



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للعلوم



عيد ميلاد
عمران

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

مَهَلِكُ الْقُلُوبِ

وَاللَّيْلُ كَالنَّجْمِ وَالنَّجْمُ كَاللَّيْلِ

أَلَيْسَ

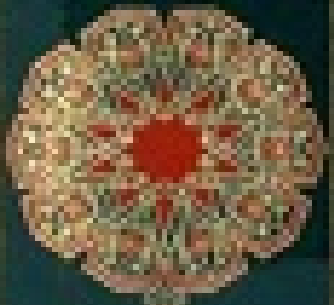
فِيهَا الْعَجَبُ

لِجَمْعِ الْقَدِيمِ وَالْمُجْتَمِعِ

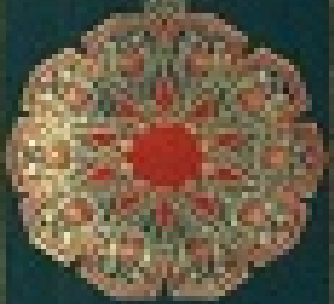
الْقَدِيمِ وَالْمُجْتَمِعِ وَالْمُجْتَمِعِ وَالْقَدِيمِ

أَلَيْسَ

بِعَجَابٍ



مَهَلِكُ الْقُلُوبِ وَاللَّيْلُ كَالنَّجْمِ وَالنَّجْمُ كَاللَّيْلِ



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

منهاج الفقاهه: التعليق على مكاسب الشيخ الاعظم

كاتب:

محمد صادق روحانى

نشرت فى الطباعة:

انوار الهدى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٤	منهاج الفقاهة: التعليق على مكاسب الشيخ الاعظم المجلد ٦
١٤	اشارة
١٤	الجزء السادس
١٤	[مقدمة المؤلف]
١٥	[تتمة القول فى الخيار و أقسامه و أحكامه]
١٥	[تتمة أقسام الخيار]
١٥	الخامس خيار التأخير
١٥	اشارة
١٨	شرائط خيار التأخير
١٨	اعتبار عدم قبض المبيع
٢٠	اعتبار عدم قبض مجموع الثمن
٢٣	الشرط الثالث: عدم اشتراط تأخير تسليم احد العوضين
٢٣	الشرط الرابع: ان يكون المبيع عينا أو شبهه،
٢٦	ما قيل باعباره فى خيار التأخير
٣٠	مسألة: يسقط هذا الخيار بأمور:
٣٠	اشارة
٣٠	سقوط خيار التأخير بالاسقاط
٣٢	بذل المشتري للثمن بعد الثلاثة
٣٣	اخذ الثمن من المشتري
٣٤	مسألة: فى كون هذا الخيار على الفور أو التراخى قولان، (١)
٣٥	مسألة: لو تلف المبيع بعد الثلاثة، كان من البائع اجماعا (٢)
٣٧	مسألة: لو اشترى ما يفسد من يومه فإن جاء بالثمن ما بينه و بين الليل و إلا فلا بيع له، (٣)

- السادس خيار الرؤية ٤١
- اشارة ٤١
- مسألة: مورد هذا الخيار بيع العين الشخصية الغائبة، (٢) ٤٤
- اشارة ٤٤
- الخيار بين الرد و الامساک مجاناً. ٤٧
- مسألة: الأكثر على ان الخيار عند الرؤية فوری، (٢) ٤٩
- مسألة: يسقط هذا الخيار بترك المبادرة عرفاً (١) ٥٠
- اشارة ٥٠
- اشتراط سقوطه ٥١
- مسألة: لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت و لا بابدال العين، ٥٤
- مسألة: الظاهر ثبوت خيار الرؤية في كل عقد واقع على عين شخصية موصوفة كالصلح و الاجارة (١) ٥٧
- مسألة: لو اختلفا فقال البائع لم يختلف صفه، (١) ٥٨
- مسألة: لو نسج بعض الثوب فاشتره على ان ينسج الباقي كالأول بطل، (١) ٥٩
- السابع خيار العيب ٦١
- اشارة ٦١
- اطلاق العقد يقتضى الصحة ٦١
- مسألة: ظهور العيب في المبيع يوجب تسلط المشتري على الرد و أخذ الأرض (١) ٦٣
- اشارة ٦٣
- ظهور العيب كاشف عن ثبوت الخيار لا مثبت له ٦٦
- القول في مسقطات هذا الخيار ٦٧
- اشارة ٦٧
- مسألة: يسقط الرد خاصة بأمور. ٦٧
- اشارة ٦٧
- الاسقاط ٦٨

- ٦٨ التصرف مسقط
- ٧٣ تلف العين مسقط لهذا الخيار
- ٧٤ حدوث عيب عند المشتري
- ٧٤ اشارة
- ٧٥ حدوث العيب بعد القبض
- ٧٧ العيب الحادث بعد القبض و الخيار
- ٨٠ تبعض الصفقة لا يمنع من الرد
- ٨٣ حكم ما إذا كان المشتري متعددا
- ٨٦ مسألة: يسقط الأرض دون الرد في موضعين: (١)
- ٨٦ احدهما: إذا اشترى ربويا بجنسه فظهر عيب في احدهما
- ٨٨ الثاني: ما لو لم يوجب العيب نقصا في القيمة
- ٨٨ مسألة: يسقط الرد و الأرض معا بأمر.
- ٨٨ اشارة
- ٨٩ ما لو علم بالعيب ثم اشتراه
- ٩١ التبرى عن العيوب
- ٩٤ ما قيل بكون مسقطا للرد و الارش
- ٩٥ التصرف بعد العلم بالعيب
- ٩٧ التصرف في المعيب الذى لم تنقص قيمته بالعيب
- ٩٩ لو ثبت احد مانعى الرد فيما لا يؤخذ الارش فيه
- ١٠١ تأخير الأخذ بمقتضى الخيار
- ١٠٢ مسألة: قال في المبسوط من باع شيئا فيه عيب لم يبينه فعل محظورا (١)
- ١٠٤ مسائل: في اختلاف المتبايعين
- ١٠٤ اشارة
- ١٠٤ الأول: [الاختلاف في موجب الخيار]

- ١٠٤ اشارة
- ١٠٤ لو اختلفا فى تعيب المبيع
- ١٠٩ اختلاف الموكل و المشتري
- ١١١ اختلاف المتبايعين فى كون المردود سلعة البائع
- ١١٢ و أما الثانى: و هو الاختلاف فى المسقط
- ١١٢ اشارة
- ١١٤ اختلاف المتبايعين فى البراءة
- ١١٦ و أما الثالث: [الاختلاف فى الفسخ]
- ١١٩ القول فى ماهية العيب
- ١٢٥ الكلام فى بعض افراد العيب (٢)
- ١٢٥ اشارة
- ١٢٥ مسألة: لا إشكال و لا خلاف فى كون المرض عيبا
- ١٢٦ مسألة: الحبل عيب فى الاماء
- ١٢٧ مسألة: الأكثر على ان الثيوبه ليست عيبا فى الاماء
- ١٢٨ مسألة: ذكر فى التذكرة و القواعد من جملة العيوب عدم الختان فى العبد الكبير،
- ١٢٨ مسألة: عدم الحيض ممن شأنها الحيض
- ١٢٨ مسألة: الاباق عيب
- ١٢٩ مسألة: الثفل الخارج عن العادة فى الزيت و البذر و نحوهما عيب
- ١٣١ مسألة: قد عرفت ان مطلق المرض عيب خصوصا الجنون و البرص و الجذام و القرن،
- ١٣٣ خاتمة: فى عيوب متفرقة
- ١٣٣ القول فى الارش
- ١٣٣ اشارة
- ١٣٤ ضمانه خارج عن الضمانين
- ١٣٥ الملحوظ هو التفاوت بالنسبة

- ١٣٧ هذا الضمان انما هو بمقدار بعض الثمن لا بعينه
- ١٣٩ يعتبر كون الارش من النقدين
- ١٤١ الارش المستوعب لتمام القيمة
- ١٤٣ مسألة: يعرف الارش بمعرفة قيمتى الصحيح و المعيب (١)
- ١٤٥ مسألة: لو تعارض المقومون
- ١٤٥ اشارة
- ١٤٨ طريق تحصيل التفاوت بين القيمتين
- ١٥٣ القول فى الشروط
- ١٥٣ اشارة
- ١٥٤ حقيقة الشرط
- ١٥٧ الكلام فى شروط صحة الشرط
- ١٥٧ اشارة
- ١٥٨ اعتبار دخول الشرط تحت القدرة
- ١٦١ اعتبار كون الشرط سائغا
- ١٦٢ اعتبار أن يكون فيه غرض عقلاى
- ١٦٣ اعتبار عدم مخالفة الشرط للكتاب و السنة
- ١٧٨ الشرط المنافى لمقتضى العقد
- ١٨٣ الشرط المجهول
- ١٨٥ يعتبر أن لا يكون الشرط مستلزما للمحال
- ١٨٧ يعتبر ذكر الشرط فى متن العقد
- ١٨٩ يعتبر التنجيز فى الشرط
- ١٩٠ مسألة: فى حكم الشرط الصحيح (١)
- ١٩٠ اشارة
- ١٩١ حكم شرط الوصف

- ١٩٢ حكم شرط النتيجة
- ١٩٤ وجوب الوفاء بالشرط
- ١٩٧ فى جواز الإجبـار و عدمه
- ٢٠٠ ثبوت الخيار مع عدم تعذر الإجبـار
- ٢٠٢ حكم تعذر الشرط
- ٢٠٥ التلف لا يمنع عن الفسخ
- ٢٠٨ إسقاط حق الشرط
- ٢١٠ لو شرط قدرا معيناً فتبين الاختلاف
- ٢١٥ القول فى حكم الشرط الفاسد
- ٢١٥ اشارة
- ٢٢٥ الشرط الفاسد يوجب الخيار
- ٢٢٦ لو أسقط المشروط له الشرط الفاسد
- ٢٢٧ ذكر الشرط الفاسد قبل العقد
- ٢٣٠ الكلام فى أحكام الخيار
- ٢٣٠ اشارة
- ٢٣٠ انتقال حق الخيار الى الوارث
- ٢٣٠ اشارة
- ٢٣٢ ارث الخيار ليس تابعا لإرث المال
- ٢٣٧ مسألة فى كيفية استحقاق كل من الورثة للخيار
- ٢٣٧ اشارة
- ٢٤٣ لو اجتمع الورثة على الفسخ
- ٢٤٥ مسألة لو كان الخيار لأجنبى و مات
- ٢٤٦ مسألة و من احكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار. (١)
- ٢٤٩ مسألة هل الفسخ يحصل بنفس التصرف، أو يحصل قبله متصلا به.

- ٢٤٩ اشارة
- ٢٥٤ لو اشترى عبدا بجارية
- ٢٥٥ مسألة من احكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذى الخيار تصرفا يمنع من استرداد العين (١)
- ٢٥٥ اشارة
- ٢٥٧ يجوز تصرف غير ذى الخيار تكليفا
- ٢٦٠ يجوز تصرف من عليه الخيار وضعا
- ٢٦١ العقد الثانى لا يفسخ بحل الاول
- ٢٦٢ فرعان
- ٢٦٢ اشارة
- ٢٦٣ التصرف الذى يكون فى معرض التفويت
- ٢٦٣ اجارة العين فى زمان الخيار
- ٢٦٣ اشارة
- ٢٦٥ التصرف باذن ذى الخيار
- ٢٦٦ مسألة المشهور ان المبيع يملك بالعقد،
- ٢٧٤ مسألة و من احكام الخيار كون المبيع فى ضمان من ليس له الخيار (١)
- ٢٧٤ اشارة
- ٢٧٥ يختص هذا الحكم بخيارى الحيوان و الشرط
- ٢٧٨ اختصاص هذا الحكم بالمبيع الشخصى
- ٢٧٩ الاستفادة من النصوص كون هذا الضمان ضمان المعاوضة
- ٢٨٢ حكم اتلاف المبيع فى زمان الخيار
- ٢٨٣ مسألة و من احكام الخيار ما ذكره فى التذكرة، فقال: يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشتري تسليم الثمن، فى زمان الخيار،
- ٢٨٤ مسألة قال فى القواعد لا يبطل الخيار بتلف العين، (١)
- ٢٨٦ مسألة لو فسخ ذو الخيار، فالعين فى يده مضمونة (١)
- ٢٨٧ القول فى النقد و النسبة.

- ٢٨٧ اشارة
- ٢٨٨ مسألة اطلاق العقد يقتضى النقد، (١)
- ٢٨٩ مسألة يجوز اشتراط تأجيل الثمن مدة معينة (٢)
- ٢٩٢ مسألة لو باع بثمان حالا و بأزيد منه مؤجلا، (١)
- ٢٩٦ مسألة لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل حلول الاجل و ان طولب (١)
- ٢٩٩ مسألة إذا كان الثمن بل كل دين حالا أو حل و جب على مالكة قبوله عند دفعه إليه، (٢)
- ٣٠٣ مسألة لا خلاف على الظاهر من الحدائق المصرح به فى غيره فى عدم جواز تأجيل الثمن الحال، (١)
- ٣٠٦ مسألة إذا ابتاع عينا شخصية بثمان مؤجل جاز بيعه من بانه (١)
- ٣١٢ القول فى القبض
- ٣١٢ اشارة
- ٣١٢ مسألة: اختلفوا فى ماهية القبض فى المنقول، بعد اتفاهم على انها التخليه فى غير المنقول (١) على اقوال:
- ٣٢٠ القول فى وجوب القبض
- ٣٢٠ مسألة: يجب على كل من المتبايعين تسليم ما استحقه الآخر بالبيع (١)
- ٣٢٠ اشارة
- ٣٢١ الفروع المتفرعة على وجوب التسليم
- ٣٢٤ مسألة: يجب على البائع تفريغ المبيع من امواله مطلقا
- ٣٢٤ اشارة
- ٣٢٦ حكم ما لو كانت الأرض مشغولة بالزرع
- ٣٢٧ لو احتاج تفريغ الأرض الى هدم شىء
- ٣٢٨ مسألة لو امتنع البائع من التسليم، (١)
- ٣٢٩ الكلام فى احكام القبض،
- ٣٢٩ اشارة
- ٣٢٩ مسألة من أحكام القبض انتقال الضمان ممن نقله الى القابض،
- ٣٢٩ اشارة

- انتقال الضمان بالاتلاف ٣٣٤
- مسألة تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين في جميع ما ذكر، ٣٣٦
- مسألة لو تلف بعض المبيع قبل قبضه، (١) ٣٣٨
- مسألة الاقوى من حيث الجمع بين الروايات حرمة بين المكيل و الموزون قبل قبضه الا تولى (٥) ٣٤٠
- اشارة ٣٤٠
- الثمن لا يكون ملحقا بالمبيع ٣٤٥
- اقرار البيع على ما لم يقبض ٣٤٧
- مسألة لو كان له طعام على غيره، فطالبه به في غير مكان حدوثه في ذمته (١) ٣٥٢
- اشارة ٣٥٢
- احداها: ان يكون المال سلما ٣٥٢
- الثانية: أن يكون ما عليه قرضا، (١) ٣٥٣
- الثالثة: ان يكون الاستقرار من جهة الغصب، (١) ٣٥٥
- تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية ٣٥٥

[تنمة القول في الخيار و أقسامه و أحكامه]

[تنمة أقسام الخيار]

الخامس خيار التأخير.

إشارة

قال في التذكرة من باع شيئاً و لم يسلمه الى المشتري و لا- قبض الثمن و لا- شرط تأخيره و لو ساعة لزم البيع ثلاثة ايام، فإن جاء المشتري بالثمن في هذه الثلاثة فهو احق بالعين و ان مضت الثلاثة و لم يأت بالثمن تخير البائع بين فسخ العقد و الصبر و المطالبة بالثمن (١) عند علمائنا اجمع، و الأصل في ذلك قبل الاجماع المحكى عن الانتصار و الخلاف و الجواهر و غيرها المعتضد بدعوى الاتفاق المصرح بها في التذكرة و الظاهرة من غيرها و بما ذكره في التذكرة من ان الصبر ابدا مظنة الضرر المنفى بالخبر، (٢) بل الضرر هنا اشد من الضرر في الغبن حيث ان المبيع هنا في ضمانه و تلفه منه و ملكك لغيره لا يجوز له التصرف فيه

خيار التأخير

الخامس خيار التأخير.

(١) المشهور بين الاصحاب ما افاده العلامة في التذكرة، و ذكره المصنف في المتن قال و ان مضت الثلاثة و لم يأت بالثمن تخير البائع بين فسخ العقد و الصبر و المطالبة بالثمن و عن غير واحد منهم العلامة في التذكرة و التبصرة دعوى الاجماع عليه و عن ظاهر المبسوط و الاسكافي و صريح الكفاية و الحدائق بطلان البيع و انفساخه بعد الثلاثة، و توقف في الحكم جماعة منهم المحقق الأردبيلي (رحمه الله)

و قد استدلل للمشهور مضافا الى الاجماع الذي ادعاه غير واحد- بوجوه:

(٢) احدها: حديث لا ضرر «١» فان صبر البائع بعدم تصرفه في المبيع مع عدم اخذه الثمن، و ضمانه و تلفه منه لكونه من التلف قبل القبض، و وجوب حفظه المبيع للمشتري ضرر عليه فينفي بالخبر. و فيه: اولاً: ان هذا لا ينطبق على ما بنوا عليه سعة و ضيقاً، نفياً و اثباتاً.

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

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٦

الاخبار المستفيضة (١) منها رواية علي بن يقطين، قال: سألت ابا الحسن (عليه السلام) عن الرجل يبيع البيع و لا يقبضه صاحبه و لا يقبض الثمن، قال: الاجل بينهما ثلاثة ايام،

فإن قبض بيعه و إلا فلا بيع بينهما و رواية اسحاق بن عمار عن العبد الصالح، قال: من اشترى يبيعا فمضت ثلاثة ايام و لم يجئ فلا بيع له و رواية ابن الحجاج قال: اشترت محملاً و اعطيت بعض الثمن و تركته عند صاحبه، ثم احتبست اياماً ثم جئت الى بائع المحمل لأخذه، فقال: قد بعته، فضحكت ثم قلت لا و الله لا أدعك أو اقاضيك فقال:

أ ترضى بأبي بكر بن عياش قلت: نعم، فاتيناه فقصصنا عليه قصتنا، فقال أبو بكر بقول من تحب «تريد» ان اقضى بينكما أ بقول صاحبك أو غيره؟ قلت: بقول صاحبي، قال: سمعته يقول من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه و بين ثلاثة ايام، و إلا

فلا بيع له.

و ثانيا: انه قد تقدم في خيار الغبن انه لا يصح الاستدلال به على نفي اللزوم و ثبوت الخيار.
و ثالثا: ان هذه المعاملة قبل مضي الثلاثة محكومة باللزوم، و خارجة عن تحت الحديث بالنص و الاجماع، فلا يصح التمسك به بعدها
بناء على عدم جواز التمسك بما لا عموم زمانى له بعد مضي زمان التخصيص.
و رابعا: ان الضرر من ناحية كون تلفه منه لا يرتفع بالحديث لقاعدة: كل مبيع تلف ... الخ و من الناحيتين الأخيرتين يمكن التخلص
منه بالالتزام بان له اخذ المبيع مقاصه عن الثمن.
ثانياها: ان مقتضى اطلاق العقد تسليم المبيع و تسلم الثمن على غير وجه المسامحة عرفا، و حيث انه غير منضبط عرفا حدده الشارع
الأقدس بثلاثة ايام، فمرجعه الى الشرط الضمنى و الخيار عند تخلف الشرط، و هذا فى الجملة و ان كان متينا الا انه لا يثبت به ما افترى
الأصحاب به من اختصاصه بالبائع و غير ذلك من القيود.
(١) ثالثها الاخبار كصحيح على بن يقطين «١» و خبر اسحاق بن عمار «٢» و رواية ابن الحجاج «٣» المذكورة فى المتن.

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

(٢) نفس المصدر ح ٤.

(٣) نفس المصدر ح ٢

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٧

و صحيحة زرارة عن ابي جعفر (عليه السلام) قلت له: الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده، فيقول آتيك بثلثه قال ان جاء ما
بينه و بين ثلاثة ايام و إلا فلا بيع له. (١)
و ظاهر هذه الاخبار بطلان البيع، كما فهمه فى المبسوط حيث قال روى اصحابنا انه إذا اشترى شيئا بعينه بثلث معلوم، و قال للبائع
اجيئك بالثلث و مضى،
فإن جاء فى مدة الثلاثة كان البيع له و ان لم يرتجع بطل البيع، انتهى.
و ربما يحكى هذا عن ظاهر الاسكافى المعبر بلفظ الروايات، و توقف فيه المحقق الاردبيلي، و قواه صاحب الكفاية، و جزم به فى
الحدائق طاعنا على العلامة فى المختلف حيث انه اعترف بظهور الأخبار فى خلاف المشهور، ثم اختار المشهور مستدلا بأن الأصل
بقاء صحة العقد و حمل الأخبار على نفي اللزوم.

(١) و صحيح زرارة «١» المذكور فى المتن، و نحوها غيرها و أما معتبر على بن يقطين عن ابي الحسن (عليه السلام): عن رجل اشترى
جارية و قال:

أجيئك بالثلث، فقال: ان جاء فيما بينه و بين شهر و الا فلا بيع له «٢».

فهو غير معمول به بين الأصحاب، و لا قائل به، و على فرض عدم وهنه بذلك فلمعارضته مع ما تقدم لا بد من طرحه أو حمله على
استحباب الصبر له و عدم الفسخ الى مضي المدة المذكورة كما قيل، أو مخصوص بالجارية كما عن الشيخ الطوسى.

و على اى حال: فالمعتمد هى النصوص المتقدمة،

و تحقيق القول فيها، ان محتملاتها ثلاثة:

الأول: انه يشترط فى صحة البيع القبض فى الثلاثة، فمع عدم القبض فى الثلاثة لا يكون البيع صحيحا من الأول، استظهره السيد من

النصوص.

الثاني: صحة البيع قبل مضي الثلاثة، و بطلانه بمضيها مع عدم القبض أو انفساخ العقد بذلك.

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

(٢) نفس المصدر ح ٦.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٨

اقول ظهور الأخبار في الفساد في محله إلا- ان فهم العلماء و حملهم الأخبار على نفى اللزوم (١) مما يقرب هذا المعنى مضافا الى ما يقال من ان قوله (عليه السلام) في اكثر تلك الاخبار لا بيع له ((٢) ظاهر في انتفاء البيع بالنسبة الى المشتري فقط، و لا يكون الا نفى اللزوم من طرف البائع، الا- ان في رواية ابن يقطين فلا- بيع بينهما، (٣) و كيف كان فلا- اقل من الشك فيرجع الى استصحاب الآثار المترتبة على البيع (٤) و توهم كون الصحة سابقا في ضمن اللزوم، فيرتفع

و المشهور على الأخير، و الآخرون على الثاني،

و الأول خلاف الظاهر، فان ظاهر النصوص سؤالا و جوابا تمامية البيع قبل مضي الثلاثة، و نفى البيع من حين مضيها، فيدور الأمر بين الأخيرين.

و المصنف بعد اعترافه بظهورها في انفسها في الأول منهما ذهب الى ان هناك قرينتين صارفتين عن هذا الظهور.

(١) احدهما: فهم الاصحاب و حملهم الاخبار على نفى اللزوم،

(٢) ثانيتهما: ان قوله (عليه السلام) في اكثر تلك الاخبار لا بيع له ظاهر في ارادة انتفاء البيع بالنسبة الى المشتري خاصة، و حيث ان نفى الصحة لا يعقل من احد الطرفين، فلا محالة يكون المراد منه نفى اللزوم.

(٣) ثم اورد على الثاني منهما: بان في رواية ابن يقطين فلا بيع بينهما و لأجله تردد في ظهورها في نفى اللزوم، قال:

(٤) و لا اقل من الشك فيرجع الى استصحاب الآثار المترتبة على البيع.

اما ما ذكره من القرينة الاولى فيرده ان فهم الأصحاب من حيث هو لا يصلح صارفا عن الظهور ما لم يوجب الاطمئنان بوجود القرينة الصارفة، و حيث انه يحتمل ان يكون منشؤه القرينة الثانية فلا يعتمد عليه، فالعمدة بيان حال الثانية.

قد يقال: ان ظاهر تلك الجملة نفى الصحة من جهة كونها من قبيل نفى الحقيقة نظير لا صلاة الا بطهور.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٩

بارتفاعه، مندفع بأن اللزوم ليس من قبيل الفصل للصحة، (١) و انما هو حكم مقارن له في خصوص البيع الخالي من الخيار،

و فيه: ان نفى الحقيقة في المخترعات الشرعية كالصلاة صحيح، و أما في الامور الحقيقية الخارجية أو الاعتبارية العقلانية فلا يصح فتأمل.

و الحق: ان هذه الجملة مسوقة لبيان نفى الحكم بلسان نفى الموضوع، و ظاهر ذلك في نفسه و ان كان عدم ترتب الحكم الشرعي على البيع من غير فرق بين الصحة و اللزوم،

لا ما افاده المحقق الايرواني (رحمه الله) من ان ظاهره نفى البيع المحكوم باللزوم شرعا و عرفا دون مطلق البيع،

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

و بعبارة اخرى: ان المنفى هو البيع للمشتري لا البيع مطلقا، فمعنى هذه الجملة: انه ليس للمشتري بيع يستحق به قبض المبيع من البائع بخلاف البائع، فان امر البيع بيده فله مطالبة المشتري بالثمن و له ترك ذلك بحل البيع.

و أما قوله (عليه السلام) في خبر ابن يقطين فلا بيع بينهما فلا ينافى ذلك لصدق النسبة اليهما بلحاظ احدهما.

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

فانه يقال انه خلاف الظاهر جدا، و مجرد استعماله فيه في صدر الحديث لا يصلح قرينه لذلك.

فتحصل: ان الأظهر ما هو المشهور بين الأصحاب.

(١) قوله مندفع بان اللزوم ليس من قبيل الفصل للصحة ما افاده قدس سره و ان كان متينا فان الصحة عبارة عن كون هذه المعاملة مشموله لما امضاه الشارع و حكم بثبوت الملكية بعدها، و اللزوم عبارة عن عدم السلطنة على حل المعاملة لا انه من انحاء وجود الملكية كما افاده السيد الا انه لو كان فصلا حقيقيا لها لما كان ذلك مانعا عن اجراء الاستصحاب، فان تبدل مثل هذا الفصل عند العرف لا يوجب تبدل الموضوع

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٠

ثم انه يشترط في هذا الخيار امور:

احدها: عدم قبض المبيع، (١) و لا- خلاف في اشتراطه ظاهرا، و يدل عليه من الروايات المتقدمة قوله في صحيحة علي بن يقطين المتقدمة فإن قبض بيعه و إلا فلا بيع بينهما، (٢) بناء على ان البيع، هنا بمعنى المبيع لكن في الرياض انكار دلالة الاخبار 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 بيعه بالتشديد (٣) يعنى قبض بانه الثمن و لا يخفى ضعف هذا الاحتمال لأن استعمال البيع بالتشديد مفردا نادر، (٤) بل لم يوجد مع امكان اجراء اصالة عدم التشديد، (٥)

نظير ما ذكره في الروضة من أصالة عدم المد في لفظ البكاء الوارد في قواطع الصلاة

و لذا بعد تبدل الجواز في البيع باللزوم، بانقضاء المجلس مثلا لا يرى العرف الابقاء الملكية الثابتة في المجلس.

شرائط خيار التأخير

اعتبار عدم قبض المبيع

ثم انه يشترط في هذا الخيار امور:

(١) احدها: عدم قبض المبيع، و لا خلاف في اشتراطه ظاهرا.

(٢) و قد استدل لاعتبار هذا الشرط بقوله (عليه السلام) في خبر علي بن يقطين المتقدم فان قبض بيعه بناء على ان البيع هنا بمعنى المبيع.

(٣) و اورد عليه: باحتمال قراءة قبض بالتخفيف و بيعه بالتشديد، يعنى قبض البائع الثمن.

و اجاب المصنف (رحمه الله) عنه بجوابين:

(٤) احدهما: ان استعمال البيع بالتشديد مفردا نادر، بل لم يوجد.

(٥) ثانيهما: اجراء اصالة عدم التشديد نظير اصالة عدم المد في لفظ البكاء الوارد في قواطع الصلاة.

و لكن يرد على الأول: منعه، و على الثاني: ان التشديد و التخفيف من انحاء

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١١

ثم انه لو كان عدم قبض المشتري لعد و ان البائع بأن بذل له الثمن فامتنع من اخذه و اقباض المبيع (١) فالظاهر عدم الخيار لان ظاهر النص و الفتوى كون هذا الخيار ارفاقا للبائع و دفعا لتضرره، (٢) فلا يجرى فيما إذا كان الامتناع من قبله

وجود الكلمة كالجهر و الاخفات، فاصالة عدم التشديد تعارض اصالة عدم التخفيف، مع ان المخفف مابين بحسب الهيئة مع المشدد، و لا يقاس ذلك باصالة عدم المد، فان مقتضى المد زيادة الهمزة، فيمكن اجراء اصالة عدم الزيادة بخلاف المقام، فالانصاف انه حيث يحتمل قراءة بيعه بالتشديد، و قراءة، قبض بالتخفيف فمفاد هذه الجملة اعتبار قبض البائع الثمن. و يحتمل قراءة قبض بالتشديد، سواء قرأ بيعه بالتشديد أو التخفيف. فيكون مفادها اعتبار اقباض المبيع. و يحتمل قراءة بيعه بالتشديد مع قراءة قبض بالتخفيف، فمفادها ايضا اعتبار اقباض المبيع، و لا معين لأحد الأخيرين، فتكون مجمله لا يستفاد منها اعتبار اقباض المبيع. فالأظهر عدم اعتباره،

ثم انها هنا فروعا متفرعة على اعتبار هذا الشرط:

(١) احدها: انه إذا بذل المشتري الثمن و البائع امتنع عن اخذه و اقباض المبيع، هل يثبت الخيار ام لا؟ و الظاهر عدم الخيار لا لما افاده السيد (رحمه الله) بان المدار في الأخبار على عدم مجيئه بالثمن فمع بذله لا خيار، فان هذا الوجه يتم بالاضافة الى عدم قبض الثمن لا بالاضافة الى عدم اقباض المبيع، بل لما افاده المصنف (رحمه الله) (٢) من ان ذلك كالبض بملاحظة ملاك الخيار و هو الارفاق بالبائع، و حيث ان عدم اقباض البائع مع بذل المشتري الثمن بامتناع منه، فلا موجب للارفاق، فلا خيار لعدم الملاك.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٢

و لو قبضه المشتري على وجه يكون للبائع استرداده، كما إذا كان بدون اذنه مع عدم اقباض الثمن. ففي كونه كلا قبض مطلقا أو مع استرداده أو كونه قبضا، وجوه رابعها ابتناء المسألة على ما سيجيء في احكام القبض من ارتفاع الضمان عن البائع بهذا القبض و عدمه. و لعله الاقوى (١) إذ مع ارتفاع الضمان بهذا القبض لا ضرر على البائع، الا 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 ان ادعى انصراف الاخبار الى غير هذه الصورة، لكنه مشكل كدعوى شمولها و لو قلنا بارتفاع الضمان و لو مكن المشتري من القبض فلم يقبض، فالاقوى ايضا ابتناء المسألة على ارتفاع الضمان و عدمه.

ثانيها: انه لو قبضه المشتري على وجه يكون للبائع استرداده كما إذا كان بدون اذنه مع عدم اقباض الثمن ففيه وجوه ثالثها التفصيل بين استرداده و عدمه،

رابعها ابتناء المسألة على ارتفاع الضمان عن البائع بهذا القبض و عدمه.

(١) و قد اختار المصنف (رحمه الله) الوجه الرابع، و محصل ما افاده في وجهه: ان ثبوت الخيار للبائع انما يكون من جهة الضرر، و هو انما يكون من جهات:

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

ثانيها: من جهة تأخير الثمن و عدم الانتفاع به مدة.

ثالثها: من جهة ان ضمان المبيع و تلفه منه.

و الضرر من الجهتين الأوليتين يتدارك بالتمكن من المقاصة باخذ المبيع، و الضرر من الجهة الأخيرة يندفع بالالتزام بعدم الضمان، فلو بنينا على ارتفاعه به لا يبقى محل للخيار و الا فالخيار باق.

و فيه: اولاً: ما تقدم من ان مدرك هذا الخيار ليس هو حديث نفي الضرر بل النصوص الخاصة.

و ثانياً: ان ذلك لو تم فانما هو في صورة امكان الاسترداد، و معه يرتفع الضرر

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٣

و ربما يستظهر من قول السائل في بعض الروايات ثم يدعه عنده عدم كفاية التمكين (١) و فيه نظر، و الاقوى عدم الخيار لعدم الضمان (٢) و في كون قبض بعض المبيع كلاً- قبض لظاهر الاخبار أو كالبض لدعوى انصرافها الى صورة عدم قبض شيء منه أو تبعض الخيار بالنسبة الى المقبوض و غيره استناداً مع تسليم الانصراف المذكور الى تحقق الضرر بالنسبة الى غير المقبوض لا غير وجوه. (٣)

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

و ثالثاً: انه لا يجوز التقاص مع عدم قبض الثمن مطلقاً، بل مع امتناعه عن الاقباض كما لا يخفى.

و استدلل للثالث: بانه مع عدم استرداده يكون اذناً في القبض بقاء، و هو يكفي.

و فيه: ان صورة عدم الاسترداد مع التمكن منه اظن انها خارجة عن مورد النفي و الاثبات.

و استدلل للأول- اي كون هذا القبض كلاً قبض مطلقاً- بالانصراف، اي انصراف النصوص عن صورة تحقق القبض على غير الوجه المأذون فيه،

و لكن مع ذلك الأوجه هو الثاني، من جهة ان مدرك اعتبار هذا الشرط قوله (عليه السلام)

ان قبض يبعه فلو كان كل منهما بالتخفيف كان مفاده عدم الخيار مع قبض المشتري المبيع،

و مقتضى اطلاقه عدم الفرق بين اذن البائع و عدمه.

(١) ثالثها: لو مكن المشتري من القبض فلم يقبض، ففيه وجوه،

(٢) اختار المصنف (رحمه الله) الخيار على القول بارتفاع الضمان و عدمه على القول بعدم الارتفاع.

و الحق ان يقال: انه ان قلنا بان التمكن و التخليء بنفسه قبض فلا اشكال في السقوط،

و الا فمقتضى الجمود على ظواهر النصوص عدم سقوطه.

(٣) رابعها: انه لو قبض بعض المبيع فهل هو كلاً قبض، أو كالبض، أو يبعض الخيار

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٤

الشرط الثاني: عدم قبض مجموع الثمن (١) و اشتراطه مجمع عليه نصاً و فتوى و قبض البعض كلاً قبض بظاهر الاخبار المعتضد بفهم

ابي بكر بن عياش في رواية ابن الحجاج المتقدمة، و ربما يستدل بتلك الرواية تبعاً للتذكرة و فيه نظر (٢)

وجوه: اظهرها الأول لظهور قوله (عليه السلام) فان قبض يبعه في صحيح علي بن يقطين «١»

الذي هو المدرك لهذا الشرط في ارادة قبض المجموع لا البعض.

اعتبار عدم قبض مجموع الثمن

(١) الشرط الثاني: عدم قبض مجموع الثمن.

هذا الشرط مما اتفقت على اعتباره كلمات الأصحاب و نصوص الباب،

انما الكلام فى فروع:

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

استدل العلامة (رحمه الله) للثانى بخبر ابن الحجاج قال: اشترت محملا فاعطيت بعض ثمنه و تركته عند صاحبه ثم احتبست اياما ثم

جئت الى بائع المحمل لأخذه فقال: قد بعته،

فضحكت ثم قلت: لا والله لا أدعك أو اقاضيك، فقال لى: ترضى بأبى بكر بن عياش؟

قلت: نعم، فاتيته فقصصنا عليه قصتنا فقال: أبو بكر يقول من تريد ان اقضى بينكما بقول صاحبك أو غيره؟ قال: قلت: بقول صاحبي،

قال: سمعته بقول: من اشترى شيئا فجاء بالثمن ما بينه و بين ثلاثة ايام و الا فلا بيع له «٢»

حيث انه يدل ان قبض البعض كلا قبض.

(٢) و تنظر فيه المصنف و اورد عليه المحقق النائيني (رحمه الله): بان ابن عياش فى ذلك الخبر قد فهم من كلام الامام (عليه السلام)

اعتبار قبض المجموع، و عدم كفاية قبض البعض

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

(٢) نفس المصدر حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٥

و القبض بدون الاذن كعدمه (١) لظهور الاخبار فى اشتراط وقوعه بالاذن فى بقاء البيع على اللزوم، مع ان ضرر ضمان المبيع مع عدم

وصول الثمن إليه على وجه يجوز له التصرف فيه باق. نعم لو كان القبض بدون الاذن حقا كما إذا عرض المبيع على المشتري فلم

يقبضه.

فالظاهر عدم الخيار لعدم دخوله فى منصرف الأخبار و عدم تضرر البائع بالتأخير، (٢) و ربما يقال بكفاية القبض هنا مطلقا مع

الاعتراف باعتبار الاذن فى الشرط السابق

و المتنازعان قد قنعا بما حكى عن الامام (عليه السلام)،

فاستدل العلامة (رحمه الله) به فى محله.

وفيه: اولاً: ان الخبر ضعيف السند لأن ابن عياش لم تثبت وثاقته و لا كونه شيعياً،

بل الظاهر كونه عامياً.

و ثانياً: ان فهم ابن عياش و المتنازعين لا يكون حجة علينا.

و ثالثاً: انه ليس فى الخبر ما يشهد بان ابن عياش فهم من كلام الامام (عليه السلام) عدم كفاية قبض البعض، كيف و هو غير متضمن

الا لبيان نقل عبارة الامام (عليه السلام) فى مقام الحكم،

و لا يتضمن تمييز المحكوم له عن المحكوم عليه.

و بما ذكرناه ظهر انه - مضافا الى عدم صحة الاستدلال به، لا يكون هو معتضدا لما يستفاد من النصوص،

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

(١) الفرع الثانى: انه لو قبض البائع الثمن بدون اذن المشتري فهل هو كلا قبض مطلقا، أو كالقبض المأذون فيه،

ام يفصل بين كونه بحق كما إذا عرض المبيع على المشتري فلم يقبضه فهو كالتبض المأذون فيه و بين كونه باطل فلا يسقط الخيار كما اختاره المصنف (رحمه الله)؟ وجوه.

(٢) وقد استدل المصنف (رحمه الله) لما اختاره: بان ظاهر الاخبار و ان كان اعتبار وقوعه بالاذن، الا انه إذا كان القبض عن حق تكون الأخبار منصرفه عنه و لا يتضرر البائع منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٦

اعنى قبض المبيع نظر إلى انهم شرطوا في عناوين المسألة في طرف المبيع عدم اقباض المبيع إياه، و في طرف الثمن عدم قبضه، (١) و فيه نظر، لأن هذا النحو من التعبير من مناسبات عنوان المسألة باسم البائع، فيعبر في طرف الثمن و المثلن بما هو فعل له و هو القبض في الأول و الاقباض في الثاني، فتأمل.

لا من جهة تأخير الثمن كما هو واضح و لا من جهة ضمان المبيع، لأن له دفع الضرر عن نفسه باقباض المبيع، فإذا لم يقبض كان هو المقدم على الضرر، بخلاف ما إذا كان القبض عن غير حق، فانه لا يتمكن من دفع ضرر الضمان الا بالوقوع في ضرر التأخير. و فيه: اولاً: ان المتعين ملاحظة النصوص لا الضرر.

و ثانياً: انه إذا كان القبض بغير اذن لو اقبض البائع المبيع يحل له التصرف في الثمن فهو متمكن عن دفع الضرر في الفرضين باقباض المبيع من دون ان يقع في ضرر التأخير.

و ثالثاً: ان عدم جواز تصرفه في الثمن حتى مع عدم اقباض المبيع لم يدل عليه دليل،

و مجرد ان له الامتناع عن اقباض الثمن لا يصلح شاهدا لعدم جواز تصرفه فيه بعد كونه ملكا له.

(١) و استدل للاول: بان المدار في الاخبار على مجيء الثمن و لا يصدق ذلك في المفروض.

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

فالأظهر هو الثاني،

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

و لعل سر تعبير الأصحاب عن هذا الشرط بعدم قبض الثمن هو ذلك

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٧

و لو اجاز المشتري قبض الثمن بناء على اعتبار الاذن كانت في حكم الاذن (١) و هل هي كاشفة أو مثبتة اقواهما الثاني (٢) و يترتب عليه ما لو قبض قبل الثلاثة فأجاز المشتري بعدها.

الشرط الثالث: عدم اشتراط تأخير تسليم احد العوضين، (٣) لأن المتبادر من النص غير ذلك فيقتصر في مخالفته الأصل على منصرف النص مع انه في الجملة اجماعى.

(١) الفرع الثالث: بناء على اعتبار الاذن لو قبض البائع الثمن قبل مضي الثلاثة و اجاز المشتري بعد مضيها، فهل هي كاشفة فالخيار ساقط، ام مثبتة فهو باق؟ وجهان.

(٢) اختار المصنف (رحمه الله) الثاني.

و اورد عليه المحقق الايرواني (رحمه الله) بقوله: الظاهر انه لا ثمرة لهذا البحث، فان الرضا المذكور ان كان كاشفاً أو كان مؤثراً في كون القبض اذنيا من الحين كان مقتضاه عدم الخيار،

اما على الأول: فواضح، و أما على الثاني: فلأن اجازة القبض السابق تدل على الرضا بالمعاملة و هو من مسقطات الخيار. وفيه: ان الرضا بالمعاملة ان كان مسقطا للخيار فهو رضا من له الخيار، و من له الخيار في المقام هو البائع و الراضى هو المشتري. و كيف كان: فالأظهر هو الثاني، فان القول بالكشف انما يكون في تأثير العقد في الملكية التي هي امر اعتبارى، و أما في الامور الخارجية كاتصاف العقد بكونه مجازا فلا يعقل فيه الكشف و الا لزم انقلاب الشئ عما وقع عليه. و عليه ففي المقام إذا كان المسقط للخيار القبض المأذون فيه في الثلاثة فالإجازة بعدها لا توجب اتصاف القبض في الثلاثة بكونه ماذونا فيه، فالمتعين هو البناء على عدم الكشف.

الشرط الثالث و الرابع

(٣)

الشرط الثالث: عدم اشتراط تأخير تسليم احد العوضين

بلا خلاف فيه، بل هو اجماعى فى الجملة.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٨

الشرط الرابع: ان يكون المبيع عيناً أو شبهه كصاع من صبرة، (١) نص عليه الشيخ فى عبارته المتقدمة فى نقل مضمون روايات اصحابنا و ظاهره كونه مفتى به عندهم، و صرح به فى التحرير و المهذب البارع و غاية المرام و هو ظاهر جامع المقاصد حيث قال لا فرق فى الثمن بين كونه عيناً أو فى الذمة، و قال فى الغنية و روى اصحابنا ان المشتري إذا لم يقبض المبيع و قال اجيئك بالثمن و مضى، فعلى البائع الصبر عليه ثلاثاً ثم هو بالخيار بين فسخ البيع و مطالبته بالثمن، هذا إذا كان المبيع مما يصح بقائه، فإن لم يكن كذلك كالخضراوات فعليه الصبر يوماً واحداً، ثم هو بالخيار ثم ذكر ان تلف المبيع قبل الثلاثة من مال المشتري و بعده من مال البائع ثم قال و يدل على ذلك كله اجماع الطائفة، انتهى.

و فى معقد اجماع الانتصار و الخلاف و جواهر القاضى لو باع شيئاً معيناً بثمان معين لكن فى بعض نسخ الجواهر لو باع شيئاً غير معين، و قد اخذ عنه فى مفتاح الكرامة و غيره و نسب الى القاضى دعوى الاجماع على غير المعين، و اظن الغلط فى تلك النسخة.

و قد استدلل له: بان المتبادر من النص غير ذلك.

توضيحه: انه لو اشترط تأخير الثمن فحيث ان الشرط فى ثبوت الخيار عدم مجيء المشتري بالثمن، و هذا انما هو فيما من شأنه ان يجيء به، و مع اشتراط التأخير ليس من شأنه ذلك، فيكون الفرض خارجاً عن مورد النص.

و لو اشترط تأخير المبيع، فحيث ان الشرط عدم اقباض البائع، فيما وظيفته الاقباض، فلا يشمل ما إذا كانت وظيفته عدمه.

(١)

الشرط الرابع: ان يكون المبيع عيناً أو شبهه،

كصاع من صبرة، نص عليه شيخ الطائفة فى عبارة ظاهرة فى كونه مفتى به عندهم، و صرح به فى التحرير و المهذب البارع، و جامع المقاصد و غيرها.

و ملخص القول فيه بالبحث فى موارد:

الأول: فيما يستفاد من كلمات الأصحاب.

الثانى: فيما تقتضيه قاعدة نفى الضرر.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٩

و الظاهر ان المراد بالثمن المعين في معقد اجماعهم هو المعلوم في مقابل المجهول لأن تشخص الثمن غير معتبر اجماعا. ولذا وصف في التحرير تبعا للمبسوط المبيع بالمعين و الثمن بالمعلوم، و من البعيد اختلاف عنوان ما نسبه في الخلاف الى اجماع الفرقه و اخبار هم مع ما نسبه في المبسوط الى روايات اصحابنا مع انا نقول ان ظاهر المعين في معاهد الاجماع تشخص العيني لا مجرد المعلوم في مقابل المجهول و لو كان كليا خرجنا عن هذا الظاهر بالنسبة الى الثمن للاجماع على عدم اعتبار التعيين فيه مع انه فرق بين الثمن المعين و الشيء المعين، فإن الثاني ظاهر في الشخصى بخلاف الأول. و أما معقد اجماع التذكرة المتقدم في عنوان المسألة فهو مختص بالشخصى، لانه ذكر في معقد الإجماع ان المشتري، لو جاء بالثمن في الثلاثة فهو أحق بالعين و لا يخفى ان العين ظاهر في الشخصى هذه حال معاهد الإجماعات. و أما حديث نفى الضرر فهو مختص بالشخصى (١) لأنه المضمون على البائع قبل القبض فيتضرر بضمانه و عدم جواز التصرف فيه و عدم وصول بدله إليه بخلاف الكلى

الثالث: في مقتضى النصوص الخاصة.

اما المورد الأول: فقد اتعب المصنف (رحمه الله) نفسه الزكية لاثبات ان المشهور بين الأصحاب اعتباره، و لكن يرد عليه:

اولا: ان غاية ما اثبتته (قدس سره) سكوت الفقهاء عن بيان حكم غير المبيع الشخصى، و هذا لا يدل على الاختصاص.

و ثانيا: انه معارض بان الشهيد (رحمه الله) نسب الخلاف الى الشيخ فقط، و قد نسب التعميم الى الأكثر، و عن الاحتجاج: دعوى الاجماع عليه.

و ثالثا: انه غير بالغ حد الاجماع.

و رابعا: انه لو كان بالغا حده لما كان حجة بعد معلومية مدرك المفتين.

(١) و أما المورد الثاني: فقد افاد المصنف (رحمه الله): ان قاعدة نفى الضرر تقضى الاختصاص، إذ المبيع الشخصى مضمون على البائع قبل القبض، فيتضرر بضمانه، و عدم جواز التصرف فيه، و عدم وصول بدله إليه بخلاف الكلى.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٠

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 اطلاقه على الكلى (١) كما لا يخفى و رواية زرارة ظاهرة أيضا في الشخصى من جهة لفظ المتاع، و قوله: يدعه عنده فلم يبق الا قوله (عليه السلام) في روايه ابى بكر بن عياش: من اشترى شيئا، فإن اطلاقه و ان شمل المعين و الكلى، الا ان الظاهر من لفظ الشيء الموجود الخارجى، كما في قول القائل اشتريت شيئا، «و لو في ضمن امور 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 امر اعتبارى يعامل فى العرف و الشرع معه معاملته الاملاك، و هذه المعاملة و ان اقتضت صحة اطلاق لفظ الشيء عليه أو على ما يعمه، الا انه ليس بحيث لو اريد من اللفظ خصوص ما عداه من الموجود الخارجى الشخصى احتيج الى قرينه على التقييد، فهو نظير المجاز المشهور،

و اورد عليه السيد الفقيه: بانه يكفى فى لزوم الضرر لو كان المبيع كليا ضرر الصبر عن الثمن و ان لم يكن ضمان.

و فيه: ان ضرريه تأخير الثمن انما تكون من جهة عدم وصول ما انتقل إليه،

و حرمانه من التصرف فيما انتقل عنه و الا فمجرد حرمانه عن الانتفاع بالثمن لا يعد ضررا، بل هو عدم النفع، و معلوم ان هذا يختص بالمبيع الشخصي. و لكن الذى يسهل الخطب ان المدرك لهذا الخيار ليس هو حديث نفي الضرر.

و أما المورد الثالث: فالألفاظ الواقعة فى النصوص المأخوذة موضوعا لهذا الخيار ثلاثة: البيع، المتاع، الشئ. و قد ادعى المصنف (رحمه الله) اختصاص الجميع بالشخصى.

(١) اما الاول: فبدعوى ان المراد بالبيع المبيع، و هو قبل البيع يطلق على العين الشخصية باعتبار معرضيته للبيع، و لا مناسبة فى اطلاقه على الكلى.

و فيه: اولاً: ان اطلاق البيع ليس باعتبار المعرضية، إذ ليس هنا هذا العنوان بل باعتبار المشارفة و الأول: و عليه فكما يشمل الشخصى يشمل الكلى.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٢١

و المطلق المنصرف إلى بعض افراده انصرفا لا- يحوج إرادة المطلق الى القرينة، (١) فلا- يمكن هنا دفع احتمال ارادة خصوص الموجود الخارجى باصالة عدم القرينة فافهم.

فقد ظهر مما ذكرنا ان ليس فى ادلة المسألة من النصوص و الاجماع المنقولة و دليل الضرر ما يجرى فى المبيع الكلى، و ربما ينسب التعميم الى ظاهر الأكثر لعدم تقيدهم البيع بالشخصى، و فيه ان التأمل فى عباراتهم، مع الانصاف يعطى الاختصاص بالمعين، أو الشك فى التعميم، مع انه معارض بعدم تصريح احد بكون المسألة محل الخلاف من حيث التعميم و التخصيص، الا الشهيد فى الدروس، حيث قال: ان الشيخ (رحمه الله) قيد فى المبسوط هذا الخيار بشراء المعين، فإنه ظاهر فى عدم فهم هذا التقييد من كلمات باقى الاصحاب، لكنك عرفت ان الشيخ (رحمه الله) قد اخذ هذا التقييد فى مضمون روايات اصحابنا

و ثانيا: ان اطلاقه فى خبر اسحاق بن عمار انما يكون على نحو الحقيقة، لقوله من اشترى بيعا إذ من المعلوم ان الاشتراء انما يكون بعد البيع، فهذا الاطلاق حقيقى و يصدق على الكلى ايضا.

و أما الثانى، فالانصاف انه مختص بالشخصى، لأن المتاع ما يتمتع به و ينتفع به،

و من المعلوم ان هذا شأن الشخصى دون الكلى، مضافا الى قوله يدعه فانه ظاهر فى الشخصى.

و ما افاده المحقق الايروانى (رحمه الله) من ان المراد به عدم قبضه الشامل للكلى، خلاف الانصاف، الا انه لا مفهوم له كى يدل على عدم ثبوت الخيار فيما إذا كان المبيع كليا،

فيعارض مع غيره و يقيده.

و أما الثالث: فربما يدعى اختصاصه بالشخصى لوجهين:

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

و فيه: ان هذا و ان كان تاما الا- انه لا- اختصاص له بالموجود الخارجى، بل يشمل كل ماله نحو من الثبوت، و من انحائه الثبوت فى الذمة.

(١) الثانى: ما افاده المصنف (رحمه الله)، و حاصله: ان ارادة الشخصى منه على العموم

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٢٢

و كيف كان، فالتامل فى ادلة المسألة و فتاوى الاصحاب يشرف الفقيه على القطع باختصاص الحكم بالمعين، ثم ان هنا أمورا قيل باعتبارها فى هذا الخيار منها عدم الخيار لأحدهما أو لهما قال (١) فى التحرير و لا خيار للبائع لو كان فى المبيع خيار لأحدهما.

وفي السرائر قيد الحكم في عنوان المسألة بقوله: و لم يشترط خيارا لهما أو لاحدهما، و ظاهره الاختصاص بخيار الشرط، و يحتمل ان يكون الاقتصار عليه لعنوان المسألة في كلامه بغير الحيوان و هو المتاع، و كيف كان، فلا اعرف وجها معتمدا في اشتراط هذا الشرط سواء اريد ما يعم خيار الحيوان ام خصوص خيار الشرط، و سواء اريد مطلق الخيار و لو اختص بما قبل انقضاء الثلاثة ام اريد خصوص الخيار المحقق فيما بعد الثلاثة.

ليست بحيث تحتاج الى قرينة، فيمكن ان يدعى انه المراد و لا يمكن نفيه باصالة عدم القرينة، كما في المجاز المشهور، و المطلق المنصرف الى بعض افراده انصرافا لا يحوج ارادة المطلق الى القرينة.
و فيه: ان المقام ليس نظيرا للمجاز المشهور، فلو كان فهو من قبيل المطلق المنصرف، و هو ممنوع، لأن بيع الكلي متداول، فلا ترجيح لأحد الثبوتين على الآخر حتى يدعى الانصراف الى احدهما، مع ان المدار في حجية العموم ظهوره في العموم لا إصالة عدم القرينة. فتحصل: ان الأظهر عدم الاختصاص بالشخصي.

ما قيل باعتباره في خيار التأخير

(١) و هنا امور قيل باعتبارها في هذا الخيار، منها عدم الخيار لأحدهما اولهما. و فيه اقوال اربعة:

الأول: ما عن العلامة في التحرير، هو: اشتراط خيار التأخير بعدم الخيار للبائع و المشتري مطلقا.
الثاني: ما عن ابن ادریس، و هو: اعتبار ان لا يكون لهما خيار الشرط لا مطلق الخيار منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٣

سواء احدث فيها ام بعدها و اوجه ما يقال في توجيه هذا القول مضافا الى دعوى انصراف النصوص الى غير هذا الفرض ان شرط الخيار في قوة اشتراط التأخير و تأخير المشتري بحق الخيار ينفي خيار البائع.
و توضيح ذلك ما ذكره في التذكرة في احكام الخيار، من انه لا يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشتري تسليم الثمن في زمان الخيار، (١) و لو تبرع احدهما بالتسليم لم يبطل خياره و لا يجبر الآخر على تسليم ما في يده الآخر، و له استرداد المدفوع قضية للخيار، و قال بعض الشافعية ليس له استرداده و له اخذ ما عند صاحبه بدون رضاه كما لو كان التسليم بعد لزوم البيع، انتهى.

الثالث: ما مال إليه صاحبنا مفتاح الكرامة و الجواهر، و هو: اعتبار ان لا يكون للبائع خيار، و أما خيار المشتري فلا يعتبر عدمه.
الرابع: ما هو المشهور، و هو: عدم اعتبار هذا الشرط مطلقا.
و قد استدلل للأول بوجوه:

(١) منها: ان من احكام الخيار عدم وجوب تسليم الثمن أو المثل لمن له الخيار، و بالتبع لا يجب على الآخر تسليم ما انتقل عنه.

و قد تقدم ان ظاهر الأخبار كون عدم مجيء المشتري بالثمن بغير حق التأخير،

كما ان ظاهرها ايضا كون عدم اقباض البائع لعدم قبض الثمن لا لحق له في عدم الاقباض.

و فيه: ان ما افاده من ان من احكام الخيار عدم وجوب اقباض من له الخيار ما انتقل عنه- و ان اعترف به المصنف (رحمه الله) في باب

القبض الا انه غير تام، إذ لا مدرك له سوى ما افاده المحقق النائيني (رحمه الله)،
 و هو: ان القبض و الإقباض من الشروط الضمنية، فإذا كان العقد خياريا كان كذلك بجميع ما تضمنه من الشروط، فكما لا يجب
 الوفاء بالعقد لا يجب الوفاء بما في ضمنه من الشروط. هذا بالنسبة الى من له الخيار،
 و أما الآخر فلا يجب عليه التسليم، لأن التسليم و التسلم التزام من الطرفين،
 منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٦، ص: ٢٤
 و حينئذ فوجه هذا الاشتراط ان ظاهر الاخبار كون عدم مجيء المشتري بالثمن بغير حق التأخير، و ذو الخيار له حق التأخير، و ظاهرها
 ايضا كون عدم اقباض البائع لعدم قبض الثمن لا لحق له في عدم الاقباض.
 و الحاصل ان الخيار بمنزلة تأجيل احد العوضين و فيه بعد تسليم الحكم في الخيار و تسليم انصراف الاخبار الى كون التأخير بغير حق
 (١) انه ينبغى على هذا القول كون مبدأ الثلاثة من حين التفرق، (٢) و كون هذا الخيار مختصا بغير الحيوان مع اتفاقهم على ثبوته فيه
 (٣) كما يظهر من المختلف، و ذهب الصدوق الى كون الخيار في الجارية بعد شهر، الا ان يراد بما في التحرير عدم ثبوت خيار
 التأخير ما دام الخيار ثابتا لأحدهما،

فإذا لم يف احدهما به لا يجب على الآخر ذلك،

و هو غير تام، فان الخيار ليس الا السلطنة على حل العقد، و أما الشروط فان كان وجه توهم عدم وجوب الوفاء بها انها تابعة للعقد،
 فيرد عليه: ان التبعية انما تكون في الوجود لا في دليل النفوذ و اللزوم، فان دليل لزومها المؤمنون عند شروطهم،
 و ان كان وجهه انه إذا كان العقد جائزا لا معنى لكون الشرط لازما فيرد عليه ما تقدم في مبحث خيار المجلس و الحيوان من ان ذلك
 فاسد، و انه لا منافاة بين ان يكون له اعدام الموضوع، و لكن على فرض بقاء الموضوع يجب عليه الوفاء بالشرط.
 و أما المقدمة الثانية المذكورة في الاستدلال فهي تامة، و قد مر تقييها في الشرط الثالث.
 و بذلك يظهر انه لا مورد لقول المصنف (رحمه الله)

(١) و تسليم انصراف الاخبار الى كون التأخير بغير حق الموهوم لعدم التسليم.

و اورد عليه المصنف: - مضافا الى منع المقدمتين - بوجهين آخرين:

(٢) احدهما: ان لازمه كون مبدأ الثلاثة بعد التفرق، مع ان ظاهر الاخبار كونه من حين العقد.

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

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٦، ص: ٢٥

فلا ينافي ثبوته في الحيوان بعد الثلاثة (١) و قد يفصل بين ثبوت الخيار للبائع من جهة اخرى، 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: (٢) و
 دعوى ان المراد من الاخبار اللزوم من هذه الجهة مدفوعة، بأن التأخير سبب للخيار، و لا يتقيد الحكم بالسبب (٣) و بين ما إذا كان
 الخيار للمشتري فلا وجه لسقوطه مع ان اللازم منه عدم ثبوت هذا الخيار في الحيوان و وجه ضعف هذا التفصيل ان ضرر الصبر بعد
 الثلاثة لا يندفع بالخيار في الثلاثة. و أما ما ذكره من عدم تقيد الحكم بالسبب

(١) ثم اجاب عن الثاني: بانه يمكن ان يكون مراد المستدل ان مبدأ الثلاثة في خيار التأخير بعد انقضاء ثلاثة الحيوان، من جهة انه
 مقتضى الجمع بين دليل خيار الحيوان و ما دل على عدم استحقاق التسليم في زمان الخيار و دليل خيار التأخير.

و بهذا البيان ظهر اندفاع ايراد السيد الفقيه على المصنف (رحمه الله) من عدم ارتباط هذا الجواب بما اورده على المستدل،

و لكن يرد عليه: ان هذا الجمع ليس عرفيا، فانه إذا كانت المنافاة بين دليل خيار الحيوان و دليل خيار التأخير- من جهة ان خيار الحيوان يوجب فقد شرط خيار التأخير،

حيث انه يكون عدم التسليم عن حق، و الشرط هو عدم التسليم عن غير حق- لا يصح الجمع بالنحو المذكور.

(٢) و منها: ان الاخبار ظاهرة في لزوم البيع في الثلاثة، و خياريته بعدها، و حيث ان الخيار الثابت بعد الثلاثة هو الخيار المطلق، فالمنفى في الثلاثة هو الخيار المطلق، فيختص بغير صورة ثبوت الخيار في الثلاثة.

(٣) و دعوى ان المثبت بعدها الخيار المقيد بكونه عن سبب خاص،

مندفعة باستحالة تقيد المسبب بسببه، و الا لزم كون الشئ مقتضيا لنفسه و لاقتضائه و هو محال و دعوى ان المنفى خصوص خيار التأخير- اى ان المراد بالأخبار اللزوم من هذه الجهة مندفعة بمنافاته لقرينته المقابلة و تأخير الثمن من المشتري،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٦

فلا يمنع من كون نفى الخيار في الثلاثة من جهة الضرر بالتأخير (١) و لذا لا ينافى هذا الخيار خيار المجلس و منها تعدد المتعاقدين لأن النص مختص بصورة التعدد، (٢) و لأن هذا الخيار ثبت بعد خيار المجلس (٣)

و بهذا يندفع ما اجاب به المصنف (رحمه الله) عن هذا الوجه.

(١) من ان عدم تقييد الحكم بالسبب لا يمنع من كون نفى الخيار في الثلاثة من جهة الضرر بالتأخير.

و لكن يرد عليه: ان المثبت ليس هو الخيار المقيد بالسبب و لا المطلق، بل الحصاة الخاصة من طبيعى الخيار، و المنفى في الثلاثة ذات تلك الحصاة لا مطلق الخيار.

و منها: انصراف النصوص الى غير هذا الفرض.

و فيه: انه لا وجه لدعوى الانصراف.

و قد استدلل للثاني: بان مرجع شرط الخيار الى شرط تأخير المبيع من البائع، إذ مرجعه الى اخذ زمام العقد بيده، فله السلطنة عليه بما له من المقتضيات التي منها التسليم،

و قد تقدم اعتبار ان لا يكون التأخير عن حق.

و فيه: ان لزوم التسليم من آثار العقد اعم من اللازم و الجائز، و عليه فشرط الخيار لا يكون شرطا لكون زمام هذا الأثر بيده.

و قد استدلل للثالث: بان هذا الخيار جعل لاندفاع ضرر البائع، فإذا كان هذا الضرر مندفعاً من جهة ثبوت الخيار له من جهة اخرى فلا موجب لخيار التأخير.

و فيه: ان مدرك هذا الخيار هو النصوص، فلا بد من ملاحظتها دون رعاية حكمة الجعل.

فتحصل: ان الأظهر هو القول الرابع.

و مما قيل باعتباره: تعدد المتعاقدين، و قد استدلل لاعتباره بوجهين:

(٢) احدهما: ان النص مختص بصورة التعدد، فان مورده ذلك.

و فيه: ان القبض و الاقباض من وظائف المالكين أو من له الولاية أو الوكالة المفوضة لا العاقدين بما هما عاقدان، و عليه فالعبرة بتعدد المتبايعين لا المتعاقدين.

(٣) ثانيهما: ان هذا الخيار يثبت بعد خيار المجلس، و خيار المجلس باق مع اتحاد العاقد

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٧

و خيار المجلس باق مع اتحاد العاقد الا مع اسقاطه.

وفيه ان المناط عدم الاقباض و القبض و لا إشكال في تصويره من المالكين مع اتحاد العاقد من قبلهما. و أما خيار المجلس فقد عرفت انه غير ثابت للوكيل في مجرد العقد و على تقديره فيمكن اسقاطه أو اشتراط عدمه. نعم لو كان العاقد وليا بيده العوضان لم يتحقق الشرطان الأولان اعنى عدم الاقباض و القبض، و ليس ذلك من جهة اشتراط التعدد، و منها ان لا يكون المبيع حيوانا أو خصوص الجارية (١) فإن المحكى عن الصدوق في المقنع، انه إذا اشترى جارية فقال: اجيئك بالثمن، فإن جاء بالثمن فيما بينه و بين شهر و إلا فلا بيع له و ظاهر المختلف نسبة الخلاف الى الصدوق في مطلق الحيوان و المستند فيه رواية ابن يقطين عن رجل اشترى جارية فقال: اجيئك بالثمن فقال: ان جاء بالثمن فيما بينه و بين شهر، و الا فلا بيع له و لا دلالة فيها على صورة عدم اقباض الجارية و لا قرينه على حملها عليها، (٢) فيحتمل الحمل على اشتراط المجيء بالثمن الى شهر في متن العقد، فيثبت الخيار عند تخلف الشرط و يحتمل الحمل على استحباب صبر البائع و عدم فسخه الى شهر،

و فيه: اولاً- ان خيار المجلس انما يثبت له إذا كان وليا أو وكيلاً مفوضاً من الجانبين أو من جانب و مالكا من طرف آخر، و لا يثبت للعاقد بما هو عاقد.

و ثانياً: انه يمكن اسقاطه أو اشتراط عدمه.

و ثالثاً: انه قد تقدم انه لا يثبت بعد خيار المجلس فالأظهر عدم اعتبار هذا الشرط ايضاً.

(١) و منها: ان لا يكون المبيع حيواناً أو خصوص الجارية.

و قد استدلل له بخبر ابن يقطين «١» المذكور في المتن.

(٢) و اورد عليه المصنف (رحمه الله): بانه غير ظاهر في ارادة صورة عدم اقباض الجارية،

و يحتمل حمله على اشتراط المجيء بالثمن الى شهر، فيثبت الخيار عند تخلف الشرط و يحتمل الحمل على استحباب صبر البائع و عدم فسخه الى شهر.

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

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٨

و كيف كان، فالرواية مخالفة لعمل المعظم فلا بد من حملها على بعض الوجوه،

ثم ان مبدأ الثلاثة من حين التفرق أو من حين العقد، (١) و جهان، من ظهور قوله فإن جاء بالثمن بينه و بين ثلاثة، ايام في كون مدة الغيبة ثلاثة و من كون ذلك كناية عن عدم التقابض ثلاثة ايام، كما هو ظاهر قوله (عليه السلام) في رواية ابن يقطين الأجل بينهما ثلاثة ايام، فإن قبض بيعه و إلا فلا بيع بينهما و هذا هو الاقوى. (٢)

و فيه: ما ذكره من عدم ظهوره في صورة عدم اقباض الجارية حق، لكن قد عرفت عدم اعتبار اقباضه في هذا الخيار،

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

مضافاً الى امكان الالتزام بالفرق و انه لا يعتبر ذلك في بيع الجارية.

و أما الحمل الأول فيبعده (فاء) التفرع المعتضد بعدم تعيين المدة.

و أما الحمل الثاني فهو ابعده، فان قوله فلا بيع له كيف يحمل على الاستحباب فالصحيح الجواب عنه باعراض الأصحاب عنه و عدم عملهم به.

(١) قال المصنف ثم ان مبدأ الثلاثة من حين التفرق أو من حين العقد...

ظاهره (رحمه الله) ابتناء المسألة على ان المراد بالمجىء بالثمن في قوله ان جاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام، هل هو معناه الظاهر الملازم للافتراق إذ لا يمكن المجىء مع الاجتماع، أو معناه الكنائى و هو عدم اقباض الثمن، و هو (قدس سره) (٢) قوى الثانى بقرينة قوله (عليه السلام) فى خبر ابن يقطين: فان قبض بيعة.

و لكن يرد عليه: ان خبر ابن يقطين فى المبيع وغيره فى الثمن، فلا يكون احدهما قرينة على الآخر، و الظاهر لا يرفع اليد عنه بواسطة احتمال ارادة المعنى الكنائى، اللهم الا ان يقال: ان من المعلوم عدم اعتبار المجىء بهذا المعنى، و انه لو كان عنده الثمن فاقبضه لا يكون كافيا، فلا محالة يكون المراد به الاقباض. فالأقوى ان المبدأ من حين العقد. منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٢٩

مسألة: يسقط هذا الخيار بأمر:

إشارة

احدها: اسقاطه بعد الثلاثة بلا اشكال، و لا خلاف، (١) و فى سقوطه بالاسقاط فى الثلاثة وجهان، (٢) من ان السبب فيه الضرر الحاصل بالتأخير، فلا يتحقق إلا بعد الثلاثة (٣)

سقوط خيار التأخير بالاسقاط

و تمام الكلام فى المقام فى طى مسائل:
الاولى: فى مسقطاته، أو قيل بكونه مسقطا،
(١) احدها: اسقاطه بعد الثلاثة بلا خلاف بين الاصحاب.
و لكن مدرك هذا الخيار ان كان هو الاجماع صح ما افاده و ان كان هى الأخبار أو قاعدة نفى الضرر لا يصح،
اما إذا كان هى النصوص فلأن مفادها نفى اللزوم بعد الثلاثة، و بديل ذلك هو الجواز لا حق الخيار القابل للاسقاط،
كما انه ان كان المدرك هى قاعدة نفى الضرر لا يصح اسقاطه، فان مقتضاها كما تقدم نفى اللزوم خاصة لا إثبات حق خيارى قابل للاسقاط، بل هو يلائم مع كونه جوازا حكما غير قابل للاسقاط،
و مقتضى الاستصحاب عدم سقوطه بشىء من المسقطات.
لا يقال: انه يلتزم بسقوطه بالاسقاط بواسطة الاجماع.
فانه يجب عنه: اولاً: انه غير ثابت،
و ثانياً: انه ليس اجماعاً تعبدياً كاشفاً عن رأى المعصوم (عليه السلام)،
و مع الاغماض عن ذلك و تسليم سقوطه بالاسقاط و انه حق يقع، الكلام فى اسقاطه و مسقطاته.
(٢) و فى سقوطه بالاسقاط فى الثلاثة وجهان:
قد استدل على عدم سقوطه بالاسقاط فى الثلاثة بوجهين:
(٣) احدهما: انه انما يثبت بعد الثلاثة، و سببه الضرر الحاصل بالتأخير غير المحقق فى الثلاثة، فاسقاطه اسقاط لما لا يجب، فلا يصح.
و فيه: ان اسقاط ما لم يجب منجزاً غير معقول، و أما معلقاً على ثبوته فهو معقول
منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٠

ولذا صرح في التذكرة بعدم جواز اسقاط خيار الشرط قبل التفرق إذا قلنا بكون مبدئه بعده، مع انه اولى بالجواز و من ان العقد سبب الخيار، فيكفي وجوده في اسقاطه (١) مضافا الى فحوى جواز اشتراط سقوطه في ضمن العقد. (٢)

و لا دليل على مبطلية التعليق سوى الاجماع غير الشامل للمقام من جهة انه تعليق على ما يتوقف على الشيء، بل مبطلية التعليق مطلقا في غير البيع غير مسلمة.

ثانيهما: ما افاده المحقق الاصفهاني (رحمه الله)، و هو: ان المراد بالاسقاط ان كان هو الاسقاط الفعلي المنجز فهو غير معقول، و ان كان المراد الاسقاط معلقا على تقدير ثبوته فهو معقول، الا انه لا دليل على نفوذه، فان الدليل على جواز اسقاط الحق هي القاعدة المجمع عليها من انه لكل ذي حق اسقاط حقه، و الظاهر منها ان من كان له حق فعلا له اسقاطه فعلا، و لا يشمل المقام.

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

مع انه قد تقدم في ذلك المبحث ان مدرك مشروعيته فحوى ما دل على ان التصرف انما يكون مسقطا لكونه اسقاطا للحق و التزاما بالعقد. فراجع.

و قد استدل لجواز اسقاطه بوجوه:

احدها: ما افاده المصنف (رحمه الله)، و هو:

(١) ان العقد سبب الخيار، فيكفي وجوده في اسقاطه.

و فيه: ما تقدم في خيار المجلس مفصلا من انه لا ثبوت للشيء قبل تحقق جميع اجزاء علته، و ان تحقق مقتضيه، و لا سقوط حقيقة قبل الثبوت، مع ان تمييز المقتضيات عن الشروط في باب الأحكام الشرعية مشكل، بل لا تكون الموضوعات و الأسباب و الشرائط مقتضيات قطعاً. و تمام الكلام في محله.

الثاني: ما افاده المصنف (رحمه الله) ايضا، و هو:

(٢) فحوى جواز اشتراط سقوطه في ضمن العقد.

و فيه: ما سيجيء منه (قدس سره) من انه يتم ذلك لو كان المدرك في الأصل الاجماع،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣١

الثاني: اشتراط سقوطه في متن العقد، (١) حكى عن الدروس و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد، و لعله لعموم أدلة الشروط (٢) و يشكل على عدم جواز إسقاطه في الثلاثة بناء على ان السبب في هذا الخيار هو الضرر الحادث بالتأخير دون العقد، فإن الشرط انما يسقط به ما يقبل الاسقاط بدون الشرط، و لا يوجب شرعية سقوط ما لا يشرع اسقاطه بدون شرط، (٣) فإن كان اجماع على السقوط بالشرط، كما حكاه بعض قلنا به، بل بصحة الاسقاط بعد العقد لفحواه و إلا فلننظر فيه مجال.

و أما ان كان المدرك عموم ادلة الشروط فهو غير ثابت في الأصل.

الثالث: ما افاده المحقق النائيني (رحمه الله)، و هو: ان اسقاطه قبل ثبوته مرجعه الى اجتيازه عن حق مطالبة الثمن الثابت بالعقد.

و فيه: ان حق المطالبة لم يثبت كونه من الحقوق، و لعله من الأحكام غير القابلة للاسقاط.

فالصحيح ما ذكرناه في وجه سقوطه بالاسقاط في ضمن الجواب عن ادلة المانعين.

فراجع.

(١) الثاني: اشتراط سقوطه في متن العقد.

(٢) وقد استدلل لكونه مسقطا بعموم ادلة الشروط «١» و اورد عليه المصنف بناء على عدم جواز اسقاطه فى الثلاثة:
 (٣) بان الشرط انما يسقط به ما يقبل الاسقاط بدون الشرط و لا يوجب شرعية سقوط ما لا يشرع اسقاطه بدون الشرط.
 و فيه: اولاً: ان المشروط ان كان سقوطه بعد ثبوته لا يكون ذلك خلاف المشروع بل هو مشروع.
 و ثانياً: ان المشروط ان كان هى النتيجة يكفى ادلة الشروط دليلاً لصحة الشرط المذكور. و تمام الكلام فى محله.

(١) الوسائل - باب ٦- من ابواب الخيار و باب ٤ من ابواب كتاب المكاتبه من كتاب العتق و غيرهما.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٢

الثالث: بذل المشتري للثمن بعد الثلاثة (١) فإن المصرح به فى التذكرة سقوط الخيار حينئذ، و قيل بعدم السقوط بذلك استصحاباً و هو حسن لو استند فى الخيار الى الاخبار.

و أما إذا استند فيه الى الضرر، فلا شك فى عدم الضرر حال بذل الثمن، فلا ضرر ليتدارك بالخيار (٢) و لو فرض تضرره سابقاً بالتأخير، فالخيار لا يوجب تدارك ذلك و انما يتدارك به الضرر المستقبل، و دعوى ان حدوث الضرر قبل البذل يكفى فى بقاء الخيار مدفوع، بأن الاحكام المترتبة على نفي الضرر تابعة للضرر الفعلى، لا مجرد حدوث الضرر فى زمان: و لا يبعد دعوى انصراف الاخبار الى صورة التضرر فعلاً بلزوم العقد بأن يقال: بأن عدم حضور المشتري علة لانتفاء اللزوم يدور معها وجوداً و عدماً، و كيف كان فمختار التذكرة لا يخلو عن قوة.

بذل المشتري للثمن بعد الثلاثة

(١) الثالث: بذل المشتري للثمن بعد الثلاثة.

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

(٢) اما على الاول: فقد ادعى المصنف (رحمة الله) انه مسقط، و ذلك لانه لا ضرر فى حال البذل فلا يضرر ليتدارك بالخيار، و الضرر السابق لا يتدارك به و انما المتدارك به الضرر المستقبل، و لا سبيل الى توهم كفاية حدوث الضرر لبقاء الخيار، لأن الحكم يدور مدار بقاء موضوعه.

و اورد عليه المحقق الايروانى (رحمة الله): بان الخيار حكم عدمى، و هو عنوان لعدم حكم الشارع باللزوم، و عدم حكم الشارع هذا يستصحب عند الشك، و ارتفاع المناط انما يضرر باستصحاب الحكم الوجودى دون العدمى.

و فيه: ان الخيار امر وجودى قطعاً، و هو ملك فسخ العقد و السلطنة على حله.

و ربما يورد عليه: بان مفاد لا ضرر نفي الحكم عن الموضوع الضررى، و مع انتفاء

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٣

...

الضرر بما ان الموضوع يكون باقياً و تبدل الضرر من قبيل تبدل الحالة لا يضر بالاستصحاب.

و فيه: ان المختار عنده و عندنا ان المنفى هو الحكم الضررى، فإذا لم يكن الحكم ضرورياً لا يكون منفيًا.

و أما على الثانى: فمقتضى اطلاق النصوص و عدم استفعالها بين دفع المشتري للثمن بعد الثلاثة و عدمه عدم كونه مسقطاً،

و لكن المصنف (رحمه الله) كأنه لا يسلم ذلك، لأنه بعد نقل الاستدلال لعدم السقوط بالاستصحاب قال: و هو حسن لو استند في الخيار الى الأخبار، و لعل منشأه ان قوله (عليه السلام) ان جاء بالثمن ما بينه و بين ثلاثة ايام لا إطلاق له ليشمل ما بعد لا لثلاثة، و حيث ان الشرطية الثانية تصريح بمفهوم الاولى، و المفهوم تابع للمنطوق سعة و ضيقا، فلا يكون شاملا للبذل بعد الثلاثة.

و لكن يرد: ان خبر اسحاق بن عمار متضمن لشرطية مستقلة، لاحظ قوله (عليه السلام) و أما ما افاده (رحمه الله) من قرب دعوى انصراف الأخبار الى صورة الضرر فعلا بلزوم العقد، فيرد عليه: انه من المحتمل ان يكون حكم الشارع بالجواز مجازاة للضرر الذي اورده على البائع، و عليه فلا وجه لدعوى الانصراف، ثم على تقدير الانصراف لا وجه لدعوى عدم جريان الاستصحاب، فان غاية ما يدعى قصور نصوص الباب عن الشمول لما بعد بذل المشتري الثمن، و هذا لا يمنع من اجراء الاستصحاب، نعم على المختار من عدم جريان الاستصحاب في الأحكام الكلية لا يجرى في المقام. فتحصل: ان مقتضى اطلاق النصوص عدم كونه مسقطا. و عليه فيقع الكلام في الشرط.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٤

الرابع: اخذ الثمن من المشتري بناء على عدم سقوطه بالبذل (١) و إلا- لم يحتج الى الاخذ به و السقوط به لأنه التزام فعلى بالبيع و رضا بلزومه (٢) و هل يشترط افادة العلم بكونه لأجل الالتزام أو يكفي الظن، فلو احتمل كون الأخذ بعنوان العارية أو غيرها لم ينفع ام لا يعتبر الظن ايضا وجوه من عدم تحقق موضوع الالتزام الا بالعلم و من كون الفعل مع افادة الظن امارة عرفية على الالتزام كالقول، و مما تقدم من سقوط خيار الحيوان أو الشرط بما كان رضا نوعيا بالعقد، (٣) و هذا من اوضح افراده و قد بينا عدم اعتبار الظن الشخصي في دلالة التصرف على الرضا، و خير الوجوه أوسطها، لكن الاقوى الأخير

اخذ الثمن من المشتري

(١) الرابع: و هو اخذ الثمن من المشتري بناء على عدم سقوطه بالبذل.

يقع الكلام في المقام في جهتين:

الاولى: في ان اخذ الثمن هل يكون مسقطا ام لا؟ و ما الفرق بين هذا الخيار و سائر الخيارات حيث لم يحتمل احد فيها سقوط الخيار باخذ الثمن، و في هذا الخيار مضافا الى احتمالها ذهب إليه جمع.

الثانية: في انه على فرض كونه مسقطا من جهة كونه التزاما فعليا هل يعتبر العلم بكونه بقصد الالتزام، ام يعتبر الظن الشخصي، ام لا يعتبر الظن ايضا؟.

اما الجهة الاولى: فقد استدلت لمسقطيته.

(٢) بانه التزام فعلى بالبيع، و رضا بلزومه،

و لعل الفرق بينه و بين سائر الخيارات ان هذا الخيار من ناحية تأخير الثمن و تضرر البائع بعدم وصول ماله إليه، فيصح ان يقال ان اخذ الثمن التزام بالبيع.

و لكن الانصاف انه ليس التزاما بالبيع، بل هو تتميم للمعاملة، و جعل للمعاوضة العقدية عملية، و هذا يلائم مع كون البائع بانيا على الفسخ. فالحق انه بنفسه ليس مسقطا.

(٣) و أما الجهة الثانية: فقد استدل لعدم اعتبار العلم أو الظن بما تقدم من سقوط خيار

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٥

و هل يسقط الخيار بمطالبة الثمن (١) المصرح به في التذكرة و غيرها العدم،

للأصل و عدم الدليل، و يحتمل السقوط لدلالته على الرضا بالبيع، و فيه ان سبب الخيار هو التضمر في المستقبل، لما عرفت من ان 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 انما هو استدفاع للضرر المستقبل كالفسخ، لا الالتزام بذلك الضرر ليسقط الخيار، و ليس الضرر هنا من قبيل الضرر في بيع الغبن و نحوه مما كان الضرر حاصلًا بنفس العقد، حتى يكون الرضا به بعد العقد و العلم بالضرر التزاما بالضرر الذي هو سبب الخيار.

(٢)

و بالجملة، فالمسقط لهذا الخيار ليس الا 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 التضمر بلزومه، و ما نحن فيه ليس من هذا القبيل، مع ان سقوط تلك الخيارات بمجرد مطالبة الثمن ايضا محل نظر لعدم كونه تصرفا و الله العالم.

الحيوان أو الشرط بما كان رضا نوعيا بالعقد، و هذا من اوضح افراده.

و فيه: ان التصرف انما يكون مسقطا لخيار الحيوان للنص غير الشامل لغيره،

فالميزان هو حصول العلم أو الظهور العرفي، و مع فقد هما لا يكتفى بالظن ايضا.

(١) و هل يسقط الخيار بمطالبة الثمن؟ وجهان.

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

(٢) و أما ما افاده المصنف (رحمة الله) بناء على كونها مسقطه لسائر الخيارات بانه في سائر الخيارات يكون سبب الخيار العقد و لو من جهة التضمر بلزومه، و أما في هذا الخيار فالسبب ليس هو العقد و لا الضرر الماضي، بل الضرر المستقبل، لأنه الذي يندفع بالخيار

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٦

مسألة: في كون هذا الخيار على الفور أو التراخي قولان، (١)

و قد تقدم ما يصلح ان يستند إليه لكل من القولين في مطلق الخيار، مع قطع النظر عن خصوصيات الموارد، و قد عرفت ان الأقوى الفور، و يمكن ان يقال في خصوص ما نحن فيه ان ظاهر قوله (عليه السلام) لا يبيع له نفى البيع رأسا و الا نسب بنفى الحقيقة بعد عدم ارادة نفى الصحة هو نفى لزومه رأسا (٢) بأن لا يعود لازما ابدا، فتأمل.

دون ما مضى، و مطالبة الثمن لا تكون التزاما بالضرر المستقبل، بل هي التزام بما مضى،

فيرد عليه: ان دليل الخيار هو النص، و لعل منشأه التضمر بالتأخير في الثلاثة،

و يكون الخيار مجازاة له لا تداركا.

فورية خيار التأخير و عدمها

(١) المسألة الثانية: في كون هذا الخيار على الفور أو التراخي فيه قولان.

و الكلام في هذه المسألة يقع في موردين:

الأول: في بيان ما يستفاد من النص.

الثاني: فيما تقتضيه القواعد.

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

(٢) بان الانسب بنفي الحقيقة بعد عدم ارادة نفي الصحة هو نفي لزومه رأسا،

فقوله (عليه السلام) لا يبيع له ظاهر في التراخي.

و الجواب عنه ما ذكره جل المحشين: بان هذا يناهى ما تقدم منه آنفا من انصراف الأخبار الى صورة التضرر فعلا بلزوم العقد، إذ عليه لا يشمل اطلاق النص ما إذا كان التضرر مستندا الى اختياره بعدم فسخ العقد في اول ازمته الامكان و لكن قد مر عدم تمامية ما افاده هناك،

فاطلاق النص يقتضى البناء على التراخي، فان نفي لزوم البيع بقول مطلق معناه ذلك.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٧

ثم على تقدير اهمال النص و عدم ظهوره في العموم يمكن التمسك بالاستصحاب (١) هنا، لأن اللزوم إذا ارتفع عن البيع في زمان، فعوده يحتاج الى دليل، و ليس الشك هنا في موضوع المستصحب نظير ما تقدم في استصحاب الخيار، لأن الموضوع مستفاد من النص فراجع، و كيف كان فالقول بالتراخي لا يخلو عن قوة. اما لظهور النص و أما للاستصحاب.

مسألة: لو تلف المبيع بعد الثلاثة، كان من البائع اجماعا (٢)

مستفيضا، بل متواترا، كما في الرياض، و يدل عليه النبوى المشهور و ان كان في كتب روايات اصحابنا غير مسطور كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه، (٣) و اطلاقه كمعاقد الاجماعيات يعم ما لو تلف في حال الخيار ام تلف بعد بطلانه، كما لو قلنا بكونه على الفور فبطل بالتأخير، أو بذل المشتري الثمن فتلف العين في هذا الحال.

(١) و أما المورد الثاني: فقد استدل المصنف (رحمه الله): بالاستصحاب للقول بالتراخي،

مع انه لم يسلم جريانه في خيار الغبن.

و ما افاده تام على مسلكه، فانه انما منع من جريانه هناك من جهة ان الموضوع غير مستفاد من النص بالتقريب المتقدم، و في المقام يكون مستفادا منه،

و لكن قد عرفت انه لا- مانع من جريانه هناك من هذه الناحية، و لا يجرى من جهة اخرى، و هي موجودة في المقام، و هي عدم جريان الاستصحاب في الأحكام الكلية.

فتدبر،

مع انه قد تقدم ان المرجع عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) فراجع.

تلف المبيع بعد الثلاثة من البائع

(٢) الثالثة: و لو تلف المبيع فان كان التلف بعد الثلاثة كان من البائع اجماعا.

مستفيضا بل متواترا كذا في الرياض.

(٣) و يشهد له: النبوى المعمول به بين الاصحاب غير المسطور في كتب روايات اصحابنا: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه «١».

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

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٨

وقد يعارض النبوى بقاعدة الملازمة بين النماء و الدرک (١) المستفاد من النص و الاستقراء و القاعدة المجمع عليها، من ان التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له، (٢) لكن النبوى اخص من القاعدة الاولى، فلا معارضة و القاعدة الثانية لا عموم فيها، يشمل جميع افراد الخيار لا- جميع احوال البيع، حتى قبل القبض، بل التحقيق فيها كما سيجيء ان شاء الله اختصاصها بخيار المجلس. و الشرط و الحيوان مع كون التلف بعد القبض و لو تلف في الثلاثة فالمشهور كونه من مال البائع ايضا. (٣)

وقد اورد عليه: بانه يعارض مع قاعدتين اخريين:

(١) احدهما: قاعدة التلازم بين النماء و الدرک المستفاد من النص الخراج بالضمان «١» و الاستقراء.

(٢) ثانيتهما: قاعدة التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له «٢».

ولكن الاولى اعم من النبوى فتخصص به،

بل يمكن ان يقال انه لا- معارضة بينهما، فان مفاد النبوى على ما هو المشهور انتقال المبيع الى البائع قبل التلف آنا ما، و التلف في ملكه، و في ذلك الآن و ان كان زمانا قصيرا يكون النماء للبائع.

و أما الثانية: فهي غير شاملة للمقام لوجوه:

الأول: انها مختصة بخيار الحيوان و الشرط و لا تشمل كل خيار.

الثاني: انها مختصة بما بعد القبض، و لا تشمل ما قبل القبض.

الثالث: ان موردها ما إذا تلف ما انتقل الى من له الخيار، كما في الحيوان المنتقل الى المشتري، و في المقام التالف هو ما انتقل عن من له الخيار.

(٣) و أما ان كان التلف في الثلاثة فالمشهور بين الاصحاب كونه من مال البائع،

و هو مقتضى النبوى،

و عن جماعة من القدماء منهم المفيد و السيد: كونه من المشتري.

وقد استدلل له: بقاعدة ضمان المالك لماله، و لكنها مع جريانها في الصورة السابقة

(١) صحيح الترمذی ج ٥ ص ٢٨٥ و سنن ابی داود ج ٢ ص ٢٥٥ و المبسوط كتاب البيوع.

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

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٩

و عن الخلاف الاجماع عليه خلافا لجماعة من القدماء، منهم المفيد و السيدان مدعين عليه الاجماع و هو مع قاعدة ضمان المالك لماله يصح حجة لهذا القول، لكن الاجماع معارض، بل موهون و القاعدة مخصصة بالنبوى المذكور المخبر من حيث الصدور مضافا الى رواية عقبه بن خالد في رجل اشترى متاعا من رجل و اوجه غير انه ترك المتاع عنده و لم يقبضه قال آتيك غدا ان شاء الله، فسرق المتاع من مال من يكون؟ قال من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المال و يخرج من بيته فإذا اخرجه من بيته

فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد إليه حقه و لو مكنه من القبض (١) فلم يتسلم فضمان البائع مبنى على ارتفاع الضمان بذلك و هو الأقوى، قال الشيخ فى النهاية إذا باع الانسان شيئاً و لم يقبض المتاع و لا قبض الثمن و مضى المبتاع، فإن العقد موقوف ثلاثة ايام، فإن جاء المبتاع فى مدة ثلاثة ايام كان المبيع له و ان مضت ثلاثة ايام كان البائع اولى بالمتاع، فإن هلك المتاع فى هذه الثلاثة ايام و لم يكن قبضه اياه كان من مال البائع دون المبتاع،

اخص من النبوى فتخصص به.

فالتفصيل بين الصورتين فى غير محله،

مع ان خبر عقبه «١» المذكور فى المتن. يدل على انه من مال البائع، و هو من جهة ان مفروض السؤال حيث قال: آتيك غدا فسرق المتاع هو التلف فى الثلاثة لا بعدها مختص بهذه الصورة.

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

(١) و لو مكنه من القبض فلم يتسلم فتلفت السلعة.

فان قلنا بكفاية التخليء بين المال و مالكة و عرضه عليه فى صدق القبض فلا كلام،

و الا فقد بنى الشيخ (رحمه الله) ضمان البائع و عدمه على ارتفاع الضمان بذلك و عدمه،

و هو (قدس سره) قوى الأول.

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

و مع ارتفاعه لا يكون المورد مشمولاً لقاعدة كل مبيع تلف قبل قبضه للانصراف

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

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٠

و ان كان قبضه اياه ثم هلك فى مدة الثلاثة ايام كان من مال المبتاع و ان هلك بعد الثلاثة ايام كان من مال البائع على كل حال، لأن الخيار له بعدها، انتهى. (١)

المحكى فى المختلف و قال بعد الحكاية و فيه نظر، إذ مع القبض يلزم البيع، انتهى.

اقول كأنه جعل الفقرة الثالثة مقابلة للفقرتين، فيشمل ما بعد القبض و ما قبله خصوصاً مع قوله على كل حال، لكن التعميم مع انه

خلاف الإجماع مناف لتعليل الحكم (٢) بعد ذلك بقوله لأن الخيار له بعد الثلاثة ايام، فإن المعلوم ان الخيار انما يكون له مع عدم

القبض، فيدل ذلك على ان 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، (٣)

كما فى مرسله محمد بن ابى حمزة و المراد من نفي البيع نفي لزومه و يدل عليه قاعدة نفي الضرر، فإن البائع ضامن للمبيع ممنوع عن

التصرف فيه محروم عن الثمن.

و فيه: ان الانصراف ممنوع و التلازم بين ارتفاع الخيار و ارتفاع الضمان ايضا كذلك،

فالأظهر انه من مال بائعه على هذا المسلك.

(١) قال في محكى النهاية: و ان هلك بعد الثلاثة ايام كان من مال البائع على كل حال لأن الخيار له بعدها. و يمكن ان يكون وجه التعميم فى هذه الصورة: ان هذا الخيار لا يسقط بالاقباض بعد الثلاثة عنده، و هو ممن نسب إليه ان انتقال المبيع الى المشتري انما يكون بعد انقضاء الخيار من غير فرق بين الخيار المتصل و المنفصل، فانه على هذا يكون التلف من البائع لوقوعه فى ملكه، فلا يتوجه ايراد المصنف (رحمه الله) عليه.

(٢) بان التعميم مناف لتعليل الحكم بان الخيار له بعد الثلاثة، و انما لا يلتزم بذلك فى الاقباض فى الثلاثة من جهة ان الاقباض قبلها رافع لموضوع الخيار. شراء ما يفسد من يومه

(٣) الرابعة: المشهور بين الاصحاب: انه لو اشترى ما يفسد من يومه فان جاء

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤١

و من هنا يمكن تعدية الحكم الى كل مورد يتحقق فيه هذا الضرر، و ان خرج عن مورد النص، كما إذا كان المبيع مما يفسد فى نصف يوم أو فى يومين فيثبت فيه الخيار فى زمان يكون التأخير عنه ضررا على البائع، لكن ظاهر النص يوهم خلاف ما ذكرنا، لان الموضوع فيه ما يفسد من يومه و الحكم فيه بثبوت الخيار من اول الليل، فيكون الخيار فى اول ازمته الفساد. و من المعلوم ان الخيار حينئذ لا يجدى للبائع شيئا، لكن المراد من اليوم اليوم و ليله، (١)

بالثمن ما بينه و بين الليل و الا فلا بيع له.

و قد استدلت لثبوت هذا الخيار بوجوه:

منها: ما رواه الكليني عن محمد بن يحيى عن محمد بن احمد عن يعقوب بن يزيد عن محمد بن ابى حمزة أو غيره عن ذكره عن ابى عبد الله أو ابى الحسن عليهما السلام: فى الرجل يشتري الشيء الذى يفسد من يومه و يتركه حتى يأتيه بالثمن، قال: ان جاء فيما بينه و بين الليل بالثمن و الا فلا بيع له «١».

و الكلام فيه فى موردين،

الأول: فى سند الحديث.

الثانى: فى فقهه.

اما الأول: فالاشكال فيه من وجوه:

منها انه مرسل.

و منها: ان محمد بن ابى حمزة مشترك بين ابن الثمالى و التيملى الذى لم يوثق.

و منها: ان من يروى عنه ابن يزيد لم يثبت كونه ابن ابى حمزة و لعله غيره.

و أما الثانى: فقوله من يومه اما يراد به فى يومه من كون من للطرفية فيكون اول الليل الذى هو اول زمان الخيار بعد تحقق الفساد فى النهار، و هذا الضرر لا يتدارك بالخيار،

و أما يراد به معناه المعروف و هو كونه للابتداء فيكون اول الليل الذى هو اول زمان الخيار بعد تحقق الفساد من اول اليوم و حاله حال السابق، فلا بد من التصرف باحد نحوين:

(١) احدهما: ما فى المتن، و هو: ان المراد باليوم و ليله

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٢

فالمعنى انه لا يبقى على صفة الصلاح ازيد من يوم بليته، فيكون المفسد له المبيت لا مجرد دخول الليل، فإذا فسخ البائع اول الليل امكن له الانتفاع به و ببدله، و لأجل ذلك عبر في الدروس عن هذا الخيار بخيار ما يفسده المبيت و انه ثابت عند دخول الليل و في معقد اجماع الغنية ان على البائع الصبر يوما واحدا ثم هو بالخيار.

و في محكي الوسيلة ان خيار الفواكه للبائع فإذا مر على المبيع يوم و لم يقبض المبتاع كان البائع بالخيار و نحوها عبارة جامع الشرائع. نعم عبارات جماعة من الاصحاب لا يخلو عن اختلال في التعبير، لكن الاجماع على عدم الخيار للبائع في النهار يوجب تأويلها الى ما يوافق الدروس، و احسن تلك العبارات عبارة الصدوق في الفقيه التي اسندها في الوسائل الى رواية زرارة (١) قال: العهدة فيما يفسد من يومه مثل البقول و البطيخ و الفواكه يوم الى الليل فإن المراد بالعهددة عهدة البائع.

فالمعنى انه لا يبقى على صفة الصلاح ازيد من يوم بليته.

ثانيهما: ما افاده بعض المحققين، و هو حمل ما يفسد على الاشراف على الفساد، فيكون من المجاز بالمشارفة، و يصح جعل الخيار من اول الليل لئلا يقع في الضرر الذي اشرف عليه، و كل منهما صحيح لا مرجح لأحدهما على الآخر،

و أما تقريب دلالة على الخيار لا الانفساخ فهو ما تقدم في نصوص خيار التأخير.

(١) و منها: ما ارسله الصدوق في الفقيه، و في آخر الخبر: العهدة فيما يفسد من يومه مثل البقول و البطيخ و الفواكه يوم الى الليل «١». و الكلام فيه من جهتين:

الاولى: في سنده، و هو مضافا الى كونه مرسلا، لم يثبت كونه تتمه الرواية، بل من المحتمل كونه من كلام الصدوق، بل في محكي الجواهر: لعله الظاهر.

الجهة الثانية: في دلالة، و قد يقال: ان مفاده جعل الخيار و نفى اللزوم، و في حاشية السيد: و يحتمل ان يكون المراد كون عهدة تلفه على البائع يوما الى الليل و بعده على المشتري

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

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٣

و قال في النهاية و إذا باع الانسان 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 ان المراد بالخيار اختيار المشتري في تأخير القبض و الاقباض مع بقاء البيع على حاله من اللزوم، و أما المتأخرون فظاهر اكثرهم يوهم كون الليل غاية للخيار، (١) و ان اختلفوا بين من عبر بكون الخيار يوما، و من عبر بأن الخيار الى الليل، و لم يعلم وجه صحيح لهذه التعبيرات مع وضوح المقصد الا متابعة عبارة الشيخ في النهاية

من جهة تقصيره في الأخذ.

و لكن ان كان المراد بالعهددة عهدة المبيع تعين ارادة ما احتمله السيد، فان أثرها حينئذ ان دركه عليه و هو في ضمانه، و ان كان المراد بها عهدة البيع تعين ارادة الأول، فان اثر عهدة البيع لزومه و عدم انفكاكه عنه، و الظاهر هو الثاني، لأن عهدة المبيع لا تكون مغيية بزمان، بل بالقبض بخلاف عهدة البيع.

و منها: حديث لا ضرر «١» فان البائع ضامن للمبيع ممنوع من التصرف فيه محروم عن الثمن.

و ترد عليه الوجوه الأربعة التي اوردناها على الاستدلال به لخيار التأخير،

و منها: ان مقتضى اطلاق العقد تسليم المبيع و تسلم الثمن ما لم يفسد، و مرجع ذلك الى الشرط الضمني و الخيار عند تخلف الشرط.

و يرد عليه ما ذكرناه عند الاستدلال به لخيار التأخير.

و ينبغي التنبيه على امور:

(١) منها ان ظاهر هذا الكلام و كذا كلمات جمع من الاساطين منهم اكثر المتأخرين: كون الليل، غاية للخيار، مع انه لا شبهة بحسب

النص و الفتوى ان مبدأ الخيار الليل و قد اول المحقق الأردبيلي (رحمه الله) كلماتهم بجعل الى الليل متعلقا بما يفسد لا بالخيار،

و لكن ذلك يتم في كلمات جمع منهم دون جميعهم، لاحظ ما عن النهاية و عبارة

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

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٤

لكنك عرفت ان المراد بالخيار فيه اختيار المشتري، و ان له تأخير القبض و الاقباض (١) و هذا الاستعمال في كلام المتأخرين خلاف

ما اصطالحوا عليه لفظ الخيار، فلا يحسن المتابعة هنا في التعبير و الاولى تعبير الدروس كما عرفت.

ثم الظاهر ان شروط هذا الخيار شروط خيار، التأخير (٢) لأنه فرد من افراده 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 ان التأمل في

الادلة و الفتاوى يشرف

التذكرة: فالخيار فيه الى الليل.

و قد تؤول كما احتمله المحقق الاصفهاني (رحمه الله): بان اطلاق الخيار باعتبار اول الأمر إليه بمضى اليوم و اقبال الليل باعتبار وجود

مقتضيه و هو كون المبيع مما يؤول امره الى الفساد باقبال الليل و المقتضى له ثبوت بثبوت مقتضيه و فعلية مقتضاه باقبال الليل.

و لكن هذا يتم في مثل عبارة النهاية و لا يتم في مثل عبارة التذكرة المتضمنة لكون الغاية الليل، فالمتعين حمل كلماتهم على ما افاده

المصنف (رحمه الله) و هو: ان مرادهم بالخيار معنى غير الخيار المصطلح الثابت من اول الليل، و هو.

(١) ان المشتري مختار في المقبض و الاقباض في اليوم،

و ان له التأخير الى الليل من دون ان يستتبعه شيء، و لازمه لزوم الصبر على البائع الى الليل، و لزوم البيع عليه.

(٢) و منها هل يعتبر في هذا الخيار شروط خيار التأخير كما عن الغنية و غيرها، ام لا؟ وجهان:

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

و لكن الانصاف انهما متغايران، إذ المدار في خيار التأخير المتقدم على تأخير قبض الثمن و هنا على تأخير قبض المثل، و الحكمة

في ذلك الخيار دفع ضرر البائع من ناحية الصبر عن الثمن، و في هذا الخيار دفع ضرره من ناحية الفساد الموجب لضمان المبيع،

و مبدأ الخيار في المقام اول الليل، و في الخيار السابق بعد مضي ثلاثة ايام،

و عليه فالشروط المعبرة في ذلك الفرد من التأخير لا وجه للبناء على اعتبارها في هذا الفرد

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٥

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 ان المراد بالفساد في النص و الفتوى ليس الفساد الحقيقي (١) لأن موردها هو الخضر و الفواكه و البقول، و هذه لا تضيع بالميت و لا تهلك.
(٢) بل المراد ما يشمل تغير العين نظير التغير الحادث في هذه الامور بسبب الميت و لو لم يحدث في البيع إلا فوات السوق، (٣) ففي إلحاقه بتغير العين و جهان من كونه ضررا و من امكان منع ذلك لكونه فوت نفع لا ضرر. (٤)

(١) و منها انه هل المراد بالفساد الحقيقي، أو ما يشمل تغير العين الحادث بسبب الميت؟ و جهان،
اختار المصنف الثاني، و استدل له:

(٢) بان مورد النص و الفتوى الخضر و الفواكه و البقول، و هذه لا تضيع بالميت و لا تهلك.

و اورد عليه المحقق الايرواني (رحمه الله) بان المراد به الفساد الحقيقي، و هو خروج العين الى حالة لا تتمول من جهة عدم ترتب الآثار المرغوبة من الطبيعة عليها مع: اندراجها بذاتها تحت الطبيعة، و أما الذي يخرج عن الصورة النوعية فذاك هو التلف دون الفساد كما توهمه المصنف (رحمه الله).

و لكن ما افاده في الفرق بين الفساد و التلف و ان كان متينا الا انه مع ذلك ليس المراد الفساد الحقيقي، إذ مرور يوم على مثل البقول و الفواكه لا يوجب خروجها عن المالية، بل يوجب تغير العين بزوال طراوتها و شبهها.

(٣) و منها انه لو لم يحدث في المبيع الافوات السوق، فلا اشكال و لا كلام في عدم شمول النص و الفتوى له، لانه ليس من الفساد قطعا،

انما الكلام في انه إذا كان المدرك حديث لا ضرر. هل يشمله ام لا؟ المصنف (رحمه الله)

(٤) جعل اثبات الخيار و نفيه دائرين مدار كون نقص القيمة ضررا أو فوات نفع و الحق انه ليس ضررا و لا فوت نفع بالنسبة الى البائع بعد عدم كون نقص القيمة السوقية موجبا لضمان البائع، و هو ضرر بالنسبة الى المشتري، و لا يكون ذلك موجبا لجعل الخيار على البائع.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٦

السادس خيار الرؤية

إشارة

و المراد به الخيار المسبب عن رؤية المبيع على خلاف ما اشترطه فيه المتبايعان (١) و يدل عليه قبل الاجماع (٢) المحقق و المستفيض حديث نفى الضرر، (٣) و استدل عليه ايضا

و بذلك ظهر ما في حاشية السيد، و هو ان الأقوى اللاحق، لأنه يصدق عليه الضرر عرفا و ان كانت العين باقية كما كانت، لأن المناط فيه فوات المالية، و لا فرق فيه بين نقص العين و القيمة، فالضرر صادق خصوصا في الأموال المعدة للتجارة.

خيار الرؤية

السادس: خيار الرؤية و المراد به الخيار المسبب عن رؤية المبيع على خلاف ما وصفه فمن اشترى موصوفا غير مشاهد كان للمشتري خيار الفسخ إذا وجده دون الوصف و هذا التعبير اولي من تعبير المصنف حيث قال:

(١) و المراد به الخيار المسبب عن رؤية المبيع على خلاف ما اشترطه، فيه المتبايعان لأن مورد هذا الخيار ليس خصوص ما لو رأى المبيع على خلاف ما اشترطه فيه المتبايعان ليكون من افراد خيار الشرط، كما هو ظاهر المتن، بل مورد ما إذا تخلف الوصف الذى وقعت المعاملة عليه سواء كان بالاشتراط أو باخبار البائع به و الاعتماد عليه من غير تعهد و الترام منه، أو برؤية بعض المبيع و اعتقاد موافقة بعضه الآخر له. و عليه فالنسبة بين مورد هذا الخيار و مورد خيار تخلف الشرط عموم من وجه، و المجمع ما كان التوصيف بعنوان الاشتراط، و مورد افتراق هذا الخيار ما اشرنا إليه، و مورد افتراق ذاك شرط الفعل. و دليل هذا الخيار امور:

(٢) الاول: الاجماع، و هو لمعلومية مدركه لا يعتمد عليه.

(٣) الثانى: حديث «١» لا ضرر.

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

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٧

منها صحيحة جميل بن دراج قال: سألت ابا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى ضيعة و قد كان يدخلها و يخرج منها، فلما ان نقد المال صار الى الضيعة قبلها، ثم رجع فاستقال صاحبه، فلم يقله فقال أبو عبد الله (عليه السلام) انه لو قلب منها و نظر إلى تسع و تسعين قطعة ثم بقى منها قطعة لم يرها لكان له فيها خيار الرؤية و لا بد من حملها على صورة يصح معها بيع الضيعة. (١) اما بوصف القطعة الغير المرئية أو بدلالة ما رآه منها على ما لم يره. و قد يستدل بصحيحة زيد الشحام قال: سألت ابا عبد الله (عليه السلام) عن رجل

و فيه: ما تقدم من انه لا يصلح منشأ لاثبات الخيار،

مع انه إذا كان المبيع بما له من التخلف يسوى بالذى دفع من الثمن لا يكون هناك ضرر الا من ناحية تخلف الغرض الشخصى.

الثالث صحيح جميل «١» المذكور فى المتن و تقريب الاستدلال به: ان الظاهر من الخبر ان المشتري لرؤية عمدة الضيعة كان معتقدا ان ما لم يره يكون مثل ما رآه، فوَقعت المعاملة صحيحة، ثم بعد المعاملة و ملاحظة ما لم يره و انه غير ما رآه ندم من المعاملة، و قد حكم (عليه السلام) بثبوت خيار الرؤية.

و فيه: انه لا- يدل الخبر على تخلف الوصف، و ان ما لم يره لم يكن مطابقا لما رآه لو لم يكن دالا على خلافه، و عليه فليس هو من الخيار المصطلح، بل الظاهر منه ارادة البطلان. اما فى الجميع لو رجع الضمير فى قوله لكان له فيها خيار الرؤية الى الضيعة، أو فى خصوص القطعة التى لم يرها،

و لعل الأول اظهر من جهة ان مورد السؤال هو الضيعة بتمامها.

(١) قوله و لا- بد من حملها على صورة يصح معها بيع الضيعة قد عرفت دلالة الصحيح على البطلان و انه اجنبى عن المقام الرابع صحيح «٢» زيد الشحام المذكور فى المتن

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

(٢) نفس المصدر حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٨

اشترى سهام القصابين من قبل ان يخرج السهم، فقال (عليه السلام) لا يشتر شيئا حتى يعلم اين 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 منهال القصاب و هو مجهول، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام)

اشترى الغنم جماعة ثم تدخل دارا ثم يقوم رجل على الباب فيعد واحدا و اثنين و ثلاثة و أربعة و خمسة ثم يخرج السهم قال: لا يصلح هذا إنما تصلح السهام إذا عدلت القسمة، الخبر.

اقول لم يعلم وجه الاستشهاد به لما نحن فيه، لأن المشتري لسهم القصاب ان اشتراه مشاعا فلا مورد لخيار الرؤية، و ان اشترى سهمه المعين الذي يخرج فهو شراء فرد غير معين و هو باطل، و على الصحة فلا خيار فيه للرؤية كالمشاع. (١)

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

(١) و اورد عليه المصنف (رحمه الله): بان المبيع ان كان هو الحصة المشاعة فلا مورد لخيار الرؤية، و ان كان هو السهم المعين الذي يخرج فهو شراء فرد غير معين و هو باطل.

ثم مال هو (قدس سره) الى كون الخيار الذي يثبت بالخبر خيار الحيوان إذا خرج السهم،

و الظاهر ان وجه نفى الموردية لو كان المبيع الحصة المشاعة ليس هو اشاعتها، حتى يرد عليه ما افاده المحقق الايرواني (رحمه الله): بان خيار الرؤية يجرى في بيع المشاع إذا بيع بوصف المجموع فظهر الجميع على خلاف الوصف.

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

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

و فيه: ان حكمه جعل خيار الحيوان الاطلاع على العيب، و هو لا يكون الا بعد التعيين.

و لكن يرد على المصنف (رحمه الله): ان الظاهر من الخبر كون المبيع ما يقع عليه السهم،

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٩

و يمكن حمله على شراء عدد معين نظير الصاع من الصبرة، و يكون له خيار الحيوان (١) إذا خرج السهم، ثم ان صحيحة جميل مختصة بالمشتري. و الظاهر الاتفاق على ان هذا الخيار يثبت للبائع ايضا (٢) إذا لم ير المبيع و باعه بوصف غيره،

فتبين كونه زائدا على ما وصف

و هو لغررته باطل كما يشهد له قوله: لا تشتري شيئا... الخ الظاهر في الارشاد الى الفساد، و عليه فقوله له الخيار يكون المراد به ان له الخيار في انشاء معاملة جديدة بعد تعيين المبيع،

نظير ما ورد في نصوص بيع ما ليس عنده من قوله: و هذا عليك بالخيار ان شاء اشتراه منك بعد ما تأتية و ان شاء رده.

و قد يحتمل ان يكون المراد بالخيار خيار القسمة لكونها غير معدلة، أو للحاجة في التعيين الى التراضي، و على اي حال فلا ربط له بخيار الرؤية.

(١) قوله و يمكن حمله على شراء عدد معين نظير الصاع من الصبرة و يكون له خيار الحيوان الظاهر ان وجه تخصيص خيار الحيوان، بما إذا كان المبيع من قبيل الكلي في المعين دون الكسر المشاع، لحاظ الحكمة في ذلك الخيار، و هو الاطلاع على العيب في الثلاثة

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

الخامس صحيح عبد الرحمن بن الحجاج «١» المذكور في المتن وفيه: انه اجنبي عن المقام بالمرء، بل وارد في مقام بيان كيفية التقسيم، و ان التقسيم بلا تعديل السهام على النحو الذى بينه السائل باطل.

فتحصل: انه لا- دليل عليه، و لكن الظاهر تسالم القوم على ثبوته و سيأتى رجوع ذلك الى خيار الشرط، فيدل على مشروعيته دليل ذلك الخيار و الله العالم.

و استقصاء القول فى المقام بالتعرض لأمر:

(٢) الاول: انه هل يثبت هذا الخيار للبائع ايضا كما هو المتفق عليه

(١) الوسائل- باب ١٢- من ابواب عقد البيع و شروطه حديث ٨.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٠

و حكى عن بعض انه يحتمل فى صححة جميل ان يكون التفتيش من البائع بأن يكون البائع باعه بوصف المشتري، و حينئذ فيكون الجواب عاما بالنسبة اليهما على تقدير هذا الاحتمال (١) و لا يخفى بعده و ابعده منه دعوى عموم الجواب و الله العالم.

مسألة: مورد هذا الخيار بيع العين الشخصية الغائبة، (٢)

إشارة

و المعروف انه يشترط فى صحته ذكر اوصاف المبيع التى يرتفع بها الجهالة الموجبة للغرر، إذ لولاها لكان غررا و عبر بعضهم عن هذه الاوصاف بما يختلف الثمن باختلافه، كما فى الوسيلة و جامع المقاصد و غيرهما، و آخر بما يعتبر فى صححة السلم و آخرون كالشيخين و الحلى اقتصروا على اعتبار ذكر الصفة.

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

و حق القول فى المقام: ان مدرك هذا الخيار ان كان هو الاجماع، أو حديث لا ضرر أو ما دل على ثبوت الخيار عند تخلف الشرط، لم يكن وجه للاختصاص بالمشتري. و أما ان كان المدرك هى النصوص الخاصة اختص به.

(١) و احتمال ان يكون التفتيش من البائع بان يكون البائع باعه بوصف المشتري فيكون الجواب عاما، بعيد، لعدم تقدم ذكر من البائع، و مرجع الضمائر المستترة فى السؤال هو المشتري، و على تقدير هذا الاحتمال كان الخيار مختصا بالبائع، إذ لا عموم للجواب. مورد خيار الرؤية.

(٢) الثانى: المعروف بين الاصحاب: ان مورد هذا الخيار بيع العين الشخصية الغائبة، و انه يشترط فى صحته ذكر اوصاف المبيع بما ترتفع به الجهالة الموجبة للغرر. و قد اختلفت تعابيرهم عن هذه الأوصاف، و المراد واحد، و لذا ادعى الاجماع على كل واحد منها.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥١

و الظاهر ان مرجع الجميع واحد، و لذا ادعى الاجماع على كل واحد منها، ففى موضع من التذكرة يشترط فى بيع خيار الرؤية وصف المبيع وصفا يكفى فى السلم عندنا. و عنه فى موضع آخر من التذكرة ان شرط صححة بيع الغائبة وصفها بما يرفع الجهالة عند علمائنا اجمع و يجب ذكر اللفظ الدال على الجنس، ثم ذكر انه يجب ذكر اللفظ الدال على التميز و ذلك بذكر جميع الصفات التى يختلف الاثمان باختلافها و يتطرق الجهالة بترك بعضها، انتهى.

و فى جامع المقاصد ضابط ذلك، ان كل وصف يتفاوت الرغبات بثبوته و انتفائه و يتفاوت به القيمة تفاوتاً ظاهراً لا يتسامح به يجب

ذكره، فلا بد من استقصاء اوصاف السلم، انتهى.

و ربما يترأى التنافى بين اعتبار ما يختلف الثمن باختلافه و كفاية ذكر اوصاف السلم من جهة انه قد يتسامح فى السلم فى ذكر بعض الاوصاف لافضائه الى عزة الوجود أو لتعذر الاستقصاء على التحقيق (١) و هذا المانع مفقود فيما نحن فيه، قال فى التذكرة

و تنقيح القول فيه: ان المراد من العين الشخصية ما يقابل الكلى فى الذمة: الشامل للكسر المشاع الذى هو جزئى بجزئى منشأ انتزاعه، و الكلى فى المعين المتعين باضافته الى الجزئى الخارجى، لاما يقابل غير المتعين بتمام انحاء التعين و عليه فلا يرد عليه ما اورده بعضهم بعدم اختصاص الخيار بذلك و جريانه فى الكلى الخارجى و فى الحصه المشاعه لقاعده الضرر و تخلف الشرط، بل يمكن دعوى فهم المثاليه من صحيحه جميل كما ان مراده من الغائبه ليس هى الغيبوبه الخارجيه: لعدم العبره بها، بل المراد الغيبوبه الذهنيه بمعنى عدم المعرفه به، فلا ايراد عليه.

الثالث: فى الاشكالات التى اوردت فى المقام، و هى اربعه:

(١) احدها: انهم ذكروا فى المقام ضابطين للاوصاف اللازم ذكرها، و هما: اعتبار الأوصاف الدخيلة فى مالىة العوضين، و اعتبار ما يعتبر فى باب السلم، و هما متنافيان، فانه يكتفى فى باب السلم باقل من ذلك، و لا يعتبر الاستقصاء بذكر كل وصف دخيل فى المالىة، لأنه يؤدي الى عزة الوجود، و هذا المانع مفقود فيما نحن فيه.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥٢

فى باب السلم لا- يشترط وصف كل عضو من الحيوان بأوصافه المقصوده و ان تفاوت به الغرض و القيمة لافضائه إلى عزة الوجود، انتهى.

و قال فى السلم فى الاحجار المتخذة للبناء: انه يذكر نوعها و لونها و يصف عظمها فيقول: ما يحمل البعير منها اثنين أو ثلاثا أو اربعا على سبيل التقريب دون التحقيق لتعذر التحقيق، و يمكن ان يقال: ان المراد ما يعتبر فى السلم فى حد ذاته، (١) مع قطع النظر عن العذر الموجب للمسامحة فى بعض افراد السلم و ان كان يمكن ان يورد على مسامحتهم هناك ان الاستقصاء فى الاوصاف شرط فى السلم غير مقيد بحال التمكّن، فتعذره يوجب فساد السلم لا الحكم بعدم اشتراطه، كما حكموا بعدم جواز السلم فيما لا يمكن ضبط اوصافه و تمام الكلام فى محله، ثم ان الاوصاف التى يختلف الثمن من اجلها غير محصورة (٢) خصوصا فى العبيد و الاماء فان مراتبهم الكمالية التى يختلف بها اثمانهم غير محصورة جدا و الاقتصار على ما يرفع به معظم الغرر احواله على مجهول، بل يوجب الاكتفاء على ما دون صفات السلم

(١) و اجاب عنه المصنف (رحمه الله)- بعد الايراد على القوم بان تعذر استقصاء الأوصاف فى السلم موجب لفساد السلم لا الفتوى بعدم اعتبار ذكر الأوصاف فيه: بانه يمكن ان يكون مرادهم باعتبار ما يعتبر فى باب السلم ما يعتبر فى ذلك الباب بالطبع لو لا عروض المانع، فلا تنافى.

و فيه: ان الايراد على القوم فى غير محله، إذ لو حكمنا بفساد السلم فى الفرض لزم سد باب السلم لما اشار إليه من عموم هذا العذر، و المعلوم من الشرع خلافه، مع ان حمل ما ذكره فى الضابط الثانى على ذلك لا شاهد له.

فالحق فى الجواب ان يقال: ان مرادهم بالأوصاف الدخيلة فى المالىة الأوصاف الدخيلة فى المالىة بلحاظ الآثار المترقبه من ذلك الشىء عند نوع العقلاء لا الأوصاف الدخيلة فى المالىة بحسب الغرض الشخصى، و عليه فيرتفع التنافى، إذ ما يتعذر استقصائه فى باب السلم ما كان من قبيل الثانى دون الأول.

(٢) ثانيها: ان الاوصاف التي يختلف الثمن من اجلها غير محصورة خصوصاً في

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٣

لاكتفاء الغرر عرفاً بذلك، مع اننا علمنا ان الغرر العرفي اخص من الشرعي، و كيف كان فالمسألة لا يخلو عن اشكال و اشكل من ذلك ان الظاهر ان الوصف يقوم مقام الرؤية المتحققة في بيع العين الحاضرة، و على هذا فيجب ان يعتبر في الرؤية ان يحصل بها الاطلاع على جميع الصفات المعبرة في العين الغائبة مما يختلف الثمن باختلافه (١)

قال في التذكرة: يشترط رؤية ما هو مقصود بالبيع كداخل الثوب، فلو باع ثوباً مطويماً أو عينا حاضرة لا يشاهد منها ما يختلف الثمن لأجله كان كبيع الغائب يبطل ان لم يوصف وصفا 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 الامور التي لا يعرفها الا اهل المعرفة بها،

فضلا عن مرتبة كمالها الانساني 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 باوصاف المبيع الراجعة الى نوعه أو صنفه أو شخصه، بل هو بالنسبة الى الاوصاف التي اعتبروها كالأعمى لا بد من مراجعته لبصير عارف، و لا أجد في المسألة أوثق من ان يقال: ان المعبر هو الغرر العرفي في العين الحاضرة و الغائبة الموصوفة، (٢) فإن دل على اعتبار ازيد من ذلك حجة معتبرة اخذ به

العييد و الاماء، و الاكتفاء بذكر معظمها احالة على المجهول.

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

(٢) و اجاب عنهما المصنف (رحمه الله): بان الميزان رفع الغرر العرفي الذي هو اخص من الشرعي، و هو يرتفع بمشاهدة العين و ان لم يطلع على الخصوصيات اللازم ذكرها إذا كانت

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٤

و ليس فيما ادعاه العلامة في التذكرة من الاجماع حجة، مع استناده في ذلك الى كونه غرراً عرفاً، حيث قال في اول مسألة اشتراط العلم بالعوضين انه اجمع علماءنا على اشتراط العلم بالعوضين ليعرف ما ملك بازاء ما بذل، فينتفى الغرر فلا يصح بيع العين الغائبة ما لم يتقدم رؤية أو يوصف وصفا يرفع الجهالة، انتهى.

و لا-ريب ان المراد بمعرفة ما ملك معرفته على وجه وسط بين طرفي الاجمال و التفصيل، ثم انه يمكن الاستشكال في صحة هذا العقد بأن ذكر الاوصاف لا يخرج البيع عن كونه غرراً، (١) لان الغرر بدون اخذ الصفات من حيث الجهل بصفات المبيع، فإذا اخذت فيه مقيداً بها صار مشكوك الوجود، لأن العبد المتصف بتلك الصفات مثلاً لا يعلم وجوده في الخارج و الغرر فيه اعظم، و يمكن ان يقال ان اخذ الاوصاف في معنى الاشتراط لا التقييد (٢) 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 ان الرؤية بمنزل الاشتراط

العين غائبة.

و فيه: - مضافاً الى ان الغرر لا حقيقة شرعية له كى يقال ان الغرر العرفي اخص من الشرعي، و ما يترأى من الحكم بالفساد مع عدم

الغرر العرفي كسواء المجهول بخيار أو بالمتيقن من قيمته فانما هو لدليل آخر فتأمل.

ان الغرر العرفي ايضا لا يرتفع بذلك في العين الحاضرة.

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

(١) رابعها: ان توصيف المبيع بالأوصاف المجهول وجودها يوجب الجهل بوجود المبيع، إذ العبد المتصف بتلك الصفات مثلا لا يعلم وجوده في الخارج، و الغرر فيه اعظم.

(٢) و اجاب عنه المصنف (رحمه الله): بان التوصيف يرجع الى الاشتراط لا التقييد.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٥

و لازمه كون الوصف القائم مقام الرؤية اشتراطا.

و يمكن ان يقال ببناء هذا البيع على تصديق البائع أو غيره في اخباره باتصاف المبيع بالصفات المذكورة، كما يجوز الاعتماد عليه في الكيل و الوزن، و لذا ذكروا انه يجوز مع جهل المتبايعين بصفة العين الغائبة المبيعة بوصف ثالث لهما، و كيف كان، فلا غرر عرفا في بيع العين الغائبة مع اعتبار الصفات الرافعة للجهالة و لا دليل شرعا ايضا على المنع من حيث عدم العلم بوجود تلك الصفات، فيتعين الحكم بجوازه مضافا إلى الاجماع عليه ممن عدا بعض العامة، ثم ان الخيار بين الرد و الامساك مجانا هو المشهور بين الأصحاب، (١) و صريح السرائر تخييره بين الرد و الامساك بالارش و انه لا يجبر على احدهما و يضعف بأنه لا دليل على الأرش.

نعم لو كان للوصف المفقود دخل في الصحة توجه اخذ الأرش، لكن بخيار العيب لا خيار رؤية المبيع على خلاف ما وصفه، إذ لو لا الوصف ثبت خيار العيب ايضا و سيجيء عدم اشتراط ذكر الأوصاف الراجعة الى وصف الصحة، و اضعف من هذا ما ينسب إلى ظاهر المقنعة و النهاية و المراسم من بطلان البيع، إذا وجد على خلاف ما وصف،

و فيه: - مضافا الى التأمل في صحة اشتراط غير الفعل و غير النتيجة على ما سيأتي في محله ان التوصيف إذا لم يكن رافعا للغرر لم يكن الاشتراط ايضا رافعا له، و ثبوت الخيار عند تخلف الشرط لا يصلح رافعا له، و الا ارتفع باشتراط الخيار في كل بيع غرري في نفسه، و عليه فاللازم هو الاطمئنان بوجود الوصف أو اخبار من يكون خبره حجة شرعية.

الخيار بين الرد و الامساك مجانا.

(١) الرابع: ان الخيار بين الرد و الامساك مجانا هو المشهور بين الاصحاب،

و عن السرائر: التخيير بين الرد و الامساك بالارش و عن بعض: تعين اخذ الارش،

و عن المقنعة و النهاية و المراسم: بطلان البيع.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٦

لكن الموجود في المقنعة و النهاية ان لم يكن على الوصف كان البيع مردودا و لا- يبعد كون المراد بالمردود القابل للرد لا الباطل فعلا و قد عبر في النهاية عن خيار الغبن بذلك فقال: و لا- بأس بأن يبيع الانسان متاعا بأكثر مما يسوى إذا كان المبتاع من اهل 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 في مجمع البرهان.

و حاصله وقوع العقد على شيء مغاير للموجود، فالمعقود عليه غير موجود و الموجود غير معقود، عليه (١) و يضعف بأن محل الكلام

فى تخلف الأوصاف التى لا- يوجب مغايرة الموصوف للموجود عرفا، بان يقال ان المبيع فاقد للأوصاف المأخوذة فيه، لا انه مغاير للموجود، (٢) نعم لو كان ظهور الخلاف فيما له دخل فى حقيقة المبيع عرفا، فالظاهر عدم الخلاف فى البطلان و لو اخذ فى عبارة العقد على وجه الاشتراط كان يقول بعتك ما فى البيت على انه عبد حبشى فبان حمار أو حبشيا،

اما الأول فقد مر ما يمكن ان يستدل به له و عرفت تماميته و قد استدلت للثانى:

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

و فيه: اولاً: ما تقدم من ان حديث لا ضرر لا يصح التمسك به فى المقام.

و ثانياً: انه لو صح اقتضى تعيين اخذ الارش، لأنه مقتضى الجمع بين ادلة اللزوم و الحديث كما لا يخفى. و استدلت للرايع بوجهين:

(١) الاول: وقوع العقد على ما يغير الموجود، فالمعقود عليه غير موجود،

و الموجود غير معقود عليه، و لا يكفى فى الجواب ما قيل.

(٢) من ان محل الكلام الاوصاف التى لا توجب مغايرة الموصوف للموجود عرفا،

و ذلك فان التمليك من الاعتباريات، و هو متعلق على الفرض بالموصوف بما هو موصوف و هو غير موجود لفقد الوصف.

فالحق فى الجواب ان يقال: ان الوصف إذا كان دخيلاً فى حقيقة المبيع - بما ان

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

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥٧

الا ان يقال ان الموجود و ان لم يعد مغايراً للمعقود عليه عرفاً إلا ان اشتراط اتصافه بالأوصاف فى معنى كون القصد إلى بيعه بانها على ذلك الأوصاف، فإذا فقد ما بنى عليه العقد، فالمقصود غير حاصل، فينبغى بطلان البيع، (١) و لذا التزم اكثر المتأخرين بفساد العقد بفساد شرطه، فإن قصد الشرط ان كان مؤثراً فى المعقود عليه، فالواجب كون تخلفه موجبا لبطلان العقد، و إلا لم يوجب فساد فساد العقد،

بل غاية الأمر ثبوت الخيار.

و من هنا يظهر ان دفع ما ذكر فى وجه البطلان الذى جعله المحقق الاردبيلي موافقا للقاعدة و احتمله العلامة (قدس سره) فى النهاية، فيما إذا ظهر ما رآه سابقاً على خلاف ما رواه، بأنه اشتباه ناشئ عن عدم الفرق بين الوصف المعين للكليات و الوصف المعين فى الشخصيات، (٢) و بين الوصف الذاتى و العرضى، و ان اقصى ما هناك كونه من باب تعارض الاشارة و الوصف و الاشارة اقوى

العين بما هى موجودة لا- تكون مورد الاعتبار الملكية و المالية حتى تباع- فلا محالة يكون البيع متعلقاً بالوصف و العنوان، فتخلفه يوجب عدم البيع و ان كان غير دخيل فيها، الذى هو محل الكلام، يكون البيع بحسب بناء العرف و المتعاملين متعلقاً بذات الموصوف،

و الوصف ليس عنواناً للمبيع، بل هو مطلوب آخر فى المطلوب البيعى.

(١) الثانى: ان المعقود عليه و ان كان هو عين الموجود فى الخارج، الا ان العقد على الموجود وقع مبنياً على الوصف.

و بعبارة اخرى: الرضا فى المعاملة لم يتعلق الا بالمقيد بالصفة، و الفاقد لا رضا به،

و هذا يوجب البطلان.

(٢) و اجاب عنه في الجواهر على ما حكى عنه المصنف (رحمه الله) بما حاصله: ان الوصف المعين للكليات يوجب تضيق دائرة المبيع، من غير فرق بين الوصف الذاتي و العرضي، فيكون الموجود غير معقود عليه، و أما الوصف المعين في الشخصيات فان كان ذاتيا فكذلك للمغايرة الذاتية، و ان كان عرضيا فالمورد و ان كان هو الموصوف الا- انه يصدق على الموجود انه مورد للمبيع و على فرض الاغماض عن ذلك في مورد العين الشخصية إذا كان

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٨

مجازفة لا محصل لها. (١) و أما كون الاشارة اقوى من الوصف عند التعارض،

فلو جرى فيما نحن فيه لم يكن اعتبار بالوصف، فينبغي لزوم العقد و اثبات الخيار من جهة كونه وصفا لشخص لا مشخصا لكلي حتى يتقوم به و كونه عرضيا لا- ذاتيا اعادة للكلام السابق، و يمكن ان يقال ان الاستفادة من النصوص و الاجتماعات في الموارد المتفرقة عدم بطلان البيع بمخالفة الصفة المقصودة الغير المتقومة للمبيع، سواء علم القصد إليها من الخارج ام اشترطت في العقد، كالحكم بمضى العقد على المعيب مع عدم القصد الا الى الصحيح و منه المصراة و كالحكم في النص و الفتوى بتبعيض الصفة إذا باع ما يملك و ما لم يملك و غير ذلك، (٢) فتأمل. و سيجيء بعض الكلام في مسألة الشرط الفاسد انشاء الله تعالى

الوصف غير دخيل في الحقيقة يكون المورد مع تلف الوصف من قبيل تعارض الوصف و الاشارة، و الاشارة اقوى.

(١) قوله مجازفة لا محصل لها بناء على ما ذكرناه في بيان مراد الجواهر يكون ما افاده هو الذي افاده المصنف (رحمه الله) في الجواب عن الوجه الاول فلا يكون مجازفة نعم لا ربط بالوجه الثاني.

و يرد على ما افاده (رحمه الله) اولا: ان ما ذكر يفيد في مقام بيان اثبات الاتحاد و لا يفيد في الجواب عن اشكال عدم الرضا كما لا يخفى.

و يرد على ما افاده ثانيا: ان اقوائية كل من الاشارة و الوصف انما تكون ضابطة صورة اشتباه المراد دون المقام، مع ان اقوائية الاشارة لو اعتمد عليها في المقام لزم منها صحة البيع و لزومه لا الخيار.

(٢) و اجاب المصنف (رحمه الله) عنه بالاستقراء، و ان الشارع المقدس على حسب ما يستفاد من النصوص و الاجتماعات في الموارد المتفرقة حكم بصحة البيع مع الخيار بمخالفة الصفة المقصودة غير المتقومة للمبيع. و فيه: ان هذا المقدار لا يكفي في الجواب عن الوجه العقلي.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٩

نعم هنا اشكال آخر من جهة تشخيص الوصف الداخلى في الحقيقة عرفا الموجب ظهور خلافه بطلان البيع و الخارج عنها الموجب ظهور خلافه للخيار، فإن الظاهر دخول الذكورة و الأنوثة في المماليك في حقيقة المبيع لا في مثل الغنم، و كذا الرومي و الزنجي حقيقتان عرفا، و ربما يتغاير الحقيقتان مع كونه فيما نحن فيه من قبيل الاوصاف، كما إذا باعه الدهن أو الجبن أو اللبن على انه من الغنم فبان من الجاموس.

و كذا لو باعه خل الزبيب فبان من التمر، و يمكن احالة اتحاد الجنس و مغايرته على العرف (١) و ان خالف ضابطة التغاير المذكورة في باب الرباء، فتأمل.

مسألة: الأكثر على ان الخيار عند الرؤية فوري، (٢)

بل نسب الى ظاهر الاصحاب بل ظاهر التذكرة عدم الخلاف بين المسلمين الا من احمد، حيث جعله ممتدا بامتداد المجلس الذي وقعت فيه الرؤية و احتمال في نهاية الأحكام و لم اجد لهم دليلا صالحا على ذلك الا وجوب الاقتصار في مخالفة لزوم العقد على المتيقن، و يبقى على القائمين بالتراخي في مثل خيار الغبن و العيب سؤال الفرق بين المقامين،

فالحق في الجواب ان يقال: ان الظاهر من عبارات المشترطين للأوصاف غير الدخيلة في حقيقة الشيء اخذها في المعاملة بنحو تعدد المطلوب، و ان اتصافه بها مطلوب آخر في مطلوب نظير اشتراط عمل خارجي كخياطة الثوب.
(١) قوله و يمكن احالة اتحاد الجنس و مغايرته على العرف بل هذا هو المتعين لا- من جهة تشخيص مفهوم الوصف الداخلى و الخارجى حتى يقال انه لم ينط الحكم فى لسان الدليل بهما- بل من جهة ان ما يكون من قبيل الوصف الخارجى بنظر العرف بحسب ظهور الكلام ماخوذ بنحو تعدد المطلوب دون ما كان من قبيل الوصف الداخلى فتدبر.
خيار الرؤية فورى.

(٢) الخامس: الاكثر على ان الخيار عند الرؤية فورى.

و قد تقدم فى مبحث خيار الغبن تنقيح القول، فيما تقتضيه القواعد من العمومات منهاج الفقيه (للروحانى)، ج ٦، ص: ٦٠

مع ان صحيحة جميل المتقدمة فى صدر المسألة مطلقه يمكن التمسك بعدم بيان مدة الخيار فيها على عدم الفورية و ان كان خلاف التحقيق كما نبهنا عليه فى بعض الخيارات المستندة الى النص.

و قد بينا سابقا ضعف التمسك بالاستصحاب فى اثبات التراخي و ان استندوا إليه فى بعض الخيارات السابقة.

مسألة: يسقط هذا الخيار بترك المبادرة عرفا (١)

إشارة

على الوجه المتقدم فى خيار الغبن و باسقاطه بعد الرؤية (٢)

و الاستصحاب و غيرهما و ان كل خيار ثبت و لم يكن لدليله اطلاق مقتضى القواعد انه فورى فراجع.
نعم لو كان مدرك هذا الخيار النص الخاص كان مقتضى اطلاقه كونه على التراخي،
و لكن قد عرفت انه لا يكون مدركا له، فالحق انه على الفور.
مسقطات خيار الرؤية

السادس: - قالوا- انه يسقط هذا الخيار بامور:

(١) احدها: ترك المبادرة الى الفسخ، و قد مر الكلام فيه و عرفت انه صحيح لان هذا الخيار على الفور.
(٢) ثانيها: اسقاطه بعد الرؤية.

اسقاط الخيار ان كان بعد الرؤية التى لا شك فى تحقق الخيار عندها، كأنه من المسلمات عندهم نفوذه،
و هو محل تأمل لو كان مدرك هذا الخيار حديث لا ضرر كما تقدم فى مبحث خيار الغبن.
نعم لو كان المدرك النص أو الشرط الضمنى تم ذلك: فان الخيار حينئذ من الحقوق،

و لكل ذى حق اسقاط حقه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٦١

و بالتصرف بعدها (١) و لو تصرف قبلها. ففي سقوط الخيار وجوه ثالثها ابتناء ذلك على جواز اسقاط الخيار قولاً قبل الرؤية بناء على ان التصرف اسقاط فعلى، (٢) و فى جواز اسقاطه قبل الرؤية وجهان مبنيان على ان الرؤية سبب أو كاشف، (٣) قال فى التذكرة لو اختار امضاء العقد قبل الرؤية لم يلزم لتعلق الخيار بالرؤية، انتهى.

و حكى ذلك من غيرها ايضا، و ظاهره ان الخيار يحدث بالرؤية لا انه يظهر بها و لو جعلت الرؤية شرطاً لا سبباً امكن جواز الاسقاط بمجرد تحقق المسبب و هو العقد و لا يخلو عن قوة.

(١) ثالثها: التصرف بعد الرؤية.

و قد تقدم الكلام ايضا فى مسقطية التصرف، و عرفت ان دليله الخاص غير عام لجميع الخيارات، و ان فيما لا نص فيه كالمقام لو كان التصرف كاشفاً عن الاسقاط و دالاً عليه سقط به الخيار و الا فلا.

هذا فى التصرف بعد الرؤية.

(٢) و أما التصرف قبلها ففيه وجوه:

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

ثانيها: مسقطيته مطلقاً، و استدل لهذا الوجه: بان مسقطية التصرف انما تكون من جهة انه رضا متجدد بالبيع كما هو ظاهر التعليل بقوله (عليه السلام) فذلك رضا منه و يكون سقوط الحق لعدم الملاك لا لرفعه بعد ثبوته، و عليه فلا مانع من مسقطيته قبل ثبوت الخيار. و فيه: ما تقدم فى مبحث خيار الغبن من انه لا يكون مسقطاً لهذه الجهة. فراجع.

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

(٣) و أما الاسقاط قبل الرؤية فان قلنا بان الرؤية كاشفة عن حدوث الخيار من حين العقد - كما هو مقتضى حديث لا ضرر «١» لأن الضرر انما يتوجه من حين العقد

(١) مر مكرراً مصادر الحديث و اخيراً فى خيار الغبن.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٦٢

و لو شرط سقوط هذا الخيار، ففي فساد و افساده للعقد كما عن العلامة و جماعة أو عدمهما كما عن النهاية و بعض أو الفساد دون الافساد وجوه، بل اقوال (١) من كونه موجبا لكون العقد غرراً، (٢) كما فى جامع المقاصد من ان الوصف قام مقام الرؤية، فإذا شرط عدم الاعتداد به كان المبيع غير مرئى و لا موصوف، و من ان دفع الغرر عن هذا البيع ليس بالخيار حتى يثبت بارتفاعه،

و تخلف الشرط فانه من حين العقد - و النص الخاص - لاحظ ظاهر قوله (عليه السلام) فى صحيح جميل: كان له فى ذلك خيار الرؤية «١» - فلا اشكال ايضا و ان قلنا بانها سبب أو شرط ففيه اشكال، و قد تقدم الكلام فيه مفصلاً فى مبحث خيار الغبن.

و به يظهر ان الاسقاط منجزاً غير معقول، و معلقاً على حدوثه لا مانع منه لو لا الاجماع، و انه لا فرق بين كونها سبباً أو شرطاً. فراجع.

(١) رابعها: اشتراط سقوطه في ضمن العقد، ذكره الشيخ في النهاية و بعض آخر.

و فيه قولان آخران:

- الأول:- ما عن العلامة و جماعة، و هو: فساد الشرط و افساده للعقد.

- الثاني:- ما عن جماعة، و هو: الفساد دون الافساد.

و قد استدلل للثاني بوجهين:

(٢) الاول: انه موجب لكون البيع غرريا، و للقوم في بيان ذلك تقريبات،

احدها: ما عن المحقق الثاني، و حاصله: ان بيع مجهول الوصف انما ترتفع غرريته من جهة تعهد الوصف باعتبار انه موجب لكون امر العقد بيده عند تخلف الشرط، فلا يذهب ماله هدرا، فلا غرر، و إذا شرط سقوط الخيار لم يرتفع الغرر لخروج زمام امر العقد من يده فيعود الغرر و الخطر.

و فيه: ان الخيار حكم شرعى لا يرفع الغرر، و لو كان مؤثرا في رفع الغرر جاز بيع

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

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٦٣

فإن الخيار حكم شرعى لو اثر في دفع الغرر جاز بيع كل مجهول متزلزا و العلم بالمبيع لا يرتفع بالتزام عدم الفسخ عند تبين المخالفة فإن الغرر هو الاقدام على شراء العين الغائبة على اى صفة كانت، و لو كان الالتزام المذكور مؤديا الى الغرر لكان اشتراط البراءة من العيوب ايضا مؤديا إليه، لأنه بمنزلة بيع الشئ صحيحا أو معيبا بأى عيب كان، و لا شك انه غرر و إنما جاز بيع الشئ غير مشروط بالصحة اعتمادا على اصالة الصحة لا من جهة عدم اشتراط ملاحظة الصحة و العيب في المبيع، لأن تخالف افراد الصحيح و المعيب افحش من تخالف افراد الصحيح و اقتصارهم في بيان الأوصاف المعتبرة في بيع العين الغائبة على ما عدا الصفات الراجعة الى العيب انما هو للاستغناء عن تلك الأوصاف باصالة الصحة لا لجواز اهمالها عند البيع، فحينئذ إذا شرط البراءة من العيوب، كان راجعا الى عدم الاعتداد بوجود تلك الأوصاف و عدمها، فيلزم الغرر خصوصا على ما حكاه في الدروس عن ظاهر الشيخ و اتباعه من جواز اشتراط البراءة من العيوب فيما لا قيمة لمكسوره كالبيض و الجوز الفاسدين، كذلك حيث ان مرجعه على ما ذكره هنا في اشتراط سقوط خيار الرؤية الى اشتراط، عدم الاعتداد بمالية المبيع و لذا اعترض عليهم الشهيد و اتباعه بفساد البيع مع هذا الشرط لكن مقتضى اعتراضهم فساد اشتراط البراءة من سائر العيوب و لو كان للمعيب قيمة لأن مرجعه الى عدم الاعتداد بكون المبيع صحيحا و معيبا بأى وصف كان، ثم انه قد 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 انه اسقاط لما لم يتحقق بناء على ما عرفت من ان الخيار إنما يتحقق بالرؤية، فلا يجوز إسقاطه قبلها فاشتراط الأسقاط لغو و فساده من هذه الجهة لا يؤثر في فساد العقد، فيتعين المصير الى ثالث الأقوال المتقدمة، لكن الانصاف ضعف وجه هذا القول

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٦٤

و أقوى الأقوال اولها، لأن رفع الغرر عن هذه المعاملة و ان لم يكن لثبوت الخيار لأن الخيار حكم شرعى لا دخل له في الغرر العرفي المتحقق في البيع، الا انه لأجل سبب الخيار (١) و هو اشتراط تلك الأوصاف المنحل الى ارتباط الالتزام العقدي بوجود هذه الصفات، لأنها اما شروط للبيع و أما قيود للمبيع كما تقدم سابقا، و اشتراط سقوط الخيار راجع الى الالتزام بالعقد على تقدير وجود تلك الصفات و عدمها، (٢) و التنافى بين الأمرين واضح، و أما قياس هذا الاشتراط باشتراط البراءة فيدفعه الفرق بينهما بان نفى العيوب ليس ماخوذا في البيع على وجه الاشتراط أو التقييد و إنما اعتمد المشتري فيهما على أصالة الصحة لا على تعهد البائع لانتفائها حتى

ينافى ذلك اشتراط براءة البائع عن عهده انتفائها

كل مجهول مع شرط الخيار.

ثانيها: ما عن المصنف (رحمه الله)، و حاصل ما افاده يرجع الى امرين، بل لعل ظاهر صدر كلامه الأول، و ظاهر ذيله الثاني:

(١) الاول: ان ارتفاع الغرر عن هذه المعاملة و ان لم يكن لثبوت الخيار الا انه من جهة سبب الخيار و هو اشتراط تلك الأوصاف الذى مرجعه الى ارتباط العقد بنفسه أو بمتعلقه بنفس وجود الوصف، لأنها اما شروط للبيع أو قيود للمبيع، و اشتراط سقوط الخيار الذى مرجعه الى الالتزام بالعقد على تقديرى وجود تلك الصفات و عدمها ينافى ذلك، فما هو الموجب لرفع الغرر ينافيه هذا الاشتراط.

(٢) الثاني: ان اشتراط سقوط الخيار مرجعه الى الالتزام بالمبيع مع عدم الوصف،

و هذا ينافى الالتزام بالمبيع المرتبط بالالتزام بالوصف،

و الفرق بين الوجهين ان مرجع الأول الى ان لازم الشرط قيدياً نفس الوصف و عدم قيديته، و مرجع الثاني الى الالتزام بالوصف و عدم الالتزام به.

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

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٦٥

بخلاف الصفات فيما نحن فيه، فإن البائع يتعهد لوجودها فى 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 اصالة بقاء تلك الصفات،

فاشتراط البائع لزوم العقد عليه و عدم الفسخ لو ظهرت المخالفة كان نظير اشتراط البراءة من العيوب، كما انه لو اخبر بكيله أو وزنه فصدقه المشتري، فاشتراط عدم الخيار، و لو ظهر النقص، كان مثل ما نحن فيه، كما يظهر من التحرير فى بعض فروع الأخبار بالكيل و الضابط فى ذلك ان كل وصف تعهده البائع. و كان رفع الغرر بذلك،

لم يجز اشتراط سقوط خيار فقده، و كل وصف اعتمد المشتري فى رفع الغرر على اماره اخرى جاز اشتراط سقوط خيار فقده، كالأصل أو غلبه مساواة باطن الصبره لظاهرها أو نحو ذلك.

و مما ذكرنا ظهر 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 ايضا انه 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 ثانياً: انه لو سلم كون الراجع بالوصف، الا ان اشتراط سقوط الخيار ليس مرجعه الى الالتزام بعدم الوصف، و لا عدم الالتزام بالوصف كى ينافيه، فان الخيار ليس اثراً لا ينفك للالتزام بالصفات حتى يكون شرط سقوطه فى قوة عدم الالتزام بالوصف، بل هو حكم شرعى ثبت فى مورد الالتزام بالوصف قابل لأن يسقط بالشرط مع بقاء الالتزام.

و بهذا البيان يندفع ما استفاده بعض مشايخنا من كلام المحقق الخراسانى (رحمه الله) فى وجه ذلك الذى هو التقريب الثالث، و هو:

ان الخيار لازم اشتراط الوصف و ابطال اللازم، و رفع اليد عنه ابطال للملزم لفرض الملازمة، و إذا ارتفع الملزم عاد الغرر لما عرفت من انه ليس لازماً لا ينفك

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٦٦

و كذا لو اطمأن بوجودها و لم يتيقن و الضابط كون اندفاع الغرر باشتراط الصفات و تعهدتها من البائع و عدمه، هذا مع امكان التزام فساد اشتراط عدم الخيار على تقدير فقد الصفات المعتبر علمها في البيع خرج اشتراط التبري من العيوب بالنص و الاجماع، لأن قاعدة نفى الغرر قابلة للتخصيص كما اشرنا إليه سابقا و ظهر ايضا ضعف ما يقال (١) من ان الأقوى في محل الكلام الصحة لصدق تعلق البيع بمعلوم غير مجهول و لو ان الغرر ثابت في البيع نفسه لم يجد في الصحة ثبوت الخيار و إلا- لصح ما فيه الغرر من البيع مع اشتراط الخيار و هو معلوم العدم و اقدمه على الرضاء بالبيع المشترط فيه السقوط مع عدم الاطمئنان بالوصف ادخال الغرر عليه من قبل نفسه، انتهى.

توضيح الضعف ان المجدى في الصحة ما هو سبب الخيار، و هو التزام البائع وجود الوصف لا نفس الخيار و أما كون الاقدام من قبل نفسه فلا يوجب الرخصة في البيع الغررى و المسألة موضع اشكال.

الوجه الثانى: انه اسقاط لما لم يتحقق، فاشتراط السقوط لغو و فاسد، و الشرط الفاسد مفسد للعقد. و فيه: اولاً: ما تقدم من ان خيار الرؤية يثبت من حين العقد، فاشتراط سقوطه ليس اسقاطا لما لم يتحقق. و ثانياً: ما تقدم فى مبحث خيار الغبن من ان اسقاط ما لم يتحقق على تقدير تحققه لا محذور فيه. و ثالثاً: ان الشرط الفاسد لا يفسد كما سيأتى تحقيقه. و بما ذكرناه ظهر مدرك القول الثالث و ضعفه، فالأظهر هو القول الأول.

(١) قوله و ظهر ايضا ضعف ما يقال من ان الأقوى في محل الكلام الصحة القائل هو صاحب الجواهر (رحمه الله) و حاصل ما افاده فى رد من استدلال على التنافى بانه مع عدم الاطمئنان يكون لثبوت الخيار دخل فى رفع الغرر ان ثبوت الخيار اجنبى عنه بل الموجب لارتفاعه التوصيف الذى يصدق معه تعلق البيع بمعلوم غير مجهول و لو أن الغرر ثابت فى البيع نفسه لم يكن ثبوت الخيار رافعا له و الا لصح بيع الغرر بشرط الخيار الخ و أما ما افاده المصنف (رحمه الله) فى وجه ضعفه فقد تقدم الكلام فيه مفصلاً. منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٦٧

مسألة: لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت و لا بابدال العين،

لأن العقد انما وقع على الشخصى فتملك غيره يحتاج الى معاوضة جديدة، (١) و لو شرط فى متن العقد الابدال لو ظهر على خلاف الوصف. ففى الدروس ان الاقرب الفساد، و لعله لان البذل المستحق عليه بمقتضى الشرط ان كان بإزاء الثمن فمرجعه الى 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 لاثبات ذلك، و ان كان بإزاء المبيع الذى ظهر على خلاف الوصف، فمرجعه ايضا الى انعقاد معاوضة تعليق غررى، لان المفروض جهالة المبدل و على اى تقدير، فالظاهر عدم مشروعية الشرط المذكور، فيفسد و يفسد العقد، (٢)

السابع: في سقوط هذا الخيار ببذل التفاوت و بإبدال العين، وجهان:

(١) قد استدل المصنف لعدم السقوط بان تملك غير العين الشخصية الواقع عليها البيع يحتاج الى معاملة جديدة.

و لكن هذا الوجه لا يكفي لاثبات المدعى، إذ تملك ما به التفاوت ببذل صاحبه امر،

و عدم سقوط الخيار بعد الملكية امر آخر، و مورد الكلام هو الثانى، و الدليل دليل للأول.

فالاولى الاستدلال له بان اطلاق النص يقتضى ذلك، و بذل التفاوت أو ابدال العين لا يوجب عدم ضرريه اللزوم من حيث الغرض المعاملى و لو بقاء كى لا تكون المعاملة بقاء مشموله لحديث لا ضرر، و ايضا لا يؤثر فى رفع ما اوجبه تخلف الشرط من الخيار عند تخلف الوصف هذا مع عدم الشرط و أما لو شرط فى متن العقد احدهما لو ظهر على خلاف الوصف، فعن الدروس و فى المكاسب.

(٢) فساد الشرط و افساده للعقد فى الاول، و فى الجواهر: الحكم بالفساد فى الثانى فالكلام يقع فى موردين

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٦٨

...

الأول:- فى صحة هذا الشرط و فساده.

- الثانى:- فى سقوط الخيار به و عدمه.

اما المورد الأول: فغاية ما استدل به للفساد فى مقابل عموم ما دل على صحة الشرط و نفوذه «١» وجوه:

احدها: ان مقدار التفاوت مجهول، فشرط بذله شرط امر مجهول، و هو غررى باطل.

و فيه: انه لو سلم بطلان الشرط الغررى ان محل الكلام صحة شرط البذل و عدمها،

فلا بد و ان يفرض الصحة من سائر الجهات بان يفرض العلم بمقدار ما به تفاوت الواجد و الفاقد.

ثانيها: انه من قبيل التعليق فى الشرط، و هو يبطل العقد و الايقاع.

و فيه: ان التعليق لا دليل على مبطليته سوى الاجماع غير الشامل للشرط.

ثالثها: ان شرط النتيجة غير نافذ.

و فيه: اولاً: ان محل الكلام اعم من ذلك و من شرط الفعل.

و ثانياً: ان شرط النتيجة صحيح فى غير ماله سبب خاص كالطلاق.

فالأظهر صحة هذا الشرط و نفوذه.

و أما المورد الثانى: فان كان مدرك هذا الخيار حديث لا ضرر أو الشرط سقط الخيار، و ذلك لأنه مع هذا الشرط و بذل التفاوت لا

ضرر من حيث المالية، و هو واضح.

و لا من حيث الغرض المعاملى، فان المعاملة مع هذا الشرط كاشف عن سعة دائرة الغرض المعاملى،

و ان كان المدرك هو النص لم يسقط لإطلاق النص،

(١) الوسائل - باب ٦- من ابواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٦٩

...

اللهم الا ان يدعى انصرافه عن مثل الفرض، و الله العالم.

و أما شرط الابدال فظاهر صدر عبارة المصنف شرط الفعل، و ظاهر ذيلها شرط النتيجة،
فالكلام فيه يقع فى موضعين.

الأول: فى شرط النتيجة،

و هو قد يكون بجعل الواجد بدلا عن الفاقد فى قبال الثمن، و حيث انه لا يعقل وقوع مال الشخص بدلا عن ماله، فلا محالة يرجع هذا
الشرط الى شرط انفساخ المعاملة و انعقادها بين الواجد و الثمن،
و قد يكون بجعل الواجد بدلا عن الفاقد بوقوع احدهما فى قبال الآخر.
اما الأول: فقد استدل لفساد الشرط بوجوه:
احدها: انه من قبيل شرط النتيجة، و قد تقدم ما فيه.

ثانيها: ان كلا من انفساخ المعاملة و انعقادها يتوقف على سبب خاص، فشرط وقوعهما قهرا شرط مخالف للمشروع:
و فيه: ان مقتضى عموم ما دل على وجوب الوفاء بالعقد، «١» و نفوذ كل تجارة عن تراض، «٢» صحة هذا الشرط، بل و لزومه،
مضافا الى دليل نفوذ الشرط و لزومه «٣».

ثالثها: ان الشرط مبادلة تعليق، و التعليق يفسد المعاملة.

و فيه: ما تقدم من عدم مفسدية التعليق للشرط.

رابعها: انه مبادلة غررية، و هى باطلة.

و فيه: ان الغرر لو كان فهو من جهة الجهل بالوجود، و هو مندفع بان المعاوضة

(١) المائدة آية ٢

(٢) النساء آية ٣٠.

(٣) الوسائل - باب ٦- من ابواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٧٠

...

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

فان قيل: ان هذا الشرط و ان صح الا انه بمجرد انحلال البيع ينحل الشرط، إذ الشرط ما لم يكن فى ضمن العقد لا يجب الوفاء به، فلا
سبب للمعاوضة الجديدة.

اجبنا عنه: بان الشرط انعقاده يتوقف على كونه فى ضمن العقد، و أما انحلاله بسبب انحلال العقد فلا دليل عليه الا فيما إذا كان
الشرط من قبيل الضميمة لأحد العوضين، و فى المقام لا يتعقل ذلك، بل هو انما يكون للتحفظ على الغرض الواسع من المعاملة كما
لا يخفى،

و أما سقوط الخيار به فهو لا إشكال فيه لانتفاء موضوع الخيار بانفساخ المعاملة.

و أما الثانى: اى جعل الواجد بدلا عن الفاقد، فمحذوره التعليق فى الشرط الذى نتيجته نتيجة البيع و الجهالة و الغررية فى المبدل، لأنه
لا يعلم انه واجد للوصف ام فاقد،

و تعلقه بالنتيجة، و قد تقدم ان التعليق فى الشرط لا دليل على مبطلته،

و الغرر من حيث الجهل بالوجود يندفع بانه حين المعاوضة- و هو ظهور التخلف- قاطع بكونه واجدا أو فاقدا، و من حيث الجهل بالوصف يرتفع بتوصيفه بكونه غير واجد،

و أما سقوط الخيار به فالكلام فيه ما تقدم في شرط بذل التفاوت.

الموضع الثاني: في شرط الفعل، و هو ايضا قد يكون بجعل الواجد بدلا عن الفاقد،

و قد يكون بجعله بدلا عن الثمن الذي مرجعه الى شرط حل العقد الأول ثم تبديل الواجد بالثمن،

اما المورد الأول: فمانع مشروعيه هذا الشرط ليس الا جهالة المبدل و التعليق في الشرط، و قد تقدم ما فيهما، و أما سقوط الخيار به فهو ايضا ظهر مما ذكرناه من ان هذا الشرط يوسع دائرة الغرض المعاملى فلا ضرر.

و أما المورد الثاني: فمانع صحة الشرط بعض ما تقدم و عرفت ما فيه، و يجرى فيه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٧١

و بذلك ظهر ضعف ما في الحدائق من الاعتراض على الشهيد (قدس سره) (١) حيث قال بعد نقل عبارة الدروس و حكمه بالفساد ما لفظه ظاهر كلامه ان الحكم بالفساد اعم من ان يظهر على الوصف أو لا و فيه انه لا موجب للفساد مع ظهوره على الوصف المشروط و مجرد شرط البائع الابدال مع عدم الظهور على الوصف لا يصلح سببا للفساد لعموم الاخبار المتقدمة.

نعم لو ظهر مخالفا، فإنه يكون فاسدا من حيث المخالفة، و لا يجبره هذا الشرط لإطلاق الاخبار و الاظهر رجوع الحكم بالفساد في العبارة الى الشرط المذكور حيث لا تأثير له مع الظهور و عدمه.

ما ذكر من انه بانحلال العقد ينحل الشرط. و جوابه ما تقدم،

و أما في مسقطيته للخيار فحال هذا المورد حال المورد المتقدم، و الله العالم.

(١) قال المصنف (رحمه الله): و بذلك ظهر ضعف ما في الحدائق من الاعتراض على الشهيد محصل ما افاده صاحب الحدائق (رحمه الله) بعد حمل الحكم بالفساد من الشهيد على فساد البيع: انه على اطلاقه ممنوع، بل يتم في صورة ظهور الخلاف، و وجه بطلانه حينئذ ان الموجود غير المبيع.

و دعوى ان هذا الشرط يجبر المخالفة، إذ معه كأنه يكون المبيع هو الواجد فلا مخالفة مندفعة بانه شرط فاسد لإطلاق اخبار «١» الخيار، فلا يكون جابرا، و أما مع عدم ظهور الخلاف. فمقتضى عموم اخبار الخيار عند ظهور الخلاف و اخبار «٢» البطلان القاضيتين بالصحة مع عدم ظهور الخلاف هو الحكم بالصحة،

ثم وجه كلام الشهيد (رحمه الله): بان مراده الحكم بفساد الشرط و وجه فساده بانه لا تأثير له مع الظهور و عدمه، إذ مع الظهور على الوصف لا تخلف كى يجب الابدال و مع عدمه و المخالفة يكون الشرط مخالفا للسنة، و هى اخبار الخيار فلا اثر له على التقديرين.

