المنقوله في الكتاب بقوله: وسواء اعتبر معرفتهما أم لا، لو عرفا كفى.

[١] المنسوب إلى أكثر الأصحاب من المتأخرين (٢): أنه لو قال في مقام إنشاء البيع «بعته بكذا نقداً وبكذا نسيئته» لا يصح، سواء قال المشتري «قبلته نقداً» أو قال «نسيئته» أو «أطلق القبول».

ص: ٣٦٠

١- (١) التذكرة ١: ٥٤٨.

٢- (٢) نسبه في الرياض (٨: ٢١٤) إلى عامّه من تأخر، ونسبه في مجمع الفائده (٨: ٣٢٧) إلى ظاهر الأكثر، وراجع تفصيله في مفتاح الكرامه ٤: ٤٢٨ ٤٣٢.

العبد وإمّا ذاك. ويدلّ عليه أيضاً ما رواه فى الكافى، أنه قال عليه السلام: «من ساوم بثمانين: أحدهما عاجلاً والآخر نظره فليسّم أحدهما قبل الصفقه». ويؤيده ما ورد من النهى عن شرطين فى بيع، وعن بيعين فى بيع بناء على تفسيرهما بذلك. وعن الإسكافى كما عن الغنيه: أنه روى عن النبى صلى الله عليه وآله أنه قال: «لا- يحل صفقتان فى واحده»، قال: وذلك بأن يقول: إن كان بالنقد فبكذا، وإن كان بالنسيه فبكذا. هذا، إلا أنّ فى روايه محمد بن قيس المعتبره أنه قال أمير المؤمنين عليه السلام: «من باع سلعه وقال: ثمنها كذا وكذا يداً بيد وكذا وكذا نظره، فخذها بأى ثمن شئت، وجعل صفقتها واحده، فليس له إلا أقلهما وإن كانت نظره». وفى روايه السكونى عن جعفر، عن أبيه، عن آبائه عليهم السلام: «أنّ عليّاً عليه السلام قضى فى رجل باع بيعاً واشترط شرطين بالنقد كذا وبالنسيه كذا، فأخذ المتاع على ذلك الشرط، فقال: هو بأقل الثمنين وأبعد الأجلين، فيقول:

الشرح:

وفى مرسله الكلينى رحمه الله: «من ساوم بثمانين أحدهما عاجلاً والآخر نظره فليسّم أحدهما قبل الصفقه» (١).

وفى روايه سليمان بن صالح عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن سلف وبيع وعن بيعين فى بيع» (٢).

ولكن فى صحيحه محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: من باع سلعه فقال: إن ثمنها كذا وكذا يداً بيد، وثمانها كذا وكذا نظره، فخذها بأى ثمن شئت، وجعل صفقتها واحده فليس له إلا أقلهما وإن كانت نظره» (٣).

ونحوها معتبره السكونى عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام: «أن علياً عليه السلام قضى فى

ص: ٣٦١

١- (١) الكافى ٥: ٢٠٦، الحديث ١، وعنه الوسائل ١٨: ٣٦ ٣٧، الباب ٢ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١.

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٨: ٣٧ ٣٨، الباب ٢ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤.

٣- (٣) المصدر: ٣٦ ٣٧، الحديث ١.

ليس له إلا أقلّ النقدين إلى الأجل الذي أجله نسيه». وعن ظاهر جماعه من الأصحاب العمل بهما، ونسب إلى بعض هؤلاء القول بالبطلان. فالأولى تبعاً للمختلف الاختصار على نقل عباره هؤلاء من دون إسناد أحد القولين إليهم. قال في المقنعه: لا يجوز البيع بأجلين على التخيير، كقوله: «هذا المتاع بدرهم نقداً وبدرهمين إلى شهر أو سنه، أو بدرهم إلى شهر وبدرهمين إلى شهرين» فإن ابتاع إنسان شيئاً على هذا الشرط كان عليه أقلّ الثمنين في آخر الأجلين. وهذا الكلام يحتمل التحريم مع الصحه. ويحتمل الحمل على ما إذا تلف المبيع، فإنّ اللازم مع فرض فساد البيع الأقل الذي بيع به نقداً، لأنها قيمه ذلك الشيء. ومعنى قوله: «في آخر الأجلين»: أنه لا يزيد على الأقلّ وإن تأخر الدفع إلى آخر الأجلين، أو المراد الشرح:

رجل باع بيعاً، واشترط شرطين بالنقد كذا وبالنسيئه كذا، فأخذ المتاع على ذلك الشرط، فقال: هو بأقلّ الثمنين وأبعد الأجلين، يقول: ليس له إلا أقلّ النقدين إلى الأجل الذي أجله بنسيئه» (١).

وربما التزم بعض الأصحاب (٢) بظاهرهما وحكم بثبوت البيع بالأقل مع أبعد الأجلين.

وفيه: أنه يعارضهما مع ما سبق موثقه عمار عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث «أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله بعث رجلاً إلى أهل مكه وأمره أن ينهاهم عن شرطين في بيع» (٣).

وظاهر الشرطين على ما تقدم بيع المتاع نقداً بكذا ونسيه بكذا.

والجمع بين الطائفتين بحمل الناهيه على الكراهه لا يمكن المساعدة عليه، إذ الاهتمام كذلك ببعث الرسول أو الوالى إلى أهل مكه وأمره صلى الله عليه وآله أن ينهاهم «عن بيع ما

ص: ٣٦٢

١- (١) المصدر: ٣٧، الحديث ٢.

٢- (٢) حكاه عنهم صاحب الجواهر ٢٣: ١٠٣.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨: ٣٧، الباب ٢ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٣.

جواز التأخير لرضا البائع بذلك. ويحتمل إرادته الكراهه، كما عن ظاهر السيد قدس سره فى الناصريات: أنّ المكروه أن يبيع بثمانين بقليل إن كان الثمن نقداً، أو بأكثر إن كان نسيئته. ويحتمل الحمل على فساد اشتراط زياده الثمن مع تأخير الأجل، لكن لا يفسد العقد، كما سيجىء. وعن الإسكافى: أنه بعد ما تقدم عنه من النبوى الظاهر فى التحريم قال: ولو عقد البائع للمشتري كذلك وجعل الخيار إليه لم اختر للمشتري أن يقدم على ذلك، فإن فعل وهلك السلعه لم يكن للبائع إلا أقل الثمنين، لإجازته البيع به، وكان للمشتري الخيار فى تأخير الثمن الأقل إلى المدّه التى ذكرها البائع بالثمن الأوفى من غير زياده على الثمن الأقل. وفى النهايه: فإن ذكر المتاع بأجلين ونقدين على التخيير، مثل أن يقول: «بعتك هذا بدينار أو درهم عاجلاً أو إلى شهر أو سنه، وبدينارين أو درهمن إلى شهر أو شهرين أو سنتين» الشرح:

لم يقبض، وعن شرطين فى بيع، وعن ربح ما لم يضمن<sup>(١)</sup>. بأن يبيع المتاع مرابحه قبل ان يدخل فى ضمانه أى قبل أن يشتريه لا يناسب الكراهه.

وبذلك يظهر أنّ ما ذكر السيد قدس سره فى الناصريات<sup>(٢)</sup>: من كراهه البيع بثمانين بالأقل نقداً وبالأكثر نسيئته، لا- يمكن المساعده عليه.

ويبقى فى البين الالتزام إما بفساد البيع المزبور، وحمل الروايتين على خلاف ظاهرهما بأن يقال: إنّ المذكور فىهما حكم صورته تلف القيمى، حيث إنّ قيمه يوم الضمان التى يجب دفعها إلى البائع هى الأقل ولو كان دفعها فى الأجل المزبور، أو يقال: إنّ النهى فى الموثقه إرشاد إلى فساد الشرط، لا إلى فساد أصل البيع بأن كان بيع المتاع بالأقل، وقول البائع «وإن كان بعد شهر مثلاً بكذا» تأجيل للثمن المزبور بزياده،

ص: ٣٦٣

١- (١) المصدر: ٥٨، الباب ١٠، الحديث ٦.

٢- (٢) حكاة فى الجواهر ٢٣: ١٠٦، وراجع الناصريات: ٣٦٥، المسأله ١٧٢.

كان البيع باطلاً، فإن أمضى البيعان ذلك بينهما كان للبائع أقل الثمنين في آخر الأجلين، انتهى. وعن موضع من الغنيه: قد قدمنا أن تعليق البيع بأجلين وثمانين، كقوله: «بعت إلى مدّه بكذا وإلى أخرى بكذا» يفسده، فإن تراضيا بإنفاذه كان للبائع أقل الثمنين في أبعء الأجلين بدليل إجماع الطائفه. وعن سائر: ما علق بأجلين، وهو أن يقول: «بعتك هذه السلعه إلى عشره أيام بدرهم وإلى شهرين بدرهمين» كان باطلاً غير منعقد، وهو المحكى عن أبى الصلاح. وعن القاضى: من باع شيئاً بأجلين على التخيير، مثل أن يقول: «أبيعك هذا بدينار أو بدرهم عاجلاً وبدرهمين أو دينارين إلى شهر أو شهر أو سنه أو سنتين» كان باطلاً، فإن أمضى البيعان ذلك بينهما كان للبائع أقل الثمنين في آخر الأجلين. وقال فى المختلف بعد تقويه المنع: ويمكن أن يقال: إنه رضى بالثمن الأقل فليس له الأكثر فى البعء، وإلا لزم الربا، إذ يبقى الزيادة فى مقابل تأخير الثمن لا غير، فإذا صبر إلى البعء لم يجب له الأ-كثر من الأقل، انتهى. وفى الدروس: أن الأقرب الصحه ولزوم الأقل، ويكون التأخير جائزاً من طرف المشتري لازماً من طرف البائع، لرضاه بالأقل، فالزياده رباً، ولذا ورد النهى عنه، وهو غير مانع من صحه البيع، انتهى.

الشرح:

ويأتى أن تأجيل الدين كذلك رباً موضوعاً أو حكماً فيكون شرطه باطلاً.

لا- يقال: الجمع بين الطائفتين كما ذكر لا يعدّ من الجمع العرفى، بل ظاهرهما متعارضان، فتصل النوبه إلى إطلاق حل البيع فيما إذا كان قبول المشتري لأحدهما على التعيين.

نعم، إذا كان قبول المشتري أيضاً على نحو التردد يحكم بالبطلان إذ لا يقع كلا البيعين، ولا معيّن لأحدهما، وأحدهما بلا تعيين غير داخل فى إطلاق حل البيع حيث إنّ أفراد المعينات، كما هو الحال فى كل الخطابات المتكفله لبيان الحكم على الطبيعى

ص: ٣٦٤

أقول: لكنه مانع من لزوم الأجل من طرف البائع، لأنّه في مقابل الزيادة الساقطة شرعاً، إلا أن يقال: إنّ الزيادة ليست في مقابل الأجل [١] بل هي في مقابل إسقاط البائع حقه من التعجيل الذي يقتضيه العقد لو خلى وطبعه، فالزيادة وإن كانت رباً كما سيحییء إلا أنّ فساد المقابلة لا يقتضى فساد الإسقاط، كما احتمل ذلك في مصالحه حقّ القصاص بعد يعلمان استحقاق الغير له أو حرّيته، بل قال في التحرير بالرجوع إلى الديه. وحينئذٍ فلا يستحقّ البائع الزيادة ولا المطالبه قبل الشرح:

بنحو الشمول والاستيعاب.

فانه يقال: البطلان أفقد الإيجاب لتعلّقه بالجامع.

[١] وحاصله: أنه لو كانت الزيادة في الثمن بازاء التأجيل فبطلان هذه المعامله لكونها رباً حكماً أو موضوعاً لا يمنع البائع من المطالبه بالثمن الاقلّ حالاً.

نعم، لو كان الزيادة بازاء إسقاط البائع حقه بالمطالبه بالثمن الأقلّ يسقط حق المطالبه، ولا يتعين إلا الثمن الأقلّ، نظير ما احتمل من انه إذا اسقط ولّى الدم حقّ القصاص بازاء عبد يعلمان انه ملك لغير القاتل أو أنّه حرّ سقط حقّ القصاص ولا يكون على القاتل شيء أو يكون عليه الديه كما نقل عن العلامة في التحرير (١).

وعلى ذلك فالتأجيل لازم على البائع بمعنى أنّه لا يستحقّ مطالبه المشتري بالثمن الأقلّ قبل انقضاء المدّه، ولكن لو دفع المشتري الثمن في تلك المدّه فليس للبائع الامتناع عن أخذه، بخلاف موارد صحّه التأجيل فانه يحقّ للبائع الامتناع عن أخذ الثمن إلى أن تنقضى المدّه.

أقول: لا يلزم التأخير المزبور على البائع بلا فرق بين وقوع المعاوضه بين المقصدار الزائد من الثمن والتأجيل، أو تقع المعاوضه بين إسقاط البائع حقه في المطالبه

ص: ٣٦٥



الأجل، لكن المشتري لو أعطاه وجب عليه القبول، إذ لم يحدث له بسبب المقابله الفاسده حقّ في التأجيل حتّى يكون له الامتناع من القبول قبل الأجل، وإنّما سقط حقّه من التعجيل.

ويمكن أيضاً حمل الروايه على أنّ الثمن هو الأقلّ، لكن شرط عليه أن يعطيه على التأجيل شيئاً زائداً. وهذا الشرط فاسد، لما سيجيء: من أنّ تأجيل الحال بزياده رباً محرّم، لكن فساد الشرط لا يوجب فساد المشروط، كما عليه جماعه. الشرح:

بالثمن الأقلّ وبين المقدار الزائد، لأنّه إذا لم يصح أحد العوضين فلا يصح العوض الآخر، ويكون هذا نظير إسقاط الحق بنحو التعليق، فانه ببطلان التعليق في الإيقاع لا يحصل الإسقاط.

وما ذكر في مسأله حق القصاص من سقوطه فيما إذا أسقطه الولي بازاء عبد الغير مع علم الولي والقاتل بالحال لا- يمكن المساعده عليه.

نعم لو علم الولي بأنّ العبد حر، ومع ذلك أسقط حقّ قصاصه بازائه سقط حق القصاص، فإنّه من الإسقاط مجاناً بخلاف جهله بالحال أو إسقاطه بازاء عبد الغير مع الجهل بالحال أو مع العلم، فانه لا يسقط حق القصاص.

ولذا لا يكون بيع ماله بازاء عبدالغير مع العلم بالحال أو الجهل من تمليكه مجاناً على ما تقدم في بيع الفضولي.

والمتحصّل في المقام أنّه لو قال «بعته نقداً بكذا ونسيه بكذا» وقبل المشتري أحدهما بعينه فيمكن الحكم بالصحّه، بخلاف ما إذا قال المشتري «قبلته» بلا- تعيين أحدهما فلا- يمكن الحكم بصحّه كل منهما ولا- صحه أحدهما بعينه، فإنّه ترجيح بلا معيّن، وأحدهما لا بعينه ليس فرداً لمثل قوله سبحانه «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»<sup>(١)</sup>، بل ذكرنا

ص: ٣٦٦

---

١- (١) سورة البقره : الآيه ٢٧٥ .

وحينئذٍ فللبائع الأقل وإن فرض أنّ المشتري أخره إلى الأجل، كما يقتضيه قوله في روايه محمد بن قيس: «وإن كانت نظره» لفرض تراضيهما على ذلك يزعم صحه هذا الشرط، أو البناء عليها تشريعاً. ولعلّ هذا مبنى قول الجماعة قدس الله أسرارهم: «فإن أمضيا البيع بينهما كذلك بمعنى أنّهما تراضيا على هذه المعامله لم يجب في مقابل التأخير الواقع برضاهما شيء زائد على الأقل، لفساد المقابله» ومرادهم من بطلان البيع الذي حكموا به أولاً بطلانه بهذه الخصوصيه وعدم ترتب الأثر المقصود عليه.

وقد تلخص من جميع ما ذكرنا: أنّ المعامله المذكوره في ظاهر متن الروايتين لا إشكال ولا خلاف في بطلانها، بمعنى عدم مضيها على ما تعاقدوا عليه. وأما الحكم بامضائهما كما في الروايتين، فهو حكم تعبدى مخالف لأدله توقف حلّ الشرح:

بطلانه حتى مع تعيين المشتري في قبوله.

نعم، لو قال «بعته بكذا وإن أجلته فعليك كذا» يكون البيع محكوما بالصحه وثبوت الثمن الأقل حتى ما لو تأخر في أداء الثمن، لبطلان الشرط وعدم سرايه فساده إلى نفس البيع على ما تقدم في ذلك البحث، فلا يلزم الأجل على المشروط له، فإنّ له مطالبه المشتري بالثمن حالاً.

ودعوى أنّ المتعين في المقام العمل بموثقه السكوني (١) وصحيحه محمد بن قيس (٢) بأن يحكم بالثمن الأقل مؤجلاً، وتقييد النهي في موثقه عمار (٣) عن الشرطين في بيع إلى غير هذه الصوره، كما إذا قال: «بعته مؤجلاً بشهر كذا أو بشهرين بكذا» ونحو

ص: ٣٦٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٣٧ ، الباب ٢ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢ .

٢- (٢) المصدر: ٣٦ ٣٧ ، الحديث ١ .

٣- (٣) المصدر: ٣٧ ، الحديث ٣ .

## لا يجب على المشتري دفع الثمن قبل حلول الأجل

المال على الرضا وطيب النفس وكون الأكل لا عن تراض أكلاً بالباطل، فيقع الإشكال في نهوض الروائتين لتأسيس هذا الحكم المخالف للأصل. ثم إن الثابت منهما على تقدير العمل بهما هي مخالفته القاعدة في موردتهما. وأما ما عداه، كما إذا جعل له الأقل في أجل والأكثر في أجل آخر، فلا- ينبغي الاستشكال في بطلانه، لحرمة القياس، خصوصاً 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 تقدّم للمسألتين وإن لم ينسب ذلك في الدروس إلا إلى المفيد قدس سره، لكن عن الرياض: أنّ ظاهر الأصحاب عدم الفرق في الحكم بين المسألتين، وهو ظاهر الحدائق أيضاً، وما أبعد ما بينه وبين ما تقدّم عن التحرير. ثم إنّ العلامة في المختلف ذكر في تقريب صحه المسألة: أنه مثل ما إذا قال المستأجر لخياطه الثوب: «إن خطته فارسياً فبدرهم، وإن خطته رومياً فبدرهمين» وأجاب عنه بعد تسليم الصحه برجوعها إلى الجعالة.

مسألة: لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل [١] قبل حلول الأجل وإن

الشرح:

ذلك لا يمكن مساعدته عليه، فإن المتبادر عن النهي عن شرطين في بيعه نقداً بكذا ونسيه بكذا بشهادته موثقه السكونى.

مع أنه لا يحتمل الفرق بين قوله «بعته نقداً بكذا» و«إلى شهرين بكذا» كما لا يخفى.

[١] لا- يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل، ولا يحق للبائع المطالبة قبل حلوله بلا خلاف، لأن التأجيل في الثمن مقتضاه أن للمشتري حق التأخير، ولا- يختص هذا الحكم بالثمن المؤجل، بل يجرى في كل دين سواء كان تأجيله بجعل المتعاقدين كالسلم والقرض المشروط فيه الأجل، أو بجعل الشارع كما

ص: ٣٦٨

طوب إجماعاً، لأن ذلك فائده اشتراط التأجيل. ولو تبرّع بدفعه لم يجب على البائع القبول بلا خلاف، بل عن الرياض: الإجماع عليه. وفي جامع المقاصد في باب السلم نسبة الخلاف إلى بعض العامة، وعلل الحكم في التذكرة في باب السلم: بأن التعجيل كالتبرّع بالزيادة، فلا يكلف تقليد المنه، وفيه تأمل. ويمكن تعليل الحكم: بأن التأجيل كما هو حق للمشتري يتضمن حقاً للبائع من حيث التزام المشتري لحفظ ماله في ذمته وجعله إياه كالودعي، فإن ذلك حق عرفاً.

الشرح:

في الإقساط والنجوم المعتبره في الديه.

والمشهور في كلام المتأخرين (١): أنه لا يجب على البائع تسليمه فيما إذا تبرع المديون قبل الأجل.

وعلل في التذكرة (٢): بأن تعجيل المشتري ودفعه الثمن قبل الأجل كتبرع المديون بالزيادة، حيث لا يجب على الدائن قبول المنه بأخذ تلك الزيادة.

ويشهد بكون تعجيل المؤجل كالزيادة ما يذكر في باب الربا من عدم جواز بيع حنطه حالاً بحنطه أخرى مؤجلاً.

وفيه: أنه لو لم يكن في أصل الدعوى تأمل فلا ينبغي الريب في أن إطلاقها ممنوعه، حيث ربما يكون التعجيل مصلحه للمشتري، أو يكون دفعه بعد حلول الأجل أو قبله على حد سواء، كما إذا أراد المشتري دفع الثمن قبل حلول الأجل بساعه أو ساعتين.

وذكر المصنف رحمه الله في وجه عدم وجوب التسليم: أن اشتراط الأجل كما يكون

ص: ٣٦٩

---

١- (١) منهم العلامة في التذكرة ١: ٥٥٩، وصاحب جامع المقاصد ٤: ٢٤٩ (حيث نسب الخلاف إلى بعض العامة)، وصاحب الرياض ٨: ٢١٩ (قال: بالإجماع عليه).

٢- (٢) التذكرة ١: ٥٥٩.

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 أيضاً 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.

الشرح:

من جعل التأخير للمشتري كذلك يكون من جعل الحق للبائع في تأخيره أخذ الثمن إلى حلول الأجل، ويكون على المشتري حفظ مال البائع على العهده، كالودعي الذي عليه حفظ مال المودع.

والحاصل: أن في التأجيل حق للدائن بلا خلاف ظاهر.

ولكن ربما يقال بعدم الفرق بين الدين المؤجل والحال في أنه كما يجب على الدائن تسلّم الدين في الثاني كذلك في الأول.

وبتعبير آخر: التأجيل حق للمديون في التأخير في الاداء وللدائن في التأخير في التسلم حق فغير داخل فيه.

ويشهد لذلك كون التأجيل موجبا لزيادة الثمن، وأن للبائع تنقيض الثمن لمؤجل حتى يؤديه المديون حالاً.

والحاصل: الدين المؤجل بالإضافة إلى المديون كالواجب الموسع فيجوز له الاداء وان لم يرض به البائع ويتضيق بحلول الأجل.

وفيه: أن كون التأجيل موجبا لزيادة الثمن لا يمنع عن كون التأخير في التسلم حقا للبائع أيضا.

والأظهر أن يقال: إن الأجل في الثمن لو كان قيداً له فلا يجب على البائع تسلّمه قبل الأجل إلا بالتراضي، لأن المدفوع قبل الأجل ليس فرداً له.

ص: ٣٧٠

ثم إنه لو أسقط المشتري أجل الدين [١] ففي كتاب الدين من التذكرة

الشرح:

وإن كان التأجيل شرطاً كما هو الظاهر المتفاهم فليس الاشتراط إلا حق التأخير للمدينون.

نعم، لو قامت قرينه خاصه في مورد أن في البيع نسيئه غرض آخر للبائع غير زياده الثمن أو الإرفاق على المشتري كالفرار من كلفه حفظ المال في تلك المده، كما قد يتفق في المعاملات في الاسفار لكان على البائع الامتناع عن التسلم والله سبحانه هو العالم.

[١] ذكر العلامة في التذكرة (١) والقواعد (٢): أنه لو أسقط المدينون التأجيل في الدين لم يصح فلا يجوز للدائن المطالبة بالدين قبل الأجل بمعنى أنه لا يجب على المدينون أداء ما عليه بمطالبة البائع قبل الأجل.

وعلل ذلك في جامع المقاصد (٣) بوجهين.

الأول: أن التأجيل حق للمدينون بالعقد اللازم، ومادام العقد باقياً لا يوجب إسقاط الأجل شيئاً.

والثاني: أن التأجيل حق للمدينون أيضاً، ولذا لا يجب عليه التسلم فيما إذا تبرع المدينون بالأداء قبل حلول الأجل.

نعم، لو تقايلا في الأجل بأن اسقط كل منهما شرط الأجل لجاز للدائن مطالبه المدينون.

والإقاله في الأجل نافذه في غير صوره نذرهما أو نذر أحدهما بيع المال أو شرائه مؤجلاً حيث إنه مع النذر لا يجوز الإقاله، ولا يسقط الأجل، ويكون نفوذ الإقاله في

ص: ٣٧١

١- (١) التذكرة ٢: ٤.

٢- (٢) القواعد ٢: ١٠٧.

٣- (٣) جامع المقاصد ٥: ٤١.

والقواعد: أنه لو أسقط المديون أجل الدين مِّمًا عليه لم يسقط، وليس لصاحب الدين مطالبته في الحال، وعلله في جامع المقاصد: بأنه قد ثبت التأجيل في العقد اللازم، لأنه المفروض فلا يسقط بمجرد الإسقاط، ولأن في الأجل حقاً لصاحب الشرح:

العقد لا في النذر.

وفيه: أن شيئاً من الوجهين غير تام، فإنّ المشروط في العقد اللازم فيما إذا كان من قبيل الحق لأحد المتعاقدين أو كليهما فهو قابل للإسقاط، كما إذا باع العين منه بثمن واشترط عليه خياطه ثوبه، فيكون اشتراط الخياطه من حق البائع على المشتري، فيجوز للبائع إسقاط هذا الحق بحيث لا يجوز له بعد إسقاطه إجبار المشتري على خياطته، ولا فسخ العقد بتركه الخياطه.

وثبت حق الدائن على المشتري في حفظ ماله على عهده لا يمنع عن إجباره المشتري على الاداء قبل الأجل، فإنّ هذا الإجبار أثر لسقوط حق المديون في التأخر، ولا يوجب أن يمتنع البائع عن التسلم إلى أن ينقضى الأجل.

وما ذكر أخيراً من عدم صحه الإقاله مع نذر شرط الأجل ضعيف وإن لم يتعرض المصنف رحمه الله لضعفه، فانه لو كان نذره بيع المال أو شرائه مؤجلاً- شاملاً لما بعد إنشاء البيع أيضا يكون إسقاطه محرّماً تكليفاً، والنهي بما أنه من النهي عن المعامله لا يقتضى فساد الإقاله.

ووجه في التذكرة(1) عدم سقوط شرط الأجل بوجه آخر:

وحاصله: أن شرط التأجيل من قبيل الصفه التابعه لأحد المتعاقدين أي من الوصف المشروط لاحدهما، وفيما كان موصوفه من الكلّي كقول البائع في بيع السلف بعت مئاً من الحنطه الموصوفه كذا يكون الوصف تقييداً لذلك الكلّي وتضييق دائرته

ص: ٣٧٢

الدين، ولذا لم يجب عليه القبول قبل الأجل. أما لو تقايلا في الأجل فإنه يصح، أما لو نذر التأجيل فإنه يلزم وينبغي أن لا يسقط بتقايلهما، لأنّ التقاييل في العقود لا- في النذور، انتهى. وفيه: أنه الحقّ المشترط في العقد اللازم يجوز لصاحبه إسقاطه، وحقّ صاحب الدين لا يمنع من مطالبته من أسقط حق نفسه. وفي باب الشروط من التذكرة: لو كان عليه دين مؤجّل فأسقط المديون الأجل لم يسقط، وليس للمديون مطالبته في الحال، لأنّ الأجل صفة تابعه، والصفة لا تُفرد بالإسقاط، ولهذا لو أسقط مستحقّ الحنطة الجيده أو الدنانير الصحيحه الجوده أو الصحه لم يسقط، وللشافعي وجهان، انتهى.

الشرح:

فلا يكون الفاقد لذلك الوصف فردا للمبيع، بخلاف وصف المذكور للعين الخارجيه فإنّ الوصف فيه مرجعه إلى جعل الخيار مع تخلف ذلك الوصف، ولذا يمكن إسقاط الوصف المشترط في العين الخارجيه دون الوصف المشترط للكلي.

والحاصل: كما أنّ وصف الصحه والجوده في الكلي، يوجب تقييد ذلك الكلي ولا يكون الفاسد المدفوع أو غير الجيد فردا منه، ولا يجوز للمشتري فسخ العقد، بل له رد المدفوع ومطالبه البائع بالصحيح أو الجيد كذلك الأجل المذكور للثمن من قبيل الوصف المزبور.

أقول: الوصف المذكور للكلي وإن كان راجعاً إلى تقييده ولكن اشتراط الأجل كما ذكرنا ليس من قبيل الوصف، بل من قبيل اشتراط فعل آخر، كاشتراط خياطة الثوب على المشتري، كما إذا باع مئنا من الحنطة سلماً واشترط تسليمها في البلد الفلاني، فإنّ هذا الشرط بما أنّه شرط فعل لا يوجب تقييد المبيع، وتسلم الثمن في زمان أو مكان من هذا القبيل.

والصحيح في وجه عدم جواز إسقاط شرط الأجل ما أشار إليه المصنف رحمه الله من



ويمكن أن يقال: إن مرجع التأجيل في العقد اللازم إلى إسقاط حق المطالبة في الأجل، فلا يعود الحق بإسقاط التأجيل، والشرط القابل للإسقاط ما تضمن إثبات حق قابل للإسقاطه بعد جعله، ألا ترى أنه لو شرط في العقد التبري من عيوب المبيع لم يسقط هذا الشرط بإسقاطه بعد العقد ولم تعد العيوب مضمونه كما كانت بدون الشرط!

وأما ما ذكره: من أن لصاحب الدين حقاً في الأجل، فدلالته على المدعى موقفه على أن الشرط الواحد إذا انحل إلى حق لكل من المتبايعين لم يجز الشرح:

أن مرجع شرط الأجل إلى إسقاط البائع حقه في المطالبة بالثمن إلى الأجل المزبور، فإنه مع البيع مطلقاً يكون للبائع حق المطالبة بالثمن فالتأجيل شرط لسقوط هذا الحق.

وكلما كان مقتضى الشرط في العقد سقوط حق من أحد المتعاقدين فلا يعود ذلك الحق الساقط، نظير اشتراط البائع التبري من عيوب المبيع، فإن مقتضاه سقوط الخيار عن المشتري مع ظهور العيب في المبيع، وبعد هذا الإسقاط لا يمكن ثبوت الخيار بإسقاط البائع تبريه.

والحاصل: كلما كان مقتضى الشرط ثبوت حق لأحد المتعاقدين فهذا الحق يسقط بالإسقاط بعد العقد، بخلاف ما إذا كان مقتضى الاشتراط سقوط الحق، فإن الحق بعد سقوطه كما هو فرض نفوذ الشرط لا يعود.

وقد ذكرنا أن التأجيل يتضمن حقاً واحداً وليس فيه ثبوت حق للبائع على المشتري في حفظ أمواله أي إلى أن يحل الأجل، ومع ثبوته أيضاً يكون حقاً آخر يثبت للبائع ولو مع سقوط حق مطالبته من الأول.

وعلى الجملة: فالوجه في عدم سقوط شرط الأجل ما أشرنا إليه من الوجه والله سبحانه هو العالم.

## يجب على الدائن أخذ دينه الحال عند دفعه إليه

لأحدهما إسقاطه، لأنَّ الفرض اشتراكهما فيه، ولم يسقط الحق بالنسبة إلى نفسه، لأنَّه حقٌّ واحد يتعلَّق بهما، فلا يسقط إلاَّ باتفاقهما الذي عبَّر عنه بالتقاييل، ومعناه: الاتِّفاق على إسقاط الشرط الراجع إليهما، فلا يرد عليه منع صحه التقاييل في شروط العقود لا في أنفسها. نعم، لو صار التأجيل حقاً لله تعالى بالندرج لم ينفع اتِّفاقهما على سقوطه، لأنَّ الحق معلقٌ بغيرهما. وما ذكره حسن لو ثبت اتحاد الحق الثابت من اشتراط التأجيل أو لم يثبت التعدُّد، فيرجع إلى أصاله عدم السقوط، لكن الظاهر تعدد الحق، فتأمل.

مسألة: إذا كان الثمن بل كلِّ دين حالاً أو حلَّ، وجب على مالكة قبوله عند دفعه إليه [١] لأن في امتناعه إضراراً وظلماً، إذ لا حقَّ له على من في ذمته

الشرح:

[١] المشهور بل من غير خلاف ظاهر أنه يجب على الدائن أخذ دينه الحال عند دفعه إليه سواء كان حالاً بالأصالة أو بانقضاء الأجل، بمعنى أنه لا يجوز له الامتناع عن الأخذ وإبقاء المال بدمه المديون.

ويذكر المصنّف لذلك وجهين:

الأول: أن للمديون سلطنه تفرغ عهده عن الدين، حيث إنَّ للناس سلطنه على أنفسهم كما هو المفهوم من سلطنتهم على أموالهم (١).

والثاني: أن امتناع الدائن عن الأخذ وإبقاء المال على عهده المديون بلا رضاه إضرار و عدوان على المديون، فلا يكون له سلطنه على هذا التعدي، كما أنَّ امتناع سمره بن جندب عن الاستئذان في الدخول إلى عذقه كان إضراراً وتعدياً على الأنصارى، وقد دلَّ الحديث على عدم سلطانه على الدخول المزبور.

ص: ٣٧٥

---

١- (١) كما في الحديث: «الناس مسلطون على أموالهم»، عوالى اللآلى ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩ و ٤٥٧، الحديث ١٩٨ و ٣: ٢٠٨، الحديث ٤٩.

فى حفظ ماله فى ذمته، والناس مسلطون على أنفسهم. وتوهم: عدم الإضرار والظلم، لارتفاعه بقبض الحاكم مع امتناعه أو عزله وضمانه على مالكة، مدفوع: بأن مشروعته قبض الحاكم أو العزل إنما هى لدفع هذا الظلم والإضرار المحرم عن الشرح: وعلى الجملة: كل ما يكون إضرارا وتعديا على مؤمن لا يكون للمالك سلطنه عليه.

لا يقال: الضرر فى المقام بإبقاء المال على عهده المديون بلا رضاه، ومجرد الامتناع عن أخذ ما عليه لا يوجب هذا الضرر، حيث إن للمديون مراجعه الحاكم، ودفع ما عليه إليه، وبقبض الحاكم ينتهى عهده فلا يجب الأخذ على الدائن مع إمكان مراجعه الحاكم.

فإنه يقال: مراجعه الحاكم علاج ودفع لإضرار الدائن وظلمه، كما أن مراجعه الأنصارى إلى النبى وأمره صلى الله عليه وآله بقلع شجرته (١) كان علاجاً لامتناع سمره عن الدخول مع الاستئذان وعن بيع نخلته، فيكون قبض الحاكم فى المقام كبيع مال الزوج الممتنع عن إنفاق زوجته، فكما أن العلاج المزبور لا ينافى وجوب الإنفاق على الزوج كذلك علاج الإضرار فى المقام بقبض الحاكم لا ينافى وجوب القبض على الدائن.

وبتعبير آخر: مراجعته وقبضه لا يكون بدلاً اختيارياً، بل يترتب على امتناع الدائن وتركه العمل بوظيفته.

أقول: الوجهان ضعيفان فإن فحوى حديث سلطنه الناس على أموالهم (٢) على تقديره هو أن للشخص سلطنه تفرغ ذمته التى تدخل فى السلطنه على النفس.

وأما بيان طريق فراغ ذمته وأنه أى نحو يكون أو أنه يجب على الآخرين كلما

ص: ٣٧٦

١- (١) أنظر وسائل الشيعه ٢٥ : ٤٢٧ و ٤٢٨ ، الباب ١٢ من كتاب إحياء الموات، الحديث ١ و ٣ .

٢- (٢) مرّ آنفاً .

المديون، وليس بدلاً اختيارياً عن قبض الحاكم أو العزل حتى يسقط الوجوب عن المالك لتحقق البديل، ألا ترى أنّ من يجب عليه بيع ماله لنفقه عياله لا يسقط عنه الوجوب لقيام الحاكم مقامه في البيع.

الشرح:

يتوقف عليه فراغ ذمته فلا دلالة على ذلك أصلاً.

فلاحظ مثلاً- أنّ الحديث دال على سلطنه المالك على بيع ماله، ولكن لا دلالة له على صحة المعاطاة أو وجوب الشراء على الآخرين، وكذلك سلطنه المالك على هبه ماله لا تدلّ على وجوب قبول الهبه على الموهوب له.

والحاصل: أنّه لا- يمكن الاستدلال بالفحوى على وجوب الأخذ على الدائن، أو على تعيين الدين في المال المعزول في صورته امتناعه عن الأخذ.

وما ذكر في الوجه الثاني غير صحيح أيضاً، فإنّ بقاء المال على عهده المديون وذمته لا- يكون من إدخال النقص في مال المديون أو نفسه أو عرضه ليكون إضراراً عليه.

ولا يقاس بدخول سمره بن جندب على حائط الأنصاري بلا استئذان، فإنّ الدخول كذلك من الضرر في عرضه حيث إنّه ربما كان دخوله كما ذكر من الاطلاع على خلوات الناس وعوراتهم.

ولو كان بقاء المال على عهده المديون بلا رضاه ضرراً عليه لكان مقتضاه سقوط المال عن ذمته بلا حاجة إلى قبض الحاكم كما هو المدعى.

والحاصل: أنّ قبض الحاكم وإن كان بدلاً اضطرارياً إلا أنّ البديله إنما هو بالإضافة إلى أداء المديون، حيث أنّه مع إمكان دفع المال إلى مالكة يتعين الدفع إليه، ومع امتناعه يدفع إلى الحاكم، وهذا النحو من البديل لا يقتضى وجوب الأخذ على الدائن.

ولا يبعد أن يقال: على الدائن الأخذ، لأنّ عهده حفظ المال على مالكة، وإن الدين

وكيف كان، فإذا امتنع بغير حق سقط اعتبار رضاه، لحديث نفى الضرار، بل مورده كان من هذا القبيل، حيث إن سمره بن جندب امتنع من الاستئذان للمرور إلى عذقه الواقع في دار الأنصاري وعن بيعها، فقال النبي صلى الله عليه وآله للأنصاري: «أذهب فاقلعها وارم بها وجه صاحبها» فأسقط ولايته على ماله. ومقتضى القاعده إجبار الحاكم له على القبض [١] لأن امتناعه أسقط اعتبار رضاه في القبض الذي يتوقف

الشرح:

يتعين بغير قبض الدائن أيضا، كما إذا ألقى المديون ما يكون فردا لما عليه بين يدي الدائن مع التفات الدائن بذلك. ولو تلف المال بعد ذلك لا يكون على المديون شيء خصوصا فيما إذا وقع هذا النحو من الإلقاء مع امتناع الدائن عن أخذه، فلا حاجة إلى المراجعته إلى الحاكم الشرعي أو عدول المؤمنين ولا مورد للإكراه على الأخذ، ولا يرجع الملقى إليه على عهده الدافع إلا بموجب جديد على ما تسمع في التعليقات الآتية.

