



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للعلوم



عمران  
عليه السلام

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

الحدائق  
النبوية



رحمۃ اللہ علیہ شیخ تقی انصاری حنفی

مترجم: اصغر محمدی ہمدانی

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# المكاسب

كاتب:

مسعود شفيعى كيا

نشرت فى الطباعة:

احسن الحديث

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

## الفهرس

٥	الفهرس
٣١	المكاسب - الجزء الثالث
٣١	اشارة
٣١	الخيارات
٣١	اشارة
٣١	مقدمتان
٣١	الأولى [فى معنى الخيار لغة و اصطلاحا]
٣٢	الثانية [الأصل فى البيع اللزوم]
٣٢	اشارة
٣٢	أقول المستفاد من كلمات جماعة أن الأصل هنا قابل لإرادة معان
٣٢	الأول الراجح
٣٢	الثانى القاعدة المستفاد من العمومات
٣٢	الثالث الاستصحاب
٣٢	الرابع المعنى اللغوى
٣٣	[الأدلة على أصالة اللزوم]
٣٣	اشارة
٣٣	فمنها قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ
٣٤	[الاستدلال بأية أحل الله البيع]
٣٤	[الاستدلال بأية تجارة عن تراض]
٣٤	و منها قوله تعالى وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ
٣٤	و منها قوله: الناس مسلطون على أموالهم
٣٥	و منها قوله: المؤمنون عند شروطهم
٣٥	و منها الأخبار المستفيضة فى أن البيعين بالخيار ما لم يفترقا

- ٣٥ ..... [مقتضى الاستصحاب أيضا للزوم]
- ٣٥ ..... [ظاهر المختلف أن الأصل عدم للزوم و المناقشة فيه]
- ٣٦ ..... [إذا شك في عقد أنه من مصاديق العقد اللازم أو الجائز]
- ٣٦ ..... القول في أقسام الخيار
- ٣٦ ..... اشارة
- ٣٦ ..... الأول في خيار المجلس
- ٣٦ ..... اشارة
- ٣٦ ..... مسألة لا إشكال في ثبوته للمتبايعين إذا كانا أصيلين و لا في ثبوته للوكيلين في الجملة
- ٣٦ ..... اشارة
- ٣٧ ..... [أقسام الوكيل]
- ٣٧ ..... [أن يكون وكيلاً في مجرد إجراء العقد]
- ٣٧ ..... [أن يكون وكيلاً مستقلاً في التصرف المالى]
- ٣٨ ..... [أن لا يكون مستقلاً في التصرف]
- ٣٨ ..... [هل للموكل تفويض حق الخيار إلى الوكيل]
- ٣٨ ..... [عدم ثبوت الخيار للفضولى]
- ٣٨ ..... مسألة لو كان العاقد واحداً
- ٣٩ ..... مسألة قد يستثنى بعض أشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار
- ٣٩ ..... منها من ينعق على أحد المتبايعين
- ٤٠ ..... و منها العبد المسلم المشتري من الكافر
- ٤١ ..... و منها شراء العبد نفسه
- ٤١ ..... مسألة لا يثبت خيار المجلس في شيء من العقود سوى البيع عند علمائنا
- ٤١ ..... مسألة مبدأ هذا الخيار من حين العقد
- ٤٢ ..... القول في مسقطات الخيار
- ٤٢ ..... اشارة

- ٤٢ ..... مسألة لا خلاف ظاهرا في سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه في ضمن العقد.
- ٤٢ ..... اشارة
- ٤٣ ..... ثم إن هذا الشرط يتصور على وجوه-
- ٤٣ ..... أحدها أن يشترط عدم الخيار
- ٤٣ ..... الثاني أن يشترط عدم الفسخ
- ٤٤ ..... الثالث أن يشترط إسقاط الخيار
- ٤٤ ..... بقى الكلام في أن المشهور أن تأثير الشرط إنما هو مع ذكره في متن العقد
- ٤٤ ..... اشارة
- ٤٤ ..... فرع
- ٤٥ ..... مسألة و من المسقطات إسقاط هذا الخيار بعد العقد
- ٤٥ ..... اشارة
- ٤٥ ..... مسألة لو قال أحدهما لصاحبه اختر
- ٤٦ ..... مسألة من جملة مسقطات الخيار افتراق المتبايعين
- ٤٦ ..... اشارة
- ٤٦ ..... مسألة المعروف أنه لا اعتبار بالافتراق عن إكراه إذا منع من التخير أيضا
- ٤٧ ..... مسألة لو أكره أحدهما على التفرق و منع عن التخير و بقى الآخر في المجلس
- ٤٨ ..... مسألة لو زال الإكراه
- ٤٩ ..... الثاني خيار الحيوان
- ٤٩ ..... [عموم هذا الخيار لكل ذى حياة]
- ٤٩ ..... [هل يختص هذا الخيار بالبيع المعين أو يعم الكللى أيضا]
- ٤٩ ..... مسألة المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري
- ٥٠ ..... مسألة لا فرق بين الأمة و غيرها في مدة الخيار
- ٥٠ ..... مسألة مبدء هذا الخيار من حين العقد
- ٥١ ..... مسألة لا إشكال في دخول الليلتين المتوسطتين في الثلاثة أيام

- ٥١ ..... مسألة يسقط هذا الخيار بأمر
- ٥١ ..... أحدها اشتراط سقوطه في العقد
- ٥١ ..... و الثاني إسقاطه بعد العقد
- ٥١ ..... و الثالث التصرف
- ٥٢ ..... [المراد من فذلك رضى منه في صحيحة ابن رئاب]
- ٥٢ ..... اشارة
- ٥٢ ..... فقلوه ع فذلك رضاء منه و لا شرط له يحتمل وجوها
- ٥٢ ..... أحدها أن يكون الجملة جوابا للشرط
- ٥٣ ..... الثاني أن يكون توطئة للجواب
- ٥٣ ..... الثالث أن يكون الجملة إخبارا عن الواقع
- ٥٣ ..... الرابع أن يكون إخبارا عن الواقع
- ٥٣ ..... [المناقشة في الاحتمالين الأولين]
- ٥٣ ..... [المناقشة في الاحتمال الرابع]
- ٥٤ ..... فتعين إرادة المعنى الثالث
- ٥٤ ..... اشارة
- ٥٤ ..... [الاستشهاد بكلمات الفقهاء عليه]
- ٥٥ ..... الثالث خيار الشرط
- ٥٥ ..... اشارة
- ٥٥ ..... و المقصود هنا بيان أحكام الخيار المشترط في العقد
- ٥٥ ..... اشارة
- ٥٦ ..... مسألة لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد أو منفصلا عنه
- ٥٦ ..... مسألة لا فرق في بطلان العقد- بين ذكر المدة المجهولة
- ٥٧ ..... مسألة مبدأ هذا الخيار من حين العقد
- ٥٧ ..... مسألة يصح جعل الخيار لأجنبي



- ٥٨ ..... مسألة يجوز لهما اشتراط الاستيمار
- ٥٨ ..... مسألة من أفراد خيار الشرط ما يضاف البيع و يقال له بيع الخيار
- ٦٣ ..... مسألة لا إشكال و لا خلاف- في عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع- و جريانه في كل معاوضة لازمة
- ٦٣ ..... اشارة
- ٦٣ ..... و الأصل في ما ذكر عموم المؤمنون عند شروطهم
- ٦٤ ..... فالمهم هنا بيان ما خرج عن هذا العموم
- ٦٤ ..... اشارة
- ٦٤ ..... أما الإيقاعات
- ٦٤ ..... و أما العقود
- ٦٤ ..... اشارة
- ٦٤ ..... فالأول النكاح
- ٦٤ ..... و من الثاني الوقف
- ٦٥ ..... و من الثالث أقسام البيع ما عدا الصرف و مطلق الإجارة و المزارعة و المساقاة
- ٦٥ ..... [هل يدخل خيار الشرط في القسمة]
- ٦٦ ..... الرابع خيار الغبن
- ٦٦ ..... [الغبن لغة و اصطلاحاً]
- ٦٦ ..... و استدل في التذكرة على هذا الخيار بقوله تعالى إِبَّأ أَنْ تُكُونُ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ
- ٦٦ ..... [الأولى الاستدلال عليه بآية و لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل]
- ٦٧ ..... [ما استدل به في التذكرة و المناقشة فيه]
- ٦٧ ..... [الاستدلال بلا ضرر و ضرار]
- ٦٨ ..... [ما استدل به على عدم سقوط الخيار مع البذل و المناقشة فيه]
- ٦٨ ..... و قد يستدل على الخيار بأخبار واردة في حكم الغبن
- ٦٨ ..... اشارة
- ٦٨ ..... و الإنصاف عدم دلالتها على المدعى

- ٦٨ ..... فالعمدة فى المسألة الإجماع
- ٦٩ ..... ثم إن تنقيح هذا المطلب يتم برسم مسائل
- ٦٩ ..... مسألة يشترط فى هذا الخيار أمران
- ٦٩ ..... الأول عدم علم المغبون بالقيمة
- ٧٠ ..... الأمر الثانى كون التفاوت فاحشا
- ٧٠ ..... بقى هنا شىء و هو أن ظاهر الأصحاب و غيرهم أن المناط فى الضرر الموجب للخيار كون المعاملة ضرورية
- ٧٠ ..... [تصوير الغبن من الطرفين و الإشكال فيه]
- ٧٠ ..... اشارة
- ٧١ ..... و قد تعرض غير واحد ممن قارب عصرنا لتصوير ذلك فى بعض الفروض
- ٧١ ..... منها ما ذكره المحقق القمى
- ٧١ ..... و منها ما ذكره بعض المعاصرين من فرض المسألة
- ٧١ ..... و منها أن يراد بالغبن فى المقسم معناه الأعم الشامل لصورة خروج العين المشاهدة سابقا
- ٧١ ..... و منها ما ذكره بعض من أنه يحصل بفرض المتبايعين وقت العقد فى مكانين
- ٧٢ ..... و منها ما ذكره فى مفتاح الكرامة من فرضه فيما إذا ادعى كل من المتبايعين الغبن
- ٧٢ ..... مسألة ظهور الغبن شرط شرعى لحدوث الخيار أو كاشف عقلى عن ثبوته حين العقد
- ٧٣ ..... مسألة يسقط هذا الخيار بأمر
- ٧٣ ..... أحدها إسقاطه بعد العقد
- ٧٣ ..... الثانى من المسقطات اشتراط سقوط الخيار فى متن العقد
- ٧٤ ..... الثالث تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدمة بعد علمه بالغبن
- ٧٥ ..... الرابع من المسقطات تصرف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن
- ٧٥ ..... ثم إن مقتضى دليل المشهور عدم الفرق فى المغبون المتصرف بين البائع و المشتري
- ٧٥ ..... [الناقل الجائز لا يمنع الرد بالخيار إذا فسخته]
- ٧٥ ..... و فى لحوق الإجارة بالبيع قولان
- ٧٦ ..... و فى لحوق الامتزاز مطلقا أو فى الجملة بالخروج عن الملك وجوه

- ٧٦ ..... و أما تصرف الغابن
- ٧٦ ..... اشارة
- ٧٦ ..... [جريان الحكم فى خروج المبيع عن ملك الغابن بالعقد الجائز]
- ٧٦ ..... [لو اتفق عود الملك إلى الغابن]
- ٧٧ ..... [تصرف الغابن تصرفا مغيرا للعين]
- ٧٧ ..... اشارة
- ٧٧ ..... فإن كان بالنقيصة
- ٧٧ ..... و إن كان التغيير بالزيادة
- ٧٨ ..... و لو كان التغيير بالامتزاج
- ٧٨ ..... بقى الكلام فى حكم تلف العوضين مع العين
- ٧٩ ..... مسألة الظاهر ثبوت خيار العين فى كل معاوضة مالية
- ٨٠ ..... مسألة اختلف أصحابنا فى كون هذا الخيار على الفور أو على التراخى
- ٨٠ ..... اشارة
- ٨٠ ..... [الاستدلال للفور بأية أوفوا بالعقود]
- ٨٠ ..... [الاستدلال للتراخى بالاستصحاب]
- ٨٠ ..... [المناقشة فى الوجوه المذكورة]
- ٨١ ..... [ما ذكره بعض المعاصرين فى المسألة]
- ٨١ ..... اشارة
- ٨٢ ..... [المناقشة فى ما ذكره بعض المعاصرين]
- ٨٢ ..... [الأقوى الفور و الدليل عليه]
- ٨٣ ..... [رأى المصنف فى المسألة]
- ٨٣ ..... [معدورية الجاهل بالخيار فى ترك المبادرة]
- ٨٣ ..... و الأقوى أن الناسى فى حكم الجاهل
- ٨٣ ..... الخامس خيار التأخير

- ٨٣ ..... [كلام التذكرة فى خيار التأخير]
- ٨٤ ..... [الدليل على هذا الخيار]
- ٨٤ ..... اشارة
- ٨٤ ..... الأخبار المستفيضة
- ٨٤ ..... اشارة
- ٨٤ ..... و ظاهر هذه الأخبار بطلان البيع
- ٨٥ ..... ثم إنه يشترط فى هذا الخيار أمور
- ٨٥ ..... أحدها عدم قبض المبيع
- ٨٥ ..... الشرط الثانى عدم قبض مجموع الثمن
- ٨٥ ..... الشرط الثالث عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين
- ٨٦ ..... الشرط الرابع أن يكون المبيع عينا أو شبهه
- ٨٧ ..... ثم إن هنا أمورا قيل باعتبارها فى هذا الخيار
- ٨٧ ..... منها عدم الخيار لأحدهما أو لهما
- ٨٧ ..... و منها تعدد المتعاقدين
- ٨٨ ..... و منها أن لا يكون المبيع حيوانا أو خصوص الجارية
- ٨٨ ..... ثم إن مبدء الثلاثة من حين التفرق أو من حين العقد
- ٨٨ ..... مسألة يسقط هذا الخيار بأمور
- ٨٩ ..... مسألة فى كون هذا الخيار على الفور أو التراخى
- ٨٩ ..... مسألة لو تلف المبيع بعد الثلاثة- كان من البائع إجماعا مستفيضا
- ٩٠ ..... مسألة لو اشترى ما يفسد من يومه فإن جاء بالثمن ما بينه و بين الليل و إلا فلا بيع له
- ٩١ ..... السادس خيار الرؤية
- ٩١ ..... اشارة
- ٩١ ..... مسألة مورد هذا الخيار بيع العين الشخصية الغائبة
- ٩٣ ..... مسألة الأكثر على أن الخيار عند الرؤية فورى

- ٩٤ ..... مسألة يسقط هذا الخيار بترك المبادرة عرفا
- ٩٥ ..... مسألة لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت و لا بإبدال العين
- ٩٥ ..... مسألة الظاهر ثبوت خيار الرؤية في كل عقد واقع على عين شخصيه موصوفه
- ٩٦ ..... مسألة لو اختلفا فقال البائع لم يختلف صفه و قال المشتري قد اختلف
- ٩٦ ..... مسألة لو نسج بعض الثوب فاشتراه على أن ينسج الباقي كأول بطل
- ٩٦ ..... السابع خيار العيب
- ٩٦ ..... اشارة
- ٩٧ ..... مسألة ظهور العيب في المبيع- يوجب تسلط المشتري على الرد و أخذ الأرش
- ٩٨ ..... القول في مسقطات هذا الخيار بطرفيه أو أحدهما
- ٩٨ ..... مسألة يسقط الرد خاصة بأمور
- ٩٨ ..... أحدها التصريح بالتزام العقد و إسقاط الرد و اختيار الأرش
- ٩٨ ..... الثاني التصرف في المعيب
- ١٠٠ ..... الثالث تلف العين أو صيرورته كالتالف
- ١٠٣ ..... الرابع من المسقطات حدوث عيب عند المشتري
- ١٠٣ ..... اشارة
- ١٠٤ ..... تنبيه [هل تبعض الصفقة مانع من الرد]
- ١٠٤ ..... اشارة
- ١٠٥ ..... [التعدد في العوض]
- ١٠٦ ..... و أما الثاني و هو تعدد المشتري
- ١٠٦ ..... و أما الثالث و هو تعدد البائع
- ١٠٦ ..... مسألة يسقط الأرش دون الرد في موضعين
- ١٠٧ ..... أحدهما إذا اشترى ربويا بجنسه فظهر عيب في أحدهما فلا أرش حذرا من الربا
- ١٠٧ ..... الثاني ما لو لم يوجب العيب نقصا في القيمة
- ١٠٧ ..... مسألة يسقط الرد و الأرش معا بأمور

- ١٠٧ ..... أحدها العلم بالعيب قبل العقد
- ١٠٨ ..... الثاني تبرى البائع عن العيوب
- ١٠٨ ..... اشارة
- ١٠٨ ..... ثم إن البراءة في هذا المقام يحتمل إضافتها إلى أمور
- ١٠٨ ..... الأول عهدة العيوب
- ١٠٨ ..... الثاني ضمان العيب
- ١٠٨ ..... الثالث حكم العيب
- ١٠٩ ..... ثم إن تبرأ البائع عن المعيوب مطلقا أو عن عيب خاص إنما يسقط تأثيره من حيث الخيار
- ١٠٩ ..... ثم إن هنا أمورا يظهر من بعض الأصحاب سقوط الرد و الأرض بها
- ١٠٩ ..... منها زوال العيب قبل العلم به
- ١٠٩ ..... و منها التصرف بعد العلم بالعيب
- ١٠٩ ..... و منها التصرف في المعيب الذي لم ينقص قيمته بالعيب
- ١١٠ ..... و منها حدوث العيب في المعيب المذكور
- ١١٠ ..... و منها ثبوت أحد مانعي الرد في المعيب
- ١١١ ..... و منها تأخير الأخذ بمقتضى الخيار
- ١١٢ ..... مسألة [هل يجب الإعلام بالعيب]
- ١١٢ ..... مسائل في اختلاف المتبايعين
- ١١٢ ..... اشارة
- ١١٣ ..... أما الأول [الاختلاف في موجب الخيار]
- ١١٣ ..... اشارة
- ١١٣ ..... الأولى لو اختلفا في تعيب المبيع و عدمه مع تعذر ملاحظته لتلف أو نحوه
- ١١٣ ..... الثانية لو اختلفا في كون الشيء عيبا و تعذر تبين الحال لفقد أهل الخبرة
- ١١٣ ..... الثالثة لو اختلفا في حدوث العيب في ضمان البائع أو تأخره عن ذلك
- ١١٤ ..... الرابعة لو رد سلعة بالعيب فأنكر البائع أنها سلعته

- ١١٥ ..... و أما الثاني و هو الاختلاف فى المسقط
- ١١٥ ..... اشارة
- ١١٥ ..... الأولى لو اختلفا فى علم المشتري بالعيب و عدمه
- ١١٥ ..... الثانية لو اختلفا فى زواله قبل علم المشتري أو بعده
- ١١٥ ..... الثالثة لو كان عيب مشاهد غير المتفق عليه
- ١١٥ ..... الرابعة لو اختلف فى البراءة قدم منكرها
- ١١٦ ..... الخامسة لو ادعى البائع رضاه المشتري به بعد العلم أو إسقاط الخيار أو تصرفه فيه أو حدوث عيب عنده حلف المشتري
- ١١٦ ..... و أما الثالث [الاختلاف فى الفسخ]
- ١١٦ ..... اشارة
- ١١٦ ..... الأولى لو اختلفا فى الفسخ فإن كان الخيار باقيا فله إنشاؤه
- ١١٧ ..... الثانية لو اختلفا فى تأخر الفسخ عن أول الوقت
- ١١٧ ..... الثالثة لو ادعى المشتري الجهل بالخيار أو بفوريته
- ١١٧ ..... اشارة
- ١١٧ ..... القول فى ماهية العيب و ذكر بعض أفراداه
- ١٢٠ ..... الكلام فى بعض أفراد العيب
- ١٢٠ ..... مسألة لا إشكال و لا خلاف فى كون المرض عيبا
- ١٢٠ ..... مسألة الحبل عيب فى الإمام
- ١٢١ ..... مسألة الأكثر على أن الشيوبة ليست عيبا فى الإمام
- ١٢٢ ..... مسألة [هل عدم الختان عيب فى العبد]
- ١٢٢ ..... مسألة عدم الحيض ممن شأنها الحيض
- ١٢٢ ..... مسألة الإباق عيب بلا إشكال و لا خلاف
- ١٢٣ ..... مسألة الثفل الخارج عن العادة فى الزيت و البذر و نحوهما عيب
- ١٢٣ ..... مسألة قد عرفت أن مطلق المرض عيب خصوصا الجنون و البرص و الجذام و القرن
- ١٢٥ ..... خاتمة فى عيوب متفرقة

- ١٢٥ ..... القول فى الأرش
- ١٢٥ ..... [الأرش لغة و اصطلاحاً]
- ١٢٥ ..... اشارة
- ١٢٦ ..... [كلام الشهيد فى معنى الأرش]
- ١٢٦ ..... ثم إن ضمان النقص تابع فى الكيفية لضمان المنقوص
- ١٢٧ ..... [هل الضمان بعين بعض الثمن أو بمقداره]
- ١٢٧ ..... [هل يعقل استغراق الأرش للثمن]
- ١٢٨ ..... مسألة يعرف الأرش بمعرفة قيمتى الصحيح و المعيب- ليعرف التفاوت بينهما
- ١٢٩ ..... مسألة لو تعارض المقومون
- ١٢٩ ..... اشارة
- ١٢٩ ..... [الأقوى وجوب الجمع بين البيئات مهما أمكن]
- ١٣٠ ..... [صور اختلاف المقومين]
- ١٣٠ ..... اشارة
- ١٣١ ..... [الاختلاف فى الصحيح فقط]
- ١٣١ ..... [الاختلاف فى المعيب فقط]
- ١٣١ ..... [الاختلاف فى الصحيح و المعيب معا]
- ١٣٣ ..... القول فى الشروط التى يقع عليها العقد و شروط صحتها و ما يترتب
- ١٣٣ ..... الشرط يطلق فى العرف على معنيين
- ١٣٣ ..... أحدهما المعنى الحدتى
- ١٣٣ ..... الثانى ما يلزم من عدمه العدم
- ١٣٤ ..... الكلام فى شروط صحة الشرط
- ١٣٤ ..... اشارة
- ١٣٤ ..... أحدها أن يكون داخلا تحت قدرة المكلف
- ١٣٥ ..... الثانى أن يكون الشرط سائفا فى نفسه



- الثالث أن يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء نوعاً- أو بالنظر إلى خصوص المشروطة له.----- ١٣٥
- الرابع أن لا يكون مخالفاً للكتاب و السنة----- ١٣٦
- اشارة----- ١٣٦
- الأخبار الواردة في هذا الشرط----- ١٣٦
- المراد بكتاب الله]----- ١٣٦
- المراد بموافقة الكتاب في بعض الأخبار]----- ١٣٧
- المتصف بمخالفة الكتاب إما الملتزم أو نفس الالتزام]----- ١٣٧
- المراد بحكم الكتاب و السنة]----- ١٣٧
- انقسام الحكم الشرعي إلى قسمين]----- ١٣٧
- ما يثبت للشئ من حيث نفسه]----- ١٣٧
- ما يثبت له لا مع تجرده عن ملاحظة العنوانات الطارئة]----- ١٣٧
- القسم الأول من الشروط ليس مخالفاً للكتاب]----- ١٣٨
- ظاهر مورد بعض الأخبار من قبيل الأول و توجيهه]----- ١٣٨
- اشارة----- ١٣٨
- منها كون من أحد أبويه حر رقا----- ١٣٨
- و منها إرث المتمتع بها هل هو قابل للاشتراط في ضمن عقد المتعة أو عقد آخر أم لا----- ١٣٨
- و منها أنهم اتفقوا على جواز اشتراط الضمان في العارية----- ١٣٩
- و منها اشتراط أن لا يخرج بالزوجة إلى بلد آخر----- ١٣٩
- الأصل عدم المخالفة عند عدم التميز]----- ١٣٩
- و أدلة الشروط حاكمة على القسم الأول دون الثاني----- ١٤٠
- المراد من تحريم الحلال و تحليل الحرام]----- ١٤٠
- ثم إنه يشكل الأمر في استثناء الشرط المحرم للحلال----- ١٤٠
- اشارة----- ١٤٠
- عدم ورود الإشكال في الشرط المحلل للحرام]----- ١٤١

- ١٤١ ..... [توهم اختصاص الإشكال بما دل على الإباحة التكليفية]
- ١٤١ ..... [ما أفاده الفاضل النراقي في تفسير الشرط المحرم للحلال]
- ١٤٢ ..... [ما أفاده المحقق القمي في تفسير الشرط المذكور]
- ١٤٣ ..... الشرط الخامس أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد
- ١٤٥ ..... الشرط السادس أن لا يكون الشرط مجهولا جهالة توجب الغرر في البيع
- ١٤٥ ..... الشرط السابع أن لا يكون مستلزما لمحال
- ١٤٥ ..... الشرط الثامن أن يلتزم به في متن العقد
- ١٤٦ ..... و قد يتوهم هنا شرط تاسع- و هو تنجيز الشرط بناء على أن تعليقه
- ١٤٦ ..... اشارة
- ١٤٦ ..... [دفع هذا التوهم]
- ١٤٧ ..... مسألة في حكم الشرط الصحيح
- ١٤٧ ..... [أقسام الشرط]
- ١٤٧ ..... [شرط الوصف]
- ١٤٧ ..... [شرط الفعل]
- ١٤٧ ..... [شرط الغاية]
- ١٤٧ ..... و لا إشكال في أنه لا حكم للقسم الأول إلا الخيار مع تبين فقد الوصف المشروط
- ١٤٧ ..... و أما الثالث
- ١٤٨ ..... و إنما الخلاف و الإشكال في القسم الثاني- و هو ما تعلق فيه الاشتراط بفعل
- ١٤٨ ..... اشارة
- ١٤٨ ..... الأولى في وجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعي
- ١٤٩ ..... الثانية في أنه لو قلنا بوجوب الوفاء- من حيث التكليف الشرعي فهل يجبر عليه لو امتنع
- ١٥٠ ..... الثالثة في أنه هل للمشروط له الفسخ مع التمكن من الإيجاب
- ١٥١ ..... الخامسة لو تعذر الشرط
- ١٥١ ..... السادسة للمشروط له إسقاط شرطه

- السابعة قد عرفت أن الشرط من حيث هو شرط لا يقسط عليه الثمن - عند انكشاف التخلف على المشهور ..... ١٥٢
- اشارة ..... ١٥٢
- [لو باع شيئاً على أنه قدر معين فتبين الاختلاف] ..... ١٥٢
- القول في حكم الشرط الفاسد ..... ١٥٤
- اشارة ..... ١٥٤
- الأول أن الشرط الفاسد لا تأمل في عدم وجوب الوفاء به بل هو داخل في الوعيد ..... ١٥٤
- اشارة ..... ١٥٤
- [هل الشرط الفاسد لغير إخلاله بالعقد مفسد للعقد] ..... ١٥٤
- اشارة ..... ١٥٤
- فالقول بالصحة في أصل المسألة لا يخلو عن قوة ..... ١٥٥
- [أدلة القائلين بالإفساد] ..... ١٥٥
- اشارة ..... ١٥٥
- أحدها ما ذكره في المبسوط للمانعين من أن للشرط قسطاً من العوض مجهولاً ..... ١٥٥
- الثاني أن التراضي إنما وقع على العقد الواقع على النحو الخاص ..... ١٥٥
- الثالث [الاستدلال بالروايات] ..... ١٥٦
- و يدل على الصحة أيضاً جملة من الأخبار ..... ١٥٧
- منها ما عن المشايخ الثلاثة ..... ١٥٧
- و منها مرسله جميل و صحيحة الحلبي ..... ١٥٧
- و قد يستدل على الصحة بأن صحة الشرط فرع على صحة البيع ..... ١٥٧
- و الإنصاف أن المسألة في غاية الإشكال ..... ١٥٧
- [هل الشرط الفاسد يوجب الخيار للمشروط له] ..... ١٥٧
- الثاني لو أسقط المشروط له الشرط الفاسد على القول بإفساده لم يصح بذلك العقد ..... ١٥٨
- الثالث لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد لفظاً و لم يذكر في العقد ..... ١٥٨
- الرابع لو كان فساد الشرط لأجل عدم تعلق غرض معتد به عند العقلاء ..... ١٥٩

- ١٥٩ ..... الكلام فى أحكام الخيار
- ١٥٩ ..... الكلام فى أحكام الخيار
- ١٥٩ ..... الخيار موروث بأنواعه
- ١٥٩ ..... اشارة
- ١٥٩ ..... [الاستدلال عليه بما ورد فى إرث ما ترك الميت]
- ١٥٩ ..... اشارة
- ١٦٠ ..... الاستدلال على هذا الحكم بالكتاب و السنة الواردين فى إرث ما ترك الميت يتوقف على ثبوت أمرين
- ١٦٠ ..... أحدهما كون الخيار حقا لا حكما شرعيا
- ١٦٠ ..... الثانى كونه حقا قابلا للانتقال
- ١٦٠ ..... بقى الكلام فى أن إرث الخيار ليس تابعا لإرث المال فعلا
- ١٦١ ..... مسألة فى كيفية استحقاق كل من الورثة للخيار مع أنه شىء واحد غير قابل للتجزية و التقسيم
- ١٦١ ..... اشارة
- ١٦٢ ..... الأول ما اختاره بعضهم- من استحقاق كل منهم خيارا مستقلا
- ١٦٢ ..... الثانى استحقاق كل منهم خيارا مستقلا فى نصيبه
- ١٦٢ ..... الثالث استحقاق مجموع الورثة لمجموع الخيار
- ١٦٢ ..... اشارة
- ١٦٢ ..... و هنا معنى آخر لقيام الخيار بالمجموع
- ١٦٢ ..... [فساد الوجه الأول]
- ١٦٣ ..... [عدم دلالة أدلة الإرث على الوجه الثانى]
- ١٦٣ ..... [المتيقن من الأدلة هو الوجه الثالث]
- ١٦٣ ..... [عدم الدليل على المعنى الثانى للوجه الثالث أيضا]
- ١٦٣ ..... ثم إن ما ذكرنا جار فى كل حق ثبت لمتعدد
- ١٦٣ ..... [الإشكال على حكم المشهور فى حق الشفعة و الجواب عنه]
- ١٦٤ ..... ثم إن ما اخترناه من الوجه الأول- هو مختار العلامة فى القواعد

- ١٦٤ ..... [كلام الشهيد فى الدروس]
- ١٦٤ ..... و ظاهر التذكرة فى خيار المجلس الوجه الأول من الوجوه المتقدمة
- ١٦٥ ..... فرع إذا اجتمع الورثة كلهم على الفسخ فيما باعه مورثهم
- ١٦٥ ..... مسألة لو كان الخيار لأجنبى و مات
- ١٦٥ ..... مسألة لو كان الخيار لأجنبى و مات
- ١٦٦ ..... مسألة و من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار
- ١٦٧ ..... مسألة هل الفسخ يحصل بنفس التصرف أو يحصل قبله متصلا به
- ١٦٧ ..... اشارة
- ١٦٧ ..... و كيف كان فالمسألة ذات قولين
- ١٦٧ ..... اشارة
- ١٦٨ ..... [ثمره القولين فى المسألة]
- ١٦٨ ..... [رأى المصنف فى المسألة]
- ١٦٨ ..... اشارة
- ١٦٩ ..... فما اختاره المحقق و الشهيد الثانى فى المسألة لا يخلو عن قوة
- ١٦٩ ..... فرع لو اشترى عبدا بجارية مع الخيار له فقال أعتقهما
- ١٦٩ ..... مسألة من أحكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذى الخيار تصرفا يمنع من استرداد العين عند الفسخ
- ١٦٩ ..... [القول بالمنع]
- ١٧٠ ..... [القول بالجواز]
- ١٧٠ ..... [عدم الفرق بين العتق و غيره]
- ١٧٠ ..... [الفرق بين الإتلاف و غيره]
- ١٧١ ..... حجة القول بالمنع
- ١٧١ ..... اشارة
- ١٧١ ..... [المناقشة فى الحجة المذكورة]
- ١٧١ ..... و أما الخيارات المجعولة بالشرط

- ١٧١ ..... [حكم الإلتاف و فعل ما لا يسوغ انتقاله عن المتصرف]
- ١٧٢ ..... [حكم ما لو نقله عن ملكه]
- ١٧٢ ..... [هل يلزم العاقد بالفسخ]
- ١٧٢ ..... [هل يكون انفساخ العقد الثانى على القول به من حين فسخ الأول أو من أصله]
- ١٧٣ ..... [هل يجوز التصرف قبل تنجز الخيار أم لا]
- ١٧٣ ..... فرعان
- ١٧٣ ..... الأول لو منعا عن التصرف المتلف فى زمن الخيار فهل يمنع عن التصرف المعرض لفوات حق ذى الخيار من العين
- ١٧٣ ..... الثانى أنه هل يجوز إجارة العين فى زمان الخيار- بدون إذن ذى الخيار
- ١٧٣ ..... اشارة
- ١٧٤ ..... [رأى المؤلف]
- ١٧٤ ..... مسألة المشهور أن المبيع يملك بالعقد-
- ١٧٤ ..... اشارة
- ١٧٥ ..... [ما هو رأى الشيخ الطوسى فى المسألة]
- ١٧٥ ..... [كلام الشيخ فى الخلاف]
- ١٧٥ ..... [كلام الشيخ فى المبسوط]
- ١٧٦ ..... [الأقوى رأى المشهور و الاستدلال عليه]
- ١٧٦ ..... اشارة
- ١٧٦ ..... [الاستدلال للقول المشهور بالأخبار الواردة فى العينة و المناقشة فيه]
- ١٧٧ ..... [ضعف ما استدل به فى التذكرة أيضا]
- ١٧٧ ..... [أشد ضعفا من الكل]
- ١٧٧ ..... [الاستدلال برواية الخراج بالضمان و المناقشة فيه]
- ١٧٧ ..... [العمدة فى قول المشهور]
- ١٧٨ ..... و استدل للقول الآخر- بما دل على كون تلف المبيع من مال البائع فى زمان الخيار
- ١٧٨ ..... اشارة

- ١٧٨ ..... [المناقشة في الاستدلال المذكور]
- ١٧٨ ..... [هل القول بالتوقف يشمل الخيار المنفصل]
- ١٧٨ ..... [اختصاص محل الكلام بخيارى الحيوان و الشرط]
- ١٧٩ ..... مسألة و من أحكام الخيار كون المبيع فى ضمان من ليس له الخيار فى الجملة
- ١٧٩ ..... اشارة
- ١٧٩ ..... [قاعدة التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له]
- ١٧٩ ..... [كلمات الفقهاء فى المسألة]
- ١٧٩ ..... اشارة
- ١٨٠ ..... [ظاهر هذه الكلمات عدم الفرق بين أقسام الخيار و لا بين الثمن و المثلن]
- ١٨٠ ..... [الإنصاف عدم شمول كلماتهم لمطلق الخيار]
- ١٨١ ..... [عدم شمول صحيحة ابن سنان لمطلق الخيار أيضا]
- ١٨١ ..... ثم إن مورد هذه القاعدة إنما هو ما بعد القبض
- ١٨١ ..... و أما عموم الحكم للثلن و المثلن
- ١٨١ ..... [جريان القاعدة إذا كان الثمن شخصيا]
- ١٨١ ..... [إذا كان الثمن أو المثلن كليا]
- ١٨٢ ..... [ظاهر الدروس عدم الانفساخ]
- ١٨٢ ..... [ظاهر التذكرة أيضا عدم الانفساخ]
- ١٨٢ ..... [لو كان التالف هو البعض]
- ١٨٢ ..... [إذا كان التلف بالإتلاف]
- ١٨٣ ..... [لو كان الإتلاف من الأجنبي]
- ١٨٣ ..... مسألة و من أحكام الخيار [هل يسقط الخيار بتلف العين]
- ١٨٣ ..... مسألة [هل يسقط الخيار بتلف العين]
- ١٨٣ ..... اشارة
- ١٨٤ ..... [مواضع التردد فى ثبوت الخيار مع التلف]

- ١٨٤ ..... اشارة
- ١٨٤ ..... [ما ذكره العلامة]
- ١٨٤ ..... [ما ذكره المحقق الثانى]
- ١٨٤ ..... و من مواضع التردد ما إذا جعل المتعاقدان الخيار
- ١٨٥ ..... التلف أو جعل المتبايعان بينهما خيار الفسخ بهذا المعنى ثبت مع التلف أيضا و الله العالم
- ١٨٥ ..... القول فى النقد و النسيئة
- ١٨٥ ..... [أقسام البيع باعتبار تأخير و تقديم أحد العوضين]
- ١٨٥ ..... مسألة إطلاق العقد يقتضى النقد
- ١٨٥ ..... اشارة
- ١٨٦ ..... فلو اشترطا تعجيل الثمن
- ١٨٦ ..... [فائدة اشتراط التعجيل]
- ١٨٦ ..... مسألة يجوز اشتراط تأجيل الثمن مدة معينة
- ١٨٦ ..... اشارة
- ١٨٦ ..... و لا فرق فى الأجل المعين بين الطويل و القصير
- ١٨٦ ..... و هل يجوز الإفراط فى التأخير
- ١٨٧ ..... ثم إن المعتبر فى تعيين المدة هل هو تعيينها فى نفسها
- ١٨٧ ..... مسألة لو باع بثمن حالا و بأزيد منه مؤجلا
- ١٨٧ ..... اشارة
- ١٨٧ ..... [أدلة القول بالبطلان]
- ١٨٧ ..... [كلمات الفقهاء فى المسألة]
- ١٨٩ ..... مسألة لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل
- ١٩٠ ..... مسألة إذا كان الثمن بل كل دين حالا أو حل وجب على مالكة قبوله عند دفعه إليه
- ١٩٠ ..... اشارة
- ١٩٠ ..... [إذا امتنع الدائن من القبول]



- ١٩٠ ..... و مقتضى القاعدة إجبار الحاكم له على القبض
- ١٩٠ ..... و لو تعذر الحاكم فمقتضى القاعدة إجبار المؤمنين له
- ١٩٠ ..... فإن لم يمكن إجباره ففي وجوب قبض العدول عنه نظر أقواه العدم
- ١٩٠ ..... [جواز التصرف فى المعزول و عدم وجوب حفظه من التلف]
- ١٩١ ..... [رأى المؤلف فى الفرعين المذكورين]
- ١٩١ ..... مسألة [عدم جواز تأجيل الثمن الحال بأزيد منه و الاستدلال عليه]
- ١٩١ ..... اشارة
- ١٩١ ..... [نزول آية الربا فى ذلك]
- ١٩١ ..... اشارة
- ١٩٢ ..... [تأييد ذلك بصححة ابن أبى عمير]
- ١٩٢ ..... [تأييد ذلك بصححة ابن أبى عمير]
- ١٩٢ ..... [دلالة بعض الأخبار على ما تقدم]
- ١٩٢ ..... [عدم الفرق بين المصالحة عن التأجيل بالزيادة أو المقاوله عليها من غير عقد]
- ١٩٢ ..... مسألة [جواز بيع العين الشخصية المبتاعة بثمن مؤجل من بائعها إلا فى صورة الاشتراط]
- ١٩٢ ..... اشارة
- ١٩٣ ..... فالأقوى هو المشهور - للعمومات المجوزة كتابا و سنة
- ١٩٣ ..... اشارة
- ١٩٣ ..... [توهم معارضة العمومات مع روايتى خالد و عبد الصمد]
- ١٩٣ ..... اشارة
- ١٩٣ ..... [الجواب عن توهم المعارضة]
- ١٩٤ ..... [ما حكى عن الشيخ من عدم جواز أخذ بدل الطعام طعاما إذا كان أزيد]
- ١٩٤ ..... [إذا اشترط فى البيع الأول نقله إلى من انتقل عنه]
- ١٩٤ ..... اشارة
- ١٩٤ ..... [الاستدلال على بطلان هذا البيع بالدور]

- ١٩٥ ..... اشارة
- ١٩٥ ..... [النقض على الاستدلال]
- ١٩٥ ..... [تقرير الدور فى جامع المقاصد]
- ١٩٥ ..... اشارة
- ١٩٥ ..... [ما اوجب به عن هذا التقرير و ما يرد على الأجوبة]
- ١٩٥ ..... [الاستدلال على البطلان بعدم القصد]
- ١٩٥ ..... اشارة
- ١٩٦ ..... [الرد على الاستدلال]
- ١٩٦ ..... [الاستدلال على البطلان برواية الحسين ابن المنذر]
- ١٩٦ ..... اشارة
- ١٩٦ ..... [بيان الاستدلال]
- ١٩٦ ..... [بمقتضى الشرط الواقع فى متن العقد الصحيح]
- ١٩٧ ..... [مناقشة المؤلف فى الاستدلال]
- ١٩٧ ..... [الاستدلال على البطلان برواية على بن جعفر و المناقشة فيه]
- ١٩٧ ..... [رأى المؤلف فى المسألة]
- ١٩٧ ..... [أقسام البيع باعتبار تأخير و تقديم أحد العوضين]
- ١٩٨ ..... مسألة إطلاق العقد يقتضى النقد
- ١٩٨ ..... مسألة يجوز اشتراط تأجيل الثمن مدة معينة
- ١٩٨ ..... مسألة لو باع بثمان حالا و بأزيد منه مؤجلا
- ١٩٨ ..... مسألة لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل
- ١٩٩ ..... مسألة إذا كان الثمن بل كل دين حالا أو حل و جب على مالكة قبوله عند دفعه إليه
- ١٩٩ ..... مسألة [عدم جواز تأجيل الثمن الحال بأزيد منه و الاستدلال عليه]
- ١٩٩ ..... مسألة [جواز بيع العين الشخصية المبتاعة بثمان مؤجل من بائعها إلا فى صورة الاشتراط]
- ٢٠٠ ..... القول فى القبض

- ٢٠٠ ..... اشارة
- ٢٠٠ ..... مسألة اختلفوا في ماهية القبض في المنقول بعد اتفاهم على أنها التخليه (في غير المنقول - على أقوال
- ٢٠٠ ..... أحدها أنها التخليه) أيضا
- ٢٠٠ ..... الثاني أنه في المنقول النقل
- ٢٠٠ ..... الثالث ما في الدروس
- ٢٠٠ ..... الرابع ما في الغنيه
- ٢٠٠ ..... الخامس ما في المبسوط
- ٢٠٠ ..... السادس أنه الاستقلال و الاستيلاء عليه باليد
- ٢٠١ ..... السابع ما في المختلف
- ٢٠١ ..... الثامن أنه التخليه مطلقا
- ٢٠١ ..... [رأى المؤلف في المسأله]
- ٢٠١ ..... اشارة
- ٢٠١ ..... [بطلان تفسير القبض بالتخليه]
- ٢٠١ ..... [لا بد من استفاده معنى القبض من حكم كل مورد بخصوصه]
- ٢٠١ ..... [اختلاف المناط في القبض باختلاف مدرك الضمان]
- ٢٠٢ ..... [القبض هو الاستيلاء في المنقول و غيره]
- ٢٠٢ ..... [المناقشه في اعتبار النقل و التحويل في القبض]
- ٢٠٢ ..... و أما اعتبار الكيل و الوزن أو كفايته في قبض المكيل أو الموزون
- ٢٠٣ ..... [لا بد مع الكيل و الوزن من رفع يد البائع]
- ٢٠٣ ..... فرعان
- ٢٠٣ ..... الأول قال في التذكرة لو باع دارا أو سفينه مشحونه بأمتعه البائع
- ٢٠٤ ..... الثاني [لو كيل أو وزن قبل البيع فهل يجب اعتباره ثانيا لتحقق القبض]
- ٢٠٤ ..... اشارة
- ٢٠٤ ..... [كلمات الفقهاء في المسأله]

- ٢٠٤ ..... اشارة
- ٢٠٥ ..... [عدم ظهور كلمات الفقهاء في وجوب الاعتبار مرة أخرى]
- ٢٠٥ ..... اشارة
- ٢٠٥ ..... [استثناء بيع التولية ليس قريناً على وجوب الاعتبار مرة أخرى]
- ٢٠٦ ..... القول في وجوب القبض
- ٢٠٦ ..... مسألة يجب على كل من المتبايعين تسليم ما استحقه الآخر بالبيع
- ٢٠٦ ..... اشارة
- ٢٠٦ ..... [محل الخلاف في المسألة]
- ٢٠٦ ..... اشارة
- ٢٠٧ ..... فلو كان أحدهما مؤجلاً
- ٢٠٧ ..... [لو قبض الممتنع بدون رضا صاحبه]
- ٢٠٧ ..... ثم إذا ابتداء أحدهما بالتسليم
- ٢٠٧ ..... مسألة يجب على البائع تفريغ المبيع من أمواله مطلقاً و من غيرها في الجملة
- ٢٠٧ ..... اشارة
- ٢٠٧ ..... [الاستدلال عليه]
- ٢٠٨ ..... [لو مضت مدة و لم يتمكن البائع من التفريغ أو لم يفرغ]
- ٢٠٨ ..... [لو كان في الأرض زرع للبائع]
- ٢٠٨ ..... و لو احتاج تفريغ الأرض إلى هدم شيء هدمه بإذن المشتري
- ٢٠٨ ..... مسألة لو امتنع البائع من التسليم
- ٢٠٨ ..... الكلام في أحكام القبض
- ٢٠٨ ..... اشارة
- ٢٠٩ ..... مسألة من أحكام القبض انتقال الضمان ممن نقله إلى القابض
- ٢٠٩ ..... اشارة
- ٢٠٩ ..... [الاستدلال عليه بالنبوى المشهور]

- ٢٠٩ ..... [الضمان فى المسألة ضمان المعاوضة لا ضمان اليد]
- ٢٠٩ ..... [الاستدلال على ضمان البائع قبل القبض برواية عقبه أيضا]
- ٢٠٩ ..... [عدم الخلاف فى المسألة]
- ٢٠٩ ..... [نماء المبيع قبل التلف للمشتري]
- ٢١٠ ..... [تعذر الوصول بحكم التلف]
- ٢١٠ ..... [لو كان القبض غير واجد لشروط الصحة]
- ٢١٠ ..... [هل يكتفى بالتخليه فى سقوط الضمان]
- ٢١٠ ..... [و أما الإتلاف]
- ٢١٠ ..... [اشارة]
- ٢١١ ..... [فإن كان من المشتري]
- ٢١١ ..... [و لو أتلفه البائع]
- ٢١١ ..... [و لو أتلفه أجنبى]
- ٢١١ ..... [مسألة تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين]
- ٢١٢ ..... [مسألة لو تلف بعض المبيع قبل قبضه]
- ٢١٢ ..... [فإن كان مما يقسط الثمن عليه انفسخ البيع فيه]
- ٢١٢ ..... [إن كان الجزء مما لا يتقسط عليه الثمن]
- ٢١٢ ..... [و كيف كان فالمهم نقل الكلام إلى حكم العيب الحادث قبل القبض]
- ٢١٢ ..... [اشارة]
- ٢١٢ ..... [و أما الخلاف فى الأرش]
- ٢١٢ ..... [اشارة]
- ٢١٣ ..... [المشهور ثبوت الأرش و الاستدلال عليه]
- ٢١٣ ..... [اشارة]
- ٢١٣ ..... [ما يؤيد ثبوت الأرش]
- ٢١٣ ..... [الإشكال فى ثبوت الأرش]

- ٢١٣ ..... [الأقوى قول المشهور]
- ٢١٤ ..... و أما لو تعيب بفعل أحد
- ٢١٤ ..... مسألة الأقوى من حيث الجمع بين الروايات حرمة بيع المكيل و الموزون قبل قبضه إلا تولية
- ٢١٤ ..... [الأولى حمل الروايات المجوزة على التولية]
- ٢١٤ ..... اشارة
- ٢١٥ ..... [الاستئناس للجمع بالكراهة بخبر أبي بصير و المناقشة فيه]
- ٢١٥ ..... و ربما يستدل على الجواز بصحيحتي الحلبي و ابن مسلم
- ٢١٥ ..... و ربما يستأنس للجواز بالأخبار الواردة في جواز بيع السلم على من هو عليه
- ٢١٥ ..... [الحكم في غير المكيل و الموزون]
- ٢١٥ ..... [أقوال خمسة في بيع المكيل و الموزون قبل القبض]
- ٢١٦ ..... [هل المنع تكليفي أو وضعي]
- ٢١٦ ..... و ينبغي التنبيه على أمور
- ٢١٦ ..... اشارة
- ٢١٦ ..... الأول أن ظاهر جماعة عدم لحوق الثمن بالمبيع في هذا الحكم
- ٢١٧ ..... الثاني هل البيع كناية عن مطلق الاستبدال
- ٢١٧ ..... الثالث هل المراد من البيع المنهي إيقاع عقد البيع على ما لم يقبض أو ما يعم تشخيص الكلي المبيع به
- ٢١٩ ..... الرابع ذكر جماعة أنه لو دفع إلى من له عليه طعام دراهم و قال اشتر بها لنفسك طعاما لم يصح
- ٢٢٠ ..... مسألة لو كان له طعام على غيره- فطالبه به في غير مكان حدوثه في ذمته
- ٢٢٠ ..... اشارة
- ٢٢٠ ..... أحدها أن يكون المال سلما
- ٢٢٠ ..... الثانية أن يكون ما عليه قرضا
- ٢٢١ ..... الثالثة أن يكون الاستقرار من جهة الغصب
- ٢٢١ ..... تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

## المكاسب - الجزء الثالث

## إشارة

سرشناسه : انصاری، مرتضی بن محمد امین، ق ۱۲۸۱ - ۱۲۱۴

عنوان و نام پدید آور : ...المكاسب / مرتضی الانصاری؛ التحقيق مركز التحقيقات لموسسه احسن الحديث

مشخصات نشر : قم: احسن الحديث، ۱۴۲۱ق. = ۱۳۷۹.

مشخصات ظاهري : ج ۳

شابك : ۹۶۴-۵۷۳۸-۱۱-۳(دوره) ؛ ۹۶۴-۵۷۳۸-۰۸-۳۱۵۰۰۰-۰۱ريال: (ج.۱) ؛ ۹۶۴-۵۷۳۸-۰۹-۱۲۲۰۰۰-۰۱ريال: (ج.۲) ؛ ۹۶۴-۵۷۳۸-

۱۰-۵۱۷۰۰۰ريال: (ج.۳)

يادداشت : فهرست نویسی بر اساس اطلاعات فیما.

يادداشت : کتابنامه

موضوع : معاملات (فقه)

شناسه افزوده : موسسه احسن الحديث. مركز تحقيقات

رده بندی کنگره : BP۱۹۰/۱/الف م۸ ۱۳۷۹

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی : م ۷۹-۲۷۷۱

## الخيارات

## إشارة

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على محمد و آله الطاهرين و لعنة الله على أعدائهم أجمعين. القول في الخيار و أقسامه و أحكامه

## مقدمتان

## الأولى [في معنى الخيار لغة و اصطلاحاً]

الخيار لغة اسم مصدر من الاختيار- غلب في كلمات جماعة من المتأخرين في ملك فسخ العقد على ما فسره به في موضع من الإيضاح- فيدخل ملك الفسخ في العقود الجائزة و في عقد الفضولي و ملك الوارث رد العقد على ما زاد على الثلث و ملك العمه و الخالة لفسخ العقد على بنت الأخ و الأخت و ملك الأمه المزوجه من عبد فسخ العقد إذا أعتقت و ملك كل من الزوجين للفسخ بالعيوب- و لعل التعبير بالملك للتنبية على أن الخيار من الحقوق لا من الأحكام فيخرج ما كان من قبيل الإجازة و الرد لعقد الفضولي و التسلط على فسخ العقود الجائزة فإن ذلك من الأحكام الشرعية لا من الحقوق و لذا لا تورث و لا تسقط بالإسقاط و قد يعرف بأنه ملك إقرار العقد و إزالته و يمكن الخدشه فيه بأنه إن أريد من إقرار العقد إبقاؤه على حاله بترك الفسخ فذكره مستدرك لأن القدرة على الفسخ عين القدرة على تركه إذ القدرة لا تتعلق بأحد الطرفين و إن أريد منه إلزام العقد و جعله غير قابل لأن يفسخ. ففيه أن مرجعه إلى إسقاط حق الخيار فلا يؤخذ في تعريف نفس الخيار مع أن ظاهر الإلزام في مقابل الفسخ جعله لازماً مطلقاً فينتقض بالخيار

المشترك فإن لكل منهما إزامه من طرفه لا- مطلقا ثم إن ما ذكرناه من معنى الخيار- هو المتبادر منه عرفا عند الإطلاق في كلمات المتأخرين و إلا فإطلاقه في الأخبار و كلمات الأصحاب على سلطنة الإجازة و الرد لعقد الفضولى و سلطنة الرجوع فى الهبة و غيرهما من أفراد السلطنة شائع.

## الثانية [الأصل فى البيع اللزوم]

### إشارة

ذكر غير واحد تبعا للعلامة فى كتبه- أن الأصل فى البيع اللزوم. قال فى التذكرة الأصل فى البيع اللزوم لأن الشارع وضعه مفيدا لنقل الملك و الأصل الاستصحاب و الغرض تمكن كل من المتعاقدين من التصرف فيما صار إليه و إنما يتم باللزوم ليأمن من نقض صاحبه عليه انتهى.

### أقول المستفاد من كلمات جماعة أن الأصل هنا قابل لإرادة معان

### الأول الراجح

احتمله فى جامع المقاصد- مستندا فى تصحيحه إلى الغلبة. و فيه أنه إن أراد غلبة الأفراد فغالبا ينعقد جائزا لأجل خيار المجلس أو الحيوان أو الشرط- و إن أراد غلبة الأزمان فهى لا تنفع فى الأفراد المشكوكه- مع أنه لا يناسب ما فى القواعد من قوله و إنما يخرج من الأصل لأمرين ثبوت خيار أو ظهور عيب.

### الثانى القاعدة المستفاد من العمومات

التي يجب الرجوع إليها عند الشك فى الأفراد أو بعض الأحوال و هذا حسن لكن لا يناسب ما ذكره فى التذكرة فى توجيه الأصل- .

### الثالث الاستصحاب

و مرجعه إلى أصالة عدم ارتفاع أثر العقد بمجرد فسخ أحدهما و هذا حسن.

### الرابع المعنى اللغوى

بمعنى أن وضع البيع و بناء عرفا و شرعا على اللزوم و صيرورة المالك الأول كالأجنبى و إنما جعل الخيار فيه حقا خارجيا لأحدهما أو لهما يسقط بالإسقاط و غيره و ليس البيع كالهبة التي حكم الشارع فيها بجواز رجوع الواهب بمعنى كونه حكما شرعيا له أصلا و بالذات بحيث لا يقبل الإسقاط و من هنا ظهر أن ثبوت خيار المجلس فى أول أزمته انعقاد البيع لا يتنافى كونه فى حد ذاته مبنيا على اللزوم لأن الخيار حق خارجى قابل للانفكاك. نعم لو كان فى أول انعقاده محكوما شرعا بجواز الرجوع بحيث يكون حكما فيه لاحقا



مجموعاً- قابلاً للسقوط كان منافياً لبنائه على اللزوم فالأصل هنا كما قيل نظير قولهم إن الأصل في الجسم الاستدارة فإنه لا ينافي كون أكثر الأجسام على غير الاستدارة لأجل القاسر الخارجي و مما ذكرنا ظهر وجه النظر في كلام صاحب الوافية حيث أنكر هذا الأصل لأجل خيار المجلس إلا أن يريد أن الأصل بعد ثبوت خيار المجلس بقاء عدم اللزوم و سيأتي ما فيه

بقي الكلام في معنى قول العلامة في القواعد و التذكرة إنه لا يخرج من هذا الأصل إلا بأمرين ثبوت خيار أو ظهور عيب فإن ظاهره أن ظهور العيب سبب لتزلزل البيع في مقابل الخيار مع أنه من أسباب الخيار و توجيهه بعطف الخاص على العام كما في جامع المقاصد غير ظاهر إذ لم يعطف العيب على أسباب الخيار بل عطف على نفسه و هو مبين له لا- أعم. نعم قد يساعد عليه ما في التذكرة من قوله و إنما يجزئ عن الأصل بأمرين أحدهما ثبوت الخيار لهما أو لأحدهما من غير نقص في أحد العوضين بل للتروى خاصة. و الثاني ظهور عيب في أحد العوضين انتهى. و حاصل التوجيه على هذا أن الخروج عن اللزوم لا يكون إلا بتزلزل

المكاسب، ج ٣، ص ٢١٥

العقد لأجل الخيار و المراد بالخيار في المعطوف عليه ما كان ثابتاً بأصل الشرع أو بجعل المتعاقدين لا- لاقتضاء نقص في أحد العوضين و بظهور العيب ما كان الخيار لنقص أحد العوضين لكنه مع عدم تمامه تكلف في عبارة القواعد مع أنه في التذكرة ذكر في الأمر الأول الذي هو الخيار فصولاً سبعة بعدد أسباب الخيار و جعل السابع منها خيار العيب و تكلم فيه كثيراً و مقتضى التوجيه أن يتكلم في الأمر الأول فيما عدا خيار العيب و يمكن توجيه ذلك بأن العيب سبب مستقل لتزلزل العقد في مقابل الخيار فإن نفس ثبوت الأرش بمقتضى العيب و إن لم يثبت خيار الفسخ موجب لاسترداد جزء من الثمن فالعقد بالنسبة إلى جزء من الثمن متزلزل قابل لإبقائه في ملك البائع و إخراج عنه و يكفي في تزلزل العقد ملك إخراج جزء مما ملكه البائع بالعقد عن ملكه. و إن شئت قلت إن مرجع ذلك إلى ملك فسخ العقد الواقع على مجموع العوضين من حيث المجموع و نقض مقتضاه من تملك كل من مجموع العوضين في مقابل الآخر لكنه مبني على كون الأرش جزء حقيقياً من الثمن كما عن بعض العامة ليتحقق انفساخ العقد بالنسبة إليه عند استرداده.

و قد صرح العلامة في كتبه بأنه لا يعتبر في الأرش كونه جزء من الثمن بل له إبداله لأن الأرش غرامه و حينئذ فثبوت الأرش لا يوجب تزلزلاً في العقد ثم إن الأصل بالمعنى الرابع إنما ينفع مع الشك في ثبوت خيار في خصوص البيع لأن الخيار حق خارجي يحتاج ثبوته إلى الدليل أما لو شك في عقد آخر من حيث اللزوم و الجواز فلا يقتضى ذلك الأصل لزومه لأن مرجع الشك حينئذ إلى الشك في الحكم الشرعي. و أما الأصل بالمعنى الأول فقد عرفت عدم تماميته و أما بمعنى الاستصحاب فيجوز في البيع و غيره إذا شك في لزومه و جوازه و أما بمعنى القاعدة فيجوز في البيع و غيره لأن أكثر العمومات الدالة على هذا المطلب يعم غير البيع

[الأدلة على أصالة اللزوم]

إشارة

و قد أشرنا في مسألة المعاطاء إليها و نذكرها هنا تسهيلاً على الطالب-

فمنها قوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**

دل على وجوب الوفاء بكل عقد و المراد بالعقد مطلق العهد كما فسر به في صحيحه ابن سنان المروية في تفسير علي بن إبراهيم أو ما يسمى عقداً لغه و عرفاً. و المراد بوجوب الوفاء العمل بما اقتضاه العقد في نفسه- بحسب الدلالة اللفظية نظير الوفاء بالندى فإذا دل

العقد مثلا على تملك العاقد ماله من غيره وجب العمل بما يقتضيه التملك من ترتيب آثار ملكية ذلك الغير له فأخذه من يده بغير رضاه و التصرف فيه كذلك نقض لمقتضى ذلك العهد فهو حرام فإذا حرم بإطلاق الآية جميع ما يكون نقضا لمضمون العقد و منها التصرفات الواقعة بعد فسخ المتصرف من دون رضاه صاحبه كان هذا لازما مساويا للزوم العقد و عدم انفساخه بمجرد فسخ أحدهما فيستدل بالحكم التكليفي على الحكم الوضعي أعني فساد الفسخ من أحدهما بغير رضا الآخر و هو معنى اللزوم بل قد حقق في الأصول أن لا- معنى للحكم الوضعي إلا- ما انتزع من الحكم التكليفي. و مما ذكرنا ظهر ضعف ما قيل من أن معنى وجوب الوفاء بالعقد العمل بما يقتضيه من لزوم و جواز فلا يتم الاستدلال به على اللزوم. توضيح الضعف أن اللزوم و الجواز من الأحكام الشرعية للعقد و ليسا من مقتضيات العقد في نفسه مع قطع النظر عن حكم الشارع. نعم هذا المعنى أعني وجوب الوفاء بما يقتضيه العقد في نفسه يصير بدلالة الآية حكما شرعيا للعقد مساويا للزوم و أضعف من ذلك ما نشأ من عدم التفطن لوجه دلالة الآية على اللزوم مع الاعتراف بأصل الدلالة لمتابعة المشهور و هو أن المفهوم من الآية عرفا حكمان تكليفي و وضعي و قد عرفت أن ليس المستفاد منها إلا حكم واحد تكليفي يستلزم حكما وضعيا

### [الاستدلال بآية أحل الله البيع]

و من ذلك يظهر لك الوجه في دلالة قوله تعالى **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** على اللزوم فإن حلية البيع التي لا يراد منها إلا حلية جميع التصرفات المترتب عليه التي منها ما يقع بعد فسخ أحد المتبايعين بغير رضاه الآخر مستلزما لعدم تأثير ذلك الفسخ و كونه لغوا غير مؤثر

### [الاستدلال بآية تجارة عن تراض]

و منه يظهر وجه الاستدلال على اللزوم بإطلاق حلية أكل المال بالتجارة عن تراض فإنه يدل على أن التجارة سبب لحلية التصرف بقول مطلق حتى بعد فسخ أحدهما من دون رضاه الآخر فدلالة الآيات الثلاث على أصالة اللزوم على نهج واحد لكن يمكن أن يقال- إنه إذا كان المفروض الشك في تأثير الفسخ في رفع الآثار الثابتة بإطلاق الآيتين الأخيرتين لم يمكن التمسك في رفعه إلا بالاستصحاب و لا ينفع الإطلاق.

### و منها قوله تعالى **وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ**

دل على حرمة الأكل بكل وجه يسمى باطلا عرفا و موارد ترخيص الشارع ليس من الباطل فإن أكل المارة من ثمرة الأشجار التي تمر بها باطل لو لا إذن الشارع الكاشف عن عدم بطلانه و كذلك الأخذ بالشفعة و الخيار فإن رخصة الشارع في الأخذ بهما يكشف عن ثبوت حق لذوى الخيار و الشفعة و ما نحن فيه من هذا القبيل فإن أخذ مال الغير و تملكه من دون إذن صاحبه باطل عرفا. نعم لو دل الشارع على جوازه كما في العقود الجائزة بالذات أو بالعارض كشف ذلك عن حق للفاسخ متعلق بالعين. و مما ذكرنا يظهر وجه الاستدلال بقوله ص: لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه.

### و منها قوله: **الناس مسلطون على أموالهم**

فإن مقتضى السلطنة التي أمضاها الشارع أن لا يجوز أخذه من يده و تملكه عليه من دون رضاه و لذا استدل المحقق في الشرائع على عدم جواز رجوع المقرض فيما أقرضه بأن فائدة الملك التسلط و نحوه العلامة في بعض كتبه و الحاصل أن جواز العقد الراجع إلى تسلط الفاسخ على تملك ما انتقل عنه و صار مالا لغيره و أخذه منه بغير رضاه مناف لهذا العموم

### و منها قوله: المؤمنون عند شروطهم

و قد استدل به على اللزوم غير واحد منهم المحقق الأردبيلي قدس سره بناء على أن الشرط مطلق الإلزام و الالتزام و لو ابتداء من غير ربط بعقد آخر فإن العقد على هذا شرط فيجب الوقوف عنده و يحرم التعدي عنه فيدل على اللزوم بالتقريب المتقدم في أوفوا بالعقود لكن لا يبعد منع صدق الشرط في الالتزامات الابتدائية بل المتبادر عرفا

المكاسب، ج ٣، ص ٢١٦

هو الإلزام التابع - كما يشهد به موارد استعمال هذا اللفظ حتى في مثل قوله في دعاء التوبة: و لك يا رب شرطي ألا أعود في مكروهك و عهدى أن أهجر جميع معاصيك و قوله في أول دعاء الندبة: بعد أن شرطت عليهم الزهد في درجات هذه الدنيا كما لا يخفى على من تأملها مع أن كلام بعض أهل اللغة على ما ادعينا من الاختصاص ففي القاموس الشرط إلزام الشيء و التزامه في البيع و نحوه

### و منها الأخبار المستفيضة في أن البيعين بالخيار ما لم يفترقا

و أنه إذا افترقا وجب البيع و أنه لا خيار لهما بعد الرضا فهذه جملة من العمومات - الدالة على لزوم البيع عموما أو خصوصا

### [مقتضى الاستصحاب أيضا اللزوم]

و قد عرفت أن ذلك مقتضى الاستصحاب أيضا و ربما يقال إن مقتضى الاستصحاب - عدم انقطاع علاقة المالك عن العين فإن الظاهر من كلماتهم عدم انقطاع علاقة المالك عن العين التي له فيها الرجوع و هذا الاستصحاب حاكم على الاستصحاب المتقدم المقتضى اللزوم و رد بأنه إن أريد بقاء علاقة المالك أو علاقة يتفرع على الملك فلا ريب في زوالها بزوال الملك و إن أريد بها سلطنة إعادة العين في ملكه فهذه علاقة يستحيل اجتماعها مع الملك و إنما تحدث بعد زوال الملك لدلالة دليل فإذا فقد الدليل فالأصل عدمها و إن أريد بها العلاقة التي كانت في مجلس البيع فإنها تستصحب عند الشك فيصير الأصل في البيع بقاء الخيار كما يقال الأصل في الهبة بقاء جوازها بعد التصرف في مقابل من جعلها لازمة بالتصرف ففيه مع عدم جريانه فيما لا خيار فيه في المجلس بل مطلقا بناء على أن الواجب هنا الرجوع في زمان الشك إلى عموم أوفوا بالعقود لا الاستصحاب أنه لا يجدي بعد تواتر الأخبار بانقطاع الخيار مع الافتراق فيبقى ذلك الاستصحاب سليما عن الحاكم فتأمل

### [ظاهر المختلف أن الأصل عدم اللزوم و المناقشة فيه]

ثم إنه يظهر من المختلف في مسألة أن المسابقة لازمة أو جائزة أن الأصل عدم اللزوم و لم يرد من تأخر عنه إلا بعموم قوله تعالى

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و لم يكن وجه صحيح لتقرير هذا الأصل. نعم هو حسن في خصوص المسابقة و شبهه مما لا يتضمن تمليكا أو تسليطا ليكون الأصل بقاء ذلك الأثر و عدم زواله بدون رضا الطرفين

### [إذا شك في عقد أنه من مصاديق العقد اللازم أو الجائز]

ثم إن ما ذكرنا من العمومات المثبتة لأصالة اللزوم- إنما هو في الشك في حكم الشارع باللزوم و يجرى أيضا فيما إذا شك في عقد خارجي أنه من مصاديق العقد اللازم أو الجائز بناء على أن المرجع في الفرد المردد بين عنواني العام و المخصص إلى العموم و أما بناء على خلاف ذلك فالواجب الرجوع عند الشك في اللزوم إلى الأصل بمعنى استصحاب الأثر و عدم زواله بمجرد فسخ أحد المتعاقدين إلا أن يكون هنا أصل موضوعي يثبت العقد الجائز كما إذا شك في أن الواقع هبة أو صدقة فإن الأصل عدم قصد القرية فيحكم بالهبة الجائزة لكن الاستصحاب المذكور إنما ينفع في إثبات صفة اللزوم و أما تعيين العقد اللازم حتى يترتب عليه سائر آثار العقد اللازم كما إذا أريد تعيين البيع عند الشك فيه و في الهبة فلا بل يرجع في أثر كل عقد إلى ما يقتضيه الأصل بالنسبة إليه فإذا شك في اشتغال الذمة بالعوض حكم بالبراءة التي هي من آثار الهبة و إذا شك في الضمان مع فساد العقد حكم بالضمان لعموم على اليد إن كان هو المستند في الضمان بالعقود الفاسدة و إن كان المستند دخوله في ضمان العين أو قلنا بأن خروج الهبة من ذلك العموم مانع عن الرجوع إليه فيما احتل كونه مصداقا لها كان الأصل البراءة أيضا

### القول في أقسام الخيار

#### إشارة

و هي كثيرة إلا أن أكثرها متفرقة و المجتمع منها في كل كتاب سبعة و قد أنهاها بعضهم إلى أزيد من ذلك- حتى أن المذكور في اللمعة مجتمعا أربعة عشر مع عدم ذكره لبعضها و نحن نفتنى أثر المقتصر على السبعة كالمحقق و العلامة قدس سرهما لأن ما عداها لا يستحق عنوانا مستقلا إذ ليس له أحكام مغاير لسائر أنواع الخيار فنقول و بالله التوفيق

### الأول في خيار المجلس

#### إشارة

فالمراد بالمجلس مطلق مكان المتبايعين حين البيع- و إنما عبر بفرده الغالب و إضافة الخيار إليه لاختصاصه و ارتفاعه بانقضائه الذي هو الافتراق و لا خلاف بين الإمامية في ثبوت هذه الخيار و النصوص به مستفيضة- و الموثق الحاكي لقول على ع: إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب مطروح أو مؤول و لا فرق بين أقسام البيع و أنواع المبيع. نعم سيجيء استثناء بعض أشخاص المبيع كالمعتق على المشتري و تنقيح مباحث هذا الخيار و مسقطاته يحصل برسم مسائل

### مسألة لا إشكال في ثبوته للمتبايعين إذا كانا أصليين و لا في ثبوته للوكيلين في الجملة

#### إشارة

و هل يثبت لهما مطلقا خلاف قال في التذكرة لو اشترى الوكيل أو باع أو تعاقد الوكيلان تعلق الخيار بهما و بالموكلين مع حضورهما

فى المجلس و إلا- فبالوكيلين فلو مات الوكيل فى المجلس و الموكل غائب انتقل الخيار إليه لأن ملكه أقوى من ملك الوارث و للشافعية قولان أحدهما أنه يتعلق بالموكل و الآخر أنه يتعلق بالوكيل انتهى.

### [أقسام الوكيل]

#### [أن يكون وكيلًا فى مجرد إجراء العقد]

أقول و الأولى أن يقال- إن الوكيل إن كان وكيلًا فى مجرد إجراء العقد فالظاهر عدم ثبوت الخيار لهما- وفاقا لجماعه منهم المحقق و الشهيد الثانى لأن المتبادر من النص غيرهما و إن عممناه لبعض أفراد الوكيل و لم نقل بما قيل تبعا لجامع المقاصد بانصرافه بحكم الغلبة إلى خصوص العاقد المالك مضافا إلى أن مفاد أدلة الخيار إثبات حق و سلطته لكل من المتعاقدين على ما انتقل إلى الآخر بعد الفراغ عن تسلطه على ما انتقل إليه فلا يثبت بها هذا التسلط لو لم يكن مفروغا عنه فى الخارج ألا ترى أنه لو شك المشتري فى كون المبيع ممن يعتق عليه لقراية أو يجب صرفه لنفقة أو إعتاقه لنذر فلا- يمكن الحكم بعدم وجوبه لأدلة الخيار بزعم إثباتها للخيار المستلزم لجواز رده على البائع و عدم وجوب عتقه هذا مضافا إلى ملاحظة بعض أخبار هذا الخيار المقرون فيه بينه و بين خيار الحيوان الذى لا يرضى الفقيه بالتزام ثبوته للوكيل فى إجراء

المكاسب، ج ٣، ص ٢١٧

الصيغة فإن المقام و إن لم يكن من تعارض المطلق و المقيد إلا- أن سياق الجميع يشهد باتحاد. المراد من لفظ المتبايعين مع أن ملاحظة حكمه الخيار بتعدى ثبوته للوكيل المذكور مضافا إلى أدلة سائر الخيارات فإن القول بثبوتها لموقع الصيغة لا ينبغى من الفقيه و الظاهر عدم دخوله فى إطلاق العبارة المتقدمة عن التذكرة. فإن الظاهر من قوله اشترى الوكيل أو باع تصرف الوكيل بالبيع و الشراء لا مجرد إيقاع الصيغة و من جميع ذلك يظهر ضعف القول بثبوته للوكيلين المذكورين كما هو ظاهر الحدائق- و أضعف منه تعميم الحكم لصورة منع الموكل من الفسخ بزعم أن الخيار حق ثبت للعاقد بمجرد إجرائه للعقد فلا يبطل بمنع الموكل و على المختار فهل يثبت للموكلين فيه إشكال- من أن الظاهر من البيعين فى النص المتعاقدان فلا يعم الموكلين. و ذكروا أنه لو حلف على عدم البيع لم يحث بيع و كيله و من أن الوكيلين فيما نحن فيه كالألة للمالكين و نسبة الفعل إليهما شائعة و لذا لا يتبادر من قوله باع فلان ملكه الكذائى كونه مباشرا للصيغة و عدم الحث بمجرد التوكيل فى إجراء الصيغة ممنوع بالأقوى ثبوته لهما و لكن مع حضورهما فى مجلس العقد و المراد به مجلسهما المضاف عرفا إلى العقد فلو جلس هذا فى مكان و ذاك فى مكان آخر فاطلعا على عقد الوكيلين فمجرد ذلك لا يوجب الخيار لهما إلا إذا صدق كون مكائيهما مجلسا لذلك العقد بحيث يكون الوكيلان كلسانى الموكلين و العبرة بافتراق الموكلين عن هذا المجلس لا بالوكيلين هذا كله إن كان و كيلا فى مجرد إيقاع العقد

#### [أن يكون وكيلًا مستقلا فى التصرف المالى]

و إن كان و كيلا فى التصرف المالى كأكثر الوكلاء فإن كان مستقلا فى التصرف فى مال الموكل بحيث يشمل فسخ المعاوضة بعد تحققها نظير العامل فى القراض و أولياء القاصرين فالظاهر ثبوت الخيار له لعموم النص و دعوى تبادر المالكين ممنوعة خصوصا إذا استندت إلى الغلبة- فإن معاملة الوكلاء و الأولياء لا تحصى و هل يثبت للموكلين أيضا مع حضورهما كما تقدم عن التذكرة إشكال من تبادر المتعاقدين من النص و قد تقدم عدم حث الحالف على ترك البيع ببيع و كيله و من أن المستفاد من أدلة سائر الخيارات و خيار الحيوان المقرون بهذا الخيار فى بعض النصوص كون الخيار حقا لصاحب المال شرعا إرفاقا له و أن ثبوته للوكيل لكونه نائبا عنه يستلزم ثبوته للمنوب عنه إلا أن يدعى مدخلية المباشرة للعقد فلا يثبت لغير المباشر و لكن الوجه الأخير لا يخلو عن قوة و حينئذ فقد

يتحقق في عقد واحد الخيار لأشخاص كثيرة- من طرف واحد أو من الطرفين فكل من سبق من أهل الطرف الواحد إلى إعماله نفذ و سقط خيار الباقيين بلزوم العقد أو بانفساخه و ليس المقام من تقديم الفاسخ على المجيز فإن تلك المسألة فيما إذا ثبت للجانبين و هذا فرض من جانب واحد ثم على المختار من ثبوته للموكلين فهل العبرة فيه بتفرقهما عن مجلسهما حال العقد أو عن مجلس العقد أو بتفرق المتعاقدين أو بتفرق الكل فيكفى بقاء أصيل مع وكيل آخر في مجلس العقد وجوه أقواها الأخير

### [أن لا يكون مستقلا في التصرف]

و إن لم يكن مستقلا في التصرف في مال الموكل قبل العقد و بعده بل كان وكيلا في التصرف على وجه المعاوضة كما إذا قال له اشتر لي عبدا و الظاهر حينئذ عدم الخيار للوكيل لا لانصراف الإطلاق إلى غير ذلك بل لما ذكرنا في القسم الأول من إطلاق أدلة الخيار مسوق لإفادة سلطنة كل من العاقدين على ما نقله عند الفراغ عن تمكنه من رد ما انتقل إليه فلا تنهض لإثبات هذا التمكن عند الشك فيه و لا- لتخصيص ما دل على سلطنة الموكل على ما انتقل إليه المستلزمة لعدم جواز تصرف الوكيل فيه برده إلى مالكة الأصلي و في ثبوته للموكلين ما تقدم

### [هل للموكل تفويض حق الخيار إلى الوكيل]

و الأقوى اعتبار الافتراق عن مجلس العقد كما عرفت في سابقه ثم هل للموكل بناء على ثبوت الخيار له تفويض الأمر إلى الوكيل بحيث يصير ذا حق خيارى- الأقوى العدم لأن المتيقن من الدليل ثبوت الخيار للعاقدين في صورة القول به عند العقد لا لحوقه له بعده. نعم يمكن توكيله في الفسخ أو في مطلق التصرف فسحا أو التراما.

### [عدم ثبوت الخيار للفضولى]

و مما ذكرنا اتضح عدم ثبوت الخيار للفضولين و إن جعلنا الإجازة كاشفة لا لعدم صدق المتبايعين لأن البيع النقل و لا نقل هنا كما قيل لاندفاعه بأن البيع النقل العرفى و هو موجود هنا. نعم ربما كان ظاهر الأخبار حصول الملك شرعا بالبيع و هذا المعنى منتف في الفضولى قبل الإجازة و يندفع أيضا بأن مقتضى ذلك عدم الخيار في الصرف و السلم قبل القبض مع أن هذا المعنى لا يصح على مذهب الشيخ- القائل بتوقف الملك على انقضاء الخيار فالوجه في عدم ثبوته للفضولين فحوى ما تقدم- من عدم ثبوته للوكيلين الغير المستقلين. نعم في ثبوته للمالكين بعد الإجازة مع حضورهما في مجلس العقد وجه و اعتبار مجلس الإجازة على القول بالنقل له وجه خصوصا على القول بأن الإجازة عقد مستأنف على ما تقدم. توضيحه في مسألة عقد الفضولى و يكفى حينئذ الإنشاء أصالة من أحدهما و الإجازة من الآخر إذا جمعتهما مجلس عرفا. نعم يحتمل في أصل المسألة أن يكون الإجازة من المجيز التراما بالعقد فلا خيار بعدها خصوصا إذا كانت بلفظ التزمت فتأمل و لا فرق في الفضولين بين الغاصب و غيره فلو تباع غاصبان ثم تفاسخا لم يزل العقد عن قابلية لحوق الإجازة بخلاف ما لو رد الموجب منهما قبل قبول الآخر لاختلال صورة المعاقدة و الله العالم.

### [مسألة لو كان العاقد واحدا]

لنفسه أو غيره عن نفسه أو غيره ولاية أو وكالة على وجه يثبت له الخيار مع التعدد بأن كان وليا أو وكيل- مستقلا في التصرف فالمحكى عن ظاهر الخلاف و القاضى و المحقق و العلامة و الشهيدين و المحقق الثانى و المحقق الميسى و الصيمرى و غيرههم ثبوت

هذا الخيار له عن الاثنین لأنه بائع و مشتر فله ما لكل منهما كسائر أحكامها الثابتة لهما من حيث كونهما متبايعين و احتمال كون الخيار لكل منهما بشرط انفراده بإنشائه فلا يثبت مع قيام العنوانین لشخص واحد مندفع باستقرار سائر أحكام المتبايعین و جعل الغاية التفرق المستلزم للتعدد مبنى على الغالب خلافا للمحكى فى التحرير من القول بالعدم و استقره فخر الدين و مال إليه المحقق الأردبیلی و الفاضل الخراسانی

المكاسب، ج ٣، ص ٢١٨

و المحدث البحرانی و استظهره بعض الأفاضل ممن عاصرناهم و لا- يخلو عن قوة بالنظر إلى ظاهر النص لأن الموضوع فيه صورة التعدد و الغاية فيه الافتراق المستلزم للتعدد و لولاها لأمکن استظهار كون التعدد فى الموضوع لبيان حكم كل من البائع و المشتري كسائر أحكامهما إذ لا يفرق العرف بين قوله المتبايعان كذا و قوله لكل من البائع و المشتري إلا أن التقييد بقوله حتى يفترقا ظاهر فى اختصاص الحكم بصورة إمكان فرض الغاية و لا يمكن فرض التفرق فى غير المتعدد و منه يظهر سقوط القول بأن كلمة حتى تدخل على الممكن و المستحيل إلا أن يدعى أن التفرق غاية مختصة بصورة التعدد لا مخصصة للحكم بها. و بالجملة فحكم المشهور بالنظر إلى ظاهر اللفظ مشكل. نعم لا يبعد بعد تنقيح المناط لكن الإشكال فيه و الأولى التوقف تبعاً للتحرير و جامع المقاصد ثم لو قلنا بالخيار فالظاهر بقاءه إلى أن يسقط بأحد المسقطات غير التفرق.

### مسألة قد يستثنى بعض أشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار

#### منها من ينعق على أحد المتبايعين

و المشهور كما قيل عدم الخيار مطلقاً بل عن ظاهر المسالك أنه محل وفاق و احتمال فى الدروس ثبوت الخيار للبائع و الكلام فيه مبنى على القول المشهور من عدم توقف الملك على انقضاء الخيار- و إلا فلا إشكال فى ثبوت الخيار و الظاهر أنه لا إشكال فى عدم ثبوت الخيار بالنسبة إلى نفس العين لأن مقتضى الأدلة الانعتاق بمجرد الملك و الفسخ بالخيار من حينه لا من أصله و لا دليل على زواله بالفسخ مع قيام الدليل على زوال الحرية بعد تحققها إلا على احتمال ضعفه فى التحرير فيما لو ظهر من ينعق عليه معيباً مبنى على تزلزل العتق و أما الخيار بالنسبة إلى أخذ القيمة فقد يقال مقتضى الجمع بين أدلة الخيار و دليل عدم عود الحر إلى الرقية فيفرض المعتق كالتالف فلمن انتقل إليه أن يدفع القيمة و يسترد الثمن. و ما فى التذكرة من أنه وطن نفسه على الغبن المالى و المقصود من الخيار أن ينظر و يتروى لدفع الغبن عن نفسه ممنوع لأن التوطن على شرائه عالماً بانعتاقه عليه ليس توطينا على الغبن من حيث المعاملة و كذا لمن انتقل عنه أن يدفع الثمن و يأخذ القيمة و ما فى التذكرة من تغليب جانب العتق إنما يجدى مانعاً عن دفع العين لكن الإنصاف أنه لا وجه للخيار لمن انتقل إليه لأن شراؤه إتلاف له فى الحقيقة و إخراج له عن المالىة و سيجىء سقوط الخيار بالإتلاف بل أدنى تصرف فعدم ثبوته به أولى و منه يظهر عدم ثبوت الخيار لمن انتقل عنه لأن بيعه من ينعق عليه إقدام على إتلافه و إخراجه عن المالىة. و الحاصل أننا إذا قلنا إن الملك فيمن ينعق عليه تقديري لا حقيقى- فالمعاملة عليه من المتبايعين مواطأة على إخراجه عن المالىة و سلكه فى سلك ما لا يتمول لكنه حسن مع علمهما فتأمل. و قد يقال إن ثبوت الخيار لمن انتقل عنه مبنى على أن الخيار و الانعتاق هل يحصلان بمجرد البيع أو بعد ثبوت الملك آناً ما أو الأول بالأول و الثانى بالثانى أو العكس فعلى الأولين و الأخير يقوى القول بالعدم لأمضوية أخبار العتق و كون القيمة بدل العين فيمتنع استحقاقها من دون المبدل و لسبق تعلقه على الأخير و يحتمل قريبا الثبوت جمعاً بين الحقين و دفعا للمنافاة من البين و عملاً بالنصين و بالإجماع على عدم إمكان زوال يد البائع عن العوضين و تنزيلاً للفسخ منزلة الأرش مع ظهور عيب فى أحدهما و للعتق بمنزلة تلف العين و لأنهم حكموا بجواز الفسخ و الرجوع إلى القيمة فيما إذا باع بشرط العتق فظهر كونه ممن ينعق على المشتري أو تعيب بما يوجب ذلك و الظاهر عدم الفرق بينه و بين

المقام و على الثالث يتجه الثانى لما مر و لسبق تعلق حق الخيار و عروض العتق ثم قال و حيث كان المختار فى الخيار أنه بمجرد العقد و فى العتق أنه بعد الملك و دل ظاهر الأخبار و كلام الأصحاب على أن أحكام العقود و الإيقاعات تتبعها بمجرد حصولها إذا لم يمنع عنها مانع من غير فرق بين الخيار و غيره بل قد صرحوا بأن الخيار يثبت بعد العقد و أنه علة و المعلول لا يتخلف عن علته كما أن الاعتناق لا يتخلف عن الملك فالأقرب هو الأخير كما هو ظاهر المختلف و التحرير و مال إليه الشهيد إن لم يثبت الإجماع على خلافه و يؤيده إطلاق الأكثر و دعوى ابن زهرة الإجماع على ثبوت خيار المجلس فى جميع ضروب المبيع من غير استثناء انتهى كلامه رفع مقامه أقول إن قلنا إنه يعتبر فى فسخ العقد بالخيار أو بالتقاييل - خروج الملك عن ملك من انتقل عنه نظرا إلى أن خروج أحد العوضين عن ملك أحدهما يستلزم دخول الآخر فيه و لو تقديرا لم يكن وجه للخيار فيما نحن فيه و لو قلنا بكون الخيار بمجرد العقد و الاعتناق عقيب الملك آنا ما إذ برفع العقد لا يقبل المنعق عليه لأن يخرج من ملك المشتري إلى ملك البائع و لو تقديرا إذ ملكية المشتري لمن يعتق عليه ليس على وجه يترتب عليه سوى الاعتناق و لا يجوز تقديره بعد الفسخ قبل الاعتناق خارجا عن ملك المشتري إلى ملك البائع ثم اعتناقه مضمونا على المشتري كما لو فرض بيع المشتري للمبيع فى زمن الخيار ثم فسخ البائع. و الحاصل أن الفاسخ يتلقى الملك من المفسوخ عليه و هذا غير حاصل فيما نحن فيه و إن قلنا أن الفسخ لا يقتضى أزيد من رد العين إن كان موجودا و بدله إن كان تالفا أو كالتالف و لا يعتبر فى صورة

التلف إمكان تقدير تلقى الفاسخ الملك من المفسوخ عليه و تملكه منه بل يكفى أن يكون العين المضمونة قبل الفسخ بثمنها مضمونة بعد الفسخ بقيمتها مع التلف كما يشهد به الحكم بجواز الفسخ و الرجوع إلى القيمة فيما تقدم فى مسألة البيع شرط العتق ثم ظهور المبيع منعقا على المشتري و حكمهم برجوع الفاسخ إلى القيمة لو وجد العين منتقلة بعقد لازم مع عدم إمكان تقدير عود الملك قبل الانتقال الذى هو بمنزلة التلف إلى الفاسخ كان الأوفق بعمومات الخيار القول به هنا و الرجوع إلى القيمة إلا مع إقدام المتبايعين على المعاملة مع العلم بكونه ممن يعتق عليه فالأقوى عدم لأنهما قد توطئا على إخراجهما عن المالىة الذى هو بمنزلة إتلافه. و بالجملة فإن الخيار حق فى العين و إنما يتعلق بالبدل بعد تعذره لا ابتداء

المكاسب، ج ٣، ص ٢١٩

فإذا كان نقل العين إبطالا- لماليتها و تفويتا لمحل الخيار كان كتفويت نفس الخيار باشتراط سقوطه فلم يحدث حق فى العين حتى يتعلق ببدله و قد صرح بعضهم بارتفاع خيار البائع بإتلاف المبيع و نقله إلى من يعتق عليه كالاتلاف له من حيث المالىة فدفع الخيار به أولى و أهون من رفعه فتأمل.

### و منها العبد المسلم المشتري من الكافر

بناء على عدم تملك الكافر للمسلم اختيارا فإنه قد يقال بعدم ثبوت الخيار لأحدهما أما بالنسبة إلى العين فلفرض عدم جواز تملك الكافر للمسلم و تملكه إياه و أما بالنسبة إلى القيمة فلما تقدم من أن الفسخ يتوقف على رجوع العين إلى مالكة الأصل و لو تقدير التكون مضمونة له بقيمته على من انتقل إليه و رجوع المسلم إلى الكافر غير جائز و هذا هو المحكى عن حواشى الشهيد رحمه الله حيث قال إنه يباع و لا يثبت له خيار المجلس و لا الشرط و يمكن أن يريد بذلك عدم ثبوت الخيار للكافر فقط و إن ثبت للمشتري فوافق مقتضى كلام فخر الدين فى الإيضاح من أن البيع بالنسبة إلى الكافر استنقاذ و بالنسبة إلى المشتري كالباع بناء منه على عدم تملك السيد الكافر له لأن الملك سبيل و إنما له حق استيفاء ثمنه منه لكن الإنصاف أنه على هذا التقدير لا دليل على ثبوت الخيار للمشتري أيضا لأن الظاهر من قوله البيعان بالخيار اختصاص الخيار بصورة تحقق البيع من الطرفين مع أنه لا معنى لتحقيق العقد البيعى من طرف واحد فإن شروط البيع إن كانت موجودة تحقق من الطرفين و إلا لم يتحقق أصلا كما اعترف به بعضهم فى مسألة بيع الكافر الحربى من يعتق عليه و الأقوى فى المسألة وفاقا لظاهر الأكثر و صريح كثير ثبوت الخيار فى المقام و إن تردد فى القواعد بين استرداد



العين أو القيمة. و ما ذكرنا من أن الرجوع بالقيمة مبنى على إمكان تقدير الملك في ملك المالك الأصلي لو أغمضنا عن منعه كما تقدم في المسألة السابقة غير قادح هنا لأن تقدير المسلم في ملك الكافر بمقدار يثبت عليه بدله ليس سبيلا للكافر على المسلم و لذا جوزنا له شراء من ينعق عليه و قد مر بعض الكلام في ذلك في شروط المتعاقدين.

### و منها شراء العبد نفسه

بناء على جوازه فإن الظاهر عدم الخيار فيه و لو بالنسبة إلى القيمة لعدم شمول أدلة الخيار له و اختاره في التذكرة و فيها أيضا أنه لو اشترى جمدا في شدة الحر ففى الخيار إشكال و لعله من جهة احتمال اعتبار قابلية العين للبقاء بعد العقد ليرتبط بها الخيار فلا يندفع الإشكال بما في جامع المقاصد من أن الخيار لا يسقط بالتلف لأنه لا يسقط به إذا ثبت قبله فتأمل.

### مسألة لا يثبت خيار المجلس في شيء من العقود سوى البيع عند علمائنا

كما في التذكرة و عن تعليق الإرشاد و غيرهما و عن الغنية الإجماع عليه و صرح الشيخ في غير موضع من المبسوط بذلك أيضا بل عن الخلاف الإجماع على عدم دخوله في الوكالة و العارية و القراض و الحوالة و الوديعة إلا أنه في المبسوط بعد ذكر جملة من العقود التي يدخلها الخيار و التي لا يدخلها قال و أما الوكالة و الوديعة و العارية و القراض و الجعالة فلا يمنع من دخول الخيارين فيها مانع انتهى و مراده خيار المجلس و الشرط. و حكى نحوه عن القاضى و لم يعلم معنى الخيار في هذه العقود بل جزم في التذكرة بأنه لا معنى للخيار فيها لأن الخيار فيها أبدا و احتمل في الدروس أن يراد بذلك عدم جواز التصرف قبل انقضاء الخيار و لعل مراده التصرف المرخص فيه شرعا للقابل في هذه العقود لا الموجب إذ لا معنى لتوقف جواز تصرف المالك في هذه العقود على انقضاء الخيار لأن أثر هذه العقود تمكن غير المالك من التصرف فهو الذى يمكن توفقه على انقضاء الخيار الذى جعل الشيخ قدس سره أثر البيع متوقفا عليه- لكن الإنصاف أن تتبع كلام الشيخ في المبسوط في هذا المقام يشهد بعدم إرادته هذا المعنى فإنه صرح في مواضع قبل هذا الكلام و بعده باختصاص خيار المجلس بالبيع و الذى يخطر بالبال أن مراده دخول الخيارين في هذه العقود إذا وقعت في ضمن عقد البيع فتفسخ بفسخه في المجلس و هذا المعنى و إن كان بعيدا في نفسه إلا أن ملاحظة كلام الشيخ في المقام يقربه إلى الذهن و قد ذكر نظير ذلك في جريان الخيارين في الرهن و الضمان و صرح في السرائر بدخول الخيارين في هذه العقود لأنها جائزة فيجوز الفسخ في كل وقت و هو محتمل كلام الشيخ فتأمل. و كيف كان فلا إشكال في أصل هذه المسألة.

### مسألة مبدأ هذا الخيار من حين العقد

لأن ظاهر النص كون البيع علة تامة و مقتضاه كظاهر الفتاوى شمول الحكم للصرف و السلم قبل القبض و لا إشكال فيه لو قلنا بوجود التقابض في المجلس في الصرف و السلم و جوبا تكليفيا إما للزوم الربا كما صرح به في صرف التذكرة و إما لوجوب الوفاء بالعقد و إن لم يكن بنفسه مملكا لأن ثمره الخيار حيثئذ جواز الفسخ فلا يجب التقابض أما لو قلنا بعدم وجوب التقابض و جواز تركه إلى التفرق المبطل للعقد ففى أثر الخيار خفاء لأن المفروض بقاء سلطنته كل من المتعاقدين على ملكه و عدم حق لأحدهما فى مال الآخر و يمكن أن يكون أثر الخيار خروج العقد بفسخ ذى الخيار عن قابلية لحوق القبض الملك فلو فرض اشتراط سقوط الخيار فى العقد لم يخرج العقد بفسخ المشروط عليه عن قابلية التأثير. قال فى التذكرة لو تقابضا فى عقد الصرف ثم أجازا فى المجلس لزم العقد و إن أجازا قبل التقابض فكذلك و عليهما التقابض فإن تفرقا قبله انفسخ العقد ثم إن تفرقا عن تراض لم يحكم بعصيانهما فإن انفرد أحدهما بالمفارقة عصى انتهى و فى الدروس يثبت معنى خيار المجلس فى الصرف تقابضا أو لا فإن التزما به قبل القبض و جب التقابض فلو هرب أحدهما عصى و انفسخ العقد و لو هرب قبل الالتزام فلا معصية و يحتمل قويا عدم العصيان مطلقا لأن للقبض

مدخلا في لزوم فله تركه انتهى و صرح الشيخ أيضا في المبسوط بثبوت التخاير في الصرف قبل التقابض. و مما ذكرنا يظهر الوجه في كون مبدأ الخيار للمالكين الحاضرين في مجلس عقد الفضوليين على القول بثبوت الخيار لهما من زمان إجازتهما على القول بالنقل و كذا على الكشف مع احتمال كونه من زمان العقد

### القول في مسقطات الخيار

#### إشارة

و هي أربعة على ما ذكرها في التذكرة اشتراط سقوطه في المكاسب، ج ٣، ص ٢٢٠ ضمن العقد و إسقاطه بعد العقد و التفرق و التصرف فيقع الكلام في مسائل.

#### مسألة لا خلاف ظاهرا في سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه في ضمن العقد.

#### إشارة

و عن الغنية الإجماع عليه و يدل عليه قبل ذلك عموم المستفيض المؤمنون أو المسلمون عند شروطهم و قد يتخيل معارضته بعموم أدلة الخيار و يرجح على تلك الأدلة بالمرجحات و هو ضعيف لأن الترجيح من حيث الدلالة و السند مفقود و موافقه عمل الأصحاب لا يصير مرجحا بعد العلم بانحصار مستندهم في عموم أدلة الشروط كما يظهر من كتبهم و نحوه في الضعف التمسك بعموم أوفوا بالعقود بناء على صيرورة شرط عدم الخيار كالجاء من العقد الذي يجب الوفاء به إذ فيه أن أدلة الخيار أخص فيخصص بها العموم بل الوجه مع انحصار المستند في عموم دليل الشروط عدم نهوض أدلة الخيار للمعارضة لأنها مسوقة لبيان ثبوت الخيار بأصل الشرع فلا ينافي سقوطه بالمسقط الخارجي و هو الشرط لوجوب العمل به شرعا بل التأمل في دليل الشرط يقضى بأن المقصود منه رفع اليد عن الأحكام الأصلية الثابتة للمشروطات قبل وقوعها في حيز الاشتراط فلا تعارضه أدلة تلك الأحكام فحاله حال أدلة وجوب الوفاء بالنذر و العهد في عدم مزاحمتها بأدلة أحكام الأفعال المنذورة لو لا النذر. و يشهد لما ذكرنا من حكومة أدلة الشرط و عدم معارضتها للأحكام الأصلية حتى يحتاج إلى المرجح استشهد الإمام في كثير من الأخبار بهذا العموم و على مخالفة كثير من الأحكام الأصلية. منها صحيحة مالك بن عطية قال:

سألت أبا عبد الله ع عن رجل كان له أب مملوك و كان تحت أبيه جارية مكاتبة قد أدت بعض ما عليها فقال لها ابن العبد هل لك أن أعينك في مكاتبتك حتى تؤدي ما عليك بشرط أن لا يكون لك الخيار بعد ذلك على أبي إذا أنت ملكت نفسك قالت نعم فأعطاها في مكاتبتها على أن لا يكون لها الخيار بعد ذلك قال ع لا يكون لها الخيار المسلمون عند شروطهم. و الرواية محمولة بقرينة الإجماع على عدم لزوم الشروط الابتدائية على صورة وقوع الاشتراط في ضمن عقد لازم أو المصالحة على إسقاط الخيار المتحقق سببه بالمكاتبة بذلك المال و كيف كان فالاستدلال فيها بقاعدة الشروط على نفي الخيار الثابت بالعمومات دليل على حكومتها عليها لا معارضتها المحجوة إلى التماس المرجح. نعم قد يستشكل التمسك بدليل الشروط في المقام من وجوه- الأول أن الشرط يجب الوفاء به إذا كان العقد المشروط فيه لازما لأن الشرط في ضمن العقد الجائر لا يزيد حكمه على أصل العقد بل هو كالوعد فلزوم الشرط يتوقف على لزوم العقد فلو ثبت لزوم العقد بلزوم الشرط لزم الدور. الثاني أن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد على ما هو ظاهر قوله البيعان بالخيار فاشترط عدم كونهما بالخيار اشتراط لعدم بعض مقتضيات العقد. الثالث ما استدل به بعض الشافعية على

عدم جواز اشتراط السقوط من أن إسقاطه الخيار في ضمن العقد إسقاط لما لم يجب لأن الخيار لا يحدث إلا بعد البيع فإسقاطه فيه كإسقاطه قبله هذا و لكن شيء من هذه الوجوه لا يصلح للاستشكال أما الأول فلأن الخارج من عموم الشرط الشروط الابتدائية لأنها كالوعد الواقعة في ضمن العقود الجائزة بالذات أو بالخيار مع بقائها على الجواز لأن الحكم بلزوم الشرط مع فرض جواز العقد المشروط به مما لا يجتمعان لأن الشرط تابع و كالتقييد للعقد المشروط به أما إذا كان نفس مؤدى الشرط لزوم ذلك العقد المشروط به كما فيما نحن فيه لا التزاما آخر مغايرا للالتزام أصل العقد فلزومه الثابت بمقتضى عموم وجوب الوفاء بالشرط عين لزوم العقد فلا يلزم تفكيك بين التابع و المتبوع في اللزوم و الجواز. و أما الثاني فلأن الخيار حق للمتعاقدين اقتضاء العقد لو خلى و نفسه فلا ينافى سقوطه بالشرط. و بعبارة أخرى المقتضى للخيار العقد بشرط لا طبيعته العقد من حيث هي حتى لا يوجد بدونه و قوله البيعان بالخيار و إن كان له ظهور في العلية التامة إلا أن المتبادر من إطلاقه صورة الخلو عن شرط السقوط مع أن مقتضى الجمع بينه و بين دليل الشرط كون العقد مقتضيا لإتمام العلة ليكون التخلف ممتعا شرعا. نعم يبقى الكلام في دفع توهم أنه لو بنى على الجمع بهذا الوجه بين دليل الشرط و عمومات الكتاب و السنة لم يبق شرط مخالف للكتاب و السنة بل و لا لمقتضى العقد و محل ذلك و إن كان في باب الشروط إلا- أن مجمل القول في دفع ذلك فيما نحن فيه أنا حيث علمنا بالنص و الإجماع أن الخيار حق مالى قابل للإسقاط و الإرث لم يكن سقوطه منافيا للمشروع فلم يكن اشتراطه اشتراط المنافى كما لو اشترط في هذا العقد سقوط الخيار في عقد آخر. و أما عن الثالث بما عرفت من أن المتبادر من النص المثبت للخيار صورة الخلو عن الاشتراط و إقدام المتبايعين على عدم الخيار ففائدة الشرط إبطال المقتضى لا- إثبات المانع و يمكن أن يستأنس لدفع الإشكال من هذا الوجه الثالث و من سابقه بصحيفة مالك بن عطية المتقدمة

**ثم إن هذا الشرط يتصور على وجوه -**

### **أحدها أن يشترط عدم الخيار**

و هذا هو مراد المشهور من اشتراط السقوط فيقول بعت بشرط أن لا يثبت خيار المجلس كما مثل به في الخلاف و المبسوط و الغنية و التذكرة لأن المراد بالسقوط هنا عدم الثبوت لا الارتفاع.

### **الثاني أن يشترط عدم الفسخ**

فيقول بعت بشرط أن لا أفسخ في المجلس فيرجع إلى التزام ترك حقه فلو خالف الشرط و فسخ فيحتمل قويا عدم نفوذ الفسخ لأن وجوب الوفاء بالشرط مستلزم لجوب إجباره عليه و عدم سلطنته على تركه كما لو باع منذور التصديق به على ما ذهب إليه غير واحد فمخالفة الشرط و هو الفسخ غير نافذة في حقه و يحتمل النفوذ لعموم دليل الخيار و الالتزام بترك الفسخ لا يوجب فساد الفسخ على ما قاله بعضهم من أن بيع منذور التصديق حث موجب للكفارة لا فاسد و حينئذ فلا فائدة في هذا غير الإثم على مخالفته إذ ما يترتب على مخالفة الشرط في غير هذا المقام من تسلط المشروط له على الفسخ لو خولف الشرط غير مترتب هنا و الاحتمال الأول أوفق بعموم وجوب الوفاء بالشرط الدال على

المكاسب، ج ٣، ص ٢٢١

وجوب ترتب آثار الشرط و هو عدم الفسخ في جميع الأحوال حتى بعد الفسخ فيستلزم ذلك كون الفسخ الواقع لغوا كما تقدم نظيره في الاستدلال بعموم وجوب الوفاء بالعقد على كون فسخ أحدهما منفردا لغوا لا يرفع وجوب الوفاء.

### الثالث أن يشترط إسقاط الخيار

و مقتضى ظاهره وجوب الإسقاط بعد العقد فلو أخل به و فسخ العقد ففي تأثير الفسخ الوجهان المتقدمان و الأقوى عدم التأثير و هل للمشروط له الفسخ- بمجرد عدم إسقاط المشترط الخيار بعد العقد و إن لم يفسخ وجهان من عدم حصول الشرط و من أن المقصود منه إبقاء العقد- فلا يحصل التخلف إلا إذا فسخ و الأولى بناء على القول بعدم تأثير الفسخ هو عدم الخيار لعدم تخلف الشرط و على القول بتأثيره ثبوت الخيار لأنه قد يكون الغرض من الشرط عدم تنزيل العقد و يكون بقاء المشترط على سلطته الفسخ مخالفا لمصلحة المشروط له و قد يموت ذو الخيار و ينتقل إلى وارثه.

**بقى الكلام في أن المشهور أن تأثير الشرط إنما هو مع ذكره في متن العقد**

### إشارة

فلو ذكره قبله لم يفد لعدم الدليل على وجوب الوفاء به و صدق الشرط على غير المذكور في العقد غير ثابت لأن المتبادر عرفا هو الإلزام و الالتزام المرتبط بمطلب آخر و قد تقدم عن القاموس أنه الإلزام و الالتزام في البيع و نحوه و عن الشيخ و القاضي تأثير الشرط المتقدم. قال في محكى الخلاف لو شرطا قبل العقد أن لا يثبت بينهما خيار بعد العقد صح الشرط و لزم العقد بنفس الإيجاب و القبول ثم نقل الخلاف عن بعض أصحاب الشافعي ثم قال دليلنا أنه لا مانع من هذا الشرط و الأصل جوازه و عموم الأخبار في جواز الشرط يشمل هذا الموضوع انتهى و نحوه المحكى عن جواهر القاضى. و قال في المختلف على ما حكى عنه بعد ذلك و عندى في ذلك نظر فإن الشرط إنما يعتبر حكمه لو وقع في متن العقد. نعم لو شرطا قبل العقد و تباعا على ذلك الشرط صح ما شرطاه انتهى. أقول التباع على ذلك الشرط إن كان بالإشارة إليه في العقد بأن يقول مثلا بعث على ما ذكر فهو من المذكور في متن العقد و إن كان بالقصد إليه و البناء عليه عند الإنشاء فهذا هو ظاهر كلام الشيخ نعم يحتمل أن يريد الصورة الأولى و أراد بقوله قبل العقد قبل تمامه و هذا هو المناسب للاستدلال له بعدم المانع من هذا الاشتراط و يؤيده أيضا بل يعينه أن بعض أصحاب الشافعي إنما يخالف في صحه هذا الاشتراط في متن العقد. و قد صرح في التذكرة بذكر خلاف بعض الشافعية في اشتراط عدم الخيار في متن العقد و استدلال عنهم بأن الخيار بعد تمام العقد فلا يصح إسقاطه قبل تمامه. و الحاصل أن ملاحظه عنوان المسألة في الخلاف و التذكرة و استدلال الشيخ على الجواز و بعض الشافعية على المنع يكاد يوجب القطع بعدم إرادة الشيخ صورة ترك الشرط في متن العقد و كيف كان فالأقوى أن الشرط الغير المذكور في متن العقد غير مؤثر لأنه لا يلزم بنفس اشتراطه السابق لأن المتحقق في السابق إما وعد بالتزام أو التزام تبرعى لا يجب الوفاء به و العقد اللاحق و إن دفع مبنيا عليه لا يلزمه لأنه إلزام مستقل لا يرتبط بالتزام العقد إلا بجعل المتكلم و إلا فهو بنفسه ليس من متعلقات الكلام العقدى مثل العوضين و قيودهما حتى يقدر شرطا منويا فيكون كالمحذوف النحوى بعد نصب القرينة فإن من باع داره في حال بنائه في الواقع على عدم الخيار له لم يحصل له في ضمن بيعه إنشاء التزام بعدم الخيار و لم يقيد إنشاءه بشيء بخلاف قوله بعثك على أن لا خيار لى الذى مؤداه بعثك ملتزما على نفسى و بانيا على أن لا خيار لى فإن إنشاءه للبيع قد اعتبر مقيدا بإنشائه التزام عدم الخيار فحاصل الشرط إلزام في التزام مع اعتبار تقييد الثانى بالأول و تمام الكلام في باب الشروط إن شاء الله تعالى.

### فرع

ذكر العلامة في التذكرة موردا لعدم جواز اشتراط نفى خيار المجلس و غيره في متن العقد و هو ما إذا نذر المولى أن يعتق عبده إذا

باعه بأن قال الله على أن أعتقك إذا بعتك قال لو باعه بشرط نفى الخيار لم يصح البيع لصحة النذر فيجب الوفاء به ولا يتم برفع الخيار وعلى قول بعض علمائنا من صحة البيع مع بطلان الشرط يلغو الشرط ويصح البيع ويعتق انتهى. أقول هذا مبني على أن النذر المعلق بالعين يوجب عدم تسلط الناذر على التصرفات المنافية له وقد مر أن الأقوى في الشرط أيضا كونه كذلك.

### مسألة و من المسقطات إسقاط هذا الخيار بعد العقد

#### إشارة

بل هذا هو المسقط الحقيقي ولا خلاف ظاهرا في سقوطه بالإسقاط- ويدل عليه بعد الإجماع فحوى ما سيجيء من النص الدال على سقوط الخيار بالتصرف معللا بأنه رضا بالبيع مضافا إلى القاعدة المسلمة من أن لكل ذي حق إسقاط حقه ولعله لفحوى تسلط الناس على أموالهم فهم أولى بالتسلط على حقوقهم المتعلقة بالأموال ولا معنى لتسلطهم على مثل هذه الحقوق الغير القابلة للنقل إلا نفوذ تصرفهم فيها بما يشمل الإسقاط ويمكن الاستدلال له بدليل الشرط لو فرض شموله للالتزام الابتدائي ثم إن الظاهر سقوط الخيار بكل لفظ يدل عليه بإحدى الدلالات العرفية للفحوى المتقدمة وفحوى ما دل على كفاية بعض الأفعال في إجازة عقد الفضولي وصدق الإسقاط النافذ بمقتضى ما تقدم من التسلط على إسقاط الحقوق وعلى هذا فلو قال أحدهما أسقطت الخيار من الطرفين فرضى الآخر سقط خيار الراضى أيضا لكون رضاه بإسقاط الآخر خياره إسقاطا أيضا.

### مسألة لو قال أحدهما لصاحبه اختر

فإن اختار المأمور الفسخ فلا- إشكال في انفساخ العقد- وإن اختار الإمضاء ففي سقوط خيار الأمر أيضا مطلقا كما عن المبسوط الأكثر بل عن الخلاف الإجماع عليه أو بشرط إرادته تمليك الخيار لصاحبه وإلا فهو باق مطلقا كما هو ظاهر التذكرة أو مع قيد إرادة الاستكشاف دون التفويض ويكون حكم التفويض كالتمليك. أقول ولو سكت فخيار الساكت باق إجماعا ووجهه واضح وأما خيار الأمر ففي بقاءه مطلقا أو بشرط عدم إرادة تمليك

المكاسب، ج ٣، ص ٢٢٢ الخيار كما هو ظاهر التذكرة أو سقوط خياره مطلقا كما عن الشيخ أقوال والأولى أن يقال إن كلمته اختر بحسب وضعه لطلب اختيار المخاطب أحد طرفي العقد من الفسخ والإمضاء وليس فيه دلالة على ما ذكره من تمليك الخيار أو تفويض الأمر أو استكشاف الحال. نعم الظاهر عرفا من حال الأمر أن داعيه استكشاف حال المخاطب وأنه في العرف السابق كان ظاهرا في تمليك المخاطب أمر الشيء كما يظهر من باب الطلاق فإن تم دلالاته حينئذ على إسقاط الأمر خياره بذلك وإلا فلا مزيل لخياره وعليه يحمل على تقدير الصحة ما ورد في ذيل بعض أخبار خيار المجلس أنهما بالخيار ما لم يفترقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر ثم إنه لا إشكال في أن إسقاط أحدهما خياره لا يوجب سقوط خيار الآخر ومنه يظهر أنه لو أجاز أحدهما وفسخ الآخر انفسخ العقد لأنه مقتضى ثبوت الخيار فكان العقد بعد إجازة أحدهما جائزا من طرف الفاسخ دون المجيز كما لو جعل الخيار من أول الأمر لأحدهما وهذا ليس تعارضا بين الإجازة والفسخ وترجيحا له عليها. نعم لو اقتضت الإجازة لزوم العقد من الطرفين كما لو فرض ثبوت الخيار من طرف أحد المتعاقدين أو من طرفهما المتعدد كالأصيل والوكيل فأجاز أحدهما وفسخ الآخر دفعة واحدة أو تصرف ذو الخيار في العوضين دفعة واحدة كما لو باع عبدا بجارية ثم أعتقهما جميعا حيث إن إعتاق العبد فسخ وإعتاق الجارية إجازة أو اختلف الورثة في الفسخ والإجازة تحقق التعارض وظاهر العلامة في جميع هذه الصور تقديم الفسخ ولم يظهر له وجه تام وسيجىء الإشارة إلى ذلك في موضعه.

## مسألة من جملة مسقطات الخيار افتراق المتبايعين

## إشارة

ولا إشكال في سقوط الخيار به ولا في عدم اعتبار ظهوره في رضاهام بالبيع وإن كان ظاهر بعض الأخبار ذلك مثل قوله: فإذا افترقا فلا خيار لهما بعد الرضا ومعنى حدوث افتراقهما المسقط مع كونهما متفرقين حين العقد افتراقهما بالنسبة إلى الهيئة الاجتماعية الحاصلة لهما حين العقد فإذا حصل الافتراق الإضافي ولو بمسماه ارتفع الخيار فلا يعتبر الخطوة ولذا حكى عن جماعة التعبير بأدنى الانتقال والظاهر أن ذكره في بعض العبارات لبيان أقل الأفراد خصوصا مثل قول الشيخ في الخلاف أقل ما ينقطع به خيار المجلس خطوة مبنى على الغالب في الخارج أو في التمثيل لأقل الافتراق فلو تبايعا في سفيتين متلاصقتين كفى مجرد افتراقهما ويظهر من بعض اعتبار الخطوة اغترارا بتمثيل كثير من الأصحاب وعن صريح آخر التأمل وكفاية الخطوة لانصراف الإطلاق إلى أزيد منها فيستصحب الخيار ويؤيده قوله في بعض الروايات: فلما استوجبتها قمت فمشيت خطى ليجب البيع حين افتراقنا وفيه منع الانصراف ودلالة الرواية ثم اعلم أن الافتراق على ما عرفت من معناه يحصل بحركة أحدهما وبقاء الآخر في مكانه فلا يعتبر الحركة من الطرفين في صدق افتراقهما فالحركة من أحدهما لا يسمى افتراقا حتى يحصل عدم المصاحبة من الآخر فذات الافتراق من المتحرك واتفافها بكونها افتراقا من الساكن ولو تحرك كل منهما كان حركة كل منهما افتراقا بملاحظة عدم مصاحبة الآخر وكيف كان فلا يعتبر في الافتراق المسقط حركة كل منهما إلى غير جانب الآخر كما يدل عليه الروايات الحاكية لشراء الإمام ع أرضا وأنه قال: فلما استوجبتها قمت فمشيت خطى ليجب البيع حين افتراقنا فأثبت افتراق الطرفين بمشيه ع فقط.