(١) الوسائل- باب ١٥- من ابواب الخيار.

(٢) الوسائل- باب ٦- من ابواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٧٢

و بالجملة فإنى لا اعرف للحكم بفساد العقد في الصورة المذكورة على الاطلاق وجها يحمل عليه، انتهى.

مسألة: الظاهر ثبوت خيار الرؤية في كل عقد واقع على عين شخصية موصوفة كالصالح و الاجارة (١)

لأنه لو لم يحكم بالخيار مع تبين المخالفة، فإما ان يحكم بطلان العقد لما تقدم عن الاردبيلي في بطلان بيع العين الغائبة. و أما ان يحكم بلزومه من دون خيار، (٢) و الاول مخالف لطريقة الفقهاء في تخلف الأوصاف المشروطة في المعقود عليه. و الثانى فاسد من جهة ان دليل اللزوم هو وجوب الوفاء بالعقد و حرمة النقض. و معلوم ان عدم الالتزام بترتب آثار العقد على العين الفاقدة للصفات المشترطة فيها ليس نقضا للعقد، بل قد تقدم عن بعض ان ترتيب آثار العقد عليها ليس وفاء و عملا بالعقد حتى يجوز،

ثبوت خيار الرؤية في كل عقد

(١) الثامن: هل يثبت خيار الرؤية في العقود الاخر، ام يختص بالبيع؟ وجهان.

الظاهر أن مدرك خيار الرؤية ان كان حديث لا ضرر ثبت ذلك في كل عقد، لأن نسبة الحديث الى جميع المعاملات على حد سواء،

و ان كان مدركه تخلف الشرط فكذلك كما هو واضح،

و أما ان كان مدركه النص الخاص فمورده خصوص البيع، فان امكن دعوى القطع بعدم خصوصية لموردها يتعدى الى سائر المعاملات، و الا فلا كما انه كذلك لو كان المدرك الاستقراء و تتبع الموارد الخاصة.

(٢) و أما ما افاده المصنف (رحمه الله) من المنفصلة ذات الاطراف الثلاثة و هي: ان العقد لو تخلف الوصف اما ان يكون باطلا، أو صحيحا لازما، أو صحيحا جائزا، و الأول باطل لانه خلاف طريقة الأصحاب في تخلف الأوصاف، و الثانى باطل لأن دليل لزوم الوفاء بالعقد هو (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) لا يشملها، فان عدم الالتزام بترتب آثار العقد على العين الفاقدة للوصف المشترط فيه لا يكون نقضا للعقد، فيتعين الثالث.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٧٣

بل هو تصرف لم يدل عليه العقد فيبطل.

و الحاصل ان الامر في ذلك دائر بين فساد العقد و ثبوته مع الخيار و الاول مناف لطريقة الاصحاب في غير باب فتعين الثانى.

مسألة: لو اختلفا فقال البائع لم يخلف صفة، (١)

و قال المشتري قد اختلف.

ففى التذكرة قدم قول المشتري لأصالة براءة ذمته من الثمن (٢) فلا يلزمه ما لم يقربه أو يثبت بالبينة، و رده فى المختلف فى نظير المسألة بأن اقراره بالشراء اقرار بالاشتغال بالثمن، و يمكن ان يكون مراده براءة الذمة عدم وجوب تسليمه (٣) الى البائع، بناء على ما ذكره فى احكام الخيار من التذكرة من عدم وجوب تسليم الثمن و لا المثلن فى مدة الخيار، و ان تسلم الآخر

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

و اصف الى ذلك كله: ان الوصف ان كان قيذا مقوما للمعقود عليه لزم من تخلفه بطلان العقد، و الا فان قلنا بان الالتزام بالشرط فى قوة جعل الخيار عند تخلفه ثبت الخيار،

و الا فحيث ان الشرط التزام آخر فى ضمن الالتزام المعاملى، فعدم امكان العمل بالالتزام الشرطى لا يقتضى جواز نقض الالتزام الأول.

اختلاف المتبايعين

(١) التاسع: لو اختلفا فقال البائع: لم يختلف صفة و قال المشتري: قد اختلفت، فعن التذكرة: قدم قول المشتري.

و قد استدلت لتقديم قول المشتري بوجوه:

(٢) الاول: ما عن العلامة (رحمه الله) من ان الاصل براءة ذمته من الثمن و مراده ما وجهه المصنف (رحمه الله)

(٣) بان المراد عدم وجوب دفعه الى البائع، إذ اشتغال الذمة باصله ثابت لفرض صحة المعاملة، مع ان الثمن لم يفرض كليا، و عليه فلا يرد عليه ما افاده في محكي المختلف في نظير المسألة من ان اقراره بالشراء اقرار منه بالاشتغال بالثمن.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٧٤

و كيف كان فيمكن ان يخدش بأن المشتري قد اقر باشتغال ذمته بالثمن سواء اختلف صفة المبيع ام لم يختلف، غاية الأمر سلطته على الفسخ لو ثبت ان البائع التزم على نفسه اتصاف المبيع بأوصاف مفقودة، (١) كما لو اختلفا في اشتراط كون العبد كاتباً، و حيث لم يثبت ذلك، فالأصل عدمه، فيبقى الاشتغال لازماً غير قابل للازالة بفسخ العقد، هذا، و يمكن دفع ذلك بأن اخذ الصفات في المبيع و ان كان في معنى الاشتراط،

الا- انه بعنوان التقييد. فمرجع الاختلاف الى الشك في تعلق البيع بالعين الملحوظ فيها صفات مفقودة، أو تعلقه بعين لوحظ فيها الصفات الموجودة أو ما يعمها و اللزوم من احكام البيع (٢) المتعلق بالعين على الوجه الثاني، و الاصل عدمه و منه يظهر الفرق بين ما نحن فيه و بين الاختلاف في اشتراط كتابة العبد. و قد تقدم توضيح ذلك و بيان ما قيل أو يمكن ان يقال في هذا المجال في مسألة ما إذا اختلفا في تغيير ما شاهدها قبل البيع.

(١) و اورد عليه المصنف (رحمه الله) بما حاصله: ان هذا الاصل محكوم باصالة عدم التزام البائع على نفسه باتصاف المبيع بوصف مفقود، فان الشك في وجوب التسليم مسبب عن الشك في الخيار، و هو مسبب عن الشك في التزام البائع بالوصف المفقود، فإذا جرى الأصل الحاكم كان قول البائع موافقا للأصل.

و الجواب عنه- مضافا الى ذلك-: ان كون حكم الخيار عدم وجوب التسليم محل نظر و منع، بل هو واجب ما دام لم يفسخ العقد.

(٢) الثاني: ما افاده المصنف (رحمه الله) و هو: ان اللزوم من احكام البيع بالعين الملحوظ فيها الوصف الموجود أو ما يعمه، و الأصل عدمه، و لا- تجرى اصالة عدم التزام البائع بالوصف المفقود التي ذكرها في رد العلامة من جهة ان اخذ الوصف في المبيع في قوة التقييد، و ليس التزاما مستقلا، فيكون الالتزام واحدا، و امره دائرا بين تعلقه بالموصوف أو الموجود، و حيث ان اللزوم من احكام تعلق البيع بالموجود، فتجرى اصالة عدمه،

و لا تعارضها اصالة عدم تعلقه بالموصوف بالوصف المفقود لعدم ترتب الأثر عليها الا إذا ثبت بها وروده على الموجود.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٧٥

مسألة: لو نسج بعض الثوب فاشتراه على ان ينسج الباقي كالأول بطل، (١)

كما عن المبسوط و القاضي و ابن سعيد (قدس سره) و العلامة في كتبه و جامع المقاصد. و استدلت عليه في التذكرة و جامع المقاصد بأن بعضه عين حاضرة و بعضه في الذمة مجهول.

و فيه: ان من الواضح عدم دخالة الوصف الموجود في اللزوم، فان الدخيل فيه عدم تخلف الوصف و عدم فقده. و بعبارة اخرى:

الخيار معلق على العقد على الموصوف بوصف مفقود، فإصالة عدم تعلق العقد بالموصوف بوصف مفقود تعبد بعدم الخيار البديل للزوم.

الثالث: ما عن التذكرة و هو اصالة عدم الرضا بهذا الموجود.

وفيه: ان الرضا به مفروض، و الا لزم منه البطلان لا الخيار.

و هناك وجوه اخر لاجل وضوح فسادها اغمضنا عن ذكرها،

فظهر ان الأصل مع البائع.

و عن المحقق الخراساني (رحمه الله) في مقام بيان ان الأصل مع البائع: انه لو كان الاختلاف في ذكر الوصف أو في ظهور الخلاف كان الأصل عدمهما.

وفيه: ان اصالة عدم ذكر الوصف و ان كانت من الاصول العقلائية الا انها لا تجرى في المقام لتعيين ذكره دفعا للغرر، فالخلاف في انه الوصف المفقود أو الموجود، و لا أصل عقلائي يعين احدهما،

و اصالة عدم ظهور الخلاف ليست من الاصول العقلائية و لا من التعبدية الا إذا كان الخيار مترتبا على ظهور تخلف الوصف.

حكم نسج بعض الثوب

(١) العاشر: لو نسج بعض الثوب فاشتره على ان ينسج الباقي كالاول بطل كما عن المبسوط و القاضي و ابن سعيد و العلامة في جملة من كتبه و جامع المقاصد، و عن المختلف:

صحته، و المصنف في المتن ذكر المسألة و نقل ما يمكن ان يستدل به فيها.

و لكن الظاهر ان مورد كلام الفقهاء غير ما ذكره المصنف،

و تنقيح القول فيها ان للمسألة صوراً.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٧٦

و عن المختلف صحته، و لا يحضرني الآن حتى أتأمل في دليله، و الذي ذكر للمنع لا ينهض مانعاً، فالذي يقوى في النظر: انه إذا باع

البعض المنسوج المنضم الى غزل معين على ان ينسجه على ذلك المنوال فلا مانع منه، و كذا إذا ضم معه مقداراً معيناً كلياً من الغزل

الموصوف على ان ينسجه كذلك، إذ لا مانع من ضم الكلي الى الشخصي، و إليه ينظر بعض كلمات المختلف في هذا المقام، حيث

جعل اشتراط نسج الباقي كاشتراط الخياطة و الصبغ. و كذا إذا باعه اذرعاً معلومة منسوجة مع هذا المنسوج بهذا المنوال، و لو لم

ينسجه في الصورتين الاوليتين على ذلك المنوال ثبت الخيار، لتخلف الشرط و لو لم ينسجه كذلك في الصورة الأخيرة لم يلزم

القبول، و بقي على مال البائع و كان للمشتري الخيار في المنسوج لتبعض الصفقة عليه و الله العالم.

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

و قد استدلت لبطلان البيع فيها بوجوه:

الأول: ما عن الشيخ في المبسوط، و حاصله: ان البيع بالاضافة الى المنسوج لازم،

و بالاضافة الى غيره موقوف على خيار الرؤية، اي يكون خيارياً على تقدير التخلف،

فيجتمع في شيء واحد خيار الرؤية و عدمه و هما متناقضان، فهذا البيع المستلزم للمحال نفوذه محال نفوذه.

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

و ثانياً: ان العقد ينحل بتعدد متعلقه، فبعضه موضوع للزوم، و بعضه موضوع للخيار، فلا تناقض.

الثاني: ما عن العلامة في المختلف، و هو ان: الثابت في الشريعة اما بيع معدوم غير معين و هو الكلي في الذمة، أو موجود معين و هو

الشخصى الموجود، و لم يعهد بيع المعدوم المعين. و فيه: انه لو شمله عموم (احل الله البيع) لا يضر عدم المعهودية.
 منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٧٧

...

الثالث: ما عن العلامة فى التذكرة، و هو: ان الباقي فى الذمة مجهول.

و فيه: ان التوصيف يرفع الجهالة.

فالاولى ان يستدل له: بان اعتبار الملكية يحتاج الى محل له تعيين ما، كالكلى فى الذمة، و العين الموجودة فى الخارج المضافة الى البائع، و ما سيوجد بعد ليس فى الذمة لعدم كونه كلياً، و لا تعيين خارجى له مضافاً إليه، فلا يصح بيعه.
 فتأمل فانه يمكن ان يقال: انه كما ان الكلى يكون فى الذمة، كذلك الشخصى الذى سيوجد يعتبره العقلاء فى العهدة، و معه لا مانع من بيعه، و الله العالم.

ثانيتها: بيع المنسوج الموجود مع مقدار معين من الغزل الموجود على ان ينسجه كالموجود، فالمبيع بتمامه موجود، و الشرط متعلق بنسج بعضه، و لو نسجه بذلك المنوال فلا كلام و الا ثبت له خيار تخلف الشرط، و على التقديرين البيع صحيح.

ثالثتها: ما إذا باع المنسوج الموجود و مقداراً كلياً من الغزل بشرط ان ينسجه كالموجود، و لا محذور فيه لا من حيث البيع إذ ضم الكلى الى الشخصى فى مقام البيع لا مانع منه، و لا من حيث الشرط و لو لم ينسجه على ذلك المنوال، فقد حكم الشيخ (رحمه الله) بثبوت خيار تخلف الشرط.

و لكن يرد عليه: ان الكلى بما انه لا يتعين فى ما نسج و لذا للبائع الابدال، فلا يتعين للمشتري القبول، و لا خيار له، بل له الامتناع عنه.
 رابعتها: ما لو باع المنسوج الموجود و غزلاً كلياً منسوجاً كالباقى فصفة المنسوجة مقومة للمبيع الكلى لا انها شرط فيه، و لا محذور فيه من حيث البيع الا انه عند التخلف يتعين الابدال.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٧٨

السابع خيار العيب

اشارة

اطلاق العقد يقتضى وقوعه مبني على سلامة العين من العيب (١) و إنما ترك اشتراطه صريحاً اعتماداً على اصالة السلامة (٢) و إلا لم يصح العقد من جهة الجهل بصفة العين الغائبة و هى صحتها التى هى من اهم ما يتعلق به الاغراض.

و لذا اتفقوا فى بيع العين الغائبة على اشتراط ذكر الصفات التى يختلف الثمن باختلافها، و لم يذكروا اشتراط صفة الصحة، فليس ذلك الا من حيث الاعتماد فى وجودها على الأصل، فإن من يشتري عبداً لا يعلم انه صحيح سوى ام فالج مقعد لا يعتمد فى صحته الا على اصالة السلامة، كما يعتمد من شاهد المبيع سابقاً على بقاءه على ما شاهده، فلا يحتاج الى ذكر تلك الصفات فى العقد. و كما يعتمد على اخبار البائع بالوزن. قال فى

(١) قوله اطلاق العقد يقتضى وقوعه مبنيًا على سلامة العين من العيب،

لا يخفى انه من المسلمات ثبوت خيار العيب في بيع العين الشخصية مع الجهل بالعيب- بالجهل المركب أو البسيط- ولا إشكال في الاول انما الكلام في الثانى، و غرض المصنف (رحمه الله) ان يبين أو لا صحه المعامله- ثم ثبوت الخيار فيها- ثم الاحكام و منشأ الاشكال فى الصحه بطلان البيع الغررى، اللازم من الجهل بصفات المبيع و من اهمها وصف الصحه و عليه فمع الشك فى الصحه يلزم البناء على البطلان مع ان بناء القوم على اصالة الصحه و للقوم فى تقريب اصالة السلامة الرافعه للغرر الموجبه لصحه العقد وجوه:

(٢) احدها ما افاده المصنف و هو: ان الغالب فى الاعيان حيث انه السلامة و بناء،

العرف و العقلاء فى معاملاتهم على التصريح بالعيب لو كان المتعلق معيوبًا، فالاطلاق و عدم التقييد يقتضى وقوعه مبنيًا على سلامة العين.

و هذا الوجه تام، غاية الأمر أن كفى الاشتراط فى رفع الغرر نقول ان السلامة شرط ضمنى، و الا كانت قيدها و وصفها.

منهاج الفقاهه (للروحانى)، ج ٦، ص: ٧٩

قال فى التذكرة الأصل فى المبيع من الاعيان و الاشخاص السلامة من العيوب الصحه، فإذا اقدم المشتري على بذل ماله فى مقابلة تلك العين، فإنما بنى اقدامه على غالب ظنه المستند إلى اصالة السلامة، انتهى. (١)

و قال فى موضع آخر اطلاق العقد و اشتراط السلامة يقتضيان السلامة على ما مر من ان القضاء العرفى يقتضى ان المشتري انما بذل ماله بناء على اصالة السلامة فكأنها مشترطه فى نفس العقد، انتهى. (٢)

و مما ذكرنا يظهر ان الانصراف ليس من باب انصراف المطلق إلى الفرد الصحيح ليرد عليه: أولاً منع الانصراف و لذا لا يجرى فى الأيمان و النذور، و ثانياً عدم جريانه فيما نحن فيه، لعدم كون المبيع مطلقًا، بل هو جزئى حقيقى خارجى.

و ثالثاً بأن مقتضاه عدم وقوع العقد رأساً على المعيب، فلا معنى لإمضاء العقد الواقع عليه أو فسخه حتى يثبت التخيير بينهما، و دفع جميع هذا بأن وصف الصحه قد اخذ شرطاً فى العين الخارجيه نظير معرفه الكتابة أو غيرها من الصفات المشروطه فى العين الخارجيه، و انما استغنى عن ذكر وصف الصحه لاعتماد المشتري فى وجودها على الأصل، كالعين المرثيه سابقاً حيث يعتمد فى وجود اصلها و صفاتها على الأصل. (٣)

و لقد أجاد فى الكفاية حيث قال: ان المعروف بين الأصحاب ان اطلاق العقد

(١) ثانيها: ان الغالب فى الاعيان الخارجيه بقائها على خلقها الاصيله و الظن يلحق الشئ بالأعم الأغلب.

و فيه: ان الظن لا يغنى من الحق شيئاً.

(٢) ثالثها: ان بناء العرف و العقلاء على الصحه و السلامة ما لم يثبت العيب.

و فيه: ان ذلك غير ثابت.

(٣) رابعها: ان البيع انما يصح لاجل اخبار البائع بالصحه، و هذا الاخبار ليس بالتصريح بل علم من القرينه، و هى ما علم ان الناس لا يبذلون المال فى مقابل المعيوب إذا لم يصرحوا بالعيب، فلو بذل مال بازاء شئ علم انه يريد ذلك الشئ بوصف الصحه.

و هناك تقارب اخر تقرب ما تقدم.

منهاج الفقاهه (للروحانى)، ج ٦، ص: ٨٠

يقتضى لزوم السلامة، و لو باع كلياً حالاً أو سلماً كان الانصراف الى الصحيح من جهه ظاهر الاقدام ايضاً، و يحتمل كونه من جهه الاطلاق المنصرف الى الصحيح فى مقام الاثراء، و ان لم ينصرف إليه فى غير هذا المقام، فتأمل.

ثم ان المصرح به فى كلمات جماعه ان اشتراط الصحه فى متن العقد يفيد التأكيد (١) لأنه تصريح بما يكون الاطلاق منزلاً عليه، و

إنما ترك لا اعتماد المشتري على اصالة السلامة، فلا يحصل من اجل 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 اخبار البائع بالكيل، أو اشترط بقاء الشيء على الصفة السابقة المرئية، فإنه في حكم ما لو ترك ذلك اعتمادا على اصالة بقائها.

و بالجملة فالخيار خيار العيب اشترط الصحة ام لم يشترط، و يؤيده ما ورد من رواية يونس (٢) في رجل اشترى جارية على انها عذراء فلم يجدها عذراء قال: يرد عليه فضل القيمة، فإن اقتصره (عليه السلام) على اخذ الأرش الظاهر في عدم جواز الرد يدل على ان الخيار خيار العيب، و لو كان هنا خيار تخلف الاشتراط لم يسقط الرد بالتصرف في الجارية بالوطء أو مقدماته

(١) قوله ثم ان المصرح به في كلمات جماعة ان اشتراط الصحة في متن العقد يفيد التأكيد بعد ما عرفت في تقريب المراد من الالتزام الضمني و انه ليس هو الالتزام القلبي، بل انشاء لورود العقد على الصحيح، و ربط العقد به، لا محالة يكون اشتراطه مفيدا للتأكد، و لكن ذلك لا يقتضى عدم ثبوت خيار تخلف الشرط و ذلك لان مقتضى القاعدة ثبوت خيار تخلف الشرط في جميع موارد تخلف وصف الصحة، و النصوص الخاصة قاضية بثبوت خيار العيب، في مورد الشرط الضمني و انه لا يترتب آثار خيار تخلف الشرط كعدم سقوطه بالتصرف مثلا، فلو صرح بالشرط مقتضى الدليلين البناء على ثبوتهما معا.

(٢) قوله و يؤيده ما ورد في رواية يونس «١» في رجل اشترى جارية المذكورة في المتن

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

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٨١

و منه يظهر ضعف ما حكاه في المالک 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 (١)

إشارة

بلا خلاف و يدل على الرد الاخبار المستفيضة الآتية.

و أما الأرش فلم يوجد في الاخبار ما يدل على التخيير بينه و بين الرد (٢)

بل ما دل على الارش يختص بصورة التصرف المانع من الرد، فيجوز ان يكون الأرش في هذه الصورة لتدارك ضرر المشتري لا لتعيين احد طرفي التخيير بتعذر الآخر.

الاستدلال أو التأييد بتلك الرواية تتوقف على ثبوت امور احدها: دلالتها على اشتراط البكارة صريحا و هي ممنوعة لامكان ان يكون المراد من قوله، اشترى جارية على انها عذراء انه كان معتقدا كونها كذلك ثانيا دلالتها على التصرف، و يمكن منعها ايضا بوجدانها غير عذراء بغير المباشرة بالنقل و الاشتهار ثالثها كون الثبوت عيبا و سيأتى الكلام فيه التخيير بين الرد و اخذ الارش

(١) قوله ظهور العيب في المبيع يوجب تسلط المشتري على الرد و اخذ الارش بلا- خلاف، و في الجواهر: اجماعا محصلا و محكيا مستفيضا صريحا و ظاهرا.

و يشهد بالرد- مضافا الى ذلك و إلى عموم ادلة الشروط كما مر- النصوص المستفيضة الآتية.

(٢) و أما الارش، فلم يوجد في الاخبار ما يدل على التخيير بينه و بين الرد، بل ما دل عليه يختص بما إذا لم يمكن الرد.

و قد استدلت للتخيير بينه و بين الرد بوجوه:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٨٢

نعم في الفقه الرضوي: فإن خرج السلعة معيبا و علم المشتري، فالخيار إليه ان شاء رده و ان شاء اخذه أو رد عليه بالقيمة ارش العيب.

(١) و ظاهره كما في الحدائق التخيير بين الرد و اخذه بتمام الثمن و أخذ الأرش، و يحتمل زيادة الهمزة في لفظه أو و يكون واو

العطف. فيدل على التخيير بين الرد و الارش

(١) الاول ما في الفقه الرضوي «١»

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

الثاني: ان هناك طوائف من النصوص:

احداها: ما دل على الرد مع السكوت عن الارش، «٢» و هي كثيرة.

ثانيتها: ما اطلق الارش من غير ذكر للرد، كرواية يونس المتقدمة. «٣» بناء على عدم ظهورها في صورة التصرف.

و خبر السكوني عن جعفر عن ابيه: ان عليا (عليه السلام) قضى في رجل اشترى من رجل عكة سمن احتكرها حكرة فوجد فيها ربا

فخاصمه الى علي (عليه السلام) فقال له علي (عليه السلام): لك بكيل الرب سمننا فقال الرجل انما بعته منك حكرة فقال له علي (عليه

السلام) انما اشترى منك سمننا و لم يشتر منك ربا «٤» بناء على ان يكون الرب مخلوطا بالسمن، بحيث يعد عيبا فيه، و كون اخذ

السمن بكيله من باب الارش.

ثالثتها: ما تضمن تعيين الارش بعد التصرف «٥».

و الثالثة اخص من الأولتين فتخصصان بها، و انما التعارض بين الأولتين لأن مقتضى

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

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

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

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

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

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٨٣

و قد يتكلف لاستنباط هذا الحكم من سائر الاخبار (١) و هو صعب جدا،

و أصعب منه جعله مقتضى القاعدة بناء على ان الصحة، و ان كانت وصفا، فهي بمنزلة الجزء، فيتدارك فائته باسترداد ما قابله من

الثمن، و يكون الخيار حينئذ لتبعض الصفقة و فيه منع المنزلة عرفا و لا شرعا.

و لذا لم يبطل البيع فيما قابله من الثمن بل كان الثابت بفواته مجرد استحقاق المطالبة بل لا يستحق المطالبة بعين ما قابله على ما صرح

به العلامة و غيره،

الاولى تعين الرد، و مقتضى الثانية تعين الارش، و مقتضى الجمع بينهما البناء على التخيير بان يحمل كل منهما على بيان احد فردى التخيير،

أو يقال انهما متعارضتان فيحكم بالتخيير.

وفيه: اولاً: انه ليس فى شىء من النصوص ما يكون ظاهراً فى تعين الارش مع امكان الرد، و الخبران كما ترى.

و ثانياً: ان الجمع بالنحو المذكور لا شاهد له، و لا يكون عرفياً، بل هما متعارضتان عند العرف، و الرجوع الى التخيير فى المتعارضين انما يكون بعد فقد المرجحات، و الترجيح مع نصوص الرد كما لا يخفى.

الثانى: ما اشار إليه المصنف (رحمه الله) بقوله:

(١) و قد يتكلف لاستنباط هذا الحكم من سائر الاخبار، و هو صعب جدا و وجوه التكلف متعددة،

منها: ما فى تعليقه السيد الفقيه، و هو ان يدعى ان المراد بالرد فى نصوصه رد البيع فى الجملة اعم من ان يكون بالرجوع بتمام الثمن بان يفسخ، أو بالرجوع بالارش لأنه ايضا رد للبيع فى الجملة، حيث لم يبقه على حاله من مقابلة المبيع بتمام الثمن.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٨٤

ثم منع كون الجزء الفائت يقابل بجزء من الثمن إذا اخذ وجوده فى المبيع الشخصى على وجه الشرطية، كما فى بيع الأرض على انها «انه» جريان معينة و ما نحن فيه من هذا القبيل. (١)

وفيه: ان الارش ليس جزء من الثمن، فاخذه ليس رداً للبيع فى بعض مقتضاه، مع ان الظاهر من النصوص كان متعلق الرد فيها رد المبيع أو البيع هو رد البيع بتمامه كما هو واضح.

و منها: ان التقييد بعدم امكان الرد فى نصوص الارش وارد مورد الغالب، لأن العادة قاضية بعدم امساك المعيب.

وفيه: ان هذا لو تم فانما هو فيما إذا كان لدليل الارش اطلاق فيجمع بينهما بذلك،

و الا فمجرد عدم المانع اثباتاً لا يجدى.

و منها: غير ذلك مما هو واضح الفساد.

الرابع: كون ذلك مقتضى القاعدة. بتقريب: ان وصف الصحة الفائت بمنزلة الجزء،

فالمعقود عليه منحل الى اجزاء ثمننا و مثننا، فكما انه فى فوات الجزء يسترجع مقدار من الثمن يقابل ذلك الجزء، فكذلك فى وصف الصحة، فنبت الارش على القاعدة.

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

وفيه: اولاً: ان لازم ذلك بطلان البيع بالنسبة الى الوصف الفائت، و رجوع مقدار من الثمن الى المشتري، مع انهم لا يقولون بذلك، بل باستحقاق المطالبة، بحيث لو لم يطالب لا يرجع شىء من الثمن، بل مع المطالبة ايضا لا يرجع مقدار من اثن، بل ما يوازيه فى المالية.

و ثانياً: ان الارش قابل للاسقاط و لو كان ذلك عبارة عن رجوع مقدار من الثمن لم يكن قابلاً للاسقاط.

(١) و أما ما افاده المصنف (رحمه الله) فى مقام الجواب ثانياً، و حاصله: ان الجزء الخارجى ايضا إذا اخذ على وجه الشرطية لا يقابل بالمال و لا يقع شىء من الثمن بازائه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٨٥

و بالجملة فالظاهر عدم الخلاف فى المسألة بل الاجماع على التخيير بين الرد و الأرش، نعم يظهر من الشيخ فى غير موضع من المبسوط ان اخذ الأرش مشروط بالياس عن الرد، لكنه مع مخالفته لظاهر كلامه فى النهاية و بعض مواضع

المبسوط ينافيه اطلاق الاخبار بجواز اخذ الارش (١) فافهم.

ثم ان في كون ظهور العيب مثبتا للخيار أو كاشفا عنه (٢) ما تقدم في خيار الغبن. وقد عرفت ان الاظهر ثبوت الخيار بمجرد العيب و الغبن واقعا، و ان كان ظاهر كثير من كلماتهم يوهم حدوثه بظهور العيب، خصوصا بعد كون ظهور العيب بمنزلة رؤية المبيع على خلاف ما اشترط.

ففيه ان الجزء يقابل بالمال مطلقا، اخذ على نحو الشطرية أو الشرطية، لأن الثمن يجعل في مقابل المجموع عند اهل العرف، و هم المدار في الباب، و أما الأوصاف فهي و ان اوجبت زيادة المالية الا انها ليست بمال و لا يجعل شىء من الثمن بازائها. و تمام الكلام في محله.

الخامس: الاجماع، و لا بأس بالاستدلال به، فان هذا الحكم على خلاف القاعدة،

و من المستبعد جدا استناد الفقهاء والأساطين الى ما تقدم من الوجوه، و مع ذلك طريق الاحتياط واضح.

(١) قوله ينافيه اطلاق الاخبار بجواز اخذ الارش المراد من هذا الاطلاق هو الاطلاق من حيث امكان الرد و امتناعه، و الاطلاق الذى انكره، هو اطلاق النصوص من حيث التصرف و عدمه فلا يتوهم التنافي بين هذه العبارة و بين ما تقدم منه من انه لا إطلاق لنصوص الارش يشمل ما لو لم يتصرف.

ظهور العيب كاشف عن ثبوت الخيار لا مثبت له

(٢) و في كون ظهور العيب مثبتا للخيار أو كاشفا عنه وجهان.

و ملخص القول: انه ان كان مدرك هذا الخيار الشرط الضمنى كان الخيار ثابتا

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٨٦

و قد صرح العلامة بعدم جواز اسقاط خيار الرؤية قبلها، معللا بأن الخيار انما يثبت بالرؤية، لكن المتفق عليه هنا نصا و فتوى جواز التبرى و اسقاط خيار العيب (١)

من حين العقد، فان الشرط صحة المبيع واقعا لا عدم ظهور العيب فالتخلف من حينه، و كذلك الخيار. كما انه لو استند الى حديث لا ضرر كان لازمه ثبوته من حين العقد،

فان لزوم العقد على المعيب ضرر و ان لم يلتفت المشتري الى العيب.

و ان كان: المدرك هو الاخبار فقد يتوهم ان مقتضاها ثبوت الخيار من حين ظهور العيب، فان نصوص الباب المتقدمة اشتملت على لفظ ظهور العيب و وجد انه و رؤيته و العلم به، و الظاهر من كل عنوان اخذ في الموضوع موضوعيته و حمله على الطريقة يتوقف على القرينة،

و لكن يمكن دفعه بان هذه الكلية تامة في غير العناوين التى تكون الطريقة و المرآتية من مقومات حقائقها كالعلم، و أما فيها فالظاهر هو اخذها بعنوان الطريقة و المرآتية، و لذا فى جميع الموارد التى يؤخذ العلم فى الموضوع يحمل على ارادة الطريقة لا الموضوعية، و من تلك الموارد مقامنا هذا،

مع انه فى بعض الصحاح جعل السبب نفس العيب لا ظهوره. لاحظ قول ابى جعفر (عليه السلام)

فى الصحيح: ايما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار و لم يتبرأ إليه و لم يبين له الخبر. «١» و الجمع يقتضى البناء على ارادة الطريقة من الطائفة الاولى.

(١) وربما يقال: ان المتفق عليه نصا و فتوى جواز التبرى و اسقاط خيار العيب،

و ذلك دليل على ان الخيار يثبت قبل ظهور العيب، و الا لم يصح اسقاطه.

و لكن بناء على عدم صحة الاسقاط ما لم يثبت و ان كان سببه موجودا كما هو الحق فى الاسقاط المنجز الاستدلال بهذه النصوص و الفتاوى متين، فانه يستكشف من جواز اسقاطه قبل ظهور العيب ثبوت الخيار قبله، و أما بناء على مختار المصنف (رحمه الله) من صحة الاسقاط مع وجود السبب فلا يتم كما هو واضح.

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

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٨٧

و يؤيد ثبوت الخيار هنا بنفس العيب، (١) ان استحقاق المطالبة بالأرش الذى هو احد طرفى الخيار لا معنى لثبوته بظهور العيب، بل هو ثابت بنفس انتفاء وصف الصحة هذا مضافا الى ان الظاهر من بعض اخبار المسألة ان السبب هو نفس العيب، لكنها لا تدل على العلية التامة، فلعل الظهور شرط، و كيف كان فالتحقيق ما ذكرنا فى خيار الغبن من وجوب الرجوع فى كل حكم من احكام هذا الخيار الى دليله، و انه يفيد ثبوته بمجرد العيب أو بظهوره، و المرجح فيما لا يستفاد من دليله احد الأمرين هى القواعد، فافهم.

ثم انه لا فرق فى هذا الخيار بين الثمن و المثل، كما صرح به العلامة و غيره،

هنا و فى باب الصرف فيما إذا ظهر احد عوضى الصرف معيبا. و الظاهر انه مما لا خلاف فيه و ان كان مورد الأخبار ظهور العيب فى المبيع، لأن الغالب كون الثمن نقدا غالبا و المثل متاعا فيكثر فيه العيب بخلاف النقد. (٢)

(١) قوله و يؤيد ثبوت الخيار هنا بنفس العيب ان استحقاق المطالبة ... بظهور العيب لعل مقصوده ان الارش تدارك للفئات، و هذا لا ربط له بظهور فوات الوصف لانه تدارك نفسه لا تدارك ظهوره و فيه ان هذا استبعاد محض لا مانع من الالتزام به أى بثبوت الارش بعد ظهور العيب- و بعبارة اخرى يكون السبب هو العقد، و لكن شرط تأثيره بظهور العيب.

(٢) قوله ثم انه لا- فرق فى هذا الخيار بين الثمن و المثل ما افاده (قدس سره) فى وجه ثبوت خيار العيب فى الثمن من ان التقييد فى النصوص بالمبيع محمول على الغالب من كون الثمن نقدا غالبا و المثل متاعا فيكثر فيه العيب بخلاف النقد، لا يفيد فان حمل القيد على الغالب، يفيد فيما إذا كان هناك اطلاق و فى المقام لا إطلاق يعم الثمن و المثل فالحق ان يقال ان مدرك هذا الخيار، ان كان هو الشرط الضمنى- أو حديث لا ضرر- أو الاجماع- ثبت ذلك بالاضافة الى الثمن ايضا، و ان كان المدرك هو الاخبار فهى و ان اختصت بالمبيع الا انه يمكن التعدى بضميمة دعوى القطع بعدم الخصوصية للمبيع فى ذلك و الله العالم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٨٨

القول فى مسقطات هذا الخيار

إشارة

بطرفيه أو احدهما.

مسألة: يسقط الرد خاصة بأمر.

إشارة

احدها: التصريح بالتزام العقد و إسقاط الرد و اختيار الأرش (١) و لو اطلق الالتزام بالعقد، فالظاهر عدم سقوط الأرش و لو اسقط الخيار فلا يبعد سقوطه. (٢)

الثاني: التصرف في المعيب عند علمائنا، (٣) كما في التذكرة. و في السرائر الإجماع على ان التصريف يسقط الرد بغير خلاف منهم، و نحوه المسالك،

مسقطات الرد

– الإسقاط

الرابعة: يسقط الرد خاصة بامور،

(١) احدها: التصريح بالتزام العقد و اسقاطه و اختيار الارش: فان هذا لازم التخيير بين الرد و الامساك بالارش، لكونه من الحقوق و لو اطلق الالتزام بالعقد فالظاهر ايضا عدم سقوط الارش.

و أما لو اسقط الخيار، فسقوط الرد به لا إشكال فيه و لا كلام: لأنه من الحقوق التي تسقط بالاسقاط كما عرفته في الخيارات السابقة، و انما الكلام في الارش،

(٢) و في المتن لا يبعد سقوطه.

و وجهه السيد بان الارش ليس امرا خارجا عن الخيار و زائدا عليه، بل نحو وجود خيار العيب هو التخيير بين امور ثلاثة: الالتزام بالعيب، و الرد، و الارش.

و فيه: ان للخيار معنى واحدا في جميع الموارد و هو ملك حل العقد و اقراره، و هذا من احكام العقد. و أما الارش فهو غرامة شرعية لتدارك الفئات و اجنبى عن احكام العقد، فاسقاط الخيار لا يوجب اسقاط حق الارش.

التصرف مسقط

(٣) ثانيها: التصرف في المعيب عند علمائنا كما عن التذكرة، و عن السرائر و المسالك: الاجماع عليه في الجملة.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٨٩

و سيأتي الخلاف في الجملة من الاسكافي و الشيخين و ابن زهرة. و ظاهر المحقق، بل المحقق الثاني، و استدل عليه في التذكرة ايضا، تبعا للغنية بأن تصرفه فيه رضاه منه به على الإطلاق، و لو لا ذلك كان ينبغي له الصبر و الثبات حتى يعلم حال صحته و عدمها، و بقول أبي جعفر (عليه السلام) في الصحيح: أيما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار و لم يتبرأ إليه و لم 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. (١)

و كلمات القوم في المقام مضطربة، و لا يمكن تحصيل الاتفاق على شيء، و الوجوه المحتملة كثيرة:

منها: مسقطية التصرف مطلقا.

و منها: مسقطيته إذا كان دالا نوعا على الرضا.

و منها: مسقطية التصرف الكاشف عن الرضا و تغير المبيع.

و منها: مسقطية التصرف المغير للعين خاصة.

و منها: تغييرها و لو من غير تصرف،

و منها غير ذلك، و المهم ملاحظة الأدلة.

الظاهر ان التصرف إذا كان بقصد الالتزام بالعقد و كاشفا عنه كان مسقطا على القاعدة من جهة ان الاسقاط كسائر الانشائيات لا يعتبر فيه اللفظ و يمكن انشاؤه بالفعل،

و ان لم يكن بقصد الاسقاط فقد استدل لمسقطيته بوجوه:

(١) احدها: صحيح زرارة (١) المذكور في المتن بضميمة ما تقدم في خيار الحيوان من التمثيل للحدث بالنظر و التقبيل و اللمس.

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

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

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٩٠

و يدل عليه مرسله جميل عن ابي عبد الله (عليه السلام) في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد به عيباً، قال: ان كان الثوب قائماً بعينه رده على صاحبه و أخذ الثمن ثمن،

و ان 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 اغلق الباب، على ما صرح به العلامة في غاية الاشكال، (١) لاطلاق قوله (عليه السلام) ان

كان الثوب قائماً بعينه رده المعتضد باطلاق الاخبار في الرد. خصوصاً ما ورد في رد الجارية بعد ما لم تحض ستة اشهر عند المشتري،

ورد المملوك في احداث السنة. و نحو ذلك مما يبعد التزام التقييد فيه بصورة عدم التصرف فيه بمثل اغلق الباب و نحوه،

و عدم ما يصلح للتقييد مما استدل به للسقوط، فإن مطلق التصرف لا يدل على الرضا، خصوصاً مع الجهل بالعيب.

و أما المرسله، فقد عرفت اطلاقها لما يشمل لبس الثوب و استخدام العبد،

بل و طى الجارية لو لا النص المسقط للخيار به.

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

ثانيها: اطلاق معقد الاجماع المدعى في كثير من العبارات.

و فيه: اولاً: ما تقدم من منع الاجماع المحصل، و المنقول منه ليس بحجة،

و ثانياً انه ليس اجماعاً تعدياً كاشفاً عن رأى المعصوم (عليه السلام).

ثالثها: قيام النص «١» و الاجماع على سقوط رد الجارية بوطئها قبل العلم مع عدم دلالة على الالتزام بالبيع و عدم تغييره للعين.

(١) و فيه: انه لا- وجه للتعدى عنه الى سائر التصرفات، فلا- دليل على مسقطية التصرف مطلقاً، بل المستفاد من الصحيح مسقطية

التصرف المغير للعين، فيوافق مضمونه مع مفاد مرسل جميل «٢» المذكور في المتن

(١) الوسائل - باب ٤ - من ابواب احكام العيوب.

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

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٩١

و أما الصحيحة، فلا يعلم المراد من احداث شىء فى المبيع، لكن الظاهر بل المقطوع عدم شموله لغةً و لا عرفاً لمثل استخدام العبد و شبهه، مما مر من الامثلة، فلا يدل على ازيد مما دل عليه ذيل المرسله من ان العبرة بتغير العين و عدم قيامها بعينها. اللهم الا ان يستظهر بمعونة ما تقدم فى خيار الحيوان، من النص الدال على ان المراد باحداث الحدث فى المبيع هو ان ينظر الى ما حرم النظر إليه قبل الشراء، فإذا كان مجرد النظر المختص بالمالك حدثاً دل على سقوط الخيار هنا بكل تصرف،

فيكون ذلك النص دليلاً على المراد بالحدث هنا. و هذا حسن، لكن اقامة البينة على اتحاد معنى الحدث فى المقامين، مع عدم مساعدة العرف على ظهور الحدث فى هذا المعنى مشكلة، ثم انه إذا قلنا بعموم الحدث فى هذا المقام، لمطلق التصرف، فلا دليل على كونه من حيث الرضا بالعقد، فلا يتقيد بالتصرف الدال عليه، و ان كان النص فى خيار الحيوان دالاً على ذلك، بقرينة التعليل المذكور فيه على الوجوه المتقدمة هناك فى المراد من التعليل، (١) لكن كلمات كثير منهم فى هذا المقام ايضا يدل على سقوط هذا الخيار بالتصرف من حيث الرضا، بل عرفت من التذكرة و الغنية ان علّة السقوط دلالة التصرف نوعاً على الرضا

فان قلت: ان المستفاد من المرسل مسقطية التغير و لو كان عن غير اختيار،

و المستفاد من الصحيح مسقطية التصرف المتغير فكيف التوفيق.

اجبنا عنه انه لا مفهوم للصحيح كى يدل على عدم مسقطية غير ما تضمنه، فلا مقيد لإطلاق المرسل.

فالمتحصل: ان المسقط تغير العين و عدم قيامها بعينها، كان بالتصرف أو بغيره،

(١) و عموم التعليل فى اخبار الحيوان «١» الذى استدل به على مسقطية التصرف الكاشف عن الرضا نوعاً و ان لم يكن بقصد الاسقاط ستعرف حاله عند بيان ما يرد على المصنف.

و يعضد ما اخترناه من عدم مسقطية التصرف بقول مطلق ما ورد فى رد الجارية بعد ما لم تحض سته اشهر عند المشتري، «٢» و ورد المملوك فى احداث السنة، «٣» و نحو ذلك مما يبعد

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

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

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

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٩٢

و نحوه فى الدلالة على كون لسقوط بالتصرف من حيث دلالة على الرضا كلمات جماعة ممن تقدم عليه و من تأخر عنه، قال فى المقنعة فإن لم يعلم المبتاع بالعيب، حتى احدث فيه حدثاً، لم يكن الرد، و كان له ارش العيب خاصة، و كذلك حكمه إذا احدث فيه حدثاً بعد العلم، و لا يكون احداثه الحدث بعد المعرفة بالعيب رضاء به منه، انتهى.

فإن تعليقه عدم سقوط الأرش بعدم دلالة الاحداث على الرضا بالعيب ظاهر خصوصاً بملاحظة ما يأتى من كلام غيره فى ان سقوط الرد بالحدث لدلالته على الرضا باصل البيع و مثلها عبارة النهاية من غير تفاوت. و قال فى المبسوط إذا كان المبيع بهيمة فاصاب بها عيباً كان له ردها، فإذا كان فى طريق الرد جاز له ركوبها و علفها و سقيها و حلبها و أخذ لبنها، و ان نتجت كان له نتاجها، كل هذا لأنه ملكه و له فيه فائده و عليه مؤنته، و الرد لا يسقط، لأنه انما يسقط الرد بالرضا بالعيب أو ترك الرد بعد العلم به أو بأن يحدث فيه عيب عنده و ليس هنا شىء من ذلك، انتهى.

و قال فى الغنية: و لا يسقط بالتصرف بعد العلم بالعيب حق المطالبة 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 احد الأمرين يعنى الرد و الأرش قال: هذا إذا لم يتصرف فيه تصرفا يؤذن بالرضا في العادة، أو ينقص قيمته بالتصرف، انتهى.

و في الوسيلة و يسقط الرد بأحد ثلاثة اشياء بالرضا و بترك الرد بعد العلم به إذا عرف ان له الرد و بحدوث عيب آخر عنده، انتهى. و هي بعينه كعبارة المبسوط المتقدمة، ظاهرة في ان التصرف ليس بنفسه مسقطا الا إذا دل على الرضا، و قال في التذكرة: لو ركبها ليستقيها، ثم يردها لم يكن ذلك رضاء منه بامساكها، و لو حلبها في طريق الرد، فالأقوى انه تصرف يؤذن بالرضا بها، و قال بعض الشافعية لا يكون رضاء بامساكه، لأن اللبن ماله قد استوفاه في حال الرد، انتهى.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٩٣

و في جامع المقاصد و المسالك في رد ابن حمزة القائل بأن التصرف بعد العلم يسقط الأرش ايضا. ان التصرف لا يدل على اسقاط 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 ان التصرف من حيث هو ليس مسقطا، و انما هو التزام و رضاء بالعقد فعلا، فكل تصرف يدل على ذلك عادة فهو مسقط، و ما ليس كذلك فلا دليل على الاسقاط به، كما لو وقع نسيانا أو للاختبار، و مقتضى ذلك انه لو وقع التصرف قبل العلم بالعيب لم يسقط، خصوصا إذا كان مما يتوقف العلم بالعيب عليه، و حصل بقصد الاختبار، الا ان المعروف خصوصا بين العلامة و من تأخر عنه:

عدم الفرق في السقوط بالتصرف بين وقوعه قبل العلم بالعيب أو بعده، و الذى ينبغى ان يقال: و ان كان ظاهر المشهور خلافا: ان التصرف بعد العلم مسقط للرد إذا كان دالا بنوعه على الرضا، (١) كدلالة اللفظ على معناه لا مطلق التصرف، و الدليل على اسقاطه مضافا الى انه التزام فعلى فيدل عليه ما يدل على اعتبار الالتزام إذا دل عليه باللفظ ما تقدم في خيار الحيوان من تعليل السقوط بالحدث بكونه رضاء بالبيع. و لذا تعدينا الى خيار المجلس و الشرط و حكما بسقوطهما بالتصرف فكذلك خيار العيب. و أما التصرف قبل العلم بالعيب، فإن كان مغيرا للعين بزيادة أو نقيصة أو تغير هيئته أو ناقلا لها بنقل لازم أو جائز.

التزام التقيد فيه بصورة عدم التصرف.

و جعل هذه الأخبار مخصصة لما دل على مسقطية التصرف كما عن صاحب الحدائق و ان كان متينا لو كان دليل على مسقطية التصرف مطلقا- الا انه مع عدم الدليل عليها تكون هي معتضدة لما اخترناه.

(١) و افاد المصنف بما حاصلة: ان التصرف الكاشف عن الرضا و الالتزام بالعقد مسقط و لكن ان كان مراده مسقطية التصرف إذا كان مع قصد الالتزام به فنعم الوفاق،

و ان كان مراده مسقطية التصرف الكاشف و ان لم يكن بقصد الالتزام به و اسقاط الخيار- كما يظهر من استدلاله بما تقدم في خيار الحيوان من تعليل السقوط بالحدث بكونه رضاء بالبيع- فيرد عليه ما عرفت هناك من ان المراد به تنزيل الحدث منزلة الرضا بالعقد تعبدا. فراجع.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٩٤

و بالجملة صار بحيث لا يصدق معه قيام الشيء بعينه، فهو مسقط ايضا،

لمرسلة جميل المتقدمة، و يلحق بذلك تعذر الرد بموت أو عتق أو اجارة أو شبه ذلك.

و ظاهر المحقق في الشرائع الاقتصار على ذلك، حيث قال في اول المسألة: و يسقط الرد بأحدائه فيه حدثا، كالعتق و قطع الثوب سواء

كان قبل العلم بالعيب أو بعده.

و في مسألة رد المملوك من احداث السنه، فلو احدث ما يغير عينه أو صفته ثبت الأرش، انتهى.

و هو الظاهر من المحكى عن الاسكافي حيث قال: فإن وجد بالسلعة عيبا و قد احدث فيه ما لا يمكن معه ردها الى 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 ينبغى ان 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 اقصى ما يوجد لذلك صحيحة زرارة المتقدمة بضميمة ما تقدم فى خيار الحيوان، من التمثيل للحدث بالنظر و باللمس و قيام النص و الاجماع على سقوط رد الجارية بوطئها قبل العلم، مع عدم دلالة على الالتزام بالبيع و عدم تغييره للعين، و اطلاق معقد الاجماع المدعى فى كثير من العبائر، كالتذكرة و السرائر و الغنية و غيرها، و فى نهوض ذلك كله لتقييد اطلاق اخبار الرد،

خصوصا ما كان هذا التقييد فيه فى غاية البعد، كالنص برد الجارية بعد ستة اشهر،

ورد الجارية إذا لم يطأها ورد المملوك من احداث السنه نظر، بل منع، خصوصا معاقد الاجماع، فإن نقله الاجماع كالعلامة و الحلوى و ابن زهرة قد صرحوا فى كلماتهم المتقدمة بأن العبرة بالرضا بالعقد. فكأن دعوى الإجماع وقعت من هؤلاء على السقوط (١) بما يدل على الرضا من التصرف، خصوصا ابن زهرة فى الغنية حيث انه اختار ما قويناه من التفصيل بين صورتى العلم و الجهل، و المغير و غيره

(١) قوله فكان دعوى الاجماع وقعت من هؤلاء على السقوط

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٩٥

حيث قال (قدس سره) و خامسها يعنى مسقطات الرد التصرف فى المبيع الذى لا يجوز مثله الا بملكه، أو الاذن الحاصل له بعد العلم بالعيب، فإنه يمنع من الرد لشيء من العيوب و لا يسقط حق المطالبة بالأرش، لأن التصرف دلالة الرضا بالبيع لا بالعيب. و كذا حكمه ان كان قبل العلم بالعيب، و كان مغيرا للعين بزيادة فيه مثل الصبغ للثوب أو نقصان فيه كالقطع للثوب، و ان لم يكن كذلك، فله الرد بالعيب إذا علمه ما لم يكن و طئ الجارية فإنه يمنع من ردها لشيء من العيوب إلا الحبل، انتهى كلامه.

و قد اجاد (قدس سره) فيما استفاده من الأدلة. و حكى من المبسوط ايضا ان التصرف قبل العلم لا يسقط به الخيار، لكن صرح بأن الصبغ و قطع الثوب يمنع من الرد فاطلاق التصرف قبل العلم محمول على غير المغير.

و ظاهر المقنعة و المبسوط: انه إذا وجد العيب بعد عتق العبد و الامه، لم يكن له ردهما، و إذا وجد بعد تدبيرهما أو هبتهما، كان مخيرا بين الرد و اخذ ارش العيب،

و فرقا بينهما و بين العتق بجواز الرجوع فيهما دون العتق، و يردده مع ان مثلهما تصرف يؤذن بالرضا مرسله جميل، (١) فإن العين مع الهبة و التدبير غير قائمة، و جواز الرجوع و عدمه لا دخل له فى ذلك

حيث انهم يصرحون بعدم الفرق بين التصرف قبل العلم بالعيب و بعده و فى كلا الموردین يحكمون بسقوط الخيار، فيعلم ان مرادهم بما ذكره ما هو ظاهره من ان التصرف بنفسه رضا بالعقد أى مسقط للخيار لا انه يكون مسقطا إذا كان دالا على الرضا- فيكون هذه العبارة منهم كعبارة «١» الامام (عليه السلام) فى احداث الحدث فى خيار الحيوان من الحكم بانه رضا بالبيع.

(١) قوله و يردده مع ان مثلهما تصرف يؤذن بالرضا مرسله) ٢ (جميل يرد على ما افاده اولاً- ان مفروض عبارة المقنعة و المبسوط التصرف قبل العلم بالعيب و هو عنده (قدس سره) لا يؤذن بالرضا و يرد على ما افاده ثانيا- ما سيجىء انشاء الله تعالى من ان الخروج عن الملك ليس من مصاديق عدم قيام العين بعينها.

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

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٩٦

ولذا اعترض عليهما الحل بالانقض بما لو باعه بخيار، مع انه لم يقل احد من الأمة بجواز الرد حيثئذ، وقال بعد ما ذكر: ان الذى يقتضيه اصول المذهب ان المشتري إذا تصرف فى المبيع انه لا يجوز له رده، ولا خلاف فى ان الهبة والتدبير تصرف. وبالجملة فتعميم الأ- كثر لافراد التصرف مع التعميم لما بعد العلم وما قبله مشكل والعجب من المحقق الثانى انه تنظر فى سقوط الخيار بالهبة الجائزة، مع تصريحه فى مقام آخر بما عليه الأكثر. الثالث: تلف العين أو صيرورته كالتالف، فإنه يسقط الخيار هنا (١) بخلاف الخيارات المتقدمة الغير الساقطة بتلف العين، والمستند فيه بعد ظهور الإجماع اناطة الرد فى المرسل السابقة بقيام العين، (٢) فإن الظاهر منه اعتبار بقائها فى ملكه،

تلف العين مسقط لهذا الخيار

(١) الثالث: تلف العين أو صيرورته كتالف فانه يسقط الخيار هنا هنا فروع:

الأول: انه لو تلف العين حقيقة يسقط الخيار.

و الوجه فيه امران:

(٢) احدهما: ان الرد علق فى المرسل على قيام العين بعينها، وعدم ذلك تارة بتغير هيئتها و خصوصية من خصوصياتها،

و اخرى بتلف العين، و يكون من قبيل السالبة بانتفاء الموضوع.

ثانيهما: ان الحق فى هذا الخيار فى نصوص الباب علق على الرد، فاما ان يكون حقيقة هذا الخيار بخلاف سائر الخيارات حق رد العين، أو تكون مثلها حق فسخ العقد،

غاية الأمر مقيدا بفسخه برد العين. و على اى تقدير مع انتفاء الموضوع لا يعقل الرد، فلا يكون الحق باقيا.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٩٧

فلو تلف أو انتقل إلى ملك الغير أو استؤجر أو رهن أو ابق العبد أو انعتق العبد على المشتري، فلا رد. (١)

و مما ذكرنا ظهر ان عد انتاق العبد على المشتري مسقطا برأسه، كما فى الدروس لا يخلو عن شىء. نعم ذكر انه يمكن ارجاع هذا

الوجه الى التصرف، و هو ايضا لا- يخلو عن شىء، و الاولى ما ذكرناه، ثم انه لو عاد الملك الى المشتري لم يجوز رده للأصل (٢) خلافا للشيخ بل المفيد (قدس سره).

(١) الثانى: انه إذا خرجت العين عن ملكه بانتقالها الى الغير أو بانعتاقها يسقط هذا الخيار.

و الوجه فيه: ان مقتضى اطلاق الصحيح فاحدث فيه بعد ما قبضه شيئا ان اخراجه عن ملكه و سلب هذا الأمر الاعتبارى منه موجب لسقوط حق الرد.

و بهذا البيان يمكن تصحيح استدلال المصنف (رحمه الله) بالمرسل، فانه لا تكون العين قائمة بعينها.

اضف الى ذلك ما تقدم من كون هذا الحق متعلقا بالرد، فمع خروجه عن ملكه لا يكون الموضوع باقيا، إذ المراد بالرد ليس هو الرد الخارجى بل رد الربط الملكى، و مع زوال الملك لا ربط ملكى كى يرجع الى البائع.

(٢) الثالث: انه لو عاد الملك الى المشتري فهل يجوز رده كما عن الشيخ و المفيد ام لا كما فى المكاسب ام هناك تفصيل؟ وجوه.

قد استدل السيد الفقيه و تبعه المحقق الايروانى (رحمه الله) للأول:

بانه يصدق ان العين قائمة بعينها، فان ظاهر ذلك عدم وجود وصف التغير فيها فعلا لا عدم حدوث التغير و ان كان قد زال، و زاد المحقق الايروانى (رحمه الله): بان منصرف احداث شىء هو استمرار ذلك الحدث.

وفيه: ان هذا يتم فيما لو عاد الملك بالفسخ، و أما لو عاد بارث أو اشتراء و نحوهما فلا يتم، فان هذا الحق متعلق برد العين - اى رد ربطها الملكى - و مقتضى حقيقة الرد و مفهومه كون المردود جائيا من قبل البائع، و الملك الجديد لم يجرى من قبله. فتدبر، فالحق هو التفصيل.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٩٨

الرابع: من المسقطات حدوث عيب عند المشتري (١) و تفصيل ذلك انه إذا حدث العيب بعد العقد على المعيب، فإما ان يحدث قبل القبض، و أما ان يحدث بعده فى زمان خيار، يضمن فيه البائع المبيع اعنى خيار المجلس و الحيوان و الشرط. و أما ان يحدث بعد مضى الخيار، و المراد بالعيب الحادث هنا هو الاخير. و أما الأول فلا خلاف ظاهرا فى انه لا يمنع الرد، (٢) بل فى انه هو كالموجود قبل العقد حتى فى ثبوت الأرش فيه على الخلاف الآتى فى احكام القبض.

حدوث عيب عند المشتري

إشارة

(١) الرابع من المسقطات: حدوث عيب عند المشتري و تفصيل القول فى ذلك بالبحث فى موارد:

الأول: فيما إذا حدث العيب بعد العقد قبل القبض، و الكلام فيه،

تارة: فى انه هل يكون سببا لثبوت الخيار للمشتري ام لا،

(٢) و اخرى: فى انه هل يمنع عن الرد بالخيار المسبب عن العيب السابق ام لا؟

اما الجهة الاولى: فقد استدل لثبوت الخيار به: بقاعدة الضرر، و بالارفاق بالمشتري، و بالنصوص الدالة على ان تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه «١».

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

أو بتقريب ان الاستفادة من الاخبار تنزيل التلف أو النقص قبل القبض منزلة التلف و النقص قبل العقد، و لازم ورود العقد على الناقص اجراء احكام خيار العيب.

(١) الوسائل - باب ١٠ - من ابواب الخيار - و المستدرک - باب ٩ - من ابواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٩٩

و أما الحادث فى زمن الخيار فكذلك، لا- خلاف فى انه غير مانع عن الرد، (١) بل هو سبب مستقل موجب للرد، بل الأرش على الخلاف الآتى

و في الجميع نظر:

اما قاعدة نفى الضرر: فلما مر من انها لا تصلح لاثبات الخيار.

و أما الارفاق: فهو بنفسه لا يصلح لذلك.

و أما النصوص: فالموضوع فيها تلف المبيع، و هو لا يشمل تلف وصف الصحة فانه ليس مبيعا و لا جزء منه،

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

مع انه يرد على التقريب الأول: ان الوصف لم يقع عليه العقد، ففرض العقد كأن لم يكن غير مؤثر في ضمان الوصف و ترتب حكم الخيار.

و يرد على التقريب الثاني: ان غاية ما يستفاد من كون التلف من البائع دخوله في ملك البائع، بحيث يضاف إليه التلف و هو ملكه، و ليس لازم ذلك فرض دخوله في ملك البائع قبلا، أو فرض وقوع التلف قبل العقد حتى يكون لازمه ورود العقد على الناقص. و تمام الكلام في محله.

و أما الجهة الثانية: فملخص القول فيها: ان مقتضى اطلاق مفهوم المرسل ان كان الثوب قائما بعينه رده على صاحبه، «١» ان العيب الحادث بعد العقد و لو كان قبل القبض يمنع عن الرد بالعيب السابق، و هذا لا يفرق فيه بين ان يكون هذا العيب موجبا لحدوث الخيار ام لا.

حدوث العيب بعد القبض

(١) المورد الثاني: ما إذا كان حدوث العيب بعد القبض و في زمان خيار المشتري

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

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٠٠

فيما قبل القبض، بناء على اتحاد المسألتين، كما يظهر من بعض، و يدل على ذلك ما يأتي من ان الحدث في زمان الخيار مضمون على البائع و من ماله، و معناه ضمانه على الوجه الذي يضمه قبل القبض، بل قبل العقد الا ان المحكى عن المحقق في درسه فيما لو حدث في المبيع عيب (١) ان تأثير العيب الحادث في زمن الخيار. و كذا عدم تأثيره في الرد بالعيب القديم انما هو ما دام الخيار، فإذا انقضى الخيار كان حكمه حكم العيب المضمون على المشتري، قال في الدروس لو حدث في المبيع عيب غير مضمون على المشتري لم يمنع من الرد ان كان قبل القبض، أو في مدة خيار المشتري المشتري أو بالأصل فله الرد ما دام الخيار، فإن خرج الخيار ففي الرد خلاف بين ابن نما و تلميذه المحقق (قدس سره)، فجوزه ابن نما، لانه من ضمان البائع و منعه المحقق (قدس سره) لأن الرد لمكان الخيار، و قد زال. و لو كان حدوث العيب في مبيع صحيح في مدة الخيار فالباب واحد، انتهى.

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

و أما من جهة انه هل يوجب الخيار ام لا، فالنصوص متضمنة لأن ضمان المال و ضمان الحادث الحادث الشامل ذلك للعيب و زوال وصف الصحة، على من لا خيار له،

و المراد بالضمان ان كان هو العهدة، فظاهاه ثبوت الغرامة عليه لا الخيار و لا الانفساخ.

و ان كان هو التلف من البائع و استقرار الخسارة عليه اما انفساخا في التلف أو فسحا كما في العيب، فالمتحصل منها ان الخسارة تستقر على البائع، فيسترجع المشتري تمام الثمن من البائع، اما لانفساخ العقد قهرا كما في التلف، أو للأخذ بالخيار. و على اي تقدر لا يوجب

حدوث الخيار.

(١) قوله الا- ان المحكى عن المحقق في درسه فيما لو حدث في المبيع عيب الى آخر ما نقله عنه الظاهر ان مراد المحقق (رحمه الله) ان العيب الحادث في ثلاثة الحيوان لا يؤثر في حدوث الخيار و انما للمشتري الرد بنفس خيار الحيوان و لا ينافي ذلك كون ضمان الوصف الفات

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٦، ص: ١٠١

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 (١) 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. فمنشأ هذا القول عدم ضمان البائع (٢) للعيب الحادث. و لذا ذكر فى اللمعة ان هذا من المحقق مناف لما ذكره فى الشرائع (٣) من ان العيب الحادث فى الحيوان مضمون على البائع مع حكمه بعدم الأرش، ثم انه ربما يجعل قول المحقق عكساً لقول شيخه، (٤) و يضعف كلاهما بأن الظاهر تعدد الخيار، و فيه ان قول ابن نما (رحمه الله) لا يأبى عن التعدد كما لا يخفى.

على البائع بمعنى استقرار خسارته عليه بالمعنى المتقدم.

(١) قوله لان العيب الحادث إذا لم يكن مضموناً على البائع قد عرفت ان المحقق (رحمه الله) لا ينكر كونه مضموناً على البائع و انما هو ملتزم بانه لا- يوجب حدوث الخيار- و مع ذلك لا مانع من الالتزام بانه يمنع عن الرد بالعيب السابق من جهة ما دل على سقوطه بتغير العين.

(٢) قوله فمنشأ هذا القول عدم ضمان البائع قد عرفت انه ليس منشأ له بل المنشأ هو وجود المقتضى و هو ما دل على سقوط الرد مع عدم قيام العين.

(٣) قوله هذا من المحقق مناف لما ذكره فى الشرائع بما ذكرناه ظهر عدم التنافى فلاحظ و تأمل..

(٤) قوله ثم انه ربما يجعل قول المحقق عكساً لقول شيخه الجاعل هو صاحب الجواهر (رحمه الله) و هو غير تام فان المحقق يقول بخيار واحد و هو خيار الحيوان و شيخه ملتزم بثبوت خيارين احدهما خيار الحيوان و الآخر خيار العيب الحادث فى زمان الخيار فلا وجه لدعوى المعاكسة و كان صاحب الجواهر (رحمه الله) تخيل ان ابن نما يقول بثبوت خيار العيب خاصة فجعل قوله عكس قول المحقق و ضعفهما بان مقتضى الادلة التعدد.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٦، ص: ١٠٢

و أما الثالث: اعنى العيب الحادث فى يد المشتري بعد القبض و الخيار. (١)

فالمشهور انه 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 احدهما 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 بمرسلة جميل المتقدمة، فإن قيام العين و ان لم يناف بظاهاه مجرد نقص الأوصاف، كما اعترف به بعضهم فى مسألة تقديم قول البائع فى قدر الثمن مع قيام العين. إلا- ان الظاهر منه بقرينة التمثيل لمقابله بمثل قطع الثوب و خياطته و صبغه ما يقابل تغير الأوصاف و النقص الحاصل و لو لم يوجب أرشاً كصبغ الثوب و خياطته.

نعم قد يتوهم شموله لما يقابل للزيادة، كالثمن و تعلم الصنعة، لكنه يندفع بأن

العيب الحادث بعد القبض و الخيار.

(١) المورد الثالث: ما إذا كان حدوث العيب في يد المشتري بعد القبض و الخيار و الكلام فيه في جهات:

الاولى: في بيان الأدلة التي اقيمت لمانعية العيب الحادث بعد انقضاء الخيار للرد بالعيب القديم، و هي امور:

الاول: ما عن مفتاح الكرامة، و هو: ان العيب الحادث من جهة كونه مضمونا على المشتري كان بمنزلة احداثه في المبيع حدثا المنصوص على مانعيته من الرد.

و فيه: انه لم يدل دليل على هذا التنزيل، و مشاركتها في كون العيب مضمونا على المشتري مع افتراقهما من جهة كون الاحداث فعلا من افعال المشتري لا تصلح دليلا للتنزيل.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٠٣

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

و استدلال العلامة في التذكرة على اصل الحكم قبل المرسله، بأن العيب الحادث يقتضى اتلاف جزء من المبيع، فيكون مضمونا على المشتري، (١) فيسقط رده للنقص الحاصل في يده، فإنه ليس تحمل البائع له بالعيب السابق اولى من تحمل المشتري به للعيب الحادث هذا. و لكن المرسله لا- تشمل جميع افراد النقص مثل نسيان الدابة للطحن و شبهه و الوجه المذكور في التذكرة قاصر عن افادة المدعى،

لأن المرجع بعد عدم الاولوية من احد الطرفين الى اصالة ثبوت الخيار، و عدم ما يدل على سقوطه، غاية الأمر انه لو كان الحادث عيبا كان عليه الأرش للبائع إذا رده، كما إذا تقايلا أو فسخ احدهما بخياره بعد تعيب العين، اما مثل نسيان الصنعة و شبهه فلا يوجب ارشا بل يرده، لأن النقص حدث في ملكه و انما يضمن وصف الصحة لكونه كالجزة التالف. فيرجع البائع بعد الفسخ ببذله. نعم لو علل الرد بالعيب القديم، بكون الصبر على المعيب ضررا، امكن ان يقال ان 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

(١) الثاني: ما عن العلامة (رحمه الله) في التذكرة، و عبارته لا تخلو عن تشابه و توضيح ما افاده: ان العيب الحاصل تحت يد البائع يكون البائع متحملا له، و تداركه انما يكون بجواز رد المشتري للمبيع على البائع، و العيب الحاصل تحت يد المشتري يكون المشتري متحملا له، و تداركه انما يكون بجواز امتناع البائع من استرداده، فاحدهما مقتضى و الآخر مانع، فلا يؤثر المقتضى في جواز الرد، فيتعين الامساک.

و فيه: ان مقتضى اطلاق ادلة خيار العيب جواز الرد في صورة حدوث العيب عند المشتري، و لا معارض لها في مقام الاثبات سوى قاعدة نفى الضرر من جانب البائع، و هي مع معارضتها بقاعدة نفى الضرر من جانب المشتري و تساقطهما معا لا تصلح لمعارضة اخبار خيار العيب.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٠٤

إلا ان الانصاف ان المستفاد من التمثيل في الرواية بالصبيغ و الخياطة هو اناطة الحكم بمطلق النقص.

توضيح ذلك ان المراد بقيام العين هو ما يقابل الأعم من تلفها و تغيرها على ما عرفت من دلالة ذكر الأمثلة على ذلك، لكن المراد

من التغير هو الموجب للنقص لا الزيادة، لأن مثل السمن لا يمنع الرد قطعاً، والمراد بالنقص هو الأعم من العيب الموجب للارش، (١) فإن النقص الحاصل بالصبغ والخياطة إنما هو لتعلق حق المشتري بالثوب من جهة الصبغ والخياطة. وهذا ليس عيباً اصطلاحياً ودعوى اختصاصه بالتغير الخارجى الذى هو مورد الأمثلة فلا يعم مثل نسيان الدابة للطحن، يدفعه ان المقصود مجرد النقص مع انه إذا ثبت الحكم فى النقص الحادث و ان لم يكن عيباً اصطلاحياً، ثبت فى المغير وغيره للقطع بعدم الفرق، فإن المحتمل هو ثبوت الفرق فى النقص الحادث بين كونه عيباً اصطلاحياً لا يجوز رد العين

الثالث: ما عن الجواهر، وهو عدم صدق الرد حينئذ، واقتضاء الرد عدم تعيب المبيع وجبره بالارش لا يصيره رداً حقيقة. وفيه: ان صدق الرد يتوقف على بقاء ذات المبيع لا على بقاء جميع خصوصياته.

الرابع: مرسل جميل «١» المتضمن لكون المردود قائماً بعينه، ولا يصدق على المعيب انه قائم بعينه.

(١) الجهة الثانية: فى ان المدار على كون الحادث عيباً اصطلاحياً، وهو ما يوجب الارش، أو على ما يوجب نقصاً فى مالته، أو على التغير الحسى، أو على التغير مطلقاً لا ينبغى التوقف فى انه ليس المراد به العيب الاصطلاحى لعدم اخذه فى الموضوع، مع ان خياطة الثوب الواقعة فى المرسل ليست عيباً،

كما انه لا ينبغى التوقف فى عدم كون المراد خصوص التغير المنقص للمالية لعدم كون الخياطة كذلك، فيدور الأمر بين الأخيرين. والظاهر من المرسل هو الأخير، فان عدم قيام العين قد يكون بورود النقص على ذاتها، وقد يكون بوروده على صفتها القائمة بجرم المبيع، وقد يكون بورود النقص على

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

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٠٥

الا- مع ارشه و كونه مجرد نقص لا- يوجب ارشا كنسيان الكتابة و الطحن. اما الفرق فى افراد النقص الغير الموجب للارش، بين مغير العين حساً وغيره فلا مجال لاحتماله.

ثم ان ظاهر المفيد فى المقنعة، المخالفة فى اصل المسألة، و ان حدوث العيب لا يمنع من الرد لكنه شاذ على الظاهر، ثم مقتضى الأصل عدم الفرق فى سقوط الخيار بين بقاء العيب الحادث و زواله، فلا يثبت بعد زواله (١) لعدم الدليل على الثبوت بعد السقوط، قال فى التذكرة عندنا ان العيب المتجدد مانع عن الرد بالعيب السابق،

سواء زال ام لا، لكن فى التحرير لو زال العيب الحادث عند المشتري و لم يكن بسببه كان له الرد و لا ارش عليه، انتهى.

ولعل وجهه ان الممنوع هو رده معيوباً، (٢) لأجل تضرر البائع و ضمان المشتري لما يحدث و قد انتفى الامر ان

وصفها القائم بنفسها كنسيان العبد للكتابة، و قد يكون بورود النقص الاعتبارى كالشركة، و مقتضى اطلاق المرسل السقوط بكل ما يصدق عليه عنوان التغير الملازم لعدم قيام العين.

الجهة الثالثة: إذا تغيرت العين بالزيادة، فهل يكون ذلك مانعاً عن الرد لإطلاق المرسل، ام لا لما افاده المصنف (رحمه الله) وغيره بان الظاهر من قيام العين بقائها بمعنى ان لا ينقص ماليتها لا بمعنى ان لا تزيد و لا تنقص، ام هناك تفصيل؟ وجوه:

اقواها الأخير، فان الزيادة إذا كانت مما يكون للمشتري بحيث لو فسخ البيع يكون له الرجوع على البائع بقيمتها، أو يكون شريكاً له فى العين بالنسبة، فهى تمنع عن الرد، لأن صبغ الثوب بل و خياطته من هذا القبيل و ان لم تكن كذلك - كسمن الدابة و تعلم الصنعة - لا تكون مانعة، لأن المنع من الرد لما كان رعاية لحال البائع، فلا محالة يكون المرسل منصرفاً عن ذلك. فتأمل.

(١) الجهة الرابعة: إذا زال العيب الحادث هل يجوز رد المبيع ام لا؟

و قد استدل للأول بوجوه:

(٢) الاول: ما فى المتن، و حاصله: ان الممنوع هو رد المبيع معيوباً من جهة اقتضاء

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٠٦

و لو رضى البائع برده مجبوراً بالأرش أو غير مجبور جاز الرد، (١) كما فى الدروس و غيره لأن عدم الجواز لحق البائع (٢) و إلا فمقتضى قاعدة خيار الفسخ عدم سقوطه بحدوث العيب، غاية الأمر ثبوت قيمة العيب، و انما منع من الرد هنا للنص و الاجماع أو للضرر

دليل نفي الضرر، و كون العيب الحادث مضموناً على المشتري، فإذا انتفى الأمران - كما فى المقام - ارتفع المانع عن التمسك باطلاق دليل الخيار المقتضى لثبوته.

و فيه: ان المقيد للاطلاق هو مرسل جميل المتضمن لتقييده بقيام المبيع بعينه، فالمتعين ملاحظة حاله.

الثانى: ما فى الحاشية، و هو: ان كون المبيع معيباً مقتضى للرد، و العيب الحادث مانع، فإذا زال المانع اثر المقتضى اثره.

و فيه: انه فى الشرعيات لا يتميز المقتضى عن المانع، و لا بد من ملاحظة المقتضى فى مقام الاثبات.

الثالث: ما فى حاشية السيد ايضاً، و هو صدق قيام العين حينئذ، بدعوى ان ظاهره اعتبار قيامها على حال الرد، و حين ارادته، و هذا يصدق فى الفرض.

و فيه: ان الحادث غير الزائل بناء على امتناع اعادة المعدوم فالعين غير قائمة، فالأظهر بحسب النص عدم جواز الرد بلا حاجة الى التمسك بالاستصحاب.

(١) الجهة الخامسة: إذا رضى البائع برد المعيب بالعيب الحادث مجبوراً بالأرش أو غير مجبور، هل للمشتري الرد بحق الخيار، أو لا يجوز الا بالاقالة و التفاسخ؟ وجهان.

قد استدل للأول بوجهين:

(٢) الاول: ما فى المتن، و حاصله: ان عدم جواز الرد على البائع من باب رعاية حال البائع، و الا فالنص لا يمنع من الفسخ، و حقه يسقط برضاه، فيبقى حق المشتري بلا مزاحم.

و فيه: ان مقتضى اطلاق دليل الخيار ثبوت حق الرد حتى مع التغيير، و المرسل قيده بما إذا كانت العين قائمة بعينها، و لا يكون متكفلاً لاثبات حق للبائع. و جواز امتناع البائع

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٠٧

و مما ذكرنا يعلم ان المراد بالأرش الذى يغرمه المشتري عند الرد قيمة العيب لا الأرش (١) الذى يغرمه البائع للمشتري عند عدم الرد لأن العيب القديم مضمون بضمان المعاوضة و الحادث مضمون بضمان اليد. (٢)

ثم ان صريح المبسوط انه لو رضى البائع بأخذه معيوباً لم يجز مطالبته بالأرش و هذا احد المواضع التى اشرنا فى اول المسألة الى تصريح الشيخ فيها بأن الأرش مشروط باليأس من الرد، و ينفيه اطلاق الأخبار بأخذ الأرش.

من قبول الرد انما هو لعدم الخيار للمشتري لا لثبوت حق شرعى له، و ما افاده (رحمه الله) من ان ذلك لرعاية حال البائع لا يثبت به

كون ذلك حقا قابلا للاسقاط.

الثاني: قصور دليل مانعية العيب الحادث عن الشمول لما إذا رضى البائع، فلا مانع عن الخيار الثابت بدليله في ذلك الفرض. وفيه: ان منطوق المرسل ان كان الثوب قائما بعينه غير مقيد برضا البائع، فكيف يقيد مفهومه به مع ان المفهوم تابع للمنطوق في العموم والخصوص؟

فالأظهر انه ليس له الرد الا بعنوان الاقالة.

(١) قوله و مما ذكرنا يعلم ان المراد بالارش الذي يغرمه المشتري عند الرد قيمة العيب لا الأرش محصل الفرق بينهما، ان الارش الذي يغرمه البائع، انما يكون بازاء مقدار من الثمن جعل بازاء وصف الصحة و لو في لب الارادة فلو اشترى ما يسوى درهمين بدرهم، فظهر كونه معيوباً، و كان قيمة المعيوب نصف قيمة الصحيح، يكون البائع في المعاملة ملتزماً بنصف درهم في مقابل وصف الصحة لا بدرهم، و هذا بخلاف ما يغرمه المشتري، فانه ان فسخ البيع يتعين عليه رد ما اخذه من البائع إليه، أو قيمته، فحيث انه اتلف على البائع ما يوازي درهما فلا بد من ان يغرمه بهذا المقدار، و هذا هو مراد المصنف (رحمه الله) بقوله.

(٢) ان العيب القديم مضمون بضمان المعاوضة و الحادث مضمون بضمان اليد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٠٨

تنبيه ظاهر التذكرة و الدروس ان من العيب المانع من الرد بالعيب القديم تبعض الصفقة على البائع. (١)

و توضيح الكلام في فروع هذه المسألة ان التعدد المتصور فيه التبعض اما في احد العوضين و أما في البائع و أما في المشتري. فالاول: كما إذا اشترى شيئاً واحداً أو شيئين بثمان واحد من بائع واحد فظهر بعضه معيباً، و كذا لو باع شيئاً بثمان، فظهر بعض الثمن معيباً.

و الثاني: كما إذا باع اثنان من واحد شيئاً واحداً، فظهر معيباً و اراد المشتري ان يرد على احدهما نصيبه دون الآخر.

و الثالث: كما إذا اشترى اثنان من واحد شيئاً، فظهر معيباً، فاختر احدهما الرد دون الآخر و الحق بذلك الوارثان لمشتري واحد للمعيب. و أما التعدد في الثمن بأن يشتري شيئاً واحداً بعضه بثمان و بعضه الآخر بثمان آخر فلا اشكال في كون هذا عقدين و لا إشكال في جواز التفريق بينهما.

تبعض الصفقة لا يمنع من الرد

(١) و عن التذكرة و الدروس: ان من العيب المانع من الرد بالعيب القديم تبعض الصفقة.

لا إشكال و لا كلام فيما إذا اشترى شيئاً واحداً بعضه بثمان و بعضه بثمان آخر، فظهر احدهما معيوباً كان له الخيار بالنسبة إليه خاصة.

كما لا إشكال في عدم جواز التفريق بينهما لو كان المبيع واحداً خارجياً و لو عرفاً،

كالجارية، مع كون البائع واحداً و المشتري واحداً،

انما الكلام فيما إذا كان البيع واحداً و المبيع متعدداً خارجياً، كما لو جعل الاثني منضمماً مبيعاً واحداً فظهر احدهما معيوباً أو كان البائع متعدداً أو المشتري كذلك فالكلام في مقامات.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٠٩

اما الاول: فالمعروف انه لا يجوز التبعض فيه من حيث الرد، بل الظاهر المصرح به في كلمات بعض الاجماع عليه (١) لأن المردود ان كان جزءاً مشاعاً من المبيع الواحد، (٢) فهو ناقص من حيث حدوث الشركة،

(١) الاول: ما إذا كان التعدد المتصور فيه التبعض في احد العوضين، فقد ادعى الاجماع على انه لا يجوز التبعض فيه من حيث الرد، وقد استدل له بوجوه:

احدها: ما عن الجواهر، واصله: ان الخيار حق واحد متعلق بمجموع المبيع لا كل جزء منه لا أقل من الشك والأصل اللزوم. وبعبارة أخرى: ان الخيار حق حل العقد، وهو واحد متعلق بمجموع المبيع لا كل جزء منه. وفيه: ان ظاهر ادلة الخيارات المجعولة لا لخصوصية في المبيع وان كان هو التسلط على حل العقد برد تمام المبيع، فحل بعض العقد برد بعض المبيع في المجلس لا دليل عليه، ولكن الخيار المجعول لخصوصية في المبيع كخيار الحيوان فظاهر الدليل كون متعلق الخيار هو ما فيه الخصوصية دون غيره، فلو ضم الحيوان الى شيء و باعهما صفقة واحدة ثبت خيار الحيوان في خصوص الحيوان دون المجموع، ومجرد وحدة العقد الانشائي لا تقتضى ذلك بالتوهم المشار إليه، والانسداد باب خيار تبعض الصفقة، والمقام من قبيل الثاني، فان المجعول خيار واحد متعلق بما فيه عيب و عوار لا في المجموع، وعليه فمقتضى اطلاق الدليل جواز رده خاصة.

(٢) قوله لانه المردود ان كان جزء مشاعا من المبيع الواحد فهو ناقص علق عليه المحقق الايرواني (رحمه الله) بقوله- لا أتصور تعيب الجزء المشاع ليثبت خيار العيب فيه حتى يلزم الشركة انتهى وفيه انه يتصور فيما إذا كان الجزء المشاع من المبيع مورد الدعوى فيكون المعيب هو الجزء المشاع منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١١٠

وان كان معيناً، فهو ناقص ١ من حيث حدوث التفريق فيه و كل منهما ناقص يوجب الخيار لو حدث في المبيع الصحيح، (١) فهو اولى بالمنع عن الرد من نسيان الدابة الطحن. وهذا الضرر وان امكن جبره بخيار البائع نظير ما إذا كان بعض الصفقة حيوانا فرده المشتري بخيار الثلاثة الا انه يوجب الضرر على المشتري إذ قد يتعلق غرضه بامسك الجزء الصحيح، ويدل عليه النص المانع عن الرد بخياطة الثوب و الصبغ، فإن المانع فيهما ليس الا حصول الشركة في الثوب بنسبة الصبغ و الخياطة لا مجرد تغير الهيئة. ولذا لو تغير بما يوجب الزيادة كالسمن لم يمنع عن الرد قطعاً.

(١) ثانيها: ما استند إليه المصنف (رحمه الله)، وهو: ان فسخ البعض يوجب الضرر على البائع، لأنه في الجزء المشاع موجب للشركة و في الجزء المعين موجب للتفريق، و كلاهما ضرر و ناقص يوجب الخيار لو حدث في المبيع الصحيح، فهو اولى بالمنع عن الرد من نسيان الدابة الطحن، و جبره بخيار البائع و تسلطه على استرداد المجموع ضرر على المشتري لتعلق غرضه بامسك الصحيح، فيتعارضان، فلا يشمل الحديث شيئاً منهما.

وفيه أو لا منع كون مجرد التفريق ضرراً في جميع الموارد، نعم هو ضرر في مثل بيع مصراعى الباب. و ثانياً: ان جواز فسخ البائع ليس ضرراً على المشتري، إذ لا يجب عليه الفسخ بالنسبة الى المعيب كي يجوز للبائع استرداد الصحيح، فهو باختياره يقدم على ذلك، و مثله لا يكون مشمولاً للحديث.

و ثالثاً: انه في بادئ الأمر ليس الا ضرر المشتري من الصبر على المعيب، فحديث لا ضرر يشمله لوجود المقتضى و عدم المانع، و من شموله لذلك يتولد ضرر آخر على البائع،

ولا يعقل ان يشمله الحديث، و الا لزم من شموله لضرر المشتري عدم شموله له، و ما يلزم من وجوده عدمه محال.

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

و ما ذكره من اولويته بالمنع عن الرد من نسيان الدابة الطحن يرد عليه منع الاولوية لان نسيان الدابة حدث مانع عن الرد و في المقام يكون المبيع قائما بعينه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١١١

و قد يستدل بعد رد الاستدلال بتبعض الصفقة بما ذكرناه مع جوابه بظهور الأدلة في تعلق حق الخيار بمجموع المبيع لا كل جزء منه (١) -أقل من الشك لعدم اطلاق موثوق به و الاصل للزوم، و فيه مضافا الى ان اللازم من ذلك عدم جواز رد المعيب منفردا و ان رضى البائع، لأن المنع حينئذ لعدم مقتضى للخيار في الجزء لا لوجود المانع عنه و هو لزوم الضرر على البائع حتى ينتفى برضا البائع، انه لا يشك احد في ان دليل هذا الخيار كغيره من ادلة جميع الخيارات صريح في ثبوت حق الخيار لمجموع المبيع لا كل جزء و لذا لم يجوز احد تبعض ذى الخيار اجزاء ماله فيه الخيار، و لم يحتمل هنا احد رد الصحيح دون المعيب و انما وقع الاشكال في ان محل الخيار هو هذا الشيء المعيوب، غاية الأمر انه يجوز رد الجزء الصحيح معه لثلا يتبعض الصفقة عليه. و أما لقيام الاجماع على جواز رده و أما لصدق المعيوب على المجموع (٢) كما تقدم، أو ان محل الخيار هو مجموع ما وقع عليه العقد لكونه معيوباً و لو من حيث بعضه.

و بعبارة اخرى الخيار المسبب عن وجود الشيء المعيوب في الصفقة نظير الخيار المسبب عن وجود الحيوان في الصفقة، في اختصاصه بالجزء المعنون بما هو سبب للخيار ام لا، بل غاية الأمر ظهور النصوص الواردة في رد البيع الظاهر في تمام ما وقع عليه العقد (٣)

(١) هذا اشارة الى الوجه الاول الذي نقلناه عن صاحب الجواهر و نقده.

(٢) قوله و أما لصدق المعيوب على المجموع مراده ما إذا كان المبيع واحدا عرفا و كان بعضه معيوباً و الا- كان التزاما بما ذكره صاحب الجواهر (رحمه الله)

(٣) قوله بل غاية الأمر ظهور النصوص الواردة في رد البيع الظاهر في تمام ما وقع عليه العقد هذا الترقى لدفع ما يتوهم وروده على الشق الثاني و هو عدم اختصاص الخيار بالجزء المعيوب و حاصله انه و ان سلم ظهور النصوص في ذلك الا ان المنصرف منها أو ظاهرها ما إذا كان المبيع واحدا عرفا و لا تشمل ما إذا كان المبيع اثنين منضمين الذي هو محل الكلام و لكن لازم هذا البيان عدم الخيار في المعيب المنضم الى الصحيح لا في الجزء و لا في الكل.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١١٢

لكن موردها المبيع الواحد العرفي المتصف بالعيب نظير اخبار 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 عرفا باعتبار نفسه أو جزئه الحقيقي كبعض الثوب لا جزئه الاعتباري كأحد الشئين الذي هو محل الكلام. و منه يظهر عدم جواز التشبث في المقام بقوله في مرسله جميل إذا كان الشيء قائما بعينه، (١) لأن المراد بالشيء هو المعيب، و لا شك في قيامه هنا بعينه.

و بالجملة فالعمدة في المسألة مضافا الى ظهور الاجماع، ما تقدم من ان مرجع جواز الرد منفردا إلى اثبات سلطنة للمشتري على الجزء الصحيح من حيث امساكه، ثم سلب سلطنته عنه بخيار البائع و منع سلطنته على الرد اولا اولى و لا أقل من التساوى، فيرجع الى اصالة اللزوم (٢)

(١) ثالثها: ما اشار إليه المصنف (رحمه الله)، و هو: انه مقتضى المرسل، «١» لانه لا يصدق قيام المبيع بعينه لو رد البعض.

و فيه: اولا: ان الظاهر من المرسل اعتبار كون المبيع قائما بعينه قبل الفسخ، و هذا موجود في المقام.

و ثانيا: ان المراد كون المعيب قائما بعينه، و هو كذلك حتى بعد الفسخ.

(٢) رابعها: ما فى المتن: ايضا و هو: ان مرجع جواز الرد منفردا الى اثبات سلطنة المشتري على امسالك الجزء الصحيح ثم سلب سلطنته عنه بخيار البائع، و منع سلطنته على الرد اولا اولى، و لا أقل من التساوى، فيرجع الى اصالة اللزوم. و فيه مضافا الى ما قد مران مرجعه ليس الى ذلك بل الى السلطنة على حل العقد على المعيوب و سلطنة البائع على حله بالاضافة الى الصحيح، لا تنافى تلك بل لسلطنة المالك على ماله ان مدرك خيار العيب ليس هو قاعدة لا ضرر. بل النص، فلا بد من الرجوع إليه

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

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١١٣

و الفرق بينه و بين خيار الحيوان الاجماع، كما ان للشفيع ان يأخذ بالشفعة فى بعض الصفقة. و بالجملة فالاصل كاف فى المسألة، ثم ان مقتضى ما ذكره من الحاق تبعض الصفقة بالعيب الحادث انه لو رضى البائع بتبعض الصفقة جاز الرد، كما فى التذكرة معللا بأن الحق لا يعدو هما و هذا مما يدل على ان محل الخيار هو الجزء المعيب، (١) الا- انه منع من رده نقضه بالانفراد عن باقى المبيع، إذ لو كان محله المجموع لم يجوز رد المعيب وحده الا بالتفاسخ و معه يجوز رد الصحيح منفردا ايضا.

و هو يقتضى خيار المشتري، و بعد ذلك ان قام دليل على خيار البائع اخذ به ايضا، و الا فلا.

خامسها: النص «١» المانع عن الرد بالخيطة و الصبغ، إذ المانع فيهما ليس الا حصول الشركة فى الثوب بنسبة الصبغ و الخيطة. و فيه: ان المانع هو تغير الهيئة، و انما لا يمنع ذلك إذا كان بما يوجب الزيادة لانصراف النص كما تقدم. سادسها: الاجماع.

و فيه: انه لمعلومية مدرك المجمعين لا يعتمد عليه.

(١) قوله و هذا مما يدل على ان محل الخيار هو الجزء المعيب لا دلالة فيما افاده على ذلك إذ يمكن ان يكون نظر العلامة الى كون مورد الخيار المجموع و انما التزم بجواز رد المعيب من جهة رجوعه الى التفاسخ و الاقالة. فتحصل: ان الأظهر ان التبعض لا- يمنع من الرد، غاية الأمر ان لكل من البائع و المشتري خيار تبعض الصفقة بالنسبة الى الجزء الصحيح.

حكم ما إذا كان المشتري متعددا

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

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١١٤

و أما الثالث: و هو تعدد المشتري بأن اشترى شيئا واحدا، فظهر فيه عيب، (١) فإن الأقوى فيه عدم جواز انفراد احدهما على المشهور كما عن جماعة.

و استدل عليه فى التذكرة و غيرها بأن التشقيص عيب مانع من الرد، (٢) خلافا للمحكي عن الشيخ فى باب الشركة، و الاسكافي و القاضى و الحلى و صاحب البشرى فجوزوا الافتراق.

(١) المقام الثانى: ما إذا كان المشتري متعددا، قال العلامة فى التبصرة و لو اشترى اثنان صفقة لم يكن لأحدهما رد حصته بالعيب الا إذا وافقه الآخر و قبل بيان الدليل ينبغى تقديم مقدمتين.

احدهما: ان موضوع البحث فى هذا المقام و المقام الثالث انه بتعدد المشتري أو البائع، مع وحدة العقد الانشائى و المبيع عرفا، هل يتعدد الخيار ام لا؟ بل وحدة الخيار و تعدده تدوران مدار وحدة العقد أو المبيع أو تعدده، و موضوع البحث فى المقام الأول كان على العكس من ذلك، و هو انه مع وحدة البائع و المشتري و العقد و تعدد المبيع هل يتعدد الخيار ام لا؟

ثانيتها: فى الأقوال فى المسألة، و هى اربعة:

الأول: الجواز.

الثانى: عدمه.

الثالث: التفصيل بين علم البائع، بالتعدد فالأول، و عدمه فالثانى.

الرابع: التفصيل المنسوب الى ظاهر المبسوط و هو الجواز مع تحقق القبول من المشتري، و الوجهان مع وحدة القبول.

إذا عرفت هاتين المقدمتين، فاعلم: انه قد استدلت لعدم الجواز بوجوه:

(٢) احدها: ما استدلت به فى محكى التذكرة و غيرها و سلمه المصنف (رحمه الله) و هو: ان لازمه التبعض على البائع و هو عيب يمنع من الرد كسائر العيوب الحادثة عند المشتري.

و فيه: اولاً: ما تقدم من ان المبيع قائم بعينه قبل الفسخ، و لو سلم تغيره بعد الفسخ فهو لا يكون مانعا.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٦، ص: ١١٥

و فى التذكرة ليس عندي فيه بعد، إذ البائع اخرج العبد اليهما مشقفا،

فالشركة حصلت بايجابه، و قواه فى الايضاح لما تقدم من التذكرة، و ظاهر هذا الوجه اختصاص جواز التفريق بصورة علم البائع بتعدد المشتري، و استجوده فى التحرير و قواه فى جامع المقاصد و صاحب المسالك.

و قال فى المبسوط إذا اشترى الشريكان عبدا بمال الشركة، ثم اصابا به عيبا كان لهما ان يرداه و كان لهما ان يمسكاه، فإن اراد احدهما الرد و الآخر الامسك كان لهما ذلك.

ثم قال و لو اشترى احد الشريكين للشركة، ثم اصابا به عيبا، كان لهما ان يردا و ان يمسكا، فإن اراد احدهما الرد و الآخر الامسك نظر، فإن أطلق العقد و لم يخبر البائع انه قد اشترى للشركة لم يكن له الرد، لأن الظاهر انه اشترى لنفسه فإذا ادعى انه اشترى له و لشريكه فقد ادعى خلاف الظاهر، فلم يقبل قوله، و كان القول قول البائع مع يمينه، إلى ان قال و ان اخبر البائع بذلك قيل فيه وجهان: أحدهما: و هو الصحيح أن له الرد لأن الملك بالعقد وقع لأثنين، فقد علم البائع أنه يبيعه من اثنين و كان لأحدهما أن ينفرد بالرد دون الآخر، و قيل فيه وجه آخر، و هو أنه ليس له الرد، لأن القبول فى العقد كان واحدا، انتهى.

و ظاهر هذه العبارة اختصاص النزاع بما إذا كان القبول فى العقد واحدا من اثنين. اما إذا تحقق القبول من الشريكين، فلا كلام فى جواز الافتراق، ثم الظاهر منه مع اتحاد القبول التفصيل بين علم البائع و جهله، لكن التأمل فى تمام كلامه قد يعطى التفصيل بين كون القبول فى الواقع لاثنين أو لواحد، فإنه قدس سره علل عدم جواز الرد فى صورة عدم اخبار المشتري بالاشتراك، بأن الظاهر انه اشترى لنفسه لا بعدم علم البائع بالتعدد و كذا حكمه قدس سره بتقديم قول البائع بيمينه المستلزم لقبول البينة من المشتري على ان الشراء بالاشتراك دليل على انه يجوز التفريق بمجرد ثبوت التعدد فى الواقع بالبينة و ان لم يعلم به البائع الا ان يحمل اليمين على يمين البائع على نفى العلم،

و يراد من البيئنة البيئنة على اعلام المشتري للبائع بالتعدد، و كيف كان فمبنى المسألة على ما يظهر من كلام الشيخ على تعدد العقد بتعدد المشتري و وحدته.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١١٦

و الأقوى في المسألة عدم جواز الافتراق مطلقا، لأن الثابت من الدليل هنا خيار واحد متقوم باثنين، فليس لكل منهما الاستقلال، و لا دليل على تعدد الخيار هنا إلا- اطلاق الفتاوى و النصوص من ان من اشترى معيبا فهو بالخيار، الشامل لمن اشترى جزءا من المعيب، لكن الظاهر بعد التأمّل انصرافه الى غير المقام، و لو سلمنا الظهور لكن لا ريب في ان رد هذا المبيع منفردا عن المبيع الآخر نقص حدث فيه، بل ليس قائما بعينه و لو بفعل الممسك لحصته و هو مانع من الرد، و من ذلك يعلم قوة المنع و ان قلنا بتعدد العقد و ما ذكره تبعاً للتذكرة من ان التشقيص حصل بإيجاب البائع (١) فيه انه اخرجه غير مبعض و انما تبعض بالاخراج و المقصود حصوله في يد البائع، كما كان قبل الخروج (٢) و خلاف ذلك ضرر عليه، و علم البائع بذلك ليس فيه اقدم على الضرر الا على تقدير كون حكم المسألة جواز التبعض و هو محل الكلام (٣).

و ثانيا: انه بعد الفسخ ايضا قائم بعينه، فان ما اخذه كل من المشتريين قائم بعينه، فان ما اخذه كل من المشتريين قائم على ما كان عليه عند اخذه، فانه لم يأخذ الا حصه نفسه، فافتراق حصته عن حصه صاحبه ليس نقصا فيما اخذه. و الظاهر ان هذا مراد العلامة (رحمه الله)، من قوله:

(١) ان التشقيص حصل بإيجاب البائع و لا يرد عليه ما ذكره المصنف (رحمه الله) بقوله:

(٢) انه تبعض بالاخراج و المقصود حصوله في يد البائع كما كان قبل الخروج فانه يرد عليه: ان المقصود ارجاع ما تلقاه من البائع و تملكه منه، و هو حاصل.

ثانيها: ان النص منصرف الى غير المقام- اى الى ما إذا اتحد المشتري و قد استند المصنف (رحمه الله) إليه في المنع. و فيه: انه لو تم ذلك لزم ان لا يحكم بالخيار لمجموع المشتريين ايضا، مع انه لا يتم إذ لا وجه للانصراف سوى الغلبه.

(٣) ثالثها: ما ذكره المصنف (رحمه الله) بقوله: ان خلاف ذلك ضرر عليه و علم البائع بذلك ليس فيه قدام على الضرر الا على تقدير كون حكم المسألة جواز التبعض، و هو محل الكلام.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١١٧

و الحاصل ان الفرق بين هذه المسألة و المسألة الاولى غير وجيه.

و أما الثانى: و هو تعدد البائع، فالظاهر عدم الخلاف في جواز التفريق إذ لا ضرر على البائع بالتفريق (١) و لو اشترى اثنان من اثنين عبدا واحدا فقد اشترى كل من كل ربعا فإن اراد احدهما رد ربع الى احد البائعين دخل في المسألة الثالثه، و لذا لا يجوز لأن المعيار تبعض الصفقة على البائع الواحد.

و قد تقدم الجواب عن ذلك في المقام الأول.

رابعها: ان العقد واحد، فالخيار الذى هو حل العقد واحد، و متعلقه المجموع، فلا يجوز رد البعض.

و فيه: ان المراد من العقد الذى حكم عليه بالوحدة ان كان هو العقد الانشائي فيرد عليه اولاً: انه يمكن القول بتعددته إذا قبل المشتريان، فانه لا يمكن القول بوحدة الايجاب و تعدد القبول لتضاييفهما.

و ثانيا: انه لا عبرة الا بالبيع الحقيقي و العقد المعنوي اللبي،

و ان كان هو العقد المعنوي فيرد عليه: انه مع تعدد الملكية لا محالة يتعدد التمليك لوحدة الايجاد و الوجود، و هو البيع الحقيقي.

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

و فيه: ان الدليل يثبت الخيار لكل من اشترى شيئا و به عيب على نحو القضية الحقيقية، و فعليه ذلك انما تكون بفعليه موضوعه، و تعدده تابع لتعدد موضوعه خارجا،

و من المعلوم انه يصدق على كل من المشتريين انه اشترى شيئا و به عيب،

فمقتضى اطلاق النص ثبوت الخيار له مستقلا.

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

المقام الثالث: ما إذا كان البائع متعددا، ففي المتن.

(١) فالظاهر عدم الخلاف في جواز التفريق، إذ لا ضرر على البائع بالتفريق

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ١١٨

مسألة: يسقط الأرش دون الرد في موضعين: (١)

احدهما: إذا اشترى ربويا بجنسه فظهر عيب في احدهما

فلا- ارش حذرا من الربا (٢) و يحتمل جواز اخذ الأرش و نفى عنه البأس في التذكرة (٣) بعد ان حكاها و جهها ثالثا لبعض الشافعية موجها له بأن المماثلة في مال الربا انما يشترط في ابتداء العقد و قد حصلت و الأرش حق ثبت بعد ذلك لا يقدر في العقد السابق، انتهى.

ثم ذكر ان الاقرب انه يجوز اخذ الأرش من جنس العوضين لأن الجنس لو امتنع اخذه لا تمتنع اخذ غير الجنس لأنه يكون بيع مال الربا بجنسه مع شيء آخر،

انتهى و عن جامع الشرائع حكاية هذا الوجه عن بعض اصحابنا المتقدم على العلامة

و لكن يرد: ان مجرد عدم المانع لا يكفي في الحكم بثبوت الخيار.

و بالجملة: ان الكلام في هذا المقام بعينه هو الكلام في المسألة المتقدمة دليلا و مختارا،

فالأظهر هو الجواز في المقامات الثلاثة.

مسقطات الارش خاصة

(١) السابعة: يسقط الارش دون الرد في موضعين:

(٢) احدهما: ما إذا اشترى ربويا بجنسه فظهر عيب في احدهما فلا ارش حذرا من الربا هكذا افاد جماعة،

(٣) و نفى العلامة في محكي التذكرة الباس عن جواز اخذ الارش لا كلام و لا إشكال في صحة العقد و جواز الرد و انما الكلام في

انه هل يستحق الارش ام لا، ام يفصل بين اخذه من الجنس فلا يجوز و من غيره فيجوز؟

و تنقيح القول في المقام يقتضى البحث في موردين:

الأول: في انه هل يوجب اخذ الارش الربا ام لا يوجب؟

الثاني: في حكمه على فرض صيرورته ربويا.

اما الأول: فقد استدل لصيرورته ربويا باخذ الارش بوجه:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١١٩

و حاصل وجهه ان صفة الصحة لم تقابل بشيء من الثمن حتى يكون المقابل للمعيب الفاقد للصحة انقص منه قدرا بل لم تقابل بشيء اصلا و لو من غير الثمن و الا- لثبت في ذمة البائع و ان لم يختر المشتري الأرض بل الصحة وصف التزمها لبائع في المبيع من دون مقابلته بشيء من المال كسائر الصفات المشترطة في المبيع إلا ان المشهور جوز للمشتري مع تبين فقده اخذ ما يخصه بنسبة المعاوضة من الثمن أو غيره و هذه غرامة شرعية حكم بها الشارع عند اختيار المشتري لتغريم البائع، (١) هذا و لكن يمكن ان يدعى ان الاستفادة من ادلة تحريم الربا

منها: ان الارش و ان كان مجعولا شرعيا الا انه لا فرق في حرمة الربا بين كون الزيادة بجعل من المتعاقدين، أو بحكم الشارع: فانه من باب تميم الناقص، مع انها متماثلان من حيث المقدار.

(١) و فيه: ان جعل الارش من الشارع ليس بعنوان تميم الناقص بل هو غرامة محضة. حكم بها الشارع عند اختيار المشتري لتغريم البائع و منها: ان الارش و ان لم يوجب زيادة احد العوضين الا انه يوجب نقص الآخر، و هو ما يؤخذ منه الارش.

و فيه: انه سيجيء في محله من ان الارش ليس جزء من العوض كي يكون تنقيصا موجبا لتعادل العوضين، بل لو سلم حكم الشارع برد بعض الثمن لا يكون ذلك بعنوان انفساخ بعض العقد، بل بعنوان تملك جديد.

و منها: ان الارش انما يكون بالتزام البائع بالتدارك عند نقص وصف الصحة، فهو من قبيل شرط الزيادة داخل في الربا. و فيه: اولاً: ان لازم ذلك بطلان البيع.

و ثانياً: ان اشتراط وصف الصحة كاشتراط سائر الصفات ليس التزاما بالارش، بل بالخيار و الارش جعل بحكم الشارع.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٢٠

و حرمة المعاوضة الا مثلا بمثل بعد ملاحظة ان الصحيح و المعيب جنس واحد ان وصف الصحة في احد الجنسين كالمعدوم (١) لا يترتب على فقده استحقاق عوض و من المعلوم ان الارش عوض وصف الصحة عرفا و شرعا فالعقد على المتجانسين لا يجوز ان يصير سببا لاستحقاق احدهما على الآخر زائدا على ما يساوي الجنس الآخر.

و بالجملة فبناء معاوضة المتجانسين على عدم وقوع مال في مقال الصحة المفقودة في احدهما و المسألة في غاية الاشكال و لا بد من مراجعة ادلة الربا و فهم حقيقة الارش و سيجيء بعض الكلام فيه انشاء الله.

و منها ما في المتن قال،

(١) بعد ملاحظة ان الصحيح و المعيب جنس واحد ان وصف الصحة في واحد الجنسين كالمعدوم حاصله: ان الارش عوض وصف الصحة فمع كون الصحيح و المعيب جنسا واحدا و ان وصف الصحة في احد الجنسين كالمعدوم لا يترتب على فقده استحقاق عوض على ما هو الاستفادة من الأدلة، لا محالة يكون زائدا على ما يساوي الجنس الآخر، فتشمله ادلة حرمة الربا، إذ لا فرق فيها بين سببية العقد للزيادة بلا واسطة أو بواسطة سببته لاستحقاق الارش.

و فيه: ان الارش غرامة شرعية مجعولة لا ان العقد سبب له و بعبارة اخرى: ما يتكفله دليل الربا انما هو عدم جواز التمليك على وجه التفاضل لا إيجاد موضوع له حكم شرعي قهري.

و منها: ما عن المحقق الخراساني (رحمه الله)، و هو: ان الارش و ان لم يوجب انعقاد العقد على المتفاضلين، الا انه يوجب استقراره عليهما، و لا فرق في الربا بين ان يكون انعقاد العقد على المتفاضلين أو استقراره عليهما.

و فيه: ان اللزوم خارج عن العقد، فصيرورة العقد لازما باخذ الارش غير كون استقرار العقد متوقفا عليه.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٢١

الثاني: ما لو لم يوجب العيب نقصا في القيمة

فإنه لا يتصور هنا ارش (١)

حتى يحكم بثبوته و قد مثلوا لذلك بالخصاء في العيب و قد يناقش في ذلك بأن الخصاء موجب في نفسه لنقص القيمة لفوات بعض المنافع عنه كالفحولة و انما يرغب في الخصى قليل من الناس لبعض الاغراض الفاسدة اعنى عدم تستر النساء منه فيكون واسطة في الخدمات بين المرء و زوجته و هذا المقدار لا- يوجب زيادة في اصل المالىة (٢) فهو كعنب معيوب يرغب فيه لجودة خمرة لكن الانصاف ان الراغب فيه لهذا الغرض حيث يكون كثيرا لا نادرا بحيث لا يقدح في قيمته المتعارفة لو لا هذا الغرض (٣) صح ان يجعل الثمن المبذول من الراغبين مقدارا للمالية الخصى فكان هذا الغرض صار غرضا مقصودا متعارفا و صحة الغرض و فساده شرعا لا دخل لها في المالىة العرفية، كما لا يخفى.

فتحصل: انه لا يكون داخلا في الربا، فالأظهر صحة العقد و جواز اخذ الارش.

و أما المورد الثاني: فان قلنا بدخوله تحت دليل حرمة الربا، لا محالة يقع التعارض بين ذلك الدليل و دليل استحقاق الارش، و حيث ان النسبة عموم من وجه، و دلالة كل منهما على حكم المجمع بالاطلاق، فاما ان يقال انهما يتساقطان و يرجع الى اصالة عدم استحقاق الارش، أو انه لا بد من الرجوع الى المرجحات، و الترجيح مع دليل حرمة الربا، و على التقديرين يسقط الارش.

(١) قوله الثاني ما لو لم يوجب العيب نقصا في القيمة فانه لا يتصور هنا ارش ما افاده (قدس سره) من الكبرى الكلية من القضايا التي قياساتها معها فانه مع عدم التفاوت لا يعقل ما به التفاوت الذي هو الارش انما الكلام في انه هل يتحقق مورد لذلك أى يكون النقص موجبا للعيب الموجب للخيار و لا يوجب نقصا في القيمة و المثبتون مثلوا له بالخصاء في العيب.

(٢) و اورد عليهم بانه يوجب نقص القيمة لفوات بعض المنافع عنه كالفحولة و انما يرغب في الخصى قليل من الناس لبعض الاغراض الفاسدة و هو لا يوجب زيادة المالىة و اجاب المصنف (رحمه الله) عن الايراد

(٣) بان الراغب فيه لذلك الغرض بما انه كثير و مناط المالىة بذل متعارف الناس مقدارا من المال بازاء الشيء لا محالة يكون الخصاء غير منقص للمالية

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٢٢

و بالجملة فالعبرة في مقدار المالىة برغبة الناس في بذل ذلك المقدار من المال بإزائه سواء كان من جهة اغراض انفسه ام من جهة بيعه على من له غرض فيه مع كثرة ذلك المشتري و عدم ندرته بحيث يلحق بالاتفاقيات.

مسألة: يسقط الرد و الأرش معا بأمر.

إشارة

احدها: العلم بالعيب قبل العقد بلا خلاف و لا إشكال (١) لأن الخيار انما ثبت مع الجهل. (٢)

و الحق انه بناء على ما سيأتي من المصنف (رحمه الله) من دخل نقص المالية في صدق العيب لا مجال لهذا البحث في المقام فانه كما يكون الارش ساقطا حينئذ يكون خيار العيب ساقطا رأسا و أما بناء على مسلك من يرى عدم دخله في صدق العيب يبقى لهذا البحث في المقام مجال فانه يبحث في ان الخصاء، كما انه يوجب جواز الرد لكونه عيبا يوجب جواز اخذ الارش لكونه منقضا للقيمة ام لا يوجب لعدم كونه منقضا لها
ما يسقط الرد و الارش
الخامسة: يسقط الرد و الارش معا بامور:
(١) احدها:

ما لو علم بالعيب ثم اشتراه

فانه لا خلاف و لا إشكال في انه لا أرش ايضا كما لارد، و قد تكرر في كلماتهم دعوى الاجماع عليه،
و الوجه فيه اصالة اللزوم، بعد انه لا مقتضى للخيار.
اما إذا كان المدرك لهذا الخيار الاخبار، فلأنها مختصة بصورة الجهل لما فيها من التعبير بظهور العيب و وجد انه و رؤيته، و جميع
تلكم بعد البيع.
و ان كان المدرك قاعدة لا ضرر فلأنها مختصة بصورة الجهل، إذ لا منه في رفع حكمه مع العلم.
و الظاهر: الى هذا نظر المصنف (رحمه الله) من.
(٢) قوله: لان الخيار انما ثبت مع الجهل فلا يكون ما افاده مصادرة كما توهم.
منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٢٣
و قد يستدل بمفهوم صحيحة زرارة المتقدمة، (١) و فيه نظر (٢) و حيث لا يكون العيب المعلوم سببا للخيار

(١) مورد الاستدلال صدر صحيح زرارة «١» المشار إليه ايما رجل اشترى شيئا و به عيب و عوار و لم يتبرأ إليه و لم يبين له فاحدث... الخ،
و المستدل هو صاحب الجواهر (رحمه الله).
و تقريب الاستدلال به: انه و ان كان في مقام بيان مانعية احداث الحدث عن الخيار الا- انه من تقييد موضوع الخيار بعدم التنبيه
المأخوذ طريقا الى الجهل يستكشف اختصاص الخيار بصورة الجهل.
(٢) و تنظر المصنف (رحمه الله) فيه:
و جملة من المحشين منهم السيد و المحقق الايرواني (رحمه الله)، ذكروا ان منشأ نظر المصنف (رحمه الله) انه لا مفهوم له،
فاوردوا عليه بايرادات:

احدها انه سيستدل به عن قريب في مسألة السقوط بالتبري، مع ان دلالة على السقوط به أو بالعلم على نسق واحد.
ثانيها: ان الشرط فيه و ان كان مسوقا لبيان تحقق الموضوع، الا انه من جهة تقيده بقيد يكون له مفهوم الشرط بالنسبة الى ذلك القيد،
فيكون نظير ان يقال: ان رزقت ولدا ذكرا سويا فاخنته.
ثالثها: ان المفهوم الذي يؤخذ منه هو مفهوم القيد، و هذا المفهوم ان لم نقل به في غير مقام فلا يبعد القول فيه في المقام لمكان ورود
الرواية في مقام ضبط مورد الخيار مقدمة لبيان سقوطه باحداث الحدث.

و لكن الظاهر ان وجه نظر المصنف (رحمه الله) انه يحتمل ان يكون المراد من قوله لم يبين له اعتبار عدم رفع الالتزام بالصحة، اى لم يصدر من البائع تنبيه على العيب حتى يخرج عن عهده البيع، فيجامع عدم التنبيه مع علم المشتري بالعيب لا اعتبار عدم التنبيه، و عليه فتوقف المصنف (رحمه الله) فى محله و لا يرد عليه شىء مما تقدم:

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

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٢٤

فلو اشترط العالم ثبوت خيار العيب مريدا به الخيار الخاص (١) الذى له احكام خاصة فسد الشرط و افسد (٢) لكونه مخالفا للشرع (٣) و لو اراد به مجرد الخيار كان من خيار الشرط و لحقه احكامه لا أحكام خيار العيب..

(١) و لو اشترط العالم ثبوت خيار العيب مريدا به الخيار الخاص فالأقوال فيه ثلاثة:

صحة العقد و الشرط، اختاره صاحب الجواهر (رحمه الله)

(٢) فساد الشرط و العقد، اختاره المصنف (رحمه الله)

صحة العقد و فساد الشرط.

فالكلام يقع فى موردين:

الأول فى حكم الشرط.

الثانى: فى حكم العقد.

(٣) اما الاول: فقد استدل المصنف (رحمه الله) للفساد: بانه خلاف المشروع توضيحه: ان مدرك الخيار هو النص الخاص، فهو كما عرفت مختص بصورة الجهل،

فلا مقتضى للخيار مع العلم، و الشرط لا يحقق المقتضى لذلك الخيار الخاص المنحصر فى سبب خاص.

و فى الجواهر: الاستدلال للصحة بما توضيحه: ان الضرر مقتضى للخيار، و الاقدام مع العلم مانع من حيث كشفه عن الرضا، و مع الشرط ترتفع الكاشفية فلا مانعية.

و فيه: اولاً: ان المقتضى فى مقام الاثبات هى الاخبار، و هى كما عرفت مختصة بصورة الجهل.

و ثانياً: انه لو سلم كون المقتضى فى مقام الاثبات هى قاعدة لا ضرر فكونها مقتضية حتى مع العلم غير ثابت، بل المقتضى هو الضرر المستند الى الشارع، فمع العلم لا مقتضى، حيث ان الضرر لا يستند الى الشارع كما لا يخفى،

فالأظهر فساد الشرط

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٢٥

الثانى: تبرى البائع عن العيوب اجماعاً فى الجملة (١) على الظاهر المصرح به فى محكى الخلاف و الغنية و نسبه فى التذكرة إلى علمائنا اجمع و الأصل فى الحكم قبل الاجماع مضافاً الى ما فى التذكرة من ان الخيار انما يثبت لاقتضاء مطلق العقد السلامة. فإذا صرح البائع بالبراءة فقد ارتفع صحیحته زرارة المتقدمة و مكاتبه جعفر بن عيسى الآتية و مقتضى اطلاقهما كمعقد الاجماع المحكى عدم الفرق بين التبرى تفصيلاً و إجمالاً- و لا بين العيوب الظاهرة و الباطنة لاشتراك الكل فى عدم المقتضى للخيار مع البراءة خلافاً للمحكى فى السرائر عن بعض اصحابنا من عدم كفاية التبرى اجمالاً. و عن المختلف نسبة الى الاسكافى

و أما المورد الثانى: فان قلنا: ان الشرط الفاسد مفسد فساد العقد ايضاً، و الا فلا.

و بذلك يظهر ان الشيخ (رحمه الله) البانى على عدم مفسديّة الشرط الفاسد ليس له الحكم بفساد العقد فى المقام.

التبرى عن العيوب

(١) ثانيهما: تبرى البائع عن العيوب و قبول المشتري البيع معه، فانه يسقط به الرد و الارش بلا خلاف، و فى الجواهر: اجماعا محكيا صريحا عن الغنيّة و الخلاف و التذكرة و ظاهرا فى غيرها ان لم يكن محصلا.

و يشهد به- مضافا الى ذلك، و إلى ما فى الجواهر-: ضرورة كون المراد البراءة مما رتب الشارع عليه من الحكم و هو الرد أو الارش، فهو حينئذ شرط مندرج فيما دل على الشرائط حتى لو ذكره قبل العقد و بنيا عليه بناء على انه حينئذ كالمصرح به فيه، و لأن المشتري حينئذ راض به على ذلك، كما لو علم به و اقدم عليه، بل يشمله دليل ذلك.

بل قد يقال: ان فى شمول ادلة الخيار المزبور لمحل الفرض محل شك، بل ظاهرها خلافة، فتبقى اصالة اللزوم و اصالة براءة الذمة من الأرش بلا معارض انتهى.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٢٦

و قد ينسب الى صريح آخر كلام القاضى المحكى فى المختلف مع ان المحكى عن كامل القاضى موافقة المشهور و فى الدروس نسب المشهور إلى اشهر القولين ثم ان ظاهر الادلة هو التبرى من العيوب الموجودة حال العقد و أما التبرى من العيوب المتجددة (١) الموجبة للخيار

مفهوم صحيح زرارة عن الامام الباقر (عليه السلام): ايما رجل اشترى شيئا به عيب و عوار لم يتبرأ إليه و لم يتبين له فاحدث فيه بعد ما قبضه شيئا ثم علم بذلك العوار و بذلك الداء انه يمضى عليه البيع و يرد عليه بقدر ما نقص من ذلك و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به «١».

بالتقريب الآتى.

و مصحح جعفر بن عيسى: كتبت الى ابي الحسن (عليه السلام): جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد فينادى عليه المنادى، فإذا نادى عليه برئ من كل عيب فيه، فإذا اشتراه المشتري و رضيه و لم يبق الا نقد الثمن، فربما زهد فإذا زهد فيه ادعى فيه عيوباً و انه لم يعلم بها فيقول المنادى: قد برئت منها، فيقول المشتري: لم اسمع البراءة منها: أ يصدق فلا يجب عليه الثمن ام لا يصدق فيجب عليه الثمن؟ فكتب: عليه الثمن «٢».

و دلالاته على ذلك من وجهين واضحة، و مع ذلك كله فلا يصغى الى ما قيل من ان شرط التبرى من العيب موجب للجهد بالمبيع و الغرر، الموجبين للبطلان،

اضف إليه ما تقدم فى مبحث خيار الرؤية فى مسألة شرط عدم الخيار دفع دينك و سائر ما اورد عليه.

هذا كله فى العيب الموجود قبل العقد،

(١) و أما العيب المتجدد بعده الموجب للخيار، كالحادث بعد العقد قبل القبض أو فى زمان خيار المشتري، فهل يصح التبرى منه كما هو المشهور، و عن ظاهر التذكرة.

الاجماع عليه، ام لا يصح؟ وجهان.

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

(٢) الوسائل- باب ٨- من ابواب احكام العيوب حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٢٧

فيدل على صحته و سقوط الخيار به عموم المؤمنون عند شروطهم (١) قال في التذكرة بعد الاستدلال بعموم المؤمنون لا يقال ان التبري مما لم يوجد يستدعي البراءة مما لم يجب (٢) لانا نقول ان التبري انما هو من الخيار الثابت بمقتضى العقد لا من العيب، (٣) انتهى.

اقول المفروض ان الخيار لا يحدث الا بسبب حدوث العيب و العقد ليس سببا لهذا الخيار (٤) فإسناد البراءة الى الخيار لا ينعف و قد اعترف قدس سره في بعض كلماته بعدم جواز اسقاط خيار الرؤية بعد العقد و قبل الرؤية. (٥) نعم ذكر في التذكرة جواز اشتراط نفى خيار الرؤية في العقد لكنه مخالف لسائر كلماته و كلمات غيره كالشهيد و المحقق الثاني.

و بالجملة فلا فرق بين البراءة من خيار العيوب و البراءة من خيار الرؤية

(١) قد استدل المصنف (رحمه الله) للاول: بعموم المسلمون عند شروطهم «١»

ثم اورد عليه ايرادين.

(٢) احدهما: انه من قبيل البراءة مما لا ثبوت له فيكون كإسقاط ما لا يجب.

(٣) و نقل عن العلامة الجواب عنه: بان البراءة ليست من العيب بل من الخيار الذي هو مقتضى العقد.

(٤) و اجاب عنه: بان العقد ليس سببا لهذا الخيار، بل سببه حدوث العيب فهو غير ثابت و لو ثبوت مقتضيه، فيكون كالعيب غير الحادث من حيث تعلق البراءة بما لا ثبوت له.

و فيه: ان التبري من العيب مرجعه الى شرط عدم الخيار و سقوطه، و قد مر مرارا ان اسقاط ما لم يجب معلقا على ثبوته لا مانع منه.

(٥) قوله و قد اعترف (قدس سره) في بعض كلماته بعدم جواز اسقاط خيار الرؤية سقوط الخيار أو عدم ثبوته غير اسقاط الخيار معلقا أو منجزا و لا محذور في الالتزام بعدم جواز الثاني، و جواز الاول كما تقدم و عليه فلا تنافي بين كلماته

(١) الوسائل - باب ٦ - من ابواب الخيار و باب ٤ من ابواب المكاتبه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٢٨

بل الغرر في الاول اعظم (١) الا- انه لما قام النص و الاجماع على صحة التبري من العيوب الموجودة فلا مناص عن التزام صحته مع امكان الفرق بين العيوب و الصفات المشترطة في العين الغائبة بان دفاع الغرر في الأول بالاعتماد على اصالة السلامة (٢) فلا يقدر عدم التزام البائع بعدمها بخلاف الثاني فإن الغرر لا يندفع فيه إلا بالتزام البائع بوجودها فإذا لم يلتزم بها لزم الغرر.

و أما البراءة عن العيوب المتجددة فلا- يلزم من اشتراطها غرر في البيع حتى يحتاج الى دفع الغرر باصالة عدمها لأنها غير موجودة بالفعل في المبيع حتى يوجب جهالة

ثانيهما: انه موجب للغرر، بتقريب: ان ارتفاع الغرر انما كان بالالتزام بالصحة،

و شرط عدم الخيار و التبري من العيب مرجعه الى عدم الالتزام بالصحة، فيعود الغرر.

و يرد- مضافا الى ما افاده من ان ارتفاع الغرر انما يكون بغلبة السلامة المحفوظة مع التزام البائع و عدمه،

و مضافا الى ما في آخر كلامه من ان العيب الحادث لعدم وجوده حال العقد لا يلزم من عدم اشتراط عدمه الغرر ما مر في خيار الرؤية في الجواب عن وجوه المناقاة بين شرط عدم الخيار و ما يرتفع به الغرر. فالأظهر صحة هذا الشرط.

(١) قوله بل الغرر في الاول اعظم هذا وجه آخر لعدم جواز التبري لا ربط له بما سبق وجه الاعظمية ان كون المبيع فاقد الوصف

الصحة اعظم من كونه فاقد الوصف الكمال.

(٢) قوله باندفاع الغرر في الاول بالاعتماد على اصالة السلامة في الحاشية اقول هذا ينافي ما ذكره آنفا وفاقا للتذكرة من انه إذا صرح البائع بالبراءة يرتفع اقتضاء اطلاق العقد السلامة انتهى و يمكن دفعه بان ارتفاع الاطلاق لا يساوق عدم الغلبة بل عدم ارادة الصحيح و بعبارة اخرى التبري انما ينفى الملازمة بين ارادة الصحيح، و ورود العقد على الغالب لا انه ينفى غلبة السلامة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٢٩

ثم ان البراءة في هذا المقام يحتمل اضافتها الى امور: (١)

الأول: عهدة العيوب و معناه تعهد سلامته من العيوب فيكون مرجعه الى عدم التزام سلامته فلا يترتب على ظهور العيب رد و لا أرش فكأنه باعه على كل تقدير.

الثاني: ضمان العيب و هذا انسب بمعنى البراءة و مقتضاه عدم ضمانه بمال فتصير الصحة كسائر الأوصاف المشترطة في عقد البيع لا يوجب الا تخيرا بين الرد و الامضاء مجانا و مرجع ذلك الى اسقاط ارش العيوب في عقد البيع لا خيارها.

الثالث: حكم العيب و معناه البراءة من الخيار الثابت بمقتضى العقد بسبب العيب و الأظهر في العرف هو المعنى الأول و الأنسب بمعنى البراءة هو الثاني. (٢)

و قد تقدم عن التذكرة المعنى الثالث و هو بعيد عن اللفظ الا ان يرجع الى المعنى الاول و الأمر سهل، ثم ان تبري البائع عن العيوب مطلقا أو عن عيب خاص انما يسقط تأثيره من حيث الخيار اما سائر احكامه فلا، فلو تلف بهذا العيب في ايام خيار المشتري لم يزل ضمان البائع لعموم النص (٣)

(١) قوله البراءة في هذا المقام يحتمل اضافتها الى امور و لما كانت البراءة مما لا ربط له بالمبتري غير صحيح، و العيب بنفسه من مصاديق ذلك، التجأ الى ابداء احتمالات في التبري الموضوع للحكم في المقام:

احدها: ارادة البراءة عن تعهد البائع له و اثره حينئذ سقوط الرد و الارش.

ثانيها: ارادة البراءة عن ضمانه لما به التفاوت و اثره سقوط الارش ثالثها: ارادة البراءة عن الحكم المترتب عليه و هو الخيار.

و المصنف مع اعترافه بان الأظهر في العرف هو المعنى الأول، قال:

(٢) و الانسب بمعنى البراءة هو الثاني و فيه: ان البراءة في الجميع بمعنى واحد امرا وجوديا يساوق التجنب عنه و نحوه، ام معنى سلبيا، و انما الفرق فيما اضيف إليه، فالمتعين هو الأول.

(٣) قوله فلو تلف بهذا العيب في ايام خيار المشتري لم يزل ضمان البائع لعموم النص

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٣٠

لكن في الدروس انه لو تبرأ من عيب فتلّف به في زمن خيار المشتري فالقرب عدم ضمان البائع و كذا 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 أشكالا ما لو تلف به و بعيب آخر تجدد في الخيار، انتهى كلامه رفع مقامه

الظاهر ان مورد كلام المصنف تلف المبيع في ايام خيار آخر مختص بالمشتري غير خيار العيب الساقط بالتبري، لا التلف في ايام خيار العيب، إذ التلف في تلك الأيام غير مشمول لقاعدة التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له لما عرفت من انه يوجب سقوط حق الرد بمقتضى النصوص لا الانفساخ،

فما في حاشية السيد (رحمه الله) من الايراد على المصنف (رحمه الله) بان ظاهر العبارة خلاف المقصود، فانها ظاهرة في ارادة الفرع الأول، مع ان المقصود الفرع الثاني، في غير محله.

و الكلام في الفرع المقصود ليس في ان ظاهر التبري من العيب التبري عن هذه العهدة ايضا ام لا: لأن هذا البحث لا يلائم التعليق بعموم النص، مع انه هين و تابع لقصد البائع و ظاهر كلامه،

ولا في ان هذه العهدة هل تكون من الحقوق و قابلة للاسقاط بان يكون مفاد قاعدة التلف في زمان الخيار كون دركه و خسارته عليه فيكون الضمان هنا كسائر الموارد قابلا للاسقاط، أو تكون من الأحكام و غير قابلة للاسقاط بان يكون مفاد القاعدة انفساخ العقد كما هو المعروف: فانه لا يلائم التعليق، مع انه سيأتى في احكام الخيار تنقيح القول فيه.

بل في انه بناء على كون ذلك من قبيل الحكم هل النص المتضمن له مختص بصورة عدم التبري من العيب، ام يشمل صورة التبري، و المصنف (رحمه الله) اختار الثاني، و علله بعموم النص، و هو متين.

ما قيل بكون مسقطا للرد و الارش

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٣١

ثم ان هنا امورا يظهر من بعض الأصحاب سقوط الرد و الارش بها.

منها زوال العيب قبل العلم (١) 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 اواخر فصل العيوب لو كان المبيع معيبا عند البائع ثم اقبضه و قد زال عيبه فلا رد لعدم موجهه و سبق العيب لا يوجب خيارا 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 الارش كما لا يخفى على المتأمل خصوصا مع تفريعه في موضع آخر قبل ذلك عدم الرد و الارش معا على زوال العيب، حيث قال لو اشترى عبدا و حدث في يد المشتري نكتة بياض في عينه و وجد نكتة قديمة ثم زالت احدهما، فقال البائع الزائلة هي القديمة فلا رد و لا ارش و قال المشتري بل الحادثة و لى الرد قال الشافعي يتحالفان الخ. ما حكاه عن الشافعي و كيف كان ففي سقوط الرد بزوال العيب وجه لان ظاهر ادلة الرد خصوصا بملاحظة ان الصبر على العيب ضرر هو رد المعيوب و هو المتلبس بالعيب (٢) لا ما كان معيوباً في زمان فلا يتوهم هنا استصحاب الخيار.

ثم ان هنا امورا يظهر من بعض الأصحاب سقوط الرد و الارش بها،

(١) منها: زوال العيب قبل العلم به، صرح به في محكي التذكرة و المسالك و فيه اقوال و وجوه ثلاثة، ثالثها كونه مسقطا للرد دون الارش قواه المصنف فالكلام يقع في مقامين:

الأول: في انه هل يسقط الرد ام لا؟

(٢) و قد استدلل للمسقطية في المتن و غيرها بانه الظاهر من الادلة المتضمنة لاثبات حق الرد على المعيوب الظاهر في المتلبس بالعيب فعلا.

و فيه: ان ما علق عليه الرد في النص ليس هو المعيوب، بل الموضوع هو الاثراء الخاص، و هو اشتراء شيء و به عيب.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٣٢

و أما الارش فلما ثبت استحقاق المطالبة به لفوات وصف الصحة عند العقد فقد استقر بالعقد (١) خصوصا بعد العلم بالعيب و الصحة انما حدثت في ملك المشتري فبراءة ذمة البائع عن عهدة العيب المضمون عليه يحتاج إلى دليل، فالقول بثبوت الارش و سقوط الرد

قوى لو لم يكن تفصيلا مخالفا للاجماع و لم اجد من تعرض لهذا الفرع قبل العلامة أو بعده.

و بعبارة اخرى: عنوان موضوع الخيار وقوع العقد على المعيوب، و هذا العنوان لا انقضاء له، بل هو يكون باقيا و لو بعد ارتفاع العيب، فمقتضى اطلاق النص بقاءه.

و لو اغمض عن ذلك و شك في بقاءه، فهل يجرى الاستصحاب ام لا؟

قد يقال بالعدم من جهة الشك في بقاء الموضوع، أو تيقن ارتفاعه،

و من جهة انه من الشك في المقتضى و من جهة انه لو كان زوال العيب قبل العلم به فليس له حالة سابقة بناء على كون الخيار حادثا بعد العلم و كذا إذا كان زواله بعده لاحتمال كون الزوال قبل الرد كاشفا عن عدم ثبوته من الأول.

و في الجميع نظر:

اما الأول: فلما عرفت من ان الموضوع متيقن الثبوت، لأنه من اشترى شيئا و به عيب، و هذا الموضوع باق قطعا.

و أما الثاني: فلأن الشك في المقتضى بهذا المعنى مورد لجريان الاستصحاب.

و أما الثالث: فلما تقدم من ظهور الدليل في ثبوت الخيار قبل العلم،

نعم بناء على المختار من عدم جريان الاستصحاب في الأحكام لا يجرى هذا الأصل.

(١) المقام الثاني: في انه هل يسقط الارش ام لا؟ فان قلنا بعدم سقوط الرد فالحكم واضح، و ان قلنا بسقوطه فربما يقال - كما في المتن - بعدم سقوطه.

و استدل له بما توضيحه: ان استحقاق مطالبة الارش فرع اشتغال الذمة بما به التفاوت، و براءة الذمة بعد اشتغالها تحتاج الى دليل، و الا فالأصل يقتضى بقاءه، و ليس الارش من قبيل الرد موضوعه العين الخارجية كي يتبدل الحكم بتبدل العين من المعيوبية الى الصحة.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٣٣

نعم هذا داخل في فروع القاعدة التي اخترعها الشافعي و هو ان الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد (١) لكن عرفت مرارا ان المرجع في ذلك هي الادلة و لا منشأ لهذه القاعدة.

و منها التصرف بعد العلم بالعيب فإنه مسقط للأمرين (٢) عند ابن حمزة في الوسيلة و لعله لكونه علامة للرضا بالمبيع بوصف العيب، و النص المثبت للأرش بعد التصرف ظاهر فيما قبل العلم ورد بأنه دليل الرضا بالمبيع لا بالعيب و الاولى ان يقال ان الرضا بالعيب لا يوجب اسقاط الارش

و فيه: ان الذمة لا تكون احد طرفي التخيير، فمعنى استحقاق الارش استحقاق التغيريم، فإذا كان الموضوع هو المعيب سقط ذلك بارتفاعه.

فتحصل: ان الأظهر بقاء الرد و الارش.

(١) قوله ان الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد و فيه ان الصحة و ان زالت ثم عادت الا انها حين وجودها قبل العقد لم تكن مناطا للمطلب، هذا إذا اريد بالزائل وصف الصحة و ان اريد به العيب فهو لم يعد.

التصرف بعد العلم بالعيب

(٢) و منها: التصرف بعد العلم بالعيب فانه ذهب جماعة منهم ابن حمزة في محكي الوسيلة الى انه يسقط الرد و الارش معا.

و تنقيح القول فيه بالبحث في مقامين:

الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثاني: في مقتضى النصوص الخاصة.

اما الأول: فان كان التصرف كاشفا عن الاجازة و اسقاط الخيار و قصد به ذلك يكون مسقطا للخيار، إذ لا فرق في الاسقاط بين كون المظهر فعلا أو قولاً، و الا فلا يكون مسقطاً.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٣٤

و انما المسقط له ابراء البائع عن عهدة العيب، و حيث لم يدل التصرف عليه فالاصل بقاء حق الأرض الثابت قبل التصرف (١) مع ان اختصاص النص بصورة التصرف قبل العلم ممنوع، فليراجع.

و أما النص العام الدال على مسقطية التصرف لخيار الحيوان معللاً بانه رضا بالبيع، «١» فقد عرفت حاله، و انه لا يدل على مسقطية التصرف لكل خيار.

(١) هذا بالنسبة الى الرد و أما الارش فان قلنا بعدم كون التصرف مسقطاً للرد و عدم الأخذ بعموم العلة فالأمر واضح،

و ان قلنا بمسقطيته له لعموم العلة أو غيره فقد استدلل لمسقطيته له بانه علامة الرضا بالمعيب ورد بانه علامة الرضا بالمبيع لا بالعيب.

و فيه: ان الالتزام بالمبيع الشخصي المتعلق بالمعيب لا محالة يكون التزاماً بالعيب لعدم معقولية الانفكاك.

فالاولى رده بان الرضا بالعيب يتصور على وجهين:

احدهما: الرضا به مجاناً و بلا عوض، و مرجع ذلك الى الابراء و اسقاط حق التبريم.

ثانيهما: الرضا به مع العوض، و حيث لا كاشفية له عن عدم اخذ العوض فلا يكون مسقطاً له.

و أما المقام الثاني: فالنصوص الخاصة تدل على مسقطية التصرف المغير للعين، بل تغير العين كما مر للرد، و هي اما مطلقة من حيث العلم و الجهل، أو مختصة بصورة الجهل بالعيب، فتدل على المسقطية في صورة العلم بالاولوية،

و لا تدل على سقوط الارش و لا على عدم سقوطه في صورة العلم. فان ظاهر صحيح زرارة: ايما رجل اشترى شيئاً و به عيب و عوار

فاحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً ثم علم بذلك العوار. «٢» حدوث العلم بعد التصرف، فلا تعرض له لصورة العلم.

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

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

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٣٥

و منها التصرف في المعيب الذي لم ينقص قيمته بالعيب (١) كالبلغل الخصى بل العبد الخصى على ما عرفت فإن الارش منتف لعدم تفاوت القيمة و الرد لأجل التصرف.

اما مرسل «١» جميل فظاهره كون مقسم الشرطيتين: وجد ان العيب بعد الاشتراء،

و التغير، مع انه لو سلم عدم تقييده بصورة وجدانه بعد التغير لا إطلاق له من هذه الجهة،

فانه وارد لبيان حكم الرد و الارش من حيث التغير و عدمه لا من حيث العلم و الجهل.

و أما اخبار وطء الجارية، فجملة منها «٢» مختصة بالتصرف قبل العلم، و ما يتوهم اطلاقه خبران:

احدهما: خبر عبد الملك عن مولانا الصادق (عليه السلام): لا ترد التي ليست بحبلى إذا وطئها صاحبها و له ارش العيب «٣».

ثانيهما: خبر محمد بن ميسر عنه (عليه السلام): كان على (عليه السلام) لا يرد الجارية بعيب إذا وطئت و لكن يرجع بقيمة العيب «٤».

ولكن الأول في مقام الفرق بين الحبلى وغيرها لا في مقام بيان حال الوطاء علما و جهلا،
و الثانى بين اجماله فى خبر ثالث عن الامام الصادق (عليه السلام) قال: قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى رجل اشترى جارية
فوطئها ثم وجد فيها عيبا «٥»
فما افاده الشيخ (رحمه الله) من ان اختصاص النص بصورة التصرف قبل العلم ممنوع فى غير محله.

التصرف فى المعيب الذى لم تنقص قيمته بالعيب

(١) و منها: التصرف فى المعيب الذى لم تنقص قيمته بالعيب قد يتوهم ان التعرض لهذا المبحث فى غير محله، إذ سقوط الرد و
الارش مع اجتماع مسقط هذا و مسقط ذلك من القضايا التى قياساتها معها،

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

(٢) الوسائل - باب ٤ و ٥ - من ابواب احكام العيوب.

(٣) الوسائل - باب ٥ - من ابواب احكام العيوب حديث ٣.

(٤) الوسائل - باب ٤ - من ابواب احكام العيوب حديث ٨.

(٥) نفس المصدر حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٣٦

و قد يستشكل فيه من حيث لزوم الضرر على المشتري بصبره على المعيب،

و فيه ان العيب فى مثله لا يعد ضررا ماليا بالفرض فلا بأس بأن يكون الخيار فيه كالثابت بالتدليس فى سقوطه بالتصرف مع عدم ارش
فيه و حله ان الضرر اما ان يكون من حيث القصد الى ما هو ازيد مالياً من الموجود. و أما ان يكون من حيث القصد الى خصوصية
مفقودة فى العين مع قطع النظر عن قيمته، و الاول مفروض الانتفاء، و الثانى قد رضى به و اقدم عليه، المشتري بتصرفه فيه بناء على ان
التصرف دليل الرضا بالعين الخارجية كما لو رضى بالعبد المشروط كتابته مع تبين عدمها فيه الا ان يقال ان المقدار الثابت من سقوط
الرد بالتصرف هو مورد ثبوت الأرش و إلا فمقتضى القاعدة عدم سقوط الرد بالتصرف (١) كما فى غير العيب و التدليس من اسباب
الخيار خصوصا بعد تنزيل الصحة فيما نحن فيه منزلة الأوصاف المشترطة التى لا يوجب فواتها ارشا فإن خيار التخلف فيها لا يسقط
بالتصرف كما صرح به، نعم لو اقتصر فى التصرف المسقط على ما يدل على الرضا كان مقتضى عموم ما تقدمه سقوط الرد بالتصرف
مطلقا.

لكن يرد ان التعرض له لجهتين:

احدهما: من جهة توهم عدم المقتضى للمسقطية فى صورة الاجتماع.

ثانيتها: من جهة توهم وجود المانع.

(١) اما الجهة الاولى: فتقريب عدم المقتضى: ان النصوص المتضمنة لسقوط الرد بالتصرف المغير مختصة بمورد فيه الارش، و لا
تعرض لها بما لا أرش فيه.

وفيه: ان مرسل جميل متضمن لشريطتين:

احدهما: ثبوت الرد مع قيام المبيع بعينه و الثانية: سقوطه مع التغير.

و الثانية و ان اختصت بمورد ثبوت الارش، الا ان الاولى بما ان منطوقها مطلق مفهومها ايضا كذلك. فتدبر فانه لا يخلو عن التأمل و

النظر.

و أما الجهة الثانية: فتقريب وجود المانع: ان فى بقاء مسقطية المجتمعين الضرر على المشتري، فينتفى ذلك بحديث لا ضرر.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٣٧

و منها حدوث العيب فى المعيب المذكور (١) و الاستشكال هنا بلزوم الضرر فى محله (٢) فيحتمل ثبوت الرد مع قيمة النقص الحادث لو كان موجبا له لأن الصحة فى هذا المبيع كسائر الأوصاف المشترطة فى المبيع التى لا يوجب فواتها ارشا و النص الدال على اشتراط الرد بقيام العين و هى المرسله المتقدمة مختص بمورد امكان تدارك ضرر الصبر على المعيب بالأرث (٣) و الاجماع فيما نحن فيه غير متحقق (٤) مع ما عرفت من مخالفة المفيد فى اصل المسألة هذا كله مضافا الى اصالة جواز الرد الثابت قبل حدوث العيب و هى المرجع بعد معارضة الضرر المذكور بتضرر البائع بالفسخ و نقل المعيب الى ملكه بعد خروجه عن ملكه سليما عن هذا العيب و كيف كان فلو ثبت الإجماع أو استفيض بنقله على سقوط الرد بحدوث العيب و التغيير على وجه يشمل المقام و ألا فسقوط الرد هنا محل نظر بل منع.

وفيه: ان التصرف مع العلم بمسقطيته يكون اقداما على الضرر، و بدونه لا- يوجب الضرر المالى لفرض انتفائه، و الضرر من حيث الغرض المعاملى حيث انه موجود فى جميع موارد التصرف المسقط قبل العلم فيخصص دليل نفى الضرر بما دل على مسقطيته.

(١) و منها: حدوث العيب فى المعيب المذكور لا كلام فى سقوط الارث، انما الكلام فى سقوط الرد ايضا، و اورد عليه.

(٢) تارة بان لزوم صبر المشتري ضرر عليه فينتفى بحديث لا ضرر.

(٣) و اخرى بان مدركه النص الخاص و مورده ثبوت الارث.

(٤) و ثالثة بان مدرك مانعية العيب الحادث عن الرد الاجماع و هو مختص بغير الفرض و لكن يرد على الاخير: ان المدرك ليس هو الاجماع، بل النص الخاص.

و يرد على الثانى: ان المرسل عام شامل لصورة عدم ثبوت الارث.

و يرد على الأول: ان هذا الضرر يلزم فى جميع موارد العيب الحادث، فالنص «١»

الدال على مسقطيته للرد يقيد اطلاق حديث لا ضرر «٢».

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

(٢) مر فى خيار الغبن و غيرهه مصادر الحديث مرارا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٣٨

و منها ثبوت احد مانعي الرد فى المعيب الذى لا يجوز اخذ الأرث فيه لأجل الربا. (١)

اما المانع الأول: فالظاهر ان حكمه كما تقدم فى المعيب الذى لا ينقص مالىته فإن المشتري لما اقدم على معاوضة احد الربويين بالآخر اقدم على عدم مطالبه مال زائد على ما يأخذه بدلا عن ماله و ان كان المأخوذ معينا فيبقى وصف الصحة كسائر الأوصاف التى لا يوجب اشتراطها الا جواز الرد بلا ارش فإذا تصرف فيه خصوصا بعد العلم تصرفا دالا على الرضا بفاقد الوصف المشترط لزم العقد كما فى 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 ايضا و هو مبنى على عموم منع العيب الحادث من الرد حتى فى صورة عدم جواز اخذ الأرث.

وقد عرفت النظر فيه و ذكر في التذكرة وجها آخر لامتناع الرد و هو انه لو رد فاما ان يكون مع ارش العيب الحادث. و أما ان يرد بدونه فإن رده بدونه كان ضررا على البائع و ان رد مع الأرش لزم الربا قال لأن المردود حينئذ يزيد على وزن عوضه و الظاهر ان مراده من ذلك ان رد المعيب لما كان بفسخ المعاوضة و مقتضى المعاوضة بين الصحيح و المعيب من جنس واحد ان لا يضمن وصف الصحة بشيء إذ لو جاز ضمانه لجاز اخذ المشتري الأرش فيما نحن فيه فيكون وصف الصحة في كل من العوضين نظير سائر الأوصاف الغير المضمونة بالمال فإذا حصل الفسخ وجب تراد العوضين من غير زيادة و لا نقيصة

لو ثبت احد مانعي الرد فيما لا يؤخذ الارش فيه

(١) و منها: ثبوت احد مانعي الرد في المعيب الذي لا يجور اخذ الارش فيه لاجل الربا مما ذكرناه في الفرعين السابقين، يظهر حال هذين الفرعين المذكورين في المقام، فان الأقوال و الأدلة متحدة، و انما نتعرض لهما لبيان امرين: احدهما: فيما افاده العلامة (رحمه الله) في وجه امتناع الرد. ثانيهما: في بيان ما به يتدارك ضرر المشتري. منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٣٩

و لذا يبطل التقاتل مع اشتراط الزيادة أو النقيصة في احد العوضين فإذا استرد المشتري الثمن لم يكن عليه إلا رد ما قابله لا غير، فإن رد الى البائع قيمة العيب الحادث عنده كما هو الحكم في غير الربويين إذا حصل العيب عنده لم يكن ذلك الا باعتبار كون ذلك العيب مضمونا عليه بجزء من الثمن فيلزم وقوع الثمن بازاء مجموع المثلث و وصف صحته فينقص الثمن عن نفس المعيب فيلزم الربا فمراد العلامة (رحمه الله) بلزوم الربا. اما لزوم الربا في اصل المعاوضة (١) إذ لو لا ملاحظة جزء من الثمن في مقابلة صفة الصحة لم يكن وجه لغرامة بدل الصفة و قيمتها عند استرداد الثمن. و أما لزوم الربا في الفسخ حيث قبول فيه الثمن بمقداره من المثلث و زيادة (٢)

و الاول اولى و مما ذكرنا ظهر ما في تصحيح هذا بأن قيمة العيب الحادث غرامة لما فات في يده مضمونا عليه نظير المقبوض بالسوم إذا حدث فيه العيب فلا ينضم الى المثلث حتى يصير ازيد من الثمن.

اما الأول: فقد افاد العلامة في وجهه: انه لو رد بدون ارش العيب الجديد لزم الضرر على البائع، و لو رد معه لزم الربا، و علله: بان المردود حينئذ يزيد على عوضه.

و المصنف (رحمه الله) احتمل في مراده وجهين:

(١) الاول: ان يكون مراده لزوم الربا في المعاملة.

(٢) و الثاني: ان يكون مراده لزوم الربا في الفسخ، فانه يضم الى المثلث المردود شيء آخر و هو الارش و اورد عليه السيد الفقيه (رحمه الله): بان مراد العلامة هو الوجه الأول قطعا، و ليس الثاني مراده، لأن اخذ الارش لا يعقل ان يكون مؤثرا في مقابل وصف الصحة و عدمه في المعاملة بان يكون اخذ الارش بعد ذلك مؤثرا في كون الوصف مقابلا بالعوض، بل حين المعاملة اما ان يكون مقابلا به فيلزم البطلان، و أما لا يكون كذلك، فاخذ الارش لا يبطله.

و لكن بيان مراد المصنف (رحمه الله) يظهر اندفاع هذا اليراد، توضيحه: ان حقيقة الفسخ حل المعاوضة و رجوع كل من العوضين الى محله السابق من دون ان يقتضى شيئا آخر

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٤٠

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

و عليه فان اقتضى الفسخ لارش العيب الجديد، و كون وصف الصحة في مقابل جزء من العوض ربا كان لازم مقابليته له ربا في المعاملة، و المفروض ان الشارع الأقدس حكم بان الصحيح و المعيب في غير المتجانسين واحد لا يقابل وصف الصحة في نظره بشيء و لو ربا،

الذي هو مفروض في غير المتجانسين، و حيث ان المفروض اقدم المتبايعين على معاملة صحيحة فحين المعاملة لا يلزم الربا، و انما يلزم ذلك من حين الفسخ لو اخذ الارش.

و لكن يرد على الوجه الأول- مضافا الى ان الارش غرامة شرعية لا يكون بجعل المتعاملين:

انه لا يكون الفسخ معاوضة، و الربا انما يجرى في المعاوضات مع انه من طرف واحد لا الطرفين.

و يرد على الوجه الثاني:

اولا: ما تقدم من ان اخذ الارش حتى من العيب القديم لا يوجب الربا لكونه غرامة شرعية تعبدية.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٤١

فذكروا في تدارك ضرر المشتري وجهين (١) اقتصر في المبسوط على حكايتهما احدهما: جواز رد المشتري للمعيب مع غرامة قيمة العيب الحادث (٢) لما تقدم إليه الإشارة من ان ارش العيب الحادث في يد المشتري نظير ارش العيب الحادث في المقبوض بالسوم في كونها غرامة تالف مضمون على المشتري لا دخل له في العوضين حتى يلزم الربا

و ثانيا: ان المحرم و غير النافذ هو المعاملة التي وجدت ربوية،

و أما احداث الربا فيها بعد الوجود فلا دليل على حرمة و مبطلية لها.

(١) و أما الثاني: فعلى المختار من ان اخذ الارش للعيب القديم لا- محذور فيه كما تقدم، يتعين اخذ الارش بلا رد لكون العيب الحادث مانعا عن الرد و معينا للارش،

و على القول بعدم جواز اخذ الارش يدور الأمر بين امور:

الأول: لزوم المعاملة و عدم جواز الرد و اخذ الارش.

الثاني: جواز رد المعيب مع غرامة قيمة العيب الحادث.

الثالث: فسخ المعاملة و اعطاء مثل المبيع في العيب القديم سليما عن العيب الجديد من جهة تعذر رد المبيع و هو في حكم التلف، اى التعذر العقلي الموجب للانتقال الى البديل.

و الثاني: يرد ما دل على مانعية العيب الحادث عن الرد.

و الثالث: يرد ما دل على ان التلف في هذا الخيار مسقط له و لا يوجب الانتقال الى البدل، فيتعين الأول، و حديث لا ضرر قد مر مرارا انه لا يصلح لاثبات الجواز للمعاملة اللازمة.

(٢) قوله احدهما جواز رد المشتري للمعيب مع غرامة قيمة العيب الحادث هذا الوجه انما يتم لو سلمنا قصور ما دل على مانعية العيب الحادث عن الرد في صورة عدم جواز اخذ الارش - و قد عرفت عدم قصوره.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٤٢

الثاني: ان يفسخ البيع لتعذر امضائه (١) و إلزام المشتري ببدله من غير الجنس معيبا بالعيب القديم و سليما عن الجديد و يجعل بمثابة التالف لامتناع رده بلا- ارش و مع الأرش و اختار في الدروس تبعا للتحرير. الوجه الأول مشيرا الى تضعيف الثاني بقوله لأن تقدير الموجود معدوما خلاف الأصل (٢) و تبعه المحقق الثاني معللا بأن الربا ممنوعة في المعاوزات لا في الضمانات و انه كأرش عيب العين المقبوضة بالسوم إذا حدث في يد المستام و ان كانت ربوية فكما لا يعد هنا ربا فكذا لا يعد في صورة النزاع. اقول قد عرفت الفرق بين ما نحن فيه و بين ارش عيب المقبوض بالسوم فإنه يحدث في ملك مالكة بيد قابضه و العيب فيما نحن فيه يحدث في ملك المشتري و لا يقدر في ملك البائع الا بعد فرض رجوع مقابله من الثمن الى المشتري و المفروض عدم المقابلة بين شيء منه و بين صحة البيع.

و منها تأخير الاخذ بمقتضى الخيار فإن ظاهر الغنية اسقاطه للرد و الأرش كليهما حيث جعل المسقطات خمسة التبري و الرضا بالعيب و تأخير الرد مع العلم لأنه على الفور بلا خلاف و لم يذكر في هذه الثلاثة ثبوت الأرش، ثم ذكر حدوث العيب و قال ليس له هاهنا إلا الأرش ثم ذكر التصرف و حكم فيه بالأرش فإن في إلحاق الثالث بالاولين في ترك ذكر الأرش فيه، ثم ذكره في الاخيرين و قوله ليس «له» هنا ظهورا في عدم ثبوت الارش بالتأخير و هذا احد القولين منسوب الى الشافعي. و لعله لأن التأخير دليل الرضا و يرد بعد تسليم الدلالة ان الرضا بمجرد لا يوجب سقوط الأرش كما عرفت في التصرف

(١) قوله الثاني ان يفسخ البيع لتعذر امضائه هذا الوجه ايضا لا يتم من جهة ان التلف في هذا الخيار موجب لسقوط الخيار، و جواز الرد لا للانتقال الى المثل أو القيمة.

(٢) قوله لان تقدير الموجود معدوما خلاف الاصل فيه انه لا خصوصية للتلف الا امتناع الرد و الامتناع الشرعي كالاتناع العقلي.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٤٣

نعم سقوط الرد وحده له وجه (١) كما هو صريح المبسوط و الوسيلة على ما تقدم من عبارتهما في التصرف المسقط و يحتمله ايضا عبارة الغنية المتقدمة بناء على ما تقدم في سائر الخيارات من لزوم الاقتصار في الخروج عن اصالة اللزوم على المتيقن السالمة عما يدل على التراخي عدا ما في الكفاية من اطلاق الاخبار و خصوص بعضها. و فيه ان الاطلاق في مقام بيان اصل الخيار. (٢) و أما الخبر الخاص فلم اقف عليه و حينئذ فالقول بالفور وفاقا لمن تقدم للأصل لا يخلو عن قوة مع ما تقدم من نفى الخلاف في الغنية في كونه على الفور و لا- يعارضه ما في المسالك و الحدائق من انه لا نعرف فيه خلافا لأنا عرفناه. و لذا جعله في التذكرة اقرب و كذا ما في الكفاية من عدم الخلاف لوجود الخلاف. نعم في الرياض انه ظاهر اصحابنا المتأخرين كافة و التحقيق رجوعا لمسألة الى اعتبار الاستصحاب في مثل هذا المقام و عدمه.

تأخير الأخذ بمقتضى الخيار.

و منها: تأخير الأخذ بمقتضى الخيار، فان ظاهر الغنية اسقاطه لهما، و قد ادعى الشهرة و عدم الخلاف على كل من القول بسقوطهما به

و عدمه، و هناك قول ثالث،

(١) ظاهر المصنف الميل إليه و تقويته و هو سقوط الرد دون الارش و المهم ملاحظة الأدلة.

و تحقيق الكلام بالبحث في موردين:

الأول: في الرد.

الثاني: في الارش.

اما الأول: فمقتضى اطلاق النصوص عدم السقوط ما لم يتحقق احد المسقطات،

و ما افاده المصنف (رحمه الله) من.

(٢) ان الاطلاق في مقام بيان اصل الخيار فيه منع يظهر لمن راجع الاخير و استدلال للسقوط:

بما دل على الفورية في كل خيار ثبت و لم يثبت كونه على الفور أو التراخي،

و بان التأخير دليل الرضا بسقوط الحق.

و لكن يرد على الأول: انه لا يرجع إليه مع الدليل على التراخي.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٤٤

و لذا لم يتمسك في التذكرة للتراخي الا به و الا فلا يحصل من فتوى الاصحاب الا الشهرة بين المتأخرين المستندة الى الاستصحاب و

لا اعتبار بمثلها.

و ان قلنا بحجية الشهرة أو حكاية نفى الخلاف من باب مطلق الظن لعدم الظن كما لا يخفى و الله العالم.

مسألة: قال في المبسوط من باع شيئاً فيه عيب لم يبينه فعل محظوراً (١)

أو كان المشتري بالخيار، انتهى.

و مثله ما عن الخلاف و في موضع آخر من المبسوط و جب عليه ان يبينه و لا- يكتمه أو يتبرأ إليه من العيوب و الاول احوط 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 التبرى، كما في الدروس،

فالمحصل من ظاهر كلماتهم خمسة اقوال. (٢)

و يرد على الثانى: عدم كاشفيته عن ذلك. فالأظهر عدم السقوط.

و أما الثانى: فعدم سقوطه اوضح، إذ مضافا الى ان مقتضى اطلاق الأخبار ذلك، ما استدل به على سقوط الرد على فرض تماميته لا

يدل على سقوط الارش.

اما الوجه الاول فلان لزوم العقد و عدم انحلاله اجنبى عن سقوط الارش و عدمه و أما الوجه الثانى فلان الرضا و الالتزام بالعقد اعم

من كونه مجانياً أو مع العوض و بذلك ظهر اندفاع ايراد السيد الفقيه على المصنف بان ما ذكر في وجه سقوط الرد يدل على سقوط

الارش ايضا.

وجوب الاعلام بالعيب

(١) قوله مسألة قال في المبسوط من باع شيئاً فيه عيب لم يبينه فعل محظوراً.

(٢) الاقوال في المسألة خمسة الاول وجوب الاعلام مطلقا

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٤٥

والظاهر ابتناء الكل على صدق الغش وعدمه، والذي يظهر من ملاحظة العرف واللغة في معنى الغش ان كتمان العيب الخفي و هو الذي لا- يظهر بمجرد الاختبار المتعارف قبل البيع غش، فإن الغش، كما يظهر من اللغة خلاف النصح. اما العيب الظاهر فالظاهر ان ترك اظهاره ليس غشا، نعم لو اظهر سلامته عنه على وجه يعتمد عليه، كما إذا فتح قرانا بين يدي العبد الاعمى مظهرها انه بصير يقرأ، فاعتمد المشتري على ذلك و اهمل اختباره كان غشا (١)

قال في التذكرة في رد استدلال الشافعي على وجوب اظهار العيب «مطلقا» بالغش ان الغش ممنوع بل يثبت في كتمان العيب بعد سؤال المشتري و تبينه و التقصير في ذلك من المشتري، انتهى.

و يمكن ان يحمل بقرينة ذكر التقصير على العيب الظاهر، كما أنه يمكن حمل عبارة التحرير المتقدمة المشتملة على لفظ الكتمان و على الاستدلال بالغش على العيب الخفي بل هذا الجمع ممكن في كلمات الاصحاب مطلقا، و من اقوى الشواهد على ذلك انه حكى عن موضع من السرائر ان كتمان العيوب مع العلم بها حرام و محذور بغير خلاف مع ما تقدم من نسبة الاستحباب إليه فلاحظ، ثم التبري من العيوب هل يسقط وجوب الاعلام في مورده، كما عن المشهور ام لا، فيه اشكال نشأ من دعوى صدق الغش.

الثاني: عدمه كذلك.

الثالث: استحباب الاعلام.

الرابع: التفصيل بين العيب الخفي و الجلي، فيجب في الأول دون الثاني:

الخامس: التفصيل بين الجلي و الخفي، فيجب في الأول مع عدم التبري.

