



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

العلماء



رسالة  
عليكم يا صابغين

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

مَهَلِكُ الْقُلُوبِ

وَاللَّيْلُ كَالنَّجْمِ وَالنَّجْمُ كَاللَّيْلِ

أَلَيْتَ

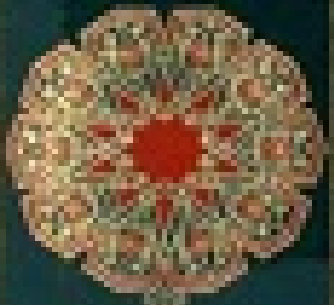
فَتَبِعَ الْعَصِيَّ

الْحَقُّ وَالْقَدِيمُ اللَّهُ الْعَلِيمُ

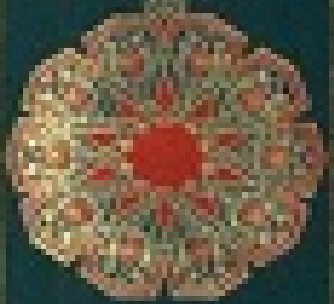
الْحَقُّ وَالْقَدِيمُ اللَّهُ الْعَلِيمُ

اللَّهُ

وَالْحَقُّ وَالْقَدِيمُ



وَالْحَقُّ وَالْقَدِيمُ اللَّهُ الْعَلِيمُ



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
١٣	منهاج الفقاهة: التعليق على مكاسب الشيخ الاعظم المجلد ٥
١٣	اشارة
١٣	الجزء الخامس
١٣	[مقدمة المؤلف]
١٤	[تتمة كتاب البيع]
١٤	[تتمة القول في شرائط العوضين]
١٤	مسألة: الثالث من شروط العوضين القدرة على التسليم، (١)
١٤	اشارة
٢٢	هل القدرة شرط أو العجز مانع
٢٤	المانع هو العجز في زمان الاستحقاق
٢٩	حكم ما لو كان الوكيل عاجزا و الموكل قادرا
٣١	عدم الحاق الصلح بالبيع
٣٣	بيع الضال و المجهود و المغصوب
٣٤	مسألة: المعروف انه يشترط العلم بالثمن قدرا، (١)
٣٦	مسألة: العلم بقدر المثلن كالمثلن شرط (١)
٣٦	اشارة
٤١	مسألة: [التقدير بغير ما يتعارف التقدير به]
٤١	اشارة
٤٥	في بيع المعدود بالكيل أو الوزن
٤٦	المناطق في المكيل و الموزون
٥٣	مسألة: لو أخبر البائع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه (١)
٥٦	مسألة: قال في الشرائع يجوز بيع الثوب و الأرض مع المشاهدة

- ٥٧ ..... مسألة: بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء (١) .....
- ٥٧ ..... اشارة .....
- ٥٧ ..... الأول: أن يريد بذلك البعض كسرا واقعيا من الجملة (٢) .....
- ٥٨ ..... الثاني: ان يراد به بعض مردد بين ما يمكن صدقه عليه .....
- ٦١ ..... الثالث: من وجوه بيع البعض من الكل ان يكون المبيع طبيعياً كلياً منحصراً المصاديق في الأفراد المتصورة في تلك الجملة. (١) ...
- ١) مسألة: لو باع صاعاً من صبرة فهل ينزل على الوجه الأول من الوجود الثلاثة المتقدمة اعنى الكسر المشاع أو على الوجه الثالث و هو الكلى
- ٦٣ ..... اشارة .....
- ٦٥ ..... ثمرات كون المبيع كلياً في المعين أو مشاعاً .....
- ٦٧ ..... الفرق بين الاستثناء و البيع .....
- ٧٠ ..... اقسام بيع الصبرة .....
- ٧٢ ..... مسألة: إذا شاهد عينا في زمان سابق على العقد عليها، (١) .....
- ٧٢ ..... اشارة .....
- ٧٥ ..... حكم ما لو اختلفا في التغير .....
- ٨١ ..... لو اختلفا في تقدم البيع على التغير و تأخره عنه .....
- ٨٤ ..... مسألة: لا بد من اختبار الطعم و اللون و الرائحة فيما يختلف قيمته باختلاف ذلك، (١) .....
- ٨٨ ..... مسألة: يجوز ابتياع ما يفسده الاختبار من دون اختبار (١) اجماعاً .....
- ٩٤ ..... مسألة: المشهور من غير خلاف يذكر جواز بيع المسك في فأرة (٢) .....
- ٩٥ ..... مسألة: لا فرق في عدم جواز بيع المجهول بين ضم معلوم إليه و عدمه، (١) .....
- ١٠٢ ..... مسألة: يجوز ان يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدار يحتمل الزيادة و النقيصة (١) .....
- ١٠٨ ..... مسألة: يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه، (١) .....
- ١١٠ ..... [تنبيهات البيع] .....
- ١١٠ ..... مسألة: [المعروف استحباب التفقه في مسائل التجارات] .....
- ١١١ ..... اشارة .....
- ١١٦ ..... وجوب التعلم عند الشك في الابتلاء .....