[١] لم يظهر وجه لتوقف تعين الكلي بالمدفوع فيما إذا كان فردا على رضا المستحق وطيب نفسه بأخذه ليرتفع اعتبار رضاه في صورته امتناعه بقاعده نفى الضرر (١)، أو بحديث سلطنه الناس على أنفسهم، بل يعتبر رضاه فيما كان المدفوع من غير ما عليه، حيث إن مرجع الدفع في هذا الفرض إلى مبادله ما عليه بالمدفوع، وهذه مبادله بينهما فيعتبر في وقوعها رضا الطرفين.

ولو كان على زيد لعمرو منا من الشعير واعتقد عمرو أن له عليه منا من الحنطة، وأكرهه زيد على أخذ الشعير برئت ذمته، ولا فرق في ذلك بين إكراه الحاكم والمديون.

بل لا يبعد أن لا يعتبر في صورته قبض الدائن علمه بأن المدفوع إليه وفاء لما على

ص: ٣٧٨

ملكه عليه، لا- أصل القبض الممكن تحقّقه منه كرهاً، مع كون الإكراه بحق بمنزله الاختيار، فإن تعدّر مباشرته ولو كرهاً تولّاه الحاكم [١] لأنّ السلطان ولّى الممتنع بناءً على أنّ الممتنع من يمتنع ولو مع الإيجاب. ولو قلنا: إنّه من يمتنع بالاختيار، جاز للحاكم تولّى القبض عنه من دون الإكراه، وهو الذى رجّحه فى جامع المقاصد. والمحكّى عن إطلاق جماعه عدم اعتبار الحاكم.

الشرح:

المديون كما يفصح عن ذلك صحيحه عبدالرحمن عن أبى الحسن عليه السلام «فى الرجل يكون عند بعض أهل بيته المال لأيتام فيدفعه إليه فيأخذ منه دراهم يحتاج إليها، ولا يعلم الذى كان عنده المال للأيتام أنّه أخذ من أموالهم شيئاً، ثم يُيسّر بعد ذلك، أى ذلك خير له، أيعطيه الذى كان فى يده أم يدفع إلى اليتيم وقد بلغ؟ وهل يجزيه أن يدفعه إلى صاحبه على وجه الصلّه ولا يُعلمه أنه أخذ له مالاً؟ فقال: يجزيه أى ذلك فعل إذا أوصله إلى صاحبه، فإن هذا من السرائر إذا كان من نيته إن شاء ردّه إلى اليتيم إن كان قد بلغ على أى وجه شاء... الحديث» (١).

نعم إذا لم يكن أداء المديون بنحو أخذ الدائن بل إلقاء المال إليه، فيعتبر علم الدائن والتفاتة إلى أنّ الملقى إليه اداء لما على المديون، فلا يكون بعد ذلك ضمان على المديون لفراغ ذمته كما هو مقتضى السيره العقلية.

[١] يعنى إذا لم يأخذ الدائن ما دفع إليه ولم يمكن إكراهه عليه يكون أخذ الحاكم بمنزله أخذه فى كونه موجبا لتعيين الدين فيه وبراءة ذمه المديون بدفعه إليه، بحيث إنّ ذلك مقتضى ولايته على الممتنع، بل لو صدق الممتنع على الدائن المزبور بمجرد امتناعه لكان أخذ الحاكم موجبا لتعيينه، وبراءة ذمه المديون ولو مع إمكان إكراهه على

ص: ٣٧٩

## ليس للحاكم مطالبه المديون

وليس للحاكم مطالبه المديون [١] بالدين إذا لم يسأله، لعدم ولايته عليه مع رضا المالك بكونه في ذمته. وعن السرائر: وجوب القبض على الحاكم عند الامتناع وعدم وجوب الإيجاب. واستبعده غيره، وهو في محله. ولو تعذر الحاكم، فمقتضى القاعده إجبار المؤمنين له، عدولاً كانوا أم لا، لأنه من المعروف الذى يجب الأمر به على كل أحد. فإن لم يمكن إجباره، ففي وجوب قبض العدول عنه نظر، أقواه عدم [٢] وحينئذٍ فطريق براءه ذمه المديون أن يعزل حقه ويجعله أمانه الشرح:

الأخذ، كما اختار ذلك فى جامع المقاصد (١)، بل المحكى (٢) عن جماعه عدم اعتبار أخذ الحاكم أيضاً، بل يتعين الدين بما أراد المديون دفعه وامتنع الدائن عن أخذه، فلو تلف المال المزبور بعد ذلك فلا حق للدائن فى مطالبه المديون.

[١] يعنى ليس للحاكم مطالبه المديون بالأداء لأنه لا حرج على المديون فى بقاء المال على ذمته مع رضا الدائن وعدم مطالبته، ولا يجب على الحاكم أخذ المال فيما إذا لم يرد المديون تفرغ ذمته مع امتناع الدائن عن أخذه.

ولكن ظاهر السرائر (٣) وجوب القبض وأنه لا- يجب على الحاكم إكراه الدائن، والاستبعاد (٤) فى محله لأن مالك المال أى الدائن عاقل مختار حاضر غير قاصر ليكون الحاكم ولياً له ليراعى مصالحه فى أمواله.

## عدم جواز إسقاط شرط الأجل

[٢] وجه القوه عدم الدليل على ولايتهم، وما ورد فى أنّ السلطان ولى الممتنع غاية أنه يعم الحاكم، وعلى عدول المؤمنين بل غيرهم أمر الدائن وإجباره على الأخذ

ص: ٣٨٠

١- (١) جامع المقاصد ٤: ٢٤٨ .

٢- (٢) انظر الجواهر ٢٣: ١١٦ ، ومفتاح الكرامه ٤: ٤٨٣ .

٣- (٣) السرائر ٢: ٢٨٨ .

٤- (٤) استبعده الشهيد فى الدروس ٣: ٢٠٥ ، وقزره صاحب الجواهر ٢٣: ١١٧ .

عنده، فإن تلف فعلى ذى الحق، لأن هذه فائده العزل وثمره إلغاء قبض ذى الحق. ولكن لم يخرج عن ملك مالكة، لعدم الدليل على ذلك، فإن اشتراط القبض فى التملك لا يسقط بأدله نفى الضرر، وإنما يسقط بها ما يوجب التضمر وهو الضمان، وحينئذ فناء المعزول له، وقاعده مقابله الخراج بالضمان غير جاريه هنا. وقد يستشكل فى الجمع بين الحكم ببقاء ملكيه الدافع وكون التلف من ذى الحق، ووجهه: أن الحق المملوك لصاحب الدين إن تشخص فى المعزول كان ملكاً له، وإن بقى فى ذمه الدافع لم يمكن تلف المعزول منه، إذ لم يتلف ماله. ويمكن أن يقال: إن الحق قد سقط من الذمه ولم يتشخص بالمعزول، وإنما تعلق به تعلق حق المجنى عليه برقبه العبد الجانى، فبتلفه يتلف الحق، ومع بقائه لا يتعين الحق فيه، الشرح:

من باب الأمر بالمعروف من غير أن يوجب ذلك الولايه لهما كما لا يخفى.

ثم إنه يستفاد من كلام المصنف رحمه الله إمكان القول ببراءه ذمه المديون عند امتناع الدائن، وعدم إمكان مراجعه الحاكم بأمور:

الأول: عزل الدين وتعيينه بالمعزول نظير تعيين الزكاه بالمعزول.

الثانى: عزل الدين فى المال، لا نظير عزل الزكاه، بل يدخل المعزول فى ملك الدائن قبل تلفه آنا ما فلتفت عليه.

والثالث: سقوط الدين عن عهده المديون، وبقاء المعزول فى ملك المديون أيضاً، غايه الأمر يكون للدائن حق فى المال الخارجى بتملكه حتى مع عدم رضا المديون، نظير ما إذا جنى العبد فانه بالجنايه لا يخرج عن ملك مولاه، بل يكون للمجنى عليه أو وليه حق تملك العبد واسترقاقه، وحيث لا يخرج عن مولاه فيجوز لمولاه التصرف فيه حتى التصرف الموقوف على الملك مع كون العبد عرضه للاسترقاق، وهذا عيب يثبت لمشتريه مع جهله بالحال خيار الفسخ. وكذا الحال فى



## إذا أبي الدائن من أخذ المال المعزول من المديون

فضلاً عن أن يتشخص به. ويمكن أن يقال: بأنه يقدر آناً ما قبل التلف في ملك صاحب الدين. ثم إن الظاهر جواز تصرفه في المعزول، فينتقل المال إلى ذمته لو أتلفه. ومقتضى القاعده عدم وجوب حفظه من التلف، لأنّ شرعيّه عزله وكون تلفه من مال صاحب الدين إنّما جاء من جهة تضرر المديون ببقاء ذمته مشغوله، وتكليفه بحفظ المعزول أضّرّ عليه من حفظ أصل المال في الذمه. وعن المحقق الثاني: أنّه يتجه الفرق بين ما إذا عرضه على المالك بعد تعيينه ولم يأت به [١] الشرح:

المال المعزول في المقام فأنه ملك للمديون ولكن للدائن حق تملكه وناقش رحمه الله في العزل بالنحو الأول والترم بأحد الأخيرين.

والأظهر عدم تمام الأخيرين أيضاً، لأنه ليس في البين ما يصلح الاعتماد عليه في الالتزام بشيء منهما، وقد تقدم أن قاعده نفى الضرر (١) على تقدير جريانها مقتضاه سقوط المال عن العهده لا تعلق حقه بالمال الخارجى.

[١] يعنى (٢) فيما إذا لم يأت بالمعزول بل ذكر أنّه يريد أداء دينه فقال الدائن: لا آخذه، ففي هذه الصورة يجب على المديون حفظ ذلك المال المعزول، بخلاف ما إذا أتاه فأبى الدائن عن أخذه، ففي هذه الصورة لا يجب عليه حفظه، بل له وضعه عنده وإعلامه.

والوجه في براءة الذمه في الفرض الثانى أنه يتعين الدين في المعزول ويكفى الوضع المزبور في ردّ الأمانات على أهلها، ومع وضعها في متناول يد مالكها مع الإعلام بالحال يتحقق الردّ المأمور به حتى وإن لم يأخذه الدائن، بخلاف ما إذا لم يأت بالمعزول فانه مأمور برده على الدائن الموقوف على حنطه إلى ذلك الحين.

ص: ٣٨٢

١- (١) وسائل الشيعه ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠.

٢- (٢) أى ما يعنيه المحقق الثانى في جامع المقاصد ٥: ٤١.

## فى من أجرة للظالم على دفع نصيب شريكه الغائب أو أخذه بنفسه

لكن أعلم بالحال، وبين ما إذا أتاه وطرحه عنده، فيلغى وجوب الحفظ فى الثانى دون الأول. ولعل وجهه: أن المبرئ للعهد التخليه والإقباض المتحقق فى الثانى دون الأول، وسيجىء فى مسأله قبض المبيع ما يؤيده. وعن المسالك: أنه مع عدم الحاكم يخلى بينه وبين ذى الحق وتبرأ ذمته وإن تلف، وكذا يفعل الحاكم لو قبضه إن لم يمكن إلزامه بالقبض. ثم إن المحقق الثانى ذكر فى جامع المقاصد [١]

الشرح:

أقول: قد تقدم عدم تعيين الدين بمجرد العزل، وأنه يتحقق الردّ بإلقاء فرد ما عليه إلى الدائن فلاحظ.

[١] وحاصله: (١) أنه بعد ما ذكر فى تعيين الدين بالمعزول وإن فائده تعيينه حساب تلفه على الدائن، فهل يجرى ذلك التعيين فيما إذا أكره الظالم أحد الشريكين على دفع حصه شريكه الغائب، فدفع مقدار حصته إليه، أو باشر الظالم بأخذ مقدار معين من المشاع بعنوان أنه لشريكه الغائب، أو أن كلا التلفين يكون على الشريكين معاً.

لم أجد للاصحاب تصريحاً بالحساب عليه أو عليهما معاً، ومقتضى قاعده نفي الضرر (٢) هو الحساب على الشريك الغائب فقط.

وفيه: أنه لا وجه للحساب على ذلك الشريك خاصة فى الفرع الثانى أى فيما باشر الظالم بأخذ مقدار معين بعنوان أنه حصته، فإن قصد الجائر بكون المأخوذ حصته لا يوجب تعيينها فيه ليكون تلفه عليه، بل المقدار المتلف نسبتاً إلى الشريكين على حد سواء فيحسب عليهما معاً.

وأما فى الفرع الأول أى فيما أكرهه الجائر على دفع حصه شريكه إليه فيمكن أن يقال فيه: أن بقاء الشركه إلى زمان دفع الشريك المكره «بالفتح»، فيكون مقتضى

ص: ٣٨٣

١- (١) أى حاصل ما ذكره المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٥: ٤١٤٠.

٢- (٢) مرّ آنفاً.

بعد الحكم بكون تلف المعزول من صاحب الدين الممتنع من أخذه : أنّ في انسحاب هذا الحكم في من أجبره الظالم على دفع نصيب شريكه الغائب في مال على جهة الإشاعه بحيث يتعين المدفوع للشريك ولا يتلف منهما ترّدداً. ومثله ما لو تسلّط الظالم بنفسه وأخذ قدر نصيب الشريك. لم أجد للأصحاب تصريحاً بنفي ولا- إثبات، مع أنّ الضرر هنا قائم أيضاً، والمتجه عدم الانسحاب، انتهى. وحكى نحوه عنه في حاشيه الإرشاد من دون فتوى.

الشرح:

قاعده نفي الضرر عدم اعتبار رضاه في حصول القسمه.

ولكن القول ضعيف، فإنّه لا مجرى لقاعده نفي الضرر في أمثال المقام، ولا يجوز القسمه مع الغاصب لتعارض الضررين، فان بقاء الشركه ضرر على المكره «بالفتح»، وزوالها ضرر على الشريك الآخر.

أضف إلى ذلك أنّ الأخذ بقاعده نفي الضرر من غير ملاحظه عمل الأصحاب بها يوجب تأسيس فقه جديد.

أقول: العمده عدم حكومه قاعده لا ضرر، وأنه لا تثبت ولايه المكره على القسمه لتعارض.

لا يقال: الضرر في إرادته المكره «بالكسر» متوجّه إلى الشريك الغائب، فلا يجب على هذا المكره «بالفتح» دفعه عنه بتحمل ذلك الضرر.

فانه يقال: قد مرّ سابقا المناقشه في ذلك، وعلى تقديره فلا يرتبط بالمقام، فانه فيما إذا كان مال الآخر معينا في الخارج، فلا يجب على المكره «بالفتح» حفظه ودفع ضرره بإيراد الضرر على نفسه.

وفي المقام لا يكون مال الشريك الآخر معينا في الخارج، بل كل ما يدفع المكره «بالفتح» إلى الجائر نسبتبه إليه وإلى الشريك الآخر على السواء، ولازم ذلك حساب

ص: ٣٨٤

أقول: أما الفرع الثاني، فلا وجه لإلحاقه بما نحن فيه، إذ دليل الضرر بنفسه لا يقضى بتأثير نية الظالم في التعيين، فإذا أخذ جزءاً خارجياً من المشاع فتوجيه هذا الضرر إلى من نواه الظالم دون الشريك لا وجه له، كما لو أخذ الظالم من المديون مقدار الدين بنية أنه مال الغريم. وأما الفرع الأول، فيمكن أن يقال: بأن الشريك لما كان في معرض التضرر لأجل مشاركة شريكه جعل له ولايه القسمة. لكن فيه: أن تضرره إنما يوجب ولايته على القسمة حيث لا يوجب القسمة تضرر شريكه، بأن لا يكون حصه 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 فقهاً 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 رباً، لأن حقيقة الربا

الشرح:

تلفه عليهما.

ولذا ذكرنا أن ما ورد في إقرار أحد الورثة بوارث آخر من نفوذ اعترافه بمقدار حصته، وأن ما في يد سائر الورثة يحسب تالفاً على المقر خاصة على خلاف القاعده، حيث إن مقتضى القاعده كون ما بيد المتصرف وحساب تلف ما بيد سائر الورثة عليهما كما لا يخفى.

[١] يظهر من الحدائق (١): عدم الخلاف في عدم جواز تأجيل الدين الحال بالزائد منه، بل عدم الجواز مصرح به في غير الحدائق (٢).

ولو كان له على زيد ألفاً وقال: امهلك شهرين، ولكن عليك ألف ومأتان، لا يصح

ص: ٣٨٥

١- (١) راجع الحدائق ١٩ : ١٣٤ .

٢- (٢) كما في السرائر ٢ : ٢٨٩ ، والجواهر ٢٣ : ١٢٠ .

فى القرض راجعه إلى جعل الزيادة فى مقابل إمهال المقرض وتأخيره المطالبه إلى أجل، فالزيادة الواقعه بإزاء تأخير المطالبه رباً عرفاً، فإنَّ أهل العرف لا يفرّقون فى إطلاق الربا بين الزيادة التى تراضيا عليها فى أول المدايئه كأن يقرضه عشره بأحد عشر إلى شهر وبين أن يتراضيا بعد الشهر إلى تأخيره شهراً آخر بزيادة واحد، وهكذا...، بل طريقه معامله الربا مستقره على ذلك، بل الظاهر من بعض التفاسير: أن صدق الربا على هذا التراضى مسلّم فى العرف، وأنّ مورد نزول قوله تعالى فى مقام الردّ على من قال: «إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا» هو التراضى الشّرح:

بمعنى أنّ الدائن لا يستحقّ الزائد حتّى ما إذا أخر المديون إلى تمام الشهرين.

وذكر المصنّف رحمه الله: أنّ الوجه فى عدم جواز ذلك كون الزيادة رباً، حيث إنّ حقيقه الربا فى الفرض هو أخذ الزيادة فى مقابل الإمهال للمديون، ولا فرق فى الإطلاق العرفى بين جعل الزيادة لإمهاله فى عقد القرض والمدايئه، أو جعلها بازاء إمهاله بعد المدايئه، كما إذا قال: بعتك بعشره دنانير وأمهلتك شهرين وعليك اثنا عشر، أو يقول بعد تمام عقد المدايئه: لا أطلبك بالدين وعليك كذا.

ويظهر من بعض التفاسير: أن صدق الربا عرفاً على تأجيل الدين الحال بزيادة أمر مسلم، وأنّ مورد نزول قوله سبحانه «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا» هو التأجيل بالزيادة، ففى مجمع البيان (١): عن ابن عباس: أنه كان الرجل فى الجاهليه إذا حل دينه يقول لدائنه: زدنى فى الأجل أزيدك فى المال فيتراضيان على ذلك، وإذا قيل له هذا ربا يقول: البيع مثل هذا يعنى: لا فرق بين بيع المال بذلك المقدار من الأوّل على تلك المدّه أو يزيد فى الثمن بعد البيع.

ص: ٣٨٦

بعد حلول الدين على تأخيره إلى أجل بزياده فيه. فعن مجمع البيان عن ابن عباس: أنه كان الرجل من أهل الجاربه إذا حل دينه على غريمه فطالبه، قال المطلوب منه: زدنى فى الأجل أزيدك فى المال، فيتراضيان عليه ويعملان به، فإذا قيل لهم: ربا، قالوا: هما سواء، يعنون بذلك: أن الزيادة فى الثمن حال البيع والزيادة فيه بسبب الأجل عند حلول الدين سواء، فذمهم الله وألحق بهم الوعيد وخطأهم فى ذلك بقوله تعالى: «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا». ويؤيده بل يدل عليه حسنه ابن أبى عمير أو صحيحته عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «سئل عن الرجل يكون له دين إلى أجل مسمى، فيأتيه غريمه فيقول له: أنقذنى كذا وكذا وأضع عنك بقيته، أو: أنقذنى بعضه وأمد لك فى الأجل فيما بقى عليك؟ قال: لا أرى به بأساً، إنه لم يزد على رأس ماله، قال الله تعالى: «فَلَكُمْ رُؤُوسٌ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ» علل جواز الشرح:

أقول: لا- حجه فى إثبات عدم جواز الزيادة إلى إثبات كونها رباً لدلاله النص على عدم جوازها وأنها خله فى الربا موضوعاً أو حكماً.

وفى صحيحه محمّد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام «فى الرجل يكون عليه دين إلى أجل مسمى، فيأتيه غريمه فيقول: أنقذنى من الذى لى كذا وكذا وأضع لك بقيته، أو يقول: أنقذنى بعضاً وأمد لك فى الأجل فيما بقى فقال: لا أرى به بأساً ما لم يزد على رأس ماله شيئاً يقول الله عزوجل: «فَلَكُمْ رُؤُوسٌ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ»(١).

حيث إن استشهاده عليه السلام فى ذيل الروايه بقوله سبحانه شاهد لكون الزيادة رباً ولكن يمكن كونه رباً حكماً لعدم جريان أصاله الحقيقه فى موارد العلم بالمراد كما لا يخفى.

ص: ٣٨٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٣٧٦ ، الباب ٣٢ من أبواب الدين، الحديث ١ .

التراضى على تأخير أجل البعض بنقد البعض بعدم الازدياد على رأس ماله، فيدل على أنه لو ازداد على رأس ماله لم يجز التراضى على التأخير، وكان ربا بمقتضى استشهاده بذيل آيه الربا، وهو قوله تعالى: «فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ». ويدل عليه بعض الأخبار الوارد فى تعليم طريق الحيله فى جواز تأخير الدين بزيادة باشتراط التأخير فى ضمن معاوضه غير مقصوده للفرار

الشرح:

والحاصل: أنه يستفاد من الصحيحه المباركه حكمان:

أحدهما: أنه لا بأس بتعجيل الدين المؤجل بتنقيصه بإسقاط بعضه. وثانيهما: عدم جواز تأجيل الدين بالزيادة فيه.

وليس فى البين ما يرفع اليد من مدلوليها، بل يؤيده أو يدل عليه أيضا روايه محمد بن إسحاق بن عمار «قال: قلت للرضا عليه السلام: الرجل يكون له المال، فيدخل على صاحبه يبيعه لؤلؤه تسوى مائة درهم بألف درهم ويؤخر عنه المال إلى وقت قال: لا بأس به، قد أمرنى أبى ففعلت ذلك»<sup>(١)</sup>.

وموثقه إسحاق بن عمار «قال: قلت لأبى الحسن عليه السلام: يكون لى على الرجل دراهم، فيقول: أخرنى بها وأنا أربحك، فابيعه جبّه تقوم على ألف درهم بعشره الاف درهم، أو قال: بعشرين ألفا وأؤخره المال، قال: لا بأس»<sup>(٢)</sup> ونحوها غيرها.

فانه لو كانت الزيادة فى الدين للتأجيل فيه جايزا لما احتاجوا إلى اعمال الحيل وتعليمها حتى وقعوا فى اعمال بعضها مورد اعتراض العامه، كما ورد ذلك فى ضم غير الجنس فى بيع المتجانسين إلى العوض الاقل.

ص: ٣٨٨

١- (١) وسائل الشيعة ١٨ : ٥٥ ، الباب ٩ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٦ .

٢- (٢) المصدر : الحديث ٤ .

## عدم الفرق بين المصالحه عن التأجيل بالزيادة أو المفاوضه عليها من غير عقد

عن الحرام، فلو جاز التراضي على التأجيل بزيادة لم يكن داع إلى التوصل بأمثال تلك الحيل حتى صاروا عليهم السلام مورداً لاعتراض العامه في استعمال بعضها، كما في غير واحد من الأخبار الواردة في بعضها. ويدل عليه أيضاً أو يؤيده بعض الأخبار الواردة في باب الدين، فيما إذا أعطى المديون بعد الدين شيئاً مخافه أن يطلبه الغريم بدينه. ومما ذكرنا من أن مقابله الزيادة بالتأجيل رباً يظهر عدم الفرق بين المصالحه عنه بها والمفاوضه عليها<sup>[١]</sup> من غير عقد. وظهر أيضاً أنه يجوز المعاوضه اللازمه على الزيادة بشيء واشتراط تأخير الدين عليه في ضمن تلك المعاوضه. وظهر أيضاً من التعليل المتقدم في روايه ابن أبي عمير جواز نقص المؤجل بالتعجيل. وسيجيء تمام الكلام في هاتين المسألتين في باب الشروط أو كتاب القرض إن شاء الله تعالى.

الشرح:

[١] يعنى لا فرق في عدم الجواز بين المصالحه عن التأجيل بالزيادة، وبين المفاوضه على تلك الزيادة.

والمراد من المفاوضه الملزمه بحسب قرارهم بحيث يكون على المديون تلك الزيادة على تقدير إمهال الدين.

وأما إذا لم تكن ملزمه بحيث لم ير الدائن لنفسه تلك الزيادة حتى مع الإمهال، كما إذا علم المديون أنه لو لم يعط للدائن مالاً لطالبه بالدين، ويعطى له هديه لثلا يطالبه بالدين فلا بأس بذلك.

وفى موثقه إسحاق بن عمار عن أبي الحسن عليه السلام «قال: سألته عن الرجل يكون له مع رجل مال قرضاً فيعطيه الشيء من ربحه مخافه أن يقطع ذلك عنه، فيأخذ ماله من غير أن يكون شرطاً عليه، قال: لا بأس بذلك ما لم يكن شرطاً»<sup>(١)</sup>.

ص: ٣٨٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٣٥٤، الباب ١٩ من أبواب الدين، الحديث ٣.



## شراء البائع ما عليه من المشتري ثانياً

مسألة: إذا ابتاع عيناً شخصيَّةً بثمن مؤجَّل جاز بيعه من بائعه وغيره قبل حلول الأجل وبعده [١] بجنس الثمن وغيره، مساوياً له أو زائداً عليه أو ناقصاً، حالاً أو مؤجَّلاً، إلا إذا اشترط أحد المتبايعين على صاحبه في البيع الأوَّل قبوله منه بمعامله ثانية. أمَّا الحكم في المستثنى منه، فلا خلاف فيه إلا بالنسبة إلى بعض صور المسألة فممنع منها الشيخ في النهاية والتهذيبي، وعن الشهيد: أنه تبع الشيخ جماعه وهي: بيعه من البائع بعد الحلول بجنس الثمن لا مساوياً. قال في النهاية:

الشرح:

ثم لا- يخفى أن تعجيل الثمن المؤجَّل أو الدين المؤجَّل لو كان بعنوان الوفاء ببعض الدين مع الإبراء عن بعض الآخر لم يكن فرق بين كون الدين من المكيل أو الموزون أو غيرهما.

وان كان بعنوان معاوضه ما على المديون بالأقل نقداً فيعتبر ان لا يكون من المكيل أو الموزون، لأنه مع كونه منهما يدخل البيع المزبور في البيع الربوي.

ومما ذكر يظهر أنه لا فرق في جواز نقد البعض على تمديد الأجل في الباقي بين كون الدين من المكيل أو الموزون أو غيرهما، لأن تأجيل البعض الآخر ليس بزيادة بل يكون شرطاً في ضمن الوفاء ببعض الدين.

[١] يقع الكلام في مقامين:

الأوَّل: في المستثنى منه في عنوان المسألة يعنى جواز شراء البائع من المشتري قبل حلول الأجل، أو بعده العين الشخصيَّة التي قد باعها منه مؤجَّلاً.

الثاني: في المستثنى يعنى حكم شراء البائع من المشتري فيما إذا كان الشراء شرطاً في البيع الأوَّل.

أما المقام الأوَّل: فالمعروف جواز الشراء المزبور، ولم ينسب الخلاف إلا إلى

إذا اشترى نسيه فحلّ الأجل ولم يكن معه ما يدفعه إلى البائع جاز للبائع أن يأخذ منه ما كان باعه إيّاه من غير نقصان من ثمنه، فإن أخذه بنقصان ممّا باع لم يكن ذلك صحيحاً ولزمه ثمنه الذي كان أعطاه به، فإن أخذ من المبتاع متاعاً آخر بقيمته في الحال لم يكن بذلك بأس، انتهى. وظاهر الحدائق: أنّ محلّ الخلاف أعمّ ممّا بعد الحلول وأنه قصر بعضهم التحريم بالطعام.

الشرح:

الشيخ (١) رحمه الله في بعض صور المسأله، وهو بيع العين بعد حلول الأجل من بائعه ثانياً بجنس الثمن بتفاوت، كما إذا كان الثمن في البيع الأول مائة درهم فباعها بعد حلول الأجل من بائعها بتسعين.

وذكر الشهيد (٢) رحمه الله: أنه لا ينفرد الشيخ رحمه الله بهذا القول، بل تبعه على ذلك جماعه.

وذكر صاحب الحدائق (٣): عدم انحصار خلافهم بصوره البيع بعد حلول الأجل، بل لا يجوز البيع الثاني قبل حلول الأجل أيضاً، وقال: إنّ خلافهم لا- يعم جميع الأشياء بل يختص بما إذا كان المبيع طعاماً، حيث إنّ الطعام عندهم إذا بيع إلى أجل لا يجوز لمشتريه بيعه من بائعه ثانياً قبل حلول الأجل أو بعده بجنس الثمن بتفاوت.

وكيف ما كان، فالأظهر عند المصنف رحمه الله ما عليه المشهور من الجواز مطلقاً، ويقتضيه عموم وجوب الوفاء بالعقد (٤)، وإطلاق حلّ البيع (٥) مع روايات خاصه داله على الجواز في المقام، كصحيحه بشار بن يسار قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع بنسيء فيشتره من صاحبه الذي يبيعه منه، قال: نعم لا بأس به، فقلت له: أشتري

ص: ٣٩١

١- (١) النهاية: ٣٨٨.

٢- (٢) غايه المراد ٢: ٨٠، وانظر مفتاح الكرامه ٤: ٤٣٤.

٣- (٣) الحدائق ١٩: ١٢٥.

٤- (٤) للآيه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، سورة المائده: الآيه ١.

٥- (٥) للآيه «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»، سورة البقره: الآيه ٢٧٥.

وكيف كان، فالأقوى هو المشهور، للعمومات المجوّزه كتاباً وسنّه وعموم ترك الاستفصال في صحيحه بشار بن يسار، قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع بنسأ، فيشتره من صاحبه الذي يبيعه منه؟ فقال: نعم، لا بأس به. فقلت له: أشتري متاعى وغنمى! قال: ليس هو متاعك ولا غنمك ولا بقرك». وصحيحه ابن حازم عن أبى عبدالله عليه السلام: «رجل كان له على رجل دراهم من ثمن غنم اشتراها منه، الشرح:

متاعى؟ فقال: ليس هو متاعك ولا بقرك ولا غنمك»<sup>(١)</sup>.

فإن ترك الاستفصال فيها عن كون الشراء ثانياً بجنس الثمن بتفاوت أم لا، مقتضاه عدم الفرق بذلك في نفي البأس.

وكذا رواه الحسين بن المنذر قال: «قلت لأبى عبدالله عليه السلام: يبيئنى الرجل فيطلب العينه، فأشترى له المتاع مرابحه ثم أبيعته إتياءه ثم أشتريه منه مكانى، قال: إذا كان بالخيار إن شاء باع، وإن شاء لم يبع، وكنت أنت بالخيار إن شئت اشترت وإن شئت لم تشتري فلا بأس»<sup>(٢)</sup>.

وهذا أيضاً داله على جواز الاشتراء بتفاوت كما لا يخفى.

وصحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: «سألت عن رجل باع ثوبا بعشره دراهم إلى أجل ثم اشتراه بخمسه نقدا، قال: إذا لم يشترط ورضيا فلا بأس»<sup>(٣)</sup>.

وهذه الروايات تعم بعض الصور التى نسب الخلاف فيها إلى الشيخ قدس سره.

وقد يستدل على الجواز أيضاً بموثقه يعقوب بن شعيب وعبيد بن زراره معا

ص: ٣٩٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٤١ ، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٣.

٢- (٢) المصدر: ٤١ ٤٢ ، الحديث ٤.

٣- (٣) مسائل على بن جعفر: ١٢٧ / ١٠٠.

فأتى الطالب المطلوب يتقاضاه، فقال له المطلوب: أبيعك هذه الغنم بدراهمك التي لك عندي، فرضى؟ قال: لا بأس بذلك». ورواه الحسين بن منذر، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يجيئني فيطلب العينة فأشترى له المتاع من أجله ثم أبعه إياه ثم أشتريه منه مكاني؟ قال: فقال: إذا كان هو بالخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبع، وكنت أنت بالخيار إن شئت اشترت 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 ولا بأس».

الشرح:

قالا: «سألنا أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع طعاما بدراهم إلى أجل فلما بلغ ذلك الأجل تقاضاه، فقال: ليس عندي دراهم خذ مني طعاما فقال: لا بأس به، إنما له دراهم يأخذ بها ما شاء» (١).

ولكن في دلالتها على حكم المقام تأمل، فإن المفروض في المقام شراء البائع من المشتري نفس ما باعه منه، وليس في الرواية دلالة على كون الطعام الذي أراد المشتري بيعه من البائع بدلاً عن الدرهم ما اشتراه منه أولاً اللهم إلا أن يتمسك بعدم الاستفصال في الجواب.

وقد يدعى أنه تعارض الروايات المتقدمه صحيحه خالد بن الحجاج قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل بعته طعاما بتأخير إلى أجل مسمى، فلما حل الأجل أخذته بدراهمي، فقال: ليس عندي دراهم ولكن عندي طعام فاشتره مني؟ قال: لا تشتريه منه فإنه لاخير فيه» (٢).

ولكن لا دلالة في هذه على أن المشتري أراد بيع نفس الطعام الذي اشتراه منه أولاً.

ص: ٣٩٣

١- (١) الكافي ٥: ١٨٦ / ٨.

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٨: ٣١١ ٣١٢، الباب ١٢ من أبواب السلف، الحديث ٣.

وفى المحكى عن قرب الإسناد عن على بن جعفر عن أخيه عليهما السلام قال: «سألته عن رجل باع ثوباً بعشره دراهم اشتراه منه بخمسة دراهم، أيحل؟ قال: إذا لم يشترط ورصياً فلا بأس». وعن كتاب على بن جعفر قوله: «باعه بعشره إلى أجل ثم اشتراه بخمسة بنقده»، وهو أظهر في عنوان المسألة.

وظاهر هذه الأخبار كما ترى يشمل صور الخلاف. وقد يستدل أيضاً بروايه يعقوب بن شعيب وعبيد بن زرار، قالوا: «سألنا أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع طعاماً بدراهم إلى أجل، فلمّا بلغ ذلك تقاضاه، فقال: ليس لي دراهم خذ منّي طعاماً، فقال: لا بأس به، فإنّما له دراهمه يأخذ بها ما شاء» وفى دلالتها نظر. وفيما سبق من العمومات كفايه، إذ لا معارض لها عدا ما ذكره الشيخ قدس سره: من روايه خالد بن الحجاج، قال: «سألنا أبا عبد الله عليه السلام عن رجل بعته طعاماً بتأخير إلى أجل الشرح:

مع أنّ كلمه خير اسم تفضيل، فففيه لا يدل على عدم الجواز.

وأما روايه عبد الصمد بن بشير المحكيه عن الفقيه قال: «سأله محمد بن القاسم الحناط فقال: أصلحك الله أبيع الطعام من الرجل إلى أجل فأجىء وقد تغير الطعام من سعره، فيقول: ليس عندي دراهم قال: خذ منه بسعر يومه، قال: أفهم أصلحك الله أنّه طعامى الذى اشتراه منّي، قال: لا- تأخذ منه حتى يبيعه ويعطيك، قال: أرغم الله أنفى رخص لي فرددت عليه فشدد عليّ» (١)، فلضعف سندها غير قابله للاعتماد عليها، بل على تقدير كونها معتبره لكون القاسم بن محمد الجوهري من المشاهير ولم يرد فيه قدح محموله على الكراهه جمعاً بينها وبين ما تقدّم من الروايات المجوّزه .

ص: ٣٩٤

١- (١) الفقيه ٣: ٢٠٧ / ٢٠٨ / ٣٧٧٧، والوسائل ١٨: ٣١٢، الباب ١٢ من أبواب السلف، الحديث ٥.

## عدم جواز بيع ما اشترى بجنس الثمن متفاضلاً

مسمّى، فلما جاء الأجل أخذته بدراهمي، فقال: ليس عندي دراهم، ولكن عندي طعام، فاشتره منّي؟ فقال: لا تشتريه منه، فإنّه لا خير فيه». ورواه عبدالصمد بن بشر المحكيه عن الفقيه قال: «سأله محمد بن قاسم الحنّاط فقال: أصلحك الله! أبيع الطعام من رجل إلى أجل، فأجىء وقد تغيّر الطعام من سعره فيقول ليس عندي دراهم؟ قال: خذ منه بسعر يومه. فقال: أفهم أصلحك الله أنّه طعامي الذي اشتراه منّي، فقال: لا تأخذ منه حتى يبيعه ويعطيك، فقال: أرغم الله أنفي! رخص لي، فرددت عليه فشدد عليّ». وحكى عن الشيخ قدس سره: أنّه أوردها في الاستبصار دليلاً على مختاره. وحكى عن بعض ردها بعدم الدلالة بوجه من الوجوه.

أقول: لا يظهر من روايه خالد دلالة على مذهب الشيخ، وعلى تقدير الدلالة فتعليل المنع بأنّه: «لا خير فيه» من أمارات الكراهه. واعلم أنّه قال الشيخ في المبسوط: إذا باع طعاماً [١] بعشره مؤجله، فلما حلّ الأجل أخذ بها طعاماً جاز إذا الشرح:

[١] ظاهر هذه العبارة (١): أنّه لا يجوز للبائع أخذ الطعام الأكثر من المشتري بدلاً عما عليه من الثمن بلا فرق بين كون ذلك الطعام هو الذي باعه منه أولاً أو غيره.

والوجه في عدم الجواز على ما يظهر مما ذكر رحمه الله في الخلاف هو رجوع البيعين إلى بيع الطعام بالطعام ولو كان البيع بتفاوت لكان رباً.

وقد تقدّم أيضاً أنه قال في النهاية (٢): إذا اشترى نسيئه فحلّ الأجل ولم يكن عنده ما يدفعه إلى البائع جاز للبائع أن يأخذ ما باعه إياه من غير نقصان من ثمنه، فإن أخذ بنقصان لم يكن صحيحاً.