## مسألة المعروف أنه لا اعتبار بالافتراق عن إكراه إذا منع من التخايير أيضا

سواء بلغ حد سلب الاختيار أم لا لأصالة بقاء الخيار بعد تبادر الاختيار من الفعل المسند إلى الفاعل المختار مضافا إلى حديث رفع ما استكرهوا عليه وقد تقدم في مسألة اشتراط الاختيار في المتبايعين ما يظهر منه عموم الرفع للحكم الوضعي المحمول على المكلف فلا يختص برفع التكليف هذا ولكن يمكن منع التبادر فإن المتبادر هو الاختيارى في مقابل الاضطرارى الذى لا يعد فعلا حقيقيا قائما بنفس الفاعل بل يكون صورة فعل قائمة بجسم المضطر لا في مقابل المكروه الفاعل بالاختيار لدفع الضرر المتوقع على تركه فإن التبادر ممنوع فإذا دخل الاختيارى المكروه عليه دخل الاضطرارى لعدم القول بالفصل مع أن المعروف بين الأصحاب أن الافتراق ولو اضطرارا مسقط للخيار إذا كان الشخص متمكنا من الفسخ والإمضاء مستدلين عليه بحصول التفرق المسقط للخيار. قال فى المبسوط فى تعليق الحكم المذكور لأنه إذا كان متمكنا من الإمضاء والفسخ فلم يفعل حتى وقع التفرق كان ذلك دليلا على الرضا والإمضاء انتهى وفى جامع المقاصد تعليق الحكم المذكور بقوله لتحقيق الافتراق مع التمكّن من الاختيار انتهى. ومنه يظهر أنه لا وجه للاستدلال بحديث رفع الحكم عن المكروه للاعتراف بدخول المكروه والمضطر إذا تمكنا من التخايير والحاصل أن فتوى الأصحاب هى أن التفرق عن إكراه عليه وعلى ترك التخايير غير مسقط للخيار وأنه لو حصل أحدهما باختياره سقط خياره وهذا لا يصح الاستدلال عليه باختصاص الأدلة بالتفرق الاختيارى ولا بأن مقتضى حديث الرفع جعل التفرق للمكروه عليه كالتفرق لأن المفروض أن التفرق الاضطرارى أيضا مسقط مع وقوعه فى حال التمكّن من التخايير فالأولى الاستدلال عليه مضافا إلى الشهرة المحققة الجابرة للإجماع المحكى وإلى أن المتبادر من التفرق ما كان عن رضا بالعقد سواء وقع اختيارا أو اضطرارا بقوله ص فى صحيحة الفضيل: فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما دل على أن الشرط فى السقوط الافتراق والرضا منهما ولا ريب أن الرضا المعتبر ليس إلا المتصل بالتفرق بحيث يكون التفرق عنه إذ لا يعتبر الرضا فى زمان آخر إجماعا أو يقال إن قوله بعد الرضا إشارة إلى إناطة السقوط بالرضا بالعقد المستكشف عنه عن افتراقهما فيكون الافتراق مسقطا لكونه كاشفا نوعا عن رضاها بالعقد وإعراضهما عن الفسخ وعلى كل

تقدير فيدل على أن المتفرقين و لو اضطرارا إذا كانا متمكنين من الفسخ و لم يفسخا كشف ذلك نوعا عن رضاها بالعقد فسقط خيارهما فهذا هو الذى استفاده الشيخ قدس سره المكاسب، ج ٣، ص ٢٢٣ كما صرح به فى عبارة المبسوط المتقدمة.

### مسألة لو أكره أحدهما على التفرق و منع عن التخيير و بقى الآخر فى المجلس

فإن منع من المصاحبة و التخيير لم يسقط خيار أحدهما لأنهما مكرهان على الافتراق و ترك التخيير فدخل فى المسألة السابقة و إن لم يمنع من المصاحبة ففيه أقوال و توضيح ذلك أن افتراقهما المستند إلى اختيارهما كما عرفت يحصل بحركة أحدهما اختيارا و عدم مصاحبة الآخر كذلك و أن الإكراه على التفرق لا يسقط حكمه ما لم ينضم معه الإكراه على ترك التخيير فحينئذ نقول تحقق الإكراه المسقط فى أحدهما دون الآخر يحصل تارة بإكراه أحدهما على التفرق و ترك التخيير و بقاء الآخر فى المجلس مختارا فى المصاحبة أو التخيير و أخرى بالعكس بإبقاء أحدهما فى المجلس كرها مع المنع عن التخيير و ذهاب الآخر اختيارا و محل الكلام هو الأول و سيتضح به حكم الثانى و الأقوال فيه أربعة سقوط خيارهما كما عن ظاهر المحقق و العلامة و ولده السعيد و السيد العميد و شيخنا الشهيد قدس الله أسرارهم و ثبوته لهما كما عن ظاهر المبسوط و المحقق و الشهيد الثانىين و محتمل الإرشاد و سقوطه فى حق المختار خاصة- و فصل فى التحرير بين بقاء المختار فى المجلس فالثبوت لهما و بين مفارقتة فالسقوط عنهما و مبنى الأقوال على أن افتراقهما المجموع غاية لخيارهما هل يتوقف على حصوله عن اختيارهما أو يكفى فيه حصوله عن اختيار أحدهما و على الأول هل يكون اختيار كل منهما مسقطا لخياره أو يتوقف سقوط خيار كل واحد على مجموع اختيارهما فعلى الأول يسقط خيار المختار خاصة كما عن الخلاف و جواهر القاضى و على الثانى يثبت الخياران كما عن ظاهر المبسوط و المحقق و الشهيد الثانىين. و على الثانى فهل يعتبر فى المسقط لخيارهما كونه فعلا وجوديا و حركة صادرة باختيار أحدهما و يكفى كونه تركا اختياريا كالبقاء فى مجلس العقد مختارا فعلى الأول يتوجه التفصيل المصرح به فى التحرير بين بقاء الآخر فى مجلس العقد و ذهابه و على الثانى يسقط الخياران كما عن ظاهر المحقق و العلامة و ولده السعيد و السيد العميد و شيخنا الشهيد. و اعلم أن ظاهر الإيضاح أن قول التحرير ليس قولاً مغايراً للثبوت لهما و أن محل الخلاف ما إذا لم يفارق الآخر المجلس اختيارا و إلا سقط خيارهما اتفاقا حيث قال فى شرح قول والده لو حمل أحدهما و منع عن التخيير لم يسقط خياره على إشكال و أما الثابت فإن منع من المصاحبة و التخيير لم يسقط خياره و إلا فالأقرب سقوطه فيسقط خيار الأول انتهى. قال إن هذا مبنى على بقاء الأكوان و عدمه و افتقار الباقي إلى المؤثر و عدمه و إن الافتراق ثبوتى أو عدمى فعلى عدم البقاء أو افتقار الباقي إلى المؤثر يسقط لأنه فعل المفارقة و على القول ببقائها و استغناء الباقي عن المؤثر و ثبوتية الافتراق لم يسقط خياره لأنه لم يفعل شيئا و إن قلنا بعدمية الافتراق و العدم ليس بمعلل فكذلك و إن قلنا إنه يعلل سقط أيضا و الأقرب عندى السقوط لأنه مختار فى المفارقة انتهى. و هذا الكلام و إن نوقش فيه بمنع بناء الأحكام على هذه التدقيقات إلا أنه على كل حال صريح فى أن الباقي لو ذهب اختيارا فلا خلاف فى سقوط خياره و ظاهره كظاهر عبارة القواعد أن سقوط خياره لا ينفك عن سقوط خيار الآخر فينتفى القول المحكى عن الخلاف و الجواهر لكن العبارة المحكية عن الخلاف ظاهرة فى هذا القول قال لو أكرها أو أحدهما على التفرق بالأبدان على وجه يتمكنان من الفسخ و التخيير فلم يفعلا بطل خيارهما أو خيار من تمكن من ذلك و نحوه المحكى عن القاضى فإنه لو لا جواز التفكيك بين الخيارين لاقتصر على قوله بطل خيارهما فتأمل بل حكى هذا القول عن ظاهر التذكرة أو صريحها و فيه تأمل و كيف كان فالأظهر فى بادئ النظر ثبوت الخيارين للأصل- . و ما تقدم من تبادل تفرقهما عن رضا منهما فإن التفرق و إن لم يعتبر كونه اختياريا من الطرفين و لا من أحدهما إلا أن المتبادر رضاها بالبيع حين التفرق فرضا أحدهما فى المقام و هو الماكت لا- دليل على كفايته فى سقوط خيارهما و لا فى سقوط خيار خصوص التراضى إذ الغاية غاية

للخيارين فإن تحققت سقطا و إلا ثبتا. و يدل عليه ما تقدم من صحیحة الفضیل المصرحة بإناطة سقوط الخيار بالرضا منهما المنفی بانتفاء رضا أحدهما و لكن يمكن التفصی عن الأصل بصدق تفرقهما و تبادر تقيده بكونه عن رضا كليهما ممنوعه- بل المتيقن اعتبار رضا أحدهما و ظاهر الصحیحه و إن كان اعتبار ذلك إلا أنه معارض بإطلاق ما يستفاد من الروایة السابقة الحاكية لفعل الإمام ع

و أنه قال فمشیت خطی ليجب البيع حين افترقنا جعل مجرد مشيه سببا لصدق الافتراق المجعول غاية للخيار و جعل وجوب البيع علة غائية له من دون اعتبار رضا الآخر أو شعوره بمشى الإمام ع و دعوى انصرافه إلى صورة شعور الآخر و تركه المصاحبة اختيارا ممنوعه و ظاهر الصحیحه و إن كان أخص إلا أن ظهور الروایة فى عدم مدخلية شىء آخر زائدا على مفارقة أحدهما صاحبه مؤيد بالتزام مقتضاه فى غير واحد من المقامات مثل ما إذا مات أحدهما و فارق الآخر اختيارا- فإن الظاهر منهم عدم الخلاف فى سقوط الخيارين و قد قطع به فى جامع المقاصد مستدلا بأنه قد تحقق الافتراق فسقط الخياران مع أن المنسوب إليه ثبوت الخيار لهما فيما نحن فيه و كذا لو فارق أحدهما فى حال نوم الآخر أو غفلته عن مفارقة صاحبه مع تأيد ذلك بنقل الإجماع عن السيد عميد الدين و ظاهر المبنى المتقدم عن الإيضاح أيضا عدم الخلاف فى عدم اعتبار الرضا من الطرفين و إنما الخلاف فى أن البقاء اختيارا مفارقة اختيارية أم لا بل ظاهر القواعد أيضا أن سقوط خيار المكروه متفرع على سقوط خيار الماكث من غير إشارة إلى وجود خلاف فى هذا التفرع و هو الذى ينبغى لأن الغاية إن حصلت سقط الخياران و إلا- بقيا فتأمل. و عبارة الخلاف المتقدمة و إن كانت ظاهرة فى التفكيك بين المتبايعين فى الخيار إلا- إنما ليست بتلك الظهور لاحتمال إرادة سقوط خيار المتمكن من التخير من حيث تمكنه مع قطع النظر عن حال الآخر فلا ينافى سقوط خيار الآخر لأجل التلازم بين الخيارين من حيث اتحادهما فى الغاية مع أن شمول عبارته

المكاسب، ج ٣، ص ٢٢٤

لبعض الصور التى لا- يختص بطلان الخيار فيها بالمتمكن مما لا بد منه كما لا يخفى على المتأمل و حملها على ما ذكرنا من إرادة المتمكن لا- بشرط إرادة خصومه فقط أولى من تخصيصها ببعض الصور و لعل نظر الشيخ و القاضى إلى أن الافتراق المستند إلى اختيارهما جعل غاية لسقوط خيار كل منهما فالمستند إلى اختيار أحدهما مسقط لخياره خاصة و هو استنباط حسن لكن لا يساعد عليه ظاهر النص ثم إنه يظهر مما ذكرنا حكم عكس المسألة و هى ما إذا أكره أحدهما على البقاء ممنوعا من التخير و فارق الآخر اختيارا فإن مقتضى ما تقدم من الإيضاح من مبنى الخلاف عدم الخلاف فى سقوط الخيارين هنا و مقتضى ما ذكرنا من مبنى الأقوال جريان الخلاف هنا أيضا و كيف كان فالحكم بسقوط الخيار عنهما هنا كما لا يخفى

### مسألة لوزال الإكراه

فالمحكى عن الشيخ و جماعة- امتداد الخيار بامتداد مجلس الزوال و لعله لأن الافتراق الحاصل بينهما فى حال الإكراه كالمعدوم فكأنهما بعد مجتمعان فى مجلس العقد فالخيار باق. و فيه أن الهيئة الاجتماعية الحاصلة حين العقد قد ارتفعت حسا غاية الأمر عدم ارتفاع حكمها و هو الخيار بسبب الإكراه و لم يجعل مجلس زوال الإكراه بمنزلة مجلس العقد.

و الحاصل أن الباقي بحكم الشرع هو الخيار لا مجلس العقد فالنص ساكت عن غاية هذا الخيار فلا بد إما من القول بالفور كما عن التذكرة- و لعله لأنه المقدار الثابت يقينا لاستدراك حق المتبايعين و إما من القول بالتراخي إلى أن يحصل المسقطات لاستصحاب الخيار و الوجهان جريان فى كل خيار لم يظهر حاله من الأدلة.

مسألة و من مسقطات هذا الخيار التصرف

على وجه يأتى فى خيارى الحيوان و الشرط ذكره الشيخ فى المبسوط فى خيار المجلس و فى الصرف و العلامة فى التذكرة و نسب إلى جميع من تأخر عنه بل ربما يدعى إطباقهم عليه و حكى عن الخلاف و الجواهر و الكافى و السرائر و لعله لدلالة التعليل فى بعض



أخبار خيار الحيوان و هو الوجه أيضا في اتفاقهم على سقوط خيار الشرط و إلا فلم يرد فيه نص بالخصوص بل سقوط خيار المشتري بتصرفه مستفاد من نفس تلك الرواية المعللة حيث قال: فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة أيام فذلك رضا منه فلا شرط فإن المنفى يشمل شرط المجلس و الحيوان فتأمل و تفصيل التصرف المسقط سيجيء إن شاء الله تعالى

## الثاني خيار الحيوان

### [عموم هذا الخيار لكل ذي حياة]

لا- خلاف بين الإمامية- في ثبوت الخيار في الحيوان للمشتري و ظاهر النص و الفتوى العموم لكل ذي حياة فيشمل مثل الجراد و الزنبور و السمك و العلق و دود القز و لا يبعد اختصاصه بالحيوان المقصود حياته في الجملة فمثل السمك المخرج من الماء و الجراد المحرز في الإناء و شبه ذلك خارج لأنه لا يباع من حيث إنه حيوان بل من حيث إنه لحم و يشكل فيما صار كذلك لعارض كالصيد المشرف على الموت بإصابة السهم أو بجرح الكلب المعلم و على كل حال فلا يعد زهاق روحه تلقا من البائع قبل القبض أو في زمان الخيار و في منتهى خياره مع عدم بقائه إلى الثلاثة وجوه

### [هل يختص هذا الخيار بالبيع المعين أو يعم الكلى أيضا]

ثم إنه هل يختص هذا الخيار بالبيع المعين- كما هو المنساق في النظر من الإطلاقات مع الاستدلال به في بعض معاهد الإجماع كما في التذكرة بالحكمة الغير الجارية في الكلى الثابت في الذمة أو يعم الكلى كما هو المترامى من النص و الفتوى لم أجد مصرحا بأحد الأمرين. نعم يظهر من بعض المعاصرين الأول و لعله الأقوى و كيف كان فالكلام فيمن له هذا الخيار و في مدته من حيث المبدأ و المنتهى و مسقطاته يتم برسم مسائل.

### مسألة المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري

حكى عن الشيخين و الصدوقين و الإسكافي و ابن حمزة و الشاميين الخمسة و الحلبيين الستة و معظم المتأخرين و عن الغنية و ظاهر الدروس الإجماع عليه- لعموم قوله ع إذا افترقا وجب البيع خرج المشتري و بقى البائع بل لعموم أوفوا بالعقود بالنسبة إلى ما ليس فيه خيار المجلس بالأصل أو بالاشتراط و يثبت الباقي بعدم القول بالفصل و يدل عليه أيضا ظاهر غير واحد من الأخبار منها صحيحة الفضيل ابن يسار عن أبي عبد الله ع قال: قلت له ما الشرط في الحيوان قال ثلاثة أيام للمشتري قلت و ما الشرط في غير الحيوان قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما و ظهوره في اختصاص الخيار بالمشتري و إطلاق نفى الخيار لهما في بيع غير الحيوان بعد الافتراق يشمل ما إذا كان الثمن حيوانا و يتلوهما في الظهور رواية على بن أسباط عن أبي الحسن الرضا ع قال: الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري فإن ذكر القيد مع إطلاق الحكم قبيح إلا لنكته جلية و نحوها صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله ع قال في الحيوان: كله شرط ثلاثة أيام للمشتري و صحيحة ابن رثاب عن أبي عبد الله ع قال: الشرط في الحيوانات ثلاثة أيام للمشتري و أظهر من الكل صحيحة ابن رثاب المحكية عن قرب الإسناد قال: سألت أبا عبد الله ع عن رجل اشترى جارية لمن الخيار للمشتري أو للبائع و لهما كليهما قال الخيار لمن اشترى نظره ثلاثة أيام فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء و عن سيدنا المرتضى قدس سره و ابن طاوس ثبوته للبائع أيضا. و حكى عن الانتصار دعوى الإجماع عليه لأصالة جواز العقد من الطرفين بعد ثبوت خيار المجلس و لصحيحة محمد بن مسلم: المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا و بها تخصص عمومات

اللزوم مطلقاً أو بعد الافتراق و هي أرجح بحسب السند من صحيحة ابن رثاب المحكية عن قرب الإسناد و قد صرحوا بترجيح رواية مثل محمد بن مسلم و زرارة و أضرابهما على غيرهم من الثقات مضافاً إلى ورودها في الكتب الأربعة المرجحة على مثل قرب الإسناد من الكتب التي يلتفت إليها أكثر أصحابنا مع بعد غفلتهم عنها أو عن مراجعتها و أما الصحاح الأخر المكافئة سندا لصحيحة ابن مسلم فالإنصاف أن دلالتها بالمفهوم لا تبلغ في الظهور مرتبة منطوق الصحيحة فيمكن حملها على بيان الفرد الشديد الحاجة لأن الغالب في المعاملة خصوصاً معاملة الحيوان كون إرادة الفسخ في طرف المشتري لاطلاعه على خفايا الحيوان و لا ريب أن الأظهرية في الدلالة متقدمة في باب الترجيح على الأكثرية. و أما ما ذكر في تأويل

المكاسب، ج ٣، ص ٢٢٥

صحيحة ابن مسلم من أن خيار الحيوان للمشتري على البائع - فكان بين المجموع ففي غاية السقوط و أما الشهرة المحققة فلا تصير حجة على السيد بل مطلقاً بعد العلم بمستند المشهور و عدم احتمال وجود مرجح لم يذكره و إجماع الغنية لو سلم رجوعه إلى اختصاص الخيار بالمشتري لا مجرد ثبوته له معارض بإجماع الانتصار الصريح في ثبوته للبائع و لعله لذا قوى في المسالك قول السيد مع قطع النظر عن الشهرة بل الاتفاق على خلافه و تبعه على ذلك في المفاتيح و توقف في غاية المراد و حواشى القواعد و تبعه في المقتصر هذا و لكن الإنصاف أن أخبار المشهور من حيث المجموع لا يقصر ظهورها عن الصحيحة مع اشتهاها بين الرواة حتى محمد بن مسلم الراوى للصحيحة مع أن المرجح بعد التكافؤ عموم أدلة لزوم العقد بالافتراق و المتيقن خروج المشتري فلا ريب في ضعف هذا القول. نعم هنا قول ثالث لعله أقوى منه و هو ثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان ثمناً أو مئماً نسب إلى جماعة من المتأخرين منهم الشهيد في المسالك لعموم صحيحة محمد بن مسلم: المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام و لا- ينافيه تقييد صاحب الحيوان بالمشتري في موثقه ابن فضال لاحتمال ورود التقييد مورد الغالب لأن الغالب كون صاحب الحيوان مشترياً و لا ينافي هذه الدعوى التمسك بإطلاق صحيحة محمد بن مسلم لأن الغلبة قد يكون بحيث توجب تنزيل التقييد عليها و لا- يوجب تنزيل الإطلاق و لا- ينافيها أيضاً ما دل على اختصاص الخيار بالمشتري لورودها مورد الغالب من كون الثمن غير حيوان و لا- صحيحة محمد بن مسلم المثبتة للخيار للمتبايعين لإمكان تقييدها و إن كان بعد بما إذا كان العوضان حيوانين لكن الإشكال في إطلاق الصحيحة الأولى - من جهة قوة انصرافه إلى المشتري فلا مخصص يعتد به لعمومات اللزوم مطلقاً أو بعد المجلس فلا محيص عن المشهور

### مسألة لا فرق بين الأمة و غيرها في مدة الخيار

و في الغنية كما عن الحلبي أن مدة خيار الأمة مدة استبرائها بل عن الأول دعوى الإجماع - و ربما ينسب هذا إلى المقنعة و النهاية و المراسم من جهة حكمهم بضمان البائع لها مدة الاستبراء و لم أقف لهم على دليل - .

### مسألة مبدء هذا الخيار من حين العقد

فلو لم يفترق ثلاثة أيام انقضى خيار الحيوان أو بقى خيار المجلس لظاهر قوله ع: إن الشرط في الحيوان ثلاثة أيام و في غيره حتى يفترقا خلافاً للمحكي عن ابن زهرة فجعله من حين التفرق و كذا الشيخ و الحلبي في خيار الشرط المتحد مع هذا الخيار في هذا الحكم من جهة الدليل الذي ذكرناه. قال في المبسوط الأولى أن يقال إنه يعنى خيار الشرط يثبت من حين التفرق لأن الخيار يدخل إذا ثبت العقد و العقد لم يثبت قبل التفرق انتهى و نحوه المحكي عن السرائر و هذه الدعوى لم نعرفها.

نعم ربما يستدل عليه بأصالة عدم ارتفاعه بانقضاء ثلاثة من حين العقد بل أصالة عدم حدوثه قبل انقضاء المجلس و بلزوم اجتماع

السببين على مسبب واحد و ما دل على أن تلف الحيوان في الثلاثة من البائع مع أن التلف في الخيار المشترك من المشتري و يرد الأصل ظاهر الدليل مع أنه بالتقرير الثاني مثبت و أدلة التلف من البائع محمول على الغالب من كونه بعد المجلس و يرد التداخل بأن الخيارين إن اختلفا من حيث الماهية فلا بأس بالتعدد و إن اتحدا فكذلك إما لأن الأسباب معروفة و إما لأنها علل و مؤثرات يتوقف استقلال كل واحد منها في التأثير على عدم مقارنة الآخر أو سببه فهي علل تامة إلا من هذه الجهة و هو المراد مما في التذكرة في الجواب عن أن الخيارين مثلان فلا يجتمعان من أن الخيار واحد و الجهة متعددة ثم إن المراد بزمان العقد هل زمان مجرد الصيغة كعقد الفضولي على القول بكون الإجازة ناقلة أو زمان الملك و عبر بذلك للغلبة الظاهر هو الثاني كما استظهره بعض المعاصرين قال فعلى هذا لو أسلم حيوانا في طعام و قلنا بثبوت الخيار لصاحب الحيوان و إن كان بائعا- كان مبدئه بعد القبض و تمثيله بما ذكر مبنى على اختصاص الخيار بالحيوان المعين و قد تقدم التردد في ذلك ثم إن ما ذكره في خيار المجلس من جريانه في الصرف و لو قبل القبض يدل على أنه لا يعتبر في الخيار و الملك لكن لا بد له من أثر و قد تقدم الإشكال في ثبوته في الصرف قبل القبض لو لم نقل بوجوب التقابض.

### مسألة لا إشكال في دخول الليلتين المتوسطين في الثلاثة أيام

لا لدخول الليل في مفهوم اليوم بل للاستمرار المستفاد من الخارج و لا في دخول الليالي الثلاث عند التلقيق مع الانكسار و لو عقد في الليل فالظاهر بقاء الخيار إلى آخر اليوم الثالث و يحتمل النقص عن اليوم الثالث بمقدار ما بقي من ليلة العقد لكن فيه أنه يصدق حينئذ الأقل من ثلاثة أيام و الإطلاق على المقدار المساوي للنهار و لو من الليل خلاف الظاهر قيل و المراد بالأيام الثلاثة ما كانت مع الليالي الثلاث لدخول الليلتين أصالة فتدخل الثالثة و إلا لاختلف مفردات الجمع في استعمال واحد انتهى فإن أراد الليلة السابقة على الأيام فهو حسن إلا أنه لا يعلل بما ذكر و إن أراد الليلة الأخيرة فلا يلزم من خروجها اختلاف مفردات الجمع في استعمال واحد إذ لا نقول باستعمال اليومين الأولين في اليوم و الليلة و استعمال اليوم الثالث في خصوص النهار بل نقول إن اليوم مستعمل في خصوص النهار أو مقداره من نهارين لا في مجموع النهار و الليل أو مقدارهما و لا في باقى النهار و لو ملفقا من الليل و المراد من الثلاثة أيام هي ليلاتها أى ليالي مجموعها لا كل واحد منها فالليالي لم ترد من نفس اللفظ و إنما أريد من جهة الإجماع و ظهور اللفظ الحاكمين في المقام باستمرار الخيار فكأنه قال الخيار يستمر إلى أن يمضى ست و ثلاثون ساعة من النهار.

### مسألة يسقط هذا الخيار بأمور

#### أحدها اشتراط سقوطه في العقد

و لو شرط سقوط بعضه فقد صرح بعض بالصحة و لا بأس به.

#### و الثاني إسقاطه بعد العقد

و قد تقدم الأمران.

#### و الثالث التصرف

و لا خلاف في إسقاطه في الجملة لهذا الخيار و يدل عليه قبل الإجماع النصوص

المكاسب، ج ٣، ص ٢٢٦

ففي صحيحة ابن رثاب: فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة أيام فذلك رضا منه و لا شرط له قيل له و ما الحدث قال إن لامس أو قبل أو نظر منها إلى ما كان محرما عليه قبل الشراء و صحيحة الصفار: كتبت إلى أبي محمد ع في الرجل اشترى دابة من رجل فأحدث فيها حدثا من أخذ الحافر أو نعلها أو ركب ظهرها فراسخ أله أن يردها في الثلاثة الأيام التي له فيها الخيار بعد الحدث الذي يحدث فيها أو الركوب الذي يركبها فراسخ فوقع ع إذا أحدث فيها حدثا فقد وجب الشراء إن شاء الله و في ذيل الصحيحة المتقدمة عن قرب الإسناد قلت له: أ رأيت إن قبلها المشتري أو لامس فقال إذا قبل أو لامس أو نظر منها إلى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط و لزم البيع و استدل عليه في التذكرة بعد الإجماع بأن التصرف دليل الرضا و في موضع آخر منها أنه دليل الرضا بلزوم العقد و في موضع آخر منها كما في الغنية أن التصرف إجازة. أقول المراد بالحدث إن كان مطلق التصرف الذي لا يجوز لغير المالك إلا- برضاه كما يشير إليه قوله أو نظر إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء فلازمه كون مطلق استخدام المملوك بل مطلق التصرف فيه مسقطا كما صرح به في التذكرة في بيان التصرف المسقط للرد بالعيب من أنه لو استخدمه بشيء خفيف مثل اسقنى أو ناولني الثوب أو أغلق الباب سقط الرد ثم استضعف قول بعض الشافعية بعدم السقوط معللا- بأن مثل هذه الأمور قد يؤمر به غير المملوك بأن المسقط مطلق التصرف و قال أيضا لو كان له على الدابة سرج أو ركاب فتركهما عليهما بطل الرد لأنه استعمال و انتفاع انتهى. و قال في موضع من التذكرة عندنا أن الاستخدام بل كل تصرف يصدر من المشتري قبل علمه بالعيب أو بعده يمنع الرد انتهى. و هو في غاية الإشكال لعدم تبادر ما يعم ذلك من لفظ الحدث و عدم دلالة ذلك على الرضا بلزوم العقد مع أن من المعلوم عدم انفكاك المملوك المشتري عن ذلك في أثناء الثلاثة فيلزم جعل الخيار فيه كاللغو مع أنهم ذكروا أن الحكمة في هذا الخيار الاطلاع على أمور خفية في الحيوان توجب زهادة المشتري و كيف يطالع الإنسان على ذلك بدون النظر إلى الجارية و لمسها و أمرها بغلق الباب و السقى و شبه ذلك و إن كان المراد مطلق التصرف بشرط دلالتها على الرضا بلزوم العقد كما يرشد إليه وقوعه في معرض التعليل في صحيحة ابن رثاب. و يظهر من استدلال العلامة و غيره على المسألة بأن التصرف دليل الرضا بلزوم العقد فهو لا يناسب إطلاقهم الحكم بإسقاط التصرفات التي ذكروها و دعوى أن جميعها مما يدل لو خلى و طبعه على الالتزام بالعقد فيكون إجازة فعلية كما ترى

**[المراد من فذلك رضى منه في صحيحة ابن رثاب]**

**إشارة**

ثم إن قوله ع في الصحيحة فذلك رضى منه يراد منه الرضا بالعقد في مقابلة كراهة ضده أعنى الفسخ و إلا فالرضا بأصل الملك مستمر من زمان العقد إلى حين الفسخ و يشهد لهذا المعنى رواية عبد الله بن الحسن بن زيد بن علي بن الحسين عن أبيه عن جعفر عن أبيه قال قال رسول الله ص: في رجل اشترى عبدا بشرط إلى ثلاثة أيام فمات العبد في الشرط قال يستحلف بالله تعالى ما رضيه ثم برىء من الضمان فإن المراد بالرضا الالتزام بالعقد و الاستحلاف في الرواية محمولة على سماع دعوى التهمة أو على صورة حصول القطع للبائع بذلك إذا عرفت هذا

**فقوله ع فذلك رضاء منه و لا شرط له يحتمل وجوها**

**أحدها أن يكون الجملة جوابا للشرط**

فيكون حكما شرعيا بأن التصرف الترام بالعقد و إن لم يكن الترام عرفا.

### الثاني أن يكون توطئة للجواب

و هو قوله و لا شرط له لكنه توطئة لحكمة الحكم و تمهيد لها لا علة حقيقة فيكون إشارة إلى أن الحكمة في سقوط الخيار بالتصرف دلالة غالبا على الرضا نظير كون الرضا حكمة في سقوط خيار المجلس بالفرق في قوله: فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما فإنه لا يعتبر في الافتراق دلالة على الرضا و على هذين المعنيين فكل تصرف مسقط و إن علم عدم دلالة على الرضا.

### الثالث أن يكون الجملة إخبارا عن الواقع

نظرا إلى الغالب و ملاحظة نوع التصرف لو خلى و طبعه و يكون علة للجواب فيكون نفى الخيار معللا بكون التصرف غالبا دالا على الرضا بلزوم العقد و بعد ملاحظة وجوب تقييد إطلاق الحكم بمؤدى علة كما في قوله لا تأكل الرمان لأنه حامض دل على اختصاص الحكم بالتصرف الذى يكون كذلك أى دالا-بالنوع غالبا على الترام العقد و إن لم يدل فى شخص المقام فيكون المسقط من التصرف ما كان له ظهور نوعى فى الرضا نظير ظهور الألفاظ فى معانيها مقيدا بعدم قرينه يوجب صرفه عن الدلالة كما إذا دل الحال أو المقال على وقوع التصرف للاختبار أو اشتباها بعين أخرى مملوكة له و يدخل فيه كلما يدل نوعا على الرضا و إن لم يعد تصرفا عرفا كالتعريض للبيع و الإذن للبائع فى التصرف فيه

### الرابع أن يكون إخبارا عن الواقع

و يكون العلة هى نفس الرضا الفعلى الشخصى و يكون إطلاق الحكم مقيدا بتلك العلة فيكون موضوع الحكم فى الحقيقة هو نفس الرضا الفعلى فلو لم يثبت الرضا الفعلى لم يسقط الخيار

### [المناقشة فى الاحتمالين الأولين]

ثم إن الاحتمالين الأولين و إن كانا موافقين لإطلاق سائر الأخبار و إطلاقات بعض كلماتهم مثل ما تقدم من التذكرة من أن مطلق التصرف لمصلحة نفسه مسقط و كذا غيره كالمحقق و الشهيد الثانين بل لإطلاق بعض معاهد الإجماع إلا أنهما بعيدان عن ظاهر الخبر مع مخالفتهم لأ-كثير كلماتهم فإن الظاهر منها عدم السقوط بالتصرف للاختبار و الحفظ- بل ظاهرها اعتبار الدلالة فى الجملة على الرضا كما سيجىء. و يؤيده حكم بعضهم بكفاية الدال على الرضا و إن لم يعد تصرفا كتقبييل الجارية للمشتري على ما صرح به فى التحرير و الدروس فعلم أن العبرة بالرضا و إنما اعتبر التصرف للدلالة و ورود النص أيضا بأن العرض على البيع إجازة مع أنه ليس حدثا عرفا و مما يؤيد عدم إرادة الأصحاب كون التصرف مسقطا إلا من جهة دلالة على الرضا حكمهم بأن كل تصرف يكون إجازة من المشتري فى المبيع يكون فسخا من البائع فلو كان التصرف مسقطا تعديدا عندهم من جهة النص لم يكن وجه للتعدى عن كونه إجازة إلى كونه فسخا.

و قد صرح فى التذكرة بأن الفسخ كالإجازة يكون بالقول و بالفعل و ذكر التصرف مثلا للفسخ و الإجازة الفعلين فاندفع ما يقال فى تقريب كون التصرف

المكاسب، ج ٣، ص ٢٢٧

مسقطا لا للدلالة على الرضا بأن الأصحاب يعدونه فى مقابل الإجازة.

### [المناقشة فى الاحتمال الرابع]

و أما المعنى الرابع فهو و إن كان أظهر الاحتمالات من حيث اللفظ بل جزم به في الدروس و يؤيده ما تقدم من رواية عبد الله بن الحسن بن زيد الحاكية للنبوى الدال كما في الدروس أيضا على الاعتبار بنفس الرضا و ظاهر بعض كلماتهم الآتية أن الاستفادة من تتبع الفتاوى الإجماع على عدم إناطة الحكم بالرضا الفعلى بلزوم العقد مع أن أظهرته بالنسبة إلى المعنى الثالث غير واضحة

### فتعين إرادة المعنى الثالث

#### إشارة

و محصله دلالة التصرف لو خلى و طبعه على الالتزام و إن لم يفد في خصوص المقام فيكون التصرف إجازة فعلية في مقابل الإجازة القولية و هذا هو الذى ينبغى أن يعتمد عليه.

#### [الاستشهاد بكلمات الفقهاء عليه]

قال فى المقنعة إن هلاك الحيوان فى الثلاثة من البائع إلا أن يحدث فيه المبتاع حدثا يدل على الرضا بالابتاع انتهى. و مثل للتصرف فى مقام آخر بأن ينظر إلى الأمانة إلى ما يحرم لغير المالك. و قال فى المبسوط فى أحكام العيوب إذا كان المبيع بهيمة و أصاب بها عيبا فله ردها و إذا كان فى طريق الرد جاز له ركوبها- و سقيها و علفها و حلبها و أخذ لبنها و إن نتجت كان له نتاجها ثم قال و لا يسقط الرد لأنه إنما يسقط بالرضا بالعيب أو بترك الرد بعد العلم بالعيب أو بأن يحدث فيه عيب عنده و ليس هنا شىء من ذلك انتهى و فى الغنية لو هلك المبيع فى مدة الخيار فهو من مال بائعه إلا أن يكون المبتاع قد أحدث فيه حدثا يدل على الرضا انتهى و قال الحلبي فى الكافي فى خيار الحيوان فإن هلك فى مدة الخيار فهو من مال البائع إلا أن يحدث فيه حدثا يدل على الرضا انتهى و فى السرائر بعد حكمه بالخيار فى الحيوان إلى ثلاثة أيام قال هذا إذا لم يحدث فى هذه المدة حدثا يدل على الرضا و يتصرف فيه تصرفا ينقص قيمته أو يكون لمثل ذلك التصرف أجرة بأن يركب الدابة أو يستعمل الحمار أو يقبل الجارية أو يلامسها أو يدبرها تدبيرا ليس له الرجوع فيه كالمندور انتهى و قال فى موضع آخر إذا لم يتصرف فيه يؤذن بالرضا فى العادة و أما العلامة رحمه الله فقد عرفت أنه استدل على أصل الحكم بأن التصرف دليل الرضا بالزوم. و قال فى موضع آخر لو ركب الدابة ليردها سواء قصرت المسافة أو طالت لم يكن ذلك رضاء بها ثم قال و لو سقاها الماء أو ركبها ليسقيها ثم يردها لم يكن ذلك رضاء منه بامساكه و لو حلبها فى طريقه فالأقرب أنه تصرف يؤذن بالرضا. و فى التحرير فى مسألة سقوط رد المعيب بالتصرف قال و كذا لو استعمل المبيع أو تصرف فيه بما يدل على الرضا و قال فى الدروس استثنى بعضهم من التصرف ركوب الدابة و الطحن عليها و حلبها إذ بها يعرف حالها ليختبر و ليس ببعيد و قال المحقق الكركى لو تصرف ذو الخيار غير عالم كأن ظنها جاريتها المختصة فتبينت ذات الخيار أو ذهل عن كونها المشتراة ففى الحكم تردد ينشأ من إطلاق الخبر بسقوط الخيار بالتصرف و من أنه غير قاصد إلى لزوم البيع إذ لو علم لم يفعل و التصرف إنما عد مسقطا لدلالته على الرضا بالزوم. و قال فى موضع آخر و لا يعد ركوب الدابة للاستخبار أو لدفع جموحها أو للخوف من ظالم أو ليردها تصرفا ثم قال و هل يعد حملها للاستخبار تصرفا ليس ببعيد أن لا يعد و كذا لو أراد ردها و حلبها لأخذ اللبن على إشكال ينشأ من أنه ملكه فله استخلاصه انتهى. و حكى عنه فى موضع آخر أنه قال و المراد بالتصرف المسقط ما كان المقصود منه التملك لا الاختبار و لا حفظ المبيع كركوب الدابة للسقى انتهى.

و مراده من التملك البقاء عليه و الالتزام به و يحتمل أن يراد به الاستعمال للانتفاع بالملك لا للاختيار و الحفظ هذا ما حضرنى من كلماتهم فى هذا المقام الظاهرة فى المعنى الثالث و حاصله التصرف على وجه يدل عرفا لو خلى و طبعه على الالتزام بالعقد ليكون إسقاطا فعليا للخيار فيخرج منه ما دلت القرينة على وقوعه لا عن الالتزام لكن يبقى الإشكال المتقدم سابقا من أن أكثر أمثلة التصرف

المذكورة في النصوص و الفتاوى ليست كذلك بل هي واقعة غالباً مع الغفلة أو التردد أو العزم على الفسخ مطلقاً أو إذا اطلع على ما يوجب زهده فيه فهي غير دالة في نفسها عرفاً على الرضا و منه يظهر وجه النظر في دفع الاستبعاد الذي ذكرناه سابقاً من عدم انفكاك اشتراء الحيوان من التصرف فيه في الثلاثة فيكون مورد الخيار في غاية الندرة بأن الغالب في التصرفات وقوعها مع عدم الرضا باللزوم فلا يسقط بها الخيار إذ فيه أن هذا يوجب استهجان تعليل السقوط بمطلق الحدث بأنه رضا لأن المصحح لهذا التعليل مع العلم بعدم كون بعض أفراده رضا هو ظهوره فيه عرفاً من أجل الغلبة فإذا فرض أن الغالب في مثل هذه التصرفات وقوعها لا عن التزام للعقد بل مع العزم على الفسخ أو التردد فيه أو الغفلة كان تعليل الحكم على المطلق بهذه العلة الغير الموجودة إلا في قليل من أفراده مستهجاناً. و أما الاستشهاد لذلك بما سيجيء من أن تصرف البائع في ثمن بيع الخيار غير مسقط لخياره اتفاقاً و ليس ذلك إلا من جهة صدوره لا عن التزام بالعقد بل مع العزم على الفسخ برد مثل الثمن ففيه ما سيجيء. و مما ذكرنا من استهجان التعليل على تقدير كون غالب التصرفات واقعة لا عن التزام يظهر فساد الجمع بهذا الوجه يعني حمل الأخبار المتقدمة على صورة دلالة التصرفات المذكورة على الرضا بلزوم العقد جمعا بينها و بين ما دل من الأخبار على عدم سقوطه بمجرد التصرف مثل رواية عبد الله بن الحسن المتقدمة التي لم يستفصل في جوابها بين تصرف المشتري في العبد المتوفى في زمان الخيار و عدمه و إنما أنيط سقوط الخيار فيها بالرضا الفعلي و مثل الخبر المصحح: في رجل اشترى شاة فأمسكها ثلاثة أيام ثم رد قال إن كان تلك الثلاثة أيام شرب لبنها يرد معها ثلاثة أمداد و إن لم يكن لها لبن فليس عليه شيء و نحوه الآخر و ما فيهما من رد ثلاثة أمداد لعله محمول على الاستحباب مع أن ترك العمل به لا يوجب رد الرواية فتأمل. و قد أفتى بذلك في المبسوط فيما لو باع شاة غير مصراة و حلبها أياماً ثم وجد المشتري فيها عيباً ثم قال و قيل ليس له ردها

المكاسب، ج ٣، ص ٢٢٨

لأنه تصرف بالحلب. و بالجملة فالجمع بين النص و الفتوى الظاهرين في كون التصرف مسقطاً لدلالته على الرضا بلزوم العقد و بين ما تقدم من التصرفات المذكورة في كثير من الفتاوى خصوصاً ما ذكره غير واحد من الجزم بسقوط الخيار بالركوب في طريق الرد و التردد فيه و في التصرف للاستخبار مع العلم بعدم اقترانهما بالرضا بلزوم العقد في غاية الإشكال و الله العالم بحقيقة الحال

### الثالث خيار الشرط

#### إشارة

أعني الثابت بسبب اشتراطه في العقد و لا خلاف في صحة هذا الشرط و لا في أنه لا يتقدر بحد عندنا- و نقل الإجماع عليه مستفيض الأصل فيه قبل ذلك الأخبار العامة المسوغة لاشتراط كل شرط إلا ما استثنى و الأخبار الخاصة الواردة في بعض أفراد المسألة. فمن الأولى الخبر المستفيض الذي لا يبعد دعوى تواتره: إن المسلمين عند شروطهم و يزيد في صحيحة ابن سنان: إلا كل شرط خالف كتاب الله فلا يجوز. و في موثقة إسحاق بن عمار: إلا شرطاً حرم حلالاً أو حلل حراماً نعم في صحيحة أخرى لابن سنان: من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا يجوز على الذي اشترط عليه و المسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله لكن المراد منه بقرينة المقابلة عدم المخالفة للإجماع على عدم اعتبار موافقة الشرط لظاهر الكتاب. و تمام الكلام في معنى هذه الأخبار و توضيح المراد منه الاستثناء الوارد فيها يأتي في باب الشرط في ضمن العقد إن شاء الله-

و المقصود هنا بيان أحكام الخيار المشترط في العقد

#### إشارة

و هي تظهر برسم مسائل -

### مسألة لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد أو منفصلا عنه

لعموم أدلة الشرط قال في التذكرة لو شرط خيار الغد صح عندنا خلافا للشافعي و استدل له في موضع آخر بلزوم صيرورة العقد جائزا بعد اللزوم و رد بعدم المانع من ذلك مع أنه كما في التذكرة منتقض بخيار التأخير و خيار الرؤية. نعم يشترط تعيين المدة فلو تراضيا على مدة مجهولة كقدوم الحاج بطل بلا خلاف بل حكى الإجماع عليه صريحا لصيرورة المعاملة بذلك غررية و لا عبرة بمسامحة العرف في بعض المقامات و إقدام العقلاء عليه أحيانا فإن المستفاد من تتبع أحكام المعاملات عدم رضاء الشارع بذلك إذ كثيرا ما يتفق التشاح في مثل الساعة و الساعتين من زمان الخيار فضلا من اليوم و اليومين. و بالجمله فالغرر لا يتنفي بمسامحة الناس في غير زمان الحاجة إلى المداقة و إلا لم يكن بيع الجزاف و ما تعذر تسليمه و الثمن المحتمل للتفاوت القليل و غير ذلك من الجهالات غررا لتسامح الناس في غير مقام الحاجة إلى المداقة في أكثر الجهالات و لعل هذا مراد بعض الأساطين من قوله إن دائرة الغرر في الشرع أضيق من دائرته في العرف و إلا فالغرر لفظ لا يرجع في معناه إلا إلى العرف. نعم الجهالة التي لا يرجع الأمر معها غالبا إلى التشاح بحيث يكون النادر كالمعدوم لا تعد غررا كتفاوت المكييل و الموازين. و يشير إلى ما ذكرنا الأخبار الدالة على اعتبار كون السلم إلى أجل معلوم و خصوص موثقة غياث:

لا بأس بالسلم في كيل معلوم إلى أجل معلوم لا يسلم إلى دياس أو إلى حصاد مع أن التأجيل إلى الدياس و الحصاد و شبههما فوق حد الإحصاء بين العقلاء الجاهلين بالشرع و ربما يستدل على ذلك بأن اشتراط المدة المجهولة مخالف للكتاب و السنة لأنه غرر و فيه أن كون البيع بواسطة الشرط مخالفا للكتاب و السنة غير كون نفس الشرط مخالفا للكتاب و السنة ففي الثاني يفسد الشرط و يتبعه البيع و في الأول يفسد البيع فيلغو الشرط اللهم إلا أن يراد أن نفس الالتزام بخيار في مدة مجهولة غرر و إن لم يكن يبيعا فيشملة دليل نفى الغرر فيكون مخالفا للكتاب و السنة لكن لا- يخفى سراية الغرر إلى البيع فيكون الاستناد في فساده إلى فساد شرطه المخالف للكتاب كالأكل من القفا.

### مسألة لا فرق في بطلان العقد - بين ذكر المدة المجهولة

كقدوم الحاج و بين عدم ذكر المدة أصلا كأن يقول بعتك على أن يكون لي الخيار و بين ذكر المدة المطلقة كأن يقول بعتك على أن يكون لي الخيار مدة لاستواء الكل في الغرر- خلافا للمحكي عن المقنعة و الانتصار و الخلاف و الجواهر و الغنية و الحلبي فجعلوا مدة الخيار في الصورة الثانية ثلاثة أيام و يحتمل حمل الثالثة عليها- و عن الانتصار و الغنية و الجواهر الإجماع عليه- و في محكي الخلاف وجود أخبار الفرقه به و لا شك أن هذه الحكاية بمنزلة إرسال أخبار فيكفي في انجبارها الإجماعات المنقولة و لذا مال إليه في محكي الدروس لكن العلامة في التذكرة لم يحك هذا القول إلا عن الشيخ قدس سره و أوله بإرادة خيار الحيوان. و عن العلامة الطباطبائي في مصابحه الجزم به و قواه بعض المعاصرين منتصرا لهم بما في مفتاح الكرامة من أنه ليس في الأدلة ما يخالفه إذ الغرر مندفع بتحديد الشرع و إن لم يعلم به المتعاقدان كخيار الحيوان الذي لا إشكال في صحة العقد مع الجهل به أو بمدته. و زاد في مفتاح الكرامة التعليل بأن الجهل يؤول إلى العلم الحاصل من الشرع و فيه ما تقدم في مسألة تعذر التسليم من أن بيع الغرر موضوع عرفي حكم فيه الشارع بالفساد و التحديد بالثلاثة تعبد شرعي لم يقصده المتعاقدان فإن ثبت بالدليل كان مخصصا لعموم نفى الغرر و



كان التحديد تعديدا نظير التحديد الوارد في بعض الوصايا المبهمة أو يكون حكما شرعيا ثبت في موضوع خاص - وهو إهمال مدة الخيار. والحاصل أن الدعوى في تخصيص أدلة نفى الغرر لا في تخصصها والإنصاف أن ما ذكرنا من حكاية الأخبار و نقل الإجماع لا ينهض لتخصيص قاعدة الغرر لأن الظاهر بقريته عدم تعرض الشيخ لذكر شيء من هذه الأخبار في كتابيه الموضوعين لإيداع الأخبار أنه عول في هذه الدعوى على اجتهاده في دلالة الأخبار الواردة في شرط الحيوان ولا ريب أن الإجماعات المحكية إنما تجبر قصور السند المرسل المتضح دلالته أو القاصر دلالته لا المرسل المجهول العين المحتمل لعدم الدلالة رأسا فالتعويل حينئذ على نفس الجابر ولا حاجة إلى ضم المنجبر إذ نعلم إجمالا أن المجمعين اعتمدوا على دلالات اجتهادية استنبطوها من الأخبار - ولا ريب أن المستند غالبا في إجماعات القاضي و ابن زهرة إجماع السيد في الانتصار. نعم قد روى في

المكاسب، ج ٣، ص ٢٢٩

كتب العامة أن حنان بن منقذ كان يخدم في البيع لشجة أصابته في رأسه فقال له النبي ص: إذا بعث فقل لا خلافة و جعل له الخيار ثلاثا. و في رواية و لك الخيار ثلاثا و الخلافة الخديعة في دلالته فضلا عن سنده ما لا يخفى و جبرها بالإجماعات كما ترى إذ التعويل عليها مع ذهاب المتأخرين إلى خلافها في الخروج عن قاعدة الغرر مشكل بل غير صحيح فالقول بالبطلان لا يخلو عن قوة ثم إنه ربما يقال يبطلان الشرط دون العقد - و لعله مبني على أن فساد الشرط لا يوجب فساد العقد. و فيه أن هذا على القول به فيما إذا لم يوجب الشرط فسادا في أصل البيع كما فيما نحن فيه حيث إن جهالة الشرط يوجب كون البيع غرريا و إلا فالتوجه فساد البيع و لو لم نقل بسراية الفساد من الشرط إلى المشروط و سيجيء تمام الكلام في مسألة الشروط.

### مسألة مبدأ هذا الخيار من حين العقد

لأنه المتبادر من الإطلاق و لو كان زمان الخيار منفصلا كان مبدؤه أول جزء من ذلك الزمان فلو شرط خيار الغد كان مبدؤه من طلوع فجر الغد فيجوز جعل مبدئه من انقضاء خيار الحيوان بناء على أن مبدؤه من حين العقد و لو جعل مبدؤه من حين التفرق بطل لأدائه إلى جهالة مدة الخيار. و عن الشيخ و الحلبي أن مبدؤه من حين التفرق و قد تقدم عن الشيخ وجهه مع عدم تماميته. نعم يمكن أن يقال هنا إن المتبادر من جعل الخيار جعله في زمان لو لا الخيار لزم العقد كما أشار إليه في السرائر لكن لو تم هذا لاقتضى كونه في الحيوان من حين انقضاء الثلاثة - مع أن هذا إنما يتم مع العلم بثبوت خيار المجلس و إلا فمع الجهل به لا يقصد إلا الجهل من حين العقد بل الحكم بثبوت من حين التفرق حكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما

### مسألة يصح جعل الخيار لأجنبي

قال في التذكرة لو باع العبد و شرط الخيار للعبد - صح البيع و الشرط عندنا معا و حكى عنه الإجماع في الأجنبي قال لأن العبد بمنزلة الأجنبي و لو جعل الخيار لمتعدد كان كل منهم ذا خيار فإن اختلفوا في الفسخ و الإجارة قدم الفاسخ لأن مرجع الإجارة إلى إسقاط خيار المجيز خاصة بخلاف ما لو و كل جماعة في الخيار فإن النافذ هو تصرف السابق لفوات محل الوكالة بعد ذلك و عن الوسيلة أنه إذا كان الخيار لهما و اجتماعا على فسخ أو إمضاء نفذ و إن لم يجتمعا بطل و إن كان لغيرهما و رضى نفذ البيع و إن لم يرض كان المبتاع بالخيار بين الفسخ و الإمضاء انتهى و في الدروس و يجوز اشتراطه لأجنبي منفردا و لا اعتراض عليه و معهما أو مع أحدهما و لو خولف أمكن اعتبار فعله و إلا لم يكن لذكره فائدة انتهى. أقول و لو لم يرض فسخ الأجنبي مع إجازته و المفروض عدم مضي إجازته مع فسحه لم يكن لذكر الأجنبي فائدة ثم إنه ذكر غير واحد أن الأجنبي يراعى المصلحة للجاعل و لعله لتبادره من الإطلاق و

إلا فمقتضى التحكيم نفوذ حكمه على الجاعل من دون ملاحظة مصلحة فتعليل وجوب مراعاة الأصل بكونه آمينا لا يخلو عن نظر ثم إنه ربما يتخيل أن اشتراط الخيار للأجنبي مخالف للمشروع نظرا إلى أن الثابت في الشرع صحة الفسخ بالتفاسخ أو بدخول الخيار بالأصل كخيارى المجلس و الشرط أو بالعارض كخيار الفسخ برد الثمن لنفس المتعاقدين و هو ضعيف لمنع اعتبار كون الفسخ من أحد المتعاقدين شرعا و لا عقلا بل المعتبر فيه تعلق حق الفاسخ بالعقد أو بالعين و إن كان أجنبيا فحينئذ يجوز للمتبايعين اشتراط حق للأجنبي فى العقد و سيجىء نظيره فى إرث الزوجه للخيار مع عدم إرثها من العين.

### مسألة يجوز لهما اشتراط الاستيمار

بأن يستأمر المشروط عليه الأجنبي فى أمر العقد فيأتمر بأمره أو بأن يأتّمه إذا أمره ابتداء و على الأول فإن فسخ المشروط عليه من دون استيمار لم ينفذ و لو استأمره فإن أمره بالإجازة لم يكن له الفسخ قطعا إذ الغرض من الشرط ليس مجرد الاستيمار بل الالتزام بأمره مع أنه لو كان الغرض مجرد ذلك لم يوجب ذلك أيضا ملك الفسخ و إن أمره بالفسخ لم يجب عليه الفسخ بل غاية الأمر ملك الفسخ حينئذ إذ لا معنى لوجوب الفسخ عليه أما مع عدم رضاء الآخر بالفسخ فواضح إذ المفروض أن الثالث لا سلطنة له على الفسخ و المتعاقدان لا يريدانه و أما مع طلب الآخر للفسخ فلأن وجوب الفسخ حينئذ على المستأمر بالكسر راجع إلى حق لصاحبه عليه فإن اقتضى اشتراط الاستيمار ذلك الحق على صاحبه عرفا فمعناه سلطنة صاحبه على الفسخ فيرجع اشتراط الاستيمار إلى شرط لكل منهما على صاحبه. و الحاصل أن اشتراط الاستيمار من واحد منهما على صاحبه إنما يقتضى ملكه للفسخ إذا أذن له الثالث المستأمر و اشتراطه لكل منهما على صاحبه يقتضى ملك كل واحد منهما للفسخ عند الإذن. و مما ذكرنا يتضح حكم الشق الثانى و هو الائتمار بأمره الابتدائى فإنه إن كان شرطا لأحدهما ملك الفسخ لو أمره به و إن كان لكل منهما ملكا كذلك ثم فى اعتبار مراعاة المستأمر للمصلحة و عدمه و جهان أوجهها العدم إن لم يستفد الاعتبار من إطلاق العقد بقريته حاله أو مقالته.

### مسألة من أفراد خيار الشرط ما يضاف البيع و يقال له بيع الخيار

و هو جائز عندنا كما فى التذكرة و عن غيرها الإجماع عليه و هو أن يبيع شيئا و يشترط الخيار لنفسه مدة بأن يرد الثمن فيها و يرتجع المبيع

و الأصل فيه بعد العمومات المتقدمة فى الشرط النصوص المستفيضة

منها موثقة إسحاق بن عمار

قال سمعت من يسأل أبا عبد الله ع يقول و سأله رجل و أنا عنده فقال: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره فمشى فجاء إلى أخيه فقال له أبيعك دارى هذه و يكون لك أحب إلى من أن يكون لغيرك على أن تشترط لى أنى إذا جئتك بثمانها إلى سنة تردّها على قال لا بأس بهذا إن جاء بثمانها ردّها عليه قلت أ رأيت لو كان للدار غلة لمن تكون الغلة فقال الغلة للمشتري أ لا ترى أنها لو احترقت كانت من ماله

و رواية معاوية بن ميسرة

قال سمعت أبا الجارود: يسأل أبا عبد الله ع عن رجل باع دارا له من رجل و كان بينه و بين الذى اشترى منه الدار خلطة- فشرط أنك إن أتيتنى بمالى ما بين ثلاث سنين فالدار دارك فأتاه بماله قال له أبو الجارود فإن هذا الرجل قد أصاب فى هذا المال فى ثلاث سنين قال هو ماله و قال ع

المكاسب، ج ٣، ص ٢٣٠

أ رأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت يكون الدار دار المشتري

و عن سعيد بن يسار

في الصحيح قال: قلت لأبي عبد الله ع إنا نخالط أناسا من أهل السودان أو غيرهم فنبيعهم و نربح عليهم في العشرة اثني عشر و ثلاثة عشر و نؤخر ذلك فيما بيننا و بينهم السنة و نحوها و يكتب لنا رجل منهم على داره أو أرضه بذلك المال الذي فيه الفضل الذي أخذ منا شراء بأنه باع و قبض الثمن منه فنعهده إن جاء هو بالمال إلى وقت بيننا و بينهم أن ترد عليه الشراء فإن جاء الوقت و لم يأتنا بالدرهم فهو لنا فما ترى في هذا الشراء قال أرى أنه لك إن لم يفعله و إن جاء بالمال الموقت فرد عليه

و عن أبي الجارود

عن أبي جعفر قال: إن بعث رجلا على شرط فإن أتاك بمالك و إلا فالبيع لك.

إذا عرفت هذا

فتوضيح المسألة يتحقق بالكلام في أمور

الأول أن اعتبار رد الثمن في هذا الخيار- يتصور على وجوه

أحدها أن يؤخذ قيذا للخيار على وجه التعليق أو التوقيت

فلا- خيار قبله و يكون مدة الخيار منفصلة دائما عن العقد و لو بقليل و لا خيار قبل الرد و المراد برد الثمن فعل ماله دخل في القبض من طرفه و إن أبي المشتري.

الثاني أن يؤخذ قيذا للفسخ

بمعنى أن له الخيار في كل جزء من المدة المضروبة و التسلط على الفسخ على وجه مقارنته لرد الثمن أو تأخره عنه.

الثالث أن يكون رد الثمن فسخا فعليا

بأن يراد منه تمليك الثمن ليملك منه المبيع و عليه حمل في الرياض ظاهر الأخبار الدالة على عود المبيع بمجرد رد الثمن.

الرابع أن يؤخذ رد الثمن قيذا لانفساخ العقد

فمرجع ثبوت الخيار له إلى كونه مسلطا على سبب الانفساخ لا على مباشرة الفسخ و هذا هو الظاهر من رواية معاوية بن ميسرة و يحتمل الثالث كما هو ظاهر روايتي سعيد بن يسار و موثقة إسحاق بن عمار و عنوان المسألة بهذا الوجه هو الظاهر من الغنية حيث لم يذكر هذا القسم من البيع في الخيار أصلا و إنما ذكره في أمثلة الشروط الجائزة في متن العقد قال إن يبيع و يشترط على المشتري إن رد الثمن عليه في وقت كذا كان المبيع له انتهى.

الخامس أن يكون رد الثمن شرطا لوجوب الإقالة على المشتري

بأن يلتزم المشتري على نفسه أن يقيله إذا جاء بالثمن و استقاله و هو ظاهر الوسيلة حيث قال إذا باع شيئا على أن يقيله في وقت كذا بمثل الثمن الذي باعه منه لزمته الإقالة إذا جاءه بمثل الثمن في المدة انتهى فإن أبي أجبره الحاكم أو أقال عنه و إلا استقل بالفسخ و هو محتمل روايتي سعيد بن يسار و إسحاق بن عمار على أن يكون رد المبيع البيع فيهما كناية عن ملزومه و هي الإقالة لا أن يكون وجوب الرد كناية عن تملك البائع للمبيع بمجرد فسخه بعد رد الثمن على ما فهمه الأصحاب و مرجعه إلى أحد الأولين- . و الأظهر في كثير من العبارات مثل الشرائع و القواعد و التذكرة هو الثاني

[صحة الأنحاء المذكورة عدا الرابع]

لكن الظاهر صحة الاشتراط بكل من الوجوه الخمسة عدا الرابع فإنه فيه إشكالا من جهة أن انفساخ البيع بنفسه بدون إنشاء فعلى أو قولى يشبه انعقاده بنفسه مخالفة المشروع من توقف المسببات على أسبابها الشرعية و سيجيء في باب الشروط ما يتضح به صحة

ذلك و سقمه.

الأمر الثاني الثمن المشروط رده إما أن يكون في الذمة و إما أن يكون معينا

و على كل تقدير إما أن يكون قد قبضه و إما لم يقبضه فإن لم يقبضه فله الخيار و إن لم يتحقق رد الثمن لأنه شرط على تقدير قبضه و إن لم يفسخ حتى انقضت المدة لزم البيع و يحتمل العدم بناء على أن اشتراط الرد بمنزلة اشتراط القبض قبله و إن قبض الثمن المعين فإما أن يشترط رد عينه أو يشترط رد ما يعم بدله مع عدم التمكن من العين بسبب لا منه أو مطلقا أو لو مع التمكن منه على الإشكال من الأخير من حيث اقتضاء الفسخ شرعا بل لغة رد العين مع الإمكان و في جواز اشتراط رد القيمة في المثلي و بالعكس وجهان- و إما أن يطلق فعلى الأول لا- خيار إلا برد العين فلو تلف لا من البائع فالظاهر عدم الخيار- إلا أن يكون إطلاق اشتراط رد العين في الخيار لإفادة سقوطه بإتلاف البائع فيبقى الخيار في إتلاف غيره على حاله و فيه نظر. و على الثاني فله رد البديل في موضع صحة الاشتراط. و أما الثالث فمقتضى ظاهر الشرط فيه رد العين و يظهر من إطلاق محكى الدروس و حاشية الشرائع أن الإطلاق لا يحمل على العين و يحتمل حمله على الثمن الكلي و سيأتي و إن كان الثمن كليا فإن كان في ذمة البائع كما هو مضمون رواية سعيد بن يسار المتقدمة فرده بأداء ما في الذمة سواء قلنا إنه عين الثمن أو بدله من حيث إن ما في ذمة البائع سقط عنه بصيرورته ملكا له فكأنه تلف المراد برده المشترط رد بدله و إن لم يكن الثمن في ذمة البائع و قبضه فإن شرط رد ذلك الفرد المقبوض أو رد مثله بأحد الوجوه المتقدمة فالحكم على مقتضى الشرط و إن أطلق فالمتبادر بحكم الغلبة في هذا القسم من البيع المشتبه ببيع الخيار هو رد ما يعم البديل إما مطلقا أو مع فقد العين و يدل عليه صريحا بعض الأخبار المتقدمة إلا أن المتيقن منها صورة فقد العين.

الأمر الثالث [هل يكفي مجرد رد الثمن في الفسخ]

قيل ظاهر الأصحاب بناء على ما تقدم من أن رد الثمن في هذا البيع عندهم مقدمة لفسخ البائع أنه لا يكفي مجرد الرد في الفسخ و صرح به في الدروس و غيره و لعل منشأ الظهور أن هذا القسم فرد من خيار الشرط مع اعتبار شيء زائد فيه و هو رد الثمن و عللوا ذلك أيضا بأن الرد من حيث هو لا يدل على الفسخ أصلا و هو حسن مع عدم الدلالة أما لو فرض الدلالة عرفا إما بأن يفهم منه كونه تمليكا للثمن من المشتري ليملك منه المبيع على وجه المعاطاة و إما بأن يدل الرد بنفسه على الرضا بكون المبيع ملكا له و الثمن ملكا للمشتري فلا وجه لعدم الكفاية مع اعترافهم بتحقيق الفسخ فيما هو أخفى من ذلك دلالة و ما قيل من أن الرد يدل على إرادة الفسخ و الإرادة غير المراد ففيه أن المدعى دلالة على إرادة كون المبيع ملكا له و الثمن ملكا للمشتري و لا يعتبر في الفسخ الفعلي أزيد من هذا مع أن ظاهر الأخبار كفاية الرد في وجوب رد المبيع بل قد عرفت في رواية معاوية بن ميسرة حصول تملك المبيع برد الثمن فيحمل على تحقق الفسخ الفعلي به.

الأمر الرابع- يسقط هذا الخيار بإسقاطه بعد العقد

على الوجه الثاني من الوجهين الأولين بل و على الوجه الأول بناء على أن تحقق السبب و هو العقد كاف في صحة إسقاط الحق- لكن مقتضى ما صرح به في التذكرة من أنه لا يجوز إسقاط خيار الشرط أو الحيوان

المكاسب، ج ٣، ص ٢٣١

بعد العقد بناء على حدوثهما من زمان التفرق عدم الجواز أيضا إلا أن يفرق هنا بأن المشروط له مالك للخيار قبل الرد و لو من حيث تملكه للرد الموجب له فله إسقاطه بخلاف ما في التذكرة و يسقط أيضا بانقضاء المدة و عدم رد الثمن أو بدله مع الشرط أو مطلقا على التفصيل المتقدم و لو تبين المردود من غير الجنس فلا رد و لو ظهر معينا كفى في الرد و له الاستبدال و يسقط أيضا بالتصرف في الثمن المعين مع اشتراط رد العين أو حمل الإطلاق عليه و كذا الفرد المدفوع من الثمن الكلي إذا حمل الإطلاق على اعتبار رد عين المدفوع كل ذلك لإطلاق ما دل على أن تصرف ذي الخيار- فيما انتقل إليه رضاء بالعقد و لا خيار و قد عمل الأصحاب بذلك في غير مورد النص كخيارى المجلس و الشرط. و المحكى عن المحقق الأردبيلي و صاحب الكفاية- أن الظاهر عدم سقوط هذا

الخيار بالتصرف في الثمن لأن المدار في هذا الخيار عليه لأنه شرع لانتفاع البائع بالثمن فلو سقط الخيار سقط الفائدة و للموثق المتقدم المفروض في مورده تصرف البائع في الثمن و بيع الدار لأجل ذلك و المحكى عن العلامة الطباطبائي في مصابحه الرد على ذلك بعد الطعن عليه بمخالفته لما عليه الأصحاب بما حصله أن التصرف المسقط ما وقع في زمان الخيار و لا خيار إلا بعد الرد و لا ينافي شيء مما ذكر لزومه بالتصرف بعد الرد لأن ذلك منه بعده لا قبله و إن كان قادرا على إيجاد سببه فيه إذ المدار على الفعل لا على القوة على أنه لا- يتم فيما اشترط فيه الرد في وقت منفصل عن العقد كيوم بعد سنة مثلا انتهى محصل كلامه و ناقش بعض من تأخر عنه فيما ذكره من كون حدوث الخيار بعد الرد لا قبله بأن ذلك يقتضى جهالة مبدء الخيار و بأن الظاهر من إطلاق العرف و تضعيف كثير من الأصحاب قول الشيخ بتوقف الملك على انقضاء الخيار ببعض الأخبار المتقدمة في هذه المسألة الدالة على أن غلة المبيع للمشتري هو كون مجموع المدة زمان الخيار انتهى. أقول في أصل الاستظهار المتقدم و الرد المذكور عن المصاييح و المناقشة على الرد نظر أما الأول فلأنه لا مخصص لدليل سقوط الخيار بالتصرف المنسحب في غير مورد النص عليه باتفاق الأصحاب و أما بناء هذا العقد على التصرف فهو من جهة أن الغالب المتعارف البيع بالثمن الكلى و ظاهر الحال فيه كفاية رد مثل الثمن و لذا قوينا حمل الإطلاق في هذه الصورة على ما يعم البدل و حينئذ فلا يكون التصرف في عين الفرد المدفوع دليلا على الرضا بلزوم العقد إذ لا منافاة بين فسخ العقد و صحة هذا التصرف و استمراره و هو مورد الموثق المتقدم أو منصرف إطلاقه أو من جهة تواطؤ المتعاقدين على ثبوت الخيار مع التصرف أيضا أو للعلم بعدم الالتزام بالعقد بمجرد التصرف في الثمن و قد مر أن السقوط بالتصرف ليس تعبدا شرعيا مطلقا حتى المقرون منه بعدم الرضا بلزوم العقد. و أما الثاني فلأن المستفاد من النص و الفتوى كما عرفت كون التصرف مسقطا فعليا كالقولي يسقط الخيار في كل مقام يصح إسقاطه بالقول و الظاهر عدم الإشكال في جواز إسقاط الخيار قولاً قبل الرد هذا مع أن حدوث الخيار بعد الرد مبنى على الوجه الأول المتقدم من الوجوه الخمسة في مدخلية الرد في الخيار و لا دليل على تعيينه في بيع الخيار المتعارف بين الناس بل الظاهر من عبارة غير واحد هو الثاني أو نقول إن المتبع مدلول الجملة الشرطية الواقعة في متن العقد فقد يؤخذ الرد فيها قيذا للخيار و قد يؤخذ قيذا للفسخ. نعم لو جعل الخيار و الرد في جزء معين من المدة كيوم بعد السنة كان التصرف قبله تصرفا مع لزوم العقد و جاء فيه الإشكال في صحة الإسقاط هنا و لو قولاً من عدم تحقق الخيار و من تحقق سببه. و أما المناقشة في تحديد مبدء الخيار بالرد بلزوم جهالة مدة الخيار ففيه أنها لا تقدر مع تحديد زمان التسلط على الرد و الفسخ بعده إنشاء. نعم ذكر في التذكرة أنه لا يجوز اشتراط الخيار من حين التفرق إذا جعلنا مبدءه عند الإطلاق من حين العقد لكن الفرق يظهر بالتأمل و أما الاستشهاد عليه بحكم العرف ففيه أن زمان الخيار عرفا لا- يراد به إلا- ما كان الخيار متحققا فيه شرعا أو بجعل المتعاقدين و المفروض أن الخيار هنا جعلى فالشك في تحقق الخيار قبل الرد بجعل المتعاقدين و أما ما ذكره بعض الأصحاب في رد الشيخ من بعض أخبار

المسألة فلعلهم فهموا من مذهبه توقف الملك على انقضاء زمان الخيار مطلقا حتى المنفصل كما لا يبعد عن إطلاق كلامه و إطلاق ما استدل له به من الأخبار.

الأمر الخامس لو تلف المبيع كان من المشتري

سواء كان قبل الرد أو بعده و نماؤه أيضا له مطلقا و الظاهر عدم سقوط خيار البائع فيسترد المثل أو القيمة برد الثمن أو بدله و يحتمل عدم الخيار بناء على أن مورد هذا الخيار هو إلزام أن له رد الثمن و ارتجاع البيع و ظاهره اعتبار بقاء المبيع في ذلك فلا خيار مع تلفه ثم إنه لا- تنافى بين شرطية البقاء و عدم جواز تفويت الشرط فلا- يجوز للمشتري إتلاف المبيع كما سيحىء في أحكام الخيار لأن غرض البائع من الخيار استرداد عين ماله و لا يتم إلا بالتزام إبقائه للبائع و لو تلف الثمن فإن كان بعد الرد و قبل الفسخ فمقتضى ما سيحىء من أن التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له كونه من المشتري و إن كان ملكا للبائع إلا أن يمنع شمول تلك القاعدة للثمن و يدعى اختصاصها بالمبيع - كما ذكره بعض المعاصرين و استظهره من رواية معاوية بن ميسرة المتقدمة و لم أعرف وجه الاستظهار

إذ ليس فيها إلا- أن نماء الثمن للبائع و تلف المبيع من المشتري و هما إجماعيان حتى في مورد كون التلف ممن لا خيار له فلا حاجة لهما إلى تلك الرواية و لا يكون الرواية مخالفة للقاعدة و إنما المخالف لها هي قاعدة أن الخراج بالضمان إذا انضمت إلى الإجماع لي كون النماء للمالك. نعم الإشكال في عموم تلك القاعدة للثمن كعمومها لجميع أفراد الخيار لكن الظاهر من إطلاق غير واحد عموم القاعدة للثمن و اختصاصها بالخيارات الثلاثة أعني خيار المجلس و الشرط و الحيوان و سيجيء الكلام في أحكام الخيار و إن كان التلف قبل الرد فمن البائع بناء على عدم ثبوت الخيار

المكاسب، ج ٣، ص ٢٣٢

قبل الرد و فيه ما عرفت من منع المبنى منع البناء فإن دليل ضمان من لا خيار له مال صاحبه و هو تزلزل البيع سواء كان بخيار متصل أو بمنفصل كما يقتضيه أخبار تلك المسألة كما سيجيء ثم إن قلنا بأن تلف الثمن من المشتري انفسخ البيع و إن قلنا بأنه من البائع فالظاهر بقاء الخيار فيرد البدل و يرتجع المبيع.

الأمر السادس لا إشكال في القدرة على الفسخ برد الثمن على نفس المشتري أو برده على وكيله المطلق أو الحاكم أو العدول مع التصريح بذلك في العقد و إن كان المشروط هو رده إلى المشتري مع عدم التصريح ببذله فامتنع رده إليه عقلاً لغيبة و نحوها أو شرعاً لجنون و نحوه ففي حصول الشرط برده إلى الحاكم كما اختاره المحقق القمي في بعض أجوبة مسائله و عدمه كما اختاره سيد مشايخنا في مناهله قولان و ربما يظهر من صاحب الحدائق الاتفاق على عدم لزوم رد الثمن إلى المشتري مع غيبته حيث إنه بعد نقل قول المشهور بعدم اعتبار حضور الخصم في فسخ ذى الخيار و أنه لا اعتبار بالإشهاد خلافاً لبعض علمائنا قال إن ظاهر الرواية اعتبار حضور المشتري ليفسخ البائع بعد دفع الثمن إليه فما ذكره من جواز الفسخ مع عدم حضور المشتري و جعل الثمن أمانة إلى أن يجيء المشتري و إن كان ظاهرهم الاتفاق عليه إلا أنه بعيد عن مساق الأخبار المذكورة انتهى. أقول لم أجد فيما رأيت من تعرض الحكم رد الثمن مع غيبته المشتري في هذا الخيار و لم يظهر منهم جواز الفسخ بجعل الثمن أمانة عند البائع حتى يحضر المشتري و ذكرهم لعدم اعتبار حضور الخصم في فسخ ذى الخيار إنما هو لبيان حال الفسخ من حيث هو في مقابل العامة و بعض الخاصة حيث اشترطوا في الفسخ بالخيار حضور الخصم و لا تنافى بينه و بين اعتبار حضوره لتحقيق شرط آخر للفسخ و هو رد الثمن إلى المشتري مع أن ما ذكره من أخبار المسألة- لا يدل على اعتبار حضور الخصم في الفسخ و إن كان موردها صورة حضوره لأجل تحقق الرد إلا أن الفسخ قد يتأخر عن الرد بزمان بناء على مغايرة الفسخ للرد و عدم الاكتفاء به عنه. نعم لو قلنا بحصول الفسخ بالرد اختص موردها بحضور الخصم لكن الأصحاب لم ينكروا اعتبار الحضور في هذا الخيار خصوصاً لو فرض قولهم بحصول الفسخ بمجرد رد الثمن فافهم و كيف كان فالأقوى فيما لم يصرح باشتراط الرد إلى خصوص المشتري هو قيام الولي مقامه لأن الظاهر من الرد إلى المشتري حصوله عنده و تملكه له حتى لا يبقى الثمن في ذمة البائع بعد الفسخ و لذا لو دفع إلى وارث المشتري كفى و كذا لو رد وارث البائع مع أن المصرح به في العقد رد البائع و ليس ذلك لأجل إرثه للخيار لأن ذلك متفرع على عدم مدخلة خصوص البائع في الرد و كذا الكلام في وليه و دعوى أن الحاكم إنما يتصرف في مال الغائب- على وجه الحفظ و المصلحة و الثمن قبل رده باق على ملك البائع و قبضه عنه الموجب لسلطنة البائع على الفسخ قد لا- يكون مصلحة للغائب أو شبهه فلا- يكون ولياً في القبض فلا- يحصل ملك المشتري المدفوع بعد الفسخ مدفوعاً بأن هذا ليس تصرفاً اختيارياً من قبل الولي حتى يناط بالمصلحة بل البائع حيث وجد من هو منصوب شرعاً لحفظ مال الغائب صح له الفسخ إذ لا يعتبر فيه قبول المشتري أو وليه للثمن حتى يقال إن ولايته في القبول متوقفة على المصلحة بل المعتبر تمكين المشتري أو وليه منه إذا حصل الفسخ. و مما ذكرنا يظهر جواز الفسخ برد الثمن- إلى عدول المؤمنين ليحفظوها حسبة عن الغائب و شبهه و لو اشترى الأب للطفل بخيار البائع فهل يصح له الفسخ مع رد الثمن إلى الولي الآخر أعني الجد مطلقاً أو مع عدم التمكن من الرد إلى الأب أو لا وجوه و يجري مثلها فيما لو اشترى الحاكم للصغير فرد البائع إلى حاكم آخر و ليس في قبول الحاكم الآخر مزاحمة للأول حتى لا- يجوز قبوله للثمن و لا- يجري ولايته بالنسبة إلى هذه المعاملة بناء على عدم جواز

مزاخمة حاكم لحاكم آخر في مثل هذه الأمور لما عرفت من أن أخذ الثمن من البائع ليس تصرفاً اختيارياً بل البائع إذا وجد من يجوز أن يملك الثمن عن المشتري عند فسخه جاز له الفسخ و ليس في مجرد تملك الحاكم الثاني الثمن عن المشتري مزاخمة للحاكم الأول غاية الأمر وجوب دفعه إليه مع احتمال عدم الوجوب لأن هذا ملك جديد للصغير لم يتصرف فيه الحاكم الأول فلا مزاخمة لكن الأظهر أنها مزاخمة عرفاً.

الأمر السابع إذا أطلق اشتراط الفسخ برد الثمن - لم يكن له ذلك إلا برد الجميع

فلو رد بعضه لم يكن له الفسخ و ليس للمشتري التصرف في المدفوع إليه لبقائه على ملك البائع و الظاهر أنه ضامن له لو تلف إذا دفعه إليه على وجه التمنية إلا أن يصرح بكونها أمانة عنده إلى أن يجتمع قدر الثمن فيفسخ البائع و لو شرط البائع الفسخ في كل جزء برد ما يخصه من الثمن جاز الفسخ فيما قابل المدفوع و للمشتري خيار التبعض إذا لم يفسخ البائع بقیة المبيع و خرجت المدة و هل له ذلك قبل خروجها الوجه ذلك و يجوز اشتراط الفسخ في الكل برد جزء معين من الثمن في المدة بل بجزء غير معين فيبقى الباقي في ذمة البائع بعد الفسخ.

الأمر الثامن كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن كذا يجوز للمشتري اشتراط الفسخ برد المثل

و لا - إشكال في انصراف الإطلاق إلى العين و لا - في جواز التصريح برد بدله مع تلفه لأن مرجعه إلى اشتراط الخيار برد المبيع مع وجوده و بدله مع تلفه و عدم بقاء مال البائع عند المشتري بعد الفسخ و في جواز اشتراط رد بدله و لو مع التمكن من العين إشكال من أنه خلاف مقتضى الفسخ لأن مقتضاه رجوع كل من العوضين إلى صاحبه فاشتراط البدل اشتراط للفسخ على وجه غير مشروع بل ليس فسخاً في الحقيقة. نعم لو اشترط رد التالف بالمثل في القيمي و بالقيمة في المثلي أمكن الجواز لأنه بمنزلة اشتراط إيفاء ما في الذمة بغير جنسه لا - اشتراط ضمان التالف المثلي بالقيمة و القيمي بالمثل و لا اشتراط رجوع غير ما اقتضاه العقد إلى البائع فتأمل و يجوز اشتراط الفسخ لكل منهما برد ما انتقل إليه أو بدله و الله العالم.

### مسألة لا إشكال و لا خلاف - في عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع - و جريانه في كل معاوضة لازمة

#### إشارة

المكاسب، ج ٣، ص ٢٣٣

كالإجارة و الصلح و المزارعة و المساقاة بل قال في التذكرة الأقرب عندى دخول خيار الشرط في كل عقد معاوضة خلافاً للجمهور. و مراده ما يكون لازماً لأنه صرح بعدم دخوله في الوكالة و الجعالة و القراض و العارية و الوديعة لأن الخيار لكل منهما دائماً فلا معنى لدخول خيار الشرط فيه.

#### و الأصل في ما ذكر عموم المؤمنون عند شروطهم

بل الظاهر المصرح به في كلمات جماعة دخوله في غير المعاوضات من العقود اللازمة و لو من طرف واحد بل إطلاقها يشمل العقود الجائزة إلا أن يدعى من الخارج عدم معنى للخيار في العقد الجائر و لو من الطرف الواحد. فعن الشرائع و الإرشاد و الدروس و تعليق الإرشاد و مجمع البرهان و الكفاية دخول خيار الشرط في كل عقد سوى النكاح و الوقف و الإبراء و الطلاق و العتق و ظاهراً ما عدا الجائر و لذا ذكر نحو هذه العبارة في التحرير بعد ما منع الخيار في العقود الجائزة و كيف كان فالظاهر عدم الخلاف بينهم في أن مقتضى عموم أدلة الشرط الصحة في الكل و إنما الإخراج لمانع. و لذا قال في الدروس بعد حكاية المنع من دخول خيار الشرط في الصرف عن الشيخ قدس سره أنه لم يعلم وجهه مع عموم صحیحته ابن سنان المؤمنون عند شروطهم

## فالمهم هنا بيان ما خرج عن هذا العموم

## إشارة

فنقول

## أما الإيقاعات

فالظاهر عدم الخلاف في عدم دخول الخيار فيها كما يرشد إليه استدلال الحلبي في السرائر على عدم دخوله في الطلاق بخروجه عن العقود قيل لأن المفهوم من الشرط ما كان بين اثنين كما ينبه عليه جملة من الأخبار والإيقاع إنما يقوم بواحد وفيه أن الاستفادة من الأخبار كون الشرط قائما بشخصين المشروط له والمشروط عليه لا- كونه متوقفا على الإيجاب والقبول ألا ترى أنهم جوزوا أن يشترط في إعتاق العبد خدمة مدة تمسكا بعموم المؤمنون عند شروطهم. غاية الأمر توقف لزومه كاشتراط مال على العبد على قبول العبد على قول بعض لكن هذا غير اشتراط وقوع الشرط بين الإيجاب والقبول فالأولى الاستدلال عليه مضافا إلى إمكان منع صدق الشرط وانصرافه خصوصا على ما تقدم عن القاموس بعدم مشروعية الفسخ في الإيقاعات حتى تقبل لاشتراط التسلط على الفسخ فيها. والرجوع في العدة ليس فسحا للطلاق بل هو حكم شرعي في بعض أقسامه لا يقبل الثبوت في غير مورده بل ولا السقوط في مورده و مرجع هذا إلى أن مشروعية الفسخ لا- بد لها من دليل وقد وجد في العقود من جهة مشروعية الإقالة وثبوت خيار المجلس والحيوان وغيرهما في بعضها بخلاف الإيقاعات فإنه لم يعهد من الشارع تجويز نقض أثرها بعد وقوعها حتى يصح اشتراط ذلك فيها. وبالجملة فالشرط لا يجعل غير السبب الشرعي سببا فإذا لم يعلم كون الفسخ سببا لارتفاع الإيقاع أو علم عدمه بناء على أن اللزوم في الإيقاعات حكم شرعي كالجواز في العقود الجائزة فلا يصير سببا باشتراط التسلط عليه في متن الإيقاع هذا كله مضافا إلى الإجماع عن المبسوط ونفي الخلاف عن السرائر على عدم دخوله في العتق والطلاق وإجماع المسالك على عدم دخوله في العتق والإبراء. و مما ذكرنا في الإيقاع يمكن أن يمنع دخول الخيار فيما تضمن الإيقاع- ولو كان عقدا كالصلح المفيد فائدة الإبراء كما في التحرير و جامع المقاصد و في غاية المرام أن الصلح إن وقع معاوضة دخله خيار الشرط و إن وقع عما في الذمة مع جهالته أو على إسقاط الدعوى قبل ثبوتها لم يدخله لأن مشروعيته لقطع المنازعة فقط و اشتراط الخيار لعود الخصومة ينافي مشروعيته و كل شرط ينافي مشروعية العقد غير لازم انتهى. و الكبرى المذكورة في كلامه راجعة إلى ما ذكرنا في وجه المنع عن الإيقاعات و لا أقل من الشك في ذلك الراجع إلى الشك في سببية الفسخ لرفع الإيقاع.

## و أما العقود

## إشارة

فمنها ما لا يدخله اتفاقا ومنها ما اختلف فيه ومنها ما يدخله اتفاقا.

## فالأول النكاح

فإنه لا يدخله اتفاقا كما عن الخلاف و المبسوط و السرائر و جامع المقاصد و المسالك الإجماع عليه و لعله لتوقف ارتفاعه شرعا على الطلاق و عدم مشروعية التقايل فيه.

## و من الثاني الوفاق



فإن المشهور عدم دخوله فيه و عن المسالك أنه موضع وفاق و يظهر من محكى السرائر و الدروس وجود الخلاف فيه و ربما علل باشتراط القربة فيه و أنه فك ملك بغير عوض و الكبرى فى الصغرى ممنوعة. و يمكن الاستدلال له بالموثقة المذكورة فى مسألة شرط الواقف كونه أحق بالوقف عند الحاجة- و هى قوله ع: من أوقف أرضاً ثم قال إن احتجت إليها فأنا أحق بها ثم مات الرجل فإنها ترجع فى الميراث و قريب منها غيرها و فى دلالتها على المدعى تأمل. و يظهر من المحكى عن المشايخ الثلاثة فى تلك المسألة- تجوز اشتراط الخيار فى الوقف و لعله المخالف الذى أشير إليه فى محكى السرائر و الدروس. و أما حكم الصدقة فالظاهر أنه حكم الوقف قال فى التذكرة فى باب الوقف إنه يشترط فى الوقف الإلزام فلا يقع لو شرط الخيار فيه لنفسه و يكون الوقف باطلا كالعق و الصدقة انتهى. لكن قال فى باب خيار الشرط أما الهبة المقبوضة فإن كانت لأجنبى غير معوض عنها و لا قصد بها القربة و لا تصرف المتهب يجوز للواهب الرجوع فيها و إن اختل أحد القيود لزمته و هل يدخلها خيار الشرط الأقرب ذلك انتهى. و ظاهره دخول الخيار فى الهبة اللازمة حتى الصدقة و كيف كان فالأقوى عدم دخوله فيها لعموم ما دل على أنه لا يرجع فيما كان لله- بناء على أن الاستفادة منه كون اللزوم حكماً شرعياً لماهية الصدقة نظير الجواز للعقود الجائزة و لو شك فى ذلك كفى فى عدم سببها الفسخ التى يتوقف صحة اشتراط الخيار عليها و توهم إمكان إثبات السبب بنفس دليل الشرط واضح الاندفاع. و منه الصلح فإن الظاهر المصرح به فى كلام جماعة كالعلامة فى التذكرة دخول الخيار فيه مطلقاً بل عن المهذب البارع فى باب الصلح الإجماع على دخوله فيه بقول مطلق و ظاهر المبسوط كالمحكى عن الخلاف عدم دخوله فيه مطلقاً و قد تقدم التفصيل عن التحرير- و جامع المقاصد و غاية المرام و لا يخلو عن قرب لما تقدم من الشك فى سببها الفسخ لرفع الإبراء أو ما

المكاسب، ج ٣، ص ٢٣٤

يفيد فائدته. و منه الضمان فإن المحكى عن ضمان التذكرة و القواعد عدم دخول خيار الشرط فيه و هو ظاهر المبسوط و الأقوى دخوله فيه لو قلنا بالتقاييل فيه. و منه الرهن فإن المصرح به فى غاية المرام عدم ثبوت الخيار للراهن لأن الرهن وثيقه للدين و الخيار ينافى الاستيثاق و لعله لذا استشكل فى التحرير و هو ظاهر المبسوط و مرجعه إلى أن مقتضى طبيعة الرهن شرعاً بل عرفاً كونها وثيقة و الخيار مناف لذلك و فيه أن غاية الأمر كون وضعه على اللزوم فلا ينافى جواز جعل الخيار بتراضى الطرفين. و منه الصرف فإن صريح المبسوط و الغنية و السرائر عدم دخول خيار الشرط فيه مدعين على ذلك الإجماع و لعله لما ذكره فى التذكرة للشافعى المانع عن دخوله فى الصرف و السلم من أن المقصود من اعتبار التقابض فيهما أن يفترقا و لا يبقى بينهما علقه و لو أثبتنا الخيار بقيت العلقه و الملازمة ممنوعة كما فى التذكرة و لذا جزم فيها بدخوله فى الصرف و إن استشكله أولاً كما فى القواعد.

### و من الثالث أقسام البيع ما عدا الصرف و مطلق الإجارة و المزارعة و المساقاة

و غير ما ذكر من موارد الخلاف فإن الظاهر عدم الخلاف فيها.

### [هل يدخل خيار الشرط فى القسمة]

و اعلم أنه ذكر فى التذكرة تبعاً للمبسوط دخول خيار الشرط فى القسمة- و إن لم يكن فيها رد و لا يتصور إلا بأن يشترط الخيار فى التراضى القولى بالسهم. و أما التراضى الفعلى فلا يتصور دخول خيار الشرط فيه بناء على وجوب ذكر الشرط فى متن العقد و منه يظهر عدم جريان هذا الخيار فى المعاطاة و إن قلنا بلزومها من أول الأمر أو بعد التلف و السر فى ذلك أن الشرط القولى- لا يمكن ارتباطه بالإنشاء الفعلى و ذكر فيهما أيضاً دخول الخيار فى الصداق و لعله لمشروعية الفسخ فيه فى بعض المقامات كما إذا زوجها الولي بدون مهر المثل و فيه نظر و ذكر فى المبسوط أيضاً دخول هذا الخيار فى السبق و الرماية للعموم. أقول و الأظهر بحسب القواعد

إناطة دخول خيار الشرط بصحة التقايل في العقد فمتى شرع التقايل مع التراضى بعد العقد جاز تراضيهما حين العقد على سلطنة أحدهما أو كليهما على الفسخ فإن إقدامه على ذلك حين العقد كاف في ذلك بعد ما وجب عليه شرعا القيام و الوفاء بما شرطه على نفسه فيكون أمر الشارع إياه بعد العقد بالرضا بما يفعله صاحبه من الفسخ و الالتزام و عدم الاعتراض عليه قائما مقام رضاه الفعلى بفعل صاحبه و إن لم يرض فعلا و أما إذا لم يصح التقايل فيه لم يصح اشتراط الخيار فيه لأنه إذا لم يثبت تأثير الفسخ بعد العقد عن تراض منهما فالالتزام حين العقد لسلطنة أحدهما عليه لا يحدث له أثرا لما عرفت من أن الالتزام حين العقد لا يفيد إلا فائدة الرضا الفعلى بعد العقد بفسخ صاحبه و لا يجعل الفسخ مؤثرا شرعيا و الله العالم

#### الرابع خيار الغبن

#### [الغبن لغة و اصطلاحا]

و أصله الخديعة قال في الصحاح هو بالتسكين فى البيع و الغبن بالتحريك فى الرأى و هو فى اصطلاح الفقهاء- تملك مال بهما يزيد على قيمته مع جهل الآخر و تسمية المملك غابنا و الآخر مغبوننا مع أنه قد لا يكون خدع أصلا كما لو كانا جاهلين لأجل غلبه صدور هذه المعاوضة على وجه الخدع. و المراد بما يزيد أو ينقص العوض مع ملاحظة ما انضم إليه من الشرط- فلو باع ما يساوى مائة دينار بأقل منه مع اشتراط الخيار للبائع فلا غبن لأن المبيع يبيع الخيار ينقص ثمنه عن المبيع بالبيع اللازم و هكذا غيره من الشروط و الظاهر أن كون الزيادة مما لا- يتسامح به شرط خارج عن مفهومه بخلاف الجهل بقيمته ثم إن ثبوت الخيار به مع الشرط المذكور هو المعروف بين الأصحاب- و نسبه فى التذكرة إلى علمائنا و عن نهج الحق نسبته إلى الإمامية و عن الغنية و المختلف الإجماع عليه صريحا. نعم المحكى عن المحقق قدس سره فى درسه إنكاره و لا يعد ذلك خلافا فى المسألة كسكوت جماعة عن التعرض له. نعم حكى عن الإسكافى منعه و هو شاذ

#### و استدل فى التذكرة على هذا الخيار بقوله تعالى **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ**

قال و معلوم أن المغبون لو عرف الحال لم يرض و توجيهه أن رضا المغبون بكون ما يأخذه عوضا عما يدفعه مبنى على عنوان مفقود و هو عدم نقصه عنه فى المالىة فكأنه قال اشترت هذا الذى يساوى درهما بدرهم فإذا تبين أنه لا يساوى درهما تبين أنه لم يكن راضيا به عوضا لكن لما كان المقصود صفة من صفات المبيع لم يكن تبين فقده كاشفا عن بطلان البيع بأن كان كسائر الصفات المقصودة التى لا يوجب تبين فقدها إلا الخيار فرارا عن استلزام لزوم المعاملة إلزامه بما لم يلتزم و لم يرض به. فالآية إنما تدل على عدم لزوم العقد فإذا حصل التراضى بالعوض غير المساوى كان كالرضا السابق لفحوى حكم الفضولى و المكروه و يضعف بمنع كون الوصف المذكور عنوانا بل ليس إلا من قبيل الداعى الذى لا يوجب تخلفه شيئا بل قد لا يكون داعيا أيضا كما إذا كان المقصود ذات المبيع من دون ملاحظة مقدار مالىته فقد يقدم على أخذ الشيء و إن كان ثمنه أضعاف قيمته و التفت إلى احتمال ذلك مع أن أخذه على وجه التقييد لا يوجب خيارا إذا لم يذكر فى متن العقد

#### [الأولى الاستدلال عليه بآية و لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل]

و لو أبدل قدس سره هذه الآية بقوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل كان أولى بناء على أن أكل المال على وجه الخدع يبيع ما يسوى درهما بعشرة مع عدم تسلط المخدوع بعد تبين خدعه على رد المعاملة و عدم نفوذ رده أكل المال بالباطل أما مع رضاه بعد

التبين بذلك فلا يعد أكلا بالباطل. و مقتضى الآية و إن كان حرمة الأكل حتى قبل تبين الخدع إلا أنه خرج بالإجماع و بقي ما بعد اطلاع المغبون و رده للمعاملة لكن يعارض الآية ظاهر قوله تعالى **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ بِنَاءٍ عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنْ عَدَمِ خُرُوجِ ذَلِكَ عَنْ مَوْضِعِ التَّرَاضِي فَمَعَ التَّكَافُؤُ يَرْجِعُ إِلَى أَصَالَةِ اللُّزُومِ إِلَّا أَنْ يُقَالَ إِنَّ التَّرَاضِي مَعَ الْجَهْلِ بِالْحَالِ يَخْرُجُ عَنْ كَوْنِ أَكْلِ الْغَابِنِ لِمَالِ الْمَغْبُونِ الْجَاهِلِ أَكْلًا بِالْبَاطِلِ وَ يُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ إِنَّ آيَةَ التَّرَاضِي تُشْمَلُ بِصُورَةِ الْخَدْعِ كَمَا إِذَا أَقْدَمَ الْمَغْبُونُ عَلَى شِرَاءِ الْعَيْنِ مُحْتَمَلًا لِكُونِهِ بِأَضْعَافٍ قِيمَتِهِ فَيَدُلُّ عَلَى نَفْيِ الْخِيَارِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ مِنْ دُونِ مَعَارِضِهِ**

المكاسب، ج ٣، ص ٢٣٥

فيثبت عدم الخيار في الباقي بعدم القول بالفصل فتعارض مع آية النهي المختصة بصورة الخدع الشاملة غيرها بعدم القول بالفصل فيرجع بعد تعارضهما بضميمة عدم القول بالفصل و تكافؤهما إلى أصالة اللزوم.

### [ما استدل به في التذكرة و المناقشة فيه]

و استدل أيضا في التذكرة بأن النبي ص أثبت الخيار في تلقي الركبان و إنما أثبتة للغبن و يمكن أن يمنع صحة حكاية إثبات الخيار لعدم وجودها في الكتب المعروفة بين الإمامية ليقبل ضعفه الانجبار بالعمل.

### [الاستدلال بلا ضرر و ضرار]

و أقوى ما استدل به على ذلك في التذكرة و غيرها- قوله ص: لا ضرر و لا ضرار في الإسلام و كان وجه الاستدلال إن لزوم مثل هذا البيع و عدم تسلط المغبون على فسخه ضرر عليه و إضرار به فيكون منفيًا.

فحاصل الرواية أن الشارع لم يحكم بحكم يكون فيه الضرر و لم يسوغ إضرار المسلمين بعضهم بعضا و لم يرض لهم من المتصرفات ما فيه ضرر على الممضى عليه.

و منه يظهر صحة التمسك لتزلزل كل عقد يكون لزومه ضررا على الممضى عليه سواء كان من جهة الغبن أم لا و سواء كان في البيع أم في غيره كالصلح غير المبني على المسامحة و الإجارة و غيرها من المعاضات هذا و لكن يمكن الخدشة في ذلك بأن انتفاء اللزوم و ثبوت التزلزل في العقد لا- يستلزم ثبوت الخيار للمغبون بين الرد و الإمضاء بكل الثمن إذ يحتمل أن يتخير بين إمضاء العقد بكل الثمن و رده في المقدار الزائد غاية الأمر ثبوت الخيار للغابن لتبعض المال عليه فيكون حال المغبون حال المريض إذا اشترى بأزيد من ثمن المثل و حاله بعد العلم بالقيمة حال الوارث إذا مات ذلك المريض المشتري في أن له استرداد الزيادة من دون رد جزء من العوض كما عليه الأ- أكثر في معاضات المريض المشتملة على المحاباة و إن اعترض عليهم العلامة بما حصله أن استرداد بعض أحد العوضين من دون رد بعض الآخر ينافي مقتضى المعاوضة. و يحتمل أيضا أن يكون نفي اللزوم- بتسلط المغبون على إلزام الغابن بأحد الأمرين من الفسخ في الكل و من تدارك ما فات على المغبون برد القدر الزائد أو بدله و مرجعه إلى أن للمغبون الفسخ إذا لم يبذل الغابن التفاوت فالمبذول غرامة لما فات على المغبون على تقدير إمضاء البيع لا هبة مستقلة كما في الإيضاح و جامع المقاصد حيث انتصرا للمشهور القائلين بعدم سقوط الخيار ببذل الغابن للتفاوت بأن الهبة المستقلة لا تخرج المعاملة عن الغبن الموجب للخيار و سيحى ذلك. و ما ذكرنا نظير ما اختاره العلامة في التذكرة و احتمله في القواعد من أنه إذا ظهر كذب البائع مرابحة في إخباره برأس المال ببذل المقدار الزائد مع ربحه فلا خيار للمشتري فإن مرجع هذا إلى تخيير البائع بين رد التفاوت و بين الالتزام بفسخ المشتري. و حاصل الاحتمالين عدم الخيار للمغبون مع بذل الغابن للتفاوت فالمتيقن من ثبوت الخيار له صورة امتناع الغابن من البذل و لعل هذا هو الوجه في استشكال العلامة في التذكرة في ثبوت الخيار مع البذل بل قول بعض بعده كما يظهر من الرياض ثم إن المبذول ليس

هبة مستقلة حتى يقال إنها لا- يخرج المعاملة المشتملة على الغبن عن كونها مشتملة عليه ولا جزء من أحد العوضين حتى يكون استرداده مع العوض الآخر جمعاً بين جزء المعوض و تمام العوض منافياً لمقتضى المعاوضة بل هو غرامة لما أتلفه الغابن عليه من الزيادة بالمعاملة الغبنية فلا يعتبر كونه من عين الثمن نظير الأرش في المعيب.

### [ما استدل به على عدم سقوط الخيار مع البذل و المناقشة فيه]

و من هنا ظهر الخدشة فيما في الإيضاح و جامع المقاصد من الاستدلال على عدم السقوط مع البذل بعد الاستصحاب بأن بذل التفاوت لا يخرج المعاملة عن كونها غبنية لأنها هبة مستقلة حتى أنه لو دفعه على وجه الاستحقاق لم يحل أخذه إذ لا ريب في أن من قبل هبة الغابن لا يسقط خياره انتهى بمعناه وجه الخدشة ما تقدم من احتمال كون المبدول غرامة لما أتلفه الغابن على المغبون قد دل عليه نفى الضرر. و أما الاستصحاب ففيه أن الشك في اندفاع الخيار بالبذل لا في ارتفاعه به إذ من المحتمل ثبوت الخيار على الممتنع دون البذل- ثم إن الظاهر أن تدارك ضرر المغبون بأحد الاحتمالين المذكورين أولى من إثبات الخيار له لأن إلزام الغابن بالفسخ ضرر لتعلق غرض الناس بما ينتقل إليهم من أعواض أموالهم خصوصاً النقود و نقض الغرض ضرر و إن لم يبلغ حد المعارضة لضرر المغبون إلا- أنه يصلح مرجحاً لأحد الاحتمالين المذكورين على ما اشتهر من تخيره بين الرد و الإمضاء بكل الثمن إلا أن يعارض ذلك بأن غرض المغبون قد يتعلق بتملك عين ذات قيمة لكون المقصود اقتناءها للتجمل و قد يستنكف عن اقتناء ذات القيمة اليسيرة للتجمل فتأمل.

### و قد يستدل على الخيار بأخبار واردة في حكم الغبن

#### إشارة

فعن الكافي بسنده إلى إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله ع قال: غبن المسترسل سحت و عن الميسر عن أبي عبد الله ع قال: غبن المؤمن حرام و في رواية أخرى: لا- تغبن المسترسل فإن غبنه لا يحل و عن مجمع البحرين أن الاسترسال الاستيناس و الطمأنينة إلى الإنسان و الثقة به فيما يحدثه و أصله السكون و الثبات و منه الحديث: أيما مسلم استرسل إلى مسلم فغبنه فهو كذا و منه غبن المسترسل سحت انتهى. و يظهر منه أن ما ذكره أو لا حديث رابع

### و الإنصاف عدم دلالتها على المدعى

فإن ما عدا الرواية الأولى ظاهره في حرمة الخيانة في المشاورة فيحتمل كون الغبن بفتح الباء و أما الرواية الأولى فهي و إن كانت ظاهرة فيما يتعلق بالأموال لكن يحتمل حينئذ أن يراد كون الغابن بمنزلة آكل السحت في استحقاق العقاب على أصل العمل و الخديعة في أخذ المال و يحتمل أن يراد كون المقدار الذي يأخذه زائداً على ما يستحقه بمنزلة السحت في الحرمة و الضمان و يحتمل إرادة كون مجموع العوض المشتمل على الزيادة بمنزلة السحت في تحريم الأكل في صورة خاصة و هي اطلاع المغبون و رده للمعاملة المغبون فيها و لا ريب أن الحمل على أحد الأولين أولى و لا أقل من السماوات للثالث فلا دلالة

### فالعمدة في المسألة الإجماع

المحكي المعتضد بالشهرة المحققة و حديث نفى الضرر بالنسبة إلى خصوص الممتنع عن بذل التفاوت

**ثم إن تنقيح هذا المطلب يتم برسم مسائل**

**مسألة يشترط في هذا الخيار أمران**

**الأول عدم علم المغبون بالقيمة**

فلو علم بالقيمة فلا

المكاسب، ج ٣، ص ٢٣٦

خيار- بل لا غبن كما عرفت بلا خلاف و لا إشكال لأنه أقدم على الضرر ثم إن الظاهر عدم الفرق بين كونه غافلا من القيمة بالمرّة أو ملتفتا إليها و لا بين كونه مسبقا بالعلم و عدمه و لا بين الجهل المركب و البسيط مع الظن بعدم الزيادة و النقيصة أو الظن بهما أو الشك. و يشكل في الأخيرين إذا أقدم على المعاملة بانبا على المسامحة على تقدير الزيادة و النقيصة فهو كالعالم بل الشاك في الشيء إذا أقدم عليه بانبا على تحمله فهو في حكم العالم من حيث استحقاق المدح عليه أو الذم و من حيث عدم معذوريته لو كان ذلك الشيء مما يعذر الغافل فيه. و الحاصل أن الشاك الملتفت إلى الضرر مقدم عليه و من أن مقتضى عموم نفى الضرر و إطلاق الإجماع المحكي ثبوته بمجرد تحقق الضرر خرج المقدم عليه عن علم بل مطلق الشاك ليس مقدا على الضرر بل قد يقدم برجاه عدمه و مساواته للعالم في الآثار ممنوعة حتى في استحقاق المدح و الذم لو كان المشكوك مما يترتب عليه ذلك عند الإقدام عليه و لذا قد يحصل للشاك بعد اطلاعه على الغبن حالة أخرى لو حصلت له قبل العقد لم يقدم عليه. نعم لو صرح في العقد بالالتزام به و لو على تقدير ظهور الغبن كان ذلك راجعا إلى إسقاط الغبن. و مما ذكرنا يظهر ثبوت الخيار للجاهل و إن كان قادرا على السؤال كما صرح به في التحرير و التذكرة و لو أقدم عالما على غبن يتسامح به فبان أزيد بما لا يتسامح بالمجموع منه و من المعلوم فلا يبعد الخيار و لو أقدم على ما لا يتسامح فبان أزيد بما يتسامح به منفردا أو بما لا يتسامح ففي الخيار وجه ثم إن المعتبر القيمة حال العقد فلو زادت بعده و لو قبل اطلاع المغبون على النقصان حين العقد لم ينفع- لأن الزيادة إنما حصلت في ملكه و المعاملة وقعت على الغبن و يحتمل عدم الخيار حينئذ لأن التدارك حصل قبل الرد فلا يثبت الرد المشروع لتدارك الضرر كما لو برىء المعيوب قبل الاطلاع على عيبه بل في التذكرة أنه مهما زال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرد سقط حق الرد و أشكل منه ما لو توقف الملك على القبض فارتفع الغبن قبله لأن الملك قد انتقل إليه حينئذ من دون نقص في قيمته. نعم لو قلنا بوجود التقابض بمجرد العقد كما صرح به العلامة في الصرف يثبت الخيار لثبوت الضرر بوجود إقباض الزائد في مقابلة الناقص لكن ظاهر المشهور عدم وجوب التقابض و لو ثبت الزيادة أو النقيصة بعد العقد فإنه لا عبرة بهما إجماعا كما في التذكرة ثم إنه لا عبرة بعلم الوكيل في مجرد العقد بل العبرة بعلم الموكل و جهله. نعم لو كان وكيلا في المعاملة و المساومة فمع علمه و فرض صحة المعاملة حينئذ لا خيار للموكل و مع جهله يثبت الخيار للموكل إلا- أن يكون عالما بالقيمة و بأن وكيله يعقد على أزيد منها و يقرره له و إذا ثبت الخيار في عقد الوكيل فهو للموكل خاصة إلا أن يكون وكيلا مطلقا بحيث يشمل مثل الفسخ فإنه كالولي حينئذ و قد مر ذلك مشروحا في خيار المجلس- ثم إن الجهل إنما يثبت باعتراف الغابن و بالبينه إن تحققت و بقول مدعيه مع اليمين لأصالة عدم العلم الحاكمة على أصالة اللزوم- مع أنه قد يتعسر إقامة البينة على الجهل و لا يمكن للغابن الحلف على علمه لجهله بالحال فتأمل هذا كله إذا لم يكن المغبون من أهل الخبرة- بحيث لا يخفى عليه القيمة إلا لعارض من غفلة أو غيرها و إلا فلا يقبل قوله كما في الجامع و المسالك و قد يشكل بأن هذا إنما يوجب عدم قبول قوله من حيث تقديم الظاهر على الأصل فغاية الأمر أن يصير مدعي من جهة مخالفة قوله للظاهر لكن المدعى

لما تعسر إقامة البيئته عليه ولا يعرف إلا من قبله يقبل قوله مع اليمين فليكن هذا من هذا القبيل إلا أن يقال إن مقتضى تقديم الظاهر جعل مدعيه مقبول القول بيمينه لا جعل مخالفه مدعيًا يجرى عليه جميع أحكام المدعى حتى في قبول قوله إذا تعسر عليه إقامة البيئته. أ لا ترى أنهم لم يحكموا بقبول قول مدعى فساد العقد إذا تعسر عليه إقامة البيئته على سبب الفساد هذا مع أن عموم تلك القاعدة ثم اندراج المسألة فيها محل تأمل و لو اختلفا في القيمة وقت العقد أو في القيمة بعده مع تعذر الاستعلام فالقول قول منكر سبب الغبن لأصالة عدم التغير و أصالة اللزوم.

و منه يظهر حكم ما لو اتفقا على التغير و اختلفا في تاريخ العقد و لو علم تاريخ التغير فالأصل و إن اقتضى تأخر العقد الواقع على الزائد عن القيمة إلا أنه لا يثبت به وقوع العقد على الزائد حتى يثبت العقد.

### الأمر الثاني كون التفاوت فاحشا

فالواحد بل الاثنان في العشرين لا- يوجب الغبن وحده عندنا كما في التذكرة ما لا يتغابن الناس بمثله و حكى فيها عن مالك أن التفاوت بالثلث لا يوجب الخيار و إن كان بأكثر من الثلث أوجبه و رده بأنه تخمين لم يشهد له أصل في الشرع انتهى. و الظاهر أنه لا إشكال في كون التفاوت بالثلث بل الربع فاحشا. نعم الإشكال في الخمس و لا يبعد دعوى عدم مسامحة الناس فيه كما سيجيء التصريح من المحقق القمي في تصويره لغبن كالا- المتبايعين ثم الظاهر أن المرجع عند الشك في ذلك هو أصالة ثبوت الخيار لأنه ضرر لم يعلم تسامح الناس فيه و يحتمل الرجوع إلى أصالة اللزوم لأن الخارج هو الضرر الذي يتفاحش فيه لا مطلق الضرر.

### بقي هنا شيء و هو أن ظاهر الأصحاب و غيرهم أن المناط في الضرر الموجب للخيار كون المعاملة ضررية

مع قطع النظر عن ملاحظة حال أشخاص المتبايعين و لذا حدوه بما لا يتغابن به الناس أو بالزائد على الثلث كما عرفت عن بعض العامة و ظاهر حديث نفى الضرر المستدل عليه في أبواب الفقه ملاحظة الضرر بالنسبة إلى شخص الواقعة و لذا استدلوا به على عدم وجوب شراء ماء الوضوء بمبلغ كثير إذا أضر بالمكلف و وجوب شرائه بذلك المبلغ على من لا يضر به ذلك مع أن أصل شراء الماء بأضعاف قيمته معاملة ضررية في حق الكل. و الحاصل أن العبرة إذا كان بالضرر المالي لم يجب شراء ماء الوضوء بأضعاف قيمته و إن كانت بالضرر الحالى تعين التفصيل في خيار الغبن بين ما يضر بحال المغبون و غيره و الأظهر اعتبار الضرر المالي لأنه ضرر في نفسه من غير مدخلية لحال الشخص و تحمله في بعض المقامات إنما خرج بالنص

المكاسب، ج ٣، ص ٢٣٧ و لذا أجاب في المعتمد عن الشافعي المنكر لوجوب الوضوء في الفرض المذكور بأن الضرر لا يعتبر مع معارضة النص. و يمكن أيضا أن يلتزم الضرر المالي في مقام التكليف لا لتخصيص عموم نفى الضرر بالنص بل لعدم كونه ضررا بملاحظة ما يباؤه من الأجر كما يشير إليه قوله ع: بعد شرائه ع ماء و ضوئه بأضعاف قيمته إن ما يشتري به مال كثير. نعم لو كان الضرر مجحفا بالمكلف انتفى بأدلة نفى الحرج لا دليل نفى الضرر فنفي الضرر المالي في التكليف لا يكون إلا إذا كان تحمله حرجا.

### [تصوير الغبن من الطرفين و الإشكال فيه]

#### إشارة

إشكال ذكر في الروضة و المسالك تبعا لجامع المقاصد في أقسام الغبن أن المغبون إما أن يكون هو البائع أو المشتري أو هما انتهى فيقع الإشكال في تصور غبن كل من المتبايعين معا. و المحكى عن بعض الفضلاء في تعليقه على الروضة- ما حاصله استحالة ذلك حيث قال قد عرفت أن الغبن في طرف البائع إنما هو إذا باع بأقل من القيمة السوقية و في طرف المشتري إذا اشتري بأزيد منها و لا يتفاوت الحال بكون الثمن و المثمن من الأثمان أو العروض أو مختلفين و حينئذ فلا يعقل كونهما معا مغبوين و إلا لزم كون الثمن

أقل من القيمة السوقية وأكثر وهو محال فتأمل انتهى

### و قد تعرض غير واحد ممن قارب عصرنا لتصوير ذلك في بعض الفروض

منها ما ذكره المحقق القمي

#### إشارة

صاحب القوانين في جواب من سأله عن هذه العبارة من الروضة قال إنها تفرض فيما إذا باع متاعه بأربعة توأمين من الفلوس أن يعطيه عنها ثمانية دنانير معتقدا أنها يسوى بأربعة توأمين ثم تبين أن المتاع يسوى خمسة توأمين و أن الدنانير يسوى خمسة توأمين إلا خمسا فصار البائع مغبونا من كون الثمن أقل من القيمة السوقية بخمس تومان و المشتري مغبونا من جهة زيادة الدنانير على أربعة توأمين فالبائع مغبون في أصل البيع و المشتري مغبون في ما التزمه من إعطاء الدنانير عن الثمن و إن لم يكن مغبونا في أصل البيع انتهى.