- ١١٧ ..... [الاجبار الواردة فى الحث على التعلم]
- ١١٩ ..... مسألة: لا خلاف فى مرجوحية تلقى الركبان بالشروط الآتية، (١) .....
- ١٢٣ ..... مسألة: يحرم النجش على المشهور .....
- ١٢٣ ..... مسألة: إذا دفع انسان الى غيره مالا ليصرفه فى قبيل، يكون المدفوع إليه منهم (١) .....
- ١٢٦ ..... مسألة: احتكار الطعام .....
- ١٣٠ ..... خاتمة و من أهم آداب التجارة الإجمال فى الطلب و الاقتصاد فيه. ....
- ١٣١ ..... القول فى الخيار و اقسامه و أحكامه: .....
- ١٣١ ..... مقدمتان .....
- ١٣١ ..... الاولى: الخيار [فى معنى الخيار] .....
- ١٣٣ ..... الثانية: ذكر غير واحد تبعاً للعلامة فى كتبه ان الاصل فى البيع اللزوم، (١) .....
- ١٣٣ ..... اشارة .....
- ١٣٥ ..... القاعدة المستفاداة من العمومات .....
- ١٤٢ ..... الاستدلال للزوم بالاستصحاب .....
- ١٤٥ ..... القول فى اقسام الخيار .....
- ١٤٥ ..... اشارة .....
- ١٤٦ ..... الاول فى خيار المجلس: .....
- ١٤٦ ..... اشارة .....
- ١٤٧ ..... [مسائل فى خيار المجلس] .....
- ١٤٧ ..... مسألة: لا اشكال فى ثبوته للمتبايعين إذا كانا اصليين، .....
- ١٤٧ ..... اشارة .....
- ١٤٨ ..... ثبوت الخيار للوكيل .....
- ١٥٠ ..... ثبوت الخيار للموكل .....
- ١٥٢ ..... توقف خيار الموكل على حضوره مجلس العقد .....
- ١٥٣ ..... ثبوت الخيار للوكيل المستقل .....

- ١٥٤ ..... تقدم الفسخ على الاجازة
- ١٥٦ ..... بيان حقيقة تفرق الموكلين
- ١٥٧ ..... تفويض الامر الى الوكيل
- ١٥٨ ..... ثبوت الخيار للفضولي
- ١٥٩ ..... مسألة: لو كان العاقد واحدا
- ١٦١ ..... مسألة: قد يستثنى بعض اشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار. (١)
- ١٦١ ..... اشارة
- ١٦٦ ..... المسلم المشتري من الكافر
- ١٦٧ ..... شراء العبد نفسه
- ١٦٨ ..... مسألة: لا يثبت خيار المجلس في شيء من العقود سوى البيع (١)
- ١٦٩ ..... مسألة: مبدأ هذا الخيار من حين العقد، (١)
- ١٧٢ ..... القول في مسقطات الخيار
- ١٧٢ ..... اشارة
- ١٧٢ ..... مسألة: لا خلاف ظاهرا في سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه في ضمن العقد
- ١٧٢ ..... اشارة
- ١٧٨ ..... اشتراط عدم الفسخ
- ١٨٠ ..... الشرط غير المذكور في متن العقد
- ١٨٢ ..... المنذور عتقه
- ١٨٤ ..... مسألة: و من المسقطات اسقاط هذا الخيار بعد العقد (١)
- ١٨٤ ..... اشارة
- ١٨٧ ..... لو قال احدهما لصاحبه اختر
- ١٨٨ ..... مسألة: من جملة مسقطات الخيار افتراق المتبايعين (١)
- ١٨٨ ..... اشارة
- ١٩٠ ..... مسألة: المعروف انه لا اعتبار بالافتراق عن إكراه