ص: ٣٩٥

١- (١) وهي عبارته الشيخ في المبسوط ٢: ١٢٣.

٢- (٢) مرّ آنفاً.

أخذ ما أعطاه، فإن أخذ أكثر لم يجز. وقد روى أنه يجوز على كل حال. وحكى في المختلف عن الخلاف: أنه إذا باع طعاماً قفيزاً بعشره دراهم مؤجله، فلمّا حلّ الأجل أخذ بها طعاماً جاز إذا أخذ مثل ذلك، فإن زاد عليه لم يجز. واحتجّ بإجماع الفرقه وأخبارهم وبأنه يؤدّى إلى بيع الطعام بالطعام. ثمّ حكى عن بعض أصحابنا الجواز مطلقاً، وعن بعضهم المنع مطلقاً. ثمّ حكى عن الشيخ في آخر كلامه، أنه قال: والقول الآخر الذى لأصحابنا قوى، وذلك أنه يبيع طعام بدراهم، لا يبيع طعام بطعام، فلا يحتاج إلى اعتبار المثليه، انتهى.

الشرح:

والحاصل: أن ما ذكر في المبسوط (١) والخلاف (٢) والنهايه (٣) متفرع على القاعده التى أشار إليه المصنف رحمه الله وهى: أنه يجرى على عوض الجنس الربوى حكم ذلك الجنس الربوى بمعنى أنه لا يجوز مبادله ذلك العوض بذلك الجنس بالأكثر أو بالأقل، مثلاً- إذا باع مقداراً من الحنطه الأخرى ثانيه بالزياده أو النقيصه من الحنطه المباعه أوّلاً، فإنّها ترجع إلى مبادله الحنطه بالحنطه بتفاوت، كما أنه لو اشترى نفس ما باعه أوّلاً لكان من يبيع الدراهم بالدراهم مع الاختلاف.

والقاعده المشار إليها تستفاد من التعليل الوارد فى صحيحه على بن جعفر المرويه فى باب السلم، قال: «سألته عن رجل له على آخر تمر أو شعير أو حنطه يأخذ بقيمته دراهم؟ قال: إذا قومه دراهم فسد، لأن الأصل الذى اشترى به دراهم فلا يصلح دراهم بدراهم» (٤).

ص: ٣٩٦

١- (١) المبسوط ٢: ١٢٣ .

٢- (٢) راجع الخلاف ٣: ١٠١، المسأله ١٦٦ من كتاب البيوع، وانظر المختلف ٥: ٢٨٩ .

٣- (٣) مرّ آنفاً .

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٨: ٣٠٨، الباب ١١ من أبواب السلف، الحديث ١٢ .

أقول: الظاهر أنّ الشيخ قدس سره جرى في ذلك وفيما تقدّم عنه في النهايه من عدم جواز بيع ما اشترى بجنس الثمن متفاضلاً على قاعده كليّه تظهر من بعض الأخبار: من أنّ عوض الشيء الربوي لا يجوز أن يعوّض بذلك الشيء بزياده، وأنّ عوض العوض بمنزله العوض، فإذا اشترى طعاماً بدراهم لا يجوز أن يأخذ بدل الطعام دراهم بزياده، وكذلك إذا باع طعاماً بدراهم لا يجوز أن يأخذ عوض الدراهم طعاماً. وعوّل في ذلك على التعليل المصرّح به في روايه علي بن جعفر عن أخيه عليهما السلام المعتضد ببعض الأخبار المانعه عن بعض أفراد هذه القاعده هنا وفي باب السلم قال: «سألته عن رجل له على آخر تمر أو شعير أو حنطه، يأخذ قيمتها دراهم؟ قال: إذا قومها دراهم فسد، لأنّ الأصل الذي يشتري به دراهم، الشرح:

ويؤيد ذلك بعض الروايات (١) الواردة في منع المشتري في السلم عن بيع ما على البائع منه إلا برأس ماله.

وبتعبير آخر: إذا كان الدين على المشتري فلا يجوز للبائع شراء جنس ما باعه بدلاً عن الدين ولا عين ما باعه مع الاختلاف والتفاضل، كما أنه إذا كان الدين على البائع كما في بيع السلم فلا يجوز للمشتري بيع ذلك الدين من بائعه بجنس الثمن مع التفاضل، حيث إنّه يجري على العوض الثاني للدين حكم العوض الأوّل للدين في أنه لا يجوز معاوضه ذلك الدين بجنس العوض الأوّل مع التفاضل، بلا فرق بين كون المعاوضه الثانيه بعد حلول الأجل، أو قبله، وكون العوض الثاني أقلّ من العوض الأوّل أو أكثر.

أقول: هذه القاعده لا أساس لها، فإنّ الأخبار الواردة (٢) في بيع العينه داللتها

ص: ٣٩٧

١- (١) انظر وسائل الشيعه ١٨ : ٣٠٣ ، الباب ١١ .

٢- (٢) مرّت آنفاً .



فلا يصلح دراهم بدراهم»، قال فى محكى التهذيب: الذى أفتى به ما تضمنه هذا الخبر الأخير: من أنه إذا كان الذى أسلف فيه دراهم لم يجر أن يبيعه بدراهم، لأنه يكون قد باع دراهم بدراهم، وربما كان فيه زياده أو نقيصه وذلك ربا انتهى. وهنا يقول أيضاً قبلاً لمسأله السلم التى هى عكس مسألتنا: إنه إذا كان الذى باعه طعاماً لم يجر أن يشتري بثمنه طعاماً، لأنه يكون باع طعاماً بطعام.

الشرح:

واضح فى أن للبائع شراء ما باعه مؤجلاً أولاً وبنقصان نقداً ثانياً.

وصحيحه على بن جعفر (١) لا- يرتبط بالمقام، فإن الالتزام بعدم جواز البائع فى بيع السلف ما باعه إلا برأس المال ظاهر بعض الروايات المعتبرة كصحيحه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل أعطى رجلاً ورقاً فى وصيف إلى أجل مسمى، فقال له صاحبه: لا نجد وصيفاً أو ورقه الذى أعطاه أول مره لا يزداد عليه شيئاً» (٢).

ولا- يعارضها مثل روايه حسن بن على بن فضال قال: «كتبت إلى أبى الحسن عليه السلام: الرجل يسلفنى فى الطعام فيجىء الوقت وليس عندى طعام أعطيه بقيمته دراهم؟ قال: نعم» (٣).

فأنه مع الإغماض عن السند يحمل إطلاقه على ما إذا كانت الدراهم مساويه مع الثمن المسمى من غير زياده جمعا بينهما كما لا يخفى، بل لا- يبعد أن يقال: لا- يختص الحكم ببيع السلف، بل إذا كان المبيع كلياً فى العهده لا يجوز بيعه من بائعه إلا برأس المال أخذاً بإطلاق صحيحه على بن جعفر المتقدمه كما لا يخفى.

ص: ٣٩٨

١- (١) مَرَّتْ آناً .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٨ : ٣٠٧ ، الباب ١١ من أبواب السلف ، الحديث ٩ .

٣- (٣) المصدر : ٣٠٦ ، الحديث ٨ .

## بيع المال على أن يبيع المشتري من بائعه ثانياً

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 أيضاً بين اشترائه قبل حلول الأجل أو بعده، كما أطلقه في الحدائق. وتقييده بما بعد الحلول في عبارته النهائية المتقدمه لكون الغالب وقوع المطالبه والإيفاء بعد الحلول، وإن قصّر المشهور خلافه به. لكن الأظهر هو الإطلاق. كما أن تقييد المنع في كلامه بأخذ ما باعه بالناقص، لأنه الغالب، لأن الغالب في ردّ نفس ما اشتراه رده بالناقص، لا لخصوصيه في النقص لا تجرى 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 جنس الثمن زائداً على ما أعطاه، فإن الغالب مع إعطاء الطعام بدل الدراهم النقص مما اشترى، ومع العكس العكس. وظهر أيضاً مما ذكرنا: أن الحكم مختص في كلام الشيخ قدس سره بالجنس الربوي، لا مطلق المتاع ولا خصوص الطعام. وأما الحكم في المستثنى [١] الشرح:

[١] أما الكلام في المستثنى أي بيع المتاع على أن يبيعه من بائعه ثانياً فقد يستدل على بطلان البيع المزبور بوجوده:

منها: ما ذكره في التذكرة (١) من كون البيع دورياً لأن تحقق البيع موقوف على حصول شرطه، كما هو مقتضى توقف كل مشروط على تحقق شرطه، وتحقق الشرط موقوف على حصول البيع، لأن المشتري ما لم يملك المبيع فلا يمكن له بيعه من بائعه.

نعم لا بأس إذا شرط في بيع المتاع بيعه من شخص آخر، لأن هذا الشرط

ص: ٣٩٩

وهو ما إذا اشترط فى البيع الأول نقله إلى من انتقل عنه فهو المشهور، ونص عليه الشيخ فى باب المرابحة واستدلوا عليه أولاً بالدور، كما فى التذكرة. قال فى باب الشروط: لو باعه شيئاً بشرط أن يبيعه إياه لم يصح، سواء اتحد الثمن قدرأً ووصفاً وعيناً أم لا، وإلا جاء الدور، لأن بيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقفه على بيعه فيدور، أما لو شرط أن يبيعه على غيره صح عندنا حيث لا منافاه فيه للكتاب والسنة. لا- يقال: ما التزمتموه من الدور آت هنا، لأننا نقول: الفرق ظاهر، لجواز أن يكون جارياً على حد التوكيل أو عقد الفضولى، بخلاف ما لو شرط البيع على البائع، انتهى.

الشرح:

لا يخالف الكتاب والسنة.

لا يقال: ما ذكر من لزوم الدور يجرى فى هذه الصورة أيضاً.

فإنه يقال: بيع المشتري المتاع من شخص آخر لا يتوقف على تملكه ذلك المتاع لإمكان وقوعه على نحو بيع الفضولى أو البيع بالوكاله، بخلاف بيعه من بايعه فإنه لا يتصور فيه الفضوليه أو الوكاله.

أقول: الشرط فى المعاملات بمعنى الالتزام الآخر، ولا يكون المشروط معلقاً عليه البيع ليلزم فى الفرض الدور.

وما ذكر من صحه اشتراط بيعه من شخص آخر، وأنه لا يلزم منه الدور ضعيف جداً، لأنه لو كان المراد من بيعه من آخر بيعه فضولاً أو وكاله لكان المشروط منافياً لمقتضى البيع لأن مقتضى البيع أن لا يكون البيع من الآخر بالوكاله أو فضولاً، ومقتضى الشرط أن يكون بالوكاله والفضوليه على الفرض.

ثم إنه رحمه الله التزم فى التذكرة(١) بجواز اشتراط رهن المبيع على الثمن، وعليه يبقى

ص: ٤٠٠

أقول: ظاهر ما ذكره من النقض أنه يعتبر في الشرط أن يكون معقولاً في نفسه مع قطع النظر عن البيع المشروط فيه، وبيع الشيء على غير ماله معقول ولو من غير المالك كالوكيل والفضولي، بخلاف بيعه على ماله، فإنه غير معقول أصلاً. فاندفع عنه نقض جماعه 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 صحه البيع، فلا يتوقف عليه صحه البيع وإلا دار. لكنه قدس سره مع ذلك جوز هذا الاشرط. إلا أن يقال: إن أخذ الرهن على الثمن والتضمين عليه وعلى ذرّكه وذرّك المبيع من توابع البيع ومن مصالحه، فيجوز اشرطها، نظير وجوب نقد الثمن أو عدم تأخيره عن شهر مثلاً ونحو ذلك، فتأمل. وقّرر الدور في جامع المقاصد: بأن انتقال الملك موقوف على حصول الشرط، وحصول الشرط موقوف على الملك. وهذا بعينه ما تقدّم عن التذكرة بتفاوت في ترتيب المقدمتين.

الشرح:

بيان الفرق بين اشرط ذلك واشترط المبيع من بائعه ثانياً.

وربما يفرق بينهما بأن الرهن على الثمن من توابع البيع ومن مصالح تامه، ولا بأس باشرط ما يكون من توابع البيع وأحكامه، نظير اشرط عدم تأخير الثمن، بخلاف بيع المبيع من بائعه ثانياً، فانه ربما يكون منافياً لقصد البيع الأول كما يأتي.

نعم، يرد عليه النقض ببيع المتاع والاشترط على المشتري أن يوقفه على البائع وولده، فان هذا الاشرط صحيح عند العلامة مع أنّ الوقف المزبور ليس من توابع البيع ومصلحه.

أقول: لم يظهر الوجه لدعوى أنّ الرهن على الثمن من توابع البيع دون بيعه من

ص: ٤٠١

وأجيب عنه تارةً: بالنقض باشتراط بيعه من غيره. وقد عرفت أنّ العلامه قدس سره تفتن له في التذكرة، وأجاب عنه بما عرفت انتقاضه بمثل اشتراط رهنه على الثمن، وعرفت تفتنه لذلك أيضاً في التذكرة.

وأخرى: بالحلّ، وهو أنّ انتقال الملك ليس موقوفاً على تحقّق الشرط، وإنّما المتوقّف عليه لزومه.

وثالثه: بعدم جريانه فيما لو شرط بيعه منه بعد أجل البيع الأول، فإنّ ملك المشتري متخلّل بين البيعين. ومبنى هذين الجوابين على ما ذكره العلامه في الاعتراض على نفسه والجواب عنه بما حاصله: أنّ الشرط لا بدّ من صحته مع قطع النظر عن البيع، فلا يجوز أن يتوقّف صحته على صحه البيع. ولا فرق في ذلك بين اشتراط بيعه قبل الأجل أو بعده، لأنّ بيع الشيء على مالكة غير معقول مطلقاً. ولو قيّد بما بعد خروجه عن ملك مالكة لم يفرق أيضاً بين ما قبل الأجل وما بعده. واستدل عليه أيضاً بعدم قصد البائع [١] بهذا الشرط إلى حقيقه الإخراج عن ملكه،

الشرح:

بايعه ثانياً، فإن التابع بمعنى كونه حكماً للبيع الأول غير حاصل في شيء منهما، وبمعنى التوقّف على حصول البيع موجود في كل منهما كما لا يخفى.

نعم لا يكون البيع الثاني من مصلحه البيع الأول بخلاف الرهن، ولكن هذا لا يوجب الفرق في الدور وعدمه.

[١] وهذا هو الوجه الثاني لبطلان البيع المشروط فيه بيع الشيء من بايعه ثانياً.

وحاصله: عدم قصد البائع حقيقه إخراج المال عن ملكه، وتمليكه من مشتريه بالعوض، واستحسن الشهيد (١) رحمه الله هذا الوجه في غايه الامر.

ص: ٤٠٢

## بيع الشيء من شرط أن يبيعه المشتري منه ثانياً

حيث لم يقطع علاقه الملك عنه. وجعله في غايه المراد أولى من الاستدلال بالدور بعد دفعه بالجوابين الأولين، ثم قال: وإن كان إجماع على المسأله فلا بحث. وردّ عليه المحقّق والشهيد الثانين: بأنّ الفرض حصول القصد إلى النقل الأول لتوقّفه عليه، وإلا لم يصحّ ذلك إذا قصدا ذلك ولم يشترطاه مع الاتفاق على صحّته، انتهى.

واستدل في الحدائق بقوله عليه السلام في روايه الحسين بن المنذر [١] المتقدّمه في السؤال عن بيع الشيء واشترائه ثانياً من المشتري: «إن كان هو بالخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبع، وكنت أنت بالخيار إن شئت اشتريت وإن شئت لم تشتري، فلا بأس» الشرح:

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّه يرد عليه ما ذكره الشهيد والمحقّق الثانين (١) من أنّ لازم ذلك هو الحكم ببطلان البيع الأول حتّى فيما لم يجعل البيع من بايعه شرطاً، بل كان مجرد بناء خارجي مع الإجماع على الصحه معه، كما هو مقتضى مشروعيه بيع العينه. أضف إلى ذلك أنّ عدم تحقّق القصد على تقديره ينحصر بما إذا لم يختلف البيعان في الثمن ولم يختلفا بالنقد والنسيئه، كيف والبيع الثاني المقصود يتوقّف على البيع الأول، فلا بدّ من كونه مقصوداً أيضاً كما لا يخفى.

[١] استدل في الحدائق (٢) على بطلان البيع المشروط فيه بيع الشيء من بايعه ثانياً بقوله عليه السلام في روايه الحسين بن المنذر المتقدّمه: «إذا كان بالخيار إن شاء باع، وإن شاء لم يبع، وكنت أنت بالخيار، ان شئت اشتريت، وان شئت لم تشتري فلا بأس» (٣). ووجه الاستدلال أن المراد بالخيار فيه هو الاختيار.

ص: ٤٠٣

١- (١) جامع المقاصد ٤: ٢٠٤، والمسالك ٣: ٢٢٥.

٢- (٢) الحدائق ١٩: ١٢٨ ١٢٩.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨: ٤١ ٤٢، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤.

فإنَّ المراد بالخيار هو الاختيار عرفاً في مقابل الاشتراط على نفسه بشرائه ثانياً، فدلَّ على ثبوت البأس إذا كان أحد المتبايعين غير مختار في النقل من جهة التزامه بذلك في العقد الأوَّل. وثبوت «البأس» في الرواية، إمَّا راجع إلى البيع الأوَّل فثبت المطلوب، وإن كان راجعاً إلى البيع الثاني فلا وجه له إلا بطلان البيع الأوَّل، إذ لو صحَّ البيع الأوَّل والمفروض اشتراطه بالبيع الثاني لم يكن بالبيع الثاني بأس، بل كان لازماً بمقتضى الشرط الواقع في متن العقد الصحيح. هذا، وقد يُردُّ دلالته بمنع دلاله «البأس» على البطلان. وفيه ما لا يخفى. وقد تُردُّ أيضاً بتضمُّنها لاعتبار ما لا يقول به أحد: من عدم اشتراط المشتري ذلك على البائع.

الشرح:

وحاصل الجواب: أنه على تقدير كون المشتري مختاراً في بيع المبيع ثانياً وأنت على اختيار من شرائه فلا بأس، ونفى البأس إمَّا راجع إلى البيع الأوَّل فيكون مفهوم الجواب أنه إن لم يكن الطرفان على اختيار مما ذكر ففي البيع الأول بأس، وإمَّا راجع إلى بيع الثاني فيكون مفهومه إن لم يكونا على اختيار ففي البيع الثاني بأس.

والبأس في الثاني يكشف عن بطلان البيع الأوَّل، حيث إنَّه لو صحَّ الأوَّل فلا- موجب لبطلان الثاني، بل يكون الثاني لازماً لا يجرى فيه حتَّى الخيار الثابت في سائر البيوع، كما هو مقتضى الشرط.

لا يقال: ثبوت البأس بالمفهوم لا يدل على المنع الوضعي لاحتمال كونه كراهه، وكراهه الثاني أو الأول لا تنافي صحتهما.

فإنَّه يقال: ثبوت البأس في المعاملة ظاهره فسادها، كما أنَّ ظاهره في الأفعال الخارجيه حرمتها.

لا- يقال: كما إنَّ الرواية بمفهومها داله على البطلان فيما إذا اشترط البائع على المشتري بيع المبيع منه ثانياً كذلك تدلَّ على البطلان فيما إذا اشترط المشتري على

وفيه: أنّ هذا قد قال به كلّ أحد من القائلين باعتبار عدم اشتراط البائع، فإنّ المسألتين من واد واحد، بل الشهيد قدس سره فى غايه المراد عنون المسأله بالاشترء بشرط الاشرء. وقد يُردّ أيضاً: بأنّ المسءفءء من المفهوم لزوم الشرط وأنّه لو شرطاه ىرفء الخيار عن المشروط عليه وإن كان يحرم البيء الثانى أو هو والبيء الأوّل مع الشرط ويكون الحاصل حينئذ حرمه الاشرء وإن كان لو فعل التزم به، وهو غير التزم المحرّم الذى يفسد ويفسد العءء.

الشرح:

البائع شرأءه منه ثانيا، مع أنّه لا خلاف فى الجواز فى صوره اشءراط المشءرى على البائع.

فإنّه يقال: كلا الفرضين مءءء فى الحكم، ودعوى الاءفاق على الجواز فى الثانى غير صحىءه.

ولكن الإنصاف: عدم دلالة الروايه على بءلان البيء الأوّل بل ظاهرها بءلان البيء الثانى، وبءلانه لبءلان الشرط فى البيء الأوّل، وعدم وقوع الثانى مع الغمض عنه بالاختيار.

وبءلان الشرط فى البيء الأوّل لا ىسرى إلى نفس البيء على ما تقدّم، فىكون حاصل الروايه أنّه لا بأس بالبيء الثانى فيما إذا لم يكن الطرفان غير ملزمين به، وفيه بأس مع كونهما ملزمين عليه بمقتضى الشرط فى البيء الأوّل خلافا لأهل المسجد، حيث كانوا على اعتقاد البءلان فى البيء الثانى حتّى فيما إذا لم يكونا ملزمين عليه ولم يشءطاه فى البيء الأوّل، وأنّه إنّما يصحّ البيء الثانى فيما إذا وقع مع فصل شهر أو أزيد حتّى فيما إذا اشءرطا البيء المنفصل فى البيء الأوّل. ويظهر ذلك من صحىءه على بن جعفر المءقءمه أيضا حيث ذكر سلام الله عليه فيها «إذا لم يشءرطا ورضيا فلا بأس»<sup>(١)</sup> فإنّ الضمير المءقءر فى قوله «لم يشءرط» وفى قوله «رضيا» وفى قوله

ص: ٤٠٥

١- (١) مسائل على بن جعفر: ١٢٧ / ١٠.



وفيه: أنّ الحرمة المستفاده من «البأس» ليس إلا الحرمة الوضعيّة أعنى الفساد، ولا يجامع ذلك صحة الشرط ولزومه. نعم، يمكن أن يقال بعد ظهور سياق الرواية في بيان حكم البيع الثانى مع الفراغ عن صحّة الأوّل، كما يشهد به أيضاً بيان خلاف أهل المسجد المختص بالبيع الثانى: إنّ المراد أنّه إن وقع البيع الثانى على وجه الرضا وطيب النفس والاختيار فلا بأس به، وإن وقع لا عن ذلك بل لأجل الالتزام به سابقاً فى متن العقد أو قبله وإلزامه عرفاً بما التزم كان الشراء فاسداً، لكن فساد الشراء لا يكون إلا لعدم طيب النفس فيه وعدم وجوب الالتزام بما التزم على نفسه، إمّا لعدم ذكره فى متن العقد، وإمّا لكون الشرط لغواً لا يجب الوفاء به، وأمّا فساد العقد الأوّل من جهه فساد الالتزام المذكور فى متنه حتّى لو وقع عن طيب النفس فهو مخالف لما عرفت من ظهور اختصاص حكم الرواية منعاً وجوازاً بالعقد الثانى. وأمّا روايه على بن جعفر فهى أظهر فى اختصاص الحكم بالشراء الثانى، فيجب أيضاً حمله على وجه لا- يكون منشأ فساد البيع الثانى فساد البيع الأوّل، بأن يكون مفهوم الشرط: أنّه إذا اشترط ذلك فى العقد أو قبله ولم يرضيا الشرح:

«لا بأس» مرجعه واحد، ولا ينبغى الريب فى أن المرجع فى الأولين هو البيع الثانى، فيكون نفى البأس أيضاً راجعاً إليه.

ثم إنّ العمده فى سند الحكم بالبطلان وكون الشرط فى البيع الأوّل فاسداً هى هذه الصحيحه، لا روايه الحسين بن المنذر حتى يناقش فى سندها.

وبما أنّ المفروض اختلاف الثمينين فى البيعين، فيحكم بالصحة فى صورته تساويهما ولو مع شرط البيع الثانى فى البيع الاول.

وقد ذكرنا أنّ المتيقن لولا- ظاهرهما بطلان البيع الثانى فى صورته اشتراطه، وأمّا البيع الأوّل فيؤخذ فيه بإطلاق حل البيع كما لا يخفى.

بوقوع العقد الثانى بل وقع على جهه الإلجاء من حيث الالتزام به قبل العقد أو فيه فهو غير صحيح، لعدم طيب النفس فيه ووقوعه عن إلجاء، وهذا لا يكون إلا مع عدم وجوب الوفاء، إمّا لعدم ذكره فى العقد، وإمّا لكونه لغواً فاسداً مع عدم تأثير فسادة فى العقد.

وبالجملة، فالحكم بفساد العقد الثانى فى الروايتين لا يصحّ أن يستند إلى فساد الأوّل، لما ذكرنا: من ظهور الروايتين فى ذلك، فلا بد من أن يكون منشؤه عدم طيب النفس بالعقد الثانى، وعدم طيب النفس لا يقدر إلا مع عدم لزوم الوفاء شرعاً بما التزم، وعدم اللزوم لا يكون إلا لعدم ذكر الشرط فى العقد، وإمّا لكونه لغواً غير مفسد. ثمّ إنّ قال فى المسالك: إنّهما لو شرطاه قبل العقد لفظاً، فإن كانا يعلمان أنّ الشرط المتقدم لا حكم له فلا أثر له، وإلاّ أتجه بطلان العقد به كما لو ذكراه فى متنه، لأنّهما لم يقدموا إلاّ على الشرط ولم يتمّ لهما. ويمكن أن يقال: إنّ علمهما بعدم حكم للشرط لا يوجب عدم إقدامهما على الشرط. فالأولى بناء المسألة على تأثير الشرط المتقدّم فى ارتباط العقد به وعدمه، والمعروف بينهم عدم التأثير كما تقدّم، إلاّ أن يفرّق بين الشرط الصحيح فلا يؤثّر وبين الفاسد فيؤثّر فى البطلان. ووجهه غير ظاهر، بل ربما حكى العكس عن بعض المعاصرين، وقد تقدّم توضيح الكلام فى ذلك.

## القول فى القبض

### إشاره

وهو لغه: الأخذ مطلقاً، أو باليد، أو بجميع الكف، على اختلاف عبارات أهل اللغه.

والنظر فى ماهيته، ووجوبه، وأحكامه يقع فى مسائل:

مسألة: اختلفوا فى ماهية القبض فى المنقول بعد اتّفاقهم على أنّها «التخليه» فى غير المنقول على أقوال:

أحدها: أنها التخليه أيضاً، صرّح به المحقّق في الشرائع، وحكى عن تلميذه كاشف الرموز. وعن الإيضاح نسبته إلى بعض متقدّمي أصحابنا. وعن التنقيح نسبته إلى المبسوط.

الثاني: أنّه في المنقول: النقل، وفيما يعتبر كيله أو وزنه: الكيل أو الوزن.

الثالث: ما في الدروس: من أنّه في الحيوان: نقله، وفي المعتمر: كيله أو وزنه أو عدّه أو نقله، وفي الثوب: وضعه في اليد.

الرابع: ما في الغنيه وعن الخلاف والسرائر واللمعه: أنّه التحويل والنقل.

الخامس: ما في المبسوط: من أنّه إن كان مثل الجواهر والدراهم والدنانير وما يتناول باليد فالحبض فيه هو التناول باليد، وإن كان مثل الحيوان كالعبد والبهيمه فالحبض في البهيمه أن يمشى بها إلى مكان آخر، وفي العبد أن يقيمه إلى مكان آخر. وإن كان اشتراه جزافاً كان الحبض فيه أن ينقله من مكانه. وإن كان اشتراه مكايله فالحبض فيه أن يكيّله. وزاد في الوسيله: أنّه في الموزون: وزنه، وفي المعدود: عدّه. ونسب عبارته الشرائع الراجعة إلى ما في المبسوط إلى المشهور.

السادس: أنّه الاستقلال والاستيلاء عليه باليد، حكى عن المحقّق الأردبيلي وصاحب الكفايه، واعترف به في المسالك تبعاً لجامع المقاصد لشهادته العرف بذلك، إلّا أنّه أخرج عن ذلك المكييل والموزون، مستنداً إلى النصّ الصحيح. وفيه ما سيجيء.

السابع: ما في المختلف: من أنّه إن كان منقولاً - فالحبض فيه النقل أو الأخذ باليد، وإن كان مكيلاً أو موزوناً فحبضه ذلك أو الكيل أو الوزن.

الثامن: أنّه التخليه مطلقاً بالنسبه إلى انتقال الضمان إلى المشتري، دون النهي عن بيع ما لم يقبض. نفى عنه البأس في الدروس.

أقول: لا شكّ أنّ الحبض للمبيع هو فعل القابض وهو المشتري، ولا شكّ أنّ

الأحكام المترتبة على هذا الفعل لا تترتب على ما كان من فعل البائع من غير مدخل للمشتري فيه، كما أنّ الأحكام المترتبة على فعل البائع كالوجوب على البائع والراهن في الجملة، واشتراط القدره على التسليم لا- يحتاج في ترتبها إلى فعلٍ من المشتري، فحينئذٍ نقول: أمّا ما اتّفق عليه: من كفايه التخليه في تحقّق القبض في غير المنقول، إن أُريد ب«القبض» ما هو فعل البائع بالنسبه إلى المبيع، وهو جميع ما يتوقّف عليه من طرفه وصوله إلى المشتري، ويعبّر عنه مسامحه بالإقباض والتسليم وهو الذى يحكمون بوجوبه على البائع والغاصب والراهن في الجملة، ويفسرونه ب«التخليه» التى هى فعله فقد عرفت أنه ليس قبضاً حقيقياً حتّى فى غير المنقول وإن فسّرت برفع جميع الموانع وإذن المشتري فى التصرف. قال كاشف الرموز فى شرح عبارته النافع: القبض مصدر يستعمل بمعنى التقبض وهو التخليه، ويكون من طرف البائع والواهب بمعنى التمكين من التصرف، انتهى.

بل التحقيق أنّ القبض مطلقاً استيلاء المشتري [١] عليه وتسلّطه عليه الذى يتحقّق به معنى «اليد» ويتصوّر فيه الغصب. نعم، يترتب على ذلك المعنى الأوّل،

الشرح:

[١] وحاصل ما ذكره قدس سره فى المقام أنّ قبض المبيع فعل المشتري، والمراد به استيلاءه على المبيع سواء كان قابلاً للنقل الخارجى أم لا كالأراضى والبساتين.

والاستيلاء على المبيع يختلف بحسب اختلاف الاشياء، ولا يلزم المباشرة فى كلّها باليد فضلاً عن المباشرة بجميع اليد لا بمثل رؤوس الأصابع.

وأما التخليه فهى فعل البائع ويتوقّف عليه وصول المبيع إلى المشتري، كرفع البائع جميع الموانع بين المال والمشتري، واذنه له فى التصرف الخارجى فيه، وربما يعبر عن هذه التخليه بالتسليم والإقباض.

ثم إنّ الأحكام المترتبة على وضع اليد على مال الغير عدواناً أو بغيره لا يترتب

الأحكام المترتبة على الإقباض والتسليم الواجبين على البائع، فينبغي ملاحظه كل حكم من الأحكام المذكوره فى باب القبض وأنه مترتب على القبض الذى هو فعل المشتري بعد فعل البائع أو على الإقباض الذى هو فعل البائع، مثلاً إذا فرض أن أدله اعتبار القبض فى الهبه دلت على اعتبار حيازه المتَّهب الهبه، لم يكتف فى ذلك بالتخليه التى هى من فعل المواهب وهكذا. . . ولعلّ تفصيل الشهيد فى البيع بين حكم الضمان وغيره من حيث إنّ الحكم الأوّل منوط بالإقباض وغيره منوط بفعل المشتري.

الشرح:

إلاّ على الاستيلاء المزبور، وربما يترتب بعض الأحكام على القبض بمعنى التخليه، كوجوب تسليم المبيع، ووجوب رد الأمانه على مالكةا، ووجوب قبض العين المرهونه على الراهن فيما إذا كان الرهن لازماً كاشتراطه فى عقد لازم إلى غير ذلك.

وعلى ذلك فاللازم فى الموارد ملاحظه أنّ الحكم فيها مترتب بحسب ظاهر الخطاب على القبض بمعنى الاستيلاء الذى هو فعل القابض، أو على التخليه التى هى فعل المقبض «بالكسر».

ولذلك فصل الشهيد رحمه الله فى الدروس (١) بين قبض البائع الموجب لارتفاع ضمان المبيع عنه، وبين مثل بيع المشتري المكييل أو الموزون من آخر، حيث إنّه اكتفى فى ارتفاع الضمان بالتخليه، والتمزم بعدم كفايتها فى بيع المشتري المكييل أو الموزون.

وهذا على تقدير الاستناد فى ارتفاع الضمان إلى النبوى: «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» (٢) غير ظاهر فإنّ ظاهره اعتبار القبض الذى من فعل المشتري.

ص: ٤١٠

١- (١) الدروس ٣: ٢١٣ .

٢- (٢) المستدرک ١٣: ٣٠٣، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

وكيف كان، فلا بدّ من مراعاة أدلّه أحكام القبض، فنقول: أمّا رفع الضمان، فإن استند فيه إلى النبويّ: «كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» فالمناط فيه حصول الفعل من المشتري. وإن استند إلى قوله عليه السلام في روايه عقبه بن خالد: «حتّى يقبض المتاع ويخرجه من بيته» احتمل فيه إناطه الحكم بالتخليه، فيمكن حمل النبوي على ذكر ما هو مقارن غالباً للتخليه. واحتمل وروده مورد الغالب: من ملازمه الإخراج للوصول إلى المشتري بقريته ظاهر النبوي، ولذا قال في جامع المقاصد بعد ما نقل ما في الدروس: إنّ الخبر دالّ على خلافه. وهو حسن إن أراد به ظاهر النبوي، لا ظاهر روايه عقبه أو غيرها.

الشرح:

نعم، لو استند في ارتفاعه إلى روايه عقبه بن خالد(1) فظاهرها اعتبار التخليه في ارتفاع ضمان البائع.

وعلى ذلك فيمكن حمل النبويّ على ظاهر الروايه بأن يكون الاعتبار في ارتفاع الضمان بالتخليه، وذكر قبض المشتري في النبوي من جهة كونه مقارنا غالباً بالتخليه.

ويمكن أن يكون الاعتبار في ارتفاع الضمان بقبض المشتري واستيلائه كما هو ظاهر النبوي، وذكر ما يقرب إلى التخليه في الروايه لكونها ملازما غالباً للوصول المال إلى يد المشتري.

ويشهد لكون ظاهر النبويّ هو الأخذ والاستيلاء أنّ جامع المقاصد(2) نقل القول الثامن أي التخليه عن الشهيد رحمه الله في الدروس، ثم قال: وظاهر الخبر خلاف ذلك. وهذا الكلام من جامع المقاصد حسن لو كان مراده بالخبر النبويّ. وأمّا إذا كان مراده روايه عقبه بن خالد فقد ذكرنا أنّ ظاهرها التخليه، وينبغي عدّ القول الثامن موافقا لها

ص: ٤١١

١- (١) وسائل الشيعه ١٨: ٢٣ ٢٤، الباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث ١.

٢- (٢) جامع المقاصد ٤: ٣٩٢.

والإنصاف: أن ما ذكره الشهيد قريب بالنسبة إلى ظاهر روايه عقبه. وربما يُخدش فيها بظهورها في اعتبار الإخراج من البيت مع أنه غير معتبر في رفع الضمان اتفاقاً.

وفيه: أن الإخراج عن البيت كناية عن الإخراج عن السلطنة ورفع اليد، ولا ينبغي خفاء ذلك على المتأمل في الاستعمال العرفي. وما ذكره الشهيد من رفع الضمان بالتخليه 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 شيئاً، حصل القبض، لوجود التسليم، كما لو وضع الغاصب المغضوب بين يدي المالك، فإنه يبرأ من الضمان، انتهى. وظاهره: أن المراد من التسليم المبحوث عنه ما هو من فعل البائع ولو امتنع المشتري. لكنه قدس سره صرح في عنوان المسألة وفي باب الهبة بضعف هذا القول بعد نسبته إلى بعض الشافعية. فالظاهر أن مراده بل مراد الشهيد قدس سره: رفع الضمان بهذا وإن لم يكن قبضاً، بل عن الشهيد في الحواشي: أنه نقل عن العلامة قدس سره: أن التخليه في المنقول وغيره يرفع الضمان، لأنه حق على البائع وقد أدى ما عليه.

الشرح:

لا مخالفا لها.

لا يقال: ظاهر معتبره عقبه بن خالد على خلاف الاجماع، وذلك لأنه اعتبر فيها في ارتفاع الضمان أمر آخر غير تخليه البائع وغير أخذ المشتري.

والأمر الآخر هو إخراج البائع المتاع من بيته مثلاً إذا باع متاعاً من زيد وسلّمه إليه وتلف المتاع في يد زيد قبل خروجه من بيت البائع فظاهر الرواية ضمانه على البائع، مع أنه خلاف المتسالم عليه. والحاصل أن الرواية بظواهرها معرض عنها.

والجواب: أن إخراج البائع المتاع من بيته كناية عن عدم إمساكه وتسليمه إلى

ص: ٤١٢

أقول: وهذا كما أنّ إتلاف المشتري يرفع ضمان البائع، وسيجيء من المحقق الثاني: أنّ النقل في المكيل والموزون يرفع الضمان وإن لم يكن قبضاً. هذا، ولكنّ الجمود على حقيقه اللفظ في الروايه يقتضى اعتبار الوصول إلى يد المشتري، لأنّ الإقباض والإخراج وإن كانا من فعل البائع، إلاّ أنّ صدقهما عليه يحتاج إلى فعل من غير البائع، لأنّ الإقباض والإخراج بدون القبض والخروج محال. إلاّ أن يستفاد من الروايه تعلق الضمان على ما كان من فعل البائع، والتعبير ب«الإقباض» و«الإخراج» مسامحه مسّت الحاجه إليها في التعبير. وقد ظهر ممّا ذكرنا: أنّ لفظ «القبض» الظاهر بصيغته في فعل المشتري يراد به الاستيلاء على المبيع، سواء في المنقول وغيره، الشرح:

المشتري، فيكون مساوقاً لاعتبار التخليه، والتعبير عن رفع البائع يده عمّا باعه بما في الروايه متعارف، واعتبار إخراج المال من بيت البائع أمر يقتضيه الجمود على اللفظ في الروايه بحمله على الاستعمال الحقيقي دون الكنايه.

أقول: لا يبعد اعتبار روايه عقبه بن خالد لأنّ عقبه بن خالد من المشاهير المشار إليهم، ولا يستفاد منها غير التخليه على ما تقدم.