و تحقيق الكلام بالبحث في موارد:

الأول: في انه هل يصدق على ترك الاعلام عنوان الغش ام لا؟

(١) و الاظهر: انه بمعنى الخديعة و التليس و لا يصدق ذلك على ترك الاعلام بالعيب، و لا على كتمان العيب الخفي، و انما يصدق على اظهار انه صحيح، و حيث ان البيع انما يكون من البائع بعنوان ان المبيع صحيح و انه ملتزم بصحته فهو اظهار لخلاف الواقع

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٤٦

و من ان لزوم الغش من جهة ظهور اطلاق العقد في التزام البائع بالصحة، فإذا تبرأ من العيوب ارتفع الظهور (١) او من جهة ادخال البائع للمشتري فيما يكرهه عامدا و التبري لا يرفع اعتماد المشتري على اصالة الصحة، فالتعزير انما هو لترك ما يصرفه عن الاعتماد على الاصل و الاحوط الاعلام مطلقا كما تقدم من المبسوط، ثم ان المذكور في جامع المقاصد و المسالك و عن غيرهما انه ينبغي بطلان البيع في مثل شوب اللبن بالماء لأن ما كان من غير الجنس لا يصح العقد فيه و الآخر مجهول الا ان يقال ان جهالة الجزء غير مانعة ان كانت الجملة معلومة، كما لو ضم ماله و مال غيره و باعهما، ثم ظهر البعض مستحقا، فإن البيع لا يبطل في ملكه و ان كان مجهولا قدره وقت العقد، انتهى.

و لا- يفرق في ذلك بين العيب الخفي و الجلي الا إذا كان من الواضح بحد لا موجب للالتزام بالصحة، و إلى هذا المورد النظر في صحيح (١) ابن مسلم المتضمن لخط الجيد بالردىء حيث قال (عليه السلام): إذا رؤيا جميعا فلا بأس.

و بذلك يظهر ضعف ما قيل من عدم صدق الغش على ترك اظهار العيب الجلي في المعاملة،

و اضعف منه دعوى عدم صدقه على مجرد المعاملة على المعيب بالعيب الخفي ما لم ينضم إليه شيء آخر كما في حاشية السيد.

الثاني: في حكمه التكليفي.

و الأظهر انه حرام مطلقا كما تقدم الكلام فيه مفصلا في الجزء الثاني من هذا الشرح،
و ما افاده السيد (رحمه الله) من عدم حرمة المعاملة على المعيب بالعيب الجلي و ان صدق عليها الغش لصحيح محمد بن مسلم، يندفع
بما عرفت.

الثالث: في حكمه الوضعي.

و الحق عدم الفساد، لأن حرمة المعاملة اعم من فسادها، و لا دليل آخر على الفساد في جميع الموارد كما تقدم الكلام فيه في الجزء
الثاني.

(١) الرابع: انه لو تبرأ البائع من العيب هل يسقط وجوب الاعلام ام لا وجهان:

(١) الوسائل - باب ٩ - من ابواب احكام العيوب حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٤٧

اقول الكلام في مزج اللبن بمقدار من الماء يستهلك في اللبن و لا يخرج عن حقيقته، كالملاح الزائد في الخبز، فلا وجه للاشكال
المذكور. نعم لو فرض المزج على وجه يوجب تعيب الشيء من دون ان يستهلك فيه، بحيث يخرج عن حقيقته الى حقيقة ذلك
الشيء توجه ما ذكره في بعض الموارد.

مسائل: في اختلاف المتبايعين

اشارة

و هو تارة في موجب الخيار، و أخرى في مسقطه و ثالثة في الفسخ أما

الأول: [الاختلاف في موجب الخيار]

اشارة

ففيه مسائل: الاولى: لو اختلفا في تعيب المبيع و عدمه مع تعذر ملاحظته لتلف أو نحوه، (١) فالقول قول المنكر بيمينه.

اظهرهما الأول، لان الغش كما عرفت انما يصدق على فعل البائع من جهة كون البيع واقعا بعنوان ان المبيع صحيح و انه ملتزم بصحته،
فإذا تبرأ عن العيب و لم يلتزم بالصحة لا يصدق الغش،
مع ان صدق الغش يتوقف على ايقاع الطرف فيما يكرهه و غير راض به، فمع رضاه بذلك و شرائه بعد تبرئ البائع و عدم الفحص عن
صحته و عيبه لا يصدق الغش.

لو اختلفا في تعيب المبيع

مسائل في اختلاف المتبايعين:

(١) الاولى لو اختلفا في تعيب المبيع فقد يكون البائع منكرا للعيب و المشتري مدعيا، و هو الغالب، و قد يكون البائع مدعيا كما لو

فرضنا فسخ المشتري ثم ندامته منه،

و ادعى انه لم يكن له ذلك فلا يكون البيع منفسخا، و ادعى البائع انه كان معيوباً، فاليق منفسخ.
و على التقديرين، اما ان تكون الحالة السابقة هي العيب، و أما ان تكون هي الصحة، و أما ان تكون مجهولة.
اما في الصورة الاولى فالقول قول مدعى العيب مع يمينه للاستصحاب.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٤٨

الثانية: لو اختلفا في كون الشيء عيباً و تعذر تبين الحال، لفقد اهل الخبرة (١)
كان الحكم كسابقه، نعم لو علم كونه نقصاً كان للمشتري الخيار في الرد دون (٢)
الارش، لأصالة البراءة.

الثالثة: لو اختلفا في حدوث العيب في ضمان البائع أو تأخره عن ذلك،
بان (٣) حدث بعد القبض و انقضاء الخيار

و أما في الصورتين الاخيرتين فالقول قول منكره،

اما في الاولى منهما فللاستصحاب،

و أما في الثانية فبناء على كون اصل السلامة من الاصول العقلانية، فلذلك و بناء على عدم كونه منها فلا صالة اللزوم و المراد بها في
المقام استصحاب بقاء العقد بعد الفسخ و اصالة البراءة عن الارش.

(١) الثانية: لو اختلفا في كون الشيء عيباً و تعذر تبين الحال، فان احرز كونه نقصاً و لكن تردد الأمر بين كونه منقصاً للقيمة و عدمه
كان الأصل مع البائع لأصالة البراءة من الارش،

(٢) فهل يثبت له الرد كما عن المصنف ام لا كما في الحاشية؟ وجهان:

قد استدلل للثاني: بان النقص غير الموجب لنقص المالى لا يكون عيباً فلا تشمله ادلة خيار العيب.

و فيه: اولاً: ان الالتزام الضمنى بالصحة موجب لثبوت حق الرد لفرض تخلف الشرط.

و ثانياً: ان من يرى دلالة حديث نفى الضرر على نفى اللزوم لا- بد له من البناء على دلالة على جواز الرد في المقام لعدم انحصار
الضرر بالمالى، بل هو شامل لنقص الغرض المعامل، فالأظهر ان له ذلك.

و ان تردد بين كونه نقصاً و عدمه كان القول قول منكره مع اليمين لأصالة عدم كونه نقصاً الازلى، و لأصالة اللزوم بالمعنى المتقدم.

(٣) الثالثة: لو اختلفا في حدوث العيب في ضمان البائع أو تأخره عنه و صور هذه المسألة ثلاثة.

احداها: ما لو ادعى المشتري تقدم العيب على العقد و انكره البائع.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٤٩

كان القول قول منكر تقدمه للاصل ١ (١) حتى لو علم تاريخ الحدوث و جهل تاريخ العقد لان اصالة عدم العقد حين حدوث العيب
لا- تشيبت وقوع العقد على العيب و عن المختلف انه حكى عن ابن الجنيد انه ان ادعى البائع ان العيب حدث عند المشتري حلف
المشتري ان كان منكرًا، انتهى.

و لعله لأصالة عدم تسليم البائع العين الى المشتري على الوجه المقصود (٢)

و عدم استحقاقه الثمن كلا و عدم لزوم العقد نظير ما إذا ادعى البائع تغير العين عند المشتري و انكر 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.

(١) قال المصنف كان القول قول منكر تقدمه للاصل مراده منه اصاله عدم حدوث العيب قبل العقد.

توضيحه: ان موضوع الخيار وقوع العقد على المعيب على ما هو ظاهر الأخبار،

فتجرى اصاله عدم حدوث العيب الى ما بعد حدوث العقد، و حيث ان العقد على العين محرز، و عدم العيب محرز بالأصل، فينفى موضوع الخيار.

ولا تعارضها اصاله عدم العقد حين حدوث العيب، لأنه لا يثبت بها وقوع العقد على المعيب الذي هو موضوع الخيار الا على القول بالأصل المثبت.

و بذلك يظهر الحال في الصورتين الاخيرتين، و هما ما لو اختلفا في حدوث العيب بعد العقد قبل القبض أو بعده،

و ما لو اختلفا في انه حدث في زمان خيار المشتري ليكون مضمونا على البائع، أو فيما بعد مضي ذلك الزمان، فان الأثر مترتب على تلف وصف الصحة قبل القبض، أو في زمان الخيار، فاصاله عدم التلف الى ما بعد القبض أو انقضاء زمان الخيار تجرى و يترتب عليها عدم الضمان. و لا تعارضها اصاله عدم القبض و عدم الانقضاء الى ما بعد التلف لعدم الأثر.

و عن العلامة (رحمه الله): ان القول قول مدعى التقدم و هو المشتري.

(٢) و استدلل له: باصاله عدم تسليم المبيع الى المشتري على الوجه المقصود،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٥٠

قال في التذكرة و لو اقام احدهما بينه عمل بها، (١) ثم قال: و لو اقاما بينه عمل بينه المشتري (٢) لأن القول قول البائع لأنه ينكر، فالبينة على المشتري و هذا منه مبنى على سقوط اليمين على المنكر بإقامة البينة و فيه كلام في محله، و ان كان لا يخلو عن قوة

و اصاله عدم استحقاق البائع الثمن كلاً،

و اصاله عدم لزوم العقد.

و في الجميع نظر:

اما الاولى: فلأن عدم التسليم لا أثر له، و موضوع الأثر تلف الوصف قبل العقد، أو قبل القبض، أو قبل انقضاء الخيار، و الأصل عدمه.

و أما الثانية: فلأن الارش ليس جزء من الثمن، فالبائع مستحق للثمن كلاً على التقديرين.

و أما الثالثة: فلأن موضوع اللزوم ليس وقوع العقد على الصحيح كي تجرى اصاله عدمه و يحكم بعدم لزومه، بل الموضوع له عدم العيب حين العقد، و قد عرفت ان الأصل ذلك.

و تمام الكلام ببيان امور:

احدها: المشهور بين الأصحاب و ان كان كون اقامة البينة من المنكر كعدمه و ان وظيفته اليمين، بل عن المستند دعوى الاجماع عليه، الا ان جماعة منهم العلامة و الشهيد ذهبوا الى سماع بينه المنكر، و ان ما دل على ان اليمين على من انكر انما هو في مقام الارفاق لا التعيين،

(١) و عليه فكل منهما اقام بينه عمل بها.

(٢) ثانيها: و لو اقاما بينه قبل عمل بينه المشتري بمعنى ان بينه المشتري تقدم عند التعارض، فان البينة وظيفته، و انما تسمع بينه البائع المنكر لو لم يقم المشتري البينة،

و هو متين لما حقق في محله من تقديم بينه الخارج عند التعارض.

و للكلام محل آخر.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٥١

و إذا حلف البائع فلا بد من حلفه على عدم تقدم العيب (١) أو نفى استحقاق الرد أو الارش ان كان قد اختبر المبيع و اطلع على خفايا امره، كما يشهد بالاعسار و العدالة و غيرهما مما يكتفى فيه بالاختبار الظاهر. و لو لم يختبر، ففي جواز الاستناد في ذلك الى اصالة عدمه إذا شك في ذلك وجه احتمله في جامع المقاصد و حكى عن جماعة، كما يحلف على طهارة المبيع استنادا الى الاصل

(١) ثالثها قال المصنف و إذا حلف البائع فلا بد من حلفه على عدم تقدم العيب محصله: انه في صورة امكان الاختبار و العلم بالحال لا كلام في انه يعتبر في الحلف القاطع للخصومة ان يكون على الواقع و على البت. و أما في صورة الجهل بالحال فان كان مصب الدعوى هو العلم لا كلام ايضا في ان القاطع هو الحلف على نفى العلم. و ان كان هو الواقع، فان كان ذلك فعل الغير كما في الدعوى على الميت كفى الحلف على نفى العلم ايضا للدليل. و ان كان فعل نفسه ففيه وجوه:

الأول: الحلف على الواقع على البت استنادا الى الأصل.

الثاني: الحلف على نفى العلم و ان لم يدع المدعى عليه العلم.

الثالث: رد اليمين على المدعى، اما مع ثبوت الحق بدون الرد كما عن بعض، أو مع عدم ثبوته كما عن آخر.

الرابع: ايقاف الدعوى.

الظاهر كما دلت «١» النصوص عليه اعتبار كون الحالف قاطعا،

الا انه إذا كان العلم ماخوذا في موضوعه على وجه الطريقيه قامت الامارات مقامه،

و ان كان ماخوذا فيه بما انه مقتض للجرى العملى على وفق ما تعلق القطع به قامت الاصول المحرزة ايضا مقامه، فيجوز الحلف على الواقع استنادا الى الامارة أو الأصل،

(١) الوسائل - باب ٢٢ - من ابواب كتاب الايمان.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٥٢

و يمكن الفرق بين الطهارة و بين ما نحن فيه (١) بأن المراد بالطهارة في استعمال المتشرعة ما يعم غير معلوم النجاسة لا الظاهر الواقعي، كما ان المراد بالملكية و الزوجية ما استند الى سبب شرعى ظاهري، كما تدل عليه رواية جعفر الواردة في جواز الحلف على ملكية ما اخذ من يد المسلمين.

و في التذكرة بعد ما حكى عن بعض الشافعية جواز الاعتماد على اصالة السلامة في هذه الصورة، قال: و عندي فيه نظر اقربه الاكتفاء بالحلف في نفى العلم،

و استحسنه في المسالك قال: لاعتضاده باصالة عدم التقدم، فيحتاج المشتري الى اثباته و قد سبقه الى ذلك في الميسية و تبعه في الرياض.

و قد دلت الرواية على جواز الحلف استنادا الى اليد و هي موثقة حفص، «١» و دلت النصوص «٢» على جواز الشهادة مستندة الى الاستصحاب و الحلف لا يزيد على الشهادة،

بل المستفاد من ذيل الموثق التلازم بينهما و اضيف الى ذلك كله ان الدعاوى و الشهادات و الايمان تتوقف بحسب الغالب على اماره أو أصل، لأن ما انتقل الى زيد من ابيه و ان كان جزميا الى ان كونه ابنا لأبيه بقاعدة الفراش، و كون المال مال ابيه انما هو بقاعدة اليد

أو أصالة الصحة، و عليه فلو لم نجز الحلف الا مع العلم الوجد انى انسد باب الحلف و غيره من ما هو فاصل للخصومات و تمام الكلام فى محله.

(١) قوله و يمكن الفرق بين الطهارة و بين ما نحن فيه محصل ما افاده (رحمه الله) ان الطهارة و الملكية من الموضوعات الشرعية فما كان غير معلوم النجاسة ظاهر فعلا بحكم الشارع كما ان الملكية المستندة الى سبب ملكية شرعية ظاهرة فإذا كان مورد الدعوى الطهارة أو الملكية يصح الحلف على الطهارة الفعلية أو الملكية الفعلية مستندا الى اماره أو اصل و هذا بخلاف مثل العيب الذى هو من الموضوعات الواقعية فمع عدم العلم به لا يمكن الحلف بتا على عدمه

(١) الوسائل - باب ٢٥ - من ابواب كيفية الحكم و احكام الدعوى من كتاب القضاء - حديث ٢.

(٢) الوسائل - باب ١٧ - من ابواب كتاب الشهادات.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٥٣

اقول ان كان مراده الاكتفاء بالحلف على نفي العلم فى اسقاط اصل الدعوى بحيث لا يسمع البيئه بعد ذلك ففيه اشكال. (١) نعم لو اريد سقوط الدعوى الى ان تقوم البيئه، (٢) فله وجه و ان استقرب فى مفتاح الكرامة ان لا يكتفى بذلك منه، فيرد الحاكم اليمين على المشتري، فيحلف و هذا اوفق بالقواعد.

ثم الظاهر من عبارة التذكرة اختصاص يمين نفي العلم على القول به بما إذا لم يختبر البائع المبيع بل عن الرياض لزوم الحلف مع الاختبار على البت قولاً واحداً (٣) لكن الظاهر ان المفروض فى التذكرة صورة الحاجة الى يمين نفي العلم، إذ مع الاختبار يتمكن من الحلف على البت، فلا حاجة الى عنوان مسألة اليمين على نفي العلم، لا ان اليمين على نفي العلم لا يكتفى من البائع مع الاختبار، فافهم.

(١) قوله بحيث لا يسمع البيئه بعد ذلك ففيه اشكال الاظهر عدم الاسقاط من جهة ان الحلف على نفي العلم فيما إذا كان مصب الدعوى هو الواقع لا أثر له الا فى الدعوى على الميت،

مع انه لو سلم ترتب الاثر عليه مطلقا بما ان سقوط الدعوى بحيث لا يسمع قول المدعى و ان اقام البيئه بعد ذلك على خلاف القاعدة و ما دل عليه مختص باليمين البتية فلا وجه للاسقاط فى المقام.

(٢) قوله نعم لو اريد سقوط الدعوى الى ان تقوم البيئه لا وجه لذلك ايضا لانه خلاف ما تضمن من النصوص «١» من جعل الايمان و البيئات ميزانا لفصل الخصومة فالمتعين على فرض عدم الحلف على الواقع ان يرد الحاكم اليمين على المدعى.

(٣) قوله بل عن الرياض لزوم الحلف مع الاختبار على البت قولاً واحداً بل الحق عدم الاكتفاء بالحلف على نفي العلم مع امكان الاختيار و ان لم يختبر بالفعل حتى لو قلنا بالاكتفاء به مع عدم امكانه نعم ان كان مصب الدعوى هو العلم كفى الحلف على عدمه مطلقاً.

(١) الوسائل - باب ١ - من ابواب كيفية الحكم و احكام الدعوى من كتاب القضاء.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٥٤

فرع لو باع الوكيل، فوجد به المشتري عيباً يوجب الرد رده على الموكل، لأنه المالك و الوكيل نائب عنه بطلت وكالته بفعل ما امر به، فلا عهده عليه، و لو اختلف الموكل و المشتري فى قدم العيب و حدوثه، (١) فيحلف الموكل على عدم التقدم، كما مر و لا يقبل اقرار الوكيل بقدمه، لأنه اجنبى

اختلاف الموكل و المشتري

(١) مسألة لو اختلف الموكل و المشتري في قدم العيب و حدوثه فللمسألة فروض:

الأول: ما إذا كان المشتري عالما بالوكالة.

لا كلام في انه يقدم قول الموكل مع يمينه على عدم التقدم، كما تسمع دعوى المشتري مع البيئ، و لا يقبل اقرار الوكيل بالتقدم لأنه اجنبي.

و قد استدلت لقبول اقراره بوجهين:

احدهما: ان الوكيل حيث يكون مالكا للتصرف فيكون اقراره نافذا، لأن من ملك شيئا ملك الاقرار به. و لا يصح الجواب عنه بان زوال وكالته يوجب زوال حكم اقراره،

فان اقراره بما يكون مالكا له حين التصرف نافذ، أ لا ترى انه لو اقر الوكيل بالبيع يكون اقراره نافذا بل الحق في الجواب- بعد تسليم عموم القاعدة، و بعبارة اخرى: بعد تسليم الدليل عليها بهذا التعميم:- ان كون المبيع معييا ام صحيحا غير قابل للوكالة و الاستنابة، فلا ينفذ اقراره بالنسبة الى ذلك.

ثانيها: ما دل من النصوص «١» على ان الأمين لا يتهم و الوكيل امين، فيصدق في دعواه.

و فيه: ان ذلك مختص بما إذا لزم من عدم تأمينه تغريمه لا في مثل المقام مما لا شىء عليه على التقديرين كما لا يخفى. فالأظهر انه لا ينفذ اقراره.

(١) الوسائل- باب ٤- من ابواب كتاب الوديعه- و غيره من ابواب ساير الكتب.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٥٥

و إذا كان المشتري جاهلا بالوكالة و لم يتمكن الوكيل عن اقامة البيئ، فادعى على الوكيل بقدم العيب، (١) فإن اعترف الوكيل بالتقدم لم يملك الوكيل رده على الموكل، لأن اقرار الوكيل بالسبق دعوى بالنسبة الى الموكل لا يقبل الا بالبيئ، فله احلاف الموكل على عدم سبق (٢) لأنه لو اعترف نفع الوكيل بدفع الظلامه عنه فله عليه مع انكاره اليمين (و لو رد اليمين) على الوكيل، فحلف على سبق الزم الموكل و لو انكر الوكيل التقدم، (٣) حلف ليدفع عن نفسه الحق اللازم عليه لو اعترف و لم يتمكن من الرد على الموكل، لأنه لو اقر رده عليه، و هل للمشتري تحليف الموكل لأنه مقر بالتوكيل الظاهر لا، لأن دعواه على الوكيل يستلزم انكار وكالته و على الموكل يستلزم الاعتراف به، (٤) و احتمل

(١) الفرض الثاني: ما إذا كان المشتري جاهلا بالوكالة و لم يتمكن الوكيل من اقامة البيئ و اعترف بالتقدم رده المشتري على الوكيل، فهل للوكيل رده على الموكل، ام لا الا مع اقامة البيئ.

الظاهر هو الثاني، لأن اقراره بالسبق دعوى بالنسبة الى الموكل غير مشموله لقاعدة من ملك لا تسمع الا مع البيئ،

(٢) و هل له احلاف الموكل على عدم سبق كما في المتن لكونه منكرا ام لا من جهة ان كل منكر ليس عليه اليمين، بل إذا كان عليه غرامة للمدعى باقراره و الغرامة هنا ليست للوكيل بل للمشتري؟ وجهان:

اوجهها الأول، من جهة ان هذه الغرامة توجهت بحسب الظاهر الى الوكيل، فحلف الموكل يوجب قرار الغرامة المتوجهة الى الوكيل على الموكل فعليه اليمين و لو رد الموكل اليمين على الوكيل فحلف على سبق الزم الموكل.

(٣) الفرض الثالث: ما إذا كان المشتري جاهلاً بالوكالة و كان الوكيل غير متمكن من إقامة البينة، منكر التقدم، حلف لدفع الغرامة المتوجهة ظاهراً نحوه لو اعترف عن نفسه و ان لم تكن الغرامة عليه واقعا، و هل للمشتري تحليف الموكل؟ وجهان.

(٤) استدلال المصنف (رحمه الله) للثاني: بان دعواه على الوكيل تستلزم انكار وكالة و على الموكل تستلزم الاعتراف بها. منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٥٦

و احتمال في جامع المقاصد ثبوت ذلك له مؤاخذه له بإقراره، ثم إذا لم يحلف الوكيل و نكل، فحلف المشتري اليمين المردودة ورد العين على الوكيل، فهل للوكيل ردها على الموكل ام لا، وجهان، (١) بناهما في القواعد على كون اليمين المردودة كالبينة، فينفذ في حق الموكل، أو كإقرار المنكر، فلا ينفذ، (٢) و تنظر فيه في جامع المقاصد بان كونها كالبينة لا يوجب نفوذها للوكيل على الموكل، لأن الوكيل معترف بعدم سبق العيب، فلا تنفعه البينة القائمة على السبق الكاذبة باعترافه، قال: اللهم الا ان يكون انكاره لسبق العيب استناداً الى الاصل، بحيث لا ينافي 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.

وفيه: ان هذا يتم لو ادعى المشتري القطع بكذب الوكيل في دعوى الوكالة، و لا يتم فيها إذا كانت دعواه من جهة كون العين تحت يده، مع انه يمكن ان يقال في صورة القطع ايضاً: ان له ذلك مؤاخذه له بإقراره، كما عن جامع المقاصد.

(١) و لو نكل الوكيل الحلف فحلف المشتري اليمين المردودة ورد العين على الوكيل فهل يجوز للوكيل ان يردّها على الموكل ام لا؟ وجهان.

(٢) بناهما في القواعد على ان اليمين المردودة هل هي كالبينة الحالية عن الواقع التي تكون حجةً مثبتةً للمدعى به و ما يستخرج بها الحق فله ذلك،

ام هي كالاقرار الذي لا يملك به الوكيل الرد على الموكل كما تقدم؟

و في حاشية السيد (رحمه الله): التحقيق عدم جريان حكم شيء من البينة و الاقرار عليه، فيرجع فيه الى مقتضى الاصول.

هذه المسألة: و هي مسألة ان اليمين المردودة- هل هي بمنزلة اقرار المنكر أو بمنزلة بينة المدعى غير معنونه في كتاب القضاء، و هي ذات قولين عند اصحابنا، و خالفهم السيد في ملحقات عروته، و تبعه بعضهم و فرعوا على القولين فروعا ليس المقام مقام التعرض لها، و انما نشير الى وجه التردد، و هو: انه قد حصر في النصوص ميزان القضاة في البينة و اليمين، و حيث ان المدعى لا يمين له فلا بد و ان يكون يمينه بمنزلة بينته أو بمنزلة اقرار المنكر الذي لا يبقى معه خصومة، فيكون الحصر محفوظاً.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٥٧

و في مفتاح الكرامة ان اعتراضه مبنى على كون اليمين المردودة كبينة الراد (١)

و المعروف بينهم انه كبينة المدعى اقول كونه كبينته لا ينافي عدم نفوذها للوكيل المكذب لها على الموكل و تمام الكلام في محله. الرابعة: لو رد سلعة بالعيب، فأنكر البائع انها سلعته، (٢) 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 لاتفاهما على استحقاق الفسخ بعد ان احتمل مساواتها للمسألة الأولى.

و وجه كونه كالاقرار: ان المنكر برده اليمين كأنه ملتزم بالمدعى به على تقدير حلف المدعى، و ليس معنى الاقرار الا-الالتزام

بالمدعى به.

و وجه كونه كالبينة: ان جانب المدعى يطلب منه البينة لقوله البينة على المدعى و لو لا ان اليمين المردودة كالبينة لما ثبت بها دعواه. و تمام الكلام فى محله.

(١) قوله و فى مفتاح الكرامة ان اعتراضه مبنى على كون اليمين المردودة كبينة الراد ليس مبنيا على ذلك فان بينة المشتري مع اعتراف الوكيل، بكذبها لا تجدى للوكيل، و لا يصح الاستناد إليها على الموكل: لعلمه بكذبها.

اختلاف المتبايعين فى كون المردود سلعة البائع

(٢) مسألة: لو رد سلعة بالعيب فأنكر البائع انه سلعته و الكلام فيها يقع فى فرعين:

الأول: ما لو اختلفا فى كون سلعة معينة معيبة سلعة البائع، و ادعى المشتري انها له، و البائع انكر ذلك، و ان سلعته صحيحة، و مقتضى ذلك الاختلاف فى الخيار، و الأظهر فيه تقديم قول البائع لأصلين: موضوعى، و حكمى.

اما الأصل الموضوعى: فهو اصالة عدم وقوع العقد على السلعة المعينة الخارجية.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٥٨

اقول النزاع فى كون السلعة سلعة البائع يجتمع مع الخلاف فى الخيار و مع الاتفاق عليه، كما لا يخفى لكن ظاهر المسألة الاولى كون الاختلاف فى ثبوت خيار العيب ناشئا عن كون السلعة هذه السلعة المعيبة أو غيرها، و الحكم تقديم قول البائع مع يمينه.

و أما إذا اتفقا على الخيار و اختلفا فى السلعة، (١) فلذى الخيار حينئذ الفسخ من دون توقف على كون هذه السلعة هى المبيعة أو غيرها، فإذا فسخ و اراد رد السلعة فأنكرها البائع، فلا وجه لتقديم قول المشتري مع أصالة عدم كون السلعة هى التى وقع العقد عليها.

نعم استدل عليه فى الايضاح بعد ما قواه بأن الاتفاق منهما على عدم لزوم البيع و استحقاق الفسخ و الاختلاف فى موضعين:

احدهما: خيانة المشتري فيدعيها البائع بتغير السلعة و المشتري ينكرها و الاصل عدمها (٢)

الثانى: سقوط حق الخيار الثابت للمشتري، فالبائع يدعيه و المشتري ينكره و الاصل بقاءه (٣) و تبعه فى الدروس، حيث قال: لو انكر البائع كون المبيع مبيعه،

حلف و لو صدقه على كون المبيع معيوباً و انكر تعيين المشتري، حلف المشتري انتهى:

و بعبارة اخرى: عدم كون هذه السلعة واقعة موقع البيع لسبق اليقين بعدمها، و هذا هو المراد من اصالة عدم كونها سلعته.

و أما الأصل الحكمى: فهو ان الخيار حق حادث مسبق بالعدم، و الأصل عدمه.

(١) الفرع الثانى: ما لو اتفقا على الخيار و اختلفا فى كون العين المردودة سلعة البائع و فيه قولان:

احدهما: انه يقدم قول البائع، و الوجه فيه: الأصل الموضوعى المشار إليه فى الفرع الأول:

ثانيهما: تقديم قول المشتري: و استدل له:

(٢) بان مرجع الاختلاف حينئذ الى ان البائع يدعى خيانة المشتري بتغيير السلعة و ابراز سلعة اخرى مكانها، و الأصل عدمها.

(٣) و بان البائع يدعى سقوط الخيار المتفق عليه و الاصل بقاءه.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٥٩

اقول اما دعوى الخيانة فلو احتاجت الى الاثبات و لو كان معها اصالة عدم كون المال الخاص هو المبيع، لوجب القول بتقديم قول المشتري فى المسألة الاولى (١) و ان كانت هناك اصول متعددة على ما ذكرها فى الايضاح، و هى اصالة عدم الخيار و عدم حدوث

العيب و صحة القبض بمعنى خروج البائع من ضمانه، لأن أصالة عدم الخيانة مستندها ظهور حال المسلم و هو وارد على جميع الاصول العملية، (٢) نظير أصالة الصحة. و أما ما ذكره من أصالة صحة القبض فلم نتحقق معناها و ان فسرناها من قبله بما ذكرنا لكن أصالة الصحة لا تنتفع لاثبات لزوم القبض. (٣) و أما دعوى سقوط حق الخيار فهي انما تجدى

(١) و اورد المصنف (رحمه الله) على الاول: بان هذا الوجه يجرى فى الفرع الاول ايضا.
(٢) و حيث ان مدركه ظهور حال المسلم فيكون هو واردا على جميع الاصول العملية التى تكون مع البائع، فلا بد من القول بتقديم قول المشتري فيه ايضا.
و فيه: ان مدرك هذا الأصل ليس ظهور حال المسلم، إذ لا دليل على حجية هذا الظهور، فان هذا الظهور كظهور حاله فى عدم الكذب الذى لا يترتب عليه وجوب تصديقه،
بل الوجه فيه ان المشتري لثبوت الخيار له له الولاية على العين، فيصدق فيما له تلك لكونه امينا من قبل الشارع، فلا يتهم بالخيانة للنصوص.

و هذا لا يجرى فى الفرع السابق لعدم ثبوت الخيار، فالولاية غير ثابتة.
و أما الوجه الثانى: فاورد عليه المصنف (رحمه الله): بانه يجدى إذا كان الخيار المتفق عليه لأجل العيب، مع انه لا يثبت به وجوب قبول هذه السلعة الا من جهة التلازم الواقع بينهما،
و لا يثبت احد المتلازمين بالأصل الجارى فى الآخر، و هو متين،
و يمكن ان يقال: انه لا يجدى فى العيب ايضا مطلقا، إذ ربما يكونان متفقين على بقاء العين و يختلفان فى تعيينها.
(٣) قوله لكن أصالة الصحة لا تنفع لاثبات لزوم القبض يرد على ما افاده (قدس سره) ان أصالة صحة القبض بمعنى الخروج معه عن الضمان لو جرت يثبت بها لزوم العقد فان الموجب للخيار هو تلف الوصف
منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٦٠
إذا كان الخيار المتفق عليه لأجل العيب، كما فرضه فى الدروس و الا-فاكثر الخيارات مما اجمع على بقاءه مع التلف على ان أصالة عدم سقوط الخيار لا تثبت الا ثبوته لا وجوب قبول هذه السلعة الا من جهة التلازم الواقع بينهما. و لعل نظر الدروس الى ذلك لكن للنظر فى اثبات احد المتلازمين بالأصل الجارى فى الآخر مجال، كما نبهنا عليه مرارا.

و أما الثانى: و هو الاختلاف فى المسقط

إشارة

ففيه ايضا مسائل:

الاولى: لو اختلفا فى علم المشتري بالعيب و عدمه (١) قدم منكر العلم،
فيثبت الخيار.

الثانية: لو اختلفا فى زواله قبل علم المشتري أو بعده، (٢) على القول بأن زواله بعد العلم لا يسقط الارش 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

فلو ثبت الصحة بالمعنى المشار إليه ترتب عليها نفي الخيار و الحق ان يورد عليها بانها لا تجرى إذ قبض ذات المبيع معلوم و قبضه

موصوفا بالصحة غير معلوم و لا أصل يثبت قبضه كذبك

الاختلاف في المسقط

(١) مسألة: لو اختلفا في علم المشتري بالعيب و عدمه قدم قول منكر العلم فيثبت الخيار:

لأن موضوع هذا الخيار مركب من العيب، و جهل المشتري لما عرفت من اختصاص النصوص بصورة الجهل، و احد الجزئين محرز بالوجدان، و يجرى الأصل في الجزء الآخر و هو الجهل، إذ العلم حادث مسبق بالعدم، و بضم الوجدان الى الأصل يثبت موضوع الخيار، و معه لا تصل النبوة الى اصالة اللزوم، فقول المشتري موافق للأصل.

(٢) و لو اختلفا في زواله قبل علم المشتري أو بعده على القول بان زواله بعد العلم لا يسقط الارش، بل و لا الرد.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٦١

فالاصل لزوم العقد و عدم الخيار وجهان: اقواهما الاول و العبارة المتقدمة من التذكرة في سقوط الرد بزوال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرد تومئ الى الثاني، فراجع.

و لو اختلفا بعد حدوث عيب جديد و زوال احد العيين، (١) في كون الزائل هو القديم حتى لا- يكون خيار أو الحادث حتى يثبت الخيار، فمقتضى القاعدة بقاء القديم الموجب للخيار و لا يعارضه اصالة بقاء الجديد لان بقاء الجديد لا يوجب بنفسه سقوط الخيار الا من حيث استلزامه لزوال القديم، و قد ثبت في الاصول ان اصالة عدم احد الضدين لا يثبت وجود الضد الآخر ليرتب عليه حكمه

فان قلنا: بانه لا فرق في الحكم بين كون الزوال قبل العلم أو بعده لا مجال لهذه المسألة،

و انما الكلام فيها لو قلنا بالفرق، و حينئذ ان قلنا بان الخيار لا يثبت الا بعد ظهور العيب قدم قول مدعى عدم ثبوت الخيار لأصالة عدمه، و لا تجرى اصالة عدم زوال العيب و بقاءه لمعارضتها مع اصالة عدم ظهور العيب الى حين زوال العيب و تساقطهما معا. و ان قلنا: بانه يثبت من حين العقد و ان زوال العيب يوجب رفعه، فاصالة عدم زوال العيب قبل العلم يترتب عليها عدم سقوط الخيار و بقاءه،

و لا تعارضها اصالة عدم العلم قبل الزوال لعدم ترتب الأثر عليها.

(١) و لو اختلفا بعد حدوث عيب جديد و زوال احد العيين في كون الزائل هو القديم حتى لا يكون خيار أو الحادث حتى يثبت، فان قلنا بان العيب الجديد بنفسه مانع شرعا عن الخيار فاصالة بقاء العيب الجديد يترتب عليها الأثر و تجرى، و حينئذ ان بنينا على ان زوال القديم لا يوجب سقوط الخيار،

فاصالة بقاءه لا أثر لها فلا تجرى، و ان انعكس انعكس.

و ان بنينا على ان زوال القديم مسقط للخيار، و بقاء العيب الجديد مانع عن الخيار،

و ادعى المشتري زوال الجديد، و ادعى البائع زوال القديم، ففي الحقيقة البائع يدعى عدم المقتضى للخيار، و المشتري يدعى عدم المانع عنه، و كل منهما يدعى بقاء ما يدعى الآخر

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٦٢

لكن المحكى في التذكرة عن الشافعي في مثله التحالف، قال: لو اشترى عبدا و حدث في يده نكتة بياض بعينه و وجد نكتة قديمة، ثم زالت احدهما. فقال البائع الزائلة القديمة فلا رد و لا أرش و قال المشتري بل الحادث و لى الرد قال الشافعي:

يحلفان على ما يقولان فإذا حلفا استفاد البائع بيمينه دفع الرد و استفاد المشتري بيمينه اخذ الارش، انتهى.

الثالثة: لو كان عيب مشاهد غير المتفق عليه، (١) فادعى البائع حدوثه عند المشتري و المشتري سبقه، ففي الدروس انه كالعيب المنفرد

يعنى انه يحلف البائع كما لو لم يكن سوى هذا العيب و اختلفا في السبق و التأخر. و لعله لأصالة عدم التقدم (٢)

ويمكن ان يقال: ان عدم التقدم هناك راجع الى عدم سبب الخيار. و أما هنا فلا يرجع الى ثبوت المسقط، بل المسقط هو حدوث العيب عند المشتري، و قد مر غير مرة ان اصالة التأخر لا يثبت بها حدوث الحادث في الزمان المتأخر، (٣) و انما يثبت بها عدم التقدم الذي لا- يثبت به التأخر، ثم قال في الدروس لو ادعى البائع زيادة العيب عند المشتري و انكر المشتري احتمال حلف المشتري لأن الخيار متيقن، و الزيادة موهومة، و يحتمل حلف البائع اجراء للزيادة مجرى العيب الجديد

زواله، اما المشتري فهو يدعى بقاء القديم تحقيقا للمقتضى، و البائع يدعى بقاء الجديد اسقاطا لدعوى المشتري من الحلف على عدم زواله، فيتحالفان، و لعل نظر الشافعي الى هذه الصورة، فلا ايراد عليه.

(١) لو كان عيب مشاهد غير المتفق عليه فادعى البائع حدوثه عند المشتري و المشتري سبقه، ففيها وجوه و اقوال.

(٢) الاول ما عن الشهيد و هو انه يقدم قول البائع لأصالة عدم التقدم.

(٣) و اورد عليه المصنف (رحمه الله) بان هذا الاصل لا يجري في المقام لانه لا يثبت به حدوث العيب في الزمان المتأخر الذي هو المسقط للخيار فظاهر المصنف (رحمه الله) الالتزام بالوجه الثاني و هو انه يقدم قول المشتري لأصالة بقاء الخيار عند الشك في سقوطه و هناك وجه ثالث و هو الاظهر و هو اجراء حكم التداعي، فان البائع يدعى حدوثه عند

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٦٣

اقول: قد عرفت الحكم في العيب الجديد و ان حلف البائع فيه محل نظر، ثم انه لا بد من فرض المسألة فيما لو اختلفا في مقدار من العيب موجود زائد على المقدار المتفق عليه انه كان متقدما أو متأخرا.

و أما إذا اختلفا في اصل الزيادة، فلا اشكال في تقديم قول المشتري.

الرابعة: لو اختلفا في البراءة قدم منكرها، (١) فيثبت الخيار لأصالة عدمها الحاكمة على اصالة لزوم العقد.

و ربما يتراءى من مكاتبة جعفر بن عيسى خلاف ذلك، قال: كتبت الى ابي الحسن (عليه السلام) جعلت فداك: المتاع يباع فيمن يزيد فينادى عليه المنادى، فإذا نادى عليه

المشتري فخياريه ساقط و الثابت عليه خصوص الارش و المشتري ينكر ذلك و الاصل معه و هو استصحاب بقاء الخيار و لا يجري اصالة عدم العيب الى ما بعد القبض لانه لا يثبت بها الحدوث عند المشتري الذي هو المسقط للخيار،

و المشتري يدعى حدوث العيب عند البائع فيستحق الارش الزائد و البائع ينكره و الاصل معه و هو اصالة عدم تحققه الى حال القبض فكل منهما مدع من جهه و منكر من جهه اخرى فيتحالفان.

اختلاف المتبايعين في البراءة

و لو اختلفا في البراءة و ادعى البائع التبري من العيوب و انكره المشتري.

(١) قال المصنف (رحمه الله) قدم منكرها و الكلام في مقامين:

الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثاني: فيما يقتضيه النص الخاص.

اما الأول: فمقتضى اصالة البراءة تقديم قول المشتري، فان موضوع الخيار مركب من العيب و عدم البراءة، و أحد الجزئين محرز بالوجدان، و الآخر بالأصل فيثبت الموضوع و يترتب عليه الخيار، و هو حاكم على اصالة اللزوم.

و أما الثاني: فربما يتراءى من مكاتبة «١» جعفر بن عيسى المتقدمة المذكورة في المتن انه يقدم قول البائع

(١) الوسائل - باب ٨ - من ابواب احكام العيوب.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٦٤

برئ من كل عيب فيه، فإذا اشتراه المشتري ورضيه و لم يبق الا نقد الثمن فربما زهد فيه، فإذا زهد فيه ادعى عيوباً و انه لم يعلم بها، فيقول له المنادى قد برئت منها فيقول المشتري لم اسمع البراءة منها أ يصدق فلا يجب عليه ام لا يصدق؟ فكتب (عليه السلام) ان عليه الثمن، الخبر.

و عن المحقق الاردبيلي انه لا يلتفت الى هذا الخبر لضعفه مع الكتابة و مخالفة القاعدة، انتهى (١)

و ما ابعد ما بينه و بين ما في الكفاية، من جعل الرواية مؤيدة لقاعدة البينة على المدعى و اليمين على من انكر.

(١) و اورد عليها المحقق الاردبيلي (رحمه الله): بضعف السند و مخالفتها للقاعدة اما دعوى ضعف السند فيدفعها ان الشيخ (رحمه الله) يرويها بسنده عن الصفار عن محمد بن عيسى عن جعفر بن عيسى، و سند الشيخ (رحمه الله) الى الصفار صحيح، و محمد بن عيسى بن عبيد و ان ضعفه جمع الا ان منشأ تضعيف الجميع كلام الصدوق الذي قال: لا أروى ما يختص بروايته عن يونس، و منشأ ذلك ابن الوليد و لا يعاب به، فان اعتقاده انه يعتبر في الاجازة ان يقرأ على الشيخ أو يقرأ الشيخ عليه، و يكون السامع فاهماً لما يرويه، و كان لا يعتبر الاجازة المشهورة و كان محمد بن عيسى صغير السن في زمان يونس و لا يعتمدون على فهمه حين القراءة و لا على اجازة يونس له،

و هذا كما ترى لا يصلح منشأ للضعف، لا سيما و قد صرح جمع من الأساطين بوثاقته، و اخوه جعفر ايضاً ثقة أو حسن.

مع ان الأصحاب اعتمدوا على هذه المكاتبه في غير المقام، و هو جابر للضعف لو كان.

و أما مخالفتها للقاعدة فلا تصلح مانعة عن العمل بها لو كانت،

و الحق انها لا تنافي القاعدة من جهة التوجيه الذي افاده المصنف (رحمه الله).

و حاصله: ان قول البائع في مفروض الخبر موافق للظاهر لجريان العادة بنداء الدلال عند البيع بالبراءة من العيوب على وجه يسمعه كل من حضر للشراء، فيقدم قوله مع يمينه المعلوم من الخارج

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٦٥

و في كل منهما نظر (١)

و في الحدائق: ان المفهوم من مساق الخبر المذكور، ان انكار المشتري انما وقع مدالسة لعدم رغبته في المبيع و إلا، فهو عالم بتبري البائع و الإمام (عليه السلام) انما الزمه بالثمن من هذه الجهة. و فيه ان مراد السائل ليس حكم العالم بالتبري المنكر له فيما بينه و بين الله بل الظاهر من سياق السؤال استعمال من يقدم قوله في ظاهر الشرع من البائع و المشتري، مع ان حكم العالم بالتبري المنكر له مكابرة معلوم لكل احد خصوصاً للسائل كما يشهد به قوله أ يصدق ام لا يصدق، الدال على وضوح حكم صورتي صدقه و كذبه، و الاولى 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 في الرواية اشكال آخر، من حيث ان البراءة من العيوب عند نداء المنادى لا يجدي في سقوط خيار العيب، بل يعتبر وقوعه في متن العقد و يمكن التفصي عنه. اما بالتزام كفاية تقدم الشرط على العقد (٢) بعد وقوع العقد عليه، كما يأتي في باب الشروط. و أما بدعوى أن نداء الدلال بمنزلة الايجاب

حينما يقال ان القول قول البائع أو المشتري.

و أما ما افاده في الحدائق فيرد عليه ما في المتن.

(١) قوله و في كل منهما نظر اما وجه النظر في كلام المحقق الاردبيلي فقد تقدم و أما وجه النظر في ما في الكفاية فهو ما تقدم من ان الاصل مع المشتري و لكن من المحتمل ان يكون نظر صاحب الكفاية الى ما افاده المصنف (رحمه الله) من كون قول البائع في مورد الرواية موافقا للظاهر فيوافق قاعدة البيئته على المدعى و اليمين على من انكر.

(٢) قوله يمكن التفصي عنه اما بالتزام كفاية تقدم الشرط على العقد هذا مما لا يلتزمون به فان الشرط من الانشائيات و مجرد البناء عليه في ضمن العقد لا يكفي في انشائه و ذكره قبل العقد كعدم

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٦٦

لأنه لا ينادى إلا بعد أن يرغب فيه احد الحضار بقيمته، فينادى الدلال و يقول بعتك هذا الموجود بكل عيب و يكرر ذلك مرارا من دون ان يتم الايجاب،

حتى يتمكن من ابطاله عند زيادة من زاد.

و الحاصل جعل ندائه ايجابا للبيع، و لو ابيت الا عن ان المتعارف في الدلال كون ندائه قبل ايجاب البيع، امكن دعوى كون المتعارف في ذلك الزمان غير ذلك،

مع ان الرواية لا تصريح فيها بكون البراءة في النداء قبل الايجاب كما لا يخفى.

ثم الحلف هنا على نفى العلم بالبراءة (١) لأنه الموجب لسقوط الخيار لانتفاء البراءة واقعا.

الخامسة: لو ادعى البائع رضاء المشتري به بعد العلم أو اسقاط الخيار أو تصرفه فيه أو حدوث عيب عنده حلف المشتري لأصالة عدم هذه الامور،

و الصحيح في التفصي عنه بناء على كون التبري من العيوب من قبيل شرط سقوط الخيار- اما بما ذكره من كون نداء الدلال بمنزلة الايجاب أو انه لا تصريح في المكاتبه بكون النداء قبل الايجاب كما هو واضح و أما بناء على كونه عبارة عن عدم الالتزام بصحة المبيع و هو من جهة كونه رافعا لمنشأ الخيار بسقط به ذلك فالامر سهل فانه ليس من قبيل الشرط حتى يحتاج الى الانشاء.

(١) قوله ثم الحلف هنا على نفى العلم بالبراءة و الوجه فيه ان مصب الدعوى هو العلم و عدمه فان المسقط هو التبري المعلوم للمشتري فيكفي الحلف على نفى العلم هذا إذا كان مدرك تأثير التبري رجوعه الى شرط عدم الخيار فانه حينئذ يعتبر فيه القبول فلا يعقل بلا التفات و علم من المشتري و أما ان كان المدرك ان الخيار من جهة الالتزام بالصحة و التبري بمعنى عدم الالتزام بصحة المبيع- فهو و ان كان امرا واقعا يعلم تارة و يجهل اخرى الا انه يكتفى فيه بالحلف على عدم العلم مع عدم التمكن من اليمين البتية لكون المورد فعل الغير و المشهور الاكتفاء فيه بالحلف على نفى العلم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٦٧

و لو وجد في المعيب عيب اختلفا في حدوثه و قدمه (١) ففي تقديم مدعى الحدوث لأصالة عدم تقدمه كما تقدم سابقا في دعوى تقدم العيب و تأخره أو مدعى عدمه لأصالة بقاء الخيار الثابت بالعقد على المعيب و الشك في سقوطه بحدوث العيب الآخر في ضمان المشتري فالاصل عدم وقوع العقد على السليم من هذا العيب حتى يضمه المشتري.

و أما الثالث: [الاختلاف في الفسخ]

ففيه مسائل:

الاولى: لو اختلفا في الفسخ فإن كان الخيار باقيا فله إنشاؤه. (٢) و في الدروس انه يمكن جعل اقراره انشاءه (٣) و لعله لما اشتهر من ان من ملك شيئا ملك الاقرار به (٤)

(١) قوله و لو وجد في المعيب عيب اختلفا في حدوثه و قدمه الظاهر ان هذا تكرار لما في المسألة الثالثة من مسائل الاختلاف في المسقط

اختلاف المتبايعين في الفسخ

(٢) و لو اختلفا في الفسخ و ادعاه المشتري و انكره البائع و الكلام فيه في موردين:

الأول: فيما إذا كان الخيار باقيا.

الثاني: فيما إذا كان منقضيا.

اما الأول: فلا اشكال و لا كلام في ان له انشاؤه،

(٣) انما الكلام فيما افاده الشهيد (رحمه الله) من انه يمكن جعل اقراره انشاءه ظاهر هذه العبارة كون اقراره نافذ الا من جهة انه اخبار بالفسخ، بل من جهة كونه انشاء له، و عليه فما استدل به المصنف (رحمه الله) له.

(٤) من قاعدة من ملك اجنبي عن مراده و كيف كان: فان كان مراده جعل الاقرار نافذا من حيث انه انشاء له،

فيرد عليه: ان الاخبار و الانشاء متقابلان، فعلى القول بانه يعتبر في الفسخ الذي حل العقد ما يعتبر في العقد من الانشاء لا يكفي ذلك، نعم لو قلنا بانه لا يعتبر فيه سوى عدم

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٦٨

كما لو ادعى الزوج الطلاق، و يدل عليه بعض الاخبار الواردة فيمن اخبر بعق مملوكه (١) ثم جاء العبد يدعى النفقة على ايتام الرجل و أنه رق لهم و سيجيء الكلام في فروع هذه القاعدة، و ان كان بعد انقضاء زمان الخيار (٢) كما لو تلف العين افتقر مدعيه الى البيئه و مع عدمها حلف الآخر على نفي علمه بالفسخ إن ادعى عليه علمه بفسخه،

الالتزام بالعقد كفي ذلك، لكن المبني بمراحل من الواقع.

و ان كان مراده جعل الاقرار نافذا من جهة انه اقرار بفعل له السلطنة عليه، تم ما افاده لقاعدة من ملك و لقاعدة اقرار العقلاء على انفسهم من جهة انه اقرار بعدم حق الخيار له، و ان كان لازمه استحقاق استرداد الثمن.

(١) قوله و يدل عليه بعض الاخبار الواردة فيمن اخبر بعق مملوكه الظاهر ان لفظ العتق غلط من الناسخ، أو سهو من القلم بدل عن لفظ البيع فان الخبر وارد «١» في بيع المملوك- و على أي حال هو لا- يدل على ذلك فانه متضمن لقضية في واقعة و لعله (عليه السلام) كان مطلعاً على كذب الغلام- و لذا هو (قدس سره) في رسالته في هذه القاعدة لم يستدل بهذا الخبر مع استقصائه لجميع ما استدلل به و ما يمكن ان يستدل به على هذه القاعدة و أما الثاني: و هو ما إذا كان بعد انقضاء زمان الخيار فلا اشكال في انه ليس له انشاؤه، و لا في عدم العبرة باقراره من جهة انه انشاء،

انما الكلام في انه هل ينفذ اقراره. من جهة كونه اخباراً عن الفسخ ام لا؟

الظاهر ان له ذلك لما تقرر في محله و اشرنا إليه سابقاً من ان مقتضى قاعدة من ملك نفوذ اقراره من هو مسلط على تصرف بذلك التصرف و ان كان زمانه ماضياً، و لذا لا شبهة في نفوذ اقرار الوكيل بالبيع إذا انكر الموكل وقوعه.

و في المقام بما انه اقرار بما يكون له تشمله القاعدة،

فما قيل من افتقار مدعيه الى البيئه في غير محله.

(١) الوسائل - باب ٢٦ - من ابواب بيع الحيوان.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٦٩

ثم إذا لم يثبت الفسخ فهل يثبت للمشتري المدعى للفسخ الأرش لثلاثين من الحقين أم لا لإقراره بالفسخ و زاد في الدروس أنه يحتمل أن يأخذ أقل الأمرين من الأرش و ما زاد على القيمة من الثمن أن اتفق لأنه بزعمه يستحق استرداد الثمن ورد القيمة فيقع التقاص في قدر القيمة و يبقى قدر الأرش مستحقا على التقديرين، انتهى.

الثانية: لو اختلفا في تأخر الفسخ عن اول الوقت (١) بناء على فورية الخيار ففي تقديم مدعى التأخير لأصالة بقاء العقد (٢) و عدم حدوث الفسخ في اول الزمان (٣) أو مدعى عدمه لأصالة صحة الفسخ (٤) وجهان: و لو كان منشأ النزاع الاختلاف في زمان وقوع العقد

(١) لو اختلفا في تأخر الفسخ عن اول الوقت بناء على فورية الخيار ففي تقديم مدعى التأخير، أو مدعى عدمه وجهان: الكلام يقع في موردين:

الأول فيما إذا اختلفا في زمان الفسخ.

الثاني: فيما إذا اتفقا عليه و اختلفا في زمان وقوع العقد.

اما المورد الأول: فقد ذكر المصنف (رحمه الله) لتقديم قول مدعى التأخير اصلين:

(٢) أصالة بقاء العقد.

(٣) و أصالة عدم حدوث الفسخ في اول الزمان.

اما أصالة بقاء العقد فهي لا تجرى لكونها محكومة لأصالة بقاء زمان الخيار الى حال تحقق الفسخ، و أما أصالة عدم حدوث الفسخ في اول الزمان فهي لا تجرى لعدم كون الفسخ في اول الزمان بهذا العنوان موضوعا للأثر، بل الموضوع هو الفسخ في حال له الخيار، فيجوز استصحاب بقاء زمان الخيار خاصة، و يترتب عليه تأثير الفسخ.

(٤) و قد ذكر (قدس سره) لتقديم قول مدعى عدم التأخير أصالة صحة الفسخ و فيه: ان المختار عنده - على ما صرح به في آخر كتاب البيع - و عندنا - على ما حققناه في رسالته (القواعد الثلاث) المطبوعة - انه يعتبر في جريان أصالة الصحة في شيء احرار قابلية المحل عقلا، و من الواضح ان الفسخ بعد انقضاء زمان الخيار غير مؤثر عقلا

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٧٠

مع الاتفاق على زمان الفسخ (١) ففي الحكم بتأخر العقد لتصحيح الفسخ وجه يضعف بأن أصالة تأخر العقد الراجعة حقيقة الى أصالة عدم تقدمه على الزمان المشكوك وقوعه فيه لا يثبت وقوع الفسخ في اول الزمان. و هذه المسألة نظير ما لو ادعى الزوج الرجوع في عدة المطلقة و ادعت هي تأخره عنها. (٢)

الثالثة: لو ادعى المشتري الجهل بالخيار أو بفوريته بناء على فوريته (٣) سمع قوله ان احتمال في حقه الجهل للاصل و قد يفصل بين الجهل بالخيار فلا يعذر الا إذا نشأ في بلد لا يعرفون الاحكام و الجهل بالفورية فيعذر مطلقا لأنه مما يخفى على العامة

إذا لا فسخ لمن لا حق له عقلا.

فتحصل: انه يقدم قول مدعى عدم التأخير لأصالة بقاء زمان الخيار الى حال تحقق الفسخ لا لأصالة الصحة.

(١) و أما المورد الثاني: فالحق فيه ايضا تقديم قول مدعى العدم من جهة اصالة بقاء الزمان الخيار الى زمان الفسخ المعلوم، و أما اصالة تأخر العقد فكما لا يثبت بها وقوع الفسخ فى الزمان الأول، كذلك لا يثبت بها وقوع المتقدم فى آخر الوقت.
 (٢) قوله و هذه المسألة نظير ما لو ادعى الزوج الرجوع بمعنى اصل المسألة لا خصوص الفرض الثانى كما لا يخفى.
 (٣) قوله الثالثة لو ادعى المشتري الجهل بالخيار أو بفوريته بناء على فوريته بناء على عدم كون هذا الخيار على الفور لا يبقى مورد لهذا البحث،

كما انه على القول بان وجوده الواقعى فورى لا مورد لهذا النزاع ايضا و أما ان قلنا بان وجوده المعلوم فورى بحيث لا فورية الا بعد العلم باصل الخيار- فللنزاع فى العلم بالخيار و الجهل به مجال فانه على الجهل له اعماله و على العلم ليس له ذلك و أما النزاع فى العلم بالفورية و الجهل بها فانما يتصور له مورد لو كان فورية الخيار مقيدة بالعلم بالفورية بالنحو المعقول و على أى حال يقدم قول المشتري ان احتمال فى حقه الجهل للاصل أى اصالة عدم العلم الا إذا كان قوله مخالفا للظاهر بان يكون فى بلد اهله يعرفون الاحكام فيكون مدعى لا يقبل قوله الا بالبينه.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٧١

القول فى ماهية العيب

و ذكر بعض افراده (١)

اعلم ان حكم الرد و الارش معلق فى الروايات على مفهوم العيب و العوار.
 اما العوار ففى الصحاح انه العيب و أما العيب فالظاهر من اللغة و العرف انه النقص عن مرتبة الصحة (٢) المتوسطة بينه و بين الكمال، فالصحة ما يقتضيه اصل الماهية المشتركة بين افراد 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 الاناسى و غيره فإنه يعلم ان العمى عيب و معرفة الكتابة فى العبد و الطبخ فى الأمة كمال فيهما و قد يستكشف ذلك بملاحظة اغلب الافراد فإن وجود صفة فى اغلب افراد الشئ يكشف عن كونه مقتضى الماهية المشتركة بين افراده و كون التخلف فى النادر لعارض.

بيان حقيقة العيب.

(١) قوله القول فى ماهية العيب و ذكر بعض افراده تحقيق القول فى المقام فى طى مسائل الاولى فى بيان ماهية العيب، و استقصاء القول فيها بالبحث فى جهات الاولى انه طفحت كلماتهم تبعا لمرسل السيارى «١» بان (كل ما زاد أو نقص عن الخلقة الاصلية فهو عيب، و هذه عبارة اخرى عما فى المتن.

(٢) انه النقص عن مرتبة الصحة و ظاهر ذلك ان كل ما ثبت فى اصل الخلقة من الأجزاء و الأوصاف فزاد ذلك السيئ أو نقص فهو عيب، فينحصر العيب فى الزيادة و النقيصة الخلقية، و عبر جماعة عن ذلك بالخروج عن المجرى الطبيعى، و لكن المفهوم العرفى من العيب اعم من ذلك، فان الخراج الثقيل الخارج عما جرت العادة عليه فى الأراضى عيب عند العرف، مع ان الخراج اجنبى عن الخلقة الاصلية للأرض، و هو فى الشرع أيضا كذلك، فان عدم حيض الجارية المدركة

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

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٧٢

وهذا وان لم يكن مطردا في الواقع إذ كثيرا ما يكون اغلب الافراد متصفة بصفة لأمر عارضى أو لأمر مختلفة، الا ان بناء العرف و العادة على استكشاف حال الحقيقة عن حال اغلب الافراد. و من هنا استمرت العادة على حصول الظن بثبوت صفة الفرد من ملاحظة اغلب الافراد فإن وجود الشيء في اغلب الافراد وان لم يمكن الاستدلال به على وجوده في فرد غيرها لاستحالة الاستدلال و لو ظنا بالجزئى على الجزئى الا انه يستدل من حال الاغلب على حال القدر المشترك ثم يستدل من ذلك على حال الفرد المشكوك. إذا عرفت هذا تبين لك الوجه في تعريف العيب في كلمات كثير منهم بالخروج عن المجرى الطبيعى و هو ما يقتضيه الخلقة الاصلية.

جعل في النص عيبا، مع انه ربما يكون احتباس الدم لعارض مزاجى لا لنقص في الخلقة، و حمل الجارية جعل عيبا موجبا للخيار، مع انه ليس زيادة أو نقصا في الخلقة، و كذلك اباق العبد، فيعلم من ذلك ان العيب الشرعى اعم من الكلية المذكورة.

فالمتمين اما البناء على ان الخبر ورد لبيان العيب لا لتحديده،

أو التصرف في الكلية بحملها على خلاف ظاهرها، و هو كون الخلقة اسما لمعنى مصدرى يراد به ما عليه الشيء من الهيئة، فيعم كل نقص أو زيادة و ان لم يكن من اجزائه الاصلية، بل و ان كان الوصف الزائد اعتباريا ككون المزرعة ثقيلة الخراج و نحو تلك من الأوصاف الاعتبارية.

الجهة الثانية: بعد ما عرفت التوسعة في العيب، فقد يكون شيء واحد معيبا بملاحظة الخلقة الاصلية، و غير معيب بالاضافة الى الحقيقة العادية الثانوية، و قد ينعكس الأمر،

و على التقديرين ان كان ذلك بالاضافة الى جهتين فلا اشكال فى ان لكل منهما حكمها،

مثلا لو كانت الأرض غير قابلة للزرع لكنها خفيفة الخراج فهي معيبة باعتبار الخلقة الاصلية، و صحيحة باعتبار العادة الثانوية. و لو كانت قابلة للزرع لكنها ثقيلة الخراج فهي صحيحة بالاعتبار الأول و معيبة بالثانى، و فى الفرضين يجرى حكم العيب إذ لا يجب ان يكون الشيء

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٧٣

و ان المراد بالخلقة الاصلية ما عليه اغلب افراد ذلك النوع، و ان ما خرج عن ذلك بالنقص فهو عيب و ما خرج عنه بالمزية فهو كمال فالضعية إذا لوحظت من حيث الخراج فما عليه اغلب 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 الاصلية و حال اغلب الافراد التى يستدل بها على حال الحقيقة عرفا رجح الثانى (١) و حكم للشيء بحقيقته ثانوية اعتبارية يعتبر الصحة و العيب و الكمال بالنسبة إليها. و من هنا لا يعد ثبوت الخراج على الضعية عيبا مع ان حقيقتها لا تقتضى ذلك و انما هو شيء عرض اغلب الافراد فصار مقتضى الحقيقة الثانوية فالعيب لا يحصل الا بزيادة الخراج على مقتضى الاغلب.

معيوبا من جميع الجهات فى ترتب احكام العيب، بل يكفى التعيب من جهة واحدة.

و انما الكلام فيما إذا كان الاختلاف من جهة واحدة، كما إذا كان العبد الكبير اغلف فانه تام من حيث الخلقة، و معيوب باعتبار العادة الثانوية، إذ جرت العادة على الختان،

و يجب ذلك، و العبد مورد للخطر عند الختان، و كما إذا كانت الأمة ثيبة فان فيها نقصا خلقيا و تامة عادية.

و هذا هو مورد بحث المصنف (رحمه الله) حيث قال:

(١) ثم لو تعارض مقتضى الحقيقة الاصلية و حال اغلب الافراد التى يستدل بها على حال الحقيقة عرفا رجح الثانى.

و المفروض في كلامه المفروغية عن عدم الخيار فيما إذا كان بحسب الحقيقة الثانوية غير معيوب، و انما جعل مورد البحث ان ما هو كذلك، اى نقص أو زيادة بحسب الحقيقة الأولية و لا يكون كذلك بحسب الحقيقة الثانوية، هل يكون عيبا موضوعا و انما لا يلحقه حكم العيب، أو انه ليس بعيب موضوعا؟

و وجه الأول ان العيب هو النقص أو الزيادة بحسب الخلقة الأصلية، و انما يعتنى بوجود الصفة في اغلب افراد الطبيعة من جهة كشفه عن الخلقة الأصلية، و هذا انما يكون مع الجهل بها منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٧٤

و لعل هذا هو الوجه في قول كثير منهم بل عدم الخلاف بينهم في ان الثيوبه ليست عيبا في الاماء، و قد ينعكس الامر فيكون العيب في مقتضى الحقيقة الاصلية و الصحة بالخروج الى مقتضى الحقيقة الثانوية كالعلفه فإنها عيب في الكبير لكونها مخالفة لما عليه الاغلب الا- ان يقال ان العلفه بنفسها ليس عيبا انما العيب كون الاغلف موردا للخطر بختانه. و لذا اختص هذا العيب بالكبير دون الصغير.

و يمكن ان يقال ان العبرة بالحقيقة الاصلية و النقص عنها عيب و ان كان على طبق الاغلب (١) الا ان حكم العيب لا يثبت مع اطلاق العقد حينئذ لأنه انما يثبت من جهة اقتضاء الاطلاق للالتزام بالسلامة فيكون كما لو التزمه صريحا في العقد فإذا فرض الاغلب على خلاف مقتضى الحقيقة الاصلية لم يقتض الاطلاق ذلك بل اقتضى عكسه اعنى التزام البراءة من ذلك النقص فاطلاق العقد على الجارية بحكم الغلبة منزل على التزام البراءة من عيب الثيوبه

و أما مع العلم بالخلقة الأصلية فلا- يعتنى بالكاشف. نعم لا- يلحقه حكم العيب من جهة ان حكم العيب انما يثبت من جهة اقتضاء الاطلاق للالتزام بالسلامة، فيكون كما لو التزمه صريحا في العقد. فمع فرض الأغلب على خلاف مقتضى الحقيقة لا يقتضى الاطلاق ذلك،

بل يقتضى الالتزام بالبراءة من ذلك العيب، فلا يثبت الخيار من هذه الجهة.

و وجه الثانى: ان الغلبة بمنزلة الحقيقة الأصلية، و ان لها موضوعية كما تقدم،

مع ان مقتضى خبر سماعه في الرجل يشتري جارية على انها بكر و لم يجدها كذلك،

قال (عليه السلام). لا ترد عليه، و لا يجب عليه شىء، انه قد يكون يذهب في حال مرض أو امر يصيبها «١»

(١) و المصنف (رحمه الله) قوى الوجه الاول و لكن الأظهر هو التفصيل، إذ قد يكون شيوخ النقص أو الزيادة لمصلحة شخصية أو نوعية، كالتحان، فانه نقص امر به الشارع لمصلحة شخصية، و كالخراج، فانه لغرض نوعى عقلائى، و فى مثل ذلك لا يعد عيبا لما عرفت من انه ليس المدار على خصوص الخلقة الاصلية

(١) الوسائل- باب ٦- من ابواب احكام العيوب حديث ٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٧٥

و كذا العلفه في الكبير فهى ايضا عيب في الكبير لكون العبد معها موردا للخطر عند التحان الا- ان الغالب في المجلوب من بلاد الشرك لما كان هى العلفه لم يقتض الاطلاق التزام سلامته من هذا العيب بل اقتضى التزام البائع البراءة من هذا العيب. فقولهم ان الثيوبه ليست عيبا في الاماء.

و قول العلامة في القواعد ان العلفه ليست عيبا في الكبير المجلوب لا يبعد ارادتهم نفى حكم العيب من الرد و الارش لا نفى حقيقته و يدل عليه نفى الخلاف فى التحرير عن كون الثيوبه ليست عيبا مع انه فى التحرير و التذكرة اختار الارش مع اشتراط البكارة مع انه لا

أرش في تخلف الشرط بلا خلاف ظاهر.

وتظهر الثمرة فيما لو اشترط المشتري البكارة والختان فإنه يثبت على الوجه الثاني حكم العيب من الرد والارش لثبوت العيب غاية الامر عدم ثبوت الخيار مع الاطلاق لتزله منزلة تبرى البائع من هذا العيب فإذا زال مقتضى الاطلاق بالاشتراط ثبت حكم العيب و أما على الوجه الأول فإن الاشتراك لا يفيد الاخير تخلف الشرط دون الارش لكن الوجه السابق اقوى عليه فالعيب انما يوجب الخيار إذا لم يكن غالباً في افراد الطبيعة بحسب نوعها أو صنفها والغلبة الصنفية مقدمة على النوعية عند التعارض فالثبوت في الصغيرة الغير المجلوبة عيب لانها ليست غالبية في صنفها وان غلبت في نوعها.

ثم ان مقتضى ما ذكرنا دوران العيب مدار نقص الشيء من حيث عنوانه مع قطع النظر عن كونه مالا فإن (١) الانسان الخصى ناقص في نفسه و ان فرض زيادته من حيث كونه مالا

وقد يكون لا لمصلحه بل لجهة اخرى كثبوت الأمه، و في مثل ذلك يكون عيباً و لا عبرة بالغلبة، و هي من حيث هي ليست بمنزلة الخلقة الأصلية كما افاده المصنف (رحمه الله) والخبر لا يدل على ازيد من نفى الخيار.

(١) الجهة الثالثة: هل يعتبر في صدق العيب ان يكون موجبا لنقص المالىة فالنقص أو الزيادة خلقة و عادة غير المنقص للمالية لا يكون عيباً، ام لا يعتبر ذلك؟ وجهان

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٧٦

و كذا البغل الخصى حيوان ناقص و ان كان زائداً من حيث المالية على غيره، و لذا ذكر جماعة ثبوت الرد دون الارش في مثل ذلك.

و يحتمل قويا ان يقال ان المناط في العيب هو النقص المالى فالنقص الخلقى الغير الموجب للنقص كالخصاء و نحوه ليس عيباً الا ان الغالب في افراد الحيوان لما كان عدمه كان اطلاق العقد منزلاً على اقدام المشتري على الشراء مع عدم هذا النقص اعتماداً على الاصل والغلبة فكانت السلامة عنه بمنزلة شرط اشترط في العقد لا يوجب تخلفه الا خيار تخلف الشرط، و يظهر الثمرة في طرو موانع الرد بالعيب بناء على عدم منعها عن الرد بخيار تخلف الشرط، فتأمل. (١)

و في صورة حصول هذا النقص قبل القبض أو في مدة الخيار فإنه مضمون على الاول بناء على اطلاق كلماتهم ان العيب مضمون على البائع بخلاف الثاني فإنه لا دليل على ان فقد الصفة المشترطة قبل القبض أو في مدة الخيار مضمون على البائع بمعنى كونه سبباً للخيار

لا اشكال في ان مطلق الزيادة أو النقيصة الخلقية أو العادية لا يكون عيباً كحده بصر العبد، و زيادة شعر رأس الجارية و ما شابه تلكم، كما لا إشكال في انه ليس المدار على الزيادة و النقص من حيث المالية فقط، و الا لكانت الأشياء المختلفة من حيث المالية بعضها صحيحاً و بعضها معيباً، و ان لم يختلفا من حيث الأجزاء الأصلية.

انما الكلام في انه إذا كانت الزيادة أو النقيصة الموجبة للنقص في الشيء من حيث الآثار و الخواص المترتبة عليه غير موجبة للنقص في المالية من جهة تلازم النقص من هذه الجهة لأثر آخر و خاصية اخرى مترتبة عليه، هل تكون عيباً ام لا؟

و الظاهر صدق العيب عليها، إذ المدار ليس على المالية.

(١) قوله فتأمل الامر بالتأمل اشارة الى ما افاده في بحث موانع الرد من ان ادلتها مختصة بصورة ثبوت الارش - و قد تقدم ما عندنا و عرفت ان مرسل جميل يعم صورة عدم ثبوت الارش فهذه الثمرة موجودة

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٧٧

و للنظر في كلا شقي الثمرة مجال (١)

و ربما يستدل لكون الخيار هنا خيار العيب بما في مرسله السيارى الحاكىة لقصة ابن ابى لىلى، (٢) حيث قدم إليه رجل خصما له فقال: ان هذا باعنى هذه الجارية فلم اجد على ركبها حين كشفها شعرا و زعمت انه لم يكن لها قط، فقال له ابن ابى لىلى: ان الناس ليحتالون بهذا بالحيل حتى يذهبوه فما الذى كرهت، فقال له:

ايها القاضى ان كان عيبا فاقض لى به، قال فاصبر حتى اخرج اليك فانى اجد أذى فى بطنى، ثم دخل بيته و خرج من باب آخر فأتى محمد بن مسلم الثقفى فقال له: أى شىء تروون عن ابى جعفر فى امرأة لا تكون على ركبها شعرا أ يكون هذا عيبا، فقال له محمد بن مسلم: اما هذا نسا فلا- اعرفه و لكن حدثنى أبو جعفر عن ابيه عن آباءه عن النبى (صلى الله عليه و آله) قال كل ما كان فى اصل الخلقة فزاد أو نقص فهو عيب، فقال له ابن ابى لىلى: حسبك هذا فرجع الى القوم فقضى لهم بالعيب. فإن ظاهر اطلاق الرواية المؤيد بفهم ابن مسلم من حيث نفى نصوصية الرواية فى تلك القضية المشعر بظهورها فيها و فهم ابن ابى لىلى من حيث قوله و عمله كون مجرد الخروج عن المجرى

(١) قوله و للنظر فى كلا شقى الثمرة مجال مراده شقا الثمرة الثانية، و هما ضمان النقص قبل القبض، و فى مدة الخيار و هو فى محله، فان تلف وصف المبيع إذا كان مشمولاً لقاعدة كون التلف قبل القبض من البائع، «١» و قاعدة كون التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له «٢» كان تلف الوصف الملتزم به ايضا كذلك و لا يقاس ذلك بتلف ما التزم به البائع بما هو اجنبى عن تلف المبيع.

(٢) و أما خبر السيارى المذكور فى المتن «٣» فهو ضعيف السند لاتفاق الرجاليين على كون احمد بن محمد السيارى راوى الخبر ضعيف فاسد المذهب. و قد اجاب عنه المصنف (رحمه الله) باجوبة اخر سيمر عليك ما فيها.

(١) الوسائل- باب ١٠- من ابواب الخيار و المستدرک- باب ٩- من ابواب الخيار.

(٢) الوسائل- باب ٨- من ابواب الخيار.

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

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٧٨

الطبيعى عيبا و ان كان مرغوبا فلا- ينقص لأجل ذلك من عوضه كما يظهر من قول ابن ابى لىلى ان الناس ليحتالون، الخ. و تقرير المشتري له فى رده لكن الانصاف عدم دلالة الرواية على ذلك.

اما اولاً: فلأن ظاهر الحكاية ان رد المشتري لم يكن لمجرد عدم الشعر (١) بل لكونها فى اصل الخلقة، كذلك الكاشف عن مرض فى العضو أو فى اصل المزاج كما يدل عليه عدم اكتفائه فى عذر الرد بقوله لم اجد على ركبها شعرا حتى ضم إليه دعواه انه لم يكن لها قط. و قول ابن ابى لىلى ان الناس ليحتالون فى ذلك حتى يذهبوه لا يدل على مخالفة المشتري فى كشف ذلك عن المرض، و انما هى مغالطة عليه تفصيا عن خصومته لعجزه عن حكمها و الاحتيال لإذهاب شعر الركب لا يدل على ان عدمه فى اصل الخلقة شىء مرغوب فيه كما ان احتيالهم لإذهاب شعر الرأس لا يدل على كون عدمه من اصله لقرع أو شبهه امرا مرغوبا فيه.

و على المختار من صدق العيب ليس له الا الرد لما تقدم من عدم معقولية الارش،

كما انه على القول الآخر ايضا لا إشكال فى ثبوت حق الرد من جهة الالتزام الضمنى بعدم النقص، و لذا قد توهم عدم ترتب ثمره على هذا النزاع،

و المصنف (رحمه الله) دفعا لذلك ذكر ثمرتين.

احدهما: ما إذا طرأ احد موانع الرد بالعيب بناء على عدم منعها عن الرد بخيار تخلف الشرط، فانه على المسلك المنصور يسقط حق

الرد دون المسلك الآخر، و عرفت تماميتها ثانيتهما: انه إذا حصل هذا النقص قبل القبض أو في مدة الخيار فانه على فرض كونه عيبا يكون مضمونا على البائع - و على فرض عدمه لا يكون كذلك إذ لا دليل على ان فقد الصفة المشتركة قبل القبض أو في مدة الخيار مضمون على البائع و قد تنظر فيها المصنف، و قد عرفت انه في محله قال.

(١) اما اولاً فلان ظاهر الحكاية ان رد المشتري لم يكن لمجرد عدم الشعر هذا انما يصلح ايراد اعلى التأييد الذي ذكره بفهم ابن ابي ليلى و أما اطلاق جواب الامام (عليه السلام) فهذا اجنبى عنه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٧٩

و بالجملة فالثابت من الرواية هو كون عدم الشعر على الركب مما يقطع أو يحتمل كونه لاجل مرض عيبا و قد عد من العيوب الموجبة للارش بما هو ادون من ذلك و أما ثانياً: فلأن قوله (عليه السلام) فهو عيب، انما يراد به بيان موضوع العيب (١) توطئه لثبوت احكام العيب له و الغالب الشائع المتبادر في الازهان هو رد المعيوب.

و لذا اشتهر كل معيوب مردود.

و أما باقى احكام العيب و خياره مثل عدم جواز رده بطرو 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 ثالثاً: فلأن الرواية لا تدل على الزائد عما يدل عليه العرف لأن المراد بالزيادة و النقيصة على اصل الخلقة، ليس مطلق ذلك قطعاً فإن زيادة شعر رأس الجارية أو حدة بصر العبد أو تعلمهما للصيغة و الطبخ. و كذا نقص العبد بالختان و حلق الرأس ليس عيباً قطعاً فتعين ان يكون المراد بها الزيادة و النقيصة الموجبين لنقص فى الشيء من حيث الآثار و الخواص المترتبة عليه، و لازم ذلك نقصه من حيث المالىة (٢) لأن المال المبذول فى مقابل الاموال بقدر ما يترتب عليها من الآثار و المنافع.

(١) قوله و أما ثانياً فلان قوله (عليه السلام) فهو عيب انما يراد به بيان موضوع العيب حاصله ان المتيقن من الخبر ثبوت حق الرد و هذا كما يلائم مع كون الخيار خيار العيب يلائم مع كونه خيار تخلف الشرط فلا يدل الخبر على كونه خيار العيب و فيه اولاً ان مقتضى اطلاق التنزيل ثبوت جميع احكام العيب لا خصوص الرد و ثانياً ان الرد الثابت بمقتضى ظاهر الخبر الرد من باب العيب و هذا المقدار يكفى فيما هو المهم و هو كون العيب اعم مما ينقص المالىة.

(٢) قوله و أما ثالثاً فلان الرواية لا تدل على الزائد عما يدل عليه العرف و لازم ذلك نقصه من حيث المالىة ما افاده فى نفسه تام الا ان ما ذكره له من اللانزم غير تام إذ مورد الكلام ما لو فرضنا النقص مع كونه موجبا لفقد بعض وجوه الانتفاعات - كونه موجبا للانتفاع بالشىء ببعض انتفاعات اخر المستلزم ذلك لعدم النقص فى المالىة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٨٠

و أما رابعاً: فلأننا لو سلمنا مخالفة الرواية للعرف فى معنى العيب فلا ينهض لرفع اليد بها عن العرف المحكم فى مثل ذلك لو لا النص المعبر لا مثل هذه الرواية الضعيفة بالارسال، فافهم. (١)

و قد ظهر مما ذكرنا ان الاولى فى تعريف العيب ما فى التحرير (٢) و القواعد من انه نقص فى العين أو زيادة فيها، يقتضى النقيصة المالىة فى عادات التجار. و لعله المراد بما فى الرواية كما عرفت و مراد كل من عبر بمثلها.

و لذا قال فى التحرير بعد ذلك. و بالجملة كلما زاد أو نقص عن اصل الخلقة و القيد الاخير لإدراج النقص الموجب لبذل الزائد لبعض الاغراض (٣) كما قد يقال ذلك فى العبد الخصى، و لا ينافيه ما ذكره فى التحرير من ان عدم الشعر على العانة عيب فى العبد و الامة لأنه مبنى على ما ذكرنا فى الجواب الأول عن الرواية من ان ذلك كاشف أو موهم لمرض فى العضو أو المزاج لا على انه لا يعتبر فى العيب النقيصة المالىة. و فى التذكرة بعد اخذ نقص المالىة فى تعريف العيب، و ذكر كثير من العيوب و الضابط انه يثبت الرد

بكل ما فى المعقود عليه من منقص القيمة أو العين نقصا يفوت به غرض صحيح بشرط ان يكون الغالب فى امثال المبيع عدمه، انتهى كلامه

- (١) قوله فافهم الظاهر انه اشارة الى انه ضعيف من جهة اخرى غير الارسال و هو كون الراوى السيارى.
- (٢) قوله الاولى فى تعريف العيب ما فى التحرير بل الاولى تعريفه بالنقص أو الزيادة المقتضى لنقص الشىء من حيث الآثار و الخواص المترتبة عليه بحسب النوع.
- (٣) قوله و القيد الاخير لإدراج النقص الموجب لبذل الزائد لبعض الاغراض كلمات الاعلام المنقولة فى المتن كالصريحة فى عدم دخل نقصان المالية فى صدق العيب و توجيهات المصنف (رحمه الله) بعيدة و اصرح من الكل كلام جامع المقاصد- قال كان عليه منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٨١
- و ما احسنه حيث لم يجعل ذلك تعريفا للعيب بل لما يوجب الرد فيدخل فيه مثل خصاء العبد، كما صرح به فى التذكرة معللاً بأن الغرض قد يتعلق بالفحولة و ان زادت قيمته باعتبار آخر، و قد دخل المشتري على ظن السلامة، انتهى.
- و يخرج منه مثل الثيوبه و الغلفه فى المجلوب. و لعل من عمم العيب لما لا يوجب نقص المالية كما فى المسالك. و عن جماعة اراد به مجرد موجب الرد لا العيب الذى يترتب عليه كثير من الاحكام كسقوط خياره بتصرف أو حدوث عيب أو غير ذلك.
- و عليه يبنى قول جامع المقاصد كما عن تعليق الارشاد حيث ذكر ان اللازم تقييد قول العلامة يوجب نقص المالية بقوله غالباً ليندرج مثل الخصاء و الجب لأن المستفاد من ذكر بعض الامثلة ان الكلام فى موجبات الرد لا خصوص العيب، و يدل على ذلك انه قيد كون عدم الختان فى الكبير المجلوب من بلاد الشرك ليس عيباً يعلم المشتري بجلبه إذ ظاهره انه مع عدم العلم عيب فلولا انه اراد بالعيب مطلق ما يوجب الرد لم يكن معنى لدخل علم المشتري و جهله فى ذلك. (١)

الكلام فى بعض افراد العيب (٢)

اشارة

ان يقيد بقوله غالباً ليندرج فيه الخصاء و الجب فانهما يزيدان فى المالية مع انهما عيان يثبت بهما الرد قطعاً و فى الارش اشكال منشؤه ان تعيينه منوط بالنقصان و هو منتف هنا انتهى.

(١) قوله لم يكن معنى لدخل علم المشتري و جهله فى ذلك لعل التقييد بجهل المشتري من باب التقييد فى لحوق الحكم لا فى اصل الموضوع

بعض افراد العيب

(٢) لا يخفى ان المصنف تعرض لجملة من المسائل المتعلقة بالعييد و الاماء و حيث ان بنائنا على القاء تلك المسائل لعدم الموضوع لها فعلاً، و من المستبعد جدا تحقق الموضوع لها الى زمان سيدنا و مولينا ارواح من سواه فداه فلذلك اغمضنا عن التعرض لها و لكن نذكره ما ذكره المصنف لئلا ينقص المكاسب

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٨٢

مسألة: لا إشكال و لا خلاف فى كون المرض عيباً

و اطلاق كثير، و تصريح بعضهم يشمل حمى يوم بان يجده في يوم البيع، قد عرض له الحمى و ان لم يكن نوبة له في الاسبوع قال في التذكرة الجذام و البرص و العمى و العور و العرج و القرن و الفتق و الرق و القرع و الصمم و الخرس عيوب اجماعا، و كذا انواع المرض سواء استمر كما في الممراض 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 بالسرقه أو الجنائيه و الاستسعاء في الدين عيوب اجماعا، ثم ان عدا حمى اليوم المعلوم كونها حمى يوم يزول في يومه و لا يعود مبنى على عد موجبات الرد لا العيوب الحقيقة لأن ذلك ليس منقضا للقيمة.

مسألة: الحبل عيب في الاماء

كما صرح به جماعة، و في المسالك الاجماع عليه في مسألة رد الجارية الحامل بعد الوطء و يدل عليه الاخبار الواردة في تلك المسألة و علله في التذكرة باشتماله على تغرير النفس لعدم يقين السلامة بالوضع هذا مع عدم كون الحمل للبائع، و إلا فالامر واضح و يؤيده عجز الحامل عن كثير من الخدمات و عدم قابليتها للاستيلاد الا بعد الوضع. اما في غير الاماء من الحيوانات ففي التذكرة انه ليس بعيب و لا يوجب الرد بل ذلك زيادة في المبيع ان 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 ان قلنا بدخول الحمل في بيع الحامل لأنه و ان كان زيادة مزوجه الا انه نقيصة مزوجه الآخر لمنع الانتفاع بها عاجلا و لأنه لا يؤمن عليها من اداء الوضع الى الهلاك و الاقوى على قول الشيخ ما اختاره في التذكرة لعدم النقص في المالية بعد كونه زيادة من وجه آخر و أداء الوضع الى الهلاك نادر في الحيوانات لا يعبأ به. نعم عدم التمكن من بعض الانتفاعات نقص يوجب الخيار دون الارش كوجدان العين مستأجرة و كيف كان، فمقتضى كون الحمل عيبا في الاماء انه لو حملت الجارية المعيبة عند المشتري لم يجز ردها لحدوث العيب في يده سواء نقصت بعد الولادة ام لا لأن العيب الحادث مانع و ان زال على ما تقدم من التذكرة.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٨٣

و في التذكرة لو كان المبيع جارية معيبة فحبلت و ولدت في يد المشتري فان نقصت بالولادة سقط الرد بالعيب القديم و كان له الارش و ان لم تنقص فالاولى جواز ردها وحدها من دون الولد الى ان قال، و كذا حكم الدابة لو حملت عند المشتري و ولدت فإن نقصت بالولادة فلا رد و ان لم تنقص ردها دون ولدها لأنه المشتري، انتهى.

و في مقام آخر لو اشترى جارية حائلا- أو بهيمة حائلا- فحبلت ثم اطلع على عيب فإن نقصت بالحمل فلا رد بالحمل فلا رد ان كان الحمل في يد المشتري و به قال الشافعي: و ان لم تنقص أو كان الحمل في يد البائع فله الرد انتهى. و في الدروس لو حملت احدهما يعنى الجارية و البهيمه عند المشتري لا بتصرفه بالحمل له فإن فسخ رد الأم ما لم تنقص بالحمل أو الولادة.

و ظاهر القاضى ان الحمل عند المشتري يمنع الرد لأنه اما بفعله أو افعال المراعاة حتى ضربها الفحل و كلاهما تصرف، انتهى. لكن صرح في المبسوط باستواء البهيمه و الجارية في انه إذا حملت احدهما عند المشتري و ولدت و لم تنقص بالولادة فوجد فيها عيبا رد الأم دون الولد و ظاهر ذلك كله خصوصا نسبة منع الرد الى خصوص القاضى و خصوصا مع استدلاله على المنع بالتصرف لا حدوث العيب تسالمهم على ان الحمل الحادث عند المشتري في الامه ليس في نفسه عيبا بل العيب هو النقص الحادث بالولادة و هذا مخالف للاخبار المتقدمه في رد الجارية الحامل الموطوءه من عيب الحبل و للإجماع المتقدم عن المسالك و تصريح هؤلاء بكون الحبل عيبا يرد منه لاشتماله على التغرير بالنفس و الجمع بين كلماتهم مشكل خصوصا بملاحظة العبارة الاخيره المحكية عن التذكرة من اطلاق كون الحمل عند البائع عيبا و ان لم ينقص و عند المشتري بشرط النقص من غير فرق بين الجارية و البهيمه مع ان ظاهر

العبارة الأولى كالتحرير و القواعد الفرق فراجع.

قال في القواعد لو حملت غير الأمة عند المشتري من غير تصرف فالاقرب ان للمشتري الرد بالعيب السابق لأن الحمل زيادة، انتهى.

و هذا بناء منه على ان الحمل ليس عيبا في غير الأمة، و في الايضاح ان هذا بناء على

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٨٤

قول الشيخ في كون الحمل تابعا للحامل في الانتقال ظاهر و أما عندنا فالاقوى ذلك لأنه كالثمره المتجدده على الشجرة و كما لو اطارت الريح ثوبا للمشتري في الدار المبتاعه و الخيار له فلا يؤثر و يحتمل عدمه لحصول خطر ما و لنقص منافعتها فإنها لا تقدر على الحمل العظيم، انتهى.

و مما ذكرنا ظهر الوهم فيما نسب الى الايضاح من ان ما قربه في القواعد مبني على قول الشيخ من دخول الحمل في بيع الحامل. نعم ذكر في جامع المقاصد ان ما ذكره المصنف ان تم فإنما يخرج على قول الشيخ من كون المبيع في زمن الخيار ملكا للبائع بشرط تجدد الحمل في زمان الخيار. و لعله فهم من العبارة رد الحامل مع حملها على ما يترأى من تعليقه بقوله لأن الحمل زيادة يعنى ان الحامل ردت الى البائع مع الزيادة لامع النقيصة.

لكن الظاهر من التعليل كونه تعليلا لعدم كون الحمل عيبا في غير الامه.

و كيف كان فالاقوى في مسألة حدوث حمل الامه عدم جواز الرد ما دام الحمل و ابتناء حكمها بعد الوضع و عدم النقص على ما تقدم من ان زوال العيب الحادث يؤثر في جواز الرد أم لا، و أما حمل غير الامه فقد عرفت أنه ليس عيبا موجبا للأرش لعدم الخطر فيه غالبا و عجزها عن تحمل بعض المشاق لا- يوجب الا- فوات بعض المنافع الموجب للتخيير في الرد دون الارش لكن لما كان المراد بالعيب الحادث المانع عن الرد ما يعم نقص الصفات الغير الموجب للارش و كان محققا هنا مضافا الى نقص آخر و هو كون المبيع متضمنا لمال الغير لان المفروض كون الحمل للمشتري اتجه الحكم بعدم جواز الرد حينئذ.

مسألة: الأكثر على ان النيبوبة ليست عيبا في الاماء

بل في التحرير لا نعلم فيه خلافا و نسبه في المسالك كما عن غيره الى اطلاق الاصحاب لغلبتها فيهن فكانت بمنزلة الخلقه الاصلية و استدلل عليه ايضا بروايه سماعه المنجبره بعمل الاصحاب على ما ادعاه المستدل عن رجل باع جارية على انها بكر، فلم يجدها كذلك قال:

لا ترد عليه و لا يجب عليه شيء انه قد يكون تذهب في حال مرض أو امر يصيبها.

و في كلا الوجهين نظر:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٨٥

ففي الأول: ما عرفت سابقا من ان وجود الصفة في اغلب افراد الطبيعة انما يكشف عن كونها بمقتضى اصل وجودها المعبر عنه بالخلقه الاصلية إذا لم يكن مقتضى الخلقه معلوما فيما نحن فيه و إلا فمقتضى الغالب لا يقدم على ما علم انه مقتضى الخلقه الاصلية و علم كون النقص عنها موجبا لنقص المايه كما فيما نحن فيه خصوصا مع ما عرفت من اطلاق مرسله السيارى غايه ما يفيد الغلبه المذكوره هنا عدم تنزيل اطلاق العقد على التزام سلامة المعقود عليه عن تلك الصفة الغالبه.

و لا يثبت الخيار بوجودها و ان كانت نقصا في الخلقه الاصلية.

و أما روايه سماعه فلا دلالة لها على المقصود لتعليقه (عليه السلام) عدم الرد مع اشتراط البكاره باحتمال ذهابها بعارض و قدح هذا الاحتمال اما لجريانه بعد قبض المشتري فلا يكون مضمونا على البائع. و أما لأن اشتراط البكاره كناية عن عدم وطئ أحد لها فمجرد ثبوتها لا- يوجب تخلف الشرط الموجب للخيار بل مقتضى تعليل عدم الرد بهذا الاحتمال انه لو فرض عدمه لثبت الخيار فيعلم من

ذلك كون البكارة صفة كمال طبيعي فعدمها نقص في اصل الطبيعة فيكون عيبا.

و كيف كان فالاقوى ان الثيبوبة عيب عرفا و شرعا الا انها لما غلبت على الاماء لم يقتض اطلاق العقد التزام سلامتها عن ذلك و يظهر الثمرة فيما لو اشترط في متن العقد سلامة المبيع عن العيوب مطلقا أو اشترط خصوص البكارة فإنه يثبت بفقدانها التخيير بين الرد و الارش 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.

و الحاصل ان غلبة الثيبوبة مانعة عن حكم العيب لا- موضوعه فإذا وجد ما يمنع عن مقتضاها ثبت حكم العيب و لعل هذا هو مراد المشهور ايضا و يدل على ذلك ما عرفت من العلامة (قدس سره) في التحرير من نفى الخلاف في عدم كون الثيبوبة عيبا مع انه في كتبه بل المشهور كما في الدروس على ثبوت الارش إذا اشترط البكارة فلولا ان الثيبوبة عيب لم يكن ارش في مجرد تخلف الشرط. نعم يمكن ان يقال ان مستندهم في ثبوت الارش ورود النص بذلك فيما رواه في الكافي و التهذيب عن يونس في: رجل اشترى جارية على انها عذراء فلم يجدها

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٨٦

قال: يرد عليه فضل القيمة إذا علم انه صادق، ثم انه نسب في التذكرة الى اصحابنا 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: 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 بازائه، و يلحق بذلك المملوك المجدر، فإنه يخاف عليه لكثرة موت المماليك بالجدرى و مثل هذين. و ان لم يكن نقصا في الخلقة الاصلية الا ان عروض هذا النقص اعنى الخوف مخالف لمقتضى ما عليه الاغلب في النوع أو الصنف و لو كان الكبير مجلوبا من بلاد الشرك فظاهر القواعد كون عدم الختان عيبا 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 اطلاق العقد الواقع عليه مع العلم بجلبه التزاما بسلامته من هذا العيب كما ذكرنا نظيره في الثيب، و يظهر الثمرة هنا ايضا فيما لو اشترط الختان فظهر اغلف فيثبت الرد و الارش. فأخراج العلامة الثيبوبة و عدم الختان في الكبير المجلوب مع العلم بجلبه من العيوب لكونه (قدس سره) في مقام عد العيوب الموجبة فعلا للخيار.

مسألة: عدم الحيض ممن شأنها الحيض

بحسب السن و المكان و غيرها من الخصوصيات التي لها مدخلية في ذلك عيب ترد معه الجارية لأنه خروج عن المجرى الطبيعي و لقول الصادق (عليه السلام) و قد سئل عن رجل اشترى جارية مدركة فلم تحض عنده حتى مضى لها ستة اشهر و ليس بها حمل قال ان كان مثلها تحيض و لم يكن ذلك من كبر فهذا عيب ترد منه و ليس التقييد بمضى ستة اشهر الا في مورد السؤال فلا داعي الى تقييد كونه عيبا بذلك كما في ظاهر بعض الكلمات ثم ان حمل الرواية على صورة عدم التصرف في الجارية حتى بمثل قول المولى لها اسقنى ماء و اغلق الباب في غاية البعد. و ظاهر الحل في السرائر و عدم العمل بمضمون الرواية رأسا.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٨٧

مسألة: الاباق عيب

بلا اشكال و لا خلاف لأنه من افحش العيوب و يدل عليه صحيحه ابي همام الآتية في عيوب السنة. لكن في رواية محمد بن قيس انه ليس في الابق عهده و يمكن حملها على انه ليس كعيوب السنة يكفى حدوثها بعد العقد كما يشهد قوله (عليه السلام) في رواية يونس ان 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 الاقوى ذلك و فاقا لظاهر الشرائع. و صريح التذكرة لكون ذلك بنفسه نقصا بحكم العرف و لا يشترط اباقه عند المشتري قطعا.

مسألة: الثفل الخارج عن العادة في الزيت و البذر و نحوهما عيب

يثبت به الرد و الارش (١) لكون ذلك خلاف ما عليه غالب افراد الشيء

بعض افراد العيب.

(١) مسألة: المشهور بين الاصحاب ان الثفل الخارج عن العادة في الزيت و البذر و نحوهما عيب يثبت به الرد و الارش.

محل الكلام هنا و في هذه المسألة هو الخيار، و أما صحة البيع فهي مفروغ عنها،

و مع ذلك نشير إليها تبعا للمصنف، و عليه فالكلام يقع في جهات:

الأولى: في صحة المعاملة و فسادها.

الثانية: في الخيار.

الثالثة: في تحقيق حال الخبرين المذكورين في المقام.

اما الجهة الاولى: فمحصل القول فيها: ان الثفل تارة: يوجب نقصا في الزيت من حيث الوصف خاصة و ان افضى بعد التخليص الى نقص الكم، و يكون المجموع عند العرف زيتا لا زيتا و ثفلا. لا إشكال في صحة البيع في هذه الصورة بعد تعيين وزن المظروف من غير فرق بين زيادة الثفل و قلته، و من غير فرق بين صورة العلم و الجهل إذ اللازم معرفة المبيع وزنا

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٨٨

و في رواية ميسر بن عبد العزيز، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) في الرجل يشتري زق زيت يجد فيه دريا قال: ان كان يعلم ان الدردي يكون في الزيت فليس عليه ان يرده و ان لم يكن يعلم فله ان يرده.

نعم في رواية السكوني عن جعفر عن ابيه ان عليا قضى في رجل اشترى من رجل عكة فيها سمن احتكرها حكرة فوجد فيها ربا فخاصمه الى علي (عليه السلام) فقال له علي (عليه السلام): لك بكيال الرب سمننا فقال له الرجل انما بعته منه حكرة، فقال له علي (عليه السلام):

انما اشترى منك سمن و لم يشتر منك ربا.

و ان لم يعرف وزن الخالص بعد تخليص المبيع.

و اخرى: يوجب نقصا فيه من حيث الكم، و يكون بنظر العرف زيتا و ثفلا-لا-زيتا معيوباً. و في هذه الصورة يصح البيع في صورة الجهل لو عين وزن المظروف، لأن وزن المبيع حينئذ معلوم، غاية الأمر بعد الظهور يكون من قبيل تبعض الصفة.

و أما في صورة العلم فان امكن تعيين وزن الزيت صح البيع، و الا بطل للغرر، و لا يكفى تعيين وزن المجموع.

و أما الجهة الثانية: ففي مورد صحة البيع ان كان المبيع عند العرف مركبا من الزيت و الثفل يثبت خيار تبعض الصفة، و ان كان

المبيع هو الزيت المعيوب فان كان الثفل يسيرا جدا بحيث لا يعد في نفسه عيبا لا خيار، و ان كان كثيرا بمقدار خارج عن العادة ثبت خيار العيب.

و ان كان بمقدار جرت به العادة فتارة: يعلم المشتري بجريان العادة، و اخرى:

لا يعلم، فان علم بذلك لا خيار له، لأن الاقدام على هذه المعاملة التزام بالبراءة من ذلك العيب و النقص، فلا خيار معه، و ان لم يعلم بذلك ثبت له الخيار، فان الغلبة و العادة الثانوية ان لم تكن عن غرض لا تكون بمنزلة الحقيقة الأصلية كما تقدم. و أما الجهة الثالثة: فالخبران هما خبرا «١» ميسر و السكوني المذكوران في المتن.

(١) الوسائل - باب ٧- من ابواب احكام العيوب حديث ٣- ١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٨٩

قال في الوافي يقال اشترى المتاع حكرة اي جملة و هذه الرواية بظاهرها مناف لحكم العيب من الرد و الارش و توجيهها بما يطابق القواعد مشكل، (١) و ربما استشكل في اصل الحكم بصحة البيع لو كان كثيرا للجهل بمقدار المبيع و كفاية معرفة وزن السمن بطرفه خارجة بالاجماع كما تقدم أو مفروضة في صورة انضمام الظرف المفقود هنا لان الدردي غير متمول و الاولى ان يقال إن وجود الدردي ان افاد نقصا في الزيت من حيث الوصف و ان افضى بعد التخليص الى نقص الكم نظير الغش في الذهب كان الزائد منه على المعتاد عيبا و ان افرد في الكثرة و لا- إشكال في صحة البيع حينئذ، لأن المبيع زيت و ان كان معيوباً. و عليه يحمل ما في التحرير من ان الدردي في الزيت و البذر عيب موجب للرد و الارش و ان لم يفد الا نقصا في الكم فإن باع ما في العكة بعد وزنها مع العكة و مشاهدة شيء منه تكون امارة على باقيه و قال بعتك ما في هذه العكة من الزيت كل رطل بكذا فظهر امتزاجه بغيره الغير الموجب لتعيبه. فالظاهر صحة البيع و عدم ثبوت الخيار اصلا لأنه اشترى السمن الموجود في هذه العكة و لا يقدر الجهل بوزنه للعلم به مع الظرف

اما الخبر الأول: فعن الجواهر: كون الخيار لتبعض الصفقة، بدعوى اشتغال المبيع على الزيت و غيره، مع ان المقصود هو الزيت. و فيه: ان ظاهر قوله فليس عليه ان يرد و قوله فله ان يرد و صحة البيع بالنسبة الى تمام ما في الزق، إذ لا يرد بدون الملك، فالقول بتبعض الصفقة خلاف الظاهر، بل الظاهر منه كون الخيار للعيب.

و ظاهر الخبر هو التفصيل بين العلم بجريان العادة على انضمام الدردي الى الزيت و عدمه لا العلم التفصيلي بوجود الدردي، و هذا ينطبق على ما ذكرناه من مقتضى القاعدة.

و أما الخبر الثاني: فظاهره كون الخيار لتبعض الصفقة و كون الرب متميزا عن السمن، لاحظ قوله فوجد فيها ربا اي وجد في العكة ربا، و قول البائع انما بعته منه حكرة اي جملة، فان ظاهر ذلك كون ما في العكة سمناً و ربا لا سمناً معيباً بما فيه من الرب و على أي حال فكما في المتن.

(١) توجيهه بما يطابق القواعد مشكل

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٩٠

و المفروض معرفة نوعه بملاحظة شيء منها بفتح رأس العكة فلا عيب و لا تبعض صفقة الا ان يقال ان اطلاق شراء ما في العكة من الزيت في قوة اشتراط كون ما عدا العكة سمناً فيلحق بما سيجيء في الصورة الثالثة من اشتراط كونه بمقدار خاص و ان باعه بعد معرفة وزن المجموع بقوله بعته 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 اخذ ما وجد من السمن بنسبة الثمن و لو باع ما في العكة من الزيت على

انه كذا و كذا رطلا فتيين نقصه عنه لوجود الدردي صح البيع و كان للمشتري خيار تخلف الوصف أو الجزء على الخلاف المتقدم فيما لو باع الصبرة على انها كذا و كذا، فظهر ناقصا و لو باعه مع مشاهدته ممزوجا بما لا يتمول بحيث لا يعلم قدر خصوص الزيت. فالظاهر عدم صحة البيع و ان عرف وزن المجموع مع العكس لأذن كفاية معرفة وزنه الظرف و المظروف، انما هي من حيث الجهل الحاصل من اجتماعهما لا من انضمام مجهول آخر غير قابل للبيع، كما علم بوزن مجموع الظرف و المظروف لكن علم بوجود صخرة في الزيت مجهولة الوزن.

حيث انه حكم (عليه السلام) باداء السمن بكيل الرب، مع ان الخيار ان كان للعيب فلا يستحق الا الرد أو الارش، و ان كان لتبعض الصفقة بطل البيع بالنسبة الى الرب، و له الرد بالاضافة الى السمن، و على التقديرين لا يستحق السمن بدل الرب، و حملة على كون المبيع كليا و اداء العكس الخاصة و فاء خلاف الظاهر لاحظ قوله انما بعته منك حكرة فانه كالصريح في كون المعاملة واقعة على العكس الشخصية، إذ لا معنى لكون كلى السمن المبيع حكرة، و المتعين في توجيهه بناء على كون الخيار للتبعض ان يقال: ان المراد من قوله لك بكيل الرب سمنا استحقاق ثمن ذلك المقدار من السمن، بتقريب: ان قوله سمنا تمييز لكيل الرب لا انه مبتدأ لقوله لك و قوله بكيل الرب ايضا لا يكون مبتدأ لمكان الباء بل المبتدأ محذوف، و هو الثمن فالمعنى: لك الثمن بمقدار السمن الموازي للرب.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٩١

مسألة: قد عرفت ان مطلق المرض عيب خصوصا الجنون و البرص و الجذام و القرن،

و لكن يختص هذه الأربعة من بيع العيوب بأنها لو حدثت الى سنة من يوم العقد يثبت لأجلها التخيير بين الرد و الارش هذا هو المشهور، و يدل عليه ما استفيض عن مولانا ابي الحسن الرضا (عليه السلام).
ففي رواية علي بن اسباط عنه في حديث خيار الثلاثة ان احداث السنة ترد بعد السنة، قلت: و ما احداث السنة قال الجنون و الجذام و البرص و القرن، فمن اشترى فحدث فيه هذه الاحداث فالحكم ان يرد على صاحبه الى 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 اخرى له عنه (عليه السلام) قال ترد الجارية مع اربع 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 ان الحذب ليس خامسا لها لأن القرن يرجع الى حذب في الفرج لكن المعروف انه عظم في الفرج كالسن يمنع الوطاء.
و في الصحيح عن محمد بن علي قيل و هو مجهول و احتمال بعض كونه الحلبي عنه (عليه السلام) قال يرد المملوك من احداث السنة من الجنون و البرص و القرن. قال: قلت و كيف يرد من احداث، فقال: هذا اول السنة يعنى المحرم فإذا اشترت مملوكا فحدث 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 الامور فيمكن ان يدعى معارضتها لباقي الاخبار المتقدمة.

و من هنا استشكل المحقق الاردبيلي في الجذام و ليس التعارض من باب المطلق و المقيد كما ذكره في الحدائق ردا على الاردبيلي (رحمه الله) إلا ان يريد ان التعارض يشبه تعارض المطلق و المقيد في وجوب العمل بما لا يجرى فيه احتمال يجرى في معارضه و هو هنا احتمال سهو الراوى في ترك ذكر الجذام فإنه اقرب الاحتمالات المتطرفة فيما نحن فيه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٩٢

و يمكن ان يكون الوجه في ترك الجذام في هذه الرواية انعتاقها على المشتري بمجرد حدوث الجذام فلا معنى للرد و حينئذ فيشكل الحكم بالرد في باقى الاخبار و وجهه في المسالك بأن عتقه على المشتري موقوف على ظهور الجذام بالفعل و يكفى في العيب الموجب للخيار وجود مادته في نفس الامر و ان لم يظهر فيكون سبب الخيار مقديما على سبب العتق. فإن فسخ انعتق على البائع و ان امضى انعتق على المشتري.

و فيه أولان ان ظاهر هذه الاخبار ان سبب الخيار ظهور هذه الامراض لأنه المعنى بقوله فحدث فيه هذه الخصال ما بينك و بين ذى الحجة و لو لا ذلك لكفى وجود موادها في السنة، و ان تأخر ظهورها عنها و لو بقليل بحيث يكشف عن وجود المادة قبل انقضاء السنة و هذا مما لا أظن احدا يلتزمه مع انه لو كان الموجب للخيار هي مواد هذه الامراض كان ظهورها زيادة في العيب حادثه 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: ان سبق سبب الخيار لا يوجب عدم الانعتاق بطرو سببه بل ينبغي ان يكون الانعتاق القهرى سببه مانعا شرعيا، بمنزلة المانع العقلى عن الرد كالموت. و لذا لو حدث الانعتاق بسبب آخر غير الجذام فلا اظن احدا يلتزم عدم الانعتاق الا بعد لزوم البيع خصوصا مع بناء العتق على التغليب هذا.

و لكن رفع اليد عن هذه الأخبار الكثيرة المعتمدة 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 فانعتاقه على البائع موقوف على دلالة الدليل على عدم جواز تملك المجدوم لا ان جذام المملوك يوجب انعتاقه بحيث يظهر اختصاصه بحدوث الجذام في ملكه، ثم إن زيادة القرن ليس في كلام الأ-كثر فيظهر منهم العدم فنسبة المسالك الحكم في الأربعة إلى المشهور كأنه لاستظهار ذلك من ذكره في الدروس ساكتا عن الخلاف فيه.

و عن التحرير نسبه الى ابي على و فى مفتاح الكرامة انه لم يظفر بقائل غير

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٩٣

الشهيدىن و ابي على و من هنا تأمل المحقق الاردبيلي من عدم صحة الاخبار و فقد الانجبار، ثم ان ظاهر اطلاق الاخبار على وجه يبعد التقييد فيها شمول الحكم لصورة التصرف لكن المشهور تقييد الحكم بغيرها و نسب إليهم جواز الارش قبل التصرف و تعينه بعده و الاخبار خالية عنه و كلاهما مشكل الا أن الظن من كلمات بعض عدم الخلاف الصريح فيهما لكن كلام المفيد قدس سره مختص بالوطى و الشيخ و ابن زهرة لم يذكر التصرف و لا الأرش.

نعم ظاهر الحللى الاجماع على تساويها مع سائر العيوب من هذه الجهة و ان هذه العيوب كسائر العيوب في كونها مضمونة الا ان الفارق ضمان هذه إذا حدثت في السنة بعد القبض و انقضاء الخيار و لو ثبت ان اصل هذه الامراض تكمن قبل سنة من ظهورها و ثبت ان اخذ الارش للعب الموجود قبل العقد أو القبض مطابق للقاعدة ثبت الارش هنا بملاحظة التعيب بمادة هذه الامراض الكامنة في المبيع لا بهذه الامراض الظاهرة فيه.

قال فى المقنعة و يرد العبد و الأمه من الجنون و الجذام و البرص ما بين ابتياعها و بين سنة واحدة و لا يرد ان بعد سنة و ذلك ان اصل هذه الامراض يتقدم ظهورها بسنة و لا يتقدم بأزيد فإن وطئ المبتاع الامه فى هذه السنة لم يجز له ردها و كان له قيمة ما بينها صحيحة و سقيمة، انتهى.

و ظاهره ان نفس هذه الامراض يتقدم بسنة و لذا أورد عليه فى السرائر ان هذا موجب لانعتاق المملوك على البائع فلا يصح البيع و يمكن ان يريد به ما ذكرنا من ارادة مواد هذه الامراض.

خاتمة: في عيوب متفرقة

قال في التذكرة: ان الكفر ليس عيبا في العبد ولا الجارية، ثم استحسّن قول بعض الشافعية بكونه عيبا في الجارية إذا منع الاستمتاع كالتمجس والتوثن دون التهود والتنصر، والاقوى كونه موجبا للرد في غير المجلوب وان كان اصلا في المماليك الا ان الغالب في غير المجلوب الاسلام فهو نقص موجب لتنفر الطباع عنه

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٩٤

خصوصا بما حظت نجاستهم المانعة عن كثير من الاستخدامات.

نعم الظاهر عدم الارش فيه لعدم صدق العيب عليه عرفا وعدم كونه نقصا أو زيادة في اصل الخلقة ولو ظهرت الامه محرمة على المشتري برضاع أو نسب،

فالظاهر عدم الرد به لأنه لا يعد نقصا بالنوع ولا عبرة بخصوص المشتري ولو ظهر ممن ينعق عليه، فكذلك كما في التذكرة معللا بأنه ليس نقصا عند كل الناس وعدم نقص ماليتة عند غيره. وفي التذكرة لو ظهر ان البائع باعه وكاله أو ولاية أو وصايه أو امانه، ففي ثبوت الرد لخطر فساد النيابة احتمال.

اقول الا-قوى عدمه. وكذا لو اشترى ما عليه اثر الوقف. نعم لو كان عليه اماره قوية لم يبعد كونه موجبا للرد لقله رغبة الناس في تملك مثله وتأثير ذلك في نقصان قيمته عن قيمة اصل الشيء لو خلى وطبعه اثرا بينا وذكر في التذكرة ان الصيام والاحرام والاعتداد ليست عيوباً.

اقول اما عدم ايجابها الارش فلا اشكال فيه. واما عدم ايجابها الرد ففيه اشكال إذا فات بها الانتفاع في مدة طويلة فإنه لا ينقص عن ظهور المبيع مستأجرا.

وقال ايضا إذا كان المملوك ناما أو ساحرا أو قاذفا للمحصنات أو شاربا للخمر أو مقامرا ففي كون هذه عيوباً اشكال اقربه العدم. وقال لو كان الرقيق رطب الكلام أو غليظ الصوت أو سيئ الادب أو ولد زنا أو مغنيا أو حجاما أو اكولا أو زهيدا فلا رد ويرد الدابة بالزهادة، وكون الامه عقيما لا يوجب الرد لعدم القطع بتحقيقه فربما كان من الزوج أو لعارض، انتهى.

ومراده العارض الاتفاقي لا المرض العارضى قال في التذكرة في آخر ذكر موجبات الرد: والضابط ان الرد يثبت بكلمة في المعقود عليه من منقص القيمة أو العين نقصا يفوت به غرض صحيح بشرط ان يكون الغالب في امثال المبيع عدمه، انتهى.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٩٥

القول في الارش**إشارة**

وهو (١) لغه، كما في الصحاح وعن المصباح دية الجراحات،

عن القاموس انه الدية ويظهر من الاولين انه في الاصل اسم للفساد، ويطلق في كلام الفقهاء على مال يؤخذ بدلا عن نقص مضمون في مال أو بدن، ولم يقدر له في الشرع مقدر، وعن حواشي الشهيد قدس سره انه يطلق بالاشتراك اللفظي على معان:

منها ما نحن فيه، ومنها نقص القيمة لجناية الانسان على عبد غيره في غير المقدر الشرعي ومنها ثمن التالف المقدر شرعا بالجناية، كقطع يد العبد. ومنها اكثر الامرين من المقدر الشرعي والارش، وهو ما تلف بجناية الغاصب، انتهى.

و في جعل ذلك من الاشتراك اللفظي اشارة الى ان هذا اللفظ قد اصطلح في خصوص كل من هذه المعاني عند الفقهاء بملاحظة مناسبتها للمعنى اللغوي مع قطع النظر عن ملاحظة العلاقة بين كل منها وبين الآخر، فلا يكون مشتركا معنويا بينهما ولا حقيقة و مجازا. فهي كلها منقولات عن المعنى اللغوي بعلاقة الاطلاق و التقييد و ما ذكرناه في تعريف الارش، فهو كلى انتزاعي عن تلك المعاني، كما يظهر بالتأمل.

و كيف كان، فقد ظهر من تعريف الارش انه لا يثبت الا مع ضمان النقص المذكور (٢)

الارش -

ضمانه خارج عن الضمانين

(١) القول في الارش، و هو بحسب المتفاهم العرفي له معنى متعارف فيما نحن فيه و هو ما به تتفاوت قيمة الصحيح و المعيب، و لا يهمننا البحث في انه في اللغة له معنى واحد أو معان متعددة، و كونه من قبيل الاشتراك اللفظي أو المعنوي أو الحقيقة، و المجاز و انه في اصطلاح الفقهاء الذي يطلق على معان هل لتلك المعاني جامع ام لا لعدم ترتب اثر عليه.

(٢) قوله فقد ظهر من تعريف الارش انه لا يثبت الا مع ضمان النقص المذكور ستعرف انه ليس من ضمان اليد و لا ضمان المعاوضة بل هو خارج عن الضمانين فهو ثابت من دون ضمان الوصف.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٩٦

ثم ان ضمان النقص تابع في الكيفية لضمان المنقوص (١) و هو الاصل، 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 ان كان مضمونا بعوض بمعنى ان فواته يوجب عدم تملك عوضه المسمى في المعاوضة و يسمى ضمانه ضمان المعاوضة كان النقص مضمونا بما يخصه من العوض إذا وزع على مجموع الناقص و المنقوص لا نفس قيمة العيب، لان الجزء تابع للكل في الصمان. و لذا عرف جماعة الارش في عيب الثمن فيما نحن فيه: بأنه جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة التفاوت بين الصحيح و المعيب الى الصحيح، و ذلك لأن ضمان تمام المبيع الصحيح على البائع ضمان المعاوضة بمعنى ان البائع ضامن لتسليم المبيع تاما الى المشتري فإذا فاته تسليم بعضه ضمنه بمقدار ما يخصه من الثمن لا بقيمته.

(١) قوله ثم ان ضمان النقص تابع في الكيفية لضمان المنقوص فيه: ان تبعية الوصف للعين في موارد ضمان اليد و الاتلاف مسلمة و أما في مورد ضمان المعاوضة فتبعية الوصف تتوقف على كونه كالجزة و ستعرف انه ليس كذلك و المصنف (رحمه الله) ايضا يعترف به و كيف كان فالكلام في المقام يقع في امور الأول: ان ضمان الارش المتعارف هل هو من ضمان اليد، أو من ضمان المعاوضة، ام يكون خارجا عن الضمانين؟

و الا وجه هو الأخير، فان ضمان اليد انما يكون فيما إذا تلف و هو في يده لا في ما إذا كان تلفا قبل ان يقع في يده كما في المقام، و ضمان المعاوضة انما يكون فيما إذا كان ذلك الشيء مضمونا في المعاملة كالجزة و الأوصاف، و منها وصف الصحة ليست كذلك، فانها لا تقابل بالمال، و لا تكون ماخوذة في المعاملة بعنوان العوضيه، و لو ضمنا، بل هي توجب زيادة قيمة الذات، ففي المعاملات تكون بمنزلة الداعي لبذل مقدار من الثمن بازاء الذات زائدا عما يبذل بازائه لولاها،

و الضمان الثابت بمقتضى قاعدة التلف في زمان الخيار، أو قبل القبض على فرض شمول القاعدتين لتلف الوصف، انما هو فيما إذا كان التلف واردا على المعقود عليه، و لا تشملان ما إذا كان العقد واردا على التالف.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٩٧

نعم ظاهر كلام جماعة من القدماء، كأكثر النصوص، يوهم ارادة قيمة العيب كلها الا انها محمولة على الغالب من مساواة الثمن للقيمة السوقية للمبيع بقريته ما فيها من ان البائع يرد على المشتري، و ظاهره كون المردود شيئا من الثمن (١) الظاهر في عدم زيادته عليه بل في نقصانه فلو كان اللازم هو نفس التفاوت لزداد على الثمن في بعض الاوقات كما إذا اشترى جارية بدينارين و كان معيبتها تسوى مائة و صحيحها تسوى ازيد، 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 الامر على ملاحظة الغلبة فمقتضاها الاختصاص بما هو الغالب من اشتراء الاشياء من اهلها في اسواقها بقيمتها المتعارفة. و قد توهم بعض من لا تحصيل له ان العيب إذا كان في الثمن كان ارشه تمام التفاوت بين الصحيح و المعيب و منشؤه ما يتراءى في الغالب من وقوع الثمن في الغالب نقدا غالبا مساويا لقيمة المبيع، فإذا ظهر معيها و جب تصحيحه

الملحوظ هو التفاوت بالنسبة

الثاني: ان الارش المضمون على البائع هل هو ما به يتفاوت الصحيح و المعيب بحسب القيمة الواقعية، أو يكون ملحوظا بالنسبة الى الثمن المسمى، و بعبارة اخرى: ان اللازم هو تدارك الوصف بقيمته الواقعية ام بقيمته التي اقدما عليها و جعلها في المعاملة قيمة له بملاحظة منشئته لزيادة قيمة الذات، و هذا معنى ان المراد بالتفاوت هل هو التفاوت الواقعي ام التفاوت بالنسبة، و الكلام فيه تارة: فيما تقتضيه القواعد،

و اخرى: فيما يقتضيه النص الخاص اما الأول: فقد ذكر في تقريب ان القاعدة تقتضى كون الارش بالنسبة الى المسمى وجوه:

(١) منها: ما عن جماعة منهم المصنف و هو: ان البائع قد تعهد وصف الصحة الذي

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ١٩٨

ببذل تمام التفاوت و الا، فلو فرض انه اشترى عبدا بجارية تسوى معيها اضعاف قيمته فإنه لا يجب بذل نفس التفاوت بين صحيحها و معيها قطعا و كيف كان، فالظاهر أنه لا إشكال و لا خلاف في ذلك و إن كان المتراءى من الاخبار خلافه إلا أن التأمل فيها قاض بخلافه.

نعم يشكل الامر في المقام من جهة اخرى و هي ان مقتضى ضمان وصف الصحة بمقدار ما يخصه من الثمن لا بقيمته انفساخ العقد في ذلك المقدار لعدم مقابل له حين العقد كما هو شأن الجزء المفقود من المبيع، مع انه لم يقل به احد، و يلزم من ذلك ايضا تعين اخذ الارش من الثمن مع ان ظاهر جماعة عدم تعينه منه معللا بأنه غرامة.

و توضيحه ان الارش لتتميم المعيب حتى يصير مقابلا- للثمن لا- لتنقيص الثمن حتى يصير مقابلا- للمعيب. و لذا سمي ارشا كسائر الاروش المتداركة للنقائص فضمن العيب على هذا الوجه خارج عن الضمانين المذكورين، لأن ضمان المعاوضة يقتضى انفساخ المعاوضة بالنسبة الى الفئات المضمون و مقابله إذ لا معنى له غير ضمان الشيء و اجزائه بعوضه المسمى و اجزائه

له مدخل في وجود مقدار من الثمن، و التزم به بازاء المسمى المبذول في مقابل الصحيح بما هو صحيح، و مقتضى ذلك تعين الخروج عن عهدة الوصف بالمقدار الذي له دخل في المسمى لا بأزيد من ذلك.

و فيه: ان الأوصاف الاخر غير وصف الصحة دخيلة في المالية ايضا، و مع ذلك التزموا بانه لو التزم بوجود وصف صريحا في العقد، و

تخلف ثبت حق الرد خاصة، و ليس ذلك الا من جهة ان الوصف غير مقابل بشيء من الثمن المسمى، فلا وجه لثبوت ازيد من حق الرد من قبل الالتزام الضمنى.

و بالجملة: الالتزام بالوصف كان هو وصف الصحة أو غيره ليس التزاما بتداركه حتى يتوهم كون عهده عليه بمقدار دخله فى المسمى.

و منها: ما فى حاشية السيد الفقيه (رحمه الله) و حاصله: ان وصف الصحة كسائر الأوصاف و ان لم يكن مقابلا بالمال فى عالم الانشاء الا انه مقابل به فى عالم اللب، بمعنى ان زيادة بعض الثمن انما هى بلحاظ الوصف، فإذا فرض تخلفه و جب على البائع ان يغرم ما فات من المشتري

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ١٩٩

و الضمان الآخر يقتضى ضمان الشىء بقيمته الواقعية، فلا اوثق من ان يقال ان مقتضى المعاوضة عرفا هو عدم مقابلة وصف الصحة بشيء من الثمن لأنه امر معنوى كسائر الاوصاف. و لذا لو قابل المعيب بما هو انقص منه قدرا حصل الربا من جهة صدق الزيادة و عدم عد العيب نقضا يتدارك بشيء من مقابله الا ان الدليل من النص و الاجماع دل على ضمان هذا الوصف من بين الاوصاف و كونه فى عهده البائع بمعنى وجود تداركه بمقدار من الثمن يضاف الى ما يقابل بأصل المبيع لاجل اتصافه بوصف الصحة، فإن هذا الوصف كسائر الاوصاف و ان لم يقابله شىء من الثمن، لكن له مدخل فى وجود مقدار من الثمن (١) و عدمه، فإذا تعهده البائع كان للمشتري مطالبته بخروجه عن عهده بأداء ما كان يلاحظ من الثمن لأجله و للمشتري ايضا اسقاط هذا الالتزام عنه.

و ما اغترم بملاحظة ذلك الوصف.

و بالجملة: ان ضمان الارش ضمان المعاوضة اللبى، و لازمه انفساخ تلك المعاملة لا المعاوضة الحسية الانشائية، و مقتضاه جواز تغريمه بما اعطاه من غير مقابل فى عالم اللب و فيه: ان المعاوضة التى لم يجعل فى عالم الانشاء لها مبرز لا- يترتب عليها اثر من الانفساخ أو التغريم أو غيرهما.

و منها: و هو الحق، و هو: ان مقتضى الارتكاز العقلانى، و بناء العقلاء بعد ورود الدليل على ثبوت الارش ذلك، و بعبارة اخرى ان اصل ثبوت الارش و ان كان بتعبد من الشارع الا انه بعد ورود الدليل عليه، الارتكاز العرفى و بناء العقلاء على ان الملحوظ ليس هو تفاوت الصحيح و المعيب بحسب القيمة الواقعية الذى ربما يزيد على تمام الثمن، كما لو اشترى ما يسوى صحيحه مائتى دينار و معيبه مائة بعشرة دنائير، بل الملحوظ هو التفاوت بالنسبة الى الثمن المسمى،

و لعل السرفيه ان ثبوت الارش فى المقام ليس تعبدا صرفا، فلا بد له من منشأ عقلاى، و لا وجه عقلاى له سوى اقدام المتبايعين على بذل مقدار من الثمن لأجل وجوده،

فعند التخلف يكون منافيا لذلك المقدار و لعله الى ذلك نظر المصنف حيث قال.

(١) لكن له مدخل فى وجود مقدار من الثمن الى آخر ما يقيد

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٢٠٠

...

و أما الثانى: اى ما تقتضيه الأخبار،

فمحصل القول فيه: ان نصوص الباب على طوائف،

و قد ادعى المصنف (رحمه الله) فى كلام له قبل اسطر ظهور اغلبها فى ارادة قيمة العيب كلها،

و في حاشية السيد: بل هو ظاهر جميعها،

و لكن الحق ان جملة منها مجملة قابلة للحمل على كل واحد من المعنيين،

و جملة منها ظاهرة في ارادة ملاحظة التفاوت بالنسبة الى المسمى.

اما الاولى فهي طائفتان:

الاولى: ما اشتمل على اخذ ارش العيب كقوله (عليه السلام) في خبر حماد بن عيسى: و له ارش العيب «١».

الثانية: ما اشتمل على اخذ قيمة العيب كقوله (عليه السلام) في خبر محمد بن ميسر: و لكن يرجع بقيمة العيب. «٢» لأن للقيمة فردين

جعلى و واقعى.

و أما الثانية فهي طوائف:

الاولى: ما تضمن كلمة الرد كقوله (عليه السلام) في خبر منصور بن حازم: و لكن يرد عليه بقيمة ما نقصها العيب. «٣» فان الظاهر من

الرد عدم زيادة المردود من الثمن، بل نقصانه منه،

و لو كان اللازم رد تمام قيمة العيب لزد على الثمن فى بعض الأوقات كالمثال المتقدم.

الثانية: ما اشتمل على كلمة الفضل كخبر طلحة بن زيد: ثم يرد البائع على المبتاع فضل ما بين الصحة و الداء. «٤» إذ لا مناسبة لهذا

التعبير الا بلحاظ ما وصل إلى البائع من الزيادة.

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

(٢) نفس المصدر حديث ٨.

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

(٤) نفس المصدر حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٢٠١

نعم يبقى الكلام فى كون هذا الضمان المخالف للاصل بعين بعض الثمن كما هو ظاهر تعريف الارش فى كلام الاكثر بأنه جزء من

الثمن أو بمقداره، كما هو مختار العلامة فى صريح التذكرة و ظاهر غيرها و الشهيدين فى كتبهما و جهان: تردد بينهما فى جامع

المقاصد و اقواما الثانى (١) لأصالة عدم تسلط المشتري على شىء من الثمن و براءة ذمة البائع من وجوب دفعه، لان المتيقن من

مخالفة الاصل ضمان البائع لتدارك الفئات الذى التزم وجوده فى المبيع بمقدار وقع الاقدام من المتعاقدين على زيادته على الثمن

لداعى وجود هذه الصفة لا فى مقابلها مضافا الى اطلاق قوله (عليه السلام)

بجزء من عين الثمن عدا ما يترأى من ظاهر التعبير فى روايات الارش عن تدارك العيب برد التفاوت الى المشتري،

الثالثة: ما تضمن انه يرد بقدر العيب من الثمن، الظاهر فى كون المردود بعضا من الثمن، كقوله (عليه السلام) فى صحيح زرارة: و يرد

عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء، و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به «١».

و قوله (صلى الله عليه و آله) فى صحيح ابن سنان: و يوضع عنه من ثمنها بقدر عيب ان كان فيها «٢».

فتحصل مما ذكرناه: ان مقتضى القواعد و النصوص هو ما لا خلاف فيه بين الأصحاب من انه يلاحظ التفاوت بالنسبة إلى المسمى.

هذا الضمان انما هو بمقدار بعض الثمن لا بعينه

الثالث: ان هذا الضمان هل هو بعين بعض الثمن كما عن ظاهر الأكثر،

(١) أو بمقداره كما في المتن و عن جمع من الاساطين وجهان و تنقيح القول فيه بالبحث في موردين: احدهما: فيما يقتضيه الاصل و القاعدة.

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

(٢) الوسائل - باب ٤ - من ابواب احكام العيوب حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٠٢

الظاهر في كون المردود شيئاً كان عنده اولاً و هو بعض الثمن، (١) لكن التأمل التام يقضى بأن هذا التعبير وقع بملاحظة ان الغالب وصول الثمن الى البائع و كونه من النقيدين، فالرد باعتبار النوع لا الشخص (٢) و من ذلك ظهر ان قوله (عليه السلام) في رواية ابن سنان. و يوضع عنه من ثمنها بقدر العيب ان كان فيها

ثانيهما: فيما يستفاد من النصوص الخاصة.

اما المورد الأول: فالارش ليس تكليفا محضاً لكونه قابلاً للاسقاط،

و لا كلياً ذمياً إذ لا يتصور التخيير بين الرد و اشتغال الذمة،

و لا ملكاً مشاعاً إذ الملك لا يقبل الاسقاط،

بل هو تغريم البائع بما به التفاوت، و عليه فالشك في المقام انما هو في ان البائع يستحق التغريم من الثمن المسمى، أو بما به التفاوت مطلقاً.

و على الأول للبائع الامتناع من قبول ما دفع من غير المسمى،

و على الثاني ليس له ذلك، فليس المقام من قبيل الدوران بين المتباينين، بل بين المطلق و المقيد، و وجوب دفع العوض عن وصف الصحة معلوم و خصوصية كونه من المسمى مشكوك فيها، و الأصل عدم اعتبارها.

(١) و أما المورد الثاني: فالنصوص على طوائف:

الأولى: ما تضمن اخذ ارش العيب «١».

الثانية: ما تضمن اخذ قيمة العيب «٢».

و هاتان الطائفتان مطلقتان، و مقتضى اطلاقهما كفاية التدارك من غير الثمن.

الثالثة: ما عبر فيه عن تدارك العيب برد التفاوت الى المشتري «٣» و قد يتوهم دلالتها على تعين كونه من الثمن، إذ ظاهر الرد كون المردود ما كان عنده اولاً و هو بعض الثمن.

(٢) و اجاب عنه المصنف (رحمه الله): بان هذا التعبير وقع بملاحظة ان الغالب وصول الثمن

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

(٢) نفس المصدر حديث ٨.

(٣) الوسائل - باب ٤ - من ابواب احكام العيوب حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٠٣

محمول على الغالب من كون الثمن كلياً في ذمة المشتري، (١) فإذا اشتغلت ذمة البائع بالارش حسب المشتري عند اداء الثمن ما في ذمته عليه،

الى البائع، و كونه من النقدين، فالرد باعتبار النوع لا الشخص.

يتم ما افاده، على فرض حمله على الغالب: فان خصوصية النقدين ملغاة عند العقلاء، بحيث يعدونها مالية محضة، فان رد فردا غير ما اخذ يصدق عرفا انه رد نفس ما اخذ،

الا ان الكلام فى وجه هذا الحمل، فانه خلاف الظاهر يحتاج إلى قرينه، و عليه فبعد الاخذ باطلاقه لا مناص عن البناء على تعيين كونه من الثمن.

نعم يمكن ان يقال: ان المردود غير مذکور فى النصوص المشار إليها الا- فى بعضها الذى سيمر عليك، و عليه فمن الجائز كون المردود هو مالية مقدار من الثمن، و عليه فيلائم ذلك مع الرد من غير الثمن بالتقريب المتقدم.

الرابعة: ما تضمن انه يرد بقدر العيب من الثمن، كقوله (عليه السلام) فى خبر ابن سنان: و يوضع عنه من ثمنها بقدر عيب ان كان فيها «١».

و قوله (عليه السلام) فى صحيح زرارة و يرد عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به «٢».

(١) و اجاب عن ذلك فى المتن: بانهما يحملان على الغالب من كون الثمن كلياً فى ذمة المشتري، فإذا اشتغلت ذمة البائع بالارش حسب المشتري عند اداء الثمن ما فى ذمته عليه.

و يرد عليه ما تقدم من انه لا وجه للحمل على الغالب.

و الحق ان يورد عليه: بانه من المحتمل كون ذكر الثمن لبيان كون التفاوت ملحوظا بالاضافة الى الثمن المسمى لا- لبيان مخرجة الثمن، فيكون مفادهما ملاحظة التفاوت بالنسبة إلى المسمى.

(١) الوسائل - باب ٤- من ابواب احكام العيوب حديث ١.

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

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٠٤

ثم على المختار من عدم تعيينه من عين الثمن.

فالظاهر تعيينه من النقدين (١) لانهما الاصل فى ضمان المضمونات الا ان يتراضى غيرهما من باب الوفاء أو المعاوضة، و استظهر

المحقق الثانى من عبارة القواعد و التحرير بل الدروس عدم تعيينه منهما، (٢) حيث حكما فى باب الصرف بأنه لو وجد عيب فى احد

العوضين المتخالفين بعد التفرق جاز اخذ الارش من غير النقدين و لم يجز منهما،

فتحصل: ان الاظهر كون هذا الضمان بمقدار بعض الثمن لا بعينه.

يعتبر كون الارش من النقدين

الرابع: انه على المختار من عدم تعيين الارش من عين الثمن.

(١) فهل يتعين ان يكون من النقدين كما فى المتن ام لا؟

و الكلام فيه فى موردين:

الأول: فى بيان مراد المصنف (رحمه الله)

الثانى: فى بيان ما هو الحق.

أما الأول: فمحصل ما في المتن: ان الظاهر تعيين كونه من النقدين، لأن المضمون ليس الا- المالية المحضه، و ليس في الأعيان الخارجية ما هو كذلك الا النقد،

(٢) و المحقق الثاني: استظهر من كلام العلامة عدم تعيين ذلك حيث انه ذكر ان احد العوضين المتخالفين في الصرف إذا كان معيبا و ظهر العيب بعد التفرق جاز اخذ الارش من غير النقدين و لم يجز منهما.

توضيح ما افاده: ان الارش حيث انه يكون عنده تميما للمعيب ليساوى الصحيح و تميما للمعاوضة فلا يجوز عنده اداء النقد ارشا بعد التفرق عن مجلس الصرف، لأن تميم المعاملة الصرفية بعد التفرق ينافى اعتبار التقابض في المجلس، و هذا بخلاف اداء غير النقد، فانه حينئذ تنحل المعاملة الى صرفية و غير صرفية، و التفرق في الثانية لا منع عنه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٠٥

فاستشكل ذلك بأن الحقوق المالية انما يرجع فيها الى النقدين، فكيف الحق الثابت باعتبار نقصان في احدهما (١) و يمكن رفع هذا الاشكال بأن المضمون بالنقدين هي الاموال المتعينة المستقرة و الثابت هنا ليس مالا في الذمة و إلا بطل البيع، (٢) فيما قابله من الصحيح لعدم وصول عوضه قبل التفرق و إنما هو حق لو اعمله جاز له مطالبه المال، فإذا اختار الارش من غير النقدين ابتداء و رضى به الآخر فمختاره نفس الارش لا عوض عنه.

نعم للآخر الامتناع منه لعدم تعيينه عليه، كما ان لذي الخيار مطالبه النقدين في غير هذا المقام و ان لم يكن للآخر الامتناع حينئذ. و بالجملة فليس هنا شيء معين ثابت في الذمة الا ان دفع غير النقدين يتوقف على رضا ذي الخيار و يكون نفس الارش بخلاف دفع النقدين، فإنه إذا اختير غيرهما لم يتعين للارشية

(١) و اورد عليه المحقق الثاني (رحمه الله) بما توضيحه: ان الغرامات تتعين في النقدين في سائر الموارد، و غرامة احد النقدين اولي بان يكون منهما، و لازم ذلك عدم امكان الأداء من غير النقدين في الفرض، لأن ما يستحقه المشتري هو النقد.

(٢) و اجاب المصنف (رحمه الله) عن ذلك: بانه فرق بين الغرامة الارشية و غيرها و ان في غيرها يتعين النقد، و لو تراضيا على غيره يكون هو بدلا عما يستحقه، و في الغرامة الارشية و ان كان يتعين النقد الا انه لو تراضيا على غيره كان هو عين ما يستحقه ارشا لا بد له،

و يتضح ما افاده ببيان امرين:

احدهما: انه في سائر الغرامات حيث تكون الذمة مشغولة فلا بد و ان يكون لما في الذمة تعيين اما بكونه هي المالية بشرط عدم الخصوصية و لا مطابق لها الا النقد، أو كونه هي المالية بشرط الخصوصية، أو كونه هي المالية لا بشرط وجود خصوصية و لا بشرط عدمها.

و لازم الاعتبار الأول عدم كفاية غير النقد الا بدلا لعدم مطابقتها بشرط شيء لما هو بشرط لا، و أما الغرامة الارشية فقد مر انه لا تشتغل بها الذمة، فلا يلزم ان يكون لها تعيين،

بل لا معنى له، و حيث انه لا تعيين له فيمكن ان يكون ما يتعلق به حق التبريم بشرط لا،

و هو النقد عند النزاع في الخصوصيات، و بشرط شيء عند التراضى على خصوصية خاصة

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٠٦

ثم قد تبين مما ذكرنا في معنى الارش انه لا يكون الا مقدارا مساويا لبعض الثمن و لا يعقل ان يكون مستغرقا له، (١) لأن المعيب ان لم يكن مما يتمول و يبذل في مقابلة شيء من المال بطل بيعه و إلا فلا بد من ان يبقى له من الثمن قسط. نعم ربما يتصور ذلك فيما إذا حدث قبل القبض أو في زمان الخيار عيب يستغرق للقيمة مع بقاء الشيء على صفة التملك بناء على ان مثل ذلك غير ملحق

بالتلف في انفساخ العقد به، بل يأخذ المشتري ارش العيب و هو هنا مقدار تمام الثمن، لكن عدم الحاقه بالتلف مشكل، بناء على ان العيب إذا كان مضمونا على البائع بمقتضى قوله (عليه السلام) ان حدث في الحيوان حدث فهو من مال البائع حتى تنقضى خياره كان هذا العيب كأنه حدث في ملك البائع و المفروض انه إذا حدث مثل هذا في ملك البائع كان بيعه باطلا، لعدم كونه متمولا يبذل بازائه شيء من المال فيجب الحكم بانفساخ العقد إذا حدث مثل هذا بعده مضمونا على البائع الا ان يمنع ذلك و ان ضمانه على البائع بمعنى الحكم بكون دركه عليه، فهو بمنزلة الحادث قبل البيع في هذا

ثانيهما: انه لا كلام في صحة التراضي على غير النقدين في الغرامات، و عليه: ففي غير الغرامة الارشية يكون ما تراضيا عليه بدلا عما يستحقه الثابت في الذمة.

و أما في الغرامة الارشية، فحيث انها غير ثابتة في الذمة فلا معنى لكون ما تراضيا عليه بدلا، بل هو اداء عين ما يستحقه. و بهذا البيان يظهر اندفاع ما اورده السيد الفقيه في الحاشية عليه- فراجع و تدبر كما انه ظهر ما هو الحق في المقام، و هو تعيين كونه من النقدين الا مع التراضي.

الارش المستوعب لتمام القيمة

(١) الخامس: في تصور الارش المستوعب لتمام القيمة و الكلام فيه في موردين:

الأول فيما إذا ورد البيع على المعيب.

الثاني: فيما إذا كان البيع قبل حدوث العيب و كان ذلك قبل القبض أو في زمان الخيار

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٦، ص: ٢٠٧

الحكم لا- مطلقا حتى ينفسخ العقد به، و يرجع هذا الملك الموجود الغير المتمول الى البائع، بل لو فرضنا حدوث العيب على وجه اخرجه عن الملك فلا- دليل على الحاقه بالتلف، بل يبقى العين الغير 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 الا ان العلامة قدس سره في القواعد و التذكرة و التحرير و محكي النهاية يظهر منه الارش المستوعب في العيب المتقدم على العقد الذي ذكرنا انه لا يعقل فيه استيعاب الارش للثمن.

قال في القواعد: لو باع العبد الجاني خطأ ضمن اقل الامرين على رأى،

و الارش على رأى (١) و صح البيع ان كان موسرا، و إلا تخير المجنى عليه و لو كان عمدا وقف على اجازة المجنى عليه و يضمن الاقل من الارش و القيمة لا الثمن معها، (٢) و للمشتري الفسخ مع الجهل، فيرجع بالثمن أو الارش (٣) فإن استوعب الجنائية القيمة، فالارش ثمنه ايضا و إلا فقدر الارش (٤) و لا يرجع لو كان عالما و له ان يفديه، كالمالك و لا يرجع به عليه،

و قبل الشروع في البحث في الموردين لا بأس بشرح ما في القواعد،

(١) قوله ضمن اقل الامرين على رأى و الارش على رأى وجه ضمان الاقل ان زيادة الارش غير مضمونة على المولى لان جنائية العبد لا يضمنها سيده و لا يجنى الجاني على ازيد من نفسه و وجه ضمان الارش خاصة ان الاختيار بيد المولى فيكون البيع اختيارا للارش و التزاما بالفداء.

(٢) قوله لا- الثمن معها أى مع الاجازة، هلصحو انه مع اجازة المجنى عليه البيع، يضمن المولى اقل الامر بن من ارش الجنائية و قيمة العبد و لا يضمن الثمن إذ ربما زاد على القيمة و الزائد ملك للمولى لانه كسب له في مقابل ماله و زيادة الارش ليست على المولى لما سبق.

(٣) قوله فيرجع بالثمن أو الارش أى لو فسخ يرجع بالثمن و لو لم يفسخ يرجع بالارش.

(٤) قوله فان استوعب الجناية القيمة فالارش ثمنه ايضا و الا فقدر الارش و قد ذكروا فى بيان مراده (قدس سره) وجوها احسنها ما ذكره جمع

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٢٠٨

و لو اقتص منه فلا رد و له الارش 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 اوائل البيع من التذكرة فى مسألة بيع العبد الجانى و لو كان المولى معسرا لم يسقط حق المجنى عليه من الرقبة ما لم يجز البيع اولا فإن البائع انما 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 احمد و بعض الشافعية أو مع الاستيعاب لان ارش مثل هذا جميع ثمنه و ان لم يستوعب يرجع بقدر ارشه و لو كان عالما بتعلق الحق به فلا رجوع الى ان قال: و ان اوجبت الجناية قصاصا تخير المشتري الجاهل بين الارش و الرد فإن اقتص منه احتمل تعيين الارش و هو قسط قيمة ما بينه جانيا و غير جان و لا يبطل البيع من اصله لأنه تلف عند المشتري بالعيب الذى كان فيه فلم يوجب الرجوع بجميع الثمن كالمريض و المرتد

و هو ارش خيار العيب و استيفائه لتمام ما يوازى ثمنه فالمراد من ثمنه ما يوازى الثمن لا عينه.

اما الأول: فالكلام فيه تارة: فى ما إذا كان النقص الوارد على العين خارجيا موجبا لسلب المالىة مع بقاء ذات المبيع كذهاب رائحة ماء الورد.

و اخرى: فيما إذا كان نقصا اعتباريا من حيث تعلق حق الجناية به الموجب للاسترقاق أو القصاص أو دية كاملة مستوعبة لقيمة العبد. اما فى الصورة الاولى: فالظاهر بطلان البيع، سواء كان ذلك النقص موجبا لسلب المالىة خاصة أو ذلك مع سلبه الملكية كصيرورة الخل خمرا، إذ يعتبر فى صحة البيع المالىة على ما حقق فى محله.

و أما فى الثانية: فالظاهر صحة البيع و عدم بطلانه و ان كان الارش مستوعبا للقيمة، و ذلك لأن فساد العقد اما ان يكون لنقص فى المالك، أو يكون لنقص فى المال، و شىء منهما ليس.

اما النقص فى المالك: فلأن ما ذكر وجها له امران:

احدهما: خروج العبد عن ملك مولاه بمجرد الجناية كما عن المحقق التستري.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٢٠٩

و قال أبو حنيفة و الشافعي يرجع بجميع ثمنه لأن تلفه لأمر استحق عليه عند البائع فجرى مجرى اتلافه، 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 رجع بالثمن و ان لم يفسخ و استوعبت الجناية قيمته و انتزعت يرجع المشتري بالثمن ايضا، و ان لم تستوعب قيمته رجع بقدر الارش و لو علم المشتري بتعلق الحق برقبة العبد لم يرجع بشىء و لو اختار المشتري ان يفديه جاز و رجع به على البائع مع الاذن و إلا فلا، انتهى.

ثانيهما: ان الجناية توجب عدم مالكية المولى للتصرف فيه لتعلق حق المجنى عليه به.

و فيهما نظر:

اما الأول: فلأن ظاهر بعض «١» النصوص و ان كان ذلك الا انه معارض بظاهر غيره من الأخبار «٢» و مخالف للقاعدة.

و أما الثاني: فلأن حق الجناية يتبع العين ايا ما كانت، و لا يزول بالبيع، فلا يكون مانعا عنه.

و أما النقص في المال: فقد ذكر له وجوه:

منها: خروجه عن المالية.

و فيه: ان استحقاق الاسترقاق لا يوجب سلب المالية، فان استحقاق التملك من مقتضيات المالية، فكيف يوجب سلبها، و هل هو الا

كاستحقاق الشريك لتملك حصه شريكه من المشتري و جواز القصاص جواز لاعدام المالية لا انه هدر لها،

و أما الحكم بديهه كامله فهو ليس بعنوان استحقاق ماله الجاني، بل باستحقاق ما يوازي ماله، فلا يوجب خروجه عن المالية.

و منها: خروجه عن الملكية.

و فيه: ان النص قد مر حاله، و الحكم بالقصاص تجويز لاجراجه عن ملكه لا انه

(١) الوسائل - باب ٤١ - من ابواب القصاص في النفس.

(٢) نفس المصدر.

منهاج الفقاهه (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢١٠

قوله و انتزعت اما راجع الى رقبه العبد أو الى القيمة إذا باع المجنى عليه و اخذ قيمته و هذا القيد غير موجود في باقى عبارات العلامة

في كتبه الثلاثة و كيف كان فالعبد المتعلق برقبته حق للمجنى عليه يستوعب قيمته. اما ان يكون له قيمة تبذل بازائه أولا.

و على الثاني: فينبغي بطلان البيع، (١) و لو قيل ان انتزاعه عن ملك المشتري لحق كان عليه عند البائع يوجب غرامته على البائع كان

اللازم من ذلك مع بعده في نفسه ان يكون الحكم كذلك فيما لو اقتص من الجاني عمدا.

و قد عرفت من التذكرة و القواعد الحكم بقسط من الثمن فيه.

و بالجملة فالمسألة محل تأمل و الله العالم.

مخرج، و لا- يتوقف القصاص على تملك المجنى عليه فضلا عن حكمه، و جواز الاسترقاق لا يعقل كونه مخرجا للملك لأنه بنفسه

مخرج و مزيل لها، و الحكم بالديه اوضح.

و منها: ان بذل المال بازاء العبد الجاني سفهي.

و فيه: اولاً: انه لا دليل على بطلان البيع السفهي، فان الدليل «١» دل على بطلان بيع السفهي لا البيع السفهي.

و ثانياً: انه مع احتمال العفو أو التفديء بشيء يسير لا يكون الاقدام على بيعه سفهيا.

و منها: كون المال متعلقا لحق الجناية، و هو مانع عن صحة البيع.

و فيه: ان هذا الحق، حيث انه لا ينافي نفوذ البيع كما تقدم، فلا يكون مانعا عنه.

(١) فتحصل: ان الاظهر صحة البيع مع كون النقص اعتباريا و ان كان الارش مستوعبا للقيمة، و ان ما افاده العلامة متين و لا يرد عليه ما

اورده المصنف (رحمه الله).

و أما الثاني: و هو حصول النقص بعد البيع قبل القبض، فعدم كونه من قبيل

(١) الوسائل - باب ١ - من ابواب كتاب الحجر - النساء: ٦

منهاج الفقاهه (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢١١

مسألة: يعرف الارش بمعرفة قيمته الصحيح و المعيب (١)

ليعرف التفاوت بينهما فيؤخذ من البائع بنسبة ذلك التفاوت و إذا لم يكن القيمة معلومه فلا بد من الرجوع الى العارف بها و هو قد يخبر عن القيمة المتعارفة المعلومه المضبوطة عند اهل البلد أو اهل الخبرة منهم لهذا المبيع المعين أو لمثله في الصفات المقصوده 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 الاخبار عن الحس و التعدد، و قد يخبر عن نظره و حدسه من جهة كثره ممارسته اشباه هذا الشيء و ان لم يتفق اطلاعه على مقدار رغبة الناس في امثاله

تلف المبيع الموجب لانفساخ العقد إذا كان النقص اعتباريا و ان كان الارش مستوعبا للقيمة واضح مما قدمناه، و أما ان كان النقص خارجيا، فقد يقال: انه ان اوجب سلب المايه يكون ذلك بحكم التلف الموجب للانفساخ، فلا يتصور الارش المستوعب للقيمة.

و لكن يمكن ان يرد: بان الموجب للانفساخ تلف ذات المبيع لا ماليته. فتدبر.

نعم ان اوجب ذلك سلب الملكية ايضا امكن القول بالانفساخ من جهة انه ليس هناك شيء له اقباض كى يترقب قبضه، فتأمل فان هذا لو تم فانما هو في ما اوجب سلب الحق، اى حق الاختصاص ايضا، و مما ذكرناه ظهر ما فى كلمات المصنف التقويم

(١) و يعرف الارش بمعرفة قيمتى الصحيح و المعيب، فيؤخذ من البائع بنسبة ذلك التفاوت، و إذا لم تكن القيمة معلومه فلا بد من الرجوع الى العارف بها،

و قد وقع الكلام فى ان قول العارف من باب الشهادة أو الخبر.

و الوجوه التى ذكروها فى الفرق بينهما كثيرة لا يهمننا التعرض لها، إذ الشهادة لها معنيان:

احدهما: عام، و هو يشمل جميع موارد الخبر، و هى بهذا المعنى ليست مورد الحكم

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٢١٢

و هذا يحتاج الى الصفات السابقة (١) و زيادة المعرفة و الخبرة بهذا الجنس و يقال له بهذا الاعتبار اهل الخبرة و قد يخبر عن قيمته باعتبار خصوصيات فى المبيع يعرفها هذا المخبر مع كون قيمته على تقدير العلم بالخصوصيات واضحة كالصانع العارف باصناف الذهب و الفضة من حيث الجودة و الرداءة مع كون قيمة الجيد و الردىء محفوظة عند الناس معروفة بينهم فقوله هذا قيمته كذا يريد به انه من جنس قيمته كذا و هذا فى الحقيقة لا يدخل فى المقوم و كذا القسم الأول فمرادهم بالمقوم هو الثانى.

ثانيهما: خاص، و هو الاخبار الجازم عن حق لازم للغير من غير الحاكم، و هى بهذا المعنى لا تصور فى مورد الشك فى صدقها. و بغير هذين المعنيين لم تؤخذ موضوعه لحكم حتى يتصدى لبيانه، فالصفح عن ذلك اولى.

ثم المختار على ما حققناه فى حاشيتنا على الكفاية حجية الخبر الواحد فى الموضوعات الا ما خرج بالدليل: غاية الأمر فيما إذا كان المخبر عنه حسيا،

و ان كان حدسيا، فان كان المخبر من اهل ذلك الفن كان قوله حجة من باب حجية قول اهل الخبرة إذا عرفت هذا فاعلم: ان العارف بالقيمة تارة: يخبر عن نظره و حدسه من جهة كثره ممارسه اشباه هذا الشيء و ان لم يتفق اطلاعه على مقدار رغبة الناس فى امثاله.

و اخرى: يخبر عن قيمته باعتبار خصوصيات فى المبيع يعرفها هذا المخبر، مع كون قيمته على تقدير العلم بالخصوصيات واضحة.

و ثالثة: يخبر عن القيمة المتعارفة المعلومه المضبوطة عند اهل البلد أو اهل الخبرة،

فان اخبر عن نظره و حدسه كان قوله حجة من باب انه من اهل الخبرة و يكون مقوما.

(١) قوله و هذا يحتاج الى الصفات السابقة يعنى بها التعدد و الاخبار عن الحس و العدالة و يرد عليه انه لا يعتبر فى الرجوع الى اهل الخبرة التعدد و لا كون الاخبار عن حس.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٦، ص: ٢١٣

لكن الاظهر عدم التفرقة بين الاقسام من حيث اعتبار شروط القبول و ان احتمل فى غير الاول الاكتفاء بالواحد. (١) اما للزوم الحرج لو اعتبر التعدد و أما لاعتبار الظن فى مثل ذلك مما انسد فيه باب العلم و يلزم من طرح قول العادل الواحد و الأخذ بالاقل لأصالة براءة ذمة البائع تضييع حق المشتري فى اكثر المقامات. و أما لعموم ما دل على قبول قول العادل خرج منها ما كان من قبيل الشهادة كالقسم الاول دون ما كان من قبيل الفتوى كالثانى لكونه ناشئا عن حدس و اجتهاد و تتبع الاشباه و الانظار و قياسه عليها حتى انه يحكم لأجل ذلك بأنه ينبغى ان يبذل بازائه كذا و كذا و ان لم يوجد راغب يبذل له ذلك ثم لو تعذر معرفة القيمة لفقد اهل الخبرة أو توقفهم. ففى كفاية الظن أو الأخذ بالاقل وجهان (٢) و يحتمل ضعيفا الاخذ بالأكثر لعدم العلم بتدارك العيب المضمون الا به. (٣)

(١) قوله و ان احتمل فى غير الاول الاكتفاء بالواحد بل الاظهر الاكتفاء بالواحد حتى فى القسم الاول كما مرت الاشارة إليه.

(٢) قوله ففى كفاية الظن أو الاخذ بالاقل وجهان الأوجه هو الثانى بناء على ما هو الحق من كون الارش من باب الغرامة لا الانفساخ.

(٣) و ما ذكره (رحمه الله) فى وجه الاخذ بالأكثر من عدم العلم بتدارك العيب المضمون الا به و حاصله ان الشك فى المقام فى سقوط الحق الثابت و مقتضى الاستصحاب بقاءه ما لم يؤد الاكثر غير تام فان منشأ الشك المزبور الشك فى كيفية الثبوت و مع اجراء الاصل فى الثبوت و اثبات ان متعلق الحق هو الاقل لا يبقى مورد للاصل المشار إليه.

تعارض المقومين

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٦، ص: ٢١٤

مسألة: لو تعارض المقومون

اشارة

فيحتمل تقديم بينة الاقل للاصل و بينة الاكثر لانها مثبتة، و القرعة لأنها لكل أمر مشتبه، و الرجوع الى الصلح لتثبيت كل من المتبايعين بحجة شرعية ظاهرة، و المورد غير قابل للحلف لجهل كل منهما بالواقع،

و تخيير الحاكم لامتناع الجمع و فقد المرجح، لكن الاقوى من الكل ما عليه المعظم من وجوب الجمع بينهما بقدر الامكان، (١) لأن كلا منهما حجة شرعية يلزم العمل به، (٢) فإذا تعذر العمل به فى تمام مضمونه و جب العمل به فى بعضه، فإذا قوم احدهما بعشرة، فقد قوم كلا من نصفه بخمسة، و إذا قوم الآخر بثمانية، فقد قوم كلا من نصفه بأربعة، فيعمل بكل منهما فى نصف المبيع، و قولاهما و ان كانا متعارضين فى النصف ايضا، كالكل، فيلزم بما ذكر طرح كلا- القولين فى النصفين، الا ان طرح قول كل منهما فى النصف مع العمل به فى النصف الآخر اولى فى مقام امتثال أدلة العمل

و لو تعارض المقومون ففيه وجوه، و بعضها اقوال:

(١) الاول: ما اختاره المصنف و نسبه الى معظم، و هو: وجوب الجمع بينهما بقدر الامكان، فإذا قوم احد المقومين بعشرة مثلا فقد قوم

كلا من نصفه بخمسة، و إذا قوم الآخر بثمانية مثلا فقد قوم كلا من نصفه باربعة، فيعمل بكل منهما بنصف المبيع.

الثانى: تقديم بينة الأكثر.

الثالث: الرجوع الى القرعة.

الرابع: الرجوع الى الصلح.

الخامس: تخير الحاكم.

السادس: الرجوع الى المرجحات لتعارض البينتين من الاعدية و الأكثرية و نحوهما.

السابع: تقديم بينة الأقل.

التاسع: التساقت و الرجوع الى الأصل.

اما الأول: فقد استدل له بوجهين:

(٢) احدهما: ان كلا من الدليلين حجة شرعية يلزم العمل به، فإذا تعذر العمل به في تمام مضمونه و جب العمل به في بعضه،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢١٥

بكل بينة من طرح كليهما أو إحداهما رأساً. و هذا معنى قولهم إن الجمع بين الدليلين و العمل بكل منهما و لو من وجه أولى من طرح أحدهما رأساً.

و لذا جعل في تمهيد القواعد من فروع هذه القاعدة: الحكم بالتنصيف فيما لو تعارضت البيتان في دار في يد رجلين يدعيهما كل منهما بل ما نحن فيه أولى بمراعاة هذه القاعدة من الدليلين المتعارضين في أحكام الله تعالى لأن الاخذ بأحد هما كلية و ترك الآخر كذلك في التكليف الشرعية الالهية لا ينقص عن التبعض من حيث مراعاة حق الله سبحانه لرجوع الكل الى امتثال امر 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 كل منهما و ان تعارض الآخر في بعض مضمونه ايضا الا ان طرح قول كل منهما في النصف مع العمل به في النصف الآخر أولى في مقام امتثال ادلة العمل بكل بينة من طرح كليهما أو احدهما رأساً، إذ الجمع بين الدليلين و العمل بكل منهما و لو من وجه أولى من طرح احد هما رأساً.

و فيه: ان المصنف (رحمه الله) قد حقق في الاصول ان قاعدة الجمع لا أساس لها، و انما يجمع بين الدليلين لو كان الجمع عرفياً، و الا فمقتضى القاعدة هو التساقت، و عليه فلا وجه لما افاده في المقام، و لا حجة في البين حتى يصدق في نصف مدلولها.

فان قلت: ان ما حققه في الاصول انما هو في الأحكام التكليفية على الطريقة، و أما في باب الحقوق و الوضعيات التي تحدث المصلحة بسبب قيام الحجة على الأمر الاعتباري كالملكية فلا يجري، بل حيث انه عند التزاحم لا يعقل اعتبار ملكية عين واحدة لشخصين بالاستقلال، و تقديم احدهما ترجيح بلا مرجح، و أما اعتبار ملكية نصفها لشخص و نصفها الآخر لشخص آخر فهو معقول و لا تزاحم بينهما من هذه الجهة، فلا بد من الاخذ به بداهة استحالة عدم تأثير السببين في ما لا تزاحم بينهما.