#### [المناقشة في ما ذكره المحقق القمي]

أقول الظاهر أن مثل هذا البيع المشروط بهذا الشرط يلاحظ فيه حاصل ما يصل إلى البائع بسبب مجموع العقد و الشرط كما لو باع شيئا يسوى خمسة دراهم بدرهمين على أن يخيظ له ثوبا مع فرض كون أجره الخياطة ثلاثة دراهم و من هنا يقال إن للشرط قسطا من العوض و إن أبيت إلا عن أن الشرط معاملة مستقلة و لا مدخل له في زيادة الثمن و خرج ذلك عن فرض غبن كل من المتبايعين في معاملة واحدة لكن الحق ما ذكرنا من وحدة المعاملة و كون الغبن من طرف واحد.

#### و منها ما ذكره بعض المعاصرين من فرض المسألة

فيما إذا باع شيئين في عقد واحد بثمانين فغبن البائع في أحدهما و المشتري في الآخر. و هذا الجواب قريب من سابقه في الضعف لأنه إن جاز التفكيك بينهما عند فرض ثبوت الغبن لأحدهما خاصة حتى يجوز له الفسخ في العين المغبون فيها خاصة فهما معاملتان مستقلتان كان الغبن في كل واحدة منها لأحدهما خاصة فلا وجه لجعل هذا قسما ثالثا لقسمي غبن البائع خاصة و المشتري خاصة و إن لم يجز التفكيك بينهما لم يكن غبن أصلا مع تساوى الزيادة في أحدهما للنقيصة في الآخر و مع عدم المساواة فالغبن من طرف واحد.

#### و منها أن يراد بالغبن في المقسم معناه الأعم الشامل لصورة خروج العين المشاهدة سابقا

على خلاف ما شاهده أو خروج ما أخبر البائع بوزنه على خلاف خبره. و قد أطلق الغبن على هذا المعنى الأعم العلامة في القواعد و الشهيد في اللمعة و على هذا المعنى الأعم تحقق الغبن في كل منهما و هذا أحسن لكن ظاهر عبارة الشهيد و المحقق الثانيين إرادة ما عنون به هذا الخيار و هو الغبن بالمعنى الأخص على ما فسروه به.

#### و منها ما ذكره بعض من أنه يحصل بفرض المتبايعين وقت العقد في مكانين

كما إذا حصر العسكر البلد و فرض قيمة الطعام خارج البلد ضعف قيمته في البلد فاشترى بعض أهل البلد من وراء سور البلد طعاما من العسكر بثمان متوسط بين القيمتين فالمشتري مغبون لزيادة الثمن على قيمة الطعام في مكانه و البائع مغبون لنقصانه عن القيمة في مكانه و يمكن رده بأن المبيع بعد العقد باق على قيمته حين العقد و لا- غبن فيه للمشتري ما دام في محل العقد و إنما نزلت قيمته بقبض

المشترى و نقله إياه إلى مكان الرخص. و بالجملة الطعام عند العقد لا يكون إلا فى محل واحد له قيمة واحدة.

### و منها ما ذكره فى مفتاح الكرامة من فرضه فيما إذا ادعى كل من المتبايعين الغبن

كما إذا بيع ثوب بفرس بظن المساواة ثم ادعى كل منهما نقص ما فى يده عما فى يد الآخر و لم يوجد المقوم ليرجع إليه فتحالفا فيثبت الغبن لكل منهما فيما وصل إليه و قال و يتصور غبنهما فى أحد العوضين - كما لو تبايعا شيئا بمائة درهم ثم ادعى البائع كونه يسوى بمائتين و المشتري كونه لا يسوى إلا بخمسين و لا مقوم يرجع إليه فيتحالفاً و يثبت الفسخ لكل منهما انتهى. و فيه أن الظاهر أن لازم التحالف عدم الغبن فى المعاملة أصلاً مع أن الكلام فى الغبن الواقعى دون الظاهرى. و الأولى من هذه الوجوه هو الوجه الثالث و الله العالم.

### مسألة ظهور الغبن شرط شرعى لحدوث الخيار أو كاشف عقلى عن ثبوته حين العقد

وجهان منشأهما اختلاف كلمات العلماء فى فتاويهم و معاهد إجماعهم و استدلالاتهم فظاهر عبارة المبسوط و الغنية و الشرائع و غيرها هو الأول و فى الغنية الإجماع على أن ظهور الغبن سبب للخيار و ظاهر كلمات آخرين الثانى و فى التذكرة أن الغبن سبب لثبوت الخيار عند علمائنا و قولهم لا يسقط هذا الخيار بالتصرف فإن المراد التصرف قبل العلم بالغبن و عدم سقوطه ظاهر فى ثبوته. و مما يؤيد الأول أنهم اختلفوا فى صحة التصرفات الناقلة فى زمان الخيار و لم يحكموا ببطلان التصرفات الواقعة من الغابن حين جهل المغبون بل صرح بعضهم بنفوذها و انتقال المغبون بعد ظهور غبنه إلى البدل. و يؤيده أيضاً الاستدلال فى التذكرة و الغنية على هذا الخيار بقوله ص فى حديث تلقى الركبان إنهم بالخيار إذا دخلوا السوق فإن ظاهره حدوث الخيار بعد الدخول الموجب لظهور الغبن هذا و لكن لا- يخفى إمكان إرجاع الكلمات إلى أحد الوجهين بتوجيه ما كان منها ظاهراً فى المعنى الآخر. و توضيح ذلك أنه إن أريد بالخيار السلطنة الفعلية التى يقتدر بها على الفسخ و الإمضاء قولاً أو فعلاً فلا يحدث إلا بعد

المكاسب، ج ٣، ص ٢٣٨

ظهور الغبن و إن أريد ثبوت حق للمغبون لو علم به لقام بمقتضاه فهو ثابت قبل العلم و إنما يتوقف على العلم أعمال هذا الحق فيكون حال الجاهل بموضوع الغبن كالجاهل بحكمه أو بحكم خيارى المجلس أو الحيوان أو غيرهما ثم إن الآثار المجعولة للخيار- بين ما يترتب على تلك السلطنة الفعلية كالسقوط بالتصرف فإنه لا يكون إلا بعد ظهور الغبن فلا يسقط قبله كما سيجىء. و منه التلّف فإن الظاهر أنه قبل ظهور الغبن من المغبون اتفاقاً لو قلنا بعموم قاعدة كون التلّف فى زمان الخيار ممن لا خيار له لمثل خيار الغبن كما جزم به بعض و تردد فيه آخر و بين ما يترتب على ذلك الحق الواقعى كإسقاطه بعد العقد قبل ظهوره و بين ما يتردد بين الأمرين كالتصرفات الناقلة فإن تعليلهم المنع عنها بكونها مفوتة لحق ذى الخيار من العين ظاهر فى ترتب المنع على وجود نفس الحق و إن لم يعلم به. و حكم بعض من منع من التصرف فى زمان الخيار بمضى التصرفات الواقعة من الغابن قبل علم المغبون يظهر منه أن المنع لأجل التسلط الفعلى و المتبع دليل كل واحد من تلك الآثار فقد يظهر منه ترتب الأثر على نفس الحق الواقعى و لو كان مجهولاً لصاحبه و قد يظهر منه ترتبه على السلطنة الفعلية و تظهر ثمرة الوجهين أيضاً فيما لو فسخ المغبون الجاهل اقتراحاً أو بظن وجود سبب معدوم فى الواقع فصادف الغبن ثم إن ما ذكرناه فى الغبن من الوجهين جار فى العيب. و قد يستظهر من عبارة القواعد فى باب التدليس الوجه الأول قال و كذا يعنى لا رد لو تعييت الأمة المدلّسة عنده قبل علمه بالتدليس انتهى فإنه ذكر فى جامع المقاصد أنه لا فرق بين تعييبها قبل العلم و بعده لأن العيب مضمون على المشتري ثم قال إلا أن يقال إن العيب بعد العلم غير مضمون على المشتري لثبوت الخيار و ظاهره عدم ثبوت الخيار قبل العلم بالعيب لكون العيب فى زمان الخيار مضموناً على من لا خيار له لكن الاستظهار



المذكور مبنى على شمول قاعدة التلف ممن لا خيار له لخيار العيب و سيجىء عدم العموم إن شاء الله و أما خيار الرؤية فسيأتى أن ظاهر التذكرة حدوثه بالرؤية فلا يجوز إسقاطه قبلها.

### مسألة يسقط هذا الخيار بأمر

#### أحدها إسقاطه بعد العقد

و هو قد يكون بعد العلم بالغبن فلا- إشكال فى صحته إسقاطه بلا- عوض مع العلم بمرتبة الغبن و لا مع الجهل بها إذا سقط الغبن المسبب عن أى مرتبة كان فاحشا كان أو أفحش و لو أسقطه بزعم كون التفاوت عشرة فظهر مائة ففى السقوط وجهان من عدم طيب نفسه بسقوط هذا المقدار من الحق كما لو أسقط حق عرض بزعم أنه شتم لا يبلغ القذف فتبين كونه قذفاً و من أن الخيار أمر واحد- مسبب عن مطلق التفاوت الذى لا يتسامح به و لا تعدد فيه فيسقط بمجرد الإسقاط و القذف و ما دونه من الشتم حقان مختلفان و أما الإسقاط بعوض بمعنى المصالحة عنه به فلا إشكال فيه مع العلم بمرتبة الغبن أو التصريح بعموم المراتب و لو أطلق و كان للإطلاق منصرف كما لو صالح عن الغبن المحقق فى المتاع المشتري بعشرين بدرهم فإن المتعارف من الغبن المحتمل فى مثل هذه المعاملة هو كون التفاوت أربعة أو خمسة فى العشرين فيصالح عن هذا المحتمل بدرهم فلو ظهر كون التفاوت ثمانية عشر و أن المبيع يسوى درهمين فى فبطلان الصلح لأنه لم يقع على الحق الموجود أو صحته مع لزومه لما ذكرنا من أن الخيار حق واحد له سبب واحد و هو التفاوت الذى له أفراد متعددة فإذا أسقطه سقط أو صحته مترلزلاً لأن الخيار الذى صالح عنه باعتقاد أن عوضه المتعارف درهم تبين كونه مما يبذل فى مقابلة أزيد من الدرهم ضرورة أنه كلما كان التفاوت المحتمل أزيد يبذل فى مقابلة أزيد مما يبذل فى مقابلة لو كان أقل فيحصل الغبن فى المصالحة إذ لا فرق فى الغبن بين كونه للجهل بمقدار ماليته مع العلم بعينه و بين كونه لأجل الجهل بعينه وجوه و هذا هو الأقوى فتأمل. و أما إسقاط هذا الخيار بعد العقد قبل ظهور الغبن- فالظاهر أيضا جوازه و لا يقدح عدم تحقق شرطه بناء على كون ظهور الغبن شرطاً لحدوث الخيار إذ يكفى فى ذلك تحقق السبب المقتضى للخيار و هو الغبن الواقعى و إن لم يعلم به و هذا كافى فى جواز إسقاط المسبب قبل حصول شرطه كإبراء المالك الودعى المفرط عن الضمان و كبراءة البائع من العيوب الراجعة إلى إسقاط الحق المسبب عن وجودها قبل العلم بها. و لا يقدح فى المقام أيضا كونه إسقاطاً لما لم يتحقق إذ لا مانع منه إلا التعليق و عدم الجزم الممنوع عنه فى العقود فضلاً عن الإيقاعات و هو غير قاذح هنا فإن الممنوع منه هو التعليق على ما لا- يتوقف تحقق مفهوم الإنشاء عليه. و أما ما نحن فيه و شبهه مثل طلاق مشكوك الزوجية و إعتاق مشكوك الرقية منجزاً أو الإبراء عما احتمل الاشتغال به فقد تقدم فى شرائط الصيغة أنه لا مانع منه لأن مفهوم العقد معلق عليها فى الواقع من دون تعليق المتكلم و منه البراءة عن العيوب المحتملة فى المبيع و ضمان درك المبيع عند ظهوره مستحقاً للغير. نعم قد يشكل الأمر من حيث العوض المصالح به فإنه لا بد من وقوع شىء بإزائه و هو غير معلوم فالأولى ضم شىء إلى المصالح عنه المجهول التحقق أو ضم سائر الخيارات إليه بأن يقول صالحتك عن كل خيار لى بكذا و لو تبين عدم الغبن لم يقسط العوض عليه لأن المعدوم إنما دخل على تقدير وجوده لا منجزاً باعتقاد الوجود.

#### الثانى من المسقطات اشتراط سقوط الخيار فى متن العقد

و الإشكال فيه من الجهات المذكورة هنا أو المتقدمة فى إسقاط الخيارات المتقدمة قد علم التفصلى عنها. نعم هنا وجه آخر للمنع يختص بهذا الخيار و خيار الرؤية- و هو لزوم الغرر من اشتراط إسقاطه. قال فى الدروس فى هذا المقام ما لفظه و لو شرطاً رفعه أو رفع خيار الرؤية فالظاهر بطلان العقد للغرر انتهى. ثم احتمل الفرق بين الخيارين بأن الغرر فى الغبن سهل الإزالة و جزم الصيمرى فى

غاية المرام بطلان العقد و الشرط و تردد فيه المحقق الثانى إلا أنه استظهر الصحة و لعل توجيه كلام الشهيد هو أن الغرر باعتبار الجهل بمقدار مالىة المبيع كالجهل بصفاته لأن وجه كون الجهل بالصفات غررا هو رجوعه إلى الجهل بمقدار ماليته و لذا لا غرر مع الجهل بالصفات التى لا مدخل

المكاسب، ج ٣، ص ٢٣٩

لها فى القيمة لكن الأقوى الصحة لأن مجرد الجهل بمقدار المالىة لو كان غررا لم يصح البيع مع الشك فى القيمة و أيضا فإن ارتفاع الغرر عن هذا البيع ليس لأجل الخيار حتى يكون إسقاطه موجبا لثبوته و إلا لم يصح البيع إذ لا يجدى فى الإخراج عن الغرر ثبوت الخيار لأنه حكم شرعى لا يرتفع به موضوع الغرر و إلا لصح كل بيع غررى على وجه التزلزل و ثبوت الخيار كبيع المجهول وجوده و المتعذر تسليمه. و أما خيار الرؤية فاشتراط سقوطه راجع إلى إسقاط اعتبار ما اشترطاه من الأوصاف فى العين غير المرئية فكأنهما تباعا سواء وجد فيها تلك الأوصاف أم لا فصحة البيع موقوفه على اشتراط تلك الأوصاف و إسقاط الخيار فى معنى إلغائها الموجب للبطلان مع احتمال الصحة هناك أيضا لأن مرجع إسقاط خيار الرؤية إلى التزام عدم تأثير تخلف تلك الشروط لا إلى عدم التزام ما اشترطاه من الأوصاف و لا تنافى بين أن يقدم على اشتراء العين - بانىا على وجود تلك الأوصاف و بين الالتزام بعدم الفسخ لو تخلفت فتأمل و سيجىء تمام الكلام فى خيار الرؤية و كيف كان فلا أرى إشكالا فى اشتراط سقوط خيار الغبن من حيث لزوم الغرر إذ لو لم يشرع الخيار فى الغبن أصلا لم يلزم منه غرر.

### الثالث تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدمة بعد علمه بالغبن.

و يدل عليه ما دل على سقوط خيارى المجلس و الشرط به مع عدم ورود نص فيهما و اختصاص النص بخيار الحيوان و هو إطلاق بعض معاهد الإجماع بأن تصرف ذى الخيار فيما انتقل إليه إجازة و فيما انتقل عنه فسخ و عموم العلة المستفاد من النص فى خيار الحيوان المستدل بها فى كلمات العلماء على السقوط و هى الرضا بلزوم العقد مع أن الدليل هنا إما نفي الضرر و إما الإجماع و الأول منتف فإنه كما لا يجرى مع الإقدام عليه فكذلك لا يجرى مع الرضا به بعده. و أما الإجماع فهو غير ثابت مع الرضا إلا أن يقال إن الشك فى الرفع لا الدفع فيستصحب فتأمل. أو ندعى أن ظاهر قولهم فيما نحن فيه أن هذا الخيار لا يسقط بالتصرف شموله للتصرف بعد العلم بالغبن و اختصاص هذا الخيار من بين الخيارات بذلك لكن الإنصاف عدم شمول التصرف فى كلماتهم لما بعد العلم بالغبن. و غرضهم من تخصيص الحكم بهذا الخيار أن التصرف مسقط لكل خيار و لو وقع قبل العلم بالخيار كما فى العيب و التدليس سوى هذا الخيار و يؤيد ذلك ما اشتهر بينهم من أن التصرف قبل العلم بالعيب و التدليس ملزم لدلالته على الرضا بالبيع فيسقط الرد و إنما يثبت الأرش فى خصوص العيب لعدم دلالة التصرف على الرضا بالعيب و كيف كان فاختصاص التصرف غير المسقط فى كلامهم بما قبل العلم لا يكاد يخفى على المتتبع فى كلماتهم. نعم لم أجد لهم تصريحاً بذلك عدا ما حكى عن صاحب المسالك و تبعه جماعة لكن الاستشكال من جهة ترك التصريح مع وجود الدليل مما لا ينبغى بل ربما يستشكل فى حكمهم بعدم السقوط بالتصرف قبل العلم مع حكمهم بسقوط خيار التدليس و العيب بالتصرف قبل العلم و الاعتذار بالنص إنما يتم فى العيب دون التدليس فإنه مشترك مع خيار الغبن فى عدم النص و مقتضى القاعدة فى حكم التصرف قبل العلم فيهما واحداً. و التحقيق أن يقال إن مقتضى القاعدة عدم السقوط لبقاء الضرر و عدم دلالة التصرف مع الجهل على الرضا بلزوم العقد و تحمل الضرر. نعم قد ورد النص فى العيب على السقوط و ادعى عليه الإجماع مع أن ضرر السقوط فيه متدارك بالأرش و إن كان نفس إمساك العين قد تكون ضررا فإن تم دليل فى التدليس أيضا قلنا به و إلا وجب الرجوع إلى دليل خياره ثم إن الحكم بسقوط الخيار بالتصرف بعد العلم بالغبن مبنى على ما تقدم فى الخيارات السابقة من تسليم كون التصرف دليلا على الرضا بلزوم العقد و إلا كان اللازم فى غير ما دل فعلا على الالتزام بالعقد من أفراد التصرف الرجوع إلى أصالة بقاء الخيار.

### الرابع من المسقطات تصرف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن

تصرفا مخرجا عن الملك على وجه اللزوم كالباع والعتق فإن المصرح به في كلام المحقق و من تأخر عنه- هو سقوط خياره حينئذ و قيل إنه المشهور- و هو كذلك بين المتأخرين. نعم ذكر الشيخ في خيار المشتري مباحة عند كذب البائع أنه لو هلك السلعة أو تصرف فيها سقط الرد و الظاهر اتحاد هذا الخيار مع خيار الغبن كما يظهر من جامع المقاصد في شرح قول الماتن و لا يبطل الخيار بتلف العين فراجع. و استدلل على هذا الحكم في التذكرة بعدم إمكان استدراكه مع الخروج عن الملك و هو بظاهرة مشكل لأن الخيار غير مشروط عندهم بإمكان رد العين. و يمكن أن يوجه بأن حديث نفى الضرر لم يدل على الخيار بل المتيقن منه جواز رد العين المغبون فيها فإذا امتنع ردها فلا دليل على جواز فسخ العقد. و تضرر المغبون من جهة زيادة الثمن معارض بتضرر الغابن بقبول البدل فإن دفع الضرر من الطرفين إنما يكون بتسلط المغبون على رد العين فيكون حاله من حيث إن له القبول و الرد حال العالم بالغبن قبل المعاملة في أن له أن يشتري و أن يترك و ليس هكذا بعد خروج العين عن ملكه مع أن إخراج المغبون العين عن ملكه التزام بالضرر و لو جهلا منه به هذا و لكن اعترض عليهم شيخنا الشهيد قدس روحه السعيد في اللمعة بما توضيحه أن الضرر الموجب للخيار قبل التصرف ثابت مع التصرف و التصرف مع الجهل بالضرر ليس إقداما عليه لما عرفت من أن الخارج عن عموم نفى الضرر ليس إلا صورة الإقدام عليه عالما به فيجب تدارك الضرر باسترداد ما دفعه من الثمن الزائد برد نفس العين مع بقائها على ملكه و بدلها مع عدمه. و فوات خصوصية العين على الغابن ليس ضررا لأن العين المبيعة إن كانت مثلية فلا ضرر بتبديلها بمثلها و إن كانت قيمة فتعريضها للبيع يدل على إرادة قيمتها فلا- ضرر أصلا فضلا عن أن يعارض ضرر زيادة الثمن على القيمة خصوصا مع الإفراط في الزيادة و الإنصاف أن هذا حسن جدا لكن قال في الروضة إن لم يكن الحكم إجماعا. أقول و الظاهر عدمه لأنك عرفت عدم عنوان المسألة في كلام من تقدم على المحقق فيما تتبعته.

### ثم إن مقتضى دليل المشهور عدم الفرق في المغبون المتصرف بين البائع و المشتري

قال في التحرير بعد أن صرح بثبوت الخيار للمغبون المكاسب، ج ٣، ص ٢٤٠ باعنا كان أو مشتريا و لا يسقط الخيار بالتصرف مع إمكان الرد و مقتضى إطلاقه عدم الفرق بين الناقل اللانزم و بين فك الملك كالعق و الوقف و بين المانع عن الرد مع البقاء على الملك كالاستيلاء بل و يعم التلف و عن جماعة تخصيص العبارة بالمشتري فإن أرادوا قصر الحكم عليه فلا- يعرف له وجه إلا- أن يبني على مخالفته لعموم دليل الخيار أعني نفى الضرر فيقتصر على مورد الإجماع

### [الناقل الجائر لا يمنع الرد بالخيار إذا فسخه]

ثم إن الظاهر التقييد بصورة امتناع الرد و ظاهر التعليل بعدم إمكان الاستدراك ما صرح به جماعة من أن الناقل الجائر لا يمنع الرد بالخيار إذا فسخه فضلا عن مثل التدبير و الوصية من التصرفات غير الموجبة للخروج عن الملك فعلا و هو حسن لعموم نفى الضرر. و مجرد الخروج عن الملك لا يسقط تدارك ضرر الغبن و لو اتفق زوال المانع كموت ولد أم الولد و فسخ العقد اللانزم لعيب أو غبن ففي جواز الرد وجهان من أنه متمكن حينئذ و من استقرار البيع و ربما يبينان على أن الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد- و كذا الوجهان فيما لو عاد إليه بناقل جديد و عدم الخيار هنا أولى لأن العود هنا بسبب جديد. و في الفسخ برفع السبب السابق

### و في حقوق الإجارة بالبيع قولان

من امتناع الرد و هو مختار الصيمرى و أبى العباس و من أن مورد الاستثناء هو التصرف المخرج عن الملك و هو المحكى عن ظاهر الأكثر و لو لم يعلم بالغبن إلا بعد انقضاء الإجارة توجه الرد و كذا لو لم يعلم به حتى انفسخ البيع.

### و فى لحوق الامتزاز مطلقا أو فى الجملة بالخروج عن الملك وجوه

أقواها اللحوق لحصول الشركة فيمتنع رد العين الذى هو مورد الاستثناء و كذا لو تغيرت العين بالنقيصة و لو تغيرت بالزيادة العينية أو الحكيمية أو من الجهتين فالأقوى الرد فى الوسطى بناء على حصول الشركة فى غيرها المانعة عن رد العين فتأمل هذا كله فى تصرف المغبون

### و أما تصرف الغابن

#### إشارة

فالظاهر أنه لا وجه لسقوط خيار المغبون به و حينئذ فإن فسخ و وجد العين خارجة عن ملكه لزوما بالعتق أو الوقف أو البيع اللازم فى تسلطه على إبطال ذلك من حينه أو من أصلها كالمرتهن و الشفيع أو رجوعه إلى البدل وجوه من وقوع العقد فى متعلق حق الغير فإن حق المغبون بأصل المعاملة الغبنية و إنما يظهر له بظهور السبب فله الخيار فى استرداد العين إذا ظهر السبب و حيث وقع العقد فى ملك الغابن فلا وجه لبطلانه من رأس و من أن وقوع العقد فى متعلق حق الغير يوجب تنزيله من رأس كما فى بيع الرهن. و مقتضى فسخ البيع الأول تلقى الملك من الغابن الذى وقع البيع معه لا من المشتري الثانى و من أنه لا وجه للترزلز إلا لأن التصرف فى زمان خيار غير المتصرف صحيح لازم كما سيجىء فى أحكام الخيار فيسترد الفاسخ البدل. و إما لعدم تحقق الخيار قبل ظهور الغبن فعلا على وجه فعلا على وجه يمنع من تصرف من عليه الخيار كما هو ظاهر الجماعة هنا و فى خيار الغيب قبل ظهوره فإن غير واحد ممن منع من تصرف غير ذى الخيار بدون إذنه أو استشكل فيه حكم بلزوم العقود الواقعة قبل ظهور الغبن و العيب و هذا هو الأقوى و سيأتى تنمة لذلك فى أحكام الخيار و كذا الحكم لو حصل مانع من رده كالاستيلاء و يحتمل هنا تقديم حق الخيار لسبق سببه على الاستيلاء

### [جريان الحكم فى خروج المبيع عن ملك الغابن بالعقد الجائز]

ثم إن مقتضى ما ذكرنا جريان الحكم فى خروج المبيع عن ملك الغابن بالعقد الجائز لأن معنى جوازه تسلط أحد المتعاقدين على فسخه - أما تسلط الأجنبى و هو المغبون فلا دليل عليه بعد فرض وقوع العقد صحيحا. و فى المسالك لو كان الناقل مما يمكن إبطاله كالبيع بخيار ألزم بالفسخ فإن امتنع فسخه الحاكم و إن تعذر فسخه المغبون و يمكن النظر فيه بأن فسخ المغبون إما بدخول العين فى ملكه و إما بدخول بدلها فعلى الأول لا حاجة إلى الفسخ حتى يتكلم فى الفاسخ و على الثانى فلا وجه للعدول عما استحقه بالفسخ إلى غيره اللهم إلا أن يقال إنه لا منافاة لأن البدل المستحق بالفسخ إنما هو للحيلولة فإذا أمكن رد العين وجب على الغابن تحصيلها لكن ذلك إنما يتم مع كون العين باقية على ملك المغبون و أما مع عدمه و تملك المغبون للبدل فلا دليل على وجوب تحصيل العين.

### [لو اتفق عود الملك إلى الغابن]

ثم على القول بعدم وجوب الفسخ فى الجائز لو اتفق عود الملك إليه لفسخ فإن كان ذلك قبل فسخ المغبون فالظاهر وجود رد العين و إن كان بعده فالظاهر عدم وجوب رده لعدم الدليل بعد تملك البدل و لو كان العود بعقد جديد فالأقوى عدم وجوب الرد مطلقا

لأنه ملك جديد تلقاه من مالكة. و الفاسخ إنما يملك بسبب ملكه السابق بعد ارتفاع السبب الناقل

### [تصرف الغابن تصرفا مغيرا للعين]

#### إشارة

و لو تصرف الغابن تصرفا مغيرا للعين - فإما أن يكون بالنقيصة أو بالزيادة أو بالامتزاج

#### فإن كان بالنقيصة

فإما أن يكون نقصا يوجب الأرش و إما أن يكون مما لا يوجب فإن أوجب الأرش أخذه مع الأرش كما هو مقتضى الفسخ لأن الفاتئ مضمون بجزء من العوض فإذا رد تمام العوض و جب رد مجموع المعوض فيتدارك الفاتئ منه ببدله و مثل ذلك ما لو تلف بعض العين و إن كان مما لا يوجب شيئا رده بلا شيء. و منه ما لو وجد العين مستأجرة فإن على الفاسخ الصبر إلى أن ينقضى مدة الإجارة و لا يجب على الغابن بذل عوض المنفعة المستوفاة بالنسبة إلى بقية المدة بعد الفسخ لأن المنفعة من الزوائد المنفصلة المتخللة بين العقد و الفسخ فهي ملك للمفسوخ عليه فالمنفعة الدائمة تابعة للملك المطلق فإذا تحقق في زمان ملك منفعة العين بأسرها و يحتمل انفساخ الإجارة في بقية المدة لأن ملك منفعة الملك المترزل مترزل و هو الذي جزم به المحقق القمي فيما إذا فسخ البائع بخياره المشروط له في البيع و فيه نظر لمنع تزلزل ملك المنفعة. نعم ذكر العلامة في القواعد فيما إذا وقع التفاسخ لأجل اختلاف المتبايعين أنه إذا وجد البائع العين مستأجرة كانت الأجرة للمشتري و المؤجر و جب عليه للبائع أجرة المثل للمدة الباقية بعد الفسخ و قرره على ذلك شرح الكتاب و سيجيء ما يمكن أن يكون فارقا بين المقامين

#### و إن كان التغيير بالزيادة

فإن كانت حكمية محضة - كقصاره الثوب و تعليم الصنعة فالظاهر ثبوت الشركة فيه بنسبة تلك الزيادة بأن تقوم العين

المكاسب، ج ٣، ص ٢٤١

معها و لا معها و يؤخذ النسبة و لو لم يكن للزيادة مدخل في زيادة القيمة فالظاهر عدم شيء لمحدثها لأنه إنما عمل فيما له و عمله لنفسه غير مضمون على غيره و لو لم يحصل منه في الخارج ما يقابل المال و لو في ضمن العين و لو كانت الزيادة عينا محضا كالغرس ففي تسلط المغبون على القلع بلا أرش كما اختاره في المختلف في الشفعة أو عدم تسلطه عليه مطلقا كما عليه المشهور فيما إذا رجع بائع الأرض المغروسة بعد تفليس المشتري أو تسلطه عليه مع الأرش كما اختاره في المسالك هنا و قيل به في الشفعة و العارية و جوه من أن صفة كونه منصوبا المستلزمة لزيادة قيمته إنما هي عبارة عن كونه في مكان صار ملكا للغير فلا حق للغرس كما إذا باع أرضا مشغولة بماله و كان ماله في تلك الأرض أزيد قيمة. مضافا إلى ما في المختلف في مسألة الشفعة من أن الفاتئ لما حدث في محل معرض للزوال لم يجب تداركه و من أن الغرس المنصوب الذي هو مال للمشتري مال مغاير للمقلوع عرفا و ليس كالمحتاج الموضوع في بيت بحيث يكون تفاوت قيمته باعتبار المكان. مضافا إلى مفهوم قوله ص: ليس لعرق ظالم حق فيكون كما لو باع الأرض المغروسة و من أن الغرس إنما وقع في ملك مترزل و لا - دليل على استحقاق الغرس على الأرض البقاء. و قياس الأرض المغروسة على الأرض المستأجرة حيث لا - يفسخ إجاتها و لا تغرم لها أجرة المثل فاسد للفرق بتملك المنفعة في تمام المدة قبل استحقاق الفاسخ هناك بخلاف ما نحن فيه فإن المستحق هو الغرس المنصوب من دون استحقاق مكان في الأرض فالتحقيق أن كلا من المالين يملك ماله لا - بشرط حق له على الآخر و لا عليه له فلكل منهما تخليص ماله عن مال صاحبه فإن أراد مالك الغرس قلعه

فعلية أرش طم الحفر و إن أراد مالك الأرض تخليصها فعليه أرش الغرس أعنى تفاوت ما بين كونه منصوبا دائما و كونه مقلوعا و كونه مالا للمالك على صفة النصب دائما ليس اعترافا بعدم تسلطه على قلعه لأن المال هو الغرس المنسوب و مرجع دوامه إلى دوام ثبوت هذا المال الخاص له فليس هذا من باب استحقاق الغرس للمكان فافهم. و يبقى الفرق بين ما نحن فيه و بين مسألة التفليس حيث ذهب الأكثر إلى أن ليس للبائع الفاسخ قلع الغرس و لو مع الأرش و يمكن الفرق بكون حدوث ملك الغرس فى ملك متزلزل فيما نحن فيه فحق المغبون إنما تعلق بالأرض قبل الغرس بخلاف مسألة التفليس لأن سبب التزلزل هناك بعد الغرس فيشبه بيع الأرض المغروسة و ليس للمشتري قلعه و لو مع الأرش بلا خلاف بل عرفت أن العلامة فى المختلف جعل التزلزل موجبا لعدم استحقاق أرش الغرس ثم إذا جاز القلع فهل يجوز للمغبون مباشرة القلع أم له مطالبة المالك بالقلع - و مع امتناعه يجبره الحاكم أو يقلعه وجوه ذكروها فيما لو دخلت أغصان شجر الجار إلى داره و يحتمل الفرق بين المقامين من جهة كون الدخول هناك بغير فعل المالك و لذا قيل فيه بعدم وجوب إجابة المالك الجار إلى القلع و إن جاز للجار قلعه بعد الامتناع أو قبله هذا كله حكم التخليص. و أما لو اختار المغبون الإبقاء فمقتضى ما ذكرنا - من عدم ثبوت حق لأحد المالكين على الآخر استحقاقه الأجره على البقاء لأن انتقال الأرض إلى المغبون بحق سابق على الغرس لا - بسبب لا - حق له هذا كله حكم الشجر. و أما الزرع ففى المسالك أنه يتعين إبقاؤه بالأجره لأن له أمدا ينتظر و لعله لإمكان الجمع بين الحقين على وجه لا ضرر فيه على الطرفين بخلاف مسألة الشجر فإن فى تعيين إبقائه بالأجره ضررا على مالك الأرض لطول مدة البقاء فتأمل. و لو طلب مالك الغرس القلع فهل لمالك الأرض منعه لاستلزامه نقص أرضه فإن كلا منهما مسلط على ماله و لا يجوز تصرفه فى مال غيره إلا بإذنه أم لا لأن التسلط على المال لا يوجب منع مالك آخر عن التصرف فى ماله و جهان أقواما الثانى

### و لو كان التغير بالامتزاج

فإما أن يكون بغير جنسه - و إما أن يكون بجنسه فإن كان بغير جنسه فإن كان على وجه الاستهلاك عرفا بحيث لا يحكم فى مثله بالشركة كامتزاج ماء الورد المبيع بالزيت فهو فى حكم التالف يرجع إلى قيمته و إن كان لا على وجه يعد تالفا كالخل الممتزج مع الأنجيبين ففى كونه شريكا أو كونه كالمعدوم و جهان من حصول الاشتراك قهرا لو كانا للمالكين و من تغير حقيقته فيكون كالتلف الراجع للخيار و إن كان الامتزاج بالجنس فإن كان بالمساوى يثبت الشركة و إن كان بالأردى فكذلك. و فى استحقاقه لأرش النقص أو تفاوت الرداءة من الجنس الممتزج أو من ثمنه وجوه و لو كان بالأجود احتمل الشركة فى الثمن بأن يباع و يعطى من الثمن بنسبة قيمته و يحتمل الشركة بنسبة القيمة فإذا كان الأجود يساوى قيمتى الردىء كان المجموع بينهما أثلاثا و رده الشيخ فى مسألة رجوع البائع على المفلس بعين ماله بأنه يستلزم الربا قيل و هو حسن مع عموم الربا لكل معاوضة.

### بقى الكلام فى حكم تلف العوضين مع الغبن

و تفصيله أن التلف إما أن يكون فيما وصل إلى الغابن أو فيما وصل إلى المغبون و التلف إما بآفة أو بإتلاف أحدهما أو بإتلاف الأجنبى و حكمها أنه لو تلف ما فى يد المغبون فإن كان بآفة فمقتضى ما تقدم من التذكرة فى الإخراج عن الملك من تعليل السقوط بعدم إمكان الاستدراك سقوط الخيار لكنك قد عرفت الكلام فى مورد التعليل فضلا عن غيره و لذا اختار غير واحد بقاء الخيار فإذا فسخ غرم قيمته يوم التلف أو يوم الفسخ و أخذ ما عند الغابن أو بدله و كذا لو كان بإتلافه و لو كان بإتلاف الأجنبى ففسخ المغبون أخذ الثمن و رجع الغابن إلى المتلف إن لم يرجع المغبون عليه و إن رجع عليه بالبدل ثم ظهر الغبن ففسخ رد على الغابن القيمة يوم التلف أو يوم الفسخ و لو كان بإتلاف الغابن فإن لم يفسخ المغبون أخذ القيمة من الغابن و إن فسخ أخذ الثمن و لو كان إتلافه قبل ظهور الغبن فأبرأه المغبون من الغرامة ثم ظهر الغبن ففسخ و جب عليه رد القيمة لأن ما أبرأه بمنزلة المقبوض و لو تلف ما فى يد

الغابن بأفة أو بإتلافه ففسخ المغبون أخذ البدل.

و في اعتبار القيمة يوم التلف أو يوم الفسخ قولان ظاهر الأكثر الأول و لكن صرح في الدروس و المسالك و محكى حاشية الشرائع

للمحقق الثاني و صاحب

المكاسب، ج ٣، ص ٢٤٢

الحدائق و بعض آخر أنه لو اشترى عينا بعين فقبض إحداها دون الأخرى فباع المقبوض ثم تلف غير مقبوض أن البيع الأول يفسخ بتلف متعلقه قبل القبض بخلاف البيع الثاني فيغرم البائع الثاني قيمة ما باعه يوم تلف غير المقبوض و هذا ظاهر بل صريح في أن العبرة بقيمة يوم الانفساخ دون تلف العين و الفرق بين المسألتين مشكل و تمام الكلام في باب الإقالة إن شاء الله. و لو تلف بإتلاف الأجنبي رجع المغبون بعد الفسخ إلى الغابن لأنه الذي يرد إليه العوض فيؤخذ منه المعوض أو بدله و لأنه ملك القيمة على المتلف و يحتمل الرجوع إلى المتلف لأن المال في ضمانه و ما لم يدفع العوض فنفس المال في عهده و لذا صرح في الشرائع بجواز المصالحة على ذلك المتلف بما لو صالح به على قيمته لزم الربا. و صرح العلامة بأنه لو صالحه على نفس المتلف بأقل من قيمته لم يلزم الربا و إن صالحه على قيمته بالأقل لزم الربا بناء على جريانه في الصلح و يحتمل التخيير أما الغابن فلأنه ملك البدل و أما المتلف فلأن المال المتلف في عهده قبل أداء القيمة و إن كان بإتلاف المغبون فإن لم يفسخ غرم بدله و لو أبراه الغابن من بدل المتلف فظهر الغبن ففسخ رد الثمن و أخذ قيمة المتلف لأن المبرأ منه كالمقبوض. هذا قليل من كثير ما يكون هذا المقام قابلا له من الكلام و ينبغي إحالة الزائد على ما ذكره في غير هذا المقام و الله العالم بالأحكام و رسوله و خلفائه الكرام صلوات الله عليه و عليهم إلى يوم القيام.

### مسألة الظاهر ثبوت خيار الغبن في كل معاوضة مالية

بناء على الاستناد في ثبوته في البيع إلى نفى الضرر. نعم لو استند إلى الإجماعات المنقولة أمكن الرجوع في غير البيع إلى أصالة اللزوم و ممن حكى عنه التصريح بالعموم فخر الدين قدس سره في شرح الإرشاد و صاحب التفتيح و صاحب إيضاح النافع و عن إجازة جامع المقاصد جريانه فيها مستندا إلى أنه من توابع المعاوضات. نعم حكى عن المهذب البار عدم جريانه في الصلح و لعله لكون الغرض الأصلي فيه قطع المنازعة فلا يشرع فيه الفسخ و فيه ما لا يخفى. و في غاية المرام التفصيل بين الصلح الواقع على وجه المعاوضة فيجوز فيه و بين الواقع على إسقاط دعوى قبل ثبوتها ثم ظهر حقيقة ما يدعيه و كان مغبونا فيما صالح به و الواقع على ما في الذمم و كان مجهولا ثم ظهر بعد عقد الصلح و ظهر غبن أحدهما على تأمل و لعله للإقدام في هذين على رفع اليد عما صالح عنه كائنا ما كان فقد أقدم على الضرر. و حكى عن بعض التفصيل بين كل عقد وقع شخصه على وجه المسامحة و كان الإقدام فيه على المعاملة مبينا على عدم الالتفات إلى النقص و الزيادة بيعا كان أو صلحا أو غيرهما فإنه لا يصدق فيه اسم الغبن و بين غيره. و فيه مع أن منع صدق الغبن محل نظر أن الحكم بالخيار لم يعلق في دليل على مفهوم لفظ الغبن حتى يتبع مصاديقه فإن الفتاوى مختصة بغبن البيع و حديث نفى الضرر عام لم يخرج منه إلا ما استثنى في الفتاوى من صورة الإقدام على الضرر عالما به. نعم لو استدل بآية التجارة عن تراض أو النهي عن أكل المال بالباطل - أمكن اختصاصها بما إذا أقدم على المعاملة محتملا - للضرر مسامحا في دفع ذلك الاحتمال. و الحاصل أن المسألة لا تخلو عن إشكال من جهة أصالة اللزوم و اختصاص معقد الإجماع و الشهرة بالبيع و عدم تعرض الأكثر لدخول هذا الخيار في غير البيع - كما تعرضوا لجريان خيار الشرط و تعرضهم لعدم جريان خيار المجلس في غير البيع لكونه محل خلاف لبعض العامة في بعض أفراد ما عدا البيع فلا يدل على عموم غيره لما عدا البيع و من دلالة حديث نفى الضرر على عدم لزوم المعاملة المغبون فيها في صورة امتناع الغابن عن بذل التفاوت بعد إلحاق غيرها بظهور عدم الفصل عند الأصحاب و قد استدل به الأصحاب على إثبات كثير من الخيارات فدخوله فيما عدا البيع لا يخلو عن قوة نعم يبقى الإشكال في شموله للصورة المتقدمة و هي ما إذا علم من الخارج بناء شخص تلك المعاملة بيعا كان أو غيره على عدم المغابنة و المكايسة من حيث المالية كما إذا احتاج

المشترى إلى قليل من شىء مبتذل لحاجة عظيمة دينية أو دنيوية فإنه لا يلاحظ في شرائه مساواته للثمن المدفوع بإزائه فإن في شمول الأدلة لمثل هذا خفاء بل منعا إلا أن يتم بعدم القول بالفصل والله العالم.

### مسألة اختلف أصحابنا في كون هذا الخيار على الفور أو على التراخي

#### إشارة

على قولين

#### [الاستدلال للفور بآية أوفوا بالعقود]

و استند للقول الأول و هو المشهور ظاهرا إلى كون الخيار على خلاف الأصل فيقتصر فيه على المتيقن و قرره في جامع المقاصد بأن العموم في أفراد العقود يستتبع عموم الأزمنة و إلا لم ينتفع بعمومه انتهى.

#### [الاستدلال للتراخي بالاستصحاب]

و للقول الثانى إلى الاستصحاب. و ذكر في الرياض ما حاصله أن المستند في هذا الخيار إن كان الإجماع المنقول اتجه التمسك بالاستصحاب و إن كان نفى الضرر و جب الاقتصار على الزمان الأول إذ به يندفع الضرر.

#### [المناقشة في الوجوه المذكورة]

أقول و يمكن الخدشه في جميع الوجوه المذكورة أما في وجوب الاقتصار على المتيقن فلأنه غير متجه مع الاستصحاب و أما ما ذكره في جامع المقاصد من عموم الأزمنة فإن أراد به عمومها المستفاد من إطلاق الحكم بالنسبة إلى زمانه الراجع بدليل الحكمة إلى استمراره في جميع الأزمنة فلا يخفى أن هذا العموم في كل فرد من موضوع الحكم تابع لدخوله تحت العموم فإذا فرض خروج فرد منه فلا يفرق فيه بين خروجه عن حكم العام دائما أو في زمان ما إذ ليس في خروجه دائما زيادة تخصيص في العام حتى يقتصر عند الشك فيه على المتيقن نظير ما إذا ورد تحريم فعل بعنوان العموم و خرج منه فرد خاص من ذلك الفعل لكن وقع الشك في أن ارتفاع الحرمة عن ذلك الفرد مختص ببعض الأزمنة أو عام لجميعها فإن اللازم هنا استصحاب حكم الخاص أعنى الحلية لا الرجوع في ما بعد الزمان المتيقن إلى عموم التحريم و ليس هذا من معاوضة العموم للاستصحاب و السر فيه ما عرفت من تبعية العموم الزمانى للعموم الأفرادى فإذا فرض خروج بعضها فلا مقتضى للعموم الزمانى فيه حتى يقتصر فيه من حيث الزمان على المتيقن بل الفرد الخارج واحد دام زمان خروجه أو انقطع.

المكاسب، ج ٣، ص ٢٤٣

نعم لو فرض إفادة الكلام للعموم الزمانى على وجه يكون الزمان مكثرا لأفراد العام بحيث يكون الفرد في كل زمان مغايرا له في زمان آخر كان اللازم بعد العلم بخروج فرد في زمان ما الاقتصار على المتيقن لأن خروج غيره من الزمان مستلزم لخروج فرد آخر من العام



غير ما علم خروجه كما إذا قال المولى لعبدته أكرم العلماء في كل يوم بحيث كان إكرام كل عالم في كل يوم واجبا مستقلا غير إكرام ذلك العالم في اليوم الآخر فإذا علم بخروج زيد العالم و شك في خروجه عن العموم يوما أو أزيد وجب الرجوع في ما بعد اليوم الأول إلى عموم وجوب الإكرام لا إلى استصحاب عدم وجوبه بل لو فرضنا عدم وجود ذلك العموم لم يجز التمسك بالاستصحاب بل يجب الرجوع إلى أصل آخر كما أن في الصورة الأولى لو فرضنا عدم حجية الاستصحاب لم يجز الرجوع إلى العموم فما أوضح الفرق بين الصورتين. ثم لا- يخفى أن مناط هذا الفرق ليس كون عموم الزمان في الصورة الأولى من الإطلاق المحمول على العموم بدليل الحكمة و كونه في الصورة الثانية عموما لغويا بل المنطوق كون الزمان في الأولى ظرفا للحكم و إن فرض عموما لغويا فيكون [الحكم فيه حكما واحدا مستمرا لموضوع واحد] فيكون مرجع الشك فيه إلى الشك في استمرار حكم واحد و انقطاعه فيستصحب و الزمان في الثانية أكثر لأفراد موضوع الحكم فمرجع الشك في وجود الحكم في الآن الثاني إلى ثبوت حكم الخاص لفرد من العام مغاير للفرد الأول و معلوم أن المرجع فيه إلى أصالة العموم فافهم و اغتنم. و بذلك يظهر فساد دفع كلام جامع المقاصد- بأن آية أو فوا و غيرها مطلقه لا عامه فلا تنافي الاستصحاب إلا أن يدعى أن العموم لا يرجع إلا إلى العموم الزماني على الوجه الأول.

فقد ظهر أيضا مما ذكرنا من تغاير مورد الرجوع إلى الاستصحاب و الرجوع إلى العموم فساد ما قيل في الأصول من أن الاستصحاب قد يخص العموم و مثل له بالصورة الأولى زعما منه أن الاستصحاب قد يخص العموم. و قد عرفت أن مقام جريان الاستصحاب لا يجوز فيه الرجوع إلى العموم و لو على فرض عدم الاستصحاب و مقام جريان العموم لا- يجوز الرجوع إلى الاستصحاب و لو على فرض عدم العموم فليس شيء منهما ممنوعا بالآخر في شيء من المقامين إذا عرفت هذا فما نحن فيه من قبيل الأول لأن العقد المغبون فيه إذا خرج عن عموم وجوب الوفاء فلا فرق بين عدم وجوب الوفاء به في زمان واحد و بين عدم وجوبه رأسا نظير العقد الجائز دائما فليس الأمر دائرا بين قلة التخصيص و كثرتة حتى يتمسك بالعموم فيما عدا المتيقن فلو فرض عدم جريان الاستصحاب في الخيار على ما سنشير إليه لم يجز التمسك بالعموم أيضا. نعم يتمسك فيه حينئذ بأصالة اللزوم الثابتة بغير العمومات و أما استناد القول بالتراخي إلى الاستصحاب- فهو حسن على ما اشتهر من المسامحة في تشخيص الموضوع في استصحاب الحكم الشرعي الثابت بغير الأدلة اللفظية المشخصة للموضوع مع كون الشك من حيث استعداد الحكم للبقاء. و أما على التحقيق من عدم إحراز الموضوع في مثل ذلك على وجه التحقيق فلا- يجري فيما نحن فيه الاستصحاب فإن المتيقن سابقا ثبوت الخيار لمن لم يتمكن من تدارك ضرره بالفسخ فإذا فرضنا ثبوت هذا الحكم من الشرع فلا معنى لانسحابه في الآن اللاحق مع كون الشخص قد تمكن من التدارك و لم يفعل لأن هذا موضوع آخر يكون إثبات الحكم له من القياس المحرم. نعم لو أحرز الموضوع من دليل لفظي على المستصحب أو كان الشك في رافع الحكم حتى لا- يحتمل أن يكون الشك لأجل تغير الموضوع اتجه التمسك بالاستصحاب. و أما ما ذكره في الرياض ففيه أنه إن بنى الأمر على التدقيق في موضوع الاستصحاب كما أشرنا هنا و حققناه في الأصول فلا يجري الاستصحاب و إن كان المدرك للخيار الإجماع و إن بنى على المسامحة فيه كما اشتهر جرى الاستصحاب و إن استند في الخيار إلى قاعدة الضرر كما اعترف به ولده قدس سره في المناهل مستندا إلى احتمال أن يكون الضرر علة محدثة يكفي في بقاء الحكم و إن ارتفع إلا أن يدعى أنه إذا استند الحكم إلى الضرر فالموضوع للخيار هو المتضرر العاجز عن تدارك ضرره و هو غير محقق في الزمان اللاحق كما أشرنا-

### ما ذكره بعض المعاصرين في المسألة

#### إشارة

ثم إنه بنى المسألة بعض المعاصرين على ما لا محصل له فقال ما لفظه إن المسألة مبتنية على أن لزوم العقد معناه أن أثر العقد مستمر

إلى يوم القيامة و أن عموم الوفاء بالعقود عموم زمانى للقطع بأن ليس المراد بالآية الوفاء بالعقود آنا ما بل على الدوام. وقد فهم المشهور منها ذلك باعتبار أن الوفاء بها العمل بمقتضاها و لا ريب أن مفاده عرفا و بحسب قصد المتعاقدين الدوام فإن دل دليل على ثبوت خيار من ضرر أو إجماع أو نص فى ثبوته فى الماضى أو مطلقا بناء على الإهمال لا الإطلاق فى الأخبار فيكون استثناء من ذلك العام و يبقى العام على عمومه كاستثناء أيام الإقامة و الثلاثين و وقت المعصية و نحوها من حكم السفر أو أن اللزوم ليس كالعموم و إنما يثبت ملكا سابقا و يبقى حكمه مستصحبا إلى المزيل فتكون المعارضة بين استصحابين و الثانى وارد على الأول فيقدم عليه و الأول أقوى لأن حدوث الحادث مع زوال العلة السابقة يقضى بعدم اعتبار السابق أما مع بقائها فلا يلغو اعتبار السابق انتهى.

### [المناقشة فى ما ذكره بعض المعاصرين]

و لا يخفى أن ما ذكره من المبني للرجوع إلى العموم - وهو استمرار اللزوم مبني لطرح العموم و الرجوع إلى الاستصحاب و أما ما ذكره أخيرا لمبني الرجوع إلى الاستصحاب و حاصله أن اللزوم إنما يثبت بالاستصحاب فإذا ورد عليه استصحاب الخيار قدم عليه فيه أن الكل متفقون على الاستناد فى أصالة اللزوم إلى عموم آية الوفاء و إن أمكن الاستناد فيه إلى الاستصحاب أيضا فلا وجه للإغماض عن الآية و ملاحظة الاستصحاب المقتضى للزوم مع استصحاب الخيار

### [الأقوى الفور و الدليل عليه]

ثم إنه قد علم من تضاعيف ما أوردناه على كلمات الجماعة أن الأقوى كون الخيار هنا على الفور لأنه لما لم يجز التمسك فى الزمان الثانى بالعموم لما عرفت سابقا من أن مرجع العموم الزمانى فى هذا المقام إلى استمرار الحكم فى الأفراد فإذا انقطع الاستمرار فلا دليل على العود إليه كما فى جميع الأحكام المستمرة إذا طرأ عليها الانقطاع و لا بالاستصحاب الخيار لما عرفت

المكاسب، ج ٣، ص ٢٤٤

من أن الموضوع غير محرز لاحتمال كون موضوع الحكم عند الشارع هو من لم يتمكن من تدارك ضرره بالفسخ فلا يشمل الشخص المتمكن منه التارك له بل قد يستظهر ذلك من حديث نفي الضرر تعين الرجوع إلى أصالة فساد فسخ المغبون و عدم ترتب الأثر عليه و بقاء آثار العقد فيثبت اللزوم من هذه الجهة و هذا ليس كاستصحاب الخيار لأن الشك هنا فى الواقع فالموضوع محرز كما فى استصحاب الطهارة بعد خروج المذى فافهم و اغتنم و الحمد لله. هذا مضافا إلى ما قد يقال هنا و فيما يشبهه من إجازة عقد الفضولى و نكاحه و غيرهما من أن تجوز التأخير فيها ضرر على من عليه الخيار و فيه تأمل ثم إن مقتضى ما استند إليه للفورية عدا هذا المؤيد الأخير هى الفورية العرفية لأن الاقتصار على الحقيقية خرج على ذى الخيار فلا ينبغي تدارك الضرر به و الزائد عليها لا دليل عليه عدا الاستصحاب المتسالم على رده بين أهل هذا القول لكن الذى يظهر من التذكرة فى خيار العيب على القول بفورية ما هو أوسع من الفور العرفى قال خيار العيب ليس على الفور على ما تقدم خلافا للشافعى فإنه اشترط الفورية و المبادرة بالعادة فلا يؤمر بالعدو و لا الركض للرد و إن كان مشغولا بصلاة أو أكل أو قضاء حاجة فله الخيار إلى أن يفرغ و كذا لو اطلع حين دخل وقت هذه الأمور فاشتغل بها فلا بأس إجماعا و كذا لو لبس ثوبا أو أغلق بابا و لو اطلع على العيب ليلا فله التأخير إلى أن يصبح و إن لم يكن عذر انتهى. و قد صرح فى الشفعة على القول بفوريتها بما يقرب من ذلك و جعلها من الإعذار و صرح فى الشفعة بأنه لا تجب المبادرة على خلاف العادة و رجع فى ذلك كله إلى العرف فكل ما لا يعد تقصيرا لا يبطل به الشفعة و كل ما يعد تقصيرا و توانيا فى الطلب فإنه مسقط لها انتهى. و المسألة لا تخلو عن إشكال لأن جعل حضور وقت الصلاة أو دخول الليل عذرا فى ترك الفسخ المتحقق بمجرد قوله فسخت لا دليل عليه. نعم لو توقف الفسخ على الحضور عند الخصم أو القاضى أو على الإشهاد توجه ما ذكر فى الجملة

مع أن قيام الدليل عليه مشكل إلا أن يجعل الدليل على الفورية لزوم الإضرار لمن عليه الخيار فيدفع ذلك بلزوم المبادرة العرفية بحيث لا يعد متوانيا فيه فإن هذا هو الذى يضر بحال من عليه الخيار من جهة عدم استقرار ملكه و كون تصرفاته فيه فى معرض النقص لكنك عرفت التأمل فى هذا الدليل

### [رأى المصنف فى المسألة]

فالإنصاف أنه إن تم الإجماع الذى تقدم عن العلامة على عدم البأس بالأمر المذكورة و عدم قدح أمثالها فى الفورية فهو و إلا وجب الاقتصار على أول مراتب الإمكان إن شاء الفسخ و الله العالم

### [معدورية الجاهل بالخيار فى ترك المبادرة]

ثم إن الظاهر أنه لا خلاف فى معدورية الجاهل بالخيار فى ترك المبادرة لعموم نفي الضرر إذ لا فرق بين الجاهل بالغبن [و الجاهل بالخيار فى ترك المبادرة لعموم نفي الضرر إذ لا فرق بين الجاهل بالغبن] و الجاهل بحكمه و ليس ترك الفحص عن الحكم الشرعى منافيا لمعدوريته كترك الفحص عن الغبن و عدمه و لو جهل الفورية فظاهر بعض الوفاق على المعدورية. و يشكل بعدم جريان نفي الضرر هنا لتمكنه من الفسخ و تدارك الضرر فيرجع إلى ما تقدم من أصالة بقاء آثار العقد و عدم صحه فسخ المغبون بعد الزمان الأول. و قد حكى عن بعض الأساطين عدم المعدورية فى خيار التأخير و المناط واحد و لو ادعى الجهل بالخيار فالأقوى القبول إلا أن يكون مما لا يخفى عليه هذا الحكم الشرعى إلا لعارض ففیه نظر. و قال فى التذكرة فى باب الشفعة إنه لو قال إنى لم أعلم ثبوت حق الشفعة أو قال أخرت لأنى لم أعلم أن الشفعة على الفور فإن كان قريب العهد بالإسلام أو نشأ فى برية لا يعرفون الأحكام قبل قوله و له الأخذ بالشفعة و إلا فلا انتهى. فإن أراد بالتقييد المذكور تخصيص السماع بمن يحتمل فى حقه الجهل فلا حاجة إليه لأن أكثر العوام و كثيرا من الخواص لا يعلمون مثل هذه الأحكام و إن أراد تخصيص السماع بمن يكون الظاهر فى حقه عدم العلم ففیه أنه لا داعى إلى اعتبار الظهور مع أن الأصل العدم

### و الأقوى أن الناسى فى حكم الجاهل

و فى سماع دعواه النسيان نظر من أنه مدع و من تعسر إقامة البينة عليه و أنه لا يعرف إلا من قبله. و أما الشك فى ثبوت الخيار فالظاهر معدوريته و يحتمل عدم معدوريته لتمكنه من الفسخ بعد الاطلاع على الغبن ثم السؤال عن صحته شرعا فهو متمكن من الفسخ العرفى إذ الجهل بالصحة لا يمنع عن الإنشاء فهو مقصر بترك الفسخ لا لعذر فافهم و الله العالم

### الخامس خيار التأخير

### [كلام التذكرة فى خيار التأخير]

قال فى التذكرة من باع شيئا و لم يسلمه إلى المشتري و لا قبض الثمن و لا شرط تأخيره و لو ساعة لزم البيع ثلاثة أيام فإن جاء المشتري بالثمن فى هذه الثلاثة فهو أحق بالعين و إن مضت الثلاثة و لم يأت بالثمن تخير البائع بين فسخ العقد و الصبر و المطالبة

بالثمن عند علمائنا أجمع.

### [الدليل على هذا الخيار]

#### إشارة

و الأصل في ذلك قبل الإجماع المحكى عن الانتصار والخلاف والجواهر وغيرها- المعتضد بدعوى الاتفاق المصرح بها في التذكرة والظاهرة من غيرها وبما ذكره في التذكرة من أن الصبر أبدا مظنة الضرر المنفى بالخبر بل الضرر هنا أشد من الضرر في الغبن حيث إن المبيع هنا في ضمانه وتلفه منه وملك لغيره لا يجوز له التصرف فيه

### الأخبار المستفيضة

#### إشارة

منها رواية على بن يقطين قال: سألت أبا الحسن ع عن الرجل يبيع البيع ولا يقبضه صاحبه ولا يقبض الثمن قال الأجل بينهما ثلاثة أيام فإن قبض بيعه وإلا فلا يبيع بينهما ورواية إسحاق بن عمار عن العبد الصالح قال: من اشترى يبعاً فمضت ثلاثة أيام ولم يجيء فلا يبيع له ورواية ابن الحجاج قال: اشترت محملاً وأعطيت بعض الثمن وتركته عند صاحبه ثم احتبست أياماً ثم جئت إلى بائع المحمل لأخذه فقال قد بعته فضحكت ثم قلت لا والله لا أدعك أو أقاضيك- فقال أترضى بأبي بكر ابن عياش قلت نعم فأتينا فقصنا عليه قصصنا فقال أبو بكر بقول من تحب أن أفضى بينكما أبقول صاحبك أو غيره قلت بقول صاحبي قال سمعته يقول من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام وإلا فلا يبيع له وصحيفة زرارة عن أبي جعفر ع: قلت له الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده فيقول آتيك بثمنه قال إن جاء ما بينه وبين ثلاثة أيام وإلا فلا يبيع له.

### و ظاهر هذه الأخبار بطلان البيع

كما فهمه في المبسوط حيث قال روى أصحابنا أنه إذا اشترى شيئاً بعينه بثمن معلوم وقال للبائع أجيئك

المكاسب، ج ٣، ص ٢٤٥

بالثمن ومضى فإن جاء في مدة الثلاثة كان البيع له وإن لم يرتجع بطل البيع انتهى. وربما يحكى هذا عن ظاهر الإسكافي المعبر بلفظ الروايات وتوقف فيه المحقق الأردبيلي وقواه صاحب الكفاية وجزم به في الحدائق طاعنا على العلامة في المختلف حيث إنه اعترف بظهور الأخبار في خلاف المشهور ثم اختار المشهور مستدلاً بأن الأصل بقاء صحة العقد وحمل الأخبار على نفى اللزوم أقول ظهور الأخبار في الفساد في محله إلا أن فهم العلماء وحملهم الأخبار على نفى اللزوم مما يقرب هذا المعنى مضافاً إلى ما يقال من أن قوله في أكثر تلك الأخبار لا يبيع له ظاهر في انتفاء البيع بالنسبة إلى المشتري فقط ولا يكون إلا نفى اللزوم من طرف البائع إلا أن في رواية ابن يقطين: فلا- يبيع بينهما وكيف كان فلا- أقل من الشك فيرجع إلى استصحاب الآثار المترتبة على البيع وتوهم كون الصحة سابقاً في ضمن اللزوم فيرتفع بارتفاعه مندفع بأن اللزوم ليس من قبيل الفصل للصحة وإنما هو حكم مقارن لها في خصوص البيع الخالي من الخيار

**ثم إنه يشترط في هذا الخيار أمور****أحدها عدم قبض المبيع**

ولا خلاف في اشتراطه ظاهرا- ويدل عليه من الروايات المتقدمة قوله في صحيحة علي بن يقطين المتقدمة: فإن قبض يبعه و إلا فلا بيع بينهما بناء على أن البيع هنا بمعنى المبيع لكن في الرياض إنكار دلالة الأخبار على هذا الشرط و تبعه بعض المعاصرين و لا أعلم له وجهها غير سقوط هذه الفقرة عن النسخة المأخوذة منها الرواية و احتمال قراءة قبض بالتخفيف و يبعه بالتشديد يعنى قبض بانه الثمن و لا يخفى ضعف هذا الاحتمال لأن استعمال البيع بالتشديد مفردا نادر- بل لم يوجد مع إمكان إجراء أصالة عدم التشديد نظير ما ذكره في الروضة من أصالة عدم المد في لفظ البكاء الوارد في قواطع الصلاة ثم إنه لو كان عدم قبض المشتري لعدوان البائع- بأن بذل له الثمن فامتنع من أخذه و إقباض المبيع فالظاهر عدم الخيار لأن ظاهر النص و الفتوى كون هذا الخيار إرفاقا للبائع و دفعا لتضرره- فلا يجرى فيما إذا كان الامتناع من قبله و لو قبضه المشتري على وجه يكون للبائع استرداده كما إذا كان بدون إذنه مع عدم إقباض الثمن ففي كونه كلا قبض مطلقا أو مع استرداده أو كونه قبضا وجوه- رابعها ابتناء المسألة على ما سيجىء في أحكام القبض من ارتفاع الضمان عن البائع بهذا القبض و عدمه و لعله الأقوى إذ مع ارتفاع الضمان بهذا القبض لا ضرر على البائع إلا من جهة وجوب حفظ المبيع لمالكه و تضرره بعدم وصول ثمنه إليه و كلاهما ممكن الاندفاع بأخذ المبيع مقاصه و أما مع عدم ارتفاع الضمان بذلك فيجرى دليل الضرر بالتقريب المتقدم و إن ادعى انصراف الأخبار إلى غير هذه الصورة لكنه مشكل كدعوى شمولها و لو قلنا بارتفاع الضمان و لو مكن المشتري من القبض فلم يقبض- فالأقوى أيضا ابتناء المسألة على ارتفاع الضمان و عدمه. و ربما يستظهر من قول السائل في بعض الروايات ثم يدعه عنده عدم كفاية التمكين و فيه نظر- و الأقوى عدم الخيار لعدم الضمان و في كون قبض بعض المبيع كلا- قبض لظاهر الأخبار أو كالمقبض لدعوى انصرافها إلى صورة عدم قبض شىء منه أو تبعيض الخيار بالنسبة إلى المقبوض و غيره استنادا مع تسليم الانصراف المذكور إلى تحقق الضرر بالنسبة إلى غير المقبوض لا غيره وجوه.

**الشرط الثانى عدم قبض مجموع الثمن**

و اشتراطه مجمع عليه نصا و فتوى و قبض البعض كلا- قبض بظاهر الأخبار- المعتضد بفهم أبى بكر بن عياش فى رواية ابن الحجاج المتقدمة و ربما يستدل بتلك الرواية تبعا للتذكرة و فيه نظر و القبض بدون الإذن كعدمه- لظهور الأخبار فى اشتراط وقوعه بالإذن فى بقاء البيع على اللزوم مع أن ضرر ضمان المبيع مع عدم وصول الثمن إليه على وجه يجوز له التصرف فيه باق.

نعم لو كان القبض بدون الإذن حقا كما إذا عرض المبيع على المشتري فلم يقبضه فالظاهر عدم الخيار لعدم دخوله فى منصرف الأخبار و عدم تضرر البائع بالتأخير و ربما يقال بكفاية القبض هنا مطلقا مع الاعتراف باعتبار الإذن فى الشرط السابق أعنى قبض المبيع نظرا إلى أنهم شرطوا فى عناوين المسألة فى طرف المبيع عدم إقباض المبيع إياه و فى طرف الثمن عدم قبضه و فيه نظر لأن هذا النحو من التعبير من مناسبات عنوان المسألة باسم البائع فيعبر فى طرف الثمن و المثلن بما هو فعل له و هو القبض فى الأول و الإقباض فى الثانى فتأمل. و لو أجاز المشتري قبض الثمن بناء على اعتبار الإذن كانت فى حكم الإذن و هل هى كاشفة أو مثبتة أفواهما الثانى و يترتب عليه ما لو قبض قبل الثلاثة فأجاز المشتري بعدها.

**الشرط الثالث عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين**

لأن المتبادر من النص غير ذلك فيقتصر في مخالفة الأصل على منصرف النص مع أنه في الجملة إجماعى.

### الشرط الرابع أن يكون المبيع عينا أو شبهه

كصاع من صبرة- نص عليه الشيخ في عبارته المتقدمة في نقل مضمون روايات أصحابنا و ظاهره كونه مفتى به عندهم و صرح به في التحرير و المهذب البارع و غاية المرام و هو ظاهر جامع المقاصد حيث قال لا فرق في الثمن بين كونه عينا أو في الذمة و قال في الغنية و روى أصحابنا أن المشتري إذا لم يقبض المبيع و قال أجيئك بالثمن و مضى فعلى البائع الصبر عليه ثلاثا ثم هو بالخيار بين فسخ البيع و مطالبته بالثمن هذا إذا كان المبيع مما يصح بقائه فإن لم يكن كذلك كالخضراوات فعليه الصبر يوما واحدا ثم هو بالخيار ثم ذكر أن تلف المبيع قبل الثلاثة من مال المشتري و بعده من مال البائع ثم قال و يدل على ذلك كله إجماع الطائفة انتهى. و في معقد إجماع الانتصار و الخلاف و جواهر القاضى لو باع شيئا معينا بثمان معين لكن في بعض نسخ الجواهر لو باع شيئا غير معين. و قد أخذ عنه في مفتاح الكرامة و غيره و نسب إلى القاضى دعوى الإجماع على غير المعين و أظن الغلط في تلك النسخة و الظاهر أن المراد بالثمن المعين في معقد إجماعهم هو المعلوم في مقابل المجهول لأن تشخص الثمن غير معتبر إجماعا و لذا وصف في التحرير تبعا للمبسوط المبيع بالمعين و الثمن بالمعلوم و من البعيد

المكاسب، ج ٣، ص ٢٤٦

اختلاف عنوان ما نسبه في الخلاف إلى إجماع الفرقة و أخبارهم مع ما نسبه في المبسوط إلى روايات أصحابنا مع أنا نقول إن ظاهر المعين في معاهد الإجماعات التشخص العيني لا مجرد المعلوم في مقابل المجهول و لو كان كليا خرجنا عن هذا الظاهر بالنسبة إلى الثمن للإجماع على عدم اعتبار التعيين فيه مع أنه فرق بين الثمن المعين و الشيء المعين فإن الثاني ظاهر في الشخصى بخلاف الأول. و أما معقد إجماع التذكرة المتقدم في عنوان المسألة فهو مختص بالشخصى لأنه ذكر في معقد الإجماع أن المشتري لو جاء بالثمن في الثلاثة فهو أحق بالعين و لا يخفى أن العين ظاهر في الشخصى هذه حال معاهد الإجماعات. و أما حديث نفى الضرر فهو مختص بالشخصى لأنه المضمون على البائع قبل القبض فيتضرر بضمانه و عدم جواز التصرف فيه و عدم وصول بدله إليه بخلاف الكلى. و أما النصوص فروايتا ابن يقطين و ابن عمار مشتملتان على لفظ البيع المراد به المبيع الذى يطلق قبل البيع على العين المعرضة للبيع و لا مناسبة في إطلاقه على الكلى كما لا يخفى و رواية زرارة ظاهرة أيضا في الشخصى من جهة لفظ المتاع و قوله يدعه عنده فلم يبق إلا قوله ع في رواية أبى بكر بن عياش: من اشترى شيئا فإن إطلاقه و إن شمل المعين و الكلى إلا أن الظاهر من لفظ الشيء الموجود الخارجى- كما في قول القائل اشترت شيئا و لو في ضمن أمور متعددة كصاع من صبرة و الكلى المبيع ليس موجودا خارجيا إذ ليس المراد من الكلى هنا الكلى الطبيعى الموجود فى الخارج لأن المبيع قد يكون معدوما عند العقد و الموجود منه قد لا يملكه البائع حتى يملكه بل هو أمر اعتبارى يعامل فى العرف و الشرع معه معاملة الأملاك و هذه المعاملة و إن اقتضت صحة إطلاق لفظ الشيء عليه أو على ما يعمه إلا أنه ليس بحيث لو أريد من اللفظ خصوص ما عداه من الموجود الخارجى الشخصى احتيج إلى قرينة على التقييد فهو نظير المجاز المشهور و المطلق المنصرف إلى بعض أفراده انصرافا لا يحوج إرادة المطلق إلى القرينة- فلا يمكن دفع احتمال إرادة خصوص الموجود الخارجى بأصالة عدم القرينة فافهم. فقد ظهر مما ذكرنا أن ليس فى أدلة المسألة- من النصوص و الإجماعات المنقولة و دليل الضرر ما يجرى فى المبيع الكلى و ربما ينسب التعميم إلى ظاهر الأكثر- لعدم تقييدهم البيع بالشخصى. و فيه أن التأمل فى عباراتهم مع الإنصاف يعطى الاختصاص بالمعين أو الشك فى التعميم مع أنه معارض بعدم تصريح أحد بكون المسألة محل الخلاف من حيث التعميم و التخصيص إلا الشهيد فى الدروس حيث قال إن الشيخ قدس سره قيد فى المبسوط هذا الخيار بشراء المعين فإنه ظاهر فى عدم فهم هذا التقييد من كلمات باقى الأصحاب لكنك عرفت أن الشيخ قدس سره قد أخذ هذا التقييد فى

مضمون روايات أصحابنا و كيف كان فالتأمل في أدلة المسألة و فتاوى الأصحاب يشرف الفقيه على القطع باختصاص الحكم بالمعين

### ثم إن هنا أموراً قيل باعتبارها في هذا الخيار

#### منها عدم الخيار لأحدهما أو لهما

قال في التحرير و لا خيار للبائع لو كان في المبيع خيار لأحدهما. و في السرائر قيد الحكم في عنوان المسألة بقوله و لم يشترط خياراً لهما أو لأحدهما و ظاهره الاختصاص بخيار الشرط و يحتمل أن يكون الاختصاص عليه لعنوان المسألة في كلامه بغير الحيوان و هو المتاع- و كيف كان فلا أعرف وجهاً معتمداً في اشتراط هذا الشرط- سواء أراد ما يعم خيار الحيوان أم خصوص خيار الشرط و سواء أريد مطلق الخيار و لو اختص بما قبل انقضاء الثلاثة أم أريد خصوص الخيار المحقق فيما بعد الثلاثة سواء أحدث فيها أم بعدها و أوجه ما يقال في توجيه هذا القول مضافاً إلى دعوى انصراف النصوص إلى غير هذا الفرض أن شرط الخيار في قوة اشتراط التأخير و تأخير المشتري بحق الخيار ينفي خيار البائع. و توضيح ذلك ما ذكره في التذكرة في أحكام الخيار من أنه لا يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشتري تسليم الثمن في زمان الخيار و لو تبرع أحدهما بالتسليم لم يبطل خياره و لا يجبر الآخر على تسليم ما في يده و له استرداد المدفوع قضية للخيار. و قال بعض الشافعية ليس له استرداده و له أخذ ما عند صاحبه بدون رضاه كما لو كان التسليم بعد لزوم البيع انتهى. و حينئذ فوجه هذا الاشتراط أن ظاهر الأخبار كون عدم مجيء المشتري بالثمن بغير حق التأخير و ذو الخيار له حق التأخير و ظاهرها أيضاً كون عدم إقباض البائع لعدم قبض الثمن لا لحق له في عدم الإقباض. و الحاصل أن الخيار بمنزلة تأجيل أحد العوضين. و فيه بعد تسليم الحكم في الخيار و تسليم انصراف الأخبار إلى كون التأخير بغير حق أنه ينبغي على هذا القول كون مبدأ الثلاثة من حين التفرقة و كون هذا الخيار مختصاً بغير الحيوان مع اتفاقهم على ثبوته فيه كما يظهر من المختلف. و ذهب الصدوق إلى كون الخيار في الجارية بعد شهر إلا أن يراد بما في التحرير عدم ثبوت خيار التأخير ما دام الخيار ثابتاً لأحدهما فلا ينافي ثبوته في الحيوان بعد الثلاثة. و قد يفصل بين ثبوت الخيار للبائع من جهة أخرى فيسقط معه هذا الخيار لأن خيار التأخير شرع لدفع ضرره و قد اندفع بغيره و لدلالة النص و الفتوى على لزوم البيع في الثلاثة فيختص بغير صورة ثبوت الخيار له قال و دعوى أن المراد من الأخبار اللزوم من هذه الجهة مدفوعة بأن التأخير سبب للخيار و لا يتقيد الحكم بالسبب و بين ما إذا كان الخيار للمشتري فلا وجه لسقوطه مع أن اللازم منه عدم ثبوت هذا الخيار في الحيوان. و وجه ضعف هذا التفصيل أن ضرر الصبر بعد الثلاثة لا يندفع بالخيار في الثلاثة. و أما ما ذكره من عدم تقييد الحكم بالسبب فلا يمنع من كون نفي الخيار في الثلاثة من جهة التضرر بالتأخير و لذا لا ينافي هذا الخيار خيار المجلس- .

#### و منها تعدد المتعاقدين

لأن النص مختص بصورة التعدد و لأن هذا الخيار ثبت بعد خيار المجلس و خيار المجلس باق مع اتحاد العاقد إلا مع إسقاطه. و فيه أن المناط عدم الإقباض و القبض و لا إشكال في تصوره من المالكيين مع اتحاد العاقد من قبلهما. و أما خيار المجلس فقد عرفت أنه غير ثابت للوكيل في مجرد العقد

المكاسب، ج ٣، ص ٢٤٧

و على تقديره فيمكن إسقاطه أو اشتراط عدمه. نعم لو كان العاقد ولياً بيده العوضان لم يتحقق الشرطان الأولان أعني عدم الإقباض و

القبض و ليس ذلك من جهة اشتراط التعدد.

### و منها أن لا يكون المبيع حيوانا أو خصوص الجارية

فإن المحكى عن الصدوق في المقنع أنه إذا اشترى جارية فقال أجيئك بالثمن فإن جاء بالثمن فيما بينه وبين شهر و إلا فلا بيع له. و ظاهر المختلف نسبة الخلاف إلى الصدوق في مطلق الحيوان و المستند فيه رواية ابن يقطين: عن رجل اشترى جارية فقال أجيئك بالثمن فقال إن جاء بالثمن فيما بينه و بين شهر و إلا فلا بيع له و لا دلالة فيها على صورة عدم إقباض الجارية و لا قرينة على حملها عليها فيحتمل الحمل على اشتراط المجيء بالثمن إلى شهر في متن العقد فيثبت الخيار عند تخلف الشرط و يحتمل الحمل على استحباب صبر البائع و عدم فسخه إلى شهر و كيف كان فالرواية مخالفة لعمل المعظم فلا بد من حملها على بعض الوجوه

### ثم إن مبدء الثلاثة من حين التفرق أو من حين العقد

وجهان من ظهور قوله:

فإن جاء بالثمن بينه و بين ثلاثة أيام في كون مدة الغيبة ثلاثة و من كون ذلك كناية عن عدم التقابض ثلاثة أيام كما هو ظاهر قوله ع في رواية ابن يقطين:  
الأجل بينهما ثلاثة أيام فإن قبض بيعه و إلا فلا بيع بينهما و هذا هو الأقوى.

### مسألة يسقط هذا الخيار بأمر

أحدها إسقاطه بعد الثلاثة

بلا إشكال و لا خلاف و في سقوطه بالإسقاط في الثلاثة وجهان من أن السبب فيه الضرر الحاصل بالتأخير فلا يتحقق إلا بعد الثلاثة و لذا صرح في التذكرة بعدم جواز إسقاط خيار الشرط قبل التفرق إذا قلنا بكون مبدئه بعده مع أنه أولى بالجواز و من أن العقد سبب الخيار فيكفي وجوده في إسقاطه مضافا إلى فحوى جواز اشتراط سقوطه في ضمن العقد الثاني اشتراط سقوطه في متن العقد

حكى عن الدروس و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و لعله لعموم أدلة الشروط و يشكل على عدم جواز إسقاطه في الثلاثة بناء على أن السبب في هذا الخيار هو الضرر الحادث بالتأخير دون العقد فإن الشرط إنما يسقط به ما يقبل الإسقاط بدون الشرط و لا يوجب شرعية سقوط ما لا يشرع إسقاطه بدون شرط فإن كان إجماع على السقوط بالشرط كما حكاه بعض قلنا به بل بصحة الإسقاط بعد العقد لفحواه و إلا فللنظر فيه مجال.

الثالث بذل المشتري للثمن بعد الثلاثة

فإن المصرح به في التذكرة سقوط الخيار حينئذ و قيل بعدم السقوط بذلك استصحابا و هو حسن لو استند في الخيار إلى الأخبار و أما إذا استند فيه إلى الضرر [٣- ٤٨٧- ٢] فلا شك في عدم الضرر حال بذل الثمن فلا ضرر ليتدارك بالخيار و لو فرض تضرره سابقا بالتأخير فالخيار لا يوجب تدارك ذلك و إنما يتدارك به الضرر المستقبل و دعوى أن حدوث الضرر قبل البذل يكفي في بقاء الخيار مدفوعة بأن الأحكام المترتبة على نفي الضرر تابعة للضرر الفعلي لا مجرد حدوث الضرر في زمان و لا يبعد دعوى انصراف الأخبار إلى صورة التضرر فعلا- يقال بأن عدم حضور المشتري علة لانتفاء اللزوم يدور معها وجودا و عدما و كيف كان فمختار



التذكرة لا يخلو عن قوة.

الرابع أخذ [- ٢ - ٥٥ - ٥] الثمن من المشتري بناء على عدم سقوطه بالبذل

و إلا لم يحتج إلى الأخذ به و السقوط به لأنه التزام فعلى [- ٣ - ٤٨٧ - ٦] بالبيع و رضا بلزومه و هل يشترط إفادة العلم بكونه لأجل الالتزام أو يكفى الظن فلو احتمل كون الأخذ بعنوان العارية أو غيرها لم ينفع أم لا- يعتبر الظن أيضا وجوه من عدم تحقق موضوع الالتزام إلا بالعلم و من كون الفعل مع إفادة الظن أمارة عرفية على الالتزام كالقول. و مما تقدم من سقوط خيار الحيوان أو الشرط بما كان رضاء نوعيا بالعقد و هذا من أوضح أفراده. و قد بينا عدم اعتبار الظن الشخصى فى دلالة التصرف على الرضا و خير الوجوه أوسطها لكن الأقوى الأخير و هل يسقط الخيار بمطالبة الثمن المصرح به فى التذكرة و غيرها العدم للأصل و عدم الدليل و يحتمل السقوط لدلالته على الرضا بالبيع. و فيه أن سبب الخيار هو الضرر فى المستقبل - لما عرفت من أن الخيار لا يتدارك به ما مضى من ضرر الصبر و مطالبة الثمن لا- يدل على التزام الضرر المستقبل حتى يكون التزاما بالبيع بل مطالبة الثمن إنما هو استدفاع للضرر المستقبل كالفسخ لا- الالتزام بذلك الضرر ليسقط الخيار و ليس الضرر هنا من قبيل الضرر فى بيع الغبن و نحوه مما كان الضرر حاصلًا بنفس العقد حتى يكون الرضا به بعد العقد و العلم بالضرر التزاما بالضرر الذى هو سبب الخيار. و بالجملة فالمسقط لهذا الخيار ليس إلا دفع الضرر المستقبل ببذل الثمن أو التزامه بإسقاطه أو اشتراط سقوطه و ما تقدم من سقوط الخيارات المتقدمة بما يدل على الرضا فإنما هو حيث يكون العقد سببا للخيار و لو من جهة الضرر بلزومه و ما نحن فيه ليس من هذا القبيل مع أن سقوط تلك الخيارات بمجرد مطالبة الثمن أيضا محل نظر لعدم كونه تصرفا و الله العالم.

### مسألة فى كون هذا الخيار على الفور أو التراخى

قولان و قد تقدم ما يصلح أن يستند إليه لكل من القولين فى مطلق الخيار مع قطع النظر عن خصوصيات الموارد و قد عرفت أن الأقوى الفور و يمكن أن يقال فى خصوص [- ١ - ١٣٠ - ١] ما نحن فيه أن ظاهر قوله ع لا- بيع له نفى البيع رأسا و إلا- نسب بنفى الحقيقة بعد عدم إرادة نفى الصحة هو نفى لزومه رأسا بأن لا يعود لازما أبدا فتأمل. [- ٣ - ٤٨٧ - ١٣] ثم على تقدير إهمال النص و عدم ظهوره فى العموم يمكن التمسك بالاستصحاب هنا لأن اللزوم إذا ارتفع عن البيع فى زمان فعوده يحتاج إلى دليل و ليس الشك هنا فى موضوع المستصحب نظير ما تقدم فى استصحاب الخيار لأن الموضوع مستفاد من النص فراجع و كيف كان فالقول بالتراخى لا يخلو عن قوة إما لظهور النص و إما للاستصحاب-.

### مسألة لو تلف المبيع بعد الثلاثة - كان من البائع إجماعا مستفيضا

بل متواترا كما فى الرياض و يدل عليه النبوى المشهور و إن كان فى كتب روايات أصحابنا غير مسطور: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه و إطلاقه كمعاقدة الإجماعات يعم ما لو تلف فى حال الخيار أم تلف بعد بطلانه كما لو قلنا بكونه على الفور فبطل بالتأخير أو بذل المشتري الثمن فتلف العين فى هذا الحال و قد يعارض النبوى بقاعدة

المكاسب، ج ٣، ص ٢٤٨

الملازمة بين النماء و الدرك الاستفادة من النص و الاستقراء و القاعدة المجمع عليها من أن التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له لكن النبوى أخص من القاعدة الأولى فلا معارضة و القاعدة الثانية لا عموم فيها يشمل جميع أفراد الخيار و لا جميع أحوال البيع حتى قبل القبض بل التحقيق فيها كما سيجىء إن شاء الله اختصاصها بخيار المجلس و الشرط و الحيوان مع كون التلف بعد القبض و لو تلف فى الثلاثة فالمشهور كونه من مال البائع أيضا. و عن الخلاف الإجماع عليه خلافا لجماعة من القدماء منهم المفيد و السيدان

مدعين عليه الإجماع و هو مع قاعدة ضمان المالك [- ٥ - ٣٨٤ - ١] لما له يصح حجة لهذا القول لكن الإجماع معارض بل موهون و القاعدة مخصصة بالنبوى المذكور المنجبر من حيث الصدور مضافا إلى رواية عقبه بن خالد: [- ٣ - ٤٨٩ - ٤] في رجل اشترى متاعا من رجل و أوجه غير أنه ترك المتاع عنده و لم يقبضه قال آتيك غدا إن شاء الله تعالى فسرق المتاع من مال من يكون قال من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المال و يخرج من بيته فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه - حتى يرد إليه حقه و لو مكنه من القبض [- ٢ - ٥٧ - ١] فلم يتسلم فضمن البائع مبنى على ارتفاع الضمان بذلك و هو الأقوى. قال الشيخ في النهاية إذا باع الإنسان شيئا و لم يقبض المتاع [- ٣ - ٥٠٤ - ٩] و لا قبض الثمن و مضى المبتاع فإن العقد موقوف ثلاثة أيام فإن جاء المبتاع في مدة ثلاثة أيام كان المبيع له و إن مضت ثلاثة أيام كان البائع أولى بالمتاع فإن هلك المتاع في هذه الثلاثة أيام و لم يكن قبضه إياه كان من مال البائع دون المبتاع و إن كان قبضه إياه ثم هلك في مدة ثلاثة أيام كان من مال المبتاع و إن هلك بعد الثلاثة أيام كان من مال البائع على كل حال لأن الخيار له بعدها انتهى المحكى في المختلف. و قال بعد الحكاية و فيه نظر إذ مع القبض يلزم البيع انتهى. أقول كأنه جعل الفقرة الثالثة مقابلة للفقرتين فتشمل ما بعد القبض و ما قبله خصوصا مع قوله على كل حال لكن التعميم مع أنه خلاف الإجماع مناف لتعليل الحكم [- ٢ - ٣٥٧ - ٥] بعد ذلك بقوله لأن الخيار له بعد ثلاثة أيام - فإن المعلوم أن الخيار إنما يكون له مع عدم القبض فيدل ذلك على أن الحكم المعلل مفروض فيما قبل القبض

### مسألة لو اشترى ما يفسد من يومه فإن جاء بالثمن ما بينه و بين الليل و إلا فلا بيع له

كما في مرسله محمد بن أبي حمزة و المراد من نفى البيع نفى لزومه و يدل عليه قاعدة نفى الضرر فإن البائع ضامن للمبيع ممنوع عن التصرف فيه محروم عن الثمن و من هنا يمكن تعدية الحكم إلى كل مورد يتحقق فيه هذا الضرر و إن خرج عن مورد النص كما إذا كان المبيع مما يفسد في نصف يوم أو في يومين فيثبت فيه الخيار في زمان يكون التأخير عنه ضررا على البائع لكن ظاهر النص يوهم خلاف ما ذكرنا لأن الموضوع فيه ما يفسد من يومه و الحكم فيه بثبوت الخيار من أول الليل فيكون الخيار في أول أزمته الفساد و من المعلوم أن الخيار حينئذ لا يجدى للبائع شيئا لكن المراد من اليوم اليوم و ليلة فالمعنى أنه لا يبقى على صفة الصلاح أزيد من يوم بليلة فيكون المفسد له المبيت لا مجرد دخول الليل فإذا فسخ البائع أول الليل أمكن له الانتفاع به و ببدله و لأجل ذلك عبر في الدروس عن هذا الخيار بخيار ما يفسده المبيت و أنه ثابت عند دخول الليل. و في معقد إجماع الغنية أن على البائع الصبر يوما واحدا ثم هو بالخيار و في محكى الوسيلة أن خيار الفواكه للبائع فإذا مر على المبيع يوم و لم يقبض المبتاع كان البائع بالخيار و نحوها عبارة جامع الشرائع. نعم عبارات جماعة من الأصحاب لا - يخلو عن اختلال في التعبير - لكن الإجماع على عدم الخيار للبائع في النهار يوجب تأويلها إلى ما يوافق الدروس و أحسن تلك العبارات عبارة الصدوق في الفقيه التي أسندها في الوسائل إلى رواية زرارة قال العهدة فيما يفسد من يومه مثل البقول و البطيخ و الفواكه يوم إلى الليل فإن المراد بالعهدة عهد البائع. و قال في النهاية و إذا باع الإنسان ما لا يصح عليه البقاء من الخضر و غيرها و لم يقبض المبتاع و لا قبض الثمن كان الخيار فيه يوما فإن جاء المبتاع بالثمن في ذلك اليوم و إلا - فلا بيع له انتهى. و نحوها عبارة السرائر و الظاهر أن المراد بالخيار اختيار المشتري في تأخير القبض و الإقباض مع بقاء البيع على حاله من اللزوم و أما المتأخرون فظاهر أكثرهم يوهم كون الليل غاية للخيار و إن اختلفوا بين من عبر بكون الخيار يوما و من عبر بأن الخيار إلى الليل و لم يعلم وجه صحيح لهذه التعبيرات مع وضوح المقصد إلا متابعة عبارة الشيخ في النهاية لكنك عرفت أن المراد بالخيار فيه اختيار المشتري و أن له تأخير القبض و الإقباض و هذا الاستعمال في كلام المتأخرين خلاف ما اصطلاحوا عليه لفظ الخيار فلا يحسن المتابعة هنا في التعبير و الأولى تعبير الدروس كما عرفت ثم الظاهر أن شروط هذا الخيار شروط خيار التأخير لأنه فرد من أفرادها كما هو صريح عنوان الغنية و غيرها فيشترط فيه جميع ما سبق من الشروط. نعم لا ينبغي التأمل هنا في اختصاص الحكم بالبيع الشخصي أو ما في حكمه كالصاع من الصبرة و قد عرفت هناك أن التأمل في الأدلة و الفتاوى يشرف الفقيه على القطع بالاختصاص

أيضا و حكم الهلاك في اليوم هنا و فيما بعده حكم المبيع هناك في كونه من البائع في الحالين و لازم القول الآخر هناك جريانه هنا كما صرح به في الغنية حيث جعله قبل الليل من المشتري ثم إن المراد بالفساد في النص و الفتوى ليس الفساد الحقيقي لأن موردهما هو الخضر و الفواكه و البقول و هذه لا- تضع بالمبيت و لا تهلك بل المراد ما يشمل تغير العين نظير التغير الحادث في هذه الأمور بسبب الميت و لو لم يحدث في المبيع إلا فوات السوق ففي إلحاقه بتغير العين و جهان من كونه ضررا و من إمكان منع ذلك لكونه فوت نفع لا ضرر

## السادس خيار الرؤية

### إشارة

و المراد به الخيار المسبب عن رؤية المبيع على خلاف ما اشترطه فيه

المكاسب، ج ٣، ص ٢٤٩

المتبايعان و يدل عليه قبل الإجماع المحقق و المستفيض حديث نفى الضرر و استدل عليه أيضا بأخبار منها صحيحة جميل بن دراج قال: سألت أبا عبد الله ع عن رجل اشترى ضيعه و قد كان يدخلها و يخرج منها فلما أن نقد المال صار إلى الضيعه فقلبها ثم رجع فاستقال صاحبه فلم يقله فقال أبو عبد الله ع إنه لو قلب منها و نظر إلى تسع و تسعين قطعته ثم بقي منها قطعة لم يرها لكان له فيها خيار الرؤية و لا بد من حملها على صورة يصح معها بيع الضيعه إما بوصف القطعة غير المرئية أو بدلالة ما رآه منها على ما لم يره. و قد يستدل بصحيحة زيد الشحام قال: سألت أبا عبد الله ع عن رجل اشترى سهام القصابين من قبل أن يخرج السهم فقال ع لا يشتري شيئا حتى يعلم أين يخرج السهم فإن اشترى شيئا فهو بالخيار إذا خرج. قال في الحدائق و توضيح معنى هذا الخبر- ما رواه في الكافي و التهذيب في الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج عن منهل القصاب و هو مجهول قال: قلت لأبي عبد الله ع أشترى الغنم أو يشتري الغنم جماعة ثم تدخل دارا ثم يقوم رجل على الباب فيعد واحد أو اثنين و ثلاثة و أربعة و خمسة ثم يخرج السهم قال لا يصلح هذا إنما تصلح السهام إذا عدلت القسمة الخبر. أقول لم يعلم وجه الاستشهاد به لما نحن فيه لأن المشتري لسهم القصاب إن اشتراه مشاعا فلا- مورد لخيار الرؤية و إن اشترى سهمه المعين الذي يخرج فهو شراء فرد غير معين و هو باطل و على الصحة فلا خيار فيه للرؤية كالمشاع و يمكن حمله على شراء عدد معين نظير الصاع من الصبرة- و يكون له خيار الحيوان إذا خرج السهم ثم إن صحيحة جميل مختصة بالمشتري- و الظاهر الاتفاق على أن هذا الخيار يثبت للبائع أيضا إذا لم ير المبيع و باعه بوصف غيره فتبين كونه زائدا على ما وصف. و حكى عن بعض أنه يحتمل في صحيحة جميل أن يكون التفتيش من البائع بأن يكون البائع باعه بوصف المشتري و حينئذ فيكون الجواب عاما بالنسبة إليهما على تقدير هذا الاحتمال و لا يخفى بعده و أبعد منه دعوى عموم الجواب و الله العالم.

### مسألة مورد هذا الخيار بيع العين الشخصية الغائبة

و المعروف أنه يشترط في صحته ذكر أوصاف المبيع- التي يرتفع بها الجهالة الموجبة للغرر إذ لولاها لكان غررا و عبر بعضهم عن هذه الأوصاف بما يختلف الثمن باختلافه كما في الوسيلة و جامع المقاصد و غيرها و آخر بما يعتبر في صحة السلم و آخرون كالشيخين و الحلبي اقتصر على اعتبار ذكر الصفة و الظاهر أن مرجع الجميع واحد و لذا ادعى الإجماع على كل واحد منها. ففي موضع من التذكرة يشترط في بيع خيار الرؤية وصف المبيع وصفا يكفى في السلم عندنا و عنه في موضع آخر من التذكرة أن شرط صحة بيع الغائبة وصفها بما يرفع الجهالة عند علمائنا أجمع و يجب ذكر اللفظ الدال على الجنس ثم ذكر أنه يجب ذكر اللفظ الدال على التمييز و ذلك بذكر جميع الصفات التي تختلف الأثمان باختلافها و يتطرق الجهالة بترك بعضها انتهى و في جامع المقاصد

ضابط ذلك أن كل وصف يتفاوت الرغبات بثوته و انتفائه و يتفاوت به القيمة تفاوتاً ظاهراً لا يتسامح به يجب ذكره فلا بد من استقصاء أوصاف السلم انتهى. وربما يترأى التنافى بين اعتبار ما يختلف الثمن باختلافه- و كفاية ذكر أوصاف السلم من جهة أنه قد يتسامح في السلم في ذكر بعض الأوصاف لإفضائه إلى عزة الوجود أو لتعذر الاستقصاء على التحقيق و هذا المانع مفقود فيما نحن فيه. قال في التذكرة في باب السلم لا يشترط وصف كل عضو من الحيوان بأوصافه المقصودة و إن تفاوت به الغرض و القيمة لإفضائه إلى عزة الوجود انتهى و قال في السلم في الأحجار المتخذة للبناء إنه يذكر نوعها و لونها و يصف عظمها فيقول ما يحمل البعير منها اثنتين أو ثلاثاً أو أربعاً على سبيل التقريب دون التحقيق لتعذر التحقيق و يمكن أن يقال إن المراد ما يعتبر في السلم في حد ذاته مع قطع النظر عن العذر الموجب للمسامحة في بعض أفراد السلم و إن كان يمكن أن يورد على مسامحتهم هناك أن الاستقصاء في الأوصاف شرط في السلم غير مقيد بحال التمكّن فتعذره يوجب فساد السلم لا الحكم بعدم اشتراطه كما حكموا بعدم جواز السلم فيما لا يمكن ضبط أوصافه و تمام الكلام في محله ثم إن الأوصاف التي يختلف الثمن من أجلها- غير محصورة خصوصاً في العبيد و الإماء فإن مراتبهم الكمالية التي يختلف بها أثمانهم غير محصورة جداً و الاقتصار على ما يرفع به معظم الغرر إحالة على مجهول بل يوجب الاكتفاء على ما دون صفات السلم لانتهاء الغرر عرفاً بذلك مع أننا علمنا أن الغرر العرفي أخص من الشرعي- و كيف كان فالمسألة لا تخلو عن إشكال و أشكال من ذلك أن الظاهر أن الوصف يقوم مقام الرؤية المتحققة في بيع العين الحاضرة و على هذا فيجب أن يعتبر في الرؤية أن يحصل بها الاطلاع على جميع الصفات المعبرة في العين الغائبة مما يختلف الثمن باختلافه. قال في التذكرة يشترط رؤية ما هو مقصود بالبيع كداخل الثوب فلو باع ثوباً مطويماً أو عيناً حاضرة لا يشاهد منها ما يختلف الثمن لأجله كان كبيع الغائب يبطل إن لم يوصف وصفاً يرفع الجهالة انتهى. و حاصل هذا الكلام اعتبار وقوع المشاهدة على ما يعتبر في صحة السلم و بيع الغائب و من المعلوم من السيرة عدم اعتبار الاطلاع بالرؤية على جميع الصفات المعبرة في السلم و بيع العين الغائبة فإنه قد لا يحصل الاطلاع بالمشاهدة على سن الجارية بل و لا على نوعها و لا غيرها من الأمور التي لا يعرفها إلا أهل المعرفة بها فضلاً عن مرتبة كمالها الإنساني المطلوبة في الجوارى المبذول بإزائها الأموال و يبعد كل البعد التزام ذلك أو ما دون ذلك في المشاهدة بل يلزم من ذلك عدم صحة شراء غير العارف بأوصاف المبيع الراجعة إلى نوعه أو صنفه أو شخصه بل هو بالنسبة إلى الأوصاف التي اعتبروها كالأعمى لا بد من مراجعته لبصير عارف و لا أجد في المسألة أوتق من أن يقال إن المعبر هو الغرر العرفي في العين الحاضرة و الغائبة الموصوفة فإن دل على اعتبار أزيد من ذلك حجة معتبرة أخذ به و ليس فيما ادعاه العلامة في التذكرة من الإجماع حجة مع استناده في ذلك إلى كونه غرراً عرفاً حيث قال في أول مسألة اشتراط العلم بالعروضين أنه أجمع علمائنا على اشتراط العلم بالعروضين

ليعرف ما

المكاسب، ج ٣، ص ٢٥٠

ملك بإزاء ما بذل فينتفى الغرر فلا يصح بيع العين الغائبة ما لم تتقدم رؤية أو يوصف وصفاً يرفع الجهالة انتهى. و لا ريب أن المراد بمعرفة ما ملك معرفته على وجه وسط بين طرفي الإجمال و التفصيل ثم إنه يمكن الاستشكال في صحة هذا العقد بأن ذكر الأوصاف لا يخرج البيع عن كونه غرراً لأن الغرر بدون أخذ الصفات من حيث الجهل بصفات المبيع فإذا أخذت فيه مقيداً بها صار مشكوك الوجود لأن العبد المتصف بتلك الصفات مثلاً لا يعلم وجوده في الخارج و الغرر فيه أعظم و يمكن أن يقال إن أخذ الأوصاف في معنى الاشتراط لا التقييد فيبيع العبد مثلاً ملتزماً بكونه كذا و كذا و لا غرر فيه حينئذ عرفاً. و قد صرح في النهاية و المسالك في مسألة ما لو رأى المبيع ثم تغير عما رآه أن الرؤية بمنزلة الاشتراط و لازمه كون الوصف القائم مقام الرؤية اشتراطاً و يمكن أن يقال ببناء هذا البيع على تصديق البائع أو غيره في إخباره باتصاف المبيع بالصفات المذكورة كما يجوز الاعتماد عليه في الكيل و الوزن و لذا ذكروا أنه يجوز مع جهل المتبايعين بصفة العين الغائبة المباعة بوصف ثالث لهما و كيف كان فلا غرر عرفاً في بيع العين الغائبة مع اعتبار الصفات الراجعة للجهالة و لا دليل شرعاً أيضاً على المنع من حيث عدم العلم بوجود تلك الصفات فيتعين الحكم بجوازه مضافاً

إلى الإجماع عليه ممن عدا بعض العامة ثم إن الخيار بين الرد و الإمساك مجانا هو المشهور بين الأصحاب. و صريح السرائر تخييره بين الرد و الإمساك بالأرش و أنه لا- يجبر على أحدهما و يضعف بأنه لا دليل على الأرش. نعم لو كان للوصف المفقود دخل فى الصحة توجه أخذ الأرش لكن بخيار العيب لا- خيار رؤية المبيع على خلاف ما وصفه إذ لو لا الوصف ثبت خيار العيب أيضا و سيجيء عدم اشتراط ذكر الأوصاف الراجعة إلى وصف الصحة و أضعف من هذا ما ينسب إلى ظاهر المقنعة و النهاية و المراسم من بطلان البيع إذ أوجد على خلاف ما وصف لكن الموجود فى المقنعة و النهاية أنه لم يكن على الوصف كان البيع مردودا و لا يبعد كون المراد بالمردود القابل للرد لا الباطل فعلا. و قد عبر فى النهاية عن خيار الغبن بذلك فقال و لا بأس بأن يبيع الإنسان متاعا بأكثر مما يسوى إذا كان المبتاع من أهل المعرفة فإن لم يكن كذلك كان البيع مردودا و على تقدير وجود القول بالبطلان فلا يخفى ضعفه لعدم الدليل على البطلان بعد انعقاده صحيحا عدا ما فى مجمع البرهان- و حاصله وقوع العقد على شىء مغاير للموجود فالمعقود عليه غير موجود و الموجود غير معقود عليه و يضعف بأن محل الكلام فى تخلف الأوصاف التى لا- يوجب مغايرة الموصوف للموجود عرفا بأن يقال إن المبيع فاقد للأوصاف المأخوذة فيه لا إنه مغاير للموجود. نعم لو كان ظهور الخلاف فيما له دخل فى حقيقة المبيع عرفا فالظاهر عدم الخلاف فى البطلان و لو أخذ فى عبارة العقد على وجه الاشتراط كأن يقول بعتك ما فى البيت على أنه عبد حبشى فبان حمارا و حشيا إلا- أن يقال إن الموجود و إن لم يعد مغايرا للمعقود عليه عرفا إلا أن اشتراط اتصافه بالأوصاف فى معنى كون القصد إلى بيعه بانيا على تلك الأوصاف فإذا فقد ما بنى عليه العقد فالمقصود غير حاصل فينبغى بطلان البيع و لذا التزم أكثر المتأخرين بفساد العقد بفساد شرطه فإن قصد الشرط إن كان مؤثرا فى المعقود عليه فالواجب كون تخلفه موجبا لبطلان العقد و إلا لم يوجب فساده فساد العقد بل غاية الأمر ثبوت الخيار و من هنا يظهر أن دفع ما ذكر فى وجه البطلان الذى جعله المحقق الأردبيلي موافقا للعادة. و احتمله العلامة رحمه الله فى النهاية فيما إذا ظهر ما رءاه سابقا على خلاف ما رءاه بأنه اشتباه ناش عن عدم الفرق بين الوصف المعين للكليات و الوصف المعين فى الشخصيات و بين الوصف الذاتى و العرضى و أن أقصى ما هناك كونه من باب تعارض الإشارة و الوصف و الإشارة أقوى مجازفة لا محصل لها و أما كون الإشارة أقوى من الوصف عند التعارض فلو جرى فيما نحن فيه لم يكن اعتبار بالوصف فينبغى لزوم العقد و إثبات الخيار من جهة كونه وصفا لشخص لا شخصا لكلى حتى يتقوم به و كونه عرضيا لا- ذاتيا إعادة للكلام السابق و يمكن أن يقال إن الاستفادة من النصوص و الإجماعات فى الموارد المتفرقة عدم بطلان البيع بمخالفة الصفة المقصودة غير المتقومة للمبيع سواء علم القصد

إليها من الخارج أم اشترطت فى العقد كالحكم بمضى العقد على المعيب مع عدم القصد إلا إلى الصحيح و منه المصراة- و كالحكم فى النص و الفتوى بتبعض الصفقة إذا باع ما يملك و ما لم يملك و غير ذلك فتأمل و سيجيء بعض الكلام فى مسألة الشرط الفاسد إن شاء الله نعم هنا إشكال آخر من جهة تشخيص الوصف الداخلى فى الحقيقة عرفا الموجب ظهور خلافه بطلان البيع و الخارج عنها الموجب ظهور خلافه للخيار فإن الظاهر دخول الذكورة و الأنوثة فى المماليك فى حقيقة المبيع لا فى مثل الغنم و كذا الرومى و الزنجى حقيقتان عرفا و ربما يتغاير الحقيقتان مع كونه فيما نحن فيه من قبيل الأوصاف كما إذا باعه الدهن أو الجبن أو اللبن على أنه من الغنم فبان من الجاموس و كذا لو باعه خل الزبيب فبان من التمر و يمكن إحالة اتحاد الجنس و مغايرته على العرف و إن خالف ضابطه التغاير المذكورة فى باب الربا فتأمل.

### مسألة الأكثر على أن الخيار عند الرؤية فورى

بل نسب إلى ظاهر الأصحاب بل ظاهر التذكرة عدم الخلاف بين المسلمين إلا من أحمد حيث جعله ممتدا بامتداد المجلس الذى وقعت فيه الرؤية و احتمال فى نهاية الأحكام و لم أجد لهم دليلا صالحا على ذلك إلا وجوب الاقتصار فى مخالفة لزوم العقد على المتيقن و يبقى على القائلين بالتراخى فى مثل خيار الغبن و العيب سؤال الفرق بين المقامين مع أن صحیحة جميل المتقدمة فى صدر

المسألة مطلقه يمكن التمسك بعدم بيان مدة الخيار فيها على عدم الفورية وإن كان خلاف التحقيق كما نبهنا عليه في بعض الخيارات المستندة إلى النص. وقد بينا سابقا ضعف التمسك بالاستصحاب في إثبات المكاسب، ج ٣، ص ٢٥١ التراخي وإن استندوا إليه في بعض الخيارات السابقة.

### مسألة يسقط هذا الخيار بترك المبادرة عرفا

على الوجه المتقدم في خيار الغبن و بإسقاطه بعد الرؤية و بالتصرف بعدها و لو تصرف قبلها ففي سقوط الخيار وجوه ثالثها ابتناء ذلك على جواز إسقاط الخيار قولاً قبل الرؤية بناء على أن التصرف إسقاط فعلى و في جواز إسقاطه قبل الرؤية وجهان مبيان على أن الرؤية سبب أو كاشف. قال في التذكرة لو اختار إمضاء العقد قبل الرؤية لم يلزم لتعلق الخيار بالرؤية انتهى. و حكى ذلك من غيرها أيضا و ظاهره أن الخيار يحدث بالرؤية لا أنه يظهر بها و لو جعلت الرؤية شرطا لا سببا أمكن جواز الإسقاط بمجرد تحقق السبب و هو العقد و لا يخلو عن قوة و لو شرط سقوط هذا الخيار ففي فساده و إفساده للعقد كما عن العلامة و جماعة أو عدمهما كما عن النهاية و بعض - أو الفساد دون الإفساد وجوه بل أقوال من كونه موجبا لكون العقد غررا كما في جامع المقاصد من أن الوصف قام مقام الرؤية فإذا شرط عدم الاعتداد به كان المبيع غير مرئى و لا موصوف و من أن دفع الغرر عن هذا البيع ليس بالخيار حتى يثبت بارتفاعه فإن الخيار حكم شرعى لو أثر في دفع الغرر جاز بيع كل مجهول متزلزلا. و العلم بالمبيع لا يرتفع بالتزام عدم الفسخ عند تبين المخالفة فإن الغرر هو الإقدام على شراء العين الغائبة على أى صفة كانت و لو كان الالتزام المذكور مؤديا إلى الغرر لكان اشتراط البراءة من العيوب أيضا مؤديا إليه لأنه بمنزلة بيع الشيء صحيحا أو معيبا بأى عيب كان و لا شك أنه غرر و إنما جاز بيع الشيء غير مشروط بالصحة اعتمادا على أصالة الصحة لا من جهة عدم اشتراط ملاحظة الصحة و العيب في المبيع لأن تخالف أفراد الصحيح و المعيب أفحش من تخالف أفراد الصحيح و اقتصارهم في بيان الأوصاف المعترية في بيع العين الغائبة على ما عدا الصفات الراجعة إلى العيب إنما هو للاستغناء عن تلك الأوصاف بأصالة الصحة لا لجواز إهمالها عند البيع فحينئذ إذا شرط البراءة من العيوب كان راجعا إلى عدم الاعتداد بوجود تلك الأوصاف و عدمها فيلزم الغرر خصوصا على ما حكاه في الدروس عن ظاهر الشيخ و أتباعه من جواز اشتراط البراءة من العيوب فيما لا-قيمة لمكسوره كالبيض و الجوز الفاسدين كذلك حيث إن مرجعه على ما ذكره هنا في اشتراط سقوط خيار الرؤية إلى اشتراط عدم الاعتداد بمالية المبيع و لذا اعترض عليهم الشهيد و أتباعه بفساد البيع مع هذا الشرط لكن مقتضى اعتراضهم فساد اشتراط البراءة من سائر العيوب و لو كان للمعيب قيمة لأن مرجعه إلى عدم الاعتداد بكون المبيع صحيحا و معيبا بأى عيب و الغرر فيه أفحش من البيع مع عدم الاعتداد بكون المبيع الغائب متصفا بأى وصف كان ثم إنه يثبت فساد هذا الشرط لا من جهة لزوم الغرر في البيع حتى يلزم فساد البيع و لو على القول بعدم استلزام فساد الشرط لفساد العقد بل من جهة أنه إسقاط لما لم يتحقق بناء على ما عرفت من أن الخيار إنما يتحقق بالرؤية فلا يجوز إسقاطه قبلها فاشتراط الإسقاط لغو و فساده من هذه الجهة لا يؤثر في فساد العقد فيتعين المصير إلى ثالث الأقوال المتقدمة لكن الإنصاف ضعف وجه هذا القول و أقوى الأقوال أولها لأن دفع الغرر عن هذه المعاملة و إن لم يكن لثبوت الخيار لأن الخيار حكم شرعى لا دخل له في الغرر العرفى المتحقق في البيع إلا أنه لأجل سبب الخيار و هو اشتراط تلك الأوصاف المنحل إلى ارتباط الالتزام العقدي بوجود الصفات لأنها إما شروط للبيع و إما قيود للمبيع كما تقدم سابقا و اشتراط سقوط الخيار راجع إلى الالتزام بالعقد على تقدير وجود تلك الصفات و عدمها و التنافى بين الأمرين واضح و أما قياس هذا الاشتراط باشتراط البراءة فيدفعه الفرق بينهما بأن نفي العيوب ليس مأخوذا في البيع على وجه الاشتراط أو التقييد و إنما اعتمد المشتري فيهما على أصالة الصحة- لا على تعهد البائع لانقائها حتى ينافى ذلك اشتراط براءة البائع عن عهده انتفائها بخلاف الصفات فيما نحن فيه فإن البائع يتعهد لوجودها في المبيع و المشتري يعتمد على هذا التعهد فاشتراط البائع على المشتري عدم تعهده

لها و التزام العقد عليه بدونها ظاهر المنافاة لذلك نعم لو شاهده المشتري و اشتراه معتمدا على أصالة بقاء تلك الصفات فاشترط البائع لزوم العقد عليه و عدم الفسخ لو ظهرت المخالفة كان نظير اشتراط البراءة من العيوب كما أنه لو أخبر بكيله أو وزنه فصدقه المشتري فاشترط عدم الخيار لو ظهر النقص كان مثل ما نحن فيه كما يظهر

من التحرير فى بعض فروع الأخبار بالكيل و الضابط فى ذلك أن كل وصف تعهده البائع و كان رفع الغرر بذلك لم يجز اشتراط سقوط خيار فقده و كل وصف اعتمد المشتري فى رفع الغرر على أمانة أخرى جاز اشتراط سقوط خيار فقده كالأصل أو غلبه مساواة باطن الصبره لظاهرها أو نحو ذلك. و مما ذكرنا وجه فرق الشهيد و غيره فى المنع و الجواز بين اشتراط البراءة من الصفات المأخوذة فى بيع العين الغائبة و بين اشتراط البراءة من العيوب فى العين المشكوك فى صحته و فساده و ظهر أيضا أنه لو تيقن المشتري بوجود الصفات المذكورة فى العقد فى المبيع فالظاهر جواز اشتراط عدم الخيار على تقدير فقدها لأن رفع الغرر ليس بالتزام تلك الصفات بل لعلمه بها و كذا لو اطمأن بوجودها و لم يتيقن. و الضابط كون اندفاع الغرر باشتراط الصفات و تعهدها من البائع و عدمه هذا مع إمكان التزام فساد اشتراط عدم الخيار على تقدير فقد الصفات المعبر علمها فى البيع خرج اشتراط التبرى من العيوب بالنص و الإجماع لأن قاعدة نفي الغرر قابلة للتخصيص كما أشرنا إليه سابقا. و ظهر أيضا ضعف ما يقال من أن الأقوى فى محل الكلام الصحة لصدق تعلق البيع بمعلوم غير مجهول و لو أن الغرر ثابت فى البيع نفسه لم يجد فى الصحة ثبوت الخيار و إلا لصلح ما فيه الغرر من البيع مع اشتراط الخيار و هو معلوم العدم و إقدامه على الرضا بالبيع المشتراط فيه السقوط مع عدم الاطمئنان بالوصف إدخال الغرر عليه من قبل نفسه انتهى. توضيح الضعف أن المجدى فى الصحة ما هو سبب الخيار و هو التزام البائع وجود الوصف لا نفس الخيار

المكاسب، ج ٣، ص ٢٥٢

و أما كون الإقدام من قبل نفسه فلا يوجب الرخصة فى البيع الغررى و المسألة موضع إشكال.