ولو كان النبويّ ظاهراً في اعتبار فعل القابض في ارتفاع ضمان البائع فلضعف سنده لا يمكن حمل الروايه عليه خصوصاً بملاحظه سيره الجاريه من العقلاء على انحلال البيع بتلف المبيع الشخصي، بل الثمن الشخصي أيضاً قبل التخليه.

وقد تقدّم سابقاً من أنّ إتلاف المشتري المبيع بيد بائعه، وإتلاف البائع الثمن بيد المشتري خارج عن مدلول الروايه والسيره العقلانيه المشار إليها.

وعلى الجملة: فلا بد في سائر الموارد من ملاحظه الأدله الوارده فيها، وأن مقتضى تلك الأدله اعتبار فعل القابض، أو فعل المقبض أي التخليه، أو أنّ المعتبر فعل المقبض بما هو إقباض لا التخليه كما لا يخفى.



لأنَّ القبض لغه الأخذ مطلقاً، أو باليد، أو بجمع الكف، على اختلاف التعبيرات. فإن أُريد الأخذ حساً باليد، فهو لا يتأتى في جميع المبيعات، مع أنَّ أحكامه جارية في الكل، فاللازم أن يراد به في كلام أهل اللغة أو في لسان الشرع الحاكم عليه بأحكام كثيره في البيع والرهن والصدقه وتشخيص ما في الذمه أخذ كل شيء بحسبه، وهو ما ذكرنا من الاستيلاء والسلطنه. وأما ما ذكره بعضهم: من اعتبار النقل والتحويل فيه بل ادعى في الغنيه الإجماع على أنَّه القبض في المنقول الذي لا يكتفى فيه بالتخليه فهو لا يخلو عن تأميل وإن شهد من عرفت بكونه موافقاً للعرف في مثل الحيوان، لأنَّ مجرد إعطاء المقود للمشتري أو مع ركوبه عليه قبض عرفاً على الظاهر. ثمَّ المراد من «النقل» في كلام من اعتبره هو نقل المشتري له، لا نقل البائع، كما هو الظاهر من عباره المبسوط المتقدمه المصرح به في جامع المقاصد. وأما روايه عقبه بن خالد المتقدمه فلا دلالة فيها على اعتبار النقل في المنقول وإنَّ استدلال بها عليه في التذكرة، لما عرفت: من أنَّ الإخراج من البيت في الروايه نظير الإخراج من اليد كناية عن رفع اليد والتخليه للمشتري حتى لا يبقى من مقدمات الوصول إلى المشتري إلا ما هو من فعله. وأما اعتبار الكيل أو الوزن أو كفايته في قبض المكيل والموزون [١] فقد اعترف غير واحد بأنَّه تعبد، لأجل

الشرح:

[١] وحاصله: أنه يحتمل أن يعتبر الكيل والوزن في قبض المكيل والموزون وان يكون الكيل أو الوزن بمجردهما كافيا في تحقق القبض في المكيل والموزون.

وعلى كل منهما فالاعتبار كما اعترف غير واحد (١) بأنه تعبد مستفاد من مثل صحيحه معاويه بن وهب قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه،

ص: ٤١٤

١- (١) راجع جامع المقاصد ٤: ٣٩٢، والمسالك ٣: ٢٣٩ و ٢٤١.

النصّ الذى ادّعى دلالتة عليه. مثل صحيحه معاوية بن وهب، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه، فقال: ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه إلا أن تولّيه الذى قام عليه». وصحيحه منصور بن حازم: «إذا اشترت متاعاً فيه كيل أو وزن، فلا تبعه حتى تقبضه، إلا أن تولّيه». وفي صحيحه على بن جعفر عن أخيه: «عن الرجل يشتري الطعام، أيصلح بيعه قبل أن يقبضه؟ قال: إذا لم يربح عليه فلا بأس، وإن ربح فلا يبعه حتى يقبضه». ورواه أبى بصير: «عن رجل اشترى طعاماً ثم باعه قبل أن يكيله؟ قال: لا يعجبني أن يبيع كيلاً أو وزناً قبل أن يكيله أو يزنه، إلا أن يولّيه كما اشتراه». إلى غير ذلك ممّا دلّ على اعتبار الكيل والوزن لا من حيث اشتراط صحّة معامله بهما، وإلا لم يفرق بين التولية وغيرها، فتعيّن لأمر آخر، وليس إلا لكون ذلك قبضاً، للإجماع كما فى

الشرح:

فقال: ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه إلا أن تولّيه الذى قام عليه»(١).

وصحيحه منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «إذا اشترت متاعاً فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه إلا أن تولّيه»(٢).

وفى صحيحه على بن جعفر عن أخيه أنه سال أخاه موسى بن جعفر عليهما السلام «عن الرجل يشتري الطعام أيصلح بيعه قبل أن يقبضه؟ قال: إذا ربح لم يصلح حتى يقبض، وان كان يولّيه فلا بأس»(٣).

ورواه أبى بصير قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى طعاماً ثم باعه قبل أن يكيله قال: لا يعجبني أن يبيع كيلاً أو وزناً قبل أن يكيله أو يزنه، إلا أن يولّيه كما

ص: ٤١٥

١- (١) وسائل الشيعة ١٨ : ٦٨ ، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١١ .

٢- (٢) المصدر : الحديث ١٢ .

٣- (٣) المصدر : الحديث ٩ .

المختلف على جواز بيع الطعام بعد قبضه. ومنه يظهر ما في المسالك، حيث إنه بعد ذكر صحيحه ابن وهب قال: والتحقيق: أن الخبير الصحيح دلّ 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 وزياده، وحينئذ فلو قيل بالاكْتفاء في نقل الضمان فيهما بالنقل عملاً- بالعرف والخبير الآخر، وبتوقف البيع ثانياً على الكيل والوزن، أمكن إن لم يكن إحداث قول، انتهى. والظاهر أن مراده بالخبير، خبر «عقبه بن خالد» وقد عرفت عدم ظهوره في اعتبار النقل. ثم إن ظاهر غير واحد كفايه الكيل والوزن في القبض من دون توقف على النقل. والظاهر أنه لا بدّ مع الكيل والوزن من رفع يد البائع، كما صرح به في جامع المقاصد، ولذا تبّه في موضع من التذكرة: بأن الكيل شرط في القبض.

الشرح:

اشتراه إذا لم يربح فيه أو يضع<sup>(١)</sup>، إلى غير ذلك.

فإن اعتبار الكيل أو الوزن قبل البيع الثاني ليس لإحراز مقدار المبيع ليتمّ الشرط بالإضافة إلى البيع المزبور، حيث إنه لو كان ذكرهما لذلك لم يكن وجه للفرق بين التولية وغيرها، لأنّ إحراز كيل المبيع أو وزنه شرط في كلّ بيع توليه كانت أو غيرها، فتعيّن أن يكون ذكر الكيل أو الوزن لوجه أخرى، وتلك الوجه قبض المكيل أو الموزون، وإنّ الكيل والوزن معتبر في قبضهما.

وبذلك يظهر ضعف ما ذكر في المسالك<sup>(٢)</sup>، وحاصله: أنه ليس ذكر الكيل أو الوزن لعدم تحقّق القبض بدونهما، بل هما لتصحيح البيع، وأما القبض الراجع للضمان

ص: ٤١٦

١- (١) المصدر: ٦٩، الحديث ١٦.

٢- (٢) المسالك ٣: ٢٤٣ ٢٤٤، وانظر المسالك الطبعه القديمه في المبحث الثامن من المباحث المنعقدّه ذيل البحث عن القبض.

وكيف كان، فالأولى في المسألة ما عرفت: من أنّ القبض له معنى واحد يختلف باختلاف الموارد، وأنّ كون القبض هو الكيل أو الوزن خصوصاً في باب الصدقة والرهن وتشخيص ما في الذمّه مشكل جداً، لأنّ التعبد الشرعى على تقدير تسليمه مختص بالبيع، إلا أن يكون إجماع على اتحاد معنى القبض في البيع وغيره، كما صرّح به العلامة والشهيدان والمحقّق الثانی وغيرهم في باب الرهن والهبة، وحكى فيها الاتفاق على الاتّحاد عن ظاهر المسالك واستظهره الحاكي أيضاً. وظاهر المبسوط في باب الهبة: أنّ القبض هي التخليه فيما لا ينتقل، والنقل والتحويل في غيره. لكن صرّح في باب الرهن: بأنّ كل ما كان قبضاً في البيوع كان قبضاً في الرهن والهبات والصدقات، لا يختلف ذلك. وعن القاضي: أنّه لا يكفي

الشرح:

فيحصل بدونهما.

وهذا مقتضى الجمع بين هذه الروايات والخبر الآخر يعنى روايه عقبه بن خالد الداله على ارتفاع الضمان باخراج البائع يده عن المال، وتسليمه إلى المشتري.

لا يقال: قد عبر الروايات عن الكيل أو الوزن بالقبض فيكون ذكرهما لاعتبارهما في القبض.

فأنّه يقال: التعبير عن الكيل والوزن بالقبض باعتبار الغالب من أنّ البائع يرفع يده عن الطعام بكيه أو وزنه، فيكون الكيل أو الوزن قبضاً وزياده، ولذا عبر عنهما بالقبض.

ووجه ظهور الضعف أنّه لو كان الكيل أو الوزن لإحراز الشرط للبيع الثانی لم يكن وجه للفرق بين كون ذلك البيع توليه أو غيرها.

أقول: يمكن دعوى أنّ مقتضى روايه عقبه بن خالد حصول القبض في المكيل والموزون أيضاً بالتخليه، فيخرج بها البائع عن ضمان ما أقبضه، كما إذا اشترى طعاماً خارجياً بإخبار بائعه بكيه أو وزنه، فأنّه يخرج بائعه عن ضمانه بالتخليه، ولكن

ص: ٤١٧

فى الرهن التخليه ولو قلنا بكفايته فى البيع، لأنّ البيع يوجب استحقاق المبيع فيكفى التمكين منه، وهنا لا استحقاق، بل القبض سبب فى الاستحقاق. ومقتضى هذا الوجه لحوق الهبه والصدقه بالرهن. وهذا الوجه حكاه فى هبه التذكره عن بعض الشافعيه، فقال قدس سره: القبض هنا كالقبض فى البيع، فبيما لا ينقل ولا يحوّل: التخليه، وفيما ينقل ويحوّل: النقل والتحويل، وفيما يكال أو يوزن: الكيل والوزن. ثم حكى عن بعض الشافعيه عدم كفايه التخليه فى المنقول لو قلنا به فى البيع،

الشرح:

لا يجوز للمشتري ان يبيعه بغير التوليه قبل أن يكيه.

وبتعبير آخر: إذا كان المكيل والموزون مما اشتراه بغير كيل أو وزن بأن اشتراه باخبار البائع بوزنه أو كيله يجوز بيعه توليه قبل قبضه وقبل كيله.

ويدل على عدم اعتبار القبض فى الفرض صحيحه على بن جعفر حيث سأل أخاه عليه السلام «عن الرجل يشتري الطعام أيصلح يبيعه قبل أن يقبضه؟ فقال عليه السلام: إذا ربح لم يصلح حتى يقبض، وإن كان يوليه فلا بأس».

ويدل على عدم اعتبار الكيل والوزن فى الفرض صحيحه معاويه بن وهب المتقدمه «عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه، فقال: ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيله أو ترنه إلا أن توليه الذى قام عليه».

والتعرض لاعتبار الكيل والوزن مع وقوع السؤال عن جواز البيع قبل القبض لأجل أنّ كيل المشتري أو وزنه غالبا يحصل به تخليه المالك، أو تحصل التخليه قبل ذلك.

والحاصل: أنه يعتبر فى جواز بيع ما اشتراه بغير الكيل أو الوزن للاعتماد على إخبار البائع بهما أو يكون المبيع كليا فى الذمه أو فى المعين القبض والكيل أو الوزن قبل البيع الثانى فيما كان بغير التوليه، لا أنّ الكيل أو الوزن يعتبر فى تحقّق القبض

## لو باع داراً أو سفينةً مشحونةً بأمته باقيه في ملك بائعها

مستنداً إلى أنّ القبض في البيع مستحقّ وفي الهبة غير مستحقّ، فاعتبر تحقّقه ولم يكتف بالوضع بين يده، ولذا لو أتلّف المتّهب الموهوب لم يصر قابضاً، بخلاف المشتري. ثمّ ضعّفه: بأنّه ليس بشيء، لاّ تحاد القبض في الموضوعين واعتبار العرف فيهما، انتهى. وظاهر عدم اكتفائه هنا بالوضع بين يديه مخالف للفرع المتقدّم عنه، إلّا أنّ يلتزم بكفايه التخليه في رفع الضمان وإن لم يكن قبضاً، كما أشرنا إليه سابقاً.

فروع:

الأول: قال في التذكرة: لو باع داراً أو سفينةً مشحونةً [١] بأمته البائع ومكّنه

الشرح:

المخرج البائع عن ضمان ما أقبضه، كما هو ظاهر المصنّف وغيره في المقام.

وفي روايه محمد بن حمران قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: اشترينا طعاماً فرعم صاحبه أنّه كاله، فصدقناه وأخذناه بكيله، فقال: لا بأس، فقلت: أيجوز بيعه كما اشتريته بغير كيل؟ قال: لا، أمّا أنت فلا تبعه حتى تكيله» (١).

وعلى الجملة: هذه الروايات في مقام اعتبار الكيل أو الوزن في جواز بيع ما اشتراه بغير التوليه، ولا دلاله لها على اعتبارهما في القبض المخرج البائع عن ضمان ما باعه وأقبضه كما لا يخفى.

[١] هذا (٢) من التعرّض للصغرى بعد بيان كبرى القبض، وحاصله: أنّه لو باع داراً أو سفينة مشحونه بأمته باقيه في ملك بائعها، ولكن أذن للمشتري تحويل تلك الأمتعه ونقلها إلى مكان آخر يكون هذا من قبض الدار أو السفينه، فيترتب عليه حكمه من خروج البائع عن الضمان وغيره.

وإذا باع متاعاً منقولاً وكان المتاع في موضع غير مملوك للبائع يكون نقل

ص: ٤١٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٤٥ ، الباب ٥ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٤ .

٢- (٢) راجع الكلام العلامه في التذكرة ١ : ٤٧٢ .

## اعتبار الكيل أو الوزن في بيع المشتري

منها بحيث جعل له تحويلها من مكان إلى مكان كان قبضاً. وقال أيضاً: إذا كان المبيع في موضع لا يختص بالبائع كفى في المنقول النقل من حيز إلى حيز، وإن كان في موضع يختص به فالنقل من زاويه إلى أخرى بغير إذن البائع لا يكفى لجواز التصرف، ويكفى لدخوله في ضمانه. وإن نقل بإذنه حصل القبض، وكأنه استعار البقعه المنقول إليها.

الثاني: قال في المسالك: لو كان المبيع مكيلاً أو موزوناً [١] فلا يخلو إما أن

الشرح:

المشتري المتاع إلى موضع آخر قبضاً.

وإن كان المتاع في موضع مملوك للبائع واذن للمشتري في نقله فبنقله إلى موضع آخر مملوك للبائع أيضاً يحصل القبض، وكأن المشتري استعار من البائع الموضع المنقول إليه.

وإن كان بغير إذن البائع لم يجز النقل، ولكن مع ذلك يدخل المتاع في ضمان المشتري وإن لم يعد ذلك قبضاً.

أقول: لا- يبعد تحقق القبض أيضاً ولو مع عدم إذن البائع للمشتري في نقل الأمتعه إلى مكان آخر، وأن يكون للمشتري تفرغ الدار أو السفينه من تلك الأمتعه رضى البائع أم لا، وأيضاً أن تحقق القبض في المنقول لا يتوقف على النقل على ما تقدم.

[١] وحاصله (١): أن جواز البيع الأول أى إحراز كيل المبيع أو وزنه قد يكون بالكيل أو الوزن عند البيع، وقد يجوز البيع الأول من غير وزن أو كيل عند ذلك البيع، بأن أخبر البائع بمقدار المبيع كيلاً أو وزناً أو لوقوع البيع على نحو الكلى في المعين، كما إذا اشترى عشر كيلوات حنطه من صبره مشتمله عليها.

وفي الفرض الذى لم يحصل الكيل أو الوزن مع صحه البيع فاللازم الكيل أو

ص: ٤٢٠

يكون قد كيل قبل البيع أو وزن، أو لا، بأن أخبر البائع بكيه أو وزنه أو باعه قدرًا معيّنًا من صبره مشتمله عليه. فإن كان الآخر فلا بدّ في تحقّق قبضه من كيه أو وزنه، للنصّ المتقدّم. وإن كان الأول، ففي افتقاره إلى الاعتبار ثانياً لأجل القبض أو الاكتفاء بالاعتبار الأول وجهان: من إطلاق توقّف الحكم على الكيل والوزن وقد حصل، وقوله عليه السلام في النصّ «حتى تكيله أو تزنه» لا يدلّ على اعتبار أزيد من اعتبار الكيل والوزن الشامل لما وقع قبل البيع. ومن أنّ الظاهر أنّ ذلك لأجل القبض لا لتحقّق شرط صحّ البيع، فلا بدّ له من اعتبار جديد بعد العقد، وبه صرّح العلامة والشهيد وجماعه. وهو الأقوى، ويدلّ عليه قوله عليه السلام: «إلا أن تولّيه»، فإنّ الكيل السابق شرط لصحة البيع، فلا بدّ منه في التوليه وغيرها، فدلّ على أنّ ذلك لأجل القبض، لا لصحّ البيع، انتهى المهم من كلامه رحمه الله.

أقول: يبعد التزام القائلين بهذا القول ببقاء المكيل والموزون بعد الكيل والوزن والعقد عليه والأخذ والتصرّف في بعضه في ضمان البائع حتّى يكيله ثانياً الشرح:

الوزن قبل البيع الثانى فيما لم يكن بنحو التوليه للروايات المتقدمه.

وأما في فرض الكيل أو الوزن عند البيع الأول فيحتمل الاكتفاء به وعدم لزوم إعاده الكيل أو الوزن قبل البيع الثانى، لأنّه لا يصدق على البيع الثانى من غير تجديد الكيل أو الوزن العنوان المنهى عنه في الروايات وهو أنّ المشتري قد باع الطعام قبل أن يكيله أو يزنه بل يصدق أنّه قد باعه بعد كيله أو وزنه.

ويحتمل لزوم تجديد الكيل أو الوزن، وذلك فإنّ الكيل أو الوزن ليس شرطاً في معرفه مقدار البيع ليقال بتحقيقه بالكيل أو الوزن قبل ذلك، بل الكيل أو الوزن قبض للمبيع، ولا يجوز البيع الثانى بغير التوليه قبله، والكيل والوزن الأول شرط لإحراز مقدار المبيع بلا فرق بين بيع التوليه وغيرها.



أو يزنه وإن لم يرد بيعه، 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 صبره مشتمله عليها أو اشترى بإخبار 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 مجوّزاً للبيع، ولا يلزم تكلف البائع بكيله مرّة أخرى للإقباض إلى أن قال ما حاصله: إن كون وجوب الكيل مرّة أخرى للقبض مع تحقّقه أولاً عند الشراء كما نقله في المسالك عن العلامة والشهيد وجماعه قدس الله أسرارهم وقواه ليس بقوى انتهى. وقال في جامع المقاصد عند شرح قول المصنف: إن التسليم بالكيل والوزن فيما يكال أو الشرح:

وهذا الاحتمال الثاني هو الأقوى كما عليه العلامة (١) والشهيد (٢) وجماعه (٣) انتهى.

وأورد على كلامه المصنف قدس سره بأن لازم اعتبار تجديد الكيل أو الوزن في حصول القبض كون المبيع في ضمان البائع قبل الكيل أو الوزن الثاني حتى ما أخذه المشتري بعد الكيل أو الوزن الأول وتصرف فيه بالطحن أو غيره ولو بعد حمله إلى منزله، ويبقى هذا الضمان حتى يكيله أو يزنه ثانياً وإن لم يرد بيعه ثانياً.

وكذا يلزم أن يبقى في ضمان البائع فيما إذا كاله أو وزن قبل البيع الأول وقبض الموزون أو المكيل، وعقد عليه مع البائع الأول.

ص: ٤٢٢

١- (١) القواعد ٢: ٨٥.

٢- (٢) الدروس ٣: ٢١٣.

٣- (٣) كالمحقق الثاني في جامع المقاصد ٤: ٣٩٣.

يوزن على رأى : إنّ المراد الكيل الذى يتحقّق به اعتبار البيع، ولا بدّ من رفع البائع يده، فلو وقع الكيل ولم يرفع يده، فلا تسليم ولا قبض، ولو أخبره البائع بالكيل أو الوزن فصدّقه وأخذه على ذلك حصل القبض، كما نصّ عليه فى التذكرة. ثمّ قال: ولو أخذ المبيع جزافاً أو أخذ ما اشتراه كيلاً وزناً أو بالعكس، فإنّ تيقّن حصول الحقّ فيه صحّ، وإلا فلا، ذكره فى التذكرة. والذى ينبغى أن يقال: إنّ هذا الأخذ بإعطاء البائع موجب لانتقال ضمان المدفوع إلى المشتري وانتفاء سلطنه البائع لو أراد حسبه لدفع الثمن، لا التسلّط على بيعه، لأنّ بيع ما يكال أو يوزن قبل كيله أو وزنه على التحريم أو الكراهه، ولو كيل قبل ذلك فحضر كيله أو وزنه، ثمّ اشتراه وأخذه بذلك فهو كما لو أخبره بالكيل أو الوزن، بل هو أولى، انتهى.

الشرح:

ولذا خصّص المحقّق الأردبيلي (1): اعتبار الكيل أو الوزن فى البيع الثانى بما إذا كان البيع الأوّل بإخبار البائع بمقدار مبيعه، أو كان البيع الأوّل بعنوان الكلّى فى المعين، حيث إنّ القبض فى المبيع كذلك يكون بالكيل أو الوزن على ما فى الروايات.

وأما إذا كان البيع الأوّل بعد تعيين المبيع فيه بالكيل أو الوزن يكون القبض فيه بالأخذ لخروج ذلك عن مورد النهى فى الروايات المتقدّمة.

أقول: يرد على المصنّف أيضاً فيما إذا أخبر البائع الأوّل بمقدار المبيع وقد أخذه المشتري وطحنه، فإنّ القول بأنّه لم يحصل قبضه فالمبيع بعد من ضمان البائع كما ترى.

والصحيح أنّ الكيل أو الوزن لا يعتبر فى حصول القبض مطلقاً، بل يحصل القبض بالتخليه أو استيلاء المشتري بلا فرق بين الموزون والمكيل وغيره حتّى ما إذا باع كيلاً على العهد، أو فى المعين ثمّ سلّم فرداً من ذلك الكلّى بإخباره بأنّه بمقدار

ص: ٤٢٣

ثمّ الظاهر أنّ مراد المسالك مما نسبته إلى العلامة والشهيد [١] وجماعه من وجوب تجديد الاعتبار لأجل القبض ما ذكره في القواعد تفریعاً على هذا القول: «أنّه لو اشترى مكايله وباع مكايله فلا- بدّ لكلّ بيع من كيل جديد ليتمّ القبض». قال جامع المقاصد في شرحه: إنّهُ لو اشترى ما لا يُباع إلّا مكايله وباع كذلك لا بدّ لكلّ بيع من هذين من كيل جديد، لأنّ كلّ بيع لا بدّ له من قبض. قال بعد ذلك: ولو أنّه حضر الكيل المتعلّق بالبيع الأوّل فاكتفى به أو أخبره البائع فصدّقه كفى نقله وقام الشرح:

المبيع، فالنهي عن بيعه قبل الكيل أو الوزن لرعايه إخبار المشتري، حيث إنّ ظاهر إخباره الشهاده بكيل المبيع أو وزنه، نظير ما ورد في شراء العصير مع إخبار بئعه بذهاب ثلثيه، بأنّه لا يجوز للمشتري بيعه ثانياً اعتماداً على إخبار البائع الأوّل فتدبّر.

[١] هذا تعرض للوجه الموجب لنسبه المسالك (١) اعتبار الكيل أو الوزن الثاني إلى العلامة (٢) والشهيد (٣) وجماعه (٤).

والوجه في النسبه إلى العلامة أنّه ذكر في القواعد تفریعاً على القول باعتبار القبض بالكيل أو الوزن قبل البيع الثاني لو اشترى مكايله وباع مكايله فلا بدّ لكلّ بيع كيل جديد ليتمّ القبض مع انه قد شرح في جامع المقاصد هذا الكلام بما ظاهره: أنّه مع حضور المشتري للكيل الأوّل أو إخبار بئعه به كفى نقل المبيع في تحقّق القبض وقيام عند كيله أو إخبار بئعه به، وقيام الحضور عند كيله أو إخبار البائع بمقداره منزله الكيل أو الوزن في تحقّق القبض.

ص: ٤٢٤

١- (١) المسالك ٣: ٢٤١.

٢- (٢) القواعد ٢: ٨٥.

٣- (٣) الدروس ٣: ٢١٣.

٤- (٤) كالمحقّق الثاني في جامع المقاصد ٤: ٣٩٣.

ذلك مقام كيله. وفي الدروس بعد تقويه كفايه التخليه في رفع الضمان لا في زوال تحريم البيع أو كراهته قبل القبض قال: نعم لو خلى بينه وبين المكيل فامتنع حتى يكتاله لم ينتقل إليه الضمان، ولا يكفي الاعتبار الأول عن اعتبار القبض، انتهى. هذا ما يمكن الاستشهاد به من كلام العلامة والشهيد والمحقق الثاني لاختيارهم وجوب تجديد الكيل والوزن لأجل القبض وإن كيل أو وزن قبل ذلك.

الشرح:

وأما وجه النسبه إلى الشهيد قدس سره أنه ذكر في دروسه بعد اختياره كفايه التخليه في القبض الموجب لارتفاع ضمان البائع، وقوله: إنه لو لم يأخذ المشتري المبيع حتى يكتاله أو يزنه لم يرتفع الضمان، أنه لا يكفي اعتبار الأول في القبض يعني لا يكفي الكيل الأول عن الكيل المحقق للقبض.

وذكر قدس سره: أنه يبعد أن يقول الشيخ قدس سره ومن تبعه والعلامة باعتبار الكيل أو الوزن في قبض المبيع فيما إذا كيل أو وزن عند شرائه بحضور المشتري، لأنه لا يحتاج تسميه مقدار الكيل في شرائه في الفرض، وإنما يحتاج إلى تسميه مقدار الكيل أو الوزن فيما إذا كان الشراء اعتمادا على إخبار البائع بالوزن أو الكيل.

وفي هذا الفرض يمكن اعتبار الكيل أو الوزن في القبض حتى في غير البيع أيضا مثلاً إذا رهن إناءً معيناً من صفر لا يحتاج قبضه إلى الوزن، مع أن الصفر من الموزون بخلاف ما إذا رهنه على أن وزنه كذا، فانه يمكن أن يدعى أن تحقق القبض فيه بالوزن وإن القبض بلا وزن كلا قبض.

وعلى ذلك فقول العلامة (1): لو اشترى مكايله وباع مكايله راجع إلى وقوع الشراء والبيع ثانياً باشتراط مقدار الكيل الحاصل بإخبار بائعه، فإنه يعتبر في هذه الصورة في قبضه الكيل.

ص: ٢٢٥

لكن الإنصاف: أنه ليس في كلامهم ولا غيرهم ما يدل على أن الشيء الشخصى المعلوم كيله أو وزنه قبل العقد إذا عقد عليه وجب كيله مره 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 مختصاً بما إذا عقد على كيل معلوم من كلى أو من صبره معينه أو على جزئى محسوس على أنه كذا وكذا، فيكون مراد الشيخ والجماعه من قولهم: «اشترى مكايله»: أنه اشترى بعنوان الكيل والوزن، في مقابل ما إذا اشترى ما علم كيله سابقاً من دون تسميه الكيل المعين في العقد، لكونه لغواً. والظاهر أن هذا هو الذى يمكن أن يعتبر في القبض فى غير البيع أيضاً من الرهن والهبة، فلو رهن إناءً معيناً من صفر مجهول الوزن أو معلوم الوزن أو وهبه خصوصاً على القول بجواز هبه المجهول فالظاهر أنه لا- يقول أحد: بأنه يعتبر فى قبضه وزنه، مع عدم تعلق غرض فى الهبه بوزنه أصلاً. نعم، لو رهن أو وهب مقداراً معيناً من الكيل أو الوزن أمكن القول باشتراط اعتباره فى قبضه، وأن قبضه جزافاً ك: لا قبض. فظهر أن قوله فى القواعد: «اشترى مكايله» وهو العنوان المذكور فى المبسوط لهذا القول، كما عرفت عند نقل الأقوال يراد به ما ذكرنا، لا ما عرفت من جامع المقاصد. ويؤيده تكرار المكايله فى قوله: «وباع مكايله» ويشهد له أيضاً قول العلامة فى غير موضع من التذكرة: لو قبض جزافاً ما اشتراه الشرح:

وكذا لو باع من مشترٍ آخر من غير حضور ذلك الآخر كيله بأن باعه باشتراط كيله يعتبر فى تحقق قبضه من ذلك الآخر الكيل الجديد.

ويؤيد هذا الاحتمال تكرار المكايله، ووجه التأيد أنه لو لم يكن المراد بالمكايله تسميه مقدار كيل الشيء اشتراطاً فى بيعه لكان الأنسب أن يقول: لو اشترى المكيل وباعه فلا بد لكل من الشراء والبيع من كيل جديد.

مكاييله. ويشهد له أيضاً قوله فى موضع آخر: لو أخذ ما اشترى كَيْلاً وزناً وبالعكس، فإن تيقن حصول الحق فيه... الخ. وأظهر من ذلك فيما ذكرنا ما فى المبسوط، فإنه بعدما صرح باتحاد معنى القبض فى البيع والرهن وغيرهما ذكر: أنه لو رهن صبره على أنه كيل كذا فقبضه بكيله، ولو رهنها جزافاً فقبضه بنقله من مكانه. مع أنه اختار عدم جواز بيع الصبره جزافاً، فافهم. وأمّا قوله فى الدروس: «ولا يكفى الاعتبار الأول عن اعتبار القبض» فلا يبعد أن يكون تتمه لما قبله من قوله: «نعم، لو خلى بينه وبينه فامتنع حتى يكتاله» ومورده بيع كيل معين كلى، فلا يدل على وجوب تجديد اعتبار ما اعتبر قبل العقد. ثم إن ما ذكره فى المسالك فى صحيحه ابن وهب أولاً: من أن قوله: «لا تبعه حتى تكيله» يصدق مع الكيل السابق، ثم استظهاره ثانياً بقريته استثناء بيع التولية: أن المراد غير الكيل المشترط فى صحه العقد، لم يعلم له وجه، إذ المراد من الكيل والوزن فى تلك الصحيحه وغيرها هو الكيل المتوسط بين البيع الأول والثانى، وهذا غير قابل لإرادته الكيل المصحح للبيع الأول، فلا وجه لما ذكره أولاً أصلاً، ولا وجه لإرادته المصحح للبيع الثانى حتى يكون استثناء التولية قريته على عدم إرادته، لا-شراك التولية مع غيرها فى توقّف صحتهما على الاعتبار، الشرح:

ويشهد بأن المراد بالمكاييله ما ذكر من اشتراط مقدار الكيل قول العلامة فى التذكرة(١): إنه لو قبض ما اشتراه مكاييله جزافاً، حيث لا معنى بالأخذ الجزاف فى الشراء بحضور الكيل، كما يشهد بذلك قوله فى موضع آخر من التذكرة(٢): أنه لو أخذ ما اشتراه كَيْلاً بالوزن فان تيقن بحصول الحق فيه الخ، فإن الشك لا يتصور مع حضور المشتري الكيل ولو وزنه عند قبضه ثانياً.

ص: ٤٢٧

لأنَّ السؤال عن بيع الشيء قبل قبضه. ثمَّ الجواب بالفرق بين المكييل والموزون لا- يمكن إرجاعهما إلى السؤال والجواب عن شرائط البيع الثاني، بل الكلام سؤالاً وجواباً نصَّ في إرادته قابليه المبيع قبل القبض للبيع وعدمها. فالأولى أنَّ استثناء التوليه ناظر إلى الفرق بين البيع مكاييله بأن يبيعه ما اشتراه على أنَّه كيل معيّن، فيشترط قبضه بالكيل والوزن ثمَّ إقباضه وبين أن يولِّيه البيع الأوّل من غير تعرّض في العقد لكيله ووزنه، فلا يعتبر توسط قبض بينهما، بل يكفي قبض المشتري الثاني عن الأوّل.

وبالجملة، فليس في الصحيحه تعرّض لصوره كيل الشيء أوّلاً قبل البيع ثمَّ العقد عليه والتصرّف فيه بالنقل والتحويل، وأنَّ بيعه ثانياً بعد التصرّف هل يحتاج إلى كيل جديد لقبض البيع الأوّل، لا لاشتراط معلوميّه المبيع في البيع الثاني، أم لا؟ بل ليس في كلام المتعرّضين لبيع ما لم يقبض تعرض لهذه الصوره.

## القول في وجوب القبض

### المطالبه بالثمن عند إرادته التسليم

مسأله: يجب على كلّ من المتبايعين تسليم ما استحققه الآخر بالبيع، لاقتضاء العقد لذلك. فإن قال كلّ منهما: لا أدفع حتّى أقبض، فالأقوى إجبارهما معاً، وفاقاً للمحكّي عن السرائر والشرائع وكتب العلامه والإيضاح والدروس وجامع المقاصد والمسالك وغيرها، وعن ظاهر التنقيح: الإجماع عليه، لما في التذكرة: من أنَّ كلّاً منهما قد وجب له حقّ على صاحبه. وعن الخلاف: أنَّه يجبر البائع أوّلاً على تسليم المبيع، ثمَّ يجبر المشتري على تسليم الثمن، سواء كان الثمن عيناً أو في الذمه، لأنّ الثمن إنّما يستحقّ على المبيع، فيجب أوّلاً تسليم المبيع ليستحقّ الثمن.

ولعلّ وجهه دعوى انصراف إطلاق العقد [١] إلى ذلك، ولذا استقرّ العرف

الشرح:

[١] لم يظهر وجهه للانصراف المزبور فإنّ المطالبه بالثمن عند إرادته تسليم المبيع

ص: ٤٢٨

على تسميه الثمن عوضاً وقيمه، ولذا يقبّحون مطالبه الثمن قبل دفع المبيع، كما يقبّحون مطالبه الأجره قبل العمل أو دفع العين المستأجره. والأقوى ما عليه الأ-كثر. ثم إنّ ظاهر جماعه أنّ محلّ الخلاف فى هذه المسأله بين الخاصه والعامه: ما لو كان كلّ منهما باذلاً وتشاحاً فى البدأه بالتسليم، لا ما إذا امتنع أحدهما عن البذل. قال فى المبسوط بعد اختياره أوّلاً إجبارهما معاً على التقابض ثمّ الحكم بأنّ تقديم البائع فى الإيجاب أولى قال: هذا إذا كان كلّ منهما باذلاً. وأما إذا كان الشرح:

أمر متعارف وليس أمراً قبيحاً ولا مقبحاً.

ولا يقاس ذلك بالمطالبه بالأجره قبل العمل، لأنّ المطالبه بالأجره يكون مع تسليم العمل، وتسليمه يكون بتمامه لا قبله.

نعم المتعارف فى بعض الموارد كاستنابه الحج تسليم الأجره قبل العمل، وهذا التعارف كاشتراط ضمنى يرفع اليد به عن مقتضى إطلاق العقد فى سائر الموارد.

ومما ذكرنا أنّه لا قبح فى مطالبه الأجره عند تسليم العين المستأجره حيث تكون تسليم المنفعه بتسليمها.

نعم يكون فى بعض الأعيان وفى بعض البلاد تعارف يعتبر شرطاً ضمّياً كما لا يخفى.

وتوضيح المقام: أنّه قد يقال: بما أنّ البيع تمليك عين بعوض فبتمامه يكون المبيع ملكاً للمشتري والثمن ملكاً للبائع، فيترتب على كلّ من الملكين حكمه من عدم جواز الإمساك بمال صاحبه، فيلزم دفعه إليه خروجاً عن الإمساك بمال الآخر بغير رضا صاحبه.

نعم لو كان أحد العوضين من قبيل الدين يترتب عليه حكمه من وجوب الوفاء به مع مطالبه الدائن.



أحدهما غير باذل أصلاً، وقال: لا أسلم ما عليّ، أجبره الحاكم على البذل، فإذا حصل البذل حصل الخلاف في أيّهما يدفع. هذا إذا كان موسراً قادراً على إحضار الثمن، فإن كان معسراً كان للبائع الفسخ والرجوع إلى عين ماله كالمفلس، انتهى. قال في التذكرة: توهم قوم أنّ الخلاف في البدأ بالتسليم خلاف في أنّ البائع هل له الشرح:

وعلى ذلك يجبر الممتنع عن التسليم والوفاء عليهما من باب الأمر بالمعروف، ولو امتنعا يجبران على التسليم والوفاء من ذلك الباب، فلا يجوز لأحدهما الامتناع حتى مع امتناع صاحبه وعدم إمكان إجباره.

وهذا ظاهر كلام الأردبيلي قدس سره حيث قال في المحكى عنه: إنّ وجوب التسليم على كلّ منهما ليس مشروطاً بتحقيقه من الآخر، فلا يسقط التكليف بآداء مال الغير عن أحدهما بمعصيه الآخر، وإنّ ظلم أحدهما لا يسوّغ ظلم الآخر، ويترتب على ذلك أنّه لو وقع ماله بيده بدون الإقباض تمّ القبض.

وقد يقال: إنّ وان كان يصير المبيع بتمام البيع ملكاً للمشتري والثمن ملكاً للبائع، إلا أنّ في البين شرط ضمنى، وهو أنّ على كلّ منهما الإقباض فيما لو حصل منه لكان مقارناً لإقباض الآخر.

ولو أحرز أنّه على تقدير إقباضه لا- يحصل الإقباض من الآخر معه لا- يجب عليه الإقباض، ولا يكون هذا ظلماً بل الظالم هو الآخر، حيث يمسك بمال الآخر مع إحرازه أنّه على تقدير إقباضه يتسلم ماله من الآخر.

ويترتب على ذلك أنّه لو كان كلّ واحد منهما ممتنعاً عن الإقباض فلا موجب لإجبارهما على التقابض لو كان كل منهما باذلاً وتشاحاً في الإقباض أولاً.