يرد عليك انه حيث يكون ما هو ملك بالاستقلال لشخص كل جزء منه ملكا له

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢١٦

و قد يستشكل ما ذكرنا تارة بعدم التعارض بينهما عند التحقيق، لأن مرجع بينة النفي الى عدم وصول نظرها و حدسها الى الزيادة، فبينه الاثبات المدعية للزيادة سليمة (١) و اخرى بان الجمع فرع عدم اعتضاد احدي البنتين بمرجح و اصاله البراءة هنا مرجحة و للبينه الحاكمة بالاقول.

و ثالثة: بأن في الجمع مخالفة قطعية و ان كان فيه موافقة قطعية لكن التخير الذي لا يكون فيه الا مخالفة احتمالية أولى منه و يندفع الاول بأن المفروض ان بينة النفي تشهد بالقطع على نفي الزيادة واقعا، و ان بذل الزائد في مقابل المبيع سفه و يندفع الثاني بما قررناه

فى الاصول من ان الاصول الظاهرية لا تصير مرجحة للدلة الاجتهادية

من جهة الانحلال لانه ملك اشاعى له مع فرض عدم الشريك له فى الملك،

فالبيتان متعارضتان حتى بالنسبة الى كل جزء، فان كلا منهما تدل على ان العين بتمامها و باجزائها ملك استقلال لمن تثبت الملكية له، و أما النصفان على الاشاعة و ان لم تكن البيتان متعارضتين بالاضافة اليهما، الا انهما ليسا مدلولى البيتين كى يقال انهما غير متراحمتين فيهما الثانى: ان التنصيف جمع بين الحقين فيجب رعاية لهما.

وفيه: ان التنصيف فيما إذا كان حق ثابت مردد بين الشخصين كالمال المردد بين ان يكون لزيد أو عمرو لا كلام فيه، و عليه بناء العقلاء، و يستفاد من بعض «١» النصوص، و يعبر عنه بقاعدة العدل و الانصاف، و هذا لا ربط له بالمقام، فان الزائد عما اتفق عليه المقومان يدور امره بين الاستحقاق و عدمه لا استحقاق البائع و استحقاق المشتري فلا مورد للتنصيف من باب الجمع بين الحقين لعدم الموضوع.

(١) و استدلل للثانى: بانه لا- تعارض بين البيتين، لان مرجح بينة النفى الى عدم وصول نظرها و حدسها الى الزيادة، فبينه الاثبات المدعية للزيادة سليمة.

وفيه: ان بينة الأقل تشهد بالقطع على عدم الزيادة واقعا.

(١) الوسائل - باب ١٢- من ابواب احكام الصلح.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٦، ص: ٢١٧

بل تصلح مرجعا فى المسألة لو تساقط الدليلان من جهة ارتفاع ما هو مناط الدلالة فيهما لأجل التعارض كما فى الظاهرين المتعارضين كالعامين من وجه المطابق احدهما للاصل، و ما نحن فيه ليس من هذا القبيل.

و الحاصل ان بينة الزيادة تثبت امرا مخالفا للاصل و معارضتها بالأخرى النافية لها لا توجب سقوطها بالمرءة لفقد المرجح فيجمع بين النفى و الاثبات فى النصفين و يندفع الثالث بأن ترجيح الموافقة الاحتمالية الغير المشتملة على المخالفة القطعية على الموافقة القطعية المشتملة عليها. انما هو فى مقام الاطاعة و المعصية الراجعتين الى الانقياد و التجري

و استدلل للثالث: بعموم ادلة القرعة، «١» اما لتشخيص الواقع، أو لتشخيص الدليل،

و بخصوص بعض ما ورد من النصوص فى تعارض البيئات الامر بالرجوع الى القرعة الشامل باطلاقه للمقام كصحيح الحلبي عن ابي عبد الله (عليه السلام) فى شاهدين شهدا على امر و جاء آخران شهدا على غير الذى شهدا و اختلفوا قال (عليه السلام): يقرع بينهم فايهم قرع فعليه اليمين و هو اولى بالحق. «٢» و نحوه غيره.

و لكن يرد على الأول منهما: ان القرعة مختصة بموارد عدم تشخيص الحكم و لو مع الأصل، اما لاختصاص موضوع الأدلة بذلك أو لتخصيصها بادلة الاصول و الامارات،

و عليه ففى المقام بما ان مقتضى اصالة البراءة عدم استحقاق الزائد، فلا وجه للرجوع الى القرعة،

مع ان دليل القرعة مختص بما إذا كان هناك حق ثابت، و فى المقام ثبوته غير معلوم كما تقدم.

و يرد على الثانى: انه مختص بمورد الحكومة كما هو واضح، فلا وجه للتعدى.

و استدلل للرابع: بان كلا من المتبايعين متشبهت بحجة ظاهريه، و المورد غير قابل للحلف لجهل كل منهما بالواقع.

(١) الوسائل - باب ١٣ - من ابواب كيفية الحكم كتاب القضاء.

(٢) الوسائل - باب ١٢ - من ابواب كيفية الحكم حديث ١١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢١٨

حيث ان ترك التجري اولى من تحصيل العلم بالانقياد بخلاف مقام احقاق حقوق الناس فإن مراعاة الجميع اولى من اهمال احدهما رأسا و ان اشتمل على اعمال الآخر إذ ليس الحق فيهما لواحد معين كما في حقوق الله سبحانه ثم ان قاعدة الجمع حاكمه على دليل القرعة لأن المأمور به هو العمل بكل من الدليلين لا بالواقع المررد بينهما إذ قد يكون كلاهما مخالفا للواقع فهما سببان مؤثران بحكم الشارع في حقوق الناس فيجب مراعاتها و اعمال اسبابها بقدر الامكان إذ لا ينفع توفيه حق واحد مع اهمال حق الآخر رأسا على النهج الذي ذكرنا من التنصيف في المبيع،

و فيه: ان مجرد عدم امكان الحلف - مع ان مقتضى الأصل عدم الاشتغال بالزائد - لا دليل على كونه سببا لوجوب الصلح.

و استدل للخامس: بامتناع الجمع و فقد المرجح.

و فيه: اولاً: انه لا ينحصر الكلام بمورد التنازع و الخصومة.

و ثانياً: انه لا وجه لتخيير الحاكم بعد عدم كون الواقع كذلك قطعاً.

و استدل للسادس: بالنصوص «١».

و فيه: انها مختصة بصورة النزاع و الترافع الى الحاكم، و لا دليل على التعدي.

و استدل للسابع: بان اصالة البراءة مرجحة للبينة الحاكمة بالأقل.

و فيه: ان الأصل لا يصلح مرجحاً للدليل لكونه في طوله.

فتحصل: ان الأظهر هو القول الثامن و هو التساقت و الرجوع الى الأصل، و هو يقتضى عدم الاشتغال بالزائد.

فان قلت: انك بنيت في الاصول على ان الأصل في تعارض الامارات هو التخيير لا التساقت، فكيف لا تلتزم به في المقام؟

قلت: ان ذلك فيما يمكن فيه التخيير، و في المقام لا يصح، إذ لا معنى لتخيير البائع و المشتري معا كما لا يخفى، و ترجيح احدهما بلا مرجح.

(١) الوسائل - باب ١٢ - من ابواب كيفية الحكم كتاب القضاء.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢١٩

ثم ان المعروف في الجمع بين البيئات الجمع بينهما في قيمتي الصحيح فيؤخذ من القيمتين للصحيح نصفهما، و من الثلث لثلهما و من الأربع ربعهما و هكذا في المعيب. (١)

ثم يلاحظ النسبة بين المأخوذ للصحيح و بين المأخوذ للمعيب و يؤخذ بتلك النسبة فإذا كان احدى قيمتي الصحيح اثني عشر و الاخرى ستة و احدى قيمتي المعيب اربعة و الاخرى اثني عشر (٢) اخذ للصحيح تسعة و للمعيب ثلاثة و التفاوت

بالثلاثين فيكون الارش ثلثي الثمن. و يمكن ايضا على وجه التنصيف فيما به التفاوت بين القيمتين بأن تعمل في نصفه بقول المثبت للزيادة. و في نصفه الآخر بقول النافي فإذا قومه احدهما باثني عشر و الاخرى بثمانية اخذ في نصف الاربعة بقول المثبت و في نصفها

الآخر بقول النافي جمعا بين حقي البائع و المشتري

(١) المعروف في الجمع بين البيئات الجمع بينهما في قيمتي الصحيح، فيؤخذ من القيمتين للصحيح نصفهما، و من الثلاث ثلثهما، و من الأربع ربعهما، و هكذا في المعيب، ثم يلاحظ النسبة بين المأخوذ للمعيب، و يؤخذ بتلك النسبة. و تنقيح القول في المقام بالبحث في موارد:

الأول: في بيان مورد الكلام.

الثاني: في بيان الطريقتين المذكورين للجمع.

الثالث: في بيان ان الطريقتين هل يختلفان ام لا.

الرابع: في بيان الصحيح منهما.

اما الأول: فمورد الكلام صورة التعارض، و الا فلو كان ما به التفاوت على كل من القولين هو النصف مثلا فهو خارج عن محل الكلام لعدم التعارض لمكان اتحاد النتيجة بالنسبة الى المسمى. و بذلك يظهر ان المثال الأول الذي ذكره المصنف (رحمه الله) و هو.

(٢) ما إذا كان احدى قيمتي الصحيح اثنتى عشر و الاخرى ستة، و احدى قيمتى المعيب اربعة و الاخرى اثنتين خارج عن محل الكلام منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٢٠

لكن الاظهر هو الجمع على النهج الأول و يحتمل الجمع بطريق آخر و هو ان يرجع الى البيئنة في مقدار التفاوت و يجمع بين البيئات فيه من غير ملاحظة القيم و هذا منسوب الى الشهيد (قدس سره) على ما فى الروضة.

و حاصله قد يتحد مع طريق المشهور كما فى المثال المذكور فإن التفاوت الصحيح و المعيب على قول كل من البيئتين بالثلثين كما ذكرنا فى الطريق الاول، و قد يختلفان كما إذا كانت احدى قيمتى الصحيح اثنى عشر و الاخرى ثمانية و قيمة المعيب على الاول عشرة و على الثانى خمسة.

فعلى الأول: يؤخذ نصف مجموع قيمتى الصحيح اعنى العشرة و نصف قيمتى المعيب و هو سبعة و نصف. فالتفاوت بالربع، فالارش ربع الثمن اعنى ثلاثة من اثنى عشر لو فرض الثمن اثنى عشر.

و على الثانى: يؤخذ التفاوت بين الصحيح و المعيب على احدى البيئتين بالسدس و على الاخرى ثلاثة اثمان و بنصف المجموع اعنى ستة و نصفاً من اثنى عشر جزءاً و يؤخذ نصفه و هو ثلاثة و ربع و قد كان فى الاول ثلاثة و قد ينقص عن الاول كما إذا اتفقا على ان قيمة المعيب ستة. و قال احدهما قيمة الصحيح ثمانية، و قال الاخرى عشرة.

فعلى الأول: يجمع القيمتان و يؤخذ نصفهما تسعة و نسبته الى الستة بالثلث.

و على الثانى: يكون التفاوت على إحدى البيئتين ربعاً و على الاخرى خمسين فيؤخذ نصف الربع و نصف الخمسين، فيكون ثماناً و خمسا و هو ناقص عن الثلث بنصف خمس.

توضيح هذا المقام ان الاختلاف اما ان يكون فى الصحيح فقط، مع اتفاقهما على المعيب، و أما ان يكون فى المعيب فقط، و أما ان يكون فيهما، فان كان فى الصحيح فقط كما فى المثال الاخير فالظاهر التفاوت بين الطريقتين دائماً لأنك قد عرفت ان الملحوظ على طريق المشهور نسبة المعيب الى مجموع نصفى قيمتى الصحيح المجعول قيمة متزعة و على الطريق الآخر نسبة المعيب الى كل من القيمتين المستلزمة لملاحظة اخذ نصفه مع نصف الآخر ليجمع بين البيئتين فى العمل

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٢١

و المفروض فى هذه الصورة ان نسبة المعيب الى مجموع نصفى قيمتى الصحيح التى هى طريقه المشهور مخالفة لنسبة نصفه الى كل من النصفين لأن نسبة الكل الى الكل تساوى نسبة نصفه الى كل من نصفى ذلك الكل و هو الاربعة و النصف فى المثال لا إلى كل

من النصفين «البعضين» المركب منهما ذلك الكل كالأربعة والخمسة بل النصف المنسوب الى احد بعض المنسوب إليه كالأربعة نسبة مغايرة لنسبته الى البعض الآخر، اعنى الخمسة وهكذا غيره من الامثلة.

و ان كان الاختلاف فى المعيب فقط فالظاهر عدم التفاوت بين الطريقتين ابداء، لأن نسبة الصحيح الى نصف مجموع قيمتى المعيب على ما هو طريق المشهور مساوية لنسبة نصفه الى نصف احدهما و نصفه الآخر الى نصف الأخرى كما إذا اتفقا على كون الصحيح اثنا عشر، و قالت احدهما المعيب ثمانية و قالت الأخرى ستة فإن تفاوت السبعة و الاثنى عشر الذى هو طريق المشهور مساو لنصف مجموع تفاوتى الثمانية مع الاثنا عشر و الستة مع الاثنا عشر الأولين بالثلث و الآخرين بالنصف و نصفهما السدس و الربع. و هذا بعينه تفاوت السبعة و الاثنى عشر و ان اختلفا فى الصحيح و المعيب فإن اتحدت النسبة بين الصحيح و المعيب (١) على كلا البيتين فيتحد الطريقتان دائما كما إذا قومه احدهما صحيحا باثنى عشر و معيبا بستة و قومه الأخرى صحيحا بستة و معيبا بثلاثة فإن نصف الصحيحين اعنى التسعة تفاوتته مع نصف مجموع المعيين و هو الاربعة و نصف عين نصف تفاوتى الاثنا عشر مع الستة و الستة مع الثلاثة.

فان التفاوت على التقديرين بالثلثين. و كذا المثال الذى ذكره تحت عنوان قوله:

(١) و ان اختلفا فى الصحيح و المعيب فان اتحدت النسبة ... الخ،

و هو ما إذا قوم احدهما الصحيح باثنى عشر و المعيب بستة، و قوم الأخرى الصحيح بستة و المعيب بثلاثة، فان التفاوت على التقديرين بالنصف كما صرح به،

و الظاهر ان منشأ اشتباه المصنف (رحمه الله) عبارة الجواهر حيث ذكر المثالين فى آخر الصورة الاولى من الصور الثلاث التى ذكرها لبيان اتحاد الطريقتين.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٦، ص: ٢٢٢

و الحاصل ان كل صحيح ضعف المعيب، فيلزمه كون نصف الصحيحين ضعف نصف المعيين و ان اختلفت النسبة، فقد يختلف الطريقتان و قد يتحدان و قد تقدم مثالهما فى اول المسألة.

ثم ان الاظهر بل المتعين فى المقام هو الطريق الثانى المنسوب الى الشهيد (قدس سره)

وفاقا للمحكى عن ايضاح النافع حيث ذكر ان طريق المشهور ليس بجيد، و لم يذكر وجهه و يمكن ارجاع كلامه الاكثر إليه كما سيجىء. و وجه تعين هذا الطريق ان اخذ القيمة من القيمتين على طريق المشهور أو النسبة المتوسطة من النسبتين على الطريق الثانى.

اما للجمع بين البيتين باعمال كل منهما فى نصف العين كما ذكرنا و أما لأجل ان ذلك توسط بينهما لأجل الجمع بين الحقين بتنصيف ما به التفاوت نفيًا و اثباتًا على النهج الذى ذكرناه أخيرا فى الجمع بين البيتين كما يحكم بتنصيف الدرهم الباقى من الدرهمين المملوكين لشخصين إذا ضاع احدهما المردد بينهما من عند الودعى و لم تكن هنا بينة تشهد لاحدهما بالاختصاص بل و لا ادعى احدهما اختصاصه بالدرهم الموجود.

فعلى الأول فاللازم و ان 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 احدهما 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. و لازم ذلك كون تمام المبيع بسبعة و نصف إلا- أنه لا ينبغى ملاحظة نسبة المجموع من نصفى إحدى القيمتين أعنى العشرة إلى المجموع من نصف الأخرى أعنى سبعة و نصفًا، كما نسب إلى المشهور لانه إذا فرض لكل نصف من المبيع قيمة تغاير قيمة النصف الآخر و جب ملاحظة التفاوت بالنسبة الى كل من النصفين صحيحا و معيبا و اخذ الارش لكل نصف على حسب تفاوت صحيحه و

معيه. فالعشرة ليست قيمة لمجموع الصحيح الا باعتبار ان نصفه مقوم بستة و نصفه الآخر باربعة، و كذا السبعة و النصف ليست قيمة لمجموع المعيب الا باعتبار ان نصفه مقوم بخمسة و نصفه الآخر باثنين و نصف، فلا وجه لأخذ تفاوت ما بين مجموع العشرة و السبعة و النصف بل لا بد من اخذ تفاوت ما بين الاربعة و الاثنين و نصف لنصف منه و تفاوت ما بين الستة و الخمسة للنصف الآخر.

و توهم ان حكم شراء شىء تغاير قيمتا نصفيه

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٦، ص: ٢٢٣

حكم ما لو اشترى بالثمن الواحد مالين معينين مختلفين فى القيمة صحيحا و معيبا بأن اشترى عبدا و جارية باثنى عشر فظهرا معينين و العبد يسوى اربعة صحيحا و اثنين و نصفا معيبا و الجارية يسوى ستة صحيحة و خمسة معيبة فإنه لا شك فى ان اللازم فى هذه الصورة ملاحظة مجموع قيمتى الصفة صحيحة و معيبة اعنى العشرة و السبعة و النصف واخذ التفاوت و هو الربع من الثمن و هو ثلاثة إذا فرض الثمن اثنى عشر كما هو طريق المشهور فيما نحن فيه.

مدفوع بأن الثمن فى المثال لما كان موزعا على العبد و الجارية بحسب قيمتهما فإذا اخذ المشتري ربع الثمن ارشا فقد اخذ للعبد ثلاثة اثمان قيمته و للجارية سدسها،

كما هو الطريق المختار لأنه اخذ من مقابل الجارية اعنى سبعة و خمسا سدسه و هو واحد و خمس و من مقابل العبد اعنى اربعة و اربعة اخماس ثلاثة اثمان و هو واحد و اربعة اخماس، فالثلاثة التى هى ربع الثمن منطبق على السدس و ثلاثة اثمان، بخلاف ما نحن فيه، فإن المبدول فى مقابل كل من النصفين المختلفين بالقيمة امر واحد، و هو نصف الثمن، فالمناسب لما نحن فيه فرض شراء كل من الجارية و العبد فى المثال المفروض بثمان مساو للآخر، بأن اشترى كلا منهما بنصف الاثنى عشر فى عقد واحد أو عقدين، فلا يجوز حينئذ اخذ الربع من اثنى عشر بل المتعين حينئذ ان يؤخذ من ستة الجارية سدس و من ستة العبد اثنان و ربع، فيصير مجموع الارش ثلاثة و ربعا

و أما الثانى: فمحصل طريقة المشهور ملاحظة مجموع قيمتى الصحيح، و مجموع قيمتى المعيب، و ملاحظة نسبة المجموع الى المجموع، و الاخذ من الثمن بتلك النسبة. فإذا قوم احدهما الصحيح بستة، و الاخرى باربعة، و قوم الاولى المعيب باثنين، و الاخرى بثلاثة،

يلاحظ نسبة الخمسة الى العشرة، و يؤخذ من الثمن بتلك النسبة و هى النصف.

و نسب الى الشهيد (رحمه الله) طريق آخر، و هو: الرجوع الى البيئه فى مقدار التفاوت، و بجمع بين البيئات فيه، من غير ملاحظة القيم، فالشاهد على نصف مجموع الكسرين، و المشهور على الكسر بين القيمتين المنتزعتين.

و أما الثالث: فتارة: تتحد قيمة الصحيح و تختلف قيمة المعيب، و اخرى: تتحد

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٦، ص: ٢٢٤

و هو المأخوذ فى المثال المتقدم على الطريق الثانى.

و قد ظهر مما ذكرنا انه لا فرق بين شهادة البيئات بالقيم أو شهادتهم بنفس النسبة بين الصحيح و المعيب. و ان لم يذكر و القيم، هذا كله إذا كان مستند المشهور فى اخذ القيمة الوسطى العمل بكل من البيئتين فى جزء من المبيع. و أما إذا كان المستند مجرد الجمع بين الحقين على ما ذكرنا أخيرا بأن ينزل القيمة الزائدة و يرتفع الناقصة على حد سواء فالمتعين الطريق الثانى ايضا، سواء شهدت البيئتان بالقيمتين ام شهدتا بنفس النسبة بين الصحيح و المعيب.

اما إذا شهدت بنفس التفاوت، فلأنه إذا شهدت احدهما بأن التفاوت بين الصحيح و المعيب بالسدس و هو الاثنان من اثنى عشر و

شهدت الاخرى بأنه بثلاثة اثمان و هو الثلاثة من ثمانية زدنا على السدس ما تنقص من ثلاثة اثمان و صار كل واحد من التفاوتين بعد التعديل سدسا و نصف سدس، و ثمنه و هو من الثمن المفروض اثني عشر ثلاثة و ربع، كما ذكرنا سابقا،

قيمة المعيب و تختلف قيمة الصحيح، و ثلثه: تختلف كل من القيمتين.

اما في الصورة الاولى: فالظاهر هي المطابقة الدائمة بين الطريقتين، إذ قيمة الصحيح إذا كانت واحدة، و الكسر و ان كان يختلف باختلاف قيمة المعيب، لكن الكسرين متساو ان النسبة الى كل نصف من الصحيح لفرض تساوي النصفين في القيمة، فمجموع الكسرين قهرا هو كسر مجموع النصفين، فلا فرق بين ان يلاحظ الكسرين و يضافان الى الواحد، و بين ان يلاحظ قيمتي الصحيح و المعيب، و يلاحظ الكسر الواحد.

و أما في الصورة الثانية: فالظاهر هو عدم المطابقة دائما، فنرض توافقهما على ان قيمة المعيب ستة، و احدهما تقول: ان قيمة الصحيح عشرة، و الاخرى تقول: انها ثمانية، لازم ما افاده المشهور من ملاحظة مجموع قيمتي الصحيح و هي ثمانية عشر، و ملاحظة مجموع قيمتي المعيب و هي اثنا عشر، و ملاحظة نسبة المجموع الى المجموع، هو كون التفاوت بالثلث، و لازم ما افاده الشهيد (رحمه الله) و هو الرجوع الى البيئ في مقدار التفاوت و الجمع بين البيئات فيه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٢٥

و ان شهدت البيئتان بالقيمتين، فمقتضى الجمع بين حقي البائع و المشتري في مقام اعطاء الارش و اخذه تعديل قيمتي كل من الصحيح و المعيب بالزيادة و النقصان بأخذ قيمة نسبته الى المعيب دون نسبة القيمة الزائدة و فوق نسبة الناقصة فيؤخذ من الاثني عشر و العشرة من الثمانية و الخمسة قيمتان للصحيح و المعيب نسبة احدهما الى الاخرى يزيد على السدس بما ينقص من ثلاثة اثمان فيؤخذ قيمتان يزيد صحيحهما على المعيب بسدس و نصف سدس و ثمن سدس.

و من هنا يمكن ارجاع كلام الاكثر الى الطريق الثاني بأن يريدوا من اوسط القيم المتعددة للصحيح و المعيب القيمة المتوسطة بين القيم لكل منها من حيث نسبتها الى قيمة الآخر، فيكون مرادهم من اخذ قيمتين للصحيح و المعيب قيمة متوسطة من حيث نسبة احدهما الى الاخرى بين اقوال جميع البيئات المقومين للصحيح و الفاسد، و ليس في كلام الاكثر انه يجمع قيم الصحيح و ينتزع منها قيمة، و كذلك قيم المعيب ثم تنسب احدي القيمتين المنتزعتين الى الاخرى.

هو كون التفاوت بنصف الخمسين الذين هما ما به التفاوت لإحدهما، و هي ما تعين قيمة الصحيح عشرة، و نصف الربع الذي هو ما به التفاوت للآخرى، و هي ما تعين قيمته ثمانية،

فيؤخذ من الثمن خمس و ثمن، و هذا اقل من الثلث، فلو كان الثمن اثني عشر لازم ما افاده المشهور الاخذ من الثمن اربعة، و لازم ما افاده الشهيد (رحمه الله) الاخذ منه ثلاثة و نصف. فتدبر.

و أما في الصورة الثالثة: فيظهر الحال فيها مما تقدم، و هو عدم المطابقة دائما.

و أما الرابع فالأظهر انه بناء على الالتزام بالجمع يتعين اختيار طريقة الشهيد (رحمه الله)، إذ مدرك الجمع اما لزوم الجمع بين الحقين، أو لزوم العمل بالبيئتين، و على التقديرين يتعين ما ذهب إليه الشهيد (رحمه الله).

اما على الأول: فلأن الحق يدور امره بين كل من التفاوتين: اي الربع و النصف مثلا، فلا وجه لملاحظة قيمتي الصحيح و المعيب و انتزاع قيمة متوسطة، ثم ملاحظة كسر

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٢٦

قال في المقنعة: فإن اختلف اهل الخبرة عمل على اوسط القيم و نحوه في النهاية.

وفي الشرائع حمل على الأوسط وبالجملة، فكل من عبر بالأوسط يحتمل ان يريد الوسط من حيث النسبة لا من حيث العدد، هذا مع ان المستند في الجميع هو ما ذكرنا من وجوب العمل بكل من البيئتين في قيمة نصف المبيع. نعم لو لم يكن بينه اصلا لكن علمنا من الخارج ان قيمة الصحيح اما هذا واما ذلك، وكذلك قيمة المعيب و لم نقل حينئذ بالقرعة و الاصل، فاللازم الاستناد في التنصيف الى الجمع بين الحقين على هذا الوجه.

وقد عرفت ان الجمع بتعديل التفاوت لأنه الحق دون خصوص القيمتين المحتملتين و الله العالم.
القول في الشروط التي يقع عليها العقد (١) و شروط صحتها و ما يترتب على صحيحها و فاسدها

تلك القيمة.

و أما على الثاني: فلأن الرجوع الى البيئتين انما هو لتعيين ما به التفاوت، و انما التعارض بينهما في ذلك و هو مورد الأثر، فلا بد من الجمع بينهما في ذلك، و لا فرق في ذلك بين كون البيئتين قائمتين ابتداء على ما به التفاوت من دون تعرض لقيمتي الصحيح و المعيب، أو كونها قائمتين على القيمتين، و يكون ما به التفاوت مدلولها الالتزامي.

القول في الشروط

إشارة

(١) فصل: في الشروط المذكورة في متن العقد، و التي بناء العقد عليها.
لا إشكال في أن عقد البيع قابل للشروط و إن لم يقبل التعليق، و ستعرف الفرق بينهما، و كيف كان فالشرط جائز إجماعا كما عن التذكرة و القواعد و غيرهما، و عن الغنية نفى الخلاف فيه بين المسلمين، و النصوص «١» المتواترة شاهدة به، نذكر في المقام جملة منها تيمنا.
لاحظ النبوي: الشرط جائز بين المسلمين «٢».

(١) الوسائل - باب ٦- من ابواب الخيار، و باب ١٥ من ابواب بيع الحيوان، و باب ٤ من ابواب المكاتب و غيرها.

(٢) الخلاف ج ٢ ص ٨.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٢٧

...

و صحيح عبد الله بن سنان عن الامام الصادق عليه السلام: من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله فلا يجوز له، و لا يجوز على الذي اشترط عليه، و المسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله عز و جل «١» و صحيحه الآخر عنه (عليه السلام): المسلمون عند شروطهم الا كل شرط خالف كتاب الله عز و جل فلا يجوز «٢».

و خبر اسحاق عن جعفر عن أبيه عليهما السلام أن علي بن أبي طالب عليه السلام كان يقول: من شرط لامرأته شرطا فليف لها فان المسلمين عند شروطهم الا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما «٣».

و صحيح الحلبي عن الامام الصادق عليه السلام عن الشرط في الاماء لا تباع و لا تورث و لا توهب، فقال عليه السلام: يجوز ذلك غير الميراث فانها تورث، و كل شرط خالف كتاب الله فهو رد «٤».

و مرسل جميل عن أحدهما عليهما السلام في رجل اشترى جارية و شرط لاهلها ان لا يبيع و لا يهب قال (عليه السلام) يفي بذلك إذا شرط لهم «٥» الى غير ذلك من النصوص الكثيرة، و سيمر عليك الاستدلال بالكتاب أيضا له.

حقيقة الشرط

و تنقيح القول فيها بالبحث في مقامات:

- (١) الوسائل - باب ٦- من ابواب الخيار حديث ١.
 - (٢) نفس المصدر حديث ٢.
 - (٣) نفس المصدر حديث ٥.
 - (٤) الوسائل باب ١٥ من ابواب بيع الحيوان حديث ١.
 - (٥) نفس المصدر حديث ٢.
- منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٢٨
- الشرط يطلق في العرف على معنيين (١) احدهما المعنى الحديثي و هو بهذا المعنى مصدر شرط فهو شرط للامر الفلاني و ذلك الامر مشروط و فلان مشروط له أو عليه.

أى النزاع في معنى الشرط و حقيقته - في الشروط الابتدائية، فانه لو شملها الشرط بما له من المعنى كانت لازم الوفاء: لإطلاق الدليل، و الا فلا.

لا يقال: انه لا يجب الوفاء بها اجماعا و ان صدق عليها الشرط فلا فائدة في هذا النزاع.
فانه يرد: بان هذا الاجماع بما أنه ليس تعديا، و لعل مدرك المجمعين عدم صدق الشرط عليها، فلا يصلح لتقييد اطلاق الدليل.
و قد ذكروا في مقام بيان معنى الشرط عرفا و لغة امورا،
و هي: الالتزام و الالتزام اما في البيع و نحوه كما عن القاموس، أو مطلقا و إليه يرجع ما في حاشية السيد من أنه جعل الزامى أى الجعل المستلزم للالتزام، و العهدة، و العلامة،
و مطلق الربط، و التعليق.

(١) و المصنف (رحمه الله) ذهب الى ان له معنيين عرفيين: احدهما: الالتزام و الالتزام،
و الثانى: ما يلزم من عدمه العدم،
و أن له معنيين اصطلاحيين أحدهما: ما يستعمل في السنة النحاة و هي الجملة الواقعة تلو أداة الشرط ثانيهما: ما يستعمل في السنة أهل المعقول.

و الحق أن له معنى واحدا و هو: الربط و التعليق، و استعماله في جميع الموارد انما يكون في ذلك المعنى.
توضيح ذلك: أن الشرط - بالتحريك - بمعنى العلامة، و الدون و الرذل، و الشريف،
و جمعه أشراف، و من ذلك اشراط الساعة أى علاماتها، و أشراف الغنم أى رذالها، و أشراف الناس أى أشرافهم.
و أما الشرط - بالسكون - و جمعه شروط فهو بحسب المتفاهم العرفي ليس مطلق الالتزام، و لذا يصدق على ايجاب عمل على شخص،
و لا على مطلق الجعل و الاثبات، بل المنساق الى الذهن منه هو تقييد أمر بآخر اما واقعا أو بجعل جاعل.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٢٩

وفي القاموس انه الزام الشيء و التزامه في البيع وغيره، (١) و ظاهره كون استعماله في الالزام الابتدائي مجازا أو غير صحيح، لكن لا إشكال في صحته لوقوعه في الاخبار كثيرا مثل قوله (صلى الله عليه وآله) في حكاية بيع بريرة (٢) ان قضاء الله احق و شرطه اوثق و الولاء لمن اعتق

(١) و ما في القاموس وغيره من مصاديق هذا المعنى العام،

كما أن اطلاقه في السنة النحاء على الجملة الواقعة عقيب أداة الشرط- انما يكون من هذا الباب، فإن المقدم أما أن يكون شرطا واقعا أو جعليا للجزاء كما أن اطلاقه في السنة أهل المعقول على جزء من أجزاء العلة من هذا الباب. و بالجملة للشرط معنى واحد، و اطلاقه في جميع الموارد من ذلك الباب، و هو: تقييد أمر بآخر. غاية الأمر أن هذا التقييد و الربط قد يكون تكوينيا كربط احراق النار بالمحاذة.

و قد يكون مجعولا بجعل تشريعي كجعل الطهارة شرطا للصلاة، و قد يكون مجعولا بجعل المتعاملين و ليس له معنى آخر. و بذلك ظهر أن الشرط بهذا المعنى لا يصدق على الشروط الابتدائية، و هو واضح.

و قد استند المصنف (رحمه الله) في شموله لها الى اطلاقه عليها في موارد:

(٢) منها: قوله صلى الله عليه وآله و سلم في حكاية بيع بريرة: ان قضاء الله احق و شرطه اوثق و الولاء لمن أعتق، «١» فإنه أطلق الشرط على ما جعله الله تعالى ابتداء من أن الولاء للمعتق خاصة. و فيه: أولا: أن إطلاق الشرط عليه إنما هو من جهة أن الولاء مقيد بحسب

(١) ليس في النصوص المروية من طرقنا إلا قوله (صلى الله عليه وآله): الولاء لمن أعتق راجع الوسائل باب ٥٢ من ابواب نكاح العبيد و الاماء، و باب ٧٣ من ابواب كتاب العتق، و غيرها من كتب الحديث، نعم من طرق العامة ما تضمن الجملة بتمامها، و عن دعائم الاسلام عن علي (عليه السلام) عنه (صلى الله عليه وآله): الولاء لمن أعتق و شرط الله أكد. منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٣٠

و قول أمير المؤمنين (عليه السلام) في الرد على مشروط عدم التزوج بامرأة اخرى في النكاح ان شرط الله قبل شرطكم. (١) و قوله ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثة ايام للمشتري، (٢) قلت: و في غيره قال هما بالخيار حتى يفترقا. و قد اطلق على النذر أو العهد أو الوعد في بعض اخبار الشرط في النكاح (٣)

الجعل الإلهي بالعتق.

و ثانيا: أنه يمكن أن يكون الاستعمال مجازيا للمشكلة، نظير قوله تعالى: (فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ) «١» مع أن المجازاة ليست من الاعتداء.

(١) و منها: قول أمير المؤمنين (عليه السلام) في الرد على مشروط عدم التزوج بامرأة اخرى في النكاح: شرط الله قبل شرطكم «٢» و الجواب عنه ما تقدم في سابقه.

(٢) و منها: قوله ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثة ايام للمشتري «٣».

و فيه: أن الاطلاق فيه إنما هو باعتبار ارتباط العقد بالخيار، غاية الأمر الخيار مجعول من الشارع للمتعاقدين.

(٣) و منها: انه اطلق على النذر أو العهد أو الوعد في بعض اخبار النكاح،

و الظاهر أن نظره الى خبر منصور بن يونس بزرج عن العبد الصالح (عليه السلام) قال: قلت له: إن رجلا من مواليك تزوج امرأة ثم

طلقها فبانت منه، فأراد أن يراجعها فأبت عليه إلا أن يجعل الله عليه أن لا يطلقها و لا يتزوج عليها فأعطاها ذلك ثم بدا له في الترويج بعد ذلك،

فكيف يصنع؟ فقال (عليه السلام): بئس ما صنع و ما كان يدريه ما يقع في قلبه بالليل و النهار، قل له: فليف للمرأة بشرطها، فإن رسول الله (صلى الله عليه و آله) قال: المؤمنون عن شروطهم، «٤» فإنه لا شرط إلا ما جعله الله عليه و هو إما نذر أو عهد

(١) البقرة: ١٩١.

(٢) الوسائل - باب ٢٠ - من ابواب المهور حديث ٦ كتاب النكاح.

(٣) الوسائل - باب ٣ - من ابواب الخيار حديث ٥.

(٤) الوسائل - باب ٢٠ من ابواب المهور حديث - ٤ كتاب النكاح.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٣١

و قد اعترف في الحدائق بأن اطلاق الشرط على البيع كثير في الاخبار. (١)

و أما دعوى كونه مجازا، فيدفعها مضافا الى اولوية الاشتراك المعنوي و الى ان المتبادر من قوله شرط على نفسه كذا ليس الا مجرد الالتزام استدلال الامام (عليه السلام)

بالنبوي: المؤمنون عند شروطهم فيما تقدم من الخبر الذي اطلق فيه الشرط على النذر أو العهد و مع ذلك فلا حجة فيما في القاموس مع تفرد به. و لعله لم يلفت الى الاستعمالات التي ذكرناها و الا لذكرها و لو بعنوان يشعر بمجازيتها.

ثم قد يتجاوز في لفظ الشرط بهذا فيطلق على نفس المشروط كالخلق بمعنى المخلوق فيراد به ما يلزمه الانسان على نفسه.

الثاني: ما يلزم من عدمه العدم، من دون ملاحظة انه يلزم من وجوده الوجود اولا

لا الى خبر ابن سنان المروي «١» في الحاشية، فإنه ليس فيه ما يتوهم كونه نذرا أو عهدا، و لا يكون مذيلا بقول رسول الله (صلى الله عليه و آله): المؤمنون عند شروطهم.

و فيه: أن إطلاق الشرط ليس باعتبار أنه نذر أو عهد، بل باعتبار إناطة الترويج عليها بذلك الالتزام المؤكد.

(١) و منها: اطلاق الشرط على البيع في كثير من الاخبار و فيه: أنه لم يستعمل الشرط في البيع في شيء من الاخبار، فإن الأخبار التي ادعى صاحب الحدائق إطلاق الشرط فيها على البيع إنما اطلق فيها ذلك باعتبار أنه قد التزم كون المبيع موصوفا بوصف خاص الذي هو التزم في ضمن البيع.

لاحظ: صحيح الحلبي: سئل أبو عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يسلم في وصف أسنان معلومه و لون معلوم ثم يعطى دون شرطه أو فوقه، فقال (عليه السلام): إذا كان عن طيبة نفس منك و منه فلا بأس «٢» و نحوه غيره.

(١) الوسائل - باب ٣٨ - من ابواب المهور حديث ٦ كتاب النكاح.

(٢) الوسائل - باب ٩ - من ابواب السلف حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٣٢

و هو بهذا المعنى اسم جامد لا- مصدر، فليس فعلا و لا حدثا (١) و اشتقاق المشروط منه ليس على الاصل كالشارط، و لذا ليسا بمتضايين في الفعل و الانفعال، (٢) بل الشارط هو الجاعل و المشروط هو ما جعل له الشرط كالمسبب بالكسر و الفتح المشتقين من السبب، فعلم من ذلك ان الشرط في المعنيين نظير الامر بمعنى الشيء و أما استعماله في السنه النحاة على الجملة الواقعة عقيب ادوات

الشرط فهو اصطلاح خاص مأخوذ من افادة تلك الجملة لكون مضمونها شرطا بالمعنى الثانى، كما ان استعماله فى السنة اهل المعقول والاصول، فيما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده الوجود، مأخوذ من ذلك المعنى. الا انه اضيف إليه ما ذكر فى اصطلاحهم مقابلا للسبب، فقد تلخص مما ذكرنا ان للشرط معنيين عرفيين و آخرين اصطلاحيين (٣) لا يحمل عليهما الاطلاقات العرفية بل هى مرددة بين الاوليين، فان قامت قرينه على ارادة المصدر الاول أو على ارادة الجامد تعين الثانى و إلا حصل الاجمال.

قال المصنف (رحمه الله) بعد ما ذكر المعنى الثانى للشرط و هو ما يلزم من عدمه العدم من دون ملاحظة أنه يلزم من وجوده الوجود أولا:

(١) و هو بهذا المعنى اسم جامد لا- مصدر فليس فعلا- و لا حدثا و فيه: أن ضابط كون المعنى اشتقاقيا: كون المبدأ صالحا و قابلا للقيام بشىء بأحد أنحاء القيام، و عنوان ما يلزم من عدمه العدم و إن لم يكن صالحا لذلك إلا أن المبدأ فيه و هو استلزام شىء لشىء صالح لذلك، و هذا يكفى فى كونه اشتقاقيا.

(٢) و ما ذكره من عدم التضاييف فى الفعل و الانفعال بينه و بين المشروط يرد عليه: أن المشروط مضاييف للشرط بالمعنى الوصفى، و لا- يعتبر فى التضاييف أن يكون مضاييف ما هو على هيئة المفعول هو هيئة الفاعل، مع أن المشروط بمعنى المشروط فيه لا يكون مضائفا للشارط، و هو بما له من المعنى و هو نفس المشروط مضاييف له،

(٣) قوله فقد تلخص مما ذكرنا ان للشرط معنيين عرفيين و آخرين اصطلاحيين قد عرقت ان له معنى واحد، فى العرف، و اللغة، و الاصطلاح

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٢٣٣

و ظهر ايضا ان المراد بالشرط فى قولهم صلوات الله عليهم المؤمنون عند شروطهم هو الشرط باعتبار كونه مصدرا. اما مستعملا فى معناه اعنى الزاما على انفسهم و أما مستعملا بمعنى ملتزماتهم. و أما بمعنى جعل الشىء شرطا بالمعنى الثانى بمعنى التزام عدم شىء عند عدم آخر، و سيجىء الكلام فى ذلك. و أما الشرط فى قوله ما الشرط فى الحيوان قال: ثلاثة ايام للمشتري قلت: و ما الشرط فى غيره؟ قال:

البيعان بالخيار حتى يفترقا. و قوله الشرط فى الحيوان ثلاثة ايام للمشتري اشترط أو لم يشترط، فيحتمل ان يراد به ما قرره الشارع و الزمه على المتبايعين أو احدهما من التسلط على الفسخ فيكون مصدرا بمعنى المفعول، فيكون المراد به نفس الخيار المحدود من الشارع، و يحتمل ان يراد به الحكم الشرعى المقرر و هو ثبوت الخيار و على كل تقدير ففى الاخبار عنه بقوله ثلاثة ايام مسامحة، نعم فى بعض الاخبار فى الحيوان كله شرط ثلاثة ايام و لا يخفى توقفه على التوجيه (١)

الكلام فى شروط صحة الشرط

اشارة

و هى امور قد وقع الكلام أو الخلاف فيها احدها ان يكون داخلا تحت قدرة المكلف، (٢) فيخرج ما لا يقدر العاقد على تسليمه الى صاحبه سواء كان صفة لا يقدر على العاقد على تسليم العين موصوفا بها

(١) قوله و لا يخفى توقفه على التوجيه و الوجه فيه انه ليس فى الحيوان شرط ثلاثة ايام بل شرط خيار ثلاثة ايام فحذف المضاف و اقيم المضاف إليه مقامه و لكن قد مر ان المراد بالشرط هو الخيار فلا حاجة الى التقدير و عليه فما فى الحاشية من ان فى العبارة سقطا فان المناسب ان يقول لا يخفى عدم توقفه على التوجيه متين.

اعتبار دخول الشرط تحت القدرة

الكلام في شروط صحة الشرط، و هي امور.
 (٢) احدها ان يكون داخلا تحت قدرة المكلف فيخرج ما ليس بمقدور كصيرورة الزرع سنبلًا. كذا طفحت كلماتهم به و لكن بما أن القدرة و عدمها اللتين هما من قبيل العدم و الملكة تختصان بالأفعال،
 منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٣٤
 مثل صيرورة الزرع سنبلًا و كون الامة و الدابة تحمل في المستقبل أو تلد كذا،
 أو كان عملا كجعل الزرع سنبلًا و البسر تمرا كما مثل به في القواعد.
 لكن الظاهر ان المراد به جعل الله الزرع و البسر سنبلًا و تمرا (١) و الغرض الاحتراز عن اشتراط فعل غير العاقد مما لا يكون تحت قدرته، كأفعال الله سبحانه

و لا تتعلقان بالأعيان الخارجية و الأوصاف، و هذا البحث لا يختص بالأفعال،
 فالأولى التعبير بأن يكون ما يشترط تحت سلطانه و استيلائه،
 فيعم الأوصاف، فإنه يسلط على الوصف بسلطنته على العين.
 و كيف كان فتتقيح القول في المقام بالبحث في موارد:
 الأول: فيما إذا كان الشرط فعلا.

الثاني: ما إذا كان وصفا.

الثالث: ما إذا كان من شروط النتيجة.

أما الاول فلا كلام فيما إذا كان الفعل لأحد المتعاقدين و مقدورا له،

و الكلام إنما هو في غير ذلك من أقسامه أعم من، فعل محال من المشروط عليه، أو فعل الغير، أو فعل الله تعالى.

(١) قوله لكن الظاهر ان المراد به جعل الله الزرع و البسر سنبلًا و تمرا قد تكرر في كلماتهم المثل للشرط غير المقدور بذلك و المراد من جعل الزرع سنبلًا اما جعل الله تعالى كما صرح به الشهيد.

أو جعل المشروط عليه كما هو صريح جامع المقاصد و ظاهر الشرائع.

أو جعل الاعم من الله و من المشروط عليه كما صرح به صاحب الجواهر و على فرض كون الثاني مرادا ليس المراد به كون المشروط عليه مفيض الوجود أو كونه مجرى الفيض إذ لا يخطر شيء منهما ببال المتعاملين بل المراد اعداد المقدمات المؤدية الى ذلك.

و حيث ان بعضها خارج عن تحت قدرته فهو شرط غير مقدور.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٣٥

لاعن اشتراط حدوث فعل محال من المشروط عليه، لأن الالزام و الالتزام بمباشرة فعل ممتنع عقلا أو عادة مما لا يرتكبه العقلاء، (١) و الاحتراز عن مثل الجمع بين الضدين أو الطيران في الهواء مما لا يرتكبه العقلاء، و الايتان بالقيود المخرج لذلك و الحكم عليه بعدم الجواز و الصحة بعيد عن شأن الفقهاء.

لذا لم يتعرضوا لمثل ذلك في باب الاجارة و الجعالة، مع ان اشتراط كون الفعل سائغا يغنى عن اشتراط القدرة. (٢)

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 امر صحيح عند العقلاء مطلوب لهم بل اولى بالاشتراط من الوصف الخالي الغير المعلوم تحققه،

ككون العبد كاتبا و الحيوان حاملا، و الغرض الاحتراز عن ذلك.

و يدل على ما ذكرنا تعبير اكثر هم ببلوغ الزرع و البسر سنبلًا و تمرا أو لصيرورتهما كذلك، و تمثيلهم لغير المقدور بانعقاد الثمرة و إيناعها و حمل الدابة فيما بعد و وضع الحامل في وقت كذا و غير ذلك.

(١) و ما افاده المصنف (رحمه الله): من ان الالتزام و الالتزام بمباشرة فعل ممتنع عقلا أو عادة مما لا يرتكبه العقلاء، و الإتيان بالقيد المخرج لذلك و الحكم عليه بعدم الجواز بعيد عن شأن الفقهاء يرد عليه: أن الشرط حقيقته ربط العقد بشيء كما اعترف به، فكما أن العقلاء يربطون عقودهم بفعل الغير على ما صرح به كذلك يربطونها بالمحال.

و بالجملة لا- كلام في عدم لزوم الوفاء بالشرط المحال، إنما الكلام في أنه هل يصح ربط العقد به أم لا بحيث يثبت للمشروط له الخيار مع عدم تحققه؟ و الأظهر جواز ذلك.

(٢) قوله مع ان اشتراط كون الفعل سائغا يغني عن اشتراط القدرة يتم ذلك إذا كان المراد به السائغ الشرعي- و أما إذا كان المراد اعم منه و مما يسوغ عقلا فلا يتم فان المحال ايضا سائغ عقلا و لم يرد فيه منع شرعي.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٣٦

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 أن المراد جعل الله الزرع سنبلًا و البسر تمرا، لأننا إنما نفرض فيما يجوز أن يتوهمه عاقل لامتناع ذلك من غير الإله جلت عظمتها، انتهى.

لكن قال في الشرائع و لا يجوز اشتراط ما لا يدخل في مقدوره، كبيع الزرع على ان يجعله سنبلًا و الرطب على ان يجعله تمرا، انتهى. و نحوها عبارة التذكرة لكن لا بد من ارجاعها الى ما ذكر، إذ لا يتصور القصد من العاقل الى الالتزام بهذا الممتنع العقلي، اللهم الا ان يراد اعمال مقدمات الجعل على وجه توصل إليه مع التزام الايصال، فاسند الجعل الى نفسه بهذا الاعتبار، فافهم. (١)

و كيف كان فالوجه في اشتراط الشرط المذكور مضافا الى عدم الخلاف فيه (٢) عدم القدرة على تسليمه (٣) بل و لا على تسليم المبيع إذا أخذ متصفا به، لأن تحقق مثل هذا الشرط بضرب من الاتفاق

(١) قوله فافهم الظاهر انه اشارة الى انه ان اريد باعمال المقدمات اعمالها بقيد الايصال كان من الممتنع العقلي فهو كثر على ما فر- و ان اريد به اعمالها بالمقدار المقدور لم يكن من شرط غير المقدور.

و قد استدلت لعدم الجواز و اعتبار كون الشرط مقدورا بوجوه:

(٢) احدها: الاجماع و فيه أولا: أن المخالف موجود و هو الشيخ و القاضي و غيرهما.

و ثانيا: أنه لمعلومية مدرك المجمعين و لا أقل من احتمال استنادهم الى بعض ما سيأتي- لا يعتمد عليه.

(٣) ثانيها: ما عن العلامة (رحمه الله) و هو ان الشارط لا يقدر على التسليم اى تسليم متعلق الشرط، بل البيع إذا قيد به، و القدرة على التسليم معتبرة.

و فيه: أن مدرك اعتبار القدرة على التسليم لزوم الغرر من عدمها كما تقدم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٣٧

و لا يناط بإرادة المشروط عليه، فيلزم الغرر في العقد (١) 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.

(١) و في المقام ان ادعى انه يلزم الغرر في البيع، فيرده: أن الشرط التزام في الالتزام لا أنه من قيود المبيع، و يكون التزام واحد متعلقا بالمبيع و الشرط و إن ادعى لزوم الغرر في الشرط، فيرده أولا: النقص بما إذا كان الشرط فعل المشتري عليه مع كونه اختياريا إذا لم يوثق بحصوله. و ثانيا: أن الشرط الذي حقيقته ربط الالتزام بالوفاء بالعقد به، و ثبوت الخيار عند عدمه لا يلزم من عدم القدرة عليه الغرر و الخطر. ثالثها: لزوم الغرر من عدم القدرة، و قد عرفت ما فيه: رابعها: لزوم اللغوئية و السفاهة.

و فيه: أولا أن مجرد ذلك لا يوجب البطلان، فإن الباطل معاملة السفه لا المعاملة السفهية. و ثانيا: أنه مع ربط العقد به و تعليق اللزوم عليه لا يلزم اللغوئية و السفاهة. خامسها: ما أفاده المحقق النائيني (رحمه الله) و هو أن الشرط أعد لنقل ما يصح نقله بسائر العقود و ما لا يصح نقله بها، فلا بد و أن يكون مملوكا للشارط و إلا فهو من قبيل: وهب الأمير ما لا يملك. و فيه: أنه في الشرط ليس تملك و تملك، بل ربط للعقد به، و أنه مع عدمه للشارط الخيار، فالأظهر عدم اعتبار القدرة. و أما المورد الثاني، و هو ما إذا كان الشرط وصفا، فإن كان واثقا بوجوده كان الوصف حاليا استقباليا صح بلا تأمل، فإنه لا غرر و لا محذور آخر،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٣٨

و لا- ينقص ما ذكرنا بما لو اشترط وصفا حاليا لا- يعلم تحققه في المبيع كاشتراط كونه كاتباً بالفعل أو حاملات للفرق بينهما بعد الاجماع بأن التزام وجود الصفة في الحال بناء على وجود الوصف الحالي، (١) و لو لم يعلما به، فاشتراط كتابة العبد المعين الخارجي بمنزلة توصيفه به، أو بهذا المقدار يرتفع الغرر، بخلاف ما سيتحقق في المستقبل فإن الارتباط به لا يدل على البناء على تحققه. و قد صرح العلامة، فيما حكى عنه ببطلان اشتراط ان يكون الامه تحمل في المستقبل، لأنه غرر عرفا خلافا للمحكي عن الشيخ و القاضي فحكما بلزوم العقد مع تحقق الحمل، و بجواز الفسخ إذا لم يتحقق، و ظاهرهما كما استفاده في الدروس تنزل العقد باشتراط مجهول التحقق، فيتحقق الخلاف في مسألة اعتبار القدرة في صحة الشرط

(١) و الا فقد فصل المصنف (رحمه الله): بين الحالي و الاستقبالي و حكم ببطلان الثاني للزوم الغرر دون الأول، للإجماع، و لأن التزام وجود الصفة في الحال بناء على وجود الوصف الحالي، و بهذا المقدار يرتفع الغرر لكون ذلك بمنزلة التوصيف. و فيه: أولا: أنه لو كان البناء كافيا فلم لا يلتزم به في الاستقبالي؟ و ثانيا: أن لازمه البطلان مع عدم البناء في الوصف الحالي. و ثالثا: أنه يستلزم ثبوت معنيين للشرط، أحدهما: البناء على تحقق الشرط، و الآخر عدمه.

و الحق هو التفصيل بينهما، و البناء على الصحة في الاستقبالي، و البطلان في الحالي. أما الصحة في الأول، فلأن المبيع حين ما يقع البيع عليه معلوم ذاتا و وصفا فلا غرر فيه، و لا يعتبر العلم بالأوصاف الى الأبد، و الشرط قد تقدم أن الجهل به من حيث هو لا يوجب الغرر.

و أما البطلان في الثاني، فلأن الجهل بالوصف الحالي موجب لكون المبيع مجهولا و غرريا فيبطل لذلك لو لا الإجماع على الصحة

على ما ادعاه المصنف (قدس سره).

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٣٩

و يمكن توجيه كلام الشيخ بارجاع اشتراط الحمل في المستقبل الى اشتراط صفة حالية موجبة للحمل، فعدمه كاشف عن فقدانها. وهذا الشرط وان كان للتأمل في صحته مجال (١) الا- ان ارادة هذا المعنى تخرج اعتبار كون الشرط مما يدخل تحت القدرة عن الخلاف.

ثم ان عدم القدرة على الشرط تارة لعدم مدخلته فيه اصلا، كاشتراط أن الحامل تضع في شهر كذا، (٢) و اخرى لعدم استقلاله فيه، كاشتراط بيع المبيع من زيد، فإن المقدور هو الايجاب فقط لا العقد المركب، فإن اراد اشتراط المركب، فالظاهر دخوله في اشتراط غير المقدور إلا أن العلامة قدس سره في التذكرة بعد جزمه بصحة اشتراط بيعه على زيد قال لو اشترط بيعه على زيد، فامتنع زيد من شرائه احتمل ثبوت الخيار بين الفسخ و الامضاء و العدم إذ تقديره بعه على زيد إن اشتراه، انتهى.

ولا- اعرف وجهها للاحتمال الأول إذ على تقدير ارادة اشتراط الايجاب فقط قد حصل الشرط و على تقدير ارادة اشتراط المجموع المركب ينبغي البطلان، الا- ان يحمل على صورة الوثوق بالاشتراء، فاشتراط النتيجة بناء على حصولها بمجرد الايجاب فاتفق امتناعه من الشراء بمنزلة تعذر الشرط، و عليه يحمل قوله في التذكرة و لو اشترط على البائع اقامة كفيل على العهدة، فلم يوجد أو امتنع المعين ثبت للمشتري الخيار، انتهى.

(١) قوله و ان كان للتأمل في صحته مجال لعل وجهه ان ذلك من الشروط التي لا منفعة معتد بها فيها و عدم ذلك من شروط صحة الشرط كما سيأتي فانتظر.

(٢) و أما المورد الثالث و هو ما إذا كان الشرط من شروط النتيجة فان كان مما يكفي في تحققه كل سبب و لو كان هو الشرط. لا كلام في صحته، و إن كان مما يتوقف على سبب خاص، فإن كان الشرط تحققه عن سببه لا كلام في صحته أيضا إذا كان سببه مقدورا، و إن كان تحققه من دون السبب بطل، لكونه خلاف الكتاب و السنة، و بذلك يظهر ما في كلام المصنف.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٤٠

و من افراد غير المقدور ما لو شرط حصول غاية متوقفة شرعا على سبب خاص، (١) بحيث يعلم من الشرع عدم حصولها بنفس الا- اشتراط كاشتراط كون امرأة مزوجة أو الزوجة مطلقة من غير ان يراد من ذلك ايجاد الاسباب. اما لو اراد ايجاد الاسباب أو كان الشرط مما يكفي في تحققه نفس الا- اشتراط فلا اشكال، و لو شك في حصوله بنفس الا- اشتراط كملكية عين خاصة، فسيأتي الكلام فيه في حكم الشرط.

الثاني: ان يكون الشرط سائغا في نفسه، (٢) فلا- يجوز اشتراط جعل العنب خمرا و نحوه من المحرمات، لعدم نفوذ الالتزام بالمحرم. (٣) و يدل عليه ما سيجيء من قوله: المؤمنون عند شروطهم الا- شرطا احل حراما أو حرم حلالا، فإن الشرط إذا كان محرما كان اشتراطه و الالتزام به إحلالا للحرام، و هذا واضح لا إشكال فيه.

(١) قوله و من افراد غير المقدور ما لو شرط حصول غاية ... سبب خاص قد عرفت ان شرط حصول الغاية ما بين ما هو مقدور و ما لا يصح لكونه مخالفا للكتاب و السنة لا لكونه غير مقدور.

(٢) قوله الثاني ان يكون الشرط سائغا في نفسه في الحاشية لا يخفى ان هذا الشرط راجع الى الشرط الرابع فلا وجه لعهده مستقلا الظاهر ان وجه عده مستقلا ما افاده (رحمه الله) بقوله.

(٣) لعدم نفوذ الالتزام بالمحرم فانه يؤول الى اجتماع الوجوب و الحرمة في شيء واحد و ان لم يكن دليل على اعتبار عدم المخالفة للكتاب و ان شئت قلت انه يقع التعارض بين دليل وجوب الوفاء بالشرط مع دليل ذلك الحرام فيتساقطان فلا دليل على نفوذ هذا الشرط.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٤١

الثالث: ان يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء نوعا، أو بالنظر الى خصوص المشروط له، (١) و مثل له في الدروس باشرط جهل العبد بالعبادات.

و قد صرح جماعة بان اشترط الكيل أو الوزن بمكيال معين، أو ميزان معين، من افراد المتعارف لغو. سواء في السلم و غيره، و في التذكرة لو شرط ما لا غرض للعقلاء فيه، و لا يزيد به المالىة، فإنه لغو لا يوجب الخيار، و الوجه في ذلك ان مثل ذلك لا يعد حقا للمشروط له، حتى يتضرر بتعذره، (٢) فيثبت له الخيار

اعتبار أن يكون فيه غرض عقلائي

(١) الثالث: ان يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء و قد استدلل لاعتبار هذا الأمر بوجوه:

(٢) الاول: ما في المتن و تبعه غيره، و هو: ان شرط ما لا غرض للعقلاء فيه و لا يزيد به المالىة لا يعد حقا للمشروط له على المشروط عليه حتى يتضرر بتعذره.

و بعبارة اخرى: أن الحق من الاعتبار العقلائية كالملكية، و اعتبار استحقاق ما لا غرض عقلائي فيه من العقلاء خلف، و حيث لا حق عند العقلاء فلا موقع لوجوب الوفاء، كما لا موقع للخيار عند تخلفه.

و فيه: ان كون شيء حقا لشخص آخر لا يتوقف على الغرض العقلائي بعد عموم دليل الشرط له.

و بعبارة اخرى: أن مدرك نفوذ الشرط و ثبوت الخيار عند تخلفه أن كان هو بناء العقلاء بضميمة عدم ردع الشارع عنه، أو كان حديث لا ضرر «١» تم ما ذكر،

و إلا فلا يتم، إذ عموم المسلمون عند شروطهم «٢» يشمل كل شرط جعله العاقل على نفسه، و لا مخصص لعمومه

(١) الوسائل - باب ١٧ - من ابواب الخيار حديث ٥ - ٤ - ٣.

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

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٤٢

أو يعتنى به الشارع، فيوجب الوفاء به (١) و يكون تركه ظلما، فهو نظير عدم امضاء الشارع لبذل المال على ما فيه منفعة لا يعتد بها عند العقلاء، و لو شك في تعلق غرض صحيح به حمل عليه. (٢)

و من هنا اختار في التذكرة صحة اشترط ان لا يأكل الا الهريسة، و لا يلبس الا الخز و لو اشترط كون العبد كافرا ففي صحته أو لغويته قولان للشيخ و الحلبي من تعلق الغرض المعتد به، لجواز بيعه على المسلم و الكافر، و لاستغراق اوقاته بالخدمة و من ان الإسلام يعلو و لا يعلى عليه، و الاغراض الدنيوية لا تعارض الاخروية و جزم بذلك في الدروس و بما قبله العلامة (قدس سره).

و عدم التضمر بتعذره لا يمنع من ذلك،

كما أن عدم كونه موردا لاعتبار العقلاء، لعدم كونه حقا- لا يصلح للمانع، مع أن عدم اعتبارهم ممنوع: ثانيها: ما في حاشية المحقق الاصفهاني (رحمه الله) و هو انصراف دليل الشرط عما لا غرض عقلائي فيه.

و فيه ان الانصراف المقيد للإطلاق هو ما أوجب عدم صدق الموضوع بنظر العرف،

و في المقام يصدق الشرط على ذلك بلا كلام.

ثالثها: أن مقداراً من الثمن يقع بإزاء الشرط، فمع عدم كونه متعلقاً لغرض عقلائي يكون بذل المال بإزائه من قبيل الأكل بالباطل فلا يجوز.

و فيه: أن الثمن لا يقع شيء منه بإزاء الشرط.

(١) رابعها: ما في المتن ايضاً و هو ان الشارع لا يعنى بما لا غرض عقلائي فيه ليوجب الوفاء به.

و فيه: أن الشارع الأقدس بما أنه رئيس العقلاء لا يوجب الوفاء ابتداء بما ليس فيه غرض عقلائي، إلا أنه لو التزم العاقل على نفسه العمل به لا مانع من امضائه له و إيجابه الوفاء به كما هو مقتضى إطلاق الدليل،

فالأظهر عدم اعتبار هذا القيد.

(٢) قوله و لو شك في تعلق غرض صحيح به حمل عليه

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٤٣

الرابع: ان لا- يكون مخالفاً للكتاب و السنة، (١) فلو اشترط رقيه حر أو توريث اجنبي كان فاسداً، لأن مخالفة الكتاب و السنة لا يسوغها شيء. 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 في ضعفه.

و تفصيل الكلام في هذا المقام و بيان معنى مخالفة الشرط للكتاب و السنة موقوف على ذكر الاخبار الواردة في هذا الشرط، ثم التعرض لمعناها، فنقول ان الاخبار في هذا المعنى مستفيضة بل متواترة معنى.

إن كان الشاك غير الشارط يبني على الصحة حملاً لفعل المسلم عليه،

و إن كان هو الشارط يحمل على الصحيح، لعموم المسلمون عند شروطهم، فإنه و إن كان المورد من موارد الشبهة المصدقية إلا أن المخصص على فرض وجوده بما أنه غير لفظي لا يمنع عن التمسك بالعموم فيه،

اعتبار عدم مخالفة الشرط للكتاب و السنة

(١) الرابع من الشروط: ان لا- يكون مخالفاً للكتاب و السنة و إلا كما لو اشترط توريث اجنبي فسد لأن اشترط ما يخالف الكتاب و السنة اشترط لما لا يسوغ لأن مخالفة الكتاب و السنة لا يسوغها شيء و اعتبار هذا الشرط مما اتفق عليه النص و الفتوى، و النصوص الدالة «١» عليه مستفيضة أو متواترة، لاحظ: ما تقدم. و سيأتي طرف منها. و إليك طرف منها في المتن.

(١) الوسائل- باب ٦- من ابواب الخيار و باب ١٣ و ١٨ من ابواب مقدمات الطلاق، و باب ٢٢ من ابواب موانع الارث، و باب

٢٠ و ٢٩ و ٣٨ من ابواب المهور، و باب ١٥ من ابواب بيع الحيوان إلى غير تلكم من الأبواب المتفرقة في الكتب، و في كثير منها

دلالة على لزوم الشرط.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٤٤

ففى النبوى المروى صحيحا عن ابى عبد الله (عليه السلام): من اشترط شرطا سوى كتاب الله عز و جل، فلا يجوز ذلك له ولا عليه ، و المذكور فى كلام الشيخ و العلامة (رحمه الله)

المروى من طريق العامة قوله (صلى الله عليه و آله) فى حكاية بريرة لما اشترها عائشة و شرط مواليها عليها و لاءها ما بال اقوام يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله، فما كان من شرط ليس فى كتاب الله عز و جل، فهو باطل قضاء الله احق و شرطه اوثق،

و الولاء لمن اعتق.

و فى المروى موثقا عن امير المؤمنين (عليه السلام) من شرط لامرأته شرطا، فليف به لها. فإن المسلمين عند شروطهم، الا شرطا حرم حلالا أو احل حراما.

و فى صحيحه الحلبي: كل شرط خالف كتاب الله، فهو مردود.

و فى صحيحه ابن سنان: من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله عز و جل، فلا يجوز له ولا يجوز على الذى اشترط عليه و المسلمون عند شروطهم فيما «مما» وافق كتاب الله.

و فى صحيحته الاخرى: المؤمنون عند شروطهم الا كل شرط خالف كتاب الله عز و جل فلا يجوز.

و فى رواية محمد بن قيس عن ابى جعفر (عليه السلام) فيمن تزوج امرأة و اصدقها و اشترطت عليه ان بيدها الجماع و الطلاق، قال: خالفت السنة و وليت حقا ليست اهلا له، ففضى ان عليه الصداق و بيده الجماع و الطلاق، و ذلك السنة

و فى معناها مرسله ابن بكير عن ابى عبد الله (عليه السلام) و مرسله مروان بن مسلم الا ان فيهما عدم جواز هذا النكاح.

و فى رواية ابراهيم بن محرز قال: قلت لأبى عبد الله (عليه السلام) رجل قال لامرأته امرك بيدك فقال (عليه السلام): انى يكون هذا و قد قال الله تعالى: (الرجال قوامون على النساء.

و عن تفسير العياشى عن ابن مسلم عن ابى جعفر (عليه السلام) قال قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى امرأة تزوجها رجل، و شرط عليها و على اهلها ان تزوج عليها،

أو هجرها، أو اتى عليها سريه، فهى طالق، فقال (عليه السلام) شرط الله قبل شرطكم، ان شاء وفى بشرطه، و ان شاء امسك امرأته و تزوج عليها و تسرى و هجرها ان اتت بسبب ذلك، قال الله تعالى: (فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَتْنِي وَ ثَلَاثَ)، و قال: (احل لكم مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَ اللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ) الآيه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٤٥

ثم الظاهر ان المراد بكتاب الله هو ما كتب الله على عباده من احكام الدين و ان بينه على لسان رسول (صلى الله عليه و آله) (١) فاشترط و لاء المملوك لبائعه، انما جعل فى النبوى مخالفا لكتاب الله بهذا المعنى، لكن ظاهر النبوى و احدى صحيحتي ابن سنان

و تحقيق القول فى المقام إنما هو بالبحث فى جهات.

الأولى: أن الموجود فى أغلب النصوص مخالفة الكتاب، و فى بعضها مخالفة السنة،

و فى المرسل المروى عن الغنية الجمع بينهما، و المراد من السنة معلوم،

إنما الكلام فى المراد من الكتاب، فقد ذهب المصنف (رحمه الله) و تبعه جمع الى.

(١) ان الظاهر ان المراد به ما كتبه الله تعالى على عباده و ان بينه بلسان نبيه (صلى الله عليه و آله)

و بعبارة أخرى: أن المراد كتابه التشريعي في مقابل كتابه التكويني.

و أورد عليه المحقق الايرواني (رحمه الله): بأنه إن أراد بالظهور الظهور الابتدائي، فهو ممنوع.

و إن أراد به الظهور الثانوي بقريته عد اشتراط ولاء المملوك لغير المعتك مخالفا للكتاب، مع أنه لا آية في الكتاب تدل على ذلك،

ففيه: أن الامام (عليه السلام) لعله عرف موقع استفادة ذلك من كلام الله، فإنه الخبير بمواقع استفادة الأحكام من القرآن.

وفيه: أن مراده بحسب الظاهر هو الثاني،

و يرد على ما أفاده: أن الخبر متضمن للتويخ على أنه مع كون الشرط مخالفا للكتاب كيف اشترطوها؟! و من الواضح أن ما لا طريق

لعامة الناس إليه لا يمكن أن يجعل ميزانا لشروطهم، و يوبخهم على ما خالفه، و على هذا فيكون المراد بالكتاب هو الكتاب التشريعي

لا القرآن.

و يمكن أن يقال: إن المراد به هو القرآن، و لكن ما خالف السنة يكون مخالفا له بتقريب: أنه في القرآن أمر باتباع النبي (صلى الله

عليه و آله) و المعصومين (عليهم السلام) فإذا عينوا وظيفة مخالفتها تكون مخالفة للكتاب

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٤٦

اشتراط موافقة كتاب الله في صحة الشرط، (١) و ان ما ليس فيه أو لا يوافقه،

فهو باطل و لا يبعد ان يراد بالموافقة عدم المخالفة، نظرا الى موافقة ما لم يخالف كتاب الله بالخصوص لعموماته المرخصة للتصرفات

الغير المحرمة في النفس و المال،

فخياطة ثوب البائع مثلا موافق للكتاب بهذا المعنى، (٢)

الثانية: أن الاستفادة من النصوص نفوذ كل شرط لم يخالف كتاب الله،

(١) و قد يتوهم ان جملة منها تدل على اشتراط موافقة الكتاب في صحة الشرط و أن ما ليس فيه أو لا يوافقه فهو باطل،

و هي على ما صرح به المصنف (رحمه الله) النبوي من شرط لامرأته شرطا سوى كتاب الله عز و جل لم يجز ذلك عليه و لا له «١».

و صحيح ابن سنان عن الامام الصادق (عليه السلام): و المسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله «٢».

و عليه وقع الكلام في أن المدار على المخالفة و عدمها أو على الموافقة و عدمها نظرا الى إمكان الوساطة بين المخالفة و الموافقة.

و لكن يمكن منع دلالة الخبرين على اختصاص النفوذ بالموافق،

أما النبوي، فلأن الظاهر من لفظ سوى كون الحكم في الكتاب و كون الشرط سوى ذلك، و هذا عين المخالفة.

أما الصحيح، فلأن الظاهر من الصحيح كون هذه الجملة منه مسوقة لبيان إبطال الشرط المخالف الذي تضمنه صدر الحديث،

مع أنه على فرض دلالتها على ذلك يمكن منع الوساطة من جهة عدم اختصاص الموافقة لخصوص الكتاب، بل تعم الموافقة لعام

من عموماته، و ليس مورد لا يكون المشترط مخالفا إلا و هو موافق له كما نبه عليه المصنف (رحمه الله)

(٢) و عليه فالمراد بالموافق نفس الموافق لا غير المخالف على ما أفاده

(١) الوسائل - باب ١٣ - من ابواب مقدمات الطلاق حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ٦ - من ابواب الخيار حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٤٧

ثم ان المتصف بمخالفة الكتاب، (١) اما نفس المشروط و الملتزم، ككون الاجنبي وارثا و عكسه، و كون الحر أو ولده رقا، و ثبوت

الولاء لغير المعتك و نحو ذلك، و أما ان يكون التزامه مثلا- مجرد عدم التسرى و التزوج على المرأة ليس مخالفا للكتاب، و إنما

المخالف الالتزام به، فإنه مخالف لإباحة التسرى و التزوج الثابتة بالكتاب.

و قد يقال ان التزام ترك المباح لا ينافى اباحته، فاشتراط ترك التزوج و التسرى لا ينافى الكتاب، فينحصر المراد فى المعنى الاول. و فيه ان ما ذكر لا- يوجب الانحصار، فإن التزام ترك المباح، و ان لم يخالف الكتاب المبيح له، الا- ان التزام فعل الحرام يخالف الكتاب المحرم له، فيكفى هذا مصداقا لهذا المعنى،

(١) الثالثة: فى ان المتصف بالمخالفة هل هو الشرط نفسه و هو الالتزام أو الشرط بالمعنى المفعولى؟ و المصنف (رحمه الله) اختار أن المراد هو الجامع بينهما.

و الحق أن المراد به خصوص الالتزام، و ذلك لوجوه:

أحدها: ظهور الشرط فى نفسه فى ذلك.

ثانيها: أن المخالفة إنما تكون بين المتجانسين و لا مناسبة بين الحكم الشرعى و الملتزم به، فلا يتصف الملتزم به بكونه مخالفا للحكم و إن اتصف بكونه مخالفة له بخلاف الالتزام و الالتزام، فإنهما من سنخ الأحكام، و يمكن فرض المخالفة بينهما و بين الحكم. ثالثها: أن فى بعض النصوص أسند الوفاء الى الشرط، «١» و معلوم أنه يستند الى نفس الالتزام، و لا يستند الى الملتزم به، و لا يقال ف بخياطة الثوب بخلاف بالالتزام به.

رابعها: أن فى بعض النصوص حمل عنوان الباطل على الشرط، «٢» و بديهى أن

(١) الوسائل - باب ٦- من ابواب الخيار حديث ٥.

(٢) نفس المصدر حديث ٣.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٢٤٨

مع ان الرواية المتقدمة الدالة على كون اشتراط ترك التزوج و التسرى مخالفا للكتاب، مستشهدا عليه بما دل من الكتاب على اباحتها، كالصريحة فى هذا المعنى، (١) و ما سيجىء من تأويل الرواية بعيد، مع ان قوله (عليه السلام) فى رواية اسحاق ابن عمار: المؤمنون عند شروطهم الا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما ظاهرا. بل صريح فى فعل الشارط، (٢) فإنه الذى يرخص باشتراطه الحرام الشرعى و يمنع باشتراطه عن المباح الشرعى إذ المراد من التحريم و الاحلال ما هو من فعل الشارط لا الشارع، و اصرح من ذلك كله المرسل المروى فى الغنية: الشرط جائز بين المسلمين ما لم يمنع منه كتاب أو سنة.

الفعل لا يتصف به و لا يقال: أن خياطة الثوب باطله بخلاف الالتزام.

(١) خامسها: انه فى النبوى اسند الجواز الى الشرط، و المراد به بقرينة تعديه ب.

على) مضافا الى ظهوره فى نفسه- هو الجواز الوضعى، إذ الجواز التكليفى لا يتعدى ب.

على) و لا- يقال: إن شرب الماء مباح لفلان على فلان و لو كان الحكم ضررا عليه بخلاف الجواز الوضعى و النفوذ، و معلوم أنه لا معنى لكون الملتزم به جائزا بهذا المعنى، بخلاف الالتزام.

(٢) سادسها: النصوص المتضمنة لاستثناء الشرط المحرم و المحلل: «١» فان المحرمية و المحللية وصفان للالتزام دون الملتزم به، فإن فعل الحرام ليس محللا للحرام، بل هو فعل الحرام، بخلاف التزام الشارط بفعله فإنه تحليل له، و هناك قرائن اخر.

و بالجملة ظهور النصوص بملاحظة القرائن المشار إليها فى أن المراد بالشرط هو الالتزام- مما لا ينبغى إنكاره.

فالمتحصل من هذه النصوص أن الالتزام إذا كان مخالفا للكتاب كالتزام بحرمة ما حلله الشارع. أو حلية ما حرمه، أو ثبوت الولاء

لمن جعل الله تعالى الولاء لغيره، أو كون الأجنبي وارثاً أو نحو ذلك لا يكون نافذاً، و أما إذا لم يكن الالتزام مخالفاً له و كان الملتزم به مخالفاً فهو غير مشمول لهذه النصوص.

(١) الوسائل - باب ٦ - من ابواب الخيار حديث ٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٤٩

ثم ان المراد بحكم الكتاب و السنة، الذي يعتبر عدم مخالفة المشروط أو نفس الاشتراط له: (١) هو: ما ثبت على وجه لا يقبل تغييره بالشرط لأجل تغيير موضوعه بسبب الاشتراط.

توضيح ذلك: ان حكم الموضوع قد يثبت له من حيث نفسه (٢) و مجرداً 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 اغلب المباحات و المستحبات و المكروهات بل جميعها، حيث ان تجويز الفعل و الترك انما هو من حيث ذات الفعل، فلا ينافي طر و عنوان يوجب المنع عن الفعل أو الترك، كأكل اللحم، فإن الشرع قد دل على اباحته في نفسه، بحيث لا ينافي عروض التحريم له إذا حلف على تركه، أو امر الوالد بتركه أو عروض الوجوب له

نعم إذا كان الملتزم به فعل الحرام أو ترك الواجب يمكن ان يقال: إن الشارع الأقدس أمر بالأمر بالمعروف و النهي عن المنكر، و نهى عن الأمر بالمنكر و النهي عن المعروف، و عليه فالإلزام بما حرمه و بترك ما أوجبه بنفسه مخالف للكتاب، و هذا بخلاف الإلزام بفعل المباح أو تركه.

لا- يقال: إنه في خبر العياشي عد من الشرط المخالف للكتاب: شرط ترك التزوج و التسرى، مستشهداً له بما دل من الكتاب على إباحتهما «١».

فانه يقال: إنه لا بد من حمل الخبر على أن مورده شرط عدم ثبوت سلطنة الزوج على التزوج و التسرى، و هذا خلاف الكتاب المثبت للسلطنة في المقامين.

(١) الرابعة: في بيان المراد من الحكم الذي يعتبر عدم مخالفة الشرع معه المصنف (رحمه الله) لما التزم بشمول الشرط للملتزم به كغيره أشكال عليه الأمر في شرط فعل المباح الذي لا إشكال في نفوذه، مع أنه مخالف للكتاب بهذا المعنى و قد التجأ الى تقسيم الحكم الى قسمين:

(٢) احدهما: ما يثبت للشئ مع قطع النظر عن عروض عنوان آخر لذلك الموضوع

(١) الوسائل - باب ٢٠ - من ابواب المهور حديث ٦.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٥٠

إذا صار مقدمة لواجب أو نذر فعله مع انعقاده. و قد يثبت له لامع تجرده عن ملاحظة العنوانات الخارجة الطارئة عليه، (١) و لازم ذلك حصول التنافي بين ثبوت هذا الحكم و بين ثبوت حكم آخر له. و هذا نظير اغلب المحرمات و الواجبات.

فإن الحكم بالمنع عن الفعل أو الترك مطلق لا مقيد بحيثية تجرد الموضوع الا عن بعض العنوانات كالضرر و الحرج، فإذا فرض ورود حكم آخر من غير جهة الحرج و الضرر فلا بد من وقوع التعارض بين دليلي الحكمين، فيعمل بالراجع بنفسه أو بالخارج إذا عرفت هذا فنقول: الشرط إذا ورد على ما كان من قبيل الأول لم يكن الالتزام بذلك مخالفاً للكتاب، إذ المفروض انه لا تنافي بين حكم

ذلك الشيء في الكتاب و السنة، و بين دليل الالتزام بالشرط و وجوب الوفاء به. و إذا ورد على ما كان من قبيل الثاني كان التزامه مخالفا للكتاب و السنة. (٢)

مثال ذلك: المباحات و المستحبات و المكروهات، حيث إن تجويز الفعل و الترك إنما هو من حيث ذات الفعل، فلا ينافي طرو عنوان كالشرط يوجب المنع عن الترك أو الفعل.

(١) ثانيها: ما يثبت له لامع تجرده عن ملاحظة العنوانات الطارئة كأغلب الواجبات و المحرمات.

(٢) ثم افاد انه إذا ورد الشرط على ما كان من قبيل الاول لم يكن الالتزام بذلك مخالفا للكتاب، و إذا ورد على ما كان من قبيل الثاني كان مخالفا للكتاب، و هذا هو الفارق بين شرط فعل الحرام أو ترك الواجب، و بين شرط فعل المباح أو تركه.

و فيه: إن ما أفاده (رحمه الله) ثبوت أمر ممكن، و لكن في مقام الأثبات لا دليل عليه، بل الدليل على خلافه، فإن لسان دليل الحرام متحد مع لسان دليل المباح و المكروه، فان كان للأول إطلاق كان للثاني أيضا و إلا فلا، و لكن على ما حققناه تنحل هذه العويصة بلا حاجة الى هذه التكاليفات.

توضيحه: أن المشروط إما أن يكون من الأحكام الخمسة أو من الاعتباريات

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٥١

و لكن ظاهر مورد بعض الاخبار المتقدمة من قبيل الاول، (١) كترك التزوج و ترك التسرى، فإنهما مباحان من حيث انفسهما، فلا ينافي ذلك لزومهما بواسطة العنوانات الخارجة، كالحلف و الشرط و امر السيد و الوالد، و حينئذ فيجب اما جعل ذلك الخبر كاشفا

أو من الأعمال فعلا أو تركا، فان كان من الأحكام التكليفيه كاشتراط وجوب شيء أو حرمة أو إباحتها و هو غير متصف بذلك كان هذا شرطا مخالفا للكتاب و السنة و غير نافذ و إن كان من الاعتباريات، فتارة يكون ذلك مجعولا للشارع ابتداء من دون تسيب من المكلف إليه ككون شخص وارثا أو ثابتا له الولاء، و اخرى يكون تسيبيا.

فإن لم يكن تسيبيا كان شرطه من دون أن يكون مجعولا- شرعا كوارثية الأجنبي و ثبوت الولاء لغير المعتق و سلطنة المرأة على الطلاق و نحو تلكم- مخالفا للكتاب.

و إن كان تسيبيا فإن كان الشرط هو اعتبار الشارع لم يكن نافذا: لانه خارج عن تحت القدرة، و إن كان هو ذلك الأمر في اعتبار الملتزم، فإن كان الشارع جعل له سببا خاصا كما في الطلاق كان شرطه لاعن سببه مخالفا للكتاب، و إلا فلا،

و إن كان من الأعمال فإن كان ذلك فعل حرام أو ترك واجب كان مخالفا للكتاب،

و هو ما دل على لزوم الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر، و النهي عن الأمر بالمنكر و النهي عن المعروف، مع أنه شرط غير سائغ الذي مر عدم نفوذه.

و إن كان فعل المباح أو المكروه، أو ترك المستحب أو المباح- كان نافذا و لم يكن مخالفا للكتاب.

قال المصنف بعد تقسيمه الحكم الى القسمين، و التزامه بأن المخالف للمشروع هو ما يخالف الثاني:

(١) و لكن ظاهر مورد بعض الاخبار المتقدمة من قبيل الاول و الظاهر أن نظره الشريف الى ما رواه محمد بن قيس عن أبي جعفر (عليه السلام) في رجل تزوج امرأة و شرط لها إن هو تزوج عليها امرأة أو هجرها أو اتخذ عليها سريه فهي طالق،

فقضى في ذلك أن شرط الله قبل شرطكم فإن شاء وفي لها بما اشترط و ان شاء امسكها

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٥٢

عن كون ترك الفعلين في نظر الشارع من الجائز الذي لا يقبل اللزوم بالشرط و ان كان في انظارنا نظير ترك اكل اللحم و التمر و

غيرهما من المباحات القابلة لطرو عنوان التحريم، لكن يبعده استشهاد الامام (عليه السلام) لبطلان تلك الشروط باباحة ذلك في القرآن و هو في معنى اعطاء الضابطة لبطلان الشروط و أما الحمل على ان هذه الافعال مما لا يجوز وقوع الطلاق عليها (١) و انها لا توجب الطلاق، كما فعله الشارط، فالمخالف للكتاب هو ترتب طلاق المرأة، إذ الكتاب دال على اباحتها و انها مما لا يترتب عليه حرج و لو من حيث خروج المرأة بها عن زوجة الرجل، و يشهد لهذا الحمل، و ان بعد، بعض الأخبار

و اتخذ عليها و نكح عليها «١».

و ما رواه محمد بن مسلم عنه (عليه السلام) و هو بمضمون الأول، إلا أن في ذيله استدلال الامام (عليه السلام) بآيات ثلاث، مبيحة للتزوج و التسرى و الهجران إن أتت بسبب ذلك «٢» و قريب منهما غيرهما «٣».

و هذا الايراد كما يرد على ما أختاره المصنف (رحمه الله) يرد على المختار و هو أن شرط فعل المباح ليس مخالفا للكتاب. و في المقام يشكل الأمر من ناحية أخرى أيضا و هي: أنه في هذا المورد يدل خبر منصور بزرج عن عبد صالح (عليه السلام) فيمن يتزوج و يجعل لله عليه أن لا يطلقها و لا يتزوج عليها: قل له: فليف للمرأة بشرطها، فإن رسول الله (صلى الله عليه و آله) قال: المؤمنون عند شروطهم) ٤ (على الجواز.

فمورد الكلام أمران:

أحدهما: في وجه امتياز هذا المباح عن سائر المباحات.

ثانيهما: في الجمع بين الأخبار المتعارضة.

(١) و المصنف (رحمه الله): حمل الاخبار المانعة على ان هذه الافعال مما لا يجوز تعلق وقوع

(١) الوسائل - باب ٣٨ - من ابواب المهور كتاب النكاح حديث ١، و بمضمونه خبر ابن سنان في ذلك الباب.

(٢) الوسائل - باب ٢٠ - من ابواب المهور حديث ٦.

(٣) نفس المصدر حديث ٤.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٥٣

الظاهرة في وجوب الوفاء بمثل هذا الالتزام، مثل رواية منصور بن يونس قال: قلت لأبي الحسن (عليه السلام): ان شريكا لي كان تحته امرأة فطلقها، فبانت منه فأراد مراجعتها، فقالت له المرأة لا و الله لا أتزوجك ابدا حتى يجعل الله لي عليك ان لا تطلقني و لا تتزوج علي، قال و قد فعل؟ قلت: نعم، جعلني الله فداك، قال: بش ما صنع ما كان يدري ما يقع في قلبه بالليل و النهار، ثم قال اما الآن فقل له فليتيم للمرأة شرطها، فإن رسول الله (صلى الله عليه و آله) قال: المسلمون عند شروطهم. فيمكن حمل رواية محمد بن قيس على ارادة عدم سببته للطلاق بحكم الشرط، فتأمل. (١)

الطلاق عليه، و أنها لا توجب الطلاق كما فعله الشارط، فالمخالف للكتاب هو ترتب طلاق المرأة.

و فيه: أن خبر محمد بن مسلم من جهة ما فيه من التمسك بالآيات الثلاث المرخصة للامور المذكورة كالصريح في أن الشرط هو، ترك التزوج، و التسرى، و الهجر،

(١) و الظاهر انه الى هذا نظر المصنف (رحمه الله) في امره بالتأمل و ربما يقال: إنه يحمل الأخبار المانعة على كون الإباحة في هذه الامور لا تقبل التغير بالشرط.

و لكن يرد عليه: مضافا الى استشهاد الامام (عليه السلام) لبطلان الشرط بإباحة تلکم في القرآن و هو في معنى إعطاء الضابطة لبطلان الشرط- أنه يجدى في امتياز هذا المباح عن سائر المباحات لا في الجمع بين الأخبار المتعارضة. و الحق أن يقال: إن الأخبار المانعة محمولة على ما لو كان الشرط عدم السلطنة على التزوج و التسرى و الهجر، و الخبر الدال على الجواز محمول على اشتراط ترك الزواج خارجا، و إن قيل: إن هذا تبرعى لا شاهد له، يتعين أن يلتزم بالتخصيص، و أن شرط المباح نافذ إلا في هذا المورد، أو يطرح خبر الجواز، لأشهرية معارضه. منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٥٤

ثم انه لا إشكال فيما ذكرنا من انقسام الحكم الشرعى الى القسمين المذكورين و ان المخالف للكتاب هو الشرط الوارد على القسم الثانى لا الأول، و إنما الاشكال فى تمييز مصداق احدهما عن الآخر فى كثير من المقامات، (١) منها كون من احد ابويه حر رقا، (٢) فإن ما دل على انه لا يملك ولد حر قابل لأن يراد به عدم رقية ولد الحر بنفسه، بمعنى ان الولد ينعقد لو خلى و طبعه تابعا لأشرف الابوين، فلا ينافى جعله رقا بالشرط فى ضمن عقد، و ان يراد به ان ولد الحر لا يمكن ان يصير فى الشريعة رقا، فاشترطه اشتراط لما هو مخالف للكتاب و السنة الدالين على هذا الحكم. و منها ارث المتمتع بها (٣) هل هو قابل للاشتراط فى ضمن عقد المتعة أو عقد آخر ام لا؟ فإن الظاهر الاتفاق على عدم مشروعية اشتراطه فى ضمن عقد آخر، و عدم مشروعية اشتراط ارث اجنبى آخر فى ضمن عقد مطلقا، فيشكل الفرق حينئذ بين افراد غير الوارث و بين افراد العقود، و جعل ما حكموا بجوازه مطلقا مطابقا للكتاب و ما منعوا عنه مخالفا

(١) و قد اشكل الامر على جماعة فى تمييز مصداق احدهما عن الآخر فى كثير من المقامات و إن كان على، ما ذكرناه من ضابط المخالفة ينحل هذا الأشكال فى الفروع الآتية و إليك جملة من تلك الفروع:

(٢) منها: كون من احد ابويه حر رقا: مقتضى ما ذكرناه من الضابط بطلان اشتراط رقية الحر فإنها من الاعتبارات المجعولة شرعا ابتداء، إلا أنه وردت روايات دالة على جواز اشتراطها، «١» و بإزائها ما يدل على عدم الجواز، «٢» فإن قدمنا الطائفة الثانية لا كلام، و أما إن قدمنا المجوزة فبدلالة الاقتضاء يستكشف أن الرقية و لو فى هذا المورد من الاعتبارات الشرعية التسيبية التى يتسبب إليها بالشرط.

(٣) و منها: ارث المتمتع بها مقتضى ما ذكرناه بطلان اشتراط وارثيتها، و صحة اشتراط إعطاء مقدار من المال بعد وفاته لها فإنه يدخل فى الوصية، و لعله بذلك يجمع

(١) الوسائل- باب ١٢- من ابواب كتاب العتق و باب ١٠ من ابواب كتاب المكاتب.

(٢) الوسائل- باب ٧٥- من ابواب كتاب العتق.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٥٥

الا- ان يدعى ان هذا الاشتراط مخالف للكتاب الا فى هذا المورد أو ان الشرط المخالف للكتاب ممنوع الا فى هذا المورد، و لكن

عرفت وهن الثاني، و الاول يحتاج الى تأمل.

و منها انهم اتفقوا على جواز اشتراط الضمان فى العارية، (١) و اشتهر عدم جوازه فى عقد الاجارة، فيشكل ان مقتضى ادلة عدم ضمان الامين عدم ضمانه فى نفسه، من غير اقدم عليه بحيث لا ينافى اقدمه على الضمان من اول الامر أو عدم مشروعية ضمانه و تضمينه و لو بالاسباب، كالشرط فى ضمن عقد تلك الامانة أو غير ذلك.

و منها اشتراط ان لا يخرج بالزوجة الى بلد آخر، (٢) فانهم اختلفوا فى جوازه و الاشهر على الجواز، و جماعة على المنع من جهة مخالفته للشرع من حيث وجوب اطاعة الزوج، و كون مسكن الزوجة و منزلها باختياره، و اورد عليهم بعض المجوزين: بأن هذا جار فى جميع الشروط السائغة، من حيث ان الشرط ملزم لما ليس بلازم فعلا أو تركا.

بين النصوص المتعارضة الدال بعضها على أنها تترث مع الاشتراط، «١» و الدال آخر على أنها لا تترث و إن اشتراط، «٢» و على التقديرين لا وجه للفرق بين أفراد غير الوارث و افراد العقود.

(١) و منها: انهم اتفقوا على جواز اشتراط الضمان فى العارية و اشتهر عدم جوازه فى عقد الاجارة، مقتضى القاعدة التى أسلفناها: بطلان اشتراط الضمان مطلقا،

و لكن وردت الروايات الخاصة الدالة على الضمان مع الاشتراط، فى العارية «٣» و بها يخصص ما دل على عدم الضمان فى العارية «٤».

(٢) و منها: اشتراط ان لا يخرج بالزوجة الى بلد آخر إذا اشترط عدم كون اختيار المكان بيد الزوج كان الشرط مخالفا للكتاب، و إذا اشترط أن لا يخرج بالزوجة من بلد اختارته صح الشرط و لم يكن مخالفا له

(١) الوسائل - باب ٣٢ من ابواب المتعة، و باب ١٧ من ابواب ميراث الأزواج.

(٢) نفس المصدر.

(٣) الوسائل - باب ١ من ابواب كتاب العارية:

(٤) نفس المصدر.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٢٥٦

و بالجملة فموارد الاشكال فى تمييز الحكم الشرعى القابل لتغيره بالشرط بسبب تغير عنوانه عن غير القابل كثيرة، يظهر للمتتبع، فينبغى للمجتهد ملاحظة الكتاب و السنة الدالين على الحكم الذى يراد تغيره بالشرط و التأمل فيه، حتى يحصل له التمييز و يعرف ان المشروط من قبيل ثبوت الولاء لغير المعتق المنافى لقوله (صلى الله عليه و آله): الولاء لمن اعتق. أو من قبيل ثبوت الخيار للمتبايعين الغير المنافى لقوله (عليه السلام) إذا افترقا و جب البيع أو عدمه لهما فى المجلس، مع قوله (عليه السلام) البيعان بالخيار ما لم يفترقا. الى غير ذلك من الموارد المتشابهة صورة المخالفة حكما، فإن لم يحصل له بنى على أصالة عدم المخالفة، فيرجع الى عموم: المؤمنون عند شروطهم، و الخارج عن هذا العموم و ان كان هو المخالف واقعا للكتاب و السنة، لاما علم مخالفته الا ان البناء على أصالة عدم المخالفة (١) يكفى فى احراز عدمها واقعا، كما فى سائر مجارى الاصول، و مرجع هذا الاصل الى أصالة عدم ثبوت هذا الحكم على وجه لا يقبل تغيره بالشرط (٢) مثلا نقول ان الاصل عدم ثبوت الحكم بتسلط الزوج على الزوجة من حيث المسكن، لا من حيث هو لو خلى، و طبعه، و لم يثبت فى

و قد عرفت أنه بناء على ما ذكرناه لا يبقى مورد للشك، إذ لو كان الحكم على خلاف الشرط ثابتا و لو بحكم الاطلاق كان مخالفا

له، و إلا فلا، و لو شك في وجوده الأصل عدمه.

و لكن المصنف (رحمه الله) لما قسم الحكم الى قسمين: قسم قابل للتغير، و قسم غير قابل له: اشكل عليه الأمر في بعض الموارد، (١) و كيف كان فقد ذهب المصنف (رحمه الله) الى ان مقتضى الاصل في الموارد المشكوك فيها إجراء حكم الشرط الصحيح. و ذكر في وجهه ما حاصله: أن موضوع أدلة النفوذ أمران: أحدهما: الاشتراط و هو محرز بالوجدان، ثانيهما: عدم المخالفة و هو يحرز بالأصل و هو.

(٢) اصالة عدم ثبوت هذا الحكم على وجه لا يقبل التغير بالشرط و فيه: أن ترتب عدم المخالفة على عدم كون الحكم بنحو لا يقبل التغير ليس شرعياً،

بل هو عقلي فلا يثبت ذلك بإجراء الأصل فيه، مع أن هذا العنوان - أي كون الحكم غير قابل

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٥٧

صورة الزام الزوج على نفسه بعض خصوصيات المسكن، لكن هذا الاصل انما ينفع بعد عدم ظهور الدليل الدال على الحكم في اطلاقه، بحث يشمل صورة الاشتراط، كما في اكثر الادلة المتضمنة للاحكام 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. اما ما كان ظاهره العموم، كقوله لا يملك ولد حر، فلا مجرى فيه لهذا الاصل،

ثم ان بعض مشايخنا المعاصرين (١) بعد ما خص الشرط المخالف للكتاب الممنوع عنه في الاخبار بما كان الحكم المشروط مخالفا للكتاب، و ان التزام فعل المباح أو الحرام أو ترك المباح أو الواجب خارج عن مدلول تلك الاخبار، ذكر ان المتعين في هذه المورد: ملاحظة التعارض بين ما دل على حكم ذلك الفعل و ما دل على وجوب الوفاء بالشرط، و يرجع الى المرجحات

للتغير - لم يؤخذ موضوعاً لحكم من الأحكام، فلا يكون جارياً في نفسه.

و ربما يقال في تقريب هذا الأصل: وجهان آخران:

أحدهما: أنه لا ريب في كون الأحكام تدريجية بحسب البيان، فقبل بيان الحكم الذي يحتمل كونه مخالفاً للشرط لم يكن هذا الشرط مخالفاً للكتاب، و بعد بيانه يشك في ذلك، فيجوز استصحاب العدم النعتي.

و فيه: أنه إن اريد إجراء الأصل في الشرط المتحقق في ذلك الزمان فهو لا ينفع بالنسبة الى هذا الشرط، و إن اريد اجراؤه في هذا الشرط كان استصحاباً تعليقياً.

ثانيهما: استصحاب عدم المخالفة الأزلي، و لا بأس به بناء على المختار من جريانه.

(١) هو الفاضل النراقي في عوائده: قال انه في موارد اشتراط ما هو مخالف للكتاب يقع التعارض بين دليل وجوب الوفاء بالشرط و دليل ذلك الفعل، و يرجع الى المرجحات.

و ما أفاده مركب من أمرين مترتين.

أحدهما: أن الشرط المخالف للكتاب منحصر بما إذا كان المشروط حكماً مخالفاً

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٥٨

و ذكر ان المرجح في مثل اشتراط شرب الخمر هو الاجماع، قال و ما لم يكن فيه مرجح، يعمل فيه بالقواعد و الاصول، و فيه من الضعف ما لا يخفى مع ان اللازم على ذلك الحكم بعدم لزوم الشرط، بل عدم صحته في جميع موارد عدم الترجيح (١)

لأن الشرط ان كان فعلاً يجوز تركه، كان اللازم مع تعارض ادلة وجوب الوفاء بالشرط، و ادلة جواز ترك ذلك الفعل مع فقد المرجح الرجوع الى اصالة عدم وجوب الوفاء بالشرط، فلا يلزم. بل لا يصح و ان كان فعل محرم أو ترك واجب لزم الرجوع الى

اصالة بقاء الوجوب و التحريم الثابتين قبل الاشتراط. فالتحقيق ما ذكرنا من ان من الاحكام 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 حاكمة 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 ان الشرط فيه مخالف للكتاب بعض التفتن بحيث كاد أن يرجع عما ذكره أولاً من التعارض بين ادلة وجوب الوفاء بالشرط، و ادلة حرمة شرب الخمر، فقال: و لو جعل هذا الشرط من اقسام الشرط المخالف للكتاب و السنة، كما يطلق عليه عرفاً لم يكن بعيداً، انتهى.

لما ثبت في الكتاب ككون أمر الطلاق بيد المرأة، و الولاء لغير المعتق و نحو ذلك، و هذا ينطبق على ما ذكرناه و اخترناه.

ثانيهما: أنه بناء على الاختصاص المذكور يقع التعارض بين الدليل المثبت للحرمة أو الوجوب و دليل نفوذ الشرط، فلا بد من إعمال قواعد التعارض، و لكن قد مر أن شرط فعل الحرام أو ترك الواجب يؤول الى الشرط المخالف للكتاب بالتقريب الذي قدمناه بلا وصول النوبة الى إعمال قواعد التعارض.

(١) و اورد عليه المصنف (رحمه الله) بانه يلزم مما ذكره اعمال قواعد التعارض و الرجوع الى الأصل حتى في صورة اشتراط ترك المباح، و لا يلتزم بذلك أحد.

و فيه: أن الدليل المثبت للحكم غير الازمى للشئ بعنوانه الأولى لا يصلح

منهاج الفقهاء (لروحاني)، ج ٦، ص: ٢٥٩

و مما ذكرنا من انقسام الاحكام الشرعية المدلول عليها في الكتاب و السنة على قسمين، يظهر لك معنى قوله (عليه السلام) في رواية اسحاق بن عمار المتقدمه: المؤمنون عند شروطهم الا- شرطاً حرم حلالاً- أو احل حراماً، فإن المراد بالحلال و الحرام فيهما 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 الاخبار السابقة على عدم ارتفاع حكمها اعنى الاباحة، متى اراد الزوج باشتراط كونها بيد المرأة، و نظير التزوج و التسرى و الهجر حيث دل بعض تلك الاخبار على عدم ارتفاع اباحتها باشتراط تركها معللاً بورود الكتاب العزيز باباحتها. 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، الا تغيير عنوان الحلال و الحرام

الموجب لتغيير الحل و الحرمة، فلا يكون حينئذ تحريم حلال و لا تحليل حرام، ألا ترى انه لو نهى السيد عبده، أو الوالد ولده عن فعل مباح، اعنى مطالبة ماله في ذمة غريمه، أو حلف المكلف على تركه لم يكن الحكم بحرمة شرعاً من حيث طرو عنوان معصية السيد و الوالد، و عنوان حث اليمين عليه تحريماً لحلال، فكذلك ترك ذلك الفعل في ضمن عقد يجب الوفاء به و كذلك امتناع الزوجة عن الخروج مع زوجها الى بلد آخر محرم في نفسه. و كذلك امتناعها من المجامعة، و لا ينافي ذلك حليتها باشتراط عدم اخراجها عن بلدها، أو باشتراط عدم مجامعتها، كما في بعض النصوص.

و بالجملة، فتحريم الحلال و تحليل الحرام، انما يلزم مع معارضة ادلة الوفاء بالشرط لأدلة اصل الحكم حتى يستلزم وجوب الوفاء مخالفة ذلك و طرح دليله.

اما إذا كان دليل الحكم لا يفيد الا ثبوته لو خلى الموضوع و طبعه، فإنه لا يعارضه ما دل على ثبوت ذلك الحكم إذا طرأ على الموضوع عنوان آخر لم يثبت ذلك الحكم له الا مجرداً عن ذلك العنوان

للمعارضة مع ما يثبت الحكم الالزامى له بالعنوان الثانوى، لأن اللاقتضاء لا يعارض ماله الاقتضاء، فينحصر التعارض - لو سلم - بما لو اشترط ترك الواجب أو فعل الحرام.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٦، ص: ٢٦٠

ثم انه يشكل الامر فى استثناء الشرط المحرم للحلال (١) على ما ذكرنا فى معنى الرواية بأن ادله حلية اغلب المحللات بل كلها، انما تدل حليتها فى انفسها لو خليت و انفسها، فلا تنافى حرمتها من اجل الشرط، كما قد تحرم من اجل النذر و أخويه. و من جهة اطاعة الوالد و السيد و من وجه صيرورتها علة للمحرم و غير ذلك من العناوين الطارئة لها.

نعم، لو دل دليل حل شىء على الحلية المطلقة، نظير دلالة ادلة المحرمات بحيث لا يقبل طرو عنوان مغير عليه اصلا، أو خصوص الشرط من بين العناوين، أو دل الدليل من الخارج على كون ذلك الحلال كذلك، كما دل بعض الاخبار بالنسبة الى بعض الافعال، كالسرى، و التزوج، و ترك الجماع من دون ارادة الزوجة، كان مقتضاه فساد اشتراط خلافه. لكن دلالة نفس دليل الحلية على ذلك لم توجد فى 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 ان الامام علل فساد الشرط فى هذه الموارد بكونه محرما للحلال،

كما عرفت فى الرواية التى تقدمت فى عدم صحة اشتراط عدم التزوج و التسرى، معللا بكونه مخالفا للكتاب الدال على اباحتها.

نعم، لا يرد هذا الاشكال فى طرف تحليل الحرام، لأن ادلة 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 ارادة الحرام فى نفسه لو لا الشرط و ليس كذلك فى طرف المحرم للحلال، فإننا قد علمنا ان ليس المراد الحلال لو لا الشرط لأن تحريم المباحات لاجل الشرط فوق حد الاحصاء، بل اشتراط كل شرط عدا فعل الواجبات و ترك المحرمات مستلزم لتحريم الحلال فعلا أو تركا.

(١) محصله: ان شرط المباح و الحلال نافذ بلا كلام فما معنى عدم نفوذ الشرط المحرم للحلال؟

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٦، ص: ٢٦١

و ربما يتخيل أن هذا الاشكال مختص بما دل على الإباحة التكليفية، كقوله تحل كذا و تباح كذا، اما الحلية التى تضمنها الاحكام الوضعية، كالحكم بثبوت الزوجية أو الملكية أو الرقية أو أضرارها، فهى أحكام لا تتغير لعنوان أصلا، فإن الانتفاع بالملك فى الجملة و الاستمتاع بالزوجة، و النظر الى امها و بنتها من المباحات التى لا تقبل التغيير. و لذا ذكر فى مثال الصلح المحرم للحلال ان لا ينتفع بماله أو لا يطأ جاريته.

و بعبارة اخرى: ترتب آثار الملكية على الملك فى الجملة، و آثار الزوجية على الزوج كذلك من المباحات التى لا تتغير عن اباحتها، و إن كان ترتب بعض الآثار قابلا لتغير حكمه الى التحريم، كالسكنى فيما لو اشترط اسكان البائع فيه مدة،

و اسكان الزوجة فى بلد اشترط ان لا يخرج إليه، أو وطئها مع اشتراط عدم وطئها اصلا، كما هو المنصوص و لكن الانصاف انه كلام غير منضبط، فإنه كما جاز تغير اباحة بعض الانتفاعات كالوطى فى النكاح، و السكنى فى البيع الى التحريم لأجل الشرط كذلك يجوز تغير اباحة سائرهما الى الحرمة، فليس الحكم بعدم تغير اباحة مطلق التصرف فى الملك و الاستمتاع بالزوجة، لاجل الشرط الا للاجماع أو لمجرد الاستبعاد. و الثانى غير معتد به و الاول يوجب ما تقدم من عدم الفائدة فى بيان هذه الضابطة، مع ان هذا العنوان اعنى تحريم الحلال و تحليل الحرام، انما وقع مستثنى فى ادلة انعقاد اليمين. و ورد انه لا يمين فى تحليل الحرام و تحريم الحلال. و قد

ورد بطلان الحلف على ترك شرب العصير المباح دائما، معللا بأنه ليس لك ان تحرم ما احل الله. ومن المعلوم ان اباحة العصير لم يثبت من الاحكام الوضعية، بل هي من الاحكام التكليفية الابتدائية.

و أما ما دل على عدم نفوذ شرط التسرى «١» و نحوه- فنفس ذلك الدليل يكفى لعدم نفوذ الشرط فى ذلك المورد بلا حاجة الى هذا الضابط، فهذا لا يترتب عليه فائدة فى مورد أصلا.

و ملخص القول فى المقام: أنه قيل فى تفسير تحريم الحلال الذى تضمنه الخبر «٢» امور

(١) الوسائل- باب ٣٨- من ابواب المهور كتاب النكاح

(٢) الوسائل- باب ٦- من ابواب الخيار حديث ٥.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٢٦٢

و بالجملة فالفرق بين التزوج و التسرى اللذين ورد عدم جواز اشتراط تركهما معللا بأنه خلاف الكتاب الدال على اباحتها و بين ترك الوطى الذى ورد جواز اشتراطه، و كذا بين ترك شرب العصير المباح الذى ورد عدم جواز الحلف عليه معللا بأنه من تحريم الحلال و بين ترك بعض المباحات المتفق على جواز الحلف عليه فى غاية الاشكال، و ربما قيل فى توجيه الرواية، و توضيح معناها ان معنى قوله الا- شرطا حرم حلالا- أو احل حراما، اما ان يكون الا شرطا حرم و جوب الوفاء به الحلال و أما ان يكون الا شرطا حرم ذلك الشرط الحلال و الاول مخالف لظاهر العبارة مع مناقضته لما استشهد به الامام (عليه السلام) فى رواية منصور بن يونس المتقدمة الدالة على جوب الوفاء بالتزام عدم الطلاق و التزوج، بل يلزم كون الكل لغوا إذ ينحصر مورد المسلمون عند شروطهم، باشتراط الواجبات و اجتناب المحرمات،

فيبقى الثانى، و هو ظاهر الكلام، فيكون معناه الا 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 ان معنى الحرمة طلب الترك من المشروط بل جعله حراما ذاتيا، اى مطلوب الترك شرعا و لا شك ان شرط عدم فعل بل نهى شخص عن فعل لا يجعله حراما شرعيا. ثم قال فإن قيل الشرط من حيث هو مع قطع النظر عن ايجاب الشارع الوفاء لا يوجب تحليلا و تحريما شرعا فلا يحرم و لا يحلل. قلنا ان اريد انه لا يوجب تحليلا و لا تحريما شرعيا بحكم الشرط فهو ليس

الاول: ما أفاده المصنف (رحمه الله) و هو ان المراد بالتحليل: الترخيص، و بالتحريم: المنع،

و لكن المراد بالحلال و الحرام هو ما كان كذلك بحيث لا يتغير موضوعه بالشرط، و قد تقدم توجيه التفصيل بين الأحكام و ما يرد عليه، فراجع.

و ما ذكره فى المقام تكرر لما سبق فلا مورد لاطالة الكلام فى ذلك و نقده و انما المهم ذكر ما افاده المحققان النراقي و القمى، و توجيه ما افاده و ما يرد عليهما.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٢٦٣

كذلك، بل حكم الشرط ذلك، و هو معنى تحريم الشرط و تحليله، (١) و على هذا فلا اجمال فى الحديث، و لا تخصيص فى ذلك كالنذر و العهد و اليمين، فإن من نذر ان لا يأكل المال المشتبه ينعقد و لو نذر ان يكون المال المشتبه حراما عليه شرعا أو يحرم ذلك على نفسه شرعا لم ينعقد، انتهى.

اقول: لا- أفهم معنى محصلا لا اشتراط حرمة الشئ أو حليته شرعا، فإن هذا امر غير مقدور للمشروط و لا يدخل تحت الجعل، فهو

داخل في غير المقدور، (٢)

و لا معنى لاستثنائه عما يجب الوفاء به، لأن هذا لا يمكن عقلا الوفاء به، إذ ليس فعلا خصوصا للمشترط 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 للصلح المحلل للحرام بالصلح على شرب الخمر و للمحرم للحلال بالصلح على ان لا يطأ جاريته و لا ينتفع بماله و كيف كان، فالظاهر بل المتعين أن المراد بالتحليل و التحريم المستنديين إلى الشرط هو الترخيص و المنع، نعم المراد بالحلال و الحرام ما كان كذلك بحيث لا يتغير موضوعه بالشرط لاما 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.

(١) الثاني: ما عن المحقق النراقي، و حاصله: ان فاعل حرم و احل في قوله (عليه السلام): الا- شرطا حرم حلالا أو أحل حراما: هو الشرط، و هذا لا يتحقق إلا بكون الملتزم به حرمة الحلال أو حلية الحرام، و أما اشتراط ترك الحلال فهو شرط ترك التصرف دون حرمة الحلال.

و أورد عليه المصنف (رحمه الله) بإيرادين:

(٢) احدهما: ان الحكم الشرعي امره بيد الشارع و غير مقدور للمكلف و لا

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٦٤

ففي الأول يكون الشرط على تقدير صحته مغيرا للحكم الشرعي.

و في الثاني يكون مغيرا لموضوعه، فحاصل المراد بهذا الاستثناء في حديثي الصلح و الشرط، انهما لا يغيران حكما شرعيا، بحيث يرفع اليد عن ذلك الحكم لأجل الوفاء بالصلح و الشرط، كالنذر و شبهه. و أما تغييرهما لموضوع الاحكام الشرعية ففي غاية الكثرة، بل هما موضوعان لذلك. و قد ذكرنا ان الاشكال في كثير من الموارد في تمييز احد القسمين من الاحكام عن الآخر، و مما ذكرنا يظهر النظر في تفسير آخر لهذا الاستثناء

يدخل تحت الجعل، و لا معنى لاستثنائه عما يجب الوفاء به، لعدم إمكان الوفاء به عقلا.

و فيه: أولا أن شرط النتيجة لا يعتبر فيه إلا كونها واقعة بسبب الشرط و لو لا الاستثناء لكننا ملتزمين بأن شرط حرمة الحلال نافذ، و كنا نستفيد كونها مما يقع بالسبب من عموم دليل نفوذ الشرط الشامل له.

و ثانيا: أن بطلان هذا الشرط من جهة اخرى غير هذه الجهة لا يكون مضرا.

و ثالثا: أن الشرط المحرم للحلال لا ينحصر بشرط حرمة ما يكون حلالا تكليفا،

بل يشمل ما لو اشترط حرمة ما هو حلال و ضعا كعدم كون الطلاق بيد الزوج و نحو ذلك من الاعتباريات، و من المعلوم أن المشروط حينئذ هو ذلك الأمر في اعتبار نفسه، و لو لا هذا الاستثناء و ما دل على أن الشرط المخالف للكتاب لا يكون نافذا لكننا ملتزمين بنفوذه.

ثانيهما: أن استثناء الشرط المحرم إنما يكون من الشرط الذي يجب الوفاء به، و ليست الحرمة و الحلية من أفعال المكلف، كي يجب الوفاء بهما.

و فيه: أن الوفاء لا يختص بشرط الفعل، فإنه بمعنى الإنهاء و عدم النقض، و هذا يتصور في شرط النتيجة أيضا، و سيأتي زيادة توضيح

لذلك إن شاء الله تعالى.

فتحصل: أن ما أفاده المحقق النراقي حق لا ريب فيه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٦٥

يقرب من هذا التفسير الذي تكلمنا عليه، ذكره المحقق القمي صاحب القوانين في رسالته التي ألفها في هذه المسألة، (١) فإنه بعد ما ذكر من امثلة الشرط الغير الجائز في نفسه مع قطع النظر عن اشتراطه و التزامه شرب الخمر و الزنا و نحو هما من المحرمات. و من امثلة ما يكون التزامه و الاستمرار عليه من المحرمات: فعل المرجوحات و ترك المباحات و فعل المستحبات كأن يشترط تقليم الاظفار بالسن ابداء، و ان لا يلبس الخبز ابداء و لا يترك النوافل، فإن جعل المكروه أو المستحب واجبا، و جعل المباح حراما الا برخصة شرعية حاصلة من الاسباب الشرعية، كالنذر و شبهه فيما ينعقد فيه.

و يستفاد ذلك من كلام علي (عليه السلام) في رواية اسحاق بن عمار: من اشترط لامرأته شرطا، فليف لها به فإن المسلمين عند شروطهم الا شرطا حرم حلالا أو احل حراما، قال (قدس سره).

فإن قلت: ان الشرط كالنذر و شبهه من الاسباب الشرعية المغيرة للحكم، بل الغالب فيه هو ايجاب ما ليس بواجب، فإن بيع الرجل ماله أو هبته لغيره مباح. و أما لو اشترط في 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 الافعال على سبيل العموم، من دون النظر إلى خصوصية فرد. فتحريم الخمر معناه منع المكلف عن شرب جميع ما يصدق عليه هذا الكلي، و كذا حلية المبيع، فالتزوج و التسرى امر كلي حلال، و التزام تركه مستلزم لتحريمه و كذلك جميع احكام الشرع من التكليفية و الوضعية و غيرها انما يتعلق بالجزئيات باعتبار تحقق الكلي فيها، فالمراد من تحليل الحرام و تحريم الحلال المنهى عنه هو ان يحدث المشترط قاعدة كلية و يبدع حكما جديدا. و قد اجيز في الشرع البناء على الشروط الا شرطا اوجب ابداع حكم كلي جديد مثل تحريم التزوج و التسرى و إن كان بالنسبة الى نفسه فقط.

(١) الثالث: ما عن المحقق القمي (رحمه الله) و قد جعله المصنف (رحمه الله) قريبا مما افاده المحقق النراقي، مع أن بينهما بونا بعيدا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٦٦

و قد قال الله تعالى: (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) و كجعل الخيرة في الجماع و الطلاق بيد المرأة.

و قد قال الله تعالى: (الرجال قوامون على النساء) و فيما لو اشترطت عليه ان لا تتزوج أو لا تتسرى بفلانة خاصة اشكال، (١) فما ذكر في السؤال من وجوب البيع الخاص الذي يشترطانه في ضمن عقد ليس مما يوجب احداث حكم للبيع و لا تبديل حلال الشارع و حرامه، و كذا لو شرط نقص الجماع عن الواجب الى ان قال (قدس سره).

و بالجملة اللزوم الحاصل من الشرط، لما يشترطانه من الشروط الجائزة،

ليس من باب تحليل حرام أو تحريم حلال، أو ايجاب جائز، على سبيل القاعدة. بل الذي يحصل من ملاحظة جميع موارد حكم كلي هو وجوب العمل على ما يشترطانه و هذا الحكم، ايضا

محصل ما أفاده المحقق القمي (رحمه الله): أن معنى تحريم الحلال جعل المباح حراما و هو إنما يكون فيما لو اشترط ترك المباح رأسا بالمرء، و أما لو اشترط تركه في الجملة فهو ليس من تحريم الحلال.

و بعبارة اخرى: أن تحريم الحلال إنما هو بتأسيس القاعدة و اشتراط ترك ما حلله الشارع و هو الكلي دون الجزئيات، فإن الأحكام الشرعية متعلقة بالطبائع دون الجزئيات،

فاشترط ترك المباح رأساً تحريم للحلال، و أما اشتراط ترك بعض الأفراد الذي لا يكون الحلية مجعولة له فليس من تحريم الحلال. وفيه: أولاً: أن الحكم و إن كان مجعولاً على الكلي، إلا أنه من جهة كونه مرآة للأفراد و فعلية الحكم إنما تكون بفعلية موضوعه و تحققه خارجاً، فالفرد الخارجى محكوم بالحلية الفعلية، فلا محالة يكون تحريمه تحريماً للحلال. و بعبارة أخرى: لا فرق بين الكلي و الجزئى من هذه الجهة.

و ثانياً: أن ما افاده يجرى فى تحليل الحرام أيضاً و هو لم يلتزم بذلك فيه. (١) قوله و فيما لو اشترطت عليه ان لا- تتزوج أو لا تتسرى بفلانة خاصة اشكال لا ينبغى الاشكال فى صحته على مسلك المحقق القمى (رحمه الله): فانه ليس تحريماً لما هو محكوم بالحلية و مجعول له ذلك. منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٦٧

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 انما هو صادر من الشارع، انتهى كلامه رفع مقامه و للنظر فى مواضع من كلامه مجال، فافهم و الله العالم الشرط الخامس ان لا يكون منافياً لمقتضى العقد، (١) و إلا لم يصح لوجهين: احدهما: وقوع التنافى فى العقد المقيد بهذا الشرط بين مقتضاه الذى لا يتخلف عنه

الشرط المنافى لمقتضى العقد

(١) الشرط الخامس: ان لا يكون منافياً لمقتضى العقد و الا لم يصح كما هو المشهور بين الأصحاب. قال فى محكى الغنية: من الشروط الفاسدة بلا خلاف: أن يشترط ما يخالف مقتضى العقد. و فى القواعد: من المخالف للمشروع اشتراط ما ينافى مقتضى العقد. و عن غير واحد دعوى الإجماع عليه. و ملخص القول فى المقام أن شرط الفعل خارج عن الشرط المنافى لمقتضى العقد، و هو واضح.

و أما شرط النتيجة فتارة يشترط خلاف مضمون العقد أو ما يتقوم به، كأن يبيع بشرط أن لا يملك أو بلا ثمن، و اخرى يشترط خلاف ما هو من لوازم مقتضى العقد.

أما الأول، فإن كان المنافى مقصوداً فى عرض قصد العقد فحيث إن قصد المتنافيين من العاقل الملتفت محال فلا يعقل القصد الى البيع و الشرط معاً.

نعم إن لم يكن قاصداً جداً للشرط، بل كان هازلاً به بطل الشرط خاصة.

و إن قصد الشرط بعد ما قصد العقد بأن قصد البيع حقيقة ثم بدا له أن يعقبه بعدم الثمن مثلاً، فإن لم يرفع اليد عما قصده أولاً كان قصد الشرط محالاً فيختص هو بالبطلان

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٦٨

و بين الشرط الملزم لعدم تحققه، فيستحيل الوفاء بهذا العقد مع تقيده بهذا الشرط (١) فلا- بد اما ان يحكم بتساقط كليهما. و أما ان يقدم جانب العقد، لأنه المتبوع المقصود بالذات، و الشرط تابع و على كل تقدير لا يصح الشرط.

الثانى: ان الشرط المنافى مخالف للكتاب و السنة (٢) الدالين على عدم تخلف العقد عن مقتضاه، فاشترط تخلفه عنه مخالف للكتاب. و لذا ذكر فى التذكرة ان اشتراط عدم بيع المبيع منافى لمقتضى ملكيته، فيخالف قوله (صلى الله عليه و آله) (الناس مسلطون على

أموالهم) و دعوى أن العقد إنما يقتضى ذلك مع عدم اشتراط عدمه فيه لا مطلقا خروج عن محل الكلام.

و أما الثانى، فإن كان اللازم حكما غير قابل للزوال و الانفكاك كاللزوم الحكمى الثابت فى بعض العقود كان الشرط باطلا، لكونه خلاف الكتاب و السنة.

و إن كان حقا قابلا لذلك، فإن لم يكن مما يعتبر فيه لفظ خاص كشرط الخيار فى البيع صح البيع و الشرط، و إلا- أى كان مما يعتبر فيه لفظ خاص- بطل الشرط و هو واضح، هذا هو حق القول فى المقام.

و قد ذكر المصنف (رحمه الله) وجهين لاعتبار هذا الشرط:

(١) احدهما: انه بعد وقوع التنافى بين ما يقتضيه العقد و ما يقتضيه الشرط يستحيل الوفاء بالعقد المقيد بهذا الشرط، فإما أن يحكم بتساقطهما أو يقدم جانب العقد،

لأن العقد مقصود بالذات، و الشرط تابع، فكأنه مرجح لجانب العقد.

و فيه أولا: أنه لو تم لاختص بالقسم الأول، كما أن الوجه الثانى فى كلامه مختص بالقسم الثانى، فهما لا يتواردان على مورد واحد.

و ثانيا: أنه لا يتم من جهة ما عرفت من عدم معقولية القصد الجدى بالنسبة اليهما،

فلا تصل النوبة الى استحالة الوفاء.

هذا إذا قصد هما فى عرض واحد، و إلا وجب الوفاء بالعقد دون الشرط كما تقدم.

(٢) ثانيهما: ان الشرط المنافى مخالف للكتاب و السنة الدالين على ذلك اللازم.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٢٦٩

إذ الكلام فيما يقتضيه مطلق العقد و طبيعته السارية فى كل فرد منه لا ما يقتضيه العقد المطلق بوصف اطلاقه و خلوه عن الشرائط و القيود حتى لا ينافى تخلفه عنه لقيده و شرط يشترط فيه هذا كله مع تحقق الاجماع على بطلان هذا الشرط، فلا اشكال فى اصل الحكم، و إنما الاشكال فى تشخيص آثار العقد التى لا يتخلف عن مطلق العقد فى نظر العرف أو الشرع، و تميزها عما يقبل التخلف لخصوصية تعترى العقد، و ان اتضح ذلك فى بعض الموارد، لكون الأثر كالمقوم العرفى للبيع أو غرضا اصليا، كاشتراط عدم التصرف اصلا فى المبيع، (١) و عدم الاستمتاع اصلا بالزوجة حتى النظر و نحو ذلك، الا أن الأشكال فى كثير من المواضع خصوصا بعد ملاحظة اتفاقهم على الجواز فى بعض المقامات، و اتفاقهم على عدمه فيما يشبهه،

و يصعب الفرق بينهما و ان 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

و فيه: مضافا الى ما تقدم: أنه يتم فى بعض اللوازم دون جميعها، مع أن الكلام إنما هو فى اعتبار شرط غير ما تقدم، فلا يصح الاستدلال له به.

و قد يقرب الدليل العقلى المتقدم بتقريب آخر، و هو ما عن المحقق النراقى (رحمه الله)، و هو:

أن الشرط المنافى مستلزم لفساد العقد و عدم ترتب مقتضاه، و هو يستلزم فساد الشرط،

لكونه واقعا فى ضمن عقد غير صحيح.

و فيه: ما تقدم من عدم معقولية هذا الشرط و العقد فلا تصل النوبة الى البحث فى الصحة و الفساد.

و مما ذكرناه ظهر أنه لا يبقى الأشكال فى تشخيص الصغريات بحسب الأدلة، إذ المقوم حاله معلوم، و اللازم قد تقدم حاله فى الشرط

السابق،

و لكن تبعا للشيخ (رحمه الله) نتعرض للموارد التي توهم كونها من موارد الشبهة.

(١) منها: اشتراط عدم التصرف في المبيع نظرا الى ان الاثر كالمقوم العرفي للمبيع أو غرضا أصليا.

و لكن التصرف في الجملة في المبيع من لوازم الملكية لا من مقوماتها، بل ربما

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٧٠

على البائع و ولده، كما صرح به في التذكرة، و قد اعترف في التحرير بأن اشتراط العتق، مما ينافي مقتضى العقد، و انما جار لبناء العتق على التغليب. و هذا لو تم لم يجز في الوقف خصوصا على البائع و ولده، فإنه شرط مناف كالعتق ليس مبني على التغليب، و لأجل ما ذكرنا وقع في موارد كثيرة الخلاف و الاشكال في ان الشرط الفلاني مخالف لمقتضى العقد ام لا منها اشتراط عدم البيع، (١) فإن المشهور عدم الجواز، لكن العلامة في التذكرة: استشكل في ذلك بل قوى بعض من تأخر عنه صحته.

و منها ما ذكره في الدروس في بيع الحيوان من جواز الشركة فيه إذا قال الربح لنا و لا خسران عليك، لصحيحة رفاعه في الشركة في الجارية قال: و منعه ابن ادریس لأنه مناف لقضية الشركة (٢) قلنا: لا نسلم ان تبعية المال لازمة لمطلق الشركة، بل للشركة المطلقة، و الاقرب تعدى الحكم الى غير الجارية من المبيعات انتهى

يتخلف عنها كما في المحجور عليه، و كونه غرضا أصليا لا يوجب البطلان، و عليه فإن شرط عدم جواز التصرف بطل، لكونه مخالفا للكتاب، و إن اشترط عدم التصرف خارجا صح العقد و الشرط.

(١) و منها: اشتراط عدم البيع و المشهور بين الاصحاب و ان كان عدم جواز هذا الشرط إلا أنه لعدم كونه إجماعيا، لوجود المخالف، و عدم كونه تعديا لو كان إجماعيا لاستناد المجمعين الى ما سيمر عليك لا يكون ذلك مدركا. و قد استدلل للبطلان بكونه خلاف مقتضى العقد، فإنه يقتضى السلطنة على المبيع بالتصرف فيه بالبيع و شبهه، فاشتراط عدم البيع مناف لذلك.

و فيه: أن هذا يتم لو اشترط عدم السلطنة على البيع، و لعله مورد نظر المشهور،

و الوجه فيه حينئذ كونه مخالفا للكتاب، و أما لو اشترط عدم البيع خارجا فلا محذور فيه.

(٢) و منها: ما ذكره في الدروس في بيع الحيوان من جواز الشركة فيه ... و منعه ابن ادریس لانه مناف لمقتضى الشركة و تقريب كون هذا الشرط مخالفا لمقتضى العقد: أن مقتضى الشركة كون العين لهما و الثمن تابع للعين بمعنى أن من له العين ينتقل تمام الثمن إليه بمقتضى المعاوضة و البيع المقتضى لدخول العوض في كيس من خرج المعوض عن ملكه، كما أن من له النصف ينتقل

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٧١

و منها ما اشتهر بينهم من جواز اشتراط الضمان في العارية، و عدم جوازه في الاجارة، (١) مستدلين بأن مقتضى عقد الاجارة عدم ضمان المستأجر، فاورد عليهم المحقق الاردبيلي، و تبعه جمال المحققين في حاشية الروضة: بمنع اقتضاء مطلق العقد لذلك انما المسلم اقتضاء العقد المطلق المجرد عن اشتراط الضمان نظير العارية.

نصف الثمن إليه، فاشتراط ان يكون له أقل من النصف الذي هو معنى كون الربح لهما و عدم الخسران عليه - مناف لمقتضى العقد. و لكن إن قلنا بأنه لا يعتبر في البيع دخول العوض في كيس من خرج عن كيسه المعوض - لا اشكال في هذا الشرط من هذه الجهة فانه لا مانع من خروج العين عن كيس أحد الشريكين و دخول مقدار من الثمن في كيس صاحبه.

و إن بنينا على أنه يعتبر في البيع ذلك فيمكن تصحيح الشرط بوجهين:

أحدهما: إرجاع هذا الشرط الى أن يتدارك أحدهما خسارة صاحبه من نفس العين أو من مال آخر بنحو شرط الفعل أو شرط

النتيجة.

نعم بناء على بطلان الشرط الغررى يبطل هذا الشرط، للغرر.

ثانيهما: إرجاعه الى اشتراط أن لا يبيع حصه شريكه بأقل من ثمنه، فإذا فرضنا الخسران في معاملة بمقدار ربع الثمن، كما لو كان المال المشتري قيمته ثلاثون دينارا فبيع بعشرين، فمرجع الشرط المذكور الى بيع حصه أحدهما بخمسة عشر و حصه الآخر بخمسة، و هذا أيضا لا محذور فيه من هذه الجهه، و لا يكون منافيا لمقتضى العقد.

(١) و منها: ما اشتهر بينهم من عدم جواز اشتراط الضمان فى الاجارة و الكلام فى شرط الضمان يقع فى جهتين:

الاولى فى أنه هل يكون منافيا لمقتضى عقد الإجارة أم لا؟

الثانية: فى كونه خلاف الكتاب و السنة و عدمه.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٢٧٢

و منها اشتراط عدم اخراج الزوجه من بلدها، (١) فقد جوزه جماعة لعدم المانع و للنص، و منعه آخرون، منهم: فخر الدين فى الايضاح مستدلا: بأن مقتضى العقد تسلط الرجل على المرأة فى الاستمتاع و الاسكان. و قد بالغ حتى جعل هذا قرينه على حمل النص على استحباب الوفاء.

أما الجهه الاولى فالحق أنه لا يكون منافيا له، فإن عقد الإجارة تمليك للمنفعة بعوض و أجنبى عن العين، و يكون لا اقتضاء بالنسبة إليها.

و أما الجهه الثانية، فملخص القول فيها- و إن تقدم- أن العين المستأجرة فى يد المستأجر أمانه لا يكون ضامنا لها إما لما دل على أن صاحب البضاعة مؤتمن و المستعير مؤتمن، «١» مع أنه ليس فيهما إلا- الاستيلاء على المال بإذن المالك الموجود فى الإجارة، أو لانصراف حديث اليد «٢» عن ذلك، أو لغير ذلك.

و عليه فإن اشترط الضمان يكون مخالفا لهذا الحكم الشرعى، نعم إن أراد بالشرط تمليك ما يعادل قيمة المال من غير أن يراد الضمان، أو ملكية ذلك بنحو شرط النتيجة لم يكن فيه محذور و يكون نافذا. و بما ذكرناه ظهر أن ما استدل به على البطلان من كونه خلاف مقتضى العقد، و ما أورد عليه بأن العقد يقتضى عدم الضمان لو لا الشرط- فى غير محلها.

(١) و منها اشتراط عدم اخراج الزوجه من بلدها و قد استدل لكونه مخالفا لمقتضى العقد: بأن عقد الزواج يقتضى سلطنة الزوج على الاستمتاع و الإسكان، فاشترط عدمه مخالف لذلك.

و لكن يرد عليه: أن عقد الزواج يقتضى الزوجية فقط، و السلطنة من أحكامها، فهو شرط غير مناف لمقتضى العقد، و أما من حيث منافاته للكتاب فقد تقدم، فراجع.

(١) الوسائل- باب ١- من ابواب العارية.

(٢) سنن البيهقى ج ٦ ص ٩٠، و كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٢٧٣

و منها مسألة توارث الزوجين بالعقد المنقطع من دون شرط أو معه، (١)

و عدم توارثهما مع الشرط أو لا معه، فإنها مبنية على الخلاف فى مقتضى العقد المنقطع، قال فى الايضاح ما ملخصه بعد اسقاط ما لا يرتبط بالمقام: انهم اختلفوا فى ان هذا العقد يقتضى التوارث ام لا؟

و على الأول: فقبل 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، وقيل: المقتضى اطلاق العقد اى العقد المجرد عن شرط نقيضه، اعنى الماهية بشرط لا شىء، فيثبت الارث ما لم يشترط سقوطه.

و على الثانى: قيل: يثبت مع الاشرط و يسقط مع عدمه، وقيل: لا يصح اشرطه، انتهى.

و مرجع القولين الى ان عدم الارث من مقتضى اطلاق العقد أو ماهيته،

و اختار هو هذا القول الرابع، تبعا لجده و والده (قدس سره)، و استدل عليه اخيرا بما دل على ان من حدود المتعة ان لا ترثها و لا ترثك، قال: فجعل نفى الارث من مقتضى الماهية

(١) و منها: مسألة توارث الزوجين بالعقد المنقطع من دون شرط أو معه الكلام فيها من حيث كون هذا الشرط مخالفا للكتاب قد تقدم و أما من حيث كونه مخالفا لمقتضى العقد.

فقد استدل له فخر المحققين بما دل على أن من حدود المتعة أن لا ترثها و لا ترثك، «١»

قال: فجعل نفى الأثر من مقتضى الماهية.

و فيه: أن مقتضى عقد المتعة تحقق الزوجية المنقطعة لا غير و هو لا يقتضى التوارث و لا عدمه، و معنى قوله: من حدود المتعة الى آخره، أى من أحكامها المترتبة عليه.

و مما ذكرناه يظهر: أنه ليس مورد يشك فى كون الشرط فيه منافيا لمقتضى العقد بالمعنى الأول، بل و بالمعنى الثانى،

و أنه لو شك فى ذلك يرجع الى أصالة عدم المخالفة فيحكم بالصحة.

(١) الوسائل - باب ٣٢- من أبواب المتعة حديث ٨.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٧٤

و لا جل صعوبة دفع ما ذكرنا من الاشكال فى تميز مقتضيات ماهية العقد من مقتضيات اطلاقه. التجأ المحقق الثانى مع كمال تبحره فى الفقه، حتى ثنى به المحقق فارجع هذا التمييز عند عدم اتضاح المنافاة و عدم الاجماع على الصحة أو البطلان الى نظر الفقيه فقال: اولا المراد بمنافى مقتضى العقد ما يقتضى عدم ترتب الاثر الذى جعل الشارع العقد من حيث هو هو، بحيث يقتضيه و رتب عليه على انه اثره و فائدته التى لاجلها وضع، كانتقال العوضين الى المتعاقدين، و اطلاق التصرف فيهما فى البيع، و ثبوت التوثق فى الرهن و المال فى ذمة الضامن بالنسبة الى الضمان،

و انتقال الحق الى مذمة المحال عليه فى الحوالة و نحو ذلك، فإذا شرط عدمها أو عدم البعض اصلا نافي مقتضى العقد.

ثم اعترض على ذلك بصحة اشرط عدم الانتفاع زمانا معيناً، و اجاب بكفاية جواز الانتفاع وقتا ما فى مقتضى العقد، ثم اعترض بأن العقد يقتضى الانتفاع مطلقاً، فالمنع عن البعض مناف له.

ثم قال و دفع ذلك لا تخلو عن عسر، و كذا القول فى نحو خيار الحيوان مثلا،

فإن ثبوته مقتضى العقد، فيلزم ان يكون شرط سقوطه منافيا له. ثم قال و لا يمكن ان يقال: ان مقتضى العقد ما لم يجعل الا لاجله،

كانتقال العوضين، فإن ذلك ينافى منع اشرط ان لا يبيع المبيع مثلا، ثم قال و الحاسم لمادة الاشكال: ان الشروط على اقسام:

منها ما انعقد الاجماع على حكمه من صحة أو فساد.

و منها ما وضع فيه المنافاة للمقتضى، كاشترط عدم ضمان المقبوض بالبيع أو وضع مقابله و لا كلام فيما وضع.

و منها ما ليس واحدا من النوعين فهو بحسب نظر الفقيه، انتهى كلامه رفع مقامه.

اقول: وضوح المنافاة ان كان بالعرف، كاشتراط عدم الانتقال فى العوضين،

و عدم انتقال المال الى ذمة الضامن و المحال عليه، فلا يتأتى معه انشاء مفهوم العقد العرفى، و ان كان بغير العرف فمرجه الى الشرع من نص أو اجماع على صحة الاشتراط أو عدمه، و مع عدمهما وجب الرجوع الى دليل اقتضاء العقد لذلك الاثر المشترط عدمه، فإن دل عليه على وجه يعارض باطلاقه أو عمومه دليل وجوب الوفاء به. بحيث لو اوجبنا الوفاء به وجب طرح عموم ذلك الدليل و تخصيصه حكم بفساد الشرط، لمخالفته حينئذ للكتاب و السنة

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٢٧٥

و ان دل على ثبوته للعقد لو خلى و طبعه، بحيث لا ينافى تغير حكمه بالشرط،

حكم بصحة الشرط. و قد فهم من قوله تعالى: (الرجال قوامون على النساء) ان السلطنة على الزوجة من آثار الزوجية التى لا تتغير فجعل اشتراط كون الجماع بيد الزوجة فى الرواية السابقة منافيا لهذا الاثر و لم يجعل اشتراط عدم الاخراج من البلد منافيا. و قد فهم الفقهاء من قوله البيعان بالخيار حتى يفترقا، فإن افترقا وجب البيع. عدم التنافى، فاجمعوا 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 الى اصالة ثبوت ذلك الاثر على الوجه الثانى، فيبقى عموم ادلة الشرط سليما عن المخصص، و قد ذكرنا هذا فى بيان معنى مخالفة الكتاب و السنة.

الشرط السادس: ان لا يكون الشرط مجهولا (١) جهالة يوجب الغرر فى البيع، لأن الشرط فى الحقيقة كالجزم من العوضين، كما سيجىء بيانه، قال فى التذكرة:

و كما ان الجهالة فى العوضين مبطله، فكذا فى صفاتهما، و لو احق المبيع. فلو شرطا شرطا مجهولا بطل البيع، انتهى.

الشرط المجهول

(١) و من الشروط و هو الشرط السادس فى المتن و ذكره جماعة:

أن لا يكون الشرط مجهولا جهالة توجب الغرر فى البيع قال فى محكى التذكرة: كما أن الجهالة فى العوضين مبطله فكذا فى صفاتهما و لو احق المبيع، فلو شرطا شرطا مجهولا بطل البيع. انتهى.

و لكن الشهيد فى محكى الدروس قال: لو جعل الحمل جزءا من المبيع فالأقوى الصحة، لأنه بمنزلة الاشتراط و لا يضر الجهالة لأنه تابع. انتهى.

و تحقيق القول فى المقام بالبحث فى جهات:

الأولى: أن جهالة الشرط هل هى كجهالة أحد العوضين الموجبة لبطان البيع،

لصيورته غريبا توجب بطان الشرط من حيث هو أم لا؟

الثانية: أن جهالة الشرط المستلزمة لغرية الشرط هل توجب غرية البيع ام لا؟

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٢٧٦

و قد سبق ما يدل على اعتبار تعيين الاجل المشروط فى الثمن، بل لو فرضنا عدم سراية الغرر فى البيع، كفى لزومه فى أصل الشرط بناء على ان المنفى، مطلق الغرر، (١) حتى فى غير البيع. و لذا يستندون إليه فى أبواب المعاملات حتى الوكالة،

فبطان الشرط المجهول ليس لابطاله البيع المشروط به، و لذا قد يجزم ببطان هذا الشرط مع الاستشكال فى بطان البيع، فإن العلامة فى التذكرة، ذكر فى اشتراط عمل مجهول فى عقد البيع. ان فى بطان البيع وجهين مع الجزم ببطان الشرط، لكن الانصاف ان جهالة

الشرط يستلزم في العقد دائما مقدارا من الغرر الذى يلزم من جهالته جهالة احد العوضين، و من ذلك يظهر وجه النظر فيما ذكره العلامة في مواضع من التذكرة، من الفرق فى حمل الحيوان، و بيض الدجاجة

الثالثة: أنه إذا فسد البيع لغررية الشرط هل يبطل الشرط أيضا أم لا؟

الرابعة: أنه هل هناك فرق بين شرط ما هو تابع وغيره أم لا؟

أما الجهة الاولى فقد استدلت لمبطلتها بوجوه.

(١) الاول: المرسل: نهى النبي (صلى الله عليه و آله) عن الغرر «١».

و أورد عليه تارة بضعف السند،

و اخرى بأن النهى إذا تعلق بالمعاملة نفسها يكون إرشادا الى الفساد، و أما إذا تعلق بعنوان آخر شامل لها يكون ظاهرا فى الحرمة النفسية، و حرمة المعاملة لا تستلزم فسادها كما تقدم،

و المقام من قبيل الثانى، فإن الغرر بمعنى الخدعة، فالنهي عنه لا يدل على أزيد من الحرمة.

و لكن يمكن دفع الأول: باستناد الأصحاب إليه فى أبواب المعاملات حتى الجعالة،

فإنهم أفتوا بمضرية الجهل المستلزم للغرر، و لا مدرك لهم سوى المرسل، و احتمال التعدى عن البيع - بعيد.

و دفع الثانى: بما تقدم فى الجزء الرابع من هذا الشرح من أن الغرر ليس بمعنى الخديعة، بل هو بمعنى الخطر فيكون المنهى عنه المعاملة المستلزمة للخطر، فيكون ظاهرا فى الإرشاد الى الفساد.

(١) التذكرة ج ١ ص ٤٦٦، و عن الشهيد نحوه، و سبقهما الشيخ فى الخلاف، فإنه استدلت به فى غير موضع منه.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٢٧٧

و مال العبد المجهول المقدر بين تملكها على وجه الشرطية فى ضمن بيع هذه الامور، بأن يقول بعتكها على انها حامل، أو على ان لك حملها، و بين تملكها على وجه الجزئية، بأن يقول بعتكها و حملها، فصحح الاول لأنه تابع، و ابطل الثانى لأنه جزء، لكن قال فى الدروس: لو جعل الحمل جزءا من المبيع فالاقوى الصحة، لأنه بمنزلة الاشتراط و لا يضر الجهالة لأنه تابع. و قال فى باب بيع المملوك و لو اشتراه و ماله صح، و لم يشترط علمه، و لا التفصى من الربا ان قلنا انه يملك و لو أحلناه اشتراطا، انتهى.

و الصحيح أن يورد عليه بأن دعوى انصراف الحديث الى المعاملة المستقلة قريبة،

بل لا يصدق الخطر و الغرر على مثل الشرط الذى لم يجعل يازائه شىء، و لا يكون مقابلا بالمال:

الثانى: التعدى من البيع الى كل ما هو غررى.

و فيه: أن التعدى يتوقف على إحراز عدم دخل الخصوصية و لم يحرز، مع أنه على فرض التعدى يتعدى الى كل ما هو مبنى على المغابنة كالإجارة، و لا يتعدى الى الشرط،

و الإجماع عليه من جهة احتمال كون المدرك النبوى لا يصلح دليلا للتعدى.

الثالث: أن جهالة الشرط تستلزم غررية البيع و بطلانه، فإذا بطل البيع بطل الشرط، إذ لا شرط موضوعا أو حكما إلا فى ضمن عقد صحيح، و سيأتى الكلام فى ذلك،

فالأظهر عدم المبطلية.

و أما الجهة الثانية فقد استدلت لمبطلية جهالة الشرط للبيع فى المتن:

بأن الشرط في الحقيقة كالجزم من العوضين. ذكر ذلك في صدر المسألة وفيه: إن أوصاف المبيع لا بد و أن تكون معلومة كما تقدم في خيار الرؤية مفصلاً،

فشرط وصف في المبيع مع الجهل به موجب للبطلان.

و أما شرط الفعل أو النتيجة سواء أ كان الشرط متعلقاً بالغرض المعاملي - ام لم يكن كذلك، بل كان نسبة عقد البيع إليه نسبة الظرف الى المظروف فقط بأن كان إيقاعه في ضمن العقد، لخروجه عن الابتدائية الى الضمنية، فجهالته لا توجب غررية البيع منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٧٨

و المسألة محل اشكال، و كلماتهم لا يكاد يعرف التيامها، حيث صرحوا بان للشرط قسطاً من احد العوضين، و ان التراضى على المعاوضة وقع منوطاً به،

و لا زمه كون الجهالة فيه قادحة، و الاقوى اعتبار العلم، لعموم نفي الغرر الا- إذا عد الشرط في العرف تابعا غير مقصود بالبيع، (١) كبيض الدجاج. و قد مر بما ينفع هذا المقام في شروط العوضين و سيأتي بعض الكلام في بيع الحيوان ان شاء الله.

فإن الشرط التزام و غير مربوط بالبيع و بما يتقوم به، و لا يوجب خطراً فيه بما هو بيع،

و كونه كذلك بالإضافة الى الغرض العقدي - لا يوجب كون البيع الانشائي كذلك.

و أما الجهة الثالثة فقد تقدم تنقيح القول فيها و عرفت أنه لا شرط موضوعاً إلا في ضمن العقد.

و أما الجهة الرابعة فلا كلام في أن الشرط مطلقاً تابع للعقد في مقام الأثبات و الإنشاء، و لكن ربما يكون المشروط مستقلاً في عالم الثبوت، و ربما يكون تابعا في ذلك المقام بالتبعية الذاتية العرفية كتبعية بيض الدجاجة لها و المفتاح للدار و نحو ذلك،

و الذى وقع محل الكلام إنما هو القسم الأول،

و أما الثانى فلا اشكال في أن الجهل به لا يضر، لأن التابع يملك بتبع المتبوع و إن لم يلتفت إليه فضلاً عما التفت إليه و ذكر مع عدم الإحاطة به.

(١) قوله الا إذا عد الشرط في العرف تابعا غير مقصود بالبيع اورد عليه السيد (قدس سره) بان هذا مناف لما ذكره من انه يستلزم دائماً مقداراً من الغرر مع ان الشرط في الغالب يعد تابعا غير مقصود بل هو ككك دائماً و لكن قد ظهر مما ذكرناه في الجهة الرابعة دفع هذا الايراد فان التبعية التى ارادها في هذه العبارة هى التبعية بالمعنى الثانى و ما ذكره (رحمه الله) من ان الشرط تابع دائماً انما هو التبعية بالمعنى الاول فلاحظ و تدبر.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٧٩

الشرط السابع ان لا يكون مستلزماً لمحال، (١) كما لو شرط في البيع ان يبيعه على البائع، فإن العلامة قد ذكر هنا انه مستلزم للدور. (٢) قال في التذكرة: لو باعه شيئاً بشرط ان يبيعه اياه لم يصح سواء اتحد الثمن قدراً و جنساً و وصفاً أو لا و إلا جاء الدور لأن يبيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقفة على يبيعه فيدور اما لو شرط ان 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،

يعتبر أن لا يكون الشرط مستلزماً للمحال

(١) من الشروط: و هو السابع في المتن ان لا يكون مستلزماً لمحال كما لو شرط في البيع أن يبيعه على البائع.

البحث في هذه المسألة يقع في جهتين:

الاولى: فى أصل الحكم بلحاظ النص و الفتوى.

الثانية: فى تطبيق الفساد على القواعد.

أما الجهة الاولى فسيأتى الكلام فيها فى حكم الشرط الفاسد، و فى النقد و النسيئة.

و أما الجهة الثانية فقد استدلل للبطالان المنسوب الى المشهور بوجهين:

(٢) الاول: ما عن العلامة (رحمه الله) من لزوم الدور و تقريبه من وجهين:

أحدهما: ان يبيعه له يتوقف على ملكيته، و ملكيته تتوقف على حصول الشرط و هو يبيعه له فيلزم الدور،

و لا- ينتقض باشتراط يبيعه من غيره، فإنه فى نفسه معقول، و لا- يكون الشرط متوقفا على الملك، لجواز أن يكون جاريا على حد التوكيل. و الفضولى.

وفيه: أن هذا الوجه يتم على أحد المسلكين و هما كون الشرط من قبيل الشرط المصطلح عند أهله و هو ما يلزم من عدمه العدم، و بعبارة اخرى: ما هو من أجزاء العلة،

و توقف الملك على انقضاء زمان الخيار من غير فرق بين المتصل منه و المنفصل، إذ على الاول يكون حصول البيع الأول متوقفا على البيع الثانى، و توقف الثانى على الأول واضح

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٢٨٠

لجواز ان يكون جاريا على حد التوكيل أو عقد الفضولى، بخلاف ما لو شرط البيع على البائع، انتهى.

و سيأتى تقرير الدور مع جوابه فى باب النقد و النسيئة. و قد صرح فى الدروس بأن هذا الشرط باطل لا للدور، بل لعدم القصد الى البيع (١) و يرد عليه و على الدور النقض بما إذا اشترط البائع على المشتري ان يقف المبيع عليه و على عقبه، فقد صرح فى التذكرة بجوازه، و صرح بجواز اشتراط رهن البيع على الثمن مع جريان الدور فيه.

و على الثانى ما لم يتحقق الشرط و لم يصير البيع لازما لا يحصل الملك، و ما لم يحصل الملك لا يصح البيع الثانى، فإنه من قبيل البيع للمالك، و المبنيان فاسدان.

أما الأول: فلأن الشرط فى المقام غير الشرط المصطلح، بل هو التزام فى ضمن التزام، و لا يكون البيع معلقا على الشرط، بل لزومه متوقف عليه.

و أما الثانى، فلأن الملك يحصل بتمامية البيع، و لزومه يتوقف على انقضاء زمان الخيار، و على هذا فالبيع الأول و الملكية الحاصلة منه لا يتوقفان على البيع الثانى فلا دور ثانيهما: أن الشرط لا بد و أن يكون مقدورا و مملوكا للشارط، و هذا منتف فى المقام، فإنه حين الاشتراط يكون المبيع ملكا للبائع، و لم ينتقل بعد الى المشتري، فاشتراط يبيعه على نفسه مرجعه الى اشتراط بيع المال على مالكة و هو غير معقول.

وفيه: أن الشرط يبيعه منه بعد ما انتقل عنه و صار ملكا للمشتري، و هذا فى ظرفه معقول و مقدور له، و لا يعتبر أن يكون الشرط حين الاشتراط معقولا و مقدورا.

(١) الثانى: ما عن الشهيد (رحمه الله) من عدم القصد لاین مثل هذا الشخص لا يريد قطع علاقة الملك عن نفسه و العقد متقوم بالقصد.

وفيه: أنه إن اريد بذلك أنه لا غرض عقلايى له فى هذا البيع،

فيرد عليه أولا: أنه لا يعتبر فى صحة العقد وجود الغرض العقلايى.

و ثانيا: أنه ربما يكون موجودا من التخلص عن حث النذر و غيره.

و إن اريد به أنه لا قصد جدى به، فيرد عليه: أن شرط عود الملك مؤكد لشرط

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٨١

الشرط الثامن ان يلتزم به فى متن العقد (١)، فلو تواطئا عليه قبله لم يكف ذلك فى التزام المشروط به على المشهور، بل لم يعلم فيه خلاف عدا ما يتوهم من ظاهر الخلاف و المختلف و سيأتى لأن المشروط عليه ان انشاء الزام الشرط على نفسه قبل العقد كان الزاما ابتدائيا لا- يجب الوفاء به قطعا، و ان كان اثره مستمرا فى نفس الملزم الى حين العقد بل الى حين حصول الوفاء و بعده نظير بقاء اثر الطلب المنشئ فى زمان الى حين حصول المطلوب، و ان وعد بايقاع العقد مقرونا بالتزامه، فإذا ترك ذكره فى العقد، فلم يحصل ملزم له. نعم يمكن ان

خروجه، إذ لو لا خروجه عنه لم يكن معنى لعوده إليه،

فالانصاف أنه لا محذور فى هذا البيع من حيث القاعدة.

نعم ورد النص على البطلان فى بعض فروض المسألة، و سيأتى الكلام فيه.

يعتبر ذكر الشرط فى متن العقد

(١) قوله الشرط الثامن ان يلتزم به فى متن العقد و لا يخفى أن محل الكلام غير الشروط الارتكازية العقلانية ككون المبيع صحيحا، و نحو ذلك التى تكون بسبب تعاهدها عند العقلاء مدلولة للعقود التزاما و لو لم تذكر فى متن العقد، كما أن محل الكلام ليس هو الشرط الذى غفل عنه حين العقد، فإنه لا شبهة فى عدم لزوم الوفاء به، بل محل الكلام الشرط الذى تواطئ المتعاقدان عليه قبل العقد أو أنشأه و كانا متوجهين إليه حين العقد و هو على قسمين: الأول: ما لا يكون من قصدهما بناء العقد عليه و لا يوقعانه مبنيًا عليه، لا كلام فى عدم لزوم الوفاء به، فإن الشرط من الامور الانشائية، و لا يتحقق بدون الانشاء الاعتبار النفساني.

الثانى: ما يقع العقد مبنيًا عليه، و هذا هو مورد البحث، و فيه أقوال:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٨٢

نعم يمكن ان يقال: ان العقد إذا وقع مع تواطؤهما على الشرط. كان قيذا معنويا له، فالوفاء بالعقد الخاص لا يكون الام مع العمل بذلك الشرط، و يكون العقد بدونه تجارة لا-عن تراض، إذ التراضى وقع مقيدا بالشرط، فانهم قد صرحوا بأن الشرط كالجزم من أحد العوضين، فلا فرق بين ان يقول بعتك العبد بعشرة،

و شرطت لك ماله بين تواطؤهما على كون مال العبد للمشتري، فقال بعتك العبد بعشرة قاصدين العشرة المقرونة بكون مال العبد للمشتري، هذا مع ان الخارج من عموم: المؤمنون عند شروطهم، هو ما لم يقع العقد مبنيًا عليه، فيعم محل الكلام و على هذا، فلو تواطئا على شرط فاسد فسد العقد المبني عليه و ان لم يذكر فيه نعم لو نسيا الشرط المتواطؤ عليه، فوقعوا العقد غير بائنين على الشرط، بحيث يقصدان من العوض المقرون بالشرط اتجه صحة العقد، و عدم لزوم الشرط هذا،

و لكن الظاهر من كلمات الاكثر عدم لزوم الشرط الغير المذكور فى متن العقد، و عدم اجراء احكام الشرط عليه، و ان وقع العقد مبنيًا عليه، بل فى الرياض عن بعض الأجلة حكاية الاجماع على عدم لزوم الوفاء بما يشترط، لا فى عقد (١) بعد ما ادعى هو قدس سره الاجماع على انه لا- حكم للمشروط إذا كانت قبل عقد النكاح و تتبع كلماتهم فى باب البيع و النكاح يكشف عن صدق ذلك المحكى

أحدها: صحة العقد و الشرط.

ثانيها: صحة العقد و بطلان الشرط.

ثالثها: بطلان الشرط و العقد.

و قد استدلل للثاني بوجوده:

(١) الاول: الاجماع و فيه أولا: أنه غير متحقق، لأن ما ذكره المصنف (رحمه الله) من كلمات القوم لا يدل على ذلك، إذ ما ذكره من عدم لزوم الوفاء بالشرط لا في عقد مما لا كلام فيه و هو غير المفروض و هو الشرط المبني عليه العقد، و ما ذكره في باب الربا و المرابحة إنما يكون مع مجرد المقاوله و الاطمينان بالعمل على طبقها لامع تقييد العقد به، و ما ذكره في عقد النكاح إنما هو محمول على سبق المقاوله خاصة أو على كونه من قصد الزوج فقط منهاج الفقاهه (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٨٣

فتراهم يجوزون في باب الربا و الصرف الاحتيال في تحليل معاوضه احد المتجانسين بازيد منه ببيع الجنس بمساويه، ثم هبة الزائد من دون ان يشترط ذلك في العقد، فإن الحيله لا تتحقق الا بالتواطى على هبة الزائد بعد البيع و التزام الواهب بها قبل العقد مستمرا الى ما بعده. و قد صرح المحقق و العلامة في باب المرابحة بجواز ان يبيع الشيء من غيره بثمان زائد، مع قصدهما نقله بعد ذلك الى البائع ليجيز بذلك الثمن عند بيعه مرابحة إذا لم يشترط ذلك لفظا. و معلوم ان المعاملة لاجل هذا الغرض لا يكون الا مع التواطى و الالتزام بالنقل ثانيا، نعم خص في المسالك ذلك بما إذا وثق البائع بان المشتري ينقله إليه

و ثانيا: أنه ليس إجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم (عليه السلام).

الثاني: الأخبار الواردة في باب النكاح المتضمنه لعدم العبرة بالشرط السابق على عقد النكاح، و أنه يهدم ما كان قبله من الشروط. و فيه أن تلك النصوص تدل على عدم العبرة بالشرط السابق، و هذا مما لا كلام فيه، إنما الكلام في ما أوقعا العقد مبني على ذلك الشرط السابق الذى هو حقيقة الشرط،

لأنه من مقولة المعنى و اللفظ مبرز له، و هذه النصوص لا تدل على عدم الاعتبار بذلك.

و بالجملة أن مفاد هذه النصوص اعتبار وقوع النكاح مبني على ما تواطئا عليه،

و هذا مما لا شك فيه، و ليس فيها ما يشهد بكون العبرة باللفظ المذكور في ضمن العقد.

الثالث: أن الشرط من الانشائيات، فتحققه يتوقف على الانشاء و الإيجاد، و لا يكون موضوع الحكم بدون الانشاء،

و فيه: أن هذا بديهي، و لكن انشاءه إنما هو بالاعتبار النفساني و اللفظ مبرز لذلك،

و الكلام إنما هو فى اعتبار المبرز.

الرابع: ما أفاده المحقق النائيني (رحمه الله) و حاصله: أن الانشائيات و منها: الشرط لا بد و أن تبرز بمبرز و إلا لا يعتنى بها عند العقلاء و لا يرتبون الأثر عليها.

نعم لا يعتبر مبرز خاص، و لذا يعتنى بما هو من قبيل الشروط الضمنية حيث

منهاج الفقاهه (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٨٤

من دون التزام ذلك و ايقاع العقد على هذا الالتزام لكنه تقييد لإطلاق كلماتهم خصوصا مع قولهم إذا لم يشترط لفظا.

و بالجملة، فظاهر عبارتى الشرائع و التذكرة ان الاشتراط و الالتزام من قصد هما و لم يذكره أى الاشتراط و الالتزام لفظا لا أن النقل من قصد هما 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 الى الخلاف و المختلف: صحة اشتراط عدم الخيار قبل عقد البيع، لكن قد تقدم فى خيار المجلس النظر

في هذه النسبة الى الخلاف،

بل المختلف فراجع، ثم ان هنا وجهها آخر لا يخلو عن وجهه، و هو بطلان العقد الواقع على هذا الشرط. لأن الشرط من أركان العقد المشروط، بل عرفت أنه كالجزم من أحد العوضين، (١) فيجب ذكره في الايجاب و القبول كأجزاء العوضين. وقد صرح الشهيد في غاية المراد بوجوب ذكر الثمن في العقد و عدم الاستغناء عنه بذكره سابقا، كما إذا قال بعني بدرهم فقال: بعثك. فقال المشتري قبلت

إن تعاهدها عند العرف يوجب صيرورتها من المدلولات العرفية للفظ و إن لم يقصدها المتعاقدان، و الشرط الذي تباينا عليه لا يكون مدلولاً للفظ أبداً، إذ تباين المتكلم و المخاطب على معنى لا يوجب صيرورة اللفظ دالاً عليه بنحو من الدلالة، فلا يعتنى به و فيه: أن ما أفاده من اعتبار الابرز في الانشائيات مما لا إشكال فيه في الجملة، إلا أن المتيقن من ذلك ما هو مستقل في الاعتبار كالبيع و شبهه، و أما ما يكون تابعا و من ضمائم إنشائي آخر فلا دليل على اعتبار الابرز بالاضافة إليه، فالأظهر هو القول الثاني.