### مسألة لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت و لا بإبدال العين

لأن العقد إنما وقع على الشخصى فتملك غيره يحتاج إلى معاوضة جديدة و لو شرط فى متن العقد الإبدال لو ظهر على خلاف الوصف ففى الدروس أن الأقرب الفساد و لعله لأن البذل المستحق عليه بمقتضى الشرط إن كان بإزاء الثمن فمرجه إلى معاوضة جديدة على تقدير ظهور المخالفة بأن يفسخ البيع بنفسه عند المخالفة و ينعقد بيع آخر فيحصل بالشرط انفساخ عقد و انعقاد عقد آخر كل منهما معلق على المخالفة و من المعلوم عدم نهوض الشرط لإثبات ذلك و إن كان بإزاء المبيع الذى ظهر على خلاف الوصف فمرجه أيضا إلى انعقاد معاوضة تعليق غررية لأن المفروض جهالة المبدل. و على أى تقدير فالظاهر عدم مشروعية الشرط المذكور فيفسد و يفسد العقد و بذلك ظهر ضعف ما فى الحدائق من الاعتراض على الشهيد رحمه الله حيث قال بعد نقل عبارة الدروس و حكمه بالفساد ما لفظه ظاهر كلامه أن الحكم بالفساد أعم من أن يظهر على الوصف أولا و فيه أنه لا موجب للفساد مع ظهوره على الوصف المشروط و مجرد شرط البائع الإبدال مع عدم الظهور على الوصف لا يصلح سببا للفساد لعموم الأخبار المتقدمة. نعم لو ظهر مخالفا فإنه يكون فاسدا من حيث المخالفة و لا- يجبره هذا الشرط لإطلاق الأخبار و الأظهر رجوع الحكم بالفساد فى العبارة إلى الشرط المذكور حيث لا تأثير له مع الظهور و عدمه. و بالجملة فإننى لا أعرف للحكم بفساد العقد فى الصورة المذكورة على الإطلاق و جها يحمل عليه انتهى.

### مسألة الظاهر ثبوت خيار الرؤية فى كل عقد واقع على عين شخصية موصوفة

كالصلح و الإجارة لأنه لو لم يحكم بالخيار مع تبين المخالفة فيما أن يحكم ببطلان العقد لما تقدم عن الأردبيلى فى بطلان بيع العين

الغائبة و إما أن يحكم بلزومه من دون خيار و الأول مخالف لطريقة الفقهاء فى تخلف الأوصاف المشروطة فى المعقود عليه و الثانى فاسد من جهة أن دليل اللزوم هو وجوب الوفاء بالعقد و حرمة النقص و معلوم أن عدم الالتزام بترتب آثار العقد على العين الفاقدة للصفات المشترطة فيها ليس نقضا للعقد بل قد تقدم عن بعض أن ترتيب آثار العقد عليها ليس وفاء و عملا بالعقد حتى يجوز بل هو تصرف لم يدل عليه العقد فيبطل. و الحاصل أن الأمر فى ذلك دائر بين فساد العقد و ثبوته مع الخيار و الأول مناف لطريقة الأصحاب فى غير باب فتعين الثانى.

### مسألة لو اختلفا فقال البائع لم يختلف صفة و قال المشتري قد اختلف

ففى التذكرة قدم قول المشتري- لأصالة براءة ذمته من الثمن فلا يلزمه ما لم يقر به أو يثبت بالبينه و رده فى المختلف فى نظير المسألة بأن إقراره بالشراء إقرار بالاشتغال بالثمن و يمكن أن يكون مراده ببراءة الذمة عدم وجوب تسليمه إلى البائع بناء على ما ذكره فى أحكام الخيار من التذكرة من عدم وجوب تسليم الثمن و لا المثلن فى مدة الخيار و إن تسلم الآخر و كيف كان فيمكن أن يخدم بأن المشتري قد أقر باشتغال ذمته بالثمن سواء اختلف صفة المبيع أم لم يختلف غاية الأمر سلطنته على الفسخ لو ثبت أن البائع التزم على نفسه اتصاف البيع بأوصاف مفقودة كما لو اختلفا فى اشتراط كون العبد كاتباً و حيث لم يثبت ذلك فالأصل عدمه فيبقى الاشتغال لازماً غير قابل للإزالة بفسخ العقد هذا و يمكن دفع ذلك بأن أخذ الصفات فى المبيع و إن كان فى معنى الاشتراط إلا أنه بعنوان التقييد فمرجع الاختلاف إلى الشك فى تعلق البيع بالعين الملحوظ فيها صفات مفقودة أو تعلقه بعين لو حظ فيها الصفات الموجودة أو ما يعمها و اللزوم من أحكام البيع المتعلق بالعين على الوجه الثانى و الأصل عدمه و منه يظهر الفرق بين ما نحن فيه و بين الاختلاف فى اشتراط كتابة العبد و قد تقدم توضيح ذلك و بيان ما قيل أو يمكن أن يقال فى هذا المجال فى مسألة ما إذا اختلفا فى تغيير ما شاهدها قبل البيع

### مسألة لو نسج بعض الثوب فاشتراه على أن ينسج الباقي كأول بطل

كما عن المبسوط و القاضى و ابن سعيد قدس سرهما و العلامة فى كتبه و جامع المقاصد و استدلال عليه فى التذكرة و جامع المقاصد بأن بعضه عين حاضرة و بعضه فى الذمة مجهول. و عن المختلف صحته- و لا يحضرنى الآن حتى أتأمل فى دليله و الذى ذكر للمنع و لا ينهض مانعا فالذى يقوى فى النظر أنه إذا باع البعض المنسوج المنضم إلى غزل معين على أن ينسجه على ذلك المنوال فلا مانع منه و كذا إذا ضم معه مقدارا معيناً كلياً من الغزل الموصوف على أن ينسجه كذلك إذ لا مانع من ضم الكلى إلى الشخصى و إليه ينظر بعض كلمات المختلف فى هذا المقام حيث جعل اشتراط نسج الباقي كاشتراط الخياطة و الصبغ و كذا إذا باعه أذرعاً معلومة منسوجة مع هذا المنسوج بهذا المنوال و لو لم ينسجه فى الصورتين الأوليين على ذلك المنوال ثبت الخيار لتخلف الشرط- و لو لم ينسجه كذلك فى الصورة الأخيرة لم يلزم القبول و بقى على مال البائع و كان للمشتري الخيار فى المنسوج لتبعض الصفة عليه و الله العالم

### السابع خيار العيب

#### إشارة

إطلاق العقد يقتضى وقوعه مبنياً على سلامة العين من العيب و إنما ترك اشتراطه صريحاً اعتماداً على أصالة السلامة و إلا لم يصح



العقد من جهة الجهل بصفة العين الغائبة و هي صحتها التي هي من أهم ما يتعلق به الأغراض و لذا اتفقوا في بيع العين الغائبة على اشتراط ذكر الصفات التي يختلف الثمن باختلافها و لم يذكروا اشتراط صفة الصحة فليس ذلك إلا من حيث الاعتماد في وجودها على الأصل فإن من يشتري عبدا لا يعلم أنه صحيح سوى أم فالج مقعد لا يعتمد في صحته إلا على أصالة السلامة كما يعتمد من شاهد المبيع سابقا على بقائه على ما شاهده فلا يحتاج إلى ذكر تلك الصفات في العقد و كما يعتمد على إخبار البائع بالوزن. قال في التذكرة الأصل في المبيع من الأعيان و الأشخاص - السلامة من العيوب و الصحة فإذا أقدم المشتري على المكاسب، ج ٣، ص ٢٥٣

بذل ماله في مقابلة تلك العين وإنما بنى إقدامه على غالب ظنه المستند إلى أصالة السلامة انتهى. و قال في موضع آخر إطلاق العقد و اشتراط السلامة يقتضيان السلامة على ما مر من القضاء العرفي يقتضى أن المشتري إنما بذل ماله بناء على أصالة السلامة فكأنها مشرطة في نفس العقد انتهى. و مما ذكرنا يظهر أن الانصراف ليس من باب انصراف المطلق إلى الفرد الصحيح ليرد عليه أولا منع الانصراف و لذا لا يجرى في الأيمان و النذور. و ثانيا عدم جريانه فيما نحن فيه لعدم كون المبيع مطلقا بل هو جزئي حقيقي خارجي. و ثالثا بأن مقتضاه عدم وقوع العقد رأسا على المعيب فلا معنى لإمضاء العقد الواقع عليه أو فسخه حتى يثبت التخيير بينهما و دفع جميع هذا بأن وصف الصحة قد أخذ شرطاً في العين الخارجية نظير معرفة الكتاب أو غيرها من الصفات المشروطة في العين الخارجية و إنما استغنى عن ذكر وصف الصحة لاعتماد المشتري في وجودها على الأصل كالعين المرئية سابقا حيث يعتمد في وجود أصلها و صفاتها على الأصل. و لقد أجاد في الكفاية حيث قال إن المعروف بين الأصحاب أن إطلاق العقد يقتضى لزوم السلامة و لو باع كليا حالا أو سلما كان الانصراف إلى الصحيح من جهة ظاهر الإقدام أيضا و يحتمل كونه من جهة الإطلاق - المنصرف إلى الصحيح في مقام الاشتراء و إن لم ينصرف إليه في غير هذا المقام فتأمل ثم إن المصرح به في كلمات جماعة أن اشتراط الصحة في متن العقد يفيد التأكيد لأنه تصريح بما يكون الإطلاق منزلا عليه. و إنما ترك لاعتماد المشتري على أصالة السلامة فلا يحصل من أجل هذا الاشتراط خيار آخر غير خيار العيب كما لو اشترط كون الصبرة كذا و كذا صاعا فإنه لا يزيد على ما إذا ترك الاشتراط و اعتمد على إخبار البائع بالكيل أو اشترط بقاء الشيء على الصفة السابقة المرئية فإنه في حكم ما لو ترك ذلك اعتمادا على أصالة بقائها. و بالجملة فالخيار خيار العيب اشترط الصحة أم لم يشترط. و يؤيده ما ورد من رواية يونس: في رجل اشترى جارية على أنها عذراء فلم يجدها عذراء قال يرد عليه فضل القيمة فإن اقتصره ع على أخذ الأرش الظاهر في عدم جواز الرد يدل على أن الخيار خيار العيب و لو كان هنا خيار تخلف الاشتراط لم يسقط الرد بالتصرف في الجارية بالوطء أو مقدماته و منه يظهر ضعف ما حكاه في المسالك - من ثبوت خيار الاشتراط هنا فلا يسقط الرد بالتصرف و دعوى عدم دلالة الرواية على التصرف أو عدم دلالة على اشتراط البكارة في متن العقد كما ترى.

### مسألة ظهور العيب في المبيع - يوجب تسلط المشتري على الرد و أخذ الأرش

مسألة ظهور العيب في المبيع - يوجب تسلط المشتري على الرد و أخذ الأرش بلا خلاف و يدل على الرد الأخبار المستفيضة الآتية و أما الأرش فلم يوجد في الأخبار ما يدل على التخيير بينه و بين الرد بل ما دل على الأرش يختص بصورة التصرف المانع من الرد فيجوز أن يكون الأرش في هذه الصورة لتدارك ضرر المشتري لا لتعيين أحد طرفي التخيير بتعذر الآخر. نعم في الفقه الرضوي فإن خرج السلعة معييا و علم المشتري بالخيار إليه إن شاء رده و إن شاء أخذه أو رد عليه بالقيمة أرش العيب و ظاهره كما في الحدائق التخيير بين الرد و أخذه بتمام الثمن و أخذ الأرش و يحتمل زيادة الهمزة في لفظة أو و يكون واو العطف فيدل على التخيير بين الرد و الأرش و قد يتكلف لاستنباط هذا الحكم من سائر الأخبار و هو صعب جدا و أصعب منه جعله مقتضى القاعدة - بناء على أن الصحة و إن كانت وصفا فهي بمنزلة الجزء فيتدارك فائته باسترداد ما قبله من الثمن و

يكون الخيار حينئذ لتبعض الصفقة وفيه منع المتمرلة عرفا ولا شرعا ولذا لم يطل البيع فيما قابله من الثمن بل كان الثابت بفواته مجرد استحقاق المطالبة بل لا يستحق المطالبة بعين ما قابله على ما صرح به العلامة وغيره ثم منع كون الجزء الفائت يقابل بجزء من الثمن إذا أخذ وجوده في المبيع الشخصي على وجه الشرطية كما في بيع الأرض على أنها جريان معينة وما نحن فيه من هذا القبيل. وبالجملة فالظاهر عدم الخلاف في المسألة بل الإجماع على التخيير بين الرد والأرض. نعم يظهر من الشيخ في غير موضع من المبسوط أن أخذ الأرض مشروط باليأس عن الرد لكنه مع مخالفته لظاهر كلامه في النهاية وبعض مواضع المبسوط ينافيه إطلاق الأخبار بجواز أخذ الأرض فافهم ثم إن في كون ظهور العيب مثبتا للخيار أو كاشفا عنه ما تقدم في خيار الغبن. وقد عرفت أن الأظهر ثبوت الخيار بمجرد العيب والغبن واقعا وإن كان ظاهر كثير من كلماتهم يوهم حدوثه بظهور العيب خصوصا بعد كون ظهور العيب بمنزلة رؤية المبيع على خلاف ما اشترط. وقد صرح العلامة بعدم جواز إسقاط خيار الرؤية قبلها معللا بأن الخيار إنما يثبت بالرؤية لكن المتفق عليه هنا نصا وفتوى جواز التبري وإسقاط خيار العيب. ويؤيد ثبوت الخيار هنا بنفس العيب أن استحقاق المطالبة بالأرض الذي هو أحد طرفي الخيار لا معنى لثبوته بظهور العيب بل هو ثابت بنفس انتفاء وصف الصحة هذا مضافا إلى أن الظاهر من بعض أخبار المسألة أن السبب هو نفس العيب لكنها لا تدل على العلية التامة فلعل الظهور شرط وكيف كان فالتحقيق ما ذكرنا في خيار الغبن من وجوب الرجوع في كل حكم من أحكام هذا الخيار إلى دليله وأنه يفيد ثبوته بمجرد العيب أو بظهوره والمرجع فيما لا يستفاد من دليله أحد الأمرين هي القواعد فافهم ثم إنه لا فرق في هذا الخيار بين الثمن والمثمن كما صرح به العلامة وغيره هنا وفي باب الصرف فيما إذا ظهر أحد عوضي الصرف معييا والظاهر أنه مما لا خلاف فيه وإن كان مورد الأخبار ظهور العيب في المبيع لأن الغالب كون الثمن نقدا غالبا والمثمن متاعا فيكثر فيه العيب بخلاف النقد

### القول في مسقطات هذا الخيار بطرفيه أو أحدهما

#### مسألة يسقط الرد خاصة بأموار

#### أحدها التصريح بالتزام العقد وإسقاط الرد واختيار الأرض

المكاسب، ج ٣، ص ٢٥٤

ولو أطلق الالتزام بالعقد فالظاهر عدم سقوط الأرض ولو أسقط الخيار فلا يبعد سقوطه.

#### الثاني التصرف في المعيب

عند علمائنا كما في التذكرة وفي السرائر الإجماع على أن التصرف يسقط الرد بغير خلاف منهم ونحوه المسالك وسيأتي الخلاف في الجملة من الإسكافي والشيخين وابن زهرة وظاهر المحقق بل المحقق الثاني واستدل عليه في التذكرة أيضا تبعا للغنية بأن تصرفه فيه رضاء منه به على الإطلاق ولو لا ذلك كان ينبغي له الصبر والثبات حتى يعلم حال صحته وعدمها وبقول أبي جعفر في الصحيح: أيما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار ولم يتبرأ إليه ولم يتبين له فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئا ثم علم بذلك العوار و بذلك العيب فإنه يمضى عليه البيع و يرد عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به.

و يدل عليه مرسله جميل عن أبي عبد الله ع: في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد به عيبا قال إن كان الثوب قائما بعينه رده على صاحبه و أخذ الثمن و إن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ رجع بنقصان العيب هذا و لكن الحكم بسقوط الرد بمطلق التصرف حتى مثل قول المشتري للعبد المشتري ناولني الثوب أو أغلق الباب على ما صرح به العلامة في التذكرة في غاية الإشكال لإطلاق قوله

ع: إن كان الثوب قائما بعينه رده المعتضد بإطلاق الأخبار في الرد خصوصا ما ورد في رد الجارية- بعد ما لم تحض سته أشهر عند المشتري و رد المملوك في أحداث السنه و نحو ذلك مما يبعد التزام التقييد فيه بصورة عدم التصرف فيه بمثل أغلق الباب و نحوه و عدم ما يصلح للتقييد مما استدل به للسقوط فإن مطلق التصرف لا يدل على الرضا خصوصا مع الجهل بالعيب. و أما المرسله فقد عرفت إطلاقها لما يشمل لبس الثوب و استخدام العبد بل و طء الجارية لو لا النص المسقط للخيار به. و أما الصحيحه فلا يعلم المراد من إحداث شيء في المبيع لكن الظاهر بل المقطوع عدم شموله لغه و لا عرفا لمثل استخدام العبد و شبهه مما مر من الأمثله فلا تدل على أزيد مما دل عليه ذيل المرسله من أن العبرة بتغير العين و عدم قيامها بعينها اللهم إلا أن يستظهر بمعونته ما تقدم في خيار الحيوان من النص الدال على أن المراد بإحداث الحدث في المبيع هو أن ينظر إلى ما حرم النظر إليه قبل الشراء فإذا كان مجرد النظر المختص بالمالك حدثا دل على سقوط الخيار هنا بكل تصرف فيكون ذلك النص دليلا على المراد بالحدث هنا و هذا حسن لكن إقامة البيئه على اتحاد معنى الحدث في المقامين مع عدم مساعده العرف على ظهور الحدث في هذا المعنى مشكله ثم إنه إذا قلنا بعموم الحدث في هذا المقام لمطلق التصرف فلا دليل على كونه من حيث الرضا بالعقد فلا يتقيد بالتصرف الدال عليه و إن كان النص في خيار الحيوان دالا على ذلك بقريئه التعليل المذكور فيه على الوجوه المتقدمه هناك في المراد من التعليل لكن كلمات كثير منهم في هذا المقام أيضا يدل على سقوط هذا الخيار بالتصرف من حيث الرضا بل عرفت من التذكرة و الغنيه أن عله السقوط دلالة التصرف نوعا على الرضا و نحوه في الدلالة على كون السقوط بالتصرف من حيث دلالاته على الرضا كلمات جماعه ممن تقدم عليه و من تأخر عنه. قال في المقنعه فإن لم يعلم المبتاع بالعيب حتى أحدث فيه حدثا لم يكن له الرد و كان له أرش العيب خاصه و كذلك حكمه إذا أحدث فيه حدثا بعد العلم و لا يكون إحداثه الحدث بعد المعرفة بالعيب رضاه به منه انتهى. فإن تعليله عدم سقوط الأرش بعدم دلالة الإحداث على الرضا بالعيب ظاهر خصوصا بملاحظه ما يأتي من كلام غيره في أن سقوط الرد بالحدث لدلالاته على الرضا بأصل البيع و مثلها عبارة النهايه من غير تفاوت و قال في المبسوط إذا كان المبيع بهيمه فأصاب بها عيبا كان له ردها فإذا كان في طريق الرد جاز له ركوبها و علفها و سقيها و حلبها و أخذ لبنها و إن نتجت كان له نتاجها كل هذا لأنه ملكه و له فيه فائدته و عليه مئنته و الرد لا يسقط لأنه إنما يسقط الرد بالرضا بالمعيب أو ترك الرد بعد العلم به أو بأن يحدث فيه عيب عنده و ليس هنا شيء من ذلك انتهى و قال في الغنيه و لا يسقط بالتصرف بعد العلم بالعيب حق المطالبه بالأرش لأن التصرف دلالة الرضا بالبيع لا بالعيب انتهى و في السرائر قال في حكم من ظهر على عيب فيما اشتراه و لا يجبر على أحد الأمرين يعنى الرد و الأرش قال هذا إذا لم يتصرف فيه تصرفا يؤذن بالرضا في العاده أو ينقص قيمته بالتصرف انتهى و في الوسيله و يسقط الرد بأحد ثلاثة أشياء بالرضا و بترك الرد بعد العلم به إذا عرف أن له الرد و بحدوث عيب آخر عنده انتهى و هي بعينها كعبارة المبسوط المتقدمه ظاهره في أن التصرف ليس بنفسه مسقطا إلا إذا دل على الرضا. و قال في التذكرة لو ركبها ليسقيها ثم يردها لم يكن ذلك رضاه منه يماسكها و لو حلبها في طريق الرد فالأقوى أنه تصرف يؤذن بالرضا بها. و قال بعض الشافعية لا يكون رضاه يماسكه لأن اللبن ماله قد استوفاه في حال الرد انتهى. و في جامع المقاصد و المسالك في

رد ابن حمزه القائل بأن التصرف بعد العلم يسقط الأرش أيضا- أن التصرف لا يدل على إسقاط الأرش. نعم يدل على الالتزام بالعقد. و في التحرير لو نقل المبيع أو عرضه للبيع أو تصرف فيه بما يدل على الرضا قبل علمه بالعيب و بعده سقط الرد انتهى. و قد ظهر من جميع ذلك أن التصرف من حيث هو ليس مسقطا و إنما هو التزام و رضاه بالعقد فعلا فكل تصرف يدل على ذلك عادة فهو مسقط و ما ليس كذلك فلا دليل على الإسقاط به كما لو وقع نسيانا أو للاختبار و مقتضى ذلك أنه لو وقع التصرف قبل العلم بالعيب لم يسقط خصوصا إذا كان مما يتوقف العلم بالعيب عليه و حصل بقصد الاختبار إلا أن المعروف خصوصا بين العلامه و من تأخر عنه عدم الفرق في السقوط بالتصرف بين وقوعه قبل العلم بالعيب أو بعده- و الذي ينبغي أن يقال و إن كان ظاهر المشهور خلافه- إن التصرف بعد العلم مسقط للرد إذا كان دالا بنوعه على الرضا كدلالة اللفظ على معناه لا مطلق التصرف و الدليل على

المكاسب، ج ٣، ص ٢٥٥

إسقاطه مضافاً إلى أنه التزام فعلي فيدل عليه ما يدل على اعتبار الالتزام إذا دل عليه باللفظ ما تقدم في خيار الحيوان من تعليل السقوط بالحدث بكونه رضاء بالبيع ولذا تعدينا إلى خيار المجلس والشرط وحكما بسقوطهما بالتصرف فكذلك خيار العيب وأما التصرف قبل العلم بالعيب فإن كان مغيراً للعين بزيادة أو نقيصة أو تغيير هيئة أو ناقلاً لها بنقل لازم أو جائز وبالجملة صار بحيث لا يصدق معه قيام الشيء بعينه فهو مسقط أيضاً لمرسلة جميل المتقدمة و يلحق بذلك تعذر الرد بموت أو عتق أو إجازة أو شبه ذلك. و ظاهر المحقق في الشرائع الاقتصار على ذلك حيث قال في أول المسألة و يسقط الرد بإحداثه فيه حدثاً كالعتق وقطع الثوب سواء كان قبل العلم بالعيب أو بعده. و في مسألة رد المملوك من أحداث السنة فلو أحدث ما يغير عينه أو صفته ثبت الأرش انتهى. و هو الظاهر من المحكى عن الإسكافي حيث قال فإن وجد بالسلعة عيباً و قد أحدث فيه ما لا يمكن معه ردها إلى ما كانت عليه قبله كالوطئ للأمة و القطع للثوب أو تعذر الرد بموت أو نحوه كان له فضل ما بين الصحة و العيب انتهى. و هذا هو الذى ينبغي أن يقتصر عليه من التصرف قبل العلم و أما ما عدا ذلك من التصرف قبل العلم كحلب الدابة و ركوبها و شبه ذلك فلا دليل على السقوط به بحيث يطمئن به النفس. و أقصى ما يوجد لذلك صحيحة زارة المتقدمة بضميمة ما تقدم في خيار الحيوان من التمثيل للحدث بالنظر و باللمس و قيام النص و الإجماع على سقوط رد الجارية بوطئها قبل العلم مع عدم دلالة على الالتزام بالبيع و عدم تغييره للعين و إطلاق معقد الإجماع المدعى فى كثير من العبائر كالتذكرة و السرائر و الغنية و غيرها و فى نهوض ذلك كله لتقييد إطلاق أخبار الرد خصوصاً ما كان هذا التقييد فيه فى غاية البعد كالنص برد الجارية بعد ستة أشهر و رد الجارية إذا لم يطأها و رد المملوك من أحداث السنة نظر بل منع خصوصاً معاهد الإجماع فإن نقله الإجماع كالعلامة و الحلوى و ابن زهرة قد صرحوا فى كلماتهم المتقدمة بأن العبرة بالرضا بالعقد فكان دعوى الإجماع وقعت من هؤلاء على السقوط بما يدل على الرضا من التصرف خصوصاً ابن زهرة فى الغنية حيث إنه اختار ما قويناه من التفصيل بين صورتى العلم و الجهل و المغير و غيره حيث قال قدس سره و خامسها يعنى مسقطات الرد التصرف فى المبيع الذى لا يجوز مثله إلا - بملكه أو الإذن الحاصل له بعد العلم بالعيب فإنه يمنع من الرد لشيء من العيوب و لا يسقط حق المطالبة بالأرش لأذن التصرف دلالة الرضا بالبيع لا بالعيب و كذا حكمه إن كان قبل العلم بالعيب و كان مغيراً للعين بزيادة فيه مثل الصبغ للثوب أو نقصان فيه كالقطع للثوب و إن لم يكن كذلك فله الرد بالعيب إذا علمه ما لم يكن وطء الجارية فإنه يمنع من ردها لشيء من العيوب إلا الحبل انتهى كلامه. و قد أجاد قدس سره فيما استفاده من الأدلة و حكى عن المبسوط أيضاً أن التصرف قبل العلم لا يسقط به الخيار لكن صرح بأن الصبغ و قطع الثوب يمنع من الرد بإطلاق التصرف قبل العلم محمول على غير المغير و ظاهر المقنعة و المبسوط أنه إذا وجد العيب بعد عتق العبد و الأمة لم يكن له ردهما و إذا وجد بعد تديبرهما أو هبتهما كان مخيراً بين الرد و أخذ أرش العيب و فرقا بينهما و بين العتق بجواز الرجوع فيهما دون العتق و يردده مع أن مثلهما تصرف يؤذن بالرضا لمرسلة جميل فإن العين مع الهبة و التدبير غير قائمة و جواز الرجوع و عدمه لا دخل له فى ذلك و لذا اعترض عليهما الحلوى بالنقض بما لو باعه بخيار مع أنه لم يقل أحد من الأمة بجواز الرد حينئذ. و قال بعد ما ذكر إن الذى يقتضيه أصول المذهب أن المشتري إذا تصرف فى المبيع أنه لا يجوز له رده و لا خلاف فى أن الهبة و التدبير تصرف. و بالجملة فتعميم الأكثر لأفراد التصرف مع التعميم لما بعد العلم و ما قبله مشكل و العجب من المحقق الثانى أنه تنظر فى سقوط الخيار بالهبة الجائزة مع تصريحه فى مقام آخر بما عليه الأكثر.

### الثالث تلف العين أو صيرورته كالتالف

فإنه يسقط الخيار هنا بخلاف الخيارات المتقدمة غير الساقطة بتلف العين و المستند فيه بعد ظهور الإجماع إناطة الرد فى المرسلة السابقة بقيام العين فإن الظاهر منه اعتبار بقائها فى ملكه فلو تلف أو انتقل إلى ملك الغير أو استؤجر أو رهن أو أبق العبد أو انعق العبد على المشتري فلا رد. و مما ذكرنا ظهر أن عد انعق العبد على المشتري مسقط برأسه كما فى الدروس لا يخلو عن شيء. نعم

ذكر أنه يمكن إرجاع هذا الوجه إلى التصرف و هو أيضا لا يخلو عن شيء و الأولى ما ذكرناه ثم إنه لو عاد الملك إلى المشتري لم يجز رده للأصل - خلافا للشيخ بل المفيد قدس سرهما. فرع لا خلاف نصا و فتوى - في أن وطء الجارية يمنع عن ردها بالعيب سواء قلنا بأن مطلق التصرف مانع أم قلنا باختصاصه بالتصرف الموجب لعدم كون الشيء قائما بعينه غاية الأمر كون الوطى على هذا القول مستثنى عن التصرف غير المغير للعين كما عرفت من عبارة الغنية مع أن العلامة علل المنع في موضع من التذكرة بأن الوطى جنائية و لهذا يوجب غرامة جزء من القيمة كسائر جنائيات المملوك. و قد تقدم في كلام الإسكافي أيضا أن الوطى مما لا يمكن معه رد المبيع إلى ما كان عليه قبله و يشير إليه ما سيجيء في غير واحد من الروايات من قوله معاذ الله أن يجعل لها أجرا فإن فيه إشارة إلى أنه لو ردها لا بد أن يرد معها شيئا تداركا للجنائية - إذ لو كان الوطى مجرد استيفاء منفعة - لم يتوقف ردها إلى رد عوض المنفعة فإطلاق الأجر عليه في الرواية على طبق ما يتراءى في نظر العرف من كون هذه الغرامة كأنها أجره للوطء و حاصل معناه أنه إذا حكمت بالرد مع أرش جنائيتها كان ذلك في الأنظار بمنزلة الأجره و هي ممنوعة شرعا لأن إجاره الفروج غير جائزه و هذا إنما وقع من أمير المؤمنين ع مبني على تقرير رعيته على ما فعله الثاني من تحريم العقد المنقطع فلا يقال إن المتعة مشروعته و قد ورد أن المنقطعات مستأجرات فلا وجه للاستعاذه بالله من جعل الأجره للفروج هذا ما يخطر عاجلا بالبال في معنى هذه الفقرة و الله العالم و كيف كان ففي النصوص المستفيضة

المكاسب، ج ٣، ص ٢٥٦

الواردة في المسألة كفاية ففي صحيحة ابن حازم عن أبي عبد الله ع: في رجل اشترى جارية فوقع عليها قال إن وجد فيها عيبا فليس له أن يردها و لكن يرد عليه بقدر ما نقصها العيب قلت هذا قول أمير المؤمنين ع قال نعم و صحيحة ابن مسلم عن أحدهما ع: أنه سئل عن الرجل يبتاع الجارية فيقع عليها فيجد بها عيبا بعد ذلك قال لا يردها على صاحبها و لكن يقوم ما بين العيب و الصحة و يرد على المبتاع معاذ الله أن يجعل لها أجرا و رواية ميسر عن أبي عبد الله ع قال: كان على لا يرد الجارية بعيب إذا وطئت و لكن يرجع بقيمة العيب و كان يقول معاذ الله أجعل لها أجرا الخير و في رواية طلحة بن زيد عن أبي عبد الله ع قال: قضى أمير المؤمنين ع في رجل اشترى جارية فوطئها ثم رأى فيها عيبا قال تقوم و هي صحيحة و تقوم و بها الداء ثم يرد البائع على المبتاع فضل ما بين الصحة و الداء و ما عن حماد في الصحيح عن أبي عبد الله ع يقول قال علي بن الحسين ع: كان القضاء الأول في الرجل إذا اشترى أمة فوطئها ثم ظهر على عيب أن البيع لازم و له أرش العيب إلى غير ذلك مما سيجيء ثم إن المشهور استثنوا عن عموم هذه الأخبار لجميع أفراد العيب الحمل فإنه عيب إجماعا كما في المسالك إلا أن الوطى لا يمنع من الرد به بل يردها و يرد معها العشر أو نصف العشر على المشهور بينهم و استندوا في ذلك إلى نصوص مستفيضة - منها صحيحة ابن سنان عن أبي عبد الله ع: عن رجل اشترى جارية حبلى و لم يعلم بحبلها فوطئها قال يردها على الذي ابتاعها منه و يرد عليها نصف عشر قيمتها لنكاحها إياها و قد قال علي ع: لا ترد التي ليست بحبلى إذا وطئها صاحبها و يوضع عنه من ثمنها بقدر العيب إن كان فيها و رواية عبد الملك بن عمرو عن أبي عبد الله ع قال: لا ترد التي ليست بحبلى إذا وطئها صاحبها و له أرش العيب و ترد الحبلى و يرد معها نصف عشر قيمتها و زاد في الكافي قال و في رواية أخرى: إن كانت بكرا فعشر قيمتها و إن كانت ثيبا فنصف عشر قيمتها و مرسله ابن أبي عمير عن سعيد بن يسار: قال سألت أبا عبد الله ع عن رجل باع جارية حبلى و هو لا يعلم فينكحها الذي اشترى قال يردها و يرد نصف عشر قيمتها و رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله ع قال: سألت أبا عبد الله ع عن الرجل يشتري الجارية فيقع عليها فيجدها حبلى قال ترد و يرد معها شيئا و صحيحة ابن مسلم عن أبي جعفر ع: في الرجل يشتري الجارية الحبلى فينكحها قال يرد و يكسوها و رواية عبد الملك بن عمرو عن أبي عبد الله ع: في الرجل يشتري الجارية و هي حبلى فيطأها قال يردها و يرد عشر قيمتها هذه جملة ما وقفت عليها من الروايات و قد عمل بها المشهور بل ادعى على ظاهرها الإجماع في الغنية كما عن الانتصار و عدم الخلاف في السرائر خلافا للمحكي عن الإسكافي فحكم بالرد مع كون الحمل من المولى لبطلان بيع أم الولد حيث قال فإن وجد في السلعة عيبا كان عند البائع و قد أحدث المشتري في السلعة ما لا يمكن

ردها إلى ما كانت عليه قبله كالوطئ للأمة أو القطع للثوب أو تلف السلعة بموت أو غيره كان للمشتري فضل ما بين الصحة والعيب دون ردها فإن كان العيب ظهور حمل من البائع وقد وطئها المشتري من غير علم بذلك كان عليه ردها و نصف عشر قيمتها انتهى. واختاره في المختلف وهو ظاهر الشيخ في النهاية حيث قال فإن وجد بها عيبا بعد أن وطئها لم يكن له ردها و كان له أرش العيب خاصة اللهم إلا أن يكون العيب من حبل فيلزمه ردها على كل حال وطئها أم لم يطأها و يرد معها إذا وطئها نصف عشر قيمتها انتهى. ويمكن استفادة هذا من إطلاق المبسوط القول بمنع الوطئ من الرد فإن من البعيد عدم استثناء وطء الحامل و عدم تعرضه لحكمه مع اشتها المسألة في الروايات و أسنن القدماء. و قال في الوسيلة إذا وطئ الأمة ثم علم بها عيبا لم يكن له ردها إلا إذا كان العيب حملا و كان حرا فإنه وجب عليه ردها و يرد معها نصف عشر قيمتها و إن كان الحمل مملوكا

لم يجب ذلك انتهى. و ظاهر الرياض أيضا اختيار هذا القول. و الإنصاف أن ظاهر الأخبار المتقدمة في بادئ النظر و إن كان ما ذكره المشهور إلا أن العمل على هذا الظهور يستلزم مخالفة الظاهر من وجوه أخر أحدها من حيث مخالفة ظهورها في وجوب رد الجارية أو تقييد الحمل بكونه من غير المولى حتى تكون الجملة الخبرية واردة في مقام دفع توهم الحظر الناشئ من الأخبار المتقدمة المانعة من رد الجارية بعد الوطئ إذ لو بقي الحمل على إطلاقه لم يستقم دعوى وقوع الجملة الخبرية في مقام دفع توهم الحظر إذ لا منشأ لتوهم حظر رد الحامل حتى أم الولد فلا بد إما من التقييد أو من مخالفة ظاهر الجملة الخبرية. الثاني مخالفة لزوم العقر على المشتري لقاعدة عدم العقر في وطء الملك أو قاعدة كون الرد بالعيب فسحا من حينه لا من أصله. الثالث مخالفته لما دل على كون التصرف عموما و الوطئ بالخصوص مانعا من الرد. أن الظاهر من قول السائل في مرسله ابن أبي عمير المتقدمة رجل باع جارية حبلى و هو لا يعلم وقوع السؤال عن بيع أم الولد و إلا لم يكن لذكر جهل البائع في السؤال فائدة و يشير إليه ما في بعض الروايات المتقدمة- من قوله يكسوها فإن في ذلك إشارة إلى تشبثها بالحرية للاستيلاء فنسب الكسوة إليها تشبها بالحرائر و لم يصرح بالعقر الذي هو جزء من القيمة. الخامس ظهور هذه الأخبار في كون الرد بعد تصرف المشتري في الجارية بغير الوطئ من نحو اسقنى ماء أو أغلق الباب و غيرهما مما قل أن تنفك عنه الجارية و تقيدها بصورة عدم هذه التصرفات تقييد بالفرض النادر و إنما دعى إلى هذا التقييد في غير هذه الأخبار مما دل على رد الجارية بعد مدة طويلة الدال على اللزوم بالتصرف لكن لا داعى هنا لهذا التقييد إذ يمكن تقييد الحمل بكونه من المولى لتسلم الأخبار عن جميع ذلك. و غاية الأمر تعارض هذه الأخبار مع ما دل على منع الوطئ عن الرد بالعموم من وجه فيبقى ما عدا الوجه الثالث- مرجحا لتقييد هذه الأخبار و لو فرض التكافؤ بين جميع ما تقدم و بين إطلاق الحمل في هذه الأخبار أو ظهور اختصاصه بما لم يكن من المولى و جب الرجوع إلى عموم ما دل على أن إحداث الحدث مسقط- لكونه رضاء بالبيع و يمكن الرجوع إلى ما دل على جواز الرد مع قيام

المكاسب، ج ٣، ص ٢٥٧

العين. نعم لو خدش في عموم ما دل على المنع من الرد بمطلق التصرف و جب الرجوع إلى أصالة جواز الرد الثابت قبل الوطئ لكن يبقى لزوم العقر مما لا- دليل عليه إلا- الإجماع المركب و عدم الفصل بين الرد و العقر فافهم. ثم إن المحكى عن المشهور إطلاق الحكم بوجوب رد نصف العشر بل عن الانتصار و الغنية الإجماع عليه إلا- أن يدعى انصراف إطلاق الفتاوى و مقعد الإجماع كالتصوص إلى الغالب من كون الحامل ثيبا فلا يشمل فرض حمل البكر بالسحق أو بوطء الدبر و لذا ادعى عدم الخلاف في السرائر- على اختصاص نصف العشر بالثيب و ثبوت العشر في البكر بل مقعد إجماع الغنية بعد التأمل موافق للسرائر أيضا حيث ذكر في الحامل أنه يرد معها نصف عشر قيمتها على ما مضى بدليل إجماع الطائفة و مراده بما مضى كما يظهر لمن راجع كلامه ما ذكره سابقا مدعى عليه الإجماع من أنه إذا وطئ المشتري في مدة خيار البائع ففسخ يرد معها العشر إن كانت بكرًا و نصف العشر إن كانت ثيبًا و أما الانتصار فلا يحضرني حتى أراجع و قد عرفت إمكان تنزيل الجميع على الغالب و حينئذ فيكون مرسله الكافي المتقدمة بعد انبجارها بما عرفت من السرائر و الغنية دليلا- على التفصيل في المسألة. كما اختاره جماعة من المتأخرين مضافا إلى ورود العشر في بعض

الروايات المتقدمة المحمولة على البكر إلا أنه بعيد و لذا نسبه الشيخ إلى سهو الراوى فى إسقاط لفظ النصف. و فى الدروس أن الصدوق ذكرها بلفظ النصف و أما ما تقدم مما دل على أنه يرد معها شيئاً فهو بإطلاقه خلاف الإجماع فلا بد من جعله وارداً فى مقام ثبوت أصل العقر لا مقداره و أما ما دل على أنه يكسوها فقد حمل على كسوة تساوى العشر أو نصفه و لا بأس به فى مقام الجمع ثم إن مقتضى الإطلاق جواز الرد و لو مع الوطى فى الدبر- و يمكن دعوى انصرافه إلى غيره- فيقتصر فى مخالفة العمومات على منصرف اللفظ و فى لحوق التقييل و اللبس بالوطء و جهان من الخروج عن مورد النص و من الأولوية و لو انضم إلى الحمل عيب آخر فقد استشكل فى سقوط الرد بالوطء من صدق كونها معيبة بالحمل و كونها معيبة بغيره. و فيه أن كونها معيبة بغير الحمل لا يقتضى إلا عدم تأثير ذلك العيب فى الرد مع التصرف لا نفى تأثير عيب الحمل ثم إن صريح بعض النصوص و الفتاوى و ظاهر باقيا اختصاص الحكم بالوطء مع الجهل بالعيب فلو وطئ عالماً به سقط الرد لكن إطلاق كثير من الروايات يشمل العالم.

#### الرابع من المسقطات حدوث عيب عند المشتري

##### إشارة

و تفصيل ذلك أنه إذا حدث العيب بعد العقد على المعيب فما أن يحدث قبل القبض و إما أن يحدث بعده فى زمان خيار يضمن فيه البائع المبيع أعنى خيار المجلس و الحيوان و الشرط- و إما أن يحدث بعد مضى الخيار و المراد بالعيب الحادث هنا هو الأخير. و أما الأول فلا- خلاف ظاهراً فى أنه لا- يمنع الرد بل فى أنه هو كالموجود قبل العقد حتى فى ثبوت الأرش فيه على الخلاف الآتى فى أحكام القبض و أما الحادث فى زمن الخيار فكذلك لا خلاف فى أنه غير مانع عن الرد بل هو سبب مستقل موجب للرد بل الأرش على الخلاف الآتى فيما قبل القبض بناء على اتحاد المسألتين كما يظهر من بعض و يدل على ذلك ما يأتى من أن الحادث فى زمان الخيار مضمون على البائع و من ماله و معناه ضمانه على الوجه الذى يضمنه قبل القبض بل قبل العقد إلا أن المحكى عن المحقق فى درسه فيما لو حدث فى المبيع عيب أن تأثير العيب الحادث فى زمن الخيار و كذا عدم تأثيره فى الرد بالعيب القديم إنما هو ما دام الخيار فإذا انقضى الخيار كان حكمه حكم العيب المضمون على المشتري قال فى الدروس لو حدث فى المبيع عيب غير مضمون على المشتري لم يمنع من الرد قبل القبض أو فى مدة خيار المشتري المشترط أو بالأصل فله الرد ما دام الخيار فإن خرج الخيار فى الرد خلاف- بين ابن نما و تلميذه المحقق قدس سرهما فجوزه ابن نما لأنه من ضمان البائع و منعه المحقق قدس سره لأن الرد لمكان الخيار و قد زال و لو كان حدوث العيب فى مبيع صحيح فى مدة الخيار فالباب واحد انتهى. لكن الذى حكاه فى اللمعة عن المحقق هو الفرع الثانى و هو حدوث العيب فى مبيع صحيح و لعل الفرع الأول مترتب عليه لأن العيب الحادث إذا لم يكن مضموناً على البائع حتى يكون سبباً للخيار غاية الأمر كونه غير مانع عن الرد بالخيارات الثلاثة كان مانعاً عن الرد بالعيب السابق إذ لا يجوز الرد بالعيب مع حدوث عيب مضمون على المشتري فيكون الرد فى زمان الخيار بالخيار لا بالعيب السابق فمتشأ هذا القول عدم ضمان البائع للعيب الحادث و لذا ذكر فى اللمعة أن هذا من المحقق مناف لما ذكره فى الشرائع من أن العيب الحادث فى الحيوان مضمون على البائع مع حكمه بعدم الأرش ثم إنه ربما يجعل قول المحقق عكساً لقول شيخه و يضعف كلاهما بأن الظاهر تعدد الخيار و فيه أن قول ابن نما رحمه الله لا يأتى عن التعدد كما لا يخفى. و أما الثالث أعنى العيب الحادث فى يد المشتري بعد القبض و الخيار فالمشهور أنه مانع عن الرد بالعيب السابق بل عن شرح الإرشاد لفخر الإسلام و فى ظاهر الغنية الإجماع عليه- و المراد بالعيب هنا مجرد النقص لا خصوص ما يوجب الأرش فيعم عيب الشركة و تبعض الصفقة إذا اشترى اثنان شيئاً فأراد أحدهما رده بالعيب أو اشترى واحد صفقة و ظهر العيب فى بعضه فأراد رد المعيب خاصة و نحوه نسيان العبد الكتابة كما صرح به فى القواعد و غيره و نسيان الدابة للطحن كما صرح به فى جامع المقاصد و يمكن الاستدلال على الحكم فى المسألة بمرسله جميل المتقدم- فإن قيام العين و إن لم يناف بظاهرة مجرد نقص الأوصاف كما اعترف به بعضهم فى مسألة تقديم قول البائع فى قدر الثمن مع قيام العين إلا أن الظاهر منه بقرينة التمثيل

لمقابله بمثل قطع الثوب و خياطته و صبغه ما يقابل تغير الأوصاف و النقص الحاصل و لو لم يوجب أرشا كصنع الثوب و خياطته. نعم قد يتوهم شموله لما يقابل للزيادة كالثمن و تعلم الصنعة لكنه يندفع بأن الظاهر من قيام العين بقاؤه بمعنى أن لا ينقص ماله لا بمعنى أن لا يزيد و لا ينقص كما لا يخفى على المتأمل.

المكاسب، ج ٣، ص ٢٥٨

و استدلال العلامة في التذكرة على أصل الحكم قبل المرسله بأن العيب الحادث يقتضى إتلاف جزء من المبيع فيكون مضمونا على المشتري فيسقط رده للنقص الحاصل في يده فإنه ليس تحمل البائع له بالعيب السابق أولى من تحمل المشتري له للعيب الحادث هذا و لكن المرسله لا تشمل جميع أفراد النقص مثل نسيان الدابة للطحن و شبهه و الوجه المذكور في التذكرة قاصر عن إفادة المدعى لأن المرجع بعد عدم الأولوية من أحد الطرفين إلى أصالة ثبوت الخيار و عدم ما يدل على سقوطه غاية الأمر أنه لو كان الحادث عيبا كان عليه الأرش للبائع إذا رده كما إذا تقايلا أو فسخ أحدهما بخياره بعد تعيب العين أما مثل نسيان الصنعة و شبهه فلا يوجب أرشا بل يردده لأن النقص حدث في ملكه و إنما يضمن وصف الصحة لكونه كالجزة التالف فيرجع البائع بعد الفسخ ببذله. نعم لو علل الرد بالعيب القديم بكون الصبر على المعيب ضررا أمكن أن يقال إن تدارك ضرر المشتري بجواز الرد مع تضرر البائع بالصبر على العيب الحادث مما لا يقتضيه قاعدة نفى الضرر لكن العمدة في دليل الرد هو النص و الإجماع فاستصحاب الخيار عند الشك في المسقط لا بأس به إلا أن الإنصاف أن الاستفادة من التمثيل في الرواية بالصنع و الخياطة هو إناطة الحكم بمطلق النقص. توضيح ذلك أن المراد بقيام العين هو ما يقابل الأعم من تلفها و تغييرها على ما عرفت من دلالة ذكر الأمثلة على ذلك لكن المراد من التغير هو الموجب للنقص لا الزيادة لأن مثل السمن لا يمنع الرد قطعا. و المراد بالنقص هو الأعم من العيب الموجب للأرش فإن النقص الحاصل بالصنع و الخياطة إنما هو لتعلق حق المشتري بالثوب من جهة الصنع و الخياطة و هذا ليس عيبا اصطلاحيا و دعوى اختصاصه بالتغير الخارجى الذى هو مورد الأمثلة فلا يعم مثل نسيان الدابة للطحن يدفعه أن المقصود مجرد النقص مع أنه إذا ثبت الحكم في النقص الحادث و إن لم يكن عيبا اصطلاحيا ثبت في المغير و غيره للقطع بعدم الفرق فإن المحتمل هو ثبوت الفرق في النقص الحادث بين كونه عيبا اصطلاحيا لا يجوز رد العين إلا مع أرشه و كونه مجرد نقص لا يوجب أرشا كنسيان الكتابة و الطحن أما الفرق في أفراد النقص غير الموجب للأرش بين مغير العين حسا و غيره فلا مجال لاحتماله ثم إن ظاهر المفيد في المقنعة المخالفة في أصل المسألة- و أن حدوث العيب لا يمنع من الرد لكنه شاذ على الظاهر ثم مقتضى الأصل عدم الفرق في سقوط الخيار بين بقاء العيب الحادث و زواله فلا يثبت بعد زواله لعدم الدليل على الثبوت بعد السقوط. قال في التذكرة عندنا أن العيب المتجدد مانع عن الرد بالعيب السابق سواء زال أم لا- لكن في التحرير لو زال العيب الحادث عند المشتري و لم يكن بسببه كان له الرد و لا- أرش عليه انتهى. و لعل وجهه أن الممنوع هو رده معيوباً لأجل تضرر البائع و ضمان المشتري لما يحدث و قد انتفى الأمان و لو رضى البائع برده مجبوراً بالأرش أو غير مجبور جاز الرد كما في الدروس و غيره لأن عدم الجواز لحق البائع و إلا فمقتضى قاعدة خيار الفسخ عدم سقوطه بحدوث العيب غاية الأمر ثبوت قيمة العيب و إنما منع من الرد هنا للنص و الإجماع أو للضرر. و مما ذكرنا يعلم أن المراد بالأرش الذى يغرمه المشتري عند الرد قيمة العيب لا الأرش الذى يغرمه البائع للمشتري عند عدم الرد لأن العيب القديم مضمون بضمان المعاوضة و الحادث مضمون بضمان اليد ثم إن صريح المبسوط أنه لو رضى البائع بأخذه معيوباً لم يجز مطالبته بالأرش و هذا أحد المواضع التى أشرنا فى أول المسألة إلى تصريح الشيخ فيها بأن الأرش مشروط باليأس من الرد و ينافيه إطلاق الأخبار بأخذ الأرش.

**تنبيه [هل تبعض الصفة مانع من الرد]**

إشارة

ظاهر التذكرة و الدروس أن من العيب المانع من الرد بالعيب القديم تبعض الصفة على البائع. و توضيح الكلام فى فروع هذه المسألة



أن التعدد المتصور فيه التبعض إما في أحد العوضين و إما في البائع و إما في المشتري. فالأول كما إذا اشترى شيئاً واحداً أو شيئين بثمن واحد من بائع واحد فظهر بعضه معيباً و كذا لو باع شيئاً بثمن فظهر بعض الثمن معيباً. و الثاني كما إذا باع اثنان من واحد شيئاً واحداً فظهر معيباً و أراد المشتري أن يرد على أحدهما نصيبه دون الآخر. و الثالث كما إذا اشترى اثنان من واحد شيئاً فظهر معيباً فاختر أحدهما الرد دون الآخر و ألحق بذلك الوارثان لمشتري واحد للمعيب و أما التعدد في الثمن بأن يشتري شيئاً واحداً بعضه بثمن و بعضه الآخر بثمن آخر فلا إشكال في كون هذا عقدين و لا إشكال في جواز التفريق بينهما

### [التعدد في العوض]

أما الأول فالمعروف أنه لا يجوز التبعض فيه من حيث الرد بل الظاهر المصرح به في كلمات بعض الإجماع عليه - لأن المردود إن كان جزء مشاعاً من المبيع الواحد فهو ناقص من حيث حدوث الشركة و إن كان معيناً فهو ناقص من حيث حدوث التفريق فيه و كل منهما ناقص يوجب الخيار لو حدث في المبيع الصحيح فهو أولى بالمنع عن الرد من نسيان الدابة الطحن و هذا الضرر و إن أمكن جبره بخيار البائع نظير ما إذا كان بعض الصفقة حيواناً فرداً المشتري بخيار الثلاثة إلا أنه يوجب الضرر على المشتري - إذ قد يتعلق غرضه بامساك الجزء الصحيح و يدل عليه النص المنع عن الرد بخيطة الثوب و الصبغ فإن المانع فيهما ليس إلا حصول الشركة في الثوب بنسبة الصبغ و الخيطة لا مجرد تغير الهيئة و لذا لو تغير بما يوجب الزيادة كالمسمن لم يمنع عن الرد قطعاً. و قد يستدل بعد رد الاستدلال بتبعض الصفقة بما ذكرناه مع جوابه بظهور الأدلة في تعلق حق الخيار بمجموع المبيع لا كل جزء منه لا أقل من الشك لعدم إطلاق موثوق به و الأصل للزوم. و فيه مضافاً إلى أن اللازم من ذلك - عدم جواز رد المعيب منفرداً و إن رضى البائع لأن المنع حينئذ لعدم مقتضى الخيار في الجزء لا لوجود المانع عنه و هو لزوم الضرر على البائع حتى ينتفى برضا البائع أنه لا يشك أحد في أن دليل هذا الخيار - كغيره من أدلة جميع الخيارات صريح في ثبوت حق الخيار لمجموع المبيع لا كل جزء و لذا لم يجوز أحد تبعض ذي الخيار أجزاء ماله فيه الخيار و لم يحتمل هنا أحد رد الصحيح دون المعيب و إنما وقع الإشكال في أن محل الخيار هو هذا الشيء المعيوب غاية الأمر أنه يجوز رد الجزء الصحيح معه لثلاث تبعض

المكاسب، ج ٣، ص ٢٥٩

الصفقة عليه و إما لقيام الإجماع على جواز رده و إما لصدق المعيوب على المجموع كما تقدم أو أن محل الخيار هو مجموع ما وقع عليه العقد لكونه معيوباً و لو من حيث بعضه. و بعبارة أخرى الخيار المسبب عن وجود الشيء المعيوب في الصفقة نظير الخيار المسبب عن وجود الحيوان في الصفقة في اختصاصه بالجزء المعنون بما هو سبب للخيار أم لا بل غاية الأمر ظهور النصوص الواردة في الرد في رد البيع الظاهر في تمام ما وقع عليه العقد لكن موردها المبيع الواحد العرفي المتصف بالعيب نظير أخبار خيار الحيوان و هذا المقدار لا يدل على حكم ما لو انضم المعيب إلى غيره بل قد يدل كأخبار خيار الحيوان على اختصاص الخيار بخصوص ما هو متصف بالعيب عرفاً باعتبار نفسه أو جزئه الحقيقي كبعض الثوب لا جزئه الاعتباري كأحد الشئيين الذي هو محل الكلام. و منه يظهر عدم جواز التشبث في المقام بقوله في مرسله جميل إذا كان الشيء قائماً بعينه لأن المراد بالشيء هو المعيب و لا شك في قيامه هنا بعينه. و بالجملة فالعمدة في المسألة مضافاً إلى ظهور الإجماع ما تقدم من أن مرجع جواز الرد منفرداً إلى إثبات سلطنة للمشتري على الجزء الصحيح من حيث إمساكه ثم سلب سلطنته عنه بخيار البائع و منع سلطنته على الرد أولاً أولى و لا أقل من التساوي فيرجع إلى أصالة اللزوم و الفرق بينه و بين خيار الحيوان الإجماع كما أن للشفيع أن يأخذ بالشفعة في بعض الصفقة. و بالجملة فالأصل كاف في المسألة ثم إن مقتضى ما ذكرناه من إلحاق تبعض الصفقة بالعيب الحادث أنه لو رضى البائع بتبعض الصفقة جاز الرد كما في التذكرة معللاً بأن الحق لا يعدوهما و هذا مما يدل على أن محل الخيار هو الجزء المعيب إلا أنه منع من رده نقصه بالانفراد عن باقي المبيع إذ لو كان محله المجموع لم يجوز رد المعيب وحده إلا بالتفاسخ و معه يجوز رد الصحيح منفرداً أيضاً.

## و أما الثاني و هو تعدد المشتري

و أما الثاني و هو تعدد المشتري

بأن اشترى شيئاً واحداً فظهر فيه عيب فإن الأقوى فيه عدم جواز انفراد أحدهما على المشهور كما عن جماعة و استدلل عليه في التذكرة و غيرها بأن التشقيص عيب مانع من الرد - خلافاً للمحكي عن الشيخ في باب الشركة - و الإسكافي و القاضي و الحلبي و صاحب البشري فجوزوا الافتراق. و في التذكرة ليس عندى فيه بعد إذ البائع أخرج العبد إليهما مشقفاً فالشركة حصلت بإيجابه و قواه في الإيضاح لما تقدم من التذكرة و ظاهر هذا الوجه اختصاص جواز التفريق بصورة علم البائع بتعدد المشتري و استجوده في التحرير - و قواه في جامع المقاصد و صاحب المسالك. و قال في المبسوط إذا اشترى الشريكان عبداً بمال الشركة ثم أصابا به عيباً كان لهما أن يرداه و كان لهما أن يمسكاه فإن أراد أحدهما الرد و الآخر الإمساك كان لهما ذلك ثم قال و لو اشترى أحد الشريكين للشركة ثم أصابا به عيباً كان لهما أن يردا و أن يمسكا فإن أراد أحدهما الرد و الآخر الإمساك نظر فإن أطلق العقد و لم يخبر البائع أنه قد اشترى للشركة لم يكن له الرد لأن الظاهر أنه اشتراه لنفسه فإذا ادعى أنه اشتراه له و لشريكه فقد ادعى خلاف الظاهر فلم يقبل قوله و كان القول قول البائع مع يمينه إلى أن قال و إن أخبر البائع بذلك قيل فيه وجهان أحدهما و هو الصحيح أن له الرد لأن الملك بالعقد وقع لاثنتين فقد علم البائع أنه يبيعه من اثنتين و كان لأحدهما أن ينفرد بالرد دون الآخر و قيل فيه وجه آخر و هو أنه ليس له الرد لأن القبول في العقد كان واحداً انتهى. و ظاهر هذه العبارة اختصاص النزاع بما إذا كان القبول في العقد واحداً من اثنتين أما إذا تحقق القبول من الشريكين فلا - كلام في جواز الافتراق ثم الظاهر منه مع اتحاد القبول التفصيل بين علم البائع و جهله لكن التأمل في تمام كلامه قد يعطى التفصيل بين كون القبول في الواقع لاثنتين أو لواحد فإنه قدس سره علل عدم جواز الرد في صورة عدم إخبار المشتري بالاشتراك بأن الظاهر أنه اشتراه لنفسه لا بعدم علم البائع بالتعدد و كذا حكمه قدس سره بتقديم قول البائع بيمينه المستلزم لقبول البيئته من المشتري على أن الشراء بالاشتراك دليل على أنه يجوز التفريق بمجرد ثبوت التعدد في الواقع بالبيئته و إن لم يعلم به البائع إلا أن يحمل اليمين على يمين البائع على نفي العلم و يراد من البيئته البيئته على إعلام المشتري للبائع بالتعدد و كيف كان فمبنى المسألة على ما يظهر من كلام الشيخ على تعدد العقد بتعدد المشتري و وحدته و الأقوى في المسألة عدم جواز الافتراق مطلقاً لأن الثابت من الدليل هنا خيار واحد متقوم باثنتين فليس لكل منهما الاستقلال و لا - دليل على تعدد الخيار هنا إلا إطلاق الفتاوى و النصوص من أن من اشترى معيباً فهو بالخيار الشامل لمن اشترى جزء من المعيب لكن الظاهر بعد التأمل انصرافه إلى غير المقام و لو سلمنا الظهور لكن لا - ريب في أن رد هذا المبيع منفرداً عن المبيع الآخر نقص حدث فيه بل ليس قائماً بعينه و لو بفعل الممسك لحصته و هو مانع من الرد و من ذلك يعلم قوة المنع و إن قلنا بتعدد العقد. و ما ذكره تبعاً للتذكرة من أن التشقيص حصل بإيجاب البائع فيه أنه أخرج غير مبيع و إنما تبعض بالإخراج و المقصود حصوله في يد البائع كما كان قبل الخروج و خلاف ذلك ضرر عليه و علم البائع بذلك ليس فيه إقدام على الضرر إلا على تقدير كون حكم المسألة جواز التبعض و هو محل الكلام. و الحاصل أن الفرق بين هذه المسألة و المسألة الأولى غير وجيه

## و أما الثالث و هو تعدد البائع

فالظاهر عدم الخلاف في جواز التفريق إذ لا ضرر على البائع بالتفريق و لو اشترى اثنان من اثنتين عبداً واحداً فقد اشترى كل من كل ربعاً فإن أراد أحدهما رد ربع إلى أحد البائعين دخل في المسألة الثالثة و لذا لا يجوز لأن المعيار تبعض الصفقة على البائع الواحد.

**مسألة يسقط الأرش دون الرد في موضعين**

### أحدهما إذا اشترى ربويا بجنسه فظهر عيب في أحدهما فلا أرش حذرا من الربا

و يحتمل جواز أخذ الأرش و نفى عنه البأس في التذكرة بعد أن حكاها وجها ثالثا لبعض الشافعية موجها له بأن المماثلة في مال الربا إنما يشترط في ابتداء العقد و قد حصلت و الأرش حق ثبت بعد ذلك لا يقدر في العقد

المكاسب، ج ٣، ص ٢٦٠

السابق انتهى. ثم ذكر أن الأقرب أنه يجوز أخذ الأرش من جنس العوضين لأن الجنس لو امتنع أخذه لا تمتنع أخذ غير الجنس لأنه يكون بيع مال الربا بجنسه مع شيء آخر انتهى. و عن جامع الشرائع حكاية هذا الوجه عن بعض أصحابنا المتقدم على العلامة و حاصل وجهه أن صفة الصحة لم تقابل بشيء من الثمن حتى يكون المقابل للمعيب الفاقد للصحة أنقص منه قدرا بل لم تقابل بشيء أصلا و لو من غير الثمن و إلا ثبت في ذمة البائع و إن لم يختار المشتري الأرش بل الصحة و وصف التزمه البائع في المبيع من دون مقابلته بشيء من المال كسائر الصفات المشترطة في المبيع إلا أن الشارع جوز للمشتري مع تبين فقدته أخذ ما يخصه بنسبة المعاوضة من الثمن أو غيره و هذه غرامة شرعية حكم بها الشارع عند اختيار المشتري لتغريم البائع هذا و لكن يمكن أن يدعى أن الاستفادة من أدلة تحريم الربا و حرمة المعاوضة إلا مثلا بمثل بعد ملاحظة أن الصحيح و المعيب جنس واحد أن وصف الصحة في أحد الجنسين كالمعدوم لا يترتب على فقدته استحقاق عوض و من المعلوم أن الأرش عوض وصف الصحة عرفا و شرعا فالعقد على المتجانسين لا يجوز أن يصير سببا لاستحقاق أحدهما على الآخر زائدا على ما يساوى الجنس الآخر. و بالجملة فبناء معاوضة المتجانسين على عدم وقوع مال في مقابل الصحة المفقودة في أحدهما و المسألة في غاية الإشكال و لا بد من مراجعة أدلة الربا و فهم حقيقة الأرش و سيجيء بعض الكلام فيه إن شاء الله تعالى

### الثاني ما لو لم يوجب العيب نقضا في القيمة

فإنه لا يتصور هنا أرش حتى يحكم بثبوت و قد مثلوا لذلك بالخصاء في العيب و قد يناقش في ذلك بأن الخضاء موجب في نفسه لنقص القيمة لغوات بعض المنافع عنه كالفحولة و إنما يرغب في الخصى قليل من الناس لبعض الأغراض الفاسدة أعنى عدم تستر النساء منه فيكون واسطة في الخدمات بين المرء و زوجته و هذا المقدار لا يوجب زيادة في أصل المالية فهو كعنب معيوب يرغب فيه لجودة خمرة لكن الإنصاف أن الراغب فيه لهذا الغرض حيث يكون كثيرا لا نادرا بحيث لا يقدر في قيمته المتعارفة لو لا هذا الغرض صح أن يجعل الثمن المبذول من الراغبين مقدارا لمالية الخصى فكان هذا الغرض صار غرضا مقصودا متعارفا و صحة الغرض و فساده شرعا لا دخل لها في المالية العرفية كما لا يخفى. و بالجملة فالعبرة في مقدار المالية برغبة الناس في بذل ذلك المقدار من المال بإزائه سواء كان من جهة أغراض أنفسهم أم من جهة بيعه على من له غرض فيه مع كثرة ذلك المشتري و عدم ندرته بحيث يلحق بالانفاقيات.

### مسألة يسقط الرد و الأرش معا بأمر.

### أحدها العلم بالعيب قبل العقد

بلا خلاف و لا إشكال لأن الخيار إنما ثبت مع الجهل و قد يستدل بمفهوم صحیح زارة المتقدمة و فيه نظر و حيث لا يكون العيب المعلوم سببا لخيار فلو اشترط العالم ثبوت خيار العيب مريدا به الخيار الخاص الذي له أحكام خاصة فسد الشرط و أفسد لكونه مخالفا للشرع و لو أراد به مجرد الخيار كان من خيار الشرط و لحقه أحكامه لا أحكام خيار العيب.

## الثاني تبرى البائع عن العيوب

### إشارة

إجماعاً في الجملة على الظاهر المصرح به في محكى الخلاف والغنية ونسبه في التذكرة إلى علمائنا أجمع والأصل في الحكم قبل الإجماع - مضافاً إلى ما في التذكرة من أن الخيار إنما يثبت لاقتضاء مطلق العقد السلامة فإذا صرح البائع بالبراءة فقد ارتفع إطلاق صحيحة زرارة المتقدمة - ومكاتبة جعفر بن عيسى الآتية - ومقتضى إطلاقهما كمعقد الإجماع المحكى عدم الفرق بين التبرى تفصيلاً وإجمالاً - ولا بين العيوب الظاهرة والباطنة لاشتراك الكل في عدم المقتضى للخيار مع البراءة خلافاً للمحكى في السرائر عن بعض أصحابنا من عدم كفاية التبرى إجمالاً. وعن المختلف نسبه إلى الإسكافي وقد ينسب إلى صريح آخر كلام القاضى المحكى في المختلف مع أن المحكى عن كامل القاضى موافقة المشهور. وفي الدروس نسب المشهور إلى أشهر القولين ثم إن ظاهر الأدلة هو التبرى من العيوب الموجودة حال العقد وأما التبرى من العيوب المتجددة الموجبة للخيار فيدل على صحته وسقوط الخيار به عموم المؤمنون عند شروطهم. قال في التذكرة بعد الاستدلال بعموم المؤمنون لا يقال إن التبرى مما لم يوجد يستدعى البراءة مما لم يجب لأننا نقول إن التبرى إنما هو من الخيار الثابت بمقتضى العقد لا من العيب انتهى. أقول المفروض أن الخيار لا يحدث إلا بسبب حدوث العيب والعقد ليس سبباً لهذا الخيار فإسناد البراءة إلى الخيار لا ينفع. وقد اعترف قدس سره في بعض كلماته بعدم جواز إسقاط خيار الرؤية بعد العقد وقبل الرؤية. نعم ذكر في التذكرة جواز اشتراط نفى خيار الرؤية في العقد لكنه مخالف لسائر كلماته وكلمات غيره كالشهيد والمحقق الثاني. وبالجملة فلا فرق بين البراءة من خيار العيوب والبراءة من خيار الرؤية بل الغرر في الأول أعظم إلا أنه لما قام النص والإجماع على صحة التبرى من العيوب الموجودة فلا مناص عن التزام صحته مع إمكان الفرق بين العيوب والصفات المشترطة في العين الغائبة باندفاع الغرر في الأول بالاعتماد على أصالة السلامة فلا يقدح عدم التزام البائع بعدمها بخلاف الثاني فإن الغرر لا يندفع فيه إلا بالتزام البائع بوجودها فإذا لم يلتزم بها لزم الغرر. وأما البراءة عن العيوب المتجددة فلا يلزم من اشتراطها غرر في البيع حتى يحتاج إلى دفع الغرر بأصالة عدمها لأنها غير موجودة بالفعل في المبيع حتى يوجب جهالة

### ثم إن البراءة في هذا المقام يحتمل إضافتها إلى أمور

#### الأول عهدة العيوب

ومعناه تعهد سلامته من العيوب فيكون مرجعه إلى عدم التزام سلامته فلا يترتب على ظهور العيب رد ولا أرش فكأنه باعه على كل تقدير.

#### الثاني ضمان العيب

وهذا أنسب بمعنى البراءة ومقتضاه عدم ضمانه بمال فتصير الصحة كسائر الأوصاف المشترطة في عقد البيع لا يوجب إلا تخيراً بين الرد والإمضاء مجاناً ومرجع ذلك إلى إسقاط أرش العيوب في عقد البيع لا خيارها.

#### الثالث حكم العيب

ومعناه البراءة من الخيار الثابت بمقتضى العقد بسبب العيب والأظهر في العرف هو المعنى الأول والأنسب بمعنى البراءة هو الثاني وقد تقدم عن التذكرة المعنى الثالث وهو بعيد عن اللفظ إلا أن يرجع إلى المعنى الأول والأمر سهل

### ثم إن تبرأ البائع عن المعيوب مطلقاً أو عن عيب خاص إنما يسقط تأثيره من حيث الخيار

أما سائر أحكامه فلا فلو تلف بهذا العيب في أيام خيار المشتري لم يزل

المكاسب، ج ٣، ص ٢٦١

ضمان البائع لعموم النص لكن في الدروس أنه لو تبرأ من عيب فتلّف به في زمن خيار المشتري فالأقرب عدم ضمان البائع - وكذا لو علم المشتري به قبل العقد أو رضى به بعده و تلف في زمان خيار المشتري و يحتمل الضمان لبقاء علاقة الخيار المقتضى لضمان العين معه و أقوى إشكالا ما لو تلف به و بعيب آخر تجدد في الخيار انتهى كلامه رفع مقامه

### ثم إن هنا أموراً يظهر من بعض الأصحاب سقوط الرد و الأرش بها

#### منها زوال العيب قبل العلم به

كما صرح به في غير موضع من التذكرة. و مال إليه في جامع المقاصد و اختاره في المسالك بل و كذا لو زال بعد العلم به قبل الرد و هو ظاهر التذكرة حيث قال في أواخر فصل العيوب لو كان المبيع معيباً عند البائع ثم اقتضه و قد زال عيبه فلا رد لعدم وجبه و سبق العيب لا يوجب خياراً كما لو سبق على العقد ثم زال قبله بل مهما زال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرد سقط حق الرد انتهى. و هو صريح في سقوط الرد و ظاهر في سقوط الأرش - كما لا يخفى على المتأمل خصوصاً مع تفرّعه في موضع آخر قبل ذلك عدم الرد و الأرش معاً على زوال العيب حيث قال لو اشترى عبداً أو حدث في يد المشتري نكتة بياض في عينه و وجد نكتة قديمة ثم زالت إحدهما فقال البائع الزائلة هي القديمة فلا رد و لا أرش و قال المشتري بل الحادثه و لى الرد قال الشافعي يتحالفان إلى آخر ما حكاه عن الشافعي و كيف كان ففي سقوط الرد بزوال العيب وجه لأن ظاهر أدلة الرد خصوصاً بملاحظة أن الصبر على العيب ضرر هو رد المعيوب و هو المتلبس بالعيب لا ما كان معيوباً في زمان فلا يتوهم هنا استصحاب الخيار. و أما الأرش فلما ثبت استحقاق المطالبة به لفوات وصف الصحة عند العقد فقد استقر بالعقد خصوصاً بعد العلم بالعيب و الصحة إنما حدثت في ملك المشتري فبراءة ذمة البائع عن عهدة العيب المضمون عليه يحتاج إلى دليل فالقول بثبوت الأرش و سقوط الرد قوى لو لم يكن تفصيلاً مخالفاً للإجماع و لم أجد من تعرض لهذا الفرع قبل العلامة أو بعده. نعم هذا داخل في فروع القاعدة التي اخترعها الشافعي و هو أن الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد لكن عرفت مراراً أن المرجع في ذلك هي الأدلة و لا منشأ لهذه القاعدة.

#### و منها التصرف بعد العلم بالعيب

فإنه مسقط للأمرين عند ابن حمزة في الوسيلة و لعله لكونه علامة للرضا بالمبيع بوصف العيب و النص المثبت للأرش بعد التصرف ظاهر فيما قبل العلم و رد بأنه دليل الرضا بالمبيع لا بالعيب - و الأولى أن يقال إن الرضا بالعيب لا يوجب إسقاط الأرش و إنما المسقط له إبراء البائع عن عهدة العيب و حيث لم يدل التصرف عليه فالأصل بقاء حق الأرش الثابت قبل التصرف مع أن اختصاص النص بصورة التصرف قبل العلم ممنوع فليراجع.

#### و منها التصرف في المعيب الذي لم ينقص قيمته بالعيب

كالبغل الخصى بل العبد الخصى على ما عرفت فإن الأرش منتف لعدم تفاوت القيمة - و الرد لأجل التصرف. و قد يستشكل فيه من حيث لزوم الضرر على المشتري بصبره على المعيب و فيه أن العيب في مثله لا يعد ضرراً مالياً بالفرض فلا بأس بأن يكون الخيار فيه

كالثابت بالتدليس في سقوطه بالتصرف مع عدم أرش فيه و حله أن الضرر إما أن يكون من حيث القصد إلى ما هو أزيد مالمية من الموجود و إما أن يكون من حيث القصد إلى خصوصية مفقودة في العين مع قطع النظر عن قيمته و الأول مفروض الانتفاء و الثاني قد رضى به و أقدم عليه المشتري بتصرفه فيه بناء على أن التصرف دليل الرضا بالعين الخارجية كما لو رضى بالعبد المشروط كتابته مع تبين عدمها فيه إلا أن يقال إن المقدار الثابت من سقوط الرد بالتصرف هو مورد ثبوت الأرش و إلا فمقتضى القاعدة عدم سقوط الرد بالتصرف كما في غير العيب و التدليس من أسباب الخيار خصوصا بعد تنزيل الصحة فيما نحن فيه منزلة الأوصاف المشترطة التي لا يوجب فواتها أرشا فإن خيار التخلف فيها لا يسقط بالتصرف كما صرح به نعم لو اقتصر في التصرف المسقط على ما يدل على الرضا كان مقتضى عموم ما تقدمه سقوط الرد بالتصرف مطلقا.

### و منها حدوث العيب في المعيب المذكور

و الاستشكال هنا بلزوم الضرر في محله فيحتمل ثبوت الرد مع قيمة النقص الحادث لو كان موجبا له لأن الصحة في هذا المبيع كسائر الأوصاف المشترطة في المبيع التي لا يوجب فواتها أرشا و النص الدال على اشتراط الرد بقيام العين و هي المرسله المتقدمة مختص بمورد إمكان تدارك ضرر الصبر على المعيب بالأرش و الإجماع فيما نحن فيه غير متحقق مع ما عرفت من مخالفة المفيد في أصل المسألة هذا كله مضافا إلى أصالة جواز الرد الثابت قبل حدوث العيب و هي المرجع بعد معارضة الضرر المذكور و يتضرر البائع بالفسخ و نقل المعيب إلى ملكه بعد خروجه عن ملكه سليما عن هذا العيب و كيف كان فلو ثبت الإجماع أو استفيض بنقله على سقوطه الرد بحدوث العيب و التغيير على وجه يشمل المقام و إلا فسقوط الرد هنا محل نظر بل منع.

### و منها ثبوت أحد مانعي الرد في المعيب

الذى لا يجوز أخذ الأرش فيه لأجل الربا. أما المانع الأول فالظاهر أن حكمه كما تقدم في المعيب الذى لا ينقص مالميته فإن المشتري لما أقدم على معاوضة أحد الربويين بالآخر أقدم على عدم مطالبه مال زائد على ما يأخذه بدلا عن ماله و إن كان المأخوذ معينا فيبقى وصف الصحة كسائر الأوصاف التي لا يوجب اشتراطها إلا جواز الرد بلا أرش فإذا تصرف فيه خصوصا بعد العلم تصرفا دالا على الرضا بفاقد الوصف المشترط لزم العقد كما في خيار التدليس بعد التصرف نعم التصرف قبل العلم لا يسقط خيار الشرط كما تقدم. و أما المانع الثانى فظاهر جماعه كونه مانعا فيما نحن فيه من الرد أيضا و هو مبنى على عموم منع العيب الحادث من الرد حتى في صورة عدم جواز أخذ الأرش. و قد عرفت النظر فيه و ذكر في التذكرة وجها آخر لامتناع الرد و هو أنه لو رد فإما أن يكون مع أرش العيب الحادث و إما أن يرد بدونه فإن رده بدونه كان ضررا على البائع و إن رد مع الأرش لزم الربا قال لأن المردود حينئذ يزيد على وزن عوضه و الظاهر أن مراده من ذلك أن رد المعيب لما كان بفسخ المعاوضة و مقتضى المعاوضة بين الصحيح و المعيب من جنس واحد أن لا يضمن وصف الصحة بشيء إذ لو جاز ضمانه لجاز أخذ المشتري الأرش فيما نحن فيه فيكون وصف الصحة في كل من العوضين نظير سائر الأوصاف الغير المضمونه بالمال فإذا حصل

المكاسب، ج ٣، ص ٢٦٢

الفسخ و جب تراد العوضين من غير زيادة و لا نقيصة و لذا يبطل التقايل مع اشتراط الزيادة أو النقيصة في أحد العوضين فإذا استرد المشتري الثمن لم يكن عليه إلا- رد ما قابله لا- غير فإن رد إلى البائع قيمة العيب الحادث عنده كما هو الحكم في غير الربويين إذا حصل العيب عنده لم يكن ذلك إلا باعتبار كون ذلك العيب مضمونا عليه بجزء من الثمن فيلزم وقوع الثمن بإزاء مجموع المثلث و وصف صحته- فينقص الثمن عن نفس المعيب فيلزم الربا فمراد العلامة رحمه الله بلزوم الربا إما لزوم الربا في أصل المعاوضة إذ لو لا ملاحظة جزء من الثمن في مقابلة صفة الصحة لم يكن وجه لغرامة بدل الصفة و قيمتها عند استرداد الثمن و إما لزوم الربا في الفسخ

حيث قوبل فيه الثمن بمقداره من المثلن و زيادة و الأول أولى و مما ذكرنا ظهر ما فى تصحيح هذا بأن قيمة العيب الحادث غرامة لما فات فى يده مضمونا عليه نظير المقبوض بالسوم إذا حدث فيه العيب فلا ينضم إلى المثلن حتى يصير أزيد من المثلن. إذ فيه وضوح الفرق فإن المقبوض بالسوم إنما يتلف فى ملك مالكه فيضمنه القابض و العيب الحادث فى المبيع لا يتصور ضمان المشتري له إلا بعد تقدير رجوع العين فى ملك البائع و تلف وصف الصحة منه فى يد المشتري فإذا فرض أن صحة الصحة لا يقابل بجزء من المال فى عقد المعاوضة الربوية فيكون تلفها فى يد المشتري كنسيان العبد الكتابة لا يستحق البائع عند الفسخ قيمتها. و الحاصل أن البائع لا يستحق من المشتري إلا- ما وقع مقابلا بالمثلن و هو نفس المثلن من دون اعتبار صحته جزء فكأنه باع عبدا كاتباً فقبضه المشتري ثم فسخ أو تفاسخا بعد نسيان العبد الكتابة نعم هذا يصح فى غير الربويين لأن وصف الصحة فيه يقابل بجزء من المثلن فيرد المشتري قيمة العيب الحادث عنده ليأخذ المثلن المقابل لنفس المبيع مع الصحة ثم إن صريح جماعة من الأصحاب عدم الحكم على المشتري بالصبر على المعيب مجانا فيما نحن فيه فذكروا فى تدارك ضرر المشتري وجهين اقتصر فى المبسوط على حكايتهما. أحدهما جواز رد المشتري للمعيب مع غرامة قيمة العيب الحادث لما تقدم إليه الإشارة من أن أرش العيب الحادث فى يد المشتري نظير أرش العيب الحادث فى المقبوض بالسوم فى كونها غرامة تالف مضمون على المشتري لا دخل له فى العوضين حتى يلزم الربا الثانى أن يفسخ البيع لتعذر إمضائه و إلزام المشتري ببده من غير الجنس- معيبا بالعيب القديم و سليما عن الجديد و يجعل بمثابة التالف لامتناع رده بلا أرش و مع الأرش و اختار فى الدروس تبعا للتحرير الوجه الأول مشيرا إلى تضعيف الثانى بقوله لأن تقدير الموجود معدوما خلاف الأصل و تبعه المحقق الثانى معللا- بأن الربا ممنوعة فى المعاوضات لا فى الضمانات و أنه كأرش عيب العين المقبوضة بالسوم إذا حدث فى يد المستام و إن كانت ربوية فكما لا يعد هنا ربا فكذا لا يعد فى صورة النزاع. أقول قد عرفت الفرق بين ما نحن فيه و بين أرش عيب المقبوض بالسوم فإنه يحدث فى ملك مالكه بيد قابضه و العيب فيما نحن فيه يحدث فى ملك المشتري و لا يقدر فى ملك البائع إلا بعد فرض رجوع مقابله من المثلن إلى المشتري و المفروض عدم المقابلة بين شىء منه و بين صحة البيع.

### و منها تأخير الأخذ بمقتضى الخيار

فإن ظاهر الغنية إسقاطه للرد و الأرش كليهما حيث جعل المسقطات خمسة التبرى و الرضا بالعيب و تأخير الرد مع العلم لأنه على الفور بلا خلاف و لم يذكر فى هذه الثلاثة ثبوت الأرش ثم ذكر حدوث العيب و قال ليس له هاهنا إلا الأرش ثم ذكر التصرف و حكم فيه بالأرش فإن فى إلحاق الثالث بالأولين فى ترك ذكر الأرش فيه ثم ذكره فى الأخيرين و قوله ليس له هاهنا ظهورا فى عدم ثبوت الأرش بالتأخير و هذا أحد القولين منسوب خبر بعد خبر إلى الشافعى و لعله لأن التأخير دليل الرضا و يرد بعد تسليم الدلالة أن الرضا بمجرد لا يوجب سقوط الأرش كما عرفت فى التصرف نعم سقوط الرد وحده له وجه كما هو صريح المبسوط و الوسيلة على ما تقدم من عبارتهما فى التصرف المسقط و يحتمله أيضا عبارة الغنية المتقدمة- بناء على ما تقدم فى سائر الخيارات- من لزوم الاقتصار فى الخروج عن أصالة اللزوم على المتيقن السالمة عما يدل على التراخى عدا ما فى الكفاية من إطلاق الأخبار و خصوص بعضها و فيه أن الإطلاق فى مقام بيان أصل الخيار و أما الخبر الخاص فلم أقف عليه و حيثئذ فالقول بالفور وفاقا لمن تقدم للأصل لا يخلو عن قوة مع ما تقدم من نفي الخلاف فى الغنية فى كونه على الفور و لا- يعارضه ما فى المسالك و الحدائق من أنه لا نعرف فيه خلافا لأننا عرفناه و لذا جعله فى التذكرة أقرب و كذا ما فى الكفاية من عدم الخلاف لوجود الخلاف نعم فى الرياض أنه ظاهر أصحابنا المتأخرين كافة و التحقيق رجوع المسألة إلى اعتبار الاستصحاب فى مثل هذا المقام و عدمه. و لذا لم يتمسك فى التذكرة للتراخى إلا- به و إلا- فلا يحصل من فتوى الأصحاب إلا الشهرة بين المتأخرين المستندة إلى الاستصحاب و لا اعتبار بمثلهما. و إن قلنا بحجية الشهرة أو حكاية نفي الخلاف من باب مطلق الظن لعدم الظن كما لا يخفى و الله العالم.

**مسألة [هل يجب الإعلام بالعيب]**

مسألة [هل يجب الإعلام بالعيب]

قال في المبسوط من باع شيئاً فيه عيب لم يبينه فعل محظوراً و كان المشتري بالخيار انتهى. و مثله ما عن الخلاف و في موضع آخر من المبسوط و جب عليه أن يبينه و لا- يكتمه أو يتبرأ إليه من العيوب و الأول أحوط و نحوه عن فقه الراوندى و مثلهما في التحرير و زاد الاستدلال عليه بقوله لثلا- يكون غاشا- و ظاهر ذلك كله عدم الفرق بين العيب الجلى و الخفى و صريح التذكرة و السرائر كظاهر الشرائع الاستحباب مطلقاً. و ظاهر جماعه التفصيل بين العيب الخفى و الجلى فيجب في الأول مطلقاً كما هو ظاهر جماعه أو مع عدم التبرى كما في الدروس فالمحصل من ظاهر كلماتهم خمسة أقوال و الظاهر ابتناء الكل على دعوى صدق الغش و عدمه و الذى يظهر من ملاحظة العرف و اللغة في معنى الغش أن كتمان العيب الخفى و هو الذى لا يظهر بمجرد الاختبار المتعارف قبل البيع غش فإن الغش كما يظهر من اللغة خلاف النصح أما العيب الظاهر فالظاهر أن ترك إظهاره ليس غشاً نعم لو أظهر سلامته عنه على وجه يعتمد عليه كما إذا فتح قرآنا بين يدي العبد الأعمى مظهرًا أنه بصير يقرأ فاعتمد المشتري على ذلك و أهمل اختباره كان غشاً. قال في التذكرة في رد استدلال الشافعى على وجوب إظهار العيب مطلقاً بالغش إن الغش ممنوع بل يثبت في كتمان العيب بعد سؤال المشتري و تبينه و التقصير في

المكاسب، ج ٣، ص ٢٦٣

ذلك من المشتري انتهى. و يمكن أن يحمل بقرينه ذكر التقصير على العيب الظاهر كما أنه يمكن حمل عبارة التحرير المتقدمة المشتملة على لفظ الكتمان و على الاستدلال بالغش على العيب الخفى بل هذا الجمع ممكن في كلمات الأصحاب مطلقاً و من أقوى الشواهد على ذلك أنه حكى عن موضع من السرائر أن كتمان العيوب مع العلم بها حرام و محظور بغير خلاف مع ما تقدم من نسبة الاستحباب إليه فلاحظ ثم التبرى من العيوب هل يسقط وجوب الإعلام في مورده كما عن المشهور أم لا فيه إشكال نشأ من دعوى صدق الغش. و من أن لزوم الغش من جهة ظهور إطلاق العقد في التزام البائع بالصحة فإذا تبرأ من العيوب ارتفع الظهور أو من جهة إدخال البائع للمشتري فيما يكرهه عامداً و التبرى لا يرفع اعتماد المشتري على أصالة الصحة فالتعزير إنما هو لترك ما يصرفه عن الاعتماد على الأصل و الأحوط الإعلام مطلقاً كما تقدم من المبسوط ثم إن المذكور في جامع المقاصد و المسالك و عن غيرهما أنه ينبغي بطلان البيع في مثل شوب اللبن بالماء لأن ما كان من غير الجنس لا يصح العقد فيه و الآخر مجهول إلا أن يقال إن جهالة الجزء غير مانعة إن كانت الجملة معلومة كما لو ضم ماله و مال غيره و باعهما ثم ظهر البعض مستحقاً فإن البيع لا يبطل في ملكه و إن كان مجهولاً قدره وقت العقد انتهى. أقول الكلام في مزج اللبن بمقدار من الماء يستهلك في اللبن و لا يخرج عن حقيقته كالمح الزائد في الخبز فلا- وجه للإشكال المذكور نعم لو فرض المزج على وجه يوجب تعيب الشيء من دون أن يستهلك فيه بحيث يخرج عن حقيقته إلى حقيقته ذلك الشيء توجه ما ذكره في بعض الموارد

**مسائل في اختلاف المتبايعين****إشارة**

مسائل في اختلاف المتبايعين

و هو تارة في موجب الخيار- و أخرى في مسقطه و ثالثة في الفسخ.



**أما الأول [الاختلاف في موجب الخيار]****إشارة**

ففيه مسائل

**الأولى لو اختلفا في تعيب المبيع و عدمه مع تعذر ملاحظته لتلف أو نحوه**

فالقول قول المنكر يمينه.

**الثانية لو اختلفا في كون الشيء عيبا و تعذر تبين الحال لفقد أهل الخبرة**

كان الحكم كسابقه نعم لو علم كونه نقصا كان للمشتري الخيار في الرد دون الأرش لأصالة البراءة.

**الثالثة لو اختلفا في حدوث العيب في ضمان البائع أو تأخره عن ذلك**

بأن حدث بعد القبض و انقضاء الخيار كان القول قول منكر تقدمه للأصل حتى لو علم تاريخ الحدوث و جهل تاريخ العقد لأن أصالة عدم العقد حين حدوث العيب لا يثبت وقوع العقد على المعيب. و عن المختلف أنه حكى عن ابن الجنيدي أنه إن ادعى البائع أن العيب حدث عند المشتري حلف المشتري إن كان منكرًا انتهى. و لعله لأصالة عدم تسليم البائع العين إلى المشتري على الوجه المقصود و عدم استحقاقه الثمن كلا و عدم لزوم العقد نظير ما إذا ادعى البائع تغير العين عند المشتري و أنكر المشتري. و قد تقدم في محله هذا إذا لم تشهد القرينة القطعية مما لا يمكن عادة حصوله بعد وقت ضمان المشتري أو تقدمه عليه و إلا عمل عليها من غير يمين. قال في التذكرة و لو أقام أحدهما بينة عمل بها ثم قال و لو أقام بينة عمل بينة المشتري لأن القول قول البائع لأنه ينكر فالبينه على المشتري و هذا منه مبني على سقوط اليمين عن المنكر بإقامة البينة و فيه كلام في محله و إن كان لا يخلو عن قوة و إذا حلف البائع فلا بد من حلفه على عدم تقدم العيب - أو نفى استحقاق الرد أو الأرش إن كان قد اختبر المبيع و اطلع على خفايا أمره كما يشهد بالإعسار و العدالة و غيرهما مما يكتفى فيه بالاختبار الظاهر. و لو لم يختبر ففي جواز الاستناد في ذلك إلى أصالة عدمه إذا شك في ذلك وجه احتمله في جامع المقاصد و حكى عن جماعة كما يحلف على طهارة المبيع استنادا إلى الأصل و يمكن الفرق بين الطهارة و بين ما نحن فيه بأن المراد بالطهارة في استعمال المتشعبة ما يعم غير معلوم النجاسة لا الظاهر الواقعي كما أن المراد بالملكية و الزوجية ما استند إلى سبب شرعي ظاهري كما تدل عليه رواية جعفر الواردة في جواز الحلف على ملكية ما أخذ من يد المسلمين. و في التذكرة بعد ما حكى عن بعض الشافعية جواز الاعتماد على أصالة السلامة في هذه الصورة قال و عندي فيه نظر أقربه الاكتفاء بالحلف على نفى العلم و استحسنة في المسالك قال لاعتضاده بأصالة عدم التقدم فيحتاج المشتري إلى إثباته و قد سبقه إلى ذلك في الميسية و تبعه في الرياض. أقول إن كان مراده الاكتفاء بالحلف على نفى العلم في إسقاط أصل الدعوى بحيث لا يسمع البينة بعد ذلك ففيه إشكال - نعم لو أريد سقوط الدعوى إلى أن تقوم البينة فله وجه و إن استقر في مفتاح الكرامة أن لا يكتفى بذلك منه فيرد الحاكم اليمين على المشتري فيحلف و هذا أوفق بالقواعد. ثم الظاهر من عبارة التذكرة اختصاص يمين نفى العلم على القول به بما إذا لم يختبر البائع المبيع بل عن الرياض لزوم الحلف مع الاختبار على البت قولًا واحدًا. لكن الظاهر أن المفروض في التذكرة صورة الحاجة إلى يمين نفى العلم إذ مع الاختبار يتمكن من الحلف على البت فلا حاجة إلى عنوان مسألة اليمين على نفى العلم لا أن اليمين على نفى العلم لا يكفي من البائع مع الاختبار فافهم.

فرع لو باع الوكيل فوجد به المشتري عيبا يوجب الرد

رده على الموكل لأنه المالك و الوكيل نائب عنه بطلت وكالته بفعل ما أمر به فلا عهده عليه و لو اختلف الموكل و المشتري في قدم العيب و حدوثه فيحلف الموكل على عدم التقدم كما مر و لا يقبل إقرار الوكيل بقدمه لأنه أجنبي و إذا كان المشتري جاهلا بالوكالة و لم يتمكن الوكيل عن إقامة البينة فادعى على الوكيل بقديم العيب فإن اعترف الوكيل بالتقدم لم يملك الوكيل رده على الموكل لأن إقرار الوكيل بالسبق دعوى بالنسبة إلى الموكل لا يقبل إلا بالبينة فله إحلاف الموكل على عدم السابق لأنه لو اعترف نفع الوكيل بدفع الظلامة عنه فله عليه مع إنكاره اليمين و لو رد اليمين على الوكيل فحلف على السابق أزم الموكل و لو أنكر الوكيل التقدم حلف ليدفع عن نفسه الحق اللازم عليه لو اعترف و لم يتمكن من الرد على الموكل لأنه لو أقر رده عليه و هل للمشتري تحليف الموكل لأنه مقر بالتوكيل الظاهر لا لأن دعواه على الوكيل يستلزم إنكار وكالته و على الموكل يستلزم الاعتراف به- و احتمال في جامع المقاصد ثبوت ذلك له مؤاخذه له بإقراره ثم إذا لم يحلف الوكيل و نكل فحلف المشتري اليمين المردودة و رد العين على الوكيل فهل للوكيل ردها على الموكل أم لا و جهان بناهما في القواعد على كون اليمين المردودة كالبينة فينفذ في حق الموكل أو كإقرار المنكر فلا ينفذ و تنظر فيه في جامع المقاصد بأن كونها كالبينة لا يوجب نفوذها للوكيل على الموكل لأن الوكيل معترف بعدم سبق العيب فلا تنفعه البينة القائمة على السابق الكاذبة باعترافة قال

المكاسب، ج ٣، ص ٢٦٤

اللهم إلا أن يكون إنكاره لسبق العيب استنادا إلى الأصل بحيث لا يتنافى ثبوته و لا دعوى ثبوته كأن يقول لا حق لك على في هذه الدعوى إذ ليس في المبيع عيب ثبت لك به الرد على فإنه لا تمنع حينئذ تخريج المسألة على القولين المذكورين انتهى. و في مفتاح الكرامة أن اعتراضه مبني على كون اليمين المردودة كبينة الراد و المعروف بينهم أنه كبينة المدعى أقول كونه كبينة لا ينافي عدم نفوذها للوكيل المكذب لها على الموكل و تمام الكلام في محله.

#### الرابعة لو رد سلعة بالبيع فأنكر البائع أنها سلعته

قدم قول البائع كذا في التذكرة و الدروس و جامع المقاصد لأصالة عدم حق له عليه و أصالة عدم كونها سلعته و هذا بخلاف ما لو ردها بخيار فأنكر كونها له فاحتمل هنا في التذكرة و القواعد تقديم قول المشتري و نسبه في التحرير إلى القيل لاتفاقهما على استحقاق الفسخ بعد أن احتمال مساواتها للمسألة الأولى أقول النزاع في كون السلعة سلعة البائع يجتمع مع الخلاف في الخيار و مع الاتفاق عليه كما لا يخفى لكن ظاهر المسألة الأولى كون الاختلاف في ثبوت خيار العيب ناشئا عن كون السلعة هذه السلعة المعيوبه أو غيرها و الحكم تقديم قول البائع مع يمينه. و أما إذا اتفقا على الخيار و اختلفا في السلعة فلذى الخيار حينئذ الفسخ من دون توقف على كون هذه السلعة هي المبيعة أو غيرها فإذا فسخ و أراد رد السلعة فأنكرها البائع فلا وجه لتقديم قول المشتري مع أصالة عدم كون السلعة هي التي وقع العقد عليها. نعم استدل عليه في الإيضاح بعد ما قواه بأن الاتفاق منهما على عدم لزوم البيع و استحقاق الفسخ و الاختلاف في موضعين أحدهما خيانة المشتري فيدعيها البائع بتغير السلعة و المشتري ينكرها و الأصل عدمها. الثاني سقوط حق الخيار الثابت للمشتري فالبائع يدعيه و المشتري ينكره و الأصل بقاءه و تبعه في الدروس حيث قال لو أنكر البائع كون المبيع مبيعه حلف و لو صدقه على كون المبيع معيوباً و أنكر تعيين المشتري حلف المشتري انتهى. أقول أما دعوى الخيانة فلو احتاجت إلى الإثبات و لو كان معها أصالة عدم كون المال الخاص هو المبيع لوجب القول بتقديم قول المشتري في المسألة الأولى و إن كانت هناك أصول متعددة على ما ذكرها في الإيضاح و هي أصالة عدم الخيار و عدم حدوث العيب و صحة القبض بمعنى خروج البائع من ضمانه لأن أصالة عدم الخيانة مستندتها ظهور حال المسلم و هو وارد على جميع الأصول العملية نظير أصالة الصحة و أما ما ذكره من أصالة صحة القبض فلم نتحقق معناها و إن فسرناها من قبله بما ذكرنا لكن أصالة الصحة لا تنفع لإثبات لزوم القبض و أما دعوى سقوط حق الخيار فهي إنما تجدى إذا كان الخيار المتفق عليه لأجل العيب كما فرضه في الدروس و إلا فأكثر الخيارات مما أجمع على بقائه مع التلف

على أن أصالة عدم سقوط الخيار لا تثبت إلا بثبوته لا وجوب قبول هذه السلعة إلا من جهة التلازم الواقع بينهما و لعل نظر الدروس إلى ذلك لكن للنظر في إثبات أحد المتلازمين بالأصل الجارى فى الآخر مجال كما نبهنا عليه مرارا.

### و أما الثانى و هو الاختلاف فى المسقط

#### إشارة

ففيه أيضا مسائل -

#### الأولى لو اختلفا فى علم المشتري بالعيب و عدمه

قدم منكر العلم فيثبت الخيار.

#### الثانية لو اختلفا فى زواله قبل علم المشتري أو بعده

على القول بأن زواله بعد العلم لا يسقط الأرش بل و لا الرد ففى تقديم مدعى البقاء فيثبت الخيار لأصالة بقاءه و عدم زواله المسقط للخيار أو تقديم مدعى عدم ثبوت الخيار لأن سببه أو شرطه العلم به حال وجوده و هو غير ثابت فالأصل لزوم العقد و عدم الخيار و جهان أقواهما الأول و العبارة المتقدمة من التذكرة فى سقوط الرد بزوال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرد تومئ إلى الثانى فراجع. و لو اختلفا بعد حدوث عيب جديد و زوال أحد العيين فى كون الزائل هو القديم حتى لا يكون خيار أو الحادث حتى يثبت الخيار فمقتضى القاعدة بقاء القديم الموجب للخيار و لا يعارضه أصالة بقاء الجديد لأن بقاء الجديد لا يوجب بنفسه سقوط الخيار إلا من حيث استلزامه لزوال القديم و قد ثبت فى الأصول أن أصالة عدم أحد الضدين لا يثبت وجود الضد الآخر ليرتب عليه حكمه لكن المحكى فى التذكرة عن الشافعى فى مثله التحالف - قال لو اشترى عبدا و حدث فى يده نكتة بياض بعينه و وجد نكتة قديمة ثم زالت إحداهما فقال البائع الزائلة القديمة فلا رد و لا أرش و قال المشتري بل الحادثة و لى الرد قال الشافعى يحلفان على ما يقولان فإذا حلفا استفاد البائع بيمينه دفع الرد و استفاد المشتري بيمينه أخذ الأرش انتهى.

#### الثالثة لو كان عيب مشاهد غير المتفق عليه

فادعى البائع حدوثه عند المشتري و المشتري سبقه فى الدروس أنه كالعيب المنفرد يعنى أنه يحلف البائع كما لو لم يكن سوى هذا العيب و اختلفا فى السبق و التأخر و لعله لأصالة عدم التقدم و يمكن أن يقال إن عدم التقدم هناك راجع إلى عدم سبب الخيار و أما هنا فلا يرجع إلى ثبوت المسقط بل المسقط هو حدوث العيب عند المشتري و قد مر غير مرة أن أصالة التأخر لا يثبت بها حدوث الحادث فى الزمان المتأخر و إنما يثبت بها عدم التقدم الذى لا يثبت به التأخر ثم قال فى الدروس لو ادعى البائع زيادة العيب عند المشتري و أنكر احتمال حلف المشتري لأن الخيار متيقن و الزيادة موهومة و يحتمل حلف البائع إجراء للزيادة مجرى العيب الجديد. أقول قد عرفت الحكم فى العيب الجديد و إن حلف البائع فيه محل نظر ثم إنه لا بد من فرض المسألة فيما لو اختلفا فى مقدار من العيب موجود زائد على المقدار المتفق عليه أنه كان متقدما أو متأخرا. و أما إذا اختلفا فى أصل الزيادة فلا إشكال فى تقديم قول المشتري.

#### الرابعة لو اختلف فى البراءة قدم منكرها

فيثبت الخيار لأصالة عدمها الحاكمة على أصالة لزوم العقد. وربما يترأى من مكاتبه جعفر بن عيسى خلاف ذلك قال: كتبت إلى أبي الحسن جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد فينادى عليه المنادى فإذا نادى عليه برىء من كل عيب فيه فإذا اشتراه المشتري ورضيه و لم يبق إلا نقد الثمن فربما زهد فيه فإذا زهد فيه ادعى عيوباً وأنه لم يعلم بها فيقول له المنادى قد برئت منها فيقول المشتري لم أسمع البراءة منها أصدق فلا يجب عليه أم لا يصدق فكتب ع أن عليه الثمن الخبر

المكاسب، ج ٣، ص ٢٦٥

و عن المحقق الأردبيلي أنه لا يلتفت إلى هذا الخبر لضعفه مع الكتابة و مخالفة القاعدة انتهى. و ما أبعد ما بينه و بين ما فى الكفاية من جعل الرواية مؤيدة لقاعدة البيئ على ٢٨ و اليمين على من أنكر و فى كل منهما نظر. و فى الحدائق أن المفهوم من مساق الخبر المذكور أن إنكار المشتري إنما وقع مدالسة لعدم رغبته فى المبيع و إلا فهو عالم بتبرى البائع و الإمام ع إنما ألزمه بالثمن من هذه الجهة و فيه أن مراد السائل ليس حكم العالم بالتبرى المنكر له فيما بينه و بين الله بل الظاهر من سياق السؤال استعمال من يقدم قوله فى ظاهر الشرع من البائع و المشتري مع أن حكم العالم بالتبرى المنكر له مكابرة معلوم لكل أحد خصوصاً للسائل كما يشهد به قوله أ يصدق أم لا يصدق الدال على وضوح حكم صورتى صدقه و كذبه و الأولى توجيه الرواية بأن الحكم بتقديم قول المنادى لجريان العادة بنداء الدلال عند البيع بالبراءة من العيوب على وجه يسمعه كل من حضر للشراء فدعوى المشتري مخالفة للظاهر نظير دعوى الغبن و الغفلة عن القيمة ممن لا يخفى عليه قيمة المبيع بقى فى الرواية إشكال آخر من حيث إن البراءة من العيوب عند نداء المنادى لا يجدى فى سقوط خيار العيب بل يعتبر وقوعه فى متن العقد و يمكن التنصيص عنه إما بالتزام كفاية تقدم الشرط على العقد بعد وقوع العقد عليه كما يأتى فى باب الشروط و إما بدعوى أن نداء الدلال بمنزلة الإيجاب لأنه لا ينادى إلا بعد أن يرغب فيه أحد الحضار بقيمته فينادى الدلال و يقول بعتك هذا الموجود بكل عيب و يكرر ذلك مرارا من دون أن يتم الإيجاب حتى يمكن من إبطاله عند زيادة من زاد. و الحاصل جعل ندائه إيجاباً للبيع و لو أبيت إلا عن أن المتعارف فى الدلال كون ندائه قبل إيجاب البيع أمكن دعوى كون المتعارف فى ذلك الزمان غير ذلك مع أن الرواية لا تصرح فيها بكون البراءة فى النداء قبل الإيجاب كما لا يخفى. ثم الحلف هنا على نفى العلم بالبراءة لأنه الموجب لسقوط الخيار لانتفاء البراءة واقعا

### الخامسة لو ادعى البائع رضاء المشتري به بعد العلم أو إسقاط الخيار أو تصرفه فيه أو حدوث عيب عنده حلف المشتري

لأصالة عدم هذه الأمور و لو وجد فى المعيب عيب اختلفاً فى حدوثه و قدمه ففى تقديم مدعى الحدوث لأصالة عدم تقدمه كما تقدم سابقاً فى دعوى تقدم العيب و تأخره أو مدعى عدمه لأصالة بقاء الخيار الثابت بالعقد على المعيب و الشك فى سقوطه بحدوث العيب الآخر فى ضمان المشتري فالأصل عدم وقوع العقد على السليم من هذا العيب حتى يضمه المشتري.

### و أما الثالث [الاختلاف فى الفسخ]

#### إشارة

ففيه مسائل

### الأولى لو اختلفا فى الفسخ فإن كان الخيار باقياً فله إنشاؤه

و فى الدروس أنه يمكن جعل إقراره إنشأ. و لعله لما اشتهر من أن من ملك شيئاً ملك الإقرار به كما لو ادعى الزوج الطلاق و يدل

عليه بعض الأخبار الواردة فيمن أخبر بعق مملوكه ثم جاء العبد يدعى النفقة على أيتام الرجل و أنه رق لهم و سيجىء الكلام فى فروع هذه القاعدة و إن كان بعد انقضاء زمان الخيار- كما لو تلف العين افتقر مدعيه إلى البينة و مع عدمها حلف الآخر على نفى علمه بالفسخ إن ادعى عليه علمه بفسخه ثم إذا لم يثبت الفسخ فهل يثبت للمشتري المدعى للفسخ الأرش- لئلا يخرج من الحقين أم لا- لإقراره بالفسخ. و زاد فى الدروس أنه يحتمل أن يأخذ أقل الأمرين من الأرش و ما زاد على القيمة من الثمن إن اتفق لأنه بزعمه يستحق استرداد الثمن و رد القيمة فيقع التقاص فى قدر القيمة و يبقى قدر الأرش مستحقا على التقديرين انتهى.

### الثانية لو اختلفا فى تأخر الفسخ عن أول الوقت

بناء على فورية الخيار ففى تقديم مدعى التأخير لأصالة بقاء العقد و عدم حدوث الفسخ فى أول الزمان أو مدعى عدمه لأصالة صحة الفسخ وجهان- و لو كان منشأ النزاع الاختلاف فى زمان وقوع العقد مع الاتفاق على زمان الفسخ ففى الحكم بتأخر العقد لتصحيح الفسخ وجه- يضعف بأن أصالة تأخر العقد الراجعة حقيقة إلى أصالة عدم تقدمه على الزمان المشكوك وقوعه فيه لا يثبت وقوع الفسخ فى أول الزمان و هذه المسألة نظير ما لو ادعى الزوج الرجوع فى عدة المطلقة و ادعت هى تأخره عنها.

### الثالثة لو ادعى المشتري الجهل بالخيار أو بفوريته

#### إشارة

بناء على فوريته سمع قوله إن احتمل فى حقه الجهل للأصل. و قد يفصل بين الجهل بالخيار فلا يعذر إلا إذا نشأ فى بلد لا يعرفون الأحكام و الجهل بالفورية فيعذر مطلقا لأنه مما يخفى على العامة

### القول فى ماهية العيب و ذكر بعض أفراده

القول فى ماهية العيب و ذكر بعض أفراده

اعلم أن حكم الرد و الأرش معلق فى الروايات على مفهوم العيب و العوار أما العوار ففى الصحاح أنه العيب و أما العيب فالظاهر من اللغة و العرف أنه النقص عن مرتبة الصحة المتوسطة بينه و بين الكمال فالصحة ما يقتضيه أصل الماهية المشتركة بين أفراد الشئ لو خلى و طبعه و العيب و الكمال يلحقان له لأمر خارج عنه ثم مقتضى حقيقة الشئ قد يعرف من الخارج كمقتضى حقيقة الحيوان الأناسى و غيره فإنه يعلم أن العمى عيب و معرفة الكتابة فى العبد و الطبخ فى الأمة كمال فيهما و قد يستكشف ذلك بملاحظة أغلب الأفراد فإن وجود صفة فى أغلب أفراد الشئ يكشف عن كونه مقتضى الماهية المشتركة بين أفراد و كون التخلف فى النادر لعارض و هذا و إن لم يكن مطردا فى الواقع إذ كثيرا ما يكون أغلب الأفراد متصفة بصفة لأمر عارضى أو لأمر مختلفه إلا أن بناء العرف و العادة على استكشاف حال الحقيقة عن حال أغلب الأفراد و من هنا استمرت العادة على حصول الظن بثبوت صفة الفرد من ملاحظة أغلب الأفراد فإن وجود الشئ فى أغلب الأفراد و إن لم يمكن الاستدلال به على وجوده فى فرد غيرها لاستحالة الاستدلال و لو ظنا بالجزئى على الجزئى إلا أنه يستدل من حال أغلب على حال القدر المشترك ثم يستدل من ذلك على حال الفرد المشكوك إذا عرفت هذا تبين لك الوجه فى تعريف العيب فى كلمات كثير منهم بالخروج عن المجرى الطبيعى و هو ما يقتضيه الخلقة الأصلية و أن المراد بالخلقة الأصلية ما عليه أغلب أفراد ذلك النوع و أن ما خرج عن ذلك بالنقص فهو عيب و ما خرج عنه

المكاسب، ج ٣، ص ٢٦٦

بالمزية فهو كمال فالضعفه إذا لوحظت من حيث الخراج فما عليه أغلب الضياع من مقدار الخراج هو مقتضى طبيعتها فزيادة الخراج

على ذلك المقدار عيب و نقصه عنه كمال و كذا كونها مورد العساكر ثم لو تعارض مقتضى الحقيقة الأصلية و حال أغلب الأفراد التي يستدل بها على حال الحقيقة عرفا رجح الثاني و حكم للشئ بحقيقة ثانوية اعتبارية يعتبر الصحة و العيب و الكمال بالنسبة إليها من هنا لا- يعد ثبوت الخراج على الضيعة عيبا مع أن حقيقتها لا- تقتضى ذلك و إنما هو شئ عرض أغلب الأفراد فصار مقتضى الحقيقة الثانوية فالعيب لا- يحصل إلا بزيادة الخراج على مقتضى الأغلب و لعل هذا هو الوجه في قول كثير منهم بل عدم الخلاف بينهم في أن الثبوت ليس عيبا في الإماء و قد يعكس الأمر فيكون العيب في مقتضى الحقيقة الأصلية و الصحة بالخروج إلى مقتضى الحقيقة الثانوية كالغلفه فإنها عيب في الكبير لكونها مخالفة لما عليه الأغلب إلا أن يقال إن الغلفه بنفسها ليست عيبا إنما العيب كون الأغلف موردا للخطر بختانه و لذا اختص هذا العيب بالكبير دون الصغير و يمكن أن يقال إن العبرة بالحقيقة الأصلية و النقص عنها عيب و إن كان على طبق الأغلب إلا أن حكم العيب لا يثبت مع إطلاق العقد حينئذ لأنه إنما يثبت من جهة اقتضاء الإطلاق للالتزام بالسلامة فيكون كما لو التزمه صريحا في العقد فإذا فرض الأغلب على خلاف مقتضى الحقيقة الأصلية لم يقتض إطلاق ذلك بل اقتضى عكسه التزام البراءة من ذلك النقص فإطلاق العقد على الجارية بحكم الغلبة منزل على التزام البراءة من عيب الثبوت و كذا الغلفه في الكبير فهي أيضا عيب في الكبير لكون العبد معها موردا للخطر عند الختان إلا أن الغالب في المجلوب من بلاد الشرك لما كان هي الغلفه لم يقتض الإطلاق التزام سلامته من هذا العيب بل اقتضى التزام البائع البراءة من هذا العيب فقولهم إن الثبوت ليس عيبا في الإماء و قول العلامة في القواعد إن الغلفه ليست عيبا في الكبير المجلوب لا يبعد إرادتهم نفي حكم العيب من الرد و الأرش لا نفي حقيقته و يدل عليه نفي الخلاف في التحرير عن كون الثبوت ليس عيبا مع أنه في التحرير و التذكرة اختار الأرش مع اشتراط البكارة مع أنه لا- أُرش في تخلف الشرط بلا- خلاف ظاهر. و تظهر الثمرة فيما لو اشترط المشتري البكارة و الختان فإنه يثبت على الوجه الثاني حكم العيب من الرد و الأرش لثبوت العيب غاية الأمر عدم ثبوت الخيار مع الإطلاق لتزله منزله تبرى البائع من هذا العيب فإذا زال مقتضى الإطلاق بالاشتراط ثبت حكم العيب و أما على الوجه الأول فإن الاشتراط لا يفيد الأختيار تخلف الشرط دون الأرش لكن الوجه السابق أقوى و عليه فالعيب إنما يوجب الخيار إذا لم يكن غالبا في أفراد الطبيعة بحسب نوعها أو صنفها و الغلبة الصنفيه مقدمه على النوعية عند التعارض فالثبوت في الصغيرة غير المجلوبه عيب لأنها ليست غالبه في صنفها و إن غلبت في نوعها ثم إن مقتضى ما ذكرنا دوران العيب مدار نقص الشئ من حيث عنوانه مع قطع النظر عن كونه مالا فإن الإنسان الخصى ناقص في نفسه و إن فرض زيادته من حيث كونه مالا و كذا البغل الخصى حيوان ناقص و إن كان زائدا من حيث المالية على غيره و لذا ذكر جماعة ثبوت الرد دون الأرش في مثل ذلك و يحتمل قويا أن يقال إن المناط في العيب هو النقص المالى فالنقص الخلقى غير الموجب للنقص كالخصاء و نحوه ليس عيبا إلا أن الغالب في أفراد الحيوان لما كان عدمه كان إطلاق العقد منزلا على إقدام المشتري على الشراء مع عدم هذا النقص اعتمادا على الأصل و الغلبة فكانت السلامة عنه بمنزلة شرط اشترط في العقد لا يوجب تخلفه إلا خيار تخلف الشرط و تظهر الثمرة في طرو موانع الرد بالعيب بناء على عدم منعها عن الرد بخيار تخلف الشرط فتأمل. و في صورة حصول هذا النقص قبل القبض أو في مدة الخيار فإنه مضمون على الأول بناء على إطلاق كلماتهم أن العيب مضمون على البائع بخلاف الثاني فإنه لا دليل على أن فقد الصفة- المشترطه قبل القبض أو في مدة الخيار مضمون على البائع بمعنى كونه سببا للخيار و للنظر في كلا شقي الثمرة مجال. و ربما يستدل لكون الخيار هنا خيار العيب بما في مرسله السيارى الحاكية لقصة ابن أبي ليلى: حيث قدم إليه رجل خصما له فقال إن هذا باعني هذه الجارية فلم أجد على ركبها حين كشفها شعرا و زعمت أنه لم

يكن لها قط فقال له ابن أبي ليلى إن الناس ليحتالون بهذا بالحيل حتى يذهبوه فما الذي كرهت فقال له أيها القاضي إن كان عيبا فاقض لي به قال فاصبر حتى أخرج إليك فإني أجد أذى في بطني ثم دخل بيته و خرج من باب آخر فأتى محمد بن مسلم الثقفي فقال له أي شئ تروون عن أبي جعفر في المرأة لا تكون على ركبها شعر أ يكون هذا عيبا فقال له محمد بن مسلم أما هذا نصا فلا أعرفه و لكن حدثني أبو جعفر عن أبيه عن آباءه عن النبي ص قال كلما كان في أصل الخلقة فزاد أو نقص فهو عيب فقال له ابن أبي

ليلى حسبك هذا فرجع إلى القوم فقضى لهم بالعيب فإن ظاهر إطلاق الرواية المؤيد بفهم ابن مسلم من حيث نفى نصوصية الرواية في تلك القضية المشعر بظهورها فيها وفهم ابن أبي ليلي من حيث قوله وعمله كون مجرد الخروج عن المجرى الطبيعي عيبا وإن كان مرغوبا فلا. ينقص لأجل ذلك من عوضه كما يظهر من قول ابن أبي ليلي إن الناس ليحتالون إلخ و تقرير المشتري له في رده لكن الإنصاف عدم دلالة الرواية على ذلك. أما أولا فلأن ظاهر الحكاية إن رد المشتري لم يكن لمجرد عدم الشعر بل لكونها في أصل الخلقة كذلك الكاشف عن مرض في العضو أو في أصل المزاج كما يدل عليه عدم اكتفائه في عذر الرد بقوله لم أجد على ركبها شعرا حتى ضم إليه دعواه أنه لم يكن لها قط وقول ابن أبي ليلي إن الناس ليحتالون في ذلك حتى يذهبوه لا يدل على مخالفة المشتري في كشف ذلك عن المرض وإنما هي مغالطة عليه تفصيا عن خصومته لعجزه عن حكمها والاحتياط لا ذهاب شعر الركب لا يدل على أن عدمه في أصل الخلقة شيء مرغوب فيه كما أن احتيالهم لإذهاب شعر الرأس لا يدل على كون عدمه من أصله لقرع أو شبهه أمرا مرغوبا فيه. وبالجملة الثالث من الرواية هو كون عدم الشعر على الركب مما يقطع أو يحتمل كونه لأجل مرض عيبا وقد عد من العيوب الموجبة للأرش ما هو أدون من ذلك وأما ثانيا فلأن قوله ع فهو عيب إنما

المكاسب، ج ٣، ص ٢٦٧

يراد به بيان موضوع العيب توطئة لثبوت أحكام العيب له والغالب الشائع المتبادر في الأذهان هو رد المعيوب ولذا اشتهر كل معيوب مردود وأما باقي أحكام العيب وخياره مثل عدم جواز رده بطرود موانع الرد بخيار العيب و كونه مضمونا على البائع قبل القبض و في مدة الخيار فلا يظهر من الرواية ترتبها على العيب فتأمل.