- ١٩٣----- مسألة: لو اكره احدهما على التفرق و منع عن التخابر و بقى الآخر فى المجلس (١)
- ١٩٧----- مسألة: لو زال الاكراه، (١)-----
- ١٩٩----- مسألة: و من مسقطات هذا الخيار التصرف (١)-----
- ٢٠٠----- و الثانى: خيار الحيوان، (١)-----
- ٢٠٠----- اشارة-----
- ٢٠١----- فالكلام فيمن له الخيار و فى مدته من حيث المبدأ و المنتهى، و مسقطاته يتم برسم مسائل.
- ٢٠١----- مسألة: المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري، (٢)-----
- ٢٠٧----- مسألة: لا فرق بين الأمة و غيرها فى مدة الخيار، (٢)-----
- ٢٠٨----- مسألة: مبدأ هذا الخيار من حين العقد، (١)-----
- ٢١٢----- مسألة: لا إشكال فى دخول الليلتين المتوسطتين فى الثلاثة أيام، (١)-----
- ٢١٤----- مسألة: يسقط هذا الخيار بأمر:-----
- ٢١٤----- احدها: اشتراط سقوطه فى العقد (١)-----
- ٢١٤----- و الثانى: اسقاطه بعد العقد، (٢)-----
- ٢١٤----- و الثالث: التصرف-----
- ٢٢٠----- الثالث: خيار الشرط-----
- ٢٢٠----- اشارة-----
- ٢٢٢----- و المقصود هنا بيان احكام الخيار المشترط فى العقد و هى تظهر برسم مسائل.
- ٢٢٢----- مسألة: لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد أو منفصلا عنه، (١)-----
- ٢٢٤----- مسألة: لا فرق فى بطلان العقد بين ذكر المدة المجهولة كقدوم الحاج،-----
- ٢٢٤----- مسألة: مبدأ هذا الخيار من حين العقد،-----
- ٢٢٧----- مسألة: يصح جعل الخيار لأجنبى،-----
- ٢٣٠----- مسألة: يجوز لهما اشتراط الاستئثار (٢)-----
- ٢٣٢----- مسألة: من افراد خيار الشرط ما يضاف البيع إليه، و يقال له بيع الخيار (١)-----
- ٢٣٢----- اشارة-----

- ٢٣٤ ..... الانحاء التى يقع الشرط عليها
- ٢٣٦ ..... الثمن المشروط رده لفسخ البيع
- ٢٣٨ ..... الفسخ بالرد
- ٢٣٩ ..... مسقطات خيار الشرط
- ٢٣٩ ..... اشارة
- ٢٤١ ..... التصرف فى الثمن المعين مسقط
- ٢٤٤ ..... حكم تلف المبيع
- ٢٤٥ ..... حكم تلف الثمن
- ٢٤٦ ..... رد الثمن الى الوكيل أو الولى
- ٢٤٩ ..... رد الثمن الى الحاكم
- ٢٤٩ ..... حكم الفسخ برد بعض الثمن
- ٢٥١ ..... مسألة: لا اشكال و لا خلاف فى عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع، (٣)
- ٢٥١ ..... اشارة
- ٢٥١ ..... جريان خيار الشرط فى العقود الجائزة
- ٢٥٢ ..... جريان الخيار فى الاقاعات
- ٢٥٤ ..... جريان الخيار فى غير البيع من العقود اللازمة
- ٢٥٩ ..... الرابع: خيار الغبن (١)
- ٢٥٩ ..... اشارة
- ٢٦٨ ..... مسألة: يشترط فى هذا الخيار أمران: (١)
- ٢٦٨ ..... الأول: عدم علم المغبون بالقيمة
- ٢٦٨ ..... اشارة
- ٢٧٠ ..... الخيار يدور مدار الغبن الموجود حال العقد
- ٢٧٢ ..... لا عبرة بعلم مجرى الصيغة
- ٢٧٣ ..... ما يثبت به الجهل