و لكن الانصاف أن دعوى كون موضوع الأحكام التكليفية و الوضعية في باب الانشائيات و المعاملات هو ما ابرز بقول أو فعل قريباً، و الاحتياط سبيل النجاة.

(١) و أما الثالث: فقد استدلل له المصنف (رحمه الله) بأنه إذا كان مقصود هما انشاء البيع المشروط يكون الشرط من أركان العقد المشروط، بل قد مر أنه كالجزم من أحد العوضين فيجب ذكره في الايجاب و القبول، و إلا فسد العقد بفساد ركنه. و فيه: أنه لو تم ذلك لزم منه عدم تحقق البيع المشروط لا بما أنه عقد البيع.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٦، ص: ٢٨٥

و سيأتي في حكم الشرط الفاسد كلام من المسالك ان شاء الله تعالى.

و قد يتوهم هنا شرط تاسع، و هو تنجيز الشرط (١) بناء على ان تعليقه يسرى الى العقد بعد ملاحظة رجوع الشرط الى جزء من احد العوضين، فإن مرجع قوله بعثك هذا بدرهم، على ان تخطيط لى ان جاء زيد على وقوع المعاوضة بين المبيع و بين الدرهم المقرون بخياطة الثوب على تقدير مجيء زيد، بل يؤدي الى البيع بثمانين على تقديرين فباعه بالدرهم المجرد على تقدير عدم مجيء زيد، و بالدرهم المقرون مع خياطة الثوب على تقدير مجيئه، و يندفع بأن الشرط هو الخياطة على تقدير المجيء، لا الخياطة المطلقة ليرجع التعليق الى اصل المعاوضة الخاصة، و مجرد رجوعهما في المعنى الى امر واحد لا يوجب البطلان. و لذا اعترف بعضهم بان مرجع قوله: انت و كيلى إذا جاء رأس الشهر في ان تباع.

و دعوى: أن المقصود هو المشروط فوقوع غيره و وقوع لما لم يقصد مندفعاً بان الشرط ليس من قيود البيع، بل يكون إنشاء البيع مطلقاً، و لزوم الوفاء به معلقاً على الشرط.

يعتبر التنجيز في الشرط

(١) قال المصنف: قد يتوهم هنا شرط تاسع و هو تنجيز الشرط و الكلام فيه يقع في جهتين:

الاولى: في أن التعليق في الشرط هل يوجب بطلانه أم لا؟

الثانية: في أنه هل يوجب بطلان البيع أم لا؟

أما لجهة الاولى، فإن كان مدرك اعتبار التنجيز في العقود استحالة التعليق في الانشاء أو انصراف أدلة الامضاء عن المعلق، أو اعتبار

الجزم في الانشاء بطل الشرط المعلق، لجريان هذه الوجوه بعينها فيه.

و إن كان المدرك هو الإجماع كما ذكرناه في الجزء الرابع من هذا الشرح لم يبطل، إذ القدر المتيقن منه العقود، بل البيع.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٨٦

و أنت وكيلي في ان تباع إذا جاء رأس الشهر الى واحد مع الاتفاق على صحة الثاني، و بطلان الاول.

نعم ذكر في التذكرة: انه لو شرط البائع كونه احق بالمبيع لو باعه المشتري،

ففيه اشكال، لكن لم يعلم ان وجهه تعليق الشرط، بل ظاهر عبارة التذكرة، و كثير منهم في بيع الخيار بشرط رد الثمن كون الشرط و

هو الخيار معلقا على رد الثمن، و قد ذكرنا ذلك سابقا في بيع الخيار بشرط رد الثمن كون الشرط و هو الخيار معلقا على رد الثمن و

قد ذكرنا ذلك سابقا في بيع الخيار

و أما الجهة الثانية، فقد استدل لبطلان البيع بوجهين:

الأول: أن التعليق في الشرط موجب للتعليق في البيع، فإن شرط الشرط شرط، فما علق عليه الشرط في الحقيقة يكون معلقا عليه نفس

البيع، المشروط.

و فيه أولا: أن التعليق إنما يكون في متعلق الشرط و الملتزم به لا في الشرط و الالتزام، مثلا: الشرط في قول: بعتك هذا بدرهم على أن

تخييط ثوبي أن جاء زيد، هو الخياطة على تقدير المجيء لا الخياطة المطلقة.

و ثانيا: أن الشرط ليس جزء من أحد العوضين، بل هو التزام في ضمن التزام،

فالتعليق فيه لا يسرى الى البيع.

الثاني: أن مرجع التعليق في الشرط الى البيع بثمنين و هو الدرهم على تقدير، و مع الضميمة على تقدير آخر.

و الجواب عن ذلك يارجاع التعليق الى متعلق الشرط لا يكفي، فإن المحذور هو اختلاف الثمن على التقديرين،

بل الحق في الجواب هو المنع عن كون الشرط جزء للثمن، و قد تقدم تنقيح القول في ذلك.

و عن المحقق النائيني الاستدلال لصحة الشرط المعلق: مضافا الى أنها مقتضى العمومات: بما ورد في امرأة مكاتبه أعانها ولد زوجها

على أداء مال كتابتها مشروطا عليها عدم الخيار على زوجها بعد الانعتاق من نفوذ الشرط و صحته مستشهدا بعموم: المسلمون عند

شروطهم، و لا بأس به،

فتحصل ان الأظهر صحة العقد و الشرط.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٨٧

مسألة: في حكم الشرط الصحيح (١)

إشارة

و تفصيله: ان الشرط اما ان يتعلق بصفة من صفات المبيع الشخصي، ككون العبد كاتبا، و الجارية حاملا، و نحوهما. و أما ان يتعلق

بفعل من افعال احد المتعاقدين أو غيرهما، كاشتراط إعتاق العبد، و خياطة الثوب، و أما ان يتعلق بما هو من قبيل الغاية للفعل، (٢)

كاشتراط تملكك عين خاصة و انعتاق مملوك خاص و نحوهما، و لا إشكال في انه لا حكم للقسم الاول الا الخيار،

مع تبين فقد الوصف المشروط

(١) مسألة في حكم الشرط الصحيح و تفصيله: أن الشرط إما أن يتعلق بصفة من صفات المبيع الشخصي، و إما أن يتعلق بفعل من أفعال أحد المتعاقدين أو غيرهما، و إما أن يتعلق بما هو من قبيل الغاية و النتيجة.

(٢) و ظاهر المصنف و المحقق النائيني (رحمه الله) انه في موارد شرط النتيجة يكون المشروط هو اعتبار الشارع، و عليه قسما الشرط الى أقسام ثلاثة: شرط الوصف، شرط الغاية و النتيجة شرط الفعل.

و لكن الظاهر أن متعلق الشرط فيها هو الاعتبار النفساني للمتعاقدين الذي هو تحت اختيارهما دون الاعتبار الشرعي الخارج عن تحت قدرتهما، و عليه ففي تلك الموارد أيضا يكون من قبيل شرط الفعل، غاية الأمر يكون الفعل المشروط قسمين: أحدهما: ما هو من قبيل الاعتبار النفساني الذي يوجد بنفس الشرط و الالتزام، ثانيهما: ما لا يوجد به كالخياطة.

حكم شرط الوصف

و كيف كان فالكلام في موارد:

الأول: ما إذا كان الشرط متعلقا بصفة من الصفات.

و الكلام فيه يقع في جهتين:

الاولى: في بيان مراد المصنف، و أنه هل يكون ملتزما بفساد شرط الوصف أو

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٨٨

إذ لا يعقل تحصيله هنا، فلا معنى لوجوب الوفاء فيه و عموم المؤمنون مختص بغير هذا القسم. (١)

صحته؟ لا يبعد القول بأنه ملتزم بعدم صحته من جهة قوله:

(١) فلا- معنى لوجوب الوفاء فيه. و عموم: المؤمنون مختص بغير هذا القسم فإنه استدلال بطلان شرط النتيجة بمثل ذلك، و حكمه بالخيار لعله من جهة إرجاع شرط الوصف الى التوصيف، و الخيار من باب تخلف الوصف لا تخلف الشرط، و قد صرح المصنف (رحمه الله) في مسألة اشتراط المقدورية برجوع شرط الوصف الى التوصيف.

الثانية: في بيان ما هو الحق،

و قد استدلال بطلان شرط الوصف بوجوه:

الأول: عدم المعقولية، فإن الوصف إما حاصل أولا، و على التقديرين لا معنى لالتزامه.

و ما أفاده السيد الفقيه من أن الالتزام بالوصف الحالي و إن كان لا يعقل حقيقة عقلية إلا أن الالتزام العرفي يمكن تعقله و تحققه، فإننا نراهم يلتزمون بأمثال ذلك، فيقولون على عهدتي أن يفعل فلان كذا. أو أن يكون البيع متصفا بكذا غريب، فإن ذلك من العرف إنما هو في مقام الأخبار، و تثبت ما أخبر عنه، و لا دخل له بما هو من قبيل الانشاء.

و فيه: أن الشرط لا يكون منحصرا في الالتزام و الالتزام، بل قد يكون تقييدا محضا لا للبيع، بل للالتزام بالمعاملة، و من الواضح معقولية تعليق الالتزام بالمعاملة على ما هو خارج عن تحت القدرة و الاختيار.

الثاني: أن الالتزام بالوصف إن كان معقولا لا معنى لصحته، إذ لا يتحقق شيء به،

و لا يترتب عمل حتى يكون صحته بمعنى تأثيره فيه، و الخيار حكم الشرط الصحيح لا أنه مصحح للشرط.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٨٩

و أما الثالث: فإن اريد باشتراط الغاية اعنى الملكية و الزوجية و نحوهما اشتراط تحصيلهما باسبابهما الشرعية فيرجع الى الثاني و هو

اشتراط الفعل و ان أريد حصول الغاية بنفس الاشتراط، فإن دل الدليل الشرعى على عدم تحقق تلك الغاية ٢ الا 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 انه لو دل الدليل على كفاية الشرط فيه ولاك، كاله، و الوصاية، و كون مال العبد، و حمل الجارية و ثمر الشجرة ملكا للمشتري، فلا اشكال. و أما لو لم يدل دليل على احد الوجهين، كما لو شرط فى البيع كون مال خاص غير تابع لأحد العوضين، كالمثله المذكورة ملكا لأحدهما أو صدقة أو كون العبد الفلانى حرا و نحو ذلك.

و فيه انه إذا كان الالتزام بالوصف صحيحا كان معناه تعليق الالتزام بالبيع عليه، و مع عدمه لا يكون ملزما بالوفاء بالعقد، و لو كان موجودا يكون ملزما به، و هذا هو الأثر المهم. الثالث: أن شرط الوصف حيث أنه لا يقدر على تحصيله لا معنى لوجوب الوفاء به، فعموم المسلمون عند شروطهم «١» لا يشملهم.

و فيه: أنه و إن تقدم فى الجزء الثالث فى مبحث المعاطاة: ان مفاد: المسلمون عند شروطهم: وجوب العمل بالشرط تكليفا، و لا يكون ذلك متكفلا لحكم وضعى من الصحة و اللزوم، و عليه فلا يشمل شرط الوصف إلا أنه لا ينحصر الدليل بذلك و مقتضى قوله (صلى الله عليه و آله): الشرط جائز بين المسلمين «٢» أى نافذ صحة هذا الشرط، فالأظهر صحته و نفوذه.

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

(٢) الخلاف ج ٢ ص ٨ كتاب البيوع بيع الشرط.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٢٩٠

ففى صحة هذا الشرط اشكال (١) من اصالة عدم تحقق تلك الغاية. الا بما علم كونه سببا لها و عموم المؤمنون عند شروطهم، (٢) و نحوه لا يجرى هنا، لعدم كون الشرط فعلا ليجب الوفاء به، و من ان الوفاء لا يختص بفعل ما شرط بل يشمل ترتيب الآثار عليه، نظير الوفاء بالعهد، و يشهد له تمسك الامام (عليه السلام) بهذا العموم فى موارد كلها من هذا القبيل، كعدم الخيار للمكاتبه التى اعانها ولد زوجها على اداء مال الكتابة مشروطا عليها عدم الخيار على زوجها بعد الانعتاق،

حكم شرط النتيجة

المورد الثانى فى شرط الغاية و النتيجة.

(١) قال المصنف ففى صحة هذا الشرط اشكال و محل الكلام فى هذا المقام: هو اشتراط الغاية و النتيجة بالمعنى المتقدم المعقول، و هو اشتراط اعتبار الشارط لا الشارع لاعن أسبابها و مبرزاتها الخاصة، بل بنفس الاشتراط، و عليه فإن علم كون غاية خاصة لا يعتبر فيها لفظ مخصوص و سبب خاص لا إشكال فى صحة الشرط و نفوذه، لا.

(٢) لقوله (عليه السلام): المسلمون عند شروطهم، «١»

لما عرفت من كونه متضمنا لبيان حكم تكليفى و الشرط فى الفرض ليس فعلا يترقب كى يجب الوفاء به، بل لقوله (عليه السلام): الشرط جائز بين المسلمين. «٢» و الأدلة الخاصة الدالة على أن الشرط الذى لا يخالف كتاب الله يجوز على المشترط و إن علم أنه يعتبر فيها سبب خاص و ليس الشرط منه - لا كلام فى فساده، لكونه خلاف الكتاب و السنة.

و أما إن لم يدل دليل على أحد الوجهين، فإن بنينا على جريان أصالة عدم المخالفة يحكم بالصحة و النفوذ، لأن أدلة نفوذ الشرط دلت على نفوذ كل شرط و صحته خرج عنها الشرط المخالف للكتاب، فلو شك في شرط أنه مخالف أم لا إذا جرى هذا الأصل يدخل ذلك في المستثنى منه، و تشمله أدلة النفوذ، و على ذلك فإشكال المصنف (رحمه الله) في صحة هذا الشرط مع بنائه على جريان الأصل المشار إليه لا وجه له

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

(٢) الخلاف ج ٢ ص ٨ كتاب البيوع، بيع الشرط.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٩١

...

و إن بنينا على عدم جريانه فحيث إنه يشك في كون الشرط مخالفا للكتاب، فالتمسك بعموم دليل نفوذ الشرط تمسك بالعام في الشبهة المصدقية فلا يجوز، فيرجع الى أصالة عدم تحقق تلك الغاية. و للسيد الفقيه و المحقق النائيني (رحمه الله) كلام في المقام، و هو - أن الشك في كون شرط مخالفا للكتاب من قبيل الشبهة الحكمية بحسب الغالب دون المصدقية.

و محصل ما أفاده المحقق النائيني (رحمه الله) أن الشك في كون شرط كذلك و إن كان قد يتفق من جهة الشبهة المصدقية، كما لو شك في أن من يشترط ملكية المصحف له كافرا إلا أن الغالب كون منشأ الشك: الشك في الحكم الشرعي، و أن الحكم الفلاني هل يكون مجعولا في الشريعة حتى يكون اشتراط خلافه مخالفا للكتاب أم لا؟ أو أن السبب لهذا الأمر الاعتباري هل هو شيء خاص أم كل ما يكون مبرزا له؟ فتكون الشبهة حكمية أو مفهومية لا مصداقية؟ و لا مانع من التمسك بالعموم في تلك الموارد.

ثم أورد على نفسه: بأن العام حيث خصص بالمخصص المتصل بإجمال المخصص يسرى الى العام، فلا يتمسك به و أجاب عنه: بأن هناك عمومات لم تخصص، و واضح أن إجمال ما اتصل به المخصص لا يسرى الى ما لم يتصل به.

و فيه: ان الميزان في كون الشبهة مصداقية لا يتمسك فيها بالعموم، أو حكمية يتمسك فيها به الى ملاحظة المشكوك فيه بالإضافة الى العام، فإذا كان الشك من جهة حكمية و لكن بالإضافة الى العام الذي يتمسك به مصداقية لا يجوز التمسك به،

و المقام من هذا القبيل، فإن الشك في الحكم الفلاني أو أن الغاية المخصوصة هل جعل لها سبب خاص أم لا؟ و إن كان حكما إلا أن ذلك بالإضافة الى عموم دليل الشرط مصداقية

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٩٢

مضافا الى كفاية دليل الوفاء بالعقود في ذلك بعد صيرورة الشرط جزء للعقد (١) و أما توقف الملك و شبهه على اسباب خاصة، فهي دعوى غير مسموعة مع وجود افراد اتفق على صحتها، كما في حمل الجارية و مال العبد و غيرهما. و دعوى تسويغ ذلك لكونها توابع للمبيع مدفوعة، لعدم صلاحية ذلك للفرق (٢)

فإن المخالف للكتاب مفهومه مبين، و حكمه واضح لا شك في شيء منهما، و الشك إنما يكون مصداقيا من هذه الجهة، فالتمسك بعموم دليل نفوذ الشرط تمسك بالعام في الشبهة المصدقية فلا يجوز،

و لكن حيث عرفت أنه تجري أصالة عدم المخالفة، ففي مورد الشك يرجع الى عموم دليل نفوذ الشرط.

و يشهد لصحة هذا الشرط و تمامية الاستدلال بالعموم: ما تضمن عدم الخيار للمكاتبه التي أعانها ولد زوجها على أداء مال الكتابة مشترطا عليها عدم الخيار على زوجها بعد الانعتاق، مستشهدا بهذا العموم.

(١) وقد استدلت لصحة هذا الشرط بدليل الوفاء بالعقود و فيه: أن الشرط ليس جزء للعقد، بل هو التزام في التزام.

و لكن مع تسليم المبني لا يرد عليه ما ذكره المحقق الايرواني (رحمه الله) بقوله:

إذا كان دليل المؤمنون مختصا بشرط الفعل كان دليل أوفوا أولى بالاختصاص،

لصراحته في التكليف الموجب للاختصاص،

فإن دليل المؤمنون، بما ان مضمونه عدم انفكاك المؤمن عن شرطه لا عدم انفكاك الشرط عن المؤمن و هذا ليس صفة في الشرط، بل صفة في المؤمن لا محالة، يكون ظاهرا في كونه متضمنا لحكم تكليفي بخلاف آية الوفاء.

نعم يرد عليه إيراد آخر و هو: ما ذكرناه في مبحث المعاطاة من أنه لو كان الامر بالوفاء إرشاديا يكون إرشادا الى اللزوم لا- إلى الصحة، فراجع.

(٢) قوله مدفوعه لعدم صلاحية ذلك للفرق لا كلام في ان التابع ان كان تابعا بنفسه كالزوائد المتصلة في الحيوان مثل صوفه و وبره يملك بتبع العين و لو لم يشترط بل و لو لم يلتفت إليه حين العقد- كما انه لو صار تابعا بالاشتراط يصير من لو احق المتبوع و يملك يتبعه كما في الدابة و حملها

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٩٣

مع انه يظهر من بعضهم جواز اشتراط ملك حمل دابة في بيع اخرى، كما يظهر من المحقق الثاني في شرح عبارة القواعد في شرائط العوضين و كل مجهول مقصود بالبيع لا يصح بيعه، و ان انضم الى معلوم. و كيف كان، فالاقوى صحة اشتراط الغايات التي لم يعلم من الشارع اناطتها بأسباب خاصة، كما يصح نذر مثل هذه الغايات (١) بان ينذر كون المال صدقة أو الشاة اضحية أو كون هذا المال لزيد.

و حينئذ فالظاهر عدم الخلاف في وجوب الوفاء بها بمعنى ترتب الآثار، و انما الخلاف و الاشكال في القسم الثاني و هو ما تعلق فيه الاشتراط بفعل. (٢)

و الكلام فيه يقع في مسائل:

الاولى: في وجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعي (٣) ظاهر المشهور هو

و هذا لا ينافي توقف حصول الملكية على سبب خاص إذا لمعاوضة حقيقة و انشاء بين المتبوع و عوضه فما افاده المصنف (رحمه الله) غير تام.

(١) قوله كما يصح نذر مثل هذه الغايات لا يخفى ان من استشكل في شرط النتيجة كصاحب الجواهر (رحمه الله) استشكل في نذر النتيجة ايضا اللهم الا ان يقال ان هذا ايراد عليه بلحاظ ما عن سيد المدارك من اسناد صحة هذا النذر الى قطع الاصحاب.

وجوب الوفاء بالشرط

(٢) المورد الثالث: في شرط الفعل، و الكلام فيه في طي مسائل:

(٣) الاولى: ظاهر المشهور وجوب الوفاء من حيث التكليف و ظاهر الشهيد في اللمعة عدم وجوب الوفاء.

لا يخفى أن نزاع الشهيد و غيره حيث حكم الشهيد بعدم وجوب الوفاء به تكليفا،

و أن أثره في شرط الفعل خصوص الخيار و قلب اللازم جائزا، و حكم غيره بوجوب الوفاء

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٩٤

...

إنما هو النزاع في أن الشرط هل هو التعليق كما عليه الشهيد، أو الالتزام كما عليه غيره؟

فالأولى صرف عنان الكلام الى ذلك،

ثم الكلام في الدليل على وجوب الوفاء.

أما المقام الأول، فمحصل ما أفاده الشهيد (رحمه الله) أن العقد له إطلاقان: أحدهما من حيث فعلية الصحة، الثاني من حيث اللزوم.

وبعبارة أخرى: أن العقد بالتحليل منحل الى الالتزام بالملكية مثلا، و الالتزام بعدم رفع اليد عنه و الوفاء بالالتزام الأول.

و الشاهد عليه: أن بعض القيود لا معنى لرجوعه الى العقد بالإطلاق الأول كما لا معنى لكونه قيذا لأحد العوضين كشرط الخيار، فإنه لا يعقل إلا أن يكون قيذا للعقد بالإطلاق الثاني، إذ لا خيار إلا في فرض الصحة و الملكية، و الشرط إن جعل قيذا للعقد بالإطلاق الأول بطل العقد، و لكن المجعول في باب الشرط هو كونه قيذا له بالإطلاق الثاني، أي الالتزام بالوفاء بالعقد.

و عليه فإن كان المشروط من قبيل الغايات يحصل بمجرد الاشتراط، و يلزم بلزوم العقد، و إن كان من قبيل الأفعال فلا محالة يتوقف لزوم العقد عليه، و هذا معنى جعل العقد عرضة للزوال، و هذا يختص بخصوص شرط الفعل و هو واضح.

و بهذا البيان اندفع جميع ما أورده المصنف (رحمه الله) عليه التي مبناها تعليق أصل العقد على المشروط.

و لكن الذي يرد على الشهيد (رحمه الله) أنه و إن كان حقيقة الشرط قائمة بالتعليق و بدونه لا يصدق عليه الشرط، إذ مجرد كون الالتزام الشرطي في ضمن الالتزام البيعي بلا ربط لأحدهما بالآخر لا يوجب صدق عنوان الشرط، فلا بد و أن يكون العقد مرتباً به، فالتعليق مأخوذ في حقيقة الشرط،

إلا أن المتعارف بين الناس في موارد اشتراط الفعل للالتزام بالفعل أيضاً، بل ربما يكون هو المقصد الأصلي، و على أي تقدير ما أفاده لا يصلح دليلاً على عدم وجوب الوفاء

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٩٥

الوجوب لظاهر النبوي: المؤمنون عند شروطهم (١) و العلوي من شرط لامراته شرطا فليف لها به، فإن المسلمين عند شروطهم (٢) الا شرطا حرم حلالا- أو حلال حراما و يؤكد الوجوب ما ارسل في بعض لكتب من زيادة قوله الا من عصى الله (٣) في النبوي بناء على كون الاستثناء من المشروط عليه لا من الشارط،

و لا ينافي معه، كي يعارض الأدلة التي ستمر عليك.

(١) و أما المقام الثاني فيشهد بوجوب الوفاء: قوله (صلى الله عليه و آله): المؤمنون عند شروطهم «١».

و تقريب دلالة على الحكم التكليفي: أن ظاهر كون المؤمن عند شرطه ملازمته إياه و قيامه بمقتضاه، و الأخبار بالتحقق يناسب إرادته و البعث نحوه، و حيث إنه متضمن لكون المؤمن عند شرطه لا عدم انفكاك الشرط عن المؤمن فلا يناسب ذلك الوضع، بل يناسب التكليف كما مر تحقيقه في مبحث المعاطاة.

و أما تقريب دلالة على الوجوب دون الندب فبأمور:

الأول: ما حقق في محله من أن دلالة الجملة الخبرية على الوجوب أقوى من دلالة الأمر عليه.

(٢) الثاني: انه استدلل بمثله على الامر بالوفاء لاحظ: العلوي: من شرط لامراته شرطا فليف لها به، فإن المسلمين عند شروطهم. «٢» و نحوه غيره:

الثالث: جعل المؤمن موضوعا: فإن مفهوم القضية أن من لا يفى بشرطه لا يكون مؤمنا ولا يكون كذلك إلا بكونه عاصيا وخارجا عما هو وظيفة المؤمن.

(٣) الرابع: ما فى بعض الروايات من زيادة قول: الا من عصى الله فانه استثناء من المشروط عليه قطعاً، لكونه استثناء ممن يجب عليه الوفاء والقيام بالشرط وهو المشروط عليه

(١) الخلاف ج ٢ ص ٨.

(٢) الوسائل - باب ٤٠ - من ابواب المهور كتاب النكاح.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٩٦

هذا كله مضافا الى عموم وجوب الوفاء بالعقد (١) بعد كون الشرط كالجاء من ركن العقد خلافا لظاهر الشهيد فى اللمعة، وربما ينسب الى غيره حيث قال انه لا يجب على المشروط عليه فعل الشرط، وإنما فائدته جعل العقد عرضة للزوال، ووجهه مع ضعفه يظهر مما ذكره قدس سره فى تفصيله المحكى فى الروضة عنه (قدس سره)

دون الشارط، وظاهر العصيان هو المخالفة للتكليف، واحتمال إرادة المعصية بنفس الالتزام فيكون مساوقاً لأخبار استثناء ما خالف الكتاب متوقف على حرمة الالتزام بالمعصية، وبخلاف حكم الله، ولا دليل عليه.

وقد استدلل لعدم دلالة على الوجوب، بل دلالة على الندب بوجهين:

الأول: ما افاده جمع وهو: أن تعليق الوفاء على الايمان دليل الفضل والندب، بل عن المحقق الايروانى (رحمه الله) أن ذلك كاشف عن عدم صوغ القضية فى إنشاء الحكم وإلا فأى اختصاص للمؤمن فى ذلك فتحمل القضية على ظاهرها وهو الأخبار. وفيه: ما عرفت من أن مفهومه أن من لا يفى بشرطه غير مؤمن، وهذه المبالغة تناسب وجوب الوفاء كما لا يخفى.

الثانى: أن الحمل على الوجوب مستلزم للتخصيص الكثير، لعدم وجوب الوفاء بالشروط الفاقدة لأحد شروطها الثمانية، ولعدم وجوب الوفاء بالشروط المذكورة فى العقود الجائزة بالذات، أو لكونها خيارية.

وفيه: أن الشرط الفاسد خارج عن تحت ذلك الدليل على جميع التقادير، والشرط فى ضمن العقد الجائز يجب الوفاء به، و جواز العقد لا ينافى وجوبه كما تقدم غير مرة،

فالأظهر وجوب الوفاء.

(١) قوله مضافا الى عموم وجوب الوفاء بالعقد قد مر عدم صحة الاستدلال به على ذلك فان الشرط ليس جزء لأحد العوضين وبما حققناه يظهر ما فى ساير كلمات المصنف (رحمه الله) فى المقام.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٩٧

فى بعض تحقيقاته، وهو ان الشرط الواقع فى العقد اللازم ان كان العقد كافيا فى تحققه، ولا يحتاج بعده الى صيغته، فهو لازم لا يجوز الاختلال به كشرط الوكالة وان احتاج بعده الى امر آخر وراء ذكره فى العقد كشرط العتق فليس بلازم، بل يقبل العقد اللازم جائزا وجعل السرفيه ان اشتراط ما العقد كاف فى تحققه كجزء من الايجاب والقبول فهو تابع لهما فى اللزوم والجواز واشترط ما سيوجد امر منفصل عن العقد وقد علق عليه العقد والمعلق على الممكن وهو معنى قلب اللازم جائزا،

انتهى.

قال فى الروضة بعد حكاية هذا الكلام: والاقوى اللزوم مطلقاً، وان كان تفصيله اجود مما اختاره هنا.

اقول ما ذكره (قدس سره) في بعض تحقیقاته لا- يحسن عده تفصيلا في محل الكلام مقابلا لما اختاره في اللمعة، لأن الكلام في اشتراط فعل سائح، وانه هل يصير واجبا على المشروط عليه ام لا، كما ذكره الشهيد في المتن، فمثل اشتراط كونه وكيلا ليس الا كاشتراط ثبوت الخيار أو عدم ثبوته له، فلا- يقال انه يجب فعله أو لا- يجب. نعم وجوب الوفاء بمعنى ترتيب آثار ذلك الشرط المتحقق بنفس العقد مما لا خلاف فيه،

إذ لم يقل أحد بعدم ثبوت الخيار أو آثار اللزوم بعد اشتراطهما في العقد أى ثبوت الخيار و عدم ثبوته.

و بالجملة، فالكلام هنا في اشتراط فعل يوجد بعد العقد. نعم، كلام الشهيد في اللمعة اعم منه و من كل شرط لم يسلم لمشرطه، 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 ان المشروط عليه يجبر على ترتيب الآثار، و ان شئت قلت: اشتراط الوكالة من اشتراط الغايات لا المبادئ.

و مما ذكرنا يظهر ان تأييد القول المشهور أو الاستدلال عليه بما في الغنية من الاجماع على لزوم الوفاء بالعقد غير صحيح، لانه انما ذكر ذلك في مسألة اشتراط الخيار.

و قد عرفت خروج مثل ذلك عن محل الكلام. نعم، في التذكرة لو اشترى عبدا بشرط ان يعتقه المشتري صح البيع و لزم الشرط عند علمائنا اجمع، ثم ان ما

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٩٨

ذكره الشهيد (قدس سره) من ان اشتراط ما سيوجد امر منفصل، و قد علق عليه العقد الخ لا يخلو عن نظر، إذ حاصله ان الشرط قد علق عليه العقد في الحقيقة، و ان كان لا تعليق صورة، فحاصل قوله بعتك هذا العبد على ان تعتقه، ان الالتزام بهذه المعاوضة معلق على التزامك بالعتق، فإذا لم يلتزم بالاعتاق لم يجب على المشروط له الالتزام بالمعاوضة.

و فيه مع ان المعروف بينهم ان الشرط بمنزلة الجزء من احد العوضين، و ان القاعدة اللفظية في العقد المشروط لا يقتضى هذا المعنى ايضا، ان رجوعه الى التعليق على المحتمل يوجب عدم الجزم المفسد للعقد و ان لم يكن في صورة التعليق ان لازم هذا الكلام اعنى دعوى تعليق العقد على الممكن ارتفاعه من رأس عند فقد الشرط لا انقلابه جائزا.

الثانية: في انه لو قلنا بوجوب الوفاء به من حيث التكليف الشرعى، فهل يجبر عليه لو امتنع؟ (١) ظاهر جماعة ذلك.

و ظاهر التحرير خلافه، قال في باب الشروط: ان الشرط ان تعلق بمصلحة المتعاقدين، كالاجل 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 اعتقه المشتري و إلا ففي اجباره و جهان: اقربهما عدم الاجبار، انتهى.

في جواز الإيجاب و عدمه

(١) الثانية: في انه لو قلنا بوجوب الوفاء به من حيث التكليف الشرعى فهل يجبر عليه لو امتنع؟ فيه أقوال أربعة:

الأول: جواز الإيجاب.

الثاني: عدمه.

الثالث: التفصيل بينما كان حقا للبائع فلا يجوز الإيجاب و بين ما كان حقا لغيره فيجوز كما يظهر من الصيمرى.

الرابع: ما يظهر من العلامة، و هو: الفرق بين ما يكون من متعلقات المعاملة كالرهن و الكفيل و تعجيل الثمن فيجوز الإيجاب، و بين ما

يكون أجنبيا عنها كاشتراط العتق فلا يجوز

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٢٩٩

وقال في الدروس يجوز اشتراط سائغ في العقد، فيلزم الشرط في طرف المشتري عليه، فإن اخل به فللمشتري الفسخ، و هل يملك اجباره عليه فيه نظر، انتهى.

ولا معنى للزوم الشرط الا وجوب الوفاء به، وقال في التذكرة في فروع مسألة العبد المشتري عتقه: إذا اعتقه المشتري فقد وفى بما وجب عليه - الى ان قال:

وان امتنع أجبر عليه، إن قلنا إنه حق لله تعالى، وإن قلنا إنه حق للبائع لم يجبر، كما في شرط الرهن والكفيل، لكن يتخير البائع في الفسخ لعدم سلامة ما شرط، ثم ذكر للشافعي وجهين في الإيجاب وعدمه. إلى أن قال: والأولى عندى الإيجاب في شرط الرهن والكفيل لو امتنع، كما لو شرط تسليم الثمن معجلا فأهمل، انتهى.

ويمكن ان يستظهر هذا القول: اعنى الوجوب تكليفا مع عدم جواز الاجبار من كل من استدل على صحة الشرط بعموم المؤمنون، مع قوله بعدم وجوب الاجبار، كالشيخ في المبسوط، حيث استدل على صحة اشتراط عتق العبد المبيع بقوله (عليه السلام) المؤمنون عند شروطهم، ثم ذكر ان في اجباره على الاعتاق لو امتنع قولين: الوجوب لأن عتقه قد استحق بالشرط، وعدم الوجوب وإنما يجعل «يحصّل» له الخيار، ثم قال: والاقوى هو الثانى، انتهى.

فإن ظهور النبوى في الوجوب من حيث نفسه، ومن جهة القرائن المتصلة والمنفصلة مما لا مساغ لإنكاره. بل الاستدلال به على صحة الشرط عند الشيخ ومن تبعه في عدم افساد الشرط الفاسد يتوقف ظاهرا على ارادة الوجوب منه، إذ لا تنافى بين استحباب الوفاء بالشرط و فساده، فلا يدل استحباب الوفاء بالعتق المشروط في البيع على صحته.

ثم ان الصيمرى في غاية المرام قال: لا-خلاف بين علمائنا في جواز اشتراط العتق لأنه غير مخالف للكتاب والسنة، فيجب الوفاء به، قال: و هل يكون حقا لله تعالى أو للعبد، أو للبائع؟ يحتمل الاول. الى ان قال: ويحتمل الثالث وهو مذهب العلامة في القواعد والتحرير، لأنه استقرب فيهما عدم إجبار المشتري على العتق،

وهو يدل على انه حق للبائع، وعلى القول بأنه حق لله يكون المطالبة للحاكم ويجبره مع الامتناع ولا يسقط باسقاط البائع

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٠٠

وعلى القول بكونه للبائع بكون المطالبة له ويسقط باسقاطه، ولا يجبر المشتري، ومع الامتناع يتخير المشتري بين الامضاء والفسخ، وعلى القول بأنه للعبد يكون هو المطالب بالعتق، ومع الامتناع يرافعه الى الحاكم ليجبره على ذلك، وكسبه قبل العتق للمشتري على جميع التقادير، انتهى.

وظاهر استكشافه مذهب العلامة قدس سره عن حكمه بعد ما لاجبار: ان كل شرط يكون حقا مختصا للمشتري لا كلام ولا خلاف في عدم الاجبار عليه، وهو ظاهر اول الكلام السابق في التذكرة، لكن قد عرفت قوله اخيرا والاولى ان له اجباره عليه وان قلنا انه حق للبائع، وما بعد ما بين ما ذكره الصيمرى وما ذكره في جامع المقاصد والمسالك من انه إذا قلنا بوجوب الوفاء فلا كلام في ثبوت الاجبار حيث قال: واعلم ان في اجبار المشتري على الاعتاق وجهين احدهما العدم، لأن للبائع طريقا آخر للتخلص وهو الفسخ. والثانى له ذلك، لظاهر قوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) والمؤمنون عند شروطهم إلا من عصى الله وهو الأوجه، انتهى.

وفي المسالك جعل احد القولين ثبوت الخيار وعدم وجوب الوفاء مستدلا له بأصالة عدم وجوب الوفاء، والقول الآخر وجوب الوفاء بالشرط، واستدل له بعموم الأمر بالوفاء بالعقد (و المؤمنون عند شروطهم إلا من عصى الله)، و ظاهره وحدة الخلاف في مسألتى وجوب الوفاء والتسلط على الاجبار. كما ان ظاهر الصيمرى الاتفاق على وجوب الوفاء، بل وعلى عدم الاجبار فيما كان حقا مختصا

للبنائع، و الأظهر فى كلمات الاصحاب وجود الخلاف فى المسألتين، و كيف كان، فالاقوى ما اختاره جماعة من ان للمشروط له اجبار المشروط عليه لعموم وجوب الوفاء بالعقد و الشرط، (١)

و محل الكلام إنما هو الإيجاب المالكى لا الإيجاب من ناحية وجوب الأمر بالمعروف.

(١) و قد استدلل لوجوب الاجبار فى المتن: بما دل على وجوب الوفاء بالعقد و الشرط، بتقريب: أنه كما يكون مقتضى العقد ملكية كل من المتبايعين لما انتقل من منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٠١

فإن العمل بالشرط ليس الا كتسليم العوضين، فإن المشروط له قد ملك الشرط على المشروط عليه بمقتضى العقد المقرون بالشرط، فيجبر على تسليمه. و ما فى جامع المقاصد من توجيه عدم الاجبار

الآخر إليه فيكون مالكا فيجبر طرفه على تسليمه، كذلك يكون المشروط له مالكا. على المشروط عليه بمقتضى العقد المقرون بالشرط فيجبر على تسليمه.

و الظاهر أن هذا مراده (قدس سره) لاما افيد من أن مقتضى وجوب الوفاء لزوم التسليم و العمل، فيجبر لو امتنع الموهوم وحدة الخلاف فى المسألتين، فإنه (قدس سره) قد فر من ذلك آنفا.

و فيه: أن آية الوفاء بالعقد «١» لا تدل على نفوذ الشرط، و لزوم العمل، به، فضلا عن كون العمل ملكا للمشروط له، و دليل الوفاء بالشرط قد مر أنه يدل على الحكم التكليفى لا الملكية.

فالحق- أن يقال: إن جواز الإيجاب مبنى على استفادة الاستحقاق من أدلة الشروط و عدمها، إذ بناء على الاستحقاق يجوز الإيجاب لكونه ممتنعا عما يستحقه الغير،

و بناء على التكليف المحض لا يجوز، من غير فرق على التقديرين بين القول بوجوب الوفاء و عدمه. و يمكن الاستدلال للاستحقاق بوجوه:

منها: أن المستفاد من الأدلة و المقطوع به بين الأصحاب جواز إسقاطه، و الحكم لا يقبل الأسقاط.

و منها: قوله (عليه السلام) المتقدم: من شرط لامرأته شرطا فليف لها به، «٢» فإن ظاهر الكلام الاختصاص الملكى و الحقى. و منها: بناء العقلاء على ذلك، و عليه فيجوز الإيجاب.

(١) المائدة: ٢.

(٢) الوسائل- باب ٦- من ابواب الخيار حديث ٥.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٠٢

بأن له طريقا الى التخلص بالفسخ (١) ضعيف فى الغاية، فإن الخيار انما شرع بعد تعذر الاجبار دفعا للضرر.

و قد يتوهم ان ظاهر الشرط هو فعل الشئ اختيارا، فإذا امتنع المشروط عليه فقد تعذر الشرط و صدور الفعل منه كرها غير ما اشترط عليه، فلا ينعف فى الوفاء بالشرط. (٢)

و يندفع بأن المشروط هو نفس الفعل مع قطع النظر عن الاختيار و الاجبار،

و إنما يعرض له من حيث انه فعل واجب عليه، فإذا اجبر فقد اجبر على نفس الواجب. نعم لو صرح باشتراط صدور الفعل عنه اختيارا و عن رضا منه لم ينعف اجباره فى حصول الشرط.

و قد استدل لعدم الجواز بوجهين:

(١) الاول: ما عن جامع المقاصد من ان له طريقا الى التخلص بالفسخ وفيه: أن مقتضى هذا الوجه لو تم عدم تعيين الإيجاب، و الكلام إنما هو في جوازه مع أنه لا يتم، فإن الخيار شرع بعد تعذر الإيجاب كما سيأتي.

(٢) الثاني: ان الشرط هو الاتيان بالعمل من عند نفسه فالفعل الحاصل بسبب الإيجاب ليس عملا بالشرط، فالشرط غير قابل لأن يجبر عليه.

وفيه: أنه لا ريب في كونه هو الإتيان باختياره أما لاعتن كرهه فهو لا نظر له إليه.

و قد استدل للثالث: بأن البائع يمكنه الفسخ استدراكا لحقه بخلاف غيره، إذ لا طريق له إلا الإيجاب.

و قد ظهر اندفاعه مما ذكرناه في رد ما عن جامع المقاصد آنفا.

و استدل للرابع: بأن ما هو من متعلقات المعاملة يكون بمنزلة العوضين في جواز الإيجاب على تسليمه بخلاف غيره.

و قد ظهر جوابه مما ذكرناه فالأظهر جواز الإيجاب.

ثبوت الخيار مع عدم تعذر الإيجاب

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٠٣

الثالثة: في انه هل للمشروط له الفسخ مع التمكن من الاجبار، (١) فيكون مخيرا بينهما ام لا يجوز له الفسخ الا مع تعذر الاجبار: ظاهر الروضة و غير واحد هو الثاني، و صريح موضع من التذكرة هو الأول، قال: لو باعه شيئا بشرط ان يبيعه آخر أو يقرضه بعد شهر أو في الحال لزمه الوفاء بالشرط، فإن اخل به لم يبطل البيع لكن يتخير المشتري بين فسخه للبيع و بين الزامه بما شرط، انتهى.

(١) الثالثة: في انه هل للمشروط له الفسخ مع التمكن من الاجبار ام لا؟

و اعترض المحقق النائيني (رحمه الله) على المصنف الذي عنون هذه المسألة بأنها بعينها هي المسألة السابقة باختلاف يسير و تفاوت في العبارة قال: لعله سهو من قلمه.

وفيه: أن الكلام في المسألة السابقة كان في جواز الإيجاب و عدمه، و في هذه المسألة إنما يكون في تقدمه على الفسخ و عدمه، فالفرق بين المسألتين واضح.

و أورد المحقق الايرواني (رحمه الله) عليه: بأن عنوان هذه المسألة عجيب، فإن عدم تعقل اجتماع حق الإيجاب و الخيار بمكان من الوضوح، فإن الإيجاب في موضوع عموم الشرط و شموله لما يصدر جبرا، فلا يكون تخلف مهما أمكن الفرد الإجباري منه، و موضوع الخيار صورة تعذر الشرط بجميع أفرادها، و أنى يجتمع هذان الأمران.

وفيه: أن موضوع الخيار ليس صورة تعذر الشرط خاصة، بل امتناع من عليه الشرط عن العمل به، فإن المجعول هو الشرط من حيث هو، و إنما يجبر عليه في المرتبة اللاحقة و هي الامتناع عن العمل به، فالامتناع موضوع للحكيمين،

و كيف كان ففي المسألة قولان:

أحدهما: أن له ذلك مع التمكن من الإيجاب.

و الآخر: أنه ليس له ذلك.

و قد استدل للثاني بوجهين:

الأول: أن هذا الخيار على خلاف القاعدة، و دليله حديث الضرر و هو لا- يجرى إلا مع تعذر الإيجاب، إذ لا ضرر مع التمكن من

الإجبار، فلا خيار، و على هذا حمل كلام المصنف (رحمه الله)

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٠٤

و لا نعرف مستندا للخيار مع التمكن من الاجبار لما عرفت من ان مقتضى العقد المشروط هو العمل على طبق الشرط اختياراً أو قهراً
الا أن يقال: ان العمل بالشرط لازم على المشروط عليه يجبر عليه إذ ابني المشروط له على الوفاء بالعقد.

و يرد عليه:

مضافا الى ما عرفت من ان حديث الضرر لا يصلح دليلا للخيار في مورد من الموارد،

و إلى أن الدليل لا ينحصر به كما سيمر عليك انه يمكن أن يقال: إن جواز الإجبار لا يوجب رفع الضرر، بل الرفع هو الإجبار نفسه،
و عليه فلزوم البيع مع امتناع المشروط عليه من العمل بالشرط ضررى يرفعه الحديث، و ليس المرفوع خصوص حكم ضررى لا يتمكن
من رفعه.

الثاني: أن المتيقن من الإجماع الصورة المذكورة.

وفيه: أن المدرك ليس هو الإجماع.

والحق أن يقال: إن الشرط و إن كان التزاما إلا أن قوامه بتقيد العقد به، و ليس التزاما مستقلا،

و معنى تقيد العقد به ما تقدم من تعليق الالتزام بالوفاء بالعقد على تحقق الشرط،

فبامتناعه عنه يتحقق شرط الخيار فيثبت،

فالأظهر ثبوت الخيار مع التمكن من الاجبار.

و استدل السيد (قدس سره) لذلك بخبر أبي الجارود- المنجبر ضعفه بالشهرة- عن أبي جعفر (عليه السلام): إن بعث رجلا على شرط
فإن أتاك بمالك و إلا فالبيع لك. «١» بتقريب أن المراد من مالك مالك من الشرط، و من قول (عليه السلام): و إلا فالبيع لك،
كون أمره بيدك.

وفيه: أن ما علق عليه الخيار هو الإتيان بالشرط و هو أعم من الاختياري و الاجباري.

(١) الوسائل - باب ٧- من ابواب الخيار حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٠٥

و أما إذا اراد الفسخ لامتناع المشروط عليه عن الوفاء بالعقد على الوجه الذى وقع عليه، فله ذلك، فيكون ذلك بمنزلة تقابل من
الطرفين عن تراض منهما، (١) و هذا الكلام لا يجرى مع امتناع احدهما عن تسليم احد العوضين ليجوز للآخر فسخ العقد، لأن كلا
منهما قد ملك ما فى يد الآخر، و لا يخرج عن ملكه بعدم تسليم صاحبه فيجبران على ذلك بخلاف الشرط، فإن المشروط حيث
فرض فعلا كالاتاق فلا معنى لتملكه، فإذا امتنع المشروط عليه عنه فقد نقض العقد، فيجوز للمشروط له أيضا نقضه، فتأمل.

وقد ذكر المصنف (رحمه الله) بعد ما اختار عدم ثبوت الخيار مع التمكن من الإجبار وجها لثبوت نتيجة الخيار فى عرض الإجبار.

(١) و حاصله: ان المشروط عليه إذا امتنع عن العمل بالشرط يكون امتناعه ذلك امتناعا عن العمل بالعقد المشروط، و نقضا للعقد، إذ
ليس الشرط كامتناع احدهما عن تسليم احد العوضين حيث إن مقتضى العقد ملكية كل من المتبايعين لمال الآخر، فالامتناع عن
التسليم ليس نقضا للعقد،

و هذا بخلاف الشرط، فإن الوفاء به إنما يكون بإيجاده و مع عدمه يكون ذلك نقضا للعقد المشروط، فللمشروط له أيضا نقضه فيرجع

ذلك الى التقايل.

و بهذا البيان اندفع ما أساء به الأدب المحقق الايروانى (رحمه الله) فراجع.

و لكن يرد عليه (قدس سره) أن عدم العمل بالشرط ليس حلاله حتى يكون بضميمة حل المشروط له هو التقايل، بل هو عبارة عن ترك العمل مع بقاء الشرط كما هو الحال فى الامتناع عن تسليم أحد العوضين طابق النعل بالنعل. و بالجملة إنه كما يكون للعقد وفاء ان: حقيقى و عملى و كذلك له نقضان، كذلك يكون للشرط بلا تفاوت بينهما.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٠٦

ثم على المختار من عدم الخيار الا- مع تعذر الاجبار لو كان الشرط من قبيل الانشاء القابل للنيابة، فهل يوقعه الحاكم عنه إذا فرض تعذر اجباره، (١) الظاهر ذلك لعموم ولاية السلطان على الممتنع (٢) فيندفع ضرر المشروط له بذلك. الرابعة: لو تعذر الشرط فليس للمشترط الا الخيار، (٣) لعدم دليل على الارش،

(١) قوله فهل يوقعه الحاكم عنه إذا فرض تعذر اجباره الظاهر ان له ذلك لا لثبوت الولاية المطلقة له فان ذلك باطل كما اسلفناه و لا لأن الشرط اعم من فعل المشروط عليه و غيره.

(٢) بل لان الحاكم ولى الممتنع و ان شئت قلت ان حفظ مال الناس و متعلق حقهم مما يعلم ان الشارع الاقدس لا يرضى بتركه فهو من الامور الحسينية يتولاه الحاكم و يمكن ان يستشهد له بما دل «١» على ان من لا ينفق على زوجته بجبره الحاكم على ذلك و ان لم يمكن يطلقها الحاكم، مع ان الطلاق امره اضيق من سائر الانشائيات.

حكم تعذر الشرط

(٣) الرابعة: لو تعذر الشرط فلا كلام فى ثبوت الخيار، فهل للمشروط له امضاء العقد واخذ شىء بإزاء الشرط، كما عن العلامة (رحمه الله) فى التذكرة حيث حكم بثبوت الأرش فيما إذا اشترط عتق العبد فمات العبد قبل العتق، و تبعه الصيمرى فيما إذا اشترط تدبير العبد،

قال: إن امتنع من تدبيره تخير البائع بين الفسخ و استرجاع العبد و بين الامضاء فيرجع بالتفاوت بين قيمته لو بيع مطلقا و قيمته بشرط التدبير. انتهى،

أم ليس له أخذ شىء كما عن الدروس و غيره،

أم هناك تفصيل بين الشروط كما التزم به العلامة فى بعض كتبه؟ وجوه.

و تنقيح القول فى المسألة أن الظاهر من العلامة قدس سره تقسيم الشروط الى أقسام:

(١) كتاب النكاح- باب ١- من ابواب النفقات.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٠٧

فان الشرط فى حكم القيد لا يقابل بالمال، بل المقابلة عرفا و شرعا انما هى بين المالين و التقييد امر معنوى لا يعد مالا و ان كانت مالية المال تزيد و تنقص بوجوده و عدمه و ثبوت الارش فى العيب لاجل النص، (١) و ظاهر العلامة ثبوت الارش 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 و استرجاع العبد و بين الامضاء، فيرجع بالتفاوت بين قيمته لو بيع مطلقا و قيمته بشرط التدبير، انتهى.

الأول: ما يكون من الأوصاف التي لا توجب إلا زيادة الرغبة في موصوفها من دون أن توجب زيادة في قيمة الموصوف بوجه، و اختار فيه تعين الخيار.

الثاني: ما يكون من الأوصاف التي توجب زيادة المايه في الموصوف، و اختار فيه تخيير المشروط له بين الفسخ و الرجوع بالتفاوت و الأرش.

الثالث: ما يكون من الأفعال التي يبذل بإزائها المال كخياطة الثوب أو الغايات، و ذهب فيه الى تخيير المشروط له بين الفسخ و المطالبة به، أو بعوضه و قيمته الواقعية. و المصنف (رحمه الله) في عنوان المسألة تبع العلامة مع إلغاء القسم الأول الواضح حكمه، فالكلام يقع في موردين:

الأول: في ما إذا كان الشرط من الأوصاف الدخيلة في المايه و كان متعذرا، و الحق به السيد (قدس سره) ما إذا كان من الأفعال و لكن كان متعذرا من الأول، لا ما إذا طرأ عليه التعذر.

الثاني: في ما إذا كان من الأفعال المتمولة أو الغايات.

(١) اما الاول فقد استدل المصنف (رحمه الله) لعدم ثبوت الارش بما حاصله: ان الارش إما أن يكون تعديا، أو يكون على القاعدة، و الأول يحتاج الى دليل التعبد و هو مفقود،

و الثاني يتوقف على وقوع شيء من المال بإزاء الشرط و هو ليس، فإن الشرط- و هو القيد

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٠٨

و مراده بالتفاوت مقدار جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة التفاوت الى القيمة لا تمام التفاوت لأن للشرط قسطا من الثمن، فهو مضمون به لا بتمام قيمته، كما نص عليه في التذكرة و ضعف في الدروس قول العلامة بما ذكرنا من ان الثمن لا يقسط على الشروط و اضعف منه ثبوت الارش بمجرد امتناع المشتري عن الوفاء بالشرط و ان لم يتعذر، كما عن الصيمري و لو كان الشرط عملا من المشروط عليه يعد مالا و يقابل بالمال، كخياطة الثوب فتعذر. ففي استحقاق المشروط له لأجرته و مجرد ثبوت خيار له وجهان: قال في التذكرة لو شرط على البائع عملا سائغا، تخير المشتري بين الفسخ و المطالبة به، أو بعوضه. ان فات وقته، و كان مما يتقوم، كما لو شرط تسليم الثوب مصبوغا فأتاه به غير مصبوغ و تلف في يد المشتري، و لو لم يكن مما يتقوم تخير بين الفسخ و الامضاء مجانا، انتهى.

و قال ايضا لو كان الشرط على المشتري مثل ان باعه داره بشرط ان يصبغ له

خارج عن المعاملة، و التقيد و إن كان داخلا فيها لكنه ليس مالا و إن كان سببا لازدياد مایه المال.

و أورد عليه المحقق الايرواني (رحمه الله) بأن التقيد و إن كان بنفسه لا يعد مالا لكن الذات على صفة التقيد مال يبذل بإزائه- بما له من التقيد- المال، فإن الكتابة مجردة و إن لم تعد مالا لكن ذات الكاتب على صفة الكتابة مال، و هذا عين معنى تقسيط الثمن.

و فيه: أن المقيد ينحل الى ذات المقيد و تقيده، و التقيد أمر انتزاعي لا يقابل بالمال و لكن الذي يرد على المصنف (رحمه الله) و يوجب عدم إمكان تصحيح ما أفاده المحقق الايرواني (رحمه الله) وجهان لثبوت الأرش بوجه: أن الشرط على ما تقدم ليس قيذا للانشاء،

لاستحالة، و لا- للمنشأ لكونه موجبا للتعليق المبطل، و لا لأحد العوضين، فإن العين الخارجية لا تقبل التقيد، بل هو للالتزام بالوفاء بالعقد، و عليه فلا مورد لما أفاده المحقق المشار إليه و لا إلى ثبوت الأرش.

و قد استدل لثبوته مضافا الى ما مر. بوجهين

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٠٩

ثوبه، فتلف الثوب تخير البائع بين الفسخ و الامضاء بقيمته الفائتة، ان كان مما له قيمة و إلا مجاناً، انتهى.
و الظاهر ان مراده بما يتقوم ما يتقوم في نفسه سواء كان عملاً- محضاً، كالخياطة أو عينا كمال العبد المشترك معه، أو عينا و عملاً
كالصبغ لا ما له مدخل في قيمة العوض، إذ كل شرط كذلك و ما ذكره قدس سره لا يخلو عن وجه، و ان كان مقتضى المعاوضة بين
العوضين بأنفسهما كون الشرط مطلقاً قيماً غير مقابل بالمال، (١) فإن المبيع هو الثوب المخيط و العبد و ماله

أحدهما: ما أفاده السيد الفقيه، و حاصله: أن الشرط و إن لم يكن مقابلاً بالمال في عالم الانشاء إلا أنه مقابل به في عالم اللب، و لا
منافاة بين أن يكون مال واحد تمامه مقابلاً لشيء في عالم و بعضه مقابلاً لشيء آخر في عالم آخر الذي هو في طول ذلك العالم.
و بعبارة اخرى: يكون قيماً في مرحلة و جزء في مرحلة اخرى، و عليه فمقتضى كون التمام في مقابل العين في عالم الانشاء جواز
إمضاء المعاملة على ما هي عليه، و إسقاط حق الشرط، و مقتضى كون البعض في مقابل الشرط في عالم اللب جواز استرداده لعدم
وصول عوضه و هو الشرط إليه، و هذا معنى تخييره بين الفسخ و الأرش.

و فيه: أنه في باب المعاملات لا يعتنى بما لم يقع في حيز الانشاء.
و بعبارة اخرى: أن تمام المناط فيها عالم الانشاء و إلا الالتزامات و البنائات القلبية غير المنشأة لا يترتب عليها أثر، فمجرد الجزئية في
عالم اللب لا يؤثر شيئاً.

ثانيهما: إدراج المورد تحت عنوان العيب، إذ المبيع مثلاً لوحظ فيه وصف الانضمام بوصف أو عمل، و تعذره يوجب نقصاً في المبيع.
و فيه: ما تقدم في حقيقة العيب من أن العيب هو نقص وصف الصحة خاصة،
فراجع، فالأظهر عدم ثبوت الأرش.

و أما المورد الثاني فقد ذهب جمع من الأساطين الى أن المشروط له يستحق اجرة ذلك العمل و عوضه الواقعي.

(١) و المصنف (رحمه الله) استشكل فيه من ناحية ان الشرط مطلقاً قيماً غير مقابل بالمال

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣١٠

المصاحب للمال لا الثوب و الخياطة و العبد و ماله. و لذا لا يشترط قبض ما بازاء المال من التقدين في المجلس لو كان من احدهما
(١) 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، (٢) فالظاهر عدم منع ذلك عن
الفسخ، فإذا فسخ ففي رجوعه عليه بالقيمة أو بالعين مع بقائها بفسخ العقد الواقع عليه من حينه أو من اصله وجوه يأتي في احكام
الخيار

و المعاوضة واقعة بين العوضين أنفسهما.

و لكن الظاهر أن من يقول باستحقاق الاجرة لا يستند الى كون مقدار من العوض بإزائه حتى يرد عليه ذلك، بل الى أن المشروط له
يملك على المشروط عليه ذلك الفعل، أو تلك الغاية، فيجوز له مطالبة عوضه كائناً ما كان، فأيراد الشيخ (رحمه الله) في غير محله.
و لكن يرد عليه: أنه لا دليل على الملكية، إذ غاية ما يستفاد من الدليل وجوب الوفاء بالشرط حقياً، و أما ثبوت الملكية فمما لم يدل
عليه دليل، و بناء العقلاء على أخذ العوض غير ثابت، فالأظهر أنه ليس له ذلك.

(١) قوله و لذا لا- يشترط قبض ما بازاء المال ... لو كان من احدهما مراده انه لو باع العبد و اشترط كون ماله معه و كان ماله من
التقدين و الثمن منهما لا- يجب التقابض في المجلس بالنسبة الى ماله من باب كونه بيع صرف و لو كان الشرط مقابلاً بالمال أي

بالثمن وجب ذلك.

التلف لا يمنع عن الفسخ

(٢) الخامسة: لو تعذر الشرط و قد خرج العين عن سلطنة المشروط عليه بتلف أو بنقل، أو رهن، أو استيلاء فهل يمنع ذلك عن الفسخ، أم لا؟

و لو فسخ فهل يرجع عليه بالقيمة أو بالعين مع بقائها؟ وجوه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣١١

و يأتي ان الاقوى الرجوع بالبدل جمعا بين الادلة، 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 مطلقا أو مع اذن المشروط له أو إجازته أو بطلانه وجوه خيرا وسطها

و الكلام في هذه المسألة يقع في موضعين:

الأول: فيما إذا تلف العين أو خرجت عن ملكه مع عدم كون التصرف المخرج منافيا للشرط.

الثاني: فيما إذا كان التصرف المخرج للعين بنفسه منافيا للشرط، كما لو باع شيئا و اشترط أن لا يبيعه أو يوقفه أو نحو ذلك فباعه.

أما الموضوع الأول فالكلام فيه في موارد:

الأول: في أنه هل يمنع ذلك من الفسخ أم لا؟ و مبنى القولين: أن الخيار متعلق بالعقد أو العين؟ إذ على الأول يجوز الفسخ، و على الثاني لا يجوز، لانعدام الموضوع، و قد تقدم تفصيل القول في ذلك في الخيارات، و عرفت أن الأظهر تعلقه بالعقد.

الثاني: في حكم التصرف المخرج، و قد يتوهم أنه فاسد من جهة أنه تصرف في ملك كان معرضا للزوال، أو أنه ما لم ينقض زمان الخيار لا يصير ملكا للمشتري، فهو تصرف في ملك الغير، و كلاهما فاسدان.

أما الأول، فلان كونه معرضا للزوال لا يوجب الفساد.

و أما الثاني، فلما مر من عدم توقف الملك على انقضاء زمان الخيار لا سيما مثل هذا الخيار المنفصل عن العقد.

الثالث: في أنه إذا فسخ المشروط له فهل يرجع الى القيمة من جهة صحة العقد الثاني و عدم الموجب لانحلاله بانحلال العقد الأول، لما ستعرف من فساد ما ذكر وجهها لانحلاله،

أو الى العين من جهة أن الفسخ يقتضى رجوع العين مع إمكانه و المفروض ذلك؟ وجهان،

أقواهما: الأول، فإن عدم إمكان الرجوع أعم من العقلي و الشرعي، و المفروض صحة العقد الثاني، و لزومه، فيمتنع الرجوع بالعين شرعا، و المانع الشرعي كالمانع العقلي

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣١٢

...

و على الثاني هل يفسخ العقد الواقع عليه من حينه من جهة أنه معلول لأعمال الخيار فلا يتقدم عليه، أو من أصله من جهة أنه بفسخ العقد الأول ينحل هو من أصله فكذا ما يترتب عليه؟

و الأظهر هو الأول كما تقدم، فالأظهر هو الرجوع بالبدل.

و بما ذكرناه ظهر تمامية ما أفاده المصنف (رحمه الله) من أنه يرجع بالقيمة جمعا بين الأدلة،

أى دليل نفوذ العقد الأول، و دليل نفوذ العقد الثانى و لزومه، و دليل الخيار بالقياس الى العقد الأول.

هذا كله فيما إذا كان التصرف المخرج لازما،

و أما إن كان جائزا فقد يتوهم أنه بعد الفسخ يجبر المشتري على الفسخ و إرجاع العين من جهة أن العقد جائز، فالمشتري متمكن من إرجاع العين فيجبر عليه، بخلاف ما إذا كان العقد لازما و لكنه فاسد من جهة أنه إذا فسخ المشروط له و رجع الثمن الى المشتري فلا بد و أن يرجع إليه شىء إما العين أو بدلها، و الأول موجب لانفساخ العقد الثانى، و المفروض أنه لا وجه له، و لو التزم بانفساخه بفسخ المشروط له يرد بأن العقد الثانى بالقياس إليه لازم لا جائز، و انما يكون جائزا بالنسبة الى المشتري، و الثانى مستلزم لعدم جواز الإيجابار كما هو واضح،

فالأظهر أنه لا فرق بين العقد اللازم و الجائز.

و أما الموضوع الثانى فالكلام فيه فى موردين:

الأول: فى حكم التصرف المخرج صحه و فسادا، و الأقوال فيه ثلاثة،

ثالثها: الصحه مع إجازة المشروط له و الفساد مع عدمه.

و قد استدلل للبطلان مطلقا بوجهين:

الأول: أن التصرف المنافى حرام، و حرمة المعاملة تستلزم فسادها.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣١٣

...

و فيه أولا: أن التصرف المنافى إن كان بنفسه مما اشترط عدمه كما اشترط أن لا يبيع داره فباعه و إن كان معصية بناء على وجوب الوفاء بالشرط إلا أنه إن كان مضادا لما هو شرط كما لو باع العبد و اشترط عتقه فباعه لا يكون البيع حراما إلا بناء على اقتضاء الأمر بالشىء للنهى عن ضده، و المحقق فى محله عدم الاقتضاء فلا يكون حراما.

و ثانيا: أن حرمة المعاملة لا تستلزم فسادها كما حققناه فى الجزء الاول من هذا الشرح فراجع.

الثانى: أن التصرف المزبور تصرف فى متعلق حق الغير نظير بيع العين المرهونة،

و هو لا يكون نافذا، لعدم كون ما تصرف فيه ملكا طلقا، و الإجازة اللاحقة من ذى الحق لا تجدى سواء كانت الإجازة منه إسقاطا لحقه أم كانت إنفاذا للمعاملة مثل إجازة المالك،

أما على الأول فواضح، و أما على الثانى، فإن العقد حين وقوعه لم يشمله دليل الصحه فكيف يشمله بعد حين، و أما بيع الفضولى فعنوانه يتغير بالإجازة، و يصير عقدا للمالك بعد ما لم يكن عقدا له فيدخل فى عنوان الدليل و هو عقد المالك.

و فيه أولا: أن حق المشروط له متعلق بالفعل المتعلق بالمال لا بنفس المال، و المال متعلق للمتعلق، و لا دليل على اعتبار أن لا يكون البيع متعلقا بما هو متعلق حق الغير،

و بالجملة لا يكون المال خارجا عن كونه ملك طلق.

و ثانيا: انه لو سلم ذلك ما ذكر وجهها لعدم نفوذ الإجازة اللاحقة لا يتم، فإن العقد له بقاء فإذا لم تشمله العمومات حين حدوثه لمانع و ارتفع ذلك المانع بقاء تشمله العمومات،

لوجود المقتضى و عدم المانع.

و بما ذكرناه ظهر مدرك القول الثالث مع ما يرد عليه،

كما ظهر أن الأظهر هى الصحه مطلقا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣١٤

فلو باع بدون اذنه كان للمشروط له فسخه و الزامه بالوفاء بالشرط. (١)

نعم لو لم نقل باجبار المشروط عليه، (٢) فالظاهر صحة العقد الثاني، فإذا فسخ المشروط له ففي انفساخ العقد من حينه أو من اصله، أو الرجوع بالقيمة وجوه:

رابعها التفصيل بين التصرف بالعتق، فلا يبطل لبنائه على التغليب، فيرجع بالقيمة و بين غيره فيبطل، اختاره في التذكرة و الروضة. قال في فروع مسألة العبد المشترط عتقه، بعد ما ذكر ان اطلاق اشتراط العتق يقتضى عتقه مجاناً، فلو اعتقه بشرط الخدمة مدة تخير المشروط له بين الامضاء و الفسخ فيرجع بقيمة العبد، قال بعد ذلك و لو باعه المشتري أو وقفه أو كاتبه تخير البائع بين الفسخ و الامضاء، فإن فسخ بطلت هذه العقود لوقوعها في غير ملك تام و تخالف هذه العتق بشرط الخدمة، لأن العتق مبني على التغليب، (٣) فلا سبيل إلى فسخه، و هل له إمضاء البيع مع طلب فسخ ما نقله المشتري فيه احتمال، انتهى.

(١) قوله كان للمشروط فسخه و الزامه بالوفاء بالشرط المراد من فسخه فرضه كالعدم و عدم الاعتناء به إذ المفروض بطلانه في نفسه بدون الاذن على مذهبه.

(٢) قوله نعم لو لم نقل باجبار المشروط عليه يعنى انه بناء على عدم الاجبار الكاشف عن كون وجوب الوفاء بالشرط حكماً لا حقياً يحكم بصحة العقد الثاني من جهة ان المانع عن صحة عقده كون المال متعلقاً لحق الغير و المفروض عدم الحق فلا مانع عن صحته.

(٣) قوله لان العتق مبني على التغليب.

هذا التعليل عليل فان بناء العتق على التغليب انما هو فيما لو اعتق بعض العبد كما لو اعتق احد الشريكين حصته فانه يعتق على شريكه الآخر حصته لذلك و هذا غير مربوط بالمقام المورد الثاني: إذا فسخ المشروط له فسخه و جوه:

احدها: انفساخ العقد الثاني من حينه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣١٥

و مثله ما في الروضة و قال في الدروس في العبد المشروط عتقه: و لو اخرجته عن ملكه ببيع أو هبة أو وقف، فللبائع فسخ ذلك كله، انتهى.

و ظاهره ما اخترناه (١) و يحتمل ضعيفا غيره، و في جامع المقاصد الذي ينبغي ان المشتري ممنوع من كل تصرف ينافي العتق المشترط.

ثم ان هذا الخيار، كما لا يسقط بتلف العين، كذلك لا يسقط بالتصرف فيها، (٢) كما نبه عليه في المسالك في اول خيار العيب، فيما لو اشترط الصحة على البائع، نعم إذا دل التصرف على الالتزام بالعقد و سقط الخيار نظير خيار المجلس و الحيوان بناء على ما استفيد من بعض اخبار خيار الحيوان المشتمل على سقوط خياره بالتصرف معللاً بحصول الرضا بالعقد. و أما مطلق التصرف فلا.

ثانيها: انفساخه من أصله.

ثالثها: الرجوع بالقيمة.

رابعها: ما عن العلامة-، من التفصيل بين التصرف بالعتق فلا يبطل، لبنائه على التغليب، فيرجع بالقيمة، و بين غيره فيبطل، و قد تقدم في الموضوع الأول تنقيح القول في ذلك، و عرفت أن الاظهر هو الثالث.

و انما الكلام في المقام في خصوص التفصيل الذي ذهب إليه العلامة،

الظاهر انه بناء على عدم تمامية ما اخترناه من الرجوع بالقيمة، و أنه يفسخ العقد الثاني- ما أفاده متين، لكن ينبغي أن يعلل بأن الحر لا

يعود رقا، و أيضا لازمه التعميم الى كل مورد ثبت فيه عدم جواز الرجوع كما لو اشترى أرضا و جعله المشتري مسجدا.
 (١) قوله و ظاهره ما اخترناه و يحتمل ضعيفا غيره يعنى ظاهره بطلان التصرفات الواقعة فى متعلق حق الشرط- و يحتمل ارادته جواز فسخ العقد الاول و انفساخ هذه العقود ايضا.
 (٢) قوله كذلك لا يسقط بالتصرف فيها لا إشكال فى انه يجوز وضعها و تكليفا للمشروط له التصرف فيما انتقل إليه لانه ملكه و ليس متعلقا لحق الغير

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣١٦

السادسة: للمشروط له اسقاط شرطه إذا كان مما يقبل الاسقاط (١) لا مثل اشتراط مال العبد، أو حمل الدابة لعموم ما تقدم فى اسقاط الخيار و غيره من الحقوق،

و لو تصرف فان كان كاشفا عن اسقاط الخيار و قصد به ذلك لا كلام فى سقوطه لان له ذلك و لا يعتبر فى الاسقاط لفظ خاص- و ان لم يكن كاشفا عنه أو لم يقصد به ذلك لا يسقط و ما فى بعض نصوص «١» خيار الحيوان من التعليل لمسقطية التصرف قد مر أنه لا يتعدى عنه الى ساير الخيارات.

إسقاط حق الشرط

السادسة: الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب فى أن للمشروط له إسقاط حق خيار التخلف لو لم يعمل المشروط عليه بالشرط،
 (١) كما انه لا خلاف بينهم فى ان للمشروط له اسقاط شرطه إذا كان مما يقبل الأسقاط،
 فالكلام يقع أولا فى إسقاط خيار التخلف، ثم فى إسقاط حق الشرط.
 أما الأول فبعد ما عرفت مرارا من أن الخيار من الحقوق، و أن لكل ذى حق إسقاط حقه- جواز إسقاط خيار التخلف واضح، غاية الأمر بعد التخلف بنحو التنجيز و قبله بنحو التعليق لو لم يكن تسالم على عدم السقوط بالإسقاط المعلق.
 و ليعلم أن التخلف إنما يتصور فى شرط الصفة أو الفعل دون شرط النتيجة، لأنها تحصل بمجرد الشرط، و عدم ترتيب الأثر خارجا لا يوجب الخيار، و لو أسقطه لا يوجب ذلك ارتفاع وجوب العمل بالشرط و هو واضح.
 و أما إسقاط حق الشرط الذى عرفت أنه حق،

فملخص القول فيه: أن الشرط تارة يكون شرط النتيجة، و اخرى يكون شرط الصفة، و ثالثه يكون شرط الفعل، و الأولان لا يتصور فيهما بقاء حق الشرط كى يقبل الأسقاط، أما الأول، فلاستيفاء الحق بالشرط، و أما الثانى، فلأنه إن كان الوصف موجودا فهو، و إلا فلا معنى لوجوب الوفاء

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

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣١٧

و قد يستثنى من ذلك ما كان حقا لغير المشروط له (١) كالتعق. فان المصرح به فى كلام جماعة كالعلامة و ولده و الشهيدين و غيرهم عدم سقوطه باسقاط المشروط له، قال فى التذكرة: الاقوى عندي أن العتق المشروط اجتمع فيه حقوق حق لله و حق للبائع و حق للعبد، ثم استقرت بناء على ما ذكره مطالبه العبد بالعتق لو امتنع المشتري. و فى الايضاح الاقوى انه حق للبائع و لله تعالى، فلا يسقط بالاسقاط، انتهى.

و فى الدروس لو أسقط البائع الشرط جاز الا العتق لتعلق حق العبد و حق الله تعالى به، انتهى.

و في جامع المقاصد: ان التحقيق ان العتق فيه معنى القربة و العبادۃ و هو حق الله تعالى و زوال الحجر و هو حق للعبد، و فوات المالىة على الوجه المخصوص للقربة و هو حق للبائع، انتهى.

اقول اما كونه حقا للبائع من حيث تعلق غرضه بوقوع هذا الامر المطلوب

فلا محالة يسقط حق الشرط و لا بقاء له، فمورده شرط الفعل.

و عليه فإن قلنا بصيرورة الفعل المشروط ملكا للمشروط له لا معنى لإسقاطه أيضا، لأن مورده الحقوق لا الأملاك، و إن قلنا بأنه يصير متعلق الحق فهو قابل للإسقاط،

و لو أسقطه لا يجب الوفاء بالشرط.

(١) صرح جماعة منهم العلامة في التذكرة و ولده في الايضاح و الشهيدان و المحقق الثاني و غيرهم أنه يستثنى من جواز إسقاط حق الشرط، شرط ما يكون حقا لغير المشروط له، و مثلوا له بالعتق، و قالوا: إنه لا يسقط بالإسقاط.

محصل الكلام انه لا إشكال في أنه لو كان حقا لغير المشروط له أيضا في عرض حقه لا يسقط بإسقاط المشروط له، إذ لكل ذى حق إسقاط حقه لا لغيره و المشروط له بالإضافة الى حق من له الحق أجنبي.

و عليه فإن كان حقان سقط حق المشروط له و بقى حق صاحبه، و إن كان حق واحد قائم باثنين لم يسقط بإسقاط واحد منهما، و يتوقف سقوطه على توافقهما على

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣١٨

للشارع، فهو واضح. و أما كونه حقا للعبد، فإنه ان اريد به مجرد انتفاعه بذلك،

فهذا لا يقتضى سلطنة له على المشتري، (١) بل هو متفرع على حق البائع دائر معه وجودا و عدما (٢) و ان اريد ثبوت حق على المشتري يوجب السلطنة على المطالبة،

فلا دليل عليه و دليل الوفاء لا يوجب الا ثبوت الحق للبائع.

و بالجملة فاشتراط عتق العبد، ليس الا كاشتراط ان يبيع المبيع من زيد بأدون من ثمن المثل أو يتصدق به عليه، و لم يذكر احد ان لزيد المطالبة، و مما ذكر يظهر الكلام في ثبوت حق الله تعالى، فإنه ان اريد به مجرد وجوبه عليه، لأنه وفاء بما شرط العباد بعضهم لبعض، فهذا جار في كل شرط و لا ينافى ذلك سقوط الشروط بالإسقاط، و ان اريد ما عدا ذلك من حيث كون العتق مطلوبا لله، كما ذكره جامع المقاصد، ففيه ان 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 ان المطلوب غير هذا، فافهم

الأسقاط، و أن كان حق غيره في طول حقه فللمشروط له إسقاط حقه، و مع سقوطه يرتفع موضوع حق صاحبه، هذا كله مما لا كلام فيه.

إنما الكلام في الصغرى، و قد مثلوا لما إذا كان الشرط متعلقا لحق غير المشروط له:

بالعتق، بدعوى: أنه بشرطه يثبت حق للبائع لكونه المشروط له، و للعبد، و لله تعالى، و لذا ذهب المصنف و ولده و الشهيدان الى أنه لا يسقط بإسقاط المشروط له.

لا كلام في أنه حق للبائع و أما كونه حقا للعبد فأجاب عنه المصنف (رحمه الله) بجوابين:

(١) احدهما: ان انتفاع الغير بالعمل غير سلطنته على المشتري.

(٢) ثانيهما: ان حق العبد على فرض تسليم كونه حقا انما يكون موضوعه حق البائع فيسقط بإسقاطه.

و أما كونه حقا لله تعالى إما لكونه واجبا أو لأجل كونه تعديا.

و تقريب الأول: أن الفعل إذا وجب يخرج زمام أمره عن يد المكلف و يكون

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣١٩

السابعة: قد عرفت ان الشرط من حيث هو شرط لا يقسط عليه الثمن عند انكشاف التخلف (١) على المشهور، لعدم الدليل عليه بعد عدم دلالة العقد عرفا على مقابلة احد العوضين الا بالآخر، و الشرع لم يزد على ذلك إذ امره بالوفاء بذلك المدلول العرفي فتخلف الشرط لا يقدح في تملك كل منهما لتمام العوضين، هذا و لكن قد يكون الشرط

بيد الله تعالى، و هذا هو معنى الحقية و الملكية.

و تقريب الثاني: أن معنى التعبدية تعين العمل لله تعالى، و ذلك فرع استحقاقه له دون غيره.

و يرد على الأول: أولا النقض بجميع الشروط، فإنها يجب الوفاء بها.

و ثانيا: أن الايجاب لا يقتضى الملكية الاعتبارية أو الحق الاعتباري، بل هو موجب لخروج زمام الأمر عن يد المكلف تشريعا، و هذا غير كونه متعلقا لحقه تعالى.

ثم على تقدير كونه حقا لله تعالى يمكن أن يقال: إنه في موضوع ثبوت حق البائع،

فلو أسقطه يسقط هو أيضا.

لو شرط قدرا معينا فتبين الاختلاف

(١) السابعة: قد عرفت مما ذكرناه من ان الشرط التزام في ضمن التزام انه لا يقسط عليه الثمن، لكونه في مقابل المثلث و الشرط خارج عنهما.

و لكن قد يكون الشرط قدرا معينا من المبيع فيتبين الخلاف من حيث الكم و تفصيل ذلك ما ذكره العلامة في التبصرة قال: و لو شرط مقدارا فنقص تخير المشتري بين الرد و الامساك بالقسط من الثمن سواء كانت أجزاؤه متساوية أو مختلفة، فإن أخذ بالقسط تخير البائع، و لو أخذه بالجميع فلا خيار، و لو زاد متساوي الأجزاء أخذ البائع الزائد فيتخير المشتري حينئذ و لو زاد

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٢٠

تضمن المبيع لما هو جزء له حقيقة بان يشتري مركبا و يشترط كونه كذا و كذا جزء كان يقول بعتك هذا الارض أو الثوب أو الصبرة على ان يكون كذا ذراعا أو صاعا، فقد جعل الشرط تركبه من اجزاء معينة، (١) فهل يلاحظ حينئذ جانب

القيدية و يقال ان المبيع هو العين الشخصية المتصفة بوصف كونه كذا جزء، فالمتخلف هو قيد من قيود العين كالكتابة و نحوها في العبد لا يوجب فواتها الا خيارا بين الفسخ و الامضاء بتمام الثمن، أو يلاحظ جانب الجزئية، فإن المذكور و ان كان بصورة القيد الا ان منشأ انتزاعه هو وجود الجزء الزائد و عدمه، فالمبيع في الحقيقة هو كذا و كذا جزءا الا انه عبر عنه بهذه العبارة كما لو اخبر بوزن المبيع المعين، فباعه اعتمادا على اخباره، فإن وقوع البيع على العين الشخصية لا يوجب عدم تقسيط الثمن على الفئات.

و بالجملة فالفئات عرفا و في الحقيقة هو الجزء و ان كان بصورة الشرط، فلا يجرى فيه ما مر من عدم التقابل الا بين نفس العوضين، و لأجل ما ذكرنا وقع الخلاف فيما لو باعه

المختلف فالوجه البطلان.

(١) و قال المصنف في المتن: و لكن قد يكون الشرط تضمن المبيع لما هو جزء له حقيقة- الى ان قال- فقد جعل الشرط تركبه من

أجزاء معينة. انتهى.

فالكلام في ذلك إنما هو في أنه هل يلاحظ جانب القيدية، فلا يقسط عليه الثمن أم يلاحظ جانب الجزئية فيقسط الثمن على الفئات؟ وقبل بيان ما هو الحق في المقام ينبغي تقديم أمرين:

الأول: أن ما يؤخذ شرطاً في المعاملة على أقسام:

أحدها: الشروط الخارجية كخياطة الثوب و نحوها، أو ملكية شيء آخر و شبهها مما هو من قبيل شرط النتيجة.

ثانيها: ما يكون من قبيل الأوصاف لأحد العوضين.

ثالثها: ما يكون من قبيل كمية الأشياء و مقاديرها.

لا إشكال في أن ما كان من قبيل الأول لا يقسط عليه الثمن، لما مر.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٢١

ارضا على انها جربان معينة، أو صبرة على انها اصوع معينة، و تفصيل ذلك العنوان الذي ذكره في التذكرة بقوله لو باع شيئاً و شرط فيه قدرا معيناً فتبين الاختلاف من حيث الكم،

و أما القسم الثاني فما كان منه من قبيل الأوصاف العرضية ككون العبد كاتباً كذلك،

و أما ما كان من قبيل الصورة الجوهرية التي بها شيئية الأشياء و ماليتها و تقع متعلقة للأغراض أولاً و بالذات و تبدل الأعراض بإزائها كحمارية الحمار و ذهبية الذهب و نحوها،

فتخلفها يوجب بطلان العقد، لتقوم حقيقة المعاملة بها، و مع انتفائها لا معاملة، و السرفية:

أن المادة الهولائية من حيث هي ليست بمال و لا يبذل بإزائها العوض:

و إنما الكلام وقع في القسم الثالث لأجل أن فيه جهتين: جهة الوصفية من حيث إفادته لكون العين الشخصية متصفة بوصف كونها كذا جزء، و جهة ذاتية، لأنه يوجب اختلاف تلك الصورة الجوهرية زيادة و نقصاً.

الثاني: أن ظاهر ما عنونه المصنف (رحمه الله) في بادئ النظر: النزاع في المقام في أن شرط تضمن المبيع لما هو جزء له حقيقة الذي بحسب جعل المتعاملين و قصدهما من قبيل الشرط هل له خصوصية من بين سائر الشروط و بلحاظها حكم عليه شرعاً بترتيب آثار الجزئية، أو لا خصوصية له.

و هذا غير تام، فإن لازم القول بأن له خصوصية إلغاء معاوضة المتعاملين و التعبد بمعاوضة اخرى و هو كما ترى،

بل النزاع في المقام في أن المبيع بحسب بناء المتعاملين هل هو المشروط، أي الأرض الشخصية مثلاً، و حال شرط المقدار حال غيره من الشروط، أو لوحظ المقابلة بالقياس إليه في المعاملة؟ و القائل بالتقسيم يقول بالثاني، و مآل كلام المصنف (رحمه الله) الى ذلك.

إذا عرفت هذين الأمرين فاعلم أن المبيع تارة يكون متساوي الأجزاء و اخرى مختلفها، و كل منهما إما يتبين النقص فيه و إما أن يتبين الزيادة فيه، فالأقسام أربعة كما ذكره العلامة في التبصرة، و المصنف في المتن

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٢٢

فأقسامه أربعة (١) لانه اما ان يكون مختلف الاجزاء أو متفهما، و على التقديرين إما أن يزيد و إما أن ينقص، فالأول تبين النقص في متساوي الأجزاء،

و لا إشكال في الخيار و انما الاشكال و الخلاف في ان له الامضاء، بحصة من الثمن أو ليس له الامضاء الا بتمام الثمن فالمشهور، كما عن غاية المرام هو الاول. و قد حكى عن المبسوط و الشرائع و جملة من كتب العلامة و الدروس و التنقيح و الروضة و ظاهر السرائر و ايضاح النافع حيث اختاروا ذلك في مختلف الاجزاء، فيكون كذلك في متساوي الاجزاء بطريق اولي و يظهر من استدلال بعضهم على

الحكم فى مختلف الأجزاء كونه فى متساوى الأجزاء مفروغا عنه.

و عن مجمع البرهان: انه ظاهر القوانين الشرعية، و وجهه مضافا الى فحوى الرواية الآتية فى القسم الثانى ما اشرنا إليه من ان كون المبيع الشخصى بذلك المقدار

(١) قال فاقسامه اربعة أحدها: ما إذا كان المبيع متساوى الأجزاء و تبين النقص فيه، و المشهور على ما نسب إليهم على تقسيط الثمن. و عن جملة من الأساطين العدم.

و الأظهر: هو الأول، فإن ظاهر أخذ شىء شرطا و إن كان عدم جعل شىء من العوض بإزائه إلا أن الارتكاز العرفى فى شرط المقدار و الكمية بخلاف ذلك، و هذا الارتكاز العرفى قرينه صارفة عن هذا الظهور فقول البائع: بعتك هذه الأرض بشرط أن تكون جربان معينة بكذا درهم، فى قوة: بعتك كل جريب بكذا. فعند التخلف يرجع مقدار من الثمن.

و يشهد لذلك: مضافا الى أنه مقتضى القاعدة خبر عمر بن حنظلة عن الامام الصادق (عليه السلام) فى رجل باع أرضا على أنها عشرة أجرية فاشترى المشتري ذلك منه بحدوده و نقد الثمن و وقع صفقة البيع و افترقا، فلما مسح الأرض إذا هى خمسة أجرية، قال: ان شاء استرجع فضل ماله و أخذ الأرض، و إن شاء رد البيع و أخذ ماله كله إلا ان يكون

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٢٣

و ان كان بصورة الشرط، الا ان مرجعه الى كون المبيع هذا القدر، كما لو كالا طعاما، فاشتره فتيين الغلط فى الكيل، و لا يرتاب اهل العرف فى مقابلة الثمن لمجموع المقدار المعين المشترط هنا، خلافا لصريح القواعد و محكى الايضاح، و قواه فى محكى حواشى الشهيد و الميسية و الكفاية، و استوجهه فى المسالك و يظهر من جامع المقاصد ايضا، لأن المبيع هو الموجود الخارجى كائنا ما كان. غاية الامر انه التزم ان يكون بمقدار معين و هو وصف غير موجود فى المبيع، (١) فاوجب الخيار كالكتابة المفقودة فى العبد

له الى جنب ملك الأرض أيضا أرضون فليؤخذ و يكون البيع لازما له، و عليه الوفاء بتمام البيع، 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 «١».

الذى احتج به الشيخ فى محكى النهاية.

و مورده و إن كان هى الأرض و هى قيمة و القيمي ما لا يتساوى أجزاءه فى القيمة إلا أنه إذا ثبت ذلك فى مختلف الأجزاء يثبت فى متساويها بالأولوية، لاختصاص مختلف الأجزاء ببعض الاشكالات على ما سيمر عليك.

و قد استدلل للثانى بوجهين:

(١) احدهما: ما عن جامع المقاصد و هو: ان المبيع المقابل بمجموع الثمن هو الموجود المعين، غاية ما هناك أنه لا يعلم بالنقصان فهو من فوات الوصف.

وفيه: أن المبيع و إن كان هو الموجود الخارجى إلا أنه من جهة كونه متكما بكم خاص كما لو اشتراه بما هو كذلك.

ثانيهما: ما عن الجواهر، و حاصله: أن العين الشخصية لا تزيد و لا تنقص، و قد جعلت مبيعا، فلا محالة كل مقدار اخذ فيه فهو من باب اشتراط الوصف الذى لا شأن له فى المبيع، بل أثره الخيار عند التخلف.

وفيه: أن العين الشخصية لا تزيد و لا تنقص بحسب الوجود الخارجى إلا أنها تزيد و تنقص بحسب فرض المتعاملين، و مفروضهما هو المتكمم بكم خاص.

(١) الوسائل - باب ١٤ - من ابواب الخيار حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٢٤

و ليس مقابل الثمن نفس ذلك المقدار الا انه غير موجود فى الخارج، مع ان مقتضى تعارض الاشارة و الوصف غالبا ترجيح الاشارة عرفا، فارجاع قوله بعثك هذه الصبرة على انه عشرة اصوع، الى قوله بعثك عشرة اصوع موجودة فى هذا المكان تكلف. و الجواب ان كونه من قبيل الشرط مسلم الا- ان الكبرى و هى ان كل شرط لا يوزع عليه الثمن ممنوعه، (١) لأن المستند فى عدم التوزيع عدم المقابلة عرفا، و العرف حاكم فى هذا الشرط بالمقابلة، فتأمل.

الثانى: تبين النقص فى مختلف الاجزاء، (٢) و الاقوى فيه ما ذكر من التقسيط مع الامضاء وفاقا للاكثر، لما ذكر سابقا من قضاء العرف بكون ما انتزع منه الشرط جزء من المبيع، مضافا الى خبر ابن حنظلة رجل باع ارضا على انها عشرة اجربة، فاشترى المشتري منه بحدوده و نقد الثمن. و اوقع صفقة البيع و افترقا، فلما مسح الأرض فإذا هى خمسة اجربة

(١) قوله الا ان الكبرى و هى ان كل شرط لا يوزع عليها الثمن ممنوعه لا سبيل الى منعها بعد كون حقيقة الشرط تعليق الالتزام بالوفاء بالعقد على شىء فالاولى هو التعليل بما حققناه فراجع.

(٢) ثانيا: ما إذا كان المبيع مختلف الاجزاء و تبين النقص فيه، و الكلام فى وجه التقسيط ما تقدم.

و قد استدل على عدم التقسيط فيه: مضافا الى ما مر- بوجوه:

الأول: ما عن الايضاح، و حاصله: أن الفأئ بما أنه لا تحقق له و لا مماثل لا يكون له تعين وجودى و لا تعين طبيعى كما فى متساوى الأجزاء، فيستحيل تقويمه، و ما يستحيل تقويمه يستحيل تقسيط الثمن عليه، ففواته كفوات صفة كمال.

وفيه: أن الفأئ و إن كان لا- تعين له واقعا إلا- أنه جعل جزء مما فيه الجيد و الردى فى المعاملة، و حيث أنه ليس فيلقى من الثمن بذلك المقدار، مثلا: إذا بيع الأرض المختلفة الأجزاء بالسهولة و الحزونة على أنها عشرة أذرع، فتبين أنها خمسة أذرع، فالفأئ خمسة أذرع،

و قيمتها معلومة معينة فكيف يستحيل تقويمه؟!

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٢٥

قال: فإن شاء استرجع فضل ماله واخذ الأرض و ان شاء رد المبيع واخذ المال كله، الا ان يكون له الى جنب تلك الأرض ارضون فليوفه، و يكون البيع لازما، فإن لم يكن له فى ذلك المكان غير الذى باع، فإن شاء المشتري اخذ الأرض و استرجع فضل ماله و ان شاء رد الأرض واخذ المال كله، الخبر. و لا بأس باشماله على حكم مخالف للقواعد، لأن غاية الامر على فرض عدم امكان ارجاعه إليها،

و مخالفة ظاهره للاجماع طرح ذيله الغير المسقط لصدوره عن الاحتجاج.

خلافا للمحكى عن المبسوط، و جميع من قال فى الصورة الاولى بعدم التقسيط لما ذكر هناك من كون المبيع عينا خارجيا 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 الفأئ هنا لا يعلم قسطه من الثمن، لأن المبيع مختلف الاجزاء، فلا يمكن قسمته على عدد الجربان. (١)

(١) الثانى: ما عن المبسوط، و حاصله: ان الفأئ هنا لا يعلم قسطه من الثمن لان المبيع مختلف الأجزاء فلا يمكن قسمته على عدد الجربان.

و فيه أولا: ما تقدم من أن الفأئ جزء معين من الممتزج من الجيد و الردى، مثلا:

إذا كان نصفه ناقصا يؤخذ من الثمن نصفه و هكذا.

و ثانيا: أنه إذا كان قيمة الأجزاء مختلفة لا بد و أن يعين أن أى مقدار منها من الجيد وأيا منها من الردىء حفظا من الغرر، و عليه فالفائت يكون معلوما قسطه، و هو واضح.

الثالث: أن عدم معلومية قسط الفائت من الثمن يوجب جهالة ثمن المبيع فى ابتداء العقد مع عدم إمكان العلم به عند الحاجة الى التقسيط.

و فيه: مضافا الى ما مر- أن اللازم معلومية ما يقع مبيعا و ما هو عوض عنه فى مرحلة العقد بحسب بناء المتعاملين، لاما يكون مبيعا واقعا و ثمنه له كذلك، و لا جهل بما يعتبر العلم فيه فالأظهر هو التقسيط هناك أيضا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٢٦

و فيه ان عدم معلومية قسطه (١) لا يوجب عدم استحقاق المشتري ما يستحقه على تقدير العلم، فيمكن التخلص بصلح أو نحوه، الا ان يدعى استلزام ذلك جهالة ثمن المبيع فى ابتداء العقد، مع عدم إمكان العلم به عند الحاجة الى التقسيط. و فيه منع عدم المعلومية، (٢) لأن الفائت صفة كون هذه الأرض المعينة المشخصة عشرة اجرة، و يحصل فرضه و ان كان المفروض مستحيل الوقوع بتضاعف كل جزء من الأرض، لأنه معنى فرض نفس الخمسة عشرة و فرضه ايضا بصيرورة ثلاثة منها ثمانية أو اربعة تسعة أو واحد تسعة أو واحد ستة أو غير ذلك،

و ان كان ممكنا الا- انه 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 مضاعفا على ما هو عليه من الصفات المرئية أو الموصوفة.

ثم ان المحكى عن الشيخ العمل بذيل الرواية المذكورة، و نفى عنه البعد فى التذكرة معللا بأن القطعة المجاورة للمبيع اقرب الى المثل من الارش. و فيه مع منع كون نحو الارض مثليا أن الفائت لم يقع المعاوضة عليه فى ابتداء العقد، و قسطه من الثمن باق فى ملك المشتري، و ليس مضمونا على البائع، حتى يقدم مثله على قيمته.

و أما الشيخ (قدس سره) فالظاهر استناده فى ذلك الى الرواية

(١) قوله و فيه ان عدم معلومية قسطه عبارات نسخ الكتاب فى المقام مختلفة ففى بعضها هكذا و فى بعضها و فيه مضافا الى ان عدم معلومية الخ- و على الثانى فقولُه بعد سطر و نصف.

(٢) و فيه منع عدم المعلومية يكون غلطا و الصحيح الغاء لفظه و فيه- و كيف كان فمحصل جوابه الاول ان جهالة القسط لا تقتضى ذهاب حق المشتري الا ان يقال يرجوع الجهالة حينئذ الى جهالة الثمن فالمعاملة باطلة رأسا و حاصل- جوابه الثانى انه ان كان الارض متساوية الا-جزء قيمة يفرض كل جزء من الارض المشتراة على انها عشرة اجرة فانكشف انها خمسة جزءين- و ان كانت مختلفة الاجزاء يؤخذ المقدار الناقص بوصف الموجود قيمة و كيفية.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٢٧

الثالث: ان يتبين الزيادة عما شرط على البائع (١) فإن دلت القرينة على ان المراد اشتراط بلوغه بهذا المقدار لا بشرط عدم الزيادة، فالظاهر ان الكلل للمشتري. (٢) و لا- خيار، و ان اريد ظاهره و هو كونه شرطا للبائع من حيث عدم الزيادة و عليه من حيث عدم النقيصة، ففى كون الزيادة للبائع و تخير المشتري للشركة أو تخير البائع بين الفسخ و الاجازة لمجموع الشىء بالثمن وجهان: من ان مقتضى ما تقدم من ان اشتراط بلوغ المقدار المعين بمنزلة تعلق البيع به، فهو شرط صورة و له حكم الجزء عرفا ان اشتراط عدم الزيادة على المقدار هنا بمنزلة الاستثناء و اخراج الزائد عن المبيع و من الفرق بينهما بأن اشتراط عدم الزيادة شرط عرفا، و ليس بمنزلة الاستثناء، فتحلفه لا يوجب الا الخيار،

(١) ثالثها: ما إذا كان المبيع متساوي الاجزاء و تبين الزيادة، و الكلام فيه في موردين:

الأول: في حكم الزيادة و أنها للبائع أو المشتري.

الثاني: في الخيار، و أنه لهما أو لأحدهما.

أما الأول: فإن دلت القرينة على أن المراد اشتراط بلوغه بهذا المقدار لا بشرط عدم الزيادة، ففي المتن:

(٢) فالظاهر ان الكل للمشتري و لكن الظاهر بطلان البيع حينئذ، للغرر،

و إن كان عدم الزيادة شرطا فإن كان المبيع هو الموجود الخارجي و أخذ عدم الزيادة شرطا بحسب بناء المتعاملين كان الزائد للمشتري،

و إن كان المبيع هو المتكتم بكم خاص بقى الزائد في ملك البائع، و الارتكاز العرفي مساعد مع الثاني.

و أما الثاني فعلى التقدير الأول فإن كان الشرط من المشتري كان الخيار له، و ان كان من البائع ثبت له، و على التقدير الثاني كان الخيار للمشتري من جهة عيب الشركة.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٢٨

و لعل هذا اظهر (١) مضافا الى إمكان الفرق بين الزيادة و النقيصة، مع اشتراكهما في كون مقتضى القاعدة فيهما كونهما من تخلف الوصف لا نقص الجزء أو زيادته بورود النص المتقدم في النقيصة، و يبقى الزيادة على مقتضى الضابطة، و لذا اختار الاحتمال الثاني، بعض من قال بالتقسيت في اطراف النقيصة، و قد يحكى عن المبسوط القول بالبطلان هنا لأن البائع لم يقصد بيع الزائد (٢) و المشتري لم يقصد شراء البعض و فيه تأمل.

الرابع: ان يتبين في مختلف الاجزاء و حكمه يعلم مما ذكرنا. (٣)

القول في حكم الشرط الفاسد

إشارة

و الكلام فيه يقع في امور: (٤)

الأول: ان الشرط الفاسد لا تأمل في عدم وجوب الوفاء به، (٥)

(١) قوله و لعل هذا الظهر فيه منع بل المقامان من واد واحد فكما ان هناك قلنا، بان ظاهر الشرطية عدم جعل شيء بازاء الشرط، الا انه في شرط الكم قرينة كلية صارفة، و عليه بنينا على التقسيت كذلك لا بد من القول به هنا بلا تفاوت.

(٢) قوله لان البائع لم يقصد بيع الزائد حاصله عدم التطابق بين الايجاب و القبول فان البائع قاصد للاستثناء و المشتري قاصد للشرط و فيه: انه ان كان ظهور الكلام في قصد البائع الاستثناء يكون بالنسبة الى المشتري ايضا كذلك كما انه لو كان ظاهرا في ارادة الشرط فبالنسبة الى كل منهما هكذا.

(٣) و بما ذكرناه ظهر الحال في القسم الرابع و هو ما إذا تبينت الزيادة في مختلف الأجزاء، إذ حاله من جميع جهات الكلام حال القسم الثالث.

حكم الشرط الفاسد

(٤) القول في احكام الشرط الفاسد، و فيه مسائل:

(٥) الاولى: لا يجب الوفاء به، لان فساد الشرط لا محالة يكون لانتهاء احد

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٢٩

بل هو داخل في الوعيد، فإن كان العمل به مشروعاً استحَب الوفاء به على القول بعدم فساد اصل العقد، (١)

الأمر المذكور المعتبر بعضها في أصل كونه شرطاً، وبعضها في صحته، فلا كلام في عدم وجوب الوفاء به من حيث إنه شرط، لأن معنى فساده عدم ترتب حكمه عليه.

و هل يترتب عليه حكم الوعد أم لا؟ أقوال.

أحدها: أنه وعد يترتب عليه حكمه.

ثانيها: ما عن المحقق النائيني (رحمه الله) وهو أنه لا يترتب عليه ذلك.

(١) ثالثها: ما في المكاسب وهو ترتيبه على القول بعدم فساد اصل العقد و الأظهر هو الأول، فإنه إنشاء التزام بشيء فهو وعد.

و استدلل للثاني، بأن الوعد إخبار فلا ربط له بباب الشروط التي هي من مقولة الانشاء.

وفيه: ما تقدم في الجزء الثاني من هذا الشرح في مبحث الكذب أن الوعد ربما يكون إخباراً، وربما يكون إنشاءً كما إذا قال المولى لعبده: إذا فعلت الفعل الفلاني أعطيتك درهماً،

فلا يكون الوعد مقابلاً للإنشاء.

و استدلل للثالث بأن الشرط في ضمن العقد وعد مقيد لا مطلق قيد بصحة العقد.

وفيه أن العقد مقيد به لا هو بالعقد، بل هو مطلق، غاية الأمر إنشاءً في ضمن إنشاء العقد.

و انما المهم في المقام بيان أن الشرط الفاسد مفسد للعقد أم لا؟

و الكلام فيه في موردين:

الأول: في تعيين محل النزاع و بيان الأقوال.

أما الأول فإن كان فساد الشرط موجبا لاختلاف العقد نفسه كالشرط المنافي لمقتضى العقد بطل العقد بلا كلام، و ليس هو محل النزاع،

كما أنه لا كلام في البطلان إذا كان فساده موجبا لاختلال شيء من الأمور المعتبرة في العوضين، كما لو اشترط وجود وصف مجهول في احد العوضين

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٣٠

و لا تأمل ايضا في ان الشرط الفاسد لأجل الجهالة، يفسد العقد، (١) لرجوع الجهالة فيه الى جهالة احد العوضين، فيكون البيع غرراً، و كذا لو كان الاشتراط موجبا لمحدور آخر في اصل البيع، كاشتراط بيع المبيع من البائع. ثانياً: لأنه موجب للدور، أو لعدم القصد الى

البيع الاول، أو للتعبد من اجل الاجماع أو النص،

و كاشتراط جعل الخشب المبيع صنماً، لأن المعاملة على هذا الوجه اكل للمال بالباطل و لبعض الاخبار، و انما الاشكال فيما كان فساده لا أمر مخل بالعقد. فهل يكون مجرد فساد الشرط موجبا لفساد العقد ام يبقى العقد على الصحة؟ قولان:

حكى اولهما عن الشيخ و الاسكافي 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 الغير المقذور كصيورة الزرع سنبلًا و البسر تمرًا، و بين غيره من الشروط الفاسدة، فادعى في الأول عدم الخلاف في الفساد و الافساد

أو احداثه فيه فإنه يوجب الجهالة فيهما.

و إلى هذا نظر المصنف حيث قال:

(١) و لا تأمل أيضا في ان الشرط الفاسد لاجل الجهالة يفسد العقد لرجوع الجهالة فيه الى جهالة أحد العوضين، و إلا فشرط ما هو أجنبي عنهما لا يوجب الجهالة فيهما،

أو اشترط أمرا غير مقدور موجبا لتعذر تسليم أحد العوضين، كما لو بيع الزرع بشرط أن يجعل سنبلًا. و أما إذا اشترط أمرا غير مقدور لا ربط له بالعوضين كما لو باع الثوب بشرط أن يجعل الزرع سنبلًا فهو داخل في محل الكلام أو اشترط شرطًا أوجب سلب المايه عن أحد العوضين، كما لو باع الخشب بشرط أن يجعله صنمًا، فإن مرجع هذا الشرط الى حصر المنافع في المحرمه و سلب المحلله منه،

فيوجب سلب المنفعة و الخروج عن المايه، إذ المنافع المحلله لا يجوز استيفاؤها للشرط و المنافع المحرمه سلبها الشارع عنه، فيخرج عن كونه مالا فأكل المال على هذا الوجه أكل للمال بالباطل، كما صرح به المصنف

منهاج الفقاهه (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٣١

و مقتضى التأمل في كلامه ان 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 الى ما يوجب اختلال بعض شروط العوضين، لكن صريح العلامة في التذكرة: وقوع الخلاف في الشرط الغير المقدور، و مثل بالمثاليين المذكورين و نسب القول بصحة العقد الى بعض علمائنا، و الحق ان الشرط الغير المقدور من حيث هو غير مقدور لا يوجب تعذر التسليم في احد العوضين. نعم لو اوجبه فهو خارج عن محل النزاع كالشرط المجهول حيث يوجب كون المشروط بيع الغرر،

و ربما ينسب الى ابن المتوج البحراني التفصيل بين الفاسد لأجل عدم تعلق غرض مقصود 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 به فلا يوجب فساد العقد كاكل طعام بعينه أو لبس ثوب كذلك و بين غيره و قد تقدم في اشتراط كون الشرط مما يتعلق به غرض مقصود

و أما إذا لم يكن مخلا بالعقد و لا بالعوضين كما، لو اشترط ما لا يسوغ أو عدم العتق أو عدم وطء الأمة مما يبطل الشرط ففيه أقوال: الأول: ما عن الشيخ الطوسي و الاسكافي و ابني سعيد و البراج، و هو: عدم إفساده للبيع الثاني: ما عن أجله المتأخرين، كالعلامة في بعض كتبه و الشهيدين و المحقق الثاني و غيرهم و هو الافساد، و قواه العلامة في التبصرة قال: و في ابطال البيع به وجه قوى.

و لا يخفى أن المصنف نسب الى المتقدمين من الأصحاب بعكس ما ذكرناه، و لعله سهو من قلمه الشريف، و الأولون على قولين: الصحة مع الخيار، و بدونه.

و أما التفصيل المنسوب الى ابن زهرة و هو التفصيل بين الشرط غير المقدور كصيرورة الزرع سنبلًا و بين غيره من الشروط الفاسدة، فالظاهر عدم كونه تفصيلا في ما هو محل النزاع، لرجوع القسم الأول في كلامه الى ما يوجب خلافا في شروط أحد العوضين الذي عرفت خروجه عن محل النزاع،

و كيف كان فيشهد للصحة و عدم الافساد:

منهاج الفقاهه (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٣٢

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 بالافساد بأن للشرط

قسطا من الثمن، فيصير الثمن مع فساد الشرط مجهولا. نعم استدلالهم الآخر على الافساد بعدم التراضى مع انتفاء الشرط، ربما يؤيد عموم محل الكلام، لهذا الشرط إلا أن الشهيدين ممن استدلل بهذا الوجه، و صرح بلغوياً 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 يخصصه عدا وجوه:

احدها: ما ذكره في المبسوط للمانعين من ان للشرط قسطا من العوض،

مجهولا فإذا سقط لفساده صار العوض مجهولا. (١)

و فيه بعد النقض بالشرط الفاسد في النكاح الذي يكون بمنزلة جزء من الصداق فيجب على هذا سقوط المسمى و الرجوع الى مهر المثل. (٢)

العمومات الدالة على مشروعية المعاملة تأسيسا أو إمضاء.

و قد استدلل للقول بالفساد بوجوه:

(١) احدها: ما عن الشيخ في المبسوط و هو: ان للشرط قسطا من العوض مجهولا فإذا سقط لفساده صار العوض مجهولا.

و أجاب المصنف (رحمه الله) عنه بأجوبة أربعة:

(٢) الاول: النقض بالشروط الفاسدة في النكاح المرتبطة بالمهر، فانهم تسالموا على أن فسادها لا يوجب فساد عقد المهر الذي يتضمنه عقد النكاح المنحل الى عقدين: إنشاء علقه الزوجية بين الزوجين و عقد المهر و هو تعين ذاك الأمر الكلى الثابت على الزوج بإزاء تسلطه على البضع في مقدار معلوم أو في عين معلومة حيث إن لازم فساد الرجوع الى مهر المثل، و قد حكموا بصحته، و أنه يرجع الى المهر المسمى.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٣٣

اولا: منع مقابلة شيء (الشرط بشيء) من العوضين عرفا و لا شرعا، (١) لأن مدلول العقد هو وقوع المعاوضة بين الثمن و المثل، غاية الأمر كون الشرط قيذا لأحدهما يكون له دخل في زيادة العوض و نقصانه، و الشرع لم يحكم على هذا العقد إلا بإمضائه على النحو الواقع عليه، فلا يقابل الشرط بجزء من العوضين. و لذا لم يكن في فقده إلا الخيار بين الفسخ و الامضاء مجانا كما عرفت.

و ثانيا: منع جهالة ما بإزاء الشرط من العوض (٢) إذ ليس العوض المنضم الى الشرط و المجرى عنه الا كالمتمصف بوصف الصحة، و المجرى عنه، في كون التفاوت بينهما مضبوطا في العرف، و لذا حكم العلامة فيما تقدم بوجوب الارش لو لم يتحقق العتق المشروط في صحة بيع المملوك، و بلزوم قيمة الصنع المشروط في بيع الثوب.

و بهذا يظهر أن تطويل الكلام في المقام في أن الشرط الفاسد في النكاح غير المرتبط بالمهر هل يكون مفسدا له أم لا؟ أجنبي عما هو محل النقض.

(١) الثاني: انه لا مقابلة بين الشرط و احد العوضين و قد تقدم تفصيل القول فيه و عرفت أن الشرط ليس جزءا من أحد العوضين و لا قيذا له، و إنما الشرط التزام مستقل قيد الالتزام بالوفاء بالعقد به.

و ما أفاده المحقق الايرواني (رحمه الله) من أن العوض و إن كان لا يقابل القيد و لا التقييد و لكنه مقابل للمقيد بما هو مقيد لا ذات المقيد- قد مر جوابه، و عرفت أن المقيد منحل الى ذات المقيد و التقييد، و إذا كان التقييد أمرا انتزاعيا لا يقابل بالمال كان المقابل للعوض لا محالة ذات المقيد، غاية الأمر القيد يصير داعيا الى بذل المال في مقابل الذات أزيد مما يبذل لو لا القيد.

(٢) الثالث: انه مع تسليم المقابلة لا نسلم الجهالة، إذ ليس العوض المنضم الى الشرط و المجرى عنه إلا كالمتمصف بوصف الصحة و

المجرد عنه في كون التفاوت بينهما مضبوطا في العرف.

و فيه: أنه مع فرض المقابلة مجرد الانضباط لدى العرف لا يكفي، بل لا بد من

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٣٤

و ثالثا: منع كون الجهالة الطارئة على العوض قاذحة، انما القاذح هو الجهل به عند انشاء العقد. (١)

(الثاني): ان التراضي انما وقع على العقد الواقع على النحو الخاص، (٢) فإذا تعذر الخصوصية لم يبق التراضي، لانتفاء المقيد بانتفاء القيد، و عدم بقاء الجنس مع ارتفاع الفصل، فالمعوضة بين المثلن و الثمن بدون الشرط معاوضة اخرى، محتاجة الى تراض جديد، و انشاء جديد، و بدونه يكون التصرف اكلا للمال لاعن تراض،

و فيه منع كون ارتباط الشرط بالعقد على وجه يحوج انتفاؤه الى معاوضة جديدة عن تراض جديد، و مجرد الارتباط لا يقتضى ذلك، كما إذا تبين نقص احد العوضين، (٣) أو انكشف فقد بعض الصفات المأخوذة في البيع، كالكتابة، و الصحة،

المعلومية عند المتبايعين.

(١) الرابع: ان اللازم العلم بما هو مبيع و ثمن في مرحلة البيع و الانشاء و أما العلم بما يصير مصداقا للمبيع أو الثمن فلا يكون معتبرا، و لذا في بيع ما يملك و ما لا يملك التزمنا بالصحة مع عدم معرفة المبيع و الثمن إلا في مرحلة الانشاء. و هذا حسن.

(٢) ثانيها: ان التراضي انما وقع على العقد الواقع على النحو الخاص فإذا تعذر الخصوصية لم يبق التراضي، لانتفاء المقيد بانتفاء القيد، فالمعوضة المنشأة عن تراض لم تقع، و المعاوضة بدون الشرط تحتاج الى تراض جديد، و بدونه تكون من قبيل أكل المال بالباطل. و يرد: مضافا الى النقوض المذكورة في المتن منها.

(٣) قوله كما إذا تبين نقص احد العوضين فانه لا يوجب فساد العقد قطعا بل يقسط الثمن بنسبته و يصح في الباقي و للمشتري الخيار لانتفاء شرط الانضمام و بذلك ظهران مرجعه الى انتفاء الشرط ايضا فما عن جامع المقاصد من ان الفرق بينه و بين الشرط عسر جدا في غير محله: فانه عينه كما عرفت.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٣٥

و كالشروط الفاسدة في عقد النكاح، (١) فإنه لا خلاف نصا و فتوى في عدم فساد النكاح بمجرد فساد شرطه المأخوذ فيه.

و قد تقدم ان ظاهرهم في الشرط الغير المقصود للعقلاء في السلم و غيره عدم فساد العقد به، و تقدم أيضا ان ظاهرهم ان الشرط الغير المذكور في العقد لا حكم له صحيحا كان أو فاسدا، (٢) و دعوى ان الاصل في الارتباط هو انتفاء الشيء بانتفاء ما ارتبط به، و مجرد عدم الانتفاء في بعض الموارد لأجل الدليل لا- يوجب التعدي مدفوعة بأن المقصود من بيان الامثلة، انه لا يستحيل التفكيك بين الشرط و العقد،

و انه ليس التصرف المترتب على العقد بعد انتفاء ما ارتبط به في الموارد المذكورة تصرفا لا عن تراض جوزه الشارع تعبدا و قهرا على المتعاقدين، فما هو التوجيه في هذه الامثلة هو التوجيه فيما نحن فيه، و لذا اعترف في جامع المقاصد: بأن في الفرق بين الشرط الفاسد و الجزء الفاسد عسرا.

و الحاصل انه يكفي للمستدل بالعمومات منع كون الارتباط مقتضيا لكون العقد بدون الشرط تجارة لاعن تراض، مستندا الى النقض بهذه الموارد، و حل ذلك ان القيود المأخوذ في المطلوبات العرفية و الشرعية:

(١) و منها قوله و كالشروط الفاسدة في عقد النكاح نقضه في المقام انما يكون بالشروط الفاسدة، غير المربوطة بعقد المهر، بل بعقد

النكاح نفسه- و عدم ابطالها مطلقا و ان لم يكن ثابتا الا في بعض الموارد اتفق النص «١»

و الفتوى على عدم الافساد و هذا يكفى فى النقض.

(٢) و منها قوله و تقدم ايضا ان ظاهر هم ان الشرط الغير المذكور فى العقد لا حكم له صحيحا كان أو فاسدا يمكن دفع هذا النقض بانه فى باب الانشائيات لا يعتنى بالبناءات و الالتزامات القلبية ما لم تبرز فهى فى حكم العدم فتدبر و به يظهر امكان دفع ما قبله- إذ ما لا يكون مقصودا للعقلاء لا يكون فى الحقيقة قيدا.

ان الشرط ان كان من قبيل الصورة النوعية لما وقع عليه العقد لا محالة يكون مقابلا

(١) الوسائل- باب ٢٩ من ابواب المهور كتاب النكاح.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٣٦

منها ما هو ركن المطلوب ككون المبيع حيوانا ناطقا لا ناهقا، و كون مطلوب المولى اتيان تنن الشطب، لا الاصفر الصالح للتارجيل، و مطلوب الشارع الغسل بالماء للزيارة لاجل التنظيف، فإن العرف يحكم فى هذه الامثلة بانتفاء المطلوب لانتهاء هذه القيود، فلا يقوم الحمار مقام العبد، و لا الاصفر 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 فى هذه الموارد بكون الفاقد نفس المطلوب، و الظاهر ان الشرط من هذا القبيل لا من قبيل الأول، فلا يعد التصرف الناشئ عن العقد بعد فساد الشرط تصرفا لاعن تراض. (١)

نعم غاية الامر ان فوات القيد هنا موجب للخيار لو كان المشروط له جاهلا بالفساد نظير فوات الجزء و الشرط الصحيحين، و لا مانع من التزامه و ان لم يظهر منه اثر فى كلام القائلين بهذا القول.

لعوض، إذ لا يصح المبادلة بين المادة الهولائية و الثمن، لأنه لا مالمية لها.

و إن كان من قبيل العوارض الخارجية فهو خارج عن العقد و المعاوضة، و لا يكون قيدا للبيع و لا لأحد العوضين، بل هو التزام قيد الالتزام بالوفاء بالعقد به، فالالتزام البيعى يكون مطلقا غير معلق و قد تحقق عن الرضا و طيب النفس بالمعنى المعترف فى صحة المعاملة، و قد تقدم تفصيل القول فى ذلك.

(١) و الظاهر ان هذا مراد المصنف (رحمه الله) مما ذكره فى المقام لا ان يكون مراده ما ذكره جمع منهم المحقق الخراسانى (رحمه الله)

من أن التقييد يوجب تعدد المطلوب إذا لم يكن القيد مقوما لحقيقة المبيع و وحدة المطلوب إذا كان مقوما، بتقريب: أن العقلاء بناؤهم فى مقام المعاملة على أخذ ما هو دخيل فى أصل الغرض المعاملى بنحو التقييم و على أخذ ما لا دخل له فى أصل الغرض، بل فى مرتبة منه بنحو الشرطية، و فى القسم الثانى حيث لم يتخلف الغرض الأصلى فلا- بطلان- للبيع بما هو بيع، و حيث تخلف الغرض الاقصى و هو ايضا غرض عقدى معاملى

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٣٧

الثالث: رواية عبد الملك بن عتبة عن الرضا (عليه السلام) عن الرجل ابتاع منه طعاما أو متاعا على أن ليس منه على و ضيعه هل يستقيم هذا، و كيف هذا. و ما حد ذلك،

قال لا ينبغى، و الظاهر ان المراد الحرمة لا الكراهة، كما فى المختلف، إذ مع صحة العقد لا وجه لكراهة الوفاء بالوعد. (١)

فيثبت الخيار، و عليه فلا- تقييد لأصل الرضا بالبيع فإنه يرد: أن هذا لا يوجب التفاوت بين ما هو الركن و غيره، إذ غير الركن ربما

يكون دخيلاً في أصل الغرض.

وبالجملة إن ذلك ليس أمراً مضبوطاً كى يمكن دعواه في جميع العقود، بل يختلف باختلاف الأغراض والدواعى.

ثالثها: النصوص الخاصة الواردة في المقام.

منها: خبر «١» عبد الملك بن عتبة المذكور في المتن.

(١) وتقريب الاستدلال على ما في محكى المختلف: ان الظاهر ارادة الحرمة لا الكراهة، إذ مع صحة العقد لا وجه لكراهة الوفاء بالوعد.

توضيحه: أن منشأ حرمة العقد أو كراهته هو حرمة الشرط أو كراهته، وحيث إن كراهة الشرط لا معنى لها فإن ما في ضمن العقد الصحيح وعد يستحب الوفاء به فلا بد من حمله على إرادة الحرمة الوضعية، فيدل الخبر على أن العقد فاسد، لفساد شرطه. وفيه: إن هذا الخبر لا يصح الاستدلال به، لضعفه سنداً ودلالة.

أما الأول، فلأن راوى الخبر عبد الملك بن عتبة الهاشمى الملكى لا الصيرفى الكوفى الثقفة، بقرينه رواية على بن الحكم عنه، وهو مجهول لم يوثق.

و أما الثانى، فلو جوه:

أحدها: أن الخبر متضمن لسؤالين: أحدهما: السؤال عن صحة البيع بهذا الشرط

(١) الوسائل - باب ٣٥ - من ابواب احكام العقود كتاب التجارة. و الخبر مروى عن الامام الكاظم (عليه السلام).

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٣٨

و رواية الحسين بن المنذر قال: قلت لأبى عبد الله (عليه السلام) الرجل يجيننى فيطلب منى العينة فأشترى المتاع لأجله، ثم أبيعته إياه ثم اشترى منه مكانى، قال: فقال إذا كان هو بالخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبع، و كنت انت ايضا بالخيار ان شئت اشتريت و ان شئت لم تشتت فلا بأس، قال: فقلت ان اهل المسجد يزعمون ان هذا فاسد، و يقولون انه ان جاء به بعد اشهر صح، قال انما هذا تقديم و تأخير لا بأس،

فإن مفهومه ثبوت البأس إذا لم يكونا أو أحدهما مختاراً في ترك المعاملة الثانية،

و عدم الاختيار في تركها انما يتحقق باشتراط فعلها في ضمن العقد الاول، و الا فلا يلزم عليها، فيصير الحاصل انه إذا باعه بشرط ان يبيعه منه أو يشترى منه لم يصح البيع الاول فكذا الثانى، أو لم يصح الثانى لأجل فساد الأول، إذ لا مفسد له غيره،

ثانيهما: السؤال عن صحة الشرط و تسلط المشتري على أخذ الخسارة منه، و من الجائز رجوع قوله (عليه السلام): لا ينبغي الى الثانى

دون الأول، فهو أجنبي عن المقام ثانيها: أن لا ينبغي لو لم يكن ظاهراً في الكراهة لا يكون ظاهراً في الحرمة التكليفية أو الوضعية.

ثالثها: أنه لو سلم ظهوره في الحرمة الوضعية أى الفساد، غاية ما يستفاد منه اعتبار عدم هذا الشرط في صحة البيع، و هذا أعم من مفسدية الشرط الفاسد.

ثم الربح و الخسارة بما أنهما تابعان لنفس المال و يستحيل أن يكونا لغير صاحب المال، فإن كان الشرط كون الخسارة على البائع كان شرط أمر غير معقول، و إن كان الشرط تدارك الخسارة فهو معقول لا إشكال فيه، و ظاهر الخبر هو الأول.

و منها: ما ورد في بيع العينة، و المشهور فيه ما هو المعهود المتداول بين الناس تخلصاً عن الربا و هو: أن يشتري السلعة بثمن مؤجل ثم يبيعه من بائعها بأقل من هذا الثمن نقداً متبانياً على ذلك قبل العقد،

كخبرى الحسين بن المنذر «١» و على بن جعفر «٢» المذكورين في المتن

(١) الوسائل كتاب التجارة باب ٥ من ابواب احكام العقود حديث ٤.

(٢) الوسائل - باب ٥- من ابواب العقود حديث ٦.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٣٩

و رواية علي بن جعفر عن اخيه (عليه السلام) قال سألته عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم الى اجل، ثم اشتراه بخمسة نقداً أ يحل، قال: إذا لم يشترطاً ورضياً فلا بأس، و دلالتها اوضح من الاولى.

و الجواب اما عن الاولى، فبظهور - لا ينبغي - في الكراهة، و لا مانع من كراهة البيع على هذا النحو من ان البيع صحيح غير مكروه، و الوفاء بالشرط مكروه. (١)

و أما عن الروايتين، فأولاً: بان الظاهر من الروايتين بقريته حكاية فتوى اهل المسجد، على خلاف قول الامام (عليه السلام) في الرواية الاولى هو رجوع البأس في المفهوم الى الشراء، و لا ينحصر وجه فساد في فساد البيع، (٢) لاحتمال ان يكون من جهة عدم الاختيار فيه الناشئ عن التزامه في خارج العقد الاول، فإن العرف لا يفرقون في الزام المشروط عليه بالوفاء بالشرط، بين وقوع الشرط في متن العقد،

أو في الخارج، فإذا التزم به احدهما في خارج العقد الاول، كان وقوعه للزومه عليه عرفاً فيقع لاعن رضا منه فيفسد.

و تقريب الاستدلال بهما: أنهما بالمفهوم يدلان على ثبوت البأس إذا لم يكونا مختارين و اشترطوا البيع بالشرط الملزم و هو ما في ضمن العقد.

و عليه فإما يدل على فساد البيع الأول فهو المطلوب، أو يدل على فساد الثاني،

و حيث لا منشأ لفساده سوى فساد الأول فيثبت المطلوب،

وفيه: أن البيع المشروط بالشرط المذكور باطل إجماعاً و نصاً، و التزم بالبطان فيه من لم يلتزم بمفسدية الشرط الفاسد.

و ان شئت قلت: إن البيع محكوم بالفساد لهذا الشرط الذي ليس بفساد في نفسه،

و بعبارة أخرى: أن الفساد فيه مختص بالعقد مع صحة شرطه في حد نفسه.

(١) و اجاب المصنف عن الخبر الاول - بما حاصله: ان كراهة البيع و ان لم يكن لها منشأ سوى كراهة الشرط، لكن غاية الأمر كراهة الاشتراط لا العمل بالشرط، و لا منافاة بين كون الاشتراط مكروهاً و العمل بالشرط واجباً أو مستحباً.

(٢) كما اجاب عن الاخيرين بجواب آخر، و هو: ان ظاهر السؤال و الجواب خصوصاً بقريته حكاية فتوى أهل المسجد، هو: رجوع البأس الى الشراء، و لا ينحصر

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٤٠

و ثانياً: بان غاية مدلول الرواية فساد البيع المشروط فيه بيعه عليه ثانياً، و هو مما لا خلاف فيه حتى ممن قال بعدم فساد العقد بفساد شرطه كالشيخ في المبسوط،

فلا يتعدى منه الى غيره، فلعل البطان فيه للزوم الدور، كما ذكره العلامة أو لعدم قصد البيع، كما ذكره الشهيد (قدس سره) أو لغير ذلك. بل التحقيق ان مسألة اشتراط بيع المبيع خارجة عما نحن فيه، لأن الفساد ليس لأجل كون نفس الشرط فاسداً، لأنه في نفسه ليس مخالفاً للكتاب و السنة، و لا منافياً لمقتضى العقد، بل الفساد في اصل البيع لأجل نفس هذا الاشتراط فيه لا لفساد ما اشترط. و قد اشرنا الى ذلك في اول المسألة.

و لعله لما ذكرنا لم يستند إليها احد في مسألتنا هذه، و الحاصل اني لم اجد لتخصيص العمومات في هذه المسألة ما يطمئن به النفس،

و يدل على الصحة أيضا جملة من الاخبار.

وجه فساد في فساد البيع، لاحتمال أن يكون وجهه عدم الاختيار فيه الناشئ عن التزامه في خارج العقد الأول، إذ أهل العرف لا يفرقون في إلزام المشروط عليه بالوفاء بالشرط بين الابتدائي منه و الواقع في متن العقد، فالشراء صادر بتوهم اللزوم و من غير طيب النفس فيفسد.

و فيه: أن ذلك لو أوجب عدم الرضا الموجب للفساد لما كان فرق بين الشرط الصحيح و الفاسد و لا يمكن الالتزام بالفساد فيما إذا كان البيع شرطا في ضمن عقد يجب الوفاء به.

وحل ذلك: أن مثل هذا عدم الرضا لا يوجب البطلان، بل الموجب هو الصادر عن غير اختيار أو عن إكراه، فينحصر وجه الفساد في فساد البيع الأول،

مع أن حمل الشرط على الخارج عن العقد خلاف الظاهر، فإنه فاسد في نفسه لا من جهة تعلقه بالبيع الثاني، و ظاهرهما كون الفساد لهذه الجهة، فالحق ما ذكرناه،

فتحصل أنه لا دليل على المفسدية، و مقتضى العمومات الصحة و عدم الافساد.

و يشهد بذلك مضافا الى العمومات: جملة من النصوص الخاصة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٤١

و منها ما عن المشايخ الثلاثة في الصحيح عن الحلبي عن الصادق (عليه السلام) انه ذكر ان بريرة كانت عند زوج لها و هي مملوكة. فاشترتها عائشة فاعتقتها، فخيرها رسول الله (صلى الله عليه و آله) فقال ان شاءت قعدت عند زوجها، و ان شاءت فارقت، و كان مواليتها الذين باعوها اشترطوا على عائشة ان لهم ولاءها، فقال (صلى الله عليه و آله) الولاء لمن اعتق و حملها على الشرط الخارج عن العقد مخالف لتعليل فساد في هذه الرواية اشارة و في غيرها صراحة بكونه مخالفا للكتاب و السنة، (١) فالانصاف ان الرواية في غاية الظهور.

و منها رسالة جميل و صحيحة الحلبي، الاولى عن احدهما: في الرجل يشتري الجارية و يشترط لاهلها ان لا يبيع و لا يهب و لا يرث، قال: يفى بذلك إذا اشترط لهم الا الميراث، فإن الحكم بوجوب الوفاء بالاولين دون الثالث، مع اشتراط الجميع في العقد لا يكون الا مع عدم فساد العقد بفساد شرطه، (٢) و لو قلنا بمقالة المشهور من فساد اشتراط عدم البيع و الهبة

لاحظ صحيح الحلبي «١» المذكور في المتن و مثله صحيح عيص بن القاسم «٢»

و حملهما على الشرط الخارج عن العقد خلاف الظاهر.

(١) قوله مخالف لتعليل فساد في هذه الرواية اشارة و في غيرها صراحة بكونه مخالفا للكتاب و السنة و فيه ان التعليل في غير هذه الرواية لا يجدى و في هذه الرواية لا تعليل بل قوله (صلى الله عليه و آله) الولاء لمن اعتق حكم ابتدائي لا تعليل لفساد الشرط حتى يقال انه لو كان الشرط في خارج العقد كان التعليل لفساده بعدم المقتضى اولى من التعليل له بوجود المانع - فالاولى ان يقال ان ظاهرها كون الشرط في ضمن العقد.

(٢) قوله فان الحكم بوجوب الوفاء بالاولين دون الثالث مع اشتراط الجميع في العقد ... بفساد شرطه اورد عليه المحقق الايرواني (رحمه الله) بان ظاهر الخبر بقرينة قوله إذ اشترط ان الجواب قضيتان عامتان هما بطلان شرط الميراث و صحة الشرطين الآخرين فإذا طبقت على المورد اقتضى بطلان شرط الميراث إذا قيل بالسراية بطلان العقد و إذا بطل العقد بطل الشرطان الآخران لانتفاء الموضوع لا لأجل فسادهما في حد انفسهما.

(١) الوسائل - باب ٣٧ - من ابواب كتاب العتق حديث ١.

(٢) نفس المصدر حديث ٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٤٢

حتى انه حكى عن كاشف الرموز: اني لم اجد عاملا بهذه الرواية كان الامر بالوفاء محمولا على الاستحباب، ويتم المطلوب ايضا، (١) ويكون استثناء شرط الارث لأن الملك فيه قهري للوارث لا معنى لاستحباب وفاء المشتري به، مع ان تحقق الاجماع على بطلان شرط عدم البيع والهبة ممنوع، كما لا يخفى.

و الثانية: عن ابي عبد الله (عليه السلام) عن الشرط في الاماء 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 ان لا تورث على الصحة، (٢) بل يمكن ان يستفاد من قوله بعد ذلك كل شرط خالف كتاب الله عز و جل فهو رد، اي لا يعمل به، ان جميع ما ورد في بطلان الشروط المخالفة لكتاب الله جل ذكره يراد بها عدم العمل بالشرط لا بطلان أصل البيع،

وفيه: ان الظاهر من السؤال هو السؤال عن حكم واقعة شخصية و هو بيع الجارية مع اشتراط هذه الامور الثلاثة و حمل الجواب على ارادة بيان حكمين كليين خلاف الظاهر فالظاهر منه صحة العقد و الشرط، و فساد الشرط الثالث فيدل على المطلوب.

و صحيح آخر للجلبي «١» و مرسل جميل «٢» المذكورين في المتن و ظاهرهما بيان واقعة شخصية خارجية فهما يدلان على صحة الشرطين و بالتبع صحة البيع و بطلان الشرط الثالث، فيدلان على عدم مفسدية الشرط الفاسد للعقد.

(١) قوله كان الامر بالوفاء محمولا على الاستحباب و يتم المطلوب تاميته تتوقف على ان الشرط الفاسد في ضمن العقد الصحيح، و عد يستحب الوفاء به و أما إذا كان العقد فاسدا فلا وعد كي يستحب الوفاء به و قد تقدم بطلان ذلك فراجع.

(٢) قوله فان قوله فانها تورث يدل على بقاء البيع ... على الصحة اورد عليه المحقق الايرواني (رحمه الله) بانه يمكن ان يكون المراد ان كل مملوك لا ينفك عن كونه مورثا لمالكه و عليه فغاية مدلوله ان شرط عدم الارث باطل الا يؤثر

(١) الوسائل - باب ٣٧ - من ابواب كتاب العتق حديث ١.

(٢) نفس المصدر حديث ٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٤٣

و يؤيده ما ورد في بطلان الشروط الفاسدة في ضمن عقد النكاح. (١)

و قد يستدل على الصحة بأن صحة الشرط فرع على صحة البيع، فلو كان الحكم بصحة البيع، موقوفا على صحة الشرط لزم الدور، (٢) و فيه ما لا يخفى.

و الانصاف ان المسألة في غاية الاشكال، و لذا توقف فيها بعض تبعاً للمحقق (قدس سره)

في حكم الارث من غير تعرض لحكم العقد المتضمن لهذا الشرط و يمكن ان يقال تأييدا له ان قوله فانها تورث بمنزلة الصغرى لقوله كل شرط خالف الخ، و مجموع القضية علة لقوله غير الميراث فمفاد الخبر ان شرط عدم الارث لا يجوز لكونه خلاف الكتاب و السنة و لا يكون متعرضا لحكم العقد و به يظهر ما في قوله بل يمكن ان يستفاد من قوله بعد ذلك كل شرط خالف كتاب الله عز و جل فهو رد أي لا يعمل به ان جميع ما ورد الى آخره.

(١) و يؤيد ذلك ما ورد في النكاح من الاخبار الدالة على صحة عقده و فساد الشرط فيه كصحيح محمد بن قيس «١» بل و خبر الوشاء «٢» الذي استدل به بعضهم على عدم مفسدية الشرط الفاسد.

(٢) و قد يستدل للصحة بان صحة الشرط متوقفة على صحة البيع فلو كان الحكم بصحة البيع موقوفا على صحة الشرط لزم الدور. و يرد عليه: أن صحة العقد لا تتوقف على وجود الشرط فضلا عن صحته، نعم على القول بمفسدية الشرط الفاسد تتوقف على عدم الاشتمال على الشرط الفاسد و هو لا يتوقف على صحة العقد كما هو واضح، مع ان المراد من الشرط الفاسد المتوقف على عدم صحة العقد ليس هو الفاسد من جميع الجهات بل الفاسد من الحيثيات الراجعة الى الشرط نفسه من غير جهة لزوم وقوعه في ضمن العقد، و صحة الشرط المتوقفة على صحة العقد هي صحته من ناحية لزوم وقوع الشرط في ضمن العقد فكل من المتوقف و المتوقف عليه غير الآخر، فتدبر فإنه دقيق.

(١) الوسائل - باب ٣٨ - من ابواب المهور حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ٣٩ - من ابواب المهور حديث ٤.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٤٤

ثم على تقدير صحة العقد، ففي ثبوت الخيار للمشروط له مع جهله بفساد الشرط وجه، (١) من حيث كونه في حكم تخلف الشرط الصحيح، فإن المانع الشرعي كالعقلى، فيدل عليه ما يدل على خيار تخلف الشرط، و لا فرق في الجهل المعتبر في الخيار بين كونه بالموضوع أو بالحكم الشرعي. و لذا يعذر الجاهل بثبوت الخيار أو بفوريته، و لكن يشكل بأن العمدة في خيار تخلف الشرط هو الاجماع

الشرط الفاسد يوجب الخيار

(١) ثم على تقدير صحة العقد ففي ثبوت الخيار للمشروط له مع جهله بفساد الشرط وجهان، و الكلام يقع في مقامين:

الأول: في الخيار بناء على كون خيار تخلف الشرط على القاعدة كما اخترناه:

الثاني: في الخيار بناء على كونه على خلاف القاعدة ثابتا بأدلة نفي الضرر.

أما الاول فمقتضى القاعدة ثبوت الخيار و إن كان عالما بالفساد من جهة أنه علق الالتزام بالوفاء بالعقد على الشرط و المفروض عدمه، و لا فرق في ذلك بين كون عدمه قهريا كتعذر الشرط أو اختياريا كتخلف المشروط عليه عن العمل بالشرط أو لمنع شرعي كفساد الشرط.

نعم لا يزم ما ذكرناه عدم الخيار لو فرض إتيان المشروط عليه بالشرط إذا كان من الأفعال و إن كان معصية، كما لو اشترط شرب الخمر فشربها، فالخيار إنما يكون في شرط النتيجة و شرط الفعل مع عدم العمل.

و أما المقام الثاني، ففي صورة العلم بالفساد لا خيار، لأنه مع العلم قد أقدم على ضرره فلا يعمه دليل الضرر.

و أما في فرض الجهل فقد أورد المصنف (رحمه الله) على القول بدلالة حديث نفي الضرر على ثبوت الخيار هنا بوجه بعضها مختص بالجهل بالحكم إذا كان عن تقصير.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٤٥

و ادلة نفي الضرر قد تقدم غير مرة انها لا تصلح لتأسيس الحكم الشرعي. إذا لم يعتضد بعمل جماعة، لأن المعلوم اجمالا انه لو عمل

بعمومها لزم منه تأسيس فقه جديد (١) خصوصا إذا جعلنا الجهل بالحكم الشرعي عذرا، فرب ضرر يترتب على المعاملات من اجل الجهل باحكامها، خصوصا الصحة و الفساد.

فإن ضرورة الشرع قاضية في اغلب الموارد بأن الضرر المترتب على فساد معاملة مع الجهل به لا يتدارك، (٢) مع ان مقتضى تلك الأدلة نفى الضرر الغير الناشئ عن تقصير المتضرر في دفعه، (٣) سواء كان الجهل متعلقا بالموضوع أو بالحكم، و ان قام الدليل في بعض المقامات على التسوية بين القاصر و المقصر، فالاقوى في المقام عدم الخيار، و ان كان يسبق خلافه في بادئ الانظار.

(١) الاول: انه لا يصلح لتأسيس حكم شرعي إذا لم يعتضد بعمل جماعة لان المعلوم إجمالا أنه لو عمل بعمومه لزم منه تأسيس فقه جديد.

و فيه أن إشكال لزوم تخصيص الأكثر في الحديث لخروج أبواب الجنايات و الضمانات و التعزيرات و الخمس و الزكاة و الجهاد و غيرها لو ابقى الحديث على ظاهره اشكال تعرض له المصنف في رسالته، و أجاب عنه: بأن الخارج إذا كان بعنوان واحد جامع لا محذور فيه.

و قد أجبنا عنه بأجوبة اخرى في الرسالة التي وضعناها للبحث عن الحديث و أثبتنا تبعا له أنه لا محذور فيه من هذه الناحية، و أن كل مورد دل الدليل على خروجه عن الحديث نلتزم به، و في غير ذلك يكون المرجع عموم الحديث، و لا محذور فيه.

(٢) الثاني: ان ضرورة الشرع قاضية في اغلب الموارد بان الضرر المترتب على فساد معاملة مع الجهل به لا يتدارك.

و فيه: أن المقصود ليس رفع الضرر المترتب على فساد الشرط و فقده، بل رفع الضرر المترتب على لزوم العقد الصحيح:

(٣) الثالث: ان مقتضى تلك الأدلة نفى الضرر غير الناشئ عن تقصير المتضرر

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٤٦

الثاني: لو اسقط المشروط له، الشرط الفاسد على القول بافساده، لم يصح بذلك (١) العقد لان عقده بينهما على الفساد، فلا ينفع اسقاط المفسد، (٢) و يحتمل الصحة بناء على ان التراضي انما حصل على العقد المجرد عن الشرط، فيكون كتراضيها عليه حال العقد. (٣) و فيه ان التراضي انما ينفع إذا وقع عليه العقد أو لحق العقد السابق، كما في بيع المكروه و الفضولي. 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. (٤)

في رفعه، و الوجه في ذلك صدق الاقدام على الضرر بترك التعلم للحكم عمدا في صورة التقصير فلا يشمله الحديث.

و فيه: أنه لم يدل دليل على عدم الشمول في صورة الاقدام كي يدور الحكم مدار صدق الاقدام و عدمه، بل انما نلتزم بعدم الشمول في صورة العلم، من جهة انه وارد مورد الامتنان، و لا امتنان في الرفع مع العلم، و هذا الوجه لا يجري في الجهل بالحكم إذا كان عن تقصير،

فتحصل: أن الاظهر ثبوت الخيار في فرض الجهل على هذا المسلك أيضا.

لو أسقط المشروط له الشرط الفاسد

(١) الثانية: لو اسقط المشروط له الشرط الفاسد على القول بافساده فهل يصح بذلك العقد أم لا؟

المراد من اسقاط الشرط الرضا بالعقد مجردا عن الشرط و قد استدل المصنف لعدم صحة العقد بذلك:

(٢) بان العقد وقع فاسدا فلا ينفع اسقاط المفسد.

(٣) ثم استدلت للصحة: بان الفساد كان لاجل عدم الرضا فإذا رضى بالمجرد صح.

(٤) و اجاب عنه: بان متعلق الرضا لم يعقد عليه أى لم يعقد على المجرد و متعلق العقد و هو المقيد بالشرط لم يرض به.

و فيه: أن الشرط التزام خارج عن الالتزام العقدى و متعلق الالتزام العقدى

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٤٧

و يظهر من بعض مواضع التذكرة التردد فى الفساد بعد اسقاط الشرط، قال:

يشترط فى العمل المشروط على البائع ان يكون محللا فلو اشترى العنب على شرط ان يعصره البائع خمرا لم يصح الشرط، و لبيع على

اشكال ينشأ من جواز اسقاط المشتري الشرط عن البائع و الرضا به خاليا عنه، و هو المانع من صحة البيع و من اقتران البيع بالمبطل. و

بالجملة، فهل يثمر اقتران مثل هذا الشرط بطلان البيع من اصله، (١) بحيث لو رضى صاحبه باسقاطه لا يرجع البيع صحيحا، أو ايقاف

البيع بدونه، فإن لم يرض بدونه بطل و الاصح، انتهى و لا يعرف وجه لما ذكره من احتمال الايقاف (٢)

الثالث: لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد لفظا، و لم يذكر فى العقد، فهل يبطل العقد بذلك بناء على ان الشرط الفاسد مفسد له ام لا؟

(٣) وجهان بل قولان مبيان على تأثير الشرط قبل العقد.

نفس المقيد لامع القيد، و المفروض أنه المرضى به.

و الحق أن يقال: إن منشأ القول بالافساد إن كان فقد الرضا صح العقد، و إن كان جهالة العوض أو النص الخاص لم يصح و هو

واضح.

(١) قوله و بالجملة فهل يثمر اقتران هذا الشرط بطلان البيع من اصله هذا بيان لما ذكره من وجهى الاشكال إذ المراد من الصحة التى

ذكرها أولا هى الصحة المراعاة بالاسقاط.

(٢) قوله و لا- يعرف وجه لما ذكره من احتمال الايقاف مراده عدم الوجه الصحيح، و الا فالايقاف هى الصحة المراعاة التى ذكر هو

قده فى اول المسألة وجهها و قويناه و الله العالم.

ذكر الشرط الفاسد قبل العقد

(٣) الثالثة: لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد لفظا و لم يذكر فى العقد فهل يبطل العقد بذلك بناء على القول بأن الشرط الفاسد مفسد

للعقد، أم لا؟ وجهان،

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٤٨

فإن قلنا: بأنه لا حكم له كما هو ظاهر المشهور، و قد تقدم فى الشروط لم يفسد و الا فسد (١) 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 انفسهما ذلك و لم يشترطه لم يضر

و لو شرطه قبل العقد لفظا، فإن كانا يعلمان بأن الشرط المتقدم لا حكم له، فلا اثر له، و إلا اتجه بطلان العقد، (٢) كما لو ذكره فى

متنه، لانهما لم يقدم الا على الشرط، و لم يتم لهما فيبطل العقد، انتهى.

و فى باب المراجعة بعد ذكر المحقق فى المسألة المذكورة انه لو كان من قصدهما ذلك و لم يشترطه لفظا كره، قال فى المسالك

اى لم يشترطه فى نفس العقد فلا عبرة بشرطه قبله، نعم لو توهم لزوم ذلك، أو نسي ذكره فيه مع ذكره قبله، اتجه الفساد،

انتهى.

و قد بنى المصنف القول بالصحة و الفساد فى المسألة، على القول بتأثير الشرط المذكور قبل العقد غير المذكور فى متن العقد،

(١) فعلى القول بانه لا حكم له كما هو ظاهر المشهور لم يفسد و الا افسد و أورد عليه أكثر المحققين من المحشين بما حاصله: أن إفساد الشرط الفاسد للعقد لا يدور مدار صدق لفظ الشرط، بل مدار تقييد الرضا بأمر لم يسلم أو الجهل بما قابل المبيع من الثمن، و كل من الأمرين حاصل بمجرد القصد بلا حاجة الى اللفظ.

و فيه: أنه في باب العقود و الايقاعات لا يعتنى بالاغراض و الدواعى النفسانية ما لم تنشأ، فإذا فرضنا أن الشرط المتقدم غير المذكور في العقد ذكره قبل العقد كالعدم لا يكون مقيدا للعقد.

و إن شئت قلت: إنه كما لا- عبرة بالرضا النفساني بشيء ما لم يبرز كذلك القيد النفساني غير المنشأ لا يصلح للتقييد في باب المعاملات، فما أفاده المصنف (رحمه الله) متين.

(٢) و قد يقال: كما في محكى المسالك- بدوران الصحة و الفساد مدار العلم بان الشرط المتقدم لا حكم له و الجهل به نظرا الى أنه مع العلم بالفساد لا يوقع العقد مبني على الشرط فيصح العقد، و مع جهله بالفساد يوقع العقد مبني عليه بطبعه، فيفسد.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٤٩

ثم حكى اعتراضا على المحقق قدس سره (١) و جوابا عنه بقوله قيل عليه ان مخالفة القصد للفظ تقتضى بطلان العقد، لأن العقود تتبع القصد، فكيف يصح العقد مع مخالفة اللفظ، و أوجب عنه بأن القصد و ان كان معتبرا في الصحة فلا يعتبر في البطلان (٢) لتوقف البطلان على اللفظ و القصد، و كذلك الصحة و لم يوجد في الفرض (٣) ثم قال (قدس سره)

و فيه: أولا: ما تقدم من أنه مع عدم تأثير الشرط المتقدم لا حكم لوقوع العقد مبني عليه.

و ثانيا: أنه لا فرق بين صورتى العلم و الجهل، فكما أنه في صورة الجهل بالفساد يوقع العقد مبني عليه كذلك في صورة العلم يمكن إيقاعه مبني عليه، فالتفصيل في غير محله.

و عن المحقق في مسألة اشتراط بيع المبيع من البائع، بعد الحكم بالبطلان، قال: و لو كان من قصدهما ذلك و لم يشترطه لفظا كره.

قال في المسالك: أى لم يشترطه في نفس العقد فلا عبرة بشرطه قبله،

(١) ثم حكى اعتراضا عليه و جوابا عنه و محصل الاعتراض: أن لازم تبعية العقد للقصد الحكم بالفساد، إذ المقصود هو المقيد بالشرط، و المعقود عليه هو المجرد عن القيد، فلا تطابق بين القصد و العقد.

و حاصل الجواب: أن العقد تابع للقصد بمعنى أن ما يقع لا بد و أن يكون مقصودا،

و أما كل ما يقصد لا بد و أن يقع فلا.

و بعبارة اخرى: أن ما يقع لا بد و أن يكون مقصودا، و أما في ما لا يؤثر العقد بالنسبة إليه و إن كان مقصودا فلا يعتبر تطابق العقد و القصد.

(٢) و عليه فقوله في الجواب: ان القصد و ان كان معتبرا في الصحة فلا يعتبر في البطلان- يكون المراد منه أنه لا يعتبر في ما لا يؤثر العقد بالنسبة إليه مطابقة العقد للقصد،

(٣) و قوله: لتوقف البطلان، الى آخره راجع الى النفي يعنى انه تعليل لتوهم الاعتبار فالمتحصل: أنه لا يعتبر المطابقة في طرف البطلان بتوهم أنه كالصحة منوط بموافقة القصد و اللفظ.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٥٠

و فيه منع ظاهر فإن اعتبارهما معا في الصحة (١) يقتضى كون تخلف احدهما كافيا في البطلان، (١) و يرشد إليه عبارة الساهى و الغالط و المكره، فإن المتخلف الموجب للبطلان هو القصد خاصة و الا- فاللفظ موجود، ثم قال و الذى ينبغى فهمه أنه لا بد من قصدهما الى البيع (٢) المترتب عليه أثر الملك للمشتري على وجه لا يلزمه رده (أى يبعه على البائع الأول) 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. اقول: إذا أوقعا العقد المجرد على النحو الذي يوقعانه مقترنا بالشرط و فرض عدم التفاوت بينهما في البناء على الشرط و الالتزام به الا بالتلفظ بالشرط و عدمه.

فإن قلنا بعدم اعتبار التلفظ في تأثير الشرط الصحيح و الفاسد فلا وجه للفرق بين من يعلم فساد الشرط و غيره، فإن العالم بالفساد لا يمنعه علمه عن الاقدام على العقد مقيدا بالالتزام بما اشترطه خارج العقد بل اقدمه كاقدام من يعتقد الصحة كما لا فرق في ايقاع العقد الفاسد بين من يعلم فساده و عدم ترتب اثر شرعى عليه و غيره. و بالجملة فالاقدام على العقد مقيدا امر عرفى يصدر من المتعاقدين و ان علما بفساد الشرط

(١) قوله و فيه منع ظاهر فان اعتبارهما معا في الصحة يقتضى كون تخلف احدهما كافيا في البطلان يظهر بما ذكرناه في شرح كلام المجيب عدم ورود هذا اليراد عليه، فان المجيب لم يكن منكر الكفاية تخلف احدهما في البطلان بل كان يدعى انه في عدم تأثير العقد فيما ليس من مدلوله لا يعتبر مطابقة العقد للقصد.

(٢) قوله و الذى ينبغى فهمه انه لا بد من قصدهما الى البيع الظاهر انه تصحيح لأصل المسألة و حاصله ان من يبيع ما اشتراه من بايعه ان كان يبيعه منه مشروطا فى ضمن البيع الاول بطل و ان لم يكن مذكورا، و ان كان قاصدا لذلك و تواطئا عليه قبله و وثق البائع بذلك لا يكون مفسدا لعدم كون ذلك تقييدا للبيع.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٥١

و أما حكم صورة نسيان ذكر الشرط، فإن كان مع نسيان اصل الشرط كما هو الغالب، فالظاهر الصحة لعدم الاقدام على العقد مقيدا غاية الامر انه كان عازما على ذلك لكن غفل عنه نعم لو اتفق ايقاع العقد مع الالتفات الى 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 بافساد الشرط الفاسد كونه لغوا غير مفسد للعقد، (١) قال فى التذكرة فى باب العيب: لو شرط ما لا غرض فيه للعقلاء و لا يزيد به المالىة، فإنه لغوا لا يوجب الخيار، و قد صرح فى مواضع اخر فى باب الشروط بصحة العقد و لغوية الشرط، و قد صرح الشهيد بعدم ثبوت الخيار إذا اشترط كون العبد كافرا فبان مسلما، و مرجعه الى لغوية الاشتراط. و قد ذكروا فى السلم لغوية بعض الشروط كاشتراط الوزن بميزان معين و لعل وجه عدم قبح 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 كالجزة من احد العوضين (٢) و يشكل بأن لغويتها لا تنافى تقييد العقد بها فى نظر المتعاقدين، فاللازم اما بطلان العقد و أما وجوب الوفاء،

كما إذا جعل بعض الثمن مما لا يعد مالا فى العرف.

(١) الرابع لو كان فساد الشرط لاجل عدم تعلق غرض معتد به عند العقلاء فظاهر كلام جماعة من القائلين بافساد الشرط الفاسد كونه لغوا غير مفسد للعقد.

قال فى محكى التذكرة: لو شرط ما لا غرض فيه للعقلاء و لا يزيد به المالىة فإنه لغوا لا يوجب الخيار.

(٢) و ما ذكر وجهها لعدم مفسديته من ان هذا الشرط لما لم يجب شرعا العمل به و لم يكن فى تخلفه أو تعذره خيار خرج عن قابلية تقييد العقد به- لو تم اقتضى عدم مفسدية الشرط الفاسد مطلقا بلا اختصاص بهذا الشرط.

و الحق أن يقال: إن لغوية الشرط و إن أوجبت عدم تقييد العقد به عند العقلاء بما هم عقلاء إلا أنها لا تنافى تقييد العقد به بحسب

قصد المتعاقدين، و عليه فيجربى فيه ما ذكر فى الشروط الفاسدة الآخر، و بذلك ظهر تمامية ما أفاده المصنف (رحمه الله) فى المقام منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٥٢

الكلام فى أحكام الخيار

إشارة

الخيار موروث بأنواعه (١) بلا خلاف بين الاصحاب، كما فى الرياض، و ظاهر الحدائق. و فى التذكرة ان الخيار عندنا موروث، لأنه من الحقوق كالشفعة و القصاص فى جميع انواعه، و به قال الشافعى، الا فى خيار المجلس. و ادعى فى الغنية: الاجماع على ارث خيار المجلس و الشرط.

انتقال حق الخيار الى الوارث

إشارة

و أما احكام الخيار فقد تقدم ذكر كثير منها فى المباحث المتقدمة، و بقى الكلام فى مسائل:

(١) الاولى: صرح الاصحاب بما فى المتن الخيار موروث بانواعه فإذا مات من له الخيار انتقل الى الوارث من اى انواع الخيار كان، بل ظاهرهم الاجماع عليه.

و تنقيح القول فيه: ان ارث الخيار يتوقف على ثبوت امرين: احدهما: كون الخيار حقا لا حكما شرعيا.

الثانى: كونه باقيا بعد الموت، و لا يكون من الامور القائمة بشخص مخصوص.

فالكلام يقع فى مقامين:

اما الأول: فقد استدل له بالاجماع و بالاجماع على سقوطه بالاسقاط إذ الحكم لا يقبل الاسقاط، و بالتعليل فى خبر خيار الحيوان لانتفائه بالتصرف بانه رضا «١».

و يرد على الأخير: ما تقدم من انه تعبد بكون التصرف رضا بالعقد و اجازة له.

و لا كلام فى انه فى البيع الخيارى كما لمن له الخيار فسخ العقد كذلك له اجازته و امضائه و جعله لازما، و هذا غير كونه حقا اللهم الا ان يقال: ان اجازة العقد و امضائه توجب اللزوم من جهة كونها اسقاطا للخيار كما تقدم.

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

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٥٣

و استدل عليه مع ذلك بأنه حق للميت، فيورث لظاهر القرآن، (١) و تبعه بعض من تأخر عنه، و زيد عليه الاستدلال بالنبوى، ما ترك الميت من حق فلوارثه. (٢)

اقول الاستدلال على هذا الحكم بالكتاب و السنة الواردين فى ارث ما ترك الميت يتوقف على ثبوت امرين: احدهما: كون الخيار حقا لا حكما شرعيا كإجازة العقد الفضولى، و جواز الرجوع فى الهبة و سائر العقود الجائزة، فإن الحكم الشرعى مما لا يورث، و كذا ما تردد بينهما للاصل، و ليس فى الاخبار ما يدل على ذلك عدا ما دل على انتفاء الخيار بالتصرف، معللا بانه رضا كما تقدم فى خيار الحيوان

و يمكن ان يستدل له: بان لزوم البيع حقى لا حكمى، و لذا يكون جعل الخيار فيه مشروعاً نصاً و فتوى، فكذلك الخيار الذى يقابله، بل نفس مشروعية جعل الخيار دليل كونه حقا، لأن الحكم امره بيد جاعله، و هو الشارع، و لا يعقل التسبب إليه بايجاده. هذا كله مضافا الى تسالم الأصحاب على ترتيب آثار الحق عليه.

و أما الثانى: فحيث ان جملة من الحقوق لا تكون قابلة للانتقال أو الانتقال بالارث من جهة كون الموضوع مقوما كحق التولية الملحوظ فيه شخص خاص، أو البلد، أو كونه مغيا بغاية يستحيل عدم تحققها بعد الموت، كخيار المجلس المغيا بالافتراق المتحقق بالموت قهرا،

و مثل هذه الحقوق لا تورث، فلا بد من اثبات ان حق الخيار ليس من قبيل هذه الحقوق بل هو حق قابل للانتقال بالارث و يكون باقيا بعد الموت.

(١) و دعوى ان عمومات الارث مثل قوله تعالى (فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك) «١» و قوله عز و جل (و لكم نصف ما ترك ازواجكم) «٢».

(٢) و النبوى: ما تركه الميت من مال فلوارثه «٣». تكفى لاثبات كونه قابلا للانتقال

(١) النساء آية ١١.

(٢) النساء آية ١٢.

(٣) اصول الكافى ج ١ ص ٤٠٦.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٥٤

و التمسك بالاجماع على سقوطه بالاسقاط، فيكشف عن كونه حقا لا حكما مستغنى عنه بقيام الاجماع على نفس الحكم. الثانى: كونه حقا قابلا للانتقال ليصدق انه مما ترك الميت، بأن لا يكون وجود الشخص و حياته مقوما له، و إلا فمثل حق الجلوس فى السوق و المسجد، و حق التولية و النظارة غير قابل للانتقال، فلا يورث، و اثبات هذا الامر بغير الاجماع ايضا مشكل، و التمسك فى ذلك باستصحاب بقاء الحق، (١) و عدم انقطاعه بموت ذى الحق اشكل، لعدم احراز الموضوع، لان الحق لا يتقوم الا بالمستحق، (٢) و كيف كان ففي الاجماع المنعقد على نفس الحكم كفاية ان شاء الله تعالى.

(١) و الاستصحاب يثبت بقاءه بعد الموت فبضم الاستصحاب بعمومات الارث يثبت ذلك،

مندفعة بان ذاك الحق القائم بالمورث زال قطعا لتقومه به، و الشك انما هو فى حدوث حق للوارث، فالمشكوك فيه غير المتيقن. و ان اريد استصحاب كلى الحق فمضافا الى انه من قبيل القسم الثالث من اقسام الكلى لا يجدى لاثبات الحق للوارث.

(٢) و ان ابيت ما ذكرناه فلا- اقل من الشك فى الموضوع لاحتمال كون المستحق مقوما للموضوع، أو يكون استحقاقه لاجل عنوان منطبق عليه مفقود فى الوارث فلا يجرى الاستصحاب.

فالعمدة فى اثبات كونه قابلا للانتقال الى الورثة هو الاجماع، و بعد ذلك يدخل فى عموم ادلة الارث.

وقد يقال كما- عن جمع منهم المحقق الايرواني (رحمه الله): ان الخيار غير قابل للارث بوجه، فان الخيار سلطنة من ذى الخيار على متعلقه، و ربط خاص بينهما، كما ان الملك استيلاء بين المالك و المملوك و ربط خاص بينهما، و كل من الربطين غير قابل للارث، لأنهما نسبتان قائمتان بنفس الشخص، و إذا مات انعدمت هذه النسبة و لم تبق حتى يصدق عليها عنوان ما ترك نعم عين المال متروك في الأموال فيحكم بارثه، بمعنى حدوث نسبة اخرى للوارث

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٥٥

بقي الكلام في ان ارث الخيار ليس تابعا لإرث المال فعلا، (١)

شبه تلك النسبة التي كانت للمورث.

و أما في الحقوق فعين الأموال المتعلقة لها اموال الآخرين لا يصدق انها مما تركه الميت كي يحدث للورثة حق فيها شبه ما كان لمورثهم و لذا لا يحكم بارث الحقوق المستحبة.