و أما ثالثا فلأن الرواية لا تدل على الزائد عما يدل عليه العرف لأن المراد بالزيادة والنقيصة على أصل الخلقة ليس مطلق ذلك قطعاً فإن زيادة شعر رأس الجارية أو حده بصر العبد أو تعلمهما للصنعة والطبخ وكذا نقص العبد بالختان و حلق الرأس ليس عيبا قطعاً فتعين أن يكون المراد بها الزيادة والنقيصة الموجبتين لنقص في الشيء من حيث الآثار والخواص المترتبة عليه ولازم ذلك نقصه من حيث المالية لأن المال المبذول في مقابل الأموال بقدر ما يترتب عليها من الآثار والمنافع. وأما رابعا فلأننا لو سلمنا -مخالفة الرواية للعرف في معنى العيب فلا- تنهض لرفع اليد بها عن العرف المحكم في مثل ذلك لو لا- النص المعتبر لا- مثل هذه الرواية الضعيفة بالإرسال فافهم. وقد ظهر مما ذكرنا أن الأولى في تعريف العيب ما في التحرير والقواعد من أنه نقص في العين أو زيادة فيها يقتضى النقيصة المالية في عادات التجار ولعله المراد بما في الرواية كما عرفت ومراد كل من عبر بمثلها ولذا قال في التحرير بعد ذلك وبالجملة كلما زاد أو نقص عن أصل الخلقة والقيد الأخير لإدراج النقص الموجب لبذل الزائد لبعض الأغراض كما قد يقال ذلك في العبد الخصى ولا ينافيه ما ذكره في التحرير من أن عدم الشعر على العانة عيب في العبد والأمة لأنه مبني على ما ذكرنا في الجواب الأول عن الرواية من أن ذلك كاشف أو موهم لمرض في العضو أو المزاج لا على أنه لا يعتبر في العيب النقيصة المالية. و في التذكرة بعد أخذ نقص المالية في تعريف العيب وذكر كثير من العيوب والضابط أنه يثبت الرد بكل ما في المعقود عليه من منقص القيمة أو العين نقصا يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب في أمثال المبيع عدمه انتهى كلامه و ما أحسنه حيث لم يجعل ذلك تعريفا للعيب بل لما يوجب الرد فيدخل فيه مثل خصاء العبد كما صرح به في التذكرة معللا بأن الغرض قد يتعلق بالفحولة وإن زادت قيمته باعتبار آخر وقد دخل المشتري على ظن السلامة انتهى. و يخرج منه مثل الشبوبة والغلفة في المجلوب و لعل من عيب العيب لما لا يوجب نقص المالية كما في المسالك و عن جماعة أراد به مجرد موجب الرد لا العيب الذي يترتب عليه كثير من الأحكام كسقوط خياره بتصرف أو حدوث عيب أو غير ذلك و عليه يبنى قول جامع المقاصد كما عن تعليق الإرشاد حيث ذكر أن اللازم تقييد قول العلامة يوجب نقص المالية بقوله غالبا ليندرج مثل الخصاء والجب لأن الاستفادة من ذكر بعض الأمثلة أن الكلام في موجبات الرد لا خصوص العيب و يدل على ذلك أنه قيد كون عدم الختان في الكبير المجلوب من بلاد الشرك ليس عيبا بعلم المشتري بجلبه إذ ظاهره أنه مع عدم العلم عيب فلو لا أنه أراد بالعيب مطلق ما يوجب الرد لم يكن معنى لدخل علم المشتري و

جهله في ذلك

### الكلام في بعض أفراد العيب

#### مسألة لا إشكال و لا خلاف في كون المرض عيبا

و إطلاق كثير و تصريح بعضهم يشمل حمى يوم بأن يجده في يوم البيع قد عرض له الحمى و إن لم يكن نوبة له في الأسبوع. قال في التذكرة الجذام و البرص و العمى و العور و العرج و القرن و الفتق و الرتق- و القرع و الصمم و الخرس عيوب إجماعا و كذا أنواع المرض سواء استمر كما في الأمراض أو كان عارضا و لو حمى يوم و الإصبع الزائدة و الحول و الحوص و السبل و استحقاق القتل في الردة أو القصاص و القطع بالسرقة أو الجنائية و الاستسعاء في الدين عيوب إجماعا ثم إن عد حمى اليوم المعلوم كونها حمى يوم يزول في يومه و لا يعود مبنى على عد موجبات الرد لا العيوب الحقيقية لأن ذلك ليس منقضا للقيمة.

#### مسألة الحبل عيب في الإماء

كما صرح به جماعة و في المسالك الإجماع عليه في مسألة رد الجارية الحامل بعد الوطى و يدل عليه الأخبار الواردة في تلك المسألة و علله في التذكرة باشماله على تغرير النفس لعدم يقين السلامة بالوضع هذا مع عدم كون الحمل للبائع و إلا فالأمر أوضح و يؤيده عجز الحامل عن كثير من الخدمات و عدم قابليتها للاستيلاء إلا بعد الوضع أما في غير الإماء من الحيوانات ففي التذكرة أنه ليس بعيب و لا- يوجب الرد بل ذلك زيادة في المبيع إن قلنا بدخول الحمل في بيع الحامل كما هو مذهب الشيخ. و قال بعض الشافعية يرد به و ليس بشيء انتهى. و رجح المحقق الثاني كونه عيبا- و إن قلنا بدخول الحمل في بيع الحامل لأنه و إن كان زيادة من وجه إلا أنه نقيصه من وجه آخر لمنع الانتفاع بها عاجلا و لأنه لا يؤمن عليها من أداء الوضع إلى الهلاك و الأقوى على قول الشيخ ما اختاره في التذكرة لعدم النقص في المالية بعد كونه زيادة من وجه آخر و أداء الوضع إلى الهلاك نادر في الحيوانات لا يعاب به. نعم عدم التمكن من بعض الانتفاعات نقص يوجب الخيار دون الأرش كوجدان العين مستأجرة و كيف كان فمقتضى كون الحمل عيبا في الإماء أنه لو حملت الجارية المعيبة عند المشتري لم يجز ردها لحدوث العيب في يده سواء نقصت بعد الولادة أم لا لأن العيب الحادث مانع و إن زال على ما تقدم من التذكرة. و في التذكرة لو كان المعيب جارية معيبة فحبلت و ولدت في يد المشتري فإن نقصت بالولادة سقط الرد بالعيب القديم و كان له الأرش و إن لم تنقص فالأولى جواز ردها وحدها من دون الولد إلى أن قال و كذا حكم الدابة- لو حملت عند المشتري و ولدت فإن نقصت بالولادة فلا رد و إن لم تنقص ردها دون ولدها لأنه للمشتري انتهى و في مقام آخر لو اشترى جارية حائلا أو بهيمة حائلا فحبلت ثم اطلع على عيب فإن نقصت بالحمل فلا رد إن كان الحمل في يد المشتري و به قال الشافعي و إن لم تنقص أو كان الحمل في يد البائع فله الرد انتهى و في الدروس لو حملت إحداها يعني الجارية و البهيمة عند المشتري لا يتصرفه بالحمل له فإن فسخ رد الأم ما لم ينقص بالحمل أو الولادة و ظاهر القاضى أن الحمل عند المشتري يمنع الرد لأنه إما بفعله أو إهمال المراعاة حتى ضربها الفحل و كلاهما تصرف انتهى. لكن صرح في

المكاسب، ج ٣، ص ٢٦٨

المبسوط باستواء البهيمه و الجارية- في أنه إذا حملت إحداها عند المشتري و ولدت و لم تنقص بالولادة فوجد فيها عيبا رد الأم دون الولد و ظاهر ذلك كله خصوص نسبة منع الرد إلى خصوص القاضى و خصوصا مع استدلاله على المنع بالتصرف لا حدوث العيب



تسالمهم على أن الحمل الحادث عند المشتري في الأمة ليس في نفسه عيبا بل العيب هو النقص الحادث بالولادة و هذا مخالف للأخبار المتقدمة في رد الجارية الحامل الموطوءة من عيب الحبل و للإجماع المتقدم عن المسالك و تصريح هؤلاء يكون الحبل عيبا يرد منه لاشتماله على التغيير بالنفس و الجمع بين كلماتهم مشكل خصوصا بملاحظة العبارة الأخيرة المحكية عن التذكرة من إطلاق كون الحمل عند البائع عيبا و إن لم ينقص و عند المشتري بشرط النقص من غير فرق بين الجارية و البهيمة مع أن ظاهر العبارة الأولى كالحرير و القواعد الفرق فراجع قال في القواعد لو حملت غير الأمة عند المشتري من غير تصرف فالأقرب أن للمشتري الرد بالعيب السابق لأن الحمل زيادة انتهى و هذا بناء منه أن الحمل ليس عيبا في غير الأمة. و في الإيضاح أن هذا بناء على قول الشيخ في كون الحمل تابعا للحامل في الانتقال ظاهر و أما عندنا فالأقوى ذلك لأنه كالثمرة المتجددة على الشجرة- و كما لو أطارت الريح ثوبا للمشتري في الدار المبتاعة و الخيار له فلا يؤثر و يحتمل عدمه لحصول خطر ما و لنقص منافعتها لا تقدر على الحمل العظيم انتهى. و مما ذكرنا ظهر الوهم فيما نسب إلى الإيضاح من أن ما قربه في القواعد مبنى على قول الشيخ من دخول الحمل في بيع الحامل. نعم ذكر في جامع المقاصد أن ما ذكره المصنف إن تم فإنما يخرج على قول الشيخ من كون المبيع في زمن الخيار ملكا للبائع بشرط تجدد الحمل في زمان الخيار و لعله فهم من العبارة رد الحامل مع حملها على ما يترأى من تعليقه بقوله لأن الحمل زيادة يعنى أن الحامل ردت إلى البائع مع الزيادة لا مع النقيصة لكن الظاهر من التعليل كونه تعليلا لعدم كون الحمل عيبا في غير الأمة و كيف كان فالأقوى في مسألة حدوث حمل الأمة عدم جواز الرد ما دام الحمل و ابتناء حكمها بعد الوضع و عدم النقص على ما تقدم من أن زوال العيب الحادث يؤثر في جواز الرد أم لا- و أما حمل غير الأمة فقد عرفت أنه ليس عيبا موجبا للأرث لعدم الخطر فيه غالبا و عجزها عن تحمل بعض المشاق لا- يوجب إلا- فوات بعض المنافع الموجب للتخيير في الرد دون الأرث لكن لما كان المراد بالعيب الحادث المانع عن الرد ما يعم نقص الصفات غير الموجب للأرث و كان محققا هنا مضافا إلى نقص آخر و هو كون المبيع متضمنا لمال الغير لأن المفروض كون الحمل للمشتري اتجه الحكم بعدم جواز الرد حينئذ.

### مسألة الأكثر على أن الثبوت ليس عيبا في الإماء

بل في التحرير لا نعلم فيه خلافا و نسبه في المسالك كما عن غيره إلى إطلاق الأصحاب لغلبتها فيهن فكانت بمنزلة الخلقة الأصلية و استدل عليه أيضا بروايه سماعه المنجبره بعمل الأصحاب على ما ادعاه المستدل: عن رجل باع جارية على أنها بكر فلم يجدها كذلك قال لا ترد عليه و لا يجب عليه شيء إنه قد يكون تذهب في حال مرض أو أمر يصيبها و في كلا الوجهين نظر ففي الأول ما عرفت سابقا من أن وجود الصفة في أغلب أفراد الطبيعة إنما يكشف عن كونها بمقتضى أصل وجودها المعبر عنه بالخلقة الأصلية إذا لم يكن مقتضى الخلقة معلوما في ما نحن فيه و إلا فمقتضى الغالب لا يقدم على ما علم أنه مقتضى الخلقة الأصلية و علم كون النقص عنها موجبا لنقص المالية كما فيما نحن فيه خصوصا مع ما عرفت من إطلاق مرسله السيارى غاية ما يفيد الغلبة المذكورة هنا عدم تنزيل إطلاق العقد على التزام سلامة المعقود عليه عن تلك الصفة الغالبة و لا- يثبت الخيار بوجودها و إن كانت نقصا في الخلقة الأصلية. و أما روايه سماعه فلا دلالة لها على المقصود- لتعليل عدم الرد مع اشتراط البكارة باحتمال ذهابها بعارض و قدح هذا الاحتمال إما لجريانه بعد قبض المشتري فلا يكون مضمونا على البائع و إما لأن اشتراط البكارة كناية عن عدم وطء أحد لها فمجرد ثبوتها لا يوجب تخلف الشرط الموجب للخيار بل مقتضى تعليل عدم الرد بهذا الاحتمال أنه لو فرض عدمه لثبت الخيار فيعلم من ذلك كون البكارة صفة كمال طبيعي فعدمها نقص في أصل الطبيعة فيكون عيبا و كيف كان فالأقوى أن الثبوت عيب عرفا و شرعا إلا أنها لما غلبت على الإماء لم يقتض إطلاق العقد التزام سلامتها عن ذلك. و تظهر الثمرة فيما لو اشترط في متن العقد سلامة المبيع عن العيوب مطلقا أو اشترط خصوص البكارة فإنه يثبت بفقدتها التخيير بين الرد و الأرث لوجود العيب و عدم المانع من تأثيره و مثله

ما لو كان المبيع صغيرة أو كبيرة لم تكن الغالب على صنفها الثيبوبة فإنه يثبت حكم العيب. والحاصل أن غلبة الثيبوبة مانعة عن حكم العيب لا موضوعه فإذا وجد ما يمنع عن مقتضاها ثبت حكم العيب ولعل هذا هو مراد المشهور أيضا ويدل على ذلك ما عرفت من العلامة رحمه الله في التحرير من نفى الخلاف في عدم كون الثيبوبة عيبا مع أنه في كتبه بل المشهور كما في الدروس على ثبوت الأرش إذا اشترط البكارة- فلو لا أن الثيبوبة عيب لم يكن أرش في مجرد تخلف الشرط. نعم يمكن أن يقال إن مستندهم في ثبوت الأرش ورود النص بذلك فيما رواه في الكافي و التهذيب عن يونس: في رجل اشترى جارية على أنها عذراء فلم يجدها عذراء قال يرد عليه فضل القيمة إذا علم أنه صادق ثم إنه نسب في التذكرة إلى أصحابنا عدم الرد بمقتضى رواية سماعه المتقدمة و أوله بما وجهنا به تلك الرواية.

و ذكر الشيخ في النهاية مضمون الرواية مع تعليلها الدال على تأويلها و لو شرط الثيبوبة فبانت بكرا كان له الرد لأنه قد يقصد الثيب لغرض صحيح.

### مسألة [هل عدم الختان عيب في العبد]

ذكر في التذكرة و القواعد من جملة العيوب عدم الختان في العبد الكبير لأنه يخاف عليه من ذلك و هو حسن على تقدير تحقق الخوف على وجه لا يرغب في بذل ما يبذل لغيره بإزائه و يلحق بذلك المملوك غير المجذور فإنه يخاف عليه لكثرة موت المماليك بالجدري- و مثل هذين و إن لم يكن نقصا في الخلقة الأصلية إلا أن عروض هذا النقص أعنى الخوف مخالف لمقتضى ما عليه الأغلب في النوع أو الصنف و لو كان الكبير مجلوبا من بلاد الشرك فظاهر القواعد كون عدم الختان عيبا المكاسب، ج ٣، ص ٢٦٩

فيه مع الجهل دون العلم و هو غير مستقيم لأن العلم و الجهل بكونه مجلوبا لا يؤثر في كونه عيبا. نعم لما كان الغالب في المجلوب عدم الختان لم يكن إطلاق العقد الواقع عليه مع العلم بجلبه التزاما بسلامته من هذا العيب كما ذكرنا نظيره في الثيب و تظهر الثمرة هنا أيضا فيما لو اشترط الختان فظهر أغلف فيثبت الرد و الأرش فأخراج العلامة الثيبوبة و عدم الختان في الكبير المجلوب مع العلم بجلبه من العيوب لكونه رحمه الله في مقام عد العيوب الموجبة فعلا للخيار.

### مسألة عدم الحيض ممن شأنها الحيض

بحسب السن و المكان و غيرهما من الخصوصيات التي لها مدخلية في ذلك عيب ترد معه الجارية لأنه خروج عن المجرى الطبيعي- و لقول الصادق ع: و قد سئل عن رجل اشترى جارية مدركة فلم تحض عنده حتى مضى لها ستة أشهر و ليس بها حمل قال إن كان مثلها تحيض و لم يكن ذلك من كبر فهذا عيب ترد منه و ليس التقييد بمضى ستة أشهر إلا في مورد السؤال فلا داعي إلى تقييد كونه عيبا بذلك كما في ظاهر بعض الكلمات ثم إن حمل الرواية على صورة عدم التصرف في الجارية حتى بمثل قول المولى لها اسقني ماء أو أغلق الباب في غاية البعد و ظاهر الحل في السرائر عدم العمل بمضمون الرواية رأسا.

### مسألة الإباق عيب بلا إشكال و لا خلاف

لأنه من أفحش العيوب و يدل عليه صحيحة أبي همام الآتية في عيوب السنة- لكن في رواية محمد بن قيس: أنه ليس في الإباق عهدة

و يمكن حملها على أنه ليس كعيوب السنة يكفى حدوثها بعد العقد كما يشهد قوله ع في رواية يونس: إن العهدة في الجنون و البرص سنة بل لا بد من ثبوت كونه كذلك عند البائع و إلا فحدوثه عند المشتري ليس في عهدة البائع و لا خلاف إذا ثبت وجوده عند البائع و هل يكفى المرة عنده أو يشترط الاعتياد قولان من الشك في كونه عيبا و الأقوى ذلك و فافا لظاهر الشرائع و صريح التذكرة لكون ذلك بنفسه نقصا بحكم العرف و لا يشترط إباقه عند المشتري قطعاً

### مسألة التفل الخارج عن العادة في الزيت و البذر و نحوهما عيب

يثبت به الرد و الأرش لكون ذلك خلاف ما عليه غالب أفراد الشيء. و في رواية ميسر بن عبد العزيز قال: قلت لأبي عبد الله ع في الرجل يشتري زق زيت يجد فيه درديا قال إن كان يعلم أن الدردي يكون في الزيت فليس عليه أن يرده و إن لم يكن يعلم فله أن يرده نعم في رواية السكوني عن جعفر عن أبيه: إن عليا قضى في رجل اشترى من رجل عكة فيها سمن احتكرها حكرة فوجد فيها ربا فخاصمه إلى علي ع فقال له علي ع لك بكيل الرب سمن فقال له الرجل إنما بعته منه حكرة فقال له علي ع إنما اشتري منك سمن و لم يشتر منك ربا قال في الوافي يقال اشترى المتاع حكرة أى جملة و هذه الرواية بظاهرها مناف لحكم العيب من الرد و الأرش و توجيهها بما يطابق القواعد مشكل و ربما استشكل في أصل الحكم بصحة البيع لو كان كثيرا للجهل بمقدار المبيع و كفاية معرفته وزن السمن بظروفه خارجة بالإجماع كما تقدم أو مفروضة في صورة انضمام الظرف المفقود هنا لأن الدردي غير متمول و الأولى أن يقال إن وجود الدردي إن أفاد نقصا في الزيت من حيث الوصف - و إن أفضى بعد التخليص إلى نقص الكم نظير الغش في الذهب كان الزائد منه على المعتاد عيبا و إن أفرط في الكثرة و لا إشكال في صحة البيع حينئذ لأن المبيع زيت و إن كان معيوباً. و عليه يحمل ما في التحرير من أن الدردي في الزيت و البذر عيب موجب للرد و الأرش - و إن لم ينفد إلا نقصا في الكم - فإن باع ما في العكة بعد وزنها مع العكة و مشاهدة شيء منه تكون أمانة على باقيه و قال بعتك ما في هذه العكة من الزيت كل رطل بكذا فظهر امتزاجه بغيره غير الموجب لتعيبه فالظاهر صحة البيع و عدم ثبوت الخيار أصلاً لأنه اشترى السمن الموجود في هذه العكة و لا يقدر الجهل بوزنه للعلم به مع الظرف و المفروض معرفة نوعه بملاحظة شيء منها بفتح رأس العكة فلا عيب و لا تبعض صفقة إلا أن يقال إن إطلاق شراء ما في العكة من الزيت في قوة اشتراط كون ما عدا العكة سمناً فيلحق بما سيجيء في الصورة الثالثة من اشتراط كونه بمقدار خاص و إن باعه بعد معرفة وزن المجموع بقوله بعتك ما في هذه العكة فتبين بعضه دردياً صح البيع في الزيت مع خيار تبعض الصفقة قال في التحرير لو اشترى سمناً فوجد فيه غيره تخير بين الرد و أخذ ما وجده من السمن بنسبة الثمن و لو باع ما في العكة من الزيت على أنه كذا و كذا رطلاً فتبين نقصه عنه لوجود الدردي صح البيع و كان للمشتري خيار تخلف الوصف أو الجزء على الخلاف المتقدم فيما لو باع الصبرة على أنها كذا و كذا فظهر ناقصاً و لو باعه مع مشاهدته ممزوجاً بما لا يتمول بحيث لا يعلم قدر خصوص الزيت فالظاهر عدم صحة البيع و إن عرف وزن المجموع مع العكة لأن كفاية معرفة وزن الظرف و المظروف إنما هي من حيث الجهل الحاصل من اجتماعهما لا - من انضمام مجهول آخر غير قابل للبيع كما لو علم بوزن مجموع الظرف و المظروف لكن علم بوجود صخرة في الزيت مجهولة الوزن.

### مسألة قد عرفت أن مطلق المرض عيب خصوصاً الجنون و البرص و الجذام و القرن

و لكن يختص هذه الأربعة من بين العيوب بأنها لو حدثت إلى سنة من يوم العقد يثبت لأجلها التخير بين الرد و الأرش هذا هو المشهور و يدل عليه ما استفيض عن مولانا أبي الحسن الرضاع ففي رواية علي بن أسباط عنه: في حديث خيار الثلاثة أن أحداث

السنة ترد بعد السنة قلت و ما أحداث السنة قال الجنون و الجذام و البرص و القرن فمن اشترى فحدث فيه هذه الأحداث فالحكم أن يرد على صاحبه إلى تمام السنة من يوم اشتراه. و في رواية ابن فضال المحكية عن الخصال:

في أربعة أشياء خيار سنة الجنون و الجذام و القرن و البرص و في رواية أخرى له عند ع قال: ترد الجارية من أربع خصال من الجنون و الجذام و البرص و القرن و الحدة هكذا في التهذيب. و في الكافي القرن الحدة إلا أنها تكون في الصدر تدخل الظهر و تخرج الصدر انتهى و مراده أن الحدة ليس خامسا لها لأن القرن يرجع إلى حدة في الفرج لكن المعروف أنه عظم في الفرج كالسن يمنع الوطى. و في الصحيح عن محمد بن علي - قيل و هو مجهول و احتمال بعض كونه الحلبي عنه ع قال: يرد المملوك من أحداث السنة من الجنون و البرص و القرن قال قلت و كيف يرد من أحداث فقال هذا أول السنة يعني المحرم فإذا اشترت مملوكا فحدث المكاسب، ج ٣، ص ٢٧٠

فيه هذه الخصال ما بينك و بين ذى الحجة رددت على صاحبه. و هذه الرواية لم يذكر فيها الجذام مع ورودها في مقام التحديد و الضبط لهذه الأمور فيمكن أن يدعى معارضتها لباقي الأخبار المتقدمة و من هنا استشكل المحقق الأردبيلي في الجذام و ليس التعارض من باب المطلق و المقيد كما ذكره في الحقائق ردا على الأردبيلي رحمه الله إلا أن يريد أن التعارض يشبه تعارض المطلق و المقيد في وجوب العمل بما لا يجري فيه احتمال يجري في معارضه و هو هنا احتمال سهو الراوى في ترك ذكر الجذام فإنه أقرب الاحتمالات المتطرفة في ما نحن فيه و يمكن أن يكون الوجه في ترك الجذام في هذه الرواية انعتاقها على المشتري بمجرد حدوث الجذام فلا معنى للرد و حينئذ فيشكل الحكم بالرد في باقي الأخبار. و وجهه في المسالك بأن عتقه على المشتري موقوف على ظهور الجذام بالفعل و يكفي في العيب الموجب للخيار وجود مادته في نفس الأمر و إن لم يظهر فيكون سبب الخيار مقدا على سبب العتق فإن فسخ العتق على البائع و إن أمضى العتق على المشتري. و فيه أولا أن ظاهر هذه الأخبار - أن سبب الخيار ظهور هذه الأمراض لأنه المعنى بقوله فحدث فيه هذه الخصال ما بينك و بين ذى الحجة و لو لا ذلك لكفى وجود موادها في السنة و إن تأخر ظهورها عنها و لو بقليل بحيث يكشف عن وجود المادة قبل انقضاء السنة و هذا مما لا أظن أحدا يلتزمه مع أنه لو كان الموجب للخيار هي مواد هذه الأمراض كان ظهورها زيادة في العيب حادثة في يد المشتري فلتكن مانعة من الرد لعدم قيام المال بعينه حينئذ فيكون في التزام خروج هذه العيوب من عموم كون النقص الحادث مانعا عن الرد تخصيصا آخر للعمومات. و ثانيا أن سبق سبب الخيار لا يوجب عدم الانعتاق بطرء سببه بل ينبغي أن يكون الانعتاق القهري سببه مانعا شرعيا بمنزلة المانع العقلي عن الرد كالموت و لذا لو حدث الانعتاق بسبب آخر غير الجذام فلا أظن أحدا يلتزم عدم الانعتاق إلا بعد لزوم البيع خصوصا مع بناء العتق على التغليب هذا و لكن رفع اليد عن هذه الأخبار الكثيرة المعتضة بالشهرة المحققة و الإجماع المدعى في السرائر و الغنية مشكل فيمكن العمل بها في موردها أو الحكم من أجلها بأن تقدم سبب الخيار يوجب توقف الانعتاق على إمضاء العقد و لو في غير المقام ثم لو فسخ المشتري فاعتاقه على البائع موقوف على دلالة الدليل على عدم جواز تملك المجدوم لا أن جذام المملوك يوجب اعتاقه بحيث يظهر اختصاصه بحدوث الجذام في ملكه ثم إن زيادة القرن ليس في كلام الأكثر - فيظهر منهم العدم فنسبه المسالك الحكم في الأربعة إلى المشهور كأنه لاستظهار ذلك من ذكره في الدروس ساكتا عن الخلاف فيه. و عن التحرير نسبه إلى أبي علي و في مفتاح الكرامة أنه لم يظفر بقائل غير الشهيدين و أبي علي و من هنا تأمل المحقق الأردبيلي من عدم صحة الأخبار و فقد الانجبار ثم إن ظاهر إطلاق الأخبار على وجه يبعد التقيد فيها شمول الحكم لصورة التصرف لكن المشهور تقيد الحكم بغيرها و نسب إليهم جواز الأرش قبل التصرف و تعيينه بعده و الأخبار خالية عنه و كلاهما مشكل إلا أن الظن من كلمات بعض عدم الخلاف الصريح فيهما لكن كلام المفيد قدس سره مختص بالوطء و الشيخ و ابن زهرة لم يذكر التصرف و لا الأرش. نعم ظاهر الحلبي الإجماع على تساويها مع سائر العيوب من هذه الجهة و أن هذه العيوب كسائر العيوب في كونها مضمونة إلا أن الفارق ضمان هذه إذا حدثت في السنة بعد القبض و انقضاء الخيار و لو ثبت أن أصل هذه الأمراض تكمن قبل سنة من ظهورها و ثبت أن أخذ الأرش للعيب الموجود قبل العقد أو القبض مطابق للقاعدة ثبت

الأرش هنا بملاحظة التعيب بمادة هذه الأمراض الكامنة في المبيع لا بهذه الأمراض الظاهرة فيه قال في المقنعة و يرد العبد و الأمة من الجنون و الجذام و البرص ما بين ابتياعها و بين سنة واحدة و لا يردان بعد سنة و ذلك أن أصل هذه الأمراض يتقدم ظهورها بسنة و لا يتقدم بأزيد فإن وطئ المبتاع الأمة في هذه السنة لم يجز له ردها و كان له قيمته ما بينها صحيحة و سقيمه انتهى. و ظاهره أن نفس هذه الأمراض يتقدم بسنة و لذا أورد عليه في السرائر أن هذا موجب لانعتاق المملوك على البائع فلا يصح البيع و يمكن أن يريد به ما ذكرنا من إرادة مواد هذه الأمراض

### خاتمة في عيوب متفرقة

خاتمة في عيوب متفرقة

قال في التذكرة إن الكفر ليس عيبا في العبد و لا الجارية ثم استحسن قول بعض الشافعية بكونه عيبا في الجارية إذا منع الاستمتاع كالتمجس و التوثن دون اليهود و التنصر و الأقوى كونه موجبا للرد في غير المجلوب و إن كان أصلا في المماليك إلا أن الغالب في غير المجلوب الإسلام فهو نقص موجب لتنفير الطباع عنه خصوصا بملاحظة نجاستهم المانعة عن كثير من الاستخدامات. نعم الظاهر عدم الأرش فيه لعدم صدق العيب عليه عرفا و عدم كونه نقصا أو زيادة أصل الخلقة و لو ظهرت الأمة محرمة على المشتري برضاع أو نسب فالظاهر عدم الرد به لأنه لا يعد نقصا بالنوع و لا عبرة بخصوص المشتري و لو ظهر ممن ينعق عليه فكذلك كما في التذكرة معللا بأنه ليس نقصا عند كل الناس و عدم نقص ماليته عند غيره. و في التذكرة لو ظهر أن البائع باعه و كاله أو ولاية أو وصاية أو أمانة ففي ثبوت الرد لخطر فساد النيابة احتمال. أقول الأقوى عدمه و كذا لو اشترى ما عليه أثر الوقف. نعم لو كان عليه أمانة قوية لم يبعد كونه موجبا للرد لقله رغبة الناس في تملك مثله و تأثير ذلك في نقصان قيمته عن قيمة أصل الشيء لو خلى و طبعه أثرا بينا. و ذكر في التذكرة أن الصيام و الإحرام و الاعتداد ليست عيوباً. أقول أما عدم إيجابها الأرش فلا إشكال فيه و أما عدم إيجابها الرد ففيه إشكال إذا فات بها الانتفاع في مدة طويلة فإنه لا ينقص عن ظهور المبيع مستأجرا. و قال أيضا إذا كان المملوك نماما أو ساحرا أو قاذفا للمحصنات أو شاربا للخمر أو مقامرا ففي كون هذه عيوباً إشكال أقربه العدم. و قال لو كان الرقيق رطب الكلام أو غليظ الصوت أو سيئ الأدب أو ولد زنا أو مغنيا أو حجاما أو أكولا أو زهيدا فلا رد و ترد الدابة بالزهادة

المكاسب، ج ٣، ص ٢٧١

و كون الأمة عقيما لا- يوجب الرد لعدم القطع بتحقيقه فربما كان من الزوج أو لعارض انتهى. و مراده العارض الاتفاقى لا المرض العارضى قال في التذكرة في آخر ذكر موجبات الرد و الضابط أن الرد يثبت بكل ما في المعقود عليه من منقص القيمة أو العين نقصا يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب في أمثال المبيع عدمه انتهى

### القول في الأرش

[الأرش لغة و اصطلاحاً]

### إشارة

و هو لغة كما في الصحاح و عن المصباح دية الجراحات و عن القاموس أنه الدية و يظهر من الأولين أنه في الأصل اسم للفساد و يطلق في كلام الفقهاء على مال يؤخذ بدلا عن نقص مضمون في مال أو بدن و لم يقدر له في الشرع مقدر.

## [كلام الشهيد في معنى الأرش]

و عن حواشى الشهيد قدس سره أنه يطلق بالاشتراك اللفظى على معان منها ما نحن فيه. و منها نقص القيمة لجناية الإنسان على عبد غيره فى غير المقدر الشرعى. و منها ثمن التالف المقدر شرعا بالجناية كقطع يد العبد. و منها أكثر الأمرين من المقدر الشرعى و الأرش و هو ما تلف بجناية الغاصب انتهى. و فى جعل ذلك من الاشتراك اللفظى إشارة إلى أن هذا اللفظ قد اصطلاح فى خصوص كل من هذه المعانى عند الفقهاء بملاحظة مناسبتها للمعنى اللغوى مع قطع النظر عن ملاحظة العلاقة بين كل منها و بين الآخر فلا يكون مشتركا معنويا بينهما و لا حقيقة و مجازا فهى كلها منقولات عن المعنى اللغوى بعلاقة الإطلاق و التقييد . و ما ذكرناه فى تعريف الأرش فهو كل انتزاعى عن تلك المعانى كما يظهر بالتأمل و كيف كان فقد ظهر من تعريف الأرش أنه لا يثبت إلا مع ضمان النقص المذكور

## ثم إن ضمان النقص تابع فى الكيفية لضمان المنقوص

و هو الأصل فإن كان مضمونا بقيمته كالمغصوب و المستام و شبههما و يسمى ضمان اليد كان النقص مضمونا بما يخصه من القيمة إذا وزعت على الكل و إن كان مضمونا بعوض بمعنى أن فواته يوجب عدم تملك عوضه المسمى فى المعاوضة و يسمى ضمانه ضمان المعاوضة كان النقص مضمونا بما يخصه من العوض إذا وزع على مجموع الناقص و المنقوص لا نفس قيمة العيب لأن الجزء تابع للكل فى الضمان و لذا عرف جماعة الأرش فى عيب المثلن فيما نحن فيه بأنه جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة التفاوت بين الصحيح و المعيب إلى الصحيح و ذلك لأن ضمان تمام المبيع الصحيح على البائع ضمان المعاوضة بمعنى أن البائع ضامن لتسليم المبيع تاما إلى المشتري فإذا فاته تسليم بعضه ضمنه بمقدار ما يخصه من الثمن لا بقيمته. نعم ظاهر كلام جماعة من القدماء كأكثر النصوص يوهم إرادة قيمة العيب كلها إلا أنها محمولة على الغالب من مساواة الثمن للقيمة السوقية للمبيع بقريته ما فيها من أن البائع يرد على المشتري و ظاهره كون المردود شيئا من الثمن الظاهر فى عدم زيادته عليه بل فى نقصانه فلو كان اللازم هو نفس التفاوت لزداد على الثمن فى بعض الأوقات كما إذا اشترى جارية بدينارين و كان معيها تسوى مائة و صحيحها تسوى أزيد فيلزم استحقاق مائة دينار فإذا لم يكن مثل هذا الفرد داخلا بقريته عدم صدق الرد و الاسترجاع تعين كون هذا التعبير لأجل غلبة عدم استيعاب التفاوت للثمن فإذا بنى الأمر على ملاحظة الغلبة فمقتضاها الاختصاص بما هو الغالب من اشتراء الأشياء من أهلها فى أسواقها بقيمتها المتعارفة. و قد توهم بعض من لا تحصيل له أن العيب إذا كان فى الثمن كان أرشه تمام التفاوت بين الصحيح و المعيب و منشأ ما يترأى فى الغالب من وقوع الثمن فى الغالب نقدا غالبا مساويا لقيمة المبيع فإذا ظهر معيها و جب تصحيحه ببذل تمام التفاوت و إلا فلو فرض أنه اشترى عبدا بجارية تسوى معيها أضعاف قيمته فإنه لا يجب بذل نفس التفاوت بين صحيحها و معيها قطعا و كيف كان فالظاهر أنه لا إشكال و لا- خلاف فى ذلك و إن كان المتراعى من الأخبار خلافه إلا أن التأمل فيها قاض بخلافه. نعم يشكل الأمر فى المقام من جهة أخرى- و هى أن مقتضى ضمان وصف الصحة بمقدار ما يخصه من الثمن لا بقيمته انفساخ العقد فى ذلك المقدار لعدم مقابل له حين العقد كما شأن الجزء المفقود المبيع مع أنه لم يقل به أحد و يلزم من ذلك أيضا تعين أخذ الأرش من الثمن مع أن ظاهر جماعة عدم تعينه منه معللا بأنه غرامة. و توضيحه أن الأرش لتتميم المعيب حتى يصير مقابلا للثمن لا لتتقيص الثمن حتى يصير مقابلا للمعيب و لذا سمي أرشا كسائر الأروش المتداركة للنقائص ف ضمان العيب على هذا الوجه خارج عن الضمانين المذكورين لأن ضمان المعاوضة يقتضى انفساخ المعاوضة بالنسبة إلى الفئات المضمون و مقابله إذ لا معنى له غير ضمان الشئ و أجزاءه بعوضه المسمى و أجزاءه و الضمان الآخر يقتضى ضمان الشئ بقيمته الواقعية فلا أوثق من أن يقال إن مقتضى المعاوضة عرفا هو عدم مقابلة وصف الصحة بشئ من الثمن لأنه أمر معنى كسائر الأوصاف و لذا لو قابل المعيب بما هو أنقص منه قدرا حصل الربا من جهة صدق

الزيادة و عدم عد العيب نقصا يتدارك بشيء من مقابله إلا أن الدليل من النص و الإجماع دل على ضمان هذا الوصف من بين الأوصاف و كونه فى عهدة البائع بمعنى وجوب تداركه بمقدار من الثمن يضاف إلى ما يقابل بأصل المبيع لأجل اتصافه بوصف الصحة فإن هذا الوصف كسائر الأوصاف و إن لم يقابله شيء من الثمن لكن له مدخل فى وجود مقدار الثمن و عدمه فإذا تعهده البائع كان للمشتري مطالبته بخروجه عن عهده بإزاء ما كان يلاحظ الثمن لأجله و للمشتري أيضا إسقاط هذا الالتزام عنه

### [هل الضمان بعين بعض الثمن أو بمقداره]

نعم يبقى الكلام فى كون هذا الضمان المخالف للأصل بعين بعض الثمن - كما هو ظاهر تعريف الأرش فى كلام بأنه جزء من الثمن أو بمقداره كما هو مختار العلامة فى صريح التذكرة و ظاهر غيرها و الشهيدين فى كتبهما وجهان تردد بينهما فى جامع المقاصد و أقواما الثانى لأصالة عدم تسلط المشتري على شيء من الثمن و براءة ذمة البائع من وجوب دفعه لأن المتيقن من مخالفة الأصل ضمان البائع لتدارك الفات الذى التزم وجوده فى المبيع بمقدار وقع الإقدام من المتعاقدين على زيادته على الثمن لداعى وجود هذه الصفة لا فى مقابلها مضافا إلى إطلاق قوله ع فى روايتى حماد و عبد الملك:

أنه له أرش العيب و لا- دليل على وجوب كون التدارك بجزء من عين الثمن عدا ما يترأى من ظاهر التعبير- فى روايات أرش عن تدارك العيب برد التفاوت إلى المشتري الظاهر

المكاسب، ج ٣، ص ٢٧٢

فى كون المردود شيئا كان عنده أولا و هو بعض الثمن لكن التأمل التام يقضى بأن هذا التعبير وقع بملاحظة أن الغالب وصول الثمن إلى البائع و كونه من النقدين فالرد باعتبار النوع لا الشخص. و من ذلك ظهر أن قوله ع فى روايتى ابن سنان: و يوضع عنه من ثمنها بقدر العيب إن كان فيها محمول على الغالب من كون الثمن كليا فى ذمة المشتري فإذا اشتغلت ذمة البائع بالأرش حسب المشتري عند أداء الثمن ما فى ذمته عليه ثم على المختار من عدم تعيينه من عين الثمن فالظاهر تعيينه من النقدين لأنهما الأصل فى ضمان المضمونات إلا أن يترأى على غيرهما من باب الوفاء أو المعاوضة. و استظهر المحقق الثانى من عبارة القواعد و التحرير بل الدروس عدم تعيينه منهما حيث حكما فى باب الصرف بأنه لو وجد عيب فى أحد العوضين المتخالفين بعد التفرق جاز أخذ الأرش من غير النقدين و لم يجز منهما فاستشكل ذلك بأن الحقوق المالىة إنما يرجع فيها النقدين فكيف الحق الثابت باعتبار نقصان فى أحدهما و يمكن رفع هذا الإشكال بأن المضمون بالنقدين هى الأموال المتعينة المستقرة و الثابت هنا ليس مالا فى الذمة و إلا بطل البيع فيما قابله من الصحيح- لعدم وصول عوضه قبل التفرق و إنما هو حق لو أعمله جاز له مطالبته المال فإذا اختار الأرش من غير النقدين ابتداء و رضى به الآخر فمختاره نفس الأرش لا عوض عنه. نعم للآخر الامتناع منه لعدم تعيينه عليه كما أن لدى الخيار مطالبته النقدين فى غير هذا المقام و إن لم يكن للآخر الامتناع حينئذ. و بالجملة فليس هنا شيء معين ثابت فى الذمة إلا أن دفع غير النقدين يتوقف على رضا ذى الخيار و يكون نفس الأرش بخلاف دفع النقدين فإنه إذا اختير غيرهما لم يتعين للأرشية

### [هل يعقل استغراق الأرش للثمن]

ثم إنه قد تبين مما ذكرنا فى معنى الأرش أنه لا يكون إلا مقدارا مساويا لبعض الثمن و لا يعقل أن يكون مستغرقا له لأن المعيب إن لم يكن مما يتمول و يبذل فى مقابلة شيء من المال بطل بيعه و إلا فلا بد من أن يبقى له من الثمن قسط. نعم ربما يتصور ذلك فيما إذا حدث قبل القبض أو فى زمان الخيار عيب يستغرق للقيمة مع بقاء الشيء على صفة التملك بناء على أن مثل ذلك غير ملحق

بالتلف في انفساخ العقد به بل يأخذ المشتري أرش العيب و هو هنا مقدار تمام الثمن لكن عدم إلحاقه بالتلف مشكل بناء على أن العيب إذا كان مضمونا على البائع بمقتضى قوله ع: إن حدث في الحيوان حدث فهو من مال البائع حتى ينقضى خياره كان هذا العيب كأنه حدث في ملك البائع و المفروض أنه إذا حدث مثل هذا في ملك البائع كان يبيعه باطلا لعدم كونه متمولا يبدل بإزائه شىء من المال فيجب الحكم بانفساخ العقد إذا حدث مثل هذا بعده مضمونا على البائع إلا أن يمنع ذلك و أن ضمانه على البائع بمعنى الحكم بكون دركه عليه فهو بمنزلة الحادث قبل البيع في هذا الحكم لا مطلقا حتى يفسخ العقد به و يرجع هذا الملك الموجود غير المتمول إلى البائع بل لو فرضنا حدوث العيب على وجه أخرجه عن الملك فلا- دليل على إلحاقه بالتلف بل تبقى العين غير المملوكة حقا للمشتري و إن لم يكن ملكا له كالخمر المتخذ للتخليل و يأخذ الثمن أو مقداره من البائع أرشا لا من باب انفساخ العقد هذا إلا أن العلامة قدس سره في القواعد و التذكرة و التحرير و محكى النهاية يظهر منه الأرش المستوعب في العيب المتقدم على العقد الذى ذكرنا أنه لا- يعقل فيه استيعاب الأرش للثمن. قال فى القواعد لو باع العبد الجانى خطأ ضمن أقل الأمرين على رأى و الأرش على رأى و صح البيع إن كان موسرا و إلا تخير المجنى عليه و لو كان عمدا وقف على إجازة المجنى عليه و يضمن الأقل من الأرش و القيمة لا الثمن معها و للمشتري الفسخ مع الجهل فيرجع بالثمن أو الأرش فإن استوعب الجناية فالأرش ثمنه أيضا و إلا فقد الأرش و لا- يرجع لو كان عالما و له أن يفديه كالمالك و لا- يرجع به عليه و لو اقتص منه فلا رد و له الأرش و هو نسبة تفاوت ما بين كونه جانيا و غير جان من الثمن انتهى. و ذكر فى التذكرة هذه العبارة بعينها فى باب العيوب و قال فى أوائل البيع من التذكرة فى مسألة بيع العبد الجانى و لو كان المولى معسرا لم يسقط حق المجنى عليه من الرقبة ما لم يجز البيع أولا فإن البائع إنما يملك نقل حقه عن رقبته بفدائه و لا- يحصل من ذمة المعسر فيبقى حق المجنى عليه مقدما على حق المشتري و يتخير المشتري الجاهل فى الفسخ و يرجع بالثمن و به قال أحمد و بعض الشافعية أو مع الاستيعاب لأن أرش مثل هذا جميع ثمنه و إن لم يستوعب يرجع بقدر أرشه و لو كان عالما بتعلق الحق به فلا رجوع إلى أن قال و إن أوجبت الجناية قصاصا تخير المشتري الجاهل بين الأرش و الرد فإن اقتص منه احتمل تعين الأرش و هو قسط قيمة ما بينه جانيا و غير جان و لا يبطل البيع من أصله لأنه تلف عند المشتري بالعيب الذى كان فيه فلم يوجب الرجوع بجميع الثمن كالمريض و المرتد. و قال أبو حنيفة و الشافعية يرجع بجميع ثمنه لأن تلفه لأمر استحق عليه عند البائع فجرى مجرى إتلافه انتهى و قال فى التحرير فى بيع الجانى خطأ و لو كان السيد معسرا لم يسقط حق المجنى عليه عن رقبة العبد و للمشتري الفسخ مع عدم علمه فإن فسخ رجوع بالثمن و إن لم يفسخ و استوعبت الجناية قيمته و انتزعت يرجع المشتري بالثمن أيضا و إن لم تستوعب قيمته رجوع بقدر الأرش و لو علم المشتري بتعلق الحق برقبة العبد لم يرجع بشىء و لو اختار المشتري أن يفديه جاز و رجوع به على البائع مع الإذن و إلا فلا انتهى. قوله و انتزعت إما راجع إلى رقبة العبد أو إلى القيمة إذا باعه المجنى عليه و أخذ قيمته و هذا القيد غير موجود فى باقى عبارات العلامة فى كتبه الثلاثة و كيف كان فالعبد المتعلق برقبته حق للمجنى عليه يستوعب قيمته إما أن تكون له قيمة تبدل بإزائه أولا. و على الأول فلا بد أن يبقى شىء

من الثمن للبائع بإزائه فلا- يرجع بجميع الثمن عليه و على الثانى فينبغى بطلان البيع- و لو قيل إن انتزاعه عن ملك المشتري لحق كان عليه عند البائع يوجب غرامته على البائع كان اللازم من ذلك مع بعده فى نفسه أن يكون الحكم كذلك فيما لو اقتص من الجانى عمدا و قد عرفت من التذكرة و القواعد الحكم بقسط من الثمن فيه. و بالجملة فالمسألة محل تأمل و الله العالم.

### مسألة يعرف الأرش بمعرفة قيمتى الصحيح و المعيب - ليعرف التفاوت بينهما

فيؤخذ من البائع بنسبة ذلك التفاوت و إذا لم تكن القيمة معلومة فلا بد



من الرجوع إلى العارف بها و هو قد يخبر عن القيمة المتعارفة المعلومة المضبوطة عند أهل البلد أو أهل الخبرة منهم لهذا المبيع المعين أو لمثله في الصفات المقصودة كمن يخبر بأن هذه الحنطة أو مثلها يباع في السوق بكذا و هذا داخل في الشهادة يعتبر فيها جميع ما يعتبر في الشهادة على سائر المحسوسات من العدالة و الإخبار عن الحس و التعدد و قد يخبر عن نظره و حدسه من جهة كثرة ممارسته أشباه هذا الشيء و إن لم يتفق اطلاعه على مقدار رغبة الناس في أمثاله و هذا يحتاج إلى الصفات السابقة و زيادة المعرفة و الخبرة بهذا الجنس و يقال له بهذا الاعتبار أهل الخبرة. و قد يخبر عن قيمته باعتبار خصوصيات في المبيع يعرفها هذا المخبر مع كون قيمته على تقدير العلم بالخصوصيات واضحة كالصائع العارف بأصناف الذهب و الفضة من حيث الجودة و الرداءة مع كون قيمة الجيد و الرديء محفوظة عند الناس معروفة بينهم فقولته هذا قيمته كذا يريد به أنه من جنس قيمته كذا و هذا في الحقيقة لا يدخل في المقوم و كذا القسم الأول فمرادهم بالمقوم هو الثاني لكن الأظهر عدم التفرقة بين الأقسام من حيث اعتبار شروط القبول و إن احتمل في غير الأول الاكتفاء بالواحد- إما للزوم الحرج لو اعتبر التعدد و إما لاعتبار الظن في مثل ذلك مما انسدت فيه باب العلم و يلزم من طرح قول العادل الواحد و الأخذ بالأقل لأصالة براءة ذمة البائع تضييع حق المشتري في أكثر المقامات و إما لعموم ما دل قبول قول العادل خرج منها ما كان من قبيل الشهادة كالقسم الأول دون ما كان من قبيل الفتوى كالثاني لكونه ناشئا عن حدس و اجتهاد و تتبع الأشباه و الأنظار و قياسه عليها حتى أنه يحكم لأجل ذلك بأنه ينبغي أن يبذل بإزائه كذا و كذا و إن لم يوجد راغب يبذل له ذلك ثم لو تعذر معرفة القيمة لفقد أهل الخبرة أو توقفهم ففي كفاية الظن أو الأخذ بالأقل و جهان و يحتمل ضعيفا الأخذ بالأكثر لعدم العلم بتدارك العيب المضمون إلا به.

### مسألة لو تعارض المقومون

#### إشارة

فيحتمل تقديم بينه الأقل للأصل و بينه الأكثر لأنها مثبتة و القرعة لأنها لكل أمر مشتبه و الرجوع إلى الصلح لتثبت كل من المتبايعين بحجة شرعية ظاهرة و المورد غير قابل للحلف لجهل كل منهما بالواقع و تخيير الحاكم لامتناع الجمع و فقد المرجح

### [الأقوى وجوب الجمع بين البيئات مهما أمكن]

لكن الأقوى من الكل ما عليه معظم من وجوب الجمع بينهما بقدر الإمكان- لأن كلا منهما حجة شرعية يلزم العمل به فإذا تعذر العمل به في تمام مضمونه وجب العمل به في بعضه- فإذا قوم أحدهما بعشرة فقد قوم كلا من نصفه بخمسة و إذا قوم الآخر بثمانية فقد قوم كلا- من نصفه بأربعة فيعمل بكل منهما في نصف المبيع و قولاهما و إن كانا متعارضين في النصف أيضا كالكل فيلزم بما ذكر طرح كلا- القولين في النصفين- إلا- أن طرح قول كل منهما في النصف مع العمل به في النصف الآخر أولى في مقام امتثال أدلة العمل بكل بينه من طرح كليهما أو إحداهما رأسا و هذا معنى قولهم إن الجمع بين الدليلين و العمل بكل منهما و لو من وجه أولى من طرح أحدهما رأسا و لذا جعل في تمهيد القواعد من فروع هذه القاعدة الحكم بالتنصيف فيما لو تعارضت البيئتان في دار في يد رجلين يديهما كل منهما- بل ما نحن فيه أولى بمراعاة هذه القاعدة من الدليلين المتعارضين في أحكام الله تعالى لأن الأخذ بأحدهما كلية و ترك الآخر كذلك في التكليف الشرعية الإلهية لا ينقص عن التبعض من حيث مراعاة حق الله سبحانه لرجوع الكل إلى امتثال أمر الله سبحانه بخلاف مقام التكليف بإحقاق حقوق الناس فإن في التبعض جمعا بين حقوق الناس و مراعاة للجميع و لو في الجملة و لعل هذا هو السر في عدم تخيير الحاكم عند تعارض أسباب حقوق الناس في شيء من الموارد.

و قد يستشكل ما ذكرنا تارة بعدم التعارض بينهما عند التحقيق لأن مرجع بينه النفي إلى عدم وصول نظرها و حدسها إلى الزيادة بينه

الإثبات المدعية للزيادة سليمة- و أخرى بأن الجمع فرع عدم اعتضاد إحدى البينتين بمرجح و أصالة البراءة هنا مرجحة للبيئة الحاكمة بالأقل- و ثالثة بأن في الجمع مخالفة قطعية- و إن كان فيه موافقة قطعية- لكن التخيير الذي لا يكون فيه إلا مخالفة احتمالية أولى منه. و يندفع الأول بأن المفروض أن بينة النفي تشهد بالقطع على نفي الزيادة واقعا و إن بذل الزائد في مقابل المبيع سفه. و يندفع الثاني بما قررناه في الأصول من أن الأصول الظاهرية لا تصير مرجحة للأدلة الاجتهادية- بل تصلح مرجعا في المسألة لو تساقط الدليلان من جهة ارتفاع ما هو مناط الدلالة فيهما لأجل التعارض كما في الظاهرين المتعارضين كالعامين من وجه المطابق أحدهما للأصل- و ما نحن فيه ليس من هذا القبيل. و الحاصل أن بينة الزيادة تثبت أمرا مخالفا للأصل و معارضتها بالأخرى النافية لها لا يوجب سقوطها بالمرّة لفقد المرجح فيجمع بين النفي و الإثبات بالنصفين. و يندفع الثالث بأن ترجيح الموافقة الاحتمالية غير المشتملة على المخالفة القطعية على الموافقة القطعية المشتملة عليها إنما هو في مقام الإطاعة و المعصية الراجعتين إلى الانقياد و التجري حيث إن ترك التجري أولى من تحصيل العلم بالانقياد بخلاف مقام إحقاق حقوق الناس فإن مراعاة الجميع أولى من إهمال أحدهما رأسا و إن اشتمل على أعمال الآخر إذ ليس الحق فيها لواحد معين كما في حقوق الله سبحانه- ثم إن قاعدة الجمع حاكمة على دليل القرعة- لأين الأمور به هو العمل بكل من الدليلين لا- بالواقع المردد بينهما إذ قد يكون كلاهما مخالفا للواقع- فهما سببان مؤثران بحكم الشارع في حقوق الناس فيجب مراعاتها و أعمال أسبابها بقدر الإمكان إذ لا ينفع توفيه حق واحد من إهمال حق الآخر رأسا على النهج الذي ذكرنا من التنصيف في المبيع ثم إن المعروف في الجمع بين البيئات الجمع بينهما في قيمتي الصحيح فيؤخذ من القيمتين للصحيح نصفهما- و من الثلث ثلثهما و من الأربع ربعهما و هكذا في المعيب ثم يلاحظ النسبة بين المأخوذ للصحيح و بين المأخوذ يؤخذ بتلك النسبة فإذا كان إحدى قيمتي الصحيح اثني عشر و الأخرى ستة و إحدى قيمتي المعيب أربعة و الأخرى اثنين أخذ للصحيح تسعة و للمعيب ثلاثة و التفاوت بالثلثين فيكون الأرش ثلثي الثمن- . و يمكن أيضا على وجه التنصيف فيما به التفاوت بين القيمتين بأن تعمل في نصفه

المكاسب، ج ٣، ص ٢٧٤

بقول المثبت للزيادة و في نصفه الآخر بقول النافي فإذا قومه إحداهما باثني عشر و الأخرى بثمانية أخذ في نصف الأربعة بقول المثبت و في نصفها الآخر بقول النافي جمعا بين حقي البائع و المشتري لكن الأظهر هو الجمع على النهج الأول و يحتمل الجمع بطريق آخر- و هو أن يرجع إلى البيئة في مقدار التفاوت- و يجمع بين البيئات فيه من غير ملاحظة القيم- و هذا منسوب إلى الشهيد قدس سره على ما في الروضة- و حاصله قد يتحد مع طريق المشهور كما في المثال المذكور فإن التفاوت بين الصحيح و المعيب على قول كل من البينتين بالثلثين كما ذكرنا في الطريق الأول و قد يختلفان كما إذا كانت إحدى قيمتي الصحيح اثني عشر و الأخرى ثمانية و قيمة المعيب على الأول عشرة و على الثاني خمسة فعلى الأول يؤخذ نصف مجموع قيمتي الصحيح- أعني العشرة- و نصف قيمتي المعيب و هو سبعة و نصف فالتفاوت بالربع فالأرش ربع الثمن- أعني ثلاثة من اثني عشر لو فرض الثمن اثني عشر. و على الثاني يؤخذ التفاوت بين الصحيح و المعيب على إحدى البينتين بالسدس. و على الآخر ثلاثة أثمان و ينصف المجموع- أعني ستة و نصفًا من اثني عشر جزء و يؤخذ نصفه و هو ثلاثة و ربع و قد كان في الأول ثلاثة و قد ينقص عن الأول- كما اتفقا على أن قيمة المعيب ستة و قال إحداهما قيمة الصحيح ثمانية و قال الأخرى عشرة. فعلى الأول يجمع القيمتان و يؤخذ نصفهما تسعة و نسبته إلى الستة بالثلث. و على الثاني يكون التفاوت على إحدى البينتين ربعا-

و على الأخرى خمسين فيؤخذ نصف الربع و نصف الخمسين فيكون ثمنا و خمسا و هو ناقص عن الثلث بنصف خمس- .

[صور اختلاف المقومين]

توضيح هذا المقام أن الاختلاف إما أن يكون في الصحيح فقط مع اتفاقهما على المعيب و إما أن يكون في المعيب فقط و إما أن يكون فيهما

### [الاختلاف في الصحيح فقط]

فإن كان في الصحيح فقط كما في المثال الأخير- فالظاهر التفاوت بين الطريقتين دائما لأنك قد عرفت أن الملحوظ على طريق المشهور نسبة المعيب إلى مجموع نصفى قيمتى الصحيح- المجعول قيمة منترعة- و على الطريق الآخر نسبة المعيب إلى كل من القيمتين- المستلزمة لملاحظة أخذ نصفه مع نصف الآخر ليجمع بين البينتين فى العمل. و المفروض فى هذه الصورة أن نسبة المعيب- إلى مجموع نصفى قيمتى الصحيح التى هى طريقة المشهور مخالفة لنسبة نصفه إلى كل من النصفين لأن نسبة الكل إلى الكل تساوى نسبة نصفه إلى كل من نصفى ذلك الكل و هو الأربعة و النصف فى المثال- لا إلى كل من النصفين المركب منهما ذلك الكل- كالأربعة و الخمسة- بل النصف المنسوب إلى أحد بعض المنسوب إليه كالأربعة نسبة مغايرة لنسبته إلى البعض الآخر أعنى الخمسة و هكذا غيره من الأمثلة

### [الاختلاف فى المعيب فقط]

و إن كان الاختلاف فى المعيب فقط فالظاهر عدم التفاوت بين الطريقتين أبدا لأن نسبة الصحيح إلى نصف مجموع قيمتى المعيب على ما هو طريق المشهور مساوية لنسبة نصفه إلى نصف إحداهما- و نصفه الآخر إلى نصف الأخرى- كما إذا اتفقا على كون الصحيح اثنى عشر- و قالت إحداهما المعيب ثمانية و قالت الأخرى ستة فإن تفاوت السبعة و الاثنى عشر الذى هو طريق المشهور مساو لنصف مجموع تفاوتى الثمانية مع الاثنى عشر و الستة مع الاثنى عشر لأن نسبة الأولين بالثلث و الآخرين بالنصف و نصفهما السدس و الربع و هذا بعينه تفاوت السبعة و الاثنى عشر

### [الاختلاف فى الصحيح و المعيب معا]

و إن اختلفا فى الصحيح و المعيب فإن اتحدت النسبة بين الصحيح و المعيب على كلتا البينتين فيتحد الطريقتان دائما كما إذا قومه إحداهما صحيحا باثنى عشر و معيبا بستة و قومه الأخرى صحيحا بستة و معيبا بثلاثة فإن نصف الصحيحين أعنى التسعة- تفاوته مع نصف مجموع المعيين و هو الأربعة و نصف- عين نصف تفاوتى الاثنى عشر مع الستة و الستة مع الثلاثة-. و الحاصل أن كل صحيح ضعف المعيب فيلزمه كون نصف الصحيحين ضعف نصف المعيين- و إن اختلفت النسبة فقد يختلف الطريقتان و قد يتحدان. و قد تقدم مثالهما فى أول المسألة- ثم إن أظهر بل المتعين فى المقام هو الطريق الثانى المنسوب إلى الشهيد قدس سره وفاقا للمحكى عن إيضاح النافع حيث ذكر أن طريق المشهور ليس بجيد و لم يذكر وجهه و يمكن إرجاع كلام الأكثر إليه كما سيجىء و وجه تعين هذا الطريق أن أخذ القيمة من القيمتين على طريق المشهور أو النسبة المتوسطة من النسبتين على الطريق الثانى-. إما للجمع بين البينتين- بإعمال كل منهما فى نصف العين كما ذكرنا- و إما لأجل أن ذلك توسط بينهما- لأجل الجمع بين الحقين- بتصنيف ما به التفاوت نفيًا و إثباتًا- على النهج الذى ذكرناه أخيرا فى الجمع بين البينتين كما يحكم بتصنيف الدرهم الباقى من الدرهمين المملوكين لشخصين إذا ضاع أحدهما المررد بينهما من عند الودعى- و لم تكن هنا بينة تشهد لأحدهما بالاختصاص بل و لا ادعى أحدهما اختصاصه بالدرهم الموجود فعلى الأول فاللازم و إن كان هو جمع نصفى قيمتى الصحيح و المعيب كما فعله المشهور- بأن يجمع الاثنا عشر و الثمانية المفروضتان قيمتين للصحيح فى المثال المتقدم- و يؤخذ نصف إحداهما قيمة نصف المبيع صحيحا- و نصف الأخرى قيمة للنصف الآخر منه- و لازم ذلك كون تمامه بعشرة- و يجمع قيمتا المعيب أعنى العشرة و الخمسة و يؤخذ لكل

نصف من المبيع المعيوب نصف من أحدهما ولازم ذلك كون تمام المبيع بسبعة ونصف - إلا أنه لا ينبغي ملاحظة نسبة المجموع من نصفى إحدى القيمتين أعنى العشرة - إلى المجموع من نصف الأخرى أعنى سبعة ونصف كما نسب إلى المشهور - لأنه إذا فرض لكل نصف من المبيع قيمة تغاير قيمة النصف الآخر وجب ملاحظة التفاوت بالنسبة إلى كل من النصفين صحيحا ومعيبا وأخذ الأرش لكل نصف على حسب تفاوت صحيحه ومعيبه فالعشرة ليست قيمة لمجموع الصحيح إلا باعتبار أن نصفه مقوم بستة ونصفه الآخر بأربعة - وكذا السبعة والنصف ليست قيمة لمجموع المعيب إلا باعتبار أن نصفه مقوم بخمسة ونصفه الآخر باثنين ونصف - فلا وجه لأخذ تفاوت ما بين مجموع العشرة والسبعة والنصف بل لا بد من أخذ تفاوت ما بين الأربعة - والاثنين ونصف لنصف منه تفاوت ما بين الستة والخمسة للنصف الآخر. وتوهم أن حكم شراء شىء تغاير قيمتا نصفيه حكم ما لو اشترى بالثمن الواحد مالين معيين مختلفين فى القيمة صحيحا ومعيبا بأن اشترى عبدا وجارية باثنى عشر فظهرا معيين والعبد يسوى أربعة صحيحا واثنين ونصف معيبا والجارية تسوى ستة صحيحة وخمسة معيبة فإنه لا شك فى أن اللازم فى هذه الصورة ملاحظة مجموع قيمتى الصفة صحيحة ومعيبة أعنى العشرة والسبعة والنصف - وأخذ التفاوت وهو الربع من الثمن وهو ثلاثة إذا فرض الثمن اثنى عشر - كما هو طريق المشهور فيما نحن فيه - مدفوع بأن الثمن فى المثال - لما كان موزعا

المكاسب، ج ٣، ص ٢٧٥

على العبد والجارية بحسب قيمتهما - فإذا أخذ المشتري ربع الثمن أرشا فقد أخذ للعبد ثلاثة أثمان قيمته وللجارية سدسها كما هو الطريق المختار لأنه أخذ من مقابل الجارية أعنى سبعة وخمسا سدسه وهو واحد وخمس ومن مقابل العبد أعنى أربعة وأربعة أخماس ثلاثة أثمان وهو واحد وأربعة أخماس فالثلاثة التى هى ربع الثمن - منطبق على السدس وثلاثة أثمان - بخلاف ما نحن فيه فإن المبدول فى مقابل كل من النصفين المختلفين بالقيمة أمر واحد وهو نصف الثمن. فالمناسب لما نحن فيه فرض شراء كل من الجارية والعبد فى المثال المفروض بثمان مساو للآخر بأن اشترى كلا منهما بنصف الاثنى عشر فى عقد واحد أو عقدين فلا يجوز حينئذ أخذ الربع من اثنى عشر بل المتعين حينئذ أن يؤخذ من ستة الجارية سدس - ومن ستة العبد اثنان وربع - فيصير مجموع الأرش ثلاثة وربع وهو المأخوذ فى المثال المتقدم على الطريق الثانى. وقد ظهر مما ذكرنا أنه لا فرق بين شهادة البيئات بالقيم أو شهادتهم بنفس النسبة بين الصحيح والمعيب وإن لم يذكروا القيم - هذا كله إذا كان مستند المشهور فى أخذ القيمة الوسطى - العمل بكل من البيئتين فى جزء من المبيع وأما إذا كان المستند مجرد الجمع بين الحقين على ما ذكرناه أخيرا بأن ينزل القيمة الزائدة ويرتفع الناقصة على حد سواء فالمتعين الطريق الثانى أيضا - سواء شهدت البيئتان بالقيمتين - أم شهدتا بنفس النسبة بين الصحيح والمعيب - أما إذا شهدتا بنفس التفاوت فلأنه إذا شهدت إحداهما بأن التفاوت بين الصحيح والمعيب بالسدس وهو الاثنان من اثنى عشر - وشهدت الأخرى بأنه بثلاثة أثمان - وهو الثلاثة من ثمانية - زدنا على السدس ما ينقص من ثلاثة أثمان - وصار كل واحد من التفاوتين بعد التعديل سدسا ونصف سدس - وثمانه وهو من الثمن المفروض اثنا عشر ثلاثة وربع كما ذكرنا سابقا وإن شهدت البيئتان بالقيمتين فمقتضى الجمع بين حقى البائع والمشتري فى مقام إعطاء الأرش وأخذه - تعديل قيمتى كل من الصحيح والمعيب بالزيادة والنقصان بأخذ قيمة نسبته إلى المعيب - دون نسبة القيمة الزائدة وفوق نسبة الناقصة فيؤخذ من الاثنى عشر والعشرة ومن الثمانية والخمسة قيمتان للصحيح والمعيب - نسبة إحداهما إلى الأخرى يزيد على السدس - بما ينقص من ثلاثة أثمان - فيؤخذ قيمتان يزيد صحيحهما على المعيب سدس ونصف سدس وثمان سدس - ومن هنا يمكن إرجاع كلام الأكثر إلى الطريق الثانى - بأن يريدوا من أوسط القيم المتعددة للصحيح والمعيب القيمة المتوسطة بين القيم لكل منهما - من حيث نسبتها إلى قيمة الآخر فيكون مرادهم من أخذ قيمتين للصحيح والمعيب - قيمة متوسطة من حيث نسبة إحداهما إلى الأخرى بين أقوال جميع البيئات المقومين للصحيح والفاقد وليس فى كلام الأكثر أنه يجمع قيم الصحيح وينتزع منها قيمة وكذلك قيم المعيب - ثم تنسب إحدى القيمتين المترعتين إلى الأخرى - . قال فى المقنعة فإن اختلف أهل الخبرة عمل على أوسط القيم ونحوه فى النهاية وفى الشرائع حمل على الأوسط. و

بالجملة فكل من عبر بالأوسط يحتمل أن يريد الوسط من حيث النسبة لا من حيث العدد هذا مع أن المستند في الجميع هو ما ذكرنا من وجوب العمل بكل من البيتين في قيمة نصف المبيع. نعم لو لم تكن بينه أصلا لكن علمنا من الخارج- أن قيمة الصحيح إما هذا و إما ذاك و كذلك قيمة المعيب- و لم نقل حينئذ بالقرعة أو الأصل فاللازم الاستناد في التصنيف إلى الجمع بين الحقين على هذا الوجه. و قد عرفت أن الجمع بتعديل التفاوت لأنه الحق دون خصوص القيمتين المحتملين و الله العالم

### القول في الشروط التي يقع عليها العقد و شروط صحتها و ما يترتب

#### الشرط يطلق في العرف على معنيين

#### أحدهما المعنى الحدئي

و هو بهذا المعنى مصدر شرط فهو شارط للأمر الفلاني و ذلك الأمر مشروط و فلان مشروط له أو عليه. و في القاموس أنه إلزام الشيء و التزامه في البيع و غيره و ظاهره كون استعماله في الإلزام الابتدائي مجازا أو غير صحيح لكن لا إشكال في صحته لوقوعه في الأخبار كثيرا مثل قوله ص في حكاية بيع بريرة: إن قضاء الله أحق و شرطه أوثق و الولاء لمن أعتق. و قول أمير المؤمنين ص: في الرد على مشترط عدم التزوج بامرأة أخرى في النكاح إن شرط الله قبل شرطكم و قوله: ما الشرط في الحيوان قال ثلاثه أيام للمشتري قلت و في غيره قال هما بالخيار حتى يفترقا و قد أطلق على النذر أو العهد أو الوعد في بعض أخبار الشرط في النكاح. و قد اعترف في الحدائق بأن إطلاق الشرط على البيع كثير في الأخبار و أما دعوى كونه مجازا فيدفعها مضافا إلى أولوية الاشتراك المعنوي و إلى أن المتبادر من قوله شرط على نفسه كذا ليس إلا مجرد الالتزام استدلال الإمام ع بالنبوي: المؤمنون عند شروطهم فيما تقدم من الخبر الذي أطلق فيه الشرط على النذر أو العهد و مع ذلك فلا حجة فيما في القاموس مع تفرد به و لعله لم يلتفت إلى الاستعمالات التي ذكرناها و إلا لذكرها و لو بعنوان يشعر بمجازيتها ثم قد يتجاوز في لفظ الشرط بهذا المعنى فيطلق على نفس المشروط كالخلق بمعنى المخلوق فيراد به ما يلزمه الإنسان على نفسه.

#### الثاني ما يلزم من عدمه العدم

من دون ملاحظة أنه يلزم من وجوده الوجود أولا و هو بهذا المعنى اسم جامد لا مصدر فليس فعلا و لا حدثا و اشتقاق المشروط منه ليس على الأصل كالشارط و لذا ليسا بمتضايين في الفعل و الانفعال بل الشارط هو الجاعل و المشروط هو ما جعل له الشرط كالمسبب بالكسر و الفتح المشتقين من السبب فعلم من ذلك أن الشرط في المعنيين نظير الأمر بمعنى المصدر و بمعنى الشيء و أما استعماله في السنة النحاة على الجملة الواقعة عقيب أدوات الشرط فهو اصطلاح خاص مأخوذ من إفادة تلك الجملة لكون مضمونها شرطا بالمعنى الثاني كما أن استعماله في السنة أهل المعقول و الأصول فيما يلزم من عدمه العدم و لا يلزم من وجوده الوجود مأخوذ من ذلك المعنى إلا أنه أضيف إليه ما ذكر في اصطلاحهم مقابلا للسبب. فقد تلخص مما ذكرنا أن للشرط معنيين عرفيين و آخرين اصطلاحيين لا يحمل عليهما الإطلاقات العرفية بل هي مرددة بين الأولين فإن قامت قرينة على إرادة المصدر تعين الأول أو على إرادة الجامد تعين الثاني و إلا حصل الإجمال و ظهر أيضا أن المراد بالشرط في قولهم ص: المؤمنون عند شروطهم هو الشرط باعتبار كونه مصدرا إما مستعملا في معناه أعني إلزاما على أنفسهم و إما مستعملا بمعنى ملتزماتهم و إما بمعنى جعل الشيء شرطا بالمعنى الثاني بمعنى التزام عدم شيء عند عدم آخر و سيجيء الكلام في ذلك. و أما الشرط في قوله:

ما الشرط في الحيوان قال ثلاثة أيام للمشتري قلت و أما الشرط في غيره قال البيعان بالخيار حتى يفترقا و قوله: الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري اشترط أو لم يشترط فيحتمل أن يراد به ما قرره الشارع و ألزمه على المتبايعين أو أحدهما من التسلط على الفسخ فيكون مصدرا بمعنى المفعول فيكون المراد به نفس الخيار المحدود من الشارع و يحتمل أن يراد به الحكم الشرعي المقرر و هو ثبوت الخيار و على كل تقدير ففي الإخبار عنه بقوله ثلاثة أيام مسامحة. نعم في بعض الأخبار في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام و لا يخفى توفقه على التوجيه

## الكلام في شروط صحة الشرط

### إشارة

و هي أمور قد وقع الكلام أو الخلاف فيها

### أحدها أن يكون داخلا تحت قدرة المكلف

فيخرج ما لا يقدر العاقد على تسليمه إلى صاحبه سواء كان صفة لا يقدر العاقد على تسليم العين موصوفا بها مثل صيرورة الزرع سنبلًا و كون الأمانة و الدابة تحمل في المستقبل أو تلد كذا أو كان عملا كجعل الزرع سنبلًا و البسر تمرا كما مثل به في القواعد لكن الظاهر أن المراد به جعل الله الزرع و البسر سنبلًا و تمرا و الغرض الاحتراز عن اشتراط فعل غير العاقد مما لا يكون تحت قدرته كأفعال الله سبحانه لا- عن اشتراط حدوث فعل محال من المشروط عليه لأن الإلزام و الالتزام بمباشرة فعل ممتنع عقلا أو عادة مما لا يرتكبه العقلاء و الاحتراز عن مثل الجمع بين الضدين أو الطيران في الهواء مما لا يرتكبه العقلاء و الإتيان بالقيود المخرج لذلك و الحكم عليه بعدم الجواز و الصحة بعيد عن شأن الفقهاء و لذا لم يتعرضوا لمثل ذلك في باب الإجارة و الجعالة مع أن اشتراط كون الفعل سائغا يغني عن اشتراط القدرة. نعم اشتراط تحقق فعل الغير الخارج عن اختيار المتعاقدين المحتمل وقوعه في المستقبل و ارتباط العقد به بحيث يكون التراضي منوطا به و واقعا عليه أمر صحيح عند العقلاء مطلوب لهم بل أولى بالاشتراط من الوصف الحالي غير المعلوم تحققه ككون العبد كاتبًا و الحيوان حاملا و الغرض الاحتراز عن ذلك و يدل على ما ذكرنا تعبير أكثرهم ببلوغ الزرع و البسر سنبلًا و تمرا أو لصيرورتهما كذلك و تمثيلهم لغير المقدور بانعقاد الثمرة و إنباعها و حمل الدابة في ما بعد و وضع الحامل في وقت كذا و غير ذلك. و قال في القواعد- يجوز اشتراط ما يدخل تحت القدرة من منافع البائع دون غيره كجعل الزرع سنبلًا و البسر تمرا قال الشهيد رحمه الله في محكي حواشيه على القواعد إن المراد جعل الله الزرع سنبلًا و البسر تمرا لأننا إنما نفرض فيما يجوز أن يتوهمه عاقل لامتناع ذلك من غير الإله جلت عظمتة انتهى لكن قال في الشرائع و لا يجوز اشتراط ما لا يدخل في مقدوره كبيع الزرع على أن يجعله سنبلًا و الرطب على أن يجعله تمرا انتهى. و نحوها عبارة التذكرة لكن لا- بد من إرجاعها إلى ما ذكر إذ لا يتصور القصد من العاقل إلى الإلزام و الالتزام بهذا الممتنع العقلي اللهم إلا- أن يراد إعمال مقدمات الجعل على وجه توصل إليه مع التزام الإيصال فأسند إلى نفسه بهذا الاعتبار فافهم. و كيف كان فالوجه في اشتراط الشرط المذكور مضافا إلى عدم الخلاف فيه- عدم القدرة على تسليمه بل و لا- على تسليم المبيع إذا أخذ متصفا به لأن تحقق مثل هذا الشرط بضرب من الاتفاق و لا يناط بإرادة المشروط عليه فيلزم الغرر في العقد لارتباطه بما لا وثوق بتحقيقه و لذا نفى الخلاف في الغنية عن بطلان العقد باشتراط هذا الشرط استنادا على عدم القدرة على تسليم المبيع كما يظهر بالتأمل في آخر كلامه في هذه المسألة و لا ينقض ما ذكرنا بما لو اشترط وصفا

حاليا لا- يعلم تحققه في المبيع كاشتراط كونه كاتباً بالفعل أو حاملاً للفرق بينهما بعد الإجماع بأن التزام وجود الصفة في الحال بناء على وجود الوصف الحالى و لو لم يعلما به فاشتراط كتابة العبد المعين الخارجى بمنزلة توصيفه بها و بهذا المقدار يرتفع الغرر بخلاف ما سيتحقق فى المستقبل فإن الارتباط به لا يدل على البناء على تحققه. و قد صرح العلامة فيما حكى عنه ببطان اشتراط أن تكون الأمة تحمل فى المستقبل لأنه غرر عرفا خلافا للمحكى عن الشيخ و القاضى فحكما بلزوم العقد مع تحقق الحمل و بجواز الفسخ إذا لم يتحقق و ظاهرهما كما استفاده فى الدروس تنزل العقد باشتراط مجهول التحقق فيتحقق الخلاف فى مسألة اعتبار القدرة فى صحة الشرط. و يمكن توجيه كلام الشيخ بإرجاع اشتراط الحمل فى المستقبل إلى اشتراط صفة حالية موجبة للحمل فعده كاشف عن فقدها و هذا الشرط و إن كان للتأمل فى صحته مجال إلا أن إرادته هذا المعنى يخرج اعتبار كون الشرط مما يدخل تحت القدرة عن الخلاف ثم إن عدم القدرة على الشرط تارة لعدم مدخليته فيه أصلا كاشتراط أن الحامل تضع فى شهر كذا و أخرى لعدم استقلاله فيه كاشتراط بيع المبيع من زيد فإن المقدور هو الإيجاب فقط لا العقد المركب فإن أراد اشتراط المركب فالظاهر دخوله فى اشتراط غير المقدور إلا أن العلامة قدس سره فى التذكرة بعد جزمه بصحة اشتراط بيعه على زيد قال لو اشترط بيعه على زيد فامتنع زيد من شرائه احتمال ثبوت الخيار بين الفسخ و الإمضاء و العدم إذ تقديره بعه على

زيد إن اشتراه انتهى و لا- أعرف وجهها للاحتمال الأول إذ على تقدير إرادة اشتراط الإيجاب فقط قد حصل الشرط و على تقدير اشتراط المجموع المركب ينبغى البطلان إلا- أن يحمل على صورة الوثوق بالاشترار فالاشتراط النتيجة بناء على حصولها بمجرد الإيجاب فاتفق امتناعه من الشراء بمنزلة تعذر الشرط و عليه يحمل قوله فى التذكرة و لو اشترط على البائع إقامة كفيل على العهدة فلم يوجد أو امتنع المعين ثبت للمشتري الخيار انتهى.

و من أفراد غير المقدور ما لو شرط حصول غاية متوقفة شرعا على سبب خاص بحيث يعلم من الشرع عدم حصولها بنفس الاشتراط كاشتراط كون امرأة مزوجة أو الزوجة مطلقة من غير أن يراد من ذلك إيجاد الأسباب أما لو أراد إيجاد الأسباب أو كان الشرط مما يكفى فى تحققه نفس الاشتراط فلا إشكال و لو شك فى حصوله بنفس الاشتراط كملكية عين خاصة فسيأتى الكلام فيه فى حكم الشرط.

### الثانى أن يكون الشرط سائغا فى نفسه

فلا يجوز اشتراط جعل العنب خمرا و نحوه من المحرمات لعدم نفوذ الالتزام بالمحرم و يدل عليه ما سيجىء من قوله: المؤمنون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا فإن الشرط إذا كان محرما المكاسب، ج ٣، ص ٢٧٧  
كان اشتراطه و الالتزام به إحلالا للحرام و هذا واضح لا إشكال فيه.

### الثالث أن يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء نوعا - أو بالنظر إلى خصوص المشروطة له.

و مثل له فى الدروس باشتراط جهل العبد بالعبادات و قد صرح جماعة بأن اشتراط الكيل أو الوزن بمكيال معين أو ميزان معين من أفراد المتعارف لغو سواء فى السلم و غيره. و فى التذكرة لو شرط ما لا غرض للعقلاء فيه و لا يزيد به المالىة فإنه لغو لا يوجب الخيار و الوجه فى ذلك أن مثل ذلك لا يعد حقا للمشروط له حتى يتضرر بتعذره فيثبت له الخيار أو يعتنى به الشارع فيوجب الوفاء به و يكون تركه ظلما فهو نظير عدم إمضاء الشارع لبذل المال على ما فيه منفعة لا يعتد بها عند العقلاء و لو شك فى تعلق غرض صحيح

به حمل عليه- و من هنا اختار في التذكرة صحةً اشتراط أن لا يأكل إلا الهريسة و لا يلبس إلا الخز و لو اشترط كون العبد كافراً ففى صحته أو لغويته قولان للشيخ و الحلّى من تعلق الغرض المعتد به لجواز بيعه على المسلم و الكافر و لاستغراق أوقاته بالخدمة و من أن الإسلام يعلو و لا يعلى عليه و الأغراض الدنيوية لا تعارض الأخروية و جزم بذلك فى الدروس و بما قبله العلامة قدس سره.

### الرابع أن لا يكون مخالفاً للكتاب و السنة

#### إشارة

فلو اشترط رقيه حر أو توريث أجنبى كان فاسداً لأن مخالفة الكتاب و السنة لا يسوغهما شىء. نعم قد يقوم احتمال تخصيص عموم الكتاب و السنة بأدلة الوفاء بل قد جوز بعض تخصيص عموم ما دل على عدم جواز الشرط المخالف للكتاب و السنة لكنه مما لا يرتاب فى ضعفه. و تفصيل الكلام فى هذا المقام و بيان معنى مخالفة الشرط للكتاب و السنة موقوف على ذكر

#### الأخبار الواردة فى هذا الشرط

ثم التعرض لمعناها فنقول إن الأخبار فى هذا المعنى مستفيضة بل متواترة معنى. ففى النبوى المروى صحيحاً عن أبى عبد الله ع: من اشترط شرطاً سوى كتاب الله عز و جل فلا يجوز ذلك له و لا عليه و المذكور فى كلام الشيخ و العلامة رحمه الله المروى من طريق العامة قوله ص فى حكاية بريرة لما اشترتها عائشة و شرط مواليها عليها و لاءها ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست فى كتاب الله فما كان من شرط ليس فى كتاب الله عز و جل فهو باطل قضاء الله أحق و شرطه أوثق و الولاء لمن أعتق و فى المروى موثقاً عن أمير المؤمنين ع: من شرط لامرأته شرطاً فليف به لها فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً و فى صحيحه الحلبي: كل شرط خالف كتاب الله فهو مردود و فى صحيحه ابن سنان: من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله عز و جل فلا يجوز له و لا يجوز على الذى اشترط عليه و المسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله و فى صحيحته الأخرى: المؤمنون عند شروطهم إلا كل شرط خالف كتاب الله عز و جل فلا يجوز و فى رواية محمد بن قيس عن أبى جعفر ع: فى من تزوج امرأة و أصدقها و اشترطت عليه أن يبيدها الجماع و الطلاق قال خالفت السنة و وليت حقاً ليست أهلاً له فقضى أن عليه الصداق و بيده الجماع و الطلاق و ذلك السنة و فى معناها رسالة ابن بكير عن أبى عبد الله ع و رسالة مروان بن مسلم إلا أن فيهما عدم جواز هذا النكاح. و فى رواية إبراهيم بن محرز قال قلت لأبى عبد الله ع رجل قال لامرأته أمرتك بيدك فقال ع: إنى يكون هذا و قد قال الله تعالى الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ و عن تفسير العياشى عن ابن مسلم عن أبى جعفر ع قال: قضى أمير المؤمنين ع فى امرأة تزوجها رجل و شرط عليها و على أهلها أن تزوج عليها أو هجرها أو أتى عليها سريةً فهى طالق فقال ع شرط الله قبل شرطكم إن شاء وفى بشرطه و إن شاء أمسك امرأته و تزوج عليها و تسرى و هجرها إن أتت بسبب ذلك قال الله تعالى فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَ ثَلَاثَ وَ قَالَ أَحَلَّ لَكُمْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَ اللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ الْآيَةَ

#### [المراد بكتاب الله]

ثم الظاهر أن المراد بكتاب الله هو ما كتب الله على عباده من أحكام الدين و أن بينه على لسان رسوله ص فاشترط و لاء المملوك لبائعه إنما جعل فى النبوى مخالفاً لكتاب الله بهذا المعنى لكن ظاهر النبوى و إحدى صحيحتي ابن سنان- اشترط موافقة كتاب الله فى صحة الشرط و أن ما ليس فيه أو لا يوافقفه فهو باطل



**[المراد بموافقة الكتاب في بعض الأخبار]**

و لا- يبعد أن يراد بالموافقة عدم المخالفة نظرا إلى موافقة ما لم يخالف كتاب الله بالخصوص لعموماته المرخصة للتصرفات غير المحرمة في النفس و المال فخياطة ثوب البائع مثلا موافق للكتاب بهذا المعنى

**[المتصف بمخالفة الكتاب إما الملتزم أو نفس الالتزام]**

ثم إن المتصف بمخالفة الكتاب- إما نفس المشروط و الملتزم ككون الأجنبي وارثا و عكسه و كون الحر أو ولده رقا و ثبوت الولاء لغير المعتق و نحو ذلك و إما أن يكون التزامه مثلا- مجرد عدم التسرى و التزوج على المرأة ليس مخالفا للكتاب و إنما المخالف للالتزام به فإنه مخالف لإباحة التسرى و التزوج الثابتة بالكتاب و قد يقال إن التزم ترك المباح لا ينافي إباحته فاشتراط ترك التزوج و التسرى لا ينافي الكتاب فينحصر المراد في المعنى الأول. و فيه أن ما ذكر لا يوجب الانحصار فإن التزم ترك المباح و إن لم يخالف الكتاب المبيح له إلا أن التزم فعل الحرام يخالف الكتاب المحرم له فيكفي هذا مصداقا لهذا المعنى مع أن الرواية المتقدمة الدالة على كون اشتراط ترك التزوج و التسرى مخالفا للكتاب مستشهدا عليه بما دل من الكتاب على إباحتهما كالصريحة في هذا المعنى و ما سيجيء من تأويل الرواية بعيد مع أن قوله ع في رواية إسحاق بن عمار: المؤمنون عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما ظاهر بل صريح في فعل الشارط فإنه الذي يرخص باشتراطه الحرام الشرعي و يمنع باشتراطه عن المباح الشرعي إذ المراد من التحريم و إلا حلال ما هو من فعل الشارط لا الشارع و أصرح من ذلك كله المرسل المروي في الغنية: الشرط جائز بين المسلمين ما لم يمنع منه كتاب أو سنة

**[المراد بحكم الكتاب و السنة]**

ثم إن المراد بحكم الكتاب و السنة الذي يعتبر عدم مخالفة المشروط أو نفس الاشتراط له هو ما ثبت على وجه لا يقبل تغييره بالشرط لأجل تغير موضوعه بسبب الاشتراط.

**[انقسام الحكم الشرعي إلى قسمين]****[ما يثبت للشيء من حيث نفسه]**

و توضيح ذلك أن حكم الموضوع قد يثبت له من حيث نفسه و مجردا من ملاحظة عنوان آخر طار عليه و لازم ذلك من عدم التنافي بين ثبوت هذا الحكم و بين ثبوت حكم آخر له إذا فرض عروض عنوان آخر لذلك الموضوع و مثال ذلك أغلب المباحات و المستحبات و المكروهات بل جميعها حيث إن تجويز الفعل و الترك إنما هو من حيث ذات الفعل فلا ينافي طرو عنوان يوجب المنع عن

المكاسب، ج ٣، ص ٢٧٨

الفعل أو الترك كأكل اللحم فإن الشرع قد دل على إباحته في نفسه بحيث لا- ينافي عروض التحريم له إذا حلف على تركه أوامر الوالد بتركه أو عروض الوجوب له إذا صار مقدمة لواجب أو نذر فعله مع انعقاده

**[ما يثبت له لا مع تجرده عن ملاحظة العنوانات الطارئة]**

و قد يثبت له لا مع تجرده عن ملاحظة العنوانات الخارجة الطارئة عليه و لازم ذلك حصول التنافي بين ثبوت هذا الحكم و بين ثبوت

حكم آخر له و هذا نظير أغلب المحرمات و الواجبات فإن الحكم بالمنع عن الفعل أو الترك مطلق لا مقيد بحيثية تجرد الموضوع إلا عن بعض العنوانات كالضرر و الحرج فإذا فرض ورود حكم آخر من غير جهة الحرج و الضرر فلا بد من وقوع التعارض بين دليلى الحكمين فيعمل بالراجح بنفسه أو بالخارج

### [القسم الأول من الشروط ليس مخالفا للكتاب]

إذا عرفت هذا فنقول الشرط إذا ورد على ما كان من قبيل الأول لم يكن الالتزام بذلك مخالفا للكتاب إذا المفروض أنه لا تنافى بين حكم ذلك الشيء فى الكتاب و السنة و بين دليل الالتزام بالشرط و وجوب الوفاء به و إذا ورد على ما كان من قبيل الثانى كان التزامه مخالفا للكتاب و السنة

### [ظاهر مورد بعض الأخبار من قبيل الأول و توجيهه]

#### إشارة

و لكن ظاهر مورد بعض الأخبار المتقدمة من قبيل الأول كترك التزوج و ترك التسرى فإنهما مباحان من حيث أنفسهما فلا ينافى ذلك لزومهما بواسطة العنوانات الخارجة كالحلف و الشرط و أمر السيد و الوالد و حينئذ فيجب إما جعل ذلك الخبر كاشفا عن كون ترك الفعلين فى نظر الشارع من الجائز الذى لا يقبل اللزوم بالشرط و إن كان فى أنظارنا نظير ترك أكل اللحم و التمر و غيرهما من المباحات القابلة لطرو عنوان التحريم لكن يبعده استشهاد الإمام لبطلان تلك الشروط بإباحة ذلك فى القرآن و هو فى معنى إعطاء الضابطة لبطلان الشروط. و أما الحمل على أن هذه الأفعال مما لا يجوز تعلق وقوع الطلاق عليها و أنها لا توجب الطلاق كما فعله الشارط فالمخالف للكتاب هو ترتب طلاق المرأة إذ الكتاب دال على إباحتها و أنها مما لا يترتب عليه حرج و لو من حيث خروج المرأة بها عن زوجية الرجل. و يشهد لهذا الحمل و إن بعد بعض الأخبار الظاهرة فى وجوب الوفاء بمثل هذا الالتزام مثل رواية منصور بن يونس قال: قلت لأبى الحسن ع إن شريكاً لى كان تحته امرأة فطلقها فبانت منه فأراد مراجعتها فقالت له المرأة لا والله لا أتزوجك أبداً حتى يجعل الله لى عليك أن لا تطلقنى و لا تتزوج على قال و قد فعل قلت نعم جعلنى الله فداك قال بسماً صنع ما كان يدرى ما يقع فى قلبه بالليل و النهار ثم قال أما الآن فقل له فليتيم للمرأة شرطها فإن رسول الله ص قال المسلمون عند شروطهم فيمكن حمل رواية محمد بن قيس على إرادة عدم سببته للطلاق بحكم الشرط فتأمل.

ثم إنه لا إشكال فيما ذكرنا من انقسام الحكم الشرعى إلى القسمين المذكورين و أن المخالف للكتاب هو الشرط الوارد على القسم الثانى لا الأول

#### منها كون من أحد أبويه حر رقا

فإن ما دل على أنه لا يملك ولد حر قابل لأن يراد به عدم رقيه ولد الحر بنفسه بمعنى أن الولد ينعقد لو خلى و طبعه تابعا لأشرف الأبوين فلا ينافى جعله رقا بالشرط فى ضمن عقد و أن يراد به أن ولد الحر لا يمكن أن يصير فى الشريعة رقا فاشترطه اشتراط لما هو مخالف للكتاب و السنة الدالين على هذا الحكم.

#### و منها إرث المتمتع بها هل هو قابل للاشتراط فى ضمن عقد المتعة أو عقد آخر أم لا

فإن الظاهر الاتفاق على عدم مشروعية اشتراطه فى ضمن عقد آخر و عدم مشروعية اشتراط إرث أجنبى آخر فى ضمن عقد مطلقا فيشكل الفرق حينئذ بين أفراد غير الوارث و بين أفراد العقود و جعل ما حكموا بجوازه مطلقا مطابقا للكتاب و ما منعوا عنه مخالفا إلا

أن يدعى أن هذا الاشتراط مخالف للكتاب إلا في هذا المورد أو أن الشرط المخالف للكتاب ممنوع إلا في هذا المورد ولكن عرفت وهن الثاني و الأول يحتاج إلى تأمل.

### و منها أنهم اتفقوا على جواز اشتراط الضمان في العارية

و اشتهر عدم جوازه في عقد الإجارة فيشكل أن مقتضى أدله عدم ضمان الأمين عدم ضمانه في نفسه من غير إقدام عليه بحيث لا ينافي إقدامه على الضمان من أول الأمر أو عدم مشروعية ضمانه و تضمينه و لو بالأسباب كالشرط في ضمن عقد تلك الأمانة أو غير ذلك

### و منها اشتراط أن لا يخرج بالزوجة إلى بلد آخر

فإنهم اختلفوا في جوازه و الأشهر على الجواز و جماعة على المنع من جهة مخالفته للشرع من حيث وجوب إطاعة الزوج و كون مسكن الزوجة و منزلها باختياره و أورد عليهم بعض المجوزين بأن هذا جار في جميع الشروط السائغة من حيث إن الشرط ملزم لما ليس بلازم فعلا أو تركا.

و بالجملة فموارد الإشكال في تميز الحكم الشرعي القابل لتغيره بالشرط بسبب تغير عنوانه عن غير القابل كثيرة يظهر للمتبع فينبغي للمجتهد ملاحظة الكتاب و السنة الدالين على الحكم الذي يراد تغيره بالشرط و التأمل فيه حتى يحصل له التميز و يعرف أن المشروط من قبيل ثبوت الولاء لغير المعق المنافي لقوله ص: الولاء لمن أعتق أو من قبيل ثبوت الخيار للمتبايعين غير المنافي لقوله ع: إذا افترقا وجب البيع أو عدمه لهما في المجلس مع قوله ع: البيعان بالخيار ما لم يفترقا إلى غير ذلك من الموارد المتشابهة صورة المخالفة حكما

### [الأصل عدم المخالفة عند عدم التميز]

فإن لم يحصل له بنى على أصالة عدم المخالفة فيرجع إلى عموم: المؤمنون عند شروطهم و الخارج عن هذا العموم و إن كان هو المخالف واقعا للكتاب و السنة لا ما علم مخالفته إلا أن البناء على أصالة عدم المخالفة يكفي في إحراز عدمها واقعا كما في سائر مجارى الأصول و مرجع هذا الأصول إلى أصالة عدم ثبوت هذا الحكم على وجه لا يقبل تغيره بالشرط مثلا نقول إن الأصل عدم ثبوت هذا الحكم بتسلط الزوج على الزوجة من حيث المسكن لا من حيث هو لو خلى و طبعه و لم يثبت في صورة إزام الزوج على نفسه بعض خصوصيات المسكن لكن هذا الأصل إنما ينفع بعد عدم ظهور الدليل الدال على الحكم في إطلاقه بحيث يشمل صورة الاشتراط كما في أكثر الأدلة المتضمنة للأحكام المتضمنة للرخصة و التسليط فإن الظاهر سوقها في مقام بيان حكم الشيء من حيث هو الذي لا ينافي طرو خلافه لملمزم شرعي كالنذر و شبهه من حقوق الله و الشرط و شبهه 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 خص الشرط المخالف للكتاب الممنوع عنه في الأخبار بما كان الحكم المشروط مخالفا للكتاب و أن التزام فعل المباح أو الحرام أو ترك المباح أو الواجب خارج عن مدلول تلك الأخبار ذكر أن المتعين

المكاسب، ج ٣، ص ٢٧٩

في هذه الموارد ملاحظة التعارض بين ما دل على حكم ذلك الفعل و ما دل على وجوب الوفاء بالشرط و يرجع إلى المرجحات و ذكر أن المرجح في مثل اشتراط شرب الخمر هو الإجماع قال و ما لم يكن فيه مرجح يعمل فيه بالقواعد و الأصول. و فيه من الضعف ما لا يخفى مع أن اللازم على ذلك الحكم بعدم لزوم الشرط بل عدم صحته في جميع موارد عدم الترجيح لأن الشرط إن كان فعلا

يجوز تركه كان اللازم مع تعارض أدلة وجوب الوفاء بالشرط و أدلة جواز ترك ذلك الفعل مع فقد المرجح الرجوع إلى أصالة عدم وجوب الوفاء بالشرط فلا يلزم بل لا يصح و إن كان فعل محرم أو ترك واجب لزم الرجوع إلى أصالة بقاء الوجوب و التحريم الثابتين قبل الاشتراط.

فالتحقيق ما ذكرنا من أن من الأحكام المذكورة في الكتاب و السنة ما يقبل التغيير بالشرط لتغيير عنوانه كأكثر ما ترخص في فعله و تركه و منها ما لا يقبله كالتحريم و كثير من موارد الوجوب

### و أدلة الشروط حاكمه على القسم الأول دون الثاني

فإن اشتراطه مخالف لكتاب الله كما عرفت و عرفت حكم صورة الشك و قد تفتن قدس سره لما ذكرنا في حكم القسم الثاني و أن الشرط فيه مخالف للكتاب بعض التفتن بحيث كاد أن يرجع عما ذكره أولاً من التعارض بين أدلة وجوب الوفاء بالشرط و أدلة حرمة شرب الخمر فقال و لو جعل هذا الشرط من أقسام الشرط المخالف للكتاب و السنة كما يطلق عليه عرفاً لم يكن بعيداً انتهى.

### [المراد من تحريم الحلال و تحليل الحرام]

و مما ذكرنا من انقسام الأحكام الشرعية المدلول عليها في الكتاب و السنة على قسمين يظهر لك معنى قوله ع في رواية إسحاق بن عمار المتقدمه: المؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً فإن المراد بالحلال و الحرام فيها ما كان كذلك بظاهر دليله حتى مع الاشتراط نظير شرب الخمر و عمل الخشب صنماً أو صورة حيوان و نظير مجامعة الزوج التي دل بعض الأخبار السابقة على عدم ارتفاع حكمها أعني الإباحة متى أراد الزوج باشتراط كونها بيد المرأة و نظير التزوج و التسرى و الهجر حيث دل بعض تلك الأخبار على عدم ارتفاع إباحتها باشتراط تركها معللاً بورود الكتاب العزيز بإباحتها. أما ما كان حلالاً لو خلى و طبعه بحيث لا ينافي حرمة أو وجوبه بملاحظة طرو عنوان خارجي عليه أو كان حراماً كذلك فلا يلزم من اشتراط فعله أو تركه إلا تغيير عنوان الحلال و الحرام الموجب لتغيير الحل و الحرمة فلا يكون حينئذ تحريم حلال و لا تحليل حرام ألا ترى أنه لو نهى السيد عبده أو الوالد ولده عن فعل مباح أعني مطالبه ماله في ذمة غريمه أو حلف الملك على تركه لم يكن الحكم بحرمة شرعاً من حيث طرو عنوان معصية السيد و الوالد و عنوان حنث اليمين عليه تحريماً لحلال فكذلك ترك ذلك الفعل في ضمن عقد يجب الوفاء به و كذلك امتناع الزوجة عن الخروج مع زوجها إلى بلد آخر محرم في نفسه و كذلك امتناعها من المجامعة و لا ينافي ذلك حليتهما باشتراط عدم إخراجها عن بلدها أو باشتراط عدم مجامعتها كما في بعض النصوص. و بالجملة فتحريم الحلال و تحليل الحرام إنما يلزم مع معارضة أدلة الوفاء بالشرط لأدلة أصل الحكم حتى يستلزم وجوب الوفاء مخالفة ذلك و طرح دليله أما إذا كان دليل ذلك الحكم لا يفيد إلا ثبوته لو خلى الموضوع و طبعه فإنه لا يعارضه ما دل على ثبوت ضد ذلك الحكم إذا طراً على الموضوع عنوان آخر لم يثبت ذلك الحكم له إلا مجرداً عن ذلك العنوان

### ثم إنه يشكل الأمر في استثناء الشرط المحرم للحلال

#### إشارة

على ما ذكرنا في معنى الرواية بأن أدلة حلية أغلب المحللات بل كلها إنما تدل على حليتها في أنفسها لو خليت و أنفسها فلا تنافي حرمتها من أجل الشرط كما قد تحرم من أجل النذر و أخويه و من جهة إطاعة الوالد و السيد و من جهة صيرورتها علة للمحرم و غير ذلك من العناوين الطارئة لها. نعم لو دل دليل حل شيء على الحلية المطلقة نظير دلالة أدلة المحرمات بحيث لا يقبل طرو عنوان مغير عليه أصلاً أو خصوص الشرط من بين العناوين أو دل الدليل من الخارج على كون ذلك الحلال كذلك كما دل بعض الأخبار

بالنسبة إلى بعض الأفعال كالتسرى و التزوج و ترك الجماع من دون إرادة الزوجة كان مقتضاه فساد اشتراط خلافه لكن دلالة نفس دليل الحلية على ذلك لم توجد في مورد و الوقوف مع الدليل الخارج الدال على فساد الاشتراط يخرج الرواية عن سوقها لبيان ضابطة الشروط عند الشك إذ مورد الشك حينئذ محكوم بصحة الاشتراط و مورد ورود الدليل على عدم تغير حل الفعل باشتراط تركه مستغن عن الضابطة مع أن الإمام علل فساد الشرط في هذه الموارد بكونه محرما للحلال كما عرفت في الرواية التي تقدمت في عدم صحة اشتراط عدم التزوج و التسرى معللا بكونه مخالفا للكتاب الدال على إباحتها.

### [عدم ورود الإشكال في الشرط المحلل للحرام]

نعم لا يرد هذا الإشكال في طرف تحليل الحرام لأن أدلة المحرمات قد علم دلالتها على التحريم على وجه لا يتغير بعنوان الشرط و النذر و شبههما بل نفس استثناء الشرط المحلل للحرام عما يجب الوفاء به دليل على إرادة الحرام في نفسه لو لا الشرط و ليس كذلك في طرف المحرم للحلال فإننا قد علمنا أن ليس المراد الحلال لو لا الشرط لأن تحريم المباحات لأجل الشرط فوق حد الإحصاء بل اشتراط كل شرط عدا فعل الواجبات و ترك المحرمات مستلزم لتحريم الحلال فعلا أو تركا

### [توهم اختصاص الإشكال بما دل على الإباحة التكليفية]

و ربما يتخيل أن هذا الإشكال مختص بما دل على الإباحة التكليفية كقوله تحل كذا و تباح كذا أما الحلية التي تضمنها الأحكام الوضعية كالحكم بثبوت الزوجية أو الملكية أو الرقية أو أضدادها فهي أحكام لا تتغير لعنوان أصلا فإن الانتفاع بالملك في الجملة و الاستمتاع بالزوجة و النظر إلى أمها و بنتها من المباحات التي لا تقبل التغير و لذا ذكر في مثال الصلح المحرم للحلال أن لا ينتفع بماله أو لا يظأ جاريته. و بعبارة أخرى ترتب آثار الملكية على الملك في الجملة و آثار الزوجية على الزوج كذلك من المباحات التي لا تتغير عن إباحتها و إن كان ترتب بعض الآثار قابلا لتغير حكمه إلى التحريم كالسكنى فيما لو اشترط إسكان البائع فيه مدة و إسكان الزوجة في بلد اشترط أن لا يخرج إليه أو وطئها مع اشتراط عدم وطئها أصلا كما هو المنصوص و لكن الإنصاف أنه كلام غير منضبط فإنه كما جاز تغير إباحة بعض الانتفاعات كالوطئ في النكاح و السكنى في البيع إلى التحريم لأجل الشرط كذلك يجوز تغير إباحة سائرهما إلى الحرمة فليس الحكم بعدم تغير إباحة مطلق التصرف في الملك و الاستمتاع بالزوجة لأجل الشرط إلا للإجماع أو لمجرد الاستبعاد و الثاني غير معتد به و الأول يوجب ما تقدم من عدم الفائدة

المكاسب، ج ٣، ص ٢٨٠

في بيان هذه الضابطة مع أن هذا العنوان أعنى تحريم الحلال و تحليل الحرام إنما وقع مستثنى في أدلة انعقاد اليمين و ورد أنه لا يمين في تحليل الحرام و تحريم الحلال و قد ورد بطلان الحلف على ترك شرب العصير المباح دائما معللا بأنه ليس لك أن تحرم ما أحل الله و من المعلوم أن إباحة العصير لم يثبت من الأحكام الوضعية بل هي من الأحكام التكليفية الابتدائية. و بالجملة فالفرق بين التزوج و التسرى اللذين ورد عدم جواز اشتراط تركهما معللا بأنه خلاف الكتاب الدال على إباحتهما و بين ترك الوطئ الذي ورد جواز اشتراطه - و كذا بين ترك شرب العصير المباح الذي ورد عدم جواز الحلف عليه معللا - بأنه من تحريم الحلال و بين ترك بعض المباحات المتفق على جواز الحلف عليه في غاية الإشكال

### [ما أفاده الفاضل النراقي في تفسير الشرط المحرم للحلال]

و ربما قيل في توجيه الرواية و توضيح معناها أن معنى قوله: إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما إما أن يكون إلا شرطا حرم و جوب الوفاء به الحلال و إما أن يكون إلا شرطا حرم ذلك الشرط الحلال و الأول مخالف لظاهر العبارة مناقضته لما استشهد به الإمام ع - في

رواية منصور بن يونس المتقدمة الدالة على وجوب الوفاء بالتزام عدم الطلاق و التزوج بل يلزم كون الكل لغوا إذ ينحصر مورد: المسلمون عند شروطهم باشتراط الواجبات و اجتناب المحرمات فيبقى الثاني و هو ظاهر الكلام فيكون معناه إلا شرطا حرم ذلك الشرط الحلال بأن يكون المشروط هو حرمة الحلال ثم قال فإن قيل إذا شرط عدم فعله فلا يرضى بفعله فيجعله حراما عليه قلنا لا نريد أن معنى الحرمة طلب الترك من المشتراط بل جعله حراما ذاتيا أى مطلوب الترك شرعا و لا شك أن شرط عدم فعل بل نهى شخص عن فعل لا يجعله حراما شرعيا ثم قال فإن قيل الشرط من حيث هو مع قطع النظر عن إيجاب الشارع الوفاء لا يوجب تحليلا و تحريما شرعا فلا يحرم و لا يحلل قلنا إن أريد أنه لا يوجب تحليلا و لا تحريما شرعيا بحكم الشرط فهو ليس كذلك بل حكم الشرط ذلك و هذا معنى تحريم الشرط و تحليله و على هذا فلا إجمال في الحديث و لا تخصيص في ذلك كالنذر و العهد و اليمين فإن من نذر أن لا يأكل المال المشتبه ينعقد و لو نذر أن يكون المال المشتبه حراما عليه شرعا أو يحرم ذلك على نفسه شرعا لم ينعقد انتهى. أقول لا أفهم معنى محصلا لأشتراط حرمة الشيء أو حليته شرعا فإن هذا أمر غير مقدور للمشتراط و لا يدخل تحت الجعل فهو داخل في غير المقدور و لا- معنى لاستثنائه عما يجب الوفاء به لأن هذا لا يمكن عقلا الوفاء به إذ ليس فعلا خصوصا للمشتراط و كذلك الكلام في النذر و شبهه و العجب منه قدس سره حيث لاحظ ظهور الكلام في كون المحرم و المحلل نفس الشرط و لم يلاحظ كون الاستثناء من الأفعال التي يعقل الوفاء بالتزامها و حرمة الشيء شرعا لا يعقل فيها الوفاء و النقض. و قد مثل جماعة للصالح المحلل للحرام بالصالح على شرب الخمر و للمحرم للحلال بالصالح على أن لا يطأ جاريته و لا ينتفع بماله و كيف كان فالظاهر بل المتعين أن المراد بالتحليل و التحريم المستندين إلى الشرط هو الترخيص و المنع. نعم المراد بالحلال و الحرام ما كان كذلك بحيث لا يتغير موضوعه بالشرط لا- ما كان حلالا لو خلى و طبعه بحيث لا ينافى عروض عنوان التحريم له لأجل الشرط. و قد ذكرنا أن المعيار في ذلك وقوع التعارض بين دليل حلية ذلك الشيء أو حرمة و بين وجوب الوفاء بالشرط و عدم وقوعه ففي الأول يكون الشرط على تقدير صحته مغيرا للحكم الشرعي و فى الثانى يكون مغيرا لموضوعه فحاصل المراد بهذا الاستثناء فى حديثى الصلح و الشرط أنهما لا يغيران حكما شرعيا بحيث يرفع اليد عن ذلك الحكم لأجل الوفاء بالصلح و الشرط كالنذر و شبهه و أما تغييرهما لموضوع الأحكام الشرعية ففي غاية الكثرة بل هما موضوعان لذلك و قد ذكرنا أن الإشكال فى كثير من الموارد فى تمييز أحد القسمين من الأحكام عن الآخر.