- ٢٧٤ ..... الأمر الثاني: كون التفاوت فاحشا، (١)
- ٢٧٤ ..... اشارة
- ٢٧٧ ..... تصوير الغبن من الطرفين
- ٢٧٨ ..... مسألة: ظهور الغبن، شرط شرعى لحدوث الخيار أو كاشف عقلى عن ثبوته حين العقد، (١)
- ٢٨٠ ..... مسألة يسقط هذا الخيار بأمر:
- ٢٨٠ ..... احدها: اسقاطه بعد العقد، (١)
- ٢٨٠ ..... اشارة
- ٢٨٢ ..... اسقاط الخيار قبل ظهور الغبن
- ٢٨٤ ..... الثاني من المسقطات اشتراط سقوط الخيار فى متن العقد (١)
- ٢٨٦ ..... الثالث: تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدمه بعد علمه بالغبن، (١)
- ٢٨٧ ..... الرابع: من المسقطات تصرف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن تصرفا مخرجا عن الملك على وجه اللزوم
- ٢٨٧ ..... اشارة
- ٢٨٩ ..... فروع
- ٢٩١ ..... تصرف الغابن المخرج عن الملك
- ٢٩٤ ..... تصرف الغابن الموجب للنقيصه
- ٢٩٦ ..... تصرف الغابن الموجب للزيادة
- ٣٠٠ ..... التغيير بالامتزاج
- ٣٠٢ ..... حكم الامتزاج بالجنس
- ٣٠٣ ..... حكم تلف العوضين
- ٣٠٥ ..... مسألة: الظاهر ثبوت خيار الغبن فى كل معاوضه مالىه
- ٣٠٧ ..... مسألة: اختلف اصحابنا فى كون هذا الخيار على الفور أو على التراخى على قولين (١)
- ٣٠٧ ..... اشارة
- ٣٠٩ ..... التمسك بأيه الوفاء بالعقد عند الشك
- ٣١٠ ..... استصحاب الخيار

٣١٣ ..... اصالة فساد فسخ المغبون

٣١٣ ..... المراد من الفورية

٣١٥ ..... تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

## منهاج الفقاهه: التعليق على مكاسب الشيخ الاعظم المجلد ٥

### اشارة

سرشناسه : روحانى، محمدصادق ، شارح.  
 عنوان قراردادى : المكاسب. شرح.  
 عنوان و نام پديدآور : منهاج الفقاهه: التعليق على مكاسب الشيخ الاعظم / محمدصادق الروحانى.  
 مشخصات نشر : قم: انوار الهدى، ١٤٢٨ق = ٢٠٠٧م = ١٣٨٦.  
 مشخصات ظاهري : ٦ ج. در ٣ مجلد.  
 شابك : ج.١: ٩٧٨٩٦٤٨٨١٢٦٠٢ ؛ ج.٢: ٩٧٨٩٦٤٨٨١٢٦١٩ ؛ ج.٣: ٩٧٨٩٦٤٨٨١٢٦٢٦ ؛ ج.٤: ٩٧٨٩٦٤٨٨١٢٦٣٣ ؛ ج.٥: ٩٧٨٩٦٤٨٨١٢٦٤٠ ؛ ج.٦: ٩٧٨٩٦٤٨٨١٢٦٥٧ ؛ ج.٧: ١٥٠٠٠ ريال (بهاى هر جلد)  
 وضعيت فهرست نويسى : فيبا  
 يادداشت : عربى.  
 يادداشت : جلد پنجم اين كتاب قبلا توسط انتشارات سپهر منتشر شده است.  
 يادداشت : کتابنامه.  
 مندرجات : ج. ١ و ٢ المكاسب المحرمه .-ج. ٣ و ٤. بيع .-ج. ٥ و ٦. خيارات.  
 عنوان ديگر : التعليق على مكاسب الشيخ الاعظم.  
 موضوع : انصارى، مرتضى بن محمدامين، ١٢١٤ - ١٢٨١ق. المكاسب -- نقد و تفسير.  
 موضوع : معاملات (فقه).  
 شناسه افزوده : انصارى، مرتضى بن محمدامين، ١٢١٤ - ١٢٨١ق. المكاسب. شرح.  
 رده بندى كنگره : BP١٩٠/١/الف م٨٣٤٧٠٣٤١٣٨٦  
 رده بندى ديويى : ٢٩٧/٣٧٢  
 شماره كتابشناسى ملي : ١١٢٨٨٧٩