وفيه: انه كما يكون للملكية قسمان من المتعلق حقيقي كالعين الخارجي، و اعتباري ككلى الحنطة الباقية في الذمة، كذلك يكون للحق قسمان من المتعلق حقيقي كالأرض المحجرة بالنسبة الى حق الاولوية، و اعتباري كالعقد الذي هو متعلق حق الفسخ، و عليه فكما يقال في الملك ان الموروث هو المتعلق لا الملكية و انما تحدث الملكية بادلثة الارث، كذلك يقال في الحق ان الموروث هو المتعلق، و بدليل الارث يحدث الحق. فتدبر فانه دقيق.

و أما عدم ارث الحقوق المستحبة فوجهه كون المستحق مقوما لا موردا.

فان قيل ان مقتضى اطلاق النبوي المذكور في صدر المسألة (ما تركه الميت من حق فلوارثه) ان الخيار يورث اجبنا عنه بانه لا أصل له، و انما الموجود ما ذكرناه

ارث الخيار ليس تابعا لإرث المال

و ينبغي التنبيه على امور:

(١) الاول: هل ارث الخيار تابع لإرث المال فلو فرض استغراق دين الميت لتركته منع انتقال الخيار الى الوارث، و لو كان الوارث ممنوع لنقصان فيه كالقتل للمورث، أو كان حرمانه من المال لتعبد شرعي كالزوجة بالنسبة الى العقار لا يرث، ام لا يكون تابعا له، ام هناك تفصيل؟ و جوه.

و المصنف (قدس سره) ذكر ذلك مفصلا، و قسم حق الخيار باعتبار مورده الى اقسام، و بين حكم كل قسم و نحن نقتفى اثره

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٥٦

فلو فرض استغراق دين الميت لتركته لم يمنع انتقال الخيار الى الوارث، (١)

و لو كان الوارث ممنوعا لنقصان فيه، كالرقية أو القتل للمورث أو الكفر، فلا اشكال في عدم الارث، لأن الموجب لحرمانه من المال موجب لحرمانه من سائر الحقوق، (٢)

(١) الاول: مورد استغراق الدين للتركة، و قد ارسل المصنف (رحمه الله) ارث الخيار فيه ارسال المسلم.

و اورد عليه السيد الفقيه (رحمه الله): بان الاشكال الآتي في الزوجة بالنسبة الى العقار جار فيه ايضا، ثم قال: بل يمكن ان يقال بعدم الارث في المقام، و ان قلنا به في الزوجة من حيث ان ما دل على ممنوعيته من الارث لأصل التركة و هو قوله تعالى (من بعد وصية

يوصى بها أو دين) «١» وغيره من الأخبار «٢» يدل باطلاقه أو فحواه على عدم الارث للحق المتعلق بها ايضاً، فانه مزاحم للدين. اما الاشكال الآتي في الزوجة و اجماله ان حرمانها من المال المتروك يوهم حرمانها من الخيار المتعلق به كما سيأتي تفصيله، فهو لا يجرى في الدين المستغرق،

اما بناء على ما اختاره المصنف (رحمه الله) من انتقال التركة الى الورثة فواضح، و أما بناء على عدم الانتقال فلأذن الاستغراق مانع عن ارث ما يمكن وفاء الدين به و هو المال دون حق الخيار، و هو ليس مزاحماً للدين، فلو كان مزاحم فهو اعماله.

و يمكن ان يقال انه لا- يزاحم، بل ينتقل المال من المفسوخ عليه الى الورثة، و ما تركه الميت بما انه متعلق حق الديان لا ينتقل إليه، بل هو في حكم التلف، و تشتغل ذمة الميت بالبدل كما سيأتي انشاء الله تعالى نظيره في المبحث الآتي.

(٢) الثاني: مورد وجود احد موانع الارث كالقتل و الرق و الكفر، و قد ارسل عدم الارث فيه ارسال المسلم، و هو كذلك، فان نسبتها الى جميع ما تركه الميت ملكا كان أو حقا على حد سواء.

(١) النساء آية ١١.

(٢) الوسائل - باب ٢٨- من ابواب احكام الوصايا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٥٧

و لو كان حرمانه من المال لتعبد شرعي، كالزوجة غير ذات الولد، أو مطلقاً بالنسبة الى العقار، و غير الاكبر من الاولاد بالنسبة الى الحبو، (١) ففي حرمانه من الخيار المتعلق بذلك المال مطلقاً. أو عدم حرمانه كذلك، وجوه. بل اقوال.

ثالثها: التفصيل بين كون ما يحرم الوارث عنه منتقلاً الى الميت أو عنه، فيرث في الاول صرح به فخر الدين في الايضاح، و فسر به عبارة والده كالسيد العميد و شيخنا الشهيد في الحواشي.

و رابعها: عدم الجواز في تلك الصورة، و الاشكال في غيرها، صرح به في جامع المقاصد، و لم اجد من جزم بعدم الارث مطلقاً، و ان امكن توجيهه بأن: ما يحرم منه هذا الوارث ان كان قد انتقل عن الميت فالفسخ لا معنى له، لأنه لا ينتقل إليه بازاء ما ينتقل عنه من الثمن شيء من المثلث.

(١) الثالث: مورد المانع التعبدى ككون المتروك ارضاً بالاضافة الى الزوجة و هو الذي نقل فيه الأقوال.

و ملخص الكلام فيه: ان الوجوه و الأقوال فيه اربعة أو خمسة ثالثها: التفصيل بين كون ما يحرم الوارث عنه منتقلاً الى الميت أو عنه فيرث في الأول دون الثاني.

رابعها: عدم الجواز فيهما انتقل الى الميت، و الاشكال فيما انتقل عنه.

خامسها: ما يظهر من المستند وجود القائل به، و هو الفرق بين انحصار الوارث بها فلا ترث، و بين عدم الانحصار فترث.

وجه القول الأول: عموم دليل الارث، و عدم المانع عن خصوص الخيار.

و استدلال لعدم الارث مطلقاً بوجهين:

الأول: ان الخيار ملك كالا- الالتزامين اللذين هما، مدلولان التزاميان للبيع، حيث انه بمدلوله الالتزامي، يدل على التزام كل من المتعاقدين بالمدلول المطابق، و هو المبادلة بين المالكين، و كل منها مالك لالتزام طرفه إذا لم يكن خيارياً، و الخيار عبارة عن ملك

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٥٨

و بعبارة اخرى الخيار علاقة لصاحبه فيما انتقل عنه، توجب سلطنته عليه،

ولا علاقة هنا ولا سلطنة، وان كان قد انتقل الى الميت فهو لباقي الورثة، ولا سلطنة لهذا المحروم، والخيار حق فيما انتقل عنه بعد احراز تسلطه على ما وصل بازائه. (١)

ولكن يرد ذلك بما في الايضاح: من ان الخيار لا يتوقف على الملك، كخيار الاجنبي، فعمومات الارث بالنسبة الى الخيار لم يخرج عنها الزوجة وان خرجت عنها بالنسبة الى المال. والحاصل ان حق الخيار ليس تابعا للملكية، ولذا قوى بعض المعاصرين ثبوت الخيار في صورتين، ويضعفه ان حق الخيار علقه في الملك المنتقل الى الغير من حيث التسلط على استرداده الى نفسه، و إلى من هو منصوب من قبله كما في الأجنبي وبعبارة اخرى ملكك لتملك المعوض لنفسه، أو لمن نصب عنه، وهذه العلاقة لا ينتقل من الميت الا الى أو ارث يكون كالميت، في كونه مالكا، لأن يملك، فإذا فرض ان الميت باع ارضا بثمان، فالعلاقة المذكورة انما هي لسائر الورثة دون الزوجة، لأنها بالخيار لا ترد شيئا من الأرض الى نفسها ولا إلى آخر هي من قبله لتكون كالأجنبي المجهول له. نعم لو كان الميت قد انتقلت إليه الأرض، كان الثمن المدفوع الى البائع مترزلا في ملكه،

كالاتزامين، ولا يمكن ان تملك الزوجة كليهما إذ الأرض لو انتقلت عن الميت فهي ليست مالكة للاتزام نفسها، ولو انتقلت إليه فهي ليست مالكة للاتزام طرفها، لأن الأرض لغيرها من الورثة.

وفيه: ان معنى ملك الاتزامين التسلط على الفسخ والامضاء الذي هو امر اعتباري عقلائي كان ثابتا للمورث فيرثه وارثه وليس تابعا للملك، ولذا يصح جعله للأجنبي.

(١) الثاني: ما افاده المصنف (قدس سره) وهو: ان الخيار عبارة عن السلطنة على استرداد ما انتقل عن ذي الخيار بعد الفراغ عن السلطنة على ما انتقل إليه، والزوجة اما لا سلطنة لها على الرد لو كان المنتقل الى الميت ارضا، و أما لا سلطنة لها على الاسترداد لو كان المنتقل عن الميت ارضا.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٥٩

فيكون في معرض الانتقال الى جميع الورثة، ومنهم الزوجة، فهي ايضا مالكة لتملك حصتها من الثمن. (١) لكن فيه ما ذكرنا سابقا من ان الخيار حق فيما انتقل عنه بعد احراز التسلط على ما وصل بازائه، وعبر عنه في جامع المقاصد بلزوم تسلط الزوجة على مال الغير.

وحاصله ان الميت انما كان له الخيار، والعلاقة فيما انتقل عنه من حيث تسلطه على رد ما في يده لتملك ما انتقل عنه بازائه، فلا ينتقل هذه العلاقة الا الى من هو كذلك من ورثته، كما مر نظيره في عكس هذه الصورة، وليست الزوجة كذلك. وقد تقدم في مسألة ثبوت خيار المجلس للوكيل، ان أدلة الخيار مسوقة لبيان تسلط ذي الخيار على صاحبه، من جهة تسلطه على ملك ما في يده، فلا يثبت بها تسلط الوكيل على ما وصل إليه لموكله، وما نحن فيه كذلك، ويمكن دفعه بأن ملك بائع الأرض للثمن لما كان مترزلا و في معرض الانتقال الى جميع الورثة، اقتضى بقاء هذا التزلزل بعد موت ذي الخيار ثبوت حق للزوجة

وفيه: اولاً: ان الخيار عبارة عن السلطنة على حل العقد، ويستلزم ذلك الرد والاسترداد.

و ثانياً: انه لو كان عبارة عن السلطنة على الرد والاسترداد فهو عبارة عن السلطنة على الرد والاسترداد الى المالكين.

وبعبارة اخرى: عبارة عن رد المبيع ملكا لا خارجا، و يوجب اعادة الربط الملكي من دون ان يقيد محله بشخص خاص، و عليه فان قلنا بانه بالفسخ يرجع المال الى الميت و منه الى الورثة كان لازمه ارث الزوجة لو كانت الارض منتقلة الى الميت فانه يعود الثمن إليه و الزوجة ترث منه، و لو كانت منتقلة عنه لم ترث منها.

و لو قلنا بانه بالفسخ يرجع المال الى الورثة، يمكن ان يقال: ان الزوجة و ان لم ترث من الأرض الا انه لا مانع من كون فسخها سببا

لعود الأرض الى سائر الورثة.

(١) قوله فهي ايضا مالكة لتملك حصتها من الثمن قد مر ان كون الثمن في معرض الانتقال لا يوجب ثبوت السلطنة الفعلية للزوجة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٦٠

و ان لم يكن لها تسلط على نفس الارض، و الفرق بين ما نحن فيه، و بين ما تقدم في الوكيل، (١) ان الخيار هناك، و تزلزل ملك الطرف الآخر، و كونه في معرض الانتقال الى موكل الوكيل، كان متوقفا على تسلط الوكيل على ما في يده، و تزلزل ملك الطرف الآخر هنا، و كونه في معرض الانتقال الى الورثة ثابت على كل حال،

و لو لم نقل بثبوت الخيار للزوجة، فإن باقى الورثة لو ردوا الارض و استردوا الثمن شاركهم الزوجة فيه، فحق الزوجة في الثمن المنتقل الى البائع ثابت، فلها استيفاؤه بالفسخ، ثم ان ما ذكرنا رد على فسخ باقى الورثة للأرض المبيعة (٢) بثمن معين يشترك فيه الزوجة الا ان يلتزم عدم تسلطهم على الفسخ الا في مقدار حصتهم من الثمن، (٣) فيلزم تبعض الصفقة فما اختاره في الايضاح من التفصيل مفسرا به عبارة والده في القواعد لا يخلو عن قوة. قال في القواعد: الخيار موروث بالحصص كالمال من اى انواعه كان، الا الزوجة غير ذات الولد في الارض على اشكال اقربه ذلك، ان اشترى بخيار لترث من الثمن، انتهى.

و قال في الايضاح: ينشأ الاشكال من عدم ارثها منها فلا- يتعلق بها فلا- ترث من خيارها. و من أن الخيار لا يتوقف على الملك كالأجنبي، ثم فرع المصنف أنه لو كان

(١) قوله و الفرق بين ما نحن فيه و بين ما تقدم في الوكيل حاصله ان التزلزل في المقام ثابت مع قطع النظر عن خيار الزوجة لخيار الباقيين- و في مسألة الوكيل التزلزل منوط بخياره.

(٢) قوله ثم ان ما ذكرنا و ارد على فسخ باقى الورثة للأرض المبيعة حاصله- انه يمكن ان يقال في عكس الفرض و هو ما إذا كانت الارض منتقلة عن الميت بان ملكية الزوجة لمقدار من الثمن في معرض الزوال بفسخ باقى الورثة فيكون لها ايضا حق الازالة بالفسخ. (٣) قوله الا ان يلتزم عدم تسلطهم على الفسخ الا في مقدار حصتهم من الثمن محصله انه لا نسلم ما ذكرنا فان للورثة الفسخ بمقدار حصصهم فمقدار حصتها من الثمن ليس متزلزلا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٦١

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، (١)

و الأصح اختيار المصنف لأن الشراء يستلزم منعها من شيء نزل الشارع منزلة جزء من التركة، (٢) 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 الاشكال على ما يقرب من الايضاح، قال: فالأقرب من هذا الاشكال، عدم ارثها ان كان الميت قد اشترى ارضا بخيار، فارادت الفسخ لترث من الثمن.

(١) قوله فالأقرب ارثها من الخيار لان لها حقا في الثمن و يحتمل عدمه فلو علل بارثها دار تقريب الدوران ارث الثمن موقوف على الفسخ، و هو موقوف على كون الثمن موروثا ليكون فيه حق لها و لكن هذا يتم لو اريد من حقاها في الثمن ملكها الفعلى و أما إذا اريد به ملكها التقديرى، فهو لا يتوقف على الفسخ، و لا على حق الفسخ.

(٢) قوله لان الشراء يستلزم منعها من شيء نزل الشارع منزلة جزء من التركة حاصل مقصوده ان ارث الثمن و ان توقف على الخيار-

الا ان الخيار لا يتوقف الاعلى كون الثمن موروثا شانا و هو كذلك لكونه جزء من التركة من حيث هو فلا دور. و استدل للثالث فيما إذا كانت الأرض منتقلة الى الميت: بان العقد حيث يكون متزلزلا لثبوت الخيار لسائر الورثة فالثمن فى معرض الانتقال الى جميع الورثة و منهم الزوجه، فللزوجه حق فى الثمن، فلها استيفائه باعمال الخيار. و بان الخيار هو السلطنة على الاسترداد خاصة.

و أما إذا كانت الأرض منتقلة عنه، فحيث انه لا سلطنة لها على استردادها لا لنفسها لحرمانها، و لا لمن نصبت من قبله، فلا ترث. منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٦٢

و أما إذا باع ارضا بخيار، فالاشكال حينئذ بحاله، لأنها إذا فسخت فى هذه الصورة لم ترث شيئا، و حمل الشارحان العبارة على ان الاقرب ارثها إذا اشترى بخيار، لأنها حينئذ يفسخ فترث من الثمن، بخلاف ما إذا باع بخيار، و هو خلاف الظاهر، فإن المتبادر ان المشار إليه بقوله ذلك هو عدم الارث الذى سيقى لاجله العبارة، مع انه من حيث الحكم غير مستقيم ايضا، فإن الأرض حق لباقي الوراث استحقوها بالموت، فكيف يملك الزوجه ابطال استحقاقهم لها و اخراجها عن ملكهم.

وفيه: مضافا الى فساد الشق الثانى كما تقدم:- انه لو اغمض عن ذلك و سلم كونه عبارة عن السلطنة على الاسترداد فليس هو السلطنة على الاسترداد خاصة، بل عن السلطنة عليه و على الرد، فمع عدم امكان احدهما لا يثبت الخيار، ففيما إذا كانت الأرض منتقلة الى الميت- و ان كان لها السلطنة على الاسترداد- الا انه لا سلطنة لها على الرد لعدم كون الأرض ملكا لها، و لا هى منصوبة من قبل مالكها، فليس لها الرد،

بل يمكن منع سلطنتها على الاسترداد لأن تزلزل العقد من ناحية خيار الورثة لا يوجب اى سلطنة للزوجه، و كون الثمن فى معرض الانتقال لا يوجب السلطنة الفعلية، بل الثمن ملك شأنى للزوجه على تقدير اعمال الخيار.

و استدل للرابع- اى لعكس هذا التفصيل:- بان الثمن فى صورة الانتقال الى الميت ملك للورثة و منهم الزوجه، فلها السلطنة على رده، و الخيار و إن كان سلطنة على الاسترداد الا ان السلطنة على الاسترداد الى النفس أو الى من كان منصوبا من قبله غير لازم، بل الفسخ يوجب الرجوع الى الميت، فلا مانع من الرد و الاسترداد. و هذا بخلاف صورة العكس، فان الأرض ملك لسائر الورثة ما عدا الزوجه، و لا سلطنة لها على ما يستحقه الغير.

وفيه: مضافا الى ما تقدم انه مع دلالة الدليل، اى مانع من الالتزام: بان لها السلطنة على ما يستحقه الغير و يرد الوجه الخامس: انه لا يمكن انحصار الوارث فيها، إذ مع فرض عدم وجود احد يكون الامام وارثا معها.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٦٣

نعم لو قلنا ان ذلك يحصل بانقضاء مدة الخيار، استقام ذلك، و ايضا فانها إذا ورثت فى هذه الصورة و جب ان ترث فيما إذا باع الميت ارضا بخيار بطريق اولى،

لأنها ترث حينئذ من الثمن و اقصى ما يلزم من ارثها من الخيار ان يبطل حقها من الثمن، و هو اولى من ابطال ارثها حق غيرها من الارض التى اختصوا بملكها، ثم قال: و الحق ان ارثها من الخيار فى الأرض المشترأة مستبعد جدا، و ابطال حق قد ثبت لغيرها يحتاج الى دليل. نعم قوله لترث من الثمن على هذا التقدير يحتاج الى تكلف زيادة تقدير (١) بخلاف ما حملا عليه، انتهى. و قد تقدم ما يمكن أن يقال على هذا الكلام.

ثم ان الكلام فى ثبوت الخيار لغير مستحق الحبوة من الورثة إذا اشترى الميت أو باع بعض أعيان الحبوة بخيار هو الكلام فى ثبوته

للزوجة في الأرض المشترأة و المبيعة.

(١) قوله يحتاج الى تكلف زيادة تقدير فانه لا- بد و أن يقدر فارادت الفسخ لثرت من الثمن و يمكن ان يمنع ذلك بجعل الغاية للمنفى.

فتحصل: ان الأظهر انها ترث مطلقا،
و محصل الوجه في ذلك: وجود المقتضى و عدم المانع،
اما وجود المقتضى فهو عموم دليل الارث،
و أما عدم المانع فلأن المانع المتوهم فيما إذا كانت الأرض منتقلة الى الميت،
اما عدم سلطنتها على ردها، و قد عرفت ان الفسخ حل العقد، مع انه لو كان عبارة عن الرد و الاسترداد كان هو الرد الملكى لا
الخارجى، فلا مانع من ردها الأرض و ان كانت ملكا لغيرها،
و أما عدم كونها مالكة لكلا الالتزامين، و قد عرفت دفعه و ما يتوهم مانعته فيما إذا كانت الأرض منتقلة عن الميت،
اما عدم سلطنتها على استردادها الى نفسها و أما عدم مالكيته لالتزامين،
و قد عرفت دفعهما.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٦٤

مسألة في كيفية استحقاق كل من الورثة للخيار

إشارة

مع انه شىء واحد غير قابل للتجزئة و التقسيم وجوه: (١)
الأول: ما اختاره بعضهم من استحقاق كل منهم خيارا مستقلا كمورثه،
بحيث يكون له الفسخ فى الكل و ان اجاز الباقون، (٢) نظير حد القذف الذى لا يسقط بعفو بعض المستحقين، كذلك حق الشفعة
على المشهور، و استند فى ذلك الى ان ظاهر النبوى المتقدم (٣) و غيره، ثبوت الحق لكل وارث لتعقل تعدد من لهم الخيار، بخلاف
المال الذى لا بد من تنزيل مثل ذلك على اراده الاشتراك لعدم تعدد الملاك شرعا لمال واحد بخلاف محل البحث

كيفية استحقاق الورثة للخيار

(١) التنبيه الثانى: فى كيفية استحقاق كل من الورثة للخيار مع انه شىء واحد غير قابل للتجزئة و التقسيم، وجوه:
(٢) الاول: ما اختاره صاحب الجواهر (رحمه الله) من استحقاق كل منهم خيارا مستقلا كمورثه، بحيث يكون له الفسخ فى الجميع و
ان اجاز الباقون.
(٣) و استدل له: بظاهر النبوى المنجبر بالعمل: ما ترك ميت من حق فهو لوارثه «١»
بتقريب: ان ظاهره ثبوت الحق لكل وارث لتعقل تعدد من له الخيار، و انما لا يلتزم بذلك فى المال من جهة عدم تعدد الملاك شرعا
لمال واحد.

و اورد عليه المصنف بايرادات اربعة سيأتى التعرض لها و لما يرد عليها عند تعرضه لها و لكن الذى يرد عليه انه لا وجود له فى كتب

(١) لم اعثر على هذه العبارة في كتب الحديث من طرقنا و انما رواها الشهيد الثاني في المسالك في كتاب الشفعة و تبعه المتأخرون عنه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٦٥

الثاني: استحقاق كل منهم خيارا مستقلا في نصيبه، فله الفسخ فيه دون باقى الحصص، (١) غاية الامر مع اختلاف الورثة في الفسخ و الامضاء تبعض الصفقة على من عليه الخيار، فيثبت له الخيار، و وجه ذلك ان الخيار لما لم يكن قابلا للتجزئة و كان مقتضى ادلة الارث 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، (٢) فيشتركون فيه من دون ارتكاب تعدده بالنسبة الى جميع المال، و لا بالنسبة الى حصة كل منهم، لأن مقتضى ادلة الارث في الحقوق الغير القابلة للتجزئة، (٣) و الاموال القابلة لها امر واحد، فهو ثبوت مجموع ما ترك لمجموع الورثة الا ان التقسيم فى الاموال لما كان امرا ممكنا كان مرجع اشتراك المجموع فى المجموع الى اختصاص كل منهم بحصة مشاعة، بخلاف الحقوق فانها تبقى على حالها من اشتراك مجموع الورثة فيها، فلا يجوز لاحدهم الاستقلال بالفسخ لا فى الكل و لا فى حصته، فافهم.

(١) الثانى: ما اختاره جمع من المحققين و هو استحقاق كل منهم خيارا مستقلا فى نصيبه فله الفسخ فيه دون باقى الحصص، و يظهر وجهه مما نذكره من النقد على ساير الوجوه.

(٢) الثالث: ما اختاره المصنف (قدس سره) و هو: استحقاق مجموع الورثة لمجموع الخيار فيشتركون فيه، و لا يكون الحق متعددا و لا المستحق، و لازمه عدم جواز الفسخ و لا الإجازة من البعض.

(٣) و قد استند فى ذلك الى ان الحق امر بسيط غير قابل للتجزئة فيشتركون فيه و ليس كالمال القابل لها.

و بعبارة اخرى: ان مقتضى ادلة الارث ثبوت مجموع ما ترك لمجموع الورثة، الا ان التقسيم فى الأموال لما كان ممكنا مرجع ذلك الى اختصاص كل منهم بحصة بخلاف الحق، فانه يبقى على حاله من اشتراك مجموع الورثة فيه.

و فيه: انه لا كلام فى ان الحق امر بسيط كالملكية، و لا يتجزى، و لكن يتعدد بتعدد مورده

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٦٦

و هنا معنى آخر لقيام الخيار بالمجموع، و هو ان يقوم بالمجموع من حيث تحقق الطبيعة فى ضمنه لا من حيث كونه مجموعا، فيجوز لكل منهم الاستقلال بالفسخ، ما لم يجز الآخر، لتحقق الطبيعة فى الواحد، (١) و ليس له الاجازة بعد ذلك كما انه لو اجاز الآخر لم يجز الفسخ بعده، لأن الخيار الواحد إذا قام بماهية الوارث واحدا كان أو متعددا كان امضاء الواحد كفسخه ماضيا فلا عبرة بما يقع متأخرا عن الآخر، لأن الاول قد استوفاه. و لو اتحدا زمانا كان ذلك كالامضاء و الفسخ من ذى الخيار بتصرف واحد، لا ان الفاسخ متقدم كما سيجيء فى احكام التصرف.

و مورده فى المقام هو الحل، و متعلق الحل هو العقد، و العقد بما انه على ملكية الدار مثلا و الدار قابلة للتبعض، و كذا ملكيتها و كذلك العقد، و مع فرض قبول العقد له يكون الحل ايضا قابلا له، فيعقل تعدد حق الحل و الفسخ، و عليه فإذا كانت الملكية بمقتضى

ادلة الارث منتقلة الى المتعدد بنحو التعدد، اى كل وارث مالك لمقدار من المال لا محالة ينحل العقد الى عقود كل منهم طرف لما هو متعلق بصحته، فلا محالة يتعدد حق الخيار.

(١) الرابع: ما ذكره المصنف (قدس سره) بقوله: و هنا معنى آخر لقيام الخيار بالمجموع و هو ان يقوم بالمجموع من حيث تحقق الطبيعة فى ضمنه لا من حيث كونه مجموعا، فيجوز لكل منهم الاستقلال بالفسخ ما لم يجز الآخر لتحقيق الطبيعة فى الواحد و اورد عليه المحقق النائيني قدس سره: بانه مبنى على ان يكون ارث الخيار ثابتا لصرف الوجود من الوارث لا لمطلق الوجود، و حيث ان صرف الوجود قائم بكل واحد من الورثة، فكل من بادر الى اعمال الحق ينفذ فى حق الجميع و هذا خلاف المتبادر من الأدلة من كون الحكم شموليا.

و فيه: ان مراده بذلك ليس ثبوت الحق لصرف وجود الطبيعة فى مقابل ثبوته لجميع الوجودات، بل مراده له ثبوته للطبيعى من حيث هو، بتقريب انه كما قد يكون المملوك كليا كمن من الحنطة فى الذمة، و قد يكون المالك كليا ككلى الفقير و السيد فى الخمس و الزكاة، كذلك قد يكون من له الحق كليا ككلى الوارث. و تعينه و ان احتاج

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٦٧

ثم انه لا- ريب فى فساد مستند وجه الأول المذكور له (١) لمنع ظهور النبوى و غيره فى ثبوت ما ترك لكل واحد من الورثة، لأن المراد بالوارث فى النبوى و غيره مما أفرد فيه لفظ الوارث جنس الوارث المتحقق فى ضمن الواحد و الكثير، (٢) و قيام الخيار بالجنس يتأتى على الوجوه الأربعة المتقدمة، كما لا يخفى على المتأمل. و أما ما ورد فيه لفظ الورثة بصيغة المجمع، فلا يخفى أن المراد به ايضا،

اما جنس الجمع أو جنس الفرد أو الاستغراق القابل للحمل على المجموعى و الافرادى و الاظهر هو الثانى، كما فى نظائره، هذا كله مع قيام القرينة العقلية و للفظية على عدم ارادة ثبوته لكل واحد مستقلا فى الكل. اما الاولى فلان المفروض ان ما كان للميت و تركه للوارث حق واحد شخصى، و قيامه بالأشخاص المتعددين اوضح استحالة و اظهر بطلانا من تجزيه و انقسامه على الورثة فكيف يدعى ظهور ادلة الارث فيه. (٣)

الى معين الا انه يكون فى المقام باقدام من هو مصداق الطبيعى القابل للانطباق عليه بالأخذ بالخيار.

و بهذا ظهر انه لا وجه لما اورده السيد عليه بان الاولى عد هذا الوجه معنى آخر لقيام الخيار بكل واحد مستقلا،

و لكن الذى يرد على هذا الوجه: ان سياق ادلة الارث فى الحق و المال واحد،

و بديهى انه ليس ارث الملك كذلك فارت الحق ايضا ليس كذلك.

(١) و قد اورد المصنف على الوجه الاول بايرادات اربعة.

(٢) احدها: ان المراد بالوارث فى النبوى و غيره مما افرد فيه لفظ الوارث جنس الوارث، المتحقق فى ضمن الواحد و الكثير، و قيام الخيار بالجنس يتأتى على الوجوه الاربعة المتقدمة و فيه: انه لو كانت القضية مهلة صح ما افاده، و أما لو كانت مطلقة فحيث ان الجنس ليس الا الطبيعة، فكونها تمام الموضوع لا يكون الا على الوجه الثانى فى كلامه الذى سيأتى التعرض له.

(٣) ثانيها: ان ما كان للميت و تركه للوارث حق واحد شخصى و قيامه بالأشخاص المتعددين اوضح استحالة و اظهر بطلانا من تجزئته و انقسامه على الورثة

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٦٨

و أما الثانية فلأن مفاد تلك الادلة بالنسبة الى المال المتروك، و حق المتروك شىء واحد، و لا يستفاد منها بالنسبة الى المال الاشتراك، و بالنسبة الى الحق التعدد،

الامع استعمال الكلام في معنيين، (١) هذا مع ان مقتضى ثبوت ما كان للميت لكل من الورثة ان يكونوا كالكلاء المستقلين، (٢) فيمضى السابق من اجازة احدهم أو فسخه، ولا يؤثر اللاحق فلا وجه لتقدم الفسخ على الاجازة على ما ذكره. و أما الوجه الثاني فهو و ان لم يكن منافيا لظاهر ادلة الارث، من ثبوت مجموع المتروك لمجموع الوارث، الا ان تجزية الخيار بحسب متعلقه كما تقدم، مما لم يدل عليه ادلة الارث، اما ما كان منها كالنبوي غير متعرض للقسمه فواضح، و أما ما تعرض فيه للقسمه كآيات قسمه الارث بين الورثة فغاية ما يستفاد منها في المقام بعد ملاحظة عدم انقسام نفس المتروك هنا ثبوت القسمه فيما يحصل باعمال هذا الحق أو اسقاطه فيقسم بينهم العين المستردة بالفسخ، أو ثمنها الباقي في ملكهم بعد الاجازة على طريق الارث.

و فيه: ان الحق لا يكون متروكا لما تقدم من انعدامه بموت المستحق، بل المتروك ما هو مورد الحق، و لا مانع من صيرورته طرفا لإضافات متعددة بعدد الورثة، كما لا مانع من تعلق الحق المستقل متعددا بعقد واحد، و الاولى في تقريب هذا الوجه ان يقال: ان مورد هذا الحق هو حل العقد، و حيث ان ما هو مورد بالاضافه الى المورث هو الحل الواحد غير المتعدد، و الواحد لا يتعدد بالانتقال من طرف الى طرف، فلا يعقل فيه التعدد.

(١) ثالثها: ان مفاد دليل الارث بالنسبة الى المال المتروك و الحق المتروك شيء واحد، و لا يستفاد منه بالنسبة الى المال الاشتراك، و بالنسبة الى الحق التعدد الامع استعمال الكلام في معنيين.

و فيه: ان دليل ارث الحق غير دليل ارث المال، فلا محذور في تعدد المعنى.

(٢) رابعها: ان مقتضى ثبوت ما كان للميت لكل من الورثة ان يكونوا كالكلاء المستقلين، فيمضى السابق من اجازة احدهم أو فسخه، و لا يؤثر اللاحق، فلا وجه لتقدم منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٦٩

و أما ثبوت الخيار لكل منهم مستقلا في حصته، فلا يستفاد من تلك الأدلة، فالمتيقن من مفادها هو ثبوت الخيار الواحد الشخصي للمجموع، فان اتفق المجموع على الفسخ في المجموع، و إلا فلا دليل على الانفساخ في شيء منه. و من ذلك يظهر ان المعنى الثاني للوجه الثالث، و هو قيام الخيار بالطبيعة المتحققه في ضمن المجموع ايضا لا دليل عليه، فلا يؤثر فسخ احدهم و ان لم يجز الآخر مع ان هذا المعنى ايضا مخالف لأدلة الارث، لما عرفت من ان مفادها بالنسبة الى المال و الحق واحد. و من المعلوم ان المالك للمال ليس هو الجنس المتحقق في ضمن المجموع.

الفسخ على الاجازة على ما ذكره.

و فيه: انه فرق بين كون الحق واحدا و للمتعدد اعماله كما في مسألة الوكالة، و بين كون الحق متعددا في نفسه على ما فرضه صاحب الجواهر، و ما افاده انما هو في الأول، و مورد كلام الجواهر هو الثاني، و لازم كون الحق متعددا عدم مزاحمة اجازة المجيز لفسخ الفاسخ لاستقلال كل شخص بشخص من الخيار و قد ظهر مما ذكرناه: - مضافا الى عدم استقامة شيء مما ذكره المصنف عدم تامية ما افاده صاحب الجواهر ثبوتا و اثباتا.

فتحصل مما ذكرناه: ان الأظهر هو الوجه الرابع، و هو استحقاق كل منهم خيارا مستقلا في نصيبه فله الفسخ فيه دون باقي الحصص. و على الوجوه الثلاثة الأول لا إشكال في انه ليس لكل واحد من الورثة ان يفسخ بمقدار حصته، إذ الحق واحد و هو الخيار في الكل، فلا يجوز له الفسخ في البعض.

و أما على المختار، فهل يجوز التفريق في الفسخ و الاجازة بان يفسخ واحد منهم بالنسبة الى حصته من المال، ام لا يجوز ذلك؟ ربما يقال بالثاني،

و استدلل له بوجهين:

الأول: ما افاده المحقق النائيني (رحمه الله) و هو: ان مقتضى الشرط الضمنى الذى التزم به الميت من عدم تبعض الصفقة عليه عدم نفوذ اعمال الخيار لكل واحد مستقلا، بل لا بد من اتفاقهم منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٧٠

ثم ان ما ذكرنا جار فى كل حق ثبت لمتعدد لم يعلم من الخارج كونه على خصوص واحد من الوجوه المذكورة، (١) نعم لو علم ذلك من دليل خارج اتبع كما فى حد القذف، فإن النص قد دل على انه لا يسقط بعفو احد الشريكين، و كذا حق القصاص، فإنه لا يسقط بعفو احد الشريكين، لكن مع دفع الآخر مقدار حصه الباقي من الدية الى اولياء المقتص منه جمعا بين الحقين، لكن يبقى الاشكال فى حكم المشهور من غير خلاف يعرف بينهم. و ان احتمله فى الدروس من ان احد الورثة إذا عفى عن الشفعة كان للآخر الأخذ بكل المبيع، (٢) فإن الظاهر ان قولهم بذلك ليس لأجل دليل خارجي، و الفرق بينه و بين ما نحن فيه مشكل. و يمكن ان يفرق بالضرر، فإنه لو سقطت الشفعة بعفو احد الشريكين تضرر الآخر بالشركة (٣)

على الفسخ أو الاجازة الا ان يرضى الطرف بالتبعض.

وفيه: ان الشرط ان كان هو ان لا يفسخ فى البعض فغايبه عدم جوازه تكليفا لا وضعاء، فان شرط الترك لا يوجب عدم نفوذ الفعل. نعم لو تخلف يثبت لمن عليه الخيار لتبعض الصفقة.

الثانى: انه يلزم منه التشقيص و هو ضرر على الطرف منفى بالحديث.

وفيه: ان ضرره يجبر بالخيار فى اصل البيع، فالأظهر هو الأول.

و يترتب على كون حق الخيار واحدا قائما بالمجموع عدم الانفساخ بفسخ احدهم،

و عدم سقوط الحق باسقاطه، بل لا بد من الاجتماع على الفسخ أو الاسقاط،

(١) و هذا جار فى كل حق ثبت لمتعدد لم يعلم من الخارج كونه على خصوص واحد من الوجوه المذكورة،

و قد ورد فى الشرع ما يوهم خلاف ذلك، فان الأصحاب افتوا بان.

(٢) احد الورثة إذا عفى عن الشفعة كان للآخر الاخذ بكل المبيع و الاشكال فيه من وجهين احدهما: انه كيف ينفذ العفو من احدهم مع ان الحق قائم بالمجموع.

ثانيهما: انه كيف يجوز الاستيفاء من احدهم و لو لم يأذن به الآخر، و المصنف (قدس سره)

اجاب عنه.

(٣) بانه لو سقطت الشفعة بعفو احد الشريكين تضرر الآخر بالشركة.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٧١

بل لعل هذا هو السر فى عدم سقوط حدى القذف و القصاص بعفو البعض،

لأن الحكمة و ما التشفى، فابطالها بعفو احد الشركاء اضرار على غير العافى و هذا غير موجود غيما نحن فيه، فتأمل.

ثم ان ما اخترناه من الوجه الاول، (١) هو مختار العلامة فى القواعد، بعد ان احتمل الوجه الثانى و ولده فى الايضاح و الشهيد فى

الدروس و الشهيد الثانى فى المسالك و حكى عن غيرهم، قال فى القواعد و هل للورثة التفرق فيه نظر (٢) اقربه المنع، و ان جوزناه

مع تعدد المشتري، و زاد فى الايضاح بعد توجيه المنع، بأنه لم يكن لمورثهم الا خيار واحد انه لا وجه لاحتمال التفرق

وفيه: اولاً: انه لو تم اقتضى بقاء حقه بمقدار حصته، فان ارث حق الشفعة انما هو بمقدار الحصه لقاعدة الميراث لا استيفاء الحق فى

الجميع و ثانيا: انه لا يتم، فان حق الشفعة لا يكون ثبوته للضرر، فان ضرر الشركة حاصل قبلا، و قد تبدل شريك بشريك، و ربما يكون الثاني احسن من الاول و ثالثا إذا كان للجميع حق واحد فلا ضرر فان الملك الكذائي المتعلق لحق قائم بالمجموع قد انتقل الى الورثة، و لا ضرر في ذلك، و الحق انه لا فرق بين حق الشفعة، و المقام و ما ذكرناه يجرى فيه.

(١) قوله ثم ان ما اخترناه من الوجه الاول مراده من الوجه الاول من الوجه الثالث- و مراده من الوجه الثاني بحسب الظاهر الثاني من اصل الوجوه.

(٢) قوله قال في القواعد و هل للورثة التفرقة فيه نظر عبارات القواعد و الدروس و غيرهما محتملة لوجوه احدها: ارادة ثبوت مجموع الخيار للمجموع الثاني: ان لكل واحد خيارا بمقدار حصته الا ان فسخته مشروط بفسخ الآخرين الثالث: ان الخيار لكل واحد الا- انه لا يجوز التفريق لان الحق واحد- و المصنف (قدس سره) استظهر الاول و لم يتعرض للثاني.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٧٢

و قال في الدروس في باب خيار العيب: لو جوزنا لأحد المشتريين الرد نجوزه لأحد الوارثين عن واحد، لأن التعدد طار على العقد سواء كان الموروث خيار عيب أو غيره، انتهى. و في المسالك بعد المنع عن تفرق المشتريين في الخيار، هذا كله فيما لو تعدد وارث المشتري الواحد، فإنه ليس لهم التفرق لاتحاد الصفقة و التعدد طار مع احتماله، انتهى.

و ظاهر التذكرة في خيار المجلس الوجه الاول من الوجوه المتقدمة قال لو فسخ بعضهم و اجاز الآخر، فالاقوى انه يفسخ في الكل، كالمورث لو فسخ في حياته في البعض و اجاز في البعض، انتهى.

و يحتمل ان لا يريد بذلك ان لكل منهما ملك الفسخ في الكل، كما هو مقتضى الوجه الأول، بل يملك الفسخ في البعض و يسرى في الكل، (١) نظير فسخ المورث في البعض و كيف كان فقد ذكر في خيار العيب، أنه لو اشترى عبدا فمات، و خلف وارثين فوجدوا به عيبا لم يكن لأحدهما رد حصته خاصة للتشقيص، انتهى.

و قال في التحرير: لو ورث اثنان عن ابيهما خيار عيب، فرضى احدهما، سقط حق الآخر من الرد دون الارش.

و الظاهر ان خيار العيب و خيار المجلس واحد، كما تقدم عن الدروس. فلعله رجوع عما ذكره في خيار المجلس، ثم انه ربما يحمل ما في القواعد و غيرها من عدم جواز التفريق على انه لا يصح تبعض المبيع من حيث الفسخ و الاجازة، بل لا بد من الفسخ أو الاجازة في الكل، فلا دلالة فيها على عدم استقلال كل منهم على الفسخ في الكل، و حينئذ فإن فسخ احدهم و اجاز الآخر قدم الفسخ على الاجازة، و ينسب تقديم الفسخ الى كل من منع من التفريق، بل في الحدائق تصريح الاصحاب بتقديم الفاسخ من الورثة على المجيز

(١) قوله بل يملك الفسخ في البعض و يسرى في الكل بل هذا هو صريحه- و لكن يرد عليه ان سريان فسخ البعض الى الكل لا يكون الا إذا كان مالكا لفسخ الكل كما في المورث و هو واضح.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٧٣

و لازم ذلك الاتفاق على انه متى فسخ احدهم انفسخ في الكل،

و ما ابعد بين هذه الدعوى و بين ما في الرياض من قوله و لو اختلفوا، يعنى الورثة قيل: قدم الفسخ. و فيه نظر، لكن الاظهر في معنى عبارة القواعد ما ذكرناه و ان المراد بعدم جواز التفريق ان فسخ احدهم ليس ماضيا مع عدم موافقة الباقيين. كما يدل عليه قوله فيما بعد ذلك في باب خيار العيب،

اما لو اورثنا خيار العيب، فلا اشكال في وجوب توافقهما، فإن المراد بوجوب التوافق وجوبه الشرطي، و معناه عدم نفوذ التخالف.

و لا ريب ان عدم نفوذ التخالف ليس معناه عدم نفوذ الاجازة من أحدهما مع فسخ صاحبه، بل المراد عدم نفوذ فسخ صاحبه من دون اجازته لفسخ صاحبه و هو المطلوب و اصرح منه ما تقدم من عبارة التحرير، ثم التذكرة. نعم ما تقدم من قوله في الزوجة غير ذات

الولد اقربه ذلك ان اشترى بخيار لترث من الثمن قد يدل على ان فسخ الزوجة فقط كاف في استرجاع تمام الثمن لترث منه، إذ استرداد مقدار حصتها موجب للتفريق الممنوع عنده وعند غيره،
و كيف كان، فمقتضى ادلة الارث ثبوت الخيار للورثة على الوجه الثالث الذي اخترناه.
و حاصله انه متى فسخ احدهم و اجاز الآخر لغى الفسخ.
و قد يتوهم استلزام ذلك بطلان حق شخص لعدم اعمال الآخر حقه.
و يندفع بأن الحق، إذا كان مشتركا لم يجز اعماله الا برضا الكل، كما لو جعل الخيار لأجنبيتين على سبيل التوافق.
منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٧٤

فرع إذا اجتمع الورثة كلهم على الفسخ فيما باعه مورثهم، (١) فإن كان عين الثمن موجودا في ملك الميت دفعوه الى المشتري، (٢) و ان لم يكن موجودا اخرج من مال الميت و لا يمنعون من ذلك، و ان كان على الميت دين مستغرق للتركة، لأن المحجور له الفسخ بخياره و في اشتراط ذلك بمصلحة الديان و عدمه وجهان، (٣) و لو كان مصلحتهم في الفسخ لم يجبروا الورثة عليه لانه حق لهم فلا يجبرون على اعماله

لو اجتمع الورثة على الفسخ

(١) الثالث: إذا اجتمع الورثة على الفسخ فيما باعه مورثهم فهل المبيع يرجع الى الميت أو الى الورثة؟ و يترتب على هذا النزاع فوائد لا تخفى.
(٢) قوله فان كان عين الثمن موجودا في ملك الميت دفعوه الى المشتري هذا هو المعروف بين الاصحاب، و خالفهم الشيخ في جملة من كتبه في صورة قصور التركة يشهد للمشهور صحيح جمل عن بعض اصحابنا عن ابي عبد الله (ع) في رجل باع متاعا من رجل فقبض المشتري المتاع و لم يدفع الثمن ثم مات المشتري و المتاع قائم بعينه فقال (عليه السلام) إذا كان المتاع قائما بعينه رد الى صاحب المتاع و قال ليس للغرماء ان يحاصوه «١»
و استدلل لما ذهب إليه الشيخ بصحيح ابي ولاد عنه (عليه السلام) عن رجل باع من رجل متاعا الى سنة فمات المشتري قبل ان يحل ماله و اصاب البائع متاعه له ان يأخذه إذا حقق له فقال (عليه السلام) ان كان عليه دين و ترك نحو مما عليه فليأخذه ان حقق له فان ذلك حلال و لو لم يترك نحو من دينه فان صاحب المتاع كواحد ممن له عليه شيء يأخذ حصته و لا سبيل له على المتاع «٢»
و المراد بالنحو هنا المثل بمعنى ان تكون تركته قدر ما عليه فصاعدا بحيث لا يحاص على باقي الغرماء قصور،
و لعل الثاني اقوى، و تمام الكلام في كتاب الحجر،
(٣) قوله و في اشتراط ذلك بمصلحة الديان و عدمه وجهان قد استدلل للاول بانهم مكلفون بآداء دين الميت و الفسخ مع المفسدة يضر بالآداء فلا يجوز

(١) الوسائل - باب ٥ - من ابواب كتاب الحجر حديث ١.

(٢) نفس المصدر حديث ٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٧٥

و لو لم يكن للميت مال. ففي وجوب دفع الثمن من مالهم بقدر الحصص وجهان، من انه ليس لهم الا حق الفسخ كالأجنبي المجعول

له الخيار، أو الوكيل المستتاب في الفسخ و الامضاء، و انحلال العقد المستلزم لدخول المبيع في ملك الميت يوفى عنه ديونه و خروج الثمن من ملكه في المعين و اشتغال ذمته ببدله في الثمن الكلي، فلا يكون مال الورثة عوضا عن المبيع الا على وجه كونه وفاء لدين الميت، و حينئذ فلا اختصاص له بالورثة على حسب سهامهم، بل يجوز للغير أداء ذلك الدين، بل لو كان للميت غرماء ضرب المشتري مع الغرماء. و هذا غير اشتغال ذم الورثة بالثمن على حسب سهامهم من المبيع. و من انهم قائمون مقام الميت في الفسخ برد الثمن أو بدله، (١) و تملك المبيع، فإذا كان المبيع مردودا على الورثة من حيث انهم قائمون مقام الميت، اشتغلت ذمهم بثمانه حيث انهم كنفس الميت، كما ان معنى ارثهم لحق الشفعة استحقاتهم لتملك الحصة بثمان من مالهم لا من مال الميت

و فيه ان التكليف بالاداء انما هو مع وجود المال و الفسخ رافع للموضوع و على تقدير عدم الجواز يكون ذلك تكليفا لا وضعيا فلو فسخوا يكون نافذا و المراد من المصلحة عدم المفسدة إذ لا ريب في الجواز مع التساوى. و كيف كان فلو لم يكن للميت مال ففي وجوب دفع الثمن من مالهم بقدر الحصص و جهان. (١) و المصنف بنى الحكم في هذا الفرع على ان الوارث هل هو نائب عن الميت في الفسخ و الاجازة بمعنى انه يفسخ عن الميت فينتقل المال الى الميت ثم الى الوارث ام هو مستقل و قائم مقامه بمعنى انه يفسخ عن نفسه لانتقال الحق الثابت للميت إليه فينتقل المال الى الورثة، و مختاره هو الثاني. و يرد عليه: ان الوارث ليس نائبا عن الميت في الفسخ، بل الحق ثابت له، و لكن ليس معنى ذلك فسخ العقد عن نفسه و لنفسه، بل معناه حق حل العقد و فسخه لاعتن نفسه و لا عن غيره، فان نسبته الى الكل على حد سواء. منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٧٦ ثم لو قلنا بجواز الفسخ لبعض الورثة و ان لم يوافقه الباقي و فسخ. ففي انتقال المبيع الى الكل، أو الى الفاسخ، و جهان مما ذكرنا من مقتضى الفسخ، و ما ذكرنا اخيرا من مقتضى النيابة و القيام مقام الميت. (١)

و بعبارة اخرى: الفسخ حل للعقد القائم بشخصين خاصين مع انه على تقدير الاغماض عما ذكرناه و تسليم ما افاده المصنف (قدس سره) لا وجه لتفصيله بين ما إذا كان للميت مال و بين ما لم يكن، فان مقتضى ما افاده انتقال العين الى الورثة و اشتغال ذمهم بمقدار حصصهم للمفسوخ عليه، من غير فرق بين ان يكون له مال و ان لا يكون له مال. (١) قوله و ما ذكرنا اخيرا من مقتضى النيابة و القيام مقام الميت الوجه الاول نيابة دون هذا الوجه و عليه فمراده من النيابة ما فسره بقوله و القيام مقام الميت كما يشير الى ما ذكرناه ما ذكره بعد ذلك بقوله فهو كنفس الميت لا نائب عنه. و الحق ان يقال: ان حق الخيار الموروث ليس من قبيل حق الشفعة، فان حقيقة حق الشفعة تملك حصة الشريك من مشتريها بثمانها، و معلوم ان تملك حصة الشريك ببذل الثمن لا يقتضى رجوع الحصة الى الميت و لا ثمنها منه. و بالجملة: الموروث ليس حق التملك، بل حق حل العقد، و هو يقتضى رجوع الأمر الى ما كان، و لازم ذلك عود الملك الى الميت و عود بدله عنه إذ المعاوضة كانت بينه و بين المفسوخ عليه. و غاية ما يمكن ان يورد على هذا الوجه امور: الاول: ان انتقال المال الى الميت غير معقول لعدم قابليته لذلك. و فيه: ان الملكية من الاعتباريات، و هي خفيفة المثبوتة، و لا مانع من اعتبار شيء ملكا له لو اقتضت المصلحة ذلك.

الثاني: ان الوارث حيث يكون قائما مقام مورثه فيكون عقده عقده، فكأن العقد واقع على ماله. و الحل حل لهذا العقد، و لازم ذلك تلقى الفاسخ من المفسوخ عليه من حين فسخه لا التلقى من الميت فتشتغل ذمته بالبدل.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٧٧

و الأطهر في الفرعين هو كون ولاية الوارث لا كولاية الولي أو الوكيل في كونها لاستيفاء حق للغير، بل هي ولاية استيفاء حق متعلق بنفسه، فهو كنفس الميت لا- نائب عنه في الفسخ. و من هنا جرت السيرة بأن ورثة البائع بيع خيار رد الثمن يردون مثل الثمن من أموالهم، و يستردون المبيع لأنفسهم، من دون ان يلزموا باداء الديون منه بعد الاخراج، (١) و المسألة يحتاج الى تنقيح زائد.

و فيه: ان دليل الارث يدل على ان ما كان للميت من ملك أو حق فهو لوارثه،

و لا يدل على ان كل ما هو مضاف إليه مضاف الى وارثه كى يكون عقده عقده.

(١) الثالث: انه جرت السيرة بان ورثة البائع بيع خيار رد الثمن يردون مثل الثمن من أموالهم، و يستردون المبيع لأنفسهم، من دون ان يلزموا باداء الديون منه بعد الاخراج و فيه: اولاً: ان وجه جريان السيرة غير معلوم، و لعله يكون ردهم مثل الثمن من أموالهم من جهة ان الفسخ اوجب اشتغال ذمة الميت بالثمن، فهم يؤدون دينه. نعم لو جرت السيرة بعدم اداء سائر ديون الميت من المبيع، و عدم كونهم ملزمين بذلك، كشف ذلك عن عدم انتقال المبيع الى الميت، و لكن قيام السيرة على ذلك ممنوع. و ثانياً: ان غاية ما يثبت بذلك كون ارث الخيار المشروط برد مثل الثمن من قبيل حق الشفعة، و لا يثبت به كون جميع الخيارات كذلك.

الرابع: قياس حق الخيار بحق الشفعة، و قد عرفت الفرق بينهما.

و هناك وجوه آخر هيّن دفعها بعد مراجعته ما ذكرناه.

فالحق انه تنتقل العين الى الميت، فان كان بدلها موجودا فهو يعود الى المفسوخ عليه لا يقال: انه ان انتقل الى الوارث فهو في حكم التلف.

فانه يرد بانه ملك متزلزل فيعود منهم، و الا فتشتغل ذمة الميت بالبدل، كان للميت مال ام لم يكن، فيكون سبيله سبيل سائر ديونه،

و أما العين فان لم يكن للميت دين تنتقل الى الورثة و الا فان كان الدين غير مستوعب ينتقل الفاضل منه على الدين إليهم و ان كان مستوعبا لا ينتقل شيء منها إليهم

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٧٨

مسألة لو كان الخيار لأجنبي و مات

، ففي انتقاله الى وارثه كما في التحرير أو الى المتعاقدين، أو سقوطه كما اختاره غير واحد من المعاصرين، و ربما يظهر من القواعد، ووجهه، (١) من انه حق تركه الميت فلوارثه، و من انه حق لمن اشترط له من المتعاقدين، لأنه بمنزلة الوكيل الذي حكم في التذكرة بانتقال خياره الى موكله دون وارثه.

لو جعل الخيار لأجنبي

(١) الرابع: و لو كان الخيار لأجنبي، ففي انتقاله الى وارثه- كما عن العلامة (قدس سره) في التحرير- أو الى المتعاقدين، أو سقوطه-

كما عن غير واحد و ربما يظهر من القواعد- ووجه.

وقد وقع الخلاف في الخيار المجعول للأجنبي في انه، هل هو من باب التملك، أو التوكيل، أو التحكيم،

فقد يقال كما عن المحقق النائيني (قدس سره) بانه ليس من قبيل التمليك، لانه لو كان على نحو جعل الملك كان لازمه ارث وارثه عنه: لان ما تركه لوارثه، و لا من باب التوكيل، و الا امكن عزله، بل هو متوسط بين الملكية و الوكالة نظير التولية على الوقف، و هذا هو المراد من التحكيم الذي ذكره الفقهاء.

و لكن يمكن ان يكون من قبيل التمليك و جعل الحق له، و انما لا يرثه وارثه من جهة ضيق مقدار الجعل و المجعول، إذ المجعول هو حق الخيار للأجنبي بما انه ذو نظر و رأى يعتمد عليه في امر العقد، فيكون المستحق مقوما، و قد مر ان مثل هذا الحق لا يورث و لا ينتقل الى الغير:

و يمكن ان يكون من قبيل التوكيل، و انما لا يمكن عزله لانه و ان كانت الوكالة جائزة في نفسها الا انه إذا كانت شرطا في ضمن عقد لازم لا يجوز العزل، و الظاهر ان جعل الخيار من قبيل الاول.

و قد ظهر مما ذكرناه امران:

الأول: انه لا يرثه وارثه و لا ينتقل الى غيره.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٧٩

و من ان ظاهر الجعل أو محتمله مدخليه نفس الاجنبي، (١) فلا يدخل فيما تركه و هذا لا يخلو عن قوة لاجل الشك في مدخليه نفس الاجنبي.

و في القواعد لو جعل الخيار لعبد احدهما، فالخيار لمولاه، (٢) و لعله لعدم نفوذ فسخه و لا- إجازته بدون رضا مولاه، و إذا امره باحدهما اجبر شرعا عليه، فلو امتنع للمولى فعله عنه فيرجع الخيار بالآخرة له، لكن هذا يقتضى ان يكون عبد الاجنبي كذلك، مع انه 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 وحلا، فافهم.

الثاني: عدم تمامية ما افاده المحقق الايرواني (قدس سره) معلقا على قول المصنف (قدس سره)،

(١) و من ان ظاهر الجعل أو محتمله مدخليه نفس الاجنبي بقوله: لم افهم المراد من مدخليه الأصيل و عدم مدخليته، فان اريد كون الخيار مجعولا لشخص الأصيل فالكلام في مثل ذلك و يعدى الى الوارث بادلثة الارث- الى ان قال- و ان اريد كون الخيار مجعولا لشخص الاصيل بشرط ان لا يورث ففيه: ان هذا شرط خلاف الكتاب و السنة. انتهى.

فانه قد عرفت ان الخيار انما يورث إذا لم يكن المستحق مقوما، بل كان موردا، و في جعل الخيار الظاهر كونه مقوما،

و هذا هو مراد المصنف (قدس سره) من مدخليه نفس الاجنبي، فلا ايراد عليه.

(٢) قال المصنف (قدس سره): و في القواعد لو جعل الخيار لعبد احدهما فالخيار لمولاه. هذه المسألة غير مربوطة بما نحن فيه، فان حاصلها: ان جعل الخيار للعبد هل هو جعل له لمولاه لأنه عبد لا يقدر على شيء، أو انه جعل له لنفسه بعد عدم مزاحمة اعماله لحق مولاه؟ و الحق ان جعل الحق له لا محذور فيه، فان كونه عبدا لا يقدر على شيء ليس معناه خروجه عن قابلية جعل مال أو حق له، بل معناه ان الأفعال التسيبية لا تنفذ منه، و انما يلتزم بعدم مالكيته من التزم لدليل آخر مفقود في الحق.

نعم يمكن الفرق بين كون المستحق عبد أحد المتعاقدين أو عبد الاجنبي

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٨٠

مسألة و من احكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار. (١)

و قد مر بيان ذلك في مسقطات الخيار، و المقصود هنا بيان انه كما يحصل اسقاط الخيار و التزام العقد بالتصرف، فيكون التصرف

اجازة فعلية، كذلك يحصل الفسخ بالتصرف، فيكون فسخا فعليا.

وقد صرح في التذكرة بأن الفسخ كالاجازة قد يكون بالقول، وقد يكون بالفعل. وقد ذكر جماعة كالشيخ وابن زهرة وابن ادریس و جماعة من المتأخرين عنهم كالعلامة وغيره (قدس الله اسرارهم) ان التصرف ان وقع فيما انتقل عنه كان فسخا، و ان وقع فيما انتقل إليه كان اجازة.

من ناحية ان الخيار ان جعل لعبد أحدهما كان لازمه سلطنة العبد على مولاه بحل العقد الواقع بينه وبين طرفه بخلاف ما لو جعل لعبد الأجنبي فان العقد حينئذ اجنبى عن مولاه و لعله لذلك قال فى القواعد ان الخيار لو جعل لعبد احدهما فالخيار لمولاه و لو جعل لعبد الأجنبي فالخيار له لا لمولاه، و لكن مقتضى ما ذكرناه من الفرق عدم ثبوت الخيار للعبد لا ثبوته لمولاه، و الذى يسهل الخطب عدم المورد لهذه المسألة، فالاعراض عن اطاعة الكلام اولى.

الفسخ الفعلى

(١) طفحت كلماتهم بانه من احكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار و تنقيح القول فى المقام بالبحث فى موارد الاول هل الفسخ يحصل بالفعل كما يحصل بالقول ام لا- لا كلام من الاصحاب فى حصوله به و هو مقتضى اطلاق دليل الفسخ بالتقريب المتقدم فى مسألة المعاطاة و قد عرفت هناك انه فيما لم يدل دليل بالخصوص على اعتبار اللفظ يكتفى بكل ما ينشأ به المنشأ كان قولاً ام فعلاً و قوله (عليه السلام) «١» انما يحلل الكلام و يحرم الكلام لا يدل على اعتبار اللفظ فى آله الانشاء كما مر تحقيقه

(١) الوسائل- باب ٨- من ابواب احكام العقود حديث ٤.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٨١

وقد عرفت فى مسألة الأسقاط ان ظاهر الاكثر ان المسقط هو التصرف المؤذن بالرضا، و قد دل عليه الصحيحة المتقدمة فى خيار الحيوان، المعللة للسقوط،

بأن التصرف رضا بالعقد فلا خيار، و كذا النبوى المتقدم، و مقتضى ذلك منهم ان التصرف فيما انتقل عنه انما يكون فسخا إذا كان مؤذنا بالفسخ و ليكون فسخا فعليا.

و أما ما لا- يدل على ارادة الفسخ، فلا وجه لانفساخ العقد به، و ان قلنا بحصول الاجازة به بناء على حمل الصحيحة المتقدمة على سقوط الخيار بالتصرف تعبدا شرعيا، من غير ان يكون فيه دلالة عرفية نوعية على الرضا بلزوم العقد، (١) كما تقدم نقله عن بعض، الا ان يدعى الاجماع على اتحاد ما يحصل به الاجازة و الفسخ، (٢) فكلما يكون اجازة لو ورد على ما فى يده يكون فسخا إذا ورد منه على ما فى يد صاحبه، و هذا الاتفاق و ان كان الظاهر تحققه الا ان اكثر هؤلاء كما عرفت كلماتهم فى سقوط خيار الشرط بالتصرف يدل على اعتبار الدلالة على الرضا فى التصرف المسقط، فيلزمهم بالمقابلة اعتبار الدلالة على الفسخ فى التصرف الفاسخ،

الثانى: انه بناء على كفاية الفعل هل يكتفى بخصوص ما قصد به الفسخ و كان مبرزا له عرفا- ام يكون التصرف فيما انتقل عنه فسخا تعبدا و لو لم يكن كاشفا عن قصد الفسخ- لا اشكال فى الاختصاص بمقتضى القواعد و لكن قد ادعى ان مقتضى الدليل الخاص عدم الاختصاص و هو مؤلف من امرين.

(١) احدهما- انه فى النص الخاص «١» حكم بان التصرف فيما انتقل إليه اجازة و ان لم يقصد به الامضاء.

(٢) الثانى انه قد تكرر فى كلماتهم دعوى الاجماع على ان ما يحصل به الاجازة ان وقع فيما انتقل إليه، يحصل به الفسخ ان وقع فيما

انتقل عنه فان مقتضى هذين الامرين كون التصرف فيما انتقل عنه فسخا تعبدا

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

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٨٢

و يدل عليه كثير من كلماتهم في هذا المقام ايضا، قال في التذكرة اما العرض على البيع و الاذن فيه و التوكيل و الرهن غير المقبوض بناء على اشتراطه فيه و الهبة الغير المقبوضة، فالاقرب انها من البائع فسخ، و من المشتري اجازة، لدلالاتها على طلب المبيع و استيفائه، و هذا هو الاقوى و نحوهما في جامع المقاصد.

ثم انك قد عرفت الاشكال في كثير من امثلتهم المتقدمة للتصرفات الملزمة كركوب الدابة في طريق الرد و نحوه مما لم يدل على الالتزام اصلا، لكن الأمر هنا أسهل بناء على ان ذا الخيار إذا تصرف فيما انتقل عنه تصرفا لا يجوز شرعا الا من المالك، أو باذنه، دل ذلك بضميمة حمل فعل المسلم على الصحيح شرعا، على ارادة انفساخ العقد قبل هذا التصرف.

قال في التذكرة: لو قبل الجارية بشهوة أو باشر فيما دون الفرج، أو لمس بشهوة، فالوجه عندنا انه يكون فسخا، لأن الإسلام يصون صاحبه عن القبيح، فلو لم يختر الامساك لكان مقدا على المعصية، انتهى.

ثم نقل عن بعض الشافعية احتمال العدم نظرا الى حدوث هذه الامور عمن تردد في الفسخ و الاجازة.

و في كلا الامرين نظر اما الثاني فلان معقد الاجماع هو ما يحصل به الاجازة حقيقة و واقعا أو ظهورا لا مطلقا كي يشمل ما به يحصل الاجازة تعبدا و أما الاول فلان ما دل على كون التصرف اجازة تعبدا مختص بخيار الحيوان و لا يتعدى منه الى غيره فالأظهر انه لا يتحقق الفسخ بما لا يكون كاشفا عن ارادته.

الثالث - انه لو لم يحرز انه بالتصرف فيما انتقل عنه هل قصد الفسخ ام لاهل يحكم بارادة الفسخ و انه يفسخ ام لا لا كلام فيما إذا كان ظاهرا فيه للسيرة المستمرة من العقلاء على اتباع الكاشف عن المراد الجدى قولا كان ام فعلا انما الاشكال فيما إذا لم يكن ظاهرا فيه.

و الكلام فيه في موضعين احدهما في التصرفات الخارجية غير الجائزة على غير المالك

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٨٣

و في جامع المقاصد عند قول المصنف (رحمه الله) 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 ان اصالة حمل فعل المسلم على الجائر من باب الظواهر المعتمدة شرعا، كما صرح به جماعة كغيرها من الامارات الشرعية، فيدل على الفسخ لا من الاصول التعبدية (١) حتى يقال انها لا تثبت ارادة المتصرف للفسخ، لما تقرر من ان الاصول التعبدية لا يثبت الا للوازم الشرعية لمجاريها. و هنا كلام مذكور في الاصول، ثم ان مثل التصرف الذي يحرم شرعا الا على المالك أو مأذونه التصرف الذي لا ينفذ شرعا الا من المالك أو مأذونه و ان لم يحرم، كالبيع و الاجارة و النكاح. فإن هذه العقود و ان حلت لغير المالك لعدم عدها تصرفا في ملك الغير، الا انها تدل على ارادة الانفساخ بها بضميمة اصالة عدم الفضولية،

الثاني في التصرفات الاعتبارية المتوقف نفوذها على الملك اما الاول - فحيث، يحتمل كونه تصرفا عدوانيا و كونه تصرفا صحيحا لا - حراز رضا صاحبه بالتصرف، و يحتمل كونه فسخا ففي الحكم بكونه فسخا لا - بد من سد الاحتمالين الاولين اما احتمال كون

التصرف عدوانيا، فيدفع باصالة حمل فعل المسلم على الصحيح شرعا التي هي من الاصول العقلائية، ولكن لا يثبت بها ما يتوقف عليه الصحة كما صرح المصنف (رحمه الله) بذلك في رسالته و لذا قال لو شك في ان الشراء الصادر من الغير كان بما لا يملك كالخمر، أو بعين من اعيان ماله لا يحكم بخروج تلك العين من تركته و قد اشبعنا الكلام في ذلك في رسالة القواعد الثلاث المطبوعة و عليه، فغاية ما يثبت بها صحة التصرف و عدم الاثم عليه، و لا يثبت بها ما يتوقف الصحة عليه و هو ارادة الفسخ،

(١) قوله من الامارات الشرعية فيدل على الفسخ لا من الاصول التعبدية

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٨٤

كما صرح بها جامع المقاصد عند قول المصنف، و الاجازة و الترويج في معنى البيع، و المراد بهذا الاصل الظاهر، فلا وجه لمعارضته باصالة عدم الفسخ، مع انه لو اريد به اصالة عدم قصد العقد عن الغير، فهو حاكم على اصالة عدم الفسخ، لكن الانصاف انه لو اريد به هذا لم يثبت به ارادة العاقد للفسخ، و كيف كان، فلا اشكال في اناطة الفسخ بذلك عندهم كالاجازة بدلالة التصرف عليه و يؤيده استشكالهم في بعض افراده من حيث دلالة الالتزام على الالتزام بالبيع أو فسخه و من حيث امكان صدوره عن تردد في الفسخ، كما ذكره في الايضاح، و جامع المقاصد، و في وجه اشكال القواعد في كون العرض على البيع و الاذن فيه فسحا، و مما ذكرنا يعلم انه لو وقع التصرف، فيما انتقل عنه نسيانا للبيع أو مسامحة في التصرف في ملك الغير، أو اعتمادا على شهادة الحال بالاذن، لم يحصل الفسخ بذلك.

يرد عليه أو لا- انه صرح في رسالته بانه لو سلم وجود ملاك الطريقة فيها مع انه ممنوع و لكن بما ان دليلها بناء العقلاء، و هو كما يمكن ان يكون من جهة الطريقة يمكن ان يكون لمصلحة اخرى كحفظ نظام المعاشرة و نحوه،

فلا يثبت باصالة الصحة الا الآثار الشرعية المترتبة عليها، اما ما يتوقف عليه الصحة، أو ملازمها مطلقا، أو ما يلزمها فلا يثبت بها، اصف الى ذلك ما حققناه في تلك المسألة و اثبتنا انها من الاصول التعبدية لا من الامارات، فلا يثبت بها الفسخ و أما احتمال كون التصرف صحيحا لاحراز رضا صاحبه، فلا اصل يحرز به عدمه،

و على هذا فمع الشك لا أصل يحرز به ارادة الفسخ و أما الثاني فاحتمال كونه فضوليا يدفع بالاصل، و المراد به ظهور الاطلاق و عدم التقييد بكونه للغير، و هذا الظهور متبع عند العقلاء، و لكن لا ساد لاحتمال كون التصرف عدوانيا كما تقدم فلا يحكم بالنفوذ،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٨٥

مسألة هل الفسخ يحصل بنفس التصرف، أو يحصل قبله متصلا به.

إشارة

و بعبارة اخرى التصرف سبب، أو كاشف فيه، (١) و جهان. بل قولان، من ظهور كلماتهم في كون نفس التصرف فسحا، أو اجازة، و انه فسخ فعلى في مقابل القولى، و ظهور اتفاقهم على ان الفسخ بل مطلق الانشاء لا- يحصل بالنية، بل لا بد من حصوله بالقول أو الفعل، و مما عرفت من التذكرة و غيرها من تعليل تحقق الفسخ بصيانة فعل المسلم عن القبيح. و من المعلوم انه لا يصاب عنه الا إذا وقع الفسخ قبله، و إلا لوقع الجزء الأول منه محرما و يمكن ان يحمل قولهم بكون التصرف فسحا على كونه دالا عليه، و ان لم يتحقق به، و هذا المقدار يكفي في جعله مقابلا للقول، و يؤيده ما دل من الاخبار المتقدمة على كون الرضا هو مناط الالتزام بالعقد و سقوط الخيار، و ان اعتبر كونه مكشوبا عنه بالتصرف. و قد عرفت هناك التصريح بذلك من الدروس، و صرح به في التذكرة ايضا، حيث

ذكر ان قصد المتبايعين لأحد عوضى الصرف قبل التصرف رضا بالعقد، فمقتضى المقابلة هو كون كراهة العقد باطنا و عدم الرضا به هو الموجب للفسخ إذا كشف عنه التصرف.

الفعل كاشف

(١) مسألة هل الفسخ يحصل بنفس التصرف أو يحصل قبله متصلا به و بعبارة اخرى التصرف سبب أو كاشف فيه و جهان بل قولان لا يخفى ان الموجب لحمل التصرف على الكاشف دون السبب، مع ان الفسخ من الايقاعات، و الظاهر تسالمهم على احتياجها الى الانشاء، و ان ما ينشأ به العقد أو الايقاع سبب لا كاشف، انما هو احد المحاذير التي ذكروها فى المقام.

الاول- ان الفعل ليس قابلا للانشاء ذكره المصنف (رحمه الله)

قال ان الفعل لا-إنشاء فيه فالمنشأ يحصل بارادته المتصلة بالفعل، لا بنفس الفعل لعدم دلالة عليه و يرد عليه اولا النقض، بالمعاطة المفيدة للملك التي هي بيع عنده، و انشأ بها البيع

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٨٦

و يؤيده انهم ذكروا انه لا يحصل الاجازة بسكوت البائع ذى الخيار على وطئ المشتري معللا، بأن السكوت لا يدل على الرضا، فإن هذا الكلام ظاهر فى ان العبرة بالرضا، و صرح فى المبسوط بأنه لو علم رضاه بوطئ المشتري سقط خياره، فاقصر فى الاجازة على مجرد الرضا. و أما ما اتفقوا عليه من عدم حصول الفسخ بالنية، فمرادهم بها نية الانفساخ اعنى الكراهة الباطنية، لبقاء العقد، و البناء على كونه منفسخا من دون ان يدل عليها بفعل مقارن به. و أما مع اقترانها بالفعل، فلا قائل بعدم تأثيرها فيما يكفى فيه الفعل، إذ كلما يكفى فيه الفعل من الانشاءات و لا يعتبر فيه خصوص القول فهو من هذا القبيل، (١) لأن الفعل لا إنشاء فيه، فالمنشئ يحصل بارادته المتصلة بالفعل لا بنفس الفعل لعدم دلالة عليه.

نعم يلزم من ذلك ان لا يحصل الفسخ باللفظ اصلا، (٢) لأن اللفظ ابدا مسبوق بالقصد الموجود بعينه قبل الفعل الدال على الفسخ. و قد ذكر العلامة فى بعض مواضع التذكرة،

اللهم الا ان يقال انه ملتزم فيها ايضا بذلك، كما يظهر من قوله.

(١) كلما يكفى فيه الفعل من الانشائيات و لا-يعتبر فيه خصوص القول فهو من هذا القبيل و ثانيا: انه لا فرق بين القول و الفعل- و المختار عندنا و ان كان حصول المنشأ قبل اظهاره بالقول أو الفعل، و هو مبرز له لا سبب كما حققناه فى اول الجزء الاول من هذا الشرح- الا- ان ذلك فيهما على حد سواء، و أما من يرى حصول المنشأ بالقول لا سبيل له الى منع حصوله بالفعل، فان الفعل احد الدوال لان قوام الدلالة بالكشفية النوعية عن المراد، و هذه لا تختص باللفظ، و لا فرق فى ذلك بين الاخبار و الانشاء.

و ظنى ان المصنف (رحمه الله) كان فى ذهنه انه فى باب الانشائيات مطلقا، يتحقق المنشأ باعتبار المنشى و ارادته و اللفظ أو الفعل كاشف عن ذلك، و مظهر له، لا-انه آله لإيجاده كما اخترناه و بينا انه لا يعقل ايجاد ذلك المعنى باللفظ- و يعرب عن ذلك قوله- بعد منع حصول المنشأ بالفعل.

(٢) نعم يلزم من ذلك ان لا يحصل الفسخ باللفظ اصلا لأن اللفظ ابدا مسبوق بالقصد و كيف كان فالفرق بين القول و الفعل مما لا وجه له اصلا

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٨٧

ان اللازم بناء على القول بتضمن الوطاء للفسخ عود الملك الى الواطئ مع الوطاء أو قبيله، فيكون حلالا هذا أو كيف كان، فالمسألة ذات قولين ففى التحرير قوى جهة الواطئ الذى يحصل به الفسخ، و ان الفسخ يحصل بأول جزء منه، فيكشف عن عدم الفسخ قبله، و

هو لازم كل من قال بعدم صحة عقد الواهب الذى يتحقق به الرجوع كما فى الشرائع و عن المبسوط و المهذب و الجامع. و الحكم فى باب الهبة و الخيار واحد، و توقف الشهيد فى الدروس فى المقامين مع حكمه بصحة رهن ذى الخيار، و جزم الشهيد و المحقق الثانيان بالحل، نظرا الى حصول الفسخ قبله بالقصد المقارن، ثم انه لو قلنا بحصول الفسخ قبيل هذه الافعال فلا اشكال فى وقوعها فى ملك الفاسخ، فيترتب عليها آثارها فيصح بيعه و سائر العقود الواقعة منه على العين لمصادفتها للملك و لو قلنا بحصوله بنفس الافعال، فينبغى عدم صحة التصرفات المذكورة كالبيع، و العتق من حيث عدم مصادفتها لملك العاقد التى هى شرط لصحتها. و قد يقرر المنع بما فى التذكرة عن بعض العامة من ان الشىء الواحد لا يحصل به الفسخ و العقد، (١)

كما ان التكبيرة الثانية فى الصلاة بنية الشروع يخرج بها عن الصلاة و لا

و ان تم هذا الوجه أى حصول المنشأ قبل ابرازه بالفعل - أو قبل ابرازه مطلقا كما اخترناه، يرتفع جميع الاشكالات حتى فى الوطاء، لانه يقع بعد تحقق الملك فإذا نحن فى فسحة من هذه الايرادات.

(١) الثانى ما نقله العلامة (رحمه الله) عن بعض العامة و هو ان الشىء الواحد لا يعقل ان يكون فسحا و عقدا و هذا الوجه يختص بالوضعيات كالبيع و حاصله ان الفسخ و العقد متقابلان فلا يعقل ان يجتمعا فى واحد و فيه: انهما متقابلان بالاضافة الى شىء واحد، كملكية عين لزيد و حل تلك الملكية فى زمان واحد، و أما العقد على ملكيتها لزيد و حل ملكية عمرو، فهما ليسا متقابلين، و المقام من قبيل الثانى كما لا يخفى.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٨٨

يشرع بها فى الصلاة، و بان البيع موقوف على الملك الموقوف على الفسخ المتأخر عن البيع، (١) و اجاب فى التذكرة عن الاول بمنع عدم صحة حصول الفسخ و العقد بشىء واحد، بالنسبة الى شيئين. و اجاب الشهيد عن الثانى بمنع الدور التوقفى و ان الدور معى، (٢) و قال فى الايضاح ان الفسخ يحصل بأول جزء من العقد، و زاد فى باب الهبة قوله فيبقى المحل قابلا لمجموع العقد، انتهى.

و قد يستدل للصحة بأنه إذا وقع العقد على مال الغير فملكه بمجرد العقد كاف كمن باع مال غيره، ثم ملكه. اقول: ان قلنا، بأن المستفاد من ادلة توقف البيع و العتق على الملك، نحو قوله لا- بيع إلا- فى ملك و لا عتق إلا فى ملك هو اشتراط وقوع الانشاء فى ملك المنشئ، فلا مناص عن القول بالبطلان، لأن صحة العقد حينئذ تتوقف على تقدم تملك العاقد على جميع اجزاء العقد لتقع فيه، فإذا فرض العقد أو جزء من اجزائه فسحا كان سببا لتملك العاقد مقدما عليه، لأن المسبب انما يحصل بالجزء الاخير من سببه،

(١) الثالث ان التصرفات المتوقفة على الملك قسما اعتبارى و خارجى و صحة التصرف الاعتبارى كالبيع متوقفة على كون المبيع مملوكا له قبل البيع، و كونه مملوكا له يتوقف على ان يكون قوله بعتك فسحا، و كونه فسحا متوقف على كونه مبيعا- فالبيع يتوقف على الملك، المتوقف على الفسخ، المتوقف على البيع، و هذا دور واضح- و جواز التصرف الخارجى كالوطئ يتوقف على الملك، فبالوطاء مثلا يتحقق الملك و الحلية المترتبة عليه فى رتبة واحدة.

(٢) قوله و اجاب الشهيد عن الثانى بمنع الدور التوقفى و ان الدور معى الظاهر ان مراد الشهيد من الدور المعى: ان الفسخ المحقق، للملك، و البيع أى النقل العرفى، هما معا معلولان للعقد، و هما معا متلازمان، و لا يكون كل منهما علّة للآخر: و ان الملك شرط للبيع الحقيقى موجب للتقدم الرتبى، لا الزمانى و لم يدل دليل على استحالة كون شىء واحد سببا، للشرط، و المشروط معا.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٨٩

فكلما فرض جزء من العقد قابل للتجزئة سببا للتملك. كان الملك متأخرا عن بعض ذلك الجزء، و إلا لزم تقدم وجود المسبب على

السبب و الجزء الذى لا يتجزأ موجود، (١) فلا يكون سببا مع أن غاية الامر حينئذ المقارنة بينه و بين التملك.

و قد عرفت ان الشرط بمقتضى الادلة سبب التملك على جميع اجزاء العقد قضاء لحق الظرفية.

و أما دخول المسألة فيمن باع شيئا ثم ملكه، فهو بعد فرض القول بصحته يوجب اعتبار اجازة العاقد ثانيا بناء على ما ذكرنا فى مسألة

الفضولى من توقف لزوم العقد المذكور على الاجازة، الا ان يقال ان المتوقف على الاجازة عقد الفضولى

و يبعه للمالك. و أما يبعه لنفسه نظير الغاصب، فلا يحتاج الى الاجازة بعد العقد، لكن هذا على تقدير القول به و الاغماض عما تقدم

فى عقد الفضولى لا يجرى فى العتق الغير القابل للفضولى.

و ان قلنا ان الاستفادة من تلك الادلة هو عدم وقوع البيع الغير المؤثر فى نقل مال الغير بغير اذنه، (٢) فالممنوع شرعا تمام السبب فى

ملك الغير، لا- و وقوع بعض اجزائه فى ملك الغير و تمامه فى ملك نفسه، لينقل بتمام العقد الملك الحادث ببعضه، فلا مانع من تأثير

هذا العقد لانتقال ما انتقل الى البائع بأول جزء منه، و هذا لا يخلو عن قوة إذ لا دلالة فى ادلة

(١) قوله و الجزء الذى لا يتجزى غير موجود اورد عليه المحقق الايروانى (قدس سره) بان وجوده لا يدفع الاشكال: إذ الملك يتاخر

عن ذلك الجزء ان حصل الفسخ به فيلزم الاشكال و فيه: ان فرض الجزء الذى لا يتجزى فرض جزء، لا يمين له، و لا يسار، فلا يتصف

بهما من حيث فرض التوسط فيه، و مثل هذا الجزء لا قبل له، و لا بعد، كى يقال ان الملك حصل بعده.

و المصنف (قدس سره) اجاب عن المحذور فى التصرف الاعتبارى بوجهين.

(٢) احدهما ان الاستفادة من دليل توقفه على الملك ليس اعتبار وقوع الانشاء فى ملك المنشئ حتى يحكم بالبطلان من جهة ان

صحة العقد حينئذ تتوقف على تقدم الملك على جميع اجزاء العقد لتقع فيه قضاء لحق الظرفية

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٦، ص: ٣٩٠

اعتبار الملكية فى المبيع الا على اعتبار كونه مملوكا قبل كونه مبيعا، و الحصر فى قوله لا يبيع الا فى ملك اضافى بالنسبة الى البيع فى

ملك الغير، او فى غير ملك كالمباحات الاصلية، فلا يعم المستثنى منه البيع الواقع ببعضه فى ملك الغير و تمامه فى ملك البائع، هذا،

مع انه يقرب ان يقال ان المراد بالبيع هو النقل العرفى الحاصل من العقد لا نفس العقد (١) لان العرف لا يفهمون من لفظ البيع الا هذا

المعنى المأخوذ فى قولهم بعت. و حينئذ، فالفسخ الموجب للملك يحصل بأول جزء من العقد و النقل و التملك العرفى يحصل

بتمامه، فيقع النقل فى الملك، و كذا الكلام فى العتق و غيره من التصرفات القولية عقدا كان أو ايقاعا.

و لعل هذا معنى ما فى الايضاح (٢) من ان الفسخ يحصل بأول جزء، و بتمامه يحصل العتق. نعم التصرفات الفعلية المحققة للفسخ

كالوطى و الأكل و نحوهما لا- وجه لجواز الجزء الاول منها، فإن ظاهر قوله تعالى: (إِلَّا عَلَىٰ أَرْوَاحِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ) اعتبار

وقوع الوطء فيما اتصف بكونها مملوكة، فالوطى المحصل للفسخ لا يكون بتمامه حلالا،

بل الاستفادة منه عدم وقوع البيع مثلا فى ملك الغير فالممنوع شرعا تمام السبب فى ملك الغير لا وقوع بعض اجزائه فى ملك الغير و

تمامه فى ملك نفسه و بالجملة لا دلالة فى ادلة اعتبار الملكية فى المبيع، الا على اعتبار كونه مملوكا قبل كونه مبيعا، فلا تعم تلك

الادلة البيع الواقع ببعضه فى ملك الغير.

(١) ثانيهما ان المراد بالبيع هو النقل العرفى الحاصل من العقد لا نفس العقد و حينئذ فالفسخ يحصل باول جزء من العقد و النقل

يحصل بتمامه فيقع فى الملك و أما فى التصرف الخارجى، كالوطى، فالترم بحرمة الجزء الاول منه، ان دل الدليل على عدم حصول

الفسخ قبيل التصرف.

(٢) قوله و لعل هذا معنى ما فى الايضاح المشار إليه اصل التوجيه لا خصوص الوجه الثانى

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٩١

و توهم ان الفسخ إذا جاز بحكم الخيار جاز كل ما يحصل به (١) قولاً- كان أو فعلاً، فإن معنى جواز الفسخ لأجل الخيار، الجواز الوضعي اعني الصحة لا التكليفي، فلا ينافي تحريم ما يحصل به الفسخ، كما لا يخفى.

مع انه لو فرض دلالة دليل الفسخ على اباحة ما يحصل به تعيين حمل ذلك على حصول الفسخ قبيل التصرف جمعا بينه و بين ما دل على عدم جواز ذلك التصرف الا إذا وقع في الملك.

و بالجملة فما اختاره المحقق و الشهيد الثانيان في المسألة، لا يخلو عن قوة، و به ترتفع الاشكال عن جواز التصرفات تكليفا و وضعاً، و هذا هو الظاهر من الشيخ في المبسوط، حيث جوز للمتصارفين تباع التقدين. ثانيا في مجلس الصرف و قال ان شروعهما في البيع قطع لخيار المجلس، مع ان الملك عنده يحصل بانقطاع الخيار المتحقق هنا بالبيع المتوقف على الملك، لكنه في باب الهبة لم يصحح البيع الذي يحصل به الرجوع فيها معللا بعدم وقوعه في الملك.

(١) قوله و توهم ان الفسخ إذا جاز بحكم الخيار جاز كل ما يحصل به حاصل التوهم: ان ما دل على سلطنته ذي الخيار على الفسخ، مقتضاه جوازه،

و عدم حرمة: لان ظاهر ما تضمن ان لك الفسخ، انه لا مانع منه تكليفا و مقتضى اطلاقه جواز كل تصرف حتى المتوقف على الملك كالوطئ.

و في كلامه (قدس سره) مواقع للنظر الاول ما افاده من انه لو كان المستفاد من الادلة، اشتراط وقوع الانشاء في ملك المنشئ، كان المتعين البناء على البطلان: لان صحته حينئذ تتوقف على تقدم الملك قضاء لحق الظرفية فانه يرد عليه، ان الظرفية تقتضى المقارنة، و ينافيها التقدم إذ الظرفية و المظروفية متضايقتان، و هما متكافئتان في القوة و الفعلية، و عليه فمقتضى الظرفية تقارن الملكية و الانشاء زمانا الثاني ما افاده من ان المراد بالبيع هو النقل العرفي، و هو يحصل بتمام السبب، و الفسخ يتحقق باول جزء منه فيكون الملك سابقا عليه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٩٢

فرع لو اشترى عبدا بجارية مع الخيار له (١) فقال: اعتقهما فربما يقال بانعتاق الجارية دون العبد، لأن الفسخ مقدم على الاجازة. و فيه انه لا دليل على التقديم في مثل المقام مما وقع الاجازة و الفسخ في طرف واحد دفعة، سواء اتحد المجيز و الفاسخ، كما المقام أو تعدد، كما لو وقعا من و كيلي ذي الخيار دفعة واحدة

فانه يرد عليه: ان الفسخ ايضا يحصل بتمامه إذ ليس كل قول أو فعل فسحا بل ما يكون دالا عليه و هو العقد بتمامه الثالث: ما افاده من انه مع عدم الالتزام بحصول الفسخ قبيل التصرف لا بد من البناء على عدم جواز الجزء الاول فانه يرد عليه ان المستفاد من الادلة عدم جواز التصرف المزبور في ملك الغير و حيث ان هذا التصرف ينشأ به الفسخ فيصير ملكا له مقارنا له و لا دليل على حرمة التصرف مع عدم سبق الملك- و بالجملة و هذه التصرفات جائزة مع الملك و المفروض هو ذلك فالحق في المقام ان يقال انه لو قلنا بحصول الفسخ قبيل التصرف كما اخترناه فلا اشكال و الا- ففي التصرف الاعتباري بما ان المستفاد من الادلة هو اعتبار كون النقل الحاصل من العقد في ملكه- و المفروض حصول الفسخ بالعقد فيتحقق الفسخ و البيع في زمان واحد مع تقدم الفسخ آنا ما و لا إشكال و في التصرف الخارجي يكون التصرف مقارنا مع الملك و لا يعتبر في الجواز ازيد من ذلك و الله العالم.

لو اشترى عبدا بجارية

(١) قوله لو اشترى عبدا بجارية مع الخيار له محل البحث موارد الأول: ما إذا كان الخيار للمشتري.

الثاني: ما إذا كان الخيار للبائع.

الثالث: ما إذا كان الخيار لهما.

اما المورد الاول فتارة لا يقصد به الاجازة و لا الفسخ، و اخرى يقصد هما معا

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٩٣

انما المسلم تقديم الفسخ الصادر من احد الطرفين على الاجازة الصادرة من الطرف الآخر، لأن لزوم العقد من احد الطرفين بمقتضى اجازته لا ينافي انفساخه بفسخ الطرف الآخر، كما لو كان العقد جائزا من احدهما فيفسخ مع لزوم العقد من الطرف الآخر بخلاف اللزوم و الانفساخ من طرف واحد و نحوه في الضعف، القول بعق العبد، لأن الاجازة إبقاء للعقد و الأصل فيه الاستمرار.

و فيه ان عتق العبد موقوف على عدم عتق الجارية كالعكس. (١) نعم الاصل استمرار العقد و بقاء الخيار و عدم حصول العتق اصلا، و هو الاقوى، كما اختاره جماعة منهم العلامة في التذكرة و القواعد و المحقق الثاني في جامع المقاصد، لأن عتقهما معا لا ينفذ، لأن العتق لا- يكون فضوليا، و المعتق لا يكون مالكا لهما بالفعل، لأن ملك احدهما يستلزم خروج الآخر عن الملك. و لو كان الخيار فى الفرض المذكور لبائع العبد بنى عتق العبد على جواز التصرف من غير ذى الخيار فى مدة الخيار

و ثالثة: يقصد الفسخ، و رابعة: يقصد الاجازة.

اما فى الصورة الاولى فيتحقق عتق العبد خاصة، لورود الانشاء على ماله و مال غيره فيؤثر فى الاول.

و أما فى الصورة الثانية، فان كان متوجها الى تنافيهما لا يتحقق القصد اليهما و ان لم يكن ملتفتا الى ذلك- فحيث ان الاجازة و هى ابرام العقد و الفسخ و هو حله و رفعه متنافيان، فلا يمكن تحققهما معا، و تحقق احدهما دون الآخر بلا مرجح، و مسألة تقديم الفسخ على الاجازة، غير مربوطة بالمقام كما فى المتن فلا يقع شىء منهما و أما العتقان فلا يقعان معا، يقع عتق العبد خاصة لحصول شرطه و هو الملك، و لا يقع عتق الجارية لعدم الملك و ما افاده- المصنف (رحمه الله)

(١) من ان عتق العبد موقوف على عدم عتق الجارية كالعكس و توضيحه: ما افاده المحقق النائيني (رحمه الله) من ان عتق الجارية كما يتوقف على الفسخ كذلك عتق العبد يتوقف على الاجازة فانه و ان كان مملوكا له فعلا الا ان نفوذ عتقه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٩٤

و عتق الجارية على جواز عتق الفضولى. و الثانى غير صحيح اتفاقا، و سيأتى الكلام فى الاول و ان كان الخيار لهما.

ففى القواعد و الايضاح و جامع المقاصد صحة عتق الجارية و يكون فسحا،

لأن عتق العبد من حيث انه ابطال لخيار بائعه غير صحيح بدون اجازة البائع و معها يكون اجازة منه لبيعه و الفسخ مقدم على الاجازة، و الفرق بين هذا و صورة اختصاص المشتري بالخيار، ان عتق كل من المملوكين كان من المشتري صحيحا لازما، بخلاف ما نحن فيه. نعم لو قلنا هنا بصحة عتق المشتري فى زمان خيار البائع، كان الحكم، كما فى تلك الصورة.

يتوقف على امضاء العقد، و امضائه يتوقف على عدم كون عتق الجارية فسحا كما فى العكس يرد عليه: ان عتق العبد لا يتوقف على امضاء العقد إذ لا يشترط فيه سوى الملك الموجود، و انما يتوقف عتق الجارية على الفسخ من، جهة كون الفسخ سببا للملك الذى هو شرط العتق فلا يكون التوقف من الطرفين.

و أما في الصورة الثالثة: فقد افاد السيد الفقيه ان الاقوى، صحة كليهما، و حصول الفسخ فينتقل الى بدل العبد، و ذلك لان المقتضى للصحة موجود في كليهما، و لا منافاة، اما في الجارية فلان الفرض ان له الفسخ و اعتقها بهذا العنوان، و أما في العبد فلان صحة عتقه لا تتوقف على قصد الاجازة إذ هو مملوك له فعلا و هذا كاف في صحته، و لا بأس به.

و أما في الصورة الرابعة، فالأظهر صحة عتق العبد فقط إذ صحة عتق الجارية متوقفة على قصد الفسخ و المفروض عدمه فلانما في لعتق العبد.

و أما المورد الثاني: فان قلنا بعدم جواز تصرف غير ذي الخيار في مدة الخيار تصرفا يمنع عن استرداد العين فسد عتق العبد- و الاصح و أما عتق الجارية فهو لا يصح على أى حال لفقد شرطه و هو الملك و بطلان الفضولى في الايقاع.

و أما المورد الثالث فبناء على نفوذ تصرف من عليه الخيار كان حكم هذا المورد منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٩٥

مسألة من احكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذي الخيار تصرفا يمنع من استرداد العين (١)

إشارة

عند الفسخ على قول الشيخ، و المحكى عن ابن سعيد في جامع الشرائع. و ظاهر جماعة من الاصحاب منهم، العلامة في القواعد، و المحقق و الشهيد الثانيان قدس سرهم بل في مفتاح الكرامة في مسألة عدم انتقال حق الرجوع في الهبة الى الورثة، ان حق الخيار يمنع المشتري من التصرفات الناقلة عند الاكثر. و عن جماعة في مسألة وجوب الزكاة على المشتري للنصاب بخيار للبائع ان المشتري ممنوع من كثير من التصرفات المنافية لخيار البائع. بل ظاهر المحكى عن الجامع، كعبارة الدروس عدم الخلاف في ذلك حيث قال في الجامع و ينتقل المبيع بالعقد و انقضاء الخيار، و قيل بالعقد، و لا ينفذ تصرف المشتري فيه حتى ينقضى خيار البائع و سيجيء عبارة الدروس، هذا.

و لكن خلاف الشيخ و ابن سعيد مبنى على عدم قولهما بتملك المبيع قبل انقضاء الخيار، فلا يعد مثلهما مخالفا في المسألة، و الموجود في ظاهر كلام المحقق في الشرائع جواز الرهن في زمن الخيار، سواء كان الخيار للبائع أو المشتري اولهما. بل ظاهره عدم الخلاف في ذلك بين كل من قال بانتقال الملك بالعقد. و كذا ظاهره في باب الزكاة

حكم المورد الاول،

و ان بنينا على عدم النفوذ، فلا يصح عتق العبد بدون اذن البائع و مع الاذن الذى حقيقته امضاء العقد من ناحية البائع يصح العتق، و يكون حكمه حكم الصورة الثالثة من المورد الاول، و يصح عتق الجارية على التقديرين و الفسخ هذا إذا قصد به الفسخ،

و الا بطل عتق الجارية ايضا و الله العالم

حكم تصرفات غير ذي الخيار جواز أو منعا

(١) قوله من احكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذي الخيار تصرفا يمنع عن استرداد العين كلمات القوم في المقام مضطربة لا يستفاد منها فتوى مسلمة عندهم لاحظ المتن حيث انه نقل كلمات جماعة منهم فالاولى البحث فيما يستفاد من الادلة

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٩٦

حيث حكم بوجوب الزكاة في النصاب المملوك و لو مع ثبوت الخيار نعم استشكل فيه في المسالك في شرح المقامين على وجه يظهر منه أن المصنف معترف بمنشأ الأشكال.

و كذا ظاهر كلام القواعد في باب الرهن، و ان اعترض عليه جامع المقاصد بما مر من المسالك، لكن صريح كلامه في التذكرة في باب الصرف جواز التصرف.

و كذا صريح كلام الشهيد في الدروس، حيث قال في باب الصرف: لو باع أحدهما ما قبضه على غير صاحبه قبل التفرق، فالوجه الجواز وفاقا للفاضل، و منعه الشيخ قدس سره لأنه يمنع الآخر من خياره، ورد بأننا نقول ببقاء الخيار، انتهى.

و صرح في المختلف في باب الصرف بأن له ان يبيع ماله من غير صاحبه،

و لا يبطل حق خيار الآخر، كما لو باع المشتري في زمان خيار البائع، و هو ظاهر للمعنى، بل صريحها في مسألة رهن ما فيه الخيار، و ان شرحها في الروضة بما لا يخلو عن تكلف هذا.

و يمكن ان يقال ان قول الشيخ و من تبعه بالمنع ليس منشؤه القول بعدم انتقال المبيع و متفرعا عليه، و إلا لم يكن وجه لتعليل المنع عن التصرف بلزوم ابطال حق الخيار، بل المتعين حينئذ الاستناد الى عدم حصول الملك مع وجود الخيار، بل لعل القول بعدم الانتقال منشؤه كون المنع عن التصرف مفروغا عنه عندهم، كما يظهر من بيان مبنى هذا الخلاف في الدروس، قال في تملك المبيع بالعقد، أو بعد الخيار، بمعنى الكشف أو النقل خلاف، مأخذه ان الناقل العقد و الغرض بالخيار الاستدراك و هو لا ينافيه و ان غاية الملك التصرف الممتنع في مدة الخيار، انتهى.

و ظاهر هذا الكلام كالمتقدم عن جامع ابن سعيد كون امتناع التصرف في زمن الخيار مسلما بين القولين، الا ان يراد به نفوذ التصرف على وجه لا يملك بطلانه بالفسخ و لا يتعقبه ضمان العين بقيمتها عند الفسخ و التصرف في زمن الخيار على القول بجوازه معرض لبطلانه عند الفسخ أو مستعقب للضمان لا محالة. و هذا الاحتمال و ان بعد عن ظاهر عبارة الدروس، الا انه يقربه انه (قدس سره) قال بعد اسطر: ان في جواز تصرف كل منهما مع اشتراك الخيار وجهين.

و الحاصل ان كلمات العلامة و الشهيد بل و غيرهما (قدس سرهم) في هذا المقام لا يخلو بحسب الظاهر عن اضطراب.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٣٩٧

ثم ان 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 الاتلاف و التصرفات الناقلة.

و اختار بعض افاضل من عاصرناهم الفرق بالمنع من الاتلاف و تجويز غيره،

لكن مع انفساخه من اصله عند فسخ ذى الخيار، و قيل بانفساخه من حينه.

و الاقوال المستفادة منها ثمانية.

(١) الجواز مطلقا.

(٢) عدم الجواز ذلك.

(٣) جواز الاتلاف تكليفا و المنع عن التصرف المعاملى نسب الى المحقق الخراساني.

(٤) عكس ذلك و هو المنسوب الى صاحب المقاييس.

(٥) الجواز مطلقا- الا انه لو فسخ يبطل اما من حين الفسخ أو من اصله.

(٦) الفرق في التصرفات الناقلة بين العتق و غيره فلا ينفذ العتق و ينفذ غيره.

(٧) الفرق بين الخيار الاصلى و ما يكون بجعل المتعاقدين.

(٨) الفرق بين ما يكون ثابتا بالفعل و ما يكون ثابتا فيما بعد و تنقيح القول بالبحث في موارد احدها انه، هل يجوز تكليفا تصرف غير من له الخيار بالتصرف المانع عن استرداد العين، ام لا- ثانيها، هل ينفذ تصرفه المعاملى، ام لا- ثالثها، هل حكم الخيار المجعول للمتعاقدين حكم المجعول الشرعى، ام لا- رابعها، انه على فرض النفوذ، هل يجبر على فسخه ان كان له ذلك، ام لا خامسها، على فرض النفوذ، هل لذى الخيار الفسخ أو يفسخ بفسخه للبيع الاول، ام لا سادسها، انه على المنع، هل يجوز التصرف قبل تنجز الخيار، ام لا سابعها، بناء اعلى عدم الجواز، هل يجوز التصرف الذى يكون فى معرض

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٩٨

حجة القول بالمنع، ان الخيار حق يتعلق بالعقد المتعلق بالعوضين من حيث ارجاعهما بحل العقد الى ملكهما السابق، فالحق بالآخرة متعلق بالعين التى انتقلت منه الى صاحبه فلا يجوز ان يتصرف فيها بما يبطل ذلك الحق باتلافها أو نقلها الى شخص آخر (١)

التفويت كالوطى الذى هو فى معرض الاستيلاء ام لا ثامنها، بناء على المنع هل يمنع عن نقل المنافع ايضا ام لا.

يجوز تصرف غير ذى الخيار تكليفا

اما الاول: فقد استدل لعدم الجواز بوجوه احدها توقف حصول الملك على انقضاء زمان الخيار فهو فى زمان الخيار لمن له الخيار فلا يجوز لغيره التصرف فيه و فيه ما سيجىء من عدم توقف الملك على انقضاء زمان الخيار.

الثانى: ان الخيار حق متعلق بالعين، فلا يجوز التصرف فيها بما يمنع عن استرداد العين لكونه موجبا لفوات الحق، و بعبارة اخرى يكون ذلك موجبا لانعدامه فلا يجوز و فيه اولا ما تقدم من كون حق الخيار متعلقا بالعقد لا العين، لا بها مستقلا و لا بها و بالعقد بحيث يكون الثابت حقين، كيف و قد اسند الوجوب و الخيار فى الاخبار الى البيع و العقد لا العوضين،

مضافا الى ان حقيقة الفسخ ذلك كما تقدم، مع انهم اتفقوا على ان لذى الخيار حق الفسخ حتى مع تلف العين، فيستكشف من ذلك كونه سنخ حق لا يفوت بالتلف فالاتلاف لا يكون معدما لموضوع الحق و الالتزام بحقين كما ترى بلا ملزم و لا وجه و ثانيا: ان لازم هذا الوجه هو القول الخامس و هو الجواز مراعى بعدم الفسخ: إذ هذا لا ينافى مع الخيار المتعلق بالعين.

(١) الثالث- ما نقله فى المتن و اوضحه المحقق النائنى (قدس سره) و هو ان حق الخيار و ان لم يكن متعلقا بالعين و لكن يمكن ان يكون متعلقا بالعقد على نحو الموضوعية، و يمكن ان يكون طريقا، و الغرض منه استرجاع العين بشخصها أو بما لها من المالىة فلو كان موضوعيا

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٣٩٩

و منه يظهر ان جواز الفسخ مع التلف بالرجوع الى البديل لا- يوجب جواز الاتلاف، لأن الحق متعلق بخصوص العين، فالاتلاف اتلاف لهذا الحق، و ان انتقل الى بده لو تلف بنفسه، كما ان تعلق حق الرهن ببديل العين المرهونة بعد تلفها لا يوجب جواز اتلافها على ذى الحق.

و إلى ما ذكر يرجع ما فى الايضاح من توجيه بطلان العتق فى زمن الخيار بوجوب صيانة حق البائع فى العين المعينة عن الابطال. و يؤيد ما ذكرنا انهم حكموا من غير خلاف يظهر منهم بأن التصرف الناقل إذا وقع باذن ذى الخيار سقط خياره، فلو لم يكن حقا متعلقا بالعين، لم يكن ذلك موجبا لسقوط الخيار، فان تلف العين لا ينافى بقاء الخيار لعدم منافاة التصرف «التلف» لعدم الالتزام بالعقد و ارادة الفسخ باخذ القيمة هذا غاية ما يمكن ان يقال فى توجيه المنع، لكنه لا يخلو عن نظر، فإن الثابت من خيار الفسخ بعد

ملاحظة جواز التفاضل في حال تلف العينين، هي سلطنة ذي الخيار على فسخ العقد المتمكن في حالتي وجود العين وفقدانها، فلا دلالة في مجرد ثبوت الخيار

صرفاً يجوز تصرف من عليه الخيار بجميع انحاء التصرفات الا ان هذا باطل - فانحصر في الوجهين على الطريقيه و مبنى الوجهين انه لو كان المدار في باب الضمان على قيمة يوم الاداء لبقاء العين التالفه في عهده الضامن فلازمه وجوب حفظها ليتمكن المضمون له عن استرجاع العين فلا يجوز التصرفات الناقلة و المتلفه و ان قلنا بان المدار على قيمة يوم التلف فلازمه ان يكون ماليتها المتقدره في عهده الضامن، فتجوز تلك التصرفات لان ما في الذمه هو القدر المشترك بين العين و بدلها و يكون حفظ العين من المقدمات الوجوبية للواجب، و حيث اخترنا ان المدار على قيمة يوم الاداء فلا يجوز التصرفات المانعة.

و فيه اولاً: انا لا نفهم معنى كون الخيار متعلقاً بالعقد، على نحو الطريقيه، فهل

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٠٠

على حكم التلف «التصرف» جوازا و منعاً، فالمرجع فيه ادلة سلطنة الناس على اموالهم، أ لا ترى ان حق الشفيع لا يمنع المشتري من نقل العين، و مجرد الفرق بينهما بأن الشفعة سلطنة على نقل جديد، فالملك مستقر قبل الاخذ بها، غاية الامر تملك الشفيع نقله الى نفسه بخلاف الخيار، فإنها سلطنة على رفع العقد، و ارجاع الملك الى الحالة السابقة لا يؤثر في الحكم المذكور، مع ان الملك في الشفعة اولى بالترزول لابطالها تصرفات المشتري اتفاقاً و أما حق الرهن فهو من حيث كون الرهن وثيقة يدل على وجوب ابقائه و عدم السلطنة على اتلافه مضافاً الى النص و الاجماع على حرمة التصرف في الرهن مطلقاً و لو لم يكن متلفاً و لا ناقلاً.

و أما سقوط الخيار بالتصرف الذي اذن فيه ذو الخيار، فللدلالة العرف لا للمنافاة. و الحاصل ان عموم الناس مسلطون على اموالهم لم يعلم تقييده بحق يحدث لذي الخيار

المراد ان تعلقه بالعقد بنحو الواسطة في العروض، بحيث يكون واقعا متعلقاً بالعين و بالعرض و المجاز مستندا الى العقد، فهذا يرجع الى الوجه السابق الذي عرفت ما فيه،

أو المراد ان تعلقه به بنحو الواسطة في الثبوت، بحيث يكون اولاً- متعلقاً بالعقد، و ثانياً بالعين فيكون هناك خياران، احدهما متعلق بالعقد، و الآخر بالمال، فهذا امر معقول الا انه يحتاج الى الدليل، و ما بأيدينا من الادلة، لا تدل على ازيد من ثبوت خيار واحد متعلق بالعقد،

و الوجهان في باب الضمان غير مربوطين بالمقام، إذ الخيار لو كان متعلقاً بالعقد جاز التصرفات حتى بناء اعلى كون المدار في الضمان على قيمة يوم الاداء، لانه تصرف في ماله و المفروض عدم كونه متعلقاً لحق الغير، و دعوى: ان حفظ المال على هذا المسلك من المقدمات الوجودية للواجب،

غريبة إذ قبل الفسخ لا يكون التكليف بالضمان ثابتاً كي يكون من المقدمات الوجودية، فلا محالة يكون من المقدمات الوجوبية، و لو كان الخيار متعلقاً بالعين لم يجز،

و لو كان المدار في باب الضمان على قيمة يوم التلف لكونه منافياً لحق الغير فلا يجوز و ثانياً يرد عليه ما اوردها على الوجه السابق من ان لازم هذا الوجه هو القول الخامس.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٠١

يزاحم به سلطنة المالك، فالجواز لا يخلو عن قوة في الخيارات الاصلية.

و أما الخيارات المجعولة بالشرط، فالظاهر من اشتراطها ارادة ابقاء الملك ليسترده عند الفسخ. بل الحكمة في اصل الخيار هو ابقاء

السلطنة على استرداد العين الا- انها في الخيار المجمولة علة للجعل، و لا ينافي ذلك بقاء الخيار مع التلف، (١) كما لا يخفى، و عليه فيتعين الانتقال الى البدل عند الفسخ مع الاتلاف. و أما مع فعل ما لا يسوغ انتقاله عن المتصرف كالاتيلااد، ففي تقديم حق الخيار لسبقه، أو الاتيلااد (٢) لعدم اقتضاء الفسخ لرد العين، مع وجود المانع الشرعي، كالعقلى، وجهان أقواهما الثانى و هو اللائح من كلام التذكرة فى باب الصرف حيث ذكر ان صحة البيع الثانى لا ينافى حكمه و ثبوت الخيار للمتعاقدين و منه يعلم حكم نقله عن ملكه و انه ينتقل الى البدل لانه إذا جاز التصرف فلا داعى الى اهمال ما يقتضيه التصرف، من اللزوم و تسلط العاقد الثانى على ماله عدا ما يتخيل من ان تملك العاقد الثانى مبنى على العقد الاول، فإذا ارتفع بالفسخ و صار كان لم يكن و لو بالنسبة الى ما بعد الفسخ كان من لوازم ذلك ارتفاع ما بنى عليه من التصرفات و العقود.

(١) قوله و لا- ينافى ذلك بقاء الخيار مع التلف وجه المنافاة ان هناك خيارا و شرطا، و لو تلف ينتفى موضوع الشرط و يبقى الخيار بحاله.
 (٢) قوله ففي تقديم حق الخيار لسبقه أو الاتيلااد ... وجهان ان قلنا بان حق الاتيلااد انما يمنع عن نقلها اختيار أو لا يمنع عن نقلها بغير الاختيار، لا إشكال فى تقدم حق الخيار،
 و ان قلنا بكونه مانعا عن نقلها مطلقا، فبناء اعلى تعلق حق الخيار بالعقد دون العين و جواز الوطاء، لا إشكال فى تقديم حق الاتيلااد فان حاله حال ساير التصرفات الناقلة،
 منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٠٢
 ...

و ان قلنا بتعلقه بالعين، فان كان الوطاء باذن من له الخيار كان ذلك مسقطا لخياره على ما سيأتى و ان كان بدون اذنه حرم الوطاء ام جاز، قدم حق الاتيلااد لان حق الخيار له بدل، و هو الفسخ واخذ البدل و هو لا بدل له،
 و ان شئت قلت ان حق الخيار و ان تعلق بالعين، الا- ان ذلك مع بقائها، و أما مع تلفها فينتقل الى بدلها و دليل حق الاتيلااد يجعل المانع فلا تعارض بينهما بل يعمل بكليهما.

الرابع ما استدل به على مذهب الشيخ من عدم انتقال العوضين قبل انقضاء زمان الخيار خصوصا صحيح ابن سنان عن الامام الصادق (عليه السلام) عن الرجل يشتري الدابة أو العبد و يشترط الى يوم أو يومين فيموت العبد و الدابة و يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك فقال (عليه السلام) على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثة ايام و يصير المبيع للمشتري، «١» بدعوى ان مقتضاء و ان كان عدم الملكية، الا انا اذا لم نقل بذلك، فاقرب المجازات الحمل على ارادة عدم جواز التصرف فى زمان الخيار و فيه اولا انه مختص ببعض الخيارات و ثانيا: انه لو دل على ذلك لدل على جواز التصرف غير المنافى ايضا، و عدم جواز تصرف من له الخيار، فالمتعين حمله على ارادة معنى آخر و سيجىء فالمتحصل مما ذكرناه هو جواز التصرفات من غير فرق بين صورة الفسخ و عدمه.

(١) الوسائل - باب ٥- من ابواب الخيار حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٠٣

و الحاصل ان العاقد الثانى يتلقى الملك من المشتري الاول، فإذا فرض الاشترى كان لم يكن، و ملك البائع الاول العين بالملك السابق قبل البيع، ارتفع بذلك ما استند إليه من العقد الثانى، و يمكن دفعه بأن تملك العاقد الثانى مستند الى تملك المشتري له آنا ما، لان مقتضى سلطنته فى ذلك الآن صحة جميع ما يترتب عليه من التصرفات و اقتضاء الفسخ، لكون العقد كأن لم يكن، بالنسبة الى

ما يعد الفسخ، لانه رفع للعقد الثابت. وقد ذهب المشهور الى انه لو تلف احد العوضين قبل قبضه، وقد بيع العوض الآخر المقبوض، انفسخ البيع الاول دون الثانى، واستحق بدل العوض المبيع ثانيا على من باعه. و الفرق بين تزلزل العقد من حيث انه امر اختيارى كالخيار، أو امر اضطرارى كتلف عوضه قبل قبضه، غير مجد فيما نحن بصدده، ثم انه لا فرق بين كون العقد الثانى لازما أو جائزا، لان جواز العقد يوجب سلطنة العاقد على فسخه لا سلطنة الثالث الاجنبى. نعم يبقى هنا الزام العاقد بالفسخ، بناء على ان البديل للحيلولة و هى مع تعذر المبدل و مع التمكن يجب تحصيله

يجوز تصرف من عليه الخيار وضعاً

و أما المورد الثانى فعلى القول بعدم جواز التصرف تكليفا ربما يقال كما فى حاشية السيد: ان مقتضى القاعدة بطلان التصرفات الناقلة: لان الوجه فيه انما كان تعلق الحق بالعين، و هو مانع عن النفوذ ايضا، و هل يكون باطلا صرفا، او حاله حال عقد الفضولى، فيصح بعد انقضاء زمان الخيار مع الاجازة، أو يصح من ذلك الحين بلا اجازة وجوه و الاقوى هو الاول: لان البيع حين صدوره كان مع المانع، و لازمه بطلانه إذ مقتضاه التأثير من حينه، و لا يمكن ذلك بالفرض، و كونه مراعى مستلزم لتخلف المعلول عن علته، و الفرق بينه و بين بيع الفضولى واضح يرد عليه اولاً: ان تعلق الحق لا يكون مانعا عن النفوذ، فانه يلتزم بنفوذ العقد الثانى، و لكن بما ان للبائع الاول حق ارجاع المبيع الى نفسه

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٠٤

الا ان يقال باختصاص ذلك بما إذا كان المبدل المتعذر باقيا على ملك مستحق البديل كما فى المغضوب الآبق. اما فيما نحن فيه، فان العين ملك للعاقدين الثانى، و الفسخ انما يقتضى خروج المعوض عن ملك من يدخل فى ملكه العوض و هو العاقد الاول، فيستحيل خروج المعوض عن ملك العاقد الثانى، فيستقر بدله على العاقد الاول، و لا دليل على الزامه بتحصيل المبدل مع دخوله فى ملك ثالث، و قد مر بعض الكلام فى ذلك فى خيار الغبن، هذا، و لكن قد تقدم ان ظاهر عبارة الدروس و الجامع، الاتفاق على عدم نفوذ التصرفات الواقعة فى زمان

فالمبيع فى البيع الثانى يكون مقيدا بهذا العنوان، و لازم ذلك كون العقد الثانى ايضا منحلًا بحل الاول: لاقتضاء الفسخ الذى يكون سببا لتلقى الملك من المفسوخ عليه ذلك و ثانيا: انه لو سلم البطلان، فالحق انه يصح بعد انقضاء الخيار بلا احتياج الى الاجازة: فان العقد حين تحققه، و ان لم يؤثر الا ان عدم التأثير كان لاجل المانع، فبعد ارتفاعه لا مانع من تأثيره، و لا يلزم من كونه مراعى تخلف المعلول عن العلة، هذا إذا قلنا بعدم جواز التصرف من جهة تعلق الحق بالعين و أما لو قلنا به للتعبد فعدم الفساد واضح إذ الحرمة لا تستلزم الفساد- و أما على القول بجواز التصرفات تكليفا كما اخترناه فمقتضى القاعدة نفوذ التصرفات و هو واضح.

و أما المورد الثالث- فالانصاف ان شرط الخيار بحسب الغالب انما يكون من جهة تعلق الغرض بابقاء العين ليستردها بشخصها، فبقاء العين من قبيل الشرط المضمّر فلا بد من العمل على طبقه، و حيث ان العمل بالشرط واجب تكليفا كما مر، و لا فرق فيه بين الشرط الصريح و المضمّر، فلا يجوز التصرفات الناقلة و المتلفة تكليفا لمن عليه الخيار لكونها خلاف الشرط، و أما النفوذ و عدمه، فمبينان على ما تقدم فى مبحث الشروط من انه،

هل توجب ادلة الشرط رفع سلطنة المشروط عليه عن المشروط وضعاً، ام لا- و حيث ان المختار عدمه كما تقدم، فالظاهر هو النفوذ.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٠٥

الخيار، و توجيه بارادة التصرف على وجه لا يستعقب الضمان، بان يضمه ببدله بعد فسخ ذى الخيار بعيد جدا، و لم يظهر ممن تقدم نقل القول بالجواز عنه الرجوع الى البدل الا فى مسألة العتق و الاستيلاء، فالمسألة فى غاية الاشكال.

و أما المورد الرابع فقد اختار السيد الفقيه (قدس سره)، انه يجبر على الفسخ- من جهة انه بالفسخ يرجع نفس ما وقع عليه العقد الى الفاسخ، و ان كان تالفا ففى حال التلف انما يكون نفس العين فى العهدة و انما يعطى البدل فى مقام تفرغ الذمة، و عليه فإذا فرض امكان تحصيله مع تلفه و جب مقدما على اعطاء بدله و فيه: ان معنى جواز العقد الثانى ان للعاقدة فسخه، و الا فهو بالنسبة الى الفاسخ لازم لا جائز، و لا سلطنة له و لا ولاية على المشتري المفسوخ عليه حتى يلزمه بفسخ العقد الثانى و انما له السلطنة على العقد الاول بحله، فإذا حله بما ان العين تحت يد غير المفسوخ عليه،

فيقدر وجودها عنده لترتيب اثر الرجوع الى البدل، و أما تقديره لأثر آخر و هو ما افاده فيحتاج الى دليل مفقود فالأظهر عدم الاجبار.

العقد الثانى لا يفسخ بحل الاول

و أما المورد الخامس فقد استدل لانفساخ العقد الثانى بحل الاول:

بان تملك العاقدة الثانى مبنى على العقد الاول، فإذا ارتفع بالفسخ و صار كان لم يكن،

و لو بالنسبة الى ما بعد الفسخ كان من لوازمه ارتفاع ما بنى عليه من العقد و فيه: ان العقد الثانى مترتب على صحة الاول و لو آنا ما، و لا يتوقف على بقائه ابدا:

فان صحته فى وقت موجبة لحدوث الملكية المرسله، فيصح العقد الثانى و بعد انحلال الاول، لا وجه لانحلال الثانى، لعدم ترتب انحلاله على انحلاله.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٠٦

ثم على القول بانفساخ العقد الثانى، فهى يكون من حين فسخ الأول، أو من اصله (١) قولان، اختار ثانيهما بعض افاضل المعاصرين، محتجا بأن مقتضى الفسخ تلقى كل من العوضين من ملك كل من المتعاقدين (٢) فلا يجوز ان يتلقى الفاسخ الملك من العاقدة الثانى بل لا بد من انفساخ العقد الثانى بفسخ الاول، و رجوع العين الى ملك المالك الاول، ليخرج منه الى ملك الفاسخ، إلا أن يلتزم بان ملك العاقدة الثانى الى وقت الفسخ، فتلقى الفاسخ الملك بعد الفسخ من العاقدة الاول، و رده بعدم معرفته التملك الموقت فى الشرع فافهم.

(١) و على القول بانفساخ العقد الثانى فهل يكون من حين فسخ الاول أو من اصله قولان اختار ثانيهما المحقق صاحب المقاييس على ما نسب إليه المصنف (قدس سره)

(٢) و استدل له بان مقتضى الفسخ تلقى كل من العوضين من ملك كل من المتعاقدين و لازم ذلك انفساخ العقد الثانى و رجوع العين الى ملك المالك الاول لتخرج منه الى ملك الفاسخ و يرد عليه ان الالتزام بانحلال الثانى انما يكون لتلقى الفاسخ الملك من المفسوخ عليه فهذا امر مشترك بين القولين و لا- يصلح دليلا على احدهما و توهم لزوم توقيت البيع و الملكية من كون الفسخ من الحين يدفعه: ان الانفساخ من الحين غير كون البيع موقتا بل هو مرسل و كذلك الملكية و الفسخ يوجب رفع ذلك و الا فهذا يلزم فى كل فسخ من الحين.

و يمكن ان يقال ان مراده ان البائع الاول لو فسخ العقد،

فاما ان يلتزم برجوع المبيع إليه مع بقاء العقد الثاني، أو يلتزم بان العقد الثاني قبل الفسخ ليتلقى الفاسخ الملك من المفسوخ عليه- أو يلتزم بان العقد الثاني تمليك موقت الى ما قبل فسخ الاول،

و شىء من ذلك لا- يمكن الالتزام به، اما الاول فلمنافاته لمقتضى الفسخ، و أما الثاني فلانه لا وجه للانحلال من دون حل، و أما الثالث فلعدم معرفة التملك الموقت فى الشرع فيتعين الالتزام بانحلاله من الاول
منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٠٧

ثم ان المتيقن من زمان الخيار الممنوع فيه من التصرف على القول به هو زمان تحقق الخيار فعلا، كالمجلس، و الثلاثة فى الحيوان الزمان المشروط فيه الخيار. (١)

و أما الزمان الذى لم يتنجز فيه الخيار، اما لعدم تحقق سببه، كما فى خيار التأخير بناء على ان السبب فى ثبوته تضرر البائع بالصبر الى ازيد من الثلث. و أما لعدم تحقق شرطه، كما فى بيع الخيار بشرط رد الثمن، بناء على كون الرد شرطا للخيار و عدم تحققه قبله و كاشتراط الخيار فى زمان متأخر.

ففى جواز التصرف قبل تنجز الخيار، خصوصا فيما لم يتحقق سببه، وجهان، من ان المانع عن التصرف هو تزلزل العقد، و كونه فى معرض الارتفاع و هو موجود هنا، و ان لم يقدر ذو الخيار على الفسخ حينئذ، و من انه لا حق بالفعل لذى الخيار،

فلا مانع من التصرف، و يمكن الفرق بين الخيار المتوقف على حضور الزمان، و المتوقف على شىء آخر (٢) كالتأخير و الرؤية على خلاف الوصف، لان ثبوت الحق فى الأول معلوم، و ان لم يحضر زمانه بخلاف الثانى، و لذا لم يقل احد بالمنع من التصرف فى احد من العوضين قبل قبض الآخر من جهة كون العقد فى معرض الانفساخ بتلف ما لم يقبض، و سيجىء ما يظهر منه قوة هذا التفصيل، و على كل حال، فالخيار المتوقف تنجزه فعلا على ظهور امر كالغبن و العيب و الرؤية على خلاف الوصف غير مانع من التصرف، بلا خلاف ظاهرا.

و لكن يرد عليه ان مقتضى الجمع بين ما دل على انفساخ العقد الثانى- و ما دل على صحة البيع و انتقال المبيع الى المشتري- انتقال المبيع قبل ان ينتقل بالفسخ الى البائع الاول الى المشتري الاول.

(١) و أما المورد السادس ففيه اقوال ثالثها التفصيل بين ما يكون متوقفا على مجيء زمان- فلا تجوز التصرفات فيه على القول بالمنع فى الخيار المنجز- و بين ما يكون متوقفا على شىء آخر كالرؤية على الخلاف فيجوز.

(٢) اختاره المصنف (رحمه الله)

رابعها التفصيل بين ما إذا كان الخيار متأخرا بنفسه و بمنشئه فيجوز و أما إذا كان شرط الخيار حاصلًا و زمان اعماله متأخرا فلا يجوز اختاره المحقق النائيني (قدس سره)

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٠٨

فرعان

إشارة

الأول: لو منع عن التصرف المتلف فى زمان الخيار، فهل يمنع عن التصرف المعرض لفوات حق ذى الخيار من العين، (١) كوطئ الأمة فى زمان الخيار بناء على ان الاستيلاء مانع من رد العين بالخيار قولان للمانعين، اكثرهم 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 عن انقضاء الخيار

و الحق ان يقال انه بناء على مانعية حق الخيار من التصرفات ان كان موجودا منع عنها سواء كان زمان الاعمال موجودا ام متأخرا إذ المانع هو الحق الخيارى الموجود و ان لم يكن موجودا لم يمنع عنها إذ المانعية فرع الوجود و العلم بانه سيوجد لا يصلح للمنع فضلا عما إذا لم يعلم بذلك و به يظهر ما فى القول بالمنع مطلقا، و بالجواز كذلك، و ما اختاره فى المتن.

التصرف الذى يكون فى معرض التفويت

(١) و أما المورد السابع- فعلى القول بجواز التصرفات المتلفة و الناقله لا كلام فى الجواز و أما على القول بعدمه، ففى المسألة وجوه و لعلها اقوال- الجواز مطلقا و عدمه كذلك، و التفصيل بين ما إذا علم بتحقيق الاستيلاء، فعدم الجواز و بين ما إذا شك فيه فالجواز فالكلام يقع فى مقامين،

الاول ما لو علم بتحقيق الاستيلاء الثانى ما لو شك فيه اما الاول فالظاهر فيه هو الجواز. فان ما دل على جواز نقل ام الولد و مانعية الاستيلاء، يكون مختصا بالنقل الاختيارى، و لا دليل على المنع عن مطلق الانتقال و لو قهرا على مالکها و أما الثانى فعلى القول بعدم المنع فى المقام الاول لا- كلام، و أما على القول بالمنع فيه فقد استدلل للجواز بوجهين احدهما: ان المتيقن من المنع، هو التصرف المتلف فعلا لحق ذى الخيار، و أما مجرد كونه فى معرض التلف فلا دليل على المنع عنه

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٠٩

كما اعترف به فى الايضاح. و لذا حمل فى الدروس تجوز الشيخ الوطاء على ما إذا خص الخيار بالواطئ لكن قيل: ان عبارة المبسوط لا تقبل ذلك.

و ظاهر المحكى عن التذكرة، و ظاهر الدروس المنع عن ذلك لكون الوطاء معرضا لفوات حق ذى الخيار من العين.

و اجاب عنه المحقق النائنى (رحمه الله) بان متعلق التكليف فيما كان حصول الاثر متوقفا على امر خارج عن اختيار المكلف، هو نفس فعل المكلف فما يحرم عليه فى المقام هو الوطاء لا حصول العلوق، فهو بنفسه تفويت لحق ذى الخيار لا انه فى معرض ذلك و فيه: ان الوطاء من حيث انه وطاء لا- منع عنه، و لذا يجوز مع العزل، و مع القطع بعدم الاستيلاء و المنع عنه انما هو فيما كان موجبا للاستيلاء، و حيث انه مشكوك فيه و غير معلوم، فيرجع الى اصالة البراءة و يثبت الجواز ثانيهما التمسك باستصحاب عدم العلوق، و عدم صيرورة المرأة الموطوءة حبلى و اورد عليه المحقق النائنى (رحمه الله) بانه استقبالى و ليس له حالة سابقة، الا بالعدم المحمولى، و الجواز مترتب على عدم كون هذا الوطاء موجبا للحمل، و هذا غير مسبوق بالعدم و لكن يرد على الاول ما حققناه فى محله من جريان الاستصحاب فى الاستقبالى ايضا و يرد على الثانى: ان المختار جريان الاصل فى العدم الازلى مع ان الايلاء مترتب على القاء النطفة ترتب المسبب التولىدى على سببه فحين القاء النطفة يشك فى تحقق الايلاء فيستصحب عدمه و لا حاجة الى اثبات انه لا يتولد منه بنحو العدم النعتى فالظاهر هو الجواز.

اجارة العين فى زمان الخيار

اشارة

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤١٠

الثاني: انه هل يجوز اجارة العين في زمان الخيار بدون اذن ذي الخيار فيه وجهان، (١) من كونه ملكا له، (٢) و من ابطال هذا التصرف لتسلط الفاسخ على اخذ العين، إذ الفرض استحقاق المستأجر لتسلمه لأجل استيفاء منفعة، و لو اجره من ذي الخيار أو بإذنه ففسخ لم يبطل الاجارة، لان المشتري ملك العين ملكية مطلقة مستعدة للدوام و من نماء هذا الملك المنفعة الدائمة، فإذا استوفاها المشتري بالاجارة، فلا- وجه لرجوعها الى الفاسخ، بل يعود الملك إليه مسلوب المنفعة في مدة الاجارة، كما إذا باعه بعد الاجارة، 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.

(١) هذا هو المورد الثامن- و الكلام فيه في مقامات الاول في انه هل يجوز التصرف الاجارى على القول بالمنع من التصرفات الناقلة و المتلفة ام لا و استدلل بالمنع بان لازم الفسخ استرداد العين خارجا و الاجارة منافية لذلك فان لازمها سلطنة المستأجر على امساك العين لاستيفاء المنفعة و فيه ان الفسخ لا يقتضى الا استرداد العين ملكا و أما استردادها خارجا فهو مقتضى تسلط الناس على اموالهم و لا مجرى لذلك بعد كون العين متعلقة لحق الغير- و الاظهر هو الجواز.

(٢) لا- لما افاده المصنف (رحمه الله) من كونه ملكا فان توهم المنع لم يكن من ناحية عدم الملك بل من ناحية كون العين متعلقة لحق الخيار بل لان حق الخيار و ان كان متعلقا بالعين لا ينافى اجارتها فانه لا يقتضى الا اعادة العين الى ملكه. المقام الثاني في ان عقد الاجارة هل يفسخ بفسخ البيع لخصوصية فيه، ام لا، بعد الفراغ عن صحته، اما لما ذكرناه، أو فيما إذا استأجر من ذي الخيار أو باذنه و قد استدلل للانفساخ بوجوه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤١١

فإن قلت: ان ملك المنفعة تابع لملك العين، بمعنى انه إذا ثبت الملكية في زمان

و كان زوالها بالانتقال الى آخر ملك المنفعة الدائمة، لأن المفروض ان المنتقل إليه يتلقى الملك من ذلك المالك، فيتلقاه مسلوب المنفعة (١) و أما إذا ثبت و كان زوالها بارتفاع سببها لم يكن ملك من عاد إليه متلقى عن المالك الاول، و مستندا إليه، بل كان مستندا الى ما كان قبل تملك المالك الأول، فيتبعه المنفعة كما لو فرضنا زوال الملك بانتهاء سببه لا برفعه كما في ملك البطن الاول من الموقوف عليه، فإن المنفعة تتبع مقدار تملكه، (٢) قلت: اولاً- انه منقوض بما إذا وقع التفاسخ بعد الاجارة مع عدم التزام احد بطلان الاجارة و ثانيا: انه يكفي في ملك، المنفعة الدائمة تحقق الملك المستعد للدوام لو لا الراجع آنا ما

(١) احدها ان ملكية من عليه الخيار للعين و منافعها ملكية مرسله غير موقتة بالفسخ فالمنفعة بعد الفسخ لم تكن له فبالفسخ تبطل الاجارة و فيه: ان ملكية المشتري للعين و منافعها ملكية مرسله غير موقتة، و الفسخ يكون رافعا لها، و عليه فبالفسخ تعود العين و أما منافعها، فحيث انها انتقلت الى المستأجر، فلا تعود ملكيتها إليه.

(٢) ثانيها: ان الفسخ يقتضى عود الملك لا- ملكية اخرى، فالفسخ يوجب رفع ما اوجب انتقال العين و منافعها الى المشتري، فيعود ملكه لها مستندا الى ما كان قبل تملك المالك، فيتبعه المنفعة كما لو فرضنا زوال الملك بانتهاء سببه، لا برفعه كما في ملك البطن الاول من الموقوف عليهم: فان المنفعة تتبع مقدار تملكها و فيه: ان المشتري إذا كان مالكا للعين و منافعها بملكية مطلقة، فاجرها صارت المنفعة ملكا للمستأجر، فبالفسخ تعود العين و لا تعود المنفعة للمانع و هو كونها ملكا للمستأجر و لا يقاس بما إذا كان ملكية المنفعة ملكية موقتة ثالثها: ما يختص بفسخ البيع بخيار رد مثل الثمن، و هو ان البائع يبيعه الخيارى

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤١٢

ثم ان فاضل القمي في بعض اجوبة مسائله جزم ببطلان الاجارة بفسخ البيع بخيار رد مثل الثمن، و علله بأنه يعلم بفسخ البيع، ان

المشترى لم يملك منافع ما بعد الفسخ، و ان الاجارة كانت مترزلة و مراعاة بالنسبة الى فسخ البيع. انتهى. (١)
فان كان مرجعه الى ما ذكرنا من كون المنفعة تابعة لبقاء الملك، أو الملك المستند الى ذلك الملك فقد عرفت الجواب عنه نقضا
وحلا، و ان المنفعة تابعة للملك المستعد للدوام، و ان كان مرجعه الى شيء آخر فليبين حتى ينظر فيه (٢) مع ان
الاصل عدم الانفساخ، لأن الشك في ان حق خيار الفسخ في العين يوجب تزول ملك المنفعة ام لامع العلم بقابلية المنفعة بعد الفسخ
للملك قبله، كما إذا تقايلا البيع بعد الاجارة.

يشترط بالشرط المضمرة ابقاء العين مع المنفعة، فانفساخ الاجارة انما يكون لاجل كون الاجارة بعد الفسخ خلاف الشرط، و لعل هذا
هو مراد المحقق القمي (رحمه الله)

(١) من قوله انه يعلم بفسخ البيع ان المشتري لم يملك منافع ما بعد الفسخ الى آخر ما نقل المصنف (رحمه الله) كلامه في المتن.
و عليه فهو غير الوجه المتقدم عليه، فما في المتن من قوله.
(٢) فان كان مرجعه الى ما ذكرنا من كون المنفعة تابعة لبقاء الملك الى آخر ما افاده غير تام و لكن يرد ما تقدم من ان الشرط لا
يوجب رفع السلطنة الوضعية،
فالظاهر عدم انفساخ الاجارة المقام الثالث في انه، هل تتدارك المنفعة المستوفاة بالاجارة، ام لا، وجهان اظهرهما التدارك: فان
الفسخ يوجب رد العين بما لها من المنافع الى مالكة الاول،
فكما انه إذا كانت العين تالفه يجب رد بدلها كذلك إذا كانت منافعها تالفه بالاجارة أو غيرها يجب رد بدلها و بذلك يظهر انه
يتدارك باجرة المثل لا الأجرة المسماة.

التصرف باذن ذي الخيار

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤١٣

ثم انه لا إشكال في نفوذ التصرف باذن ذي الخيار و انه يسقط خياره (١) بهذا التصرف، اما لدلالة الاذن على الالتزام بالعقد عرفا. (٢)
و ان لم يكن منافاة بين الاذن في التصرف و الاتلاف و ارادة الفسخ و اخذ القيمة، كما نبهنا عليه في المسألة السابقة، و به يندفع
الاشكال الذي اورده المحقق الاردبيلي من عدم دلالة ذلك على سقوط الخيار. و أما لأن التصرف الواقع تفويت لمحل هذا الحق و
هي العين باذن صاحبه، فلا ينفسخ التصرف و لا يتعلق الحق بالبدل (٣) لأن اخذ البدل بالفسخ فرع تلف العين في حال حلول الحق فيه
لامع سقوطه عنه.

و لو اذن و لم يتصرف المأذون ففي القواعد و التذكرة انه يسقط خيار الاذن و عن الميسية انه المشهور قيل: كان منشأ هذه النسبة فهم
استناد المشهور في سقوط الخيار في الصورة السابقة الى دلالة مجرد الاذن، و لا يقدر فيها تجرده عن التصرف.
و قد منع دلالة الاذن المجرد في المسالك و جامع المقاصد و القواعد.

(١) قوله ثم انه لا إشكال في نفوذ التصرف باذن ذي الخيار و انه يسقط خياره قد استدل المصنف (رحمه الله) لسقوط خياره بوجهين.

(٢) احدهما ان الاذن في التصرف دال عرفا على الالتزام بالعقد و ان لم يكن منافاة بين الاذن في التصرف و ارادة الفسخ،

و اورد عليه المحقق الايرواني، بانه لا دلالة لو لا المنافاة، و ستعرف ما فيه،

(٣) الثاني ان التصرف الواقع تفويت لمحل هذا الحق و هي العين باذن صاحبه فلا يتعلق الحق بالبدل تحقيق القول في المقام، انه ان

كان الخيار متعلقا بالعين كان الاذن في التصرف موجبا لجوازه و لم يكن دالا على الالتزام بالعقد و لا رضا به و لا دالا على اسقاط

الخيار و بعبارة اخرى انه حينئذ يكون اذنا في تفويت محل الحق الذي كان لا يجوز بدونه فما لم يفت لا وجه لسقوطه كما لو اذن في اتلاف ماله فانه ما لم يتلف لا يكون خارجا عن ملكه، و لا يكون الاذن مخرجا له عن ملكه، و لا التصرف مسقطا، و ان كان تفويتا لمحل الحق باذنه فان تفويت محل الحق لا يوجب سقوطه، و لذا لو اتلفه كان الحق باقيا

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤١٤

و الأولى أن يقال بأن الظاهر كون إذن ذى الخيار فى التصرف المخرج فيما انتقل عنه فسخا لحكم العرف، و لأن اباحة بيع مال الغير لنفسه غير جائز شرعا فيحمل على الفسخ، كسائر التصرفات التى لا يصح شرعا الا بجعلها فسخا.

و أما كون اذن ذى الخيار للمشتري فى التصرف إجازة و اسقاطا لخياره، فيمكن الاستشكال فيه، لأن الثابت بالنص و الاجماع ان التصرف فيما انتقل إليه إجازة، و ليس الأذن من ذلك، و انما حكم بالسقوط فى التصرف عن اذنه لا لأجل تحقق الاسقاط من ذى الخيار بالاذن، بل لأجل تحقق المسقط لما عرفت، من ان التصرف الواقع باذنه صحيح نافذ

و لا فرق الا بحرمة الاتلاف، تارة و اباحته، اخرى و ان كان متعلقا بالعقد، كان الاذن فى التصرف، لو لا كونه التزاما بالعقد و رضا به أو اسقاطا للخيار، لغوا فلا محالة يكون دالا على الالتزام بالعقد، و اسقاطا لحقه بالكلية عرفا،

و أما التصرف نفسه فهو لا يكون مسقطا و لا مفوتا لمحل حقه.

و بما ذكرناه ظهر امور احدها: ان الوجهين المذكورين فى المتن لمسقطية الاذن و التصرف لو تما- كانت تامة كل منهما على مسلك و لا- يردان على محل واحد ثانيها: ان ما افاده المحقق الايروانى (رحمه الله) من انه لا دلالة لو لا المنافاة غير تام ثالثها ان ما افاده المحقق النائيني (رحمه الله) فى وجه بطلان مسقطية الاذن، من انه لو كان مسقطا و التزاما بالعقد، لزم سقوطه و لو لم يتصرف المأذون، و لا يمكن التزام به غير وجيه، فانه لم يلتزم به بعد دلالة عليه عرفا،

و الغريب انه يسلم دلالة الاذن بتصرف الأجنبي على الفسخ مع ان هذا الوجه بعينه يجرى فى الاذن بتصرف المالك إذ لا معنى للاذن فى ان يتصرف المالك فى ماله، فيجب حمله على كونه اجازة و التزاما بالعقد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤١٥

و التسلط على بدله فرع خروجه عن ملك المشتري متعلقا للحق، (١) فالاذن فيما نحن فيه، نظير اذن المرتهن فى بيع الرهن، لا يسقط به حق الرهانة، و يجوز الرجوع قبل البيع. نعم يمكن القول باسقاطه من جهة تضمينه للرضا بالعقد، فإنه ليس بأدون من رضا المشتري بتقبيل الجارية.

و قد صرح فى المبسوط بأنه إذا علم رضا البائع بوطء المشتري سقط خياره و يؤيده رواية السكونى فى كون العرض على البيع التزاما، فهذا القول لا يخلو عن قوة.

مسألة المشهور ان المبيع يملك بالعقد،

و اثر الخيار تزلزل الملك (٢) بسبب القدرة على رفع سببه، فالخيار حق لصاحبه فى ملك الأخر، و حكي المحقق و جماعة عن الشيخ توقف الملك بعد العقد على انقضاء الخيار، و اطلاقه يشمل الخيار المختص بالمشتري، و صرح فى التحرير بشموله لذلك

(١) قوله و التسلط على بدله فرع خروجه عن ملك المشتري متعلقا للحق و فيه ان التصرف نفسه لا يكون مفوتا لمحل الحق بجميع مراتبه، و لذا لو اتلفه من غير اذن كان الخيار باقيا و الاذن انما يؤثر فى رفع المنع و لا- أثر له غير ذلك فالمتحصل من ما ذكرناه،

مسقطية الاذن لو كان الخيار متعلقا بالعقد، و عدم مسقطيته لو كان متعلقا بالعين و ان التصرف نفسه لا يكون مسقطا على المسلكين.

المبيع يملك بالعقد

(٢) قوله المشهور ان المبيع يملك بالعقد و اثر الخيار تزلزل الملك لا يخفى انه حيث لا يكون احد الوجوه و الاقوال اجماعيا و على فرضه لا يكون تعديا فلا يهمننا اطالة الكلام فى نقل الاقوال و النزاع فى بيان مراد القوم بل المتعين صرف عنان الكلام الى بيان ادلة الطرفين و الكلام فيه يقع فى مقامين الاول: فى ادلة حصول الملك بالمبيع و عدم توقفه على انقضاء الخيار الثانى: فى ما استدل به على توقفه على انقضائه.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤١٦

لكن الشهيد فى الدروس قال: فى تملك المبيع بالعقد أو بعد الخيار بمعنى الكشف أو النقل خلاف، مأخذه ان الناقل العقد و الغرض من الخيار الاستدراك و هو لا ينافى الملك. و ان غاية الملك التصرف الممتنع فى زمان الخيار و ربما قطع الشيخ بملك المشتري إذا اختص الخيار، و ظاهر ابن الجنيد توقف الملك على انقضاء الخيار، انتهى.

فإن فى هذا الكلام شهادة من وجهين على عدم توقف ملك المشتري على انقضاء خياره عند الشيخ، بل المأخذ المذكور صريح فى عدم الخلاف من غير الشيخ قدس سره فى الخلاف و المبسوط، قال فى محكى الخلاف العقد يثبت بنفس الايجاب و القبول، فإن كان مطلقا فإنه يلزم بالافتراق بالابدان، و ان كان مشروطا يلزم بانقضاء الشرط، فإن كان الشرط لهما أو للبائع فإذا انقضى الخيار ملك المشتري بالعقد المتقدم و ان كان الخيار للمشتري وحده زال ملك البائع عن الملك بنفس العقد، لكنه لم ينتقل الى المشتري حتى ينقضى الخيار، فإن انقضى الخيار ملك المشتري بالعقد الاول، انتهى.

و ظاهر هذا الكلام كما قيل هو الكشف فحينئذ يمكن الجمع بين زوال ملك البائع بمعنى عدم حق له بعد ذلك فى المبيع نظير لزوم العقد من طرف الاصيل إذا وقع مع الفضولى و بين عدم انتقاله الى المشتري بحسب الظاهر حتى ينقضى خياره فإذا انقضى ملك بسبب العقد الاول بمعنى كشف الانقضاء عنه فيصير انقضاء الخيار للمشتري نظير اجازة عقد الفضولى و لا يرد حينئذ عليه ان اللازم منه بقاء الملك بلا مالك. و حاصل هذا القول ان الخيار يوجب تزلزل الملك و يمكن حمله ايضا على ارادة الملك اللازم الذى لا حق و لا علاقة لملكه السابق فيه، فوافق المشهور. و لذا عبر فى غاية المراد بقوله و يلوح من كلام الشيخ توقف الملك على انقضاء الخيار، و لم ينسب ذلك إليه صريحا.

و قال فى المبسوط: البيع ان كان مطلقا غير مشروط، فإنه يثبت بنفس العقد و يلزم بالتفرق بالابدان، و ان كان مشروطا لزومه بنفس العقد لزم بنفس العقد، و ان كان مقيدا «مشروطا» بشرط لزم بانقضاء الشرط، انتهى.

و ظاهره كظاهر الخلاف عدم الفرق بين خيار البائع و المشتري، لكن قال فى

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤١٧

باب الشفعة: إذا باع شقصا بشرط الخيار، فإن كان الخيار للبائع أو لهما لم يكن للشفيع الشفعة لأن الشفعة انما تجب إذا انتقل الملك إليه، و ان 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 فى ذلك سواء على ما فصلناه. و لعل هذا مأخذ ما تقدم من النسبة فى ذيل عبارة الدروس، هذا، و لكن الحلوى (قدس سره) فى السرائر ادعى رجوع الشيخ عما ذكره فى الخلاف.

و يمكن ان يستظهر من مواضع من المبسوط ما يوافق المشهور، مثل استدلاله فى مواضع على المنع عن التصرف فى مدة الخيار، بأن فيه ابطالا لحق ذى الخيار، كما فى مسألة بيع احد النقدين على غير صاحبه فى المجلس، و فى مسألة رهن ما فيه الخيار للبائع، فإنه لو قال بعدم الملك تعين تعليل المنع به لا يابطال حق ذى الخيار من الخيار، لأن التعليل بوجود المانع فى مقام، فقد مقتضى كما ترى.

و منها انه ذكر في باب الصرف جواز تباع المتصارفين ثانيا في المجلس لأن شروعهما في البيع قطع للخيار مع انه 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، وربما ينسب الى المبسوط اختيار المشهور فيما إذا صار احد المتبايعين الذي له الخيار مفلسا، حيث حكم بأن له الخيار في الاجازة و الفسخ، لأنه ليس بابتداء ملك لأن الملك قد سبق بالعقد، انتهى.

لكن النسبة لا- يخلو عن تأمل لمن لاحظ باقي العبارة، وقال ابن سعيد (قدس سره) في الجامع على ما حكى عنه: ان المبيع يملك بالعقد و بانقضاء الخيار، وقيل بالعقد، ولا ينفذ تصرف المشتري الا بعد انقضاء خيار البائع، انتهى.

و قد تقدم حكاية التوقف عن ابن الجنيد ايضا،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤١٨

و كيف كان فالاقوى هو المشهور لعموم ادلة حل البيع، و اكل المال إذا كانت تجارة عن تراض، (١) و غيرهما مما ظاهره كون العقد علة تامه لجواز التصرف الذي هو من لوازم الملك، و يدل عليه لفظ الخيار في قولهم (عليهم السلام) البيعان بالخيار، (٣)

اما الاول: فما يدل على ذلك أو توهم دلالة امور.

(١) احدها: العمومات مثل «١» احل الله البيع و دليل «٢» التجارة عن تراض و نحوهما و الاستدلال بها يتم مع ضم ما افاده صاحب الجواهر (رحمه الله) الذي نقله المصنف (رحمه الله)

بعد اسطر بقوله و اشد ضعفا من الكل ما قيل، من ان المقصود للمتعاقدين و الذي وقع التراضي عليه انتقال كل من الثمن و المثلن حال العقد فهذه المعاملة اما صحيحة كذلك كما عند المشهور فثبت المطلوب أو باطله من اصلها أو انها صحيحة الا انها على غير ما قصدها و تراضيا عليه و تقريب الاستدلال ان المقصود بالبيع هو الملكية المطلقة، و هي انما تكون من حين العقد، و مقتضى العمومات امضاء البيع على ما قصد، فلو حصل الملك بعد انقضاء الخيار يكون غير ما قصدها، و يحتاج الى دليل مفقود و تحقق الملك بعد القبض في الصرف و السلم، انما هو لاجل دليل خاص مقيد لإطلاق الادلة و بما ذكرناه ظهر ان شيئا من الوجهين. أي العمومات و تخلف العقد عن القصد- لا يصلح دليلا ما لم يضم احدهما الى الآخر.

(٢) ثانيها: لفظ الخيار في قولهم «٣» البيعان بالخيار و فيه: ان هذا الاستدلال يتم لو كان الخيار عبارة عن حق استرداد العين، إذ لا يعقل الاسترداد الا مع الخروج عن الملك و أما لو كان عبارة عن حق حل العقد و العقد بما هو مع قطع النظر عن حصول الملك به له و فاء و نقض فلا يدل على المقام و به يظهر ان المصنف الذي يرى ان حق الخيار هو حق حل العقد، لا وجه لاستدلاله بهذا الوجه

(١) البقرة آية ٢٧٥.

(٢) النساء آية ٢٩.

(٣) الوسائل- باب ١- من ابواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤١٩

و ما دل على جواز النظر في الجارية في زمان الخيار الى ما لا يحل له قبل ذلك، (١) فإنه يدل على الحل بعد العقد في زمن الخيار، الا ان يلتزم بأنه نظير حل وطئ المطلقة الرجعية الذي يحصل به الرجوع، (٢) و يدل عليه ما تقدم في ادلة بيع الخيار بشرط رد الثمن، من كون نماء المبيع للمشتري و تلفه منه، (٣) فيكشف ذلك عن ثبوت الملزوم و هو الملك، الا ان يلتزم بعدم كون ذلك من اشتراط الخيار، بل من باب اشتراط انفساخ البيع برد الثمن. و قد تقدم في مسألة بيع الخيار بيان هذا الاحتمال و ما يشهد له من بعض العنوانات، لكن تقدم انه بعيد في الغاية، أو يقال ان النماء في مورد الرواية نماء المبيع في زمان لزوم البيع، لأن الخيار يحدث برد مثل

الثلث،

وان ذكرنا في تلك المسألة أن الخيار في بيع الخيار المعنون عند الاصحاب ليس مشروطا حدوثه بالرد في ادلة بيع الخيار، الا الرواية قابلة للحمل عليه، الا ان يتمسك باطلاقه الشامل لما إذا جعل الخيار من اول العقد في فسخه مقيدا برد مثل الثلث، هذا مع ان الظاهر ان الشيخ يقول بالتوقف في الخيار المنفصل ايضا

(١) ثالثها ما دل «١» على جواز النظر في الجارية في زمان الخيار الى ما لا يحل له قبل ذلك.

(٢) و اورد عليه المصنف (رحمه الله) بانه يمكن ان يكون نظير حل و طء المطلقة الرجعية الذي يحصل به الرجوع، فيكون الملك حاصلًا بنفس النظر الموجب لسقوط الخيار،

و يرد عليه مضافا الى ذلك ان الشيخ لا ينكر حصول الملك في زمان الخيار المختص بالمشتري كما في المقام.

و للمحقق النائيني: في المقام كلام ذكره ايراد اعلى المصنف (رحمه الله) و هو ان التصرف في و طء المطلقة الرجعية وقع ممن له الحق، و في المقام يقع ممن عليه الخيار فلو لم يكن مالكا لكون العقد خيار يا حرم النظر، و الظاهر انه سهو من قلمه الشريف فان خيار الحيوان للمشتري و السؤال انما هو عن نظره إليها.

(٣) رابعها ما ورد من الادلة الدالة على ان نماء المبيع للمشتري و تلفه منه في بيع الخيار «٢» بشرط رد الثلث

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

(٢) الوسائل - باب ٨ - من ابواب الخيار حديث ١.

منهاج الفقهاء (لروحاني)، ج ٦، ص: ٤٢٠

و ربما يتمسك بالاخبار الواردة في العينة: (١) و هي ان يشتري الانسان شيئا بنسيئة، ثم يبيعه باقل منه في ذلك المجلس نقدا، لكنه لا دلالة لها من هذه الحثية، لأن يبيعه على بائعها الأول و ان كان في خيار المجلس أو الحيوان، الا ان يبيعه عليه مسقط لخيار هما اتفاقا و قد صرح الشيخ في المبسوط بجواز ذلك، مع منعه عن بيعه من غير صاحبه في المجلس، نعم بعض هذه الاخبار يشتمل على فقرات يستأنس بها لمذهب المشهور، مثل صحيح يسار بن يسار عن الرجل يبيع المتاع و يشتريه من صاحبه الذي يبيعه منه، قال: نعم لا بأس به، قلت: اشترى متاعى فقال: ليس هو متاعك و لا بقرك و لا غنمك، فإن في ذيلها دلالة على انتقال المبيع قبل انقضاء الخيار و لا استيناس بها ايضا عند التأمل لما عرفت من ان هذا البيع جائز عند القائل بالتوقف لسقوط خيار هما بالتواطؤ على هذا البيع، كما عرفت التصريح به من المبسوط و يذب بذلك عن الاشكال المتقدم نظيره سابقا من ان الملك إذا حصل بنفس البيع الثاني مع انه موقوف على الملك للزم الدور الوارد على من صحح البيع الذي يتحقق به الفسخ، و حينئذ فيمكن ان يكون سؤال السائل بقوله اشترى متاعى من جهة ركوز مذهب الشيخ عندهم من عدم جواز البيع قبل الافتراق.

و مقتضى اطلاقها ان النماء له، و ان كان الشرط هو الخيار من اول العقد مقيدا برد مثل الثلث، و حيث ان النماء تابع للاصل، و من لوازم الملك فيستكشف من ذلك حصول الملك قبل انقضاء الخيار.

(١) خامسها النصوص الواردة في العينة و هي ان يشتري الانسان شيئا بنسيئة ثم يبيعه باقل منه نقدا - كصحيح بشار بن يسار المذكور في المتن «١»

و الاستدلال بها ليس بتضمنها جواز البيع من البائع كى يقال انه جائز حتى عند القائل بعدم حصول الملك على القاعدة أو بالتعبد بل بقوله في الصحيح ليس متاعك فان حكمه بعدم كونه للبائع و ان كان في زمان الخيار يشهد بذلك

(١) الوسائل - باب ٥ - من ابواب احكام العقود حديث ٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٢١

و يكون جواب الامام (عليه السلام) مبني على جواز بيعه على البائع لأن تواطؤهما على البيع الثاني اسقاط للخيار من الطرفين (١) كما في صريح المبسوط، فقله ليس هو متاعك اشارة الى ان ما ينتقل اليك بالشرء انما انتقل اليك بعد خروجه عن ملك بتواطؤ كما على المعاملة الثانية المسقط لخيار كما لا بنفس العقد، وهذا المعنى في غاية الوضوح لمن تأمل في فقه المسألة ثم لو سلم ما ذكر من الدلالة والاستثناس لم يدفع به الا القول بالنقل دون الكشف كما لا يخفى و مثل هذه الرواية في عدم الدلالة والاستثناس صحيحة محمد بن مسلم عن رجل اتاه رجل فقال: اتبع لى متاعا لعلى اشترىه منك بنقد أو بنسيئة، فابتاعه الرجل من اجله قال ليس به بأس، انما يشترىه منه بعد ما يملكه.

فإن الظاهر ان قوله انما يشترىه الخ، اشارة الى ان هذا ليس من بيع ما ليس عنده و ان بيعه لم يكن قبل استيجاب البيع مع الاول، فقله بعد ما يملكه اشارة الى استيجاب العقد مع الأول كما يظهر من قولهم عليهم السلام فى اخبار اخر وارده فى هذه المسألة، و لا توجب البيع قبل ان تستوجه مع ان الغالب فى مثل هذه المعاملة قيام الرجل الى مكان غيره ليأخذ منه المتاع و رجوعه الى منزله لبيعه من صاحبه الذى طلب منه ذلك، فيلزم العقد الاول بالتفرق، و لو فرض اجتماعهما فى مجلس واحد كان تعريضه للبيع ثانيا بحضور البائع دالا عرفا على سقوطه خياره و يسقط خيار المشتري بالتعريض للبيع.

(١) و الايراد عليه كما فى المتن بانه يمكن ان يكون ذلك اشارة الى الخروج عن الملك بالتواطى على المعاملة الثانية المسقط للخيار، فحين المعاملة الثانية ليس متاعك،

خلاف الظاهر - فان ظاهره نفى كونه متاعا له من ناحية البيع أى ليس متاعك حيث بعته - نعم - يرد عليه انه لم يفرض فى مورد الصحيح خيار و ليس الخبر فى مقام البيان من هذه الجهة كى يتمسك باطلاقه فتأمل و بما ذكرناه يظهر الحال فى الاستدلال لهذا القول بصحيح «١» محمد المذكور فى المتن

(١) الوسائل - باب ٨ - من ابواب احكام العقود حديث ٨.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٢٢

و بالجملة ليس فى قوله بعد ما يملكه دلالة على ان تملكه بنفس العقد مع انها على تقدير الدلالة تدفع النقل لا الكشف (١) كما لا يخفى، و نحوه فى الضعف الاستدلال فى التذكرة، بما دل على ان مال العبد المشتري لمشتريه مطلقا أو مع الشرط، أو علم البائع من غير تقييد بانقضاء الخيار إذ فيه، ان الكلام مسوق لبيان ثبوت المال للمشتري على نحو ثبوت العبد له، و انه يدخل فى شراء العبد حتى إذا ملك العبد ماله،

مع ان الشيخ لم يثبت منه هذا القول فى الخيار المختص بالمشتري، و التمسك باطلاق الروايات لما إذا شرط البائع الخيار كما ترى، و اشد ضعفا من الكل ما قيل من ان المقصود للمتعاقدين و الذى وقع التراضى عليه، انتقال كل من الثمن و الثمن حال العقد، فهذه المعاملة اما صحيحة كذلك كما عند المشهور، فثبت المطلوب، أو باطله من اصلها أو انها صحيحة الا انها على غير ما قصدها و تراضيا عليه.

توضيح الضعف أن مدلول العقد ليس هو الانتقال من حين العقد، لكن الانشاء لما كان علة لتحقق المنشأ عند تحققه، كان الداعى على الانشاء حصول المنشأ عنده، لكن العلية انما هى عند العرف، فلا ينافى كونه فى الشرع سببا محتاجا الى تحقق شرائط اخر بعده،

كالتقبض في السلم و الصرف و انقضاء الخيار في محل الكلام. فالعقد مدلوله مجرد التمليك و التملك مجردا عن الزمان، لكنه عرفا علة تامه لمضمونه، و امضاء الشارع له تابع لمقتضى الادلة، فليس في تأخير الامضاء تخلف اثر العقد عن المقصود المدلول عليه بالعقد، و إنما فيه التخلف عن داعي المتعاقدين و لا ضرر فيه.

و ان الاستدلال به انما يكون بتصحيح الامام (عليه السلام) البيع الثانى بحصول الملك و ظاهره حصوله بالاشتراف فى المعاملة الاولى لا بالتعريض للبيع الثانى، و ليس الاستدلال بصحة البيع الثانى، حتى يقال انه جائز عند من يقول بعدم الملك إذا لتعريض مسقط للخيار. (١) و ما فى المتن من انه على فرض الدلالة يدفع النقل لا-الكشف يرد عليه: ان ظاهره التملك بالاشتراف لا بالاشتراف المتعقب بالبيع فتدبر فانه دقيق.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٢٣

و قد تقدم الكلام فى ذلك فى مسألة كون الاجازة كاشفة أو ناقلة. و قد يستدل ايضا بالنبوى المشهور المذكور فى كتب الفتوى للخاصة و العامة على جهة الاستناد إليه و هو ان الخراج بالضمان (١) بناء على ان المبيع فى زمان الخيار المشترك أو المختص بالبائع فى ضمان المشتري، فخرجه له و هى علامة ملكه.

و فيه انه لم يعلم من القائلين بتوقف الملك على انقضاء الخيار القول بكون ضمانه على المشتري حتى يكون نماؤه له. و قد ظهر بما ذكرنا ان العمدة فى قول المشهور عموم ادلة حل البيع و التجارة عن تراض، و اخبار الخيار.