### [ما أفاده المحقق القمى فى تفسير الشرط المذكور]

و مما ذكرنا يظهر النظر فى تفسير آخر لهذا الاستثناء يقرب من هذا التفسير الذى تكلمنا عليه ذكره المحقق القمى صاحب القوانين فى رسالته التى ألفها فى هذه المسألة فإنه بعد ما ذكر من أمثلة الشرط غير الجائر فى نفسه مع قطع النظر عن اشتراطه و التزامه شرب الخمر و الزنى و نحوهما من المحرمات و من أمثلة ما يكون التزامه و الاستمرار عليه من المحرمات فعل المرجوحات و ترك المباحات و فعل المستحبات كأن يشترط تقليص الأظفار بالسن أبدا و أن لا يلبس الخنز أبدا و لا يترك النوافل فإن جعل المكروه أو المستحب واجبا و جعل المباح حراما حراما إلا برخصة شرعية حاصله من الأسباب الشرعية كالنذر و شبهه فيما ينعقد فيه و يستفاد ذلك من كلام على ع فى رواية إسحاق بن عمار: من اشترط لامرأته شرطا فليف لها به فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما قال قدس سره فإن قلت إن الشرط كالنذر و شبهه من الأسباب الشرعية المغيرة للحكم بل الغالب فيه هو إيجاب ما ليس بواجب فإن بيع الرجل ماله أو هبته لغيره مباح و أما لو اشترط فى ضمن عقد آخر يصير واجبا فما وجه تخصيص الشرط بغير ما ذكرته من الأمثلة قلت الظاهر من تحليل الحرام و تحريم الحلال هو تأسيس القاعدة و هو تعلق الحكم بالحل أو الحرمة ببعض الأفعال على سبيل العموم من دون النظر إلى خصوصية فرد فتحريم الخمر معناه منع المكلف عن شرب جميع ما يصدق عليه هذا الكلى و كذا حلية المبيع فالتزوج و التسرى أمر كلى حلال و التزام تركه مستلزم لتحريمه و كذلك جميع أحكام الشرع من التكليفيه و الوضعية و غيرها

إنما يتعلق بالجزئيات باعتبار تحقق الكلى فيها فالمراد من تحليل الحرام و تحريم الحلال المنهى عنه هو أن يحدث المشترط قاعدة كلية و يبدع حكما جديدا و قد أجزى في الشرع البناء على الشروط إلا شرطا أوجب إبداع حكم كلى جديد مثل تحريم التزوج و التسرى و إن كان بالنسبة إلى نفسه فقط و قد قال الله تعالى فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ و كجعل الخيرة في الجماع و الطلاق بيد المرأة و قد قال الله تعالى الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ و فيما لو اشترطت عليه أن لا تتزوج أو لا تسرى بفلانة خاصة إشكال فما ذكر في السؤال من وجوب البيع الخاص الذى يشترطه فى ضمن عقد ليس مما يوجب إحداث حكم للبيع و لا تبديل حلال الشارع و حرامه و كذا لو شرط نقص الجماع عن الواجب إلى أن قال قدس سره و بالجملة اللزوم الحاصل من الشرط لما يشترطه من الشروط الجائزة المكاسب، ج ٣، ص ٢٨١

ليس من باب تحليل حرام أو تحريم حلال أو إيجاب جائز على سبيل القاعدة بل الذى يحصل من ملاحظة جميع موارد حكم كلى هو وجوب العمل على ما يشترطه و هذا الحكم أيضا من جعل الشارع فقولنا العمل على مقتضى الشرط الجائز واجب حكم كلى شرعى و حصوله ليس من جانب شرطنا حتى يكون من باب تحليل الحرام و عكسه بل إنما هو صادر من الشارع انتهى كلامه رفع مقامه و للنظر فى مواضع من كلامه مجال فافهم و الله العالم.

### الشرط الخامس أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد

و إلا لم يصح لوجهين أحدهما وقوع التنافى فى العقد المقيد بهذا الشرط بين مقتضاه الذى لا يتخلف عنه و بين الشرط الملزم لعدم تحققه فيستحيل الوفاء بهذا العقد مع تقيده بهذا الشرط فلا بد إما أن يحكم بتساقط كليهما و إما أن يقدم جانب العقد لأنه المتبوع المقصود بالذات و الشرط تابع و على كل تقدير لا يصح الشرط. الثانى أن الشرط المنافى مخالف للكتاب و السنة الدالين على عدم تخلف العقد عن مقتضاه فاشترط تخلفه عنه مخالف للكتاب و لذا ذكر فى التذكرة أن اشتراط عدم بيع المبيع مناف لمقتضى ملكيته فيخالف قوله ص: الناس مسلطون على أموالهم و دعوى أن العقد إنما يقتضى ذلك مع عدم اشتراط عدمه فيه لا مطلقا خروج عن محل الكلام إذ الكلام فى ما يقتضيه مطلق العقد و طبيعته السارية فى كل فرد منه لا ما يقتضيه العقد المطلق بوصف إطلاقه و خلوه عن الشرائط و القيود حتى لا ينافى تخلفه عنه لقيده يقيده و شرط يشترط فيه هذا كله مع تحقق الإجماع على بطلان هذا الشرط فلا إشكال فى أصل الحكم و إنما الإشكال فى تشخيص آثار العقد التى لا يتخلف عن مطلق العقد فى نظرا العرف أو الشرع و تميزها عما يقبل التخلف لخصوصية تعترى العقد و إن اتضح ذلك فى بعض الموارد لكون الأثر كالمقوم العرفى للبيع أو غرضا أصليا كاشتراط عدم التصرف أصلا فى المبيع و عدم الاستمتاع أصلا بالزوجه حتى النظر و نحو ذلك إلا أن الإشكال فى كثير من المواضع خصوصا بعد ملاحظة اتفاقهم على الجواز فى بعض المقامات و اتفاقهم على عدمه فيما يشبهه و يصعب الفرق بينهما و إن تكلف له بعض مثلا المعروف عدم جواز المنع عن البيع و الهبة فى ضمن عقد البيع و جواز اشتراط عتقه بعد البيع بلا فصل أو وقفه حتى على البائع و ولده كما صرح به فى التذكرة. و قد اعترف فى التحرير بأن اشتراط العتق مما ينافى مقتضى العقد و إنما جاز لبناء العتق على التغليب و هذا لو تم لم يجز فى الوقف خصوصا على البائع و ولده فإنه شرط مناف كالعتق ليس مبني على التغليب. و لأجل ما ذكرنا وقع فى موارد كثيرة الخلاف و الإشكال فى أن الشرط الفلانى مخالف لمقتضى العقد أم لا.

منها اشتراط عدم البيع فإن المشهور عدم الجواز لكن العلامة فى التذكرة استشكل فى ذلك بل قوى بعض من تأخر عنه صحته. و منها ما ذكره فى الدروس فى بيع الحيوان- من جواز الشركة فيه إذا قال الربح لنا و لا خسران عليك لصحيحة رفاعه فى الشركة فى الجارية قال و منعه ابن إدريس لأنه مناف لقضية الشركة قلنا لا نسلم أن تبعية المال لازمة لمطلق الشركة بل للشركة المطلقة و الأقرب تعدى الحكم إلى غير الجارية من المبيعات انتهى. و منها ما اشتهر بينهم من جواز اشتراط الضمان فى العارية و عدم جوازه فى الإجارة

مستدلين بأن مقتضى عقد الإجارة عدم ضمان المستأجر فأورد عليهم المحقق الأردبيلي و تبعه جمال المحققين في حاشية الروضة بمنع اقتضاء مطلق العقد لذلك إنما المسلم اقتضاء العقد المطلق المجرد عن اشتراط الضمان نظير العارية. و منها اشتراط عدم إخراج الزوجة من بلدها فقد جوزها جماعة لعدم المانع و للنص و منعه آخرون منهم فخر الدين في الإيضاح مستدلا بأن مقتضى العقد تسلط الرجل على المرأة في الاستمتاع و الإسكان و قد بالغ حتى جعل هذا قرينة على حمل النص على استحباب الوفاء. و منها مسألة توارث الزوجين بالعقد المنقطع من دون شرط أو معه و عدم توارثهما مع الشرط أو لا معه فإنها مبنية على الخلاف في مقتضى العقد المنقطع. قال في الإيضاح ما ملخصه بعد إسقاطه ما لا يرتبط بالمقام إنهم اختلفوا في أن هذا العقد يقتضى التوارث أم لا و على الأول فقول المقتضى هو العقد المطلق من حيث هو هو فعلى هذا القول لو شرط سقوطه لبطل الشرط لأن كل ما تقتضيه الماهية من حيث هي هي فيستحيل عدمه مع وجودها و قيل المقتضى إطلاق العقد أى العقد المجرد عن شرط نقيضه أعنى الماهية بشرط لا شىء فيثبت الإرث ما لم يشترط سقوطه و على الثانى قيل يثبت مع الاشتراط و يسقط مع عدمه و قيل لا يصح اشتراطه انتهى. و مرجع القولين إلى أن عدم الإرث من مقتضى إطلاق العقد أو ماهيته و اختار هو هذا القول الرابع تبعا لجده و والده قدس سرهما و استدل عليه أخيرا بما دل على أن من حدود المتعة أن لا ترثها و لا ترثك قال فجعل نفى الإرث من مقتضى الماهية. و لأجل صعوبة دفع ما ذكرنا من الإشكال فى تميز مقتضيات ماهية العقد من مقتضيات إطلاقه التجأ المحقق الثانى مع كمال تحجره فى الفقه حتى ثنى به المحقق فارجع هذا التمييز عند عدم اتضاح المنافاة و عدم الإجماع على الصحة أو البطلان إلى نظر الفقيه فقال أولا المراد بمنافى مقتضى العقد ما يقتضى عدم ترتب الأثر الذى جعل الشارع العقد من حيث هو هو بحيث يقتضيه و رتب عليه على أنه أثره و فائدته التى لأجلها وضع كانتقال العوضين إلى المتعاقدين و إطلاق التصرف فيهما فى البيع و ثبوت التوثق فى الرهن و المال فى ذمة الضامن بالنسبة إلى الضمان و انتقال الحق إلى ذمة المحال عليه فى الحوالة و نحو ذلك فإذا شرط عدمها أو عدم البعض أصلا نافي مقتضى العقد ثم اعترض على ذلك بصحة اشتراط عدم الانتفاع زمانا معيناً و أجب بكفاية جواز الانتفاع وقتا ما فى مقتضى العقد ثم اعترض بأن العقد يقتضى الانتفاع مطلقا فالمنع عن البعض مناف له ثم قال و دفع ذلك لا- يخلو عن عسر و كذا القول فى نحو خيار الحيوان مثلا فإن ثبوته مقتضى العقد فيلزم أن يكون شرط سقوطه منافيا له ثم قال و لا- يمكن أن يقال إن مقتضى العقد ما لم يجعل إلا لأجله كانتقال العوضين فإن ذلك ينافى منع اشتراط أن لا- يبيع المبيع مثلا- ثم قال و الحاسم لمادة الإشكال أن الشروط على أقسام منها ما انعقد الإجماع على حكمه من صحة أو فساد و منها ما وضح فيه المنافاة للمقتضى كاشتراط عدم ضمان المقبوض بالبيع أو وضح مقابله و لا كلام فيما وضح و منها

المكاسب، ج ٣، ص ٢٨٢

ما ليس واحدا من النوعين فهو بحسب نظر الفقيه انتهى كلامه رفع مقامه أقول وضح المنافاة إن كان بالعرف كاشتراط عدم الانتقال فى العوضين و عدم انتقال المال إلى ذمة الضامن و المحال عليه فلا- يتأتى معه إنشاء مفهوم العقد العرفى و إن كان بغير العرف فمرجه إلى الشرع من نص أو إجماع على صحة الاشتراط و عدمه و مع عدمهما وجب الرجوع إلى دليل اقتضاء العقد لذلك الأثر المشترط عدمه فإن دل عليه على وجه يعارض بإطلاقه أو عمومه دليل وجوب الوفاء به بحيث لو أوجبا الوفاء به وجب طرح عموم ذلك الدليل و تخصيصه حكم بفساد الشرط لمخالفته حينئذ للكتاب و السنة و إن دل على ثبوته للعقد لو خلى و طبعه بحيث لا ينافى تغير حكمه بالشرط حكم بصحة الشرط. و قد فهم من قوله تعالى الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ أن السلطنة على الزوجة من آثار الزوجية التى لا تتغير فجعل اشتراط كون الجماع بيد الزوجة فى الرواية السابقة منافيا لهذا الأثر و لم يجعل اشتراط عدم الإخراج من البلد منافيا. و قد فهم الفقهاء من قوله البيعان بالخيار حتى يفترقا فإن افترقا وجب البيع عدم التنافى فأجمعوا على صحة اشتراط سقوط الخيار الذى هو من الآثار الشرعية للعقد و كذا على صحة اشتراط الخيار بعد الافتراق و لو شك فى مؤدى الدليل وجب الرجوع إلى أصله ثبوت ذلك الأثر على الوجه الثانى فيبقى عموم أدلة الشرط سليما عن المخصص و قد ذكرنا هذا فى بيان معنى مخالفة الكتاب و السنة.



### الشرط السادس أن لا يكون الشرط مجهولا جهالة توجب الغرر في البيع

لأن الشرط في الحقيقة كالجزم من العوضين كما سيجيء بيانه قال في التذكرة و كما أن الجهالة في العوضين مبطله فكذا في صفاتهما و لو أحق المبيع فلو شرطا مجهولا بطل البيع انتهى. و قد سبق ما يدل على اعتبار تعيين الأجل المشروط في الثمن بل لو فرضنا عدم سراية الغرر في البيع كفى لزومه في أصل الشرط بناء على أن المنفى مطلق الغرر حتى في غير البيع و لذا يستندون إليه في أبواب المعاملات حتى الوكالة بطلان الشرط المجهول ليس لإبطاله البيع المشروط به و لذا قد يجزم بطلان هذا الشرط مع الاستشكال في بطلان البيع فإن العلامة في التذكرة ذكر في اشتراط عمل مجهول في عقد المبيع أن في بطلان البيع وجهين مع الجزم بطلان الشرط لكن الإنصاف أن جهالة الشرط يستلزم في العقد دائما مقدارا من الغرر الذي يلزم من جهالته جهالة أحد العوضين و من ذلك يظهر وجه النظر فيما ذكره العلامة في مواضع من التذكرة من الفرق في حمل الحيوان و بيض الدجاجة و مال العبد المجهول المقدار بين تملكها على وجه الشرطية في ضمن بيع هذه الأمور بأن يقول بعثتها على أنها حامل أو على أن لك حملها و بين تملكها على وجه الجزئية بأن يقول بعثتها و حملها فصحح الأول لأنه تابع و أبطل الثاني لأنه جزء لكن قال في الدروس لو جعل الحمل جزء من المبيع فالأقوى الصحة لأنه بمنزلة الاشتراط و لا يضر الجهالة لأنه تابع و قال في باب بيع المملوك و لو اشتراه و ما له صح و لم يشترط علمه و لا- التفصي من الربا إن قلنا إنه يملك و لو أخلناه اشترط انتهى. و المسألة محل إشكال و كلماتهم لا يكاد يعرف التيامها حيث صرحوا بأن للشرط قسطا من أحد العوضين و أن التراضي على المعاوضة وقع منوطا به و لازمه كون الجهالة فيه قاذحة و الأقوى اعتبار العلم لعموم نفي الغرر إلا- إذا عد الشرط في العرف تابعا غير مقصود بالبيع كبيض الدجاج و قد مر ما ينفع هذا المقام في شروط العوضين و سيأتي بعض الكلام في بيع الحيوان إن شاء الله.

### الشرط السابع أن لا يكون مستلزما لمحال

كما لو شرط في البيع أن يبيعه على البائع فإن العلامة قد ذكر هنا أنه مستلزم للدور قال في التذكرة لو باعه شيئا بشرط أن يبيعه إياه لم يصح سواء اتحد الثمن قدرا و جنسا و وصفا أو لا و إلا جاء الدور- لأن بيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقفة على بيعه فيدور أما لو شرط أن يبيعه على غيره فإنه يصح عندنا حيث لا منافاة فيه للكتاب و السنة لا يقال ما التزمه من الدور آت هنا لأننا نقول الفرق ظاهر لجواز أن يكون جاريا على حد التوكيل أو عقد الفضولي بخلاف ما لو شرط البيع على البائع انتهى. و سيأتي تقرير الدور مع جوابه في باب النقد و النسيئة. و قد صرح في الدروس بأن هذا الشرط باطل لا للدور بل لعدم القصد إلى البيع و يرد عليه و على الدور النقض بما إذا اشترط البائع على المشتري أن يقف المبيع عليه و على عقبه فقد صرح في التذكرة بجوازه و صرح بجواز اشتراط رهن المبيع على الثمن مع جريان الدور فيه.

### الشرط الثامن أن يلتزم به في متن العقد

فلو تواطأ عليه قبله لم يكف ذلك في التزام المشروط به على المشهور بل لم يعلم فيه خلاف عدا ما يتوهم من ظاهر الخلاف و المختلف و سيأتي لأن المشروط عليه إن أنشأ إلزام الشرط على نفسه قبل العقد كان إلزاما ابتدائيا لا يجب الوفاء به قطعا و إن كان أثره مستمرا في نفس الملتزم بل إلى حين العقد بل إلى حين حصول الوفاء و بعده نظير بقاء أثر الطلب المنشأ في زمان إلى حين حصول

المطلوب و إن وعد بإيقاع العقد مقرونا بالتزامه فإذا ترك ذكره في العقد فلم يحصل ملزم له. نعم يمكن أن يقال إن العقد إذا وقع مع تواطئهما على الشرط كان قيذا معنويا له فالوفاء بالعقد الخاص لا يكون إلا مع العمل بذلك الشرط و يكون العقد بدونه تجارة لا عن تراض إذا التراضي وقع مقيدا بالشرط فإنهم قد صرحوا بأن الشرط كالجزم من أحد العوضين فلا فرق بين أن يقول بعتك العبد بعشرة و شرطت لك ماله و بين تواطئهما على كون مال العبد للمشتري فقال بعتك العبد بعشرة قاصدين العشرة المقرونة بكون مال العبد للمشتري هذا مع أن الخارج من عموم: المؤمنون عند شروطهم هو ما لم يقع العقد مبني عليه فيعم محل الكلام و على هذا فلو توطئا على شرط فاسد فسد العقد المبني عليه و إن لم يذكر فيه. نعم لو نسيا الشرط المتواطأ عليه فأوقعا العقد غير بانين على الشرط بحيث يقصدان من العوض المقرون بالشرط اتجه صحة العقد و عدم لزوم الشرط هذا و لكن الظاهر من كلمات الأكثر عدم لزوم الشرط غير المذكور في متن العقد و عدم إجراء أحكام الشرط عليه و إن وقع العقد مبني عليه بل في الرياض عن بعض الأجلة حكاية الإجماع على عدم لزوم الوفاء بما يشترط لا في عقد بعد ما ادعى هو قدس سره الإجماع على أنه لا حكم للشروط إذا كانت قبل عقد النكاح و تتبع كلماتهم في باب البيع و النكاح يكشف عن صدق ذلك المحكى فتراهم يجوزون في باب الربا و الصرف الاحتيال في تحليل معاوضة أحد المتجانسين بأزيد منه ببيع الجنس بمساويه

المكاسب، ج ٣، ص ٢٨٣

ثم هبة الزائد من دون أن يشترط ذلك في العقد فإن الحلية لا تتحقق إلا بالتواطى على هبة الزائد بعد البيع و التزام الواهب بها قبل العقد مستمرا إلى ما بعده و قد صرح المحقق و العلامة في باب المراجعة بجواز أن يبيع الشيء من غيره بثمان زائد مع قصدهما نقله بعد ذلك إلى البائع ليخبر بذلك الثمن عند بيعه مراجعة إذا لم يشترط ذلك لفظا و معلوم أن المعاملة لأجل هذا الغرض لا يكون إلا مع التواطؤ و الالتزام بالنقل ثانيا. نعم خص في المسالك ذلك بما إذا وثق البائع بأن المشتري ينقله إليه من دون التزام ذلك و إيقاع العقد على هذا الالتزام لكنه تقييد لإطلاق كلماتهم خصوصا مع قولهم إذا لم يشترط لفظا. و بالجمله فظاهر عبارتي الشرائع و التذكرة أن الاشتراط و الالتزام من قصدهما و لم يذكر لفظا لا أن النقل من قصدهما فراجع و أيضا فقد حكى عن المشهور أن عقد النكاح المقصود فيه الأجل و المهر المعين إذا خلى عن ذكر الأجل ينقلب دائما. نعم ربما ينسب إلى الخلاف و المختلف صحة اشتراط عدم الخيار قبل عقد البيع لكن قد تقدم في خيار المجلس النظر في هذه النسبة إلى الخلاف بل المختلف فراجع - ثم إن هنا وجه آخر لا يخلو عن وجه و هو بطلان العقد الواقع على هذا الشرط لأن الشرط من أركان العقد المشروط بل عرفت أنه كالجزم من أحد العوضين فيجب ذكره في الإيجاب و القبول كأجزاء العوضين. و قد صرح الشهيد في غاية المراد بوجود ذكر الثمن في العقد و عدم الاستغناء عنه بذكره سابقا كما إذا قال بعنى بدرهم فقال بعتك فقال المشتري قبلت و سيأتى في حكم الشرط الفاسد كلام من المسالك إن شاء الله تعالى.

**و قد يتوهم هنا شرط تاسع - و هو تنجيز الشرط بناء على أن نعليقه**

**إشارة**

يسرى إلى العقد بعد ملاحظة رجوع الشرط إلى جزء من أحد العوضين فإن مرجع قوله بعتك هذا بدرهم على أن تخطط لى إن جاء زيد على وقوع المعاوضة بين المبيع و بين الدرهم المقرون بخياطة الثوب على تقدير مجيء زيد بل يؤدي إلى البيع بثمانين على تقديرين فباعه بالدرهم المجرد على تقدير عدم مجيء زيد و بالدرهم المقرون مع خياطة الثوب على تقدير مجيئه

**[دفع هذا التوهم]**

و يندفع بأن الشرط هو الخياطة على تقدير المجيء لا الخياطة المطلقة ليرجع التعليق إلى أصل المعاوضة الخاصة و مجرد رجوعهما في المعنى إلى أمر واحد لا يوجب البطلان و لذا اعترف بعضهم بأن مرجع قوله أنت و كيلى إذا جاء رأس الشهر فى أن تبيع و أنت و كيلى فى أن تبيع إذا جاء رأس الشهر إلى واحد مع الاتفاق على صحة الثانى و بطلان الأول. نعم ذكره فى التذكرة أنه لو شرط البائع كونه أحق بالمبيع لو باعه المشتري فيه إشكال لكن لم يعلم أن وجهه تعليق الشرط بل ظاهر عبارة التذكرة و كثير منهم فى بيع الخيار بشرط رد الثمن كون الشرط و هو الخيار معلقا على رد الثمن و قد ذكرنا ذلك سابقا فى بيع الخيار.

### مسألة فى حكم الشرط الصحيح

#### [أقسام الشرط]

#### [شرط الوصف]

و تفصيله أن الشرط إما أن يتعلق بصفة من صفات المبيع الشخصى - ككون العبد كاتبا و الجارية حاملا و نحوهما

#### [شرط الفعل]

و إما أن يتعلق بفعل من أفعال أحد المتعاقدين أو غيرهما كاشتراط إعتاق العبد و - خياطة الثوب

#### [شرط الغاية]

و - إما أن يتعلق بما هو من قبيل الغاية للفعل كاشتراط تملك عين خاصة و انعتاق مملوك خاص و نحوهما

### و لا إشكال فى أنه لا حكم للقسم الأول إلا الخيار مع تبين فقد الوصف المشروط

إذ لا يعقل تحصيله هنا معنى لوجوب الوفاء فيه و عموم المؤمنون مختص بغير هذا القسم

### و أما الثالث

فإن أريد باشتراطه الغاية - أعنى الملكية و الزوجية و نحوهما اشتراط تحصيلهما بأسبابهما الشرعية فيرجع إلى الثانى و هو اشتراط الفعل و إن أريد حصول الغاية بنفس الاشتراط فإن دل الدليل الشرعى على عدم تحقق تلك الغاية إلا بسببها الشرعى الخاص كالزوجية و الطلاق و العبودية و الانعتاق و كون المرهون مبيعا عند انقضاء الأجل و نحو ذلك كان الشرط فاسدا لمخالفته للكتاب و السنة كما أنه لو دل الدليل على كفاية الشرط فيه كالوكالة و الوصاية و كون مال العبد و حمل الجارية و ثمر الشجرة ملكا للمشتري فلا إشكال. و أما لو لم يدل دليل على أحد الوجهين كما لو شرط فى البيع كون مال خاص غير تابع لأحد العوضين كالأمثلة المذكورة ملكا لأحدهما أو صدقة أو كون العبد الفلانى حرا و نحو ذلك ففى صحة هذا الشرط إشكال من أصالة عدم تحقق تلك الغاية إلا بما علم كونه سببا لها و عموم المؤمنون عند شروطهم و نحوه لا يجرى هنا لعدم كون الشرط فعلا ليجب الوفاء به و من أن الوفاء لا يختص بفعل ما شرط بل يشمل ترتيب الآثار عليه نظير الوفاء بالعهد و يشهد له تمسك الإمام ع بهذا العموم فى موارد كلها من هذا القبيل كعدم الخيار للمكاتب التى أعانها ولد زوجها - على أداء مال الكتابة مشترطا عليها عدم الخيار على زوجها بعد الانعتاق مضافا إلى كفاية دليل الوفاء بالعقود فى ذلك بعد صيرورة الشرط جزء للعقد و أما توقف الملك و شبهه على أسباب خاصة فهى دعوى غير

مسموعة مع وجود أفراد اتفق على صحتها كما في حمل الجارية و مال العبد و غيرهما و دعوى تسويغ ذلك لكونها توابع للمبيع مدفوعة لعدم صلاحية ذلك للفرق مع أنه يظهر من بعضهم جواز اشتراط ملك حمل دابة في بيع أخرى كما يظهر من المحقق الثاني في شرح عبارة القواعد في شرائط العوضين و كل مجهول مقصود بالبيع لا يصح بيعه و إن انضم إلى معلوم و كيف كان فالأقوى صحة اشتراط الغايات التي لم يعلم من الشارع إناطتها بأسباب خاصة كما يصح نذر مثل هذه الغايات- بأن ينذر كون المال صدقة أو الشاة أضحية أو كون هذا المال لزيد و حينئذ فالظاهر عدم الخلاف في وجوب الوفاء بها بمعنى ترتيب الآثار.

### و إنما الخلاف و الإشكال في القسم الثاني - و هو ما تعلق فيه الاشتراط بفعل

#### إشارة

و الكلام فيه يقع في مسائل

#### الأولى في وجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعي

ظاهر المشهور هو الوجوب لظاهر النبوي: المؤمنون عند شروطهم و العلوي: من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به فإن المسلمين عند شروطهم إلا- شرطاً حرم حلالاً- أو حلال حراماً و يؤكد الوجوب ما أرسل في بعض الكتب من زيادة قوله إلا من عصى الله في النبوي بناء على كون الاستثناء من المشروط عليه لا من الشارط هذا كله مضافاً إلى عموم وجوب الوفاء بالعقد بعد كون الشرط كالجزم من ركن العقد خلافاً لظاهر الشهيد في اللعنة و ربما ينسب إلى غيره حيث قال إنه

المكاسب، ج ٣، ص ٢٨٤

لا- يجب على المشروط عليه فعل الشرط و إنما فائدته جعل العقد عرضة للزوال و وجهه مع ضعفه يظهر مما ذكره قدس سره في تفصيله المحكى في الروضة عنه قدس سره في بعض تحقیقاته و هو أن الشرط الواقع في العقد اللازم إن كان العقد كافياً في تحققه و لا يحتاج بعده إلى صيغة فهو لازم لا يجوز اختلال به كشرط الوكالة و إن احتاج بعده إلى أمر آخر وراء ذكره في العقد كشرط العتق فليس بلازم بل يقبل العقد اللازم جائزاً و جعل السرفيه أن اشتراط ما العقد كاف في تحققه كجزء من الإيجاب و القبول فهو تابع لهما في اللزوم و الجواز و اشتراط ما سيوجد أمر منفصل عن العقد و قد علق عليه العقد و المعلق على الممكن ممكن و هو معنى قلب اللازم جائزاً انتهى. قال في الروضة بعد حكاية هذا الكلام و الأقوى اللزوم مطلقاً و إن كان تفصيله أجود مما اختاره هنا أقول ما ذكره قدس سره في بعض تحقیقاته لا يحسن عده تفصيلاً في محل الكلام مقابلاً لما اختاره في اللعنة لأن الكلام في اشتراط فعل سائغ و أنه هل يصير واجبا على المشروط عليه أم لا كما ذكره الشهيد في المتن فمثل اشتراط كونه و كيلاً ليس إلا كاشتراط ثبوت الخيار أو عدم ثبوته له فلا يقال إنه يجب فعله أو لا يجب. نعم وجوب الوفاء بمعنى ترتيب آثار ذلك الشرط المحقق بنفس العقد مما لا خلاف فيه إذ لم يقل أحد بعدم ثبوت الخيار أو آثار اللزوم بعد اشتراطهما في العقد. و بالجملة فالكلام هنا في اشتراط فعل يوجد بعد العقد نعم كلام الشهيد في اللعنة أعم منه و من كل شرط لم يسلم لمشتراطه و مراده تعذر الشرط و كيف كان فمثل اشتراط الوكالة أو الخيار و عدمه خارج عن محل الكلام إذ لا كلام و لا خلاف في وجوب ترتيب آثار الشرط عليه و لا في عدم انفساخ العقد بعدم ترتيب الآثار و لا في أن المشروط عليه يجبر على ترتيب الآثار و إن شئت قلت اشتراط الوكالة من اشتراط الغايات لا المبادئ.

و مما ذكرنا يظهر أن تأييد القول المشهور أو الاستدلال عليه بما في الغنية من الإجماع على لزوم الوفاء بالعقد غير صحيح لأنه إنما ذكر ذلك في مسألة اشتراط الخيار و قد عرفت خروج مثل ذلك عن محل الكلام. نعم في التذكرة لو اشترى عبداً بشرط أن يعتقه المشتري صح البيع و لزم الشرط عند علمائنا أجمع ثم إن ما ذكره الشهيد قدس سره من أن اشتراط ما سيوجد أمر منفصلاً و قد علق عليه العقد إلخ لا يخلو عن نظر إذ حاصله أن الشرط قد علق عليه العقد في الحقيقة و إن كان لا تعليق صورة فحاصل قوله بعثك هذا

العبد على أن تعتقه أن الالتزام بهذه المعاوضة معلق على التزامك بالعتق فإذا لم يلتزم بالإعتاق لم يجب على المشروط له الالتزام بالمعاوضة. وفيه مع أن المعروف بينهم أن الشرط بمنزلة الجزء من أحد العوضين و أن القاعدة اللفظية في العقد المشروط لا يقتضى هذا المعنى أيضا و أن رجوعه إلى التعليق على المحتمل يوجب عدم الجزم المفسد للعقد و إن لم يكن في صورة التعليق أن لازم هذا الكلام- أعنى دعوى تعليق العقد على الممكن ارتفاعه من رأس عند فقد الشرط لا انقلابه جائزا.

### الثانية في أنه لو قلنا بوجوب الوفاء- من حيث التكليف الشرعى فهل يجبر عليه لو امتنع

ظاهر جماعه ذلك- و ظاهر التحرير خلافه- قال في باب الشروط إن الشرط أن تعلق بمصلحة المتعاقدين كالأجل و الخيار و الشهادة و التضمين و الرهن و اشتراط صفة مقصودة كالكتابة جاز و لزم الوفاء ثم قال إذا باع بشرط العتق صح البيع و الشرط فإن أعتقه المشتري و إلا ففى إجباره وجهان أقربهما عدم الإيجاب انتهى. و قال في الدروس يجوز اشتراط سائغ في العقد فيلزم الشرط في طرف المشترط عليه فإن أخل به فللمشترط الفسخ و هل يملك إجباره عليه فيه نظر انتهى و لا معنى للزوم الشرط إلا و جوب الوفاء به و قال في التذكرة في فروع مسألة العبد المشترط عتقه إذا أعتقه المشتري فقد وفى بما وجب عليه إلى أن قال و إن امتنع أجبر عليه إن قلنا إنه حق لله تعالى و إن قلنا إنه حق للبائع لم يجبر كما في شرط الرهن و الكفيل لكن يتخير البائع في الفسخ بعد سلامة ما شرط ثم ذكر للشافعي وجهين في الإيجاب و عدمه إلى أن قال و الأولى عندى الإيجاب في شرط الرهن و الكفيل لو امتنع كما لو شرط تسليم الثمن معجلا فأهمل انتهى و يمكن أن يستظهر هذا القول أعنى الوجوب تكليفا مع عدم جواز الإيجاب من كل من استدل على صحة الشرط بعموم المؤمنون مع قوله بعدم وجوب الإيجاب كالشيخ في المبسوط حيث استدل على صحة اشتراط عتق العبد المبيع بقوله ع: المؤمنون عند شروطهم ثم ذكر أن فى إجباره على الإعتاق لو امتنع قولين الوجوب لأن عتقه قد استحق بالشرط و عدم الوجوب و إنما يجعل له الخيار ثم قال و الأقوى هو الثانى انتهى. فإن ظهور النبوى فى الوجوب من حيث نفسه و من جهة القرائن المتصلة و المنفصلة مما لا مساع لإنكاره بل الاستدلال به على صحة الشرط عند الشيخ و من تبعه فى عدم إفساد الشرط الفاسد يتوقف ظاهرا على إرادة الوجوب منه إذ لا- تنافى بين استحباب الوفاء بالشرط و فساده فلا يدل استحباب الوفاء بالعتق المشروط فى البيع على صحته ثم إن الصيمرى فى غاية المرام قال لا خلاف بين علمائنا فى جواز اشتراط العتق لأنه غير مخالف للكتاب و السنة فيجب الوفاء به و قال هل يكون حقا لله تعالى أو للعبد أو للبائع يحتتمل الأول إلى أن قال و يحتتمل الثالث هو مذهب العلامة فى القواعد و التحرير لأنه استقرب فيهما عدم إجبار المشتري على العتق و هو يدل على أنه حق للبائع و على القول بأنه حق لله يكون المطالبة للحاكم و يجبره مع الامتناع و لا يسقط بإسقاط البائع و على القول بكونه للبائع تكون المطالبة له و يسقط بإسقاطه و لا يجبر المشتري و مع الامتناع يتخير المشترط بين الإمضاء و الفسخ و على القول بأنه للعبد يكون هو المطالب بالعتق و مع الامتناع يرافعه إلى الحاكم ليجبره على ذلك و كسبه قبل العتق للمشتري على جميع التقادير انتهى و ظاهر استكشافه مذهب العلامة قدس سره عن حكمه بعدم الإيجاب أن كل شرط يكون حقا مختصا للمشترط لا- كلام و لا- خلاف فى عدم الإيجاب عليه و هو ظاهر أول الكلام السابق فى التذكرة لكن قد عرفت قوله أخيرا و الأولى أن له إجباره عليه و إن قلنا إنه حق للبائع و ما أبعد ما بين ما ذكره الصيمرى و ما ذكره فى جامع المقاصد و المسالك- من أنه إذا قلنا بوجوب الوفاء فلا- كلام فى ثبوت الإيجاب حيث قال و اعلم أن فى إجبار المشتري على الإعتاق وجهين أحدهما العدم لأن للبائع طريقا آخر للتخلص و هو الفسخ و الثانى له ذلك لظاهر

المكاسب، ج ٣، ص ٢٨٥

قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و المؤمنون عند شروطهم إلا من عصى الله و هو الأوجه انتهى و فى المسالك جعل أحد القولين ثبوت الخيار و عدم وجوب الوفاء مستدلا له بأصالة عدم وجوب الوفاء و القول الآخر وجوب الوفاء بالشرط و استدل له بعموم الأمر بالوفاء بالعقد و المؤمنون عند شروطهم إلا- من عصى الله و ظاهره وحدة الخلاف فى مسألتى وجوب الوفاء و التسلط على الإيجاب كما أن ظاهر

الصيمرى الاتفاق على وجوب الوفاء بل وعلى عدم الإيجاب فيما كان حقا مختصا للبائع والأظهر فى كلمات الأصحاب وجود الخلاف فى المسألتين وكيف كان فالأقوى ما اختاره جماعة من أن للمشروط له إيجاب المشروط عليه لعموم وجوب الوفاء بالعقد والشرط فإن العمل بالشرط ليس إلا كتسليم العوضين فإن المشروط له قد ملك الشرط على المشروط عليه بمقتضى العقد المقرون بالشرط فيجبر على تسليمه - وما فى جامع المقاصد من توجيه عدم الإيجاب بأن له طريقا إلى التخلص بالفسخ ضعيف فى الغاية فإن الخيار إنما شرع بعد تعذر الإيجاب دفعا للضرر وقد يتوهم أن ظاهر الشرط هو فعل الشئ اختيارا فإذا امتنع المشروط عليه فقد تعذر الشرط وحضور الفعل منه كرها غير ما اشترط عليه فلا ينفع فى الوفاء بالشرط ويندفع بأن المشروط هو نفس الفعل مع قطع النظر عن الاختيار والإيجاب وإنما يعرض له من حيث إنه فعل واجب عليه فإذا أجبر فقد أجبر على نفس الواجب نعم لو صرح باشتراط صدور الفعل عنه اختيارا وعن رضا منه لم ينفع إيجابه فى حصول الشرط

### الثالثة فى أنه هل للمشروط له الفسخ مع التمكن من الإيجاب

فيكون مخيرا بينهما أم لا - يجوز له الفسخ إلا مع تعذر الإيجاب ظاهر الروضة وغير واحد هو الثانى و صريح موضع من التذكرة هو الأول قال لو باعه شيئا بشرط أن يبيعه آخر أو يقرضه بعد شهر أو فى الحال لزمه الوفاء بالشرط فإن أخل به لم يبطل البيع لكن يتخير المشترط بين فسخه للبيع وبين إزماءه بما شرط انتهى ولا نعرف مستندا للخيار مع التمكن من الإيجاب لما عرفت من أن مقتضى العقد المشروط هو العمل على طبق الشرط اختيارا أو قهرا إلا - أن يقال إن العمل بالشرط حق لازم على المشروط عليه يجبر عليه إذا بنى المشروط له على الوفاء بالعقد وأما 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 لأن كلا - منهما قد ملك ما فى يد الآخر ولا يخرج عن ملكه بعدم تسليم صاحبه فيجبران على ذلك بخلاف الشرط فإن المشروط حيث فرض فعلا كالاتفاق فعلا معنى لتملكه فإذا امتنع المشروط عليه عند فقد نقض العقد فيجوز للمشروط له أيضا نقضه فتأمل ثم على عدم المختار من عدم الخيار إلا مع تعذر الإيجاب لو كان الشرط من قبيل الإنشاء القابل للنيابة فهل يوقعه الحاكم عنه إذا فرض تعذر إيجابه الظاهر ذلك لعموم ولاية السلطان على الممتنع فيندفع ضرر المشروط له بذلك الرابعة لو تعذر الشرط فليس للمشترط إلا الخيار

لعدم دليل على الأرش - فإن الشرط فى حكم القيد لا يقابل بالمال بل المقابلة عرفا و شرعا إنما هى بين المالكين والتقييد أمر معنوى لا يعد مالا وإن كانت مالىة المال تزيد وتنقص بوجوده وعدمه وثبوت الأرش فى العيب لأجل النص و ظاهر العلامة ثبوت الأرش - إذا اشترط عتق العبد فمات العبد قبل العتق و تبعه الصيمرى فيما إذا اشترط تدبير العبد قال فإن امتنع من تدبيره تخير البائع بين الفسخ واسترجاع العبد وبين الإمضاء فيرجع بالتفاوت بين قيمته لو بيع مطلقا و قيمته بشرط التدبير انتهى و مراده بالتفاوت مقدار جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة التفاوت إلى القيمة لإتمام التفاوت لأن للشرط قسطا من الثمن فهو مضمون به لا بتمام قيمته كما نص عليه فى التذكرة و ضعف فى الدروس قول العلامة بما ذكرنا من أن الثمن لا يقسط على الشروط و أضعف منه ثبوت الأرش بمجرد امتناع المشتري عن الوفاء بالشرط و إن لم يتعذر كما عن الصيمرى و لو كان الشرط عملا - من المشروط عليه يعد مالا - و يقابل بالمال كخياطة الثوب فتعذر فى استحقاق المشروط له لأجرته و مجرد ثبوت خيار له وجهان قال فى التذكرة لو شرط على البائع عملا سائغا تخير المشتري بين الفسخ والمطالبة به أو بعوضه إن فات وقته و كان مما يتقوم كما لو شرط تسليم الثوب مصبوغا فأتاه به غير مصبوغ و تلف فى يد المشتري و لو لم يكن مما يتقوم تخير بين الفسخ والإمضاء مجانا انتهى و قال أيضا لو كان الشرط على المشتري مثل أن باعه داره بشرط أن يصبغ له ثوبه فتلف الثوب تخير البائع بين الفسخ والإمضاء بقيمة الفات إن كان مما له قيمة و إلا مجانا انتهى و الظاهر أن مراده بما يتقوم فى نفسه سواء كان عملا محضاً كخياطة أو عينا كمال العبد المشترط معه أو عينا و عملا كالصبغ لا ماله

مدخل في قيمة العوض إذ كل شرط كذلك و ما ذكره قدس سره لا يخلو عن وجه و إن كان مقتضى المعاوضة بين العوضين بأنفسهما كون الشرط مطلقاً قيدا غير مقابل بالمال فإن المبيع هو الثوب المخيط و العبد المصاحب للمال لا الثوب و الخياطة و العبد و ماله و لذا لا يشترط قبض ما بإزاء المال من النقدين في المجلس لو كان من أحدهما و سيجيء في المسألة السابعة المعاملة مع بعض الشروط معاملة الأجزاء.

### الخامسة لو تعذر الشرط

و قد خرج العين عن سلطنة المشروط عليه- بتلف أو بنقل أو رهن أو استيلاء فالظاهر عدم منع ذلك عن الفسخ فإذا فسخ ففي رجوعه عليه بالقيمة أو بالعين مع بقائها بفسخ العقد الواقع عليه من حينه أو من أصله وجوه يأتي في أحكام الخيار- و يأتي أن الأقوى الرجوع بالبدل جمعا بين الأدلة هذا كله مع صحة العقد الواقع بأن لا يكون منافيا للوفاء بالشرط و أما لو كان منافيا كبيع ما اشترط وقفه على البائع ففي صحته مطلقاً أو مع إذن المشروط له- أو إجازته أو بطلانه وجوه خيراها أو سطرها فلو باع بدون إذنه كان للمشروط له فسخه و إلزامه بالوفاء بالشرط. نعم لو لم نقل بإجبار المشروط عليه فالظاهر صحة العقد الثاني فإذا فسخ المشروط له ففي انفساخ العقد من حينه أو من أصله أو الرجوع بالقيمة وجوه رابعها التفصيل بين التصرف بالعقد فلا يبطل لبنائه على التغليب فيرجع بالقيمة و بين غيره فيبطل اختياره في التذكرة و الروضة قال في فروع مسألة العبد المشترط عتقه بعد ما ذكر أن إطلاق

المكاسب، ج ٣، ص ٢٨٦

اشتراط العتق يقتضى عتقه مجانا فلو أعتقه بشرط الخدمة مدة تخير المشروط له بين الإمضاء و الفسخ فيرجع بقيمة العبد قال بعد ذلك و لو باعه المشتري أو وقفه أو كاتبه تخير البائع بين الفسخ و الإمضاء فإن فسخ بطلت هذه العقود لوقوعها في غير ملك تام و تخالف هذه العتق بشرط الخدمة لأن العتق مبنى على التغليب فلا- سبيل إلى فسخه و هل له إمضاء البيع مع طلب فسخ ما نقله المشتري فيه احتمال انتهى و مثله ما في الروضة. و قال في الدروس في العبد المشروط عتقه و لو أخرجه عن ملكه ببيع أو هبه أو وقف للبائع فسخ ذلك كله انتهى و ظاهره ما اخترناه و يحتمل ضعيفا غيره. و في جامع المقاصد الذي ينبغي أن المشتري ممنوع من كل تصرف ينافي العتق المشترط ثم إن هذا الخيار كما لا يسقط بتلف العين كذلك لا يسقط بالتصرف فيها كما نبه عليه في المسالك في أول خيار العيب فيما لو اشترط الصحة على البائع. نعم إذا دل التصرف على الالتزام بالعقد لزم العقد و سقط الخيار نظير خيار المجلس و الحيوان بناء على ما استفيد من بعض أخبار خيار الحيوان المشتمل على سقوط خياره بالتصرف معللا- بحصول الرضا بالعقد و أما مطلق التصرف فلا.

### السادسة للمشروط له إسقاط شرطه

إذا كان مما يقبل الإسقاط- لا- مثل اشتراط مال العبد أو حمل الدابة لعموم ما تقدم في إسقاط الخيار و غيره من الحقوق- و قد يستثنى من ذلك ما كان حقا لغير المشروط له كالعتق فإن المصرح به في كلام جماعة كالعلامة و ولده و الشهيدين و غيرهم عدم سقوطه بإسقاط المشروط له قال في التذكرة الأقوى عندي أن العتق المشروط اجتمع فيه حقوق- حق لله و حق للبائع و حق للعبد ثم استتبع بناء على ما ذكره مطالبه العبد بالعتق لو امتنع المشتري. و في الإيضاح الأقوى أنه حق للبائع و لله تعالى فلا يسقط بالإسقاط انتهى و في الدروس لو أسقط البائع الشرط جاز إلا العتق لتعلق حق العبد و حق الله تعالى به انتهى. و في جامع المقاصد أن التحقيق أن العتق فيه معنى القربة و العبادة و هو حق الله تعالى و زوال الحجر و هو حق للعبد و فوات المالية على الوجه المخصوص للقربة و هو حق للبائع انتهى. أقول أما كونه حقا للبائع من حيث تعلق غرضه بوقوع هذا الأمر المطلوب للشارع فهو واضح و أما كونه حقا للعبد فإن أريد به مجرد انتفاعه بذلك فهذا لا يقتضى سلطنة له على المشتري بل هو متفرع على حق البائع دائر معه وجودا و عدما و إن أريد

ثبوت حق على المشتري يوجب السلطنة على المطالبة فلا- دليل عليه و دليل الوفاء لا يوجب إلا ثبوت الحق للبائع و بالجمله فاشترط عتق العبد ليس إلا كاشترط أن يبيع المبيع من زيد بأدون من ثمن المثل أو يتصدق به عليه و لم يذكر أحد أن لزيد المطالبة. و مما ذكر يظهر الكلام في ثبوت حق الله تعالى فإنه إن أريد به مجرد وجوبه عليه لأنه وفاء بما شرط العباد بعضهم لبعض فهذا جار في كل شرط و لا ينافي ذلك سقوط الشروط بالإسقاط و إن أريد ما عدا ذلك من حيث كون العتق مطلوباً لله كما ذكره جامع المقاصد ففيه أن مجرد المطلوبة إذا لم يبلغ حد الوجوب لا- يوجب الحق لله على وجه يلزم به الحاكم و لا وجوب هنا من غير جهة و وجوب الوفاء بشروط العباد و القيام بحقوقهم و قد عرفت أن المطلوب غير هذا فافهم

### السابعة قد عرفت أن الشرط من حيث هو شرط لا يقسط عليه الثمن - عند انكشاف التخلف على المشهور

#### إشارة

لعدم الدليل عليه بعد عدم دلالة العقد عرفاً على مقابلة أحد العوضين إلا بالآخر و الشرع لم يزد على ذلك إذ أمره بالوفاء بذلك المدلول العرفي فتخلف الشرط لا يقدح في تملك كل منهما لتمام العوضين هذا و لكن قد يكون الشرط تضمن المبيع لما هو جزء له حقيقة بأن يشتري مركباً و يشترط كونه كذا و كذا جزء كأن يقول بعثك هذا الأرض أو الثوب أو الصبرة على أن يكون كذا ذراعاً أو صاعاً فقد جعل الشرط تركبه من أجزاء معينة فهل يلاحظ حينئذ جانب القيدية و يقال إن المبيع هو العين الشخصية المتصفة بوصف كونه كذا جزء فالمتخلف هو قيد من قيود العين كالكتابة و نحوها في العبد لا يوجب فواتها إلا خياراً بين الفسخ و الإمضاء بتمام الثمن أو يلاحظ جانب الجزئية فإن المذكور و إن كان بصورة القيد إلا أن منشأ انتزاعه هو وجود الجزء الزائد و عدمه فالمبيع في الحقيقة هو كذا و كذا جزء إلا- أنه عبر عنه بهذه العبارة كما لو أخبر بوزن المبيع المعين فباعه اعتماداً على إخباره فإن وقوع البيع على العين الشخصية لا يوجب عدم تقسيط الثمن على الفئات و بالجمله فالفئات عرفاً و في الحقيقة هو الجزء و إن كان بصورة الشرط فلا يجرى فيه ما مر من عدم التقابل إلا بين نفس العوضين و لأجل ما ذكرنا وقع الخلاف فيما لو باعه أرضاً على أنها جربان معينة أو صبره على أنها أصوع معينة

[لو باع شيئاً على أنه قدر معين فتيب الاختلاف]

#### إشارة

و تفصيل ذلك العنوان الذي ذكره في التذكرة بقوله لو باع شيئاً و شرط فيه قدراً معيناً فتيب الاختلاف من حيث الكم فأقسامه أربعة لأنه إما أن يكون مختلف الأجزاء أو متفقها و على التقديرين إما أن يزيد و إما أن ينقص

### فالأول تبين النقص في متساوي الأجزاء

و لا إشكال في الخيار و إنما الإشكال و الخلاف في أن له الإمضاء بحصة من الثمن أو ليس له الإمضاء إلا بتمام الثمن فالمشهور كما عن غاية المرام هو الأول. و قد حكى عن المبسوط و الشرائع و جملة من كتب العلامة و الدروس و التنقيح و الروضة و ظاهر السرائر و إيضاح النافع حيث اختارا ذلك في مختلف الأجزاء فيكون كذلك في متساوي الأجزاء بطريق أولى و يظهر من استدلال بعضهم على الحكم في مختلف الأجزاء كونه في متساوي الأجزاء مفروغاً عنه. و عن مجمع البرهان أنه ظاهر القوانين الشرعية و وجهه مضافاً إلى فحوى الرواية الآتية في القسم الثاني ما أشرنا إليه من أن كون المبيع الشخصي بذلك المقدار و إن كان بصورة الشرط إلا أن مرجعه إلى كون المبيع هذا القدر كما لو كالا طعاماً فاشتراه فتيب الغلط في الكيل و لا يرتاب أهل العرف في مقابلة الثمن لمجموع المقدار



المعين المشترط هنا خلافاً لصريح القواعد و محكى الإيضاح و قواه فى محكى حواشى الشهيد و الميسية و الكفاية و استوجهه فى المسالك و يظهر من جامع المقاصد أيضاً لأن المبيع هو الموجود الخارجى كائنا ما كان غاية الأمر أنه التزم أن يكون بمقدار معين و هو وصف غير موجود فى المبيع فأوجب الخيار كالكتابة المفقودة فى العبد و ليس مقابل الثمن نفس ذلك المقدار إلا أنه غير موجود فى الخارج مع

المكاسب، ج ٣، ص ٢٨٧

أن مقتضى تعارض الإشارة و الوصف غالباً ترجيح الإشارة عرفاً فإرجاع قوله بعتك هذه الصبره على أنها عشرة أصوع إلى قوله بعتك عشرة أصوع موجودة فى هذا المكان تكلف و الجواب أن كونه من قبيل الشرط مسلم إلا أن الكبرى و هى أن كل شرط لا يوزع عليه الثمن ممنوعة لأن المستند فى عدم التوزيع عدم المقابلة عرفاً و العرف حاكم فى هذا الشرط بالمقابلة فتأمل.

### الثانى تبين النقص فى مختلف الأجزاء

و الأقوى فيه ما ذكر من التقسيط مع الإمضاء وفاقاً للأكثر لما ذكر سابقاً من قضاء العرف بكون ما انتزع منه الشرط جزء من المبيع مضافاً إلى خبر ابن حنظلة: رجل باع أرضاً على أنها عشرة أجره فاشتري المشتري منه بحدوده و نقد الثمن و أوقع صفقة البيع و افترقا فلما مسح الأرض فإذا هى خمسة أجره قال فإن شاء استرجع فضل ماله و أخذ الأرض و إن شاء رد المبيع و أخذ المال كله إلا أن يكون له إلى جنب تلك الأرض أرضون فليوفه و يكون البيع لازماً فإن لم يكن له فى ذلك المكان غير الذى باع فإن شاء المشتري أخذ الأرض و استرجع فضل ماله و إن شاء رد الأرض و أخذ المال كله الخبير. و لا بأس باشماله على حكم مخالف للقواعد لأن غاية الأمر على فرض عدم إمكان إرجاعه إليها و مخالفة ظاهرة للإجماع طرح ذيله غير المسقط لصدوره عن الاحتجاج خلافاً للمحكى عن المبسوط و جميع من قال فى الصورة الأولى بعدم التقسيط لما ذكر هناك من كون المبيع عينا خارجياً لا يزيد و لا ينقص لوجود الشرط و عدمه و الشرط التزام من البائع بكون تلك العين بذلك المقدار كما لو اشترط حمل الدابة أو مال العبد فتبين عدمهما و زاد بعض هؤلاء ما فرق به فى المبسوط بين الصورتين بأن الفاتئ هنا لا يعلم قسطه من الثمن لأن المبيع مختلف الأجزاء فلا يمكن قسمته على عدد الجريان. و فيه أن عدم معلومية قسطه لا يوجب عدم استحقاق المشتري ما يستحقه على تقدير العلم فيمكن التخلص بصلح أو نحوه إلا أن يدعى استلزام ذلك جهالة ثمن المبيع فى ابتداء العقد مع عدم إمكان العلم به عند الحاجة إلى التقسيط و فيه منع عدم المعلومية لأن الفاتئ صفة كون هذه الأرض المعينة المشخصة عشرة أجره و يحصل فرضه و إن كان المفروض مستحيل الوقوع بتضاعف كل جزء من الأرض لأنه معنى فرض نفس الخمسة عشرة و فرضه أيضاً بصيرورة ثلاثة منها ثمانية أو أربعة تسعة أو واحد ستة أو غير ذلك و إن كان ممكناً إلا- أنه لا- ينفع مع فرض تساوى قطاع الأرض و مع اختلافها فظاهر التزام كونها عشرة مع رؤية قطاعها المختلفة أو وصفها له يقضى بلزوم كون كل جزء منها مضاعفاً على ما هو عليه من الصفات المرئية أو الموصوفة ثم إن المحكى عن الشيخ العمل بذيل الرواية المذكورة و نفى عنه البعد فى التذكرة معللاً بأن القطعة المجاورة للمبيع أقرب إلى المثل من الأرض.

و فيه مع منع كون نحو الأرض مثلياً أن الفاتئ لم يقع المعاوضة عليه فى ابتداء العقد و قسطه من الثمن باق فى ملك المشتري و ليس مضموناً على البائع حتى يقدم مثله على قيمته و أما الشيخ قدس سره فالظاهر استناده فى ذلك إلى الرواية.

### الثالث أن يتبين الزيادة عما شرط على البائع

فإن دلت القرينة على أن المراد اشتراط بلوغه بهذا المقدار لا بشرط عدم الزيادة فالظاهر أن الكل للمشتري و لا خيار و إن أريد ظاهره و هو كونه شرطاً للبائع من حيث عدم الزيادة و عليه من حيث عدم النقيصة ففى كون الزيادة للبائع و تخير المشتري للشركة أو تخير

البائع بين الفسخ والإجازة لمجموع الشيء بالثمن وجهان من أن مقتضى ما تقدم من أن اشتراط بلوغ المقدار المعين بمنزلة تعلق البيع به فهو شرط صورة و له حكم الجزء عرفا أن اشتراط عدم الزيادة على المقدار هنا بمنزلة الاستثناء وإخراج الزائد عن المبيع و من الفرق بينهما بأن اشتراط عدم الزيادة شرط عرفا و ليس بمنزلة الاستثناء فتخلفه لا يوجب إلا الخيار و لعل هذا أظهر مضافا إلى إمكان الفرق بين الزيادة و النقيصة مع اشتراكهما في كون مقتضى القاعدة فيها كونهما من تخلف الوصف لا نقص الجزء أو زيادته بورود النص المتقدم في النقيصة و بقى الزيادة على مقتضى الضابطة و لذا اختار الاحتمال الثاني بعض من قال بالتقسيت في أطراف النقيصة. و قد يحكى عن المبسوط القول بالبطلان هنا لأن البائع لم يقصد بيع الزائد و المشتري لم يقصد شراء البعض و فيه تأمل.

#### الرابع أن يتبين في مختلف الأجزاء

و حكمه يعلم مما ذكرنا

#### القول في حكم الشرط الفاسد

#### إشارة

الكلام فيه يقع في أمور-

#### الأول أن الشرط الفاسد لا تأمل في عدم وجوب الوفاء به بل هو داخل في الوعيد

#### إشارة

فإن كان العمل به مشروعا استحب الوفاء به على القول بعدم فساد أصل العقد و تأمل أيضا في أن الشرط الفاسد لأجل الجهالة يفسد العقد لرجوع الجهالة فيه إلى جهالة أحد العوضين فيكون البيع غررا و كذا لو كان الاشتراط موجبا لمحذور آخر في أصل البيع كاشتراط بيع المبيع من البائع ثانيا لأنه موجب للدور أو لعدم القصد إلى البيع الأول أو للتعبد من أجل الإجماع أو النص و كاشتراط جعل الخشب المبيع صنما لأن المعاملة على هذا الوجه أكل للمال بالباطل و لبعض الأخبار

#### [هل الشرط الفاسد لغير إخلاله بالعقد مفسد للعقد]

#### إشارة

و إنما الإشكال فيما كان فساده لا لأمر محل بالعقد فهل يكون مجرد فساد الشرط موجبا لفساد العقد أم يبقى العقد على الصحة قولان حكى أولهما عن الشيخ و الإسكافي و ابن البراج و ابن سعيد و ثانيهما للعلامة و الشهيدين و المحقق الثاني و جماعة ممن تبعهم. و ظاهر ابن زهرة في الغنية التفصيل بين الشرط غير المقذور كصيرورة الزرع سنبل و البسر تمر و بين غيره من الشروط الفاسدة فادعى في الأول عدم الخلاف في الفساد و الإفساد و مقتضى التأمل في كلامه أن الوجه في ذلك صيرورة المبيع غير مقدور على تسليمه و لو صح ما ذكره من الوجه خرج هذا القسم من الفاسد عن محل الخلاف لرجوعه كالشرط المجهول إلى ما يوجب اختلال بعض شروط العوضين لكن صريح العلامة في التذكرة وقوع الخلاف في الشرط غير المقذور و مثل بالمثاليين المذكورين و نسب القول

بصحة العقد إلى بعض علمائنا و الحق أن الشرط غير المقدور من حيث هو غير مقدور لا يوجب تعذر التسليم في أحد العوضين. نعم لو أوجبه فهو خارج عن محل النزاع كالشرط المجهول حيث يوجب كون المشروط بيع الغرر و ربما ينسب إلى ابن المتوج البحراني التفصيل بين الفاسد لأجل عدم تعلق غرض مقصود

المكاسب، ج ٣، ص ٢٨٨

للعقلاء به فلا يوجب فساد العقد كأكل طعام بعينه أو لبس ثوب كذلك و بين غيره. و قد تقدم في اشتراط كون الشرط مما يتعلق به غرض مقصود للعقلاء عن التذكرة و غيرها أن هذا الشرط لغو لا- يؤثر الخيار و الخلاف في أن اشتراط الكفر صحيح أم لا و عدم الخلاف ظاهرا في لغوية اشتراط كيل المسلم فيه بمكيال شخصي معين و ظاهر ذلك كله التسالم على صحة العقد و لو مع لغوية الشرط و يؤيد الاتفاق على عدم الفساد استدلال القائلين بالإفساد بأن للشرط قسطا من الثمن فيصير الثمن مع فساد الشرط مجهولا. نعم استدلالهم الآخر على الإفساد بعدم التراضي مع انتفاء الشرط ربما يؤيد عموم محل الكلام لهذا الشرط إلا أن الشهيدين ممن استدلل بهذا الوجه و صرح بلغوية اشتراط الكفر و الجهل بالعبادات بحيث يظهر منه صحة العقد فراجع و كيف كان

### فالقول بالصحة في أصل المسألة لا يخلو عن قوة

وفاقا لمن تقدم لعموم الأدلة السالم عن معارضة ما يخصه

### [أدلة القائلين بالإفساد]

إشارة

عدا وجوه

### أحدها ما ذكره في المبسوط للمانعين من أن للشرط قسطا من العوض مجهولا

فإذا سقط لفساده صار العوض مجهولا و فيه بعد النقض بالشرط الفاسد في النكاح الذي يكون بمنزلة جزء من الصداق فيجب على هذا سقوط المسمى و الرجوع إلى مهر المثل أولا منع مقابلة الشرط بشيء من العوضين عرفا و لا شرعا لأن مدلول العقد هو وقوع المعاوضة بين الثمن و المثل غاية الأمر كون الشرط قيدا لأحدهما يكون له دخل في زيادة العوض و نقصانه و الشرط لم يحكم على هذا العقد إلا- بإمضائه على النحو الواقع عليه فلا- يقابل الشرط بجزء من العوضين و لذا لم يكن في فقهه إلا الخيار بين الفسخ و الإمضاء مجانا كما عرفت. و ثانيا منع جهالة ما بإزاء الشرط من العوض إذ ليس العوض المنضم إلى الشرط و المجرد عنه إلا كالمتصف بوصف الصحة و المجرد عنه في كون التفاوت بينهما مضبوطا في العرف و لذا حكم العلامة فيما تقدم بوجوب الأرش لو لم يتحقق العتق المشروط في صحة بيع المملوك و بلزوم قيمة الصبغ المشروط في بيع الثوب. و ثالثا منع كون الجهالة الطارئة على العوض قادحة إنما القادح به هو الجهل به عند إنشاء العقد.

### الثاني أن التراضي إنما وقع على العقد الواقع على النحو الخاص

فإذا تعذر الخصوصية لم يبق التراضي لانتفاء المقيد بانتفاء القيد و عدم بقاء الجنس مع ارتفاع الفصل بالمعاوضة بين الثمن و المثل بدون الشرط معاوضة أخرى محتاجة إلى تراض جديد و إنشاء جديد و بدونه يكون التصرف أكلا للمال لا عن تراض. و فيه منع كون ارتباط الشرط بالعقد على وجه يحوج انتفاؤه إلى معاوضة جديدة عن تراض جديد و مجرد الارتباط لا يقتضى ذلك كما إذا تبين نقص أحد العوضين أو انكشف فقد بعض الصفات المأخوذة في البيع كالكتابة و الصحة و كالشروط الفاسدة في عقد النكاح

فإنه لا- خلاف نصا و فتوى في عدم فساد النكاح بمجرد فساد شرطه المأخوذ فيه. و قد تقدم أن ظاهرهم في الشرط غير المقصود للعقلاء في السلم وغيره عدم فساد العقد به و تقدم أيضا أن ظاهرهم أن الشرط غير المذكور في العقد لا حكم له صحيحا كان أو فاسدا و دعوى أن الأصل في الارتباط هو انتفاء الشيء بانتفاء ما ارتبط به و مجرد عدم الانتفاء في بعض الموارد لأجل الدليل لا يوجب التعدى مدفوعة بأن المقصود من بيان الأمثلة أنه لا يستحيل التفكيك بين الشرط و العقد و أنه ليس التصرف المترتب على العقد بعد انتفاء ما ارتبط به في الموارد المذكورة تصرفا لا عن تراض جوزة الشارع تعبدا و قهرا على المتعاقدين فما هو التوجيه في هذه الأمثلة هو التوجيه فيما نحن فيه و لذا اعترف في جامع المقاصد بأن في الفرق بين الشرط الفاسد و الجزء الفاسد عسرا. و الحاصل أنه يكفي للمستدل بالعمومات منع كون الارتباط مقتضيا لكون العقد بدون الشرط تجارة لا عن تراض مستندا إلى النقص بهذه الموارد و حل ذلك أن القيود المأخوذة في المطلوبات العرفية و الشرعية منها ما هو ركن المطلوب ككون المبيع حيوانا ناطقا لا ناهقا و كون مطلوب المولى إتيان تنن الشطب لا الأصفر الصالح للنار جيل و مطلوب الشارع الغسل بالماء للزيارة لأجل التنظيف فإن العرف يحكم في هذه الأمثلة بانتفاء المطلوب لانتهاء هذه القيود فلا يقوم الحمار مقام العبد و لا الأصفر مقام التنن و لا التيمم مقام الغسل. و منها ما ليس كذلك ككون العبد صحيحا و التنن جيدا و الغسل بماء الفرات فإن العرف يحكم في هذه الموارد بكون الفاقد نفس المطلوب و الظاهر أن الشرط من هذا القبيل لا من قبيل الأول فلا يعد التصرف الناشئ عن العقد بعد فساد الشرط تصرفا عن تراض. نعم غاية الأمر أن فوات القيد هنا موجب للخيار لو كان المشروط له جاهلا بالفساد نظير فوات الجزء و الشرط الصحيحين و لا مانع من التزامه و إن لم يظهر منه أثر في كلام القائمين بهذا القول

### الثالث [الاستدلال بالروايات]

رواية عبد الملك ابن عتبة عن الرضاع: عن الرجل ابتاع منه طعاما أو متاعا على أن ليس منه على وضيعه هل يستقيم هذا و كيف هنا و ما حد ذلك قال لا ينبغي و الظاهر أن المراد الحرمة لا الكراهة كما في المختلف إذ مع صحة العقد لا وجه لكراهة الوفاء بالوعد و رواية الحسين ابن المنذر قال: قلت لأبي عبد الله الرجل يبيئني فيطلب مني العينة فأشترى المتاع لأجله ثم أبيعته إياه ثم أشتريه منه مكاني قال فقال إذا كان هو بالخيار إن شاء باع و إن شاء لم يبيع و كنت أنت أيضا بالخيار إن شئت اشتريت و إن شئت لم تشتري فلا بأس قال فقلت إن أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسد و يقولون إنه إن جاء به بعد أشهر صح قال إنما هذا تقديم و تأخير لا بأس فإن مفهومه ثبوت البأس إذا لم يكونا أو أحدهما مختارا في ترك المعاملة الثانية و عدم الاختيار في تركها إنما يتحقق باشتراط فعلها في ضمن العقد الأول و إلا فلا يلزم عليها فيصير الحاصل أنه إذا باعه بشرط أن يبيعه منه أو يشتريه منه لم يصح البيع الأول فكذا الثاني أو لم يصح الثاني لأجل فساد الأول إذ لا مفسد له غيره و رواية على بن جعفر عن أخيه ع قال:

سألته عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم إلى أجل ثم اشتراه بخمسة نقدا أ يحل قال إذا لم يشترط و رضيا فلا بأس و دلالتها أوضح من الأولى و الجواب أما عن الأولى فبظهور لا ينبغي في الكراهة و لا مانع من كراهة البيع على هذا النحو من أن البيع صحيح غير مكروه و الوفاء بالشرط مكروه و أما عن الروايتين فأولا بأن الظاهر من الروايتين بقربنة حكاية فتوى أهل المسجد على خلاف قول الإمام ع في الرواية الأولى هو رجوع البأس في المفهوم إلى الشراء و لا ينحصر وجه فساده في فساد البيع لاحتمال

المكاسب، ج ٣، ص ٢٨٩

أن يكون من جهة عدم الاختيار فيه الناشئ عن التزامه في خارج العقد الأول فإن العرف لا يفرقون في إلزام المشروط عليه بالوفاء بالشرط بين وقوع الشرط في متن العقد أو في الخارج فإذا التزم به أحدهما في خارج العقد الأول كان وقوعه للزومه عليه عرفا فيقع لا عن رضا منه فيفسد و ثانيا بأن غاية مدلول الرواية فساد البيع المشروط فيه يبيعه عليه ثانيا و هو مما لا خلاف فيه حتى ممن قال بعدم فساد العقد بفساد شرطه كالشيخ في المبسوط فلا يتعدى منه إلى غيره ففعل البطلان فيه للزوم الدور كما ذكره العلامة أو لعدم قصد

البيع كما ذكره الشهيد قدس سره أو لغير ذلك بل التحقيق أن مسألة اشتراط بيع المبيع خارجة عما نحن فيه لأن الفساد ليس لأجل كون نفس الشرط فاسداً لأنه ليس مخالفاً للكتاب و السنة و لا منافياً لمقتضى العقد بل الفساد في أصل البيع لأجل نفس هذا الاشتراط فيه لا لفساد ما اشترط و قد أشرنا إلى ذلك في أول المسألة و لعله لما ذكرنا لم يستند إليها أحد في مسألتنا هذه و الحاصل أني لم أجد لتخصيص العمومات في هذه المسألة ما يطمئن به النفس

### و يدل على الصحة أيضا جملة من الأخبار

#### منها ما عن المشايخ الثلاثة

في الصحيح عن الحلبي عن الصادق ع: أنه ذكر أن بريرة كانت عند زوج لها و هي مملوكة فاشتريتها عائشة فأعتقها فخيرها رسول الله ص فقال إن شاءت قعدت عند زوجها و إن شاءت فارقت و كان مواليتها الذين باعوها اشترطوا على عائشة أن لهم ولاءها فقال ص: الولاء لمن أعتق و حملها على الشرط الخارج عن العقد مخالف لتعليل فسادها في هذه الرواية إشارة و في غيرها صراحة بكونه مخالفاً للكتاب و السنة فالإنصاف أن الرواية في غاية الظهور.

#### و منها مرسله جميل و صحيحة الحلبي

الأولى عن أحدهما في الرجل يشتري الجارية و يشترط لأهلها أن لا- يبيع و لا- يهب و لا ترث قال: يفى بذلك إذا اشترط لهم إلا الميراث فإن الحكم بوجوب الوفاء بالأولين دون الثالث مع اشتراط الجميع في العقد لا يكون إلا مع عدم فساد العقد بفساد شرطه و لو قلنا بمقالة المشهور من فساد اشتراط عدم البيع و الهبة حتى أنه حكى عن كاشف الرموز أني لم أجد عاملاً بهذه الرواية كان الأمر بالوفاء محمولاً على الاستحباب و يتم المطلوب أيضا و يكون استثناء شرط الإرث لأن الملك فيه قهري للوارث لا معنى لاستحباب وفاء المشتري به مع أن تحقق الإجماع على بطلان شرط عدم البيع و الهبة ممنوع كما لا يخفى و الثانية عن أبي عبد الله ع عن الشرط في الإماء لا تباع و لا تورث و لا توهب قال: يجوز ذلك غير الميراث فإنها تورث و كل شرط خالف كتاب الله فهو رد الخبر فإن قوله: فإنها تورث يدل على بقاء البيع الذي شرط فيه أن لا تورث على الصحة بل يمكن أن يستفاد من قوله بعد ذلك: كل شرط خالف كتاب الله عز و جل فهو رد أي لا- يعمل به أن جميع ما ورد في بطلان الشروط المخالفة لكتاب الله جل ذكره يراد بها عدم العمل بالشرط لا بطلان أصل البيع. و يؤيده ما ورد في بطلان الشروط الفاسدة في ضمن عقد النكاح

### و قد يستدل على الصحة بأن صحة الشرط فرع على صحة البيع

فلو كان الحكم بصحة البيع موقوفاً على صحة الشرط لزم الدور و فيه ما لا يخفى

### و الإنصاف أن المسألة في غاية الإشكال

و لذا توقف فيها بعض تبعاً للمحقق قدس سره

#### [هل الشرط الفاسد يوجب الخيار للمشروط له]

ثم على تقدير صحة العقد- ففي ثبوت الخيار للمشروط له مع جهله بفساد الشرط وجه من حيث كونه في حكم تخلف الشرط الصحيح فإن المانع الشرعي كالعقل فيدل عليه ما يدل على خيار تخلف الشرط. و لا فرق في الجهل المعتبر في الخيار بين كونه

بالموضوع أو بالحكم الشرعى و لذا يعذر الجاهل بثبوت الخيار أو بفوريته و لكن يشكل بأن العمدة فى خيار تخلف الشرط هو الإجماع و أدلة نفي الضرر قد تقدم غير مرة أنها لا تصلح لتأسيس الحكم الشرعى إذا لم يعتضد بعمل جماعة لأن المعلوم إجمالاً أنه لو عمل بعمومها لزم منه تأسيس فقه جديد خصوصاً إذا جعلنا الجهل بالحكم الشرعى عذراً فرب ضرر يترتب على المعاملات من أجل الجهل بأحكامها خصوصاً الصحة و الفساد فإن ضرورة الشرع قاضية فى أغلب الموارد بأن الضرر المترتب على فساد معاملة مع الجهل به لا- يتدارك مع أن مقتضى تلك الأدلة نفي الضرر غير الناشئ عن تقصير المتضرر فى دفعه سواء كان الجهل متعلقاً بالموضوع أم بالحكم و إن قام الدليل فى بعض المقامات على التسوية بين القاصر و المقصر فالأقوى فى المقام عدم الخيار و إن كان يسبق خلافه فى بادئ الأنظار.

### الثانى لو أسقط المشروط له الشرط الفاسد على القول بإفساده لم يصح بذلك العقد

لانعقاده بينهما على الفساد فلا ينفع إسقاط المفسد و يحتمل الصحة بناء على أن التراضى إنما حصل على العقد المجرد عن الشرط فيكون كتراضيهما عليه حال العقد. و فيه أن التراضى إنما ينفع إذا وقع عليه العقد أو لحق العقد السابق كما فى بيع المكره و الفضولى و أما إذا طرأ الرضا على غير ما وقع عليه العقد فلا- ينفع لأن متعلق الرضا لم يعقد عليه و متعلق العقد لم يرض به و يظهر من بعض مواضع التذكرة التردد فى الفساد بعد إسقاط الشرط قال يشترط فى العمل المشروط على البائع أن يكون محللاً فلو اشترى العنب على شرط أن يعصره البائع خمراً لم يصح الشرط و البيع على إشكال ينشأ من جواز إسقاط المشتري الشرط عن البائع و الرضا به خالياً عنه و هو المانع من صحة البيع- و من اقتران البيع بالمبطل و بالجملة فهل يثمر اقتران مثل هذا الشرط بطلان البيع من أصله بحيث لو رضى صاحبه بإسقاطه لا يرجع البيع صحيحاً أو إيقاف البيع بدونه فإن لم يرض بدونه بطل و الأصح انتهى و لا يعرف وجه لما ذكره من احتمال الإيقاف.

### الثالث لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد لفظاً و لم يذكر فى العقد

فهل يبطل العقد بذلك بناء على أن الشرط الفاسد مفسد له أم لا و جهان بل قولان مبنيان على تأثير الشرط قبل العقد فإن قلنا بأنه لا حكم له كما هو ظاهر المشهور و قد تقدم فى الشروط لم يفسد و إلا فسد و يظهر من المسالك هنا قول ثالث قال فى مسألة اشتراط بيع المبيع من البائع المراد باشتراط ذلك شرطه فى متن العقد فلو كان فى أنفسهما ذلك و لم يشترطه لم يضر و لو شرطه قبل العقد لفظاً فإن كانا يعلمان بأن الشرط المتقدم لا حكم له فلا أثر له و إلا اتجه بطلان العقد كما لو ذكره فى متنه لأنهما لم يقدموا إلا على الشرط و لم يتم لهما فيبطل العقد انتهى. و فى باب المراجعة بعد ذكر المحقق فى المسألة المذكورة أنه لو كان من قصدهما ذلك و لم يشترطه لفظاً كرهه قال فى المسالك أى لم يشترطه فى نفس العقد فلا عبرة بشرطه قبله. نعم لو توهم لزوم ذلك أو نسي ذكره فيه مع ذكره قبله اتجه الفساد انتهى. ثم حكى اعتراضاً على

المكاسب، ج ٣، ص ٢٩٠

المحقق قدس سره- و جواباً عنه بقوله قيل عليه إن مخالفة القصد للفظ تقتضى بطلان العقد لأن العقود تتبع القصد فكيف يصح العقد مع مخالفة اللفظ و أوجب عنه بأن القصد و إن كان معتبراً فى الصحة فلا يعتبر فى البطلان لتوقف البطلان على اللفظ و القصد و كذلك الصحة و لم يوجد فى الفرض ثم قال قدس سره و فيه منع ظاهر فإن اعتبارهما معاً فى الصحة يقتضى كون تخلف أحدهما كافياً فى البطلان و يرشد إليه عبارة الساهى و الغالط و المكره فإن المتخلف الموجب للبطلان هو القصد و إلا فاللفظ موجود ثم قال و

الذى ينبغي فهمه أنه لا بد من قصدهما إلى البيع المترتب عليه أثر الملك للمشتري على وجه لا يلزمه رده و إنما يفتقر قصدهما لرده بعد ذلك بطريق الاختيار نظرا إلى وثوق البائع بالمشتري أنه لا يمتنع من رده إليه بعقد جديد بمحض اختياره و مروته انتهى كلامه.

أقول إذا أوقعا العقد المجرى على النحو الذى يوقعانه مقترنا بالشرط و فرض عدم التفاوت بينهما فى البناء على الشرط و الالتزام به إلا بالتلفظ بالشرط و عدمه فإن قلنا بعدم اعتبار التلفظ فى تأثير الشرط الصحيح و الفاسد فلا وجه للفرق بين من يعلم فساد الشرط و غيره فإن العالم بالفساد لا يمنعه علمه عن الإقدام على العقد مقيدا بالالتزام بما اشترطه خارج العقد بل إقدامه كإقدام من يعتقد الصحة كما لا فرق فى إيقاع العقد الفاسد بين من يعلم فساده و عدم ترتب أثر شرعى عليه و غيره. و بالجمله فالإقدام على العقد مقيدا أمر عرفى يصدر من المتعاقدين و إن علما بفساد الشرط و أما حكم صورة نسيان ذكر الشرط فإن كان مع نسيان أصل الشرط كما هو الغالب فالظاهر الصحة لعدم الإقدام على العقد مقيدا غاية الأمر أنه كان عازما على ذلك لكن غفل عنه. نعم لو اتفق إيقاع العقد مع الالتفات إلى الشرط ثم طرأ عليه النسيان فى محل ذكر الشرط كان كتارك ذكر الشرط عمدا تعويلا على تواطئهما السابق.

### الرابع لو كان فساد الشرط لأجل عدم تعلق غرض معتد به عند العقلاء

فظاهر كلام جماعة من القائلين بإفساد الشرط الفاسد كونه لغوا غير مفسد للعقد. قال فى التذكرة فى باب العيب لو شرط ما لا غرض فيه للعقلاء و لا يزيد به المالية فإنه لغوا لا يوجب الخيار و قد صرح فى مواضع آخر فى باب الشروط بصحة العقد و لغوية الشرط و قد صرح الشهيد بعدم ثبوت الخيار إذا اشترط كون العبد كافرا فبان مسلما و مرجعه إلى لغوية الاشتراط و قد ذكروا فى السلم لغوية بعض الشروط كاشتراط الوزن بميزان معين و لعل وجه عدم قدح هذه الشروط أن الوفاء بها لما لم يجب شرعا و لم يكن فى تخلفها أو تعذرها خيار خرجت عن قابلية تقييد العقد بها لعدم عدها كالجزم من أحد العوضين و يشكل بأن لغويتها لا تنافى تقييد العقد بها فى نظر المتعاقدين فاللازم إما بطلان العقد و إما وجوب الوفاء كما إذا جعل بعض الثمن مما لا يعد مالا فى العرف

### الكلام فى أحكام الخيار

### الكلام فى أحكام الخيار

### الخيار موروث بأنواعه

### إشارة

بلا- خلافاً بين الأصحاب كما فى الرياض و ظاهر الحدائق- و فى التذكرة أن الخيار عندنا موروث- لأنه من الحقوق كالشفعة و القصاص فى جميع أنواعه و به قال الشافعى إلا فى خيار المجلس و ادعى فى الغنية الإجماع على إرث خيار المجلس و الشرط

### [الاستدلال عليه بما ورد فى إرث ما ترك الميت]

### إشارة

و استدلال عليه مع ذلك بأنه حق للميت فيورث لظاهر القرآن و تبعه بعض من تأخر عنه و زيد عليه الاستدلال بالنبوى: ما ترك الميت

من حق فلوارثه. أقول

### الاستدلال على هذا الحكم بالكتاب والسنة الواردين في إرث ما ترك الميت يتوقف على ثبوت أمرين

#### أحدهما كون الخيار حقا لا حكما شرعيا

كإجازة العقد الفضولي و جواز الرجوع في الهبة و سائر العقود الجائزة فإن الحكم الشرعي مما لا يورث و كذا ما تردد بينهما للأصل و ليس في الأخبار ما يدل على ذلك عدا ما دل على انتفاء الخيار بالتصرف معللا بأنه رضا كما تقدم في خيار الحيوان و التمسك بالإجماع على سقوطه بالإسقاط فيكشف عن كونه حقا لا حكما مستغنى عنه بقيام الإجماع على نفس الحكم.

#### الثاني كونه حقا قابلا للانتقال

ليصدق أنه مما ترك الميت بأن لا يكون وجود الشخص و حياته مقوما له و إلا فمثل حق الجلوس في السوق و المسجد و حق التولية و النظارة غير قابل للانتقال فلا يورث و إثبات هذا الأمر بغير الإجماع أيضا مشكل و التمسك في ذلك باستصحاب بقاء الحق - و عدم انقطاعه بموت ذي الحق أشكل لعدم إحراز الموضوع لأن الحق لا يتقوم إلا بالمستحق و كيف كان ففي الإجماع المنعقد على نفس الحكم كفاية إن شاء الله تعالى.

#### بقي الكلام في أن إرث الخيار ليس تابعا لإرث المال فعلا

فلو فرض استغراق دين الميت لتركته لم يمنع انتقال الخيار إلى الوارث - و لو كان الوارث ممنوعا لنقصان فيه كالرقية أو القتل للمورث أو الكفر فلا - إشكال في عدم الإرث لأن الموجب لحرمانه من المال موجب لحرمانه من سائر الحقوق و لو كان حرمانه من المال لتبعد شرعي كالزوجة غير ذات الولد أو مطلقا بالنسبة إلى العقار و غير الأكبر من الأولاد بالنسبة إلى الحبوء ففي حرمانه من الخيار المتعلق بذلك المال مطلقا أو عدم حرمانه كذلك و جوه بل أقوال ثالثها التفصيل بين كون ما يحرم الوارث عنه منتقلا إلى الميت أو عنه فيرث في الأول صرح به فخر الدين في الإيضاح و فسر به عبارة والده كالسيد العميد و شيخنا الشهيد في الحواشي و رابعها عدم الجواز في تلك الصورة و الإشكال في غيرها صرح به في جامع المقاصد و لم أجد من جزم بعدم الإرث مطلقا و إن أمكن توجيهه بأن ما يحرم منه هذا الوارث إن كان قد انتقل عن الميت فالفسخ لا معنى له لأنه لا ينتقل إليه بإزاء ما ينتقل عنه من الثمن شيء من المثلث. و بعبارة أخرى الخيار علاقة لصاحبه فيما انتقل عنه توجب سلطنته عليه و لا علاقة هنا و لا سلطنته و إن كان قد انتقل إلى الميت فهو لباقي الورثة و لا سلطنته لهذا المحروم و الخيار حق فيما انتقل عنه بعد إحراز سلطته على ما وصل بإزائه و لكن يرد ذلك بما في الإيضاح من أن الخيار لا يتوقف على الملك كخيار الأجنبي فعمومات الإرث بالنسبة إلى الخيار لم يخرج عنها الزوجة و إن خرجت عنها بالنسبة إلى المال. و الحاصل أن حق الخيار ليس تابعا للملكية و لذا قوى بعض المعاصرين ثبوت الخيار في صورتين و يضعفه أن حق الخيار علقه في الملك المنتقل إلى

المكاسب، ج ٣، ص ٢٩١

الغير من حيث التسلط على استرداده إلى نفسه أو إلى من هو منصوب من قبله كما في الأجنبي. و بعبارة أخرى ملكك لتملك المعوض لنفسه أو لمن نصب عنه و هذه العلاقة لا تنتقل من الميت إلا - إلى وارث يكون كالميت في كونه مالكا لأن يملك فإذا فرض أن الميت باع أرضا بثمن فالعلاقة المذكورة إنما هي لسائر الورثة دون الزوجة لأنها بالخيار لا ترد شيئا من الأرض إلى نفسها و لا إلى آخر هي من قبله لتكون كالأجنبي المجهول له. نعم لو كان الميت قد انتقلت إليه الأرض كان الثمن المدفوع إلى البائع متزلزلا في



ملكه فيكون في معرض الانتقال إلى جميع الورثة و منهم الزوجة فهي أيضا مالكة لتملك حصتها من الثمن لكن فيه ما ذكرنا سابقا من أن الخيار حق فيما انتقل عنه بعد إحراز التسلط على ما وصل بإزائه و عبر عنه في جامع المقاصد بلزوم تسلط الزوجة على مال الغير و حاصله أن الميت إنما كان له الخيار و العلقه فيما انتقل عنه من حيث تسلطه على رد ما في يده لتملك ما انتقل عنه بإزائه فلا تنتقل هذه العلاقه إلا إلى من هو كذلك من ورثته - كما مر نظيره في عكس هذه الصورة و ليست الزوجة كذلك. و قد تقدم في مسألة ثبوت خيار المجلس للوكيل أن أدلة الخيار مسوقه لبيان تسلط ذى الخيار على صاحبه من جهة تسلطه على تملك ما في يده فلا يثبت بها تسلط الوكيل على ما وصل إليه لموكله و ما نحن فيه كذلك و يمكن دفعه بأن ملك بائع الأرض للثمن لما كان مترلزلا و في معرض الانتقال إلى جميع الورثة اقتضى بقاء هذا الترزل بعد موت ذى الخيار ثبوت حق للزوجة و إن لم يكن لها تسلط على نفس الأرض و الفرق بين ما نحن فيه و بين ما تقدم في الوكيل أن الخيار هناك و ترزل ملك الطرف الآخر و كونه في معرض الانتقال إلى موكل الوكيل كان متوقفا على تسلط الوكيل على ما في يده و ترزل ملك الطرف الآخر هنا و كونه في معرض الانتقال إلى الورثة ثابت على كل حال و لو لم نقل بثبوت الخيار للزوجة فإن باقى الورثة لو ردوا الأرض و استردوا الثمن شاركتهم الزوجة فيه فحق الزوجة في الثمن المنتقل إلى البائع ثابت فلها استيفاءه بالفسخ ثم إن ما ذكر وارد على فسخ باقى الورثة للأرض المبيعه بثمن معين تشترك فيه الزوجة إلا أن يلتزم عدم تسلطهم على الفسخ إلا في مقدار حصتهم من الثمن فيلزم تبعض الصفقة فما اختاره في الإيضاح من التفصيل مفسرا به عبارة والده في القواعد لا يخلو عن قوة. قال في القواعد الخيار موروث بالحصص كالمال من أى أنواعه كان إلا الزوجة غير ذات الولد في الأرض على إشكال أقرب ذلك إن اشترى بخيار لثرت من الثمن انتهى و قال في الإيضاح ينشأ الإشكال من عدم إرثها منها فلا يتعلق بها فلا ترث من خيارها و من أن الخيار لا يتوقف على الملك كالأجنبي ثم فرع المصنف أنه لو كان الموروث قد اشترى بخيار فالأقرب إرثها من الخيار لأن لها حقا في الثمن و يحتمل عدمه لأنها لا ترث من الثمن إلا بعد الفسخ فلو علل بإرثها دار و إلا صح اختيار المصنف لأن الشراء يستلزم منعها من شىء نزله الشارع منزلة جزء من التركة و هو الثمن فقد تعلق الخيار بما ترث منه انتهى و قد حمل العبارة على هذا المعنى السيد العميد الشارح للكتاب و استظهر خلاف ذلك من عبارة جامع المقاصد فإنه بعد بيان منشأ الإشكال على ما يقرب من الإيضاح قال فالأقرب من هذا الإشكال عدم إرثها إن كان الميت قد اشترى أرضا بخيار فأرادت الفسخ لثرت من الثمن و أما إذا باع أرضا بخيار فالإشكال حينئذ بحاله لأنها إذا فسخت في هذه الصورة لم ترث شيئا و حمل الشارحان العبارة على أن الأقرب إرثها إذا اشترى بخيار لأنها حينئذ تفسخ فترث من الثمن بخلاف ما إذا باع بخيار و هو خلاف الظاهر فإن المتبادر أن المشار إليه بقوله ذلك هو عدم الإرث الذى سيقى لأجله العبارة مع أنه من حيث الحكم غير مستقيم أيضا فإن الأرض حق لباقى الوارث استحقوها بالموت فكيف تملك الزوجة إبطال استحقاقهم لها و إخراجها عن ملكهم. نعم لو قلنا إن ذلك يحصل بانقضاء مدة الخيار استقام ذلك و أيضا فإنها إذا ورثت في هذه الصورة و جب أن ترث في ما إذا باع الميت أرضا بخيار بطريق أولى لأنها ترث حينئذ من الثمن و أقصى ما يلزم من إرثها من الخيار أن تبطل حقها من الثمن و هو أولى من إبطال إرثها حق غيرها من الأرض التى اختصوا بملكها ثم قال و الحق أن إرثها من الخيار في الأرض المشترأة مستبعد جدا و إبطال حق قد ثبت لغيرها يحتاج إلى دليل نعم قوله لثرت من الثمن على هذا التقدير يحتاج إلى تكلف زيادة تقدير بخلاف ما حملا- عليه انتهى. و قد تقدم ما يمكن أن يقال على هذا الكلام ثم إن الكلام فى ثبوت الخيار لغير مستحق الحبوء من الورثة إذا اشترى الميت أو باع بعض أعيان الحبوء بخيار هو الكلام فى ثبوته للزوجة فى الأرض المشترأة و المبيعه.

**مسألة فى كيفية استحقاق كل من الورثة للخيار مع أنه شىء واحد غير قابل للتجزية و التقسيم**

وجوه

**الأول ما اختاره بعضهم - من استحقاق كل منهم خيارا مستقلا**

كمورثه بحيث يكون له الفسخ في الكل و إن أجاز الباقيون نظير حد القذف الذي لا يسقط بعفو بعض المستحقين و كذلك حق الشفعة على المشهور و استند في ذلك إلى أن ظاهر النبوي المتقدم و غيره ثبوت الحق لكل وارث لتعقل تعدد من لهم الخيار بخلاف المال الذي لا بد من تنزيل مثل ذلك على إرادة الاشتراك لعدم تعدد الملاك شرعا لمال واحد بخلاف محل البحث.

**الثاني استحقاق كل منهم خيارا مستقلا في نصيبه**

فله الفسخ فيه دون باقي الحصص غاية الأمر مع اختلاف الورثة في الفسخ و الإمضاء و تبعض الصفقة على من عليه الخيار فيثبت له الخيار و وجه ذلك أن الخيار لما لم يكن قابلا للتجزية و كان مقتضى أدلة الإرث كما سيجيء اشتراك الورثة فيما ترك مورثهم تعين تبعضه بحسب متعلقه فيكون نظير المشتريين لصفقة واحدة إذا قلنا بثبوت الخيار لكل منهما.

**الثالث استحقاق مجموع الورثة لمجموع الخيار****إشارة**

فيشكون فيه من دون ارتكاب تعدده بالنسبة إلى جميع المال و لا بالنسبة إلى حصة كل منهم لأن مقتضى أدلة الإرث في الحقوق غير القابلة للتجزية و الأموال القابلة لها أمر واحد فهو ثبوت مجموع ما ترك لمجموع الورثة إلا أن التقسيم في الأموال لما كان أمرا ممكنا كان مرجع اشتراك المجموع في المجموع إلى اختصاص كل منهم بحصته مشاعه بخلاف الحقوق فإنها تبقى على حالها من اشتراك مجموع الورثة فيها فلا يجوز لأحدهم الاستقلال بالفسخ لا في الكل و لا

المكاسب، ج ٣، ص ٢٩٢

في حصته فافهم.

**و هنا معنى آخر لقيام الخيار بالمجموع**

و هو أن يقوم بالمجموع من حيث تحقق الطبيعة في ضمنه لا من حيث كونه مجموعا فيجوز لكل منهم الاستقلال بالفسخ ما لم يجر الآخر لتحقيق الطبيعة في الواحد و ليس له الإجازة بعد ذلك كما أنه لو أجاز الآخر لم يجز الفسخ بعده لأن الخيار الواحد إذا قام بماهية الوارث واحدا كان أو متعددا كان إمضاء الواحد كفسخه ماضيا فلا عبرة بما يقع متأخرا عن الآخر لأن الأول قد استوفاه و لو اتحدا زمانا كان ذلك كالإمضاء و الفسخ من ذى الخيار بتصرف واحد لا أن الفاسخ متقدم كما سيجيء في أحكام التصرف

**[فساد الوجه الأول]**

ثم إنه لا ريب في فساد مستند وجه الأول المذكور له لمنع ظهور النبوي و غيره في ثبوت ما ترك لكل واحد من الورثة لأن المراد

بالوارث في النبوى وغيره مما أفرد فيه لفظ الوارث جنس الوارث المتحقق في ضمن الواحد والكثير وقيام الخيار بالجنس يتأتى على الوجوه الأربعة المتقدمة كما لا يخفى على المتأمل و أما ما ورد فيه لفظ الوارث بصيغة الجمع فلا يخفى أن المراد به أيضا إما جنس الجمع أو جنس الفرد أو الاستغراق القابل للحمل على المجموعى والأفرادى والأظهر هو الثانى كما فى نظائره هذا كله مع قيام القرينة العقلية واللفظية على عدم إرادة ثبوته لكل واحد مستقلا فى الكل. أما الأولى فلأن المفروض أن ما كان للميت وتركه للوارث حق واحد شخصى وقيامه بالأشخاص المتعددين أوضح استحالة وأظهر بطلانا من تجزيه وانقسامه على الورثة فكيف يدعى ظهور أدلة الإرث فيه. و أما الثانية فلأن مفاد تلك الأدلة بالنسبة إلى المال المتروك وحق المتروك شىء واحد ولا يستفاد منها بالنسبة إلى المال الاشتراك و بالنسبة إلى الحق التعدد إلا مع استعمال الكلام فى معنيين هذا مع أن مقتضى ثبوت ما كان للميت لكل من الورثة أن يكونوا كالوكلاء المستقلين فيمضى السابق من إجازة أحدهم أو فسخه ولا يؤثر اللاحق فلا وجه لتقدم الفسخ على الإجازة على ما ذكره.

### [عدم دلالة أدلة الإرث على الوجه الثانى]

و أما الوجه الثانى فهو وإن لم يكن منافيا لظاهر أدلة الإرث من ثبوت مجموع المتروك لمجموع الوارث إلا أن تجزيه الخيار بحسب متعلقه كما تقدم مما لم يدل عليه أدلة الإرث أما ما كان منها كالنبوى غير متعرض للقسمه فواضح و أما ما تعرض فيه للقسمه كآيات قسمه الإرث بين الورثة فغايه ما يستفاد منها فى المقام بعد ملاحظه عدم انقسام نفس المتروك هنا ثبوت القسمه فيما يحصل بإعمال هذا الحق أو إسقاطه فيقسم بينهم العين المستردة بالفسخ أو ثمنها الباقى فى ملكهم بعد الإجازة على طريق الإرث

### [المتيقن من الأدلة هو الوجه الثالث]

و أما ثبوت الخيار لكل منهم مستقلا فى حصته فلا يستفاد من تلك الأدلة فالمتيقن من مفادها هو ثبوت الخيار الواحد الشخصى للمجموع فإن اتفق المجموع على الفسخ انفسخ فى المجموع وإلا فلا دليل على الانفساخ فى شىء منه-

### [عدم الدليل على المعنى الثانى للوجه الثالث أيضا]

و من ذلك يظهر أن المعنى الثانى للوجه الثالث و هو قيام الخيار بالطبيعة المتحققه فى ضمن المجموع أيضا لا دليل عليه فلا يؤثر فسخ أحدهم و إن لم يجز الآخر مع أن هذا المعنى أيضا مخالف لأدلة الإرث لما عرفت من أن مفادها بالنسبة إلى المال و الحق واحد و من المعلوم أن المالك للمال ليس هو الجنس المتحقق فى ضمن المجموع

### [ثم إن ما ذكرنا جار فى كل حق ثبت لمتعدد]

لم يعلم من الخارج كونه على خصوص واحد من الوجوه المذكوره. نعم لو علم ذلك من دليل خارج اتبع كما فى حد القذف فإن النص قد دل على أنه لا يسقط بعفو أحد الشريكين و كذا حق القصاص فإنه لا يسقط بعفو أحد الشريكين لكن مع دفع الآخر مقدار حصه الباقي من الدية إلى أولياء المقتص منه جمعا بين الحقين

### [الإشكال على حكم المشهور فى حق الشفعة و الجواب عنه]

لكن يبقى الإشكال فى حكم المشهور من غير خلاف يعرف بينهم و إن احتمله فى الدروس من أحد الورثة إذا عفا عن الشفعة كان للآخر الأخذ بكل المبيع فإن الظاهر أن قولهم بذلك ليس لأجل دليل خارجى و الفرق بينه و بين ما نحن فيه مشكل و يمكن أن يفرق بالضرر فإنه لو سقطت الشفعة بعفو أحد الشريكين تضرر الآخر بالشركة بل لعل هذا هو السر فى عدم سقوط حدى القذف و القصاص بعفو البعض لأن الحكمة فىهما التشفى فإبطالهما بعفو أحد الشركاء إضرار على غير العافى و هذا غير موجود فيما نحن فيه فتأمل.

### ثم إن ما اخترناه من الوجه الأول - هو مختار العلامة فى القواعد

بعد أن احتمل الوجه الثانى و ولده فى الإيضاح و الشهيد فى الدروس و الشهيد الثانى فى المسالك و حكى عن غيرهم. قال فى القواعد و هل للورثة التفريق فيه نظر أقربه المنع و إن جوزناه مع تعدد المشتري و زاد فى الإيضاح بعد توجيه المنع بأنه لم يكن لمورثهم الأخيار واحد أنه لا وجه لاحتمال التفريق

### [كلام الشهيد فى الدروس]

و قال فى الدروس فى باب خيار العيب لو جوزنا لأحد المشتريين الرد لم نجوزه لأحد الوارثين عن واحد لأن التعدد طار على العقد سواء كان الموروث خيار عيب أو غيره انتهى و فى المسالك بعد المنع عن تفرق المشتريين فى الخيار هذا كله فيما لو تعدد المشتري أما لو تعدد مستحق البيع مع اتحاد المشتري ابتداء كما لو تعدد وارث المشتري الواحد فإنه ليس لهم التفرق لاتحاد الصفقة و التعدد طار مع احتماله انتهى

### و ظاهر التذكرة فى خيار المجلس الوجه الأول من الوجوه المتقدمة

قال لو فسخ بعضهم و أجاز الآخر فالأقوى أنه يفسخ فى الكل كالمورث لو فسخ فى حياته فى البعض و أجاز فى البعض انتهى. و يحتمل أن لا يريد بذلك أن لكل منهما ملك الفسخ فى الكل كما هو مقتضى الوجه الأول بل يملك الفسخ فى البعض و يسرى فى الكل نظير فسخ المورث فى البعض و كيف كان فقد ذكر فى خيار العيب أنه لو اشترى عبدا فمات و خلف وارثين فوجدا به عيبا لم يكن لأحدهما رد حصته خاصة للتشقيص انتهى

و قال فى التحرير لو ورث اثنان عن أبيهما خيار عيب فرضى أحدهما سقط حق الآخر من الرد دون الأرش و الظاهر أن خيار العيب و خيار المجلس واحد كما تقدم عن الدروس فعلة رجوع عما ذكره فى خيار المجلس ثم إنه ربما يحمل ما فى القواعد و غيرها من عدم جواز التفريق على أنه لا يصح تبعض المبيع من حيث الفسخ و الإجازة بل لا بد من الفسخ أو الإجازة فى الكل فلا دلالة فيها على عدم استقلال كل منهم على الفسخ فى الكل و حينئذ فإن فسخ أحدهم و أجاز الآخر قدم الفسخ على الإجازة و ينسب تقديم الفسخ إلى كل من منع من التفريق بل فى الحدائق تصريح الأصحاب بتقديم الفسخ من الورثة على المجيز و لازم ذلك الاتفاق على أنه متى فسخ أحدهم الفسخ فى الكل و ما أبعد بين هذه الدعوى و بين ما فى الرياض من قوله و لو اختلفوا

المكاسب، ج ٣، ص ٢٩٣

يعنى الورثة قيل قدم الفسخ و فيه نظر لكن الأظهر فى عبارة القواعد ما ذكرنا و أن المراد بعدم جواز التفريق أن فسخ أحدهم ليس ماضيا مع عدم موافقة الباقيين كما يدل عليه قوله فيما بعد ذلك فى باب خيار العيب أما لو أورثنا خيار العيب فلا إشكال فى وجوب توافقهما فإن المراد بوجوب التوافق وجوبه الشرطى و معناه عدم نفوذ التخالف و لا ريب أن عدم نفوذ التخالف ليس معناه عدم نفوذ الإجازة من أحدهما مع فسخ صاحبه بل المراد عدم نفوذ فسخ صاحبه من دون إجازته لفسخ صاحبه و هو المطلوب و أصرح منه ما

تقدم من عبارة التحرير ثم التذكرة. نعم ما تقدم من قوله في الزوجة غير ذات الولد أقربه ذلك إن اشترى بخيار لثرت من الثمن قد يدل على أن فسخ الزوجة فقط كاف في استرجاع تمام الثمن لثرت منه إذ استرداد مقدار حصتها موجب للتفريق الممنوع عنده وعند غيره وكيف كان فمقتضى أدلة الإرث ثبوت الخيار للورثة على الوجه الثالث الذى اخترناه وحاصله أنه متى فسخ أحدهم وأجاز الآخر لغا الفسخ وقد يتوهم استلزام ذلك بطلان حق شخص لعدم أعمال الآخر حقه ويندفع بأن الحق إذا كان مشتركا لم يجز أعماله إلا برضا الكل كما لو جعل الخيار لأجنبيين على سبيل التوافق.

### فرع إذا اجتمع الورثة كلهم على الفسخ فيما باعه مورثهم

فإن كان عين الثمن موجودا في ملك الميت دفعوه إلى المشتري وإن لم يكن موجودا أخرج من مال الميت ولا يمنعون من ذلك وإن كان على الميت دين مستغرق للتركة لأن المحجور له الفسخ بخياره وفي اشتراط ذلك بمصلحة الديان وعدمه وجهان ولو كان مصلحةهم في الفسخ ولم يجبروا الورثة عليه لأنه حق لهم فلا يجبرون على أعماله ولو لم يكن للميت مال ففي وجوب دفع الثمن من مالهم بقدر الحصص وجهان من أنه ليس لهم إلا حق الفسخ كالأجنبي المجهول له الخيار أو الوكيل المستتاب في الفسخ والإمضاء وانحلال العقد المستلزم لدخول المبيع في ملك الميت يوفى عنه ديونه وخروج الثمن من ملكه في المعين واشتغال ذمته ببذله في الثمن الكلى فلا يكون مال الورثة عوضا عن المبيع إلا على وجه كونه وفاء لدين الميت وحينئذ فلا اختصاص له بالورثة على حسب سهامهم بل يجوز للغير أداء ذلك الدين بل لو كان للميت غرماء ضرب المشتري مع الغرماء وهذا غير اشتغال ذم الثمن بالثمن على حسب سهامهم من المبيع ومن أنهم قائمون مقام الميت- في الفسخ برد الثمن أو بدله وتملك المبيع فإذا كان المبيع مردودا على الورثة من حيث إنهم قائمون مقام الميت اشتغلت ذمهم بثمانه من حيث إنهم كنفس الميت كما أن معنى إرثهم لحق الشفعة استحقاقهم لتملك الحصص 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 وما ذكرنا من مقتضى الفسخ وما ذكرنا أخيرا من مقتضى النيابة والقيام مقام الميت والأظهر في الفرعين هو كون ولاية الوارث لا- كولاية الولى أو الوكيل في كونها لاستيفاء حق للغير بل هي ولاية استيفاء حق متعلق بنفسه فهو كنفس الميت لا- نائب عنه في الفسخ ومن هنا جرت السيرة بأن ورثة البائع ببيع خيار رد الثمن يردون مثل الثمن من أموالهم- ويستردون المبيع لأنفسهم من دون أن يلزموا بأداء الديون منه بعد الإخراج والمسألة تحتاج إلى تنقيح زائد.

### مسألة لو كان الخيار لأجنبي ومات

ففي انتقاله إلى وارثه كما في التحرير أو إلى المتعاقدين أو سقوطه كما اختاره غير واحد من المعاصرين- وربما يظهر من القواعد وجوه من أنه حق تركه الميت فلوارثه ومن أنه حق لمن اشترط له من المتعاقدين لأنه بمنزلة الوكيل الذى حكم في التذكرة بانتقال خياره إلى موكله دون وارثه ومن أن ظاهر الجعل أو محتمله مدخلية نفس الأجنبي فلا- يدخل في ما تركه وهذا لا يخلو عن قوة لأجل الشك في مدخلية نفس الأجنبي. وفي القواعد لو جعل الخيار لعبد أحدهما فالخيار لمولاه ولعله لعدم نفوذ فسخه ولا إجازته بدون رضا مولاه وإذا أمره بأحدهما أجبر شرعا عليه فلو امتنع فللمولى فعله عنه فيرجع الخيار بالأخرة له لكن هذا يقتضى أن يكون عبد الأجنبي كذلك مع أنه قال لو كان العبد لأجنبي لم يملك مولاه ولا يتوقف على رضاه إذا لم يمنع حقا للمولى فيظهر من ذلك فساد الوجه المذكور نقضا وحلا فافهم.

### مسألة لو كان الخيار لأجنبي ومات

ففي انتقاله إلى وارثه كما في التحرير أو إلى المتعاقدين أو سقوطه كما اختاره غير واحد من المعاصرين- وربما يظهر من القواعد

وجوه من أنه حق تركه الميت فلوارثه و من أنه حق لمن اشترط له من المتعاقدين لأنه بمنزلة الوكيل الذي حكم في التذكرة بانتقال خياره إلى موكله دون وارثه و من أن ظاهر الجعل أو محتمله مدخليه نفس الأجنبي فلا يدخل في ما تركه و هذا لا يخلو عن قوة لأجل الشك في مدخليه نفس الأجنبي. و في القواعد لو جعل الخيار لعبد أحدهما فالخيار لمولاه و لعله لعدم نفوذ فسخه و لا إجازته بدون رضا مولاه و إذا أمره بأحدهما أجبر شرعا عليه فلو امتنع للمولى فعله عنه فيرجع الخيار بالأخرة له لكن هذا يقتضى أن يكون عبد الأجنبي كذلك مع أنه قال لو كان العبد لأجنبي لم يملك مولاه و لا يتوقف على رضاه إذا لم يمنع حقا للمولى فيظهر من ذلك فساد الوجه المذكور نقضا و حلا فافهم.

### مسألة و من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار

و قد مر بيان ذلك في مسقطات الخيار و المقصود هنا بيان أنه كما يحصل إسقاط الخيار و التزام العقد بالتصرف فيكون التصرف إجازة فعلية كذلك يحصل الفسخ بالتصرف فيكون فسحا فعليا. و قد صرح في التذكرة بأن الفسخ كالإجازة قد يكون بالقول و قد يكون بالفعل و قد ذكر جماعة كالشيخ و ابن زهرة و ابن إدريس و جماعة من المتأخرين عنهم كالعلامة و غيره قدس الله أسرارهم أن التصرف إن وقع فيما انتقل عنه كان فسحا و إن وقع فيما انتقل إليه كان إجازة و قد عرفت في مسألة الإسقاط أن ظاهر الأكثر أن المسقط هو التصرف المؤذن بالرضا و قد دل عليه الصحيحة المتقدمة في خيار الحيوان المعللة للسقوط بأن التصرف رضا بالعقد فلا خيار و كذا النبوي المتقدم و مقتضى ذلك منهم أن التصرف فيما انتقل عنه إنما يكون فسحا إذا كان مؤذنا بالفسخ و ليكون فسحا فعليا و أما ما لا يدل على إرادة الفسخ فلا وجه لانفاسخ العقد به و إن قلنا بحصول الإجازة به بناء على حمل الصحيحة المتقدمة على سقوط الخيار بالتصرف تعبدا شرعا من غير أن يكون فيه دلالة عرفية نوعية على الرضا بلزوم العقد كما تقدم نقله عن بعض إلا أن يدعى الإجماع على اتحاد ما يحصل به الإجازة و الفسخ فكلما يكون إجازة لو ورد على ما في يده يكون فسحا إذا ورد منه على ما في يد صاحبه و هذا الاتفاق و إن كان الظاهر تحققه إلا أن أكثر هؤلاء كما عرفت كلماتهم في سقوط خيار الشرط بالتصرف يدل على اعتبار الدلالة على الرضا في التصرف المسقط فيلزمهم بالمقابلة اعتبار الدلالة على الفسخ في التصرف الفاسخ و يدل عليه كثير من كلماتهم في هذا المقام أيضا. قال في التذكرة أما العرض على البيع و الإذن فيه و التوكيل و الرهن غير المقبوض بناء على اشتراطه فيه و الهبة غير المقبوضة فالأقرب أنها من البائع فسخ و من المشتري إجازة لدلالته على طلب المبيع و استيفائه و هذا هو الأقوى و نحوها جامع المقاصد ثم إنك قد عرفت الإشكال في كثير من أمثلتهم المتقدمة للتصرفات الملزمة كركوب الدابة

المكاسب، ج ٣، ص ٢٩٤

في طريق الرد و نحوه مما لم يدل على الالتزام أصلا لكن الأمر هنا أسهل بناء على أن ذا الخيار إذا تصرف فيما انتقل عنه تصرفا لا يجوز شرعا إلا من المالك أو بإذنه دل ذلك بضميمة حمل فعل المسلم على الصحيح شرعا- على إرادة انفاسخ العقد قبل هذا التصرف. قال في التذكرة لو قبل الجارية بشهوة أو باشر فيما دون الفرج أو لمس بشهوة فالوجه عندنا أن يكون فسحا لأن الإسلام يصون صاحبه عن القبيح فلو لم يختار الإمساك لكان مقدا على المعصية انتهى ثم نقل عن بعض الشافعية احتمال عدم نظرا إلى حدوث هذه الأمور عمن تردد في الفسخ و الإجازة و في جامع المقاصد عند قول المصنف قدس سره و يحصل الفسخ بوطء البائع و بيعه و عتقه و هبته قال لوجوب صيانة فعل المسلم عن الحرام حيث يوجد إليه سبيل و تنزيل فعله على ما يجوز له فعله مع ثبوت طريق الجواز انتهى ثم إن أصالة حمل فعل المسلم على الجائر من باب الظواهر المعتبرة شرعا كما صرح به جماعة كغيرها من الإمارات الشرعية فيدل على الفسخ لا من الأصول التعبدية حتى يقال إنها لا تثبت إرادة المتصرف للفسخ لما تقرر من أن الأصول التعبدية لا تثبت إلا اللوازم الشرعية لمجاريها و هنا كلام مذكور في الأصول. ثم إن مثل التصرف الذي يحرم شرعا إلا على المالك أو مأذونه التصرف الذي لا ينفذ شرعا إلا من المالك أو مأذونه و إن لم يحرم كالبيع و الإجازة و النكاح فإن هذه العقود و إن حلت لغير

المالك لعدم عدها تصرفاً في ملك الغير إلا أنها تدل على إرادة الانفساخ بها بضميمة أصالة عدم الفضولية كما صرح بها جامع المقاصد عند قول المصنف والإجازة والتزويج في معنى البيع والمراد بهذا الأصل الظاهر - فلا وجه لمعارضته بأصالة عدم الفسخ مع أنه لو أريد به أصالة عدم قصد العقد عن الغير فهو حاكم على أصالة عدم الفسخ لكن الإنصاف أنه لو أريد به هذا لم يثبت به إرادة العاقد للفسخ وكيف كان فلا إشكال في إناطة الفسخ بذلك عندهم كالإجازة بدلالة التصرف عليه ويؤيده استشكالهم في بعض أفراده من حيث دلالة بالالتزام على الالتزام بالبيع أو فسخه ومن حيث إمكان صدوره عن تردد في الفسخ كما ذكره في الإيضاح وجامع المقاصد - وفي وجه إشكال القواعد في كون العرض على البيع والإذن فيه فسخاً. ومما ذكرنا يعلم أنه لو وقع التصرف فيما انتقل عنه نسياناً للبيع أو مسامحة في التصرف في ملك الغير أو اعتماداً على شهادة الحال بالإذن لم يحصل الفسخ بذلك.