وقد يقال: بإقباض البائع وإجباره به أولاً وقد ذكرنا ضعفه، بل الوجه التقابض معاً وإجبارهما عليه لما تقدّم من أنّ على كلّ منهما الإقباض مع كون الآخر باذلاً عنده، فما

حقّ الحبس أم لا؟ إن قلنا بوجوب البدأه للبائع فليس له حبس المبيع إلى استيفاء الثمن، وإلاّ فله ذلك. ونازع أكثر الشافعيه فيه وقالوا: هذا الخلاف مختصّ بما إذا كان نزاعهما في مجرّد البدأه وكان كلّ منهما يبذل ما عليه ولا يخاف فوت ما عند صاحبه، فأما إذا لم يبذل البائع المبيع وأراد حبسه خوفاً من تعدّر تحصيل الثمن، فله ذلك بلا خلاف، وكذا للمشتري حبس الثمن خوفاً من تعدّر تحصيل المبيع، انتهى. وقد صرح أيضاً بعدم الخلاف في جواز الحبس لامتناع الآخر من التسليم بعض آخر. ولعل الوجه فيه: أنّ عقد البيع مبنّى على التقابض وكون المعامله يداً الشرح:

هو القيد في وجوب عمل كل منهما على ما التزم به حاصل كما لا يخفى، هذا كله فيما كان عدم إقباض الآخر عن غير عذر.

وأما مع العذر كما إذا كان الثمن كلياً وكان معسراً فقد تقدّم أنّ للآخر الفسخ والرجوع إلى عين ماله.

ويدل على ذلك مضافاً إلى كونه مقتضى الشرط الارتكازي ما ورد في المفلس من أنّ صاحب المتاع إذا وجد عين ماله فلا يحاصه الغرماء.

وقد ذكرنا أنّ ذلك الفسخ لا يختص بما إذا كان البيع حالاً، بل يجري في النسيئه أيضاً فيما إذا حل الأجل، وامتنع المشتري عن الوفاء بالدين بالعذر وبغيره، كما يقتضيه أيضاً إطلاق ما ورد في المفلس فراجع.

نعم لا يجوز في مورد كون الثمن نسيئه الإمساك بالمبيع حتى يتسلّم الثمن، فإنّ التأجيل في الثمن إسقاط لحق المطالبه إلى ذلك الأجل، والتزام بقبض المبيع من غير تسلّم الثمن.

مع أنّه لو لم يتفق تسليم المبيع حتّى حل الأجل لم يكن له الحبس، بل يكون للمشتري حبس الثمن وترك الاداء حتى يتسلّم المبيع، لأنّ الساقط في بيع النسيئه

بيد، فقد التزم كل منهما بتسليم العين مقارناً لتسليم صاحبه، لا بدونه، فقد ثبت بإطلاق العقد لكل منهما حق الامتناع مع امتناع صاحبه. فلا- يرد أنّ وجوب التسليم على كل منهما ليس مشروطاً بتحقيقه من الآخر، فلا- يسقط التكليف بأداء مال الغير عن أحدهما بمعصيه الآخر، وأنّ ظلم أحدهما لا يسوّغ ظلم الآخر. هذا كلّ مع عدم التأجيل في أحد العوضين، فلو كان أحدهما مؤجلاً لم يجز حبس الآخر. قال في التذكرة: ولو لم يتفق تسليمه حتى حلّ المؤجل لم يكن له الحبس أيضاً. الشرح:

الاشتراط على المشتري، لا الاشتراط على البائع كما لا يخفى.

ثم إنه قد ذكر المصنف رحمه الله أنّ عدم جواز حبس البائع المبيع على المشتري بعد حلول الأجل لالتزامه على نفسه بتسليمه من دون تعليق.

ويؤيده أنّ حقّ الحبس لمجرد ثبوت حقّ للحابس على صاحبه بأن يمتنع عن إقباض ما عنده حتى يتسلم ما عند صاحبه ولو كان صاحبه باذلاً كما نقل العلامة(1) عن قوم توهم ذلك، بل ثبوت حقّ الحبس للحابس بازاء حبس صاحبه وامتناعه وحيث لم يكن من ناحيه من عليه الثمن المؤجل حبس فلا يثبت للبائع حقّ الحبس في الفرض.

أقول: لا تأييد لذلك فيما ذكر وذلك فانه لو ثبت حقّ الحبس للحابس مطلقاً وكان له الامتناع عن التسليم حتى يتسلم العوض لما كان للبائع في الفرض حقّ الحبس أيضاً لإسقاطه ذلك الحق ببيع المال نسيئه كما لا يخفى.

ولا- يبعد دعوى أنّ حبس المال المنتقل إلى الغير على ماله بازاء حبس ذلك المالك لا يختص بالبيع، ولا سائر المعاوزات الماليه، بل هو مما يترتب على وضع

ص: ٤٣٢

ولعل وجهه: أنّ غير المؤجل قد التزم بتسليمه من دون تعليق على تسليم المؤجل أصلاً. وهذا ممّا يؤيد أنّ حقّ الحبس ليس لمجرد ثبوت حقّ للحابس على الآخر، فيكون الحبس بإزاء الحبس. ثمّ مقتضى ما ذكرنا من عدم وجوب التسليم مع امتناع الآخر وعدم استحقاق الممتنع لقبض ما فى يد صاحبه: أنّه لو قبضه الممتنع بدون رضى صاحبه لم يصحّ القبض [١] فصحّ القبض بأحد أمرين: إمّا إقباض ما فى يده لصاحبه، فله حينئذ قبض ما فى يد صاحبه ولو بغير إذنه. وإمّا إذن صاحبه سواء أقبض ما فى يده أم لا، كما صرح بذلك فى المبسوط والتذكرة،

الشرح:

اليد واستيلاء الغير على ملك الشخص من غير حق، أو الامتناع عن اداء ما عليه مع التمكن عليه، وهذا مما جرت السيره العقلايه عليه ولم يردع عنه الشرع.

وعلى ذلك فلو امتنع من عليه الثمن المؤجل بعد حلول الأجل عن اداء الدين فلبائع أخذ العين أو غيرها من يده، أو عدم تسليمها إليه حتى يبذل ذلك الثمن المؤجل.

وهذا من التقاص فى الإمساك، ولا- يجرى فى موارد البذل والتشاح فى البدء، بل يختص بموارد الامتناع وحبس المال على مالكة.

ولو فرض امتناع كل منهما عن التسليم بحيث لو فرض بذل صاحبه لحبس ماله عليه أيضاً أجبراً على التبادل والخروج عن الامتناع، لأنّه ليس امتناع أحدهما تقاصاً كما يخفى.

[١] يعنى لا يسقط حق صاحبه بالإمساك بذلك المال حتى يتسلم العوض.

نعم قد حصل بذلك القبض الموجب لخروج المال عن عهده صاحبه.

وأما سائر الأحكام فقد ذكر فى التذكرة: أنّه لا يجوز بيع ذلك المال إذا كان من المكيل والموزون، ولعل وجهه انصراف ما دل على كون البيع بعد قبضهما إلى القبض

## إذا ابتدأ أحدهما بالتسليم أُجبر الآخر

وصرح فيهما: بأن له مطالبه القابض برد ما قبض بغير إذنه، لأن له حق الحبس والتوثق إلى أن يستوفى العوض. وفي موضع من التذكرة: أنه لا ينفذ تصرفه فيه. ومراده التصرف المتوقف على القبض، كالبيع أو مطلق الاستبدال. ثم إذا ابتدأ أحدهما بالتسليم إما لوجوبه عليه كالبائع على قول الشيخ، أو لتبرعه بذلك أُجبر الآخر على التسليم، ولا يحجر عليه في ما عنده [١] من العوض ولا في مال آخر، لعدم الدليل.

الشرح:

الصحيح أي بعد القبض الذي لا يكون لباعه حق الإمساك بالمقبوض.

أقول: لا يخفى أن فساد القبض بمعنى عدم كون الاستيلاء بإذن البائع ورضاه باعتبار أن للبائع حق الإمساك بالعين، فيكون أخذه والإمساك بها بلا رضاه وإذنه منافيا لذلك الحق، فيكون تعديا وظلما على البائع.

وبتعبير آخر: يكون الأخذ كذلك محرّما ولا يسقط حق البائع به.

وأما سائر التصرفات في العين المقبوضة فلا موجب لحرمتها كالانتفاع بتلك العين، بل التصرفات الناقله أيضا كذلك، غايه الأمر لا ينتفى بتلك التصرفات حق الإمساك لبائعها على ما ذكرنا في بيع العين المرهونه.

ثم إنه لا يبعد أن يكون ظاهر النهى عن بيع المكيل والموزون قبل قبضه هو صورته بقاء المبيع على عهده بايعه الأول، والمفروض خروجه عن العهده بالقبض المزبور والله سبحانه هو العالم.

[١] يعني لا يحجر على الآخر في العوض الذي سلمه صاحبه إليه، ولا في مال آخر، مثلاً لو كان ما عليه من مال صاحبه كليا على الذمه فلا يحجر عليه في ماله الخارجي المساوي لما على عهده.

## وجوب تفرغ المبيع مما فيه من الأموال

مسأله: يجب على البائع تفرغ المبيع من أمواله مطلقاً [١] ومن غيرها فى الجملة. وهذا الوجوب ليس شرطياً بالنسبه إلى التسليم وإن أوهمه بعض العبارات، ففى غير واحد من الكتب: أنه يجب تسليم المبيع مفرغاً. والمراد إرجاع الحكم إلى القيد، وإلا فالتسليم يحصل بدونه، وقد تقدّم عن التذكرة.

وكيف كان، فبدل على وجوب التفرغ ما دلّ على وجوب التسليم، فإنّ إطلاق العقد كما يقتضى أصل التسليم كذلك يقتضى التسليم مفرغاً، بل التسليم من دون التفرغ كالعدم بالنسبه إلى غرض المتعاقدين وإن ترتّب عليه أحكام تعبدية،

الشرح:

[١] يجب على البائع تفرغ المبيع من أمواله بلا- استثناء ومن أموال غيره أيضاً فى الجملة أى فى الموارد التى يكون مأذوناً فى التصرف فيها بتحريكها ونقلها، وإلا فيجب التفرغ على مالك تلك الأموال.

وهذا الوجوب لكون إبقائها فى المبيع تصرف فيما صار ملكاً للمشتري فيحتاج إلى إذنه أو رضاه.

والحاصل: أنّ وجوب التفرغ ليس لعدم حصول إقباض المبيع بدونه، بل وجوب التفرغ حكم آخر غير وجوب الإقباض، وقد مرّ عن التذكرة (١): إقباض الدار والسفينه المشتريه مع كونهما مشغولتين بأموال البائع.

والوجه المزبور لوجوب التفرغ هو الوجه الموجب لوجوب إقباض المبيع وتسليمه يعنى الشرط الارتكازى، حيث إنّ التسليم بدون التفرغ كالعدم بالإضافة إلى غرض المتعاقدين من التسليم والتسلم وان يترتب على التسليم بلا- تفرغ بعض الأحكام، كخروج البائع عن ضمان المبيع.

أقول: قد تقدّم أن وجوب التسليم هو لكون إمساك البائع بالمبيع بلا رضا

ص: ٤٣٥

## لو مضت مدته ولم يتمكن البائع من التفريغ أو لم يفرغ

كالدخول في ضمان المشتري ونحوه. فلو كان في الدار متاع وجب نقله فوراً، فإن تعذر ففي أول أزمته الإمكان. ولو تراخى زمان الإمكان وكان المشتري جاهلاً كان له الخيار لو تضرر بفوات بعض منافع الدار عليه. وفي ثبوت الأجره لو كان لبقائه أجره إلى زمان الفراغ وجه. ولو كان تأخير التفريغ بتقصيره فينبغي الجزم بالأجره،

الشرح:

المشتري تصرفاً في ملك الغير بلا رضا صاحبه، ويجرى هذا الوجه بالإضافة إلى إبقاء البائع أمتعته في المبيع، وعدم تفريغها منه سواء كان تسليم المبيع غير مفرغ مخالفاً لغرض المشتري من قبض المبيع أم لا.

وهنا فروع أشار إليها المصنف رحمه الله :

منها: أنه لو كان في الدار المبيعه متاع للبائع وجب عليه تفريغ الدار ونقله منها فوراً مع تمكنه، فإن تعذر ففي أول زمان التمكن.

ولو تأخر عن أول أزمته الإمكان وكان المشتري حين الشراء جاهلاً بالحال كان له الخيار في فسخ البيع في فرض تضرره بتأخير التفريغ لفوت بعض منافع الدار عليه.

وهل يثبت للمشتري أجره بقاء متاع البائع في المبيع إلى زمان التفريغ، لها وجه.

هذا ما ذكره في هذا الفرع. والظاهر أنه أخذ بقاعده نفى الضرر في نفى لزوم المعامله بالإضافة إلى المشتري مع جهله بالحال ولكن فيما كان عالماً بالحال فلا يكون له خيار لإقدامه بالمعامله مع العلم بكون لزومها ضرورياً.

أقول: قد ذكرنا مراراً أن قاعده «نفى الضرر» (١) لا تنفي لزوم المعامله وإثبات الخيار، بل لو جرت كان مقتضاها بطلان المعامله، حيث إن صحتها ضروريه.

والأصح أن ثبوت الخيار في الفرض باعتبار تخلف الشرط الارتكازي وهو تسليم المبيع مفرغاً، وهذا الشرط الارتكازي لا يثبت مع علم المشتري بالحال من

ص: ٤٣٦

١- (١) وسائل الشيعه ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠.

كما جزموا بها مع امتناعه من أصل التسليم. ولو كان في الأرض زرع قد أُحصد وجب إزالته، لما ذكرنا. وإن لم يُحصد وجب الصبر إلى بلوغ أوانه، للزوم تضرر البائع بالقلع، وأمّا ضرر المشتري فينجبر بالخيار مع الجهل، كما لو وجدها مستأجره. ومن ذلك يُعلم عدم الأجره، لأنه اشترى أرضاً تبين أنها مشغولة،

الشرح:

الأول، نظير ما ذكرنا من عدم ثبوت خيار الغبن للمشتري مع علمه حال البيع باختلاف الثمن المسمى مع قيمه السوقية بالفاحش، هذا كله ما إذا لم يمكن التفريغ.

وأمّا إذا أمكن عادة فقصر في إفراغه فلا ينبغي الشك في استحقاق المشتري مطالبه البائع بالأجره على إبقاء متاعه في الدار أو غيرها لو كان للإبقاء أجره عادة، كما جزموا باستحقاقه الأجره مع امتناع البائع عن أصل تسليم الدار، فإنّ للمشتري المطالبه بالأجره لمنفعتها الفائته عليه.

ولا يبعد استحقاق الأجره في فرض العجز عن التفريغ أيضا فيما كان العجز الحاصل عند البيع من جهه قد ارتفعت، وحصل قبل ارتفاعها العجز من جهه أخرى لم تكن حال البيع، فإنّ لا يفرق في استحقاق الأجره لاستيفاء منفعه العين المملوكة بين كونه لعذر أم لا.

نعم لا يستحق الأجره بالاضافه إلى ما كان حال البيع، فإنّ إبقاء المتاع زمان ذلك العجز استيفاء لمنفعه العين قبل بيعها وكونه بلا أجره شرط ارتكازي، غايه الأمر بما أنّ التسليم مفرّغا أيضا شرط ارتكازي يثبت مع جهل المشتري بعدم إمكانه الخيار لتخلّف هذا الشرط كما تقدم.

ومنها: لو كان في الأرض المبيعه زرع لبائعه فان كان قد احصد وجب على البائع إزالته، وتسليم الأرض إلى المشتري مفرّغا، لأنّ إبقائه تصرّف في ملك الغير بلا رضاه وتسليمها مفرّغا شرط ارتكازي كما مرّ.

ص: ٤٣٧



فلا- يثبت أكثر من الخيار. ويحتمل ثبوت الأجره، لأنه اشترى أرضاً لا يستحقّ عليها الاشتغال بالزرع، والبائع قد ملك الزرع غير مستحق للبقاء، فيتخير بين إبقائه بالأجره وبين قلعه، لتقديم ضرر القلع على ضرر فوات منفعه الأرض بالأجره.

الشرح:

نعم، لو كان في البين قرينه على عدم التزام البائع بتسليم المبيع مفرغاً إلى مدّه معروفه، كما إذا باع الأرض المزروعه قبل أوان حصاده فلا- يجوز للمشتري في الفرض قلع الزرع بدعوى أنّ الأرض مملوكة له بالشراء، وأنّ له تخليص ملكه من مال الغير ولو بقلع الزرع بالأرش، بل لا يجوز له مطالبه الأجره على بقاء الزرع إلى حصاده، فإنّ الإبقاء في الفرض بمنزله بيع الأرض المستأجره قبل بيعها.

والحاصل: أنّ إبقاء الزرع إلى أوان حصاده مجاناً بنظر العرف استيفاء لمنفعه الأرض قبل بيعها، كما هو الحال في وضع متاع في الدار لا يتمكن من تفريقها منه قبل مدّه معروفه بل غير معروفه، فيكون نظير بيع العين المستأجره بعد إيجارها، فلا يثبت للمشتري غير خيار الفسخ مع جهله بالحال عند البيع.

لا- يقال: التنظير غير صحيح فإنّ منافع المبيع مع استجاره قبل البيع غير مملوكة للبائع، فينتقل المبيع إلى ملك المشتري أو الدار مسلوبه المنفعه، ولذا يثبت للمشتري مع جهله بالحال خيار الفسخ خاصه، بخلاف المقام فإنّ المفروض فيه أنّ منافع الأرض مملوكة لبائعها، وبالباع تدخل في ملك المشتري، ومقتضى دخولها في ملكه جواز مطالبته بالأجره أو بالقلع.

فانه يقال: كما أنّ الإجاره قبل البيع استيفاء لمنافعها قبل البيع كذلك زرعه، وهذا لا يوجب إلاّ ثبوت خيار الفسخ.

نعم، لو كانت الأرض تصلح لزرع جديد فعلاً يجب على بائعها إزاله ذلك الزرع، أو إرضاء مشتريها بالإبقاء بالأجره أو مجاناً.

ص: ٤٣٨

ويحتمل تخيير المشتري بين إبقائه بالأجره وقلعه بالأرّش. ويحتمل ملاحظه الأكرّ ضرراً. ولو احتاج تفرّغ الأرض إلى هدم شىء هدمه بإذن المشتري، وعليه طمّ ما يطمّ برضا المالك وإصلاح ما استهدم أو الأرّش، على اختلاف الموارد، فإنّ مثل قلع الباب أو قلع ساجه منه إصلاحه إعادته، بخلاف هدم حائط، فإنّ الظاهر لحوقه بالقيميّ في وجوب الأرّش له. والمراد بالأرّش نفس قيمه الهدم لا أرّش العيب.

الشرح:

ومما ذكرنا يظهر أنه لا وجه لما ذكره المصنف رحمه الله من ثبوت الأجره على البائع في الفرض، وأنه يتخير بين الإبقاء بالاجره، أو قلعها تقدماً لضرر القلع على ضرر اشتغال ذمته بأجره منفعه الارض.

ومنها: أنه لو احتاج تفرّغ الأرض إلى هدم شىء هدمه البائع بإذن المشتري فعلى البائع طمّ ما يطمّ ويكون الطمّ أيضاً كالحفر بإذن المشتري، كما أنّ على البائع إصلاح ما هدمه أو يعطى أرّش المهذوم على اختلاف الموارد، فيكون المتعين في بعض الموارد الإصلاح كما في قلع باب أو ساجه منه، فإنّ إصلاحه إعادته إلى موضع قلعه، ويكون في بعضها الأخرى الأرّش كما هو في هدم الحائط، فإن المهذوم من الحائط قيميّ، فعليه الأرّش أى قيمه المهذوم، لا التفاوت بين ما يكون الحائط بعضها مهذوما وبين ما لم يكن مهذوما.

وعلى الجملة: قد يكون المهذوم بنظر العرف مثليا، وقد يكون قيما، ولو قيل: بأنّ المهذوم مطلقا قيميّ كان له وجه.

ويظهر منهم في مسأله هدم أحد الشريكين الجدار المشترك بغير إذن صاحبه أقوال ثلاثة: الإعادته مطلقا، كما في الشرائع (1) والمحكى عن المبسوط (2) فيكون مثليا،

ص: ٤٣٩

١- (١) الشرائع ٢: ١٢٥ .

٢- (٢) المبسوط ٢: ٣٠٣ .

وبالجملة، فمقتضى العرف إلحاق بعض ما استهدم بالمثل وبعضه بالقيمي، ولو ألحق مطلقاً بالقيمي كان له وجه. ويظهر منهم فيما لو هدم أحد الشريكين الجدار المشترك بغير إذن صاحبه أقوال ثلاثة: الإعادة مطلقاً كما في الشرائع وعن المبسوط. والأرش كذلك كما عن العلامة والمحقق والشهيد الثانيين.

الشرح:

والأرش مطلقاً كما عن العلامة (١)، والتفصيل بين ما كان من نوع واحد وكيفيه واحده كما في حائط البساتين والمزارع، وما كان مختلفاً كما في الحائط الدور والمخازن فيكون قيمياً كما حكى ذلك عن الدروس (٢).

والظاهر جريان الاختلاف بحسب الموارد في كسر الباب والشبابيك وفتق الثوب أيضاً من قبيل ما ذكر.

أقول: لو توقّف إخراج أمتعه البائع على هدم حائط الدار المبيعه أو كسر بابه أو قلعه فظاهر المصنف أنّ الهدم والكسر كطم الحفر والإصلاح لا يجوز إلا بإذن المالك ورضاه، ومقتضاه أنّه إذا لم يرض المشتري بذلك يتعين الرجوع إلى الحاكم لأنه ولي الممتنع.

ولكن الأظهر عدم توقّف ذلك إلى إذن المشتري ورضاه، فإنّ التفريغ المزبور شرط ارتكازي في بيع الدار ونحوه، نظير اشتراط عدم غبن البائع في بيع ماله، غايه الأمر لو لم يكن المشتري عالماً بكون الدار مشغولة بمتاع يتوقّف إخراجه على كسر بابه ونحوه يكون ذلك في بعض الموارد نقصاً في المبيع يوجب الخيار للمشتري.

ص: ٤٤٠

١- (١) القواعد ٢: ١٧٤ ١٧٥.

٢- (٢) الدروس ٣: ٣٤٥، وحكاه عنه الشهيد الثاني في المسالك ٤: ٤٩١.

والتفصيل بين ما كان مثلياً كحائط البساتين والمزارع وإلاّ فالأرث كما عن الدروس. والظاهر جريان ذلك في كسر الباب والشبابيك. وفتق الثوب من هذا القبيل.

مسألة: لو امتنع البائع من التسليم فإن كان لحقّ [١] كما لو امتنع المشتري عن تسليم الثمن فلا إثم. وهل عليه أجره مدّة الامتناع؟ احتمله في جامع

الشرح:

[١] لو امتنع البائع عن تسليم المبيع وكان امتناعه لحق، كما لو امتنع المشتري عن تسليم الثمن فلا يكون البائع بامتناعه المفروض عاصياً لما تقدّم من ثبوت الحق له في ذلك.

وهل عليه أجره مدّة الامتناع فلا- ينبغي الإشكال في ضمانه لو استوفى منفعة العين في تلك المدّة، وكون استيفائها بلا رضا المشتري محرّم تكليفاً، لأنّ الثابت له الإمساك بالعين، لا استيفاء منافعتها أيضاً، ويكون ضمان استيفائها من مقتضى قاعده احترام مال المسلم (١).

وإنّما الكلام في ضمان الأجره على المنفعة غير المستوفاه الفائته على المشتري في مدّة إمساكه، ولكن الأظهر عدم الضمان، فإنّ الإمساك بالعين مجاناً حتى يبذل المشتري الثمن من الشرط الارتكازي، أو من جهة جواز التقاص عن إمساك المشتري بالثمن، أو عدم وفائه به كما لا يخفى.

وقد يقال: إنّ على المشتري نفقه المبيع في تلك المدّة، لأنّ نفقه العين تابعه لمليكتها، فمن كان مالكا لها فعليه نفقتها إلا أن يشترط نفقتها على غيره بموجب شرعى من شرط ونحوه.

ويمكن استفادة كون النفقه على المشتري ممّا ورد من التعليل في صحيحه

ص: ٤٤١

١- (١) وسائل الشيعه ٥: ١٢٠، الباب ٣ من أبواب مكان المصلى، الحديث ١ و ٣، وعوالى اللآلى ٢: ١١٣، الحديث ٣٠٩.

المقاصد، إلا أنّ منافع الأموال الفائته بحق لا دليل على ضمانها، وعلى المشتري نفقه المبيع. وفي جامع المقاصد: ما أشبه هذه بمثل منع الزوجه نفسها حتى تقبض المهر، فإنّ في استحقاقها النفقه تردّداً، قال: ويحتمل الفرق بين الموسر والمعسر، انتهى. ويمكن الفرق بين النفقه في المقامين. ولو طلب من البائع الانتفاع به في يده، ففي وجوب إجابهته وجهان. ولو كان امتناعه لا لحق، وجب عليه الأجره، لأنّه عادٍ، ومقتضى القاعده أنّ نفقته على المشتري.

الشرح:

أبي ولاد(١) الواردة في اجاره البغل.

وفي جامع المقاصد(٢) شبّه المقام بنفقه الزوجه التي تمنع زوجها من نفسها قبل قبض مهرها، فإنّ المشهور أنّ لها الحق من الامتناع حتى تقبض مهرها وذكروا أنّ ذلك مقتضى معاوضه البضع والمهر، ويستفاد من بعض الروايات أنّ لها هذا الحق كموثقه سماعه قال: «سألته عن رجل تزوّج جاريه، أو تمتع بها ثم جعلته من صداقها في حلّ، أيجوز أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئاً؟ قال: نعم، إذا جعلته في حل فقد قبضته منه»(٣).

فان ظاهرها عدم جواز الدخول بها قبل أن يقبضها مهرها، وبما أنّ المطالبه بالقبض من حقوق المرأه قطعاً، فيختص عدم الجواز بصوره مطالبته، ولكن مع ذلك لا يخلو دلالتها على الحكم من تأمل.

ثم هل تستحق المرأه النفقه زمان امتناعها لعدم قبض مهرها، ذكروا فيه وجهين: أوجهما أنّ عليه نفقتها فيما كان الزوج متمكناً على أداء مهرها، فإنّه في هذا الفرض

ص: ٤٤٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١١٩ ، الباب ١٧ من كتاب الإجاره، الحديث ١ .

٢- (٢) جامع المقاصد ٤ : ٤١٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢١ : ٦٣ ، الباب ٣٠ من أبواب المتعه، الحديث ١ .

وهى التى تلحقه بعد تحققه.

مسأله: من أحكام القبض انتقال الضمان [١] ممن نقله إلى القابض، فقبله يكون مضموناً عليه بعوضه إجماعاً مستفيضاً، بل محققاً، ويسمى ضمان المعاوضه. ويدل عليه قبل الإجماع النبوى المشهور: «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» وظاهره بناءً على جعل «من» للتبويض: أنه بعد التلف يصير مالاً للبائع، لكن إطلاق المال على التالف إنما هو باعتبار كونه مالاً عند التلف. وبهذا الاعتبار

الشرح:

يصدق كونها فى اختيار زوجها، وكونها عنده هو الموضوع لوجوب الإنفاق فى صحيحه محمد بن قيس الوارده فى النفقات الواجبه.

وأما كون المشتري متمكناً من أداء الثمن أو عدمه فلا- أثر له فى المقام لما ذكرنا من أن نفقه المال تتبع ملكه، فاحتمال جامع المقاصد التفصيل بين المشتري الموسر والمعسر بالإضافة إلى أداء الثمن بلا وجه، فقد ظهر امكان التفرقه فى النفقه بين المقامين. ولو طلب الانتفاع بالمبيع وهو فى يده ففى وجوب إجابته وجهان، ولكن الشرط الارتكازى المشار إليه يدفع هذا الوجوب كما لا يخفى.

[١] من الأحكام المترتبة على القبض بمعنى الإقباض انتقال ضمان المال إلى المنتقل إليه.

ولو تلف المال قبل إقباضه يكون ضمانه على ناقله، والمراد بالضمان الضمان المعاوضى أى انحلال البيع عند تلفه بحيث يقع التلف فى ملك ناقله، ومقتضى الانحلال رجوع العوض إلى من دفعه بازاء التالف.

ويستدل على ذلك مع الغمض عن الإجماع عليه بالنبوى المشهور فى كلمات

يصحّ أن يقع هو المصالح عنه إذا أتلفه الغير لا قيمته كما صرح به في باب الصلح من الشرائع والتحرير وحينئذٍ فلا بد من أن يكون المراد بالنبوى: أنّ المبيع يكون تالفاً من مال البائع، ومرجع هذا إلى انفساخ العقد قبيل التلف آنأماً، ليكون التالف مالاً للبائع.

الشرح:

الأصحاب «كلّ مبيع تلف قبل قبضه، فهو من مال بائعه»(١).

وظاهره كظهور كلّ خطاب مشتمل على الموضوع والحكم في فعلية الحكم بعد فعلية الموضوع بقيوده أنّه بعد تلف المبيع يصير مالاً لبائعه.

ولكن الحكم أى إطلاق المال قرينه على كون المراد أنّ المبيع عند تلفه أى قبله ملك لبائعه، حيث إنّ التالف بعد تلفه لا يكون مالاً وإن فرض كونه ملكاً.

وبذلك الاعتبار يقع مورد المصالحه فيما إذا أتلفه الغير، لا- أنّ بدله أى قيمته فيما كان قيمياً يقع مورد المصالحه، كما صرح بذلك في باب صلح الشرائع(٢) والتحرير(٣)، والحال أنّ مقتضى الظهور بقرينه ما ذكر انحلال المعامله ورجوع المبيع إلى بائعه آناً ما ليكون التالف مالاً لبائعه.

ومن هنا ذكر في التذكرة(٤) وتبعه من تأخر عنه(٥): أنّه يتجدد انتقال المبيع إلى بائعه قبل التلف بجزء من الزمان ولو كان ذلك الزمان لا يتجزأ، ويسمى ذلك الضمان

ص: ٤٤٤

١- (١) المستدرک ١٣ : ٣٠٣ ، الباب ٩ من أبواب الخيار .

٢- (٢) الشرائع ٢ : ١٢٢ .

٣- (٣) التحرير ١ : ٢٣٠ .

٤- (٤) التذكرة ١ : ٥٦٢ .

٥- (٥) كالمحقق الثاني في جامع المقاصد ٤ : ٤٠٣ ، والشهيد الثاني في المسالك ٣ : ٢١٦ ، والمحدث البحراني في الحدائق ١٩ : ٧٦ ، والسيد الطباطبائي في الرياض ٨ : ٢٠٨ .

## الاستدلال على ضمان البائع قبل القبض بروايه عقبه

والحاصل: أنّ ظاهر الروايه صيروره المبيع مالاً للبائع بعد التلف، لكن لما لم يتعقّل ذلك تعيّن إرادته وقوع التلف على مال البائع، ومرجهه إلى ما ذكره في التذكرة وتبعه من تأخّر عنه: من أنّه يتجدّد انتقال الملك إلى البائع قبل الهلاك بجزء لا يتجزأ من الزمان. وربما يقال تبعاً للمسالك: إنّ ظاهر «كون المبيع التالف قبل القبض من مال البائع» يوهّم خلاف هذا المعنى. ولعله لدعوى: أنّ ظاهر كونه من ماله كونه تلفه من ماله، بمعنى كون دركه عليه، فيوهّم ضمانه بالمثل والقيمه. وممّا ذكرنا من أنّ معنى الضمان هنا يرجع إلى انفساخ العقد بالتلف

الشرح:

المعاوضه.

وأما ما في المسالك: (١) من أنّ ظاهر النبوى أنّ التلف يقع على البائع، بمعنى أنّه يكون خسارته عليه، كما في موارد ضمان اليد كتلف المغصوب والمال المأخوذ للشراء المعبر عنه بالمستام لا- يمكن المساعدة عليه، حيث إنّ ظاهر النبوى أنّ التالف مال لبائعه، لا أنّه مال لمشتريه، ولكن يكون دركه وضمّانه على بائعه.

والحاصل: أنّ الضمان بمعنى انحلال البيع بتلف المبيع قبل قبضه حكم شرعى تأسيسى أو إمضائى، وليس بمعنى ثبوت البدل على العهده ليسقط بإسقاطه بالاشتراط فى العقد أو بعده.

وأوضح من النبوى فى كون المراد انحلال المعامله ما فى ذيل معتبره عقبه بن خالد من أنّه إذا قبض المتاع يكون المبتاع ضامنا لحقّ البائع ليردّه عليه، فلا وجه لاحتمال كون المراد من الضمان فى المقام ضمان اليد.

ولا يقاس ذلك الضمان فى ثبوته وسقوطه بالاشتراط فى العقد أو إسقاطه بعده كما لا يخفى.

ص: ٤٤٥



وتلف المبيع في ملك البائع ويسمى «ضمان المعاوضه» لا- ضمانه عليه مع تلفه من المشتري، كما في المغصوب والمستام وغيرهما ويسمى «ضمان اليد» يعلم أن الضمان فيما نحن فيه حكم شرعى لا حق مالى، فلا يقبل الإسقاط، ولذا لو أبرأه المشتري من الضمان لم يسقط، كما نصّ عليه في التذكرة والدروس. وليس الوجه في ذلك: أنه «إسقاط ما لم يجب»، كما قد يتخيل. ويدل على الحكم المذكور أيضاً روايه عقبه بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام: «فى رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجبه، الشرح:

ثم إن ظاهر المصنف أن استفاده الضمان المعاوضى مبنى على كون «من» فى النبوى بمعنى التبعض مع أنه غير مبنى عليه، بل لو فرض كونه زياده فالمعنى كما ذكر، بل كان أوضح فتدبر.

ثم إن مقتضى قوله سبحانه «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (١) إمضاءه قبل تلف المبيع بيد بائعه وبعده، ويرفع اليد عن إطلاقه بالإضافة إلى ما بعد التلف بالنبوى (٢) ومعتبره عقبه بن خالد (٣)، ويبقى إمضاءه بالإضافة إلى قبل تلفه بحاله، فيكون الحاصل أن المبيع بعد البيع إلى زمان تلفه ملك المشتري، فيكون نماء له.

ولا حاجه فى إثبات ذلك إلى استصحاب بقاء البيع إلى ذلك الزمان ليقال إنه لا اعتبار بالاستصحاب فى الشبهات الحكيمه.

ويلحق بنماء المبيع فى ذلك الزمان الركاز أى الكنز الذى يجده العبد بعد بيعه، وهو بيد بائعه، فإنه إذا تلف العبد فى ذلك الزمان قبل تسليمه إلى المشتري لا يخرج الكنز عن ملك المشتري.

ص: ٤٤٤

١- (١) سورة البقره: الآيه ٢٧٥ .

٢- (٢) مرّ آنفاً .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٣ ٢٤ ، الباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

## تعذر الوصول بحكم التلف

غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه، فسرق المتاع، من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته، فإذا أخرجته من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد إليه ماله» ولعلّ الروايه أظهر دلالة على الانفساخ قبل التلف من النبوى.

الشرح:

ومن ذلك المال الذى يوهب للعبد المزبور وقد قبله وأخذ المال قبل موته، فيكون المال الموهوب لمشتريه، وكذا فى المال الموصى به للعبد، وقبوله الوصيه قبل موته.

وقد صرح العلامة: بأنّ مؤنه تجهيز العبد لبائعه وهو مبنى على رجوعه إلى بائعه قبل تلفه بآن ملكا حقيقيا، لا مجرد الملك التقديرى المصحح لانحلال المعامله فقط من غير أن يترتب عليه سائر آثار ملك البائع.

ثم إنّ المراد بالتلف ليس هو التلف الحقيقى فقط، بل يعم تعذر الوصول إلى المبيع عادة مثل سرقة بحيث لا يرجى عوده.

وما ورد فى روايه عقبه(١) من فرض سرقة المال محمول على مثل هذه السرقة، ووقوع الدرّه فى البحر قبل إقباضها من قبيل التلف، وكذا الطير والصيد المتوحش، فان خروجها عن اليد يحسب تلفا.

وأما لو غرق الأرض المبيعه بارتفاع ماء البحر، أو وقع عليها صخور من جبل، أو كسى الأرض رمل فهل هى من قبيل التلف، أو من قبيل التعيب الموجب للخيار؟ للشافعيه وجهان، والأقوى عند العلامة فى التذكرة(٢): أنّه من حدوث العيب.

ص: ٤٤٧

١- (١) مرّ آنفاً .

٢- (٢) التذكرة ١ : ٥٦٢ .

وكيف كان، فلا خلاف في المسأله، أعنى بطلان البيع عند التلف لا من أصله، لأنّ تقدير ماله البائع قبل التلف مخالف لأصالة بقاء العقد، وإنما احتيج إليه لتصحيح ما في النصّ: من الحكم بكون التالف من مال البائع، فيرتكب بقدر الضروره. ويترتب على ذلك كون النماء قبل التلف للمشتري. وفي معناه الركاز الذي يجده العبد، وما وهب منه فقبل، أو أوصى له به فقبل، كما صرح به في المبسوط والتذكرة. وصرح العلامة: بأنّ مؤونه تجهيزه لو كان مملوكاً على البائع، وهو مبني على ثبوت الملك الحقيقي قبل التلف، لا مجرد تقدير الملك الذي لا بد فيه من الاقتصار على الحكم الثابت المحوج إلى ذلك التقدير، دون ما عداه من باقى آثار المقدّر إلا أن يقال: بأنّ التلف من البائع يدل التزاماً على الفسخ الحقيقي ثمّ إنه يلحق بالتلف تعذر الوصول إليه عادة، مثل سرقة على وجه لا يرجى عوده، وعليه تحمل روايه عقبه المتقدّمه. قال في التذكرة: ووقوع الدرّه فى البحر قبل القبض كالتلف، وكذا انفلات الطير والصيد المتوخش. ولو غرق البحر الأرض المبيعه أو وقع عليها صخور عظيمه من جبل أو كساها رمل، فهى بمثابة التلف، أو يثبت به الخيار؟ للشافعيه وجهان: أقواهما الثانى. ولو أبق العبد قبل القبض أو ضاع فى انتهاب العسكر لم يفسخ البيع، لبقاء الماله ورجاء العود، انتهى. وفى التذكرة أيضاً لو هرب المشتري [١] قبل وزن الثمن وهو معسر مع عدم الإقباض احتمل أن الشرح:

[١] قال فى التذكرة (١) ما حاصله: أنه لو امتنع المشتري من دفع الثمن إلى البائع كما لو هرب المشتري قبل دفع الثمن حيث يحصل دفعه بوزنه وكان المشتري معسراً والمبيع بيد بائعه احتمل أن يثبت البائع خيار الفسخ فى الحال لتعذر أخذ الثمن

ص: ٤٤٨

١- (١) التذكرة ١: ٤٧٣.