(١) سادسها: النبوى «١» المشهور- الخراج بالضمان و تقريب الاستدلال به ان المبيع فى زمان، الخيار المشترك، أو المختص بالبائع، فى ضمان المشتري، فخرجه له، و بقاعدة التلازم بين، ملك المنفعة، و ملك العين يثبت حصول الملك بنفس العقد و فيه بعد تسليم قوة سنده لعمل قدماء اصحابنا به مع انه محل نظر،

قد مر فى مبحث المقبوض بالعقد الفاسد، ان فيه احتمالات،

اظهرها كون المراد بالضمان المعنى المصدرى مع امضاء الشارع له، و انه يختص بالخبر بالعقود المعاوضة الصحيحة، و يدل على انها توجب ملك المنافع، كما توجب ملك العين،

و عليه فلا- يتم هذا الاستدلال نعم- يمكن تقريب الاستدلال بطريق آخر، و هو ان النبوى ظاهر فى ان المعاوضة الصحيحة توجب ملك المنفعة بلا توقف على شىء آخر، و من ملك المنفعة يستكشف ملك العين سابعها السيرة العقلانية فانها جارية على ترتيب آثار الملك على الشىء المشتري من دون انتظار لانقضاء زمان الخيار فتحصل ان العمومات و الروايات الخاصة و السيرة تدل على حصول الملك قبل انقضاء الخيار.

(١) المبسوط كتاب البيوع فصل الخراج بالضمان- و صحيح الترمذى ج ٥ ص ٢٨٥ و سنن ابى دواد ج ٢ ص ٢٥٥.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٢٤

و استدلال للقول الآخر، بما دل على كون تلف المبيع من مال البائع فى زمان الخيار، (١) فيدل بضميمة قاعدة كون التلف عن المالك، لأنه مقابل الخراج على كونه فى ملك البائع، مثل صحيحة ابن سنان عن الرجل يشتري العبد و الدابة بشرط الى يوم أو يومين فيموت العبد أو الدابة، أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك، فقال على البائع، حتى ينقضى الشرط ثلاثة ايام، و يصير المبيع للمشتري شرط له البائع أو لم يشترط، قال و ان كان بينهما شرط اياما معدودة، فهلك فى يد المشتري، فهو من مال البائع.

و رواية عبد الرحمن بن ابى عبد الله قال سألت ابا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل اشترى امه من رجل بشرط يوما أو يومين فماتت

عنده، و قد قطع الثمن، على من يكون ضمان ذلك؟ قال: ليس على الذى اشترى ضمان حتى يمضى شرطه. و مرسله ابن رباط ان حدث فى الحيوان حدث قبل ثلاثة ايام فهو من مال البائع. و النبوى المروى فى قرب الاسناد فى العبد المشتري بشرط فيموت، قال: يستحلف بالله ما رضيه ثم هو برئ من الضمان،

اما المقام الثانى: فقد استدل لعدم حصوله الا بعد انقضاء الخيار بوجوه احدها: ان الغرض من الملك، و غايته التصرف الممتنع فى زمان الخيار و فيه اولاً: انه يجوز كما تقدم و ثانياً: انه لو سلم عدم الجواز فهو فى التصرف المتلف و الناقل لا كل تصرف و ثالثاً: انه لا ملازمة بين امتناع التصرف و عدم حصول الملك.

(١) ثانيها: النصوص الدالة على كون تلف المبيع من مال البائع فى زمان الخيار كصحيح «١» ابن سنان، و خبر عبد الرحمن «٢» و مرسل ابن رباط، «٣» و النبوى «٤» المذكورة فى المتن و تقريب الاستدلال بها من وجهين الاول ان قوله حتى ينقضى الشرط و يصير المبيع له ظاهر فى توقف الملك على انقضاء الخيار و أما قبله فلا يصير للمشتري و فيه: انه بعد دلالة الادلة المتقدمة الصريح بعضها كقوله

(١) اورد صدره فى الوسائل - باب ٥- من ابواب الخيار حديث ٢ و ذيله فى باب ٨- منها حديث ٢.

(٢) الوسائل - باب ٥- من ابواب الخيار حديث ١.

(٣) نفس المصدر حديث ٥.

(٤) نفس المصدر حديث ٤.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٢٥

و هذه الاخبار انما تجدى فى مقابل من ينكر تملك المشتري (١) مع اختصاص الخيار.

و قد عرفت ان ظاهر المبسوط فى باب الشفعة ما حكاه عنه فى الدروس من القطع بتملك المشتري مع اختصاص الخيار، و كذلك ظاهر العبارة المتقدمة عن الجامع و على اى حال، فهذه الاخبار اما ان تجعل مخصصة لأدلة المشهور، بضميمة قاعدة تلازم الملك و الضمان، أو لقاعدة التلازم بضميمة ادلة المسألة، (٢) فيرجع بعد التكافؤ الى اصالة عدم حدوث الملك بالعقد قبل انقضاء الخيار. و لكن هذا فرع التكافؤ المفقود فى المقام من جهات اعظمها الشهرة المحققة المؤيدة بالاجماع المحكى عن السرائر،

ليس متاعك على حصول الملك بالعقد، يتعين صرف ذلك عن ظهوره، و حمله على الملك المستقر، و انه لا يكون مستقراً عليه الا بعد انقضاء الخيار الثانى ان يضم الى هذه النصوص، ما دل على ان المنافع تابعة للضمان، أو ملازمة معه كالنبوى المتقدم آنفا الخراج بالضمان، فانه يستنتج منهما ان الضمان على البائع و المنافع له و بدليل تبعية ملك المنافع لملك العين يستكشف ان المبيع فى زمان الخيار للبائع و فيه: انه لا دليل على التلازم بين الضمان و ملكية المنافع، و النبوى قد عرفت ان مفاده ان منافع المغصوب لمالكه، مع ان الغاصب ضامن له،

مع- ان الشيخ و من تبعه غير ملتزمين بذلك فى الخيار المختص بالمشتري فانهم بانون على حصول الملك بالعقد.

(١) قوله انما تجدى فى مقابل من ينكر تملك المشتري مراده ان هذه الاخبار، انما تجدى من ينكر تملك المشتري، مع اختصاص الخيار:

لورودها فى الخيار المختص به، و لا تجدى لمثل شيخ الطائفة و ابن سعيد القائلين، بملك المشتري مع اختصاص الخيار به، فكلمة (فى مقابل) زائدة.

وقد اجاب المصنف (رحمه الله) عن هذا الاستدلال بجواب آخر.

(٢) حاصله ان في المقام طوائف من الادلة احداها: ادلة المشهور الدالة على حصول الملك بالعقد

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٢٦

اطلاق ما تقدم عبارتي المبسوط و الخلاف، من كون الخلاف في العقد المقيد بشرط الخيار عمومه للخيار المنفصل عن العقد، كما إذا شرط الخيار من الغد كما ان مقتضى تخصيص الكلام بالعنوان المذكور عدم شموله لخيار غير الشرط و الحيوان الذي يطلق عليه الشرط أيضا. فخيار العيب و الغبن و الرؤية و التدليس ليس الظاهر عدم جريان الخلاف فيها. و مما يدل على الاختصاص ان ما ذكر من الادلة مختصة بالخيارين و ان الظاهر من لفظ الانقضاء في تحريرات محل الخلاف انقطاع الخيار الزماني. و أما خيار المجلس، فالظاهر دخوله في محل الكلام لنص الشيخ بذلك في عبارته المتقدمة عنه في باب الشفعة، و لقوله في الاستبصار ان العقد سبب لاستباحة الملك الا انه مشروط، بان يتفرقا بالابدان، و لا يفسخا العقد، و لنص الشيخ في الخلاف و المبسوط على ان التفرق كانقضاء الخيار في لزوم العقد به، و مراده من اللزوم تحقق علمه الملك لا مقابل الجواز كما لا يخفى، مع ان ظاهر عبارة الدروس المتقدمة في مأخذ هذا الخلاف ان كل خيار يمنع من التصرف في المبيع، فهو داخل فيما يتوقف الملك على انقضائه، و كذلك العبارة المتقدمة في عنوان هذا الخلاف عن الجامع، و قد تقدم عن الشيخ في صرف المبسوط ان خيار المجلس مانع عن التصرف في احد العوضين.

ثانيتها: دليل التلازم بين الضمان و الملك ثالثها- النصوص المشار إليها الدالة على ضمان البائع للمبيع في زمان الخيار و هذه الطوائف متعارضة و الجمع بينها انما يكون باحد نحوين اما بجعل النصوص المتضمنة لان المبيع من مال البائع في زمان الخيار مخصصة لأدلة المشهور فيكون مفادها حينئذ ان الملك يحصل بالعقد الا إذا كان خياريا:

و أما بجعل تلك النصوص مخصصة لقاعدة التلازم بمعنى ان المبيع يملك بالعقد و ان كان خياريا الا ان ضمان هذا المبيع على البائع الذي هو غير مالك- و انما لم يحتمل التصرف في النصوص المشار إليها لصراحتها، فيدور الامر بين رفع اليد عن اصالة العموم في احدي تينك الطائفتين، و الترجيح مع ادلة المشهور لوجوه اعظمها الشهرة و فيه: انه لو علم بتخصيص احد العامين من وجه مقتضى القاعدة سقوطهما عن الحجية

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٢٧

و من ذلك يظهر وجه آخر لخروج خيار العيب و اخوته عن محل الكلام، فإن الظاهر عدم منعها من التصرف في العوضين قبل ظهورها. فلا بد ان يقول الشيخ باللزوم و الملك بعد الظهور و تنجز الخيار، و هذا غير لائق بالشيخ، فثبت ان دخولها في محل الكلام مستلزم. اما لمنع التصرف في موارد هذا الخيار. و أما للقول بخروج المبيع عن الملك بعد دخوله و كلاهما غير لائق بالالتزام، مع ان كلام العلامة في المختلف كالصريح في كون التملك بالعقد اتفاقيا في المعيب، لأنه ذكر في الاستدلال ان المقتضى للملك موجود، و الخيار لا يصلح للمنع، كما في بيع المعيب. و ذكرنا ايضا انه لا منافاة بين الملك و الخيار، كما في المعيب. و قد صرح الشيخ قدس سره في المبسوط ايضا بانه اشترى شيئا فحصل منه نماء ثم و جدبه عيبا رده دون نمائه محتجا بالإجماع، و بالنبوي الخراج بالضمان و سيحىء تتمه ذلك إن شاء الله تعالى.

و الشهرة ليست مرجعة للدلالة و انما هي مرجعة للسند،

مع: ان المراد بالتلازم بين الضمان و الملك ان كان هو التلازم بين الضمان و ملك المنافع و يتبعه ملك العين، فيرد عليه ما تقدم من عدم التلازم،

و ان كان هو التلازم بين الضمان بمعنى الخسارة و كون تلف الشيء خسارة منه لا عليه و الملك فهو، و ان كان عقليا، الا ان الجمع

بين الادلة انما يكون بالالتزام بالملك من حين العقد و الانفساخ قبل التلف آنا ما.
 ثالثها صحيح الحلبي «١» عن الامام الصادق (عليه السلام) في رجل اشترى شاء فامسكها ثلاثة ايام ثم ردها فقال (ع) ان كان في تلك
 الثلاثة الايام يشرب لبنها رد معها ثلاثة امداد و ان لم يكن لها لبن فليس عليه شيء - بتقريب - انه لو كان مالكا كانت المنافع له و لم
 يكن وجه لرد ثلاثة امداد و فيه ما مر من عدم عمل الاصحاب به فانه متضمن للرد بعد ثلاثة ايام و لا خيار بعدها.

(١) الوسائل - باب ١٣ - من ابواب الخيار حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٢٨

مسألة و من احكام الخيار كون المبيع في ضمان من ليس له الخيار (١)

اشارة

في الجملة على المعروف بين القائلين بتملك المشتري بالعقد.

المبيع في ضمان من ليس له الخيار

(١) قوله و من احكام الخيار كون المبيع في ضمان من ليس له الخيار لا يخفى ان موضوع هذه المسألة، ما لو تلف المبيع، أو الثمن
 في يد مالكة الفعلية مع كون الخيار له، كما لو كان الخيار للمشتري و تلف المبيع في يده اما لو تلف المال تحت يد مالكة و كان
 الخيار لطرفه كما لو كان الخيار للبائع و تلف المبيع في يد المشتري أو كان الخيار للمشتري و تلف الثمن في يد البائع فكون الضمان
 على من لا خيار له مطابق للقاعدة و كيف كان فهذا الحكم في الجملة مما لا كلام فيه و لا إشكال،
 و يشهد به النصوص الخاصة لاحظ صحيح ابن سنان عن الامام الصادق (عليه السلام) عن الرجل يشتري الدابة أو يحدث فيه حدث،
 على من ضمان ذلك؟ فقال (عليه السلام): على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة ايام و يصير المبيع للمشتري «١».
 و عن التهذيب روايته مثله الا انه قال: و يصير المبيع للمشتري شرط البائع أو لم يشترط «٢».
 و النبوي الخاصي الآتي،

و مرسل ابن رباط عن ابي عبد الله (عليه السلام): ان حدث بالحيوان قبل ثلاثة ايام فهو من مال البائع «٣».

و خبر البصري عنه (عليه السلام) فيمن اشترى امه بشرط فماتت عنده: ليس على الذي اشترى ضمان حتى يمضي شرطه «٤».

(١) الوسائل - باب ٥ - من ابواب الخيار حديث ٢.

(٢) نفس المصدر حديث ٣.

(٣) نفس المصدر حديث ٥.

(٤) نفس المصدر حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٢٩

...

وقد وردت روايات دالة على ثبوت هذا الحكم في خيار الشرط ايضا، لاحظ رواية اسحاق بن عمار، و خبر معاوية بن ميسرة، فثبوت ذلك فيهما في الجملة مما لا كلام فيه، وهذا الحكم هو الذى طفحت عبارات القوم به. قالوا: ان تلف المبيع في زمان الخيار ممن لا خيار له، و من مال البائع و هذه قاعدة مسلمة عند القوم مصطادة من النصوص الواردة في خيارى الحيوان و الشرط. و عليه فلا يصغى الى ما قيل، من ان مقتضى استصحاب عدم انفساخ العقد و اصاله البراءة عن وجوب دفع الثمن. و خبر عقبه بن خالد عن الامام الصادق (عليه السلام) عن رجل اشترى متاعا من رجل و اوجبه غير انه ترك المتاع عنده... فسرق المتاع من مال من يكون؟ قال (عليه السلام): من مال صاحب المتاع- الى ان قال- فإذا اخرجته من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد. (١).

و عموم ما دل على وجوب الوفاء بالعقد «٢» عدم كون التلف من مال البائع، إذ الأولان محكومان للنصوص، و الأخيران يقيد اطلاقهما بها. و قد استدل لضمان من ليس له الخيار مطلقا:

باستصحاب الضمان الثابت قبل القبض و فيه اولاً: انه اخص من المدعى إذ ربما يكون المبيع من اول العقد في يد المشتري فلا ضمان على البائع حتى يستصحب- و لا يمكن اثبات الحكم فيه بعد جريان الاستصحاب فيما لم يكن مقبوضا في اول العقد بضميمة عدم القول بالفصل فان ذلك انما يكون بين الحكمين الواقعيين و ثانياً: ان المراد بالضمان اما ان يكون ضمان الغرامة، أو ضمان المعاوضة

(١) المائدة آية ٢.

(٢) الوسائل- باب ١٠- من ابواب الخيار.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٦، ص: ٤٣٠

و توضيح هذه المسألة ان الخيار إذا كان للمشتري فقط من جهة الحيوان فلا اشكال و لا خلاف في كون المبيع في ضمان البائع. و يدل عليه ما تقدم في المسألة السابقة من الاخبار، و كذلك الخيار الثابت له من جهة الشرط بلا خلاف في ذلك لقوله (عليه السلام) في ذيل صحيحة ابن سنان و ان كان بينهما شرط اياما معدودة، فهلك في يد المشتري، فهو من مال بائعه، (١) و لو كان للمشتري فقط خيار المجلس دون البائع، فظاهر قوله (عليه السلام) حتى ينقضى شرطه، و يصير المبيع للمشتري، كذلك (٢) بناء على ان المناط انقضاء الشرط الذى تقدم انه يطلق على خيار المجلس في الاخبار، بل ظاهره ان المناط في رفع ضمان البائع صيرورة المبيع للمشتري و اختصاصه به بحيث لا يقدر على سلبه عن نفسه، و ان هذا المناط ينظر لتعليل

لا سبيل الى اجراء الاستصحاب على التقديرين اما على التقدير الاول فلان الثابت قبل القبض كما سيأتى ضمان المعاوضة دون ضمان الغرامة- و أما على الثانى- فلان ضمان الغرامة و ان كان من الاحكام الوضعية الاعتبارية، الا ان ضمان المعاوضة و هو انفساخ العقد لا يكون الا- حكما شرعيا بانه لو تلف ينفسخ العقد- و حيث انه لم يتلف فالمعلوم السابق ليس الا هذا الامر التعليقى- و قد حقق في محله انه لا يجرى الاستصحاب التعليقى و ثالثاً: ان العمومات مقدمة على الاستصحاب فالحق ان مقتضى الاصل الاولى عدم الضمان إذا عرفت هذا فاعلم ان مورد الكلام مواضع.

يختص هذا الحكم بخيارى الحيوان و الشرط

(١) الاول: ان هذا الحكم هل يختص بخيارى الحيوان و الشرط كما عن الجواهر.

(٢) ام يعم خيار المجلس لو كان للمشتري فقط كما لو اسقطه البائع كما مال إليه المصنف، ام يكون ثابتا في جميع الخيارات كما هو المنسوب الى المشهور؟ وجوه:

وجه الأول: اختصاص النصوص من حيث المورد بهما خصوصا بملاحظة ذكر المدة في جميع الروايات، الا النبوي: في رجل اشترى عبدا بشرط ثلاثة ايام فمات العبد

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٦، ص: ٤٣١

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.

و من هنا يعلم انه يمكن بناء على فهم هذا المناط طرد الحكم في كل خيار،

فتثبت القاعدة المعروفة من ان التلف في ضمان الخيار ممن لا خيار له من غير فرق بين اقسام الخيار (١)

في الشرط قال (صلى الله عليه و آله): يستحلف بالله ما رضيه ثم هو برئ من الضمان، المروى في قرب الاسناد «١».

و استدلل للثاني: بان الشرط الذي جعل انقضائه غاية لضمان من لا خيار له اطلق في النصوص على خيار المجلس.

وفيه: ان المراد بالشرط في نصوص الباب هو ما ذكر فيها سابقا سؤالا و جوابا، و هو الخيار الذي يشترطه المتبايعان.

و استدلل للثالث: بوجهين:

احدهما: صدق الشرط على مطلق الخيار.

وفيه: ما تقدم آنفا.

(١) ثانيهما: استفادة المناط الذي يعم جميع الخيارات من قوله (عليه السلام) في ذيل الرواية:

حتى ينقضى الشرط ثلاثة ايام و يصير المبيع للمشتري. «٢» فانه يستفاد منه- بعد حمل يصير المبيع له على صيرورته ملكا لازما للفراغ

عن كونه ملكا له قبل انقضاء الخيار ان المناط في الضمان عدم استقرار الملك لكون مالكة ذا خيار يقدر ان يسلب الملكية عن نفسه،

و ان في مثل ذلك يكون تلف ماله على غيره، و عليه فلا فرق بين الخيارات لأن هذا المناط موجود في جميعها.

(١) الوسائل- باب ٥- من ابواب الخيار حديث ٤.

(٢) الوسائل- باب ٥- من ابواب الخيار حديث ٢.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٦، ص: ٤٣٢

و لا بين الثمن و الثمن، كما يظهر من كلمات غير واحد من الاصحاب بل نسبه جماعة الى اطلاق الاصحاب، قال في الدروس في

احكام القبض: و بالقبض ينتقل الضمان الى 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 اللعة و في جامع المقاصد في شرح قول المصنف: و لو ماتت الشاة

المصرأة أو الامة المدلسة فلا شيء له، و كذا لو تعييت عنده قبل علمه بالتدليس قال: و تقييد الحكم بما قبل العلم غير ظاهر، لأن العلم

إذا تجدد بعد علمه يكون كذلك الا ان يقال انه غير مضمون عليه الآن لثبوت خياره، و لم اظفر 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 المبيع لاختصاص الخيار بالمشتري، ثم تردد فيه و في خيار الرؤية. و في المسالك في مسألة أن العيب

الحادث يمنع من الرد بالعيب القديم، و ان الحادث فى ايام خيار الحيوان مضمون على البائع، قال: و كذا كل خيار مختص بالمشتري. و عن مجمع البرهان فى مسألة ان تلف المبيع بعد الثلاثة مع خيار التأخير من البائع استنادا الى عموم قاعدة تلف المال قبل القبض، ان هذه القاعدة معارضة بقاعدة اخرى، و هى ان تلف المال فى الخيار المختص بالبائع من مال المشتري، فإن الظاهر من جعل هذه قاعدة كونها مسلمة بين الاصحاب، و صرح بنحو ذلك المحقق جمال الدين فى حاشية الروضة، و استظهر بعد ذلك اختصاصه بما بعد القبض معترفا بعمومها من جهات اخرى، و ظاهر هذه الكلمات عدم الفرق بين اقسام الخيار، و لا بين الثمن و المثمن، و لا بين الخيار المختص بالبائع و المختص بالمشتري. و لذا نفى فى الرياض الخلاف فى ان التلف فى مدة الخيار ممن لا خيار له. و فى مفتاح الكرامة ان قولهم: التلف فى مدة الخيار ممن لا- خيار له، قاعدة لا خلاف فيها، ثم ذكر فيه تبعا للرياض: ان الحكم فى بعض افراد المسألة مطابق للقاعدة.

لكن الانصاف انه لم يعلم من حال احد من معتبرى الاصحاب الجزم بهذا التعميم، فضلا عن اتفاهم عليه.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٣٣

فإن ظاهر قولهم التلف فى زمان الخيار هو الخيار الزمانى، و هو الخيار الذى ذهب جماعة الى توقف الملك على انقضائه لا مطلق الخيار، ليشمل خيار الغبن و الرؤية و العيب و نحوها، ألا ترى انهم اتفقوا على انه إذا مات المعيب لم يكن مضمونا على البائع، و لو كان الموت بعد العلم بالعيب، ألا ترى ان المحقق الثانى ذكر ان الاقتصار من العبد الجانى إذا كان فى خيار المشتري، كان من ضمان البائع. و أما ما نقلنا عنه سابقا فى شرح قوله: و لو تعيبت قبل علمه بالتدليس فهو مجرد احتمال، حيث اعترف بأنه لم يظفر فيه على شىء، مع انه ذكر فى شرح قول المصنف فى باب العيوب و كل عيب تجدد فى الحيوان بعد القبض، و قبل انقضاء الخيار، فإنه لا يمنع الرد فى الثلاثة نفى ذلك الاحتمال على وجه الجزم، حيث قال الخيار الواقع فى العبارة يرد به خيار الحيوان، و كذا كل خيار يختص بالمشتري كخيار الشرط 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 قطعاً، انتهى.

و من ذلك يعلم حال ما نقلناه عنه فى خيار الغبن، فلم يبق فى المقام ما يجوز الركون إليه، الا ما اشرنا إليه من ان مناط خروج المبيع عن ضمان البائع، على ما يستفاد من قوله (عليه السلام) حتى ينقضى شرطه، و يصير المبيع للمشتري هو انقضاء خيار المشتري الذى يطلق عليه الشرط فى الاخبار، و صيرورة المبيع مختصاً بالمشتري لازماً عليه بحيث لا يقدر على سلبه عن نفسه، فيدل على ان كل من له شرط، و ليس المعوض الذى وصل إليه لازماً عليه، فهو غير ضامن له حتى ينقضى شرطه، و يصير مختصاً به لازماً عليه، و فى الاعتماد على هذا الاستظهار تأمل فى مقابلة القواعد، مع انه يمكن منع دلالة هذا المنطوق المستنبط عليه، لان ظاهر الصحيحة الاختصاص بما كان التزلزل و عدم كون المبيع لازماً على المشتري ثابتاً من اول الامر، كما يظهر من لفظه - حتى - الظاهرة فى الابتداء. و هذا المعنى مختص بخيار المجلس و الحيوان و الشرط، و لو كان منفصلاً، بناء على ان البيع متزلزل و لو قبل حضور زمان الشرط. و لذا ذكرنا جريان الخلاف فى المسألتين السابقتين فيه.

و أما الغبن و العيب و الرؤية و تخلف الشرط و تفليس المشتري و تبعض الصفقة، فهى توجب التزلزل عند ظهورها بعد لزوم العقد.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٣٤

و الحاصل ان ظاهر الرواية استمرار الضمان الثابت قبل القبض الى ان يصير المبيع لازماً على المشتري، و هذا مختص بالبيع المتزلزل من اول الامر، (١) فلا يشمل التزلزل المسبوق باللزوم بأن يكون المبيع فى ضمان المشتري بعد القبض، ثم يرجع بعد عروض التزلزل الى ضمان البائع، فاتضح بذلك ان الصحيحة مختصة بالخيارات الثلاثة على تأمل فى خيار المجلس، ثم ان مورد هذه القاعدة انما هو ما بعد القبض.

و أما قبل القبض فلا اشكال و لا خلاف فى كونه من البائع من غير التفات الى الخيار فلا يشمل هذه القاعدة خيار التأخير. و أما عموم

الحكم للثمن و المثلثن، (٢) بأن يكون تلف الثمن في مدة خيار البائع المختص به من مال المشتري فهو غير بعيد

و فيه: ان كلمة حتى قلما يتفق استعمالها في العلية، و معناها غالباً هي الغاية، و هي ظاهرة فيها في الخبر، فلا يستفاد العموم من الخبر. و بعبارة اخرى: لا سبيل الى احراز ان ما ذكر هو تمام العلة بحيث يتعدى عن مورد النصوص الى غيره. و أما ما اورده المصنف (رحمه الله) عليه بعد الاعتراف بانه المناط: بان الظاهر منه بقريته حتى الظاهرة في الاستمرار من حال العقد الى حين انقضاء الخيار الاختصاص. (١) بما إذا كان التزلزل من اول الامر و هذا مختص بالخيارات الثلاثة إذ في الخيارات الاخر غير الثلاثة يحدث التزلزل بعد ان كان العقد لازماً.

فيرده: انه في خيارى الغبن و العيب يحدث التزلزل من حين العقد لا من بعد الظهور، مع ان كلمة حتى و ان كانت ظاهرة في الاستمرار الا ان كون المبدأ من حين العقد أو غيره، فلا دلالة للفظه حتى عليه جزماً.

اختصاص هذا الحكم بالمبيع الشخصي

(٢) الثانى: هل تختص هذه القاعدة بالمبيع ام تعم الثمن؟ وجهان:

وجه الأول: اختصاص الاخبار بالمبيع.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٣٥

نظرا الى المناط الذى استفدناه، (١) و يشمله ظاهر عبارة الدروس المتقدمة،

مضافا إلى استصحاب ضمان المشتري له الثابت قبل القبض، (٢) 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، فالاصل بقاؤها بعد القبض في مدة الخيار.

نعم يبقى هنا ان هذا مقتضى لكون تلف الثمن في مدة خيار البيع الخيارى من المشتري فينفسخ البيع، و يرد المبيع الى البائع، و التزام عدم الجريان من حيث ان الخيار في ذلك البيع، انما يحدث بعد رد الثمن أو مثله، فتلف الثمن في مدة الخيار انما يتحقق بعد رده قبل الفسخ لا- قبله مدفوع بما اشرنا إليه سابقاً من منع ذلك، مع ان المناط في ضمان غير ذى الخيار لما انتقل عنه الى ذى الخيار تزلزل البيع المتحقق و لو بالخيار المنفصل كما اشرنا سابقاً، فالاولى الالتزام بجريان هذه القاعدة إذا كان الثمن شخصياً، (٣) بحيث يكون تلفه قبل قبضه موجبا لانفساخ البيع، فيكون كذلك بعد القبض مع خيار البائع، و لو منفصلاً عن العقد

وجه الثانى: امران:

(١) احدهما: عموم المناط و ان الملاك تلف الملك المتزلزل و لو كان ثمننا و فيه: - مضافا الى ما تقدم من عدم كونه علة- انه لو سلم ذلك فالعلة هي صيرورة المبيع ملكاً مستقراً للمشتري كما في الخبر لا صيرورة البيع لازماً، و الفرق واضح.

(٢) ثانيهما: استصحاب ضمان المشتري الثابت قبل قبضه و قد تقدم عدم جريانه، فالأظهر هو الاختصاص.

(٣) الثالث: ان القاعدة هل تختص بالمبيع الشخصي أو مع الثمن الشخصي ام تعم الكلى منهما بعد التطبيق على الفرد.

وجه الأول: امران:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٣٦

و أما إذا كان الثمن كليا، فحاله حال المبيع إذا كان كليا، كما إذا اشترى طعاما كليا بشرط الخيار له الى مدة، فقبض 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 الى الفرد صيرورة الكلي كغير المقبوض. و هذا مما لا يدل عليه الاخبار، (١) المتقدمة، فتأمل.

ثم ان ظاهر كلام الاصحاب، و صريح جماعة، منهم كالمحقق و الشهيد الثانيين ان المراد بضمان من لا خيار له. لما انتقل الى غيره، هو بقاء الضمان الثابت قبل قبضه (٢) و انفساخ العقد آنا ما قبل التلف

احدهما ظهور النصوص بقرينة ما فيها من استناد التلف و الهلاكه و ما شابههما في الشخصى، فان الكلي إذا كان مبيعا أو ثمنا لا تلف له و لا هلاكه، و الفرد ليس مبيعا.

(١) ثانيهما: ان مقتضى ضمان المبيع في مدة الخيار على من لا خيار له بقائه على ما كان عليه قبل القبض، و دخول الفرد في ملك المشتري لا يستلزم انفساخ العقد، بل معنى الضمان بالنسبة الى الفرد صيرورة الكلي كغير المقبوض، و هذا مما لا تدل عليه الاخبار. و لكن يمكن ان يقال: ان المبيع إذا كان كليا و طبق على الفرد يصير البيع مستقرا عليه، فيكون هو المبيع بالحمل الشائع، و يكون للمبيع حينئذ التلف و الهلاكه، و معنى ضمانه حينئذ انفساخ المعاملة لا صيرورة الكلي كغير المقبوض بحيث يعود الثمن كليا، فان عوده كذلك بعد التشخص كما ترى، فالأظهر هو التعميم.

المستفاد من النصوص كون هذا الضمان ضمان المعاوضة

(٢) الرابع: ان الضمان المستفاد من هذه النصوص هل هو ضمان المعاوضة و انفساخ العقد قبل التلف آنا ما كما هو المشهور، ام هو ضمان الغرامة و الرجوع على البائع بقيمته

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٣٧

و هو الظاهر ايضا من قول الشهيد قدس سره في الدروس، و بالقبض ينتقل الضمان الى القابض ما لم يكن له خيار حيث ان مفهومه انه مع خيار القابض لا ينتقل الضمان إليه به بل يبقى على ناقله الثابت قبل القبض.

و بدله على تقدير عدم الفسخ كما عن الشهيدين و العلامة؟ قولان.

و أما سائر الوجوه المحتملة في المتن و غيرها فلم نجد قائلًا بشيء منها.

و تنقيح القول فيه بالبحث في مقامين:

الأول: فيما استفاد من ظواهر النصوص.

الثاني: في الحكم بلحاظ القواعد الخارجية الشرعية.

اما الأول: فظاهر قوله (عليه السلام) في صحيح ابن سنان: و ان كان بينهما شرط اياما معدودة فهلك في يد المشتري فهو من مال البائع. «١» هو الانفساخ، إذ كلمة من اما نشوية أو تبعيضية أو للابتداء، و على جميع التقادير ظاهرة في ذلك.

اما على الأول: فلأن نشوء الهلاكه من مال البائع و عروضها عليه عبارة اخرى عن صيرورته ملكا له قبلها، و حيث انه لا يصير ملكا له

مجانا بل بالعوض، فيعود الثمن ايضا الى المشتري.

و أما على الثانى: فلأن ظاهره حينئذ كون المبيع الهالك مال البائع، و حيث لا يعقل ذلك فيقدر ملكه له قبل التلف آنا ما.
و أما على الثالث: فلأن الضمير حينئذ و ان كان يرجع الى المبدأ المستفاد من قوله فهلك نظير (اعدلوا هو اقرب للتقوى) الا ان ظاهر كون هلاكة المبيع من مال البائع كونه ملكا له قبل التلف، إذ فرق بين كون التلف من البائع و كونه على البائع، و ظاهر الأول ما ذكرناه.

و قد استدلل للقول الثانى: بقوله على البائع فى جواب السائل على من ضمان ذلك،
بدعوى ظهور ضمان المال التالف فى الغرامة و الخسارة لمال الغير، فان الانسان لا يكون

(١) الوسائل - باب ٨ - من ابواب الخيار حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٣٨

و قد عرفت ان معنى الضمان قبل القبض هو تقدير انفساخ العقد و تلفه فى ملك ناقله، بل هو ظاهر القاعدة و هى ان التلف فى مدة الخيار ممن لا خيار له، فإن معنى تلفه منه تلفه مملوكا له، مع ان ظاهر الاخبار المتقدمة الدالة على ضمان البائع للمبيع فى مدة خيار المشتري بضميمة قاعدة عدم ضمان الشخص لما يتلف فى ملك مالكة، (١) و قاعدة التلازم بين الضمان و الخراج، (٢) فإننا إذا قدرنا المبيع فى ملك البائع آنا ما لم يلزم مخالفه شىء من القاعدتين.

ضامنا لمال نفسه،

هذا مضافا الى التعبير بلفظ على فان تلف مال كل احد منه خسارة منه لا عليه.

و بالجمع بين التلف و الحدث فى جملة من النصوص مع انه لا- انفساخ فى الحدث- كما سيأتى- فالضمان المنسوب اليهما بمعنى واحد و هو الغرامة.

و لكن يرد على الأول: ان السؤال عن ضمان ما تلف فى ملك المشتري بانه هل تكون خسارته على البائع أو المشتري مما لا يتصور له وجه معقول، إذ لا يتوهم عاقل كون المشتري غارما لما تلف فى ملكه، فلا محالة يكون المسئول عنه اما ضمان المعاوضة أو الجامع، و على التقديرين لا يعارض مع الظهور المتقدم.

و به يظهر الجواب عن التعديء بحرف الاستعلاء، و كذا عن الجمع بين التلف و الحدث.

و أما المقام الثانى: فالقول بالانفساخ مخالف لقاعدة اصالة بقاء العقد المستفاد من.

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و غيره.

و أما القول بالغرامة فهو مخالف لأصالة البراءة عن وجوب تدارك التالف فى ملك صاحبه، فكل منهما مخالف لقاعدة لا أولوية لأحد القولين من الآخر من هذه الجهة.

و قد يقال كما فى المتن: بان القول بالغرامة مخالف لقاعدتين:

(١) احداهما: ما اشرنا إليه.

(٢) ثانيتهما: قاعدة الخراج بالضمان الدالة على ان المنافع لمن يكون ضامنا للمال فانه على هذا البائع ضامن له و المنافع للمشتري.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٣٩

و الحاصل ان ارادة ما ذكرنا من الضمان مما لا ينبغى الريب فيها، و مع ذلك كله فظاهر عبارة الدروس فى الفرع السادس من فروع خيار الشرط يوهم، بل يدل على عدم الانفساخ، (١) قال (قدس سره) لو تلف المبيع قبل قبض المشتري بطل البيع و الخيار و بعده لا

يبطل الخيار و ان 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 البديل في صورة ضمانه، و لو اوجبه 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 الى التأمل من وجوه، (٢) و قد يظهر ذلك من اطلاق عبارة التذكرة،

و يرد عليه: ان قاعدة الخراج بالضمان بهذا المعنى لا أساس لها، و قد تقدم الكلام فيها في المقبوض بالعقد بالفساد، و سيأتي في مسألة التلف قبل القبض، و المخالفة للقاعدة الاولى و ان لزمنا الا ان القول بالانفساخ ايضا مخالف لقاعدة اخرى كما عرفت.

و قد يقال: بان القول بالانفساخ مخالف لقواعد اربع، و سيأتي في مسألة التلف قبل القبض توجيهه و ما يرد عليه فانتظر، كما سيأتي في تلك المسألة ان الانفساخ انما يكون من حين العقد و يكون حقيقيا لا حكيميا، و جميع ما ذكره في تلك المسألة جار هنا.

(١) قوله فظاهر عبارة الدروس ... يوهم بل يدل على عدم الانفساخ صدر العبارة و هو قوله و بعده لا يبطل صريح في عدم الانفساخ و لكن ذيلها و هو قوله و في انسحابه فيما لو تلف بيده في خياره نظر دال على انه متأمل في الحكم بالانفساخ و لهذه العبارة لا يجوز نسبة البطلان الى الشهيد.

(٢) قوله و العبارة محتاجة الى التأمل من وجوه الأول: من الوجوه قوله و بعده لا يبطل الخيار، فان ظاهره ان القبض يرفع الضمان المعاوضي: فانه ينافي ما افاده في موضع آخر، و بالقبض ينتقل الضمان، الا ان يكون خيار إذ ظاهره: ان الضمان المعاوضي باق بعد القبض

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٦، ص: ٤٤٠

قال: لو تلف المبيع بأفة سماوية في زمن الخيار، فإن كان قبل القبض انفسخ البيع قطعا، و ان كان بعده لم يبطل خيار المشتري و لا البائع، و يجب القيمة على ما تقدم. ثم حكى عن الشافعية وجهين في الانفساخ بعد القبض و عدمه، بناء على الملك بالعقد، و يمكن حمله على الخيار المشترك، كما ان قوله في القواعد لا يسقط الخيار بتلف العين محمول على غير صورة ضمان البائع للمبيع، لما عرفت من تعيين الانفساخ فيها، و ربما يحتمل ان معنى قولهم ان التلف ممن لا خيار له، ان عليه ذلك إذا فسخ صاحبه لا انه ينفسخ كما في التلف قبل القبض. و أما حيث يوجب المشتري فيحتمل انه يتخير بين الرجوع على البائع بالمثل أو القيمة، و بين الرجوع بالثمن و يحتمل تعيين الرجوع بالثمن. و يحتمل ان لا يرجع بشيء فيكون معنى له الخيار ان له الفسخ، (١)

الثاني: قوله فلو فسخ الخ: إذ لو فسخ البائع ذو الخيار، لا وجه لضمانه كى يقيد الرجوع بالبدل، بصورة عدم ضمانه: لان ضمانه لا يكون الا مع اختصاص الخيار بالمشتري الثالث: قوله و لو فسخ المشتري الخ: إذ مع فرض كون الخيار للمشتري يكون الضمان على البائع، لقاعدة كل مبيع تلف في زمان الخيار، فهو ممن لا خيار له و لا يتصور ضمان المشتري الا ان يقال ان نظر الشهيد الى صورة ثبوت الخيار المشترك،

و هناك مواضع اخر يظهر للمتأمل فيما قدمناه.

(١) قوله و أما حيث يوجب المشتري فيحتمل انه يتخير بين الرجوع الى آخره لا- وجه لهذه الاحتمالات، الا- الأخير منها بعد حمل القاعدة على صورة الفسخ: فان عدم الضمان، قد مر أنه على وفق القاعدة و انما المخرج هو القاعدة فإذا اختصت بصورة الفسخ تبقى صورة الامضاء باقية تحت ما تقتضيه القواعد الاولى.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٦، ص: ٤٤١

ثم الظاهر ان حكم تلف البعض حكم تلف الكل، (١) وكذا حكم تلف الوصف الراجع الى وصف الصحة بلا خلاف على الظاهر، لقوله في الصحيحة السابقة أو يحدث فيه حدث، فإن المراد بالحدث اعم من فوات الجزء و الوصف، (٢) هذا كله إذا تلف بأفة سماوية. و منها حكم الشارع عليه بالاتلاف. و أما إذا كان باتلاف ذى الخيار سقط به خياره و لزم العقد من جهته، (٣) و ان كان باتلاف غير ذى الخيار (٤) لم يبطل خيار صاحبه فيتخير بين امضاء العقد و الرجوع بالقيمة و الفسخ و الرجوع بالثمن.

(١) الخامس: انه لو كان التالف هو الجزء انفسخ العقد بالنسبة إليه و لو كان هو الوصف الراجع الى وصف الصحة، فهل تشمله القاعدة لقوله (عليه السلام) فى الصحيح المتقدم أو يحدث فيه حدث.
(٢) فان المراد بالحدث اعم من فوات الجزء و الوصف كما فى المتن ام لا يشمله كما هو الظاهر من التبصرة قال: و العيب الحادث من غير تفريطه لا يمنع الرد بالسابق؟ وجهان، و على فرض الشمول يشكل الأمر فى معناه إذ لا يعقل الانفساخ بالاضافة إليه لفرض عدم مقابلته بالثمن، و قد اشبعنا الكلام فى ذلك فى خيار العيب و ذكرنا ما افاده المصنف فى المقام و نقده، فراجع

حكم اتلاف المبيع فى زمان الخيار

السادس: إذا كان تلف المبيع بالاتلاف لا بأفة سماوية فهذه النصوص لا تشمله لانصرافها الى التلف السماوى.
و أما حكمه فملخص القول فيه: ان الاتلاف تارة: يكون ممن له الخيار، و اخرى: يكون ممن عليه الخيار، و ثالثة: يكون من الأجنبى.
(٣) فان كان الاتلاف من ذى الخيار فقد حكم المصنف (رحمه الله) بكونه مسقطا لخياره و هو كذلك فى خيار الحيوان و فى خيار الشرط لو قصد به الاجازة و الامضاء، و الا فالأظهر بقاءه، و قد مر وجهه.
(٤) و ان كان الاتلاف ممن عليه الخيار، فان اجاز من له الخيار العقد و لم يفسخه منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٤٢
...

غرم المتلف للمشتري ما اتلفه و لو فسخ يأخذ الثمن، و لا يخفى وجهه،
و لو كان الاتلاف من الأجنبى لا تنفسخ المعاملة و لا يسقط الخيار، فلو امضاها لا كلام، و ان فسخ رجع المشتري الى البائع فيأخذ ثمنه، و بالنسبة الى البائع وجوه:
احدها: انه يرجع بالقيمة الى المتلف.
ثانيها: انه يرجع الى صاحبه.
ثالثها: انه يتخير بينهما.
استدل للأول بوجهين:
الأول: ان البدل فى ذمة المتلف قائم مقام العين، فيسترده بالفسخ بعد عدم امكان استرداد العين.
وفيه: ان ما فى ذمة المتلف قبل الفسخ انما هو الحصاة الخاصة من الكلى المتقومة بطرفيها من ذمة المتلف لمالكة حين التلف، فان

اشتغلت ذمته لغيره فهو غير ما كان.

الثاني: ما حصله: ان العين التالفه ملك للمالك السابق بعد الفسخ، و هي في عهده المتلف، فتكون كما لو كانت موجودة عنده، فلا بد من الرجوع إليه.

و اورد عليه: بان الفسخ و ان اوجب اعتبار كون العين ملكا للناقل الا انها موصوفه باشتغال ذمه متلفها ببدلها، و تلفها بهذا الوصف يكون على المالك المنقوله إليه لا على المتلف، فيتعين ان يكون الضامن للفاسخ هو المفسوخ عليه.

و المصنف (رحمه الله) قد ذكر في وجه الثاني ما يكون دليلا له، و مع ذلك هو ايراد على الوجهين اللذين ذكرهما للوجه الأول، و سيأتي عند شرح كلماته بيان ذلك، و ستعرف ان مراده الإيرادان المتقدمان فانتظر.

و الأظهر هو التخيير، فان العين بالتلف تثبت في عهده المتلف، و مقتضى الفسخ رجوع العين الى الفاسخ، و حيث انها في عهده الأجنبي فيرجع إليه، و لكن لا يتعين ذلك،

بل له ان يرجع الى المفسوخ عليه، لأن المال كان في عهده قبل وضع الأجنبي يده عليه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٤٣

و ان كان باتلاف اجنبي (١) تخير ايضا بين الامضاء و الفسخ، و هل يرجع حينئذ بالقيمة الى المتلف، أو الى صاحبه، أو يتخير وجوه، من ان البدل القائم مقام العين في ذمه المتلف، فيسترده بالفسخ و لأن الفسخ موجب لرجوع العين قبل تلفها في ملك الفاسخ، أو لا اعتبارها عند الفسخ ملكا تالفا للفاسخ بناء على الوجهين في اعتبار يوم التلف أو يوم الفسخ، و على التقديرين فهي في ضمان المتلف، كما لو كانت العين في يد الاجنبي، و من انه إذا دخل الثمن في ملك من تلف المثلن في ملكه خرج عن ملكه بدل المثلن و صار في ذمته، لأن ضمان المتلف محله الذمه لا الأمور الخارجيه، و ما في ذمه المتلف إنما تشخص مالا للمالك و كونه بدلا عن العين انما هو بالنسبة الى التلف من حيث وجوب دفعه الى المالك (٢) كالعين لو وجدت، لا انه بدل خارج يترتب عليه جميع احكام العين حتى بالنسبة الى غير التلف. فهذا البدل نظير بدل العين لو باعها المشتري، ففسخ البائع، فإنه لا يتعين للدفع الى الفاسخ. و أما الفسخ فهو موجب لرجوع العين قبل تلفها، (٣) مضمونه، لمالكها على متلفها بالقيمة في 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 اتلاف الاجنبي ايضا سبب للضمان، فيتخير في الرجوع. و هذا اضعف الوجوه. (٤)

(١) قوله و ان كان باتلاف اجنبي عبارته في ذيل هذا العنوان لا تنطبق على ما هو ما لو كان الخيار للمشتري و اتلف المبيع اجنبي إذ الفاسخ هو المشتري و المفسوخ عليه و هو البائع و التالف هو المبيع و للمشتري الرجوع الى البائع بالثمن فقط كما تقدم نعم- يتم ما افاده من الوجوه- مع تبديل الفاسخ بالمفسوخ عليه في المورد و المفسوخ عليه بالفاسخ في مورد واحد فلاحظ و تدبر.

(٢) قوله و كونه بدلا انما هو بالنسبة الى التلف من حيث وجوب دفعه هذا اشارة الى ما ذكرناه من الجواب عن الوجه الاول للرجوع الى المتلف.

(٣) قوله و أما الفسخ فهو موجب لرجوع العين قبل تلفها هذا اشارة الى ما ذكرناه من الجواب عن الوجه الثاني له.

(٤) قوله و هذا اضعف الوجوه قد عرفت انه الاقوى

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٤٤

مسألة و من احكام الخيار ما ذكره في التذكرة، فقال: يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشتري تسليم الثمن، في زمان الخيار،

و لو تبرع احدهما بالتسليم، لم يبطل خياره و لا يجبر الآخر على تسليم ما عنده و له استرداد المدفوع قضية للخيار. (١)

وقال بعض الشافعية ليس له استرداده و له اخذ ما عند صاحبه بدون رضاه كما لو كان التسليم بعد لزوم البيع، انتهى. و يظهر منه ان الخلاف بين المسلمين انما هو بعد اختيار احدهما التسليم. و أما التسليم ابتداء فلا يجب من ذى الخيار اجماعا، (٢) ثم انه ان اريد عدم وجوب التسليم على ذى الخيار من جهة ان له الفسخ، فلا يتعين عليه التسليم، فمرجه الى وجوب احد الامرين عليه. و الظاهر انه غير مراد و ان اريد 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 اموالهم. (٣) و بالجملة فلم اجد لهذا الحكم وجها معتمدا، و لم اجد من عنونه و تعرض لوجهه.

حكم تسليم العوضين فى زمان الخيار

(١) المشهور بين الاصحاب انه لا يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشتري تسليم الثمن فى زمان الخيار حتى لو سلم احدهما لا يجبر الآخر على تسليم ما عنده، و له استرداد المدفوع و عن غير واحد دعوى الاجماع عليه، (٢) و المصنف بعد استظهاره نقل الاجماع على هذا الحكم استشكل فيه: بانه، ان كان المراد عدم تعين التسليم بل هو مخير بينه و بين الفسخ، فمتين، الا انه غير مراد، و ان اريد انه مع بقاء العقد لا يجب التسليم، (٣) فغير تام إذ لا مخصص لعموم سلطنة الناس على اموالهم، الدال على وجوبه و اورد عليه المحقق النائنى (رحمه الله) بان العقد لو كان خياريا فهو بجميع مداليه المطابقة منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٤٥

مسألة قال فى القواعد لا يبطل الخيار بتلف العين، (١)

و هذا الكلام ليس على اطلاقه كما اعترف به فى جامع المقاصد، فإن من جملة افراد الخيار خيار التأخير بل مطلق الخيار قبل القبض، أو الخيار المختص بعده. (٢) و من المعلوم ان تلف العين حينئذ موجب لانفساخ العقد، فلا يبقى خيار، فيكون المراد التلف مع بقاء العقد على حاله لا يوجب سقوط الخيار. و بعبارة اخرى 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 ان العقد بعد التلف قابل للفسخ، و لذا يشرع الاقالة حينئذ اتفقا، فلا مزيل لهذا الملك بعد التلف و لا مقيد له بصورة البقاء.

و الالتزامية تحت يد ذى الخيار فلا- يجب عليه التسليم كما لا- يجب عليه الوفاء باصل العقد و فيه: اولا انه، لو تم لاختصاص، بالخيار المجعول للمتبايعين، و أما فى الخيار المجعول الشرعى، فلا يجرى فانه ليس هناك التزام بكون العقد بجميع مداليه تحت يد ذى الخيار، و غاية مدلول دليله كون رفع العقد و بقاءه بيده، و لكن على فرض البقاء، هل يجب التسليم ام لا فلا بد من الرجوع الى ما يقتضيه القاعدة، و هو الوجوب و ثانيا: انه لا يتم فى الخيار المجعول للمتبايعين ايضا: فان وجوب التسليم اثر الملك، لا اللزوم، و من يجعل الخيار لنفسه يجعل العقد متزلزلا، و لا نظر له الى شىء آخر، كى يكون من قبيل شرط عدم تعين التسليم، فالأظهر وجوبه على تقدير بقاء العقد. بقاء الخيار مع تلف العين

(١) قوله قال في القواعد لا يبطل الخيار بتلف العين تنقيح الكلام بالبحث في موارد.
الاول ان مرادهم بما ذكروه: ان التلف لا يكون ملزما للعقد و هذا على اطلاقه صحيح،
(٢) و لا يرد عليهم النقض بالخيار قبل القبض و في الخيار المختص بعده بدعوى
منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٤٦

اللهم إلا- ان يعلم من الخارج ان شرع الخيار لدفع ضرر الصبر على نفس العين، فينتفى هذا الضرر بتلف العين. كما في العيب، فإن
تخيره بين الرد و الارش لأن الصبر على العيب ضرر و لو مع اخذ الارش، فتداركه الشارع بملك الفسخ و الرد،
فإذا تلف انتفى حكمه الخيار، أو يقال انه إذا كان دليل الخيار معنونا بجواز الرد لا بالخيار اختص ثبوت الخيار بصورة تحقق الرد
المتوقف على بقاء العين. هذا مع قيام الدليل على سقوط الخيار بتلف المعيب و المدلس فيه فلا يرد عدم اطراد تلك الحكمة.
نعم هنا موارد تأملوا في ثبوت الخيار مع التلف، (١) أو يظهر منهم العدم، كما تردد العلامة قدس سره في باب المراجعة فيما لو ظهر
كذب البائع مراجعة في اخباره برأس المال، بعد تلف المتاع، بل عن المبسوط و بعض آخر الجزم بالعدم، نظرا الى ان الرد انما يتحقق
مع بقاء العين. و فيه اشارة الى ما ذكرنا، من ان الثابت هو جواز الرد،
فيختص الفسخ بصورة تحققه لكن قوى في المسالك و جامع المقاصد ثبوت الخيار لوجود المقتضى و عدم المانع، و كما تردد
المحقق الثاني في سقوط خيار الغبن، بتلف المغبون فيه.

ان التلف يوجب انفساخ العقد و بتبعه يرتفع موضوع الخيار كما لا يرد النقض بخيار التأخير. فالكلام بما له من المراد على اطلاقه.
(١) الثاني: انه لو شك في ان الخيار هل يرتفع بالتلف ام يكون باقيا و لم يدل الدليل على احد الطرفين، فهل الاصل بقاءه، ام لا،
ربما يقال بان مقتضى الاستصحاب بقاءه و لكن الظاهر عدم جريان هذا الاصل و ذلك لوجوه،
احدها عدم جريان الاستصحاب في الاحكام،
ثانيها: ان بقاء الموضوع مشكوك فيه فان الموضوع يمكن ان يكون هو العقد، و هو باق و يمكن ان يكون هو العين و هي تالفة و مع
الشك لا يجرى الاستصحاب،

نعم لو احرز انه متعلق بالعقد و شك في بقاءه من جهة اخرى يجرى الاستصحاب من هذه الجهة و لا محذور فيه من هذه الناحية
منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٤٧

و ظاهر تعليل العلامة في التذكرة عدم الخيار، مع نقل المغبون العين عن ملكه بعدم امكان الاستدراك حينئذ هو عدم الخيار مع
التلف، و الاقوى بقاءه، لأن العمدة فيه نفى الضرر الذي لا يفرق فيه بين بقاء العين و عدمه، (١) مضافا الى اطلاق قوله (عليه السلام) و
هم بالخيار إذا دخلوا السوق، مع انه لو استند الى الاجماع امكن التمسك بالاستصحاب، الا ان 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 ارادتهما التسلط على مجرد الرد،

المتوقف على بقاء العين، فإن الفسخ و ان لم يتوقف على بقاء العين، إلا- انه إذا فرض الغرض من الخيار الرد أو الاسترداد، فلا يبعد
اختصاصه بصورة البقاء و التمكن من الرد، و الاسترداد. (٢) و ان كان حكمه في خيارى المجلس و الحيوان، الا ان الحكم اعم موردا
من الحكمة إذا كان الدليل يقتضى العموم

ثالثها: ان المورد مورد للتمسك بعموم أو فوا بالعقود، لا باستصحاب حكم الخاص.

(١) الثالث: ان الخيار الثابت بحديث لا ضرر لو قلنا به، هل يكون باقيا بعد التلف ام لا ربما يقال بالثاني نظرا الى ان قاعدة نفى الضرر،

انما تنفى اللزوم و تثبت الجواز، و المتيقن من الجواز الثابت بها حق رد العين، فإذا امتنع ردها لا دليل على جواز فسخ العقد و فيه: ان حديث نفى الضرر ينفي اللزوم، فيثبت بديله و بدليل لزوم العقد جوازه و تراد العوضين غير مربوط بحديث نفى الضرر- فالحق هو الاول:

(٢) الرابع إذا كان الخيار ثابتا بعنوان الرد و الاسترداد فهل يرتفع بالتلف ربما يقال بذلك لعدم امكان الرد معه و لكن يرد عليه انه يمكن ان يكون المراد هو الرد و الاسترداد في الملك لا خارجا و هذا لا يتوقف على بقاء العين بل الظاهر منه ذلك.

الخامس: الخيار الذي، يجعله المتعاقدان، ان علم مقصودهما، فلا كلام، و ان قصد الخيار بما له من المعنى كان باقيا بعد التلف منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٤٨

بخلاف ما إذا كان اطلاق جعل المتعاقدين مقيدا على وجه التصريح به في الكلام، أو استظهاره منه بعدم تعلق الغرض. الا بالرد أو الاسترداد. و من هنا يمكن القول بعدم بقاء الخيار المشروط برد الثمن في 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 المشروع مطلقا، و لو عند التلف لكن لم اجد من التزم بذلك أو تعرض له. و من هنا يمكن ان يقال في هذا المقام و ان كان مخالفا للمشهور، بعدم ثبوت الخيار عند التلف، الا في موضع دل عليه الدليل، إذ لم يدل ادلة الخيار من الاخبار و الاجماع الا على التسلط على الرد أو الاسترداد، و ليس فيها التعرض للفسخ المتحقق مع التلف ايضا، و ارادة ملك الفسخ من الخيار غير متعينة في كلمات الشارع، لما عرفت في اول باب الخيارات من انه استعمال غالب في كلمات بعض المتأخرين. (١)

نعم لو دل الدليل الشرعى على ثبوت خيار الفسخ المطلق، الشامل لصورة التلف، أو جعل المتبايعان بينهما خيار الفسخ بهذا المعنى، ثبت مع التلف ايضا، و الله العالم.

السادس: ان الخيارات التي اخذ في لسان دليلها عنوان الخيار كقوله (عليه السلام) البيعان بالخيار ما لم يفترا «١» هل تكون باقية بعد التلف، ام لا ظاهر المصنف (رحمه الله)

(١) الثانى من جهة ان ارادة ملك فسخ العقد من لفظ الخيار انما تكون من المستحدثات و ليس فى الروايات من ذلك اثر فالمتيقن من النصوص جواز الرد و الاسترداد و هو انما يكون مع بقاء العين و فيه: ان الخيار انما يكون مقابل اللزوم كما يشهد له مضافا الى انه المتفاهم منه عرفا ما تضمن من النصوص ثبوت الخيار، الى ان يصير العقد لازما- و بالجملة- كون المراد من الخيار ملك فسخ العقد واضح و عليه فيكون باقيا بعد التلف لبقاء العقد، و احتمال كون الحق مأخوذا على وجه مخصوص و هو حق حل العقد المتعلق بالعوضين بشخصيهما يدفعه الاطلاق.

(١) الوسائل- باب ٣- من ابواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٤٩

مسألة لو فسخ ذو الخيار، فالعين فى يده مضمونة (١)

بلا خلاف على الظاهر، لأنها كانت مضمونة قبل الفسخ، إذ لم يسلمها ناقلها الا فى مقابل العوض، و الاصل بقاؤه (٢) إذ لم يتجدد ما يدل على رضا مالكة بكونه فى يد الفاسخ امانة، إذ الفسخ انما هو من قبله، و الغرض من التمسك بضمانها قبل الفسخ بيان عدم ما يقتضى كونها امانة مالكية أو شرعية، ليكون غير مضمونة برضا المالك، أو بجعل الشارع و اذن الشارع فى الفسخ لا يستلزم رفع الضمان عن اليد كما فى القبض بالسوم، و مرجع ذلك الى عموم على اليد ما اخذت، (٣) أو الى انها قبضت مضمونة، فإذا بطل

ضمانه بالثمن المسمى تعين ضمانه بالعوض الواقعي، اعنى المثل أو القيمة، كما فى البيع الفاسد، هذا، و لكن المسألة لا تخلو عن اشكال. و أما العين فى يد المفسوخ عليه، ففى ضمانها أو كونها امانة اشكال مما فى التذكرة من انه قبضها قبض ضمان، فلا- يزول الا- بالرد الى مالکها، و من ان الفسخ لما كان من قبل الآخر فتركه العين فى يد صاحبه مشعر بالرضا به المقتضى للاستئمان، و ضعفه فى جامع المقاصد، بأن مجرد هذا لا يسقط الأمر الثابت و الله العالم، هذا بعض الكلام فى الخيارات و أحكامها و الباقي محول إلى الناظر الخبير بكلمات الفقهاء و الحمد لله صلى الله على محمد و آله.

كون العين مضمونة بعد الفسخ

(١) قوله لو فسخ ذو الخيار فالعين فى يده مضمونة قد استدلت للضمان بوجهين.

(٢) الاول: انها كانت مضمونة قبل الفسخ و الاصل بقائه و فيه: ان المعلوم سابقا هو الضمان المعاوضى و ما يراد اثباته هو ضمان

الغرامة فلا يجرى الاصل و استصحاب الجامع بينهما من قبيل الاستصحاب فى القسم الثالث من اقسام الكلى و لا يجرى.

(٣) الثانى: عموم على اليد فانه يقتضى ضمان كل ما هو تحت يد غير مالکه خرج عنه اليد الامانية، و فى المقام ليست يد الفاسخ

امانية و فيه: ان ذلك يتم فى المقدار الزائد عما يقتضيه ضرورة الايصال- و أما فى ذلك المقدار، فهو مأذون من الشارع فى امساكه

بل و من قبل مالکه للقطع برضاه بحفظه و امساكه فيده امانة فالظاهر عدم الضمان،

و بما ذكرنا يظهر الحال فيما بيد المفسوخ عليه.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٥٠

القول فى النقد و النسيئة.

إشارة

قال فى التذكرة ينقسم البيع باعتبار التأخير و التقديم فى احد العوضين إلى أربعة أقسام: بيع الحاضر بالحاضر و هو النقد. و بيع المؤجل

بالمؤجل و هو بيع الكالى بالكالى. و بيع الحاضر بالثمن المؤجل و هى النسيئة. و بيع المؤجل بالحاضر و هو السلم و المراد بالحاضر

اعم من الكلى و بالمؤجل خصوص الكلى. (١)

النقد و النسيئة

طفحت كلماتهم بما افاده العلامة فى التذكرة من انقسام البيع باعتبار التأخير و التقديم الى اربعة اقسام، و منها بيع الحاضر بالثمن

المؤجل و هى النسيئة، و فى المتن.

(١) و المراد بالحاضر اعم من الكلى و بالمؤجل خصوص الكلى و لكن الظاهر ان المؤجل ليس عبارة عن تعليق التمليك على مضى

الاجل، إذ لا تعليق فى البيع اجماعا، و لاعن تعليق المملوك و الثمن عليه: إذ الاعيان لا تتقدر بالزمان،

بل المراد شرط تأخير الأداء الى رأس المدة المعلومه.

فما عن المحقق الخراسانى (رحمه الله) من انه من قبيل الثانى، ضعيف.

و على ما ذكرناه لا اختصاص للمؤجل بالكلى، بل يتصور ذلك فى العين الشخصية،

فيشترط ان تكون العين الى مدة كذا فى يد المشتري امانة أو عارية.

و به يظهر ما فى كلام المصنف (رحمه الله)

اطلاق العقد يقتضى النقد

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٥١

مسألة اطلاق العقد يقتضى النقد، (١)

و علله فى التذكرة بأن قضية العقد انتقال كل من العوضين الى الآخر، فيجب الخروج عن العهدة متى طوّل صاحبها (٢) فيكون المراد من النقد عدم حق للمشتري فى تأخير الثمن، و المراد المطالبة مع الاستحقاق، بأن يكون قد بذل المثلثن أو مكن منه على الخلاف الآتى فى زمان وجوب تسليم الثمن على المشتري، و يدل على الحكم المذكور ايضا الموثق فى 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 تأكيد المقتضى الاطلاق (٣) على المشهور، بناء على ما هو الظاهر عرفا من هذا الشرط من ارادة عدم المماطلة و التأخير، عن زمان المطالبة لا ان يعجل بدفعه من دون مطالبة إذ لا يكون تأكيدا حينئذ لكنه خلاف متفاهم ذلك الشرط الذى هو محط نظر المشهور، مع ان مرجع عدم المطالبة فى زمان استحقاقها الى القاء هذا الحق المشتري فى هذا المقدار من الزمان.

و كيف كان فاستقصاء القول فى هذه المسألة بيان امور.

(١) الاول ما افاده المصنف من ان اطلاق العقد يقتضى النقد واضح لا ريب فيه.

(٢) و على ضوء ما ذكرناه فى معنى التأجيل اتضح ان ما افاده (رحمه الله) فى بيان المراد من النقد متين: فان لزوم الأداء بعد العقد، انما يكون بمقتضى ما دل على تسلط الناس على اموالهم، «١» فمع عدم اشتراط التأجيل و مطالبة المالك يجب رده إليه. و يمكن ان يقال: ان لزوم التسليم مما يقتضيه الشرط الضمنى ايضا.

و يشهد بالحكم - مضافا الى ذلك - موثق عمار بن موسى عن ابي عبد الله (عليه السلام) فى رجل اشترى من رجل جارية بثمن مسمى ثم افترقا فقال (عليه السلام): وجب البيع و الثمن إذا لم يكونا شرطا فهو نقد «٢».

(٣) قوله فلو اشترطت تعجيل الثمن كان تأكيد المقتضى الاطلاق.

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٣ الطبع الحديث و ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم.

(٢) الوسائل - باب ١ - من ابواب احكام العقود حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٥٢

و كيف كان، فذكر الشهيد (رحمه الله) فى الدروس ان فائدة الشرط ثبوت الخيار إذا عين زمان النقد، فاخل المشتري (١) به و قوى الشهيد الثانى ثبوت الخيار مع الاطلاق ايضا. يعنى عدم تعيين الزمان إذا اخل به فى اول وقته (٢)

و لكن اشتراط التعجيل يتصور على وجوه:

احدها: ان يشترط ثبوت حق التعجيل بنحو النتيجة و مثل هذا الشرط لا يكون نافذا، لأنه لم يثبت كونه من قبيل الحق الاعتبارى، و مع ذلك فهو ليس مؤكدا لمقتضى العقد لعين هذا الوجه.

ثانيها: ان يشترط التعجيل و الاسراع حتى مع عدم المطالبة، و هذا يكون تأكيدا لما يقتضيه العقد بمدلوله الالتزامى، و بما فى ضمنه من شرط الأداء، فان مقتضاه الأداء حتى مع عدم المطالبة خارجا.

فما فى المتن من انه لا يكون تأكيدا على هذا غير تام.

ثالثها: ان يشترط التعجيل مع المطالبة، و هو ايضا تأكيد لمقتضى العقد.

رابعها: ان يشترط عدم حق للمشتري فى التأخير.

و قد يقال: انه صحيح و مؤكد لمقتضى العقد، فانه لو شرط التأجيل كان مقتضاه حق التأخير، و مقتضى عدمه الذى هو معنى الاطلاق عدم حق له فى التأخير، فهذا الشرط مؤكد لمقتضى العقد.

وفيه: ان المشتري لا حق له فى التأخير لعدم العلة، فلا معنى لاشتراطه.

و كيف كان: فما هو المتعارف من شرط التعجيل مؤكد لمقتضى العقد، فما عن الجواهر من انكاره فى غير محله.

(١) و الشهيد (رحمه الله) قال فى الدروس ان فائدة الشرط ثبوت الخيار إذا عين زمان النقد فاخل المشتري به و ظاهر ذلك فى بادئ النظر اختصاص الخيار بما إذا عين زمان النقد فاخل المشتري به.

(٢) و عن الشهيد الثانى: ثبوت الخيار عند التخلف و ان اطلق التعجيل و لم يقيد

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٥٣

و هو حسن، (١) و لا يقدر فى الاطلاق عدم تعيين زمان التعجيل، لأن التعجيل المطلق معناه الدفع فى اول اوقات الامكان عرفا، و لا حاجة الى تقييد الخيار هنا بصورة عدم امكان الاجبار على التعجيل. (٢) لأن المقصود هنا ثبوت الخيار بعد فوات التعجيل، امكن اجباره به ام لم يمكن وجب أو لم يجب. فإن مسألة ان ثمره الشرط ثبوت الخيار مطلقا أو بعد تعذر اجباره على الوفاء. مسألة اخرى مضافا الى عدم جريانها فى مثل هذا الشرط

بزمان معين،

(١) و استحسنته المصنف (رحمه الله) لان التعجيل المطلق معناه الدفع فى اول اوقات الامكان عرفا.

ما افاده العلمان متين،

و لكن الظاهر ان الشهيد لم يرد من كلامه هذا اختصاص الخيار بما إذا عين زمان النقد،

بل مراده انه فى صورة الاطلاق بعد مضى اول اوقات الامكان العرفى يثبت الخيار بخلاف ما إذا عين زمان النقد، فانه بمضى هذا المقدار لا يثبت الخيار، بل يتوقف على مضى ذلك الزمان، مثلا لو وقع البيع فى اول الصباح و اشترط التعجيل بلا تعيين زمان لو اخر الأداء ساعة مثلا- يثبت الخيار، و أما لو اشترط التعجيل الى الغروب فقبل الغروب لا- خيار له، و انما يثبت الخيار لو اخر الأداء عن الغروب. ففائدة هذا الشرط التضييق فى زمان الخيار.

(٢) قوله و لا حاجة الى تقييد الخيار هنا بصورة عدم امكان الاجبار على التعجيل هذا ايراد على صاحب الجواهر (رحمه الله) حيث انه اورد على الفقهاء بانهم حكموا بالخيار من دون تقييد بعدم امكان الاجبار، مع انه لا بد من ذلك.

و محصل ما اورده المصنف (رحمه الله) عليه امران:

الأول: ان الخيار معلق على فوات التعجيل، لا نفسه، فالموضوع غير قابل للاجبار،

وبعبارة اخرى: ان الخيار لم يعلق على التعجيل الذى يمكن فيه الاجبار، بل علق على فواته غير الممكن فيه ذلك، و الظاهر ان هذا مراده لاما افاده السيد المحشى (رحمه الله)

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٥٤

اذ قبل زمان انقضاء زمان نقد الثمن لا يجوز الاجبار و بعده لا ينفع لأنه غير الزمان المشروط فيه الاداء (١)

مسألة يجوز اشتراط تأجيل الثمن مدة معينة (٢)

غير محتملة مفهوما و لا مصداقا للزيادة و النقصان الغير المسامح فيهما، فلو لم يعين كذلك بطل بلا خلاف ظاهرا للغرر، (٣) و لما دل في السلم الذى هو عكس المسألة على وجوب تعيين الاجل و عدم جواز السلم الى دياس أو حصاد، (٤) و لا فرق فى الأجل المعين بين الطويل و القصير.

من ان الكلام فى اصل ثبوت الخيار لا فى بيان جميع ما يعتبر فيه حتى يجب التعرض لهذه الجهة ايضا.

(١) الثانى: ان الاجبار قبل اول ازمته الامكان عرفا حيث لا حق للبائع لا يجوز بعد مضيه لا معنى للاجبار، فانه ليس اجبارا على التعجيل المشترط لفوات موضوعه،

و اول ازمته الامكان هو زمان الأداء، و هو غير قابل للاجبار.

و لكن يرد على الوجه الثانى: اولاً: النقص بالاجبار على الواجبات، فان لازم هذا البيان عدم امكانه، اما فى الواجبات المضيقه فلأنه قبل انقضاء زمانه لا يجوز الاجبار،

و بعده لا مورد له، و أما فى الموسعة فلأنه قبل ان يصير وقته مضيقا لا يجوز الاجبار، و بعده حكمها حكم المضيقه.

و ثانياً: بالحل، و هو انه يجوز الاجبار فى اول وقت الأداء، و لو قلنا بعدم توسعه وقته و فى آخر الوقت لو قلنا بتوسعته.

اشتراط تأجيل الثمن

الثانى: بعد ما لا كلام فى جواز اشتراط تأجيل الثمن فى الجملة فاعلم: انه.

(٢) يجوز اشتراط تأجيل الثمن مدة معينة غير محتملة للزيادة و النقصان بلا كلام.

(٣) كما لا كلام فى انه يبطل لو لم يعين ذلك بلا خلاف للغرر.

(٤) و أما الاستدلال له بما دل فى السلم على وجوب تعيين الاجل و عدم جواز السلم الى دياس أو حصاد، «١»

فغير صحيح، إذ بعد عدم العلم بالمناط يكون ذلك من قبيل القياس

(١) الوسائل - باب ٣ من ابواب السلف.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٥٥

و عن الاسكافى المنع من التأخير إلى ثلاث سنين. (١) و قد يستشهد له بالنهى عنه فى بعض الأخبار مثل رواية أحمد بن محمد، قلت

لأبى الحسن إنى أريد الخروج إلى بعض الجبال. إلى أن قال: إنا إذا بعناهم نسيئته كان أكثر للريح، فقال فبعهم بتأخير سنة قلت: بتأخير

سنتين قال: نعم، قلت: بتأخير ثلاث سنين قال: لا.

و المحكى عن قرب الاسناد عن البنظى، انه قال لأبى الحسن الرضا (عليه السلام) ان هذا الجبل قد فتح منه على الناس باب رزق،

فقال (عليه السلام) إذا اردت الخروج فاخرج فانها سنة مضطربة، و ليس للناس بد من معاشهم فلا تدع الطلب، فقلت: انهم قوم ملأ و

نحن نحتمل التأخير، فنباعهم بتأخير سنة، قال: بعهم، قلت: سنتين، قال: بعهم،

قلت: ثلاث سنين، قال: لا يكون لك شىء اكثر من ثلاث سنين.

و ظاهر الخبرين الارشاد لا التحريم فضلا عن الفساد، (٢) و هل يجوز الافراط فى التأخير (٣) إذا لم يصل الى حد يكون البيع معه

سفها و الشراء اكلا للمال بالباطل، فيه وجهان. قال فى الدروس لو تمادى الاجل الى ما لا يبقى إليه المتبايعان غالبا كألف سنة. ففى

الصحة نظر من حيث خروج الثمن عن الانتفاع به، و من الاجل المضبوط و حلوله بموت المشتري، و هو اقرب و ما قربه هو الاقرب،

لأن ما فى الذمة،

و لو كان مؤجلا بما ذكر مال يصح الانتفاع به في حياته بالمعاوضة عليه بغير البيع بل و بالبيع، كما اختاره في التذكرة.

- (١) و عن الاسكافي المنع من التأخير الى ثلاث سنين و استدل له بخبر احمد بن محمد «١» و خبر البنظلي «٢» المذكورين في المتن.
 (٢) و الجواب عنه ما افاده المصنف من ظهورهما في الارشاد لا التحريم فضلا عن البطلان.
 (٣) و هل يجوز الافراط في التأخير إذا لم يصل الى حد يكون البيع معه سفها؟ فيه وجهان.
 الظاهر ان التأجيل بمقدار لا يعد الثمن المؤجل مالا عند العقلاء لا إشكال في فساده

(١) الوسائل - باب ١ - من ابواب العقود حديث ١.

(٢) نفس المصدر حديث ٣.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٥٦

نعم يبقى الكلام في انه إذا فرض حلول الاجل شرعا بموت المشتري، كان اشتراط ما زاد على ما يحتمل بقاء المشتري إليه لغوا، بل مخالفا للمشروع، حيث ان الشارع اسقط الاجل بالموت، (١) و الاشتراط المذكور تصريح ببقائه بعده، فيكون فاسدا بل ربما كان مفسدا و إن أراد المقدار المحتمل للبقاء كان اشتراط مدة مجهولة، فافهم.

فانه من قبيل البيع بلا ثمن.

(١) و لا يصح: ان يقال ان الدين حيث يصير معجلا بالموت فأى زمان جعل اجلا و لو كان في نفسه لا يعتبره العقلاء مالا الا انه بعد هذا الحكم من الشارع تكون له المالية، و بهذا القيد يكون مالا،
 فان هذا الحكم مترتب على الدين المؤجل، فلا بد من ملاحظة الدين قبل هذا الحكم، و المفروض انه لا دين قبله لعدم المالية له،
 و في مقابل هذا القسم ما لو جعل المدة قصيرة جدا،
 انما الكلام فيما لو اجل الثمن الى ما لا يطمئن ببقاء المتعاقدين الى ذلك الحين، بل يطمئن بعدم البقاء كمائة سنة مثلا، و في هذا المورد لا إشكال في ذلك من حيث انه مال، و الاشكال انما هو من جهات اخرى:
 احداها: لزوم اللغو، فانه إذا فرض حلول الاجل شرعا بموت المشتري كان اشتراط ما زاد على ما يحتمل بقاء المشتري إليه لغوا.
 و فيه: ان مجرد اللغو لا يوجب البطلان.

ثانيها: لزوم الغرر من ذلك بعد ملاحظة حكم الشارع بحلول الاجل، فانه حينئذ لا يدري مدة تأجيل الثمن.

و فيه: ان الموضوع لما نهى عنه «١» هو الغرر العرفي، مع قطع النظر عن الحكم الشرعي، و في المقام مع قطع النظر عن الحكم الشرعي لا غرر هناك.

ثالثها: ان هذا الشرط مخالف للكتاب إذ الشارع اسقط الاجل بالموت، و الاشتراط المذكور تصريح ببقائه بعده، فيكون فاسدا.

و فيه: ان الشرط في نفسه ليس مخالفا للشرع، إذ الشارع حكم تعبدا بحلول

(١) الوسائل - باب ٤٠ - من ابواب آداب التجارة حديث ٣.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٥٧

ثم ان المعبر في تعيين المدة هل هو تعيينها في نفسها و ان لم يعرفها المتعاقدان فيجوز التأجيل الى انتقال الشمس الى بعض البروج كالنيروز، و المهرجان،

و نحوهما، ام لا بد من معرفة المتعاقدين بهما حين العقد، وجهان (١) اقواهما الثاني، تبعاً للدروس و جامع المقاصد لقاعدة نفى الغرر، (٢) و ربما احتتمل الاكتفاء في ذلك بكون هذه الآجال مضبوطة في نفسها كاوزان البلدان مع عدم معرفة المصداق حيث انه له شراء وزنة مثلاً بعيار بلد مخصوص، و ان 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، إذ المراد بالاجل الغير القابل للزيادة و النقيصة ما لا يكون قابلاً لهما حتى في نظر المتعاقدين لا في الواقع. و لذا اجمعوا على عدم جواز التأجيل الى موت فلان، مع انه مضبوط في نفسه و ضبطه عند غير المتعاقدين لا يجدى ايضاً، و ما ذكر من قياسه على جواز الشراء بعيار بلد مخصوص

الأجل بالموت بعد صحة هذا الدين، و الشرط ليس هو عدم حلول الأجل كى يخالف الكتاب، بل هو تأجيل الثمن الى مدة معينة، و حكم الشارع بالحلول انما هو في مرتبة متأخرة عن هذا الشرط، فانه لو صح الشرط و تحقق الدين ترتب عليه هذا الحكم، فلا- يعقل ان يكون منافياً له، و لو لا ذلك لما بقى لهذا الحكم موضوع، إذ الدين المؤجل لا بد و ان يكون شرط تأجيله في ضمن عقد من العقود، و المفروض بطلان شرط التأجيل الى مدة بعد الموت.

(١) و هل المعتبر في تعيين المدة تعيينها في نفسها و ان لم يعرفها المتعاقدان ام لا بد من معرفة المتعاقدين بها؟ وجهان. (٢) بعد ما عرفت من ان وجه بطلان شرط التأجيل الى مدة مجهولة انما هو لزوم الغرر، و عرفت سابقاً ان الغرر عبارة عما لا يؤمن خطره، تعرف ان المعيار هو المعلوماتية عند المتعاقدين، و لا تكفى المعلوماتية عند الناس لو كانت المدة مجهولة عندهما، فان المعلوماتية عند الناس كالمعلوماتية الله تعالى، فكما ان علمه تعالى بذلك لا يوجب رفع الغرر، كذلك علم الناس به.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٥٨

لا نقول به بل المعين فيه البطلان مع الغرر عرفاً، كما تقدم في شروط العوضين. و ظاهر التذكرة اختيار الجواز حيث قال: بجواز التآقيت بالنيروز و المهرجان، لأنه معلوم عند العامة، و كذا جواز التآقيت ببعض اعياد اهل 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 سواء اعتبر معرفتهما أولاً و لو عرفا كفى، انتهى.

ثم الاقوى اعتبار معرفة المتعاقدين و التفاتهما الى المعنى حين العقد، فلا يكفي معرفتهما به عند الالتفات و الحساب.

مسألة لو باع بثمان حالاً و بأزيد منه مؤجلاً، (١)

ففي المبسوط و السرائر و عن اكثر المتأخرين انه لا يصح، و علله في المبسوط و غيره بالجهالة، كما لو باع اما هذا العبد و أما ذاك.

البيع بثمانين حالاً و مؤجلاً

(١) الثالث قال المصنف: لو باع بثمان حالاً و بأزيد منه مؤجلاً كلمات الأصحاب في هذه المسألة مضطربة، فالاولى صرف عنان الكلام

الى ما تقتضيه الأدلة،

و تنقيح القول بالبحث في مقامين:

الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثاني: في مقتضى النصوص الخاصة.

اما الأول: فصور البيع الموضوع في هذه المسألة ثلاث:

الاولى: ان يكون هناك بيع واحد بثمانين.

الثانية: ان يكون بيعان.

الثالثة: ان يكون بيع و شرط.

اما الاولى: فان كان المجمعول فى البيع ثمنا مرددا بين الثمنين واقعا كان ذلك باطلا

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٥٩

...

لعدم المعقولية، إذ المردد لا- وجود له فى الخارج، من غير فرق فى ذلك بين كون تملك كل منهما بنحو التردد فعليا، ام كان احدهما فعليا و الآخر المؤجل معلقا على مجيء وقته، و ان كان المجمعول هو ما يختاره المشتري بعد ذلك الذى هو معين واقعا بطل البيع للغرر.

و ما عن المحقق الأردبيلي (رحمه الله) من عدم الغرر لأن الثمن معلوم على كل من التقديرين و الاختيار الى المشتري، غير تام، فانه لا غرر على المشتري، و لكنه غرر بالنسبة الى البائع لأنه لا يدري ما يختاره المشتري.

و أما الصورة الثانية: و هى ان يكون هناك بيعان معلقان بان يقول ان كان الثمن نقدا فبعتك بدرهم و ان كان مؤجلا فبدرهمين، فمقتضى القاعدة هو البطلان فيها، إذ التعليق مبطل للبيع.

و أما الصورة الثالثة: و هى ان يبيع بالأقل حالا و يشترط زيادة مقدار الى الأجل المسمى فلا كلام فى بطلان الشرط، فانه من الربا، انما الكلام فى البيع، و الأظهر صحته، و لا مانع من صحته سوى وقوع الشرط الفاسد فى ضمنه، و هو لا يكون مفسدا كما تقدم، فالثمن هو الأقل احرام لم يؤخر، و لكن ليس له التأخير لأن الرضا به مقيد بالشرط و قد فسد، فمقتضى ما دل على وجوب رد المال الى صاحبه لزوم التعجيل.

و ما افاده المصنف (رحمه الله) بعد اسطر فى تصحيح التأخير: بان الزيادة تكون فى قبال اسقاط حق مطالبة البائع الى الأجل المعين لا فى قبال التأخير كى لا يستحق المشتري التأخير إذا لم يستحق البائع الزيادة،

غير تام، فان حق المطالبة ليس من الحقوق القابلة للاسقاط، بل هو حكم بالسلطنة على المطالبة، مع ان المجمعول فى قبال الزيادة اما سقوط هذا الحق أو اسقاطه، و لازم الأول عدم السقوط مع عدم نفوذ الشرط،

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٦٠

و يدل عليه ايضا ما رواه فى الكافي انه (عليه السلام) قال من ساوم بثمانين احدهما عاجلا و الآخر نظرة فليسم احدهما قبل الصفقة. و يؤيده ما ورد من النهى عن شرطين فى بيع و عن بيعين فى بيع بناء على تفسيرهما بذلك. و عن الاسكافى، كما عن الغنية أنه روى عن النبي (صلى الله عليه و آله) أنه قال لا يحل صفقتان فى واحدة، قال و ذلك بأن يقول إن كان بالنقد فبكذا، و إن كان بالنسيئة فبكذا، هذا إلا أن فى رواية محمد بن قيس المعتبرة أنه قال أمير المؤمنين (عليهما السلام) من باع سلعة و قال ثمنها كذا و كذا يدا بيد. و كذا نظرة فخذها بأى ثمن شئت و جعل صفقتها واحدة فليس له إلا أقلهما و إن كانت نظرة.

و فى رواية السكونى عن جعفر عن ابيه عن آبائه ان عليا (عليه السلام) قضى فى رجل باع بيعا و اشترط شرطين بالنقد كذا، و بالنسيئة كذا، فاخذ المتاع على ذلك الشرط، فقال هو باقل الثمنين و ابعدهما الاجلين

و لازم الثانى عدم استحقاق المشتري اسقاط البائع حق المطالبة.

فتحصل: ان مقتضى القاعدة عدم جواز التأخير فى هذه الصورة، و لكن لو اخر لا يستحق ازيد من الأقل.

و أما المقام الثاني: فنصوص الباب متعددة،

منها: ما ورد من النهي عن شرطين في بيع و عن بيعين في بيع، «١» فانهما قد فسرا بذلك، و لكن ذلك مجمل لا يمكن الاستناد إليه في حكم و هو واضح.

و منها: النبوى انه (صلى الله عليه و آله) قال: لا يحل صفقتان في واحدة «٢».

قال السيد ابن زهرة بعد نقله: و ذلك بان يقول ان كان بالنقد فبكذا، و ان كان بالنسيئة فبكذا، و هو ضعيف السند للارسال.

و منها: خبر «٣» محمد بن قيس عن امير المؤمنين (عليه السلام) - بسند معتبر المذكور في المتن و منها خبر «٤» السكونى عن الامام على (عليه السلام) المذكور في المتن.

(١) الوسائل - باب ٢ - من ابواب احكام العقود حديث ٤.

(٢) نفس المصدر حديث ١.

(٣) نفس المصدر حديث ٢.

(٤) المستدرک - باب ٢ - من ابواب احكام العقود حديث ٢، و رواه في الغنية ايضا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٦١

فقال هو بأقل الثمنين و ابعد الاجلين، فيقول ليس له الا اقل النقيدين الى الاجل الذى اجله نسيئة.

و عن ظاهر جماعة من الاصحاب العمل بهما، و نسب الى بعض هؤلاء القول بالبطلان، فالاولى تبعا للمختلف الاقتصار على نقل عبارة

كل من هؤلاء من دون اسناد احد القولين إليهم، (١) قال في المقنعة: لا يجوز البيع بأجلين على التخيير،

كقوله هذا المتاع بدرهم نقدا و بدرهمين الى شهر أو سنة أو بدرهم الى شهر،

و بدرهمين الى شهرين، فان ابتاع انسان شيئا على هذا الشرط كان عليه اقل الثمنين فى آخر الاجلين. و هذا الكلام يحتمل التحريم مع

الصحة، و يحتمل الحمل على ما إذا تلف المبيع، فإن اللازم مع فرض فساد البيع بالاقل الذى يبيع به نقدا، لأنه قيمة ذلك الشىء، و

معنى قوله فى آخر الاجلين انه لا يزيد على الاقل و ان تأخر الدفع الى آخر الاجلين، أو المراد جواز التأخير لرضا البائع بذلك، و

يحتمل ارادة الكراهة، كما عن ظاهر السيد (قدس سره) فى الناصريات، ان المكروه ان يبيع بثمنين بقليل ان كان الثمن نقدا، و بأكثر

ان كان نسيئة، و يحتمل الحمل على فساد اشتراط زيادة الثمن مع تأخير الأجل، لكن لا يفسد العقد كما سيجىء. و عن الاسكافى انه

بعد ما تقدم عنه من النبوى الظاهر فى التحريم قال: و لو عقد البائع للمشتري كذلك و جعل الخيار إليه لم اختر للمشتري ان يقدم على

ذلك، فإن فعل و هلكت السلعة لم يكن للبائع الا اقل الثمنين، لإجازته البيع، به، و كان للمشتري الخيار فى تأخير الثمن لاقل الى المدة

التي ذكرها البائع بالثمن الأوفى من غير زيادة على الثمن الاقل.

و فى النهاية فإن ذكر المتاع بأجلين و نقدين على التخيير، مثل ان يقول بعتك هذا بدينار أو درهم عاجلا أو الى شهر أو سنة أو

بدينارين أو درهمين الى شهر أو شهرين أو سنتين، كان البيع باطلا، فإن امضى البيعان ذلك بينهما كان للبائع اقل الثمنين فى آخر

الاجلين انتهى

و قد عمل بهما جماعة، و نسب الى بعضهم القول بالبطلان، فكما افاده المصنف (قدس سره)

(١) الاولى تبعا للمختلف الاقتصار على نقل عبارة كل من هؤلاء من دون اسناد احد القولين إليهم - ثم نعبه بما يخطر بالبال

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٦٢

و عن موضوع من الغنية قد قدمنا ان تعليق البيع بأجلين و ثمنين، كقوله بعته الى مدة بكذا و الى اخرى بكذا يفسده، فإن تراضيا

بانفاذه كان للبائع اقل الثمنين في ابعد الاجلين بدليل اجماع الطائفة، و عن سلار ما علق باجلين و هو ان يقول: بعتك هذه السلعة الى عشرة ايام بدرهم و إلى شهرين بدرهمين كان باطلا غير منعقد، و هو المحكى عن ابي الصلاح. و عن القاضي: من باع شيئا بأجلين على التخيير مثل ان يقول ابيعك هذا بدينار أو بدرهم عاجلا و بدرهمين أو دينارين الى شهر أو شهور أو سنة أو سنتين كان باطلا، فإن امضى البيعان ذلك بينهما كان للبائع اقل الثمنين في آخر الاجلين.

و قال في المختلف بعد تقوية المنع: و يمكن ان يقال انه رضى بالثمن الاقل، فليس له الاكثر في البعيد و الا لزم الربا إذ يبقى الزيادة في مقابل تأخير الثمن لا غير، فإذا صبر الى البعيد لم يجب له الاكثر من الاقل، انتهى.

و في الدروس: ان الاقرب الصحة و لزوم الاقل و يكون التأخير جائزا من طرف المشتري، لازما من طرف البائع لرضاه بالاقل، فالزيادة ربا. و لذا ورد النهي عنه و هو غير مانع من صحة البيع، انتهى.

اقول لكنه مانع من لزوم الاجل 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 ان كانت لكنها ربا كما سيجيء الا ان فساد المقابلة لا يقتضى فساد الاسقاط، كما احتمل ذلك في مصالحة حق القصاص بعد يعلمان استحقاق الغير له أو حرته، بل قال في التحرير بالرجوع الى الديه، و حينئذ فلا يستحق البائع الزيادة و لا المطالبة قبل الاجل، لكن المشتري لو اعطاه و جب عليه القبول، إذ لم يحدث له بسبب المقابلة الفاسدة حق في التأجيل حتى يكون له الامتناع من القبول قبول الاجل، و انما سقط حقه من التعجيل.

و يمكن ايضا حمل الرواية على ان الثمن هو الاقل، لكن شرط عليه ان يعطيه على التأجيل شيئا زائدا، و هذا الشرط فاسد لما سيجيء من ان تأجيل الحال بزيادة ربا محرم،

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٦٣

لكن فساد الشرط لا- يوجب فساد المشروط، كما عليه جماعة، و حينئذ فللبائع الاقل، و ان فرض ان المشتري اخره الى الاجل، كما يقتضيه قوله في رواية محمد بن قيس و ان كانت نظرة لفرض تراضيهما على ذلك يزعم صحة هذا الشرط، أو البناء عليها تشريعا. و لعل هذا مبنى قول الجماعة (قدس الله اسرارهم) فإن امضيا البيع بينهما كذلك بمعنى انهما تراضيا على هذه المعاملة لم يجب في مقابل التأخير الواقع برضاها شيئا زائدا على الاقل، لفساد المقابلة و مرادهم من بطلان البيع الذي حكموا به أولا بطلانه بهذه الخصوصية، و عدم ترتب الاثر المقصود عليه.

و قد تلخص من جميع ما ذكرنا ان المعاملة المذكورة في ظاهر متن الروايتين لا إشكال و لا خلاف في بطلانها، بمعنى عدم مضيها على ما تعاقدا عليه. و أما الحكم بامضائهما، كما في الروايتين فهو حكم تعبدى مخالف لأدلة توقف حل المال على الرضا و طيب النفس، و كون الاكل لاعن تراض اكلا للباطل، فيقع الاشكال في

و قد حمل خبر ابن قيس بعض على ارادة البطلان و كون المشتري ضامنا للمبيع التالف في يده بالثمن الأقل بعد دعوى كون القيمة بحسب الغالب بمقدار الثمن المعين على تقدير النقد.

و فيه: انه لم يذكر في الخبر ما يشهد لكونه في مقام بيان حكم صورة التلف خاصة.

و قد حمله بعضهم على صورة كون الزيادة من باب الشرط، و كون الثمن هو الأقل- اي الصورة الثالثة المتقدمة و اصر على ذلك المحقق الاصفهاني (رحمه الله)،

و هو و ان كان خلاف الظاهر جدا لأن قوله في الخبر و كذا نظرة جعل الثمن هو الزائد على تقدير النظرة، و يؤكد قوله فخذها باى ثمن شئت الصريح في تعدد الثمن،

الا ان الحمل على الصورة الاولى أو الثانية مستلزم لتعبد بملكية الأقل مؤجلا

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٦٤

نهوض الروايتين لتأسيس هذا الحكم المخالف للاصل، ثم ان الثابت منهما على تقدير العمل بهما هي مخالفة القاعدة في مورد هما، (١) و أما ما عداه كما إذا جعل له الاقل في اجل و الاكثر في اجل آخر، فلا ينبغي الاستشكال في بطلانه، لحرمة القياس خصوصا على مثل هذا الاصل. و في التحرير البطلان هنا قولاً واحداً. و حكى من غير واحد ما يلوح منه ذلك الا انك قد عرفت عموم كلمات غير واحد ممن تقدم للمسألين، و ان لم ينسب ذلك في الدروس الا الى المفيد (قدس سره) لكن عن الرياض: ان ظاهر الاصحاب عدم الفرق في الحكم بين المسألين، و هو ظاهر الحدائق ايضا، و ما ابعد ما بينه و بين ما تقدم من التحرير، ثم ان العلامة في المختلف ذكر في تقريب صحة المسألة انه مثل ما إذا قال المستأجر لخياطة الثوب: ان خطته فارسيا فبدرهم، و ان خطته روميا فبدرهمين، و اجاب عنه بعد تسليم الصحة برجوعها الى الجعالة.

من دون سبب معاملي، إذ البيع متقوم بالقصد المنتفى هنا على الفرض، و هو لا يمكن، فيتعين الحمل المزبور من جهة انه لا يلزم منه التعبد بامر غير ممكن غايته كونه خلاف الظاهر.

ثم الخير لا يكون متعرضاً لاستحقاق المشتري التأخير الى ابعد الأجلين، و يكون ذلك لازماً على البائع، بل غاية ما يستفاد منه جواز التأخير.

و مما ذكرناه ظهر الحال في خبر السكوني بل حمله على الصورة المزبورة لا يكون منافياً لما هو الظاهر منه.

(١) قوله ثم ان الثابت منهما على تقدير العمل بهما هي مخالفة القاعدة في مورد هما بناء على ما عرفت من ان الخبرين، انما يتضمنان الحكم بالصحة في مورد يكون الصحة هناك موافقة للقاعدة، لا بد من البناء على الصحة في هذا المورد ايضا، و لعل ما عن الفقهاء من عدم الفرق بين المسألين، بل عن الرياض ان ظاهر الاصحاب عدم الفرق، يكون مؤيداً لما ذكرناه من حمل الخبرين على الصورة الثالثة: إذ لو كانا متضمنين للصحة في غيرها، لم يكن وجه للحكم بالصحة في هذه المسألة الا القياس

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٦٥

مسألة لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل حلول الاجل و ان طولب (١)

اجماعاً، لان ذلك فائدة اشتراط التأجيل، و لو تبرع بدفعه لم يجب على البائع القبول بلا خلاف، بل عن الرياض الاجماع عليه، و في جامع المقاصد في باب السلم نسبة الخلاف الى بعض العامة، و علل الحكم في التذكرة في باب السلم بأن التعجيل كالتبرع بالزيادة، فلا يكلف تقليد المنه (٢) و فيه تأمل.

القبول و الاسقاط قبل حلول الأجل

(١) قوله لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل حلول الاجل و ان طولب و تمام الكلام في هذه المسألة في طي فرعين:

الأول: انه هل يجب القبول على البائع لو تبرع المشتري بدفع الثمن ام لا؟

الثاني: انه إذا اسقط المشتري الأجل الذي يستحقه هل يسقط و يكون للبائع مطالبته في الحال ام لا؟

اما الأول: فالمشهور بين الأصحاب: عدم وجوب القبول، و المراد بالوجوب ما سيأتي في المسألة الآتية من وجوب القبول لو كان الدين حالاً.

و استدلل له بوجوه:

(٢) احدها: ما عن التذكرة، و هو: ان التعجيل كالتبرع بالزيادة فلا يكلف تقلد المنه.

و فيه: ان الزائد لا يكون ملكا، و صيرورته كذلك تتوقف على القبول، و هذا بخلاف التعجيل الذي هو خصوصية في اداء ما هو ملك له.

و لعله لذلك امر المصنف بالتأمل بعد نقله ثانيها: ما عن المحقق الخراساني (رحمه الله)، و هو: ان المملوك شيء مؤجل، و هو لا ينطبق على المدفوع بالحال.

و فيه: ما عرفت في اول مبحث النقد و النسيئة من ان المؤجل ليس الا الدين الحالي مع جواز التأخير في الأداء.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٦٦

و يمكن تعليل الحكم بأن التأجيل كما هو حق للمشتري يتضمن حقا للبائع، من حيث التزام المشتري لحفظ ماله في ذمته و جعله اياه كالودعي، فإن ذلك حق عرفا (١) و بالجملة ففي الاجل حق لصاحب الدين بلا خلاف ظاهر.

و مما ذكرنا يظهر الفرق بين الحال و المؤجل، حيث انه ليس لصاحب الدين الحال حق على المديون، و اندفع ايضا ما يتخيل من ان الأجل حق مختص بالمشتري، و لذا يزداد الثمن من اجله، و له طلب النقضان في مقابل التعجيل، و ان المؤجل كالواجب الموسع في انه يجوز فيه التأخير و لا يجب، ثم انه لو اسقط المشتري اجل الدين. (٢) ففي كتاب الدين من التذكرة و القواعد انه لو اسقط 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 (٣)

(١) ثالثها: ما في المتن و هو: ان التأجيل كما يكون حقا للمشتري يكون حقا للبائع من جهة ان المشتري التزم بحفظ ماله في ذمته، و المشتري انما يكون مسلطا على حقه دون حق البائع.

لا كلام و لا إشكال في ان الزام الشخص و التزامه بحفظ مال غيره مشروع، و إذا وقع في ضمن العقد كان لازما، و ما لم يرفع المالك يده عن ذلك يجب على المشروط عليه الحفظ.

انما الكلام في الشروط الخارجية المتعارفة بين الناس المتعلقة بتأجيل الثمن، فان الظاهر منهم اعتبار الاجل حقا للمشتري فقط، و عليه فيجب على البائع القبول. نعم إذا اعتبر حقا للبائع أو لكل منهما على الآخر لم يجب القبول.

(٢) اما الفرع الثاني: و هو انه لو اسقط المشتري الاجل فهل يسقط فقد استدل لعدم سقوط حق التأجيل بالاسقاط بوجوه:

(٣) احدها: ما عن جامع المقاصد و هو: انه قد ثبت التأجيل في العقد اللازم فلا يسقط بمجرد الاسقاط.

و فيه: انه ان اريد بذلك انه من قبيل الحكم لا الحق فلا يسقط بالاسقاط،

فيرد عليه: ان التأجيل انما يكون بجعل من الدائن، و امضاء من الشارع الأقدس،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٦٧

لانه المفروض فلا يسقط بمجرد الاسقاط، و لأن في الأجل حقا لصاحب الدين. (١) و لذا لم يجب عليه القبول قبل الأجل اما لو تقايلا في الأجل يصح (٢) و لو نذر التأجيل فإنه يلزم و ينبغي أن لا يسقط بتقايلهما المفروض، لأن التقاييل في العقود لا في النذور، انتهى.

و فيه ان الحق المشترط في العقد اللازم يجوز لصاحبه اسقاطه، و حق صاحب الدين لا يمنع من مطالبته من أسقط حق نفسه، و في باب الشروط من التذكرة لو كان عليه دين مؤجل، فاسقط المديون الأجل لم يسقط، و ليس للمستحق مطالبته في الحال لأن الأجل

صفة تابعة و الصفة لا تفرد بالاسقاط، و لهذا لو اسقط مستحق الحنطة الجيدة و الدنانير الصحيحة الجودة و الصحة لم يسقط و للشافعي وجهان، انتهى

و من المعلوم ان المجمعول ليس حكما شرعيا، بل يكون حقا امضاه الشارع،
فله اسقاطه.

و ان اريد به انه حق في العقد اللازم فلا يجوز اسقاطه للزوم العقد،

ففيه: ان الشرط في ضمن العقد صار سببا لثبوت الحق، و لا نظر له الى بقاءه، و فيه يرجع الى ما تقتضيه القاعدة من ان لكل ذي حق اسقاط حقه.

(١) ثانيها: ما عنه ايضا من ان في الاجل حقا لصاحب الدين و فيه: ان المراد ان كان ان للبائع حقا كما يكون للمشتري،
فيرد عليه: ان ثبوت حق لشخص لا يمنع عن اسقاط الآخر حقه.

و ان كان المراد ان هناك حقا واحدا قائما بالطرفين فما لم يجتمعا على اسقاطه لا يسقط فيرد عليه: ان الحق ان كان ثابتا لهما فيما ان
طرف الحق بالنسبة الى كل منهما غير ما هو طرفه بالنسبة الى الآخر فان معنى ثبوت حق التأخير للبائع ان له حق تأخير الاستيفاء على
المشتري، و معنى حق التأخير للمشتري ان له حق تأخير الوفاء على البائع، و مع تعدد الطرفين كيف يمكن ثبوت حق واحد.

(٢) قوله اما لو تقايلا في الاجل يصح مشروعية التقايل متوقفة على كونه من الحقوق و عليه فمقتضى غير الوجه الثاني عدم صحته
منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٦٨

و يمكن ان يقال ان مرجع التأجيل في العقد اللازم الى اسقاط حق المطالبة في الأجل، (١) فلا يعود الحق باسقاط التأجيل و الشرط
القابل للاسقاط ما تضمن اثبات حق قابل لاسقاطه بعد جعله، أ لا ترى انه لو شرط في العقد التبري من عيوب لم يسقط هذا الشرط
باسقاطه بعد العقد، و لم تعد العيوب مضمونة ما لو كانت بدون الشرط. و أما ما ذكره من ان لصاحب الدين حقا في الأجل، فدلالته
على المدعى موقوفة على ان الشرط الواحد إذا انحل الى حق لكل من المتبايعين لم يجز لاحدهما اسقاطه، لأن الفرض اشتراكهما فيه،
و لم يسقط الحق بالنسبة الى نفسه، لأنه حق واحد يتعلق بهما، فلا- يسقط الا باتفاقهما الذي عبر عنه بالتقاييل، و معناه الاتفاق على
اسقاط الشرط الراجع اليهما، فلا يرد عليه منع صحة التقايل في شروط العقود لا في انفسها.

(١) ثالثها: ما افاده المصنف (رحمه الله) و هو: ان التأجيل عبارة عن اسقاطه حق المطالبة و الساقط لا يعود باسقاط الأجل، و بعبارة
اخرى ان هذا الشرط لا يوجب ثبوت حق كي يجوز اسقاطه، بل هو اسقاط للحق فلا يعقل اسقاطه.

و فيه: اولاً: ان جواز المطالبة من قبيل الحكم لا الحق، و لا أقل من الشك، فلا يجوز اسقاطه.

و ثانياً: ان الظاهر من اهل العرف احداث حق للمشتري في تأخير الأداء.

رابعها: ما افاده المحقق الخراساني (رحمه الله)، و هو: ان الثابت في البيع المؤجل ملكية الثمن المؤجل لا الملكية، و حق للمشتري في
التأخير، فلا حق كي يسقط.

و فيه: ما تقدم في اول مبحث النقد و النسيئة من ان المؤجل عبارة عن الملكية الفعلية مع جواز التأخير لا الملكية المؤجلة. فراجع.

خامسها: ما نفى عنه البعد المحقق الاصفهاني (رحمه الله)، و هو: ان غاية ما يقتضيه التأجيل تضيق دائرة السلطنة على المطالبة و
تأخيرها الى شهر مثلا، فلا حق حتى يقبل الاسقاط،

و قد ظهر جوابه مما اورده على المصنف (رحمه الله)،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٦٩

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 يبت التعدد، فيرجع الى اصالة عدم السقوط. لكن الظاهر تعدد الحق،

فتأمل.

ثم ان المذكور في باب الشروط عن بيع التذكرة تعليل عدم سقوط اجل الدين بالاسقاط، بأن الاجل صفة تابعة لا يفرد بالاسقاط، (١) و لذا لو اسقط مستحق الحنطة الجيدة أو الدنانير الصحاح: 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، (٢)

(١) سادسها: ما عن التذكرة و هو: ان الاجل صفة تابعة فلا تستقل بالسقوط كما هو الشأن في جميع الصفات كالجودة و الصحة. و فيه: ان الاجل المجعول بالشرط هو التأخير، و هو من الأفعال دون الصفات، مع ان الصفة و ان لم تكن مستقلة في الثبوت الا انه لا مانع من استقلالها في الاستحقاق، و هو المناط لجواز الاسقاط مستقلا. فالحق انه يسقط بالاسقاط، و عليه ففي موارد الشروط المتعارفة يصير الدين حالا و يلحقه حكمه، و في ما إذا اشترط ثبوت حق للبائع ايضا لا يصير حالا من ناحية البائع.

لو دفع الثمن عند حلول الأجل

(٢) مسألة إذا حل اجل الثمن بل كل دين وجب على مالكة قبوله لو دفعه و تنقيح القول في هذه المسألة بالبحث في فروع: الأول: يجب الدفع على المديون بعد الحلول طالب الدائن ام لا، ما لم يكن عدم المطالبة كاشفا عن رضاه بالتأخير، لأنه يجب دفع مال الغير إليه بحكم النص «١»

(١) الوسائل - باب ٤- من ابواب الدين و القرض.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٧٠

لان في امتناعه اضرار (١) و ظلما إذ لا- حق له على من في ذمته في حفظ ماله في ذمته (٢) و الناس مسلطون على انفسهم، و توهم عدم الاضرار و الظلم لارتفاعه بقبض الحاكم مع امتناعه أو عزله و ضمانه على مالكة مدفوع، بأن مشروعية قبض الحاكم أو العزل انما يثبت لدفع هذا الظلم و الاضرار المحرم عن المديون، و ليس بدلا اختياريا حتى يسقط الوجوب عن المالك، لتحقق البديل أ لا ترى ان من يجب عليه بيع ماله لنفقة عياله، لا يسقط عنه الوجوب، لقيام الحاكم مقامه في البيع، و كيف كان فإذا امتنع بغير حق سقط اعتبار رضاه لحديث نفى الضرر، بل مورده كان من هذا القبيل حيث ان سمره بن جندب امتنع من الاستئذان للمرور الى عذقه الواقع في دار الأنصاري و عن بيعها، فقال النبي (صلى الله عليه و آله) للأنصاري: اذهب فاقلعها وارم بها وجه صاحبها. فاسقط ولايته على ماله،

الثاني: إذا كان الدين حالا أو حل و دفع المديون، هل يجب على الدائن القبول كما عن المشهور، بل في الجواهر: بلا خلاف اجده ايضا، بل في الرياض: الاجماع عليه، ام لا؟ وجهان:

قد استدلل للأول: بوجوه:

(١) احدها: ان في امتناع الدائن اضرارا بالمديون و فيه: ان بقاء المال في ذمته الذي هو امر اعتباري ليس ضررا عليه، نعم ربما يكون لزوم الاداء بعد ذلك ضررا عليه، فلو كان يرفع ذلك بالحديث لا هذا.

(٢) ثانيها: كون الامتناع ظلما على المديون فانه لا يستحق ابقاء ماله في ذمته بل هو مستحق لتفريغ ذمته، حيث ان الناس مسلطون على انفسهم، «١» فلا يجوز.

وفيه: ان سلطنة المديون على تفرغ ذمته لا تنكر، الا انها لا تقتضى رفع سلطنة الدائن على نفسه التي مقتضاها ان له عدم القبول ما لم يثبت وجوبه الشرعى، و ابقاء المال فى ذمة المديون ليس ايداء و ظلما، فلو كان فانما هو رفع للايداء، و لا دليل على وجوب دفع الاذية عن الغير.

ثالثها: ما فى الجواهر، و هو: ان مقتضى آية الوفاء بالعقد «٢» ذلك، فان وجوب

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢١ الطبع الحديث.

(٢) المائدة: ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٧١

و مقتضى القاعدة اجبار الحاكم له على القبض (١) لأن امتناعه اسقط اعتبار رضاه فى القبض الذى يتوقف ملكه عليه، لا أصل القبض الممكن تحققه منه كرها، مع كون الاكراه بحق بمنزلة الاختيار، فإن تعذر مباشرته و لو كرها تولاه الحاكم، لأن السلطان ولى الممتنع بناء على ان الممتنع من يمتنع و لو مع الاجبار.

و لو قلنا انه من يمتنع بالاختيار جاز للحاكم تولى القبض عنه من دون الاكراه و هو الذى رجحه فى جامع المقاصد و المحكى عن اطلاق جماعة عنهم عدم اعتبار الحاكم و ليس للحاكم مطالبة المديون بالدين، إذا لم يسأله، لعدم ولايته عليه مع رضا المالك بكونه فى ذمته، و عن السرائر وجوب القبض على الحاكم عند الامتناع و عدم وجوب الاجبار، و استبعده غيره، و هو فى محله.

الوفاء يتبع وجوب الدفع و القبول.

وفيه: ما تقدم مكررا من ان العقد هو ارتباط اعتبار كل من المتعاقدين بالآخر، و الوفاء عبارة عن التمام أو ما يقاربه، فمفاد الآية الشريفة عدم رفع اليد عن العقد بحله و نقضه، و لا تدل الآية على وجوب التسليم و وجوب القبول.

فتحصل: انه لو لا الاجماع لا دليل على وجوب القبول، و لكن الظاهر التسالم عليه.

الثالث: لو دفع المديون الدين.

فان امتنع الدائن من القبض فان رضى المديون بالصبر فلا كلام، و ان لم يرض به ففيه وجوه و اقوال:

الأول: ما عن الشيخين و المحقق و ابن حمزة و غيرهم، و هو: تعيين العزل و كان هلاكه من صاحب الحق و ان امكن دفعه الى الحاكم. الثانى: ما عن المشهور، و هو: تعيين الدفع الى الحاكم.

(١) الثالث: ما اختاره المصنف (رحمه الله) و هو: تعيين الاجبار اولا فان لم يمكن فالدفع الى الحاكم و مع تعذره فالعزل.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٧٢

و لو تعذر الحاكم، فمقتضى القاعدة اجبار المؤمنين له عدولا كانوا ام لا، لأنه من المعروف الذى يجب الامر به على كل احد، فإن لم يمكن اجباره. ففى وجوب قبض العدول عنه نظر، أقواه العدم، و حينئذ فطريق براءة ذمة المديون ان يعزل حقه، و يجعله امانة عنده، فإن تلف فعلى ذى الحق، لأن هذه فائدة العزل و ثمرة الغاء قبض ذى الحق،

الرابع: تعيين الاجبار اولا، و مع عدم امكانه فالتخير بين العزل و الدفع الى الحاكم خامسها: التخير بين الوجوه.

الظاهر انه ان قلنا بان اداء الدين انما يكون بالتخليئة بين المال و الدائن، و انه لا يعتبر فى تعيين الكلى فى الفرد قبض الدائن لا كلام فى كفاية التخليئة فى المقام، و لكن الظاهر اعتبار قبضه و عدم كفاية التخليئة فيه، و بذلك يظهر وجه القول الأول و ضعفه.

و استدلل للثاني: بان السلطان ولي الممتنع، فالحاكم يتولى القبض عنه.

و فيه: ان ذلك مختص بالممتنع عن حق مالي، كما هو مورده، و في المقام امتناع الدائن ليس امتناعا عن الحق، إذ المديون لا يستحق على الدائن قبضه منه:

و بان فراغ ذمة المديون من الامور الحسبية فيتصدها الحاكم.

و فيه: انه ليس ذلك من الامور المهمة التي لا يجوز تعطيلها.

و استدلل لتعين الاجبار: بان اعتبار رضا الدائن بالقبض يسقط لحديث نفى الضرر،

فيجبره الحاكم على القبض.

و فيه: اولاً: انه لا دليل على اعتبار الرضا و طيب النفس في القبض.

و ثانياً: ان الضرر انما يأتي من ناحية انحصار تعين الحق شرعاً بقبض الدائن، فيرفع ذلك بالحديث، و إذا ثبت به تعيينه بقبض غيره فالمتعين هو الحاكم.

و بذلك يظهر تعيين الدفع الى الحاكم الذي هو المشهور.

و يمكن ان يقال: ان الضرر ينشأ من اناطة تفريغ ذمته بقبول الدائن، فيرتفع ذلك،

و نتيجة ذلك انه بالعزل يتعين ملك الدائن، و لا يبعد اظهرية الثاني،

فالقول الأول هو الأرجح

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٧٣

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 التضمر و هو الضمان، (١)

و حينئذ فناء 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 ان الحق المملوك لصاحب الدين ان تشخص في المعزول كان ملكاً له و ان بقى في ذمة الدافع لم يمكن تلف المعزول منه إذ لم يتلف ماله. و يمكن ان يقال ان الحق قد سقط من الذمة و لم يتشخص بالمعزول، و انما تعلق به تعلق حق المجنى عليه برقبة العبد الجاني،

فبتلفه يتلف الحق، و مع بقاءه لا- يتعين الحق فيه فضلاً عن ان يتشخص به. و يمكن ان يقال بأنه يقدر آناً ما قبل التلف في ملك صاحب الدين.

ثم ان الظاهر جواز تصرفه في المعزول فينتقل المال الى ذمته لو اتلفه، (٢)

(١) و المصنف (رحمه الله) ذهب الى انه مع عدم امكان الاجبار و الدفع الى الحاكم يتعين العزل، و لكن لا- يصير المعزول ملكاً للدائن.

و تقريب ما افاده: ان الالتزام ببقاء ذمة المديون مشغولة ضرر عليه، و الالتزام بذهاب مال الدائن هدرًا ضرر على الدائن، و الجمع بينهما انما يكون بالالتزام بتفريغ الذمة على وجه لا يتضرر به الدائن، و هو انما يكون بالعزل بنحو يوجب تعلق حق الدائن به بحيث له متى شاء استيفاء حقه منه، فالمعزول ملك للمديون لكنه متعلق حق الدائن، و لازم ذلك عدم الضمان لو تلف مع كونه ملكاً للمديون.

و فيه: ان لازم ذلك الالتزام بعدم ملكيته لشيء، إذ المفروض سقوط الدين عن الذمة و عدم ثبوته في الخارج، و هو بلا وجه. و اضعف منه الالتزام بتبديل الملك الى الحق،

و مثله الالتزام بتبدل الملك التحقيقي الى التقديري آنا ما.

(٢) الرابع: انه بناء على المختار من تعيينه بالعزل ملكا للدائن لا يجوز للمديون التصرف فيه و لا إتلافه و لا تبديله، و أما بناء على بقاءه على ملك المديون فهل تعلق

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٧٤

و مقتضى القاعدة عدم وجوب حفظه من التلف، لأن مشروعياً عزله و كون تلفه من مال صاحب الدين، انما جاء من جهة تضرر المديون ببقاء ذمته مشغولة، و تكليفه بحفظ المعزول اضر عليه من حفظ اصل المال في الذمة.

و عن المحقق الثاني انه يتجه الفرق بين ما إذا عرضه على المالك بعد تعيينه و لم يأت به لكن اعلم بالحال، و بين ما إذا اتاه و طرحه عنه فينتفى «فيلغى» وجوب الحفظ في الثاني دون الاول، و لعل وجهه ان المبرى للعهد التخليه و الاقباض المتحقق في الثاني دون الاول، و لعل وجهه ان المبرى للعهد التخليه و الاقباض المتحقق في الثاني دون الاول و سيجيء في مسألة قبض المبيع ما يؤيده، و عن المسالك انه مع عدم الحاكم يخلى بينه و بين ذى الحق و تبرأ ذمته، و ان تلف، و كذا يفعل الحاكم لو قبضه

حق الدائن به يمنع عن الامور المذكورة ام لا؟

الظاهر أن التصرف لا إشكال فيه على اى تقدير، و ان كان ناقلاً لعدم كونه مفوتاً للحق، إذ لا مانع من الالتزام بان لذي الحق استيفاء حقه من المعزول متى شاء و ان كان منتقلاً الى غير من عليه الحق كما التزمنا بذلك في حق الرهانة.

و أما الاتلاف: فقد يقال: انه لا يجوز، فانه اعدام لموضوع الحق و ابطال له،

و عود المال الى الذمة مضافاً الى احتياجه الى دليل موجب و ليس إذ لا دليل على ان اتلاف الحق موجب لاشتغال ذمته لا يقتضى جواز الاتلاف.

و لكن يمكن ان يقال: ان متعلق الحق ليس هو الموجود الخارجى بما هو كما هو كذلك في ما إذا كان تعلقه به بتعيين من الشارع كتعيين الجانى للاسترقاق، أو بجعل من المتعاقدين كجعل حق الخيار في عقد مخصوص، بل المتعلق هو ما عينه المديون بهذا العنوان من جهة ان بقاء المال في ذمته ضرر عليه فله ابقائه في ذمته و تحمل الضرر و له تفرغ ذمته بعزل ما يتمكن الدائن من استيفاء ماله منه، فيكون فراغ ذمته موقوفاً على بقاء المعزول على حاله.

و بعبارة اخرى: ان هذا العنوان له حدوث و بقاء و ماله من البقاء موضوع لهذا الحق،

فللمديون اعدام الموضوع، و بارتفاعه يرتفع الحق، و لا مانع من ذلك.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٧٥

ان لم يتمكن من الزامه بالقبض و ان اشتركا في عدم الضمان ثم ان المحقق الثاني ذكر في جامع المقاصد بعد الحكم بكون تلف المعزول من صاحب الدين الممتنع من اخذه: ان في انسحاب هذا الحكم فيمن أجبره الظالم على دفع نصيب شريكه الغائب في مال على جهة الاشاعة بحيث يتعين المدفوع للشريك و لا يتلف منهما تردها و مثله لو تسلط الظالم بنفسه، و أخذ قدر نصيب الشريك (١) 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.

اقول اما الفرع الثاني فلا وجه لإلحاقه بما نحن فيه، إذ دليل الضرر بنفسه لا يقتضى بتأثير نية الظالم في التعيين، فإذا اخذ جزءاً خارجياً من المشاع فتوجبه هذا الضرر الى من نواه الظالم دون الشريك لا وجه له، (٢) كما لو اخذ الظالم من المديون مقدار الدين بنية انه مال الغريم

و به يظهر حال التبديل و الله العالم.

كما انه مما ذكرناه ظهر عدم وجوب حفظه من التلف، لأنه إذا صار بالعزل ملكا للدائن فحاله حال سائر أمواله التي لا يجب على المديون حفظه من التلف لعدم كونه امانه عنده، و إذا كان باقيا على ملك المديون و متعلقا لحق الدائن فمن حيث انه ماله سبيله كسبيل سائر أمواله، و من حيث انه متعلق الحق قد عرفت انه يجوز اتلافه فلا يجب التحفظ عليه.

(١) الخامس: انه كما يتعين الكلى فى المعزول هل يتعين المشاع فيما اخذه الغاصب اما بالجبر على القسمة أو باخذه بعنوان مال الشريك ام لا؟ ام هناك فرق بين الصورتين؟ وجوه.

وجه الأول: ان الحكم بعدم تعيين حصه الشريك بتعيين الغاصب أو الشريك ضررى مرفوع بالحديث.

و وجه الثانى: ان حديث لا ضرر لا يشمل المقام، اما لكون الضررى عدم الحكم لا الحكم، أو لعدم كون رفعه منه على الامه- و ان كان منه على المأخوذ منه.

(٢) أو لان الضرر انما يكون باخذ المال المشاع فهو متوجه اليهما و لا وجه لصرفه الى غيره.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٧٦

و أما الفرع الأول، فيمكن ان يقال بأن الشريك لما كان فى معرض الضرر لأجل مشاركة شريكه جعل له ولاية القسمة، لكن فيه ان ضرره انما يوجب ولايته على القسمة حيث لا يوجب القسمة تضرر شريكه، بأن لا يكون حصه الشريك بحيث تتلف بمجرد القسمة، كما فى الفرض و إلا- فلا- ترجيح لأحد الضررين مع ان التمسك بعموم نفي الضرر فى موارد الفقه من دون انجباره بعمل بعض الاصحاب يؤسس فقها جديدا.

مسألة لا خلاف على الظاهر من الحدائق المصرح به فى غيره فى عدم جواز تأجيل الثمن الحال، (١)

بل مطلق الدين بأزيد منه لأنه ربا، لأن حقيقة الربا فى القرض راجعة الى جعل الزيادة فى مقابل امهال المقرض و تأخيره المطالبة الى اجل،

فالزيادة التى تراضيا عليه فى اول المدايته كأن يقرضه عشرة بأحد عشر الى شهر،

و بين ان تراضيا بعد الشهر الى تأخيره شهرا آخر بزيادة واحد، و هكذا بل طريقة معاملة الربا مستقرة على ذلك. بل

و وجه الثالث: انه إذا اجبر الغاصب احد الشريكين على تعيين حصه شريكه و افرازها و تقسيم المال المشترك، فكما انه مع امتناع الشريك عن القسمة اختيارا تسقط ولاية الممتنع، كذلك فى المقام، و ان كان امتناعه بالاضطرار بمعنى انه كما تسقط ولايته عند امتناعه عن اعمال ولايته كذلك مع تعذر اعمال ولايته لغيبه أو لسبب آخر، و المسألة تحتاج الى تأمل ازيد.

لا يجوز تأجيل الثمن الحال بازيد منه

(١) مسألة: لا خلاف على الظاهر من الحدائق المصرح به فى غيره فى عدم جواز تأجيل الثمن الحال.

و الكلام فى هذه المسألة يقع فى مقامين:

الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثانى: فى مقتضى النصوص الخاصة.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٧٧

بل الظاهر من بعض التفاسير ان صدق الربا على هذا التراضى مسلم فى العرف، و ان مورد نزول قوله تعالى فى مقام الرد على من قال: (انما البيع مثل الربوا و احل الله البيع و حرم الربوا) هو التراضى بعد حلول الدين على تأخيره الى اجل بزيادة فيه. فعن مجمع البيان عن ابن عباس (١) انه كان الرجل من اهل الجاهلية إذا حل

اما المقام الأول: فلا اشكال فى صحة المعاملة الاولى، و انها لا تبطل بذلك، و ان اوجب صيرورتها ربوية.

اما التأجيل بالازيد نفسه، فاما ان يجعل الأجل فى مقابل الزيادة باشرطه ابتداء، أو فى ضمن عقد، أو المصالحة عليه، أو يبيعه به، أو بجعل المجموع المؤجل فى مقابل المجموع الحال بحيث تكون المعاوضة بين الثمن و مجموع ما جعل مؤجلا، أو يوقع الصلح على ابراء الحال مما فى ذمته بازاء ازيد منه مؤجلا، فالمعوض هو الابراء. اما القسم الأول: فهو بجمع فروضه من الربا فى القرض، لأن حقيقة الربا فيه راجعة الى جعل الزيادة فى مقابل امهال المقرض و تأخيره المطالبة، من غير فرق بين ان يكون ذلك فى اول القرض أو بعد مضى زمان، و من غير فرق بين ان يكون ذلك بنحو الشرط أو غيره، و قد ورد ان الربا من ناحية الشروط «١».

و أما القسم الثانى: فان كان ما فى ذمته من العروض الربوى كالحنطة فباعها بازيد منها مؤجلا بطل، لأن المشهور بطلان بيع الحال بمثله مؤجلا فى الربويين. و ان كان من الاثمان كالدينار فباعه بازيد منه مؤجلا بطل ايضا من جهة ان الصرف لا يجوز الا يدا بيد. و ان كان من العروض أو الاثمان و لكن باعه بغير جنسه بازيد منه فانه يصح على القاعدة من جهة عدم الربا فيه من حيث المعاملة و لا من حيث القرض.

و أما القسم الثالث: فهو صحيح ايضا.

و أما المقام الثانى: فقد استدل المصنف (رحمه الله) على عدم الجواز بوجوه:

(١) الاول: ما نقله فى مجمع البيان عن ابن عباس من بيان مورد نزول الآية

(١) الوسائل - باب ١٢ - من ابواب الصرف.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٧٨

دينه على غريمه فطالبه، قال المطلوب منه زدنى فى الاجل ازيدك فى المال،

فيتراضيان عليه، و يعملان به، فإذا قيل لهم ربا قالوا هما سواء يعنون بذلك ان الزيادة فى الثمن حال البيع، و الزيادة فيه بسبب الاجل عند حلول الدين سواء،

فذمهم الله و الحق بهم الوعيد و خطأهم فى ذلك بقوله تعالى: (و احل الله البيع و حرم الربوا و يؤيده بل يدل عليه حسنة ابن ابي عمير أو صحيحته (١) عن ابي عبد الله (عليه السلام) قال سئل عن الرجل يكون له دين الى اجل مسمى، فيأتيه غريمه فيقول له انقذنى كذا و كذا واضع عنك بقيته، أو انقذنى بعضه و أمد لك فى الأجل فيما بقى عليك قال: لا أرى به بأسا انه لم يزد على رأس ماله، قال الله تعالى: (فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ) و لا تظلمون علل جواز التراضى على تأخير اجل البعض بنقد البعض بعدم الازدياد على رأس ماله، فيدل على انه لو ازداد على رأس ماله لم يجز التراضى على التأخير، و كان ربا يقتضى استشهاده بذيل آية الربا و هو قوله تعالى: (فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَ لَا تُظْلَمُونَ)

الكريمة (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا) «١» من انه كان فى الجاهلية الرجل منهم إذا حل دينه على غريمه فطالبه به قال المطلوب منه له: زدنى فى الأجل و ازيدك فى المال،

فيتراضيان عليه و يعملان به، فإذا قيل لهم: هذا ربا، قالوا: هما سواء، يعنون بذلك ان الزيادة في الثمن حال البيع و الزيادة فيه بسبب الأجل عند حلول الدين سواء، فذمهم الله تعالى به و الحق الوعيد بهم و خطأهم في ذلك بقوله (و احل) ... الخ و ظاهره القسم الأول و لا يشمل القسمين الأخيرين.

(١) الثاني: صحيح ابن ابي عمير (٢) المذكور في المتن بدعوى: انه علل جواز التراضي على تأخير اجل البعض بنقد البعض بعدم الازدياد على رأس ماله، فيدل على انه لو ازداد على رأس ماله لم يجز التراضي على التأخير.

(١) البقرة: ٢٧٥.

(٢) الوسائل - باب ٧- من ابواب احكام الصلح حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٧٩

و يدل عليه بعض الاخبار الوارد في تعليم طريق الحيلة في جواز تأخير الدين بزيادة (١) باشتراط التأخير في ضمن معاوضة غير مقصودة للفرار عن الحرام، فلو جاز التراضي على التأجيل بزيادة لم يكن داع الى التوصل بأمثال تلك الحيل حتى صاروا عليهم السلام موردا لاعتراض العامة في استعمال بعضها، كما في غير واحد من الاخبار الواردة في ذلك. و يدل عليه ايضا أو يؤيده بعض الاخبار الواردة في باب الدين. (٢) فيما إذا اعطى المديون بعد الدين شيئا مخافة ان يطلبه الغريم بدينه.

و فيه: ان الظاهر من الصحيح هو المعاملة على التأجيل نفسه، و لا يكون له نظر الى بيع الحال بالمؤجل.

الثالث: النصوص الكثيرة الآتى بعضها الدالة على كيفية الاسترباح بزيادة محللة فانها تشهد بان بذل الزيادة في قبال الأجل لو كان صحيحا لما توقفت حلية الزيادة على هذه الحلية،

و دلالة هذه النصوص على البطلان في القسم الثاني تتوقف على تأمل زائد.

(١) قال المصنف (قدس سره): و يدل عليه بعض الاخبار الوارد في تعليم طريق الحيلة كمثوق ابن عمار قلت لأبي الحسن (عليه السلام): يكون لي على الرجل دراهم فيقول:

أخرني بها و انا اربحك، فبيعه جبة تقوم على بالف درهم بعشرة آلاف درهم - أو قال بعشرين الفا - و أخره بالمال قال (عليه السلام): لا بأس «١».

و موثوق محمد بن اسحاق عن الامام الرضا (عليه السلام) قال: قلت له: الرجل يكون له المال فيدخل على صاحبه يبيعه لؤلؤة تسوى مائة درهم بالف درهم و يؤخر عنه المال الى وقت فقال (عليه السلام) مثل ذلك، «٢» و نحوهما غيرهما.

(٢) قال (قدس سره): و يدل عليه ايضا أو يؤيده بعض الاخبار الواردة في باب الدين هو خبر اسحاق بن عمار عن ابي الحسن (عليه السلام) سألته عن الرجل يكون له مع رجل

(١) الوسائل - باب ٩- من ابواب احكام العقود حديث ٤.

(٢) الوسائل - باب ٩- من ابواب احكام العقود حديث ٦.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٨٠

و مما ذكرنا من ان مقابلة الزيادة بالتأجيل ربا، يظهر عدم الفرق بين المصالحة عنه بها و المقاوله عليها من غير عقد، و ظهر ايضا انه يجوز المعاوضة اللازمة على الزيادة بشيء باشتراط تأخير الدين عليه في ضمن تلك المعاوضة، و ظهر ايضا من التعليل المتقدم في رواية ابن ابي عمير جواز نقص المؤجل بالتعجيل، و سيجيء تمام الكلام في هاتين المسألتين في باب الشروط أو كتاب القرض ان

شاء الله تعالى.

مسألة إذا ابتاع عينا شخصية بثمن مؤجل جاز بيعه من بئنه (١)

و غيره قبل حلول الاجل و بعده بجنس الثمن و غيره، مساويا له أو زائدا عليه أو ناقصا حالا أو مؤجلا، إلا إذا اشترط احد المتبايعين على صاحبه فى البيع الأول قبوله منه بمعاملة ثانية. اما الحكم فى المستثنى منه فلا خلاف فيه، الا بالنسبة الى بعض صور المسألة، فممنع منها الشيخ فى النهاية و التهذيبي و هى بيعه من البائع بعد الحلول بجنس الثمن لا مساويا.

مال قرضا فيعطيه الشىء من ربحه مخافة ان يقطع ذلك عنه فيأخذ ماله من غير ان يكون شرط عليه، قال: لا بأس بذلك ما لم يكن شرطا «١».

بيع العين الشخصية من بايعها

(١) مسألة إذا ابتاع عينا شخصية بثمن مؤجل قالوا جاز بيعها من بايعها و غيره قبل حلول الاجل بجنس الثمن و غيره مساويا أو زائدا عليه أو ناقصا، إلا إذا اشترط احد المتبايعين على صاحبه فى البيع الاول قبوله منه بمعاملة ثانية فالكلام فى مقامين الاول فى المستثنى منه و الكلام فيه فى فرعين احدهما فى بيع المؤجل و قد جوزه القوم مطلقا و خالفهم الشيخ قدس سره فى محكى النهاية حيث

(١) الوسائل - باب ١٩ - من ابواب الدين و القرض حديث ٣.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٨١

و قال فى النهاية: إذا اشترى نسيئة فحل الأجل، و لم يكن معه ما يدفعه الى البائع جاز للبائع ان يأخذ منه ما كان باعه اياه من غير نقصان من ثمنه، فإن اخذه بنقصان مما باع لم يكن ذلك صحيحا و لزمه ثمنه الذى كان اعطاه به، فإن اخذ من المبتاع متاعا آخر بقيمته فى الحال لم يكن بذلك بأس، انتهى.

و عن الشهيد انه تبع الشيخ جماعة، و ظاهر الحدائق ان محل الخلاف اعم بما بعد الحلول و انه قصر بعضهم التحريم بالطعام، و كيف كان، فالاقوى هو المشهور للعمومات المجوزة كتابا و سنة (١) و عموم ترك الاستفصال فى صحيحة بشار بن يسار (٢) قال: سألت ابا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يبيع المتاع بنساء مرابحة فيشتره من صاحبه الذى يبيعه منه فقال: نعم لا بأس به فقلت له: اشترى متاعى و غنمى قال: ليس هو متاعك و لا غنمك و لا بقرك، و صحيحة ابن حازم عن ابي عبد الله (عليه السلام)

رجل كان له على رجل دراهم من ثمن غنم اشتراها منه فاتى الطالب المطلوب يتقاضاه، فقال له المطلوب ابيعك هذه الغنم بدراهمك التى عندى فرضى، قال (عليه السلام):

لا بأس بذلك.

منع عن بيعه بعد حلول الاجل بنقصان من الثمن ثانيهما: انه نسب الى الشيخ (قدس سره) فى خصوص الطعام انه بعد الحلول لا يجوز للبائع اخذ الطعام بدلا عن الثمن الا بما يساويه بلا زيادة.

اما الأول: فتشهد للمشهور.

(١) مضافا الى العمومات و الاطلاقات جملة من النصوص:

(٢) منها: صحيح «١» بشار بن يسار المذكور فى المتن و مورده بيع النسيئة، و شراء ذاك المتاع بعينه، من دون ان يفصل بين حلول الأجل و عدمه، و ايضا من غير فرق بين كون الثمن فى الثانى مساويا للثمن فى الأول أو اقل أو اكثر.

و منها صحيح ابن حازم «٢» المذكور في المتن و هو صريح في البيع بعد حلول الأجل، و عام للمبيع الشخصي و مثله لأن قوله هذا الغنم كما يمكن ان يكون اشارة الى ما اشتراه يمكن ان يكون اشارة الى مثله.

(١) الوسائل - باب ٥- من ابواب احكام العقود حديث ٣.

(٢) نفس المصدر حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٨٢

و رواية الحسين بن منذر، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) الرجل يجيئني فيطلب العينة فاشترى له المتاع، ثم أبيعته إياه مرابحة، ثم اشترى منه مكاني قال: فقال إذا كان هو بالخيار ان شاء باع و ان شاء لم يبع، و كنت انت بالخيار ان شئت اشتريت و ان شئت لم تشتري فلا بأس، قال: فقلت: ان اهل المسجد يزعمون ان هذا فاسد و يقولون انه ان جاء به بعد اشهر صح قال انما هذا تقديم و تأخير و لا بأس. و في المحكي عن قرب الأسناد عن علي بن جعفر عن أخيه (عليه السلام) قال سألته عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم اشتراه منه بخمسة دراهم أ يحل؟ قال: إذا لم يشترط و رضيا فلا بأس، و عن كتاب علي بن جعفر قوله باعه بعشرة الى اجل ثم اشتراه بخمسة بنقد و هو اظهر في عنوان المسألة، و ظاهر هذه الاخبار كما ترى يشمل صور الخلاف.

و قد استدلل له بجملة اخرى من النصوص، و هي ان دلت على الحكم في بعض الفروض الا انها لا تصلح للرد على الشيخ (رحمه الله): منها: خبر الحسين بن منذر «١» المذكور في المتن و هذا الخبر اما صريح في ما إذا كان البيع الأول مؤجلا من جهة اختصاص العينة بذلك، أو عام له و للحال لو منعنا عن اختصاصها به، و لو فرض كون الأول مؤجلا كان البيع الثاني قبل حلول الأجل لصراحتة في الاثراء، و هو في مكانه، فعلى اي تقدير لا يكون دليلا على الشيخ (رحمه الله) و منها خبر علي بن جعفر «٢» المروي في قرب الاسناد و كتاب علي بن جعفر مع اختلاف المتن و المتنان المذكور ان في الكتاب و الأول منهما ظاهر في المؤجل، و الثاني صريح فيه، و كلاهما ظاهران في الاثراء قبل حلول الأجل، بل الثاني نص فيه، كما انهما صريحان في ورود البيعين على المبيع الشخصي و الاثراء بنقصان من الثمن.

(١) الوسائل - باب ٥- من ابواب احكام العقود حديث ٤.

(٢) الوسائل - باب ٥- من ابواب احكام العقود حديث ٦.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٨٣

و قد يستدل ايضا (١) برواية يعقوب بن شعيب و عبيد بن زرارة قال سألنا ابا عبد الله (عليه السلام) عن رجل باع طعاما بدراهم الى اجل، فلما بلغ ذلك تقاضاه فقال ليس لي دراهم خذ مني طعاما فقال: لا بأس به، فإنما له دراهم يأخذ بها ما شاء. و في دلالتها نظر، و فيما سبق من العمومات كفاية إذ لا معارض لها عدا ما ذكره الشيخ (رحمه الله)

من رواية خالد بن الحجاج قال: سألت ابا عبد الله (عليه السلام) عن رجل بعته طعاما بتأخير الى اجل مسمى، فلما جاء الأجل اخذته بدراهم فقال ليس عندي دراهم و لكن عندي طعام، فاشتره مني فقال لا تشتريه منه، فإنه لا خير فيه.

و رواية عبد الصمد بن بشير المحكية عن الفقيه، قال: سأله محمد بن قاسم الحنط فقال اصلحك الله ابيع الطعام من رجل الى اجل، فيجيئني و قد تغير الطعام من سعره، فيقول ليس عندي دراهم، قال: خذ منه بسعر يومه فقال: أفهم اصلحك الله انه طعامي الذي اشتريه مني فقال: لا تأخذ منه حتى يبيعه و يعطيك، فقال رغم الله انفي رخص لي فرددت عليه فشدد علي. و حكى عن الشيخ (قدس سره) انه اوردها في الاستبصار دليلا على مختاره و حكى عن بعض ردها بعدم الدلالة بوجه من الوجوه.

و منها: خبر يعقوب بن شعيب و عبيد بن زرارة «١» المذكور في المتن و هو ظاهر في الشراء بذلك الثمن بلا زيادة و لا نقيصة، و هذا لا ينكره الشيخ (رحمه الله)، بل لا يبعد ظهوره في الوفاء بغير الجنس لا في الاشتراء، مع انه من جهة تكرار الاسم المنكر و هو قوله خذ مني طعاما بعد قوله عن رجل باع طعاما يدل على تعدد الطعام في الموردين.

(١) و قد استدلل للشيخ بروايتين: الاولى:

رواية «٢» خالد بن الحجاج المذكورة في المتن و صريحها الاشتراء بعد حلول الأجل، و لكن لا ظهور لها في كون المبيع واحدا في البيعين لو لم تكن بقريئة تكرار الاسم المنكر ظاهرة في الاختلاف، مع انه لا ظهور لها في الاختلاف بمقدار الثمن، فهذه الرواية لا تنفع للشيخ (رحمه الله).

الثانية: رواية عبد الصمد بن بشير المحكية عن الفقيه «٣» المذكورة في الكتاب

(١) الوسائل - باب ١٢ - من ابواب السلف حديث ١٠.

(٢) نفس المصدر حديث ٣.

(٣) نفس المصدر حديث ٥.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٨٤

اقول لا يظهر من رواية خالد دلالة على مذهب الشيخ و على تقدير الدلالة فتعليل المنع بأنه لا خير فيه من امارات الكراهة و اعلم انه قال الشيخ (قدس سره) في المبسوط إذا باع طعاما بعشرة مؤجلة، فلما حل الأجل اخذ بها طعاما جاز إذا اخذ ما اعطاه، فإن اخذ اكثر لم يجز. و قد روى انه يجوز على كل حال. و حكى في المختلف عن الخلاف انه اذا باع طعاما قفيزا بعشرة دراهم مؤجلة، فلما حل الأجل اخذ بها طعاما جاز ذلك إذا اخذ مثله، فإن زاد عليه لم يجز و احتج باجماع الفرقة و اخبارهم، و بأنه يؤدي الى بيع طعام بطعام، ثم حكى عن بعض اصحابنا الجواز مطلقا، و عن بعضهم المنع مطلقا، ثم حكى عن الشيخ في آخر كلامه: انه قال و القول الآخر الذي لبعض اصحابنا قوى و ذلك انه بيع طعام بدراهم لا بيع طعام بطعام، فلا يحتاج الى اعتبار المثلية، انتهى.

صريحها كون المورد شخص المبيع، و ظاهرها بعد الحلول، و ظاهرها ايضا الاختصاص بما إذا كان الثمن في البيع الثاني اقل، و هذه تدل على ما ذهب إليه الشيخ (رحمه الله)

و اخص من الخبر الاول من وجهين: لانه اعم من البيع قبل الحلول و بعده و اعم من البيع بالمساوي أو الأقل، و هذه اخص من هاتين الجهتين فيتعين تخصيصه بها.

و أما الخبر الثاني: فهو صريح في البيع بالمساوي، فلا ينافي هذه الرواية و لا ينكره الشيخ.

و أما الخبر الثالث: فقد مر عدم دلالة على ما يخالفه الشيخ (رحمه الله).

و أما خبرا على بن جعفر فقد عرفت ان ظاهر احدهما و صريح الاخر البيع قبل حلول الأجل.

فتحصل: انه ليس في مقابل خبر عبد الصمد ما يعارضه، فما افتى به الشيخ بحسب الروايات لا إشكال فيه.

لا يقال: انه ضعيف السند لأن الراوى عن عبد الصمد قاسم بن محمد الجوهري و هو ضعيف أو مجهول.

فانه يرد: بان الخبر رواه الصدوق بسنده الى عبد الصمد و هو حسن،

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٨٥

اقول الظاهر ان الشيخ قدس سره جرى في ذلك و فيما تقدم عنه في النهاية من عدم جواز بيع ما اشترى بجنس الثمن متفاضلا على قاعدة كلية تظهر من بعض الأخبار من ان عوض الشيء الربوي لا يجوز ان يعوض بذلك الشيء بزيادة. و ان عوض العوض بمنزلة العوض، (١) فإذا اشترى طعاما بدراهم لا يجوز ان يأخذ بدل الطعام دراهم بزيادة، و كذلك إذا باع طعاما بدراهم لا يجوز له ان يأخذ عوض الدراهم طعاما و عول في ذلك على التعليل المصرح به في رواية على بن جعفر عن اخيه (عليه السلام)

المعتضد ببعض الاخبار المانعة عن بعض افراد هذه القاعدة هنا. و في باب السلم قال: سألته عن رجل له على آخر تمرا و شعيرا و حنطة أ يأخذ بقيمته دراهم؟ قال:

إذا قومه دراهم فسد لان الاصل الذي يشري «اشترى» به دراهم و لا يصلح دراهم بدراهم، قال في المحكى التهذيب الذي افتي به ما تضمنه هذا الخبر الاخير من انه إذا كان الذي اسلف فيه دراهم له لم يجز ان يبيعه بدراهم، لأنه يكون قد باع دراهم بدراهم، و ربما كان فيه زيادة أو نقصان و ذلك ربا، انتهى.

و هنا يقول ايضا قبالا لمسألة السلم التي هي عكس مسألتنا انه إذا كان الذي باعه طعاما لم يجز ان يشتري بثمنه طعاما لأنه يكون باع طعاما بطعام.

و أما الفرع الثاني: فالمنسوب الى الشيخ (قدس سره) عدم جواز اخذ الطعام عوضا عن عوض الطعام الا بنحو التساوى، بل الظاهر المصرح به في محكى التهذيب سريان ذلك في جميع المعاضات الربوية، فلا يجوز في اسلاف الطعام اخذ الدراهم بدلا عن الطعام. (١) و قد استدل له: بالقاعدة الكلية المستفادة من بعض الاخبار من ان عوض الشيء الربوي لا يجوز ان يعوض بذلك الشيء بزيادة و ان عوض العوض بمنزلة العوض،

و هو خبر على بن جعفر قال: سألته عن رجل له على آخر تمر أو شعير أو حنطة أ يأخذ بقيمته دراهم؟ قال: إذا قومه دراهم فسد، لأن الأصل الذي يشتري به دراهم فلا يصلح دراهم بدراهم «١».

(١) الوسائل - باب ١١ - من ابواب السلم حديث ١٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٨٦

و بالجملة فمدار فتوى الشيخ (قدس سره) على ما عرفت من ظهور بعض الاخبار بل صراحته فيه من ان عوض العوض في حكم العوض في عدم جواز التفاضل مع اتحاد الجنس الربوي، فلا فرق بين اشتراء نفس ما باعه منه، و بين اشتراء مجانسه منه، و لا فرق ايضا بين اشتراؤه قبل حلول الاجل أو بعده، كما اطلقه في الحدائق،

و تقييده بما بعد الحلول في عبارة النهاية المتقدمة لكون الغالب وقوع المطالبة و الايفاء بعد الحلول، و ان قصر المشهور خلافه به. لكن الاظهر هو الاطلاق، كما ان تقييد المنع في كلامه بأخذ ما باعه بالنقص، لأنه الغالب، لأن في رد نفس ما اشتراه رده بالنقص لا لخصوصية في النقص لا يجرى في الزيادة. و لذا ذكر جواز اخذ المتاع الآخر بقيمته في الحال زادت أو نقصت، فيعلم منه ان اخذ ما باعه بقيمته في الحال غير جائز زادت أو نقصت.

و يؤيد الحمل على الغالب انه (قدس سره) ذكر في مسألة السلم التي هي عكس المسألة انه لا يجوز له اخذ مثل الثمن زائدا على ما اعطاه، فإن الغالب من اعطاء الطعام بدل الدراهم النقص مما اشترى، و مع العكس العكس و ظهر ايضا مما ذكرنا ان الحكم مختص في كلام الشيخ بالجنس الربوي لا مطلق المتاع و لا خصوص الطعام. و أما الحكم في المستثنى (١) و هو ما إذا اشترط في البيع الأول نقله الى من انتقل عنه، فهو المشهور و نص عليه الشيخ في باب المرابحة و استدلووا عليه أو لا بالدور، كما في التذكرة، قال في باب الشروط لو باعه

و فيه: اولاً: انه معارض في مورده بما يدل على الجواز «١».

و ثانياً: انه يدل على عدم الجواز حتى مع التساوى الذى لا يقول به الشيخ، و لعل وجهه عدم حصول التقابض فى المجلس.

(١) و أما الثانى و هو الحكم فى المستثنى و هو ما إذا اشترط فى البيع الاول نقله الى من انتقل عنه، فهو البطلان على ما هو المشهور

بين الاصحاب و ملخص القول فيه بالبحث فى جهتين:

الاولى: فى اصل الحكم بحسب النص و الفتوى.

الثانية: فى تطبيقه على القواعد.

(١) الوسائل - باب ١١ - من ابواب السلف.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٨٧

لو باعه شيئاً بشرط ان يبيعه اياه لم يصح سواء اتحد الثمن قدرا و وصفا وعينا ام لا،

و الا جاء الدور، لأن يبيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقفة على بيعه، فيدور اما لو شرط ان 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

الفضولى بخلاف ما لو شرط البيع. على البائع، انتهى.

اقول ظاهر ما ذكره من النقض انه يعتبر فى الشرط ان يكون معقولا فى نفسه مع قطع النظر عن البيع المشروط فيه، و بيع الشئ على

غير مالكة معقول و لو من غير المالك كالتوكيل و الفضولى بخلاف بيعه على مالكة، فإنه غير معقول اصلا،

فاندفع عنه نقض جماعة ممن تأخر عنه باشرط بيعه على غيره أو عتقه، 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 فى التذكرة فاستدل بذلك لاكثر الشافعية

المانعين عنه.

و قال ان المشتري لا يملك رهن المبيع الا بعد صحة البيع، فلا يتوقف عليه صحة البيع و الا دار لكنه (قدس سره) مع ذلك جوز هذا

الاشترط الا- ان يقال اخذ 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 فى التذكرة، من اشترط وقف المشتري المبيع على البائع و ولده و قرر الدور فى جامع

المقاصد، بأن انتقال الملك موقوف على حصول الشرط، و حصول الشرط موقوف على الملك. و هذا بعينه ما تقدم عن التذكرة

بتفاوت فى ترتيب المقدمتين، و اجيب عنه تارة بالنقض باشرط بيعه من غيره.

و قد عرفت ان العلامة (قدس سره) تظن له فى التذكرة، و اجاب عنه بما عرفت انتقاضه بمثل اشترط رهنه على الثمن، و عرفت تظنه

لذلك ايضا فى التذكرة،

و اخرى بالحل، و هو ان انتقال الملك ليس موقوفا على تحقق الشرط، و انما المتوقف عليه لزومه، و ثالثه بعدم جريانه فيما لو شرط

بيعه منه بعد اجل البيع الأول، فإن ملك المشتري متخلل بين البيعين و مبنى هذين الجوابين على ما ذكره العلامة فى الاعتراض على

نفسه و الجواب عنه

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٨٨

بما حاصله ان الشرط لا- بد من صحته، مع قطع النظر عن البيع فلا يجوز ان يتوقف صحته على صحة البيع، و لا فرق فى ذلك بين

اشترط بيعه قبل الاجل أو بعده، لأن بيع الشئ على مالكة غير معقول مطلقا، و لو قيد بما بعد خروجه عن ملك مالكة لم يفرق ايضا

بين ما قبل الاجل و ما بعده، و استدلل عليه ايضا بعدم قصد البائع بهذا الشرط الى حقيقة الاخراج عن ملكه حيث لم يقطع علاقة الملك و جعله فى غاية المراد اولى من الاستدلال بالدور بعد دفعه بالجوابين الاولين، ثم قال: و ان كان اجماع على المسألة، فلا بحث ورد عليه المحقق و الشهيد الثانى بأن الفرض حصول القصد الى النقل الاول لتوقفه عليه، و إلا لم يصح ذلك إذا قصدا ذلك و لم يشترطه مع الاتفاق على صحته، انتهى.

و استدلل عليه فى الحدائق (١) بقوله (عليه السلام) فى رواية الحسين بن المنذر المتقدمة فى السؤال عن بيع الشىء و اشتراؤه ثانيا من المشتري ان كان هو بالخيار ان شاء باع، و ان شاء لم يبع، و كنت انت بالخيار ان شئت اشتريت و ان شئت لم تشتري، فلا بأس، فإن المراد بالخيار هو الاختيار عرفا فى مقابل الاشتراط على نفسه بشرائه ثانيا فدل على ثبوت البأس إذا كان احد المتبايعين غير مختار فى النقل من جهة التزامه بذلك فى العقد الاول و ثبوت البأس فى الرواية. اما راجع الى البيع الأول فثبت المطلوب و ان كان راجعا الى البيع الثانى فلا وجه له الا بطلان البيع الأول، إذ لو صح البيع الأول و المفروض اشتراطه بالبيع الثانى لم يكن بالبيع الثانى باس

اما الجهة الثانية: فقد اشبعنا الكلام فيها فى مبحث الشروط فى الشرط السابع لصحة الشرط. و لذلك اغمضنا عن البحث فيما افاده المصنف فى المقام و أما الجهة الاولى: فالمشهور بين الاصحاب: بطلان البيع المشروط بهذا الشرط، و المصنف (رحمه الله) فى الشرط الفاسد صرح بان بطلان هذا البيع مما لا خلاف فيه، و مع ذلك فى المقام لم يسلم ذلك. (١) و كيف كان: فقد استدلل للبطلان بخبرين:

احدهما: خبر الحسين بن المنذر عن مولانا الصادق (عليه السلام) عن الرجل يجيئنى فيطلب منى العينة فاشترى المتاع له مرابحة ثم ابيعه اياه ثم اشترى منه مكانى قال: فقال: ان كان بالخيار ان شاء باع و ان شاء لم يبع منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٨٩

بل كان لازما بمقتضى الشرط الواقع فى متن العقد الصحيح، هذا، و قد يرد دلالتها بمنع دلالة البأس على البطلان. و فيه ما لا يخفى و قد ترد أيضا بتضمنها لاعتبار ما لا يقول به أحد من عدم 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) فى غاية المراد عنوان المسألة بالاشتراء بشرط الاشتراء. و قد يرد أيضا بأن المستفاد من المفهوم لزوم الشرط و أنه لو شرطه يرتفع الخيار عن المشروط عليه، و إن كان يحرم البيع الثانى أو هو و البيع الأول مع الشرط و يكون الحاصل حينئذ حرمة الاشتراط، 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 يجمع ذلك صحة الشرط و لزومه.

نعم يمكن ان يقال بعد ظهور سياق الرواية فى بيان حكم البيع الثانى مع الفراغ عن صحة الاول، كما يشهد به ايضا بيان خلاف اهل المسجد المختص بالبيع الثانى ان المراد انه ان وقع البيع الثانى على وجه الرضا و طيب النفس، و الاختيار فلا بأس به. و ان وقع لاعتبار ذلك، بل لأجل الالتزام به سابقا فى متن العقد أو قبله، و الزامه عرفا بما التزم كان الشراء فاسدا لكن فساد الشراء لا يكون الا لعدم طيب النفس فيه،

و كنت انت بالخيار ان شئت اشتريت و ان شئت لم تشتري فلا باس. الخبر (١).

ثانيهما: خبر على بن جعفر عن اخيه (عليه السلام) عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم الى اجل ثم اشترىه بخمسة دراهم أ يحل؟ قال (عليه السلام): إذا لم يشترط و رضيا فلا باس (٢).

بتقريب: انهما يدلان على ثبوت البأس إذا لم يكونا مختارين و اشترط البيع

(١) الوسائل - باب ٥- من ابواب احكام العقود حديث ٤.

(٢) الوسائل - باب ٥- من ابواب احكام العقود حديث ٦.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٩٠

و عدم وجوب الالتزام بما التزم على نفسه. اما لعدم ذكره في متن العقد. و أما لكون الشرط بالخصوص فاسد 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 في متنه، حتى لو وقع عن طيب النفس، لأن هذا مخالف لما عرفت من ظهور اختصاص حكم الرواية منعا و جوازا بالعقد الثاني. و أما رواية علي بن جعفر فهي اظهر في اختصاص الحكم بالشراء الثاني، فيجب ايضا حمله على وجه لا- يكون منشأ فساد البيع الثاني فساد البيع الأول بأن يكون مفهوم الشرط انه إذا اشترط ذلك في العقد أو قبله، و لم يرضيا بوقوع العقد الثاني بل وقع على وجه اللجوء من حيث الالتزام به قبل العقد أو فيه فهو غير صحيح لعدم طيب النفس فيه، و وقوعه عن اللجوء و هذا لا يكون الا مع عدم وجوب الوفاء اما لعدم ذكره في العقد و أما لكونه لغوا فاسدا مع عدم تأثير فساده في العقد.

و بالجملة، فالحكم بفساد العقد الثاني في الروايتين لا يصح ان يستند الى فساد الأول لما ذكرنا من ظهور الروايتين في ذلك فلا بد من أن يكون منشؤه عدم طيب النفس بالعقد الثاني و عدم طيب النفس لا يقدر الا مع عدم لزوم الوفاء شرعا بما التزم و عدم اللزوم لا يكون الا لعدم ذكر الشرط في العقد أو لكونه فاسدا غير مفسد. ثم انه قال في المسالك انهما لو شرطاه قبل العقد لفظا،

بالشرط الملزم و هو ما في ضمن العقد، و عليه فاما يدل على فساد البيع الأول فهو المطلوب، أو يدل على فساد الثاني، و حيث لا منشأ لفساده سوى فساد الأول فيثبت المطلوب.

و اجيب عن هذا الوجه بوجوه:

منها: ما افاده المصنف (رحمه الله)، و قد تعرضنا له و لجوابه في مسألة الشرط الفاسد.

و منها: ان ثبوت البأس اعم من الحرمة، و هو كما ترى.

و منها: انهما يدلان على ثبوت البأس و الحرمة للاشتراط أو البيع معه، و هذا يستلزم نفوذ الشرط.

و فيه: ان النهي في باب المعاملات و كذا ما شابهه ظاهر في الارشاد الى الفساد

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٩١

فإن كان يعلمان ان الشرط المتقدم لا- حكم له فلا- اثر له و إلا اتجه بطلان العقد به كما لو ذكره في متنه لانهما لم يقدموا الاعلى الشرط و لم يتم لهما و يمكن ان يقال ان علمهما بعدم حكم للشرط لا يوجب عدم اقدامهما على الشرط، فالاولى بناء المسألة على تأثير الشرط المتقدم في ارتباط العقد به و عدمه و المعروف بينهم عدم التأثير كما تقدم الا ان يفرق بين الشرط الصحيح فلا يؤثر و بين الفاسد فيؤثر في البطلان و وجهه غير ظاهر بل ربما حكى العكس عن بعض المعاصرين و قد تقدم توضيح الكلام في ذلك.

القول في القبض

إشارة

و هو لغة: الأخذ مطلقا، أو باليد أو بجميع الكف على اختلاف عبارات اهل اللغة، و النظر في ماهيته و وجوبه و احكامه يقع في مسائل:

مسألة: اختلفوا في ماهية القبض في المنقول، بعد اتفاقهم على انها التخليه في غير المنقول (١) على اقوال:

لا الحرمة التكليفية.

و منها: انهما متضمنان لما لا يقول به احد، و هو اعتبار عدم اشتراط المشتري ذلك على البائع. وفيه: ان القوم ملتزمون بذلك، بل الشهيد عنون المسألة في غاية المراد بالاشتراط بشرط الاثراء، فالحق انهما يدلان على ذلك، فالحكم من حيث النص و الفتوى لا إشكال فيه، و الله العالم.

القول في القبض

و في جملة من الكلمات منها التبصرة، التعبير بالتسليم، و المراد واحد و النظر في ماهيته و وجوبه و احكامه في طي مسائل.

(١) الاولى اختلفوا في ماهية القبض بعد اتفاهم على انه التخليه فيما لا ينقل على اقوال

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٦، ص: ٤٩٢

احدها: انها التخليه ايضا صرح به المحقق في الشرائع، و حكى عن تلميذه كاشف الرموز. و عن الايضاح نسبه الى بعض متقدمي اصحابنا و عن التنقيح نسبه الى المبسوط.

الثاني: انه في المنقول، النقل، و فيما يعتبر كيله أو وزنه الكيل أو الوزن.

الثالث: ما في الدروس من انه في الحيوان نقله، و في المعبر كيله أو وزنه أو عدده أو نقله و في الثوب وضعه في اليد.

الرابع: ما في الغنيه و عن الخلاف و السرائر و اللمعه انه التحويل و النقل.

الخامس: ما في المبسوط من انه ان كان مثل الجواهر و الدراهم و الدنانير و ما يتناول باليد، فالقبض فيه هو تناول باليد، و ان كان

مثل الحيوان كالعبد و البهيمة فالقبض في البهيمة ان يمشى بها الى مكان آخر، و في العبد ان يقيمه الى مكان آخر

و ان كان اشتراه جزافا كان القبض فيه ان ينقله من مكانه و ان كان اشتراه مكيله فالقبض فيه ان يكيه، و زاد في الوسيله انه في

الموزون وزنه، و في المعدود عدده،

و نسب عبارة الشرائع الراجعه الى ما في المبسوط الى المشهور.

السادس: انه الاستقلال و الاستيلاء عليه باليد، حكى عن المحقق الاردبيلي و صاحب الكفايه، و اعترف في المسالك تبعاً لجامع

المقاصد، لشهادة العرف بذلك،

الا انه اخرج عن ذلك المكيل و الموزون، مستندا الى النص الصحيح، و فيه ما سيجي.

السابع: ما في المختلف من انه ان كان منقولاً فالقبض فيه النقل أو الأخذ باليد،

و ان كان مكيلاً أو موزوناً فقبضه ذلك أو الكيل أو الوزن.

الثامن: انه التخليه مطلقاً بالنسبة الى انتقال الضمان الى المشتري دون النهي عن بيع ما لم يقبض، نفى عنه البأس في الدروس.