### مسألة هل الفسخ يحصل بنفس التصرف أو يحصل قبله متصلاً به

#### إشارة

وبعبارة أخرى التصرف سبب أو كاشف فيه وجهان بل قولان من ظهور كلماتهم في كون نفس التصرف فسخاً أو إجازة وأنه فسخ فعلي في مقابل القولى وظهور اتفاقهم على أن الفسخ بل مطلق الإنشاء لا يحصل بالنية بل لا بد من حصوله بالقول أو الفعل. ومما عرفت من التذكرة وغيرها من تعليل تحقق الفسخ بصيانته فعل المسلم عن القبيح ومن المعلوم أنه لا يبان عنه إلا إذا وقع الفسخ قبله وإلا لوقع الجزء الأول منه محرماً ويمكن أن يحمل قولهم بكون التصرف فسخاً على كونه دالاً عليه وإن لم يتحقق به وهذا المقدار يكفي في جعله مقابلاً للقول. ويؤيده ما دل من الأخبار المتقدمة على كون الرضا هو مناط الالتزام بالعقد وسقوط الخيار وإن اعتبر كونه مكشوفاً عنه بالتصرف وقد عرفت هناك التصريح بذلك من الدروس وصرح به في التذكرة أيضاً حيث ذكر أن قصد المتبايعين لأحد عوضى الصرف قبل التصرف رضا بالعقد فمقتضى المقابل هو كون كراهة العقد باطنا وعدم الرضا به هو الموجب للفسخ إذا كشف عنه التصرف ويؤيده أنهم ذكروا أنه لا تحصل الإجازة بسكوت البائع ذى الخيار على وطء المشتري معللاً بأن السكوت لا يدل على الرضا فإن هذا الكلام ظاهر في أن العبرة بالرضا. وصرح في المبسوط بأنه لو علم رضاه بوطء المشتري سقط خياره فاقصر في الإجازة على مجرد الرضا وأما ما اتفقوا عليه من عدم حصول الفسخ بالنية فمرادهم بها نية الانفساخ أعنى الكراهة الباطنية لبقاء العقد والبناء على كونه منفسخاً من دون أن يدل عليها بفعل مقارن له وأما مع اقترانها بالفعل فلا قائل بعدم تأثيرها فيما يكفي فيه الفعل إذ كلما يكفي فيه الفعل من الإنشاءات ولا يعتبر فيه خصوص القول فهو من هذا القبيل لأن الفعل لا إنشاء فيه فالمنشأ يحصل بإرادته المتصلة بالفعل لا بنفس الفعل لعدم دلالة عليه نعم يلزم من ذلك أن لا يحصل الفسخ باللفظ أصل لأن اللفظ أبداً مسبوق بالقصد الموجود بعينه قبل الفعل الدال على الفسخ. وقد ذكر العلامة في بعض مواضع التذكرة - أن اللازم بناء على القول بتضمن الوطى للفسخ عود الملك إلى الواطئ مع الوطى أو قبيله فيكون حلالاً هذا

### و كيف كان فالمسألة ذات قولين

#### إشارة

ففي التحرير قوى جهة الوطى الذى يحصل به الفسخ وأن الفسخ يحصل بأول جزء منه فيكشف عن عدم الفسخ قبله وهو لازم كل من قال بعدم صحة عقد الواهب الذى يتحقق به الرجوع كما فى الشرائع وعن المبسوط والمهذب والجامع والحكم فى باب الهبة والخيار واحد - وتوقف الشهيد فى الدروس فى المقامين مع حكمه بصحة رهن ذى الخيار وجزم الشهيد والمحقق الثنائى بالحل نظراً

إلى حصول الفسخ قبله بالقصد المقارن

### [ثمره القولين فى المسأله]

ثم إنه لو قلنا بحصول الفسخ قبيل هذه الأفعال فلا إشكال فى وقوعها فى ملك الفاسخ فيترتب عليها آثارها فيصح بيعه و سائر العقود الواقعة منه على العين لمصادفتها للملك و لو قلنا بحصوله بنفس الأفعال فينبغى عدم صحة التصرفات المذكورة كالبيع و العتق من حيث عدم مصادفتها لملك العاقد التى هى شرط لصحتها. و قد يقرر المانع بما فى التذكرة عن بعض العامة من أن الشئ الواحد لا يحصل به الفسخ و العقد كما أن التكبيرة الثانية فى الصلاة بنية الشروع يخرج بها عن الصلاة و لا يشرع بها فى الصلاة و بأن البيع موقوف على الملك الموقوف على الفسخ المتأخر عن البيع و أجب فى التذكرة عن الأول بمنع عدم صحة حصول الفسخ و العقد لشئ واحد بالنسبة إلى شيئين و أجب الشهيد عن الثانى بمنع الدور التوقفى و أن الدور معى و قال فى الإيضاح إن الفسخ يحصل بأول جزء من العقد و زاد فى باب الهبة قوله فيبقى المحل قابلاً لمجموع العقد انتهى و قد يستدل للصحة- بأنه إذا وقع العقد على مال الغير فملكه بمجرد العقد كاف كمن باع مال غيره ثم ملكه

### [رأى المصنف فى المسأله]

#### إشارة

أقول إن قلنا بأن المستفاد من أدلة توقف البيع و العتق على الملك نحو قوله لا- بيع إلا- فى ملك و لا عتق إلا فى ملك هو اشتراط وقوع الإنشاء فى ملك المنشئ فلا مناص عن القول بالبطلان لأن صحة العقد حينئذ يتوقف على تقدم تملك

المكاسب، ج ٣، ص ٢٩٥

العاقد على جميع أجزاء العقد لتقع فيه فإذا فرض العقد أو جزء من أجزائه فسخا كان سبباً لتملك العاقد مقدماً عليه لأن المسبب إنما يحصل بالجزء الأخير من سببه فكلماً فرض جزء من العقد قابل للتجزئة سبباً للتملك كان التملك متأخراً عن بعض ذلك الجزء و إلا لزم تقدم وجود المسبب على السبب و الجزء الذى لا يتجزأ غير موجود فلا يكون سبباً مع أن غاية الأمر حينئذ المقارنة بينه و بين التملك. و قد عرفت أن الشرط بمقتضى الأدلة سبب التملك على جميع أجزاء العقد قضاء لحق الظرفية و أما دخول المسألة فى من باع شيئاً ثم ملكه فهو بعد فرض القول بصحته يوجب اعتبار إجازة العاقد ثانياً بناء على ما ذكرنا فى مسألة الفضولى من توقف لزوم العقد المذكور على الإجازة إلا أن يقال إن المتوقف على الإجازة عقد الفضولى و بيعه للمالك و أما بيعه لنفسه نظير بيع الغاصب فلا يحتاج إلى الإجازة بعد العقد لكن هذا على تقدير القول به و الإغماض عما تقدم فى عقد الفضولى لا- يجرى فى مثل العتق غير القابل للفضولى و إن قلنا إن المستفاد من تلك الأدلة هو عدم وقوع البيع فى ملك الغير المؤثر فى نقل مال الغير بغير إذنه فالممنوع شرعاً تمام السبب فى ملك الغير لا وقوع بعض أجزائه فى ملك الغير و تمامه فى ملك نفسه لينقل بتمام العقد الملك الحادث ببعضه فلا مانع من تأثير هذا العقد لانتقال ما انتقل إلى البائع بأول جزء منه و هذا لا يخلو عن قوة إذ لا دلالة فى أدلة اعتبار الملكية فى المبيع الأعلى اعتبار كونه مملوكاً قبل كونه مبيعاً و الحصر فى قوله لا بيع إلا فى ملك إضافى بالنسبة إلى البيع فى ملك الغير أو فى غير ملك كالمباحات الأصلية فلا- يعم المستثنى منه البيع الواقع ببعضه فى ملك الغير و تمامه فى ملك البائع هذا مع أنه يقال إن المراد بالبيع هو النقل العرفى الحاصل من العقد لا نفس العقد لأن العرف لا يفهمون من لفظ البيع إلا هذا المعنى المأخوذ فى قولهم بعت و



حينئذ فالفسخ الموجب للملك يحصل بأول جزء من العقد و النقل و التملك العرفي يحصل بتمامه فيقع النقل في الملك و كذا الكلام في العتق و غيره من التصرفات القولية عقداً كان أو إيقاعاً و لعل هذا معنى ما في الإيضاح من أن الفسخ يحصل بأول جزء و بتمامه يحصل العتق. نعم التصرفات الفعلية المحققة للفسخ كالوطى و الأكل و نحوهما لا وجه لجواز الجزء الأول منها فإن ظاهر قوله تعالى **إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ** أو **مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ** اعتبار وقوع الوطى فيما اتصف بكونها مملوكة فالوطى المحصل للفسخ لا يكون بتمامه حالاً و توهم أن الفسخ إذا جاز بحكم الخيار جاز كل ما يحصل به قولاً كان أو فعلاً فاسد فإن معنى جواز الفسخ لأجل الخيار الجواز الوضعي أعنى الصحة لا التكليفي فلا ينافى تحريم ما يحصل به الفسخ كما لا يخفى مع أنه لو فرض دلالة دليل الفسخ على إباحة ما يحصل به تعيين حمل ذلك على حصول الفسخ قبيل التصرف جمعاً بينه و بين ما دل على عدم جواز ذلك التصرف إلا إذا وقع في الملك و بالجملة

### فما اختاره المحقق و الشهيد الثانيان في المسألة لا يخلو عن قوة

و به يرتفع الإشكال عن جواز التصرفات تكليفاً و وضعاً و هذا هو الظاهر من الشيخ في المبسوط حيث جوز للمتصرفين تباع النقيدين ثانياً في مجلس الصرف و قال إن شروعهما في البيع قطع لخيار المجلس مع أن الملك عنده يحصل بانقطاع الخيار المتحقق هنا بالبيع المتوقف على الملك لكنه في باب الهبة لم يصحح البيع الذي يحصل به الرجوع فيها معللاً بعدم وقوعه في الملك

### فرع لو اشترى عبداً بجارية مع الخيار له فقال أعتقهما

فربما يقال بانعتاق الجارية دون العبد لأن الفسخ مقدم على الإجازة و فيه أنه لا دليل على التقديم في مثل المقام مما وقع الإجازة و الفسخ من طرف واحد دفعةً سواء اتحد المجيز و الفاسخ كما في المقام أو تعدد كما لو وقعاً من و كيلي ذى الخيار دفعةً واحدة إنما المسلم تقديم الفسخ الصادر من أحد الطرفين على الإجازة الصادرة من الطرف الآخر لأن لزوم العقد من أحد الطرفين بمقتضى إجازته لا ينافى انفساخه بفسخ الطرف الآخر كما لو كان العقد جائزاً من أحدهما فيفسخ مع لزوم العقد من الطرف الآخر بخلاف اللزوم و الانفساخ من طرف واحد و نحوه في الضعف القول بعتق العبد لأن الإجازة إبقاء للعقد- و الأصل فيه الاستمرار و فيه أن عتق العبد موقوف على عدم عتق الجارية كالعكس نعم الأصل استمرار العقد و بقاء الخيار و عدم حصول العتق أصلاً و هو الأقوى كما اختاره جماعة منهم العلامة في التذكرة و القواعد و المحقق الثاني في جامع المقاصد لأن عتقهما معاً لا ينفذ لأن العتق لا يكون فضولياً و المعتق لا يكون مالكا لهما بالفعل لأن ملك أحدهما يستلزم خروج الآخر عن الملك- و لو كان الخيار في الفرض المذكور للبائع العبد بنى عتق العبد على جواز التصرف من غير ذى الخيار في مدة الخيار و عتق الجارية على جواز عتق الفضولى و الثاني غير صحيح اتفاقاً و سيأتى الكلام في الأول و إن كان الخيار لهما ففي القواعد و الإيضاح و جامع المقاصد صحة عتق الجارية و يكون فسخاً لأن عتق العبد من حيث إنه إبطال لخيار بائعه غير صحيح بدون إجازة البائع و معها يكون إجازة منه لبيعه و الفسخ مقدم على الإجازة و الفرق بين هذا و صورة اختصاص المشتري بالخيار أن عتق كل من المملوكين كان من المشتري صحيحاً لازماً بخلاف ما نحن فيه. نعم لو قلنا هنا بصحة عتق المشتري في زمان خيار البائع كان الحكم كما في تلك الصورة

### مسألة من أحكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذى الخيار تصرفاً يمنع من استرداد العين عند الفسخ

[القول بالمنع]

على قول الشيخ و المحكى عن ابن سعيد فى جامع الشرائع و ظاهر جماعة من الأصحاب منهم العلامة فى القواعد و المحقق و الشهيد الثانى قدس سرهم بل فى مفتاح الكرامة فى مسألة عدم انتقال حق الرجوع فى الهبة إلى الورثة أن حق الخيار يمنع المشتري من التصرفات الناقلة عند الأكثر و عن جماعة فى مسألة وجوب الزكاة على المشتري للنصاب بخيار للبائع أن المشتري ممنوع من كثير من التصرفات المنافية لخيار البائع بل ظاهر المحكى عن الجامع كعبارة الدروس عدم الخلاف فى ذلك حيث قال فى الجامع و ينتقل المبيع بالعقد و انقضاء الخيار و قيل بالعقد و لا ينفذ تصرف المشتري فيه حتى ينقضى خيار البائع و ستجىء عبارة الدروس هذا و لكن خلاف الشيخ و ابن سعيد مبنى

المكاسب، ج ٣، ص ٢٩٦

على عدم قولهما بتملك المبيع قبل انقضاء الخيار فلا يعد مثلهما مخالفا فى المسألة

### [القول بالجواز]

و الموجود فى ظاهر كلام المحقق فى الشرائع جواز الرهن فى زمن الخيار سواء كان الخيار للبائع أو المشتري أو لهما بل ظاهره عدم الخلاف فى ذلك بين كل من قال بانتقال الملك بالعقد و كذا ظاهره فى باب الزكاة حيث حكم بوجوب الزكاة فى النصاب المملوك و لو مع ثبوت الخيار نعم استشكل فيه فى المسالك فى شرح المقامين على وجه يظهر منه أن المصنف معترف بمنشأ الإشكال و كذا ظاهر كلام القواعد فى باب الرهن و إن اعترض عليه جامع المقاصد بما مر من المسالك لكن صريح كلامه فى التذكرة فى باب الصرف جواز التصرف و كذا صريح كلام الشهيد فى الدروس حيث قال فى باب الصرف لو باع أحدهما ما قبضه على غير صاحبه قبل التفرقة فالوجه الجواز وفاقا للفاضل و منعه الشيخ قدس سره لأنه يمنع الآخر من خياره و رد بأننا نقول ببقاء الخيار انتهى و صرح فى المختلف فى باب الصرف بأن له أن يبيع ماله من غير صاحبه و لا يبطل حق خيار الآخر كما لو باع المشتري فى زمان خيار البائع و هو ظاهر اللمعة بل صريحها فى مسألة رهن ما فيه الخيار و إن شرحها فى الروضة بما لا يخلو عن تكلف هذا و يمكن أن يقال إن قول الشيخ و من تبعه بالمنع ليس منشأ القول بعدم انتقال المبيع و متفرعا عليه و إلا 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 انتقال منشأ- كون المنع عن التصرف مفروغا عنه عندهم كما يظهر من بيان مبنى هذا الخلاف فى الدروس قال فى تملك المبيع بالعقد أو بعد الخيار بمعنى الكشف أو النقل خلاف مأخذه أن الناقل العقد و الغرض بالخيار الاستدراك و هو لا ينافيه و أن غاية الملك التصرف الممتنع فى مدة الخيار انتهى. و ظاهر هذا الكلام كالمقدم عن جامع ابن سعيد كون امتناع التصرف فى زمن الخيار مسلما بين القولين إلا أن يراد به نفوذ التصرف على وجه لا يملك بطلانه بالفسخ و لا يتعقبه ضمان العين بقيمتها عند الفسخ و التصرف فى زمن الخيار على القول بجوازه معرض لبطلانه عند الفسخ أو مستعقب للضمان لا محالة و هذا الاحتمال و إن بعد عن ظاهر عبارة الدروس إلا أنه يقربه أنه قدس سره قال بعد أسطر إن فى جواز تصرف كل منهما مع اشتراك الخيار وجهين و الحاصل أن كلمات العلامة و الشهيد بل و غيرهما قدس سرهم فى هذا المقام لا يخلو بحسب الظاهر عن اضطراب

### [عدم الفرق بين العتق و غيره]

ثم إن الظاهر عدم الفرق بين العتق و غيره من التصرفات و ربما يظهر من كلمات بعضهم تجويز العتق لبنائه على التغليب و كذا الظاهر عدم الفرق بين الإتلاف و التصرفات الناقلة

### [الفرق بين الإتلاف و غيره]

و اختار بعض الأفاضل من عاصرناهم الفرق بالمنع من الإتلاف و تجويز غيره لكن مع انفساخه من أصله عند فسخ ذى الخيار و قيل بانفساخه من حينه

### حجة القول بالمنع

#### إشارة

أن الخيار حق يتعلق بالعقد المتعلق بالعوضين من حيث إرجاعهما بحل العقد إلى ملكهما السابق فالحق بالأخرة متعلق بالعين التي انتقلت منه إلى صاحبه فلا يجوز أن يتصرف فيها بما يبطل ذلك الحق بإتلافها أو نقلها إلى شخص آخر و منه يظهر أن جواز الفسخ مع التلف بالرجوع إلى البديل لا يوجب جواز الإتلاف لأن الحق متعلق بخصوص العين فإتلافها إتلاف لهذا الحق و إن انتقل إلى بده لو تلف بنفسه كما أن تعلق حق الرهن ببديل العين المرهونة بعد تلفها لا يوجب جواز إتلافها على ذى الحق و إلى ما ذكر يرجع ما فى الإيضاح من توجيه بطلان العتق فى زمن الخيار بوجوب صيانته حق البائع فى العين المعينة عن الإبطال.

و يؤيد ما ذكرنا أنهم حكموا من غير خلاف يظهر منهم بأن التصرف الناقل إذا وقع بإذن ذى الخيار سقط خياره فلو لم يكن حقا متعلقا بالعين لم يكن ذلك موجبا لسقوط الخيار فإن تلف العين لا ينافى بقاء الخيار لعدم منافاة التصرف لعدم الالتزام بالعقد و إرادة الفسخ بأخذ القيمة

#### [المناقشة فى الحجة المذكورة]

هذا غاية ما يمكن أن يقال فى توجيه المنع لكنه لا يخلو عن نظر فإن الثابت من خيار الفسخ - بعد ملاحظة جواز التفاسخ فى حال تلف العينين هى سلطنة ذى الخيار على فسخ العقد المتمكن فى حالتي وجود العين و فقدها فلا دلالة فى مجرد ثبوت الخيار على حكم التصرف جوازا و منعا فالمرجع فيه أدلة سلطنة الناس على أموالهم ألا ترى أن حق الشفيع لا يمنع المشتري من نقل العين و مجرد الفرق بينهما بأن الشفعة سلطنة على نقل جديد فالملك مستقر قبل الأخذ بها غاية الأمر تملك الشفيع نقله إلى نفسه بخلاف الخيار فإنها سلطنة على رفع العقد و إرجاع الملك إلى الحالة السابقة لا يؤثر فى الحكم المذكور مع أن الملك فى الشفعة أولى بالتزلزل لإبطالها تصرفات المشتري اتفاقا و أما حق الرهن فهو من حيث كون الرهن وثيقة يدل على وجوب إبقائه و عدم السلطنة على إتلافه مضافا إلى النص و الإجماع على حرمة التصرف فى الرهن مطلقا و لو لم يكن متلفا و لا ناقلا و أما سقوط الخيار بالتصرف الذى أذن فيه ذو الخيار فللدلالة العرف لا للمنافاة. و الحاصل أن عموم الناس مسلطون على أموالهم لم يعلم تقييده بحق يحدث لذى الخيار يزاحم به سلطنة المالك فالجواز لا يخلو عن قوة فى الخيارات الأصلية.

#### و أما الخيارات المجعولة بالشرط

فالظاهر من اشتراطها إرادة إبقاء الملك ليسترده عند الفسخ بل الحكمة فى أصل الخيار هو إبقاء السلطنة على استرداد العين إلا أنها فى الخيارات المجعولة علة للجعل و لا ينافى ذلك بقاء الخيار مع التلف كما لا يخفى

#### [حكم الإتلاف و فعل ما لا يسوغ انتقاله عن المتصرف]

و عليه فيتعين الانتقال إلى البديل عند الفسخ مع الإتلاف و أما مع فعل ما لا يسوغ انتقاله عن المتصرف كالاستيلاء ففي تقديم حق الخيار لسبقه أو الاستيلاء لعدم اقتضاء الفسخ لرد العين مع وجود المانع الشرعى كالعقلى وجهان أقواهما الثانى و هو اللائح من كلام التذكرة من باب الصرف حيث ذكر أن صحة البيع الثانى لا ينافى حكمه و ثبوت الخيار للمتعاقدين

### [حكم ما لو نقله عن ملكه]

و منه يعلم حكم نقله عن ملكه و أنه ينتقل إلى البديل لأنه إذا جاز التصرف فلا داعى إلى إهمال ما يقتضيه التصرف من اللزوم و تسلط العاقد الثانى على ماله عدا ما يتخيل من أن تملك العاقد الثانى مبنى على العقد الأول فإذا ارتفع بالفسخ و صار كأن لم يكن و لو بالنسبة إلى ما بعد الفسخ كان من لوازم ذلك ارتفاع ما بنى عليه من التصرفات و العقود. و الحاصل أن العاقد الثانى المكاسب، ج ٣، ص ٢٩٧

يتلقى الملك من المشتري الأول فإذا فرض الاثراء كأن لم يكن و ملك البائع الأول العين بالملك السابق قبل البيع ارتفع بذلك ما استند إليه من العقد الثانى و يمكن دفعه بأن تملك العاقد الثانى مستند إلى تملك المشتري له آنا ما لأن مقتضى سلطنته فى ذلك الآن صحة جميع ما يترتب عليه من التصرفات و اقتضاء الفسخ لكون العقد كأن لم يكن بالنسبة إلى ما بعد الفسخ لأنه رفع للعقد الثابت و قد ذهب المشهور إلى أنه لو تلف أحد العوضين قبل قبضه و بعد بيع العوض الآخر المقبوض انفسخ البيع الأول دون الثانى و استحق بدل العوض المبيع ثانيا على من باعه و الفرق بين تزلزل العقد من حيث إنه أمر اختيارى كالخيار أو أمر اضطرارى كتلف عوضه قبل قبضه غير مجد فيما نحن بصدده ثم إنه لا فرق بين كون العقد الثانى لازما أو جائزا لأن جواز العقد يوجب سلطنته العاقد على فسخه لا سلطنته الثالث الأجنبى

### [هل يلزم العاقد بالفسخ]

نعم يبقى هنا إلزام العاقد بالفسخ بناء على أن البديل للحيلولة و هى مع تعذر المبدل و مع التمكن يجب تحصيله إلا أن يقال باختصاص ذلك بما إذا كان المبدل المتعذر باقيا على ملك مستحق البديل كما فى المغصوب الأبق أما فيما نحن فيه فإن العين ملك للعاقد الثانى - و الفسخ إنما يقتضى خروج المعوض عن ملك من يدخل فى ملكه العوض و هو العاقد الأول فيستحيل خروج المعوض عن ملك العاقد الثانى فيستقر بدله على العاقد الأول و لا دليل على إلزامه بتحصيل المبدل مع دخوله فى ملك ثالث و قد مر بعض الكلام فى ذلك فى خيار الغبن هذا و لكن قد تقدم أن ظاهر عبارة الدروس و الجامع الاتفاق على عدم نفوذ التصرفات الواقعة فى زمان الخيار و توجيهه بإرادة التصرف على وجه لا يستعقب الضمان بأن يضمنه ببده بعد فسخ ذى الخيار بعيدا جدا و لم يظهر ممن تقدم نقل القول بالجواز عنه الرجوع إلى البديل إلا فى مسألة العتق و الاستيلاء فالمسألة فى غاية الإشكال.

### [هل يكون انفساخ العقد الثانى على القول به من حين فسخ الأول أو من أصله]

ثم على القول بانفساخ العقد الثانى فهل يكون من حين فسخ الأول أو من أصله قولان اختار ثانيهما بعض أفاضل المعاصرين محتجا 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 و رجوع 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 و رده بعدم معرفته التملك الموقت فى الشرع فافهم.

**[هل يجوز التصرف قبل تنجز الخيار أم لا]**

ثم إن المتيقن من زمان الخيار الممنوع فيه من التصرف على القول به هو زمان تحقق الخيار فعلا كالمجلس و الثلاثة في الحيوان و الزمان المشروطة فيه الخيار و أما الزمان الذي لم يتنجز فيه الخيار إما لعدم تحقق سببه كما في خيار التأخير بناء على أن السبب في ثبوته تضرر البائع بالصبر إلى أزيد من الثلاث و إما لعدم تحقق شرطه كما في بيع الخيار بشرط رد الثمن بناء على كون الرد شرطا للخيار و عدم تحققه قبله و كاشتراط الخيار في زمان متأخر ففي جواز التصرف قبل تنجز الخيار خصوصا فيما لم يتحقق سببه و جهان من أن المانع عن التصرف هو تزلزل العقد و كونه في معرض الارتفاع و هو موجود هنا و إن لم يقدر ذو الخيار على الفسخ حينئذ و من أنه لا حق بالفعل لذى الخيار فلا مانع من التصرف و يمكن الفرق بين الخيار المتوقع على حضور الزمان و المتوقع على شيء آخر كالتأخير و الرؤية على خلاف الوصف لأن ثبوت الحق في الأول معلوم و إن لم يحضر زمانه بخلاف الثاني و لذا لم يقل أحد بالمانع من التصرف في أحد من العوضين قبل قبض الآخر من جهة كون العقد في معرض الانفساخ بتلف ما لم يقبض و سيجيء ما يظهر منه قوة هذا التفصيل و على كل حال فالخيار المتوقع تنجزه فعلا على ظهور أمر كالغبين و العيب و الرؤية على خلاف الوصف غير مانع من التصرف بلا خلاف ظاهرا

**فرعان****الأول لو منعا عن التصرف المتلف في زمن الخيار فهل يمنع عن التصرف المعرض لفوات حق ذى الخيار من العين**

كوطن الأمانة في زمان الخيار بناء على أن الاستيلاء مانع من رد العين بالخيار قولان للمانعين أكثرهم على الجواز كالعلامة في القواعد و الشارح في جامع المقاصد و حكى عن المبسوط و الغنية و الخلاف لكن لا يلائم ذلك القول بتوقف الملك على انقضاء الخيار كما اعترف به في الإيضاح و لذا حمل في الدروس تجويز الشيخ الوطى على ما إذا خص الخيار بالواطى لكن قيل إن عبارة المبسوط لا تقبل ذلك و ظاهر المحكى عن التذكرة و ظاهر الدروس المنع عن ذلك لكون الوطى معرضا لفوات حق ذى الخيار من العين.

**الثاني أنه هل يجوز إجارة العين في زمان الخيار - بدون إذن ذى الخيار****إشارة**

فيه و جهان من كونه ملكا له و من إبطال هذا التصرف - لتسلط الفاسخ على أخذ العين إذ الفرض استحقاق المستأجر لتسلمه لأجل استيفاء منفعة و لو آجره من ذى الخيار أو ياذنه ففسخ لم يبطل الإجارة لأن المشتري ملك العين ملكية مطلقة مستعدة للدوام و من نماء هذا الملك المنفعة الدائمة فإذا استوفها المشتري بالإجارة فلا وجه لرجوعها إلى الفاسخ بل يعود الملك إليه مسلوب المنفعة في مدة الإجارة كما إذا باعه بعد الإجارة و ليس الملك هنا نظير ملك البطن الأول من الموقوف عليه لأن البطن الثاني لا يتلقى الملك منه حتى يتلقاه مسلوب المنفعة بل من الواقف كالبطن الأول فالملك ينتهي بانتهاء استعداده. فإن قلت إن ملك المنفعة تابع لملك العين بمعنى أنه إذا ثبت الملكية في زمان و كان زوالها بالانتقال إلى آخر ملك المنفعة الدائمة لأن المفروض أن المنتقل إليه يتلقى الملك من ذلك المالك فيتلقاه مسلوب المنفعة و أما إذا ثبت و كان زوالها بارتفاع سببها لم يكن ملك من عاد إليه متلقى عن المالك الأول و مستندا إليه بل كان مستندا إلى ما كان قبل تملك المالك الأول فيتبعه المنفعة كما لو فرضنا زوال الملك بانتهاء

سببه لا برفعه كما في ملك البطن الأول من الموقوف عليه فإن المنفعة تتبع مقدار تملكه قلت أولاً إنه منقوض بما إذا وقع التفاسخ بعد الإجارة مع عدم التزام أحد بطلان الإجارة و ثانياً إنه يكفي في ملك المنفعة الدائمة تحقق الملك المستعد للدوام لو لا الرفع آناً ما ثم إن فاضل القمى في بعض أجوبة مسائله جزم بطلان الإجارة بفسخ البيع بخيار رد مثل الثمن و علله بأنه يعلم بفسخ البيع أن المشتري لم يملك منافع ما بعد الفسخ و أن الإجارة كانت متزلزلة و مراعاة بالنسبة إلى فسخ البيع انتهى فإن كان مرجعه إلى ما ذكرنا من كون المنفعة تابعة لبقاء الملك أو الملك المستند إلى ذلك الملك فقد عرفت الجواب عنه نقضاً و حلاً و أن المنفعة تابعة للملك

المكاسب، ج ٣، ص ٢٩٨

المستعد للدوام و إن كان مرجعه إلى شيء آخر فليبين حتى ينظر فيه مع أن الأصل عدم الانفساخ لأن الشك في أن حق خيار الفسخ في العين يوجب تزلزل ملك المنفعة أم لا مع العلم بقابلية المنفعة بعد الفسخ للتملك قبله كما إذا تقايلا البيع بعد الإجارة ثم إنه لا إشكال في نفوذ التصرف بإذن ذى الخيار و إنه يسقط خياره بهذا التصرف - إما لدلالة الإذن على الالتزام بالعقد عرفاً و إن لم يكن منافاً بين الإذن في التصرف و الإتلاف و إرادة الفسخ و أخذ القيمة كما نبهنا عليه في المسألة السابقة و به يندفع الإشكال الذى أورده المحقق الأردبيلي من عدم دلالة ذلك على سقوط الخيار و إما لأن التصرف الواقع تفويت لمحل هذا الحق و هى العين بإذن صاحبه فلا يفسخ التصرف و لا يتعلق الحق بالبدل لأن أخذ البدل بالفسخ فرع تلف العين في حال حلول الحق فيه لا مع سقوط عنه و لو أذن و لم يتصرف المأذون ففى القواعد و التذكرة أنه يسقط خيار الإذن و عن الميسية أنه المشهور قيل كان منشأ هذه النسبة فهم استناد المشهور فى سقوط الخيار فى الصورة السابقة إلى دلالة مجرد الإذن و لا يقدر فيها تجرده عن التصرف. و قد منع دلالة الإذن المجرد فى المسالك و جامع المقاصد و القواعد

### [رأى المؤلف]

و الأولى أن يقال بأن الظاهر كون إذن ذى الخيار فى التصرف المخرج فيما انتقل عنه فسحاً لحكم العرف و لأن إباحة بيع مال الغير لنفسه غير جائز شرعاً فيحمل على الفسخ كسائر التصرفات التى لا يصح شرعاً إلا بجعلها فسحاً و أما كون إذن ذى الخيار للمشتري فى التصرف إجازةً و إسقاطاً لخياره فيمكن الاستشكال فيه لأن الثابت بالنص و الإجماع أن التصرف عن إذن لا لأجل تحقق الإسقاط من ذى الخيار بالإذن بل لأجل تحقق المسقط لما عرفت من أن التصرف الواقع بإذنه صحيح نافذ و التسلط على بدله فرع خروجه عن ملك المشتري متعلقاً للحق بالإذن فيما نحن فيه نظير إذن المرتهن فى بيع الرهن لا يسقط به حق الرهانة و يجوز الرجوع قبل البيع نعم يمكن القول بإسقاطه من جهة تضمنه للرضا بالعقد فإنه ليس بأدون من رضا المشتري بتقيل الجارية و قد صرح فى المبسوط بأنه إذا علم رضا البائع بوطء المشتري سقط خياره و يؤيده رواية السكونى فى كون العرض على البيع التزاماً فهذا القول لا يخلو عن قوة.

### مسألة المشهور أن المبيع يملك بالعقد -

#### إشارة

و أثر الخيار تزلزل الملك بسبب القدرة على رفع سببه فالخيار حق لصاحبه فى ملك الآخر و حكى المحقق و جماعة عن الشيخ توقف الملك بعد العقد على انقضاء الخيار و إطلاقه يشمل الخيار المختص بالمشتري و صرح فى التحرير بشموله لذلك لكن الشهيد فى الدروس قال فى تملك المبيع بالعقد أو بعد الخيار بمعنى الكشف أو النقل خلاف مأخذه أن الناقل العقد و الغرض من الخيار الاستدراك و هو لا - ينافى الملك و أن غاية الملك التصرف الممتع فى زمان الخيار و ربما قطع الشيخ بملك المشتري إذا اختص

الخيار و ظاهر ابن الجنيد توقف الملك على انقضاء الخيار انتهى.

### [ما هو رأي الشيخ الطوسي في المسألة]

فإن في هذا الكلام شهادة من وجهين على عدم توقف ملك المشتري على انقضاء خياره عند الشيخ بل المأخذ المذكور صريح في عدم الخلاف من غير الشيخ قدس سره في الخلاف و المبسوط

### [كلام الشيخ في الخلاف]

قال في محكي الخلاف العقد يثبت بنفس الإيجاب و القبول فإن كان مطلقاً فإنه يلزم بالافتراق بالأبدان و إن كان مشروطاً يلزم بانقضاء الشرط فإن كان الشرط لهما أو للبائع فإذا انقضى الخيار ملك المشتري بالعقد المتقدم و إن 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. و ظاهر 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 و بين 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 و لا يرد حينئذ عليه أن اللازم منه بقاء الملك بلا مالك و حاصل هذا القول أن الخيار يوجب تزلزل الملك و يمكن حمله أيضاً على إرادة الملك اللازم الذي لا حق و لا- علاقة لمالكه السابق فيه فوافق المشهور و لذا عبر في غاية المراد بقوله و يلوح من كلام الشيخ توقف الملك على انقضاء الخيار و لم ينسب ذلك إليه صريحا

### [كلام الشيخ في المبسوط]

و قال في المبسوط البيع إن كان مطلقاً غير مشروط فإنه يثبت بنفس العقد و يلزم بالتفرق بالأبدان و إن كان مشروطاً لزومه بنفس العقد لزوم بنفس العقد و إن كان مشروطاً بشرط لزم بانقضاء الشرط و ظاهره كظاهر الخلاف عدم الفرق بين خيار البائع و المشتري لكن قال في باب الشفعة إذا باع شقصا بشرط الخيار فإن كان الخيار للبائع أو لهما لم يكن للشفيع الشفعة لأن الشفعة إنما تجب إذا انتقل الملك إليه و إن كان الخيار للمشتري و جب الشفعة للشفيع لأن الملك يثبت للمشتري بنفس العقد و له المطالبة بعد انقضاء الخيار و حكم خيار المجلس و الشرط في ذلك سواء على ما فصلناه و لعل هذا مأخذ ما تقدم من النسبة في ذيل عبارة الدروس هذا و لكن الحل قدس سره في السرائر ادعى رجوع الشيخ عما ذكره في الخلاف و يمكن أن يستظهر من مواضع من المبسوط ما يوافق المشهور مثل استدلاله في مواضع على المنع عن التصرف في مدة الخيار بأن فيه إبطالا لحق ذي الخيار كما في مسألة بيع أحد النقدين على غير صاحبه في المجلس و في مسألة رهن ما فيه الخيار للبائع فإنه لو قال بعدم الملك تعين تعليل المنع به لا بإبطال حق ذي الخيار من الخيار لأن التعليل بوجود المانع في مقام فقد المقتضى كما ترى و منها أنه ذكر في باب الصرف جواز تباع المتصارفين ثانيا في المجلس لأن شروعهما في البيع قطع للخيار مع أنه لم يصحح في باب الهبة البيع الذي يتحقق به الرجوع فيها لعدم وقوعه في الملك فلو لا- قوله في الخيار بمقالة المشهور لم يصح البيع ثانيا لوقوعه في غير الملك على ما ذكرنا في الهبة و ربما ينسبه إلى المبسوط اختيار المشهور فيما إذا صار أحد المتبايعين الذي له الخيار مفلسا حيث حكم بأن له الخيار في

المكاسب، ج ٣، ص ٢٩٩

الإجازة و الفسخ لأنه ليس بابتداء ملك لأن الملك قد سبق بالعقد انتهى لكن النسبة لا تخلو عن تأمل لمن لاحظ باقي العبارة و قال

ابن سعيد قدس سره في الجامع على ما حكى عنه إن المبيع يملك بالعقد و بانقضاء الخيار و قيل بالعقد و لا ينفذ تصرف المشتري إلا بعد انقضاء خيار البائع انتهى و قد تقدم حكاية التوقف عن ابن الجنيد أيضا

### [الأقوى رأى المشهور و الاستدلال عليه]

#### إشارة

و كيف كان فالأقوى هو المشهور لعموم أدله حل البيع و أكل المال إذا كانت تجارة عن تراض و غيرهما مما ظاهره كون العقد علة تامه- لجواز التصرف الذى هو من لوازم الملك و يدل عليه لفظ الخيار فى قولهم ع: البيعان بالخيار و ما دل على جواز النظر فى الجارية فى زمان الخيار إلى ما لا يحل له قبل ذلك فإنه يدل على الحل بعد العقد فى زمن الخيار إلا أن يلتزم بأنه نظير حل و طء المطلقة الرجعية الذى يحصل به الرجوع و يدل عليه ما تقدم فى أدله بيع الخيار بشرط رد الثمن من كون نماء المبيع للمشتري و تلفه منه فيكشف ذلك عن ثبوت اللزوم و هو الملك إلا أن يلتزم بعدم كون ذلك من اشتراط الخيار بل من باب اشتراط انفساخ البيع برد الثمن و قد تقدم فى مسألة بيع الخيار بيان هذا الاحتمال و ما يشهد له من بعض العنوانات لكن تقدم أنه بعيد فى الغاية أو يقال إن النماء فى مورد الرواية نماء المبيع فى زمان لزوم البيع لأن الخيار يحدث برد مثل الثمن و إن ذكرنا فى تلك المسألة أن الخيار فى بيع الخيار المعنون عند الأصحاب ليس مشروطا حدوثه بالرد فى أدله بيع الخيار إلا أن الرواية قابلة للحمل عليه إلا أن يتمسك بإطلاقه الشامل لما إذا جعل الخيار من أول العقد فى فسخه مقيدا برد مثل الثمن هذا مع أن الظاهر أن الشيخ يقول بالتوقف فى الخيار المنفصل أيضا

### [الاستدلال للقول المشهور بالأخبار الواردة فى العينة و المناقشة فيه]

و ربما يتمسك بالأخبار الواردة فى العينة- و هى أن يشتري الإنسان شيئا بنسيئته ثم يبيعه بأقل منه فى ذلك المجلس نقدا لكنه لا دلالة لها من هذه الحثية لأن يبيعه على بائعها الأول و إن كان فى خيار المجلس أو الحيوان إلا أن يبيعه عليه مسقط لخيارهما اتفاقا و قد صرح الشيخ فى المبسوط بجواز ذلك مع منعه عن يبيعه على غير صاحبه فى المجلس نعم بعض هذه الأخبار يشتمل على فقرات يستأنس بهذا لمذهب المشهور مثل صحيح يسار بن يسار عن الرجل يبيع المتاع و يشتريه من صاحبه الذى يبيعه منه قال نعم لا بأس به: قلت أشتري متاعى فقال ليس هو متاعك و لا- بقرک و لا- غنمك فإن فى ذيلها دلالة على انتقال المبيع قبل انقضاء الخيار و لا استيناس بها أيضا عند التأمل لما عرفت من أن هذا البيع جائز عند القائل بالتوقف لسقوط خيارهما بالتواطى على هذا البيع كما عرفت التصريح به من المبسوط و يذب بذلك عن الإشكال المتقدم نظيره سابقا من أن الملك إذا حصل بنفس البيع الثانى مع أنه موقوف على الملك للزم الدور الوارد على من صحح البيع الذى يتحقق به الفسخ و حينئذ فيمكن أن يكون سؤال السائل بقوله اشتري متاعى من جهة ركوز مذهب الشيخ عندهم من عدم جواز البيع قبل الافتراق و يكون جواب الإمام ع مبنيًا على جواز يبيعه على البائع لأن تواطؤهما على البيع الثانى إسقاط للخيار من الطرفين كما فى صريح المبسوط. فقوله ليس هو متاعك إشارة إلى أن ما ينتقل إليك بالشراء إنما ينتقل إليك بعد خروجه عن ملكك بتواطؤكما على المعاملة الثانية المسقط لخيار كما لا بنفس العقد و هذا المعنى فى غاية الوضوح لمن تأمل فى فقه المسألة ثم لو سلم ما ذكر من الدلالة و الاستيناس لم يدفع به إلا القول بالنقل دون الكشف كما لا يخفى و مثل هذه الرواية فى عدم الدلالة و الاستيناس صحيحة محمد بن مسلم: عن رجل أتاه رجل فقال ابتع لى متاعا لعلى أشتريه منك بنقد



أو بنسيئة فابتاعه الرجل من أجله قال ليس به بأس إنما يشتريه منه بعد ما يملكه فإن الظاهر أن قوله إنما يشتريه إلخ إشارة إلى أن هذا ليس من بيع ما ليس عنده و أن يبيعه لم يكن قبل استيجاب البيع مع الأول فقوله بعد ما يملكه إشارة إلى استيجاب العقد مع الأول كما يظهر من قولهم ع في أخبار آخر واردة في هذه المسألة و لا- توجب البيع قبل أن تستوجه مع أن الغالب في مثل هذه المعاملة قيام الرجل إلى مكان غيره ليأخذ منه المتاع و رجوعه إلى منزله لبيعه من صاحبه الذي طلب منه ذلك فيلزم العقد الأول بالتفرق و لو فرض اجتماعهما في مجلس واحد كان تعريضه للبيع ثانيا بحضور البائع دالا عرفا على سقوط خياره و يسقط خيار المشتري بالتعريض للبيع و بالجملة ليس في قوله بعد ما يملكه دلالة على أن تملكه بنفس العقد مع أنها على تقدير الدلالة تدفع النقل لا الكشف كما لا يخفى

### [ضعف ما استدل به في التذكرة أيضا]

و نحوه في الضعف الاستدلال في التذكرة بما دل على مال العبد المشتري لمشتريه مطلقا 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 و أنه يدخل في شراء العبد حتى إذا ملك العبد ملك ماله مع أن الشيخ لم يثبت منه هذا القول في الخيار المختص بالمشتري و التمسك بإطلاق الروايات لما إذا شرط البائع الخيار كما ترى

### [أشد ضعفا من الكل]

و أشد ضعفا من الكل ما قيل من أن المقصود للمتعاقدين و الذي وقع التراضي عليه انتقال كل من الثمن و المثلن حال العقد فهذه المعاملة إما صحيحة كذلك كما عند المشهور فثبت المطلوب أو باطله من أصلها أو أنها صحيحة إلا أنها على غير ما قصدها و تراصيا عليه. توضيح الضعف أن مدلول العقد ليس هو الانتقال من حين العقد لكن الإنشاء لما كان علة لتحقق المنشئ عند تحققه كان الداعي على الإنشاء حصول المنشئ عنده لكن العلية إنما هو عند العرف فلا ينافي كونه في الشرع سببا محتاجا إلى تحقق شرائط آخر بعده كالقبض في السلم و الصرف و انقضاء الخيار في محل الكلام فالعقد مدلوله مجرد التمليك و التملك مجردا عن الزمان لكنه عرفا علة تامة لمضمونه و إمضاء الشارع له تابع لمقتضى الأدلة فليس في تأخير الإمضاء تخلف أثر العقد عن المقصود المدلول عليه بالعقد و إنما فيه التخلف عن داعي المتعاقدين و لا ضرر فيه و قد تقدم الكلام في ذلك في مسألة كون الإجازة كاشفة أو ناقلة

### [الاستدلال برواية الخراج بالضمان و المناقشة فيه]

و قد يستدل أيضا بالنبوي المشهور المذكور في كتب الفتوى للخاصة و العامة على جهة الاستناد إليه و هو أن الخراج بالضمان بناء على أن المبيع في زمان الخيار المشترك أو المختص بالبائع في ضمان المشتري فخراجه له و هي علامة ملكه و فيه أنه لم يعلم من القائلين بتوقف الملك على انقضاء الخيار القول بكون ضمانه على المشتري حتى يكون نماؤه له.

### [العمدة في قول المشهور]

و قد ظهر بما ذكرنا أن العمدة في قول المشهور عموم أدلة حل البيع و

المكاسب، ج ٣، ص ٣٠٠  
التجارة عن تراض و أخبار الخيار

### و استدلل للقول الآخر - بما دل على كون تلف المبيع من مال البائع في زمان الخيار

#### إشارة

فيدل بضميمة قاعدة كون التلف عن المالك لأنه مقابل الخراج على كونه في ملك البائع مثل صحيحة ابن سنان: عن الرجل يشتري العبد أو الدابة بشرط إلى يوم أو يومين فيموت العبد أو الدابة أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك فقال على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثة أيام و يصير المبيع للمشتري شرط له البائع أو لم يشترط قال و إن كان بينهما شرط أياما معدودة فهلك في يد المشتري فهو من مال البائع و رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: سألت أبا عبد الله ع عن الرجل اشترى أمة من رجل بشرط يوما أو يومين فماتت عنده و قد قطع الثمن على من يكون ضمان ذلك قال ليس على الذي اشترى ضمان حتى يمضي شرطه و مرسله ابن رباط: إن حدث في الحيوان حدث قبل ثلاثة أيام فهو من مال البائع و النبوي المروي في قرب الإسناد: في العبد المشتري بشرط فيموت قال يستحلف بالله ما رضيه ثم هو برىء من الضمان

#### [المناقشة في الاستدلال المذكور]

و هذه الأخبار إنما تجدى في مقابل من ينكر تملك المشتري مع اختصاص الخيار و قد عرفت أن ظاهر المبسوط في باب الشفعة ما حكاه عنه في الدروس من القطع بتملك المشتري مع اختصاص الخيار و كذلك ظاهر العبارة المتقدمة عن الجامع و على أى حال فهذه الأخبار إما أن تجعل مخصصة لأدلة المشهور بضميمة قاعدة تلازم الملك و الضمان أو لقاعدة التلازم بضميمة أدلة المسألة- فيرجع بعد التكافؤ إلى أصله عدم حدوث الملك بالعقد قبل انقضاء الخيار و لكن هذا فرع التكافؤ المفقود في المقام من جهات أعظمها الشهرة المحققة المؤيدة بالإجماع المحكى عن السرائر

#### [هل القول بالتوقف يشمل الخيار المنفصل]

ثم إن مقتضى إطلاق ما تقدم من عبارتي المبسوط و الخلاف من كون الخلاف في العقد المقيد بشرط الخيار عمومه للخيار المنفصل عن العقد كما إذا شرط الخيار من الغد كما أن مقتضى تخصيص الكلام بالعنوان المذكور عدم شموله لخيار غير الشرط و الحيوان الذى يطلق عليه الشرط أيضا فخيار العيب و الغبن و الرؤية و التدليس الظاهر عدم جريان الخلاف فيها.

#### [اختصاص محل الكلام بخيار الحيوان و الشرط]

و مما يدل على الاختصاص أن ما ذكر من الأدلة مختصة بالخيارين و أن الظاهر من لفظ الانقضاء في تحريرات محل الخلاف انقطاع الخيار الزمانى و أما خيار المجلس فالظاهر دخوله في محل الكلام لنص الشيخ بذلك في عبارته المتقدمة عنه في باب الشفعة و لقوله فى الاستبصار إن العقد سبب لاستباحة الملك إلا أنه مشروط بأن يتفرقا بالأبدان و لا يفسخ العقد و لنص الشيخ فى الخلاف و المبسوط على أن التفرق كانقضاء الخيار فى لزوم العقد به و مراده من اللزوم تحقق علته الملك لا مقابل الجواز كما لا يخفى مع أن

ظاهر عبارة الدروس المتقدمة في مأخذ هذا الخلاف أن كل خيار يمنع من التصرف في المبيع فهو داخل فيما يتوقف الملك على انقضائه و كذلك العبارة المتقدمة في عنوان هذا الخلاف عن الجامع. وقد تقدم عن الشيخ في صرف المبسوط أن خيار المجلس مانع عن التصرف في أحد العوضين و من ذلك يظهر وجه آخر لخروج خيار العيب و إخوته عن محل الكلام فإن الظاهر عدم منعها من التصرف في العوضين قبل ظهورها فلا بد أن يقول الشيخ باللزوم و الملك قبل الظهور و الخروج عن الملك بعد الظهور و تنجز الخيار و هذا غير لائق بالشيخ فثبت أن دخولها في محل الكلام مستلزم إما لمنع التصرف في موارد هذا الخيار و إما للقول بخروج المبيع عن الملك بعد دخوله و كلاهما غير لائق بالالتزام مع أن كلام العلامة في المختلف كالصريح في كون التملك بالعقد اتفاقاً في المعيب لأنه ذكر في الاستدلال أن المقتضى للملك موجود و الخيار لا يصلح للمنع كما في بيع العيب و ذكر أيضاً أنه لا منافاة بين الملك و الخيار كما في المعيب و قد صرح الشيخ قدس سره في المبسوط أيضاً بأنه إذا اشترى شيئاً فحصل منه نماء ثم وجد به عيباً رده دون نمائه محتجاً بالإجماع و بالنبوي: الخراج بالضمان و سيجيء تمة ذلك إن شاء الله تعالى.

### مسألة و من أحكام الخيار كون المبيع في ضمان من ليس له الخيار في الجملة

#### إشارة

على المعروف بين القائلين بتملك المشتري بالعقد و توضيح هذه المسألة أن الخيار إذا كان للمشتري فقط من جهة الحيوان فلا إشكال و لا خلاف في كون المبيع في ضمان البائع - و يدل عليه ما تقدم في المسألة السابقة من الأخبار - و كذلك الخيار الثابت له من جهة الشرط بلا خلاف في ذلك لقوله ع في ذيل صحيحة ابن سنان: و إن كان بينهما شرط أياماً معدودة فهلك في يد المشتري فهو من مال بائعه و لو كان للمشتري فقط خيار المجلس دون البائع فظاهر قوله ع: حتى ينقضى شرطه و يصير المبيع للمشتري كذلك بناء على أن المناط انقضاء الشرط الذي تقدم أنه يطلق على خيار المجلس في الأخبار بل ظاهره أن المناط في رفع ضمان البائع صيرورة المبيع للمشتري و اختصاصه به بحيث لا يقدر على سلبه عن نفسه و إلى 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 استقر عليه العقد و الذي له الخيار ما استقر عليه العقد و لزم فإن كان الخيار للبائع دون المشتري و كان المتاع قد قبضه المشتري و هلك في يده كان هلاكه من مال المشتري دون البائع لأن العقد مستقر عليه و لازم من جهته

#### قاعدة التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له

و من هنا يعلم أنه يمكن بناء على فهم هذا المناط طرد الحكم في كل خيار فثبت القاعدة المعروفة من أن التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له من غير فرق بين أقسام الخيار و لا بين الثمن و المثمن كما يظهر من كلمات غير واحد من الأصحاب بل نسبه جماعة إلى إطلاق الأصحاب.

#### كلمات الفقهاء في المسألة

#### إشارة

قال في الدروس في أحكام القبض و بالقبض ينتقل الضمان إلى القابض إذا لم يكن له خيار انتهى فإن ظاهره كفاية مطلق الخيار

للمشتري في عدم ضمان المشتري للمبيع المقبوض و نحوه كلامه قدس سره في اللمعة و في جامع المقاصد في شرح قول المصنف و لو ماتت الشاة المصراة أو الأمة المدلسة فلا شيء له و كذا لو تعينت عنده قبل علمه بالتدليس قال و تقييد الحكم بما قبل العلم غير ظاهر لأن العيب إذا تجدد بعد علمه يكون كذلك إلا أن يقال إنه غير مضمون عليه الآن لثبوت خياره و لم أظفر في كلام المصنف و غيره بشيء في ذلك انتهى. و قال في شرح قول المصنف قدس سره و لا يسقط الخيار بتلف العين مقتضى إطلاق كلامهم أنه لو تلف المبيع مع خيار الغبن للمشتري انفسخ البيع لاختصاص الخيار بالمشتري ثم تردد فيه و في خيار الرؤية و في المسالك في مسألة أن العيب الحادث يمنع من الرد بالعيب القديم و أن الحادث في أيام خيار الحيوان مضمون على البائع قال و كذا كل خيار مختص بالمشتري و عن مجمع البرهان

المكاسب، ج ٣، ص ٣٠١

في مسألة أن تلف المبيع بعد الثلاثة مع خيار التأخير من البائع استنادا إلى عموم قاعدة تلف المال قبل القبض أن هذه القاعدة معارضة بقاعدة أخرى و هي أن تلف المال في الخيار المختص بالبائع من مال المشتري فإن الظاهر من جعل هذه قاعدة كونها مسلمة بين الأصحاب و صرح بنحو ذلك المحقق جمال الدين في حاشية الروضة و استظهر بعد ذلك اختصاصه بما بعد القبض معترفا بعمومها من جهات أخرى

### [ظاهر هذه الكلمات عدم الفرق بين أقسام الخيار و لا بين الثمن و الثمن]

و ظاهر هذه الكلمات عدم الفرق بين أقسام الخيار و لا بين الثمن و الثمن و لا بين الخيار المختص بالبائع و المختص بالمشتري و لذا نفى في الرياض الخلاف في أن التلف في مدة الخيار ممن لا خيار له و في مفتاح الكرامة أن قولهم التلف في مدة الخيار ممن لا خيار له قاعدة لا خلاف فيها ثم ذكر فيه تبعا للرياض أن الحكم في بعض أفراد المسألة مطابق للقاعدة

### [الإنصاف عدم شمول كلماتهم لمطلق الخيار]

لكن الإنصاف أنه لم يعلم من حال أحد من معتبري الأصحاب الجزم بهذا التعميم فضلا عن اتفاقهم عليه فإن ظاهر قولهم التلف في زمان الخيار هو الخيار الزماني و هو الخيار الذي ذهب جماعة إلى توقف الملك على انقضائه لا مطلق الخيار ليشمل خيار الغبن و الرؤية و العيب و نحوها ألا ترى أنهم اتفقوا على أنه إذا مات المعيب لم يكن مضمونا على البائع و لو كان الموت بعد العلم بالعيب أ لا ترى أن المحقق الثاني ذكر أن الاقتصاص من العبد الجاني إذا كان في خيار المشتري كان من ضمان البائع و أما ما نقلنا عنه سابقا في شرح قوله و لو تعيب قبل علمه بالتدليس فهو مجرد احتمال حيث اعترف فيه بأنه لم يظفر على شيء مع أنه ذكر في شرح قول المصنف في باب العيوب و كل عيب تجدد في الحيوان بعد القبض و قبل انقضاء الخيار فإنه لا يمنع الرد في الثلاثة نفى ذلك الاحتمال على وجه الجزم حيث قال الخيار الواقع في العبارة يراد به خيار الحيوان و كذا كل خيار يختص بالمشتري كخيار الشرطه له و هل خيار الغبن و الرؤية كذلك يبعد القول به خصوصا على القول بالفورية لا خيار العيب لأن العيب الحادث يمنع من الرد بالعيب القديم قطعا انتهى و من ذلك يعلم حال ما نقلناه عنه في خيار الغبن فلم يبق في المقام ما يجوز الركون إليه إلا ما أشرنا إليه من أن مناط خروج المبيع عن ضمان البائع على ما يستفاد من قوله ع: حتى ينقضى شرطه و يصير المبيع للمشتري هو انقضاء خيار المشتري الذي يطلق عليه الشرط في الأخبار و صيرورة المبيع مختصا بالمشتري لازما عليه بحيث لا يقدر على سلبه عن نفسه فيدل على أن كل من له شرط و ليس المعوض الذي وصل إليه لازما عليه فهو غير ضامن له حتى ينقضى شرطه و يصير مختصا به لازما عليه

**[عدم شمول صحيحة ابن سنان لمطلق الخيار أيضا]**

و في الاعتماد على هذا الاستظهار تأمل في مقابلة القواعد مع أنه يمكن منع دلالة هذا المناط المستنبط عليه لأن ظاهر الصحيحة الاختصاص بما كان التزلزل و عدم كون المبيع لازما على المشتري ثابتا من أول الأمر كما يظهر من لفظه حتى الظاهرة في الابتداء و هذا المعنى مختص بخيار المجلس و الحيوان و الشرط و لو كان منفصلا بناء على أن البيع متزلزل و لو قبل حضور زمان الشرط و لذا ذكرنا جريان الخلاف في المسألتين السابقتين فيه. و أما الغيب و العيب و الرؤية و تخلف الشرط و تفليس المشتري و تبعض الصفقة فهي توجب التزلزل عند ظهورها بعد لزوم العقد. و الحاصل أن ظاهر الرواية استمرار الضمان الثابت قبل القبض إلى أن يصير المبيع لازما على المشتري و هذا مختص بالمبيع المتزلزل من أول الأمر فلا- يشمل التزلزل المسبوق باللزوم بأن يكون المبيع في ضمان المشتري بعد القبض ثم يرجع بعد عروض التزلزل إلى ضمان البائع فانضح بذلك أن الصحيحة مختصة بالخيارات الثلاثة على تأمل في خيار المجلس

**[ثم إن مورد هذه القاعدة إنما هو ما بعد القبض]**

و أما قبل القبض فلا إشكال و لا خلاف في كونه من البائع من غير التفات إلى الخيار فلا تشمل هذه القاعدة خيار التأخير.

**[و أما عموم الحكم للثمن و الثمن]**

بأن يكون تلف الثمن في مدة خيار البائع المختص به من مال المشتري فهو غير بعيد نظرا إلى المناط الذي استفدناه- و يشمله ظاهر عبارة الدروس المتقدمة مضافا إلى استصحاب ضمان المشتري له الثابت قبل القبض و توهم عدم جريانه مع اقتضاء القاعدة كون الضمان من مال المالك خرج منه ما قبل القبض مدفوع بأن الضمان الثابت قبل القبض و بعده في مدة الخيار ليس مخالفا لتلك القاعدة لأن المراد به انفساخ العقد و دخول العوض في ملك صاحبه الأصلي و تلفه من ماله نعم هو مخالف لأصالة عدم الانفساخ و حيث ثبت المخالفة قبل القبض فالأصل بقاؤها بعد القبض في مدة الخيار نعم يبقى هنا أن هذا مقتضى لكون تلف الثمن في مدة خيار البيع الخيارى من المشتري- فينفسخ البيع و يرد المبيع إلى البائع و التزام عدم الجريان من حيث إن الخيار في ذلك البيع إنما يحدث بعد رد الثمن أو مثله فتلف الثمن في مدة الخيار إنما يتحقق بعد رده قبل الفسخ لا قبله مدفوع بما أشرنا إليه سابقا من منع ذلك مع أن المناط في ضمان غير ذى الخيار لما انتقل عنه إلى ذى الخيار تزلزل البيع المتحقق و لو بالخيار المنفصل كما أشرنا سابقا

**[جريان القاعدة إذا كان الثمن شخصا]**

فالأولى الالتزام بجريان هذه القاعدة إذا كان الثمن شخصا- بحيث يكون تلفه قبل قبضه موجبا لانفساخ البيع فيكون كذلك بعد القبض مع خيار البائع و لو منفصلا عن العقد.

**[إذا كان الثمن أو الثمن كليا]**

و أما إذا كان الثمن كليا فحاله حال المبيع إذا كان كليا كما إذا اشترى طعاما كليا بشرط الخيار له إلى مدة قبض فردا منه فتلف في يده فإن الظاهر عدم ضمانه على البائع لأن مقتضى ضمان المبيع في مدة الخيار على من لا خيار له على ما فهمه غير واحد بقاؤه على ما كان عليه قبل القبض و دخول الفرد في ملك المشتري لا يستلزم انفساخ العقد بل معنى الضمان بالنسبة إلى الفرد صيرورة الكلى

كغير المقبوض و هذا مما لا يدل عليه الأخبار المتقدمة فتأمل.

[ظاهر كلام الأصحاب أن المراد بضمان من لا خيار له انفساخ العقد]

ثم إن ظاهر كلام الأصحاب و صريح جماعة منهم كالمحقق و الشهيد الثانيين أن المراد بضمان من لا خيار له لما انتقل إلى غيره هو بقاء الضمان الثابت قبل قبضه- و انفساخ العقد آنا ما قبل التلف و هو الظاهر أيضا من قول الشهيد قدس سره في الدروس و بالقبض ينتقل الضمان إلى القابض ما لم يكن له خيار حيث إن مفهومه أنه مع خيار القابض لا ينتقل الضمان إليه بل يبقى على ناقله الثابت قبل القبض. و قد عرفت أن معنى الضمان قبل القبض هو تقدير انفساخ العقد و تلفه في ملك ناقله بل هو ظاهر القاعدة و هي أن التلف في مدة الخيار ممن

المكاسب، ج ٣، ص ٣٠٢

لا- خيار له فإن معنى تلفه منه تلفه مملوكا له مع أن ظاهر الأخبار المتقدمة الدالة على ضمان البائع للمبيع في مدة خيار المشتري بضميمة قاعدة عدم ضمان الشخص لما يتلف في ملك مالكة و قاعدة التلازم بين الضمان و الخراج فإننا إذا قدرنا المبيع في ملك البائع آنا ما لم يلزم مخالفة شيء من القاعدتين. و الحاصل أن إرادة ما ذكرنا من الضمان مما لا ينبغي الريب فيها

### [ظاهر الدروس عدم الانفساخ]

و مع ذلك كله فظاهر عبارة الدروس في الفرع السادس من فروع خيار الشرط يوهم بل يدل على عدم الانفساخ قال قدس سره لو تلف المبيع قبل قبض المشتري بطل البيع و الخيار و بعده لا يبطل الخيار و إن كان التلف من البائع كما إذا اختص الخيار بالمشتري فلو فسخ البائع رجع بالبدل في صورة عدم ضمانه و لو فسخ المشتري رجع بالثمن و غرم البدل في صورة ضمانه و لو أوجه المشتري في صورة التلف قبل القبض لم يؤثر في تضمين البائع القيمة أو المثل و في انسحابه فيما لو تلف بيده في خياره نظر انتهى و العبارة محتاجة إلى التأمل من وجوه.

### [ظاهر التذكرة أيضا عدم الانفساخ]

و قد يظهر ذلك من إطلاق عبارة التذكرة قال لو تلف المبيع بأفة سماوية في زمن الخيار فإن كان قبل القبض انفسخ البيع قطعا و إن كان بعده لم يبطل خيار المشتري و لا البائع و يجب القيمة على ما تقدم ثم حكى عن الشافعية و جهين في الانفساخ بعد القبض و عدمه بناء على الملك بالعقد و يمكن حمله على الخيار المشترك كما أن قوله في القواعد لا يسقط الخيار بتلف العين محمول على غير صورة ضمان البائع للمبيع لما عرفت من تعيين الانفساخ فيها و ربما يحتمل أن معنى قولهم إن التلف ممن لا خيار له أن عليه ذلك إذا فسخ صاحبه لا أنه يفسخ كما في التلف قبل القبض و أما حيث يوجب المشتري فيحتمل أنه يتخير بين الرجوع على البائع بالمثل أو القيمة و بين الرجوع بالثمن و يحتمل تعيين الرجوع بالثمن و يحتمل أن لا يرجع بشيء فيكون معنى له الخيار أن له الفسخ.

### [لو كان النالف هو البعض]

ثم الظاهر أن حكم تلف البعض حكم تلف الكل- و كذا حكم تلف الوصف الراجع إلى وصف الصحة بلا خلاف على الظاهر لقوله في الصحيحة السابقة: أو يحدث فيه حدث فإن المراد بالحدث أعم من فوات الجزء و الوصف

### [إذا كان التلف بالإنلاف]

هذا كله إذا تلف بآفة سماوية ومنها حكم الشارع عليه بالإتلاف- و أما إذا كان بإتلاف ذى الخيار سقط به خياره و لزم العقد من جهته و إن كان بإتلاف غير ذى الخيار لم يبطل خيار صاحبه فيتخير بين إمضاء العقد و الرجوع بالقيمة و الفسخ و الرجوع بالثمن

### [لو كان الإتلاف من الأجنبي]

و إن كان بإتلاف أجنبي تخير أيضا بين الإمضاء و الفسخ و هل يرجع حينئذ بالقيمة إلى المتلف أو إلى صاحبه أو يتخير وجوه من أن البدل القائم مقام العين فى ذمة المتلف فيسترده بالفسخ و لأن الفسخ موجب لرجوع العين قبل تلفها فى ملك الفاسخ أو لاعتبارها عند الفسخ ملكا تالفا للفاسخ بناء على الوجهين فى اعتبار يوم التلف أو يوم الفسخ و على التقديرين فهى فى ضمان المتلف كما لو كانت العين فى يد الأجنبي و من أنه إذا دخل الثمن فى ملك من تلف المثلث فى ملكه خرج عن ملكه بدل المثلث و صار فى ذمته لأن ضمان المتلف محلله الذمة لا الأمور الخارجية و ما فى ذمة المتلف إنما تشخص مالا للمالك و كونه بدلا عن العين إنما هو بالنسبة إلى التلف من حيث وجوب دفعه إلى المالك كالعين لو وجدت لا أنه بدل خارج يترتب عليه جميع أحكام العين حتى بالنسبة إلى غير التلف فهذا البدل نظير بدل العين لو باعها المشتري ففسخ البائع فإنه لا يتعين للدفع إلى الفاسخ و أما الفسخ فهو موجب لرجوع العين قبل تلفها مضمونة لمالكها على متلفها بالقيمة فى ملك الفاسخ فيكون تلفها بهذا الوصف مضمونا على المالك لا المتلف و من كون يد المفسوخ عليه يد ضمان بالعوض قبل الفسخ و بالقيمة بعده و إتلاف الأجنبي أيضا سبب للضمان فيتخير فى الرجوع و هذا أضعف الوجوه

### مسألة و من أحكام الخيار [هل يسقط الخيار بتلف العين]

ما ذكره فى التذكرة فقال لا يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشتري تسليم الثمن فى زمان الخيار و لو تبرع أحدهما بالتسليم لم يبطل خياره و لا يجبر الآخر على تسليم ما عنده و له استرداد المدفوع قضية للخيار و قال بعض الشافعية ليس له استرداده و له أخذ ما عند صاحبه بدون رضاه كما لو كان التسليم بعد لزوم البيع انتهى و يظهر منه أن الخلاف بين المسلمين إنما هو بعد اختيار أحدهما التسليم و أما التسليم ابتداء فلا يجب من ذى الخيار إجماعا ثم إنه إن أريد عدم وجوب التسليم على ذى الخيار من جهة أن له الفسخ فلا يتعين عليه التسليم فمرجه إلى وجوب أحد الأمرين عليه و الظاهر أنه غير مراد و إن أريد عدم تسلط المالك على ما انتقل إليه إذا كان للناقل خيار فلذا يجوز منعه عن ماله ففيه نظر من جهة عدم الدليل المخصص لعموم سلطنة الناس على أموالهم. و بالجملة فلم أجد لهذا الحكم وجها معتمدا و لم أجد من عنونه و تعرض لوجهه.

### مسألة [هل يسقط الخيار بتلف العين]

#### إشارة

قال فى القواعد لا يبطل الخيار بتلف العين و هذا 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 و من المعلوم أن تلف العين حينئذ موجب لانفساخ العقد فلا يبقى خيار فيكون المراد التلف مع بقاء العقد على حاله لا يوجب سقوط الخيار و بعبارة أخرى تلف العين فى ملك من فى يده لا يسقط به خياره و لا خيار صاحبه و هو كذلك لأن الخيار كما عرفت عبارة عن ملك فسخ العقد و معلوم أن العقد بعد التلف قابل للفسخ و لذا يشرع الإقالة حينئذ اتفاقا فلا مزيد لهذا الملك بعد التلف و لا مقيد له بصورة البقاء اللهم إلا أن يعلم من الخارج أن شرع الخيار لدفع ضرر الصبر على نفس العين فينتفى هذا الضرر بتلف العين كما فى العيب فإن تخيره بين الرد و الأرش لأن الصبر على العيب ضرر و لو

مع أخذ الأرش فتداركه الشارع بملك الفسخ و الرد فإذا تلف انتفى حكمه الخيار أو يقال إنه إذا كان دليل الخيار معنونا بجواز الرد لا بالخيار اختص ثبوت الخيار بصورة تحقق الرد المتوقع على بقاء العين هذا مع قيام الدليل على سقوط الخيار بتلف المعيب و المدلس فيه فلا يرد عدم اطراد تلك الحكمة.

### [مواضع التردد في ثبوت الخيار مع التلف]

#### إشارة

نعم هنا موارد تأملوا في ثبوت الخيار مع التلف أو يظهر منهم العدم

### [ما ذكره العلامة]

كما تردد العلامة قدس سره في باب المراجعة فيما لو ظهر كذب البائع مراجعة في إخباره برأس المال بعد تلف المتاع بل عن المبسوط و بعض آخر الجزم بالعدم- نظرا إلى أن الرد إنما يتحقق مع بقاء العين و فيه إشارة إلى ما ذكرنا من أن الثابت هو جواز الرد فيختص الفسخ بصورة تحققه لكن قوى في المسالك و جامع المكاسب، ج ٣، ص ٣٠٣ المقاصد ثبوت الخيار لوجود المقتضى و عدم المانع

### [ما ذكره المحقق الثاني]

و كما تردد المحقق الثاني في سقوط خيار الغبن بتلف المغبون فيه و ظاهر تعليل العلامة في التذكرة عدم الخيار مع نقل المغبون العين عن ملكه بعدم إمكان الاستدراك حينئذ هو عدم الخيار مع التلف و الأقوى بقاءه لأن العمدة فيه نفي الضرر الذي لا يفرق فيه بين بقاء العين و عدمه مضافا إلى إطلاق قوله ع: و هم بالخيار إذا دخلوا السوق مع أنه لو استند إلى الإجماع أمكن التمسك بالاستصحاب إلا أن يدعى انعقاده على التسلط على الرد فيختص بصورة البقاء و الحق في جامع المقاصد بخيار الغبن في التردد خيار الرؤية.

### و من مواضع التردد ما إذا جعل المتعاقدان الخيار

على وجه إرادتهما التسلط على مجرد الرد المتوقع على بقاء العين فإن الفسخ و إن لم يتوقف على بقاء العين إلا أنه إذا فرض الغرض من الخيار الرد أو الاسترداد فلا يبعد اختصاصه بصورة البقاء و التمكن من الرد و الاسترداد و إن كان حكمه في خيارى المجلس و الحيوان إلا أن الحكم أعم موردا من الحكمة إذا كان الدليل يقتضى العموم بخلاف ما إذا كان إطلاق جعل المتعاقدين مقيدا على وجه التصريح به فى الكلام أو استظهاره منه بعد تعلق الغرض إلا بالرد أو الاسترداد و من هنا يمكن القول بعدم بقاء الخيار المشروط برد الثمن فى البيع الخيارى إذا تلف المبيع عند المشتري لأن الثابت من اشتراطهما هو التمكن من استرداد المبيع بالفسخ عند رد الثمن



لا التسلط على مطلق الفسخ المشروط مطلقا و لو عند التلف لكن لم أجد من التزم بذلك أو تعرض له و من هنا يمكن أن يقال في هذا المقام و إن كان مخالفا للمشهور بعدم ثبوت الخيار عند التلف إلا في موضع دل عليه الدليل إذ لم تدل أدلة الخيار من الأخبار و الإجماع- الأعلى التسلط على الرد أو الاسترداد و ليس فيها التعرض للفسخ المتحقق مع التلف أيضا و إرادة ملك الفسخ من الخيار غير متعينة في كلمات الشارع لما عرفت في أول باب الخيارات من أنه استعمال غالب في كلمات بعض المتأخرين نعم لو دل الدليل الشرعي على ثبوت خيار الفسخ المطلق الشامل لصورة التلف أو جعل المتبايعان بينهما خيار الفسخ بهذا المعنى ثبت مع التلف أيضا و الله العالم.

### التلف أو جعل المتبايعان بينهما خيار الفسخ بهذا المعنى ثبت مع التلف أيضا و الله العالم.

مسألة لو فسخ ذو الخيار فالعين في يده مضمونة بلا خلاف على الظاهر لأنها كانت مضمونة قبل الفسخ إذ لم يسلمها ناقلها إلا في مقابل العوض و الأصل بقاؤه إذ لم يتجدد ما يدل على رضا مالكة بكونه في يد الفاسخ أمانة إذ الفسخ إنما هو من قبله. و الغرض من التمسك بضمانها قبل الفسخ بيان عدم ما يقتضى كونها أمانة مالكية أو شرعية ليكون غير مضمونة برضا المالك أو بجعل الشارع و إذن الشارع في الفسخ لا يستلزم رفع الضمان عن اليد كما في القبض بالسوم و مرجع ذلك إلى عموم على اليد ما أخذت أو إلى أنها قبضت مضمونة فإذا بطل ضمانه بالثمن المسمى تعين ضمانه بالعوض الواقعي أعنى المثل أو القيمة كما في البيع الفاسد هذا و لكن المسألة لا تخلو عن إشكال. و أما العين في يد المفسوخ عليه ففي ضمانها أو كونها أمانة إشكال مما في التذكرة من أنه قبضها قبض ضمان فلا يزول إلا بالرد إلى مالكة و من أن الفسخ لما كان من قبل الآخر فتركه العين في يد صاحبه مشعر بالرضا به المقتضى للاستئمان و ضعفه في جامع المقاصد بأن مجرد هذا لا يسقط الأمر الثابت و الله العالم

هذا بعض الكلام في الخيارات و أحكامها و الباقي محمول إلى الناظر الخبير بكلمات الفقهاء و الحمد لله و صلى الله على محمد و آله

### القول في النقد و النسيئة

#### [أقسام البيع باعتبار تأخير و تقديم أحد العوضين]

قال في التذكرة ينقسم البيع باعتبار التأخير و التقديم- في أحد العوضين إلى أربعة أقسام بيع الحاضر بالحاضر و هو النقد و بيع المؤجل بالمؤجل و هو بيع الكالئ بالكالئ و بيع الحاضر بالثمن المؤجل و هي النسيئة و بيع المؤجل بالحاضر و هو السلم و المراد بالحاضر أعم من الكلي و بالمؤجل خصوص الكلي

#### مسألة إطلاق العقد يقتضى النقد

#### إشارة

و علله في التذكرة بأن قضية العقد انتقال كل من العوضين إلى الآخر فيجب الخروج عن العهدة متى طوّل صاحبها فيكون المراد من النقد عدم حق للمشتري في تأخير الثمن و المراد المطالبة مع الاستحقاق بأن يكون قد بذل المثل أو مكن منه على الخلاف الآتي في زمان و جوب تسليم الثمن على المشتري. و يدل على الحكم المذكور أيضا الموثق: في رجل اشترى من رجل جارية بثمن مسمى ثم افترقا قال وجب البيع و الثمن إذا لم يكونا شرطا فهو نقد

## فلو اشترطت تعجيل الثمن

كان تأكيداً لمقتضى الإطلاق على المشهور - بناء على ما هو الظاهر عرفاً من هذا الشرط من إرادة عدم المماطلة والتأخير عن زمان المطالبة لا أن يجعل بدفعه من دون مطالبة إذ لا يكون تأكيداً حينئذ 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

### [فائدة اشتراط التعجيل]

و كيف كان فذكر الشهيد رحمه الله في الدروس أن فائدة الشرط ثبوت الخيار إذا عين زمان النقد فأخل المشتري به وقوى الشهيد الثاني ثبوت الخيار مع الإطلاق أيضاً يعنى عدم تعيين الزمان إذا أخل به في أول وقته وهو حسن ولا يقدر في الإطلاق عدم تعيين زمان التعجيل لأن التعجيل المطلق معناه الدفع في أول أوقات الإمكان عرفاً ولا حاجة إلى تقييد الخيار هنا بصورة عدم إمكان الإيجاب على التعجيل لأن المقصود هنا ثبوت الخيار بعد فوات التعجيل أمكن إجباره به أم لم يمكن وجب أو لم يجب فإن مسألة أن ثمره الشرط ثبوت الخيار مطلقاً أو بعد تعذر إجباره على الوفاء مسألة أخرى مضافاً إلى عدم جريانها في مثل هذا الشرط إذ قبل زمان انقضاء زمان نقد الثمن لا يجوز الإيجاب وبعده لا ينفع لأنه غير الزمان المشروط فيه الأداء

### مسألة يجوز اشتراط تأجيل الثمن مدّة معينة

#### إشارة

غير محتملة مفهوماً ولا مصداقاً للزيادة والنقصان غير المسامح فيهما فلو لم يعين كذلك بطل بلا خلاف ظاهراً للغرر ولما دل في السلم الذي هو عكس المسألة على وجوب تعيين الأجل وعدم جواز السلم إلى دياس أو حصاد

### و لا فرق في الأجل المعين بين الطويل والقصير

و عن الإسكافي المنع من التأخير إلى ثلاث سنين وقد يستشهد له بالنهي عنه في بعض الأخبار مثل رواية أحمد بن محمد: قلت لأبي الحسن إنى أريد الخروج إلى بعض الجبال إلى أن قال إنا إذا بعناهم نسيئته كان أكثر للربح فقال بيعهم بتأخير سنة قلت بتأخير سنتين قال نعم قلت بتأخير ثلاث سنين قال لا. والمحكى عن قرب الإسناد عن البرنظي: أنه قال لأبي الحسن الرضاع إن هذا الجبل قد فتح منه على الناس باب رزق فقال ع إذا أردت

المكاسب، ج ٣، ص ٣٠٤

الخروج فأخرج فإنها سنة مضطربة وليس للناس بد من معاشهم فلا تدع الطلب فقلت إنهم قوم ملاء ونحن نحتمل التأخير فنباعهم بتأخير سنة قال بيعهم قلت ثلاث سنين قال لا يكون لك شيء أكثر من ثلاث سنين. و ظاهر الخبرين الإرشاد لا التحريم فضلاً عن الفساد-

### و هل يجوز الإفراط في التأخير

إذا لم يصل إلى حد يكون البيع منه سفهاً والشراء أكلاً للمال بالباطل فيه وجهان قال في الدروس لو تمادى الأجل إلى ما لا يبقى إليه المتبايعان غالباً كألف سنة ففي الصحة نظر من حيث خروج الثمن عن الانتفاع به ومن الأجل المضبوط وحلوله بموت المشتري وهو أقرب وما قربه هو الأقرب لأن ما في الذمة ولو كان مؤجلاً بما ذكر مال يصح الانتفاع به في حياته بالمعاوضة عليه بغير البيع بل و

بالباع كما اختاره في التذكرة. نعم يبقى الكلام في أنه إذا فرض حلول الأجل شرعا بموت المشتري كان اشتراط ما زاد على ما يحتمل بقاء المشتري إليه لغوا بل مخالفا للمشروع حيث إن الشارع أسقط الأجل بالموت والاشتراط المذكور تصريح ببقائه بعده فيكون فاسدا بل ربما كان مفسدا وإن أراد المقدار المحتمل للبقاء كان اشتراط مدة مجهولة فافهم.

### ثم إن المعتبر في تعيين المدة هل هو تعيينها في نفسها

و إن لم يعرفها المتعاقدان فيجوز التأجيل إلى انتقال الشمس إلى بعض البروج كالنيروز والمهرجان ونحوهما- أم لا بد من معرفة المتعاقدين بهما حين العقد وجهان أقواهما الثاني- تبعا للدروس و جامع المقاصد لقاعدة نفى الغرر و ربما احتتمل الاكتفاء في ذلك بكون هذه الآجال مضبوطة في نفسها كأوزان البلدان مع عدم معرفة المصداق حيث إنه له شراء وزنه مثلا بعبارة بلد مخصوص و إن لم يعرف مقدارها و ربما استظهر ذلك من التذكرة و لا يخفى ضعف منشأ هذا الاحتمال إذ المضبوطة في نفسه غير مجد في مقام يشترط فيه المعرفة إذا المراد بالأجل غير القابل للزيادة و النقيصة ما لا يكون قابلا لهما حتى في نظر المتعاقدين لا في الواقع و لذا أجمعوا على عدم جواز التأجيل إلى موت فلان مع أنه مضبوط في نفسه و ضبطه عند غير المتعاقدين لا يجدي أيضا و ما ذكر من قياسه على جواز الشراء بعبارة بلد مخصوص لا نقول به بل المعين فيه البطلان مع الغرر عرفا كما تقدم في شروط العوضين و ظاهر التذكرة اختيار الجواز حيث قال بجواز التوقيت بالنيروز و المهرجان لأنه معلوم عند العامة و كذا جواز التوقيت ببعض أعياد أهل الذمة إذا عرفه المسلمون لكن قال بعد ذلك و هل يعتبر معرفة المتعاقدين قال بعض الشافعية نعم و قال بعضهم لا يعتبر و يكتفى بمعرفة الناس و سواء اعتبر معرفتهما أولا و لو عرفا كفى انتهى ثم الأقوى اعتبار معرفة المتعاقدين و التفاتهما إلى المعنى حين العقد فلا يكفي معرفتهما به عند الالتفات و الحساب

### مسألة لو باع بثمن حالا و بأزيد منه مؤجلا

#### إشارة

ففي المبسوط و السرائر و عن أكثر المتأخرين أنه لا يصح- و علله في المبسوط و غيره بالجهالة كما لو باع إما هذا العبد و إما ذاك و يدل عليه أيضا ما رواه في الكافي أنه ع قال: من ساوم بثمنين أحدهما عاجلا و الآخر نظرة فليسم أحدهما قبل الصفقة

#### [أدلة القول بالبطلان]

و يؤيده ما ورد من النهي عن شرطين في بيع و عن بيعين في بيع بناء عن تفسيرهما بذلك. و عن الإسكافي كما عن الغنية أنه روى عن النبي ص أنه قال: لا يحل صفتان في واحدة قال و ذلك بأن يقول إن كان بالنقد فبكذا و إن كان بالنسيئة فبكذا هذا إلا أن في رواية محمد بن قيس المعتبرة أنه قال أمير المؤمنين ع: من باع سلعة و قال ثمنها كذا و كذا يدا بيد و كذا نظرة فخذها بأى ثمن شئت و جعل صفتها واحدة فليس له إلا أقلهما و إن كانت نظرة. و في رواية السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه: أن عليا قضى في رجل باع بيعة و اشترط شرطين بالنقد كذا و بالنسيئة كذا فأخذ المتاع على ذلك الشرط فقال هو بأقل الثمنين و أبعد الأجلين فيقول ليس له إلا- أقل النقدين إلى الأجل الذي أجله نسيئة و عن ظاهر جماعة من الأصحاب العمل بهما- و نسب إلى بعض هؤلاء القول بالبطلان

#### [كلمات الفقهاء في المسألة]

فالأولى تبعا للمختلف الاقتصار على نقل عبارة كل هؤلاء من دون إسناد أحد القولين إليهم قال في المقنعة لا يجوز البيع بأجلين على التخيير كقوله هذا المتاع بدرهم نقدا و بدرهمين إلى شهر أو سنة أو بدرهم إلى شهر و بدرهمين إلى شهرين فإن ابتاع إنسان شيئا على هذا الشرط كان عليه أقل الثمنين في آخر الأجلين و هذا الكلام يحتمل التحريم و يحتمل الحمل على ما إذا تلف المبيع فإن اللازم مع فرض فساد البيع بالأقل الذي بيع به نقدا لأنه قيمة ذلك الشيء و معنى قوله في آخر الأجلين أنه لا يزيد على الأقل و إن تأخر الدفع إلى آخر الأجلين أو المراد جواز التأخير لرضا البائع بذلك و يحتمل إرادة الكراهة كما عن ظاهر السيد قدس سره في الناصريات- أن المكروه أن يبيع بثمنين بقليل إن كان الثمن نقدا و بأكثر إن كان نسيئة و يحتمل الحمل على فساد اشتراط زيادة الثمن مع تأخير الأجل لكن لا يفسد العقد كما سيجيء و عن الإسكافي أنه بعد ما تقدم عنه من النبوى الظاهر في التحريم قال و لو عقد البائع للمشتري كذلك و جعل الخيار إليه لم أختبر للمشتري أن يقدم على ذلك فإن فعل و هلكت السلعة لم يكن للبائع إلا أقل الثمنين لإجازته البيع به و كان للمشتري الخيار في تأخير الثمن الأقل إلى المدة التي ذكرها البائع بالثمن الأوفى من غير زيادة على الثمن الأقل. و في النهاية فإن ذكر المتاع بأجلين و نقدين على التخيير مثل أن يقول بعتك هذا بدينار أو درهم عاجلا أو إلى شهر أو سنة أو بدينارين أو درهمين إلى شهر أو شهرين أو سنتين كان البيع باطلا فإن أمضى البيعان ذلك بينهما كان للبائع أقل الثمنين في آخر الأجلين انتهى. و عن موضع من الغنية قد قدمنا أن تعليق البيع بأجلين و ثمنين كقوله بعته إلى مدة بكذا و إلى أخرى بكذا يفسده فإن تراضيا بإنفاذه كان للبائع أقل الثمنين في أبعد الأجلين بدليل إجماع الطائفة و عن سلار و ما علق بأجلين و هو أن يقول بعتك هذه السلعة إلى عشرة أيام بدرهم و إلى شهرين بدرهمين كان باطلا غير منعقد و هو المحكى عن ابن الصلاح و عن القاضي من باع شيئا بأجلين على التخيير مثل أن يقول أبيعك هذا بدينار أو بدرهم عاجلا و بدرهمين أو دينار إلى شهر أو شهور أو سنة أو سنتين كان باطلا فإن أمضى البيعان ذلك بينهما كان للبائع أقل الثمنين في آخر الأجلين و قال

المكاسب، ج ٣، ص ٣٠٥

في المختلف بعد تقوية المنع و يمكن أن يقال إنه رضى بالثمن الأقل فليس له الأ-كثر في البعيد و إلا لزم الربا إذ يبقى الزيادة في مقابل تأخير الثمن لا غير فإذا صبر إلى البعيد لم يجب له الأكثر من الأقل انتهى و في الدروس أن الأقرب الصحة و لزوم الأقل و يكون التأخير جائزا من طرف المشتري لازما من طرف البائع لرضاه بالأقل فالزيادة ربا و لذا ورد النهى عنه و هو غير مانع من صحة البيع انتهى. أقول لكنه مانع من لزوم الأجل من طرف البائع لأنه في مقابل الزيادة الساقطة شرعا إلا أن يقال إن الزيادة ليست في مقابل الأجل- بل هي في مقابل إسقاط البائع حقه من التعجيل الذي يقتضيه العقد لو خلى و طبعه و الزيادة و إن كانت لكنه ربا كما سيجيء إلا أن فساد المقابلة لا يقتضى فساد الإسقاط كما احتل ذلك في مصالحه حق القصاص بعد يعلمان استحقاق الغير له أو حرته بل قال في التحرير بالرجوع إلى الدية و حينئذ فلا يستحق البائع الزيادة و لا المطالبة قبل الأجل لكن المشتري لو أعطاه و جب عليه القبول إذ لم يحدث له بسبب المقابلة الفاسدة حق في التأجيل حتى يكون له الامتناع من القبول قبل الأجل و إنما سقط حقه من التعجيل. و يمكن أيضا حمل الرواية على أن الثمن هو الأقل لكن شرط عليه أن يعطيه على التأجيل شيئا زائدا و هذا الشرط فاسد لما سيجيء من أن تأجيل الحال بزيادة ربا محرم لكن فساد الشرط لا يوجب فساد المشروط كما عليه جماعة و حينئذ فللبائع الأقل و إن فرض أن المشتري أخره إلى الأجل كما يقتضيه قوله في رواية محمد بن قيس و إن كانت نظره لفرض تراضيهما على ذلك بزعم صحة هذا الشرط أو البناء عليها تشريعا و لعل هذا مبنى قول الجماعة قدس الله أسرارهم فإن أمضيا البيع بينهما كذلك بمعنى أنهما تراضيا على هذه المعاملة لم يجب في مقابل التأخير الواقع برضاها شيء زائد على الأقل لفساد المقابلة و مرادهم من بطلان البيع الذي حكموا به أولا بطلانه بهذه الخصوصية و عدم ترتيب الأثر المقصود عليه و قد تلخص من جميع ما ذكرنا أن المعاملة المذكورة في ظاهر متن الروايتين لا إشكال و لا خلاف في بطلانها بمعنى عدم مضيها على ما تعاقدنا عليه و أما الحكم بامضائهما كما في الروايتين فهو حكم تعبدى مخالف لأدلة توقف حمل المال على الرضا و طيب النفس و كون الأكل لا عن تراض أكلا للباطل فيقع الإشكال في نهوض

الروايتين لتأسيس هذا الحكم المخالف للأصل ثم إن الثابت منهما على تقدير العمل بهما هي مخالفة القاعدة في موردتهما و أما ما عداه كما إذا جعل له الأقل في أجل و الأكثر في أجل آخر فلا ينبغي الاستشكال في بطلانه لحرمة القياس خصوصا على مثل هذا الأصل و في التحرير البطلان هنا قولاً واحداً و حكى من غير واحد ما يلوح منه ذلك إلا أنك قد عرفت عموم كلمات غير واحد ممن تقدم للمسألتين و إن لم ينسب ذلك في الدروس - إلا إلى المفيد قدس سره لكن عن الرياض أن ظاهر الأصحاب عدم الفرق في الحكم بين المسألتين و هو ظاهر الحدائق أيضاً و ما أبعد ما بينه و بين ما تقدم من التحرير ثم إن العلامة في المختلف ذكر في تقريب صحة المسألة أنه مثل ما إذا قال المستأجر ليخاطه الثوب إن خطته فارسياً فبدرهم و إن خطته رومياً فبدرهمين و أجاب عنه بعد تسليم الصحة برجوعها إلى الجعالة

### مسألة لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل

و إن طولب إجماعاً - لأن ذلك فائدة اشتراط التأجيل - و لو تبرع بدفعه لم يجب على البائع القبول بلا خلاف بل عن الرياض الإجماع عليه و في جامع المقاصد في باب السلم نسبه الخلاف إلى بعض العامة و علل الحكم في التذكرة في باب السلم بأن التعجيل كال تبرع بالزيادة فلا يكلف تقليد المنه و فيه تأمل و يمكن تعليل الحكم بأن التأجيل كما هو حق للمشتري يتضمن حقاً للبائع من حيث التزام المشتري لحفظ ماله في ذمته و جعله إياه كالودعي فإن ذلك حق عرفاً و بالجملة ففي الأجل حق لصاحب الدين بلا خلاف ظاهر و مما ذكرنا يظهر الفرق بين الحال و المؤجل حيث إنه ليس لصاحب الدين الحال حق على المديون و اندفع أيضاً ما يتخيل - من أن الأجل حق مختص بالمشتري و لذا يزداد الثمن من أجله و له طلب النقصان في مقابل التعجيل و أن المؤجل كالواجب الموسع في أنه يجوز فيه التأخير و لا يجب ثم إنه لو أسقط المشتري أجل الدين - ففي كتاب الدين من التذكرة و القواعد أنه لو أسقط المديون أجل الدين مما عليه لم يسقط و ليس لصاحب الدين مطالبته في الحال و علله في جامع المقاصد بأنه قد ثبت التأجيل في العقد اللازم فلا يسقط و لأن في الأجل حقاً لصاحب الدين و لذا لم يجب عليه القبول قبل الأجل أما لو تقايلا في الأجل يصح و لو نذر التأجيل فإنه يلزم و ينبغي أن لا يسقط بتقايلهما لأن التقايل في العقود لا في النذور انتهى و فيه أن الحق المشترط في العقد اللازم - يجوز لصاحبه إسقاطه و حق صاحب الدين - لا يمنع من مطالبته من أسقط حق نفسه. و في باب الشروط من التذكرة لو كان عليه دين مؤجل فأسقط المديون الأجل لم يسقط و ليس للمستحق مطالبته في الحال لأن الأجل صفة تابعة و الصفة لا تفرد بالإسقاط و لهذا لو أسقط مستحق الحنطة الجيدة و الدنانير الصحيحة الجودة و الصحة لم يسقط و للشافعي وجهان انتهى و يمكن أن يقال إن مرجع التأجيل في العقد اللازم إلى إسقاط حق المطالبة في الأجل فلا يعود الحق بإسقاط التأجيل و الشرط القابل للإسقاط ما تضمن إثبات حق قابل للإسقاطه بعد جعله ألا ترى أنه لو شرط في العقد التبري من عيوب لم يسقط هذا الشرط بإسقاطه بعد العقد و لم تعد العيوب مضمونة كما لو كانت بدون الشرط. و أما ما ذكره من أن لصاحب الدين حقاً في الأجل فدلالته على المدعى موقوفة على أن الشرط الواحد إذا انحل إلى حق لكل من المتبايعين لم يجز لأحدهما إسقاطه لأن الفرض اشتراكهما فيه و لم يسقط الحق بالنسبة إلى نفسه لأنه حق واحد يتعلق بهما فلا - يسقط إلا - باتفاقهما الذي عبر عنه بالتقاييل و معناه الاتفاق على إسقاط الشرط الراجع إليهما فلا يرد عليه منع صحة التقايل في شروط العقود لا في أنفسها نعم لو صار التأجيل حقاً لله تعالى بالنذر لم ينفع اتفاقهما على سقوطه لأن الحق معلق بغيرهما و ما ذكره حسن لو ثبت اتحاد الحق الثابت من اشتراط التأجيل أو لم يثبت التعدد فيرجع إلى أصالة عدم السقوط لكن الظاهر تعدد الحق فتأمل. ثم إن المذكور في باب الشروط عن بيع التذكرة تعليل عدم سقوط أجل الدين بالإسقاط بأن الأجل صفة تابعة لا يفرد بالإسقاط و لذا لو أسقط مستحق الحنطة الجيدة أو الدنانير

## مسألة إذا كان الثمن بل كل دين حالاً أو حل وجب على مالكة قبوله عند دفعه إليه

### إشارة

لأن في امتناعه إضرارا و ظلما إذ لا- حق له على من في ذمته في حفظ ماله في ذمته و الناس مسلطون على أنفسهم و توهم عدم الإضرار و الظلم لارتفاعه بقبض الحاكم مع امتناعه أو عزله و ضمانه على مالكة مدفوع بأن مشروعية قبض الحاكم أو العزل إنما تثبت لدفع هذا الظلم و الإضرار المحرم عن المديون و ليس بدلا اختياريا حتى يسقط الوجوب عن المالك لتحقق البدل ألا ترى أن من يجب عليه بيع ماله لنفقة عياله لا يسقط عنه الوجوب لقيام الحاكم مقامه في البيع

### [إذا امتنع الدائن من القبول]

و كيف كان فإذا امتنع بغير حق سقط اعتبار رضاه لحديث نفى الضرر بل مورده كان من هذا القبيل حيث إن سمرة بن جندب امتنع من الاستيذان للمرور إلى عذقه الواقع في دار الأنصاري و عن بيعها فقال النبي ص للأنصاري: اذهب فاقطعها و ارم بها وجه صاحبها فأسقط ولايته على ماله.

### و مقتضى القاعدة إجبار الحاكم له على القبض

لأن امتناعه أسقط اعتبار رضاه في القبض الذي يتوقف ملكه عليه لا- أصل القبض الممكن تحققه منه كرها مع كون الإكراه بحق بمنزلة الاختيار فإن تعذر مباشرته و لو كرها تولاه الحاكم- لأن السلطان ولي الممتنع بناء على أن الممتنع من يمتنع- و لو مع الإجماع و لو قلنا إنه من يمتنع بالاختيار جاز للحاكم تولى القبض عنه من دون الإكراه و هو الذي رجحه في جامع المقاصد و المحكى عن إطلاق جماعة منهم عدم اعتبار الحاكم و ليس للحاكم مطالبه المديون بالدين إذا لم يسأله لعدم ولايته عليه مع رضا المالك بكونه في ذمته و عن السرائر وجوب القبض على الحاكم عند الامتناع و عدم وجوب الإجماع و استبعده غيره و هو في محله

### و لو تعذر الحاكم فمقتضى القاعدة إجبار المؤمنين له

عدولا كانوا أم لا لأنه من المعروف الذي يجب الأمر به على كل أحد

### فإن لم يمكن إجباره ففي وجوب قبض العدول عنه نظر أقواه عدم

و حينئذ فطريق براءة ذمة المديون أن يعزل حقه و يجعله أمانة عنده فإن تلف فعلى ذى الحق- لأن هذه فائدة العزل و ثمرة إلغاء قبض ذى الحق و لكن لم يخرج عن ملك مالكة لعدم الدليل على ذلك فإن اشتراط القبض في التمليك لا يسقط بأدلة نفى الضرر و إنما يسقط بها ما يوجب الضرر و هو الضمان و حينئذ فنماء المعزول له و قاعدة مقابلة الخراج بالضمان غير جارية هنا و قد يستشكل في الجمع بين الحكم ببقاء ملكية الدافع و كون التلف من ذى الحق و وجهه أن الحق المملوك لصاحب الدين أن تشخص في المعزول كان ملكا له و إن بقي في ذمة الدافع لم يمكن تلف المعزول منه إذ لم يتلف ماله و يمكن أن يقال إن الحق قد سقط من الذمة و لم يتشخص بالمعزول و إنما تعلق به تعلق حق المجنى عليه برقبة العبد الجاني فبئله يتلف الحق و مع بقائه لا يتعين الحق فيه فضلا عن أن يتشخص به و يمكن أن يقال بأنه يقدر آنا ما قبل التلف في ملك صاحب الدين

### [جواز التصرف في المعزول و عدم وجوب حفظه من التلف]

ثم إن الظاهر جواز تصرفه في المعزول فينتقل المال إلى ذمته لو أتلّفه و مقتضى القاعدة عدم وجوب حفظه من التلّف لأن شرعية عزله و كون تلفه من مال صاحب الدين إنما جاء من جهة تضرر المديون ببقاء ذمته مشغولة و تكليفه بحفظ المعزول أضر عليه من حفظ أصل المال في الذمة. و عن المحقق الثاني أنه يتجه الفرق بين ما إذا عرضه على المالك بعد تعيينه و لم يأت به لكن أعلم بالحال و بين ما إذا أتاه و طرحه عنده فينتفى و وجوب الحفظ في الثاني دون الأول و لعل وجهه أن المبرئ للعهد التخليّة و الإقباض المتحقق في الثاني دون الأول و سيجيء في مسألة قبض المبيع ما يؤيده. و عن المسالك أنه مع عدم الحاكم يخلى بينه و بين ذى الحق و تبرأ ذمته و إن تلف و كذا يفعل الحاكم لو قبضه إن لم يتمكن من إلزامه بالقبض ثم إن المحقق الثاني ذكر في جامع المقاصد- بعد الحكم بكون تلف المعزول من صاحب الدين الممتنع من أخذه أن في انسحاب هذا الحكم فيمن أجبره الظالم على دفع نصيب شريكه الغائب في مال على جهة الإشاعة بحيث يتعين المدفوع للشريك و لا يتلف منهما تردها و مثله لو تسلط الظالم بنفسه و أخذ قدر نصيب الشريك لم أجد للأصحاب تصريحاً بنفى و لا إثبات مع أن الضرر هنا قائم أيضاً و المتجه عدم الانسحاب انتهى و حكى نحوه عنه في حاشية الإرشاد من دون فتوى

### [رأى المؤلف في الفرعين المذكورين]

أقول أما الفرع الثاني فلا وجه لإلحاقه بما نحن فيه إذ دليل الضرر بنفسه لا يقتضى بتأثير نية الظالم في التعيين فإذا أخذ جزء خارجياً من المشاع فتوجيه هذا الضرر إلى من نواه الظالم دون الشريك لا وجه له كما لو أخذ الظالم من من المديون مقدار الدين بنية أنه مال الغريم و أما الفرع الأول فيمكن أن يقال بأن الشريك لما كان في معرض التضرر لأجل مشاركة شريكه جعل له ولاية القسمة لكن فيه أن تضرره إنما يوجب ولايته على القسمة حيث لا- يوجب القسمة تضرر شريكه بأن لا يكون حصه بحيث تتلف بمجرد القسمة كما في الغرض و إلا فلا ترجيح لأحد الضررين مع أن التمسك بعموم نفي الضرر في موارد الفقه من دون انجباره بعمل بعض الأصحاب يؤسس فقها جديداً

### مسألة [عدم جواز تأجيل الثمن الحال بأزيد منه و الاستدلال عليه]

#### إشارة

لا- خلاف على الظاهر من الحدائق المصرح به في غيره في عدم جواز تأجيل الثمن الحال- بل مطلق الدين بأزيد منه لأنه ربا لأن حقيقة الربا في القرض راجعة إلى جعل الزيادة في مقابل إمهال المقرض و تأخيره المطالبة إلى أجل فالزيادة الواقعة بإزاء تأخير المطالبة ربا عرفاً فإن أهل العرف لا يفرقون في إطلاق الربا بين الزيادة التي تراضيا عليه في أول المدائنة كأن يقرضه عشرة بأحد عشر إلى شهر و بين أن يتراضيا بعد الشهر إلى تأخيره شهراً آخر بزيادة واحد و هكذا بل طريقة معاملته الربا مستقرة على ذلك بل الظاهر من بعض التفاسير أن صدق الربا على هذا التراضى مسلم في العرف

### [نزول آية الربا في ذلك]

#### إشارة

و أن مورد نزول قوله تعالى في مقام الرد على من قال إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا هو التراضى بعد حلول الدين على تأخير إلى أجل بزيادة فيه.

**[تأييد ذلك بصيحة ابن أبي عمير]**

فعن مجمع البيان عن ابن عباس أنه كان الرجل من أهل الجارية إذا حل دينه على غريمه فطالبه قال المطلوب منه زدني في الأجل أزيدك في المال

المكاسب، ج ٣، ص ٣٠٧

فيتراضيان عليه و يعملان به فإذا قيل لهم ربا قالوا هما سواء يعنون بذلك أن الزيادة في الثمن حال البيع و الزيادة فيه بسبب الأجل عند حلول الدين سواء فذمهم الله و ألحق بهم الوعيد و خطأهم في ذلك بقوله تعالى و أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا

**[تأييد ذلك بصيحة ابن أبي عمير]**

و يؤيده بل تدل عليه حسنة ابن أبي عمير أو صحيحته عن أبي عبد الله ع قال: سئل عن الرجل يكون له دين إلى أجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول انقذني كذا و كذا واضح عنك بقيته أو انقذني بعضه و أمد لك في الأجل فيما بقي عليك قال لا أرى به بأسا إن لم يزد على رأس ماله قال الله تعالى فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ عُلل جواز التراضي على تأخير أجل البعض بنقد البعض بعدم الازدياد على رأس ماله فيدل على أنه لو ازداد على رأس ماله لم يجز التراضي على التأخير و كان ربا يقتضى استشهاده بذيل آية الربا و هو قوله تعالى فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ

**[دلالة بعض الأخبار على ما تقدم]**

و يدل عليه بعض الأخبار الواردة في تعليم طريق الحلية في جواز تأخير الدين بزيادة باشتراط التأخير في ضمن معاوضة غير مقصودة للفرار عن الحرام فلو جاز التراضي على التأجيل بزيادة لم يكن داع إلى التوصل بأمثال تلك الحيل حتى صارواع موردا الاعتراض العامة في استعمال بعضها كما في غير واحد من الأخبار الواردة في ذلك و يدل عليه أيضا أو يؤيده بعض الأخبار الواردة في باب الدين فيما إذا أعطى المديون بعد الدين شيئا مخافة أن يطلبه الغريم بدينه.

**[عدم الفرق بين المصالحة عن التأجيل بالزيادة أو المقاوله عليها من غير عقد]**

و مما ذكرنا من أن مقابلة الزيادة بالتأجيل ربا يظهر عدم الفرق بين المصالحة عنه بها و المقاوله عليها من غير عقد و ظهر أيضا أنه يجوز المعاوضة اللازمة- على الزيادة بشيء باشتراط تأخير الدين عليه في ضمن تلك المعاوضة و ظهر أيضا من التعليل المتقدم في رواية ابن أبي عمير جواز نقض المؤجل بالتعجيل و سيجيء تمام الكلام في هاتين المسألتين في باب الشروط أو كتاب القرض إن شاء الله تعالى [ثم إنه هل يجوز تعجيل الدين المؤجل بأزيد منه مثلا يطلبه ديناراً إلى شهر فيقول أعطيتك ديناراً و نصفاً لتأخذه الآن أو في أجل أقرب الظاهر العدم لأنه ربا إلا إذا فر إلى نحو الهبة و الشرط في ضمن عقد أو نحو ذلك فقد قال ع: نعم الشيء الفرار من الحرام إلى الحلال و الله العالم]

**[مسألة جواز بيع العين الشخصية المتباعدة بثمن مؤجل من بائعها إلا في صورة الاشتراط]****إشارة**

إذا ابتاع عينا شخصية بثمن مؤجل جاز بيعه من بائعه و غيره قبل حلول الأجل و بعده- بجنس الثمن و غيره مساويا له أو زائدا عليه أو ناقصا حالاً أو مؤجلاً إلا إذا اشترط أحد المتبايعين على صاحبه في البيع الأول قبوله منه بمعاملة ثانية أما الحكم في المستثنى منه فلا



خلاف فيه إلا بالنسبة إلى بعض صور المسألة- فممنع منها الشيخ في النهاية و التهذيبين و هي يبيعه من البائع بعد الحلول بجنس الثمن لا مساويا. و قال في النهاية إذا اشترى نسيئة فحل الأجل و لم يكن معه ما يدفعه إلى البائع جاز للبائع أن يأخذ منه ما كان باعه إياه من غير نقصان من ثمنه فإن أخذه بنقصان مما باع لم يكن ذلك صحيحا و لزمه ثمنه الذي كان أعطاه به فإن أخذ من المبتاع متاعا آخر بقيمته في الحال لم يكن بذلك بأس انتهى و عن الشهيد أنه تبع الشيخ جماعة- و ظاهر الحدائق أن محل الخلاف أعم بما بعد الحلول و أنه قصر بعضهم التحريم بالطعام و كيف كان

### فالأقوى هو المشهور - للعمومات المجوزة كتابا و سنة

#### إشارة

و عموم ترك الاستفصال في صحيحة بشار ابن يسار قال: سألت أبا عبد الله ع عن الرجل يبيع المتاع بنسء مرابحة فيشتره من صاحبه الذي يبيعه منه فقال نعم لا بأس به فقلت له أشتري متاعى و غنمى قال ليس هو متاعك و لا غنمك و لا بقرك و صحيحة ابن حازم عن أبى عبد الله ع: رجل كان له على رجل دراهم من ثمن غنم اشتراها منه فأتى الطالب المطلوب يتقاضاه فقال له المطلوب أبيعك هذه الغنم بدراهمك التى عندى فرضى قال لا بأس بذلك و رواية الحسين بن منذر قال: قلت لأبى عبد الله ع الرجل يجيئنى فيطلب العينة- فأشترى له المتاع ثم أبيعته إياه مرابحة ثم أشتريه منه مكانى قال فقال إذا كان هو بالخيار إن شاء باع و إن شاء لم يبع و كنت أنت بالخيار إن شئت اشتريت و إن شئت لم تشتري فلا بأس قال فقلت إن أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسد و يقولون إنه إن جاء به بعد أشهر صح قال إنما هذا تقديم و تأخير و لا بأس. و فى المحكى عن قرب الإسناد عن على بن جعفر عن أخيه ع قال: سألت عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم اشتراه منه بخمسة دراهم أ يحل قال إذا لم يشترط و رضيا فلا بأس. و عن كتاب على بن جعفر قوله: باعه بعشرة إلى أجل ثم اشتراه بخمسة بنقد و هو أظهر فى عنوان المسألة و ظاهر هذه الأخبار كما ترى يشمل صور الخلاف و قد يستدل أيضا برواية يعقوب بن شعيب و عبيد بن زرارة قالوا: سألتنا أبا عبد الله ع عن رجل باع طعاما بدراهم إلى أجل فلما بلغ ذلك تقاضاه فقال ليس لى دراهم خذ منى طعاما فقال لا بأس به فإنما له دراهم يأخذ بها ما شاء و فى دلالتها نظر

### [توهم معارضة العمومات مع روايتى خالد و عبد الصمد]

#### إشارة

و فيما سبق من العمومات كفاية إذ لا معارض لها عدا ما ذكره الشيخ قدس سره من رواية خالد بن الحجاج قال: سألت أبا عبد الله ع عن رجل بعته طعاما بتأخير إلى أجل مسمى فلما جاء الأجل أخذته بدراهمى فقال ليس عندى دراهم و لكن عندى طعام فاشتره منى فقال لا تشتريه منه لا خير فيه و رواية عبد الصمد بن بشر المحكية عن الفقيه قال سأله محمد بن قاسم الحنات فقال: أصلحك الله أبيع الطعام من رجل إلى أجل فيجيئنى و قد تغير الطعام من سعره فيقول ليس عندى دراهم قال خذ منه بسعر يومه فقال أفهم أصلحك الله إنه طعامى الذى اشتراه منى فقال لا تأخذ منه حتى يبيعه و يعطيك فقال أرغم الله أنفى رخص لى فرددت عليه فشدد على

### [الجواب عن توهم المعارضة]

و حكى عن الشيخ قدس سره أنه أوردتها فى الاستبصار دليلا على مختاره و حكى عن بعض ردها بعدم الدلالة بوجه من الوجوه.

أقول لا يظهر من رواية خالد دلالة على مذهب الشيخ و على تقدير الدلالة فتعليل المنع بأنه لا خير فيه من أمارات الكراهة

### [ما حكى عن الشيخ من عدم جواز أخذ بدل الطعام طعاما إذا كان أزيد]

و اعلم أنه قال الشيخ قدس سره فى المبسوط إذا باع طعاما بعشرة مؤجلة فلما حل الأجل أخذ بها طعاما جاز إذا أخذ ما أعطاه فإن أخذ أكثر لم يجز و قد روى أنه يجوز على كل حال و حكى فى المختلف عن الخلاف أنه إذا باع طعاما قفيزا بعشرة دراهم مؤجلة فلما حل الأجل أخذ بها طعاما جاز ذلك إذا أخذ مثله فإن زاد عليه لم يجز و احتج بإجماع الفرقه و أخبارهم و بأنه يؤدى إلى بيع طعام بطعام ثم حكى عن بعض أصحابنا الجواز مطلقا و عن بعضهم المنع مطلقا ثم حكى عن الشيخ فى آخر كلامه أنه قال و القول الآخر الذى لبعض أصحابنا قوى و ذلك أنه بيع طعام بدراهم لا يبيع طعام بطعام فلا يحتاج إلى اعتبار المثلية انتهى أقول الظاهر أن الشيخ قدس سره جرى فى ذلك و فيما تقدم عنه فى النهاية

المكاسب، ج ٣، ص ٣٠٨

من عدم جواز بيع ما اشترى بجنس الثمن متفاضلا على قاعدة كلية تظهر من بعض الأخبار- من أن عوض الشىء الربوى لا يجوز أن يعوض بذلك الشىء بزيادة و إن عوض العوض بمنزلة العوض. فإذا اشترى طعاما بدراهم لا يجوز أن يأخذ بدل الطعام دراهم بزيادة و كذلك إذا باع طعاما بدراهم لا يجوز له أن يأخذ عوض الدراهم طعاما و عول فى ذلك على التعليل المصرح به فى رواية على بن جعفر عن أخيه ع المعتضد ببعض الأخبار المانعة عن بعض أفراد هذه القاعدة هنا و فى باب السلم قال: سألت عن رجل له على آخر تمر أو شعير أو حنطة أ يأخذ بقيمته دراهم قال إذا قومه دراهم فسد لأن الأصل الذى يشتري به دراهم و لا يصلح دراهم بدراهم قال فى محكى التهذيب الذى أفتى به ما تضمنه هذا الخبر الأخير من أنه إذا كان الذى أسلف فيه دراهم لم يجز أن يبيعه بدراهم لأنه يكون قد باع دراهم بدراهم و ربما كان فيه زيادة أو نقصان و ذلك ربا انتهى و هنا يقول قبلا لمسألة السلم التى هى عكس مسألتنا إنه إذا كان الذى باعه طعاما لم يجز أن يشتري بثمنه طعاما لأنه يكون باع طعاما بطعام و بالجمله فمدار فتوى الشيخ قدس سره على ما عرفت من ظهور بعض الأخبار بل صراحته فيه من أن عوض العوض فى حكم العوض فى عدم جواز التفاضل مع اتحاد الجنس الربوى فلا- فرق بين اشتراء نفس ما باعه منه و بين اشتراء مجانسه منه و لا- فرق أيضا بين اشتراؤه قبل حلول الأجل أو بعده كما أطلقه فى الحدائق و تقييده بما بعد الحلول فى عبارة النهاية المتقدمة لكون الغالب وقوع المطالبة و الإيفاء بعد الحلول و إن قصر المشهور خلافه به لكن الأظهر هو الإطلاق كما أن تقييد المنع فى كلامه بأخذ ما باعه بالنقص لأنه الغالب لأن فى رد نفس ما اشتراه رده بالنقص لا لخصوصية فى النقص لا يجرى فى الزيادة و لذا ذكر جواز أخذ المتاع الآخر بقيمته فى الحال زادت أو نقصت فيعلم منه أن أخذ ما باعه بقيمته فى الحال غير جائز زادت أو نقصت و يؤيد الحمل على الغالب أنه قدس سره ذكر فى مسألة السلم التى هى عكس المسألة أنه لا يجوز له أخذ مثل الثمن زائدا على ما أعطاه فإن الغالب مع إعطاء الطعام بدل الدراهم النقص مما اشترى و مع العكس العكس و ظهر أيضا مما ذكرنا أن الحكم مختص فى كلام الشيخ بالجنس الربوى لا مطلق المتاع و لا خصوص الطعام

### [إذا اشترط فى البيع الأول نقله إلى من انتقل عنه]

#### إشارة

و أما الحكم فى المستثنى- و هو ما إذا اشترط فى البيع الأول نقله إلى من انتقل عنه فهو المشهور و نص عليه الشيخ فى باب المراجعة

### [الاستدلال على بطلان هذا البيع بالدور]

**إشارة**

و استدلووا عليه أولاً بالدور كما في التذكرة قال في باب الشروط لو باعه شيئاً بشرط أن يبيعه إياه لم يصح سواء اتحد الثمن قدرا و وصفا و عينا أم لا و إلا جاء الدور لأن يبيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقفة على يبيعه فيدور أما لو شرط أن يبيعه على غيره صح عندنا حيث لا- منافاة فيه للكتاب و السنة لا يقال ما التزمه من الدور آت هنا لأننا نقول الفرق ظاهر لجواز أن يكون جاريا على حد التوكيل أو عقد الفضولي بخلاف ما لو شرط البيع على المالك أقول ظاهر ما ذكره من النقص أنه يعتبر في الشرط أن يكون معقولا في نفسه مع قطع النظر عن البيع المشروط فيه و بيع الشيء على غير ماله معقول و لو من غير المالك كالتوكيل و الفضولي بخلاف يبيعه على ماله فإنه غير معقول أصل فاندفع عنه نقض جماعة ممن تأخر عنه- باشرط يبيعه على غيره أو عتقه.