يملك البائع الفسخ في الحال لتعذر استيفاء الثمن، والصبر ثلاثة أيام للرواية. والأول أقوى، لورودها في البازل. وإن كان موسراً أثبت البائع ذلك عند الحاكم، ثم إن وجد له مالاً قضاه وإلا باع المبيع وقضى منه، والفاضل للمشتري والمعوز عليه، انتهى. وفي غير موضع ممّا ذكره تأمل. ثم إن ظاهر كثير من الأصحاب: أنه لا يعتبر في القبض المسقط لضمان البائع وقوعه صحيحاً جامعاً لما يعتبر فيه، فلو وقع بغير إذن ذي اليد كفى في رفع الضمان، كما صرح به في التذكرة والدروس وغيرهما. ولو لم يتحقق الكيل والوزن بناءً على اعتبارهما في قبض المكيل، ففي سقوط الضمان بمجرد نقل المشتري قولان. قال في التذكرة في باب بيع الثمار: إنه لو اشترى طعاماً مكايله فقبض جزافاً فهلك في يده، فهو من ضمان المشتري لحصول القبض وإن جعلنا الكيل شرطاً فيه فالأقرب أنه من ضمان البائع، انتهى. وقد تقدّم عن جامع المقاصد سقوط الضمان هنا بناءً على اشتراط الكيل في القبض. ولا يخلو عن قوه. وهل يكتفى بالتخليه على القول بعدم كونها قبضاً في سقوط الضمان؟ قولان: لا يخلو السقوط من قوه وإن لم نجعله قبضاً. وكذا الكلام فيما لو وضع المشتري يده عليه ولم ينقله بناءً على اعتبار النقل في القبض. هذا كله حكم التلف السماوي.

الشرح:

المشروط على المشتري، ويحتمل أن يثبت في حقه خيار التأخير المشروط بمضيّ ثلاثة أيام، ولكن الأظهر هو الأول، فإن الروايات الواردة في خيار التأخير ظاهراً كون المشتري باذلاً. وإذا كان المشتري الممتنع موسراً رفع البائع أمره إلى الحاكم، فإن أثبت امتناعه عند الحاكم يدفع الحاكم من مال المشتري الثمن، وإن لم يظفر بغير المبيع من مال المشتري باعه، ويردّ فاضل الثمن على المشتري.

ولكن لا يخفى أنه لو تمّ الموضوع لخيار التأخير فعليه الصبر إلى ثلاثة أيام، وفي

## حكم إتلاف المشتري أو البائع أو الأجنبي

وأما الإتلاف: فإما أن يكون من المشتري [١] وإما أن يكون من البائع، وإما أن يكون من الأجنبي. فإن كان من المشتري، فالظاهر عدم الخلاف في كونه بمنزلة القبض في سقوط الضمان، لأنه قد ضمن ماله بإتلافه. وحيثه الإجماع لو تم، وإلا فانصراف النص إلى غير هذا التلف، فيبقى تحت القاعده. قال في التذكرة: هذا إذا كان المشتري عالماً، وإن كان جاهلاً، بأن قدّم البائع الطعام المبيع إلى المشتري فأكله، فهل يجعل قابضاً؟ الأقرب أنه لا- يصير قابضاً، ويكون بمنزلة إتلاف البائع. ثم مثل له بما إذا قدّم المغصوب إلى المالك فأكله.

الشرح:

غيره يثبت له خيار الفسخ في الحال بلافق بين الموسر وغيره.

ولا حجه في الفسخ إلى المراجعة إلى الحاكم الشرعي، فإن التقابض شرط ارتكازي في البيوع على ما تقدّم التفصيل.

[١] لا- ينحل البيع بإتلاف المشتري المبيع ولا يرجع الثمن إلى ملكه، فان السيره العقلانيه المشار إليها لا يجرى في الفرض، ولا يبعد انصراف معتبره (١) عقبه بن خالد عن هذا الفرض.

نعم إذا كان المشتري جاهلاً بالحال، كما إذا قدمه البائع عليه بأن له إتلافه مجاناً فأكله المشتري، فهذا يرجع إلى إتلاف البائع تسيباً، ويعم ذلك حتى فيما إذا كان البائع أيضاً مشتبهاً.

ويلحق بإتلاف المشتري مثل ما إذا صال العبد المشتري على مشترية فقتله المشتري دفاعاً عن نفسه، فلا يكون في هذا انحلال البيع حتى مع جهل المشتري بالحال، ولا يجرى فيه التسيب وقاعده الغرر.

ص: ٤٥٠

١- (١) مرّ آنفاً .

أقول: هذا مع غرور البائع لا بأس به، أمّا مع عدم الغرور ففي كونه كالتلف السماوى وجهان. ولو صال العبد على المشتري فقتله دفعاً، ففي التذكرة: أنّ الأصحّ أنّه لا يستقرّ عليه الثمن. وحكى عن بعض الشافعية: الاستقرار، لأنّه قتله فى غرض نفسه. ولو أتلّفه البائع، ففي انفساخ البيع، كما عن المبسوط والشرائع والتحرير، لعموم التلف فى النصّ لما كان ياتلاف حيوان أو إنسان أو كان بآفه. أو ضمان البائع للقيمة، لخروجه عن منصرف دليل الانفساخ فيدخل تحت قاعده «إتلاف مال الغير». أو التخيير بين مطالبته بالقيمة أو بالثمن، إمّا لتحقق سبب الانفساخ وسبب الضمان فيتخيّر المالك فى العمل بأحدهما، وإمّا لأنّ التلف على هذا الوجه إذا خرج عن منصرف دليل الانفساخ لحقه حكم تعذّر تسليم المبيع، فيثبت الخيار للمشتري، لجريان دليل تعذّر التسليم هنا. وهذا هو الأقوى، واختاره فى التذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك وغيرها، وعن حواشى الشهيد نسبته إلى أصحابنا العراقيين. فإن اختار المشتري القيمة، فهل للبائع حبس القيمة على الثمن؟

الشرح:

وما عن التذكرة(1): من عدم استقرار الثمن فيه على الأصحّ، ضعيف جداً.

وعلى الجملة: إتلاف المبيع المستند إلى المشتري استيفاء لذلك المبيع.

وأما إذا كان الإتلاف من الأجنبي فقد ذكرنا سابقاً أنّه يلحق بالتلف، كما هو مقتضى روايه عقبه بن خالد.

ولكن هذا فيما إذا لم يكن عادة الرجوع إلى ذلك المتلف «بالكسر»، فإنّ هذا الفرض خارج عن الروايه، ويكون كإتلاف البائع فى أنّه يتخيّر المشتري بالرجوع إليه بالبدل، أو فسخ البيع، فإنّ تسليم المبيع إليه شرط ارتكازى له على البائع، فمع تخلفه

ص: ٤٥١

وجهان، أقواهما العدم. ولو قبض المشتري بغير إذن البائع حيث يكون له الاسترداد فأتلفه البائع في يد المشتري، ففي كونه كإتلافه قبل القبض فيكون في حكم الاسترداد، كما أن إتلاف المشتري في يد البائع بمنزلة القبض، أو كونه إتلافاً له بعد القبض موجباً للقيمة، لدخول المبيع في ضمان المشتري بالقبض وإن كان ظالماً فيه، وجهان. اختار أولهما في التذكرة. ولو أتلفه أجنبي جاء الوجوه الثلاثة المتقدّمة، إلا أن المتعين منها هو التخيير، لما تقدّم، ولولا شبهه الإجماع على عدم تعيين القيمة تعين الرجوع إليها بعد فرض انصراف دليل الانفساخ إلى غير ذلك.

مسأله: تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين [١] في جميع ما ذكر، كما صرح به في التذكرة، وهو ظاهر عبارته الدروس، حيث ذكر: أن بالقبض

الشرح:

يكون له الفسخ على ما تقدّم.

وهل يكون للبائع حبس البدل حتى يتسلم الثمن من المشتري، فقد يقال: إن حبس المبيع كان للشرط الارتكازي، ولا يجري بالإضافه إلى بدله.

وقد أشرنا إلى أن حبس المبيع نوع تقاص عن إمساك المشتري، وامتناعه عن أداء الثمن، ولا يختص هذا النوع من التقاص بخصوص المبيع كما لا يخفى.

[١] قد أشرنا إلى أن تلف الثمن المعين قبل قبضه يشترك مع تلف المبيع قبل قبضه في أنه يوجب انحلال البيع، حيث إنه لا فرق في السيره العقلانيه بين تلفهما في ذلك.

ويتربّ على ذلك أنه لو باع المشتري ما اشتراه قبل إقباض الثمن ثم تلف الثمن يرجع البائع إلى المشتري ببدل المبيع مثلاً أو قيمته، لأن بيع المشتري لوقوعه في زمان ملكه محكوم بالصحة وال لزوم.

ويبعه الناخذ يعتبر بعد تلف الثمن من إتلاف مال البائع على ما تقدّم في فسخ

ينتقل الضمان إلى القابض، بل الظاهر أنه ممّا لا خلاف فيه. قال في المبسوط: لو اشترى عبداً بثوب وقبض العبد ولم يسلم الثوب، فباع العبد صحّ بيعه، وإذا باعه وسلّمه ثمّ تلف الثوب انفسخ البيع ولزمه قيمة العبد لبائعه، لأنه لا يقدر على ردّه، انتهى. وفي باب الصرف من السرائر نظير ذلك. وقد ذكر هذه المسألة أيضاً في الشرائع وكتب العلامة والدروس وجامع المقاصد والمسالك وغيرها أعنى مسألة من باع شيئاً معيناً بشيء معيّن ثمّ بيع أحدهما ثم تلف الآخر وحكموا بانفساخ البيع الأول، وقد صرحوا بنظير ذلك في باب الشفعة أيضاً.

الشرح:

ذى الخيار بعد نقل أحد العوضين، كما يظهر ذلك من المبسوط (١) وغيره (٢) في مسألة من باع شيئاً بثمن معيّن ثمّ بيع أحدهما قبل تلف الآخر قبل إقباضه.

وإنما الكلام في استفادته ذلك من الروايات، فقيل: إنّ المبيع في النبوي يعم الثمن، بمعنى أنّ قوله «كلّ مبيع تلف قبل قبضه» (٣) بمعنى كلّ ما تعلق به البيع مثنى كان أو ثمناً.

وفيه: أنّ ظاهر المبيع ما تعلق به التملك بعوض، ولا يعم ما تعلق به التملك بعوض.

وذكر المصنف رحمه الله أنه يمكن استفادته ذلك من معتبره عقبه بن خالد، حيث ذكر سلام الله عليه فيها «فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقّه حتّى يردّ ماله إليه» (٤).

ص: ٤٥٣

١- (١) المبسوط ٢: ١٢٤.

٢- (٢) راجع السرائر ٢: ٢٦٨، والشرائع ٢: ٣٢، والقواعد ٢: ٨٧، والتحرير ١: ١٧٦، والتذكرة ١: ٤٧٤ و ٥٦١، والإرشاد ١: ٣٨١، والدروس ٣: ٢١١، وجامع المقاصد ٤: ٤٠٢، والمسالك ٣: ٢٥٧، والحدائق ١٩: ١٨٩، والجواهر ٢٣: ١٨٢، وانظر مفتاح الكرامه ٤: ٧١٨ و ٧١٩ و ٦: ٣٩١.

٣- (٣) المستدرک ١٣: ٣٠٣، الباب ٩ من أبواب الخيار.

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٨: ٢٣ ٢٤، الباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث ١.



وبالجملة، فالظاهر عدم الخلاف في المسألة. ويمكن أن يستظهر من روايه عقبه المتقدمه حيث ذكر في آخرها: «أن المبتاع ضامن لحقه حتى يرد إليه ماله» بناءً على عود ضمير الـ«حق» إلى «البائع» بل ظاهر بعضهم شمول النبوى له بناءً على صدق المبيع على الثمن. قال في التذكرة: لو أكلت الشاه ثمنها المعين قبل القبض، فإن كانت في يد المشتري فكإتلافه، 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 آدمى فكان كالسماويّه، انتهى.

الشرح:

فانه بناءً على رجوع الضمير في «لحقه» إلى البائع يكون المراد من حقه هو الثمن.

فالمعنى أنه إذا قبض البائع المبيع يكون المشتري ضامناً لحق البائع أى الثمن حتى يخرج الثمن إلى البائع، كما أن المراد من ضمان المشتري ضمانه المعاوضى، بمعنى أنه لو تلف الثمن يرجع البائع بالمبيع، كما كان الحال في ضمان البائع بالإضافة إلى المبيع.

لا- يقال: ضمان المشتري حق البائع أى الثمن بضمان معاوضى قبل القبض لا يختص بصوره إخراج البائع المبيع من بيته، بل لو كان المبيع عند بائعه أيضاً يكون المشتري ضامناً بالثمن بضمان معاوضى، هذا أولاً.

وثانياً: لا دليل على كون ضمان المشتري الثمن حتى يردّه على البائع ضمان معاوضى، بل يحتمل كونه ضمان اليد، نظير ما ورد في حديث «على اليد. . .» (١) من أن عليه ما أخذه حتى يردّه، فيكون المراد من الروايه أنه مع إقباض المبيع يكون المشتري ضامناً للثمن، بحيث لو تلف لكان عليه مثله أو قيمته.

ص: ٤٥٤

١- (١) عوالى اللآلى ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢.

## هل يلحق العوضان في سائر المعاوضات بالبيع؟

ثم إنّه هل يلحق العوضان في غير البيع [١] من المعاوضات به في هذا الحكم؟ لم أجد أحداً صرّح بذلك نفيّاً أو إثباتاً. نعم، ذكروا في الإجاره والصدّاق وعوض الخلع ضمانها لو تلف قبل القبض، لكن ثبوت الحكم عموماً مسكوت عنه في كلماتهم. إلّا أنّه يظهر من بعض مواضع التذكرة عموم الحكم لجميع المعاوضات على وجه يظهر كونه من المسلمات. قال في مسأله البيع قبل القبض وجواز بيع ما انتقل بغير البيع، قال: والمال المضمون في يد الغير بالقيمه كالعاريه

الشرح:

وثالثاً: يحتمل كون المراد بالضمير في «لحقه» هو المشتري، وحقه عبارته عن المبيع، فالمراد أنّ المبيع بعد إخراج البائع إيّاه عن بيته يدخل في ضمان المشتري إلى أن يصل بيده، فيكون «يردّ» في قوله «حتّى يرد ماله عليه» بالتخفيف من الورود بمعنى الوصول.

فانه يقال: لا- ينبغي الريب في ظهور الروايه في رجوع الضمائر الثلاثه إلى مرجع ضمير الفاعل في قوله «فإذا أخرجته من بيته»، فيكون حاصل الشرطيه في الجواب أنّ البائع إذا أخرج المتاع من بيته ووقع السرقة بعده فعلى المشتري أن يرد الثمن على البائع، ونفى الضمان عنه قبل ذلك لانحلال البيع بالسرقة قبل قبض المتاع، فلا نظر في الروايه إلى صورته بقاء المبيع، وتلف الثمن بيد المشتري.

ولا يمكن استفاده انحلال البيع بتلف الثمن قبل قبضه من الروايه فتدبر جيداً.

[١] هل يجرى التلف قبل القبض في غير البيع من سائر المعوّضات، بأن تنحل الإجاره مثلاً- بتلف الأجره المعينه قبل قبض المستأجر أو الموجر، أو تلف المصالح عنه أو به قبل القبض إلى غير ذلك، فقد ذكر المصنف رحمه الله أنّ عموم هذا الحكم مسكوت عنه في كلماتهم.

نعم ذكروا: الضمان قبل القبض لو تلف المهر قبل قبض المرأة (١)، وعوض

ص: ٤٥٥

المضمونه أو بالتفريط ويسمى ضمان اليد يجوز بيعه قبل قبضه، لتمام الملك فيه إلى أن قال: أمّا ما هو مضمون في يد الغير بعوض في عقد معاوضه، فالوجه جواز بيعه قبل قبضه ك: مال الصلح، والأجره المعينه. وقال الشافعي: لا يصح، لتوهم الانفساخ بتلفه كالبيع، انتهى. وظاهر هذا الكلام كونه مسلماً بين الخاصه والعامه.

الشرح:

طلاق الخلع قبل أخذ الزوج (١)، وكذا في الاجاره (٢)، وظاهرهم بطلان المهر والبذل والاجاره.

ولكن يظهر من بعض مواضع التذكرة: أنّ الجريان والعموم متسالم عليه بين العامه والخاصه، حيث إنّه قال في مسأله جواز بيع ما يملكه الشخص بغير البيع قبل قبضه: وما يكون ملكاً له ولكن كان بيد الآخر بيد ضمان بالقيمه أى بضمان اليد كالعاريه المشروط فيها ضمان المستعير، أو المضمونه لتفريط المستعير، أو غيره أنه يجوز البيع لتمام ملك البائع.

وهكذا بالاضافه إلى المضمون بالعوض كمال الصلح والأجره المعينه لما ذكر من تمام ملك البائع وإن لم يقبض المال. وقال الشافعي: لا- يصح البيع في المضمون بالعوض لاحتمال انفساخ ذلك الضمان بالعوض أى تلك المعامله بتلف المال قبل قبضه (٣)، انتهى.

وظاهر تعليل عدم الجواز باحتمال حدوث الانفساخ في المعاوضه بتلف المال قبضه يعطى أنّ الانحلال بالتلف قبل القبض متسالم عليه في المعاوضات.

ص: ٤٥٦

١- (١) المبسوط ٤: ٣٥٥، والشرائع ٣: ٥١، والمسالك ٩: ٣٩٨، والجواهر ٣٣: ٣١.

٢- (٢) راجع المبسوط ٣: ٢٢٢ ٢٢٣، والشرائع ٢: ١٨٣، وانظر تفصيل ذلك في مفتاح الكرامه ٧: ٩١.

٣- (٣) التذكرة ١: ٤٧٥.

مسأله: لو تلف بعض المبيع قبل قبضه [١] فإن كان ممّا يقسّط الثمن عليه انفسخ البيع فيه فيما يقابله من الثمن، لأنّ التالف مبيع تلف قبل قبضه، فإنّ البيع يتعلّق بكل جزء، إذ البيع عرفاً ليس إلّا التمليك بعوض، وكلّ جزء كذلك. نعم، إسناد البيع إلى جزء واحد مقتصرّاً عليه يوهّم انتقاله بعقد مستقلّ، ولذا لم يطلق على بيع الكل «البيوع المتعدده».

وكيف كان فلا إشكال ولا خلاف في المسأله.

الشرح:

أقول: لا- دلالة في التعليل المزبور على أنّ انحلال المعاوضه بتلف المال قبل القبض متسالم عليه عندنا أيضاً، بل وعند غير الشافعي، فانه كما يحتمل أن يكون الوجه لجواز البيع عند العلامه الملك مع الالتزام بانحلال المعاوضه كذلك يحتمل ان يكون تمام الملك بمعنى حصوله مع عدم انحلال المعاوضه.

نعم لا يبعد عموم القاعده في التلف قبل القبض لما أشرنا من جريان السيره عليها.

[١] لو تلف بعض المبيع قبل قبضه فان كان البعض مما يقسط عليه الثمن كالمّن من الحنطه فيما إذا تلف بعضه فلا ينبغي الريب في بطلان البيع بالاضافه إلى ذلك التالف باعتبار كونه مبيعا قد تلف قبل قبضه، ويصحّ بالاضافه إلى بعضه الباقي، فإنه مبيع لمن يتلف قبل قبضه، غايه الأمر يثبت لكل من البائع والمشتري خيار الفسخ بالاضافه إلى بيع الباقي لتبعض الصفقه.

لا- يقال: نعم بيع الكل ينحل إلى بيع أجزائه الخارجيه بعضا كما في بيع مثل المّن من الحنطه، ولكن بيع الجزء الخارجى يكون من البيع الضمنى، لا الاستقلالى نظير وجوب كلّ جزء من أجزاء الكل، فأنه كما يكون ضمنيا كذلك يبعه فى ضمن الكل.

والحكم المجعول فى الخطاب على بيع شىء ظاهره ترتبه عليه فيما إذا كان

وإن كان الجزء مما لا يتقسط عليه الثمن كيد العبد، فالأقوى أنه كالوصف الموجب للتعيب. فإن قلنا بكونه كالحادث قبل العقد، فالمشتري مخير بين الرد والأرش، وإلا كان له الرد فقط، بل عن الإيضاح: أن الأرش هنا أظهر، لأن المبيع هو مجموع بدن العبد، وقد نقص بعضه، بخلاف نقصان الصفه. وفيه تأمل. بل ظاهر الشرائع عدم الأرش هنا مع قوله به في العيب، فتأمل.

الشرح:

استقلالياً، ولذا لا يطلق على بيع الكل البيوع المتعدده.

فإنه يقال: انحلال البيع في موارد تقسيط الثمن من قبيل انحلال الحكم في خطاب العام الاستغراقي، لا من قبيل الوجوب الضمني في العام المجموعى أو الواجب الارتباطى.

والحاصل: أنه يكون الشيء في موارد تقسيط الثمن عليه مبيعاً حصل بيعه وبيع الآخر بإنشاء واحد، ومقتضى مناسبة الحكم والموضوع أن الانحلال حكم لتلف المبيع سواء كان بيعه بإنشاء مستقل أم لا، نظير ما ذكر في خيار الحيوان من أنه لو باع الحيوان مع غيره بصفقه يثبت الخيار في شراء الحيوان إلى ثلاثة أيام، بخلاف ما إذا بيع حيوان مع حيوان آخر بصفقه واحده، فإنه يثبت في ذلك البيع خيار واحد، حيث إن ظاهر خطاب خيار الحيوان ثبوت خيار واحد في إنشاء واحد بالإضافة إلى بيع الحيوان سواء كان الحيوان متعدداً أم واحداً.

وإن لم يكن التالف مما يقسط عليه الثمن ولو فرض تقسيطه على جزئه المشاع كما في ثمن العبد، فإنه لا يقسط على أعضائه، ويكون تلف يد العبد مثلاً قبل قبضه نظير ما كان للعبد يد واحده قبل بيعه ويعد ذلك عيباً.

ويبقى الكلام في حكم العيب الحادث في المبيع بعد بيعه وقبل قبضه، ويجرى هذا الكلام في العيب الحادث في الأيام التي يكون المبيع فيها في ضمان البائع، كأيام

وكيف كان، فالمهم نقل الكلام إلى حكم العيب الحادث قبل القبض. والظاهر المصرح به في كلام غير واحد: أنه لا خلاف في أن للمشتري الرد. وأمّا الخلاف في الأرش، ففي الخلاف عدمه، مدّعياً عدم الخلاف فيه، وهو المحكى عن الحلّي وظاهر المحقّق وتلميذه كاشف الرموز، لأصالة لزوم العقد وإنّما ثبت الردّ لدفع تضرّر المشتري به. وعن النّهاية: ثبوته، واختاره العلّامة والشهيدان والمحقّق الثاني وغيرهم، وعن المختلف: نقله عن القاضي والحلي، وعن المسالك: أنه المشهور. واستدلّوا عليه: بأنّ الكلّ مضمون قبل القبض، فكذا أبعاضه وصفاته. وأورد عليه: بأنّ معنى ضمان الكلّ انفساخ العقد ورجوع الثمن إلى المشتري والمبيع إلى البائع، وهذا المعنى غير متحقّق في الوصف، لأنّ انعدامه بعد العقد في ملك البائع لا يوجب رجوع ما قابله من عين الثمن، مع أنّ الأرش لا يتعيّن كونه من عين الثمن.

الشرح:

الخيار المختص للمشتري، فهل يكون التلف المزبور موجبا لثبوت خيار للفسخ للمشتري، أو يكون الثابت الأرش فقط، أو يثبت للمشتري التخيير بين الرد والأرش، نظير العيب البائع قبل قبضه سواء تلف كله أو بعضه أو وصفه.

لا- يقال: ما ورد في ضمان البائع بالتلف قبل القبض ظاهره تلف العين، ومعنى ضمانه رجوع العين إلى ملكه قبل تلفه بزمان، فينحل البيع ويرجع تمام الثمن في فرض تلف المبيع كله، أو بعضه في فرض تلف بعضه إلى ملك المشتري.

وهذا بخلاف تلف الوصف، فإنّ الوصف لا يقابل بشيء من الثمن ليفرض عند تلفه انحلال البيع بالإضافة إلى الوصف.

نعم، يقع بازائه ما يعم غير الثمن، حيث إنّ الأرش لا يتعيّن أن يكون من الثمن.

فانه يقال: لو صحّ هذا الاعتراض فلازمه عدم جواز مطالبه المشتري بجزء من الثمن، وأمّا جواز المطالبة بما يعم مساويه فهو داخل في الضمان بمعنى انحلال البيع.

ويدفع: بأن وصف الصّحّه لا يقابل بجزء عين من الثمن، ولذا يجوز دفع بدله من غير الثمن مع فقدّه، بل يقابل بالأعمّ منه ومما يساويه من غير الثمن، وحينئذٍ فتلفه على المشتري لا- يوجب رجوع جزء من عين الثمن، بخلاف الكلّ والأجزاء المستقلة في التقويم، فحاصل معنى الضمان في المقامين هو: تقدير التلف المتعلّق بالعين أو الوصف في ملك البائع وأنّ العقد من هذه الجهة كأن لم يكن، ولازم هذا انفساخ العقد رأساً إذا تلف تمام المبيع، وانفساخه بالنسبه إلى بعض أجزائه إذا تلف البعض، وانفساخ العقد بالنسبه إلى الوصف بمعنى فواته في ملكه وتقدير العقد كأن لم يكن بالنسبه إلى حدوث هذا العيب، فكأنّ العيب حدث قبل العقد والعقد قد وقع على عين معيبه، فيجرى فيه جميع أحكام العيب: من الخيار، وجواز التبرّي منه في العقد، وجواز إسقاط الخيار بعده ردّاً وأرشاً. ويؤيد ما ذكرنا: الشرح:

ولكن الصحيح أنّ الأوصاف التي لا تكون مقومه للمبيع لا تقابل في المعامله بشيء، لا من الثمن، ولا من غيره، بل لها دخل في زياده قيمه المبيع، ولذا يجوز للمشتري إمضاء البيع على المعيب بلا أرش.

ولكن عدم انحلال البيع بتلف الوصف وعدم مقابله بشيء لا يلازم عدم ضمان البائع الوصف، لأنّ ضمان البائع معناه تنزيل هذا التلف منزله التلف قبل البيع، وان الأثر المترتب على التلف قبل البيع يترتب على تلفه بعد البيع وقبل قبضه.

وحيث إنّ التلف قبل البيع بالإضافة إلى عين المبيع موجب لعدم انعقاده فيكون التلف المزبور بعده موجبا لانحلاله على ما مرّ.

والتلف قبل البيع في الوصف كان موجبا لخيار الفسخ، أو التخيير بينه وبين الأرش، فيكون تلفه بعد البيع وقبل القبض أيضا كذلك.

ويؤيد أنّ الضمان يعمّ ضمان العين والوصف بضمن معاملتي ما ورد في بعض

من اتحاد معنى الضمان بالنسبة إلى ذات المبيع ووصف صحته، الجمع بينهما فى تلف الحيوان فى أيام الخيار وتعيبه فى صحيح ابن سنان: «عن الرجل يشتري الدابة أو العبد فيموت أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟ قال: على البائع حتى يمضى الشرط». نعم، قد يشكل الحكم المذكور، لعدم الدليل على ضمان الوصف، لأنّ الضمان بهذا المعنى حكم مخالف للأصل يقتصر فيه على محلّ النصّ والإجماع، وهو تلف الكل أو البعض. ولولا الإجماع على جواز الردّ لأشكل الشرح:

أخبار التلف فى زمان الخيار كصحيحه عبد الله بن سنان «عن الرجل يشتري الدابة أو العبد فيموت، أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك، قال: على البائع حتى ينقضى الشرط»<sup>(١)</sup>، والمراد بالحدث النقص الموجب لجواز الفسخ فقط، أو أخذ الأرش أيضا.

لا- يقال: ليس فى البين ما يدل على كون المبيع قبل قبضه فى ضمان البائع ليقال بأنّ المراد بالضمان ما يعم الأوصاف، وأنّ ضمان الوصف نظير ضمانه العين ضمان معاوضى، بل الوارد كون تلف المبيع قبل قبضه على بائعه، وهذا لا يشمل غير تلف العين، وبما أنّ التسالم على ثبوت جواز الفسخ بتلف الوصف فى يد بائعه متحقق يلتزم به، ولكن لا- وجه للالتزام بجواز أخذ الأرش.

وما ذكر فى ذيل معتبره عقبه بن خالد «فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد عليه ماله» يحتمل ضمان المبيع وان ضمانه بعد تخليه بائعه على المشتري ولو كان تلفه قبل وصوله إلى يده.

وعلى تقدير رجوعه إلى ضمان الثمن، فالضمان بمعنى وجوب الرد بقريته فرض تلف المبيع وبقاء الثمن أو كونه على العهد، ولذا ذكرنا أنّ الضمان لفرض تلف المبيع بعد تخليه.

ص: ٤٦١

---

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٤ ١٥ ، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢ .



## حرمه بيع المكيل والموزون قبل قبضه إلا توليه

الحكم به أيضاً، إلا أنه لما استندوا في الرد إلى نفي الضرر قالوا: إن الضرر المتوجه إلى المبيع قبل القبض يجب تداركه على البائع. وحينئذ فقد يستوجه ما ذكره العلامة: من أن الحاجه قد تمس إلى المعاوضه، فيكون في الرد ضرر، وكذلك في الإمساك بغير أرش، فيوجب التخيير بين الرد والأرش، لنفي الضرر. لكن فيه: أن تدارك ضرر الصبر على المعيب يتحقق بمجرد الخيار في الفسخ والإمضاء، كما في سائر موارد الضرر الداعي إلى الحكم بالخيار. هذا، ومع ذلك فقول المشهور لا يخلو عن قوه. هذا كله مع تعيبه بآفه سماويه.

وأما لو تعيب بفعل أحد، فإن كان هو المشتري فلا ضمان بأرشه، وإلا كان له على الجاني أرش جنايته، لعدم الدليل على الخيار في العيب المتأخر إلا أن يكون بآفه سماويه. ويحتمل تخيير المشتري بين الفسخ والإمضاء، مع تضمين الجاني لأرش جنايته بناءً على جعل العيب قبل القبض مطلقاً موجباً للخيار، ومع الفسخ يرجع البائع على الأجنبي بالأرش.

مسأله: الأقوى من حيث الجمع بين الروايات [١] حرمه بيع المكيل

الشرح:

فانه يقال: قد جمع في صحيحه عبدالله بن سنان بين موت العبد والدابه وحدوث الحدث في ثلاثه أيام من خيار الحيوان، وحكم بأن الضمان فيها على البائع، وإذا كان ضمان البائع بالإضافة إلى التلف من الضمان المعاوضى فيكون ضمانه الوصف أيضاً كذلك.

ولا يحتمل الفرق في هذا الضمان بين كونه أيام خيار الحيوان، أو كونه قبل القبض كما لا يخفى.

[١] الأظهر بحسب الروايات عدم جواز بيع المكيل والموزون قبل قبضه إلا توليه.

والموزون قبل قبضه إلا توليه، لصحيحه ابن حازم المرويه في الفقيه: «إذا اشترت متاعاً فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه، إلا أن توليه، فإن لم يكن فيه كيل أو وزن فبعه». وصحيحه الحلبي في الكافي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «في الرجل يبتاع الطعام، ثم يبيعه قبل أن يكتاله؟ قال: لا يصلح له ذلك». وصحيحته الأخرى في الفقيه، قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن قوم اشتروا بزاً، فاشتركوا فيه جميعاً، ولم يقتسموا، أيصلح لأحد منهم بيع بزه قبل أن يقبضه ويأخذ ربحه؟ قال: لا بأس به، وقال: لأن هذا ليس بمنزله الطعام، لأن الطعام يكال» بناءً على أن المراد ما 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.

الشرح:

ففي صحيحه منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: إذا اشترت متاعاً فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه إلا أن توليه، فإذا لم يكن فيه كيل أو وزن فبعه» (١).

وفي صحيحه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام «أنه قال في الرجل يبتاع الطعام ثم يبيعه قبل أن يكال قال: لا يصلح له ذلك» (٢).

وفي صحيحته الأخرى «قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن قوم اشتروا بزاً فاشتركوا فيه جميعاً ولم يقتسموه، أيصلح لأحد منهم بيع بزه قبل أن يقبضه، قال: لا بأس به، وقال: إن هذا ليس بمنزله الطعام أن الطعام يكال» (٣).

بناءً على أن المراد قبل أن يقبضه من البائع، فإنه لو أريد قبض حصته من الشركاء فلا يدل على حكم المقام، لأن قبض أحد الشركاء المأذون من الباقيين يكفي في

ص: ٤٦٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٦٥ ، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١ .

٢- (٢) المصدر : ٦٦ ، الحديث ٥ .

٣- (٣) المصدر : ٦٧ ٦٨ ، الحديث ١٠ .

وروايه معاويه بن وهب، قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يبيع البع قبل أن يقبضه؟ فقال: ما لم يكن كيل أو وزن فلا يبعه حتى يكيه أو يزنه، إلا أن يوليه بالذى قام عليه». وصحيحه منصور فى الفقيه، قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى مبيعاً ليس فيه كيل ولا وزن، أله أن يبيعه مرابحه قبل أن يقبضه ويأخذ ربحه؟ قال: لا بأس بذلك ما لم يكن كيل أو وزن، فإن هو قبضه كان أبرأ لنفسه». وصحيح الحلبي: «فى الرجل يبتاع الطعام أ يصلح يبعه قبل أن يقبضه؟ قال: إذا ربح لم يصلح حتى يقبضه وإن كان توليه فلا بأس». وخبر حزام المروى عن مجالس الطوسى، قال: «ابتعت طعاماً من طعام الصدقه، فأربحت فيه قبل أن أقبضه، فأردت يبعه فسألت النبى صلى الله عليه وآله، فقال: لا تبعه حتى تقبضه». ومفهوم روايه خالد بن حجاج الكرخى قال: «قلت لأبى عبدالله عليه السلام: أشتري الطعام إلى أجل مسمى، فيطلبه التجار منى بعدما اشترت قبل أن أقبضه؟ قال: لا بأس أن تبيع إلى أجل، كما اشترت» الشرح:

القبض.

ولا يبعد كون المراد القبض من بئعه، حيث إنه لو كان المبيع طعاما يجوز لمشتريه يبعه وهو فى يد شريكه المأذون.

وصحيحه معاويه بن وهب المعبر عنها فى عباره المصنف قدس سره بالروايه قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يبيع البع قبل أن يقبضه، فقال: ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيه أو تزنه، إلا أن توليه الذى قام عليه» (١).

وفى معتبره منصور بن حازم قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى يبعاً ليس فيه كيل ولا وزن، أله أن يبيعه مرابحه قبل أن يقبضه ويأخذ ربحه؟ فقال: لا بأس

ص: ٤٤٤

والمراد تأجيل الثمن، وقوله: «كما اشترت» إشاره إلى كون البيع توليّه فيدلّ على ثبوت البأس في غير التولية. ومصحّحه على بن جعفر عن أخيه: «عن الرجل يشتري الطعام يصلح بيعه قبل أن يقبضه؟ قال: إذا ربح لم يصلح حتى يقبض، وإن كان توليّه فلا بأس» وفي معناها روايته الأخرى. خلافاً للمحكي عن الشيخين في المقنعه والنهايه والقاضى والمشهور بين المتأخرين، فالكراهه، لروايات صارفه لظواهر الروايات المتقدمه إلى الكراهه، مثل ما فى الفقيه فى ذيل روايه الكرخى المتقدمه: «قلت لأبى عبدالله عليه السلام: أشتري الطعام من الرجل، ثم أبيع من رجل آخر قبل أن أكتماله، فأقول له: ابعث وكيلك حتى يشهد كيله إذا قبضته؟ قال: لا بأس». وروايه جميل بن درّاج عن أبى عبدالله عليه السلام «فى الرجل يشتري الطعام ثم يبيعه قبل أن يقبضه؟ قال: لا بأس، ويوكل الرجل المشتري من يكيه ويقبضه».

الشرح:

بذلك ما لم يكن كيل ولا وزن، فان هو قبضه فهو أبرأ لنفسه»(١).

وصحيحه على بن جعفر عليه السلام «عن الرجل يشتري الطعام يصلح بيعه قبل أن يقبضه؟ قال: إذا ربح لم يصلح حتى يقبض، وان كان يوليّه فلا بأس»(٢).

وفى روايه حزام بن حكيم بن حزام المرويه فى المجالس، «قال: ابتعت طعاما من طعام الصدقه، فأربحت فيه قبل أن أقبضه، فأردت بيعه، فسألت النبى صلى الله عليه وآله، فقال: لا تبعه حتى تقبضه»(٣).

وفى روايه ابن الحجاج الكرخى قال: «قلت لأبى عبدالله عليه السلام: أشتري الطعام إلى

ص: ٤٤٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٦٩ ، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٨ .

٢- (٢) المصدر : ٦٧ ، الحديث ٩ .

٣- (٣) الأمالى للطوسى : ٣٩٩ ، الحديث ٨٩١ ، وعنه الوسائل ١٨ : ٧٠ ، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢١ .

وهذه الروايات مطلقة يمكن حملها على التولية، وهو أولى من حمل تلك الأخبار على الكراهة، مع أن استثناء التولية حينئذٍ يوجب نفى الكراهة فيها، مع أن الظاهر عدم الخلاف في الكراهة فيها أيضاً بين أرباب هذا القول وإن كانت أخف. ومن ذلك يعلم ما في الاستئناس للجمع بالكراهة بخبر أبي بصير: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى طعاماً، ثم باعه قبل أن يكيّله؟ قال: لا- يعجبني أن يبيع كيلاً- أو وزناً قبل أن يكيّله أو يزنه، إلا أن يويّيه كما اشتراه فلا بأس أن يويّيه كما اشتراه إذا لم يربح به أو يضع، وما كان عنده من شيء ليس بكيل ولا وزن فلا بأس أن يبيعه قبل الشرح:

أجل مسمى، فيطلبه التجار بعد ما اشترته قبل أن أقبضه، قال: لا بأس أن تبع إلى أجل كما اشترت، وليس لك أن تدفع قبل أن تقبض، قلت: فإذا قبضته جعلت فداك فلي أن أدفعه بكيّله؟ قال: لا بأس إذا رضوا»<sup>(١)</sup>.