و تنقيح الكلام بالبحث في جهات:

الاولى: ان تحديد مفهوم القبض انما هو لترتيب الآثار و الأحكام المترتبة على هذا العنوان في الشرع، و أما ما لم يؤخذ القبض في

موضوعه - كما في رد المغصوب و اداء

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٦، ص: ٤٩٣

اقول: لا- شك ان القبض للمبيع هو فعل القابض و هو المشتري، و لا شك ان الاحكام المترتبة على هذا الفعل لا يترتب على ما كان

من فعل البائع من غير مدخل للمشتري فيه، كما ان الاحكام المترتبة على فعل البائع كالوجوب على البائع،

و الراهن في الجملة و اشتراط القدرة على التسليم لا- يحتاج في ترتبها الى فعل من المشتري، فحيث نقول اما ما اتفق عليه من كفايه

التخلية في تحقق القبض في غير المنقول، ان اريد بالقبض ما هو فعل البائع بالنسبة الى المبيع، و هو جميع ما يتوقف عليه من طرفه وصوله الى المشتري، و يعبر عنه مسامحة بالاقباض و التسليم، (١)

و هو الذى يحكمون بوجوده على البائع و الغاصب و الراهن فى الجملة، و يفسرونه بالتخلية التى هى فعل البائع. فقد عرفت انه ليس قبضا حقيقيا حتى فى غير المنقول،

و ان فسرت برفع جميع الموانع، و اذن المشتري فى التصرف، قال كاشف الرموز فى شرح عبارة النافع: القبض مصدر يستعمل بمعنى التقييض و هو التخلية، و يكون من طرف البائع و الواهب بمعنى التمكين من التصرف، انتهى.

بل التحقيق ان القبض مطلقا هو استيلاء المشتري عليه و تسلطه عليه الذى يتحقق به معنى اليد و يتصور فيه الغصب.

نعم يترتب على ذلك المعنى الاول الاحكام المترتبة على الاقباض و التسليم الواجبين على البائع، فينبغى ملاحظة كل حكم من الأحكام المذكورة فى باب القبض، و انه مترتب على القبض الذى هو فعل المشتري بعد فعل البائع، و على الاقباض الذى هو فعل البائع

ما فى اليد و نحو ذلك- فلا ملزم فى تصوير الجامع بين ما يعتبر فيه، و بين القبض و لا محذور فى الالتزام بتعدد المعنى.

الثانية: ان القبض الذى هو المبدأ لهذه المادة له معنى واحد، و باعتبار قيامه بالبائع مثلا يعبر عنه بالاقباض، و باعتبار قيامه بالمشتري قيام حلول يعبر عنه بالقبض،

و لا يكون معناه متعددا، من غير فرق بين تفسيره بالتخلية أو الاستيلاء و لكل من اعتبارى هذا المعنى الواحد آثار و احكام.

(١) فما فى المتن من بطلان تفسير القبض بالتخلية قطعا من جهة ان القبض فعل المشتري، و التخلية فعل البائع فى غير محله.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٦، ص: ٤٩٤

مثلا إذا فرض ان ادلة اعتبار القبض فى الهبة دلت على اعتبار حيازة المتبهد الهبة، لم يكتف فى ذلك بالتخلية التى هى من فعل المواهب، و هكذا و لعل تفصيل الشهيد فى البيع بين حكم الضمان و غيره، من حيث ان الحكم الاول منوط بالاقباض، و غيره منوط بفعل المشتري، و كيف كان، فلا بد من مراعاة ادلة احكام القبض، فنقول اما رفع الضمان، (١) فإن استند فيه الى النبوى كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه، فالمناط فيه حصول الفعل من المشتري و ان استند الى قوله (عليه السلام) فى رواية عقبه بن خالد حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته، احتمال فيه اناطة الحكم بالتخلية،

فيمكن حمل النبوى على ذكر ما هو مقارن غالبى للتخلية، و احتمال ورود الرواية مورد الغالب، من ملازمة الاخراج للوصول الى المشتري، بقرينة ظاهر النبوى.

و لذا قال فى جامع المقاصد بعد نقل ما فى الدروس: ان الخبر دال على خلافه،

و هو حسن ان اراد به ظاهر النبوى، لا ظاهر رواية عقبه أو غيرها، و الانصاف

الثالثة: ان القبض فى اللغة له معنى واحد فى جميع موارد استعماله، و الظاهر انه الاستيلاء على الشىء و التصرف فيه، كان ذلك بالقبض باليد أو بسائر الجوارح، أو باجراء المعاملة عليه، أو اغلاق الباب، أو نحو ذلك فى المنقول و غيره، و المكيل و الموزون و غيرهما فى الحيوان و غيره، فان هذا المعنى هو المناسب لما يقابل البسط المساوق للمساك، و الظاهر انه فى الشرع ايضا استعمل فى هذا المعنى الواحدانى، و سيمر عليك ما توهم دخله فيه بالتعبد شرعا.

الرابعة: ان ما اعتبر فيه القبض بعنوانه و توهم انه فى نصوصه، و ادلته اعتبر فى القبض زائدا على ما ذكرناه شىء آخر، أو فسر بغير ما اخترناه امور:

(١) احدها: الخروج عن ضمان المبيع فانه منوط بالقبض بعنوانه كما في النبوى المعروف: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من ماله بائعه. «١» و في رواية عقبه بن خالد عن مولانا الصادق (عليه السلام) في رجل اشترى متاعا من رجل و اوجبه غير انه ترك المتاع عنده

(١) المستدرک- باب ٩- من ابواب الخيار حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٩٥

ان ما ذكره الشهيد قريب بالنسبة الى ظاهر رواية عقبه، و ربما يخدش فيها بظهورها في اعتبار الاخراج من البيت مع انه غير معتبر في رفع الضمان اتفاقا. و فيه ان الاخراج عن البيت كناية عن الاخراج عن السلطنة، و رفع اليد، (١) و لا ينبغي خفاء ذلك على المتأمل في الاستعمال العرفي. هذا، و لكن الجمود على حقيقة اللفظ في الرواية يقتضى اعتبار الوصول الى يد المشتري، لأن الاقباض و الاخراج ان كانا من فعل البائع، الا ان صدقهما عليه يحتاج الى فعل من غير البائع، لأن الاقباض و الاخراج بدون القبض و الخروج محال، الا ان يستفاد من الرواية تعلق الضمان على ما كان من فعل البائع و التعبير بالاقباض و الاخراج مسامحة مست الحاجة إليها في التعبير. و ما ذكره الشهيد من رفع الضمان بالتخليه، يظهر من بعض فروع التذكرة حيث قال لو احضر البائع السلعة. فقال المشتري ضعه تم القبض لأنه كالتوكيل في الوضع، و لو لم يقل المشتري شيئا. أو قال لا أريد حصل القبض لوجود التسليم، كما لو وضع الغاصب المغصوب بين يدي المالك، فإنه يبرئ من الضمان، انتهى.

و ظاهره ان المراد من التسليم المبحوث عنه ما هو فعل البائع، و لو امتنع المشتري لكنه قدس سره صرح في عنوان المسألة، و في باب الهبة بضعف هذا القول بعد نسبه الى بعض الشافعية

و لم يقبضه، فسرق المتاع، من مال من يكون؟ قال (عليه السلام): من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته، فإذا اخرج من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله إليه «١» الشارحة لحقيقة القبض بما يوهم خلاف ذلك. (١) فانه قيل: ان الاخراج من البيت كناية عن اخراجه عن تحت استيلائه و تمكين المشتري منه فتدل على كفاية الاستيلاء في صدق القبض.

و بعبارة اخرى: ان الاخراج الى المشتري مساوق لاستيلائه،

و هذا هو مراد المصنف (رحمه الله) مما افاده في المقام.

و فيه: اولاً: ان الخبر ضعيف السند لمحمد بن عبد الله بن هلال المهمل.

(١) الوسائل- باب ١٠- من ابواب الخيار حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٩٦

فالظاهر ان مراده بل مراد الشهيد قدس سره رفع الضمان بهذا و ان لم يكن قبضا، بل عن الشهيد في الحواشي انه نقل عن العلامة (قدس سره) ان التخليه في المنقول و غيره يرفع الضمان، لأنه حق على البائع، و قد ادى ما عليه.

اقول و هذا كما ان اتلاف المشتري يرفع ضمان البائع و سيجيء من المحقق الثاني ان النقل في المكيل و الموزون يرفع الضمان و ان لم يكن قبضا.

و قد ظهر مما ذكرنا ان لفظ القبض الظاهر صيغته في فعل المشتري يراد به الاستيلاء على المبيع، سواء في المنقول و غيره، لأن القبض لغة الأخذ مطلقاً، أو باليد أو بجميع الكف على اختلاف التعبيرات، فإن اريد الاخذ حسا باليد، فهو لا يتأتى في جميع المبيعات مع ان احكامه جارية في الكل. فاللازم ان يراد به في كلام اهل اللغة و في لسان الشرع الحاكم عليه بأحكام كثيرة في البيع و الرهن (١) و

الصدقة،

و تشخيص ما فى الذمة اخذ كل شىء بحسبه و هو ما ذكرنا من الاستيلاء و السلطنة.
و أما ما ذكره بعضهم من اعتبار النقل و التحويل فيه، بل ادعى فى الغنية الاجماع على انه القبض فى المنقول الذى لا يكتفى فيه بالتخية

و ثانيا: انه يمكن ان يقرأ يقبض بالفتح من القبض، و يكون الفاعل هو المشتري،
و عليه فالخراج المعطوف عليه فعله و تصرفه فى المبيع، فهو يؤكد ما ذكرناه من عدم كفاية التخية و الاستيلاء فى صدقه.
و الظاهر الى هذا نظر العلامة (رحمه الله) و الشهيد (رحمه الله)، حيث استندا إليه فى اعتبار النقل فى صدق القبض، و ما افاداه يتم ان كان مرادهما من النقل مطلق التصرف الخارجى كما لعله الظاهر، و الله العالم.
(١) ثانيها: الرهن و ظاهر الآيه و الرواية اعتبار القبض فيه بعنوانه مع ان مجرد الاستيلاء يكفى، فان الاستيثاق المقوم له يحصل بمجرد الاستيلاء، و لم يعتبر القبض الا لأجل الاستيثاق.
و فيه: ان الاستيثاق مقوم حقيقة الرهن، و القبض شرط فيه شرعا، فاعتبار القبض ليس لأجل الاستيثاق.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٤٩٧

فهو لا يخلو عن تأمل. و ان شهد من عرفت بكونه موافقا للعرف، فى مثل الحيوان،
لأن مجرد اعطاء 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 المتقدمة المصرح به فى جامع المقاصد.
و أما رواية عقبه بن خالد المتقدمة، فلا دلالة فيها على اعتبار النقل فى المنقول و إن استدل بها عليه فى التذكرة، لما عرفت من ان الـخراج من البيت فى الرواية نظير الـخراج من اليد كناية عن رفع اليد و التخية للمشتري حتى لا يبقى من مقدمات الوصول الى المشتري الا ما هو من فعله.

و أما اعتبار الكيل و الوزن أو كفايته فى قبض المكيل أو الموزون، (١) فقد اعترف غير واحد، بأنه تعبد، لأجل النص الذى ادعى دلالة عليه، مثل صحيحة معاوية بن وهب، قال: سألت ابا عبد الله (عليه السلام): عن الرجل يبيع البيع قبل ان يقبضه، فقال ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه الا ان توليه بالذى قام عليه.

و صحيحة منصور بن حازم إذا اشترت متاعا فيه كيل أو وزن، فلا تبعه حتى تقبضه الا ان توليه، و فى صحيحة على بن جعفر عن اخيه عن الرجل يشتري الطعام أ يصلح بيعه قبل ان يقبضه؟ قال إذا لم يربح عليه فلا بأس، و ان ربح فلا يبعه حتى يقبضه، و رواية ابي بصير عن رجل اشترى طعاما، ثم باعه قبل ان يكيله قال: لا يعجبني ان يبيع كيلا أو وزنا قبل ان يكيله أو يزنه الا ان يوليه، كما اشتراه الى غير ذلك مما دل على اعتبار الكيل و الوزن لا من حيث اشتراط صحة المعاملة بهما

(١) ثالثها: بيع المكيل و الموزون و قد اشتهر ان القبض فى المكيل و الموزون بالكيل و الوزن.

و قد استدل له بجملة من النصوص: كصحيح معاوية (١) و صحيح منصور (٢) و صحيح (٣) على بن جعفر، و خبر ابي بصير (٤) المذكورة جميعا فى المتن

(١) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب احكام العقود حديث ١١.

(٢) نفس المصدر حديث ١.

(٣) نفس المصدر حديث ٩.

(٤) نفس المصدر حديث ١٦.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٩٨

و إلا- لم يفرق بين التولية وغيرها، فتعين لأمر آخر، وليس الا من كون ذلك قبضا للاجماع، كما في المختلف على جواز بيع الطعام بعد قبضه، و منه يظهر ما في المسالك حيث انه بعد ذكر صحيحه ابن وهب قال: و التحقيق هنا ان الخبر الصحيح دل على النهى عن بيع المكيل و الموزون قبل اعتباره بهما، لا- على ان 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 بتوقف البيع ثانيا على الكيل و الوزن امكن ان لم يكن احداث قول،

انتهى. و الظاهر ان مراده بالخبر، خبر عقبه بن خالد و قد عرفت عدم ظهوره في اعتبار النقل.

ثم ان ظاهر غير واحد كفاية الكيل و الوزن في القبض (١) من دون توقف على النقل. و الظاهر انه 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 فالاولى في المسألة

و تقريب الاستدلال بها من وجهين:

الأول: انها تدل على اعتبار الكيل و الوزن، و حيث انه ليس لأجل اشتراط صحة المعاملة بهما و الا لم يفرق بين التولية وغيرها، فلا محالة يكون لأمر آخر،

و حيث انه قام الاجماع على جواز بيع الطعام بعد قبضه، فيعلم من ذلك انه يكون من جهة كونه قبضا.

الثاني: ان جملة من النصوص كصحيح منصور و على بن جعفر متضمنة للنهى عن بيع المكيل و الموزون قبل القبض،

و جملة منها كصحيح معاوية و خبر ابى بصير متضمنة للنهى عن بيعهما قبل الكيل و الوزن،

(١) و مقتضى الجمع بين الطائفتين كون قبضهما هو الكيل و الوزن و فى صحيح معاوية شهادة على ذلك.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٤٩٩

ما عرفت من ان القبض له معنى واحد يختلف باختلاف الموارد، و ان كون القبض هو الكيل أو الوزن خصوصا فى باب الصدقة و تشخيص ما فى الذمة مشكل جدا، لأن التعبد الشرعى على تقدير تسليمه مختص بالبيع، الا ان يكون اجماع على اتحاد معنى القبض فى البيع و غيره، كما صرح به العلامة و الشهيدان و المحقق الثانى و غيرهم فى باب الرهن و الهبة، و حكى فيها الاتفاق على الاتحاد عن ظاهر المسالك و استظهره الحاكي ايضا. و عن ظاهر المبسوط فى باب الهبة ان القبض هى التخليه فيما لا ينتقل و النقل و التحويل فى غيره، لكن صرح فى باب الرهن بأن كلما كان قبضا فى البيوع كان قبضا فى الرهن و الهبات و الصدقات لا يختلف ذلك.

و عن القاضى انه لا- يكفى فى الرهن التخليه و لو قلنا بكفايته فى البيع، لأن البيع يوجب استحقاق المبيع فيكفى التمكين منه و هنا لا استحقاق بل القبض سبب فى الاستحقاق، بل و مقتضى هذا الوجه لحقوق الهبة و الصدقة بالرهن، و هذا الوجه حكاه فى هبة التذكرة عن بعض الشافعية. فقال قدس سره القبض هنا كالقبض فى البيع فيما لا ينتقل و لا يحول التخليه و فيما ينتقل و يحول النقل و التحويل و فيما يكال أو يوزن الكيل و الوزن،

و مورد النصوص، و كلمات الأصحاب البيع الثانى، قبل القبض بعد الفراغ عن صحة البيع الأول، الذى هو حرام أو مكروه،

و محل الكلام ان القبض الراجع للحرمة أو الكراهة هل يكون منحصرا فى الكيل أو الوزن المتجدد بينهما، ام هما من افراده، ام لا يكفيان عن القبض، ام يعتبر ان فيه شرعا زائدا على ما هو حقيقة القبض تعبدا؟

المستفاد من جملة من الأخبار، و النصوص على ما يقتضيه الجمود على ظواهرها:

ان البيع الثانى، لا يجوز تحريما، أو تنزيها فى المكيل و الموزون، قبل الكيل و الوزن، و قبل القبض اى الرفع للحرمة أو الكراهة هما معا، و ما ادعى من الاجماع على الجواز بعد القبض و ان لم يكل أو يوزن غير ثابت، كيف و قد صرح صاحب الجواهر بان ظاهر النصوص اعتبار الكيل و الوزن منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥٠٠

ثم حكى عن بعض الشافعية عدم كفاية التخليء فى المنقول لو قلنا به فى البيع مستندا الى ان القبض فى البيع مستحق و فى الهبة غير مستحق، فاعتبر تحققه و لم يكتف بالوضع بين يديه. و لذا لو اتلف المتهب الموهوب لم يصير قابضا بخلاف المشتري، ثم ضعفه بأنه ليس بشيء لاتحاد القبض فى الموضوعين و اعتبار العرف فيهما، انتهى.

و ظاهر عدم اكتفائه هنا بالوضع بين يديه مخالف للفرع المتقدم عنه الا ان يلتزم بكفاية التخليء فى رفع الضمان، و ان لم يكن قبضا كما اشرنا إليه سابقا.

فرعان الاول: قال فى التذكرة لو باع دارا أو سفينة مشحونة بامتع البائع و مكنه منها بحيث جعل له تحويلها من مكان الى مكان كان قبضا، و قال ايضا إذا كان المبيع فى موضع لا يختص بالبائع كفى فى المنقول النقل من حيز الى حيز و ان كان فى موضع يختص به، فالنقل من زاوية الى اخرى بغير اذن البائع لا يكفى لجواز التصرف، و يكفى لدخوله فى ضمانه و ان نقل يادنه حصل القبض، و كأنه استعار البقعة المنقول إليها.

الثانى: قال فى المسالك لو كان المبيع مكيلا أو موزونا فلا يخلو اما ان يكون قد كيل قبل البيع أو وزن أو لا بأن اخبر البائع بكيله أو وزنه، أو باعه قدرا معيننا من صبرة مشتملة عليه، فإن كان الآخر فلا بد فى تحقيق قبضه من كيله أو وزنه، للنص المتقدم، و ان كان الاول ففى افتقاره الى الاعتبار ثانيا لاجل القبض أو الاكتفاء بالاعتبار الأول وجهان

حتى مع القبض، و حينئذ يبقى سؤال و هو:

انه فى صحيح معاوية سئل عن البيع قبل القبض، و اجاب (عليه السلام) بانه فى المكيل و الموزون لا بيع قبل الكيل و الوزن، و لو لم يكن القبض هو الكيل و الوزن لما صح ذلك و يمكن ان يقال: انه إذا كان المبيع كليا لا يعتبر فى صحته فعليه الكيل و الوزن، و انما يكتفى بتقديره بمقدار معين كيلا- أو وزنا، و لكن يعتبر فعليتهما فى مقام الوفاء و تطبيق الكلى على الفرد، و تعيينه الفرد، و حيث ان تطبيق الكلى على الفرد و تعيينه فيه متوقف على قبول المشتري و قبضه، فمجرد الكيل أو الوزن الفعلى من دون قبض من صاحب الحق لا يوجب التعيين، بل هو كيل مال البائع لا كيل مال المشتري.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥٠١

من اطلاق توقف الحكم على الكيل و الوزن. و قد حصلا و قوله (عليه السلام) فى النص حتى تكيله أو تزنه لا يدل على اعتبار ازيد من اعتبار الكيل و الوزن الشامل لما وقع قبل البيع. و من ان الظاهر ان ذلك لأجل القبض لا لتحقق شرط صحة البيع الثانى، فلا بد له من اعتبار جديد بعد العقد و به صرح العلامة و الشهيد و جماعة و هو الاقوى و يدل عليه قوله (عليه السلام) الا ان يوليه فإن الكيل السابق شرط لصحة البيع فلا بد منه فى التولية و غيرها فدل على ان ذلك لأجل القبض لا لصحة البيع، انتهى المهم من كلامه (رحمه الله).

اقول 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 يكيله ثانيا أو يزنه و ان لم يرد بيعه ثانيا، و كذا لو كاله و قبضه ثم عقد عليه و قد تظن لذلك المحقق الاردبيلي (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 اصوعا من صبرة مشتملة عليها أو اشترى باخبار البائع. اما إذا كاله بحضور المشتري، ثم باعه اياه فأخذه و حمله الى بيته و تصرف فيه بالطحن و العجن و الخبز، فلا شك في كونه قبضا مسقطا للضمان مجوز للبيع، و لا يلزم تكلف البائع بكيله مرة اخرى للاقباض، الى ان قال: ما حاصله ان كون وجوب الكيل مرة اخرى للقبض مع تحققه اولا عند الشراء كما نقله في المسالك عن العلامة و الشهيد و جماعة (قدس الله اسرارهم) و قواه ليس بقوى، انتهى.

و قال في جامع المقاصد عند شرح قول المصنف ان 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 اخبره البائع بالكيل أو الوزن فصدقه، و اخذ على ذلك حصل القبض، كما نص عليه في التذكرة، ثم قال: و لو اخذ المبيع جزافا أو ما اشتراه كيلا وزنا أو بالعكس، فإن تيقن حصول الحق فيه صح، و إلا فلا، ذكره في التذكرة، و الذى ينبغى ان يقال: ان هذا الاخذ باعطاء البائع موجب لانتقال ضمان المدفوع الى المشتري، و انتفاء سلطنة البائع، لو اراد حبسه ليقبض الثمن لا التسلط على بيعه، لأن بيع ما يكال أو يوزن قبل كيله أو وزنه على التحريم أو الكراهة

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٠٢

و لو كيل قبل ذلك فحضر كيله أو وزنه، ثم اشتراه و أخذه بذلك الكيل فهو، كما لو اخبره بالكيل أو الوزن بل هو اولى، انتهى.

ثم الظاهر ان مراد المسالك مما نسبه الى العلامة و الشهيد و جماعة من وجوب تجديد الاعتبار لاجل القبض، ما ذكره في القواعد تفريعا على هذا القول، انه لو اشترى مكايلة و باع مكايلة فلا بد لكل بيع من كيل جديد ليتم القبض، قال في جامع المقاصد في شرحه انه لو اشترى ما لا يباع الا 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 انه حضر الكيل المتعلق بالبيع الأول فاكتفى به، أو اخبره البائع فصدقه لكفى نقله و قام ذلك مقام كيله. و فى الدروس بعد تقوية كفاية التخلية فى رفع الضمان لا فى زوال تحريم البيع أو كراهته قبل القبض، قال: نعم لو خلى بينه و بين الكيل «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 الثانى لاختيارهم وجوب تجديد الكيل و الوزن لأجل القبض، و ان كيل أو وزن قبل ذلك،

لكن الانصاف انه ليس فى كلامهم و لا غيرهم ما يدل على ان الشئ الشخصى المعلوم كيله أو وزنه قبل العقد إذا عقد عليه و جب كيله مرة اخرى، لتحقق القبض،

كما يظهر من المسالك، فلا يبعد ان يكون كلام الشيخ قدس سره و من تبعه فى 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 انه كذا و كذا، فيكون مراد الشيخ و الجماعة من قولهم اشترى مكايلة، انه اشترى بعنوان الكيل و الوزن، فى مقابل ما إذا اشترى ما علم كيله سابقا من دون تسمية الكيل المعين فى العقد، لكونه لغوا.

و الظاهر ان هذا هو الذى يمكن ان يعتبر فى القبض فى غير البيع ايضا من الرهن و الهبة، فلو رهن اثناء معيننا من صفر مجهول الوزن أو معلوم الوزن أو وهبه خصوصا على القول بجواز هبة المجهول. فالظاهر انه لا يقول احد بأنه يعتبر فى قبضه وزنه، مع عدم تعلق غرض فى الهبة بوزنه اصلا.

نعم لو رهن أو وهب مقدارا معيننا من الكيل أو الوزن، امكن القول باشتراط

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٠٣

اعتباره فى قبضه، و ان قبضه جزافا كلا قبض، فظهر ان قوله فى القواعد اشترى مكايلة و هو العنوان المذكور فى المبسوط لهذا القول،

كما عرفت عند نقل الاقوال يراد به ما ذكرنا لاما عرفت من جامع المقاصد.

و يؤيده تكرار المكايلة في قوله و باع مكايلة، و يشهد له ايضا قوله في موضع آخر لو اخذ ما اشترى كيلا وزنا و بالعكس، فإن تيقن حصول الحق فيه، الخ.

و اظهر من ذلك فيما ذكرنا ما في المبسوط، فإنه بعد ما صرح باتحاد معنى القبض في البيع و الرهن و غيرهما، ذكر انه لو رهن صبرة على انه كيل كذا، فقبضه ان يكيه و لو رهنها جزافا فقبضه ان ينقله من مكانه مع انه اختار عدم جواز بيع الصبرة جزافا، فافهم. و أما قوله في الدروس فلا- يكفي الاعتبار الأول عن اعتبار القبض، فلا يبعد ان يكون تتمه لما قبله من قوله نعم لو خلى بينه و بينه فامتنع حتى يكتاله، و مورده بيع كيل معين كلي، فلا- يدل على وجوب تجديد اعتبار ما اعتبر قبل العقد، ثم ان ما ذكره في المسالك في صحيحة ابن وهب اولاً من ان قوله لا يبيعه حتى يكيه يصدق مع الكيل السابق، ثم استظهاره ثانياً بقريئة استثناء بيع التولية ان المراد غير الكيل المشروط 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 الثاني. و هذا غير قابل لإرادة الكيل المصحح للبيع الأول، فلا وجه لما ذكره اولاً اصلاً، و لا وجه لإرادة المصحح للبيع الثاني حتى يكون استثناء التولية قريئة على عدم ارادته 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 ارجاعها الى السؤال و الجواب عن شرائط البيع الثاني بل الكلام سؤالاً و جواباً نص في ارادة قابلية المبيع قبل القبض للبيع و عدمها فالاولى ان استثناء التولية ناظر الى الفرق بين البيع مكايلة، بأن يبيعه ما اشتراه على انه كيل معين، فيشترط قبضه بالكيل و الوزن،

ثم اقباضه، و بين ان يوليه البيع الأول من غير تعرض في العقد لكيه و وزنه، فلا- يعتبر توسط قبض بينهما، بل يكفي قبض المشتري الثاني عن الأول.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٦، ص: ٥٠٤

و بالجملة فليس في الصحيحة تعرض لصورة كيل الشيء اولاً قبل البيع، ثم العقد عليه و التصرف فيه بالنقل و التحويل، و ان يبيعه ثانياً بعد التصرف هل يحتاج الى كيل جديد لقبض البيع الأول، لا- لاشترط معلومية المبيع في البيع الثاني ام لا-؟ بل ليس في كلام المتعرضين لبيع ما لم يقبض تعرض لهذه الصورة.

القول في وجوب القبض

مسألة: يجب على كل من المتبايعين تسليم ما استحقه الآخر بالبيع (١)

إشارة

لاقتضاء العقد، لذلك (٢)

ففعلياً الكيل و الوزن مساوفاً لقبض المشتري و قبوله، و على هذا تنزل كلمات من نسب إليه كون قبض المكيل و الموزون بكيه أو وزنه،

و استثناء التولية انما يكون مناسباً لهذا المقام كما افاده بعض الأكابر، فانه يوليه البيع الصحيح، و يكون هو المباشر لما يكون وفاء، فكأن اعتبار بيع التولية اعتبار قيام المشتري الثاني مقام المشتري الأول في الطرفية للبيع لا انه يبيع جديد حتى يعتبر فيه قبض البائع في البيع الثاني، هكذا افيد.

القول في وجوب القبض.

(١) الثانية يجب على كل من المتبايعين تسليم ما استحقه الآخر بالبيع بلا خلاف و عن غير واحد دعوى الاجماع عليه و تنقيح القول بالبحث في مقامين:

الأول: في دليل وجوب التسليم، و انه هل يجبر عليه لو امتنع من وجب عليه ام لا؟

الثاني: في الفروع المتفرعة عليه.

اما المقام الأول: فيدل عليه امران:

(٢) احدهما: ان مقتضى العقد مالكية كل من المتبايعين لمال الآخر و من لوازم الملك و آثاره سلطنة المالك على ماله بالتصرف فيه بأى نحو شاء

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٠٥

فإن قال كل منهما: لا أدفع حتى اقبض، فالاقوى اجبارهما معا، (١) وفاقا للمحكي عن السرائر و الشرائع و كتب العلامة و الايضاح و الدروس و جامع المقاصد و المسالك

و بدفع مزاحمة الغير و مطالبته عن يده المال و وجوب الدفع عليه، و حيث ان هذا من لوازم الملك و الملك مقتضى العقد، فيصح ان يقال ان العقد يقتضى وجوب التسليم من حيث مدلوله الالتزامى،

و لازم هذا الوجه وجوب التسليم و ان امتنع الآخر عنه، لأن ظلم احد لا يسوغ ظلم الآخر.

و لو امتنع عن التسليم هل يجبر عليه من غير ناحية الأمر بالمعروف ام لا؟

ربما يقال انه لا يجبر، لأنه ليس له الا الملك، و لا أثر للملك الا السلطنة التكليفية،

و لا وجوب على من يده المال الا بعنوان اداء مال الغير، و الاجبار انما يكون لو امتنع عن حق كى يرفع امره الى الحاكم الذى هو ولى الممتنع.

و لكن الأظهر انه يجبر عليه، لأن الحاكم ولى من امتنع عن حق الغير أو ماله، و لذا لو كان المال الموروث عند شخص و امتنع عن ادائه يتولاه الحاكم أو يجبره على الدفع من باب ولايته على الممتنع.

و بعبارة اخرى: انه و ان لم يجبر عليه من ناحية وجوب التسليم الذى هو على هذا المسلك تكليف محض، و لكن يجبر عليه من ناحية موضوعه و هو مال الغير.

ثانيهما: ان بناء العقلاء فى باب المعاوضات على التسليم و التسلم، فيصير القبض و الاقباض من الشروط الضمنية التى التزم بها المتعاقدان فى متن العقد، و يكون الخيار لأجل تخلف هذا الشرط الضمنى، فكل منهما يستحق على صاحبه تسليم ما فى يده، و لازم هذا الوجه هو الاجبار لو امتنع عن التسليم بلا كلام.

الفروع المتفرعة على وجوب التسليم.

و أما المقام الثانى: فالفروع المذكورة اربعة:

(١) احدها: انه لو امتنع معا عن التسليم فالمشهور بين الاصحاب انهما يجبران

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٠٦

و غيرها، و عن ظاهر التنقيح الاجماع عليه، لما فى التذكرة من ان كلا منهما قد وجب له حق على صاحبه، (١) و عن الخلاف انه يجبر

البائع اولاً على تسليم المبيع، ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن، سواء كان الثمن عيناً أو فى الذمة، لأن الثمن انما يستحق على المبيع، فيجب أولاً تسليم المبيع ليستحق الثمن، ولعل وجهه دعوى انصراف اطلاق العقد الى ذلك. (٢) ولذا استقر العرف الى تسمية الثمن عوضاً وقيمةً ولذا يقبحون مطالبته الثمن قبل دفع المبيع، كما يقبحون مطالبته الاجرة قبل العمل، أو دفع العين المستأجرة، والاقوى ما عليه الأكثر، ثم ان ظاهر جماعته ان محل الخلاف فى هذه المسألة بين الخاصة والعامة، ما لو كان كل منهما باذلاً و تشاحاً فى البدء والتسليم لاما إذا امتنع احدهما عن البذل.

قال فى المبسوط بعد اختياره، اولاً- اجبارهما معا على التقابض، ثم الحكم بأن تقديم البائع فى الاجبار اولى، قال هذا إذا كان كل منهما باذلاً،

معا لو امتنعا وعن التنقيح الاجماع عليه، وعن الخلاف والمبسوط والغنية وغيرها: انه يجبر البائع اولاً على تسليم المبيع، ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن.

و هناك قولان آخران للعامة الأول: انه يجبر المشتري اولاً على تسليم الثمن.

الثانى: انه لا يجبران معا.

(١) واستدل للاول: بان كلا منهما امتنع عما وجب عليه فيجبر عليه واستدل للثانى:

بان الثمن تابع للمبيع، ويستحق عليه، فيجب اولاً تسليم المبيع ليستحق الثمن.

(٢) و وجهه المصنف (رحمه الله): بانصراف اطلاق العقد الى ذلك ولذا استقر العرف الى تسمية الثمن عوضاً وقيمةً ويقبحون مطالبته الثمن قبل دفع المبيع،

وبانه بتسليمه يستقر البيع ويتم، إذ لو تلف قبل القبض كان من مال البائع.

ويرد على الأول: ان الثمن عوض لا- تابع، وانما يتصف كل من المبيع والثمن بالعوضيه فى مرتبة واحدة و آن واحد، وهو عند تمامية العقد من دون سبق و لحوق اصلا،

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥٠٧

...

وكذا فى مرتبة استحقاق التسليم المعاضى. و كون انصراف اطلاق العقد ذلك ممنوع و تقبيح مطالبته الثمن قبل دفع المبيع كتقبيح العكس.

ويرد على الثانى: ان البيع يتم قبل القبض، و قد حكم الشارع تعدياً بالانفساخ لو تلف المبيع قبل القبض.

واستدل للثالث:

بان حق المشتري متعين فى المبيع فيؤمر بدفع الثمن ليتعين حق البائع، فان للبائع حقاً وهو التسلط على الخيار بعد الثلاثة و قد يفوته ذلك بالقبض. كذا فى الجواهر.

وما ذكره اولاً الى قوله فان للبائع موجود فى محكى التذكرة، و ذيله اضافته هو إليه،

والظاهر كونهما وجهين،

فان مال ما فى التذكرة الى انه انما يجب التسليم بعد تعيين حق كل منهما، و قبل تسليم الثمن بما انه لا يكون حق البائع متعيناً فيجب البدء به كى يتعين حقه،

و مرجع ما فى الجواهر الى ان تكليف البائع بالبدء يفوت حقاً يختص به و هو خيار التأخير.

و الجواب عن الوجه الأول: مضافا الى اختصاصه بالثمن الكلى الذى نبه عليه فى آخر كلامه: ان وجوب التسليم كان من باب وجوب رد المال الى صاحبه ام من جهة الشرط الضمنى، لا فرق فيه بين المتعين و الكلى، و نسبته اليهما على حد سواء من دون تقدم و تأخر بينهما.

و يرد على الوجه الثانى: ان وجوب التسليم انما يكون من باب الشرط الضمنى، و نسبة ذلك اليهما على حد سواء، و تفويت حق احدهما على تقدير لا يصلح مانعا عن العمل بما التزم على نفسه. و استدلل للرابع:

بان الوجوب على كل منهما مشروط بعدم امتناع الآخر، فإذا امتنعا معا ارتفع الوجوب عنهما. منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥٠٨

و أما إذا كان احدهما غير باذل اصلا، و قال لا أسلم ما على (١) اجبره الحاكم على البذل، فإذا حصل البذل حصل الخلاف فى ان ايهما يدفع هذا إذا كان موسر قادرا على احضار الثمن، فإن كان معسرا كان للبائع الفسخ و الرجوع الى عين ماله كالمفلس، انتهى. و قال فى التذكرة توهم قوم أن الخلاف فى البدأ بالتسليم خلاف فى ان البائع هل له حق الحبس أم لا، ان قلنا بوجوب البدأ للبائع، فليس له حبس المبيع الى استيفاء الثمن، و إلا فله ذلك، و نازع اكثر الشافعية فيه و قالوا هذا الخلاف مختص بما إذا كان نزاعهما فى مجرد البدأ، و كان كل منهما يبذل ما عليه، و لا يخاف فوت ما عند صاحبه، فاما إذا لم يبذل البائع المبيع، و اراد حبسه خوفا من تعذر تحصيل الثمن، فله ذلك بلا خلاف، و كذا للمشتري حبس الثمن خوفا من تعذر تحصيل المبيع، انتهى. و قد صرح بعض آخر ايضا بعدم الخلاف فى جواز الحبس، لامتناع الآخر من التسليم، و لعل الوجه فيه ان عقد البيع مبنى على التقابض، و كون المعاملة يدا بيد،

فقد التزم كل منهما بتسليم العين مقارنا لتسليم صاحبه، و التزم على صاحبه ان لا يسلمه مع الامتناع، فقد ثبت باطلاق العقد، لكل منهما حق الامتناع مع امتناع صاحبه، فلا يرد ان وجوب التسليم على كل منهما ليس مشروطا بتحقيقه من الآخر، فلا يسقط التكليف باداء مال الغير عن احدهما بمعصية الآخر، و ان ظلم احدهما لا يسوغ ظلم الآخر هذا كله مع عدم التأجيل فى أحد العوضين،

وفيه: ان دليل الوجوب ان كان ما دل على وجوب رد المال الى صاحبه فهو مطلق غير مشروط، و ان كان هو الشرط الضمنى، و هو و ان كان مقيدا بتسليم الآخر على ما ستعرف الا انه ليس مقيدا بعدم امتناع الآخر مطلقا حتى فيما إذا كان امتناعه لأجل امتناع هذا عن التسليم، فتدبر فانه دقيق، فالأظهر هو القول الأول.

(١) ثانيها: انه لو امتنع احدهما عن التسليم مع تمكين الآخر من التسليم فانه يجبر عليه، و هل يجب التسليم على صاحبه ما لم يجبر عليه كما عن المحقق الأردبيلي، ام يجوز له عدم التسليم كما عن المشهور؟ وجهان: منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥٠٩

فلو كان احدهما مؤجلا لم يجز حبس الآخر. (١) قال فى التذكرة: و لو لم يتفق تسليمه حتى حل الاجل لم يكن له الحبس ايضا و لعل وجهه ان غير المؤجل قد التزم بتسليمه من دون تعليق على تسليم المؤجل اصلا و هذا مما يؤيد ان حق الحبس ليس لمجرد ثبوت حق للحابس على الآخر، فيكون الحبس بازاء الحبس،

قد استدلل للأول: بان الانتقال بالعقد يقتضى وجوب الدفع على كل واحد منهما،

و منع احدهما حق الآخر و ظلمه لا يجوز الظلم للآخر و منعه حقه، و استجوده المحدث البحراني (رحمه الله).

و لكن الأظهر هو الثاني، فانه التزم كل منهما في ضمن العقد ان يسلم بازاء التسليم،

و لازم ذلك عدم المطالبة مع عدم التسليم، و معه فليس للممتنع مطالبة صاحبه، و من المعلوم انه لا يجب دفع ما لا يستحق صاحبه مطالبته.

و ان شئت قلت: ان الالتزام بالتسليم المعاضى ينحل الى التزامين: الالتزام بالتسليم عند تسليم الآخر، و الالتزام بعدم التسليم مع امتناعه عنه.

(١) ثالثها: انه لو كان تسليم احد العوضين مؤجلا لا إشكال في انه لا يجب على مشرط التأخير التسليم و يجب على غيره،

انما الكلام فيما إذا لم يسلم غير مشرط التأخير حتى حل الأجل، و انه هل لكل تسليم حكم نفسه، فلو امتنع احدهما عنه ليس للآخر الامتناع عنه كما عن الاكثر، ام يعود حكم التقابض؟ وجهان مبنيان على انه كما لا التزام بالتسليم المعاضى قبل حلول الأجل هل لا يكون التزام به بعده ايضا،

ام هناك التزام بالتسليم المطلق قبل حلول الأجل، و بالتسليم المعاضى بعده إذا فرض عدم تسليم غير المؤجل. صريح الجواهر و التبصرة و غيرهما هو الأول،

و لكن المراجع الى اهل العرف يطمئن بالثاني افرض انه بعد العقد المذكور اطمأن غير مشرط التأخير بان صاحبه لا يسلم بعد حلول الأجل، فهل يلزمه اهل العرف بالتسليم، كلا و ليس ذلك الا لأجل الالتزام الضمنى، فالأظهر هو الثاني.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥١٠

ثم ان مقتضى ما ذكرنا من عدم وجوب التسليم مع امتناع الآخر و عدم استحقاق الممتنع لقبض ما في يد صاحبه انه لو قبضه الممتنع بدون رضا صاحبه لم يصح القبض، (١) فصحة القبض بأحد امرين: اما قباض ما في يده لصاحبه فله

حينئذ قبض ما في يد صاحبه و لو بغير اذنه، و أما اذن صاحبه سواء أقبض ما في يده ام لا؟ كما صرح بذلك في المبسوط و التذكرة، و صرح فيهما بأن له مطالبة القابض برد ما قبض بغير اذنه، لأن له حق الحبس و التوثق الى ان يستوفى العوض، و في موضع من التذكرة انه لا ينفذ تصرفه فيه، (٢) و مراده التصرف المتوقع على القبض،

كالباع أو مطلق الاستبدال، ثم إذا ابتداء احدهما بالتسليم اما لوجوبه عليه كالبائع على قول الشيخ، أو لتبرعه بذلك اجبر الآخر على التسليم، و لا يحجر عليه في ما عنده من العوض، و لا في مال آخر لعدم الدليل.

مسألة: يجب على البائع تفرغ المبيع من امواله مطلقا

إشارة

و من غيرها في الجملة، (٣) و هذا

(١) رابعها: انه بناء على الالتزام بالتسليم المعاضى لو قبض الممتنع ماله بغير اذن صاحبه، فلا كلام في ان لصاحبه استرداده، لأنه و ان كان ماله الا ان المفروض ان لصاحبه حق الامتناع عن تسليمه و تسلطه على حبسه مع امتناع القابض عن التسليم،

(٢) انما الكلام في تصرفاته و انها هل تجوز ام لا. و في الجواهر: اختيار الثاني و استدلال له: بانه المناسب للارفاق، و حديث الضرار.

وفيه: ان المناسب للارفاق و حديث الضرار هو الأول، فانه ماله، و لا يكون متعلقا لحق الغير، إذ لم يثبت بالالتزام الا جواز الامتناع لا حدوث حق في العين يمنع عن التصرف فيها، و منع المالك عن التصرف في ماله ضرر عليه، فالأظهر هو الأول.

لزوم التفريغ

(٣) الثالث لا خلاف و لا إشكال في انه يجب على البائع تفريغ المبيع من امواله مطلقا و من غيرها في الجملة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥١١

و هذا الوجوب ليس شرطيا بالنسبة الى التسليم، (١) و ان أو همه بعض العبارات ففي غير واحد من الكتب انه يجب تسليم المبيع مفرغا، و المراد ارجاع الحكم الى القيد و الا فالتسليم يحصل بدون، و قد تقدم عن التذكرة، و كيف كان فيدل على وجوب التفريغ ما دل على وجوب التسليم، فإن اطلاق العقد، كما يقتضى اصل التسليم كذلك يقتضى التسليم مفرغا، (٢) فإن التسليم بدون كالعدم بالنسبة الى غرض المتعاقدين، (٣) و ان ترتب عليه احكام تعبدية كالدخول في ضمان المشتري و نحوه، فلو كان في الدار متاع و جب نقله فورا، فإن تعذر ففي اول ازمئة الامكان

و تنقيح القول في المقام بالبحث في فروع:

(١) الاول: يجب على البائع تفريغ المبيع من امواله و من غيرها الا مع علم المشتري باشتغاله به و رضاه بذلك، و الدليل عليه ما دل على وجوب التسليم من الوجهين.

الثاني: ان وجوب التفريغ هل هو نفسى كوجوب التسليم أو شرطى؟ ظاهر كلمات القوم هو الثانى حيث قالوا: يجب التسليم مفرغا. و استدل المصنف (رحمه الله) للأول بوجهين:

(٢) احدهما: ان اطلاق العقد كما يقتضى اصل التسليم كذلك يقتضى التسليم مفرغا و المراد بالاطلاق اما هو الشرط المضممر، أو ان مقتضى العقد هو مالكية كل من المتعاقدين لما في يد الآخر، و يترتب على كل منهما آثار الملكية منها سلطنة مالكة عليه و دفع مزاحمة الغير، و ترك التفريغ مزاحمة له في سلطانه على الانتفاع بماله فيجب التفريغ دفعا للمزاحمة. و الظاهر ان مقتضى كلا الوجهين ما افاده من الوجوب النفسى، اما الثانى: فواضح،

اما الأول: فلأن الشرط ليس واحدا و هو التسليم التام، بل هو اثنان لتعدد الغرض من كون المبيع تحت سلطانه، و الانتفاع به بجميع الانتفاعات.

(٣) ثانيهما: ان التسليم بدون كالعدم بالنسبة الى غرض المتعاقدين.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥١٢

و لو تراخى زمان الامكان، و كان المشتري جاهلا كان له الخيار، لو تضرر بفوات بعض منافع الدار عليه. (١) و فى ثبوت الأجرة لو كان لبقائه اجرة الى زمان الفراغ وجه، و لو كان تأخير التفريغ بتقصيره فينبغى الجزم بالاجرة، (٢) كما جزموا بها مع امتناعه من اصل التسليم.

وفيه: انه لو تم لدل على الوجوب الشرطى لا النفسى كما لا يخفى.

(١) الثالث: لو تراخى زمان الامكان و مضت مدة و لم يتمكن البائع من التفريغ أو لم يفرغ فقد حكم المصنف (رحمه الله) بالخيار مع

شرطين، و هما: كون المشتري جاهلا، و تضرره بفوات بعض المنافع. و الظاهر ان نظره الى حديث لا ضرر المختص بصورة التضرر و الجهل،

و لكن بما ان هذا الخيار يمكن اثباته من باب تخلف الشرط، فلا يكون مقيدا بصورة التضرر و فوات بعض المنافع.

(٢) الرابع: لو مضت مدة و فات فيها بعض المنافع فان كان بتقصير منه كان تفويتا للمنفعة فتشمله قاعدة من اتلف «١» و يثبت ضمانه، و ان لم يكن كذلك، فان كان الفوات- اى فوات المنفعة- مستندا إليه و لو كان من غير اختيار منه ضمن لقاعدة من اتلف و الا فلا، إذ لا إتلاف، و لا يد «٢» عليها لفرض كونها تحت يد المشتري، فلا موجب للضمان.

و أما قاعدة احترام مال المسلم «٣» و قاعدة نفى الضرر، «٤» فقد تقدم فى الجزء الثالث من هذا الشرح انه لا يمكن اثبات الضمان بهما.

(١) قاعدة مستفاده من مضامين الأخبار و عليها الاجماع.

(٢) سنن البيهقى ج ٦ ص ٩٠ كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧.

(٣) الوسائل- باب ٣- من ابواب القصاص فى النفس حديث ٣.

(٤) الوسائل- باب ١٧- من ابواب الخيار و قد مر فى خيار الغبن عمدة مصادر الحديث.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥١٣

و لو كان فى الأرض زرع قد احصد و جب ازالته لما ذكرنا، و ان لم يحصد (١)

و جب الصبر الى بلوغ أو انه للزوم تضرر البائع بالقلع. (٢) و أما ضرر المشتري فينجبر بالخيار مع الجهل، (٣) كما لو وجدها مستأجرة، و من ذلك يعلم عدم الاجرة لأنه اشترى ارضا تبين انها مشغولة

حكم ما لو كانت الأرض مشغولة بالزرع

(١) الخامس: لو كانت الارض مشغولة بزرع للبائع لم يبلغ أو ان حصاده ففيه جهات من البحث:

الأولى: انه هل يجب على المشتري الصبر الى بلوغ اوانه، ام له السلطنة على المنع من ابقاء الزرع، ام له القلع أو الالزام بقلعه؟

(٢) قد استدلل للاول: بلزوم تضرر البائع بالمنع من الابقاء و القلع فسلطنة المشتري على المنع من الابقاء مرفوعة بقاعدة نفى الضرر.

و اورد عليه تارة: بان البائع اقدم على هذا الضرر ببيعه الذى هو نقل للمنافع الى ملك الغير تبعا للأرض.

و اخرى: بانه معارض بتضرر المشتري من عدم سلطنته على المنع و كون ذلك تحت استيلاء البائع.

(٣) و دفع ذلك بانجبار ضرره بالخيار كما فى المتن غريب فان لزوم البيع ليس ضروريا كى يثبت الخيار، بل الموجب للضرر هو سلطنة

البائع على الابقاء و عدم سلطنة المشتري على المنع، و معلوم ان القاعدة انما ترفع كل حكم كان ضروريا و لا تدل على رفع حكم آخر

و ان لزم منه عدم الضرر من هذا الحكم.

و فيهما نظر:

اما الأول: فلأن صدق الاقدام على الضرر يتوقف على ثبوت السلطنة للمشتري على المنع عن الابقاء، و هى مرفوعة بالحديث، فلا اقدام

على الضرر.

و ان شئت قلت: ان صدق الاقدام متوقف على ثبوت السلطنة، و هو يتوقف على صدق الاقدام و الالفى ترتفع بالحديث، و هذا دور.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥١٤

فلا يثبت اكثر من الخيار، (١) و يحتمل ثبوت الاجرة، لأنه اشترى ارضا لا يستحق عليها الاشتغال بالزرع، و المالك قد ملك الزرع غير مستحق للبقاء فيتخير بين ابقائه بالاجرة (٢) و بين قلعه، لتقديم ضرر القلع على ضرر فوات منفعة الأرض بالاجرة، و يحتمل تخيير المشتري بين ابقائه بالاجرة و قلعه بالارش، و يحتمل ملاحظة الاكثر ضررا

و أما الثاني: فلأن عدم السلطنة لا يكون مشمولاً لحديث لا ضرر فانه مختص بالأحكام الوجودية، و البائع لا سلطنة له على الابقاء، فان الانسان مسلط على مال نفسه دون مال غيره، و السلطنة على الابقاء سلطنة على مال الغير، فعدم هذه السلطنة لعدم المقتضى لا لوجود المانع،

فالأظهر انه لا سلطنة له على المنع من الابقاء أو القلع أو الالزام بقلعه.

(١) الثانية: هل للمشتري الخيار مع الجهل ام لا؟ الظاهر ذلك لتخلف الشرط المضممر، فان بناء المتعاقدين ارتكازا كما مر على تسليم المبيع مفرغا.

(٢) الثالثة: هل للمشتري الاجرة مع اختيار البائع الابقاء و عدم اعمال المشتري للخيار ام لا؟

الأظهر هو الأول، فان العين بما لها من المنافع تنتقل بالبيع الى المشتري، و البائع يستوفى منفعتها المملوكة له بابقاء الزرع، فلا بد من دفع الاجرة لاحترام مال المسلم.

و دعوى ان احترام المال سقط بمقتضى حديث لا ضرر الدال على انه لا سلطنة للمشتري على المنع من ابقاء الزرع و معه لا وجه للبناء على بقاء احترامه و عدم ذهابه هدرا،

مندفعة بان لكل مال مضاف الى مسلم حيثيتين: حيثية المالية، و حيثية الملكية،

و لكل منهما احترام، و مقتضى الاحترام من حيثية الاولى عدم ذهابه بلا تدارك، و مقتضى الاحترام من حيثية الثانية عدم مزاحمة المالك في سلطانه بالتصرف فيه من غير اذنه و رضاه.

و حديث لا ضرر انما اسقط الاحترام من حيثية الثانية، و لا وجه لسقوط الاحترام من حيثية الاولى، فالأظهر ثبوت الاجرة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥١٥

و لو احتاج تفريغ الأرض الى هدم شيء (١) هدمه باذن المشتري، (٢) و عليه طم ما يطم برضى المالك و اصلاح ما استهدم أو الارش (٣) على اختلاف الموارد، فإن مثل قلع الباب أو قلع ساجه منه اصلاحه اعداته بخلاف هدم حائط، فإن الظاهر لحوقه بالقيمي في وجوب الارش له و المراد بالارش قيمة الهدم لا أرش العيب. (٤)

و بالجملة فمقتضى العرف الحاق بعض ما استهدم بالمثل و بعضه بالقيمي، و لو الحق مطلقا بالقيمي كان له وجه، و يظهر منهم فيما لو هدم احد الشريكين الجدار المشترك بغير اذن صاحبه اقول ثلاثة

لو احتاج تفريغ الأرض الى هدم شيء

(١) السادس: لو احتاج تفريغ الارض الى هدم شيء هدمه و الكلام في هذا الفرع ايضا في جهات:

(٢) الاولى: هل يتوقف الهدم على اذن المشتري ام لا؟

ربما يقال بعدم التوقف نظرا الى ان شرط التفريغ شرط لذلك كله، و بناء عليه قيل لا يجب بعد الهدم اصلاح ما افسد.

و فيه: ان شرط التفريغ ليس الا شرط كون الدار فارغة لا شرط فعل البائع، مع انه شرط له لا عليه، و عليه فلو سلم كون الشرط هو

التفريغ المتوقف على الهدم لا- وجه للقول بعدم وجوب الاصلاح، إذ قد عرفت ان للمال المضاف الى المسلم بالاضافة الملكية حيثيتين، و لكل منهما احترام، و سقوط احترامه من احدى حيثيتين لا يوجب سقوطه من حيثية الاخرى.

(٣) الثانية: انه بعد الهدم هل يجب اعادته أو الارش ام هناك فرق بين ما كان مثليا كحائط البساتين فالاعادة، و بين ما لم يكن كذلك فالارش؟ وجوه،

و الأظهر هو الأخير، و لا يخفى وجهه.

الثالثة: ان الارش الذى يؤخذ هل هو قيمة الهدم أو ارش العيب؟

(٤) صرح المصنف بالاول، و هو الاظهر فان هذا العيب انما طرا باذن المشتري و انما يحكم بضمان القيمة لاجل الاحترام بالتقريب المتقدم.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥١٦

الاعادة مطلقا، كما فى الشرائع. و عن المبسوط و الارش كذلك، كما عن العلامة و المحقق و الشهيد الثانين، و التفصيل بين ما كان مثليا كحائط البساتين و المزارع و إلا فالارش كما عن الدروس، و الظاهر جريان ذلك فى كسر الباب و الشبايك و فتق، الثوب من هذا القبيل.

مسألة لو امتنع البائع من التسليم، (١)

فإن كان لحق، كما لو امتنع المشتري عن تسليم الثمن فلا ثم، و هل عليه اجرة مدة الامتناع احتمله فى جامع المقاصد، الا ان منافع الاموال الفاتئة بحق لا دليل على ضمانها، (٢)

لو امتنع البائع عن التسليم

(١) الرابعة: فى امتناع البائع عن التسليم و فيها فروع:

الأول: انه لو كان الامتناع لاعن حق لا كلام فى ضمان المنافع، فانه كغيره من الغاصبين.

الثانى: إذا كان امتناعه عن حق، فان استوفى البائع المنفعة ضمن بلا كلام لاستيفائه منافع مال الغير، و ان لم يستوفها ففيه وجهان بل قولان،

قد استدلل للضمان: بان جواز الحبس غير سقوط حق المنفعة.

توضيحه: ان مقتضى اليد و الاتلاف الضمان، و لا مانع سوى جواز الحبس، و هو لا يصلح للمانع، و المصنف قال:

(٢) الا ان منافع الاموال الفاتئة بحق لا دليل على ضمانها توضيحه: ان مال الغير إذا جاز حسبه اما ان يكون من جهة كونه امانة مالكية، أو يكون من جهة كونه امانة شرعية، و لكل منهما وجه فى المقام، فان الالتزام بالتقايض المعاوضى مقتضاه استحقاق الحبس، و هو اقوى من التامين المالكى، و المفروض ان الشارع الأقدس ايضا رخص فى الحبس، و على التقديرين لا- ضمان، إذ لا- سبيل على الأمين.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥١٧

و على المشتري نفقة المبيع، (١) و فى جامع المقاصد ما اشبه هذه بمثل منع الزوجة نفسها حتى يقبض المهر، فإن فى استحقاقها النفقة تردها (٢) قال و يحتمل الفرق بين الموسر و المعسر، انتهى.

و يمكن الفرق بين النفقة فى المقامين و لو طلب من البائع الانتفاع به فى يده. (٣)

ففى وجوب اجابته وجهان، و لو كان امتناعه لا لحق وجب عليه الاجرة، لأنه عاد و مقتضى القاعدة ان نفقته على المشتري.

(١) الثالث: هل على المشتري نفقة المبيع ام لا- أم هناك تفصيل بين كونه عن حق فعليه النفقة، و بين كونه لاعن حق فعلى البائع؟ وجوه،

اظهرها الأخير، فان الحبس عن حق لا يوجب سقوط نفقة المملوك عن مالكة فضلا عن ثبوتها للبائع، و أما فى الحبس لاعن حق فمقتضى صحيح ابى ولاد «١» كون النفقة على الغاصب.

(٢) الرابع: لا إشكال فى عدم وجوب نفقة الزوجه مع عدم التمكين إذا كان الامتناع لاعن حق لاشتراط وجوبها بالتمكين التام، انما الاشكال فيما إذا كان الامتناع عن حق، كما إذا امتنعت حتى تقبض المهر.

و منشأ الاشكال: ان الشرط هو التمكين الواجب عليها، و حيث لا وجوب مع جواز الامتناع فيجب النفقة أو التمكين المطلق، فلا تجب، و لعل الظاهر هو الأول،

و عليه فالفرق بين النفقة فى المقامين واضح، فان نفقة المملوك غير مشروطة بخلاف نفقة الزوجه.

(٣) الخامس: لو طلب المشتري من البائع الانتفاع به فى يده فهل تجب اجابته ام لا-؟ وجهان مبنيان على ان الملتزم به هو التقابض المعاوضى خاصة، فلا دليل فى مقابل قاعدة السلطنة المقتضية للسلطنة على جميع التصرفات و منها ذلك، فان الشرط هو عدم التسليم مع امتناع صاحبه عنه، أو هو المنع من التصرفات،

و لا يبعد اظهرية الثانى

(١) الوسائل - باب ١٧- من ابواب الاجارة.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٦، ص: ٥١٨

الكلام فى احكام القبض،

اشارة

و هى التى تلحقه بعد تحققه

مسألة من أحكام القبض انتقال الضمان ممن نقله الى القابض،

اشارة

فقبله يكون مضمونا عليه بعوضه اجماعا مستفيضا، بل محققا، (١) و يسمى ضمان المعاوضة (٢) و يدل عليه قبل الاجماع النبوى المشهور: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه، و ظاهره بناء على جعل من للتبويض انه بعد التلف يصير مالا للبائع، لكن اطلاق المال على التالف انما هو باعتبار كونه مالا عند التلف، و بهذا الاعتبار يصح ان يقع هو المصالح عنه إذا اتلفه الغير لا قيمته،

انتقال الضمان الى القابض

(١) من احكام القبض: انتقال الضمان ممن نقله الى القابض فقبله يكون مضمونا عليه بعوضه اجماعا.

و ملخص القول فيه: انه لا كلام و لا إشكال فى ذلك، و انه لو تلف قبل القبض يكون ضمانه على البائع. و يشهد له النبوى المشهور:

كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه «١».

و خبر عقبه بن خالد عن مولانا الصادق (عليه السلام) في رجل اشترى متاعا من رجل و اوجبه غير انه ترك المتاع عنده و لم يقبضه قال: آتيك غدا أن شاء الله تعالى فسرق المتاع،

من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته، فإذا اخرج من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد إليه ماله «٢»

انما الكلام في مواضع:

(٢) الاول: ان الضمان الثابت في المقام هل هو ضمان المعاوضة بحيث يتلف المبيع من البائع حقيقة كما في المتن أو ضمان الغرامة، بحيث يتلف في ملك المشتري بحيث يكون تلفه عليه

(١) المستدرک- باب ٩- من ابواب الخيار حديث ١.

(٢) الوسائل- باب ١٠- من ابواب الخيار حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥١٩

كما صرح به في باب الصلح من الشرائع و التحرير، و حينئذ فلا بد من ان يكون المراد بالنبوي: ان المبيع يكون تالفا من مال البائع. و مرجع هذا الى انفساخ العقد قبل التلف آنا ما، ليكون التالف مالا للبائع. (١)

و الحاصل ان ظاهر الرواية صيرورة المبيع مالا- للبائع بعد التلف، لكن لما لم يتعقل ذلك تعين ارادة وقوع التلف على مال البائع و مرجعه الى ما ذكره في التذكرة و تبعه من تأخر عنه من انه يتجدد انتقال الملك الى البائع قبل الهلاك بجزء لا يتجزأ من الزمان، و ربما يقال تبعا للمسالك ان ظاهر كون المبيع التالف قبل القبض من مال البائع يوهم خلاف هذا المعنى و لعله لدعوى ان ظاهر كونه من ماله كون تلفه من ماله، بمعنى كون دركه عليه فيوهم ضمانه بالمثل و القيمة

و يكون منه حقيقة كما عن المسالك؟ وجهان:

الأظهر هو الأول، و ذلك لأن مدرک الضمان هو النبوي و خبر عقبه، و هما ظاهران في ذلك،

(١) اما النبوي فلان من اما نشوية أو للتبعض أو للابتداء فان كانت نشوية كان معنى الخبر: ان المبيع التالف بهذا الوصف ينشأ من مال البائع، و لازم ذلك كون التالف قبل التلف مالا له، و الا لم يكن التلف ناشئا من ملكه.

و بعبارة اخرى: ان ظاهره على هذا وقوع التلف على مال البائع، و حيث انه ليس المراد رجوعه إليه مجانا، بل المراد رجوعه إليه ببدله فلازم ذلك انفساخ المعاملة.

و ان كانت للتبعض، فظاهره و ان كان صيرورة المبيع ملكا للبائع بالتلف الا ان ذلك لما كان غير معقول، فلا بد و ان يراد به كونه ملكا له قبل التلف آنا ما، و يكون اطلاق المال عليه بعد التلف باعتبار كونه مالا له قبله.

و ان كانت للابتداء، بان يكون ضمير هو عائدا الى التلف المستفاد من الماضي المشتق منه كما في مثل (اعدلوا هو اقرب للتقوى) فيكون مفاده: ان التلف من البائع،

و لازم ذلك الانفساخ، إذ فرق بين كون التلف منه و كونه عليه، و لازم الأول دخوله في ملكه

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٢٠

و مما ذكرنا من ان معنى الضمان هنا يرجع الى انفساخ العقد بالتلف و تلف المبيع في ملك البائع، و يسمى ضمان المعاوضة لا ضمانه عليه مع تلفه من المشتري، كما في المغصوب و المستام و غيرهما، و يسمى ضمان اليد يعلم ان الضمان فيما نحن فيه حكم شرعي لا

حق مالى، فلا يقبل الاسقاط. (١) 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 و يدل على الحكم المذكور أيضا، رواية عقبه ابن خالد عن أبى عبد الله (عليه السلام) فى رجل اشترى متاعا من رجل و أوجبه، غير أنه ترك المتاع عنده و لم يقبضه، قال آتيك غدا إنشاء الله فسرقت 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. و كيف كان

فما افاده المحقق الايروانى (رحمه الله) من انه على هذا لا يدل على الانفساخ لصدق كون التلف منه مع ثبوت عوضه فى امواله غير تام، فانه يصدق كون التلف عليه لا منه.

و أما خبر عقبه: فلأن قوله فسرقت المتاع من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع ظاهر فى ان السرقة تكون من مال البائع، و لا يكون ذلك الا بالانفساخ حتى تكون سرقة منه.

(١) الثانى: ان هذا الضمان هل هو حقى قابل للاسقاط ام حكم شرعى غير قابل له؟ وجهان:

اقوامها الثانى، فان الضمان المعاوضى معناه كون المبيع بعد البيع، بحيث إذا تلف قبل قبضه يفسخ العقد شرعا، و هذه الحيثية بالاضافة الى الانفساخ و الملكية من قبيل القوة بالاضافة الى الفعلية،

و ليس شىء منهما حقا قابلا للاسقاط لا الانفساخ و الملكية الفعلية و لا هذه الحيثية، و عليه فلا يصح اسقاطه.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥٢١

فلا خلاف فى المسألة أعنى بطلان البيع عند التلف لا من أصله، (١) لأن تقدير مالىة البائع قبل التلف مخالف لأصالة بقاء العقد، (٢) و إنما احتيج إليه لتصحيح ما فى النص من الحكم بكون التالف من مال البائع، فيرتكب بقدر الضرورة و يترتب على ذلك كون النماء قبل التلف للمشتري. و فى معناه الركاز الذى يجده العبد المبيع التالف قبل القبض، و بعد وجدانه للركاز و ما وهب منه فقبله و قبضه أو أوصى له به فقبله ثم مات العبد أى العبد الموصى له به قبل قبض المشتري اياه

(١) الثالث: انه على الانفساخ هل يبطل البيع عند التلف أو من اصله؟ وجهان.

(٢) استدلال المصنف (رحمه الله) للاول بان تقدير كونه ملكا للبائع قبل التلف مخالف لأصالة بقاء العقد.

و حاصله: ان الأصل بقاء العقد الى التلف، رفعنا اليد عن ذلك بالنسبة الى ما قبل التلف، فيبقى الباقي عملا بالاستصحاب الى حين العلم بالزوال.

و اورد عليه المحقق التقي (رحمه الله): بان القول بالبطلان من رأس و ان كان مخالفا لما دل على صحة البيع و نفوذه و حرمة نقضه، و لكن هذا لازم على تقدير القول بالانفساخ قبل التلف آنا ما، فان مقتضى اطلاق تلك الأدلة ثبوت الملك و وجوب الوفاء فى جميع الأزمنة لا مجرد ثبوت الملك آنا ما، مضافا الى لزوم مخالفة قاعدة سلطان الناس على اموالهم و انفسهم، «١»

فان مقتضى الأول عدم خروج مال احد عن ملكه بدون رضاه، و مقتضى الثانى عدم دخول شىء فى ملكه بدون رضاه، و الانفساخ القهرى موجب لخرم كل من القاعدتين، بل يلزم من ذلك خرم قاعدة الخراج بالضمان، «٢» حيث ان الخراج على هذا التقدير للمشتري و الضمان للبائع، بخلاف ما لو قلنا بالانفساخ من رأس، فان الضمان و الخراج للبائع،

فالقول بالانفساخ من رأس مخالف لقاعدة واحدة،

و القول بالانفساخ حين التلف مخالف لقواعد اربع، فيقدم الأول ترجيحا لحفظ القواعد الأربع على حفظ دليل واحد،

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

(٢) المبسوط كتاب البيوع فصل الخراج بالضممان صحيح الترمذى ج ٥ ص ٢٨٥.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٢٢

كما صرح به في المبسوط و التذكرة و صرح العلامة بأن مؤنثه تجهيزه لو كان مملوكا على البائع، و هو مبني على ثبوت الملك التحقيقي قبل التلف (١)

و لو فرض التكافؤ و التساقت فالمرجع اصالة فساد العقد و عدم انتقال كل من العوضين عن صاحبه الأصلي الى غيره.

و فيه: اما مخالفة القول بالانفساخ من حين التلف لدليل صحة البيع و نفوذه،

فيردها: ان العقد الصحيح هو ما يؤثر في الملكية المرسله، و الفسخ أو الانفساخ لا يوجب عدم التأثير كى ينافيه، بل يوجب رفع هذه الملكية المرسله.

و أما مخالفته لقاعدة السلطنة على النفس و المال،

فيردها: ان دليل السلطنة انما ينفي تصرف غيره من الناس، و الانفساخ حكم شرعى لا معنى لكون دليل السلطنة نافيا له.

و أما مخالفته لقاعدة الخراج بالضممان،

فيردها: ما تقدم من عدم التلازم بينهما، و انما مفاد الحديث- على فرض وجوده- ان الضمان، المعاوضى اى ملكية العين بازاء شىء تتبعها ملكية المنافع،

فالأظهر هو الانفساخ من حين التلف.

(١) قوله و هو مبني على ثبوت الملك التحقيقي قبل التلف اورد عليه المحقق التقي (رحمه الله) بانه يمكن ان يلتزم بالانفساخ الحكمى، و يترتب عليه كون مؤنثه التجهيز على البائع، بان يقال انه إذا حكم على الملك الحكمى، فظاهره ايضا الملكية المطلقة الحكمية و مقتضاه ترتيب جميع احكام الملك و التزويل منزلة الملك فى جميع الاحكام، و من الاحكام وجوب تجهيز العبد على المالك إذا مات و فيه: ان الخبر ليس فى مقام بيان ثبوت الملك للبائع كى يتمسك باطلاقه، بل فى مقام بيان تلف الملك من البائع و حيث انه لا- يعقل تلف الملك منه حقيقة فهو تلف الملك منه حكما و لا أثر لذلك الا الانفساخ، و بالجمله لو كان لسان الدليل ملكية البائع تم ما افاده، و لكن بما ان لسانه كون التالف من ملك البائع و لا أثر لهذا سوى الانفساخ فلا يتم

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٢٣

لا مجرد تقدير الملك الذى لا بد فيه من الاقتصار على الحكم الثابت المحجوج إلى ذلك التقدير دون ما عداه من باقى آثار المقدر إلا- أن يقال: بأن التلف من البائع يدل التزاما على الفسخ الحقيقي، (١) ثم انه يلحق بالتلف تعذر الوصول إليه عادة مثل سرقة على وجه لا يرجى عوده (٢)

(١) و على هذا فهل الانفساخ حقيقى أو حكمى قولان؟

و قد استدلل للثانى بوجهين:

احدهما: ان المال فى الآن المتصل بقائه بانعدامه يخرج عن المالىة و الملكية، إذ الشىء الذى يتلف فى آن وجوده لا قيمة له فى العرف و لا يبذل العقلاء بازائه مالا.

و فيه: اولاً: انه لا يوجب سلب المالىة ما لم يكن معلوما لعامة الناس.

و ثانياً: ان تقديره ملكا انما هو لرجوع ما جعل عوضا عنه الى مالكه، و لا فرق فى ذلك بين كونه مالا و عدمه.

الثاني: ما استند إليه المحقق التقي (رحمه الله)، و هو: ان الجزء غير المتجزئ من الزمان غير موجود، فالملك الحقيقي ان وجد لا في زمان فهو محال، و ان وجد في زمان فيكون هذا الزمان لا محالة قابلا للتجزئة، فيمكن فرض الملك في الأقل من ذلك، فلو حكم بالملك في هذا المقدار مع امكان الأقل منه فلم لا يحكم في اكثر من ذلك، و لو التزم بكون الملك في اقل من الزمان المفروض ينقل الكلام في ذلك المقدار الأقل و نقول فيه ما قلناه في الفرض الأول.

و فيه: انه يلتزم بالملك في الجزء الآخر من الزمان عرفا، و كون ذلك الجزء قابلا للتجزئة عقلا غير مناف بعد كونه غير قابل لها عرفا. فالأظهر هو الانفساخ الحقيقي على ما تقتضيه ظواهر الأدلة، فان ما دل على كون التلف من البائع يدل بالالتزام على الانفساخ الحقيقي. (٢) الرابع: ان التلف الحقيقي مساوق للانعدام الا ان التلف عرفا اعم منه و من كل ما لا يرجى معه عود المبيع كما هو ظاهر خبر عقبه بن خالد، «١» حيث حكم فيه بانه من البائع بسبب السرقة.

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

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٢٤

و عليه يحمل رواية عقبه المتقدمه، قال في التذكرة و 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 للشافعية و جهان: أقواهما الثاني، و لو ابق العبد قبل القبض أو ضاع في انتهاب العسكر لم يفسخ البيع لبقاء المايه و رجاء العود، انتهى. و في التذكرة أيضا لو هرب المشتري قبل وزن الثمن، و هو معسر مع عدم الاقباض احتمل ان يملك البائع الفسخ في الحال لتعذر استيفاء الثمن و الصبر ثلاثة ايام للرواية، و الاول اقوى لورودها في البازل، و ان كان موسرا اثبت البائع ذلك عند الحاكم، ثم ان 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، ثم ان ظاهر كثير من الاصحاب: انه لا يعتبر في القبض المسقط للضمان وقوعه صحيحا جامعا لما يعتبر فيه، (١) فلو وقع بغير اذن ذي اليد كفي في رفع الضمان، كما صرح به في التذكرة، و الدروس، و غيرهما، و لو لم يتحقق الكيل و الوزن (٢)

لا يقال: ان تعذر التسليم عد من اسباب الخيار مع ان لازم هذا الوجه الانفساخ بسببه.

فانه يقال: تعذر التسليم ربما يكون مع العلم بالتمكن بعد حين أو مع الشك، و ربما يكون مع العلم أو الاطمئنان بعدم الامكان الى الابد، و الملحق بالتلف هو الثاني، و الموجب للخيار هو الأول. فتأمل فان ذلك قابل للمنع.

(١) الخامس: إذا وقع القبض غير واجد لشرائط صحته فهل ينتقل الضمان ام لا؟

ملخص القول: انه مع فقد بعض ما يعتبر فيه ان صدق عليه القبض الذي حقيقته الاستيلاء على المقبوض مع التصرف الخارجي على ما تقدم انتقل الضمان، إذ لم يؤخذ في موضوع الانتقال سوى عنوان القبض، و عليه فلو تحقق القبض من دون اذن ذي اليد كفي و ان جاز استرداده.

(٢) و أما الكيل و الوزن: فان كان المبيع شخصا فهما غير معتبرين في القبض،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٢٥

بناء على اعتبارهما في قبض المكيل، ففي سقوط الضمان بمجرد نقل المشتري قولان: قال في التذكرة في باب بيع الثمار: انه لو اشترى طعاما مكايلاه، فقبض جزافا فهلك في يده، فهو من ضمان المشتري لحصول القبض، و ان جعلنا الكيل شرطا فيه فالاقرب انه من ضمان البائع، انتهى.

وقد تقدم عن جامع المقاصد سقوط الضمان هنا بناء على اشتراط الكيل في القبض، ولا يخلو عن قوة، و هل يكتفى بالتخليه على القول بعدم كونها قبضا في سقوط الضمان قولان: لا يخلو السقوط من قوة و ان لم نجعله قبضا. (١) 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 الاتلاف، (٢) فإما ان يكون من المشتري، و أما ان يكون من البائع، و أما ان يكون من الاجنبى،

و على فرض الاعتبار تعبدا لا وجه لاعتبارهما في رفع الضمان،

و ان كان كليا فالوفاء لا يكون الا بالكيل و الوزن، فالقبض بلا اذن من البائع لا يحقق الوفاء و لا يشخص ملك المشتري كى يرتفع الضمان.

و أما النقل بناء على اعتباره: فان كان معتبرا في صدق القبض فهو يعتبر في رفع الضمان و ان كان غير معتبر فيه و ان اعتبر تعبدا فلا يكون معتبرا في رفع الضمان.

و مما ذكرناه ظهر عدم الاكتفاء بالتخليه على القول بعدم كونها قبضا، كما ظهر ما في كلمات المصنف من الاشكال.

(١) قوله لا يخلو السقوط من قوة و ان لم نجعله قبضا قد مر أنه لا قوة فيه، و لا وجه له مع عدم صدق القبض و تعليق الانفساخ على القبض

انتقال الضمان بالاتلاف

(٢) السادس: فى الاتلاف و هو قد يكون من المشتري و قد يكون من البائع و قد يكون من الاجنبى.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥٢٦

فإن كان من المشتري، (١) فالظاهر عدم الخلاف فى كونه بمنزلة القبض فى سقوط الضمان، لانه قد ضمن ماله باتلافه و حجته الاجماع لو تم و إلا فانصراف النص الى غير هذا التلف، فيبقى تحت القاعدة، قال فى التذكرة هذا إذا كان المشتري عالما، و ان كان جاهلا، بأن قدم البائع الطعام المبيع الى المشتري فأكله، هل يجعل قابضا الاقرب انه لا يصير قابضا، و يكون بمنزلة اتلاف البائع، ثم مثل له بما إذا قدم المغصوب الى المالك فأكله، أقول هذا مع غرور البائع لا بأس به، اما مع عدم الغرور ففى كونه كالتلف السماوى وجهان و لو صال العبد على المشتري فقتله دفعا ففى التذكرة ان الاصح انه لا يستقر عليه الثمن.

و حكى عن بعض الشافعية: الاستقرار لانه قتله فى غرض نفسه، و لو اتلفه البائع (٢) ففى انفساخ البيع كما عن المبسوط و الشرائع و التحرير لعموم التلف فى النص (٣) لما كان باتلاف حيوان أو انسان أو كان بأفة

(١) فان كان الاتلاف من المشتري فحيث انه مساوق للقبض فانه استيلاء مع التصرف الخارجى، فبالإتلاف يتحقق القبض، فلا يكون من التلف قبل القبض، و لا فرق فى ذلك بين العلم و الجهل.

و ان ابيت عن ذلك فان قلنا بشمول التلف للسماوى و الاختيارى فينفسخ العقد من غير فرق بين الصورتين، و الا فلا بد من الرجوع الى ما تقتضيه القاعدة، و هو كون التلف من المشتري لا من البائع.

(٢) و ان كان الاتلاف من البائع ففيه وجوه:

الأول: ما عن المبسوط و الشرائع و التحرير، و هو: كونه كالتلف موجبا للانفساخ.

الثاني: كونه موجبا لضمان الغرامة.

الثالث: تخيير المشتري بين الرجوع بالمسمى، و الرجوع ببدل التالف، اختاره جمع من الأساطين منهم المصنف (رحمه الله).

(٣) و استدلل للاول: بان الانفساخ فى النص علق على التلف و هو قد يكون قهريا و قد يكون اختياريا، و مقتضى الاطلاق عدم الفرق بين اسبابه، بل ظاهر خبر عقبه

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥٢٧

أو ضمان البائع للقيمة لخروجه عن منصرف دليل الانفساخ فيدخل تحت قاعدة اتلاف مال الغير، (١) أو التخيير بين مطالبته بالقيمة أو بالثمن. اما لتحقق سبب الانفساخ و سبب الضمان فيتخير المالك فى العمل باحدهما. (٢) و أما لأن التلف على هذا الوجه إذا خرج عن منصرف دليل الانفساخ لحقه حكم تعذر تسليم المبيع،

فيثبت الخيار للمشتري لجريان دليل تعذر التسليم هنا، و هذا هو الاقوى (٣)

و اختاره فى التذكرة و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و غيرها، و عن حواشى الشهيد نسبة الى اصحابنا العراقيين

ابن خالد شموله للاختيارى، فان السرقة المترلة منزلة التلف لا تكون الا بالاختيار،

و لا فرق فى هذا المعنى بين اتلاف الأجنبى و البائع.

و فيه: ان التلف منصرف الى القهرى. و بعبارة اخرى: انه بحسب المتفاهم العرفى مقابل للاتلاف، و خبر عقبه قد مر انه ضعيف السند لمحمد بن عبد الله بن هلال و بما ذكرناه يظهر مدرك القول الثانى،

(١) فانه إذا لم يشمل النبوى يشمله من اتلف مال الغير بل لو شك فيما ذكرناه و احتمال شمول التلف لمورد الاتلاف يجرى استصحاب بقاء المبيع على ملك المشتري،

و ينقح بذلك موضوع من اتلف.

و استدلل للتالث بوجهين:

(٢) الاول: انه يجتمع فيه سبب ضمان المسمى و الانفساخ و هو كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه، و سبب ضمان الغرامة و هو من اتلف مال الغير، و حيث لا مرجح لأحدهما فيحكم بالتخيير.

و فيه: اولاً: ما تقدم من عدم شمول التلف لما إذا كان السبب اختياريا.

و ثانياً: انه لا تنافى بين الدليلين فى المقام: فان دليل التلف قبل القبض يوجب انفساخ المعاملة و صيرورة المال للبائع، و يرتفع بذلك موضوع من اتلف مال الغير.

و بعبارة اخرى: ان دليل من اتلف يدل على تأثير الاتلاف على تقدير وجود موضوعه، و ليس هو كسائر الادلة حافظا لموضوعه، و دليل التلف يوجب ارتفاع موضوعه، فلا تعارض بين الدليلين و لا تراحم.

(٣) الثانى: ان الاتلاف يوجب تعذر التسليم فيوجب الخيار للمشتري و حيث انه

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥٢٨

فإن اختار المشتري القيمة، فهل للبائع حبس القيمة على الثمن وجهان: (١) من انها بدل عن العين و من ان دليل الحبس و هو الانفهام من العقد يختص بالمبدل اقواهما العدم، و لو قبض المشتري بغير اذن البائع حيث يكون له الاسترداد فاتلفه البائع فى يد المشتري، ففى

كونه كاتلافه قبل القبض فيكون فى حكم الاسترداد، كما ان اتلاف المشتري فى يد البائع بمنزلة القبض، أو كونه اتلافا له بعد القبض موجبا للقيمة لدخول المبيع فى ضمان المشتري بالقبض، و ان كان ظالما فيه وجهان، (٢) اختار اولهما فى التذكرة

متعلق بمال المشتري فيشمله دليل من اتلف مال الغير، فله الخيار و التضمنين بالبدل،

و حيث انه مع اعمال احدهما لا مورد للآخر يتخير بينهما.

و اورد عليه: بان دليل الخيار مع تعذر التسليم مختص بما إذا بقى المال على قابلية التسليم، غاية الأمر تعذر لعارض.

و فيه: انه تخصيص بلا وجه، و عليه فيتخير المشتري بين الفسخ و اخذ الثمن،

و الابقاء و اخذ القيمة.

(١) قوله فهل للبائع حبس القيمة على الثمن وجهان قد استدل لعدم الجواز:

بان جواز الحبس، انما هو من جهة الالتزام الضمنى و هو انما يكون بالتعاوض فى تقابض العوضين فلا وجه لحبس القيمة و فيه ان الشرط هو التعاوض فى تقابض العوضين اعم من انفسهما و بدليهما: فان هذا الالتزام انما هو للتحفظ على ماله، بما انه مال لثلا يذهب هدرا خارجا مع عدم تسلم عوضه، و لا فرق فى ذلك بين العوض و قيمته.

(٢) و لو قبض المشتري بغير اذن البائع حيث يكون له الاسترداد فاتلفه البائع ففى كونه كإتلافه قبل القبض أو كونه اتلافاً له بعد القبض وجهان،

اختار أو لهما فى محكى التذكرة.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥٢٩

و لو اتلفه اجنبى جاء الوجوه الثلاثة المتقدمة الا ان المتعين منها هو التخيير، لما تقدم، (١) و لو لا شبهة الاجماع على عدم تعيين القيمة تعين الرجوع إليها بعد فرض انصراف دليل الانفساخ الى غير ذلك. (٢)

مسألة تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين فى جميع ما ذكر،

(٣) كما صرح فى التذكرة

و استدل لكونه كإتلافه قبل القبض بوجهين:

احدهما: ان القبض بلا اذن كالعدم،

و قد تقدم عدم توقف صدق القبض على الاذن.

ثانيهما: ان اتلاف البائع اياه استرداد، فكما انه لو استرده فاتلفه يكون من الاتلاف قبل القبض، و كذا لو تلف باسترداده، كذلك لو اتلفه فانه استرداد بالاتلاف.

و فيه: اولاً: انه لو استرده فاتلفه لا نسلم كونه من الاتلاف قبل القبض.

و ثانياً: ان الاتلاف ليس استرداداً- الذى هو عبارة عن اعادة الاستيلاء السابق لعدم كونه استيلاء- بل اتلاف لما هو تحت استيلاء الغير. فالأظهر انه من الاتلاف بعد القبض.

(١) و ان كان الاتلاف من الاجنبى جاء فيه الوجوه الثلاثة المتقدمة و وجه الانفساخ فيه اظهر: لما فى خبر عقبه من الانفساخ، بما هو بمنزلة اتلاف الأجنبى،

فالأظهر فيه ايضا، التخيير بين الفسخ، و اخذ الثمن و الابقاء، و اخذ البدل من الأجنبى.

(٢) قوله و لو لا- شبهة الاجماع على عدم تعيين القيمة لا إجماع عليه، و على فرضه لا يكون تعدياً، فلا مانع من الالتزام به لو ساعد الدليل على ذلك.

تلف الثمن كتلف المضمن

(٣) صرح غير واحد بان تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين و قد استدل له بوجوه: احدها: الاجماع.

وفيه: انه لمعلومية مدرك المجمعين أو احتمال كونه احد المذكورات لا يعبا به لعدم كونه تعديا. منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٣٠

وهو ظاهر عبارة الدروس حيث ذكر ان بالقبض ينتقل الضمان الى القابض، بل الظاهر انه 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 ايضا في الشرائع و كتب العلامة و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و غيرها، اعنى مسألة من باع شيئا معيناً بشيء معين ثم بيع احدهما ثم تلف الآخر و حكموا بانفساخ البيع الأول، و قد صرحوا بنظير ذلك في باب الشفعة ايضا. و بالجملة فالظاهر عدم الخلاف في المسألة.

و يمكن ان يستظهر من رواية عقبه المتقدمة حيث ذكر في آخرها أن المبتاع ضامن لحقه حتى يرد إليه ماله، (١) بناء على عود ضمير الحق إلى البائع بل ظاهر بعضهم شمول النبوي له بناء على صدق المبيع على الثمن، (٢) قال في التذكرة لو اكلت الشاة ثمنها المعين قبل القبض فان كانت في يد المشتري فكأ تلافه

(١) ثانيها: قوله (عليه السلام) في خبر عقبه المتقدم فإذا اخرج من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله إليه بتقريب: ان ضمير لحقه يرجع الى البائع فيكون المراد ضمانه للثمن قبل القبض.

وفيه: ان كونه ضامنا للثمن اعم من الانفساخ، و ارادة الضمان المعاضى لا ضمان الغرامة غير ثابتة.

و ما افاده المحقق النائيني (رحمه الله) من صراحة الرواية أو ظهورها في ارادة الضمان المعاضى و سراية هذا الحكم الى الثمن، يرد عليه: انه مع اختلاف التعبير كيف يدعى ذلك، بل ترتب ضمانه على قبض المبيع يؤيد ارادة ضمان الغرامة لا المعاضى كما لا يخفى، مع ان الخبر ضعيف السند كما تقدم.

(٢) ثالثها: صدق المبيع على الثمن فيعده النبوي كل مبيع تلف قبل قبضه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٣١

و ان كانت في يد البائع فكأ تلافه، و ان كانت في يد اجنبى فكأ تلافه، و ان لم تكن في يد احد انفسخ البيع، لأن المبيع هلك قبل القبض بأمر لا ينسب الى آدمى فكان كالسماوية، انتهى.

ثم انه هل يلحق العوضان في غير البيع من المعاضيات به (١) في هذا الحكم لم اجد أحدا صرح بذلك نفيا أو اثباتا. نعم ذكروا في الاجارة (٢) و الصداق و عوض الخلع ضمانها لو تلف قبل القبض، لكن ثبوت الحكم عموما مسكوت عنه في كلماتهم،

الا انه يظهر من بعض مواضع التذكرة عموم الحكم لجميع المعاضيات على وجه يظهر كونه من المسلمات. قال في مسألة جواز بيع ما انتقل بغير البيع قبل القبض و المال المضمون في يد الغير بالقيمة كالعارية المضمونة، أو بالتفريط و يسمى ضمان اليد يجوز بيعه قبل قبضه لتما ملك فيه الى ان قال: اما ما هو مضمون في يد الغير بعوض في عقد معاوضة، فالوجه جواز بيعه قبل قبضه كما في الصلح و الاجارة المعينة لما تقدم، و قال الشافعي لا يصح لتوهم الانفساخ بتلفه كالبيع، انتهى.

و ظاهر هذا الكلام كونه مسلما بين الخاصة و العامة.

وجه توهم الصداق ما اشتهر من صدق البيع على الاثراء لكونه من الأضداد.

وفيه: انه لا يصدق ذلك، و ليس البيع من الأضداد كما تقدم.

رابعها: كونه على القاعدة من جهة الالتزام الضمنى فى ضمن البيع تسليم الثمن الى البائع، فإذا لم يمكنه التسليم بطل العوضية.

وفيه: انه ان قيد العوضية الاعتبارية ببقاء العوضين بطل البيع، و الا فلا يوجب اشتراط التسليم الا الخيار.

فالحق انه لا دليل على الانفساخ بتلف الثمن.

(١) و بما ذكرناه يظهر الحال فى سائر المعاوزات فان الانفساخ بتلف احد العوضين فيها لا مدرك له سوى بعض ما تقدم.

(٢) نعم فى خصوص الاجارة تنفسخ الاجارة بتلف العين فان المملوك فيها هى المنفعة، و مع عدم العين لا منفعة، فلا شىء حتى يملك.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥٣٢

مسألة لو تلف بعض المبيع قبل قبضه، (١)

فإن كان مما يقسط الثمن عليه انفسخ فيه فيما يقابله من الثمن، لأن التالف مبيع قبل قبضه، (٢) فإن البيع يتعلق بكل جزء إذ البيع عرفاً ليس الا التملك بعوض، و كل جزء كذلك. نعم اسناد البيع الى جزء واحد مقتصر على يوهى انتقاله بعقد مستقل. و لذا لم يطلق على بيع الكل البيوع المتعددة، و كيف كان فلا اشكال و لا خلاف فى المسألة، و ان كان الجزء مما لا يتقسط عليه الثمن كيد العبد، فالاقوى انه كالوصف الموجب للتعييب.

فإن قلنا بكونه كالحادث قبل العقد، فالمشترى مخير بين الرد و الارش، (٣)

و إلا كان له الرد فقط، بل عن الايضاح ان الارش هنا اظهر، لأن المبيع هو مجموع بدن العبد، و قد نقص بعضه بخلاف نقصان الصفة و فيه تأمل.

بل ظاهر الشرائع عدم الارش هنا مع قوله به فى العيب، فتأمل.

و كيف كان، فالمهم نقل الكلام الى حكم العيب الحادث قبل القبض، و الظاهر

تلف بعض المبيع قبل قبضه

(١) الثامن: لو تلف بعض المبيع قبل قبضه فتارة: يكون التالف هو الجزء الذى يقسط عليه الثمن، و اخرى: هو الوصف أو الجزء الذى لا يقسط عليه الثمن.

فتنتقيح القول فيه بالبحث فى موردين:

(٢) اما الاول: فمقتضى عموم النبوى كل مبيع تلف هو انفساخ البيع بالاضافة إليه لصدق المبيع على كل جزء من الأجزاء، و عدم صدق البيوع على بيع الدار مثلاً لا ينافى ذلك، فان وحدة البيع فيه وحدة انشائية، و وحدة عمومية لا شخصية.

و أما الثانى: فالحق ان تلف الوصف لا يوجب الانفساخ و لا أخذ الارش.

اما الأول: فلأنه لا مقابل له من الثمن ليعود بالانفساخ،

و أما الثانى: فلان ثبوت الارش انما يكون بالتعبد، و دليله مختص بالعيب الموجود قبل العقد، و لا يشمل الحادث بعده.

(٣) و المصنف (رحمه الله) ذهب الى ان النبوى الدال على الانفساخ فى تلف الكل و الجزء

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥٣٣

المصرح به فى كلام غير واحد انه لا خلاف فى ان للمشتري الرد. و أما الخلاف فى الارش، ففى الخلاف عدمه، مدعى عدم الخلاف فيه و هو المحكى عن الحلوى و ظاهر المحقق و تلميذه كاشف الرموز، لأصالة لزوم العقد و انما ثبت الرد لدفع تضرر المشتري به و عن

النهاية ثبوته، واختاره العلامة والشهيدان و المحقق الثاني وغيرهم،

وعن المختلف نقله عن القاضي والحلي وعن المسالك انه المشهور واستدلوا عليه بان الكل مضمون قبل القبض، فكذا ابعاضه و صفاته، و اورد عليه بان معنى ضمان الكل انفساخ العقد و رجوع الثمن الى المشتري و المبيع الى البائع و هذا المعنى غير متحقق في الوصف، لان انعدامه بعد العقد في ملك البائع لا يوجب رجوع ما قابله من عين الثمن، بل يقابل بالاعم منه و مما يساويه من عين الثمن، بل يقابل بالاعم منه و مما يساويه من غير الثمن لان الارش لا يتعين كونه من عين الثمن، و يدفع بان وصف الصحة لا يقابل ابتداء بجزء من عين الثمن، و لذا يجوز دفع بدله من غير الثمن مع فقده، بل لا يضمن بمال اصلا، لجواز امضاء العقد على المعيب بلا شيء و حينئذ فتلفه على المشتري لا يوجب رجوع شيء الى المشتري، فضلا عن جزء من عين الثمن بخلاف الكل و الاجزاء المستقلة في التقويم

الذى يقسط عليه الثمن يدل على التخيير بين الرد و الامساك بالارش في المقام،

بتقريب: ان معنى كونه من مال البائع وقوع التلف في ملكه، و لازم تقديره في ملك البائع ان العقد كأن لم يقع، و مقتضاه لو كان التالف تمام المبيع انفساخ العقد، و لو كان التالف جزئه انفساخه بالنسبة الى ذلك الجزء، و لو كان هو الوصف أو الجزء الذى لا يقسط عليه الثمن و فقده موجب للتعبير جريان احكام العيب: فان المنفى على الأخير حيثية الوصف لفرض وقوع العقد، و معنى عدم وقوع العقد على الموصوف مع فرض وقوعه وقوعه على المعيب.

و فيه: اولاً: ان الموضوع في النبوى تلف المبيع، و وصف الصحة و كذا ما بمنزلته ليس مبيعا و لا- جزء منه، و حملة على كون ذكر التلف من باب كونه اظهر الافراد يحتاج الى قرينة.

و ثانيا: ان الوصف لم يقع عليه العقد، ففرض العقد، كأن لم يكن غير مؤثر في ضمان

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٣٤

فحاصل معنى الضمان إذا انتفى وصف قبل العقد أو انعدم بعد العقد و قبل القبض هو تقدير التلف المتعلق بالعين أو الوصف في ملك البائع في المقامين، و ان العقد من هذه الجهة كان لم يكن، و لازم هذا انفساخ العقد رأسا إذا تلف تمام المبيع و انفساخه بالنسبة الى بعض اجزائه إذا تلف البعض، و انفساخ العقد بالنسبة الى الوصف بمعنى فواته في ملكه، و تقدير العقد كان لم يكن بالنسبة الى حدوث هذا العيب، فكان العيب حدث قبل العقد، و العقد قد وقع على عين معيبة، فيجرب فيه جميع احكام العيب من الخيار و جواز اسقاط الخيار ردا و ارشا، و يؤيد ما ذكرنا من اتحاد معنى الضمان بالنسبة الى ذات المبيع و وصف صحته الجمع بينهما في تلف الحيوان في ايام الخيار و تعيبه في صحيح ابن سنان عن الرجل يشتري الدابة أو العبد فيموت أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك؟ قال على البائع حتى يمضى الشرط،

فقوله (عليه السلام) على البائع حكم بالضمان لموت العبد و حدوث حدث فيه بفوات جزء أو وصف و معناه تقدير وقوعه في ملك البائع نعم قد يشكل الحكم المذكور لعدم الدليل على ضمان الوصف لان الضمان بهذا المعنى حكم مخالف للاصل يقتصر فيه على محل النص و الاجماع و هو تلف الكل أو البعض و لو لا الإجماع على جواز الرد لأشكل الحكم به ايضا الا انه لما استند في الرد الى نفى الضرر قالوا ان الضرر المتوجه الى المبيع قبل القبض يجب تداركه على البائع، و حينئذ

الوصف و ترتب حكم الخيار.

و قد يقال في تقريب ما افاده المصنف (رحمه الله): بان الاستفادة من النبوى تنزيل التلف،

و النقص قبل القبض منزلة التلف و النقص قبل العقد، و لازم ورود العقد على الناقص اجراء احكام خيار العيب.

و فيه: مضافا الى الايراد الأول الذى اوردناه على ما افاده المصنف (رحمه الله): ان غاية ما يستفاد من كون التلف من البائع دخوله فى ملك البائع، بحيث يضاف إليه التلف و هو ملكه،

و ليس لازم ذلك فرض دخوله فى ملك البائع قبلا أو فرض وقوع التلف قبل العقد

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥٣٥

فقد يستوجه ما ذكره العلامة من أن الحاجة قد تمس الى المعاوضة، فيكون فى الرد ضرر، و كذلك فى الامساك بغير ارش، فيوجب التخيير بين الرد و الارش، لنفى الضرر (١) لكن فيه ان تدارك ضرر الصبر على المعيب يتحقق بمجرد الخيار فى الفسخ و الامضاء، كما فى سائر موارد الضرر الداعى الى الحكم بالخيار، هذا، و مع ذلك فقول المشهور لا يخلو عن قوة، هذا كله مع تعيبه بأفء سماوية،

كى يكون لازمه ورود العقد على الناقص.

(١) و ربما يستدل لجواز الرد بل على اخذ الارش: بحديث لا ضرر «١» بدعوى ان المبيع إذا تعيب قبل القبض يكون الصبر عليه ضررا على المشتري، فوجب البيع الذى حدث فيه العيب من جهة الضرر يكون مرفوعا بالحديث، و حيث انه ربما تكون الحاجة ماسية الى المعاوضة، فيكون فسخها ايضا ضررا عليه، فله الامساك و اخذ الارش، فتكون النتيجة هو التخيير بين الأمرين.

و فيه: اولاً: ما تقدم من ان حديث لا ضرر لا يصلح لاثبات الخيار.

و ثانياً: ان الصبر على المعيب فى نفسه لو كان ضروريا لا يقتضى كون العقد خياريا،

و البيع لا يصير ضروريا بذلك، بل هو بالقياس الى التعيب قبل القبض و بعده على حد سواء.

و بالجملة: بما ان العقد لم يقع على المعيب فلا يكون لزومه ابقاء للضرر و موجبا لاستقرار الضرر على المشتري، و مجرد ارتفاع الضرر بذلك لا يصلح رافعا له.

و ثالثاً: ان اخذ الارش مما لا وجه له اصلا، فان الامساك بلا ارش و ان كان ضررا على المشتري الا انه مع الارش ضرر على البائع، و لا أولوية لأحد الضررين على الآخر فالأظهر عدم جواز الرد لو لا الاجماع.

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

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥٣٦

و أما لو تعيب بفعل أحد، (١) فإن كان هو المشتري فلا ضمان (٢) بأرشه، و إلا كان له على الجانى أرش جنايته (٣) لعدم الدليل على الخيار فى العيب المتأخر، إلا أن يكون بأفء سماوية، و يحتمل تخيير المشتري بين الفسخ و الامضاء، مع تضمين الجانى لارش جنايته (٤) بناء على جعل العيب قبل القبض مطلقا موجبا للخيار، و مع الفسخ يرجع البائع على الأجنبى بالارش.

مسألة الاقوى من حيث الجمع بين الروايات حرمة بين المكمل و الموزون قبل قبضه الا تولية (٥)

اشارة

(١) قوله و أما لو تعيب بفعل احد إذا قلنا بان التعيب بأفء سماوية يوجب الخيار بل الارش يقع الكلام فى التعيب بفعل احد.

(٢) فان كان ذلك بفعل المشتري لا كلام في انه لا يوجب شيئا.

(٣) وان كان بفعل الاجنبي أو البائع فقد يقال كما عن ظاهر الجواهر انه لا خلاف في الخيار و انما البحث في الارش، و ظاهر المتن ثبوت الارش خاصة،

(٤) ثم احتمل التخيير بين الرد و الامساك و اخذ الارش من المتلف و لكن الخيار لا وجه له: فان الضرر، و ان اوجب ذلك، فانما هو إذا لم يكن بفعل احد، و الا فيتدارك بدليل الاتلاف بضمانه، و أما اخذ الارش فهو وجيه لعموم من اتلف، فالأظهر هو اخذ الارش من المتلف خاصة.

حكم بيع ما لم يقبض

(٥) قال (قدس سره) الاقوى من حيث الجمع بين الروايات حرمة بيع المكييل و الموزون قبل قبضه الا تولية و في محكى التذكرة ان لعلمائنا في بيع ما لم يقبض خمسة اقوال، الجواز على كراهية، مطلقا، و المنع مطلقا، و المنع في المكييل و الموزون مطلقا و الجواز في غيرهما، و المنع في الطعام خاصة، و المنع في المكييل و الموزون خاصة الا تولية،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٣٧

لصحيحة ابن حازم المروية في الفقيه: إذا اشترت متاعا فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه، الا تولية، فإن لم يكن فيه كيل أو وزن فبعه. و صحيح الحلبي في الكافي عن ابي عبد الله (عليه السلام) قال في الرجل يبتاع الطعام، ثم يبيعه قبل ان يكتال، قال: لا- يصلح له ذلك. و صحيحه الآخر في الفقيه، قال سألت ابا عبد الله (عليه السلام): عن قوم اشتروا بزا، فاشتركوها فيه جميعا، و لم يقتسموا، أ يصلح لأحد منهم بيع بزه قبل ان يقبضه و يأخذ ربحه؟ قال لا بأس به، و قال: ان هذا ليس بمنزلة الطعام، لأن الطعام يكال بناء على ان المراد قبل ان يقبضه من البائع، اما إذا اريد من ذلك عدم قبض حصته من يد الشركاء فلا يدل على ما نحن فيه، لتحقق القبض بحصوله في يد احد الشركاء المأذون عن الباقي، و رواية معاوية بن وهب، قال: سألت ابا عبد الله (عليه السلام): عن الرجل يبيع البيع قبل ان يقبضه فقال ما لم يكن كيل أو وزن فلا يبيعه حتى يكيه أو يزنه الا ان يوليه بالذي قام عليه و صحيحة منصور في الفقيه قال سألت ابا عبد الله (عليه السلام) عن رجل يشتري مبيعا ليس فيه كيل و لا وزن، أله أن يبيعه مرابحة قبل أن يقبضه و يأخذ ربحه، قال: لا بأس بذلك ما لم يكن كيل أو وزن، فان هو اقبضه كان ابرا لنفسه

و كما افاده العلامة العاملية هذه الاقوال لم ينقلها هكذا احد بل ادعى الاجماع على بيع ما عدا المكييل و الموزون، و مع ذلك الاقوال اكثر من ذلك، و قد اختار العلامة نفسه في التحرير قولاً غير ذلك، و هو حرمة بيع الطعام قبل قبضه الا تولية، فالمهم صرف عنان الكلام الى ما يستفاد من النصوص،

و حق القول في المقام ان نصوص الباب طوائف: اكثرها مذكورة في المتن الاولي: ما دل على المنع عن بيع ما لم يقبض مطلقا، كصحيح الحلبي عن مولانا الصادق (عليه السلام) في الرجل يبتاع الطعام ثم يبيعه قبل ان يكتال قال: لا يصلح له ذلك «١». و مثله خبر البصري «٢» و ابي صالح «٣» مع زيادة لا تبعه حتى تكيه، و صحيح الحلبي الآخر «٤»

(١) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب احكام العقود حديث ٥.

(٢) نفس المصدر حديث ١٤.

(٣) نفس المصدر حديث ٩.

(٤) نفس المصدر حديث ١٠.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٣٨

وصحيح الحلبي في الرجل يتناع الطعام أ يصلح بيعه قبل ان يقبضه؟ قال: إذا ربح لم يصلح حتى يقبضه و ان كان تولية فلا بأس، و خبر خرام المروى عن مجالس الطوسي، قال ابتعت طعاما من طعام الصدقة، فاربحت فيه قبل ان اقبضه، فاردت بيعه فسألت النبي (صلى الله عليه و آله)، فقال: لا تبعه حتى تقبضه، و مفهوم رواية خالد بن حجاج الكرخي قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) اشترى الطعام الى اجل مسمى، فيطلبه التجار منى بعد ما اشترته قبل ان اقبضه، قال: لا بأس ان تبيع الى اجل، كما اشترت الخبر، و المراد تأجيل الثمن، و قوله كما اشترت اشارة الى كون البيع تولية، فيدل على ثبوت البأس في غير التولية، و مصححه على بن جعفر عن اخيه عن الرجل يشتري الطعام أ يصلح بيعه قبل ان يقبضه؟ قال: إذا ربح لم يصلح حتى يقبض، و ان كان تولية فلا بأس. و في معناها رواية اخرى، خلافا للمحكي عن الشيخين في المقنعة و النهاية و القاضى، و المشهور بين المتأخرين، فالكراهة لروايات صارفة لظواهر الروايات المتقدمة الى الكراهة، مثل ما في الفقيه في ذيل رواية الكرخي المتقدمة، قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): اشترى الطعام من الرجل، ثم ابيعه من رجل آخر قبل ان اكتاله، فأقول له ابعث و كيلك حتى يشهد كيله إذا قبضته قال: لا- بأس و رواية جميل بن دراج عن ابي عبد الله (عليه السلام) في الرجل يشتري الطعام، ثم يبيعه قبل أن يقبضه قال: لا بأس و يوكل الرجل المشتري منه بقبضه و كيله قال لا بأس بذلك

و صحيح منصور عنه (عليه السلام) عن رجل اشترى بيعا ليس فيه كيل و لا وزن، أ له ان يبيعه مرابحة قبل ان يقبضه و يأخذ ربحه؟ فقال (عليه السلام): لا بأس بذلك ما لم يكن كيل و لا وزن «١»
الثانية: ما دل على الجواز مطلقا، كخبر الكرخي: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): اشترى الطعام من الرجل ثم ابيعه من رجل آخر قبل ان اكتاله فاقول: ابعث و كيلك حتى يشهد كيله إذا قبضته، قال (عليه السلام): لا بأس. «٢» و نحوه خبر جميل «٣»

(١) الوسائل - باب ١٦- من ابواب احكام العقود حديث ١٨.

(٢) الفقيه ج ٣ ص ١٣١.

(٣) الوسائل - باب ١٦- من ابواب احكام العقود حديث ٦.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٣٩

و هذه الروايات مطلقه يمكن حملها على التولية، (١) و هو 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 (٢) و إن كانت أخف. و من ذلك يعلم ما في الاستئناس للجمع بالكراهة بخبر أبي بصير سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى طعاما، ثم باعه قبل ان يكيله قال: لا يعجبني ان يبيع كيلا أو وزنا قبل ان يكيله أو يزنه الا ان يوليه، كما اشتراه فلا بأس ان يوليه، كما اشتراه إذا لم يربح به أو يضع و ما كان عنده من شيء ليس بكيل و لا وزن فلا بأس ان يبيعه قبل ان يقبضه بناء على أن قوله لا يعجبني ظاهر في الكراهة، فإن ذلك يوجب رفع الكراهة رأسا في التولية، لأنه في قوة ان ذلك في التولية ليس مما لا يعجبني مع ان القائلين بالكراهة لا يفرقون بين التولية و غيرها في اصل الكراهة، و ان صرح بعضهم بكونها في التولية اخف.

و ربما يستدل على الجواز بصحيح الحلبي و ابن مسلم، في جواز بيع الثمرة المشتراة قبل قبضها، لكن لا- يبعد ارادة الثمرة على الشجرة، فيخرج عن المكيل و الموزون و ربما يستأنس للجواز بالاخبار الواردة في جواز بيع السلم على من هو عليه، بناء على عدم الفرق بين المسألتين

الثالثة: ما دل على التفصيل بين بيع التولية و غيره بالجواز فى الأول خاصة،

كصحيح ابن حازم عنه (عليه السلام): إذا اشترت متاعا فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه الا ان توليه، فان لم يكن فيه كيل و لا وزن فبعه. «١» و نحوه غيره.

و للقوم فى الجمع بين هذه النصوص مسلكان:

(١) احدهما: ما اختاره المصنف (رحمه الله) و جمع من الاساطين، و هو: تقييد الطائفتين الأوليتين بالثالثة لكونها اخص منهما، و هذا جمع عرفى.

(٢) و المصنف (رحمه الله) ايده بان حمل النواهي على الكراهة مع استثناء التولية يقتضى ان لا يكون بيع التولية مكروها مع انه لا خلاف فى كراهته.

و لكن يرد على هذا التأييد: ان ما دل على كراهته - على فرض حمل النواهي

(١) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب احكام العقود حديث ١٢.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥٤٠

و فيه تأمل لعدم ثبوت ذلك، بل الظاهر ان محل الخلاف هنا هو بيع غير المقبوض على غير البائع، كما يستفاد من ذكر القائلين بالجواز فى تلك المسألة و القائلين بالتحريم هنا.

و قد جعل العلامة بيع غير المقبوض على بائعه مسألة اخرى ذكرها بعد مسألتنا و فروعها، و ذكر ان المجوزين فى المسألة الاولى: جزموا بالجواز هنا،

و اختلف المانعون فيها هنا، و من العجب ما عن التنقيح من الاجماع على جواز بيع السلم على من هو عليه مع اجماع المبسوط على المنع عن بيع السلم قبل القبض،

مصرحا بعدم الفرق بين المسلم إليه و غيره، ثم ان صريح التحرير و الدروس:

الاجماع على الجواز فى غير المكيل و الموزون، مع ان المحكى فى التذكرة عن بعض علمائنا القول بالتحريم مطلقا، و نسبه فى موضع آخر الى جماعة منا و صريح الشيخ فى المبسوط اختيار هذا القول، قال فى باب السلم إذا اسلف فى شىء، فلا يجوز ان يشرك فيه غيره، و لا ان يوليه لأن النبى (صلى الله عليه و آله) نهى عن بيع ما لم يقبض، و قال من اسلف فى شىء فلا يصرفه الى غيره الى ان قال و يبيع الاعيان مثل ذلك ان لم يكن قبض المبيع، فلا يصح الشركة و لا التولية و ان كان قد قبضه صحت الشركة و التولية فيه بلا خلاف.

على المنع - يدل على الكراهة الخفيفة، على فرض حملها على الكراهة، و الاستثناء انما يدل على عدم ثبوت ما ثبت لغيره له، فان كان هو المنع فهو المنفى عنه، و ان كان شدة الكراهة فهى.

ثانيهما: ما ذهب إليه اكثر المحققين، و هو: حمل الأخبار المتضمنة للنهى على الكراهة.

و قد ذكروا فى وجهه: ان حمل المطلق على المقيد انما يكون جمعا عرفيا لو لا العوارض، و هى فى المقام تقتضى اولوية الحمل على الكراهة،

و هى امور:

الأول: ان النصوص المانعة المطلقة حملها على بيع التولية حمل على الفرد النادر لوضوح ان التجار غالبا لا يعجلون بالبيع قبل القبض مع عدم الربح اصلا.

الثاني: انه لو بنى على التقييد لزم حمل ما تضمن من النصوص جواز بيع الثمرة

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٤١

وقد روى اصحابنا جواز الشركة فيه و التولية قبل القبض، ثم ان المحكى عن المهذب البارع عدم وجدان العامل بالاخبار المتقدمة المفصلة بين التولية وغيرها،

وهو عجيب، فإن التفصيل حكاه في التذكرة قولاً خامساً في المسألة، لأقوال علمائنا وهي الكراهة مطلقاً والمنع مطلقاً والتفصيل بين المكيل والموزون وغيرهما،

و التفصيل بين الطعام وغيره بالتحريم والعدم، وهو قول الشيخ في المبسوط مدعياً عليه الاجماع والكراهة والعدم، وهنا سادس اختاره في التحرير، وهو التفصيل في خصوص الطعام بين التولية وغيرها بالتحريم والكراهة في غيره من المكيل والموزون، والمراد بالطعام يحتمل ان يكون مطلقاً ما اعد للاكل، كما قيل انه موضوع له لغة، ويحتمل ان يكون خصوص الحنطة والشعير، بل قيل انه معناه شرعاً، وحكى عن فخر الدين نقله عن والده وحكى اختياره عن بعض المتأخرين.

وعن الشهيد انه حكى عن التحرير انه الحنطة خاصة، وحكى عن بعض اهل اللغة، ثم ان الظاهر ان اصل عنوان المسألة مختص بالمبيع الشخصي، (١) كما يظهر من الاستدلال في التذكرة للمانعين بضعف الملك قبل القبض لانفساخه بالتلف، وكون المبيع مضموناً على البائع، فولاية المشتري على التصرف ضعيفة.

قبل قبضها على خصوص الباقي منها على الشجرة.

الثالث: انه يجب على التقييد تقييدها ايضاً بما إذا لم يكن البيع قبل القبض من نفس البائع فانه جائز.

الرابع: انه يجب على التقييد تقييدها ايضاً بما إذا لم يكن البيع من احد الشركاء لشريكه فانه جائز على ما دل عليه الخبر، وبعض هذه الوجوه وان لم يخل عن المناقشة الا ان في بعضها الآخر المؤيد بغيره كفاية، فالأظهر هو الحمل على الكراهة.

(١) ومقتضى اطلاق النصوص عدم الفرق بين كون المبيع شخصياً ام كلياً وهل المنع تكليفي أو وضعي؟ ربما يقال بالأول نظراً الى ظهور النهي في كونه مولوياً لا إرشادياً

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٤٢

و ذكر في التذكرة الكلى الغير المقبوض في فروع المسألة، وقال المبيع ان كان ديناً لم يجز بيعه قبل قبضه عند المانعين، لأن المبيع مع تعيينه لا يجوز بيعه قبل قبضه،

فمع عدمه اولى فلا يجوز بيع السلم قبل قبضه، ولا الاستبدال به وبه قال الشافعي،

انتهى. وكيف كان فلا فرق في النص والفتوى بناء على المنع بين المبيع المعين والكلي بل ولا بناء على الجواز، ثم ان ظاهر اكثر الاخبار المتقدمة المانعة بطلان البيع قبل القبض وهو المحكى عن صريح العماني، بل هو ظاهر كل من عبر بعدم الجواز الذي هو معقد اجماع المبسوط في خصوص الطعام، فإن جواز البيع وعدمه ظاهر ان في الحكم الوضعي الا ان المحكى عن المختلف انه لو قلنا بالتحريم لم يلزم بطلان البيع،

لكن صريحه في مواضع من التذكرة وفي القواعد ان محل الخلاف الصحة والبطلان.

وبالجملة فلا ينبغي الاشكال في ان محل الخلاف في كلمات الاكثر هو الحكم الوضعي وينبغي التنبه على امور:

الاول: ان ظاهر جماعة عدم لحوق الثمن بالمبيع في هذا الحكم، (١) فيصح بيعه قبل قبضه، قال في المبسوط اما الثمن إذا كان معيناً فإنه يجوز بيعه قبل قبضه، وان كان في الذمة، فكذلك يجوز لأنه لا مانع منه ما لم يكن صرفاً، فأما إذا كان صرفاً «فلا» لا يجوز بيعه

قبل القبض

و فيه: ان هذا الظهور انما هو في غير باب المعاملات و الموانع، و أما فيهما فله ظهور ثانوى في الارشاد، فيكون ظاهرا في الحكم الوضعى.

و أما ما عن الجواهر من استفادة البطلان من النصوص و ان كان النهى مولويا نفسيا، فيرده: ما تقدم في اول الجزء الاول من هذا الشرح من ان النهى عن المعاملة لا يستلزم فسادها ما لم يكن ارشادا الى الفساد.

التمن لا يكون ملحقا بالمبيع

و ينبغى التنبيه على امور.

(١) الاول: هل يلحق التمن بالمبيع فى هذا الحكم كما هو ظاهر جماعه ام لا كما عن التذكرة و جامع المقاصد؟ وجهان.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥٤٣

و فى موضعين من التذكرة قوى الجواز إذا كان التمن كليا فى الذمة و هو ظاهر جامع المقاصد فى شرح قول المصنف قدس سره و لو احال من له طعام من سلم الخ.

و استدل عليه فى التذكرة بقول الصادق (عليه السلام) (١) و قد سئل عن الرجل باع طعاما بدراهم الى اجل، فلما بلغ الاجل تقاضاه، فقال ليس عندى دراهم خذ منى طعاما، قال لا بأس انما له دراهمه يأخذ بها ما شاء. و يمكن ان يقال ان المطلوب جعل التمن مبيعا فى العقد الثانى لا ثمنا ايضا، كما هو ظاهر الرواية مع اختصاصها بالمبيع ممن هو عليه، فلا يعم الا بعدم الفصل لو ثبت و صرح فى اواخر باب السلم بالحق التمن المعين لمبيع، و يؤيده تعليل المنع فى طرف المبيع بقصور ولاية المشتري لانفساخ العقد بتلفه فإنه جار فى التمن المعين. (٢)

(١) و قد استدل لعدم اللحق: بقول الامام الصادق (عليه السلام) المذكور فى المتن «١»

و مورده و ان كان هو البيع ممن هو عليه الا انه يتم فى غيره بعدم الفصل كما ان مورده جعل التمن ثمنا ايضا، و لكن يتعدى الى جعله مبيعا.

و فيه: اولاً: ان الغاء خصوصية المورد من الجهتين غير ثابت.

و ثانياً: انه مختص بغير المكيل.

و ثالثاً: انه اما ظاهر فى المعاوضة غير البيع أو مطلق.

و على الأول لا كلام، و على الثانى ان كانت نصوص الباب شاملة للتمن تخصصه و الا فيكفى العمومات للحكم بالصحة، فالأظهر عدم اللحق لاختصاص النصوص بالمبيع.

و قد استدل للحق بوجهين:

(٢) احدهما: ان ما ذكره من التعليل للمنع فى المبيع و هو قصور ولاية المشتري لانفساخ العقد بتلفه جار فى التمن.

(١) الوسائل - باب ١١ - من ابواب السلف حديث ١٠.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥٤٤

الثاني: هل البيع كناية عن مطلق الاستبدال فلا يجوز جعله ثمنا ولا عوضا في الصلح ولا أجره ولا وفاء عما عليه، أم يختص بالبيع، (١) ظاهر عنواناتهم الاختصاص بالبيع، و اظهر منها في الاختصاص قوله في التذكرة: الاقرب عندي أن النهى به متعلق بالبيع لا بغيره من المعاوضات، و اظهر من الكل قوله في مواضع اخر لو كان لزيد عند عمرو طعام من سلم فقال لزيد: خذ هذه الدراهم عن الطعام الذى لك عندي لم يجز عند الشافعى، لأنه بيع المسلم فيه قبل القبض و الاولى عندي الجواز، و ليس هذا بيعا و انما هو نوع معاوضة، انتهى.

و اصرح من الكل تصريحه فى موضع ثالث بجواز الصلح عن المسلم فيه قبل القبض، لأنه عقد مستقل لا يجب مساواته للبيع فى احكامه، و قد صرح جامع المقاصد ايضا فى غير موضع باختصاص الحكم بالبيع دون غيره.

و قد تقدم فى كلامه انه لا يجوز بيع السلم قبل قبضه، و لا الاستبدال به، لكن العلامة قد عبر بلفظ الاستبدال فى كثير من فروع مسألة البيع قبل القبض، مع ان ما استدل به للمانعين من قصور ولاية المشتري فى التصرف لانفساخ العقد بالتلف جار فى مطلق التصرف فضلا عن المعاوضة.

و قد صرح الشيخ فى المبسوط فى باب الحوالة بانها معاوضة، و المعاوضة على

وفيه: ان هذا وجه اعتبارى استحسانى لا يصلح لأن يعتمد عليه فى الحكم الشرعى.

ثانيهما: ان ما فى ذيل خبر الحلبي ان هذا ليس بمنزلة الطعام ان الطعام يكال «١» يدل عليه فان المفهوم من التعليل ان كل ما يكال لا يجوز بيعه قبل قبضه.

وفيه: اولاً: انه اخص من المدعى لاختصاصه بالمكيل.

و ثانياً: ان المعلل هو بيع ما اشتراه من البر، فالتعليل لا يقتضى الا- ان كل ما اشتراه مما يكال لا يباع قبل قبضه لا ان كل ما يكال لا يجوز بيعه قبل قبضه.

و ثالثاً: انه من الجائز ان يكون مورده البيع قبل ان يقبض حصته من الشركاء، بل هو الظاهر منه، فهو اجنبى عن المقام.

(١) الثانى: هل يختص الحكم بالبيع ام يعم مطلق الاستبدال و يكون البيع فى النصوص

(١) الوسائل - باب ١٦- من ابواب احكام العقود حديث ١٠.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥٤٥

المسلم فيه قبل القبض غير جائزة و هو و ان رجع عن الصغرى فيما بعد ذلك لكنه لم يرجع عن الكبرى، و صرح فى الايضاح بابتناء الفرع الآتى اعنى احالة من عليه طعام لغريمه على من له عليه طعام على ان الحوالة معاوضة مستقلة أو استيفاء، و ان المعاوضة قبل القبض حرام أو مكروه واردة خصوص البيع من المعاوضة ليست بأولى من ارادة مطلق المعاوضة من البيع فى قولهم ان الحوالة بيع أو ليست بيعا، بل هذه اظهر فى كلماتهم. و قد صرح الاكثر بأن تراضى المسلم و المسلم إليه على قيمة المسلم فيه من بيع الطعام قبل القبض فاستدلوا باخباره على جوازه.

و يؤيده ايضا قوله فى التذكرة لو كان لزيد طعام على عمرو سلماً، و لخالد مثله على زيد، فقال زيد اذهب الى عمرو و اقبض لنفسك ما لى عليه لم يصح لخالد عند اكثر علمائنا، و به قال الشافعى و احمد، لأن النبى (صلى الله عليه و آله) نهى عن بيع الطعام بالطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع و صاع المشتري و سيأتى ابتناء هذا الفرع فى كلام جماعة على مسألة البيع قبل القبض.

نعم ذكر الشهيد انه كالبيع قبل القبض، و صرح بابتناء الحكم فيما لو قال للمسلم اشترى لى بهذه الدراهم طعاما و اقبضه لنفسك على حكم البيع قبل القبض،

و كيف كان، فالمسألة محل اشكال من حيث اضطراب كلماتهم، الا ان الاقتصار في مخالفة الاصل

كناية عنه؟ وجهان.

الجمود على ظواهر النصوص يقتضى الاختصاص بالبيع،

و لا يثبت هذا الحكم فيما إذا كان النقل بغير البيع لما انتقل إليه أو لما ينتقل عنه،

و حمل البيع على ارادة مطلق الاستبدال يحتاج الى دليل مفقود و الغاء الخصوصية مع ما يرى من تفاوت البيع مع غيره حكما و ان اتحدا نتيجة لا وجه له،

و بعض الوجوه الاعتبارية مثل قصور ولاية المشتري في التصرف لانفساخ العقد بالتلف و ان كان جاريا في غير البيع إذا كان النقل إليه بالبيع، الا انه لا يعتمد عليه في الحكم

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٤٦

المتيقن هو المتعين، و منه يظهر جواز بيع ما انتقل بغير البيع من المعاوضات كالصلح و الاجارة و الخلع، كما صرح به في الدروس فضلا عن مثل الارث و القرض و مال الكتاب و الصداق و غيرها. نعم لو ورث ما اشترى و لم يقبض أو اصدقه أو عوض عن الخلع جرى الخلاف في بيعه.

الثالث: هل المراد من البيع المنهى ايقاع عقد البيع على ما لم يقبض أو ما يعم تشخيص الكلى المبيع (١) به فيكون المنهى عنه نقل ما لم يقبض بسبب خاص هو البيع كما لو نهى عن بيع ام الولد، أو حلف على ان لا يبيع مملوكه، حيث لا فرق بين ايقاع المبيع عليه أو دفعه عن الكلى المبيع، ظاهر النص و الفتوى (٢) و ان كان هو الاول،

اقرار البيع على ما لم يقبض

(١) الثالث: هل المراد من البيع المنهى عنه ايقاع عقد البيع على ما لم يقبض أو ما يعم تشخيص الكلى المبيع به؟ وجهان.

و تنقيح القول في المقام بالبحث في جهات:

الاولى: ان محل الكلام ليس جواز ابقاء الكلى غير المقبوض، فانه داخل في التنبيه السابق، بل محل الكلام جعل البيع السابق مستقرا على فرد غير مقبوض للبائع، كما إذا كان عليه سلم لصاحبه فدفع إليه دراهم و قال: اشتر بها طعاما و اقبضه لنفسك، فان من عليه السلم هو مشتري الطعام و لم يقبض ما اشتراه و جعل البيع السابق مستقرا على ما اشتراه.

وجه توهم المنع عنه امران:

الأول: ان النصوص مطلقة شاملة لاحداث البيع على ما لم يقبض و اقراره عليه.

(٢) و المصنف (رحمه الله) استظهر منها الاختصاص بالاول ثم قال

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٤٧

بل هو المتعين في الاخبار المفصلة بين التولية و غيرها، (١) الا أن المعنى الثاني لا يبعد عن سياق مجموع الاخبار (٢) و عليه، فلو كان عليه سلم لصاحبه، فدفع إليه دراهم،

و قال اشتر لى بها طعاما و اقبضه لنفسك جرى فيه الخلاف في بيع ما لم يقبض، كما صرح به في الدروس و لكن في بعض الروايات دلالة على الجواز مثل صحيحة يعقوب بن شعيب قال سألت ابا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يكون له على الآخر احمال من رطب

أو تمر فيبعث عليه بدنانير فيقول اشتر بهذه و استوف منه الذى لك قال: لا بأس إذا ائتمنه.

لكن فى صحیحة الحلبي قال: سألت ابا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اسلفته دراهم فى طعام فلما حل طعامى عليه بعث الى بدرهم فقال اشتر لنفسك طعاما و استوف حقه قال: ارى ان يولى ذلك غيرك و تقوم معه حتى يقبض الذى لك و لا تتولى انت شراءه. و فى موثقه عبد الرحمن يكون معه غيره يوفيه ذلك لكن ظاهر الخبرين كراهة مباشرة الشراء من جهة كونه فى معرض التهمة، و المطلوب صحة الشراء و عدم جواز الاستيفاء، ثم ان هذا كله، إذا كان الطعام المشتري شخصيا، و أما إذا وكله فى شراء الكلى فلا يجرى فيه ذلك، لأن تشخيص ما باعه سلما فى الطعام الكلى المشتري موقوف على قبضه

(١) بل هو المتعين فى الاخبار المفصلة بين التولية و غيرها المتقدمة.

(٢) ثم نفى البعد عن الشمول للثانى عن سياق مجموع الاخبار اما استظهاره الاختصاص من النصوص فمتين، فان ظاهرها كون الممنوع عنه احداث البيع على ما اشتراه قبل قبضه، كما ان دعواه تعينه فى الاخبار المفصلة متينة، فان جعل المشتري مصداقا للكلى الثابت فى ذمته بالاستسلاف ليس من بيع التولية مع التساوى و لا بيع مرابحة أو مواضعة، مع الاختلاف فى القيمة، و أما ما نفى عنه البعد فغير تام لما عرفت من ظهور النصوص. الثانى صحيح الحلبي «١» المذكور فى المتن.

(١) الوسائل - باب ١٢ - من ابواب السلف حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٤٨

ثم اقباضه و بدون ذلك لا يمكن الايفاء الا بالحوالة أو التوكيل، فيدخل المسألة فيما ذكره فى الشرائع و غيرها تبعا للمبسوط. بل نسب الى المشهور من انه لو كان له على غيره طعام من سلم و عليه مثل ذلك فأمر غريمه ان يكتال لنفسه من الآخر فإنه يكره أو يحرم على الخلاف. و قد علل ذلك فى الشرائع، بأنه قبضه عوضا عن ماله قبل ان يقبضه صاحبه و ذكر المسألة فى القواعد بعنوان الحوالة قال لو احال من عليه طعام من سلم بقبضه على من له عليه مثله من سلم، فالاقوى الكراهة، و على التحريم يبطل، لأنه قبضه عوضا عن ماله قبل ان يقبضه صاحبه، و بنى فى الايضاح جريان الخلاف فى المسألة على ان الحوالة معاوضة أو استيفاء، و ان المعاوضة على مال المسلم قبل القبض حرام أو مكروه، و انكر جماعة ممن تأخر عن العلامة كون هذه المسألة من محل الخلاف فى بيع ما لم يقض بناء على ان الحوالة ليست معاوضة فضلا عن كونها بيعا، بل هى استيفاء. اقول ذلك اما وكالة و أما 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 فى هذه المسألة الى اكثر علمائنا و جماعة من العامة محتجين بالنبوى المانع عن بيع ما لم يقبض و استند الشيخ (رحمه الله) ايضا فى المنع الى الاجماع على عدم جواز بيع ما لم يقبض.

و نحوه غيره.

وفيه: ان هذه النصوص تدل على عدم مباشرة الشراء من جهة كونه فى معرض التهمة، و المطلوب عدم جواز الاستيفاء. و قد يستدل للجواز: بصحيح ابن شعيب عن مولانا الصادق (عليه السلام) عن الرجل يكون له على الآخر احمال من رطب أو تمر فيبعث إليه بدنانير فيقول: اشتر بهذه و استوف منه الذى لك، قال: لا بأس إذا ائتمنه «١».

وفيه: اولاً: ان الاستدلال به يتوقف على كون احمال الرطب عليه بعنوان بيع السلم لا بعنوان آخر، و الا فهو غير مربوط بالمقام، بل هو داخل تحت عنوان الوفاء المحض.

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٢ باب بيع المضمون حديث ٤٨.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٤٩

وقد عرفت ما ذكره الشيخ في باب الحوالة، و لعله لذا قال الشهيد في الدروس في حكم المسألة انه كالبيع قبل القبض، لكنه قدس سره تعرض في بعض تحقیقاته لتوجيه ادراج المسألة في البيع بأن مورد السلم لما كان ماهية كلية ثابتة في الذمة منطبقاً على افراد لا نهاية لها فأى فرد عينه المسلم إليه تشخص بذلك الفرد و انصب العقد عليه فكأنه لما قال الغريم اکتل من غريمي فلان، قد جعل عقد السلم معه واردا على ما في ذمة المسلم منه غريمه و لما يقبضه بعد، و لا ريب أنه مملوك له بالبيع، فإذا جعل مورداً للسلم الذي هو بيع يكون بيعاً للطعام قبل قبضه، فيتحقق الشرطان و يلحق بالباب، و هذا من لطائف الفقه، انتهى.

و اعترضه في المسالك بأن مورد السلم و نظائره من الحقوق الثابتة في الذمة لما كان امراً كلياً كان البيع المتحقق به هو الامر الكلي، (١) و ما يتعين لذلك من الاعيان الشخصية بالحوالة و غيرها ليس هو نفس المبيع، و ان كان الامر الكلي انما يتحقق في ضمن الافراد الخاصة، فإنها ليست عينه و من ثم لو ظهر المدفوع مستحقاً أو معيياً يرجع الحق الى الذمة و المبيع المعين ليس كذلك. و حينئذ فانصباب العقد على ما قبض كونه حينئذ مبيعاً غير واضح. فالقول بالتحريم به عند القائل به في غيره غير متوجه، انتهى.

و ثانياً: انه ظاهر في التوكيل في الشرط و القبض من قبل البائع، ثم استيفاء الحق منه، و هذا لا إشكال في جوازه.

الثانية: ان ما يشتري لاقرار البيع السابق عليه ربما يكون شخصياً و ربما يكون كلياً، فان كان شخصياً فالكلام فيه من وجهين:

احدهما: ما تقدم من انه هل يشمل البيع الممنوع عنه قبل القبض لاقرار البيع على ما لم يقبض ام لا، و قد تقدم ما هو الحق عندنا.

(١) الثاني: فيما افاده الشهيد الثاني (رحمه الله) الذي يذكره المصنف (رحمه الله) بعنوان الايراد على الشهيد الأول. و حاصله: ان ما يتعين مصداقاً للكلي للمبيع من الأعيان الشخصية بالحوالة و غيرها ليس هو نفس المبيع، و ان كان الأمر الكلي انما يتحقق في ضمن الافراد الخاصة

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٥٠

اقول ما ذكره من منع تشخيص المبيع في ضمن الفرد الخاص المدفوع و ان كان حقاً من حيث عدم انصباب العقد عليه، الا انه يصدق عليه انتقاله الى المشتري بعقد البيع، (١) فإذا نهى الشارع عن بيع ما لم يقبض، نظير نهيه، عن بيع ام الولد،

و عن بيع ما حلف على ترك بيعه، فإنه لا فرق بين ايقاع العقد عليه و بين دفعه عن الكلي المبيع، لكن يرد على ما ذكره الشهيد عدم تشخص الكلي بالكلي الا- بالحوالة الراجعة الى الاستيفاء أو المعاوضة و هذا لا يسوغ اطلاق البيع على الكلي المتشخص به بحيث يصدق انه انتقل الى المحال بناقل البيع نعم هذا التوجيه انما يستقيم في الفرع المتقدم عن الدروس، و هو ما إذا امره بقبض الطعام الشخصي الذي اشتريه للمشتري، فإن مجرد قبضه بإذن البائع مشخص للكلي المبيع في ضمنه، فيصدق انه انتقل بالبيع قبل ان يقبض. و يمكن ان يقال ان تشخيص الكلي المبيع في الكلي المشتري يكفي فيه اذن البائع في قبض بعض افراد الكلي المشتري من دون حاجة الى حوالة، فإذا وقع فرد منه في يد المشتري صدق انه انتقل بالبيع قبل القبض، و كيف كان، فالظاهر في وجه ادخال هذه المسألة في محل الخلاف تعميم مورد الخلاف لمطلق الاستبدال، حتى المحقق بالحوالة، و ان لم نقل بكونها بيعاً، و المسألة يحتاج الى فضل تتبع و الله الموفق

فانها ليست عينه، و لذا لو ظهر المدفوع مستحقا أو معييا يرجع الحق الى الذمة، ففي الحقيقة هذا اشكال صغرى لشمول النصوص لاقرار البيع السابق على ما لم يقبض.

(١) و فيه: ان الكلى يوجد بوجود فرده فإذا انطبق الكلى على فرد يصير ذلك الفرد مبيعا بالحمل الشائع، و يصدق عليه انه انتقل الى المشتري بعقد البيع.

و ان كان كليا، فيدخل تحت عنوان المسألة المعنونة في الفقه، و هي: انه لو كان له على غيره طعام من سلم و عليه مثل ذلك فامر غريمه ان يكتال لنفسه من الآخر، فانه يكره أو يحرم على الخلاف. و قد علل ذلك في الشرائع و غيرها: بانه قبضه عوضا عن ماله قبل ان يقبضه صاحبه.

و تنقيح القول فيها: ان محل الكلام ليس بيع ماله على غيره بما هو عليه، فانه

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٥١

و استدل في الحدائق على الجواز بما عن المشايخ الثلاثة بطريق صحيح، و موثق عن عبد الرحمن بن ابي عبد الله قال: سألت ابا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل عليه كرم من طعام، فاشترى كرا من رجل آخر، فقال للرجل: انطلق فاستوف كرك، قال: لا بأس به، و فيه انه لا دلالة لها على محل الكلام لأن الكلام فيما إذا كان المالكين سلمين، و مورد الرواية اعطاء ما اشترى به قبل قبضه وفاء عن دين لم يعلم انه سلم أو قرض أو غيرهما. و قد استدل به في التذكرة على جواز إيفاء الفرض بمال السلم، و لذا قال جامع المقاصد في شرح قوله (رحمه الله) و لو احوال من عليه طعام من سلم بقبضه على من له عليه مثله من سلم الخ، (١) فإن قلت: لم اعتبر كون المالكين معا سلمين قلت: لأن المنع انما هو من بيع ما لم يقبض، و إذا كان احد المالكين سلما دون الآخر لم يتعين لكونه مبيعا لامكان اعتباره ثمنا، إذ لا معين لاحدهما، انتهى. و يمكن ان يقال ان ظاهر الحوالة بناء على كونها معاوضة كون المحيل مملكا ماله في ذمة غريمه بازاء ما لغريمه عليه، (٢) فما له معوض و مال غريمه عوض، فإذا كان ماله على غريمه سلما كفى في المنع عن تملكه بازاء مال غريمه عليه، لأنه من بيع ما لم يقبض، و حينئذ فيتم الاستدلال بالرواية

من افراد بيع ما لم يقبض،

بل محل الكلام تعيين ما عليه فيما له على غيره بحيث يكون وفاء، و تصوير ذلك انما هو بقبض ماله على غيره ثم تعيين ما عليه فيه، و الا- فلا- يعقل انطباق الكلى المتخصص بكونه في ذمة احد على ما هو المتخصص بكونه في ذمة الآخر، و عليه فتعيين ذلك اما ان يكون بالتوكيل في القبض، و أما بمجرد الاذن في قبض من له في ذمته الكلى، و أما بحوالة من له عليه على من عليه له.

اما التوكيل: فلا اشكال فيه و لا يكون حينئذ من بيع ما لم يقبض و أما الاذن: فالظاهر كفايته في تعيين ماله على غيره، و لكن يصير سببا لاستقرار المبيع بالسلم على ما لم يقبض.

(١) و أما الحوالة: فان قلنا بان ظاهرها بناء على كونها معاوضة كون المحيل مملكا ماله في ذمة غريمه بازاء ما لغريمه عليه، فماله معوض و مال غريمه عوض،

(٢) كما افاده المصنف (رحمه الله) فهي بيع حقيقة بصورة الحوالة

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٥٢

نعم لو كان ما عليه سلما دون ماله امكن 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 ان العكس كذلك، و استحسان تعبير الدروس بلفظ احدهما، ثم قال: و ليس له ان يقول ان المحال

به شبهه بالمبيع من حيث تخيل كونه مقابلا بالآخر، إذ ربما يقال ان شبهه بالثمن اظهر لاقتترانه بالباء و كل ذلك ضعيف، انتهى.

و فيه ما لا يخفى فإن الباء هنا ليس للعرض، و ظهور الحوالة في كون انشاء التمليك من المحيل لا ينكر، و احتمال كونه متملكا مال غريمه بمال نفسه، كما في المشتري المقدم لقبوله على الايجاب بعيد و يدل على هذا ايضا قولهم ان الحوالة بيع، فإن ظاهره كون المحيل بائعا، ثم ان المفروض في المسألة المذكورة ما لو اذن المحيل المحال في اكتياله لنفسه، بأن يأتي بلفظ الاحالة، كما في عبارة القواعد، أو يقول له اکتل لنفسك، كما في عبارتي المبسوط و الشرائع. اما لو وكله في القبض عن الاذن، ثم القبض لنفسه فيكون قابضا مقبضا مبني «فييني» على جواز تولي طرفي القبض، و الأقرب صحته لعدم المانع.

فتدخل في بيع ما لم يقبض من دون حاجة الى عنوان اقرار البيع السابق على ما لم يقبض.

و ان قلنا بانها عبارة عن نقل ما ذمه المحال عليه الى المحتال عوضا عما في ذمته لا تبديلا فهي تكون نقلا لما لم يقبض، فدخل تحت العنوان المتقدم في التنبيه السابق، و لا ربط له باقرار البيع السابق، فانه يملك بهذا النقل لا بالبيع السابق.

و ان قلنا بانها ايفاء محض فهي لا تصح، فان ما ذمه المحال عليه كلي لا ناقل له على الفرض، و لا يكون فردا كي ينطبق عليه ما في ذمه المحيل فلا وجه لانصباب عقد السلم على موردها.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٥٣

الرابع: ذكر جماعة انه لو دفع الى من له عليه طعام دراهم، و قال اشتر بها لنفسك طعاما لم يصح، (١) لأن مال الغير يمتنع شراء شيء به لنفسه، و وجهه ان قضية المعاوضة انتقال كل عوض الى ملك من خرج عن ملكه العوض الآخر، فلو انتقل الى غيره لم يكن عوضا و يمكن نقض هذا بالعوض المأخوذ بالمعاطاة على القول بافادتها للاباحة، (٢) فإنه يجوز ان يشتري به شيئا لنفسه على ما في المسالك من جواز جميع التصرفات باجماع القائلين بصحة المعاطاة و ايضا، فقد ذكر جماعة منهم العلامة في المختلف و قطب الدين و الشهيد على ما حكى عنهما، ان 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: انه لو غصب مالا و اشترى به جارية كان الفرج له حاللا، و بعد ما نقل مذهب الشيخ في ذلك في غير النهاية و مذهب الحلبي ان كلام النهاية يحتمل امرين.

احدهما: اشتراء الجارية في الذمة، كما ذكره في غير النهاية.

(١) الرابع: و لو دفع الى من له عليه طعام دراهم و قال: اشتر بها لنفسك طعاما فهل يصح، ام لا وجهان مبنيان على ما حقق في اول البيع من: ان حقيقته هي المعاوضة المقتضية لدخول العوض في كيس من خرج المعوض عن كيسه، ام حقيقته الاعطاء لا-مجانا غير المقتضى لذلك، فعلى الأول لا يصح، و على الثاني يصح، و حيث ان المختار هو الثاني كما تقدم فالأظهر هي الصحة،

و عليه فهل يصير المبيع حينئذ عوضا عما في ذمته من الطعام ام لا؟ الظاهر ذلك،

فان في وفاء الدين لا يعتبر كون ما يوفى به ملكا للمديون و يصح اداء الغير من ماله،

(٢) و أما مسألة المعاطاة و المقبوض بالعقد الفاسد و لو من جهة الغصيبة مع العلم بذلك فقد تقدم الكلام فيهما مفصلا في الجزء الاول من هذا الشرح.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٥٤

الثاني: أن يكون البائع عالما بغصب المال، فإن المشتري حينئذ يستبيح وطئ الجارية و عليه وزر المال، انتهى.

وقد تقدم في فروع بيع الفضولى و فى فروع المعاطاة، نقل كلام القطب و الشهيد و غيرهما، و يمكن توجيه ما ذكر فى المعاطاة بدخول المال آنا ما قبل التصرف فى ملك المتصرف، كما يلزمهم القول بذلك فى وطئ الجارية المأخوذة بالمعاطاة. و توجيه الثانى بأنه فى معنى تملك ماله مجاناً بغير عوض، و كيف كان، فالمعاوضة لا يعقل بدون قيام كل عوض مقام معوضه، (١) و إذا ثبت على غير ذلك فلا بد من توجيهه اما بانتقال احد العوضين الى غير مالكة قبل المعاوضة و أما بانتقال العوض الآخر إليه بعدها. و من هنا يمكن ان يحمل قوله فيما نحن فيه اشتر بدراهمى طعاما لنفسك،

على ارادة كون اللام لمطلق النفع لا- للتمليك بمعنى اشتر فى ملكى و خذه لنفسك، كما ورد فى مورد بعض الاخبار السابقة اشتر لنفسك طعاما و استوف حقه، و يمكن ان يقال انه 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.

(١) قوله فالمعاوضة لا- يعقل بدون قيام كل عوض مقام معوضه و فيه انه لم يرد آية و لا رواية دالة على كون المبيع معاوضة بين المالكين، و قد مر فى اول كتاب البيع عند بيان حقيقته من ان اصل ذلك هو ما عن المصباح فى تعريف البيع بانه مبادلة مال بمال، و قد اوردنا عليه بايرادات خمسة خامسها: ان مقتضى هذا التعريف لزوم دخول العوض فى كيس من خرج المعوض عن كيسه، مع انه لا يعتبر ذلك، ألا- ترى ان الانسان يعطى الدرهم الى الخباز، و يقول اعط الخبز للفقير، فان هذا بيع مع انه لا مبادلة فيه، و الالتزام بانه يملك الفقير الدرهم اولا ثم يعطى الخباز، أو انه يوكله فى تملكه الخبز اياه ثم اعطائه للفقير، خلاف الواقع الذى عليه بناء العرف و العقلاء فى امثال هذه المعاملة و على ذلك فلا اشكال فى المسألة

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥٥٥

مسألة لو كان له طعام على غيره، فطالبه به فى غير مكان حدوته فى ذمته (١)

إشارة

فهنا مسائل ثلاث:

احداها: ان يكون المال سلما

بأن اسلفه طعاما فى العراق و طالبه بالمدينة، مع عدم اشتراط تسليمه بالمدينة، (٢) فلا اشكال فى عدم وجوب ادائه فى ذلك البلد، و اولى بعدم الوجوب ما لو طالبه بقيمة ذلك البلد، و لو طالبه فى ذلك البلد بقيمته فى بلد وجوب التسليم، و تراضيا على ذلك، قال الشيخ لم يجز، لأنه بيع الطعام قبل قبضه، (٣) و هو حسن بناء على ارادة بيع ما فى ذمته بالقيمة، أو ارادة مطلق الاستبدال من البيع المنهى عنه. اما لو جعلنا المنهى عنه خصوص البيع، و لم يحتمل التراضى على خصوص كون القيمة ثمنا، بل احتمل كونه مثمنا، و السلم ثمنا، فلا وجه للتحريم، لكن الانصاف ظهور عنوان القيمة خصوصا إذا كان من النقدين فى الثمنية، فيبنى الحكم على انصراف التراضى المذكور الى البيع أو القول بتحريم مطلق الاستبدال. و أما إذا لم يرض المسلم إليه ففى جواز إجباره على ذلك قولان، المشهور كما قيل: العدم، لأن الواجب فى ذمته هو الطعام لا القيمة.

مطالبة الطعام في غير مكان حدوثه في ذمته

(١) مسألة: لو كان له طعام على غيره فطالبه به في غير مكان حدوثه في ذمته فهنا فروع ثلاثة:

(٢) الاول: ما لو كان المال سلما فلو طالبه في غير مكان المعاملة مع عدم اشتراط التسليم فيه لا يجب ادائه كما هو مقتضى الشرط

الضمنى بالتسليم في بلد المعاملة،

و اولى بعدم الوجوب ما لو طالبه بقيمة ذلك البلد.

و لو طالبه في ذلك البلد بقيمة بلد وجوب التسليم،

فتارة: يتراضيان على ذلك،

و اخرى: لا يرضى المسلم إليه، فان تراضيا جاز.

(٣) و استدل للعدم: بانه من بيع الطعام قبل قبضه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٥٦

و عن جماعة منهم العلامة في التذكرة: الجواز، لأن الطعام الذى يلزمه دفعه معدوم (١) فكان كما لو عدم الطعام في بلد يلزمه التسليم فيه.

و توضيحه أن الطعام قد حل و التقصير من المسلم إليه، (٢) حيث انه لو كان في ذلك البلد امكنه اداء الواجب بتسليم المال الى

المشترى ان حضر، و إلا- دفعه الى وليه و لو الحاكم أو عزله، و كيف كان فتعذر البراءة مستند الى غيبته، فللغريم مطالبة قيمة بلد

الاستحقاق حينئذ، و قد يتوهم انه يلزم من ذلك جواز مطالبة الطعام و ان

و فيه: اولاً: انه قد تقدم جوازه.

و ثانياً: على فرض العدم يكون البيع من البائع مستثنى منه.

و ثالثاً: ان الممنوع على فرضه هو جعل الطعام مثنياً، و لا تشمل النصوص ما لو جعل ثمناً.

و رابعاً: انه يختص بما لو اريد بيع ما فى ذمته بالقيمة، و لا يعم غيره من افراد الاستبدال،

و ان لم يرض المسلم إليه بذلك.

فهل يجوز اجباره على ذلك ام لا؟ وجهان استدلال للأول بوجهين:

(١) احدهما: ما هو ظاهر الكلام المحكى عن التذكرة و هو: ان التسليم في البلد من قبيل القيود المشخصة للكلى المبيع، التي بتعذرها

يصدق تعذر وجود المبيع فى الخارج، و مع تعذره للمشترى مطالبة قيمته.

و فيه: ان التسليم فى البلد،- الذى يقتضيه اطلاق العقد بحسب الشرط الضمنى الارتكازى- ليس من قبيل القيود المشخصة، بل هو من

قبيل الشروط الخارجية التي لا يصدق تعذر المبيع بتعذرها، بل غايته ثبوت الخيار للمشترى.

(٢) الثانى: ما افاده المصنف ذكره توضيحاً لما افاده العلامة فى التذكرة و حاصله: ان

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٥٧

كان ازيد قيمة كما سيجىء القول بذلك فى القرض، و لو كان الطعام فى بلد المطالبة مساوياً فى القيمة لبلد الاستحقاق. فالظاهر

وجوب الطعام عليه لعدم تعذر الحق، و المفروض عدم سقوط المطالبة بالغيبه عن بلد الاستحقاق، فطالبه بنفس الحق.

الثانية: أن يكون ما عليه قرصاً، (١)

و الظاهر عدم استحقاق المطالبة بالمثل مع اختلاف القيمة، لأنها إنما يستحقها في بلد القرض، فالزامه بالدفع في غيره إضرار خلافا للمحكي عن المختلف، وقواه جامع المقاصد هنا، لكنه جزم بالمختار في باب القرض، أما مطالبته بقيمة بلد الاستحقاق، فالظاهر هو جوازها وفاقا للفاضلين.

و حكى عن الشيخ والقاضى. و عن غاية المرام نفى الخلاف لما تقدم من ان الحق هو الطعام على ان يسلم في بلد الاستحقاق و قد تعذر بتعذر قيده لا بامتناع ذى الحق، فلا وجه لسقوطه.

غاية الامر الرجوع الى قيمته لاجل الاضرار، و لذا لو لم يختلف القيمة، فالظاهر جواز مطالبته بالمثل لعدم الضرر، لكن مقتضى ملاحظة الضرر اناطة الحكم بعدم الضرر على المقترض أو بمصلحته و لو من غير جهة اختلاف القيمة، كما فعله العلامة في القواعد و شارحه جامع المقاصد

شرط الأداء في بلد المعاملة- الذى هو شرط لكل من المتبايعين على الآخر- قد تعذر تحققه في الخارج بسوء اختيار البائع، فليس له عند مطالبه المشتري منه حقه الامتناع عن الأداء.

وفيه: ان اشتراط التسليم في البلد ينحل الى شرطين: احدهما: اشتراط القبض في البلد، ثانيهما: عدم التسليم في غير ذلك، اى عدم ثبوت حق في التسليم في غيره، و سوء الاختيار انما يسقط حق البائع من ناحية الشرط الأول، و لا وجه لابطاله حقه من ناحية الشرط الثانى،

فالأظهر عدم جواز الاجبار كما عن المشهور، لأن الواجب في ذمته هو الطعام لا القيمة.

(١) الثانى: ان يكون ما عليه قرضا لا خلاف في جواز اخذ القيمة بسعر بلد القرض،

فهل يجوز له المطالبة بالمثل في غير بلد القرض مع اختلاف القيمة ام لا؟ جهان

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٦، ص: ٥٥٨

ثم انه اعترف في المختلف بتعيين قيمة بلد القرض، مع تعذر المثل في بلد المطالبة (١)

و فيه تأمل، فتأمل.

و ظاهر بعض عدم جواز المطالبة لا بالمثل و لا بالقيمة، (٢) 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 اولى. و لعله لأن مقتضى اعتبار بلد القرض ان ليس للمقرض الا مطالبته تسليم ماله في بلد القرض، و مجرد تعذره في وقت من جهة توقفه على مضى زمان لا يوجب اشتغاله بالقيمة، كما لو اخر التسليم اختيارا في بلد القرض، أو احتاج تسليم المثل الى مضى زمان، فتأمل.

اقوامها الثانى، لأن مقتضى اطلاق عقد القرض التسليم في بلد القرض، و عليه فلو طالب لا يجب دفع المثل،

(١) فما عن المختلف من وجوبه ضعيف و هل له المطالبة بقيمة بلد الاستحقاق - كما عن الشيخ والقاضى و الفاضلين و غيرهم بل عن غاية المرام: نفى الخلاف فيه- ام لا كما فى الجواهر؟ قولان:

اظهر هما الثانى، إذ لا وجه لجواز المطالبة سوى ما تقدم فى المسألة الاولى الذى عرفت ضعفه.

(٢) فما عن الشهيد و فى الجواهر من عدم جواز المطالبة بالمثل و لا بالقيمة هو الأظهر.

و أما خبر سماعه سأل ابا عبد الله (عليه السلام) عن رجل له عليه مال فغاب عنه فرآه يطوف حول الكعبة، أ يتقاضاه؟ قال (عليه

السلام): لا تسلم عليه ولا تروعه حتى يخرج من الحرم «١».

فلا يعلم كونه قرضاً، مع انه مساق لبيان حرمة الحرم و ان له المطالبة في غير ذلك المكان بالتادية في بلد القرض و ربما كان هاربا منه.

(١) الوسائل - باب ٢٦ - من ابواب الدين و القرض حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٦، ص: ٥٥٩

الثالثة: ان يكون الاستقرار من جهة الغصب، (١)

فالمحكى عن الشيخ و القاضي انه لا يجوز مطالبته بالمثل في غير بلد الغصب، و لعله لظاهر قوله تعالى: فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَإِنْ مَا فِي ذِمَّتِهِ هُوَ الطَّعَامُ الْمَوْصُوفُ بِكَوْنِهِ فِي ذَلِكَ الْبَلَدِ، فَإِنْ مَقْدَارُ مَالِيَةِ الطَّعَامِ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْأَمَاكِنِ، فَإِنَّ الْمَالِكَ لِمَقْدَارِ مَنْ فِي بَلَدٍ قَدْ يَعِدُ غَنِيًّا، وَ الْمَالِكُ لِأَضْعَافِهِ فِي غَيْرِهِ يَعِدُ فَقِيرًا، فَالْمِمَاثِلَةُ فِي الصِّفَاتِ مَوْجُودَةٌ لِأَنَّ فِي الْمَالِيَةِ، لَكِنَّهُ يَنْتَقِضُ بِالْمَغْضُوبِ الْمَخْتَلِفِ قِيَمَتُهُ بِاخْتِلَافِ الْأَزْمَانِ. فَإِنَّ اللَّازِمَ عَلَى هَذَا عَدَمُ جَوَازِ مَطَالِبَتِهِ بِالْمِثْلِ فِي زَمَانٍ غَلَاثِهِ، وَ حَلَهُ أَنْ الْمِمَاثِلَةُ فِي الْجِنْسِ وَ الصِّفَاتِ هِيَ الْمِنَاطُ فِي التَّمَاثِلِ الْعُرْفِيِّ مِنْ دُونِ مِلَّاخِظَةِ الْمَالِيَةِ، وَ لَوْ لَا قَاعِدَةُ نَفْيِ الضَّرَرِ وَ انْصِرَافِ إِطْلَاقِ الْعَقْدِ فِي مَسْأَلَتِي الْقَرْضِ وَ السَّلْمِ لَتَعَيَّنَ ذَلِكَ فِيهِمَا أَيضًا، وَ لَوْ تَعَذَّرَ الْمِثْلُ فِي بَلَدِ الْمَطَالِبَةِ لَزِمَ قِيَمَةُ ذَلِكَ الْبَلَدِ، لِأَنَّ اللَّازِمَ 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 لَوْجُوبِ الْمِثْلِ 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، فَلْيُرَاجَعِ إِلَى هُنَا

(١) الثالث: ان يكون الاستقرار من جهة الغصب و قد اشبعنا الكلام في هذه المسألة في الجزء الثالث من هذا الشرح في المقبوض بالعقد الفاسد.

الحمد لله اولاً و آخراً الجزء السادس.

تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

جَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (التوبة/٤١).

قَالَ الْإِمَامُ عَلِيُّ بْنُ مُوسَى الرَّضَا - عَلَيْهِ السَّلَامُ: رَحِمَ اللَّهُ عَبْدًا أَحْيَا أَمْرَنَا... يَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَيُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ كَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بِنَادِرُ الْبِحَارِ - فِي تَلْخِيصِ بَحَارِ الْأَنْوَارِ، لِلْعَلَامَةِ فَيُضِ الْإِسْلَامَ، ص ١٥٩؛ عِيُونُ أَخْبَارِ الرَّضَا(ع)، الشَّيْخُ الصَّدُوقُ، الْبَابُ ٢٨، ج ١/ ص ٣٠٧).

مؤسس مجتمع "القائمة" الثقافية بأصفهان - إيران: الشهيد آية الله "الشمس آبادي" - "رحمه الله" - كان أحداً من جهابذة هذه المدينة، الذي قد اشتهر بشغفه بأهل بيت النبي (صلوات الله عليهم) ولا سيما 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 ينطفي مصباحها، بل تتبع بأقوى و أحسن موقف كل يوم.

مركز "القائمة" للتحرى الحاسوبى - بأصفهان، إيران - قد ابتدأ أنشطته من سنة ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية) تحت عناية سماحة آية الله الحاج السيد حسن الإمامى - دام عزه - ومع مساعده جمع من خريجي الحوزات العلميه و طلاب الجوامع، بالليل و النهار، فى مجالات شتى: دينيه، ثقافيه و علميه...

الأهداف: الدفاع عن ساحة الشيعة و تبسيط ثقافه الثقلين (كتاب الله و اهل البيت عليهم السلام) و معارفهما، تعزيز دوافع الشباب و عموم الناس إلى التحرى الأذق للمسائل الدينيه، تخليف المطالب النافعه - مكان البلايتى المبتدله أو الرديئه - فى المحاميل (=الهواتف المنقولة) و الحواسيب (=الأجهزة الكمبيوترية)، تمهيد أرضيه واسعة جامع ثقافيه على أساس معارف القرآن و أهل البيت -عليهم السلام - بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققين و الطلاب، توسعه ثقافه القراءه و إغناء أوقات فراغه هواه برامج العلوم الإسلاميه، إناله منابع اللازمه لتسهيل رفع الإبهام و الشبهات المنتشرة فى الجامعه، و...

- منها العدالة الاجتماعيه: التى يمكن نشرها و بثها بالأجهزة الحديثه متصاعده، على أنه يمكن تسريع إبراز المرافق و التسهيلات - فى آكناف البلد - و نشر الثقافه الإسلاميه و الإيرانية - فى أنحاء العالم - من جهه أخرى.
- من الأنشطة الواسعه للمركز:

(الف) طبع و نشر عشرات عنوان كتب، كتيبه، نشره شهريه، مع إقامة مسابقات القراءه

(ب) إنتاج مئات أجهزة تحقيقيه و مكتبيه، قابله للتشغيل فى الحاسوب و المحمول

(ج) إنتاج المعارض ثلاثيه الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرسوم المتحركه و... الأماكن الدينيه، السياحيه و...

(د) إبداع الموقع الانترنتى "القائمة" www.Ghaemiyeh.com و عدده مواقع أخرى

(ه) إنتاج المنتجات العرضيه، الخطابات و... للعرض فى القنوات القمرية

(و) الإطلاع و الدعم العلمى لنظام إجابة الأسئلة الشرعيه، الاخلاقيه و الاعتقاديه (الهاتف: ٠٠٩٨٣١١٢٣٥٠٥٢٤)

(ز) ترسيم النظام التلقائى و اليدوى للبلوتوث، ويب كاشك، و الرسائل القصيره SMS

(ح) التعاون الفخرى مع عشرات مراكز طبيعيه و اعتباريه، منها بيوت الآيات العظام، الحوزات العلميه، الجوامع، الأماكن الدينيه كمسجد جمكران و...

(ط) إقامة المؤتمرات، و تنفيذ مشروع "ما قبل المدرسه" الخاص بالأطفال و الأحداث المشاركين فى الجلسه

(ى) إقامة دورات تعليميه عموميه و دورات تربية المربى (حضوراً و افتراضاً) طيله السنه

المكتب الرئيسى: إيران/أصفهان/ شارع "مسجد سيد" / "ما بين شارع" پنج رمضان " و مفترق "وفائى" / "بنايه" القائمية "

تاريخ التأسيس: ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية)

رقم التسجيل: ٢٣٧٣

الهويه الوطنية: ١٠٨٦٠١٥٢٠٢٦

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البريد الالكترونى: Info@ghaemiyeh.com

المتجر الانترنتى: www.eslamshop.com

الهاتف: ٢٥-٢٣-٢٣٥٧٠٢٣-٢٣٥٧٠٢٣ (٠٠٩٨٣١١)

الفاكس: ٢٣٥٧٠٢٢ (٠٣١١)

مكتب طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ (٠٢١)

التجاريه و المبيعات ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩

امور المستخدمين ٢٣٣٣٠٤٥ (٠٣١١)

ملاحظة هامة:

الميزانية الحالية لهذا المركز، شعبيته، تبرعته، غير حكومية، و غير ربحية، اقتنيت باهتمام جمع من الخيرين؛ لكنها لا توافي الحجم المتزايد و المتسع للامور الدينية و العلمية الحالية و مشاريع التوسعة الثقافية؛ لهذا فقد ترجى هذا المركز صاحب هذا البيت (المسمى بالقائمة) و مع ذلك، يرجو من جانب سماحة بقية الله الأعظم (عجل الله تعالى فرجه الشريف) أن يوفق الكل توفيقاً متزائداً لإعانتهم - في حد التمكن لكل احد منهم - إيانا في هذا الأمر العظيم؛ إن شاء الله تعالى؛ و الله ولي التوفيق.

مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
الغمامة اصححان

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