**[النقض على الاستدلال]**

نعم ينتقض ذلك باشرط كون المبيع رهنا على الثمن فإن ذلك لا يعقل مع قطع النظر عن البيع بل يتوقف عليه و قد اعترف قدس سره بذلك في التذكرة فاستدل بذلك لأكثر الشافعية المانعين عنه و قال إن المشتري لا يملك رهن المبيع إلا بعد صحة البيع فلا يتوقف عليه صحة البيع و إلا دار لكنه قدس سره مع ذلك جواز هذا الاشرط إلا أن يقال أخذ الرهن على الثمن و التضمين عليه و على دركه و درك المبيع من توابع البيع و من مصالحه فيجوز اشترطها نظير وجوب نقد الثمن أو عدم تأخيره عن شهر مثلا و نحو ذلك لكن ينتقض حينئذ بما اعترف بجوازه في التذكرة من اشترط وقف المشتري المبيع على البائع و ولده

**[تقرير الدور في جامع المقاصد]****إشارة**

و قرر الدور في جامع المقاصد بأن انتقال الملك موقوف على حصول الشرط و حصول الشرط موقوف على الملك و هذا بعينه ما تقدم عن التذكرة بتفاوت في ترتيب المقدمتين

**[ما أجيب به عن هذا التقرير و ما يرد على الأجوبة]**

و أجيب عنه تارة بالنقض باشرط يبيعه من غيره و قد عرفت أن العلامة قدس سره تفتن له في التذكرة و أجاب عنه بما عرفت انتقاضه بمثل اشترط رهنه على الثمن و عرفت تفتنه لذلك أيضا في التذكرة و أخرى بالحل- و هو انتقال الملك ليس موقوفا على تحقق الشرط و إنما المتوقف عليه لزومه و ثالثه بعدم جريانه فيما لو شرط يبيعه منه بعد أجل البيع الأول فإن ملك المشتري متخلل بين البيعين و مبنى هذين الجوابين على ما ذكره العلامة في الاعتراض على نفسه و الجواب عنه بما حاصله أن الشرط لا بد من صحته مع قطع النظر عن البيع فلا يجوز أن يتوقف صحته على صحة البيع

**[الاستدلال على البطلان بعدم القصد]****إشارة**

و لا فرق في ذلك بين اشتراط بيعه قبل الأجل أو بعده لأن بيع الشيء على مالكة غير معقول مطلقا و لو قيد بما بعد خروجه عن ملكه مالكة لم يفرق أيضا بين ما قبل الأجل و ما بعده و استدل عليه أيضا بعدم قصد البائع بهذا الشرط إلى حقيقة الإخراج عن ملكه حيث لم يقطع علاقة الملك و جعله في غاية المراد أولى من الاستدلال بالدور بعد دفعه بالجوابين الأولين ثم قال و إن كان إجماع على المسألة فلا بحث

### [الرد على الاستدلال]

و رد عليه المحقق و الشهيد الثانيان بأن الفرض حصول القصد إلى النقل الأول لتوقفه عليه و إلا لم يصح ذلك إذا قصدا ذلك و لم يشترطه مع الاتفاق على صحته انتهى

### [الاستدلال على البطان برواية الحسين ابن المنذر]

#### إشارة

و استدل عليه في الحدائق بقوله ع في رواية الحسين بن المنذر المتقدمة في السؤال عن بيع الشيء و اشتراؤه ثانيا من المشتري: إن كان هو بالخيار إن شاء باع و إن شاء لم يبع و كنت أنت بالخيار إن شئت اشتريت و إن شئت لم تشتري فلا بأس فإن المراد بالخيار هو الاختيار عرفا في مقابل الاشتراط على نفسه بشرائه ثانيا فدل على ثبوت البأس إذا كان أحد المتبايعين غير مختار في النقل من جهة التزامه بذلك في العقد الأول

### [بيان الاستدلال]

و ثبوت البأس في الرواية إما راجع إلى البيع الأول فيثبت المطلوب و إن كان راجعا إلى البيع الثاني فلا وجه له إلا بطلان البيع الأول إذ لو صح البيع الأول و المفروض اشتراطه بالبيع الثاني لم يكن بالبيع الثاني بأس بل كان لازما بمقتضى الشرط الواقع في متن العقد الصحيح

### بمقتضى الشرط الواقع في متن العقد الصحيح

[ما رد به عن الاستدلال و الجواب عنه]

هذا و قد يرد دلالتها بمنع دلالة البأس على البطان و فيه ما لا يخفى و قد ترد أيضا بتضمنها لاعتبار ما لا يقول به أحد من عدم

المكاسب، ج ٣، ص ٣٠٩

اشتراط المشتري ذلك على البائع. و فيه أن هذا قد قال به كل أحد من القائلين باعتبار عدم اشتراط البائع فإن المسألتين من واد واحد بل الشهيد قدس سره في غاية المراد عنوان المسألة بالاشتراء بشرط الاشتراء و قد يرد أيضا بأن الاستفادة من المفهوم لزوم الشرط و أنه لو شرطه يرتفع الخيار عن المشروط عليه و إن كان يحرم البيع الثاني أو هو و البيع الأول مع الشرط و يكون الحاصل حينئذ حرمة

الاشترط و إن كان لو فعل التزم به و هو غير التزم المحرم الذى يفسد و يفسد العقد. و فيه أن الحرمة المستفادة من البأس ليس إلا الحرمة الوضعية أعنى الفساد و لا يجامع ذلك صحة الشرط و لزومه.

### [مناقشة المؤلف فى الاستدلال]

نعم يمكن أن يقال بعد ظهور سياق الرواية فى بيان حكم البيع الثانى مع الفراغ عن صحة الأول كما يشهد به أيضا بيان خلاف أهل المسجد المختص بالبيع الثانى أن المراد أنه إن وقع البيع الثانى على وجه الرضا و طيب النفس و الاختيار فلا بأس به و إن وقع لا عن ذلك بل لأجل الالتزام به سابقا فى متن العقد أو قبله و إلزامه عرفا بما التزم كان الشراء فاسدا لكن فساد الشراء لا يكون إلا لعدم طيب النفس فيه و عدم وجوب الالتزام بما التزم على نفسه إما لعدم ذكره فى متن العقد و إما لكون الشرط بالخصوص فاسدا لا يجب الوفاء به و لا يوجب فساد العقد المشروط به كما هو مذهب كثير من القدماء لا لأجل فساد العقد الأول من جهة فساد الالتزام المذكور فى متنه حتى لو وقع عن طيب النفس لأن هذا مخالف لما عرفت من ظهور اختصاص حكم الرواية منعا و جواز بالعقد الثانى.

### [الاستدلال على البطلان برواية على بن جعفر و المناقشة فيه]

و أما رواية على بن جعفر فهى أظهر فى اختصاص الحكم بالشراء الثانى فيجب أيضا حمله على وجه لا يكون منشأ فساد البيع الثانى فساد البيع الأول بأن يكون مفهوم الشرط أنه إذا اشترط ذلك فى العقد أو قبله و لم يرضيا بوقوع العقد الثانى بل وقع على وجه الإلجاء من حيث الالتزام به قبل العقد أو فيه فهو غير صحيح لعدم طيب النفس فيه و وقوعه عن إلجاء و هذا لا يكون إلا مع عدم وجوب الوفاء إما لعدم ذكره فى العقد و إما لكونه لغوا فاسدا مع عدم تأثير فساده فى العقد. و بالجملة فالحكم بفساد العقد الثانى فى الرويتين لا يصح أن يستند إلى فساد الأول لما ذكرنا من ظهور الرويتين فى ذلك فلا بد أن يكون منشأ عدم طيب النفس بالعقد الثانى و عدم طيب النفس لا يقدح إلا مع عدم لزوم الوفاء شرعا بما التزم و عدم اللزوم لا يكون إلا لعدم ذكر الشرط فى العقد أو لكونه فاسدا غير مفسد- ثم إنه قال فى المسالك إنهما لو شرطاه قبل العقد لفظا فإن كانا يعلمان أن الشرط المتقدم لا حكم له فلا أثر له و إلا اتجه بطلان العقد به كما لو ذكراه فى متنه لأنهما لم يقدموا إلا على الشرط و لم يتم لهما و يمكن أن يقال إن علمهما بعدم حكم للشرط لا يوجب عدم إقدامهما على الشرط

### [رأى المؤلف فى المسألة]

فالأولى بناء المسألة على تأثير الشرط المتقدم فى ارتباط العقد به و عدمه و المعروف بينهم عدم التأثير كما تقدم إلا أن يفرق بين الشرط الصحيح فلا يؤثر و بين الفاسد فيؤثر فى البطلان و وجهه غير ظاهر بل ربما حكى العكس عن بعض المعاصرين و قد تقدم توضيح الكلام فى ذلك

@@@@@@@@@@@@@@@@

### [أقسام البيع باعتبار تأخير و تقديم أحد العوضين]

[أقسام البيع باعتبار تأخير و تقديم أحد العوضين]

قال فى التذكرة ينقسم البيع باعتبار التأخير و التقديم- فى أحد العوضين إلى أربعة أقسام بيع الحاضر بالحاضر و هو النقد و بيع

المؤجل بالمؤجل و هو بيع الكالئ بالكالئ و بيع الحاضر بالثمن المؤجل و هي النسيئة و بيع المؤجل بالحاضر و هو السلم و المراد بالحاضر أعم من الكلي و بالمؤجل خصوص الكلي

### مسألة إطلاق العقد يقتضى النقد

مسألة إطلاق العقد يقتضى النقد و علة في التذكرة بأن قضية العقد انتقال كل من العوضين إلى الآخر فيجب الخروج عن العهدة متى طوّل صاحبها فيكون المراد من النقد عدم حق للمشتري في تأخير الثمن و المراد المطالبة مع الاستحقاق بأن يكون قد بذل المثلن أو مكن منه على الخلاف الآتي في زمان و جوب تسليم الثمن على المشتري. و يدل على الحكم المذكور أيضا الموثق: في رجل اشترى من رجل جاريه بثلن مسمى ثم افترقا قال وجب البيع و الثمن إذا لم يكونا شرطا فهو نقد

### مسألة يجوز اشتراط تأجيل الثمن مدة معينة

مسألة يجوز اشتراط تأجيل الثمن مدة معينة غير محتملة مفهوما و لا مصداقا للزيادة و النقصان غير المسامح فيهما فلو لم يعين كذلك بطل بلا خلاف ظاهرا للغرر و لما دل في السلم الذي هو عكس المسألة على وجوب تعيين الأجل و عدم جواز السلم إلى دياس أو حصاد

### مسألة لو باع بثلن حالا و بأزيد منه مؤجلا

مسألة لو باع بثلن حالا و بأزيد منه مؤجلا ففي المبسوط و السرائر و عن أكثر المتأخرين أنه لا يصح- و علة في المبسوط و غيره بالجهالة كما لو باع إما هذا العبد و إما ذاك و يدل عليه أيضا ما رواه في الكافي أنه قال: من ساوم بثلنين أحدهما عاجلا و الآخر نظرة فليس أحدهما قبل الصفقة

### مسألة لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل

مسألة لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل و إن طوّل إجماعا- لأن ذلك فائدة اشتراط التأجيل- و لو تبرع بدفعه لم يجب على البائع القبول بلا خلاف بل عن الرياض الإجماع عليه و في جامع المقاصد في باب السلم نسبة الخلاف إلى بعض العامة و علل الحكم في التذكرة في باب السلم بأن التعجيل كالتبرع بالزيادة فلا يكلف تقليد المنه و فيه تأمل و يمكن تعليل الحكم بأن التأجيل كما هو حق للمشتري يتضمن حقا للبائع من حيث التزام المشتري لحفظ ماله في ذمته و جعله إياه كالودعي فإن ذلك حق عرفا و بالجملة ففي الأجل حق لصاحب الدين بلا خلاف ظاهر و مما ذكرنا يظهر الفرق بين الحال و المؤجل حيث إنه ليس لصاحب الدين الحال حق على المديون و اندفع أيضا ما يتخيل- من أن الأجل حق مختص بالمشتري و لذا يزداد الثمن من أجله و له طلب النقصان في مقابل التعجيل و أن المؤجل كالواجب الموسع في أنه يجوز فيه التأخير و لا يجب ثم إنه لو أسقط المشتري أجل الدين- ففي كتاب الدين من التذكرة و القواعد أنه لو أسقط المديون أجل الدين مما عليه لم يسقط و ليس لصاحب الدين مطالبته في الحال و علة في جامع المقاصد بأنه قد ثبت التأجيل في العقد اللازم فلا يسقط و لأن في الأجل حقا لصاحب الدين و لذا لم يجب عليه القبول قبل الأجل أما لو تقايلا في الأجل يصح و لو نذر التأجيل فإنه يلزم و ينبغي أن لا يسقط بتقايلهما لأن التقايل في العقود لا في النذور انتهى و فيه أن الحق المشتري في العقد اللازم- يجوز لصاحبه إسقاطه و حق صاحب الدين- لا يمنع من مطالبته من أسقط حق نفسه. و في باب الشروط من التذكرة لو كان عليه دين مؤجل فأسقط

المديون الأجل لم يسقط و ليس للمستحق مطالبته في الحال لأن الأجل صفة تابعة و الصفة لا تفرد بالإسقاط و لهذا لو أسقط مستحق الحنطة الجيدة و الدنانير الصحيحة الجودة و الصحة لم يسقط و للشافعي و جهان انتهى و يمكن أن يقال إن مرجع التأجيل في العقد اللازم إلى إسقاط حق المطالبة في الأجل فلا يعود الحق بإسقاط التأجيل و الشرط القابل للإسقاط ما تضمن إثبات حق قابل للإسقاطه بعد جعله ألا ترى أنه لو شرط في العقد التبري من عيوب لم يسقط هذا الشرط بإسقاطه بعد العقد و لم تعد العيوب مضمونة كما لو كانت بدون الشرط. و أما ما ذكره من أن لصاحب الدين حقا في الأجل فدلالته على المدعى موقوفة على أن الشرط الواحد إذا انحل إلى حق لكل من المتبايعين لم يجز لأحدهما إسقاطه لأن الفرض اشتراكهما فيه و لم يسقط الحق بالنسبة إلى نفسه لأنه حق واحد يتعلق بهما فلا- يسقط إلا- باتفاقهما الذي عبر عنه بالتقابل و معناه الاتفاق على إسقاط الشرط الراجع إليهما فلا يرد عليه منع صحة التقابل في شروط العقود لا في أنفسها نعم لو صار التأجيل حقا لله تعالى بالنذر لم ينفع اتفاقهما على سقوطه لأن الحق معلق بغيرهما و ما ذكره حسن لو ثبت اتحاد الحق الثابت من اشتراط التأجيل أو لم يثبت التعدد فيرجع إلى أصالة عدم السقوط لكن الظاهر تعدد الحق فتأمل. ثم إن المذكور في باب الشروط عن بيع التذكرة لتعليل عدم سقوط أجل الدين بالإسقاط بأن الأجل صفة تابعة لا يفرد بالإسقاط و لذا لو أسقط مستحق الحنطة الجيدة أو الدنانير

المكاسب، ج ٣، ص ٣٠٦

الصحيح الجودة أو الصحة لم يسقط انتهى و هذا لا دخل له بما ذكره جامع المقاصد.

### مسألة إذا كان الثمن بل كل دين حالا أو حل وجب على مالكة قبوله عند دفعه إليه

مسألة إذا كان الثمن بل كل دين حالا أو حل وجب على مالكة قبوله عند دفعه إليه لأن في امتناعه إضرارا و ظلما إذ لا- حق له على من في ذمته في حفظ ماله في ذمته و الناس مسلطون على أنفسهم و توهم عدم الإضرار و الظلم لارتفاعه بقبض الحاكم مع امتناعه أو عزله و ضمانه على مالكة مدفوع بأن مشروعية قبض الحاكم أو العزل إنما تثبت لدفع هذا الظلم و الإضرار المحرم عن المديون و ليس بدلا اختياريا حتى يسقط الوجوب عن المالك لتحقق البدل ألا ترى أن من يجب عليه بيع ماله لنفقة عياله لا يسقط عنه الوجوب لقيام الحاكم مقامه في البيع

### مسألة [عدم جواز تأجيل الثمن الحال بأزيد منه و الاستدلال عليه]

مسألة [عدم جواز تأجيل الثمن الحال بأزيد منه و الاستدلال عليه]

لا- خلاف على الظاهر من الحدائق المصرح به في غيره في عدم جواز تأجيل الثمن الحال- بل مطلق الدين بأزيد منه لأنه ربا لأن حقيقة الربا في القرض راجعة إلى جعل الزيادة في مقابل إمهال المقرض و تأخيره المطالبة إلى أجل فالزيادة الواقعة بإزاء تأخير المطالبة ربا عرفا فإن أهل العرف لا يفرقون في إطلاق الربا بين الزيادة التي تراضيا عليه في أول المدائنة كأن يقرضه عشرة بأحد عشر إلى شهر و بين أن يتراضيا بعد الشهر إلى تأخيره شهرا آخر بزيادة واحد و هكذا بل طريقة معاملة الربا مستقرة على ذلك بل الظاهر من بعض التفاسير أن صدق الربا على هذا التراضي مسلم في العرف

### مسألة [جواز بيع العين الشخصية المبتاعة بثمن مؤجل من بائعها إلا في صورة الاشتراط]

مسألة [جواز بيع العين الشخصية المبتاعة بثمن مؤجل من بائعها إلا في صورة الاشتراط]

إذا ابتاع عينا شخصية بثمن مؤجل جاز بيعه من بائعه و غيره قبل حلول الأجل و بعده- بجنس الثمن و غيره مساويا له أو زائدا عليه أو ناقصا حالا أو مؤجلا إلا إذا اشترط أحد المتبايعين على صاحبه في البيع الأول قبوله منه بمعاملة ثانية أما الحكم في المستثنى منه فلا

خلاف فيه إلا بالنسبة إلى بعض صور المسألة- فمنع منها الشيخ في النهاية و التهذيبين و هي يبعه من البائع بعد الحلول بجنس الثمن لا مساويا. و قال في النهاية إذا اشترى نسيئة فحل الأجل و لم يكن معه ما يدفعه إلى البائع جاز للبائع أن يأخذ منه ما كان باعه إياه من غير نقصان من ثمنه فإن أخذه بنقصان مما باع لم يكن ذلك صحيحا و لزمه ثمنه الذي كان أعطاه به فإن أخذ من المبتاع متاعا آخر بقيمته في الحال لم يكن بذلك بأس انتهى و عن الشهيد أنه تبع الشيخ جماعة- و ظاهر الحدائق أن محل الخلاف أعم بما بعد الحلول و أنه قصر بعضهم التحريم بالطعام و كيف كان

## القول في القبض

### إشارة

القول في القبض

و هو لغة الأخذ مطلقا أو باليد أو بجميع الكف على اختلاف عبارات أهل اللغة- و النظر في ماهيته و وجوبه و أحكامه يقع في مسائل

### مسألة اختلفوا في ماهية القبض في المنقول بعد اتفاهم على أنها التخليء (في غير المنقول) - على أقوال

#### أحدها أنها التخليء أيضا

صرح به المحقق في الشرائع و حكى عن تلميذه كاشف الرموز و عن الإيضاح نسبه إلى بعض متقدمي أصحابنا و عن التنقيح نسبه إلى المبسوط

#### الثاني أنه في المنقول النقل

و فيما يعتبر كيله أو وزنه الكيل أو الوزن

#### الثالث ما في الدروس

من أنه في الحيوان نقله و في المعبر كيله أو وزنه أو عدده أو نقله و في الثوب وضعه في اليد.

#### الرابع ما في الغنية

و عن الخلاف و السرائر و اللعة أنه التحويل و النقل

#### الخامس ما في المبسوط

من أنه إن كان مثل الجواهر و الدراهم و الدنانير و ما يتناول باليد فالبض فيه هو التناول باليد و إن كان مثل الحيوان كالعبد و البهيمة فالبض في البهيمة أن يمشى بها إلى مكان آخر و في العبد أن يقيمه إلى مكان آخر و إن كان اشتراه جزافا كان القبض فيه أن ينقله في مكانه و إن كان اشتراه مكايلة فالبض فيه أن يكيه و زاد في الوسيلة أنه في الموزون وزنه و في المعدود عدده و نسب عبارة الشرائع- الراجعة إلى ما في المبسوط إلى المشهور.

#### السادس أنه الاستقلال و الاستيلاء عليه باليد



حكى عن المحقق الأردبيلي و صاحب الكفاية و اعترف في المسالك تبعاً لجامع المقاصد لشهادة العرف بذلك إلا أنه أخرج عن ذلك المكيل و الموزون مستنداً إلى النص الصحيح و فيه ما سيجيء.

### السابع ما في المختلف

من أنه إن كان منقولاً فالقبض فيه النقل أو الأخذ باليد و إن كان مكيلاً أو موزوناً فقبضه ذلك أو الكيل أو الوزن.

### الثامن أنه التخليه مطلقاً

بالنسبة إلى انتقال الضمان إلى المشتري دون النهي عن بيع ما لم يقبض نفى عنه البأس في الدروس

### [رأى المؤلف في المسألة]

### إشارة

أقول لا- شك أن القبض للمبيع هو فعل القابض و هو المشتري و لا شك أن الأحكام المترتبة على هذا الفعل لا يترتب على ما كان من فعل البائع من غير مدخل للمشتري فيه كما أن الأحكام المترتبة على فعل البائع كالوجوب على البائع و الراهن في الجملة و اشتراط القدرة على التسليم لا يحتاج في ترتبها إلى فعل من المشتري

### [بطلان تفسير القبض بالتخليه]

فحينئذ نقول أما ما اتفق عليه من كفاية التخليه- في تحقق القبض في غير المنقول إن أريد بالقبض ما هو فعل البائع بالنسبة إلى المبيع و هو جميع ما يتوقف عليه من طرفه وصوله إلى المشتري و يعبر عنه مسامحة بالإقباض و التسليم و هو الذي يحكمون بوجوبه على البائع و الغاصب و الراهن في الجملة و يفسرونه بالتخليه التي هي فعل البائع فقد عرفت أنه ليس قبضاً حقيقياً حتى في غير المنقول و إن فسرت برفع جميع الموانع و أذن المشتري في التصرف. قال كاشف الرموز في شرح عبارة النافع القبض مصدر يستعمل بمعنى التقييض و هو التخليه و يكون من طرف البائع و الواهب بمعنى التمكين من التصرف انتهى. بل التحقيق أن القبض مطلق هو استيلاء المشتري عليه و تسلطه عليه الذي يتحقق به معنى اليد و يتصور فيه الغصب

### [لا بد من استفادة معنى القبض من حكم كل مورد بخصوصه]

نعم يترتب على ذلك المعنى الأول الأحكام المترتبة على الإقباض و التسليم

المكاسب، ج ٣، ص ٣١٠

الواجبين على البائع فينبغي ملاحظة كل حكم من الأحكام المذكورة في باب القبض و أنه مترتب على القبض الذي هو فعل المشتري بعد فعل البائع و على الإقباض الذي هو فعل البائع مثلاً إذا فرض أنه أدلته اعتبار القبض في الهبة دلت على اعتبار حيازة المتهب الهبة لم يكتف في ذلك بالتخليه التي هي من فعل الواهب و هكذا و لعل تفصيل الشهيد في البيع بين حكم الضمان و غيره من حيث إن الحكم الأول منوط بالإقباض و غيره منوط بفعل المشتري

### [اختلاف المناط في القبض باختلاف مدرك الضمان]

و كيف كان فلا بد من مراعاة أدلة أحكام القبض فنقول أما رفع الضمان- فإن استند فيه إلى النبوى: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه فالمناط فيه حصول الفعل من المشتري و إن استند إلى قوله ع في رواية عقبه بن خالد: حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته احتمل فيه إناطة الحكم بالتخليه فيمكن حمل النبوى على ما ذكر ما هو مقارن غالبى للتخليه و احتمل ورود الروايه مورد الغالب من ملازمه الإخراج للوصول إلى المشتري بقرينه ظاهر النبوى. و لذا قال فى جامع المقاصد بعد نقل ما فى الدروس إن الخبر دال على خلافه و هو حسن إن أراد به ظاهر النبوى لا ظاهر رواية عقبه أو غيرها و الإنصاف أن ما ذكره الشهيد قريب بالنسبه إلى ظاهر رواية عقبه و ربما يخدم فيهما بظهورها فى اعتبار الإخراج من البيت مع أنه غير معتبر فى رفع الضمان اتفاقا. و فيه أن الإخراج عن البيت كناية عن الإخراج عن السلطنه و رفع اليد و لا ينبغى خفاء ذلك على المتأمل فى الاستعمال العرفى هذا و لكن الجمود على حقيقة اللفظ فى الروايه يقتضى اعتبار الوصول إلى يد المشتري لأن الإقباض و الإخراج و إن كانا من فعل البائع إلا أن صدقهما عليه يحتاج إلى فعل من غير البائع لأن الإقباض و الإخراج بدون القبض و الخروج محال إلا أن يستفاد من الروايه تعلق الضمان على ما كان من فعل البائع و التعبير بالإقباض و الإخراج مسامحه مست الحاجة إليهما فى التعبير. و ما ذكره الشهيد من رفع الضمان بالتخليه يظهر من بعض فروع التذكرة حيث قال لو أحضر البائع السلعة فقال المشتري ضعه تم القبض لأنه كالتوكيل فى الوضع و لو لم يقل المشتري شيئا أو قال لا- أريد حصل القبض لوجود التسليم كما لو وضع الغاصب المغضوب بين يدي المالك فإنه يبرأ من الضمان انتهى. و ظاهره أن المراد من التسليم المبحوث عنه ما هو فعل البائع و لو امتنع المشتري لكنه قدس سره صرح فى عنوان المسألة و فى باب الهبة بضعف هذا القول بعد نسبه إلى بعض الشافعية فالظاهر أن مراده بل مراد الشهيد قدس سرهما رفع الضمان بهذا و إن لم يكن قبضا بل عن الشهيد فى حواشى أنه نقل عن العلامة قدس سره أن التخليه فى المنقول و غيره ترفع الضمان لأنه حق على البائع و قد أدى ما عليه أقول و هذا كما أن إتلاف المشتري يرفع ضمان البائع و سيجىء من المحقق الثانى أن النقل فى المكيل و الموزون يرفع الضمان و إن لم يكن قبضا

### [القبض هو الاستيلاء فى المنقول و غيره]

و قد ظهر مما ذكرنا أن لفظ القبض الظاهر بصيغته فى فعل المشتري يراد به الاستيلاء على البيع سواء فى المنقول و غيره لأن القبض لغه الأخذ مطلقا أو باليد أو بجميع الكف على اختلاف التعبيرات فإن أريد الأخذ حسا باليد فهو لا يتأتى فى جميع المبيعات مع أن أحكامه جارية فى الكل فاللائزم أن يراد به فى كلام أهل اللغة و فى لسان الشرع الحاكم عليه بأحكام كثيرة فى البيع و الرهن و الصدقة و تشخيص ما فى الذمه أخذ كل شىء بحسبه و هو ما ذكرنا من الاستيلاء و السلطنه

### [المناقشه فى اعتبار النقل و التحويل فى القبض]

و أما ما ذكره بعضهم من اعتبار النقل و التحويل فيه بل ادعى فى الغنيه الإجماع على أنه القبض فى المنقول الذى لا يكتفى فيه بالتخليه فهو لا- يخلو عن تأمل و إن شهد من عرفت بكونه موافقا للعرف فى مثل الحيوان لأن مجرد إعطاء المقود للمشتري أو مع ركوبه عليه قبض عرفا على الظاهر ثم المراد من النقل فى كلام من اعتبره هو نقل المشتري له لا نقل البائع كما هو الظاهر من عبارة المبسوط المتقدمه المصرح به فى جامع المقاصد. و أما رواية عقبه بن خالد المتقدمه فلا دلالة فيها على اعتبار النقل فى المنقول و إن استدلل بها عليه فى التذكرة لما عرفت من أن الإخراج من البيت فى الروايه نظير الإخراج من اليد كناية عن رفع اليد و التخليه للمشتري حتى لا يبقى من مقدمات الوصول إلى المشتري إلا ما هو من فعله

### و أما اعتبار الكيل و الوزن أو كتابته فى قبض المكيل أو الموزون

فقد اعترف غير واحد بأنه تعبد لأجل النص الذي ادعى دلالة عليه مثل صحيحة معاوية بن وهب قال: سألت أبا عبد الله ع عن الرجل يبيع المبيع قبل أن يقبضه فقال ما لم يكن كيل أو وزن فلا يبعه حتى يكيله أو يزنه إلا أن يوليه بالذي قام عليه و صحيحة منصور بن حازم: إذا اشترت متاعا فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه إلا أن توليه و في صحيحة على بن جعفر عن أخيه: عن الرجل يشتري الطعام أو يصلح يبعه قبل أن يقبضه قال إذا لم يربح عليه فلا بأس و إن ربح فلا يبعه حتى يقبضه و رواية أبي بصير: عن رجل اشترى طعاما ثم باعه قبل أن يكيله قال لا- يعجبنى أن يبيع كيلا أو وزنا قبل أن يكيله أو يزنه إلا أن يوليه كما اشتراه إلى غير ذلك مما دل على اعتبار الكيل و الوزن لا- من حيث اشتراط صحة المعاملة بهما و إلا لم يفرق بين التولية و غيرها فتعين لأمر آخر و ليس إلا من كون ذلك قبضا للإجماع كما في المختلف على جواز بيع الطعام بعد قبضه و منه يظهر ما في المسالك حيث إنه بعد ذكر صحيحة ابن وهب قال و التحقيق هنا أن الخبر الصحيح دل على النهي عن بيع المكيل و الموزون قبل اعتباره بهما لا على أن القبض لا يتحقق بدونهما و كون السؤال فيه وقع عن البيع قبل القبض لا ينافي ذلك لأن الاعتبار بهما قبض و زيادة و حينئذ فلو قيل بالاكْتفاء في نقل الضمان فيهما بالنقل عملا بالعرف و الخبر الآخر و يتوقف ثانيا على الكيل و الوزن أمكن إن لم يكن إحداث قول انتهى. و الظاهر أن مراده بالخبر خبر عقبة بن خالد و قد عرفت ظهوره في اعتبار النقل

### [ لا بد مع الكيل و الوزن من رفع يد البائع ]

ثم إن ظاهر غير واحد كفاية الكيل و الوزن في القبض من دون توقف على النقل و الظاهر أنه لا بد مع الكيل و الوزن من رفع يد البائع كما صرح به في جامع المقاصد و لذا نبه في موضع من التذكرة بأن الكيل شرط في القبض و كيف كان فالأولى في المسألة ما عرفت من أن القبض له معنى واحد يختلف باختلاف الموارد و أن كون القبض هو الكيل و الوزن خصوصا في باب الصدقة و تشخيص ما في الذمة مشكل جدا لأن التعبد الشرعي على تقدير تسليمه مختص المكاسب، ج ٣، ص ٣١١

بالبيع إلا أن يكون إجماع على اتحاد معنى القبض في البيع و غيره كما صرح به العلامة و الشهيدان و المحقق الثاني و غيرهم في باب الرهن و الهبة و حكي فيها الاتفاق على الاتحاد عن ظاهر المسالك و استظهره الحاكي أيضا. و عن ظاهر المبسوط في باب الهبة أن القبض هي التخليئة فيما لا- ينتقل و النقل و التحويل في غيره لكن صرح في باب الرهن بأن كلما كان قبضا في البيوع كان قبضا في الرهن و الهبات و الصدقات لا- يختلف ذلك و عن القاضي أنه لا- يكفي الرهن التخليئة و لو قلنا بكفايته في البيع يوجب استحقاق المبيع فيكفي التمكين منه و هنا لا استحقاق بل القبض سبب في الاستحقاق بل و مقتضى هذا الوجه لحوق الهبة و الصدقة بالرهن و هذا الوجه حكاه في هبة التذكرة عن بعض الشافعية فقال قدس سره القبض هنا كالقبض في البيع فبيما لا ينقل و لا يحول التخليئة و فيما ينقل و يحول النقل و التحويل و فيما يكال أو يوزن الكيل و الوزن ثم حكي عن بعض الشافعية عدم كفاية التخليئة في المنقول لو قلنا به في البيع مستندا إلى أن القبض في البيع مستحق و في الهبة غير مستحق فاعتبر تحققه و لم يكتف بالوضع بين يديه و لذا لو أتلف المتهب الموهوب لم يصر قابضا بخلاف المشتري ثم ضعفه بأنه ليس بشيء لاتحاد القبض في الموضوعين و اعتبار العرف فيهما انتهى. و ظاهر عدم اكتفائه هنا بالوضع بين يديه مخالف للفرع المتقدم عنه إلا أن يلتزم بكفاية التخليئة في رفع الضمان و إن لم يكن قبضا كما أشرنا إليه سابقا-

### فرعان

**الأول قال في التذكرة لو باع دارا أو سفينة مشحونة بأمتعة البائع**

و يمكنه منها بحيث جعل له تحويلها من مكان إلى مكان كان قبضا و قال أيضا إذا كان المبيع في موضع لا يختص بالبائع - كفى في المنقول النقل من حيز إلى حيز و إن كان في موضع يختص به فالنقل من زاوية إلى أخرى بغير إذن البائع لا يكفي لجواز التصرف و يكفي لدخوله في ضمانه و إن نقل بإذنه حصل القبض و كأنه استعار البقعة المنقول إليها

### الثانى [لو كيل أو وزن قبل البيع فهل يجب اعتباره ثانيا لتحقق القبض]

#### إشارة

قال فى المسالك لو كان المبيع مكيلا أو موزونا فلا يخلو إما أن يكون قد كيل قبل البيع أو وزن أولا بأن أخبر البائع بكيله أو وزنه أو باعه قدرا معيناً من صبره مشتملة عليه فإن كان الآخر فلا بد فى تحقق قبضه من كيله أو وزنه للنص المتقدم و إن كان الأول ففى افتقاره إلى الاعتبار ثانيا لأجل القبض أو الاكتفاء بالاعتبار الأول وجهان من إطلاق توقف الحكم على الكيل و الوزن و قد حصلنا قوله فى النص: حتى يكيه أو يزنه لا- يدل على اعتبار أزيد من اعتبار الكيل و الوزن الشامل لما وقع قبل البيع و من أن الظاهر أن ذلك لأجل القبض لا لتحقيق شرط صحة البيع الثانى فلا بد له من اعتبار جديد بعد العقد و به صرح العلامة و الشهيد و جماعة و هو الأقوى و يدل عليه قوله ع: إلا أن يوليه- فإن الكيل السابق شرط لصحة البيع فلا بد منه فى التولية و غيرها فدل على أن ذلك لأجل القبض لا- لصحة البيع انتهى المهم من كلامه رحمه الله أقول يبعد التزام القائلين بهذا القول- ببقاء المكيل و الموزون بعد الكيل و الوزن و العقد عليه و الأخذ و التصرف فى بعضه فى ضمان البائع حتى يكيه ثانيا أو يزنه و إن لم يرد بيعه ثانيا و كذا لو كاله و قبضه ثم عقد عليه

### [كلمات الفقهاء فى المسألة]

#### إشارة

و قد تفتن لذلك المحقق الأردبيلي رحمه الله فيما حكى من حاصل كلامه حيث نزل ما دل على اعتبار الكيل و الوزن فى البيع الثانى على ما إذا لم يعلم كيله أو وزنه بل وقع البيع الأول من دون كيل كما إذا اشترى أصوعاً من صبره مشتملة عليها أو اشترى بإخبار البائع أما إذا كاله بحضور المشتري ثم باعه إياه فأخذه و حمله إلى بيته و تصرف فيه بالطحن و العجن و الخبز فلا شك فى كونه قبضا مسقطا للضمان مجوزا للبيع و لا يلزم تكلف البائع بكيله مرة أخرى للإقباض إلى أن قال ما حاصله أن كون و جوب الكيل مرة أخرى للقبض مع تحققه أولا عند الشراء كما نقله فى المسالك عن العلامة و الشهيد و جماعة قدس الله أسرارهم و قواه ليس بقوى انتهى و قال فى جامع المقاصد عند شرح قول المصنف إن التسليم بالكيل و الوزن فيما يكال أو يوزن على رأى المراد به الكيل الذى يتحقق به اعتبار البيع و لا بد من رفع البائع يده عنه فلو وقع الكيل و لم يرفع البائع يده فلا تسليم و لا قبض و لو أخبره البائع بالكيل أو الوزن فصدقه و أخذ على ذلك حصل القبض كما نص عليه فى التذكرة ثم قال و لو أخذ المبيع جزافاً أو أخذ ما اشتراه كيلا وزناً أو بالعكس فإن تيقن حصول الحق فيه صحح و إلا فلا ذكره فى التذكرة و الذى ينبغى أن يقال إن هذا الأخذ بإعطاء البائع موجب لانتقال ضمان المدفوع إلى المشتري و انتفاء سلطنة البائع لو أراد حبسه ليقبض الثمن لا التسلط على بيعه لأن بيع ما يكال أو يوزن قبل كيله أو وزنه على التحريم أو الكراهة و لو كيل قبل ذلك فحضر كيله أو وزنه ثم اشتراه و أخذه بذلك الكيل فهو كما لو أخبره بالكيل أو الوزن بل هو أولى انتهى ثم الظاهر أن مراد المسالك مما نسبه إلى العلامة و الشهيد و جماعة من وجوب تجديد الاعتبار لأجل

القبض ما ذكره في القواعد تفريعا على هذا القول أنه لو اشترى مكايلة و باع مكايلة فلا بد لكل بيع من كيل جديد ليتم القبض قال في جامع المقاصد في شرحه إنه لو اشترى ما لا يباع إلا مكايلة و باع كذلك لا بد لكل بيع من هذين من كيل جديد لأن كل بيع لا بد له من قبض قال بعد ذلك و لو أنه حضر الكيل المتعلق بالبيع الأول فاكفى به أو أخبره البائع فصدقه لكفى نقله و قام ذلك مقام كيله و في الدروس بعد تقوية كفاية التخليه في رفع الضمان لا في زوال تحريم البيع أو كراهته قبل القبض قال نعم لو خلى بينه و بين المكيل فامتنع حتى يكتاله لم ينتقل إليه الضمان و لا يكفى الاعتبار الأول عن اعتبار القبض انتهى و هذا ما يمكن الاستشهاد به من كلام العلامة و الشهيد و المحقق الثاني لاختيارهم و جوب تجديد الكيل و الوزن لأجل القبض و إن كيل أو وزن قبل ذلك

### [عدم ظهور كلمات الفقهاء في وجوب الاعتبار مرة أخرى]

#### إشارة

لكن الإنصاف أنه ليس في كلامهم و لا غيرهم ما يدل على أن الشيء الشخصى المعلوم كيله أو وزنه قبل العقد إذا عقد عليه و جب كيله مرة أخرى لتحقق القبض كما يظهر من المسالك فلا يبعد أن يكون كلام الشيخ قدس سره و من تبعه في هذا القول و كلام العلامة و من ذكر فروع هذا القول مختصا بما إذا عقد على كيل معلوم من كلى أو من صبرة معينة أو على جزئى محسوس على أنه كذا و كذا فيكون

المكاسب، ج ٣، ص ٣١٢

مراد الشيخ و الجماعة من قولهم اشترى مكايلة أنه اشترى بعنوان الكيل و الوزن في مقابل ما إذا اشترى ما علم كيله سابقا من دون تسمية الكيل المعين في العقد لكونه لغوا و الظاهر أن هذا هو الذى يمكن أن يعتبر في القبض في غير البيع أيضا من الرهن و الهبة فلو رهن إناء معيناً من صفر مجهول الوزن أو معلوم الوزن أو وهبه خصوصا على القول بجواز هبة المجهول فالظاهر أنه لا يقول أحد بأنه يعتبر في قبضه وزنه مع عدم تعلق غرض في الهبة بوزنه أصلا. نعم لو رهن أو وهب مقدارا معيناً من الكيل أو الوزن أمكن القول باشتراط اعتباره في قبضه و إن قبضه جزافا كذا قبض فظهر أن قوله في القواعد اشترى مكايلة و هو العنوان المذكور في المبسوط لهذا القول كما عرفت عند نقل الأقوال يراد به ما ذكرنا لا ما عرفت من جامع المقاصد و يؤيده تكرار المكايلة في قوله و باع مكايلة و يشهد له أيضا قول العلامة في غير موضع من التذكرة لو قبض جزافا ما اشتراه مكايلة و يشهد له أيضا قوله في موضع آخر لو أخذ ما اشترى كيلا وزنا و بالعكس فإن تيقن حصول الحق فيه إلخ و أظهر من ذلك فيما ذكرنا ما في المبسوط فإنه بعد ما صرح باتحاد معنى القبض في الرهن و غيرهما ذكر أنه لو رهن صبرة على أنه كيل كذا فقبضه أن يكيله و لو رهنها جزافا فقبضه أن ينقله من مكانه مع أنه اختار عدم جواز بيع الصبرة جزافا فافهم و أما قوله في الدروس فلا يكفى الاعتبار الأول عن اعتبار القبض فلا يبعد أن يكون تنمته لما قبله من قوله نعم لو خلى بينه و بينه فامتنع حتى يكتاله و مورده بيع كيل معين كلى فلا- يدل على وجوب تجديد اعتبار ما اعتبر قبل العقد

### [استثناء بيع التولية ليس قرينه على وجوب الاعتبار مرة أخرى]

ثم إن ما ذكره في المسالك في صحيحه ابن وهب أولا- من أن قوله: لا- يبعه حتى يكيله يصدق مع الكيل السابق ثم استظهاره ثانيا بقرينه استثناء بيع التولية أن المراد غير الكيل المشترط في صحة العقد لم يعلم له وجه إذ المراد من الكيل و الوزن في تلك الصحيحة و غيرها هو الكيل المتوسط بين البيع الأول و الثانى و هذا غير قابل لإرادة الكيل المصحح للبيع الأول فلا وجه لما ذكره أولا أصلا و لا وجه لإرادة المصحح للبيع الثانى حتى يكون استثناء التولية قرينه على عدم إرادته لاشتراك التولية مع غيرها في توقف صحتهما على الاعتبار لأن السؤال عن بيع الشيء قبل قبضه ثم الجواب بالفرق بين المكيل و الموزون لا يمكن إرجاعها إلى السؤال و الجواب عن

شروط البيع الثانى بل الكلام سؤالاً و جواباً نص فى إرادة قابلية المبيع قبل القبض للبيع و عدمها فالأولى أن استثناء التولية ناظر إلى الفرق بين البيع مكايلاً بأن يبيعه ما اشتراه على أنه كيل معين فيشترط قبضه بالكيل و الوزن ثم إقباضه و بين أن يوليه البيع الأول من غير تعرض فى العقد لكيله و وزنه فلا- يعتبر توسط قبض بينهما بل يكفى قبض المشتري الثانى عن الأول. و بالجمله فليس فى الصحيحه تعرض لصوره كيل الشئ أولاً قبل البيع ثم العقد عليه و التصرف فيه بالنقل و التحويل و أن يبيعه ثانياً بعد التصرف هل يحتاج إلى كيل جديد لقبض البيع الأول لا لاشتراط معلوميه البيع الثانى أم لا بل ليس فى كلام المتعرضين لبيع ما لم يقبض تعرض لهذه الصورة

@@@@@@@@@@@@@@@@

## القول فى وجوب القبض

مسألة يجب على كل من المتبايعين تسليم ما استحقه الآخر بالبيع

### اشاره

لاقتضاء العقد لذلك فإن قال كل منهما لا أذفع حتى أقبض فالأقوى إجبارهما معا وفاقاً للمحكى عن السرائر و الشرائع و كتب العلامة و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و غيرها- و عن ظاهر التنقيح الإجماع عليه لما فى التذكرة- من أن كلا منهما قد وجب له حق على صاحبه و عن الخلاف أنه يجبر البائع أولاً على تسليم المبيع ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن سواء كان الثمن عينا أو فى الذمة لأن الثمن إنما يستحق على المبيع فيجب أولاً تسليم المبيع ليستحق الثمن و لعل وجهه دعوى انصراف إطلاق العقد إلى ذلك و لذا استقر العرف إلى تسمية الثمن عوضاً و قيمه و لذا يقبضون مطالبه الثمن قبل دفع المبيع كما يقبضون مطالبه الأجره قبل العمل أو دفع العين المستأجره و الأقوى ما عليه الأكثر-

## [محل الخلاف فى المسألة]

### اشاره

ثم إن ظاهر جماعه أن محل فى هذه المسألة بين الخاصه و العامه ما لو كان كل منهما باذلاً و تشاحاً فى البدء و التسليم لا ما إذا امتنع أحدهما عن البذل قال فى المبسوط بعد اختياره أولاً إجبارهما معا على القابض ثم الحكم بأن تقديم البائع فى الإجبار أولى قال هذا إذا كان كل منهما باذلاً و أما إذا كان أحدهما غير باذل أصلاً و قال لا أسلم ما على أجبره الحاكم على البذل فإذا حصل البذل حصل الخلاف فى أن أيهما يدفع هذا إذا كان موسراً قادراً على إحضار الثمن فإن كان معسراً كان للبائع الفسخ و الرجوع إلى عين ماله كالمفلس انتهى و قال فى التذكرة توهم قوم أن الخلاف فى البدء بالتسليم خلاف فى أن البائع هل له حق الحبس أم لا إن قلنا بوجوب البدء للبائع فليس له حبس المبيع إلى استيفاء الثمن و إلا فله ذلك و نازع أكثر الشافعية فيه و قالوا هذا الخلاف مختص بما إذا كان نزاعهما فى مجرد البدء و كان كل منهما يبذل ما عليه و لا يخاف فوت ما عند صاحبه فأما إذا لم يبذل البائع المبيع و أراد حبسه خوفاً من تعذر تحصيل الثمن فله ذلك بلا خلاف و كذا للمشتري حبس الثمن خوفاً من تعذر تحصيل المبيع انتهى. و قد صرح بعض آخر أيضاً بعدم الخلاف فى جواز الحبس لامتناع الآخر من التسليم و لعل الوجه فيه أن عقد البيع مبنى على التقابض و كون المعامله يدا بيد فقد التزم كل منهما بتسليم العين مقارناً لتسليم صاحبه و التزم على صاحبه أن لا يسلمه مع الامتناع فقد ثبت بإطلاق

العقد لكل منهما حق الامتناع مع امتناع صاحبه فلا يرد أن وجوب التسليم على كل منهما ليس مشروطا بتحقيقه من الآخر فلا يسقط التكليف بإزاء مال الغير عن أحدهما بمعصيته الآخر و أن ظلم أحدهما لا- يسوغ ظلم الآخر هذا كله مع عدم التأجيل في أحد العوضين-

### فلو كان أحدهما مؤجلا

لم يجز حبس الآخر. قال في التذكرة و لو لم يتفق تسليمه حتى حل الأجل لم يكن له الحبس أيضا و لعل وجهه أن غير المؤجل قد التزم بتسليمه من دون تعليق على تسليم المؤجل أصلا و هذا مما يؤيد أن حق الحبس ليس لمجرد ثبوت حق للحابس على الآخر فيكون الحبس بإزاء الحبس.

### [لو قبض الممتنع بدون رضا صاحبه]

ثم إن مقتضى ما ذكرنا من عدم وجوب التسليم مع امتناع الآخر و عدم استحقاق الممتنع لقبض ما في يد صاحبه أنه لو قبضه الممتنع بدون رضا صاحبه لم يصح القبض فصحة القبض بأحد أمرين

المكاسب، ج ٣، ص ٣١٣

أما إقباض ما في يده لصاحبه فله حينئذ قبض ما في يد صاحبه و لو بغير إذنه و أما إذن صاحبه سواء أقبض ما في يده أم لا كما صرح بذلك في المبسوط و التذكرة و صرح فيهما بأن له مطالبة القابض برد ما قبض بغير إذنه لأن له حق الحبس و التوثق إلى أن يستوفى العوض و في موضع من التذكرة أنه لا ينفذ تصرفه فيه و مراده التصرف المتوقع على القبض كالبيع أو مطلق الاستبدال

### ثم إذا ابتدأ أحدهما بالتسليم

إما لوجوبه عليه كالبائع على قول الشيخ أو لتبرعه بذلك أجبر الآخر على التسليم و لا يحجر عليه في ما عنده من العوض و لا في مال آخر لعدم الدليل.

### مسألة يجب على البائع تفريغ المبيع من أمواله مطلقا و من غيرها في الجملة

#### إشاره

و هذا الوجوب ليس شرطيا بالنسبة إلى التسليم و إن أوهمه بعض العبارات ففي غير واحد من الكتب أنه يجب تسليم المبيع مفرغا و المراد إرجاع الحكم إلى القيد و إلا فالتسليم يحصل بدون و قد تقدم عن التذكرة

### [الاستدلال عليه]

و كيف كان فيدل على وجوب التفريغ ما دل على وجوب التسليم فإن إطلاق العقد كما يقتضى أصل التسليم كذلك يقتضى التسليم مفرغا فإن التسليم بدون كالعقد بالنسبة إلى غرض المتعاقدين و إن ترتب عليه أحكام تعبدية كالدخول في ضمان المشتري و نحوه

**[لو مضت مدة و لم يتمكن البائع من التفريغ أو لم يفرغ]**

فلو كان في الدار متاع وجب نقله فورا فإن تعذر ففي أول أزمته الإمكان و لو تراخى زمان الإمكان و كان المشتري جاهلا كان له الخيار لو تضرر بفوات بعض منافع الدار عليه و في ثبوت الأجرة- لو كان لبقائه أجرة إلى زمان الفراغ وجه

**[لو كان في الأرض زرع للبائع]**

و لو كان تأخير التفريغ بتقصيره فينبغي الجزم بالأجرة كما جزموا بها مع امتناعه من أصل التسليم و لو كان في الأرض زرع قد أحصد و جب إزالته لما ذكرنا و إن لم يحصد و جب الصبر إلى بلوغ أوانه للزوم تضرر البائع بالقلع و أما ضرر المشتري فينجبر بالخيار مع الجهل كما لو وجدها مستأجرة و من ذلك يعلم عدم الأجرة لأنه اشترى أرضا تبين أنها مشغولة فلا يثبت أكثر من الخيار و يحتمل ثبوت الأجرة لأنه اشترى أرضا لا يستحق عليها الاشتغال بالزرع و المالك قد ملك الزرع غير مستحق للبقاء فيتخير بين إبقائه بالأجرة و بين قلعه لتقديم ضرر القلع على ضرر فوات منفعة الأرض بالأجرة و يحتمل تخيير المشتري بين إبقائه بالأجرة و قلعه بالأرض و يحتمل ملاحظة الأكثر ضررا

**و لو احتاج تفريغ الأرض إلى هدم شيء هدمه بإذن المشتري**

و عليه طم ما يطم برضا المالك و إصلاح ما استهدم أو الأرض على اختلاف الموارد فإن مثل قلع الباب أو قلع ساحة منه إصلاحه إعادته بخلاف هدم حائط فإن الظاهر لحوقه بالقيمي في وجوب الأرش له و المراد بالأرش قيمة الهدم لا أرش العيب. و بالجملة فمقتضى العرف إلحاق بعض ما استهدم بالمتلى و بعضه بالقيمي و لو ألحق مطلقا بالقيمي كان له وجه و يظهر منهم فيما لو هدم أحد الشريكين الجدار المشترك بغير إذن صاحبه أقوال ثلاثة لإعادة مطلقا كما في الشرائع و عن المبسوط و الأرش كذلك كما عن العلامة و المحقق و الشهيد الثانيين و التفصيل بين ما كان مثليا كحائط البساتين و المزارع و إلا فالأرش كما عن الدروس و الظاهر جريان ذلك في كسر الباب و الشبابيك و فتق الثوب من هذا القبيل.

**مسألة لو امتنع البائع من التسليم**

فإن كان لحق كما لو امتنع المشتري عن تسليم الثمن فلا- إثم و هل عليه أجرة مدة الامتناع احتمله في جامع المقاصد إلا أن منافع الأموال الفائتة بحق لا دليل على ضمانها و على المشتري نفقة المبيع. و في جامع المقاصد ما أشبه هذه بمنع الزوجة نفسها حتى تقبض المهر فإن في استحقاقها النفقة ترددا قال و يحتمل الفرق بين الموسر و المعسر انتهى و يمكن الفرق بين النفقة في المقامين و لو طلب من البائع الانتفاع به في يده ففي وجوب إجابه و جهان و لو كان امتناعه لا لحق- و جب عليه الأجرة لأنه عاد و مقتضى القاعدة أن نفقته على المشتري

**الكلام في أحكام القبض****إشارة**

الكلام في أحكام القبض  
و هي التي تلحقه بعد تحققه



## مسألة من أحكام القبض انتقال الضمان ممن نقله إلى القابض

## إشارة

فقبله يكون مضمونا عليه بعوضه إجماعا مستفيضا- بل محققا و يسمى ضمان المعاوضة

## [الاستدلال عليه بالنبوى المشهور]

و يدل عليه قبل الإجماع النبوى المشهور: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه و ظاهره بناء على جعل من للتبعيض أنه بعد التلف يصير مالا للبائع لكن إطلاق المال على التالف إنما هو باعتبار كونه مالا عند التلف و بهذا الاعتبار يصح أن يقع هو المصالح عنه إذا أتلفه الغير لا قيمته كما صرح به فى باب الصلح من الشرائع و التحرير و حينئذ فلا بد من أن يكون المراد بالنبوى أن المبيع يكون تالفا من مال البائع و مرجع هذا إلى انفساخ العقد قبل التلف أنا ما ليكون التالف مالا للبائع. و الحاصل أن ظاهر الرواية صيرورة المبيع مالا- للبائع بعد التلف لكن لما لم يتعقل ذلك تعين إرادة وقوع التلف على مال البائع و مرجعه إلى ما ذكره فى التذكرة و تبعه من تأخر عنه من أنه يتجدد انتقال الملك إلى البائع قبل الهلاك بجزء لا يتجزأ من الزمان و ربما يقال تبعا للمسالك إن ظاهر كون المبيع التالف قبل القبض من مال البائع يوهم خلاف هذا المعنى و لعله لدعوى أن ظاهر كونه من ماله كون تلفه من ماله بمعنى كون دركه عليه فيوهم ضمانه بالمثل و القيمة.

## [الضمان فى المسألة ضمان المعاوضة لا ضمان اليد]

و مما ذكرنا من أن معنى الضمان هنا يرجع إلى انفساخ العقد بالتلف و تلف المبيع فى ملك البائع و يسمى ضمان المعاوضة لا ضمانه عليه مع تلفه من المشتري كما فى المغصوب و المستام و غيرهما و يسمى ضمان اليد يعلم أن الضمان فيما نحن فيه حكم شرعى لا حق مالى فلا يقبل الإسقاط و لذا لو أبرأه المشتري من الضمان لم يسقط كما نص عليه فى التذكرة و الدروس و ليس الوجه فى ذلك أنه إسقاط ما لم يجب كما قد يتخيل.

## [الاستدلال على ضمان البائع قبل القبض برواية عقبه أيضا]

و يدل على الحكم المذكور أيضا رواية عقبه بن خالد عن أبى عبد الله ع: فى رجل اشترى متاعا من رجل و أوجه غير أنه ترك المتاع عنده و لم يقبضه قال آتيك غدا إن شاء الله فسرق المتاع من مال من يكون قال من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد إليه ماله و لعل الرواية أظهر دلالة- على الانفساخ قبل التلف من النبوى

## [عدم الخلاف فى المسألة]

و كيف كان فلا خلاف فى المسألة أعنى بطلان البيع عند التلف لا من أصله لأن تقدير مالىة البائع قبل التلف مخالف لأصالة بقاء العقد و إنما احتيج إليه لتصحيح ما فى النص من الحكم بكون التالف من مال البائع فيرتكب بقدر الضرورة

## [نماء المبيع قبل التلف للمشتري]

و يترتب على ذلك كون النماء قبل التلف للمشتري. و في معناه الركاك الذي يجده

المكاسب، ج ٣، ص ٣١٤

العبد و ما وهب منه فقبله و قبضه أو أوصى له به فقبله كما صرح به في المبسوط و التذكرة و صرح العلامة بأن مئونة تجهيزه لو كان مملوكا على البائع و هو مبني على ثبوت الملك الحقيقي قبل التلف لا مجرد تقدير الملك الذي لا بد فيه من الاقتصار على الحكم الثابت الموحج إلى ذلك التقدير دون ما عداه من باقى آثار المقدر إلا أن يقال بأن التلف من البائع يدل التراما على الفسخ الحقيقي

### [تعذر الوصول بحكم التلف]

ثم إنه يلحق بالتلف تعذر الوصول إليه عادة مثل سرقة على وجه لا يرجى عوده و عليه تحمل رواية عقبه المتقدمة. قال في التذكرة وقوع الدرء في البحر قبل القبض كالتلف و كذا انفلات الطير و الصيد المتوحش و لو غرق البحر الأرض المبيعة أو وقع عليها صخور عظيمة من جبل أو كسيها رمل فهي بمثابة التلف أو يثبت به الخيار للشافية و جهان أفواهما الثاني و لو أبق العبد قبل القبض أو ضاع في انتهاب العسكر لم يفسخ البيع لبقاء المالىة و رجاء العود انتهى و في التذكرة أيضا لو هرب المشتري قبل وزن الثمن و هو معسر مع عدم الإقباض احتمل أن يملك البائع الفسخ في الحال لتعذر استيفاء الثمن و الصبر ثلاثة أيام للرواية و الأولى أقوى لورودها في البازل و إن كان موسرا أثبت البائع ذلك عند الحاكم ثم إن وجد له مالا قضاة و إلا باع المبيع و قضى منه و الفاضل للمشتري و المعوز عليه انتهى و في غير موضع مما ذكره تأمل

### [لو كان القبض غير واجد لشرائط الصحة]

ثم إن ظاهر كثير من الأصحاب أنه لا يعتبر في القبض المسقط للضمان وقوعه صحيحا جامعا لما يعتبر فيه فلو وقع بغير إذن ذى اليد كفى في رفع الضمان - كما صرح به في التذكرة و الدروس و غيرهما و لو لم يتحقق الكيل و الوزن بناء على اعتبارهما في قبض المكيل ففي سقوط الضمان بمجرد نقل المشتري قولان قال في التذكرة في باب بيع الثمار إنه لو اشترى طعاما مكايلة فقبض جزافا فهلك في يده فهو من ضمان المشتري لحصول القبض و إن جعلنا الكيل شرطا فيه فالأقرب أنه من ضمان البائع انتهى و قد تقدم عن جامع المقاصد سقوط الضمان هنا بناء على اشتراط الكيل في القبض و لا يخلو عن قوة

### [هل يكتفى بالتخليء في سقوط الضمان]

و هل يكتفى بالتخليء على القول بعدم كونها قبضا في سقوط الضمان قولان لا يخلو السقوط من قوة و إن لم نجعله قبضا و كذا الكلام فيما لو وضع المشتري يده عليه و لم ينقله بناء على اعتبار النقل في القبض هذا كله حكم التلف السماوى.

### و أما الإلتاف

### إشارة

فإما أن يكون من المشتري و إما أن يكون من البائع و إما أن يكون من الأجنبي

**فإن كان من المشتري**

فالظاهر عدم الخلاف في كونه بمنزلة القبض في سقوط الضمان لأنه قد ضمن ماله بإتلافه و حجته الإجماع لو تم و إلا فانصرف النص إلى غير هذا التلف فيبقى تحت القاعدة. قال في التذكرة هذا إذا كان المشتري عالما و إن كان جاهلا بأن قدم البائع الطعام المبيع إلى المشتري فأكله هل يجعل قابضا الأقرب أنه لا يصير قابضا و يكون بمنزلة إتلاف البائع ثم مثل له بما قدم المغصوب إلى المالك فأكله أقول هذا مع غرور البائع لا- بأس به أما مع عدم الغرور ففي كونه كالتلف السماوي وجهان- و لو صال العبد على المشتري فقتله دفعا ففي التذكرة أن الأصلح أنه لا يستقر عليه الثمن. و حكي عن بعض الشافعية الاستقرار لأنه قتله في عرض نفسه

**و لو أتلفه البائع**

ففي انفساخ البيع كما عن المبسوط و الشرائع و التحرير لعموم التلف في النص- لما كان بإتلاف حيوان أو إنسان أو كان بآفة أو ضمان البائع للقيمة لخروجه عن منصرف دليل الانفساخ فيدخل تحت قاعدة إتلاف مال الغير أو التخيير بين مطالبته بالقيمة أو بالثمن إما لتحقق سبب الانفساخ و سبب الضمان فيتخير المالك في العمل بأحدهما و إما لأن التلف على هذا الوجه إذا خرج عن منصرف دليل الانفساخ لحقه حكم تعذر تسليم المبيع فيثبت الخيار للمشتري لجريان دليل تعذر الانفساخ التسليم هنا و هذا هو الأقوى و اختاره في التذكرة و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و غيرها و عن حواشي الشهيد نسبه إلى أصحابنا العراقيين فإن اختار المشتري القيمة فهل للبائع حبس القيمة على الثمن وجهان من أنها بدل عن العين و من أن دليل الحبس و هو الانفهام من العقد يختص بالمبدل أقواهما العدم و لو 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 إتلافا له بعد القبض موجبا للقيمة لدخول المبيع في ضمان المشتري بالقبض و إن كان ظالما فيه وجهان اختار أولهما في التذكرة

**و لو أتلفه أجنبي**

جاء الوجوه الثلاثة المتقدمة إلا أن المتعين منها هو التخيير لما تقدم و لو لا شبهه الإجماع على عدم تعيين القيمة تعين الرجوع إليها بعد فرض انصراف دليل الانفساخ إلى غير ذلك.

**مسألة تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين**

في جميع ما ذكر كما صرح في التذكرة و هو ظاهر عبارة الدروس حيث ذكر أن بالقبض ينتقل الضمان إلى القابض بل الظاهر أنه مما لا خلاف فيه.

قال في المبسوط لو اشترى عبدا بثوب و قبض العبد و لم يسلم الثوب فباع العبد صح بيعه و إذا باعه و سلمه ثم تلف الثوب انفسخ البيع و لزمه قيمة العبد لبائعه لأنه لا يقدر على رده انتهى و في باب الصرف من السرائر نظير ذلك و قد ذكر هذه المسألة أيضا في الشرائع و كتب العلامة و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و غيرها أعنى مسألة من باع شيئا معينا بشيء معين ثم بيع أحدهما ثم تلف الآخر و حكموا بانفساخ البيع الأول و قد صرحوا بنظير ذلك في باب الشفعة أيضا و بالجملة فالظاهر عدم الخلاف في المسألة و يمكن أن يستظهر من روايته عقبه المتقدمة حيث ذكر في آخرها أن المبتاع ضامن لحقه حتى يرد إليه ماله بناء على عود ضمير الحق

إلى البائع بل ظاهر بعضهم شمول النبوى له بناء على صدق المبيع على الثمن قال كما فى التذكرة- أو أكلت الشاة ثمنها المعين قبل القبض فإن كانت فى يد المشتري فكإتلافه و إن كانت فى يد البائع فكإتلافه و إن كانت فى يد أجنبى فكإتلافه و إن لم تكن فى يد أحد انفسخ البيع لأن المبيع هلك قبل القبض بأمر لا ينسب إلى آدمى فكان كالمساوية انتهى ثم إنه هل يلحق العوضان فى غير البيع من المعاوضات به فى هذا الحكم لم أجد أحد أصرح بذلك نفايا أو إثباتا نعم ذكروا فى الإجارة و الصداق و عوض الخلع ضمانها لو تلف قبل القبض لكن ثبوت الحكم عموما مسكوت عنه فى كلماتهم إلا- أنه يظهر من بعض مواضع التذكرة عموم الحكم لجميع المعاوضات على وجه يظهر كونه

المكاسب، ج ٣، ص ٣١٥

من المسلمات قال فى مسألة جواز بيع ما انتقل بغير البيع قبل القبض و المال المضمون فى يد الغير بالقيمة كالعاريه المضمونه أو بالتفريط و يسمى ضمان اليد يجوز بيعه قبل قبضه لتمام الملك فيه إلى أن قال أما ما هو مضمون فى يد الغير بعوض فى عقد معاوضة فالوجه جواز بيعه قبل قبضه كمال الصلح و الأجره المعينه لما تقدم و قال الشافعى لا يصح لتوهم الانفساخ بتلفه كالباع انتهى و ظاهر هذا الكلام كونه مسلما بين الخاصة و العامة.

### مسألة لو تلف بعض المبيع قبل قبضه

#### فإن كان مما يقسط الثمن عليه انفسخ البيع فيه

فيما يقابله من الثمن لأن التالف مبيع تلف قبل قبضه فإن البيع يتعلق لكل جزء إذ البيع عرفا ليس إلا- التملك بعوض و كل جزء كذلك. نعم إسناد البيع إلى جزء واحد مقتصرا عليه يوهم انتقاله بعقد مستقل و لذا لم يطلق على بيع الكل البيوع المتعدده و كيف كان فلا إشكال و لا خلاف فى المسألة

#### إن كان الجزء مما لا يتقسط عليه الثمن

كيد العبد فالأقوى أنه كالوصف الموجب للتعب فإن قلنا بكونه كالحادث قبل العقد فالمشترى مخير بين الرد و الأرش و إلا كان له الرد فقط بل عن الإيضاح أن الأرش هنا أظهر لأن المبيع هو مجموع بدن العبد و قد نقص بعضه بخلاف نقصان الصفة و فيه تأمل بل ظاهر الشرائع عدم الأرش هنا مع قوله به فى العيب فتأمل.

#### و كيف كان فالمهم نقل الكلام إلى حكم العيب الحادث قبل القبض

### إشارة

و الظاهر المصرح به فى كلام غير واحد أنه لا خلاف فى أن للمشترى الرد-

### و أما الخلاف فى الأرش

### إشارة

ففى الخلاف عدمه مدعيا عدم الخلاف فيه و هو المحكى عن الحلى و ظاهر المحقق و تلميذه و كاشف الرموز لأصالة لزوم العقد و إنما ثبت الرد لدفع تضرر المشتري به و عن النهاية ثبوته و اختاره العلامة و الشهيدان و المحقق الثانى و غيرهم و عن المختلف نقله عن القاضى و الحلبى و عن المسالك أنه المشهور-

### [المشهور ثبوت الأرش و الاستدلال عليه]

#### إشارة

و استدلووا عليه بأن الكل مضمون قبل القبض فكذا أبعاضه و صفاته و أورد عليه بأن معنى ضمان الكل انفساخ العقد و رجوع الثمن إلى المشتري و المبيع إلى البائع. و هذا المعنى غير متحقق فى الوصف لأن انعدامه بعد العقد فى ملك البائع لا يوجب رجوع ما قبله من عين الثمن بل يقابل بالأعم منه و مما يساويه من غير الثمن لأن الأرش لا يتعين كونه من عين الثمن و يدفع بأن وصف الصحة لا يقابل ابتداء بجزء من عين الثمن و لذا يجوز دفع بدله من غير الثمن مع فقدته بل لا يضمن بمال أصلا لجواز إمضاء العقد على المعيب بلا- شىء و حينئذ فتلفه على المشتري لا- يوجب رجوع شىء إلى المشتري فضلا عن جزء من عين الثمن بخلاف الكل و الأجزاء المستقلة فى التقويم. فحاصل معنى الضمان إذا انتفى وصف الصحة قبل العقد أو انعدم بعد العقد و قبل القبض هو تقدير التلف المتعلق بالعين أو الوصف فى ملك البائع فى المقامين و أن العقد من هذه الجهة كأن لم يكن و لازم هذا انفساخ العقد رأسا إذا تلف تمام المبيع و انفساخه بالنسبة إلى بعض أجزائه إذا تلف البعض و انفساخ العقد بالنسبة إلى الوصف بمعنى فواته فى ملكه و تقدير العقد كأن لم يكن بالنسبة إلى حدوث هذا العيب فكان العيب حدث قبل العقد و العقد قد وقع على عين معيبة فيجرى فيه جميع أحكام العيب من الخيار و جواز إسقاط الخيار ردا و أرشا

### [ما يؤيد ثبوت الأرش]

و يؤيد ما ذكرنا من اتحاد معنى الضمان بالنسبة إلى ذات المبيع و وصف صحته الجمع بينهما فى تلف الحيوان فى أيام الخيار و تعيينه فى صحيح ابن سنان: عن الرجل يشتري الدابة أو العبد فيموت أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك قال على البائع يمضى الشرط. فقولته: على البائع حكم بالضمان لموت العبد و حدوث حدث فيه بفوات جزء أو وصف و معناه تقدير وقوعه فى ملك البائع.

### [الإشكال فى ثبوت الأرش]

نعم قد يشكل الحكم المذكور لعدم الدليل على ضمان الوصف لأن الضمان بهذا المعنى حكم مخالف للأصل يقتصر فيه على محل النص و الإجماع و هو تلف الكل أو البعض و لو لا الإجماع على جواز الرد لأشكل الحكم به أيضا إلا أنه لما استند فى الرد إلى نفي الضرر قالوا إن الضرر المتوجه إلى المبيع قبل القبض يجب تداركه على البائع و حينئذ فقد يستوجه ما ذكره العلامة من أن الحاجة قد تمس إلى المعاوضة فيكون فى الرد ضرر و كذلك فى الإمساك بغير أرش فيوجب التخيير بين الرد و الأرش لنفى الضرر لكن فيه أن تدارك ضرر الصبر على المعيب يتحقق بمجرد الخيار فى الفسخ و الإمضاء كما فى سائر موارد الضرر الداعى إلى الحكم بالخيار هذا

### [الأقوى قول المشهور]

و مع ذلك فقول المشهور لا يخلو عن قوة هذا كله مع تعيينه بأفء سماوية

**و أما لو تعيب بفعل أحد**

فإن كان هو المشتري فلا ضمان بأرشه و إلا كان له على الجاني أورش جنائته- لعدم الدليل على الخيار فى العيب المتأخر إلا أن يكون بأفه سماوية و يحتمل تخيير المشتري بين الفسخ و الإمضاء مع تضمين الجاني لأورش جنائته بناء على جعل العيب قبل القبض مطلقا موجبا للخيار و مع الفسخ يرجع البائع على الأجنبي بالأورش- .

**مسألة الأقوى من حيث الجمع بين الروايات حرمة بيع المكيل و الموزون قبل قبضه إلا تولية**

لصحيحة ابن حازم المروية فى الفقيه: إذا اشترت متاعا فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى يقبضه إلا توليه فإن لم يكن فيه كيل أو وزن فبعه و صحيح الحلبي فى الكافي عن أبى عبد الله ع قال: فى الرجل يبتاع الطعام ثم يبيعه قبل أن يكتال قال لا يصلح له ذلك و صحيحة الآخر فى الفقيه قال: سألت أبا عبد الله ع عن قوم اشتروا بزا فاشتركوا فيه جميعا و لم يقتسموا أ يصلح لأحد منهم بيع بزه قبل أن يقبضه و يأخذ ربحه قال لا بأس به و قال إن هذا ليس بمنزلة الطعام لأن الطعام يكال بناء على أن المراد قبل أن يقبضه من البائع أما إذا أريد من ذلك عدم قبض حصته من يد الشركاء فلا يدل على ما نحن فيه لتحقق القبض بحصوله فى يد أحد الشركاء المأذون عن الباقي. و رواية معاوية بن وهب قال: سألت أبا عبد الله ع عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه فقال ما لم يكن كيل أو وزن فلا يبيعه حتى يكيه أو يزنه إلا- أن يوليه بالذى قام عليه و صحيحة منصور فى الفقيه قال: سألت أبا عبد الله ع عن رجل يشتري مبيعا ليس فيه كيل و لا- وزن أ له أن يبيعه مرابحة قبل أن يقبضه و يأخذ ربحه قال لا بأس بذلك ما لم يكن كيل أو وزن فإن هو قبضه كان أبرء لنفسه و صحيح الحلبي: فى الرجل يبتاع الطعام أ يصلح بيعه قبل أن يقبضه قال إذا ربح لم يصلح حتى يقبضه و إن كان تولية فلا بأس و خبر حزام المروى عن مجالس الطوسى

المكاسب، ج ٣، ص ٣١٦

قال: ابتعت طعاما من طعام الصدقة فأربحت فيه قبل أن أقبضه فأردت بيعه فسألت النبى ص فقال لا تبعه حتى يقبضه و مفهوم رواية خالد بن حجاج الكرخى قال: قلت لأبى عبد الله ع أشتري الطعام إلى أجل مسمى فطلبه التجار منى بعد ما اشتريت قبل أن أقبضه قال لا- بأس إلى أن تبيع إلى أجل كما اشتريت إليه الخبر و المراد تأجيل الثمن و قوله كما اشتريت إشارة إلى كون البيع تولية فيدل على ثبوت البأس فى غير التولية و مصححة على بن جعفر عن أخيه: عن الرجل يشتري الطعام أ يصلح بيعه قبل أن يقبضه قال إذا ربح لم يصلح حتى يقبض و إن كان تولية فلا بأس و فى معناها رواية أخرى خلافا للمحكى عن الشيخين فى المقنعة و النهاية و القاضى و المشهور بين المتأخرين- فالكراهة لروايات صارفة لظواهر الروايات المتقدمة إلى الكراهة مثل ما فى الفقيه فى ذيل رواية الكرخى المتقدمة: قلت لأبى عبد الله ع أشتري الطعام من الرجل ثم أبيع من رجل آخر قبل أن أكتاله فأقول له ابعت و كيلك حتى يشهد كيله إذا قبضته قال لا بأس و رواية جميل بن دراج عن أبى عبد الله ع: فى الرجل يشتري الطعام ثم يبيعه قبل أن يقبضه قال لا بأس و يوكل الرجل المشتري منه بقبضه و كيله قال لا بأس.

**[الأولى حمل الروايات المجوزة على التولية]**

وهذه الروايات مطلقة يمكن حملها على التولية وهو أولى من حمل تلك الأخبار على الكراهة مع أن استثناء التولية حينئذ يوجب نفى الكراهة فيها مع أن الظاهر عدم الخلاف في الكراهة فيها أيضا بين أرباب هذا القول وإن كانت أخف

### [الاستئناس للجمع بالكراهة بخبر أبي بصير و المناقشة فيه]

و من ذلك يعلم ما في الاستئناس للجمع بالكراهة بخبر أبي بصير: سألت أبا عبد الله ع عن رجل اشترى طعاما ثم باعه قبل أن يكيه قال لا يعجبني أن يبيع كيلا أو وزنا قبل أن يكيه أو يزنه إلا أن يوليه كما اشتراه فلا بأس أن يوليه كما اشتراه إذا لم يربح به أو يضع ما كان عنده من شيء ليس بكيل ولا وزن فلا بأس أن يبيعه قبل أن يقبضه بناء على أن قوله لا يعجبني ظاهر في الكراهة فإن ذلك يوجب رفع الكراهة رأسا في التولية لأنه في قوة أن ذلك في التولية ليس مما لا يعجبني مع أن القائلين بالكراهة لا يفرقون بين التولية وغيرها في أصل الكراهة وإن صرح بعضهم بكونها في التولية أخف

### و ربما يستدل على الجواز بصحيتي الحلبي و ابن مسلم

في جواز بيع الثمرة المشتراة قبل قبضها لكن لا يبعد إرادة الثمرة على الشجرة فيخرج عن المكيل و الموزون

### و ربما يستأنس للجواز بالأخبار الواردة في جواز بيع السلم على من هو عليه

بناء على عدم الفرق بين المسألتين و فيه تأمل لعدم ثبوت ذلك بل الظاهر أن محل الخلاف هنا هو بيع غير المقبوض على غير البائع كما يستفاد من ذكر القائلين بالجواز في تلك المسألة و القائلين بالتحريم هنا. و قد جعل العلامة بيع غير المقبوض على بائعه مسألة أخرى ذكرها بعد مسألتنا و فروعها و ذكر أن المجوزين في المسألة الأولى جزموا بالجواز هنا و اختلف المانعون فيها هنا و من العجب ما عن التنقيح من الإجماع على جواز بيع السلم على من هو عليه مع إجماع المبسوط على المنع عن بيع السلم قبل القبض مصرحا بعدم الفرق بين المسلم إليه و غيره

### [الحكم في غير المكيل و الموزون]

ثم إن صريح التحرير و الدروس الإجماع على الجواز في غير المكيل و الموزون مع أن المحكى في التذكرة عن بعض علمائنا القول بالتحريم مطلقا و نسبة في موضع آخر إلى جماعة منا و صريح الشيخ في المبسوط اختيار هذا القول قال في باب السلم إذا أسلف في شيء فلا يجوز أن يشرك فيه غيره و لا- أن يوليه لأن النبي ص نهى عن بيع ما لم يقبض و قال: من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره إلى أن قال و بيوع الأعيان مثل ذلك إن لم يكن قبض المبيع فلا يصح الشركة و لا التولية و إن كان قد قبضه صحت الشركة و التولية فيه بلا خلاف و قد روى أصحابنا جواز الشركة فيه و التولية قبل القبض

### [أقوال خمسة في بيع المكيل و الموزون قبل القبض]

ثم إن المحكى عن المهذب البارع عدم وجدان العامل بالأخبار المتقدمة المفصلة بين التولية و غيرها و هو عجيب فإن التفصيل حكاة في التذكرة قولاً- خامساً في المسألة لأقوال علمائنا و هي الكراهة مطلقا و المنع مطلقا و التفصيل بين المكيل و الموزون و غيرهما و التفصيل بين الطعام و غيره بالتحريم و العدم و هو قول الشيخ في المبسوط مدعيا عليه الإجماع و بالكراهة و العدم و هنا سادس اختاره

فى التحرير و هو التفصيل فى خصوص الطعام بين التولية و غيرها بالتحريم و الكراهة فى غيره من المكيل و الموزون. و المراد بالطعام يحتمل أن يكون مطلق ما أعد للأكل كما قيل إنه موضوع له لغة و يحتمل أن يكون خصوص الحنطة و الشعير بل قيل إنه معناه شرعا و حكى عن فخر الدين نقله عن والده و حكى اختياره عن بعض المتأخرين و عن الشهيد أنه حكى عن التحرير أنه الحنطة خاصة و حكى عن بعض أهل اللغة ثم إن الظاهر أن أصل عنوان المسألة مختص بالمبيع الشخصى كما يظهر من الاستدلال فى التذكرة للمانعين بضعف الملك قبل القبض لانفساخه بالتلف و كون المبيع مضمونا على البائع فولاية المشتري على التصرف ضعيفة. و ذكر فى التذكرة الكلى غير المقبوض فى فروع المسألة و قال المبيع إن كان دينا لم يجز بيعه قبل قبضه عند المانعين لأن المبيع مع تعيينه لا يجوز بيعه قبل قبضه فمع عدمه أولى فلا يجوز بيع السلم قبل قبضه و لا الاستبدال به و به قال الشافعى انتهى. و كيف كان فلا فرق فى النص و الفتوى بناء على المنع بين المبيع المعين و الكلى بل و لا بناء على الجواز

### [هل المنع تكليفي أو وضعي]

ثم إن ظاهر أكثر الأخبار المتقدمة المانعة بطلان البيع قبل القبض و هو المحكى عن صريح العماني - بل هو ظاهر كل من عبر بعدم الجواز الذى هو معقد إجماع المبسوط فى خصوص الطعام فإن جواز البيع و عدمه ظاهران فى الحكم الوضعي إلا أن المحكى عن المختلف أنه لو قلنا بالتحريم لم يلزم بطلان البيع لكن صريحه فى مواضع من التذكرة و فى القواعد أن محل الخلاف و الصحة و البطلان. و بالجملة فلا ينبغى الإشكال فى أن محل الخلاف فى كلمات الأكثر هو الحكم الوضعي

### و ينبغى التنبيه على أمور

#### إشارة

ثم إن ظاهر أكثر الأخبار المتقدمة المانعة بطلان البيع قبل القبض و هو المحكى عن صريح العماني - بل هو ظاهر كل من عبر بعدم الجواز الذى هو معقد إجماع المبسوط فى خصوص الطعام فإن جواز البيع و عدمه ظاهران فى الحكم الوضعي إلا أن المحكى عن المختلف أنه لو قلنا بالتحريم لم يلزم بطلان البيع لكن صريحه فى مواضع من التذكرة و فى القواعد أن محل الخلاف و الصحة و البطلان. و بالجملة فلا ينبغى الإشكال فى أن محل الخلاف فى كلمات الأكثر هو الحكم الوضعي

### الأول أن ظاهر جماعة عدم لحوق الثمن بالمبيع فى هذا الحكم

فيصح بيعه قبل قبضه قال فى المبسوط أما الثمن إذا كان معيناً فإنه يجوز بيعه قبل قبضه و إن كان فى الذمة فكذلك يجوز لأنه لا مانع منه ما لم يكن صرفاً فأما إذا كان صرفاً فلا يجوز بيعه قبل القبض و فى موضعين من التذكرة قوى الجواز إذا كان الثمن كلياً فى الذمة و هو ظاهر جامع المقاصد فى شرح قول المصنف قدس سره و لو أحال من له طعام من سلم إلخ. و استدلى عليه فى التذكرة بقول الصادق ع: و قد سئل عن الرجل باع طعاماً بدراهم إلى أجل فلما بلغ الأجل تقاضاه فقال ليس عندي دراهم خذ مني طعاماً قال لا بأس إنما له دراهمه يأخذ بها ما شاء و يمكن أن يقال إن المطلوب جعل الثمن مبيعاً فى العقد الثانى لا ثمناً أيضاً كما هو ظاهر الرواية مع اختصاصها بالبيع ممن هو عليه فلا يعم إلا بعدم الفصل لو ثبت و

المكاسب، ج ٣، ص ٣١٧

صرح فى أواخر باب السلم بإلحاق الثمن المعين بالمبيع و يؤيده تعليل المنع فى طرف المبيع بقصور ولاية المشتري لانفساخ العقد



بتلفه فإنه جار في الثمن المعين.

### الثاني هل البيع كتابة عن مطلق الاستبدال

فلا يجوز جعله ثمنا ولا عوضا في الصلح ولا أجره ولا وفاء عما عليه أم يختص بالبيع ظاهر عنواناتهم الاختصاص بالبيع وأظهر منها في الاختصاص قوله في التذكرة الأقرب عندي أن النهي به متعلق بالبيع لا بغيره من المعاوضات وأظهر من الكل قوله في مواضع أخر لو كان لزيد عند عمرو طعام من سلم فقال لزيد خذ هذه الدراهم عن الطعام الذي لك عندي لم يجز عند الشافعي لأنه بيع المسلم فيه قبل القبض والأولى عندي الجواز وليس هذا بيعا وإنما هو نوع معاوضة انتهى وأصرح من الكل تصريحه في موضع ثالث بجواز الصلح عن المسلم فيه قبل القبض لأنه عقد مستقل لا يجب مساواته للبيع في أحكامه وقد صرح جامع المقاصد أيضا في غير موضع باختصاص الحكم بالبيع دون غيره وقد تقدم في كلامه أنه لا يجوز بيع المسلم قبل قبضه ولا الاستبدال به لكن العلامة قد عبر بلفظ الاستبدال في كثير من فروع مسألة البيع قبل القبض مع أن ما استدلل به للمانعين من قصور ولاية المشتري في التصرف لانفساخ العقد بالتلف جار في مطلق التصرف فضلا عن المعاوضة. وقد صرح الشيخ في المبسوط في باب الحوالة بأنها معاوضة والمعاوضة على المسلم فيه قبل القبض غير جائز وهو وإن رجع عن الصغرى فيما بعد ذلك لكنه لم يرجع عن الكبرى. وصرح في الإيضاح بابتناء الفرع الآتي أعنى إحالة من عليه طعام لغريمه على من له عليه طعام على أن الحوالة معاوضة مستقلة أو استيفاء وأن المعاوضة قبل القبض حرام أو مكروه وإرادة خصوص البيع من المعاوضة ليست بأولى من إرادة خصوص البيع من المعاوضة ليست بأولى من إرادة مطلق المعاوضة من البيع في قولهم إن الحوالة بيع أو ليست بيعا بل هذه أظهر في كلماتهم.

وقد صرح الأكثر بأن تراضى المسلم والمسلم إليه على قيمة المسلم فيه من بيع الطعام قبل القبض فاستدلوا بأخباره على جوازه و يؤيده أيضا قوله في التذكرة لو كان لزيد طعام على عمرو سلما ولخالد مثله على زيد فقال زيد اذهب إلى عمرو واقبض لنفسك ما لى عليه لم يصح لخالد عند أكثر علمائنا وبه قال الشافعي وأحمد: لأن النبي ص نهى عن بيع الطعام بالطعام حتى يجزى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري وسيأتي ابتناء هذا الفرع في كلام جماعة على مسألة البيع قبل القبض. نعم ذكر الشهيد أنه كالبيع قبل القبض وصرح بابتناء الحكم فيما لو قال للمسلم اشتر لي بهذه الدراهم طعاما واقبضه لنفسك على حكم البيع قبل القبض وكيف كان فالمسألة محل إشكال من حيث اضطراب كلماتهم إلا أن الاقتصار في مخالفة الأصل على المتيقن هو المتعين ومنه يظهر جواز بيع ما انتقل بغير البيع من المعاوضات كالصلح والإجارة والخلع كما صرح به في الدروس فضلا عن مثل الإرث والقرض ومال الكتابة والصدقات وغيرها. نعم لو ورث ما اشترى ولم يقبض أو أصدقه أو عوض عن الخلع جرى الخلاف في بيعه.

### الثالث هل المراد من البيع المنهى إيقاع عقد البيع على ما لم يقبض أو ما يعم تشخيص الكلى المبيع به

فيكون المنهى عنه نقل ما لم يقبض بسبب خاص هو البيع كما لو نهى عن بيع أم الولد أو حلف على أن يبيع مملوكه حيث لا فرق بين إيقاع البيع عليه أو دفعه عن الكلى المبيع ظاهر النص والفتوى وإن كان هو الأول بل هو المتعين في الأخبار المفصلة بين التولية وغيرها إلا أن المعنى الثاني لا يبعد عن سياق مجموع الأخبار وعليه فلو كان عليه سلم لصاحبه فدفع إليه دراهم وقال اشتر لي بها طعاما واقبضه لنفسك جرى فيه الخلاف في بيع ما لم يقبض كما صرح به في الدروس ولكن في بعض الروايات دلالة على الجواز مثل صحيحة يعقوب بن شعيب قال: سألت أبا عبد الله ع عن الرجل يكون له على الآخر أحمال من رطب أو تمر فيبعث عليه بدنانير فيقول اشتر بهذه واستوف منه الذي لك قال لا بأس إذا ائتمنه لكن في صحيحة الحلبي قال: سألت أبا عبد الله ع عن رجل أسلفته دراهم في طعام فلما حل طعامي عليه بعث إلى بدراهم فقال اشتر لنفسك طعاما واستوف حقه قال أرى أن يولى ذلك غيرك وتقوم معه حتى يقبض الذي لك ولا تتول أنت شراءه وفي موثقة عبد الرحمن يكون معه غيره يوفيه ذلك لكن ظاهر الخبرين كراهة مباشرة

الشراء من جهة كونه في معرض التهمة و المطلوب صحة الشراء و عدم جواز الاستيفاء ثم إن هذا كله إذا كان الطعام المشتري شخصيا. و أما إذا وكله في شراء الكلي فلا يجري فيه ذلك لأن تشخيص ما باعه سلما في الطعام الكلي المشتري موقوف على قبضه ثم إقباضه و بدون ذلك لا يمكن الإيفاء إلا بالحوالة أو التوكيل فيدخل المسألة فيما ذكره في الشرائع و غيرها تبعا للمبسوط بل نسب إلى المشهور من أنه لو كان له على غيره طعام من سلم و عليه مثل ذلك فأمر غريمه أن يكتال لنفسه من الآخر فإنه يكره أو يحرم على الخلاف. و قد علل ذلك في الشرائع بأنه قبضه عوضا عن ماله قبل أن يقبضه صاحبه و ذكر المسألة في القواعد بعنوان الحوالة قال لو أحال من عليه طعام من سلم بقبضه على من له عليه مثله من سلم فالأقوى الكراهة و على التحريم يبطل لأنه قبضه عوضا عن ماله قبل أن يقبضه صاحبه و بنى في الإيضاح جريان الخلاف في المسألة على أن الحوالة معاوضة على مال المسلم قبل القبض حرام أو مكروه و أنكر جماعة ممن تأخر عن العلامة كون هذه المسألة من محل الخلاف في بيع ما لم يقبض بناء على أن الحوالة ليست معاوضة فضلا عن كونها يباعا بل هي استيفاء. أقول ذلك إما وكاله و إما حوالة و على كل تقدير يمكن تعميم محل الخلاف لمطلق المعاوضة و يكون البيع كناية عنها و لذا نسب فيما عرفت من عبارة التذكرة المنع في هذه المسألة إلى أكثر علمائنا و جماعة من العامة محتجين بالنبوى المانع عن بيع ما لم يقبض. و استند الشيخ رحمه الله أيضا في المنع إلى الإجماع على عدم جواز بيع ما لم يقبض و قد عرفت ما ذكره الشيخ في باب الحوالة و لعله لذا قال الشهيد في الدروس في حكم المسألة إنه كالبيع قبل القبض لكنه رحمه الله تعرض في بعض تحقیقاته لتوجيه إدراج المسألة في البيع بأن مورد السلم لما كان ماهية كلية ثابتة في الذمة منطبقا على أفراد لا نهاية لها فأى فرد عينه المسلم إليه تشخص بذلك الفرد و انصب العقد عليه فكانه لما قال الغريم اکتل من غريمي فلان قد جعل عقد السلم معه و أرادا على ما في ذمة المسلف منه و لما يقبضه بعد و لا ريب أنه مملوك له بالبيع فإذا جعل موردا للسلم الذي هو بيع يكون يباعا للطعام قبل قبضه فيتحقق الشرطان و يلحق بالباب

المكاسب، ج ٣، ص ٣١٨

و هذا من لطائف الفقه انتهى و اعترضه في المسالك بأن مورد السلم و نظائره من الحقوق الثابتة في الذمة لما كان أمرا كليا كان البيع المتحقق به هو الأمر الكلي و ما يتعين لذلك من الأعيان الشخصية بالحوالة و غيرها ليس هو نفس المبيع و إن كان الأمر الكلي إنما يتحقق في ضمن الأفراد الخاصة فإنها ليست عينه و من ثم لو ظهر المدفوع مستحقا أو معيبا يرجع الحق إلى الذمة و المبيع المعين ليس كذلك و حينئذ فانصباب العقد على ما قبض و كونه حينئذ مبيعا غير واضح فالقول بالتحريم به عند القائل به في غيره غير متوجه انتهى أقول ما ذكره من منع تشخيص المبيع في ضمن الفرد الخاص المدفوع و إن كان حقا من حيث عدم انصباب العقد عليه إلا أنه يصدق عليه انتقاله إلى المشتري بعقد البيع فإذا نهى الشارع عن بيع ما لم يقبض نظير نهيه عن بيع أم الولد و عن بيع ما حلف على ترك بيعه فإنه لا فرق بين إيقاع العقد عليه و بين دفعه عن الكلي المبيع لكن يرد على ما ذكره الشهيد عدم تشخيص الكلي بالكلي إلا بالحوالة الراجعة إلى الاستيفاء أو المعاوضة و هذا لا يسوغ إطلاق البيع على الكلي المتشخص به بحيث يصدق أنه انتقل إلى المحال بناقل البيع. نعم هذا التوجيه إنما يستقيم في الفرع المتقدم عن الدروس و هو ما إذا أمره بقبض الطعام الشخصي الذي اشتراه للمشتري فإن مجرد قبضه بإذن البائع مشخص للكلي المبيع في ضمنه فيصدق أنه انتقل بالبيع قبل أن يقبض و يمكن أن يقال إن تشخيص الكلي المبيع في الكلي المشتري يكفي فيه إذن البائع في قبض بعض أفراد الكلي المشتري من دون حاجة إلى حوالة فإذا وقع فرد منه في يد المشتري صدق أنه انتقل بالبيع قبل القبض و كيف كان فالأظهر في وجه إدخال هذه المسألة في محل الخلاف تعميم مورد الخلاف لمطلق الاستبدال حتى المحقق بالحوالة و إن لم نقل بكونها يباعا و المسألة تحتاج إلى فضل تتبع و الله الموفق. و استدل في الحدائق على الجواز بما عن المشايخ الثلاثة بطريق صحيح و موثق عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: سألت أبا عبد الله ع عن الرجل عليه كرا من طعام فاشترى كرا من رجل آخر فقال للرجل انطلق فاستوف كرك قال لا بأس به و فيه أنه لا دلالة لها على محل الكلام لأن الكلام فيما إذا كان المالان سلمين و مورد الرواية إعطاء ما اشترى به قبل قبضه وفاء عن دين لم يعلم أنه سلم أو قرض أو

غيرهما وقد استدل به في التذكرة على جواز إيفاء القرض بمال السلم و لذا قال جامع المقاصد في شرح قوله رحمه الله و لو أحال من عليه طعام من سلم بقبضه على من له عليه مثله من سام إلخ فإن قلت لم اعتبر كون المالكين معا سلمين قلت لأن المنع إنما هو من بيع ما لم يقبض و إذا كان أحد المالكين سلما دون الآخر لم يتعين لكونه مبيعا لإمكان اعتباره ثمنا إذ لا معين لأحدهما انتهى و يمكن أن يقال إن ظاهر الحوالة بناء على كونها معاوضة كون المحيل مملكا في ذمة غريمه بإزاء ما لغريمه عليه فماله معوض و مال غريمه عوض فإذا كان ماله على غريمه سلما كفى في المنع عن تملكه بإزاء مال غريمه عليه لأنه من بيع ما لم يقبض و حينئذ يتم الاستدلال بالرواية. نعم لو كان ما عليه سلما دون ماله أمكن خروجه عن المسألة لأن الظاهر هنا كون المسلم ثمنا و عوضا و إلى هذا ينظر بقوله في القواعد و التحرير تبعا للشرائع و لو كان المالكين أو المحال به قرضا صح. و لا وجه لاعتراض جامع المقاصد عليه بأنه لا وجه لتخصيص المحال به بالذكر مع أن العكس كذلك و استحسان تعبير الدروس بلفظ أحدهما ثم قال و ليس له أن يقول إن المحال به شبيه بالمبيع من حيث تخيل كونه مقابلا بالآخر إذ ربما يقال إن شبهه بالثمن أظهر لاقرانه بالباء و كل ذلك ضعيف انتهى. و فيه ما لا يخفى فإن الباء هنا ليس للعوض و ظهور الحوالة في كون إنشاء التملك من المحيل لا ينكر و احتمال كونه متملكا مال غريمه بمال نفسه كما في المشتري المقدم لقبوله على الإيجاب بعيد و يدل على هذا أيضا قولهم إن الحوالة بيع فإن ظاهره كون المحيل بائعا ثم إن المفروض في المسألة المذكورة ما لو أذن المحيل المحال في اكتياله لنفسه بأن يأتي بلفظ الإحالة كما في عبارة القواعد أو يقول له اکتل

لنفسك كما في عبارتي المبسوط و الشرائع أما لو وكله في القبض عن الآذن ثم القبض لنفسه فيكون قابضا مقبضا مبنى على جواز تولى طرفي القبض و الأقرب صحته لعدم المانع.

#### الرابع ذكر جماعة أنه لو دفع إلى من له عليه طعام دراهم و قال اشتر بها لنفسك طعاما لم يصح

لأن مال الغير يمتنع شراء شيء به لنفسه و وجهه أن قضية المعاوضة انتقل كل عوض إلى ملك من خرج عن ملكه العوض الآخر فلو انتقل إلى غيره لم يكن عوضا و يمكن نقض هذا بالعوض المأخوذ بالمعاطة على القول بإفادتها للإباحة فإنه يجوز أن يشتري به شيئا لنفسه على ما في المسالك من جواز جميع التصرفات بإجماع القائلين بصحة المعاطة. و أيضا فقد ذكر جماعة منهم العلامة في المختلف و قطب الدين و الشهيد على ما حكى عنهما أن مال الغير المنتقل عنه بإزاء ما اشتراه عالما بكونه مغصوبا باق على ملكه و يجوز لبائع ذلك المغصوب التصرف فيه بأن يشتري به شيئا لنفسه و يملكه بمجرد الشراء قال في المختلف بعد ما نقل عن الشيخ في النهاية أنه لو غصب مالا و اشترى به جارية كان الفرج له حالا و بعد ما نقل مذهب الشيخ في ذلك في غير النهاية و مذهب الحلبي أن كلام النهاية يحتمل أمرين أحدهما اشتراء الجارية في الذمة كما ذكره في غير النهاية الثاني أن يكون البائع عالما بغصب المال فإن المشتري حينئذ يستباح و طء الجارية و عليه و زر المال انتهى و قد تقدم في فروع بيع الفضولي و في فروع المعاطة نقل كلام القطب و الشهيد و غيرهما و يمكن توجيه ما ذكر في المعاطة بدخول المال آنا ما قبل التصرف في ملك المتصرف كما يلزمهم القول بذلك في و طء الجارية المأخوذة بالمعاطة و توجيه الثاني بأنه في معنى تملك ماله مجانا بغير عوض و كيف كان فالمعاوضة لا تعقل بدون قيام كل عوض مقام معوضه و إذا ثبت على غير ذلك فلا بد من توجيهه إما بانتقال أحد العوضين إلى غير مالكة قبل المعاوضة و إما بانتقال العوض الآخر إليه بعدها. و من هنا يمكن أن يحمل قوله فيما نحن فيه اشتر بدراهمي طعاما لنفسك على إرادة كون اللام لمطلق النفع لا للتملك بمعنى اشتر في ملكي و خذه لنفسك كما ورد في مورد بعض الأخبار السابقة: اشتر لنفسك طعاما و استوف حقهك و يمكن أن يقال إنه إذا اشترى لنفسه بمال الغير وقع البيع فضولا- كما لو باع الغير لنفسه فإذا قبضه فأجاز المالك الشراء و القبض تعين له. و حيث كان استمراره بيد المشتري قبضا فقد قبض ماله على مالك الطعام فافهم.

**مسألة لو كان له طعام على غيره - فطالبه به في غير مكان حدوته في ذمته****إشارة**

فهنا مسائل ثلاث

**أحدها أن يكون المال سلما**

بأن أسلفه طعاما في العراق و طالبه بالمدينة مع عدم اشتراط تسليمه بالمدينة- فلا إشكال

المكاسب، ج ٣، ص ٣١٩

في عدم وجوب أدائه في ذلك البلد و أولى بعدم الوجوب ما لو طالبه بقيمة ذلك البلد و لو طالبه في ذلك البلد بقيمته في بلد وجوب التسليم و تراضيا على ذلك قال الشيخ لم يجز- لأنه بيع الطعام قبل قبضه و هو حسن بناء على إرادة بيع ما في ذمته بالقيمة أو إرادة مطلق الاستبدال من البيع المنهى عنه أما لو جعلنا المنهى عنه عن خصوص البيع و لم يحتمل التراضي على خصوص كون القيمة ثمنا بل احتمال كونه ثمنا و السلم ثمنا فلا وجه للتحريم لكن الإنصاف ظهور عنوان القيمة خصوصا إذا كان من النقدين في الثمنية فينبى الحكم على انصراف التراضي المذكور إلى البيع أو القول بتحريم مطلق الاستبدال و أما إذا لم يرض المسلم إليه ففي جواز إجباره على ذلك قولان المشهور كما قيل العدم- لأن الواجب في ذمته هو الطعام لا القيمة. و عن جماعة منهم العلامة في التذكرة الجواز لأن الطعام الذي يلزم دفعه معدوم فكان كما لو عدم الطعام في بلد يلزمه التسليم فيه و توضيحه أن الطعام قد حل و التقصير من المسلم إليه حيث إنه لو كان في ذلك البلد أمكنه أداء الواجب بتسليم المال إلى المشتري إن حضر و إلا دفعه إلى وليه و لو الحاكم أو عزله و كيف كان فتعذر البراءة مستند إلى غيبته فللغريم مطالبه قيمة بلد الاستحقاق حينئذ و قد يتوهم أنه يلزم من ذلك جواز مطالبه الطعام و إن كان أزيد قيمة كما سيجيء القول بذلك في القرض و لو كان الطعام في بلد المطالبة مساويا في القيمة لبلد الاستحقاق فالظاهر وجوب الطعام عليه لعدم تعذر الحق و المفروض عدم سقوط المطالبة بالغيبة عن بلد الاستحقاق فيطالبه بنفس الحق.

**الثانية أن يكون ما عليه قرضا**

و الظاهر عدم استحقاق المطالبة بالمثل مع اختلاف القيمة لأنه إنما يستحقها في بلد القرض فالزامه بالدفع في غيره إضرار خلافا للمحكي عن المختلف و قواه جامع المقاصد هنا لكنه جزم بالمختار في باب القرض أما مطالبته بقيمة بلد الاستحقاق فالظاهر جوازها وفاقا للفاضلين و حكي عن الشيخ و القاضي. و عن غاية المرام نفى الخلاف لما تقدم من أن الحق هو الطعام على أن يسلم في بلد الاستحقاق و قد تعذر بتعذر قيده لا بامتناع ذى الحق فلا وجه لسقوطه غاية الأمر الرجوع إلى قيمته لأجل الإضرار و لذا لو لم يختلف القيمة فالظاهر جواز مطالبته بالمثل لعدم الضرر لكن مقتضى ملاحظة الضرر إناطة الحكم بعدم الضرر على المقترض أو بمصلحته و لو من غير جهة اختلاف القيمة كما فعله العلامة في القواعد و شارحه جامع المقاصد ثم إنه اعترف في المختلف بتعين قيمة بلد القرض مع تعذر المثل في بلد المطالبة و فيه تأمل فتأمل. و ظاهر بعض عدم جواز المطالبة لا بالمثل و لا بالقيمة و كأنه يتفرع على ما عن الشهيد رحمه الله في حواشيه من عدم جواز مطالبه المقترض المثل في غير بلد القرض حتى مع عدم تضرره فيلزم من ذلك عدم

جواز المطالبة بالقيمة بطريق أولى و لعله لأن مقتضى اعتبار بلد القرض أن ليس للمقرض إلا مطالبة تسليم ماله في بلد القرض و مجرد تعذره في وقت من جهة توقفه على مضي زمان لا يوجب اشتغاله بالقيمة كما لو أخر التسليم اختيارا في بلد القرض أو احتاج تسليم المثل إلى مضي زمان فتأمل.

### الثالثة أن يكون الاستقرار من جهة الغصب

فالمحكي عن الشيخ و القاضي أنه لا يجوز مطالبته بالمثل في غير بلد الغصب و لعله لظاهر قوله تعالى فَأَعْتِدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا آتَىٰكُمْ فَإِن مَّا فِي ذِمَّتِهِ هُوَ الطَّعَامُ الْمَوْصُوفُ بِكَوْنِهِ فِي ذَلِكَ الْبَلَدِ فَإِن مَّقْدَارُ مَالِيَةِ الطَّعَامِ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْأَمَاكِنِ فَإِن الْمَالِكُ لِمَقْدَارِ مَنْهُ فِي بَلَدٍ قَدْ يَعْدُ غَنِيًّا وَالْمَالِكُ لِأَضْعَافِهِ فِي غَيْرِهِ يَعْدُ فَقِيرًا فَالْمَمَاتِلَةُ فِي الصِّفَاتِ مَوْجُودَةٌ لِأَنَّ الْمَالِيَةَ لَكِنَّهُ يَنْتَقِضُ بِالْمَغْصُوبِ الْمَخْتَلِفِ قِيَمَتَهُ بِاخْتِلَافِ الْأَزْمَانِ فَإِن الْإِلْزَامُ عَلَى هَذَا عَدَمُ جَوَازِ مَطَالِبَتِهِ بِالْمِثْلِ فِي زَمَانٍ غَلَاثِهِ وَ حَلَهُ أَنَّ الْمَمَاتِلَةَ فِي الْجِنْسِ وَ الصِّفَاتِ هِيَ الْمَنَاظِلُ فِي التَّمَاتِلِ الْعَرْفِيِّ مِنْ دُونِ مِلَاحَظَةِ الْمَالِيَةِ وَ لَوْ لَا قَاعِدَةُ نَفْيِ الضَّرَرِ وَ انْصِرَافِ إِطْلَاقِ الْعَقْدِ فِي مَسْأَلَتِي الْقَرْضِ وَ السَّلْمِ لَتَعَيَّنَ ذَلِكَ فِيهِمَا أَيْضًا وَ لَوْ تَعَذَّرَ الْمِثْلُ فِي بَلَدِ الْمَطَالِبَةِ لَزِمَ قِيَمَةُ ذَلِكَ الْبَلَدِ لِأَنَّ الْإِلْزَامَ عَلَيْهِ حِينَئِذٍ الْمِثْلُ فِي هَذَا الْبَلَدِ لَوْ تَمَكَّنَ فَإِذَا تَعَذَّرَ قَامَتِ الْقِيَمَةُ مَقَامَهُ. وَ فِي الْمَبْسُوطِ وَ عَنِ الْقَاضِي قِيَمَةُ بَلَدِ الْغُصْبِ وَ هُوَ حَسَنُ بِنَاءٍ عَلَى حُكْمِهَا فِي الْمِثْلِ وَ الْمَعْتَبَرِ قِيَمَةُ وَقْتِ الدَّفْعِ لَوْ جُوبَ الْمِثْلُ حِينَئِذٍ فَتَعَيَّنَ بَدَلُهُ مَعَ تَعَذُّرِهِ وَ يَحْتَمِلُ وَقْتِ التَّعَذُّرِ لِأَنَّهُ وَقْتِ الْإِنْتِقَالِ إِلَى الْقِيَمَةِ. وَ فِي الْمَسْأَلَةِ أَقْوَالٌ مَذْكُورَةٌ فِي بَابِ الْغُصْبِ ذَكَرْنَاهَا مَعَ مَبَانِيهَا فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ عِنْدَ ذِكْرِ شُرُوطِ الْعَقْدِ فَلْيَرِاجِعْ إِلَى هُنَا الْمَكَاسِبِ، ج ٤، ص ٣٢٠

### تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

جَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (التوبة/٤١).  
قَالَ الْإِمَامُ عَلِيُّ بْنُ مُوسَى الرَّضَا - عَلَيْهِ السَّلَامُ: رَحِمَ اللَّهُ عَبْدًا أَحْيَا أَمْرًا... يَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَيُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ كَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بِنَادِرُ الْبَحَارِ - فِي تَلْخِيصِ بَحَارِ الْأَنْوَارِ، لِلْعَلَّامَةِ فَيضِ الْإِسْلَامِ، ص ١٥٩؛ عُيُونُ أَخْبَارِ الرَّضَا(ع)، الشَّيْخُ الصَّدُوقُ، الْبَابُ ٢٨، ج ١/ ص ٣٠٧).

مؤسس مجتمع "القائمية" الثقافي بأصفهان - إيران: الشهيد آية الله "الشمس آبادي" - رحمه الله - كان أحدًا من جهابذة هذه المدينة، الذي قد اشتهر بشغفه بأهل بيت النبي (صلوات الله عليهم) و لاسيما بحضرة الإمام علي بن موسى الرضا (عليه السلام) و بساحة صاحب الزمان (عجل الله تعالى فرجه الشريف)؛ و لهذا أسس مع نظره و درايته، في سنة ١٣٤٠ الهجرية الشمسية (= ١٣٨٠ الهجرية القمرية)، مؤسسه و طريقة لم ينطفيء مصباحها، بل تتبّع بأقوى و أحسن موقف كل يوم.

مركز "القائمية" للتحري الحاسوبى - بأصفهان، إيران - قد ابتدأ أنشيطه من سنة ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية) تحت عناية سماحة آية الله الحاج السيد حسن الإمامي - دام عزه - و مع مساعده جمع من خريجي الحوزات العلميّة و طلاب الجوامع، بالليل و النهار، في مجالات شتى: دينية، ثقافية و علمية...

الأهداف: الدفاع عن ساحة الشيعة و تبسيط ثقافة الثقلين (كتاب الله و اهل البيت عليهم السلام) و معارفهما، تعزيز دوافع الشبّاب و عموم الناس إلى التحرّي الأدقّ للمسائل الدينيّة، تخليف المطالب النافعة - مكان البلايتي المبتدلة أو الرديئة - في المحاميل (=الهواتف المنقولة) و الحواسيب (=الأجهزة الكمبيوترية)، تمهيد أرضية واسعة جامع ثقافية على أساس معارف القرآن و اهل البيت عليهم السلام - بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققين و الطّلاب، توسعة ثقافة القراءة و إغناء أوقات فراغه هواة برامج العلوم

الإسلامية، إنالة المنافع اللازمة لتسهيل رفع الإبهام و الشبّهات المنتشرة في الجامعة، و...  
 - منها العدالة الاجتماعية: التي يُمكن نشرها و بثّها بالأجهزة الحديثة متصاعدةً، على أنه يُمكن تسريع إبراز المرافق و التسهيلات -  
 في آكناف البلد - و نشر الثقافة الإسلامية و الإيرانية - في أنحاء العالم - من جهةٍ أُخرى.  
 - من الأنشطة الواسعة للمركز:

(الف) طبع و نشر عشراتِ عنوانِ كتبٍ، كتيبه، نشره شهريه، مع إقامة مسابقات القراءة

(ب) إنتاج مئات أجهزة تحقيقيه و مكتبيه، قابله للتشغيل في الحاسوب و المحمول

(ج) إنتاج المعارض ثلاثية الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرسوم المتحركة و... الأماكن الدينيه، السياحيه و...

(د) إبداع الموقع الانترنتي " القائمية " www.Ghaemiyeh.com و عدّه مواقع أُخر

(ه) إنتاج المنتجات العرضيه، الخطابات و... للعرض في القنوات القمرية

(و) الإطلاق و الدّعم العلميّ لنظام إجابة الأسئلة الشرعيه، الاخلاقيه و الاعتقاديّه (الهاتف: ٠٠٩٨٣١١٢٣٥٠٥٢٤)

(ز) ترسيم النظام التلقائيّ و اليدويّ للبلوتوث، ويب كشك، و الرسائل القصيره SMS

(ح) التعاون الفخرى مع عشرات مراكز طبيعيه و اعتباريه، منها بيوت الآيات العظام، الحوزات العلميه، الجوامع، الأماكن الدينيه كمسجد  
 جَمكران و...

(ط) إقامة المؤتمرات، و تنفيذ مشروع " ما قبل المدرسه " الخاص بالأطفال و الأحداث المُشاركين في الجلسه

(ي) إقامة دورات تعليميه عموميه و دورات تربية المربى (حضوراً و افتراضاً) طيله السنه

المكتب الرئيسي: إيران/أصفهان/ شارع "مسجد سيد/ " ما بين شارع " پنج رمضان " و مُفترق " وفائي / " بنايه " القائمية "

تاريخ التأسيس: ١٣٨٥ الهجرية الشمسيه (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية)

رقم التسجيل: ٢٣٧٣

الهوية الوطنية: ١٠٨٦٠١٥٢٠٢٦

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البريد الالكتروني: Info@ghaemiyeh.com

المتجر الانترنتي: www.eslamshop.com

الهاتف: ٢٥-٢٣-٢٣٥٧٠ (٠٠٩٨٣١١)

الفاكس: ٢٢-٢٣٥٧٠ (٠٣١١)

مكتب طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ (٠٢١)

التجارية و المبيعات ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩

امور المستخدمين ٢٣٣٣٠٤٥ (٠٣١١)

ملاحظة هامة:

الميزانية الحالية لهذا المركز، شعبيّه، تبرعيّه، غير حكوميّه، و غير ربحيه، اقتنيت باهتمام جمع من الخيرين؛ لكنّها لا تُوفى الحجم  
 المتزايد و المتسعّ للامور الدينيه و العلميه الحاليه و مشاريع التوسعه الثقافيه؛ لهذا فقد ترجى هذا المركز صاحب هذا البيت (المسمى  
 بالقائمية) و مع ذلك، يرجو من جانب سماحه بقيه الله الأعظم (عجل الله تعالى فرجه الشريف) أن يوفّق الكلّ توفيقاً متزائداً لإعانتهم  
 - في حدّ التمكن لكلّ احدٍ منهم - إيانا في هذا الأمر العظيم؛ إن شاء الله تعالى؛ و الله وليّ التوفيق.

مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية  
الغمامة اصحمان

WWW



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى  
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم  
**www.Ghaemiyeh.com**

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