وذكر المصنف رحمه الله: أن المراد بالاشتراء إلى أجل بنحو النسيئة بقرينه السؤال عن بيعه بعد شرائه قبل قبضه، ومقتضى تقييد نفى البأس بقوله «كما اشترت» ثبوت البأس في بيعه بغير التولية.

أقول: الرواية كما قبلها ضعيفه لعدم توثيق ابن الحجاج، مع أنه لم يظهر أن الشراء كان بالبيع نسيئته، بل يحتمل الشراء بنحو السلف، ولم يثبت عدم التعبير عن السلف والسلم بشراء الشيء إلى أجل.

وفي روايه إسماعيل بن عمر: أنه كان له على رجل دراهم، فعرض عليه الرجل أن يبيعه بها طعاماً إلى أجل... الخ<sup>(٢)</sup>.

ثم إنه لا ينبغي الريب في ظهور الأخبار المتقدمه منطوقاً في بعضها ومفهوماً في

ص: ٤٦٦

١- (١) وسائل الشيعة ١٨ : ٦٩ ٧٠ ، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٩ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٨ : ٢٩٨ ، الباب ٨ من أبواب السلف، الحديث ١ .

أن يقبضه». بناءً على أن قوله: «لا يعجبني» ظاهر في الكراهه، فإن ذلك يوجب رفع الكراهه رأساً في التولية، لأنه في قوه: «إن ذلك في التولية ليس مما لا يعجبني» مع أن القائلين بالكراهه لا يفرقون بين التولية وغيرها في أصل الكراهه وإن صرح الشرح: بعضها الآخر في عدم جواز بيع المكيل أو الموزون قبل قبضه، وأن البيع إذا كان بنحو التولية فلا بأس سواء باعه من بائعه أو من غيره.

ولكن في مقابلها روايات يستظهر منها الجواز، فيحمل النهي في الأخبار المتقدمه على الكراهه في مقام الجمع.

منها: روايه خالد بن الحجاج الكرخي قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام أشتري الطعام من الرجل ثم أبيع من رجل آخر قبل أن أكتاله، فأقول: ابعث وكيلك حتى يشهد كيله إذا قبضته، قال: لا بأس»<sup>(١)</sup>.

وفي روايه جميل بن دراج عن أبي عبدالله عليه السلام «في الرجل يشتري الطعام ثم يبيعه قبل أن يقبضه، قال: لا بأس، ويوكل الرجل المشتري منه يقبضه وكيله قال: لا بأس»<sup>(٢)</sup>. ونحوها روايه إسحاق المدائني<sup>(٣)</sup>.

ولكن لا يخفى أنها مع الغمض عن ضعف اسنادها مطلقه من حيث كون البيع قبل القبض بنحو بيع التولية أو غيره، فيرفع عن الإطلاق بالمنع الوارد في الروايات المعتمده المتقدمه عن البيع بغير التولية.

ولكن ربما يحمل الأخبار المتقدمه المانعه على الكراهه بقريته روايه أبي بصير

ص: ٤٦٧

---

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٤٦ ، الباب ٥ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٩ و ١٨ : ٦٥ ، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ٦٦ ، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٦ .

٣- (٣) المصدر : الحديث ٧ .

بعضهم بكونها فى التوليه أخفّ. وربما يستدل على الجواز بصحيحتى الحلبى وابن مسلم فى جواز بيع الثمره المشتره قبل قبضها. لكن لا يبعد إرادته الثمره على الشجره، فيخرج عن المكيل والموزون.

الشرح:

قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى طعاما ثم باعه قبل أن يكيه، قال: لا يعجبني أن يبيع كيلاً أو وزناً قبل أن يكيه أو يزنه، إلا أن يوليه، كما اشتره إذا لم يربح فيه أو يضع، وما كان من شيء عنده ليس بكيل ولا وزن فلا بأس أن يبيعه قبل أن يقبضه» (١).

فان التعبير بعدم الإعجاب ظاهر فى صحه البيع المزبور وكراهته.

ولكن نوقش فى هذا الحمل بأن الكراهه عندهم لا تختص بالبيع بغير التوليه، بل يجرى فيها أيضاً، وإن كانت الكراهه فى التوليه أخفّ.

أقول: لو كانت ظاهره فى الكراهه المصطلحه فلا يوجب رفع اليد عن ظهور الأخبار المتقدمه لضعف سندها، ولم يثبت الكراهه فى بيع التوليه.

ويبقى فى البين صحيحه الحلبى عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يشتري الثمره ثم يبيعها قبل أن يأخذها، قال: لا بأس به، إن وجد بها ربحاً فليبع» (٢).

وفى صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام أنه قال «فى رجل اشترى الثمره ثم يبيعها قبل أن يقبضها قال: لا بأس» (٣).

ولكن لا يمكن رفع اليد بهما عن ظهور الأخبار المتقدمه فى المنع، فإنه لو لم نقل بانصرافهما إلى بيع الشيء على الشجره، كما لا يبعد ذلك بملاحظه الأخبار الوارده فى بيع الثمار، فلا ينبغى الريب فى أن صحيحه محمد بن مسلم مطلقه من حيث كونها على

ص: ٤٦٨

١- (١) المصدر: ٦٩، الحديث ١٦.

٢- (٢) المصدر: ٦٥ ٦٦، الحديث ٤.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨: ٢٢٥ ٢٢٦، الباب ٧ من أبواب بيع الثمار، الحديث ٣.

## الشرح:

الشجره، ومن حيث كونها بنحو التوليه، كما أنّ صحيحه الحلبي مطلقه من حيث كونها على الشجره أم لا. ولكن يعارضهما موثقه سماعه «قال: سألته عن بيع الطعام أو الثمره وقد كان اشتراها ولم يقبضها قال: لا حتّى يقبضها، إلا أن يكون معه قوم يشاركهم، فيخرجه بعضهم من نصيبه من شركته بربح، أو يولّيه بعضهم فلا بأس»<sup>(١)</sup>.

فإن مقتضاها عدم جواز الثمره، إلا بنحو التوليه، أو بربح فيما كان البيع بنحو التشريك، ويحمل هذه على الثمره المقطوعه.

فان مثل معتبره منصور قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل اشترى بيعا ليس فيه كيل ولا وزن إلى أن قال: لا بأس بذلك ما لم يكن كيل ولا وزن»<sup>(٢)</sup>، مقتضاها جواز بيع غير المكيل والموزون قبل القبض سواء كان ثمره على الشجره أو غيرها.

ومقتضى موثقه سماعه عدم جواز بيع الثمره قبل قبضها بالمرابحه سواء كانت على الشجره أم لا، فيتعارضان في الثمره على الشجره، ويؤخذ بالمعتبره لموافقتهما للكتاب العزيز من قوله سبحانه «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»<sup>(٣)</sup> فتكون النتيجة جواز بيع الثمره على الشجره قبل قبضها.

وأما إذا كانت الثمره مقطوعه فلا يجوز بيعها قبل قبضها إلا بنحو بيع التوليه أو التشريك في النصيب بالمرابحه، فتكون الموثقه بعد هذا أخصّ مطلقا بالإضافه إلى صحيحتي الحلبي<sup>(٤)</sup> ومحمد بن مسلم<sup>(٥)</sup> كما لا يخفى.

ص: ٤٦٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٦٨ ٦٩ ، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٥ .

٢- (٢) المصدر : ٦٩ ، الحديث ١٨ .

٣- (٣) سوره البقره : الآيه ٢٧٥ .

٤- (٤) و (٥) مرّ آنفاً .



وربما يستأنس للجواز بالأخبار الواردة في بيع السلم على من هو عليه [١] بناءً على عدم الفرق بين المسألتين. وفيه تأمل، لعدم ثبوت ذلك، بل الظاهر أنّ محلّ 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

الشرح:

[١] وحاصل الاستئناس للجواز: أنّ الأخبار الواردة في بيع السلم على المسلم إليه أي بائعه يوجب الجواز في المسألة، ووجهه: أنّه قد ورد في تلك الأخبار جواز بيع الطعام المسلم فيه من بايعه ثانياً، وإذا جاز بيع الطعام المزبور من بائعه جاز المكييل أو الموزون في مسألتنا قبل قبضه من بايعه أو من غيره، حيث لا يحتمل جواز بيع المسلم فيه من بايعه قبل القبض، ولا يجوز بيع المكييل أو الموزون قبل قبضهما.

وفيه: أنّه يمكن الالتزام بجواز بيع المسلم فيه على بائعه قبل قبضه قبل حلول الأجل أو بعده، بخلاف غير السلم أي المكييل أو الموزون في مسألتنا بأن لا يجوز بيع المكييل أو الموزون قبل قبضهما من غير بايعهما.

وأما بيع المكييل أو الموزون من بائعهما قبل قبضهما فهذه مسألة أخرى كما جعل العلامة (١)، حيث ذكر: أنّ بيع الشيء قبل قبضه من غير بائعه جائز عند جماعه وممنوع عند أخرى، وأمّا بيعه من بائعه فجائز عند الجماعه الأولى، ومختلف فيها عند الثانية.

وبالجملة: غايه ما يستفاد ممّا ورد في السلم جواز بيع المكييل أو الموزون من بائعهما قبل قبضهما، وأمّا بيعهما من شخص آخر فلا يستفاد الجواز.

ويظهر أيضاً من كلام القائلين بجواز بيع السلم على بائعه قبل قبضه ومن كلام القائلين بعدم جواز بيع المكييل أو الموزون قبل قبضهما أنّ مورد الجواز في السلم غير

ص: ٤٧٠

المقبوض على بئعه مسأله أخرى ذكرها بعد مسألتنا وفروعها، وذكر: أن المجوزين في المسأله الأولى جزموا بالجواز هنا، واختلف المانعون فيها هنا. ومن العجب ما عن التنقيح: [١] من الإجماع على جواز بيع السلم على من هو عليه مع إجماع المبسوط على المنع عن بيع السلم قبل القبض، مصرحاً بعدم الفرق بين المسلم إليه وغيره. ثم إن صريح التحرير والدروس: الإجماع على الجواز في غير المكيل والموزون، مع أن المحكى في التذكرة عن بعض علمائنا القول بالتحريم مطلقاً، الشرح:

مورد المنع في مسألتنا، وأن مورد الجواز في الأول البيع من بئعه، ومورد المنع في الثاني البيع من غيره.

ثم لا يخفى أن مورد الجواز في السلم في بيعه من بايعه ثانياً ما إذا كان الثمن في البيع الثاني من غير جنس الثمن الأول، وأما إذا كان بجنس الثمن الأول فلا يجوز بيعه إلا برأس المال سواء كان قبل حلول الأجل أو بعده فلاحظ الروايات الواردة فيها، كما أنه لا يجوز فيه بعد حلول الأجل البيع من غيره بغير التولية إلا بعد القبض فيما كان المسلم فيه مكيلاً أو موزوناً، وأما إذا كان من غير المكيل والموزون فيجوز بعد حلول الأجل بالتولية أو بغيرها.

[١] يعنى بعدما ذكر العلامة رحمه الله (١): أن بيع غير المقبوض من بئعه مورد الخلاف عند المانعين عن بيعه من غير بايعه، لا يتم للتنقيح (٢) دعوى الإجماع على جواز بيع السلم على من هو عليه.

ولا يناسبه أيضاً كلام الشيخ رحمه الله حيث ذكر في المبسوط (٣) الإجماع على عدم

ص: ٤٧١

١- (١) راجع التذكرة ١ : ٤٧٥ .

٢- (٢) التنقيح الرائع ٢ : ١٤٥ .

٣- (٣) المبسوط ٢ : ١٢١ .

ونسبه في موضع آخر إلى جماعه منّا. وصريح الشيخ في المبسوط اختيار هذا القول، قال في باب السلم: إذا أسلف في شيء فلا يجوز أن يشرك فيه غيره ولا أن يولّيه، لأنّ 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 إن لم يكن قبض المبيع، فلا يصحّ الشركه ولا التوليه، وإن كان قد قبضه صحّت الشركه والتوليه فيه بلا خلاف. وقد روى أصحابنا جواز الشركه فيه والتوليه قبل القبض. ثم إن المحكى عن المهذب البارع عدم وجدان العامل بالأخبار المتقدمه المفصله بين التوليه وغيرها. وهو عجيب، فإن التفصيل حكاه في التذكره قولاً خامساً في المسأله لأقوال علمائنا، وهي الكراهه مطلقاً والمنع مطلقاً والتفصيل بين المكيل والموزون وغيرهما، والتفصيل بين الطعام وغيره بالتحريم والعدم وهو قول الشيخ في المبسوط مدّعياً عليه الإجماع وبالكراهه والعدم. وهنا سادس اختاره في التحرير وهو: التفصيل في خصوص الطعام بين التوليه وغيرها بالتحريم والكراهه في غيره من المكيل والموزون. والمراد بالطعام يحتمل أن يكون مطلق ما أعدّ للأكل، كما قيل: إنّه موضوع له لغه. ويحتمل أن يكون خصوص الحنطه والشعير، بل قيل: إنّه معناه شرعاً، وحكى عن فخر الدين نقله عن والده، وحكى اختياره عن بعض المتأخرين. وعن الشهيد: أنه حكى عن التحرير أنّه الحنطه خاصّه، وحكى عن بعض أهل اللغه.

ثم إنّ الظاهر أنّ أصل عنوان المسأله [١] مختص بالمبيع الشخصى، كما يظهر

الشرح:

جواز بيع السلم قبل قبضه، مع تصريحه بعدم الفرق بين بائعه أم من غيره.

[١] ليس في البين وجه صحيح لاختصاص الحكم في المسأله بالمبيع الشخصى بعد فرض كون المستند في المسأله للمنع أو الكراهه هي الأخبار.

من الاستدلال فى التذكرة للمانعين بضعف الملك قبل القبض، لانفساخه بالتلف وكون المبيع مضموناً على البائع، فولايه المشتري على التصرف ضعيفه. وذكر فى التذكرة الكلى الغير المقبوض فى فروع المسأله، وقال: المبيع إن كان ديناً 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 الشافعى، انتهى.

الشرح:

نعم من يكون المستند له فى المنع هو الوجه الاستحسانى يعنى ضعف الملك قبل القبض باعتبار كونه معرض الزوال بتلف المبيع، فلا اختصاص الوجه بالمبيع الشخصى، وعدم جريانه فى المبيع الكلى يتعين التخصيص.

ثم بناءً على عدم الجواز فى المكيل والموزون فى بيعهما قبل قبضهما بغير التوليه، كما هو مقتضى الجمع بين الروايات يكون عدم الجواز لكونه فى المعامله وضعياً، فيحكم بطلان البيع المزبور.

وحمله على الحكم التكليفى يحتاج إلى قرينه، كما هو الحال فى جميع موارد النهى عن البيع وسائر المعاملات.

أقول: اعتبار التقابض فى المجلس فى بيع الصرف لا يوجب اعتبار قبض الثمن قبل البيع، بحيث يبطل بيع الصرف ببيع الثمن قبل قبضه.

ولو فرض أن البائع الذى له الدنانير على المشتري باعها من شخص آخر، ودفعها المشتري المزبور إلى ذلك الشخص قبل افتراق البائع وذلك الشخص تم بيع الصرف.

واستدل فى التذكرة (1) على عدم جريان الحكم فى ناحيه الثمن بصحيحه

ص: ٤٧٣

وكيف كان، فلا- فرق في النص والفتوى بناءً على المنع بين المبيع المعين والكلّي، بل ولا- بناءً على الجواز. ثم إنّ ظاهر أكثر الأخبار المتقدّمة المانعه بطلان البيع قبل القبض، وهو المحكى عن صريح العماني، بل هو ظاهر كلّ من عبّر بعدم الجواز الذي هو معقد إجماع المبسوط في خصوص الطعام، فإنّ جواز البيع وعدمه ظاهران في الحكم الوضعي. إلا- أنّ المحكى عن المختلف: أنّه لو قلنا بالتحريم لم يلزم بطلان البيع. لكن صريحه في مواضع من التذكرة وفي القواعد: أنّ محلّ الخلاف الصحه والبطلان.

الشرح:

يعقوب بن شعيب قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع طعاماً بدراهم، فلما بلغ الأجل تقاضاه، فقال: ليس عندي دراهم خذ منّي طعاماً، فقال: لا بأس إنما له دراهمه يأخذ بها ما شاء» (١).

حيث إنّ مقتضى التعليل جواز المعاملة على الدراهم المزبوره قبل قبضها بجعلها ثمناً للطعام أو غيره.

وأورد المصنف رحمه الله على الاستدلال بوجهين:

الأول: أنّ مورد الكلام في المسأله جعل الثمن من الدين المكيل أو الموزون قبل القبض مبيعاً في البيع الثاني، وظاهر الصححه جعل الدراهم في البيع الثاني كالبيع الأول ثمناً.

والثاني: أنّ مدلول الروايه بيع الدراهم على من هي عليه، ولا يدخل فيه بيعها على غيره، وقد تقدّم عدم البأس بالأول، والكلام في المسأله في الثاني.

أقول: لا حاجه في الحكم بالجواز في بيع الثمن الكلّي قبل قبضه إلى هذه الروايه

ص: ٤٧٤

---

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٣٠٧، الباب ١١ من أبواب السلف، الحديث ١٠ .

وبالجملة، فلا ينبغي الإشكال في أنّ محلّ الخلاف في كلمات الأصحاب هو الحكم الوضعي. وينبغي التنبيه على أمور:

الأول: أنّ ظاهر جماعه عدم لحوق الثمن بالمبيع في هذا الحكم، فيصح بيعه قبل قبضه. قال في المبسوط: أمّا الثمن إذا كان معيّناً فإنّه يجوز بيعه قبل قبضه، وإن كان في الذمه فكذلك يجوز، لأنّه لا مانع منه ما لم يكن صيرفاً، فأما إذا كان صيرفاً لا يجوز بيعه قبل القبض. وفي موضعين من التذكرة قوّى الجواز إذا كان الثمن كلياً في الذمه. وهو ظاهر جامع المقاصد في شرح قول المصنف قدس سره: ولو أحال من له طعام من سلم... الخ. واستدلّ عليه في التذكرة بقول الصادق عليه السلام وقد سُئل عن الرجل باع طعاماً بدراهم إلى أجل، فلما بلغ الأجل تقاضاه، فقال: ليس عندي دراهم خذ منّي طعاماً قال: «لا بأس إنّما له دراهمه يأخذ بها ما شاء».

ويمكن أن يقال: إنّ المطلوب جعل الثمن مبيعاً في العقد الثاني، لا ثمناً أيضاً كما هو ظاهر الرواية، مع اختصاصها بالبيع ممّن هو عليه، فلا يعمّ إلاّ بعدم الفصل لو ثبت. وصرّح في أواخر باب السّلم بإلحاق الثمن المعين بالمبيع. ويؤيّدّه تعليل المنع في طرف المبيع بقصور ولايه المشتري لانفساخ العقد بتلفه فإنّه جارٍ في الثمن المعين.

الشرح:

أو غيرها، بل هو مقتضى العمومات وإطلاق حلّ البيع (1).

وأما تعليل المنع بضعف الملك قبل القبض فهو وإن يجر في ناحيه الثمن المعين أيضاً، إلاّ أنّه كما تقدّم وجه استحسانه، وإلاّ لم يجز البيع في غير المكييل والموزون أيضاً قبل القبض، بل كان بيع المكييل والموزون ممنوعاً ولو بالتولية.

ص: ٤٧٥

١- (١) للآيه «أحلّ الله البيع». سورة البقره: الآيه ٢٧٥.

الثانى: هل البيع كناية عن مطلق الاستبدال [١] فلا- يجوز جعله ثمنًا ولا عوضاً فى الصلح ولا أجره ولا وفاءً عمًا عليه، أم يختصّ بالبيع؟ ظاهر عنواناتهم الاختصاص بالبيع. وأظهر منها فى الاختصاص قوله فى التذكرة: الأقرب عندى أنّ النهى به متعلق بالبيع لا بغيره من المعاوضات. وأظهر من الكلّ قوله فى موضع آخر: لو كان لزيد عند عمرو طعام من سَلَم، فقال لزيد: خذ هذه الدراهم عن الطعام الذى لك عندى، لم يجوز عند الشافعى، لأنّه بيع المسلم فيه قبل القبض، والأولى عندى الجواز، وليس هذا بيعاً وإنما هو نوع معاوضه، انتهى. وأصرح من الكلّ تصريحه فى موضع ثالث بجواز الصلح عن المسلم فيه قبل القبض، لأنّه عقد مستقل لا يجب مساواته للبيع فى أحكامه. وقد صرح جامع المقاصد أيضاً فى غير موضع باختصاص الحكم بالبيع دون غيره. وقد تقدّم فى كلامه: أنّه لا يجوز بيع السلم قبل قبضه، ولا الاستبدال به. لكنّ العلامة قد عبّر بلفظ «الاستبدال» فى كثير

الشرح:

[١] قد تعلق النهى فى الروايات ببيع المكيل والموزون قبل قبضهما، ويحتمل أن يكون ذكر البيع فيها لكونه الفرد الغالب فى الاستبدالات، كما يحتمل كون النهى عنه لخصوصيه فيه دون سائرهما، فالمتعين هو الثانى.

وكون البيع هو الفرد الغالب فى الاستبدال ينفع فيما إذا كان فى البين عموم أو إطلاق، ولا أقل من اطمئنان بعدم الخصوصيه، وليس المقام كذلك.

وقد اشكل فى التعدى إلى الثمن، فكيف يتعدى إلى سائر الاستبدالات، وأيضاً المأخوذ فى متعلق النهى بيع ما اشتراه من المكيل والموزون قبل قبضهما.

وأما إذا ملك المكيل أو الموزون بغير الشراء، كالإرث أو الإجاره أو الصلح وغيرها، وأراد بيعه قبل قبضه فلا يدخل هذا فى متعلق النهى فى الروايات، بل مقتضى

من فروع مسأله البيع قبل القبض، مع أنّ ما استدللّ به للمانعين: من قصور ولايه المشتري في التصرف لانفساخ العقد بالتلف، جارٍ في مطلق التصرف فضلاً عن المعاوضه. وقد صرح الشيخ في المبسوط في باب الحواله: بأنّها معاوضه، والمعاوضه على المسلم فيه قبل القبض غير جائزه. وهو وإن رجع عن الصغرى فيما بعد ذلك، لكنّه لم يرجع عن الكبرى. وصرّح في الإيضاح بابتناء الفرع الآتى أعنى إحاله من عليه طعام لغريمه على من له عليه طعام على أنّ الحواله معاوضه أو استيفاء، وأنّ المعاوضه قبل القبض حرام أو مكروه. وإرادته خصوص البيع من المعاوضه ليست بأولى من إرادته مطلق المعاوضه من البيع في قولهم: «إنّ الحواله بيع أو ليست بيعاً» بل هذه أظهر في كلماتهم، وقد صرح الأكثر: بأنّ تراضى المسلم والمسلم إليه على قيمه المسلم فيه من بيع الطعام قبل القبض، فاستدلّوا بأخباره على جوازه. ويؤيده أيضاً قوله في التذكرة: لو كان لزيد طعام على عمرو سيّلاً، ولخالد مثله على زيد، فقال زيد: «أذهب إلى عمرو واقبض لنفسك مالى عليه» لم يصحّ لخالد عند أكثر علمائنا، وبه قال الشافعى وأحمد، لأنّ النبىّ صلى الله عليه وآله نهى عن بيع الطعام بالطعام حتّى يجرى فيه صاعان: صاع البائع وصاع المشتري.

الشرح:

إطلاق حلّ البيع (١) وعموم الوفاء بالعقود (٢) جوازه.

نعم ذكر المصنف رحمه الله أنّه لو انتقل ما اشتراه إلى الوارث قبل قبضه، أو انتقل إلى الزوجه بعنوان الصداق ونحوه، وأراد الوارث أو الزوجه يبعه قبل قبضه فيدخل في متعلّق النهى.

ص: ٤٧٧

١- (١) للآيه «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ». سورة البقره: الآيه ٢٧٥.

٢- (٢) للآيه «... أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...». سورة المائده: الآيه ١.



## هل المنهَى خصوص إيقاع البيع على ما لم يقبض أو يعمّ تشخيص الكلّي به

وسياتى ابتداء هذا الفرع فى كلام جماعه على مسأله البيع قبل القبض. نعم، ذكر الشهيد: أنه كالبيع قبل القبض، وصرّح بابتداء الحكم فيما لو قال للمسلم: «اشترى لى بهذه الدراهم طعاماً واقبضه لنفسك» على حكم البيع قبل القبض.

وكيف كان، فالمسأله محلّ إشكال من حيث اضطراب كلماتهم، إلا أنّ الاقتصار فى مخالفه الأصل على المتيقّن هو المتعيّن. ومنه يظهر جواز بيع ما انتقل بغير البيع من المعاوزات كالصلح والإجاره والخلع كما صرّح به فى الدروس فضلاً عن مثل الإرث والقرض ومال الكتابه والصدّاق وغيرها. نعم، لو ورث ما اشترى ولم يقبض أو أصدقه أو عوّض عن الخلع جرى الخلاف فى بيعه.

الثالث: هل المراد من البيع المنهَى إيقاع عقد البيع [١] على ما لم يقبض، أو ما

الشرح:

ولعلّ نظره رحمه الله إلى روايه معاويه بن وهب قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه، فقال: ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتّى تكيله أو تزنه...» (١) حيث إنّ السؤال فى الروايه يشمل ما إذا كان البيع المزبور من الوارث أو الزوجه.

وأما سائر الروايات فمدلوها نهى المشتري عن أن يبيع ما اشتراه قبل قبضه، ولا يعم ما إذا انتقل المبيع إلى الوارث أو الزوجه، فأراد يبعه قبل قبضه.

أقول: لو قيل بشمول هذه الصحيحه لما إذا كان البائع فى البيع الثانى غير المشتري الأول لما اختصّ المنع بالموارد المزبوره، بل يعم ما إذا وقع الصلح على المبيع قبل القبض، وأراد من انتقل إليه ذلك المبيع يبعه قبل قبضه كما لا يخفى.

[١] إذا كان المكيل أو الموزون معيناً خارجاً، وأراد مشتريه يبعه قبل قبضه فهذا يدخل فى المنهَى عنه فى الأخبار المتقدمه.

ص: ٤٧٨

يعمّ تشخيص الكلّي المبيع به؟ فيكون المنهَى عنه نقل ما لم يقبض بسبب خاص هو البيع، كما لو نهى عن بيع أمّ الولد، أو حلف على أن لا يبيع مملوكه، حيث لا فرق بين إيقاع البيع عليه أو دفعه عن الكلّي المبيع.

ظاهر النصّ والفتوى وإن كان هو الأوّل، بل هو المتعيّن في الأخبار المفصّله بين التولية وغيرها. إلا أن المعنى الثاني لا يبعد عن سياق مجموع الأخبار. وعليه،

الشرح:

وإن أراد مشتريه دفعه وفاءً للبيع على الكلّي في الذمه، كما إذا اشترى صبره خارجيه على أنها كذا وكذا صاعاً، ثمّ باع المشتري من الآخر بنحو الكلّي على العهده مقداراً من الحنطه يساوي تلك الصبره، وأراد أن يأخذ ذلك الآخر الصبره المزبوره من البائع الأوّل، فهل أخذ الآخر تلك الصبره من بيع المكييل أو الموزون قبل قبضه ليكون فاسداً، بأن يبقى المأخوذ في ملك المشتري الأوّل، وملك ذلك الآخر بعد على عهده المشتري الأوّل أو أنّ النهى في الأخبار لا يعمه.

الأظهر عدم العموم، فإنّ الأخذ المزبور وفاءً للبيع الجارى على الكلّي، لا من بيع الصبره قبل قبضها كما لا يخفى.

والحاصل: أن مورد النهى ما إذا صار المبيع المكييل قبل قبضه مبيعاً في بيع آخر.

ويشهد لذلك استثناء بيع التولية في بعض تلك الأخبار، حيث إنّ التولية تتحقّق بإجراء البيع الثاني على ما اشتراه أوّلاً بثمنٍ مساوٍ، فلا يكون إجراء العقد على ما في العهده ولو بثمنٍ مساوٍ للثمن في بيع الصبره من بيع تلك الصبره تولىه.

نعم ربما يكون مناسبه الحكم والموضوع أو غيرها موجباً للظهور في أنّ المنهَى عنه نقل المال بسبب البيع من غير فرق بين كون المال مبيعاً في ذلك البيع أو كونه وفاءً لذلك البيع، كما في النهى عن بيع أمّهات الأولاد، وكما إذا نذر أو حلف على عدم بيع عبده، لا في مثل المقام الذي لم يظهر فيه ملاك الحكم، بل النهى عن بيع المكييل أو

فلو كان عليه سلم لصاحبه، فدفع إليه دراهم وقال: «اشتر لي بها طعاماً واقبضه لنفسك» جرى فيه الخلاف في بيع ما لم يقبض، كما صرح به في الدروس. ولكن في بعض الروايات دلالة على الجواز، مثل صحيحه يعقوب بن شعيب قال: «سألت أبا عبد الله 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». لكن في صحيحه الحلبي قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أسلفته دراهم في طعام فلما

الشرح:

الموزون قبل قبضه يشبه التعبد المحض.

هذا مع ظهور جواز النقل بالوفاء قبل القبض من بعض الروايات، كصحيحه الحلبي التي عبر عنها المصنف قدس سره بصحيحه يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألت 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»<sup>(١)</sup>.

وتقريب الاستدلال: أن مقتضى كون الدراهم ملكاً لمن عليه الأحمال من الرطب أو التمر أن يكون عوض تلك الدراهم أي ما يشتره الدائن ملكاً لمن عليه الأحمال، وقد أذن للدائن أن يملك ما اشتراه قبل قبضه ذلك المبيع.

والحاصل: أن مدلول الصحيحه أنه لا بأس بأن يتعين ما على الشخص من المال في المكيل أو الموزون الذي لم يقبض.

لا يقال: لا دلالة للصحيحه على الجواز، فإن قول المدين للدائن اشتر بهذه، واستوف حَقَّك بمنزله توكيله في الشراء والقبض للمديون ثم الاستيفاء.

فانه يقال: لا دلالة لقول المدين على التوكيل في القبض للمدين أولاً فيما كان ما

ص: ٤٨٠

---

١- (١) وسائل الشيعة ١٨ : ٣١٠ ٣١١ ، الباب ١٢ من أبواب السلف، ذيل الحديث ١ عن الحلبي، والتهذيب ٧ : ٤٢ ، الحديث ١٨٠ عن يعقوب بن شعيب .

حلّ طعامى عليه بعث إلى بدراهم، فقال: اشتر لنفسك طعاماً واستوف حَقَّك، قال: أرى أن يولّى ذلك غيرك وتقوم معه حتّى تقبض الذى لك، ولا- تتولّى أنت شراءه». وفي موثقه عبدالرحمن: «يكون معه غيره يوفيه ذلك». لكن ظاهر الخبرين كراهه مباشرة الشراء من جهة كونه فى معرض التهمه، والمطلوب صحّه الشراء وعدم جواز الاستيفاء.

الشرح:

اشتراه الدائن من العين الخارجيه.

نعم، لا- بأس بالالتزام فى التوكيل على القبض فيما كان ما اشتراه الدائن كلياً، لأنّ تعيّن ذلك الكلى يكون بالقبض للمالك أصالةً أو وكاله ثم الاستيفاء، أو كان قول المدين فى الفرض من إنشاء الحوالة.

ولكن فى صحيحه الحلبي الأخرى قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أسلفه دراهم فى طعام، فلمّا حلّ طعامى عليه بعث الى بدراهم، وقال: اشتر لنفسك طعاماً، واستوف حَقَّك، قال: أرى أن تولّى ذلك غيرك، وتقوم معه حتّى تقبض الذى لك، ولا تتولى أنت شراءه»(١).

وفى موثقه عبدالرحمن بن أبى عبدالله قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أسلف دراهم فى طعام فحلّ الذى له، فأرسل إليه بدراهم، فقال: اشتر طعاماً، واستوف حَقَّك، هل ترى به باسا؟ قال: يكون معه غيره يوفيه ذلك»(٢).

ولكن المراد من الصحيحتين بقرينه الأولى منهما الكراهه لكون شراء الدائن من معرض التهمه هذا أولاً .

ص: ٤٨١

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٣١٠ ٣١١، الباب ١٢ من أبواب السلف، الحديث ١ .

٢- (٢) المصدر : ٣١١، الحديث ٢ .

## إذا كان ما يشتري لإقرار البيع عليه كلياً فهل يدخل في محل الخلاف أم لا؟

ثم إن هذا كله إذا كان الطعام المشتري شخصياً. [١]

وأما إذا وكله في شراء الكلي فلا يجرى فيه ذلك، لأنّ تشخيص ما باعه سيّلاً في الطعام الكلي المشتري موقوف على قبضه ثمّ إقباضه، وبدون ذلك لا يمكن الإيفاء إلا بالحواله أو التوكيل، فتدخل المسألة فيما ذكره في الشرائع وغيرها تبعاً للمبسوط بل نسب إلى المشهور: من أنّه لو كان له على غيره طعام من سيّلم وعليه مثل ذلك، فأمر غريمه أن يكتال لنفسه من الآخر، فإنّه يكره أو يحرم على الخلاف. وقد علّل ذلك في الشرائع: بأنّه قبضه عوضاً عن ماله قبل أن يقبضه صاحبه. وذكر المسألة في القواعد بعنوان الحواله، قال: لو أحال من عليه طعام من سلّم بقبضه على من له عليه مثله من سلم، فالأقوى الكراهه، وعلى التحريم يبطل، لأنّه قبضه عوضاً عن ماله قبل أن يقبضه صاحبه. وبنى في الإيضاح جريان الخلاف في المسألة على أنّ الحواله معاوضه أو استيفاء، وأنّ المعاوضه على مال السيّلم قبل القبض حرام أو مكروه. وأنكر جماعه ممّن تأخر عن العلامة كون هذه المسألة من محلّ الخلاف في بيع ما لم يقبض، بناءً على أنّ الحواله ليست معاوضه فضلاً عن كونها بيعاً، بل هي استيفاء.

الشرح:

وثانياً: مدلولهما المنع عن تولّي الشراء، لا عدم جواز الاستيفاء بعد شراء شخص آخر وقبل قبضه، والكلام في دالتهما على جواز الشراء وعدم جواز الاستيفاء كما لا يخفى.

[١] الكلام في أنّ توكيل الدائن في الشراء لنفسه داخل في متعلق النهي في الأخبار المتقدّمة الناهية عن بيع المكيل أو الموزون قبل قبضهما، أم لا ينحصر في شراء الطعام الشخصي.

وأما إذا اشترى طعاماً بنحو الكلي فلا يكون قبض الدائن ذلك الكلي إلا بوجهين:

أقول: ذلك إمّا وكاله وإمّا حواله، وعلى كلّ تقدير يمكن تعميم محلّ الخلاف لمطلق المعاوضه ويكون البيع كناية عنها، ولذا نسب فيما عرفت من عباره التذكرة المنع في هذه المسألة إلى أكثر علمائنا وجماعه من العامه محتجّين بالنبويّ المانع عن بيع ما لم يقبض، واستند الشيخ رحمه الله أيضاً في المنع إلى الإجماع على عدم جواز بيع ما لم يقبض. وقد عرفت ما ذكره الشيخ في باب الحواله. ولعلّه لذا قال الشهيد في الدروس في حكم المسألة: إنه كالبيع قبل القبض.

الشرح:

أحدهما أن يقع القبض للمديون ثم استيفائه وإقباضه من المديون وكاله، أو يكون قول المدين اشتر واستوف حقك من الحواله إلى ذمه البائع من الدائن.

وكلا التقديرين محكوم بالصحة، حيث إنّ إقباض المكيل أو الموزون في الأول يكون بعد قبضه بالوكاله، والثاني حواله جامعاً لشرائطها.

ولكن تأمل بعض الأصحاب في الثاني، ووجهه أنّ الأخبار وإن كان مدلولها عدم جواز بيع المكيل أو الموزون قبل قبضهما، إلاّ أنّ ذكر البيع بما هو من المعاوضه لا لخصوصيه فيه.

والحواله أيضاً معاوضه حيث ينتقل بها الكلي على المديون من ملك الدائن إلى المديون بازاء ما على عهده البائع، حيث ينتقل إلى ملك الدائن المحال كما لا يخفى، وعليه بما أن ما على البائع غير مقبوض فيكون المعاوضه عليه قبل قبضه.

وأجيب عن ذلك أولاً: بأنّ الحواله ليست معاوضه، بل هي استيفاء، وتعيين لما على المديون فيما له على ذمه الغير بحيث لا يكون للدائن إلاّ مطالبه ذلك الغير، بل لو فرض كون الحواله معاوضه، فليس مطلق معاوضه المكيل أو الموزون قبل القبض مورد النهي، بل الوارد في الروايات النهي عن بيعهما قبل قبضهما، إلاّ بالتولية كما تقدم.

لكنه رحمه الله تعرّض في بعض تحقیقاته لتوجيه إدراج المسأله فی البیع: بأنّ مورد السلم لما كان ماهیه کلیه ثابتة فی الذمه منطبقه علی أفراد لا نهاییه لها، فأی فرد عینه المسلم إلیه تشخص بذلك الفرد وانصبّ العقد علیه، فكأنه لما قال الغريم: «اکتل من غريمی فلان» قد جعل عقد السلم معه وارداً علی ما فی ذمه المستلف منه ولما يقبضه بعد، ولا ريب أنه مملوك له بالبیع، فإذا جعل مورداً للسلم الذي هو بیع يكون بیعاً للطعام قبل قبضه، فيتحقّق الشرطان ويلحق بالباب، وهذا من لطائف الفقه، انتهى. واعترضه فی المسالك: بأنّ مورد السلم ونظائره من الحقوق الثابتة فی الذمه لما كان أمراً کلیاً كان البیع المتحقّق به هو الأمر الكلی، وما يتعين لذلك من الأعیان الشخصیة بالحواله وغيرها ليس هو نفس المبیع وإن كان الأمر الكلی إنما يتحقّق فی ضمن الأفراد الخاصه، فإنها ليست عینه، ومن ثمّ لو ظهر المدفوع مستحقاً أو معیباً يرجع الحقّ إلی الذمه، والمبیع المعین ليس كذلك، وحينئذٍ فانصباب العقد علی ما قبض وكونه حينئذٍ مبیعاً غير واضح، فالقول بالتحريم به عند القائل به فی غيره غير متوجه، انتهى.

أقول: ما ذكره من منع تشخيص المبیع فی ضمن الفرد الخاصّ المدفوع وإن كان حقاً من حيث عدم انصباب العقد علیه، إلاّ أنه یصدق علیه انتقاله إلی المشتري بعقد البیع، فإذا نهى الشارع عن بیع ما لم يقبض نظیر نهیه عن بیع أمّ الولد وعن بیع ما حلف علی ترك بیعه، فإنه لا فرق بین إيقاع العقد علیه وبین دفعه عن الكلی المبیع. لكن یرد علی ما ذكره الشهيد عدم تشخص الكلی بالكلی إلاّ بالحواله الراجعه إلی الاستيفاء أو المعاوضه، وهذا لا یسوّغ إطلاق البیع علی الكلی المتشخص به بحيث یصدق أنه انتقل إلی المحال بناقل البیع. نعم، هذا التوجيه إنما یستقیم فی الفرع المتقدّم عن الدروس وهو: ما إذا أمره بقبض الطعام الشخصی الذي اشتراه للمشتري، فإنّ مجرد قبضه بإذن البائع مشخص للكلی المبیع فی

ضمنه، فيصدق أنه انتقل بالبيع قبل أن يقبض.

ويمكن أن يقال: إنَّ تشخيص الكلي المبيع في الكلي المشتري يكفي فيه إذن البائع في قبض بعض أفراد الكلي المشتري من دون حاجة إلى حواله، فإذا وقع فرد منه في يد المشتري صدق أنه انتقل بالبيع قبل القبض.

وكيف كان، فالأظهر في وجه إدخال هذه المسألة في محلّ الخلاف تعميم مورد الخلاف لمطلق الاستبدال حتّى المتحقّق بالحواله وإن لم نقل بكونها بيعاً. والمسألة تحتاج إلى فضل تتبع، والله الموفّق.

واستدلّ في الحدائق على الجواز [١] بما عن المشايخ الثلاثة بطريق صحيح وموثّق عن عبدالرحمن بن أبي عبدالله قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل عليه كُرٌّ من طعام، فاشترى كُرّاً من رجل آخر، فقال للرجل: انطلق فاستوف كُرّك، قال: لا بأس به».

الشرح:

[١] وتوضيح الحال: أنه قد ظهر ممّا تقدّم أنّ مورد الإشكال ما إذا باع كلياً على العهده سلماً أو حالاً ثم اشترى البائع المزبور من ثالث مثل ذلك المبيع بنحو الكلي على عهده ذلك الثالث، وقال للمشتري الأوّل: خذ مالك عليّ من ذلك الثالث، فإنّ القول المزبور لا بد من كونه بنحو الحواله، أو بنحو التوكيل بأن يكون المشتري الأوّل وكلياً في قبض ما على عهده الثالث للبائع، ثم إقباض المال عنه لنفسه.

والوجه في ذلك أنّ ما على عهده البائع الأوّل يتشخص بالفرد مع قبض مستحقه، لا بالكلي الثابت بدمه الآخر، فيحتاج سقوط المال من عهده البائع الأوّل إلى عقد الحواله أو الوكالة المزبوره.

ولكن نوقش في صحه الحواله بأنّها في مفروض الكلام تستلزم المعاوضه على البيع المكيّل الكلي قبل قبضه، حيث إنّ الحواله في الحقيقة معاوضه بين المالين



وفيه: أنه لا دلالة لها على محلّ الكلام، لأنّ الكلام فيما إذا كان المالكان سيّلمين، ومورد الرواية إعطاء ما اشترى به قبل قبضه وفاءً عن دين لم يعلم أنه سيّلم أو قرض أو غيرهما. وقد استدللّ به في التذكرة على جواز إيفاء القرض بمال السّلم، ولذا قال جامع المقاصد في شرح قوله رحمه الله: «ولو أحوال من له عليه طعام من سيّلم بقبضه على من عليه مثله من سّلم... الخ» فإن قلت: لم اعتبر كون المالكين معاً سّلمين؟ قلت: لأنّ المنع إنّما هو من بيع ما لم يقبض، وإذا كان أحد المالكين سّلماً دون الآخر لم يتعيّن لكونه مبيعاً، لإمكان اعتباره ثمناً، إذ لا معيّن لأحدهما، انتهى. ويمكن أن يقال: إنّ ظاهر الحوالة بناءً على كونها معاوضةً كون المحيل مملّكاً ما له في ذمّه غريمه بإزاء ما لغريمه عليه، فمأله معوّض ومألّ غريمه عوض، فإذا كان ما له على غريمه سيّلماً كفى في المنع عن تملكه بإزاء ما لغريمه عليه، لأنّه من بيع ما لم يقبض، وحينئذ فيتم الاستدلال بالرواية. نعم، لو كان ما عليه سّلماً دون ما له الشرح:

الثابتين في العهدين، فيقع في المسألة المعاوضة بين البائع الأوّل ومشتريه في الكلّي الثابت بعهد البائع بازاء الكلّي الثابت بعهد الثالث.

وبما أنّ المعاوضة بغير التولية وقبل القبض فلا تصحّ، فينحصر صحه الحوالة بكون المالكين على العهدين من غير المكيّل أو الموزون، أو كان منهما ولكن ثبوتهما على العهده بغير البيع والشراء، كما إذا اقترض زيد مناً من الحنطه من بكر، وأقرض عمراً بمنّ آخر، ثم أحوال بكرّاً على عمريّ.

ولكن استدللّ في الحدائق (1) على جواز الحوالة في مسألة ثبوت المكيّل والموزون على العهده بالبيع والشراء بما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح في بعض والموثوق في بعض عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن

ص: ٤٨٦

أمكن خروجه عن المسأله، لأنّ الظاهر هنا كون المسلم ثمناً و عوضاً. وإلى هذا ينظر بقوله فى القواعد والتحرير تبعاً للشرائع : ولو كان المالاين أو المحال به قرضاً صحّ. ولا وجه لاعتراض جامع المقاصد عليه: بأنّه لا وجه لتخصيص المحال به بالذكر مع أنّ العكس كذلك، واستحسان تعبير الدروس بلفظ «أحدهما». ثم قال: وليس له أن يقول: إنّ المحال به شبيه بالمبيع من حيث تخيل كونه مقابلاً بالآخر، إذ ربما يقال: إنّ شبهه بالثمن أظهر، لاقترانه بالباء. وكل ذلك ضعيف، انتهى. وفيه ما الشرح:

رجل عليه كر من طعام، فاشترى كراً من رجل آخر، فقال للرجل: انطلق، فاستوف كرك، فقال لا بأس به»(١).

قال فى الحدائق: وهو ظاهر فى المراد عار عن وصمه الإيراد(٢).

وناقش المصنف قدس سره فى الاستدلال المزبور بأنّه لم يعلم أنّ ما على المديون من الكر من الطعام كان مبيعاً، ولعلّه كان من القرض أو الضمان، كما أنّه لم يعلم بأن المديون جعل فى حوالته الطعام المشتري معوضاً، وما على ذمته عوضاً، بل يحتمل كون ما على ذمته فى الحواله معوضاً، وما على ذمّه البائع منه عوضاً. والمنع عن بيع المكيل أو الموزون والمعاوضه عليهما قبل قبضهما يختص بما إذا كان ذلك المكيل أو الموزون مبيعاً لم يقبض، ولا بأس بجعله ثمناً فى المعامله كما تقدّم.

ولكن استوجه الاستدلال بعد ذلك بأنّ الحواله فعل المديون، والمديون يجعل ما يملكه بدمه الآخر ملكاً لدائنه بازاء ما يملكه الدائن على عهدته، فما يملكه المحيل من المال المحال به معوض، وما يملكه المحتال على المحيل عوض فى تلك

ص: ٤٨٧

١- (١) الكافى ٥ : ١٧٩ ، الحديث ٥ ، والفقيه ٣ : ٢٠٦ ، الحديث ٣٧٧٣ ، والتهذيب ٧ : ٣٧ ، الحديث ١٥٦ ، وعنهم الوسائل ١٨ : ٦٥ ، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢ .

٢- (٢) الحدائق ١٩ : ١٨١ .

لا- يخفى، فإنّ الباء هنا ليس للعرض، وظهور الحوالة فى كون إنشاء التمليك من المحيل لا ينكر. واحتمال كونه متمكناً مال غريمه بمال نفسه كما فى المشتري المقدم لقبوله على الإيجاب بعيد. ويدلّ على هذا أيضاً قولهم: إنّ الحوالة بيع، فإنّ ظاهره كون المحيل بائعاً. ثم إنّ المفروض فى المسألة المذكورة ما لو أذن المحيل للمحال عليه فى اكتياله لنفسه، بأن يأتى بلفظ الإحالة كما فى عبارته القواعد أو يقول له: «اكتل لنفسك» كما فى عبارتى المبسوط والشرائع. أمّا لو وكله فى القبض عن الآذن ثمّ القبض لنفسه فيكون قابضاً مقبضاً، فيبنى على جواز تولّى طرفى القبض، والأقرب صحته، لعدم المانع.

الشرح:

المعاوضه، ولذا يعتبر فى الحوالة المتفق على صحته أن لا يكون المال المحال به من المبيع المكيل أو الموزون.

والحاصل: أنّ احتمال أن يكون ما على عهده المحيل معوضاً، وما لهُ على ذمه المحال عليه عوضاً، بأن يكون فعل المحيل إنشاء تملك ما بذمته بازاء ما لهُ على عهده المحال عليه، ويشبه إنشاء الحوالة بإنشاء الشراء قبل إيجاب البائع، فيكون إنشاء المحال تملكاً ضعيفاً، لأنّه كما ذكرنا أنّ الحوالة ينسب إلى المحيل لا إلى المحال.

أقول: لا يخفى تمام الاستدلال حتّى على عدم كون ما على المحال عليه معوضاً فى الحوالة، فإنّ مقتضى ترك الاستفصال فى الجواب عن كون ما عليه من الكر مبيعاً، أو ثابتاً على عهده بغير البيع جواز الحوالة على كلا- التقديرين، كما أن ترك الاستفصال عن كون ما اشتراه من الكر كلياً على العهده، أو شخصاً خارجياً جواز الحوالة، وجواز إقباض ما اشتراه قبل قبضه.

وأما مسألة التوكيل فى القبض للمديون والإقباض عنه لنفسه فلا ينبغى التأمل فى جوازه، ولا يضرّ اتحاد القبض والقابض، ولو قيل: بعدم جواز اتحاد الموجب

## إذا قال لدائنه: «هذه الدراهم اشتر بهما لنفسك طعاماً»

الرابع: ذكر جماعه أنه لو دفع إلى من عليه طعاماً [١] دراهم وقال: «اشتر بها لنفسك طعاماً» لم يصح، لأن مال الغير يمتنع شراء شيء به لنفسه. ووجهه: أن قضيه المعاوضه انتقال كل عوض إلى ملك من خرج عن ملكه العوض الآخر، فلو انتقل إلى غيره لم يكن عوضاً. ويمكن نقض هذا بالعوض المأخوذ بالمعاطاه على القول بإفادتها للإباحه، فإنه يجوز أن يشتري به شيئاً لنفسه، على ما في المسالك: من جواز جميع التصرفات بإجماع القائلين بصحة المعاطاه. وأيضاً فقد ذكر جماعه منهم العلامه في المختلف وقطب الدين والشهيد على ما حكى عنهما: أن مال الغير المنتقل عنه بإزاء ما اشتراه عالماً بكونه مغصوباً باقٍ على ملكه، ويجوز لبائع الشرح:

والقابل في العقود، مع أنه جائز أيضاً إلا في عقد النكاح في بعض الفروض والله سبحانه هو العالم.

[١] إذا قال لدائنه: «هذه الدراهم اشتر بها لنفسك طعاماً» يكون القول المزبور ظاهراً بقرينه ما هو مرتكز في أذهان أبناء المعاملات أنه يكون المبيع ملكاً لمن يخرج عن ملكه ثمنه في أحد أمرين:

الأول: توكيل الدائن أن يشتري الطعام للمديون، ثم يتملك ما اشتراه عن المديون وفاءً لما بذمه المديون أو حواله، ولذا لا يفرق بين كون ما يشتريه الدائن شخصياً أو كلياً.

الثاني: أن يكون ما يشتريه الدائن لنفسه بأن يكون ثمن ما يشتريه بذمته ويعطى الدراهم المزبوره للبائع وفاءً لدينه بمال الغير، ولكن الشرط في الوفاء لما في ذمته بالدراهم سقوط ما على المديون من الطعام، وهذا أيضاً لا بأس به.

وأما التوكيل في تمليك الدراهم، ثم الاشتراء بها فهو وإن لا بأس به، إلا أنه خارج عن الظهور العرفي للكلام المزبور.

## مطالبه الطعام في غير مكان حدوثه في ذمته وفيها صور ثلاث

ذلك المغصوب التصرف فيه بأن يشتري به شيئاً لنفسه ويملكه بمجرد الشراء. قال في المختلف بعدما نقل عن الشيخ في النهاية: أنه لو غصب مالا واشترى به جاريه كان الفرج له حلالاً، وبعدهما نقل مذهب الشيخ في ذلك في غير النهاية ومذهب الحلبي: إن كلام النهاية يحتمل أمرين: أحدهما: اشتراء الجاريه في الذمه، كما ذكره في غير النهاية. الثاني: أن يكون البائع عالماً بغصب المال، فإن المشتري حينئذ يستيح وطء الجاريه وعليه وزر المال، انتهى. وقد تقدم في فروع بيع الفضولي وفي فروع المعاطاه نقل كلام القطب والشهيد وغيرهما. ويمكن توجيه ما ذكر في المعاطاه بدخول المال آنأ ما قبل التصرف في ملك المتصرف، كما يلزمهم القول بذلك في وطء الجاريه المأخوذه بالمعاطاه. وتوجيه الثاني: بأنه في معنى تمليك ماله مجاناً بغير عوض.

وكيف كان، فالمعاطاه لا تعقل بدون قيام كل عوض مقام معوضه، وإذا ثبت على غير ذلك فلا بد من توجيهه، إما بانتقال أحد العوضين إلى غير مالكة قبل المعاطاه، وإما بانتقال العوض الآخر إليه بعدها. ومن هنا يمكن أن يحمل قوله فيما نحن فيه: «اشتر بدراهمي طعاماً لنفسك» على إرادته كون اللام لمطلق النفع لا للتمليك، بمعنى: اشتر في ملكي وخذه لنفسك، كما ورد في مورد بعض الأخبار السابقه: «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.

مسأله: لو كان له طعام على غيره [١] فطالبه به في غير مكان حدوثه في ذمته،

الشرح:

[١] إذا كان له طعام على غيره وكذا ما كان غير الطعام من سائر المكيل أو الموزون فطالب المديون في غير مكان حدوثه بدمته

ففيه صور:

ص: ٤٩٠

الأولى: أن يكون المال سَلَمًا بأن أسلفه طعاماً في العراق وطالبه بالمدينه مع عدم اشتراط تسليمه بالمدينه، فلا إشكال في عدم وجوب أدائه في ذلك البلد. وأولى بعدم الوجوب ما لو طالبه بقيمه ذلك البلد. ولو طالبه في ذلك البلد بقيمته في بلد وجوب التسليم وتراضيا على ذلك، قال الشيخ: لم يجز، لأنه بيع الطعام قبل قبضه. وهو حسن بناءً على إرادته بيع ما في ذمته بالقيمه، أو إرادته مطلق الاستبدال من البيع المنهى عنه. أما لو جعلنا النهى عن خصوص البيع ولم يحتمل التراضى على خصوص كون القيمه ثمنًا، بل احتمل كونه مثنًا والسَّلَم ثمنًا، فلا وجه للتحريم. لكنّ الإنصاف: ظهور عنوان القيمه خصوصاً إذا كان من النقدين في الثمنيه، فيبنى الحكم على انصراف التراضى المذكور إلى البيع أو القول بتحريم مطلق الاستبدال. وأما إذا لم يرض المسلم إليه، ففي جواز إجباره على ذلك قولان، المشهور كما قيل العدم، لأنّ الواجب في ذمته هو الطعام لا القيمه. وعن جماعه منهم العلامه في التذكرة الجواز، لأنّ الطعام الذى يلزمه دفعه معدوم، فكان كما لو عدم الطعام في بلد يلزمه التسليم فيه.

وتوضيحه: أنّ الطعام قد حلّ والتقصير من المسلم إليه، حيث إنّه لو كان في ذلك البلد أمكنه أداء الواجب بتسليم المال إلى المشتري إن حضر، وإلاّ دفعه إلى وليه ولو الحاكم أو عزله.

وكيف كان، فتعدّر البراءه مستند إلى غيبته، فللغريم مطالبه قيمه بلد الاستحقاق حينئذ. وقد يتوهم أنّه يلزم من ذلك جواز مطالبه الطعام وإن كان أزيد قيمه، كما سيجيء القول بذلك في القرض. ولو كان الطعام في بلد المطالبه مساوياً في القيمه لبلد الاستحقاق، فالظاهر وجوب الطعام عليه، لعدم تعدّر الحق، والمفروض عدم سقوط المطالبه بالغيبه عن بلد الاستحقاق، فيطالبه بنفس الحقّ.

الثانية: أن يكون ما عليه قرضاً، والظاهر عدم استحقاق المطالبة بالمثل مع اختلاف القيمة، لأنه إنما يستحقها في بلد القرض، فالزامه بالدفع في غيره إضرار. خلافاً للمحكي عن المختلف وقواه جامع المقاصد هنا، لكنه جزم بالمختار في باب القرض. وأما مطالبته بقيمه بلد الاستحقاق، فالظاهر جوازها وفاقاً للفاضلين وحكي عن الشيخ والقاضي، وعن غايه المرام: نفى الخلاف، لما تقدم: من أن الحق هو الطعام على أن يسلم في بلد الاستحقاق، وقد تعذر بتعذر قيده لا بامتناع ذى الحق، فلا وجه لسقوطه. غايه الأمر الرجوع إلى قيمته لأجل الإضرار، ولذا لو لم تختلف القيمة فالظاهر جواز مطالبته بالمثل، لعدم التضرر. لكن مقتضى ملاحظته التضرر إناطه بالحكم بعدم الضرر على المقرض أو بمصلحته ولو من غير جهة اختلاف القيمة، كما فعله العلامة في القواعد وشارحه جامع المقاصد. ثم إنه اعترف في المختلف بتعيين قيمه بلد القرض مع تعذر المثل في بلد المطالبة. وفيه تأمل، فتأمل. وظاهر بعض عدم جواز المطالبة لا بالمثل ولا بالقيمة، وكأنه يتفرع على ما عن الشهيد رحمه الله في حواشيه: من عدم جواز مطالبته المقرض المثل في غير بلد القرض حتى مع عدم تضرره، فيلزم من ذلك عدم جواز مطالبته بالقيمة بطريق أولى. ولعله لأن مقتضى «اعتبار بلد القرض»: أن ليس للمقرض إلا مطالبته تسليم ماله في بلد القرض، ومجرد تعذره في وقت من جهة توقفه على مضي زمان لا يوجب اشتغاله بالقيمة، كما لو أخر التسليم اختياراً في بلد القرض، أو احتاج تسليم المثل إلى مضي زمان، فتأمل.

الثالثة: أن يكون الاستقرار من جهة الغصب، فالمحكي عن الشيخ والقاضي: أنه لا يجوز مطالبته بالمثل في غير بلد الغصب. ولعله لظاهر قوله تعالى: «فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ» فإن ما في ذمته هو الطعام الموصوف بكونه في ذلك البلد، فإن مقدار مائته الطعام يختلف باختلاف الأماكن، فإن المالك لمقدار منه في

بلد قد يعدّ غتياً، والمالك لأضعافه في غيره يعدّ فقيراً، فالمماثلة في الصفات موجوده لا في المايه. لكنّه ينتقض بالمغصوب المختلف قيمته باختلاف الأزمان. فإنّ اللازم على هذا عدم جواز مطالبته بالمثل في زمان غلائه.

وحلّه: أنّ المماثلة في الجنس والصفات هي المناط في التماثل العرفي من دون ملاحظه المايه، ولو لا-قاعده «نفي الضرر» وانصراف إطلاق العقد في مسألتى «القرض» و«السلم» لتعين ذلك فيهما أيضاً. ولو تعذّر المثل في بلد المطالبه لزم قيمه ذلك البلد، لأنّ اللازم عليه حينئذ المثل في هذا البلد لو تمكّن، فإذا تعذّر قامت القيمه مقامه. وفي المبسوط وعن القاضي: قيمه بلد الغصب. وهو حسن بناءً على حكمها في المثل. والمعتبر قيمه وقت الدفع، لوجوب المثل حينئذٍ، فتعين بدله مع تعذّره. ويحتمل وقت التعذّر، لأنّه وقت الانتقال إلى القيمه.

وفي المسأله أقوال مذكوره في باب الغصب، ذكرناها مع مبانيها في البيع الفاسد عند ذكر شروط العقد، فليراجع.

الشرح:

الأولى: ما إذا كان الطعام أو غيره بدمته ببيعه سلباً، كما إذا أسلفه طعاماً في بلد من العراق، فطالبه في غير بلد آخر، مع عدم اشتراط التسليم في ذلك البلد الآخر، فإنّه مع عدم الاشتراط يكون مقتضى إطلاق العقد في موارد كون المتاع مختلفه في القيمه بحسب البلاد أو مؤنه النقل انصرافه إلى بلد العقد.

وعلى ذلك فلا ينبغي الريب في أنّه لا يجب على المديون أدائه في ذلك البلد الآخر، وإذا لم يكن للدائن المطالبه بنفس الطعام فيه لم يكن له المطالبه بالقيمه بحسب ذلك البلد الآخر بطريق أولى، فإنّ المطالبه بالقيمه على تقدير جوازه فرع جواز المطالبه بنفس ما على الذمه من المثل.

نعم يقع الكلام في أنّه يجوز للمشتري مطالبه البائع بقيمه الطعام بحسب بلد



## الشرح:

استحقاق التسليم فى ذلك البلد الآخر مع رضا البائع أو بدونه، فإنه يظهر من الشيخ قدس سره (١): أنه لم يجر للمشتري المطالبه بتلك القيمة وتراضيهما بها، فإن التراضى المزبور يدخل فى بيع الطعام قبل قبضه.

وذكر المصنف قدس سره: أن ما ذكر الشيخ قدس سره حسن لو كان المراد من تراضيهما جعل ما على الذمه مبيعاً والقيمة ثمناً، أو كان المراد من بيع المكيل والموزون قبل قبضهما فى الأخبار المنهى عنه مطلق الاستبدال.

وأما إذا كان المراد فى الأخبار المنهى عنه خصوص البيع، ولم يحمل التراضى على جعل القيمة ثمناً وما على الذمه مبيعاً، بل احتمال أن يكون التراضى بكون القيمة مبيعاً وما على الذمه ثمناً فلا بأس بالتراضى على القيمة.

لكن الظاهر من القيمة كونها ثمناً وما على العهده معوضاً فيدخل التراضى المزبور فى الأخبار المنهى عنه.

والحاصل: أن ما ذكر الشيخ من عدم الجواز مبنى على أحد الأمرين: انصراف التراضى المزبور إلى كونه بيعاً لما على العهده بازاء القيمة، أو كون المنهى عنه فى الأخبار المانعه مطلق الاستبدال.

أقول: قد تقدّم أنه يجوز بيع المكيل والموزون قبل قبضهما من بائعهما غايه الأمر يعتبر أن يكون العوض من غير جنس الثمن الأول، ومع اتحاد الجنس يعتبر عدم اختلاف الثمنين بالزيادة.

والأخبار المنهى فيها عن بيع المكيل والموزون قبل قبضهما إلا بالتولية ناظره

ص: ٤٩٤

## الشرح:

إلى بيعهما من غير بائعهما.

هذا بالإضافة إلى صورته التراضى على أخذ القيمة، وأما مع عدم رضا من عليه المال فلا يجوز للمشتري إلا الصبر والتسلم بالمال فى بلد التسليم، أو فسخ الشراء والمطالبة بثمنه، كما هو الحال فى تعذر التسليم فى السلم. وهذا فيما حُسِبَ تأخير التسليم إلى بلد الاستحقاق لطول زمانه تخلفاً لشرط التسليم فى زمان الاستحقاق كما لا يخفى.

والحاصل: أنه لم يثبت جواز الأخذ بالقيمة فى السلم مع تعذر التسليم ليجرى فى المقام أيضاً.

ومما ذكرنا يظهر أنه لو لم يختلف البلدان بحسب القيمة ومؤنه النقل، ولكن كان المشروط للمشتري التسليم فى أحدهما المعين فللمشتري إسقاط شرطه، والمطالبة بالمبيع فى البلد الآخر، ومع عدم إسقاط شرطه يجوز له فسخ الشراء فى مورد تخلف البائع الشرط عليه، كما تقدم.

وأيضاً ظهر الحال فى ما إذا كان المثلى الثابت على الذمه قرضاً، فإنه مع اختلاف البلاد فى القيمة ومؤنه النقل يكون الثابت على العهده مع إطلاق عقد الاقتراض هو بلد القرض، فلا يجوز للمقرض مطالبه المقرض بالمال فى البلد الآخر، إلا مع تراضيهما.

وبدون رضى المقرض يثبت له حق المطالبة بقيمه بلد الاقتراض بناءً على جواز المطالبة بالقيمة فى المثلى حتى فى مثل هذا التعذر.

ويلحق بذلك الصورة الثالثه وهو ما إذا كان المثلى على الذمه للغصب.

ولو قلنا: بجواز أخذ القيمة ولو مع عدم التراضى يكون الملاك فى القيمة قيمه الشيء فى بلد الاقتراض أو الغصب يوم الدفع، لا بقيمته يوم الاقتراض أو الغصب، لأن

... ..

الشرح:

الملاك بالقيمه يوم الاقتراض أو الغصب المستفاد من صحيحه أبي ولاد(1) ينحصر بضمان القيمي، لا المثلى المتعذر والله سبحانه هو العالم.

قد وقع الفراغ يوم الرابع والعشرين من شهر شعبان المعظم سنة ١٤٠٥ بيد مؤلفه جواد بن علي غفر الله لهما وعاملهما بلطفه الكريم أنه غفور رحيم.

ص: ٤٩٦

---

١- (١) الكافي ٥ : ٢٩٠ ٢٩١ ، الحديث ٦ .

القول فى الأرش

الأرش لغه واصطلاحاً ٥٠٠٠

المراد من الأرش ٧٠٠٠

هل الضمان بعين بعض الثمن أو بمقداره؟ ١٣٠٠٠

هل يعقل استغراق الأرش للثمن؟ ١٧٠٠٠

فى بيع العبد الجانى ١٩٠٠٠

تعيين الأرش ٢٣٠٠٠

لو تعدّر معرفه القيمه ٢٦٠٠٠

لو تعارض المقومون ٢٦٠٠٠

ما هو المعروف فى كفيته الجمع بين البيّنات؟ ٣٠٠٠٠

اختلاف الطريقتين فى التقويم ٣٣٠٠٠

المتعين هو الطريق المنسوب إلى الشهيد قدس سره والوجه فيه ٣٦٠٠٠

لو كانت البيّنات مختلفتين ٤١٠٠٠

فى الشروط التى يقع عليها العقد وشروط صحتها وما يترتب على

صحتها وفاسدها

فى معنى الشرط ٤٣٠٠٠

ص: ٤٩٧

فى شروط صحّحه الشرط وهى أمور:

الأول: أن يكون الشرط مقدوراً... ٥١

الثانى: أن يكون الشرط سائغاً... ٥٧

الثالث: اعتبار الغرض العقلانى فى الشرط... ٦٠

الرابع: عدم مخالفه الشرط للكتاب والسنة... ٦٤

المتّصف بمخالفه الكتاب إمّا نفس الملتزم أو الالتزام... ٧٠

المراد بحكم الكتاب والسنة... ٧٥

الشكّ فى كون الحكم فى مورد اقتضائياً... ٨٠

إحراز عدم مخالفه الشروط للكتاب بالأصل... ٨٤

ما أفاده الفاضل النراقى فى المقام والمناقشه فيه... ٨٥

الالتزام بترك المباح... ٨٩

توهم اختصاص الإشكال على الإباحه التكليفية... ٩٢

المراد من كون الشرط محرّماً للحلال أو محللاً للحرام... ٩٤

ما أفاده المحقق القمى فى تفسير الشرط المذكور... ٩٩

الخامس: يعتبر فى نفوذ الشرط أن لا يكون المشروط منافياً للعقد... ١٠٣

السادس: اعتبار عدم جهاله الشرط... ١١٢

السابع: اعتبار عدم كون الشرط مستلزماً للمحال... ١١٦

الثامن: اعتبار ذكر الشرط فى متن العقد... ١٢٠

قد يتوهم فى نفوذ الشرط اعتبار عدم تعليقه... ١٢٤

فى حكم الشرط الصحيح

١ شرط الوصف ... ١٢٩

٢ شرط الفعل ... ١٢٩

ص: ٤٩٨

اشترط وصف في المبيع غير الخيار ... ١٣١

٣ شرط الغايه ... ١٣٢

الاستصحاب في عدم مخالفه الشرط للكتاب أو السنه ... ١٣٩

الشك في كون الشرط مخالفاً للكتاب أو السنه ... ١٤٠

مقتضى عموم «المؤمنون المسلمون عند شروطهم» ... ١٤١

في وجوب الوفاء بالشرط ... ١٤٣

وجوب العمل بالشرط ... ١٤٥

الشرط في العقود الجائزه ... ١٤٨

إجبار المشروط عليه بالفعل ... ١٥٢

هل للمشروط له الفسخ مع التمكن من الإجبار ... ١٦٠

تعذر الشرط يوجب الخيار ... ١٦٣

لو تعذر الشرط بحيث خرجت العين عن سلطنه المشروط عليه ... ١٦٩

لا يسقط خيار المشروط له بتلف العين المنتقله إليه أو بتصرفها ... ١٧٣

للمشروط له إسقاط شرطه إذا كان ممّا يقبل الإسقاط ... ١٧٥

عدم تقسيط الثمن على الشرط ... ١٧٧

في حكم الشرط الفاسد

في الشرط الفاسد ... ١٨٧

التفصيل بين الشرط الغير المقذور والشرط الفاسد ... ١٩١

في فساد العقد بفساد الشرط ... ١٩٣

الاستدلال على فساد العقد بفساد الشرط بالروايات ... ٢٠١

صحة المعامله مع فساد الشرط بالروايات ٢٠٥

هل صحة العقد متوقفه على صحة الشرط ٢٠٨

ص: ٤٩٩



ثبوت الخيار مع فساد الشرط ... ٢٠٨

هل يصحّ البيع مع إسقاط الشرط المانع عن صحّته؟ ... ٢١٢

اشتراط بيع المبيع من بائعه ثانياً ... ٢١٣

فى أحكام الخيار

الخيار موروث بأنواعه ... ٢١٧

عدم تبعيته إرث الخيار لإرث المال ... ٢٢٢

إرث الزوجه من الخيار الموروث ... ٢٢٧

فى كيفيته استحقاق الورثه للخيار ... ٢٣٢

فى إرث الخيار وإرث حقّ الشفعه ... ٢٣٨

اختلاف الوراث فى الفسخ والإجازة ... ٢٣٩

اجتماع الورثه على الفسخ على العين المنتقله عن ملك الميّت ... ٢٤١

فسخ العقد إذا كان على الميّت دين مستغرق لتركته ... ٢٤٢

الفسخ مع عدم تركه الميّت ... ٢٤٢

إذا كان لكلّ من الورثه خيار الفسخ بالإضافة إلى تمام العقد ... ٢٤٣

إذا كان الخيار للأجنبي فلا ينتقل للوارث ... ٢٤٦

فى سقوط الخيار بالتصرّف ... ٢٤٧

هل يحصل الفسخ بنفس التصرف؟ ... ٢٥٤

فى التصرفين المتتاليين من ذى الخيار ... ٢٦٩

تصرّف من عليه الخيار فيما انتقل إليه ... ٢٧٢

حصول تملك المبيع للمشتري بالعقد ... ٢٩٧

الاستدلال على انتقال العوضين بالعقد ٣٠٤

الاستدلال على انتقال المالكين بتمام العقد ٣٠٩

ص: ٥٠٠

الاستدلال على أنّ تلف المبيع في زمان خياره من بائعه... ٣١٣

هل القول بالتوقف يشمل الخيار المنفصل؟... ٣١٧

التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له... ٣٢٠

تلف الثمن بيد البائع زمان خياره... ٣٢٨

انحلال البيع بتلفه قبل قبضه... ٣٣٣

وقوع التلف في زمان الخيار... ٣٣٦

حكم تلف البعض حكم تلف الكل... ٣٣٦

لو كان الإتلاف من الأجنبي تخير بين الإمضاء والفسخ... ٣٣٨

ضمان العين التالفه بعد الفسخ... ٣٣٨

عدم وجوب القبض والإقباض زمان الخيار... ٣٤٢

لا يبطل الخيار بتلف العين... ٣٤٤

ضمان العين في يد الفاسخ بعد الفسخ... ٣٤٨

القول في النقد والنسيئه

أقسام البيع باعتبار تأخير وتقديم أحد العوضين... ٣٤٩

إطلاق العقد يقتضى النقد... ٣٥٠

اشتراط تعجيب الثمن في البيع حالاً... ٣٥٢

في جواز بيع المتاع نسيئه... ٣٥٥

ما هو المعتبر في تعيين المده؟... ٣٥٨

بيع الشيء بثمنين حالاً ونسيئه... ٣٦٠

لا يجب على المشتري دفع الثمن قبل حلول الأجل... ٣٦٨

إسقاط المشتري أجل الدين ... ٣٧١

عدم جواز إسقاط شرط الأجل ... ٣٧٣

ص: ٥٠١

يجب على الدائن أخذ دينه الحال عند دفعه إليه ... ٣٧٥

إجبار الحاكم للدائن على القبض ... ٣٧٨

تولّى الحاكم القبض إذا امتنع الدائن ... ٣٧٩

ليس للحاكم مطالبه المديون ... ٣٨٠

لو لم يُمكن إجبار الدائن عُزل حَقّه ... ٣٨٠

إذا أبى الدائن من أخذ المال المعزول من المديون ... ٣٨٢

فى من أجبره للظالم على دفع نصيب شريكه الغائب أو أخذه بنفسه ... ٣٨٣

عدم جواز تأجيل الدين بالزيادة ... ٣٨٥

عدم الفرق بين المصالحة عن التأجيل بالزيادة أو المقاوله عليها من غير عقد ... ٣٨٩

شراء البائع ما عليه من المشتري ثانياً ... ٣٩٠

عدم جواز بيع ما اشترى بجنس الثمن متفاضلاً ... ٣٩٥

بيع المال على أن يبيع المشتري من بائعه ثانياً ... ٣٩٩

بيع الشيء من شرط أن يبيعه المشتري منه ثانياً ... ٤٠٣

القول فى القبض

المراد من القبض والإقباض ... ٤٠٩

بيع المكيل والموزون ... ٤١٤

لو باع داراً أو سفينة مشحونة بأمته باقيه فى ملك بائعها ... ٤١٩

اعتبار الكيل أو الوزن فى بيع المشتري ... ٤٢٠

القول فى وجوب القبض

المطالبه بالثمن عند إرادته التسليم ... ٤٢٨

لوقبض الممتنع بدون رضی صاحبه ۴۳۳۰۰۰

ص: ۵۰۲

إذا ابتداء أحدهما بالتسليم أُجبر الآخر ... ٤٣٤

وجوب تفرغ المبيع مما فيه من الأموال ... ٤٣٥

لو مضت مدته ولم يتمكن البائع من التفرغ أو لم يفرغ ... ٤٣٦

لو كان في الأرض المبيعه زرع لبائعه ... ٤٣٧

لو احتاج تفرغ الأرض إلى هدم شيء ... ٤٣٩

إذا امتنع البائع من التسليم ... ٤٤١

الكلام في أحكام القبض

انتقال الضمان إلى القابض ... ٤٤٣

الاستدلال على ضمان البائع قبل القبض بروايه عقبه ... ٤٤٥

نماء المبيع قبل التلف للمشتري ... ٤٤٦

تعذر الوصول بحكم التلف ... ٤٤٧

حكم إتلاف المشتري أو البائع أو الأجنبي ... ٤٥٠

تلف الثمن كتلف المثلن ... ٤٥٢

هل يلحق العوضان في سائر المعاوضات بالبيع؟ ... ٤٥٥

لو تلف بعض المبيع قبل قبضه ... ٤٥٧

حرمه بيع المكييل والموزون قبل قبضه إلا توليه ... ٤٦٢

جريان المنع في غير البيع من المعاوضات ... ٤٧٢

هل البيع كناية عن مطلق الاستبدال؟ ... ٤٧٦

هل المنهى خصوص إيقاع البيع على ما لم يقبض أو يعمّ تشخيص الكلّي به ... ٤٧٨

إذا كان ما يشتري لإقرار البيع عليه كلياً فهل يدخل في محلّ الخلاف أم لا؟ ... ٤٨٢

جواز الحواله فى مسأله ثبوت المكيل والموزون على العهده بالبيع

ص: ٥٠٣



إذا قال لدائنه: «هذه الدراهم اشتر بهما لنفسك طعاماً» ٤٨٩ ...

مطالبه الطعام في غير مكان حدوثه في ذمته وفيها صور ثلاث ٤٩٠ ...

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام  
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية  
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب  
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات  
توسيع عام لفكرة المطالعة  
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية  
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة  
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة  
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات  
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : [www.ghaemiyeh.com](http://www.ghaemiyeh.com)

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ( sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : [www.ghbook.ir](http://www.ghbook.ir)

البريد الإلكتروني : [Info@ghbook.ir](mailto:Info@ghbook.ir)

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز  
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية  
الغمامة اصحمان



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى  
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم

[www.Ghaemiyeh.com](http://www.Ghaemiyeh.com)

[www.Ghaemiyeh.net](http://www.Ghaemiyeh.net)

[www.Ghaemiyeh.org](http://www.Ghaemiyeh.org)

[www.Ghaemiyeh.ir](http://www.Ghaemiyeh.ir)

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