### الجزء الخامس

#### [مقدمة المؤلف]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله على ما أولانا من التفقه فى الدين و الهداية الى الحق و افضل صلواته و اكمل تسليماته على رسوله صاحب الشريعة الخالدة و على آله العلماء بالله الأمانة على حاله و حرامه، سيما بقيه الله فى الارضين ارواح من سواه فداء.  
 و بعد،

فهذا هو الجزء الخامس من كتابنا منهاج الفقاهة و قد وفقنا الى طبعه و المرجو من الله تعالى التوفيق لنشر بقيه المجلدات فانه ولى التوفيق.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٥، ص: ٥

## [تنمة كتاب البيع]

## [تنمة القول في شرائط العوضين]

## مسألة: الثالث من شروط العوضين القدرة على التسليم، (١)

## إشارة

فإن الظاهر الاجماع على اشتراطها في الجملة كما في جامع المقاصد و في التذكرة انه اجماع. و في المبسوط الاجماع على عدم جواز بيع السمك في الماء و لا الطير في الهواء. و عن الغنية انه انما اعتبرنا في المعقود عليه ان يكون مقدورا عليه تحفظا مما لا يمكن فيه ذلك كالسمك في الماء و الطير في الهواء، فإن ما هذه حاله لا يجوز بيعه بلا خلاف

اعتبار القدر على التسليم.

(١) قوله الثالث من شروط العوضين القدرة على التسليم و قبل الشروع في اقامة الدليل على اعتبار هذا الشرط ينبغي تقديم امور:

الأول: ان ذكر هذا الشرط في شروط العوضين، مع ان القدرة قائمة بالمتعاقدين،

و هذا يناسب جعلها من شروط المتعاقدين لعله من جهة ان عدم القدرة على التسليم بحسب الغالب يكون من جهة قصور في العين كالطير الطائر و العبد الآبق و نحوهما، بل ربما يقال انه إذا كان عدم القدرة على التسليم من ناحية قصور العاقد - كما لو تعاوضا على عين معينة و هما في السجن و لا يرجى اطلاقهما منه - لا يكون ذلك مانعا عن صحة البيع.

و أما ما افاده المحقق النائيني (قدس سره) في وجه ذلك من ان القدرة مناط مالية المال، فمع عدمها لا يكون مالا عند العقلاء فيرد عليه: ما ستعرف من ان العجز لا يوجب سلب المالية.

الثاني: ان محل الكلام هو العجز عن التسليم من حين تحقق العقد، فلو كان حين حدوثه قادرا على التسليم و طرأ العجز يدخل ذلك في طرو العيب الموجب لثبوت الخيار.

و بهذا ظهر الفرق بين تعذر التسليم الذي هو مانع عن صحة البيع، و تعذره الموجب للخيار.

و لعل هناك فرقا آخر، و هو انه إذا كان البائع غير قادر و لكن كان المشتري

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٦

و استدل في التذكرة على ذلك بأنه نهى النبي (صلى الله عليه و آله) عن بيع الغرر (١) و هذا غرر و النهي هنا يوجب الفساد اجماعا على الظاهر المصرح به في موضع من الايضاح و اشتهاار الخبر بين الخاصة و العامة يجبر ارساله اما كون ما نحن فيه غررا فهو الظاهر من كلمات كثير

قادرا على التسلم، يثبت الخيار.

و ان كان هو ايضا غير قادر بطل العقد. و سيأتي الكلام في ذلك فانظر.

و من هنا ظهر الأمر الثالث، و هو ان محل الكلام عجز البائع و المشتري عن ذلك،

و أما إذا كان المشتري قادرا على التسلم فهو خارج عن المقام. و سيأتي حكمه.

إذا عرفت هذه الأمور.

فاعلم: انه قد تكرر من الفقهاء دعوى الإجماع على اعتبار هذا الشرط، بل يظهر من الانتصار ان عليه اجماع العامة و لم يذكر الخلاف عن احد سوى الفاضل القطيفي.  
و قد استدل لاعتباره بوجوه.

(١) الأول: النبى المشهور بين الفريقين- بل قيل انه اجمع عليه المخالف و المؤلف:-

نهى النبى صلى الله عليه و آله عن بيع الغرر «١».

و تنقيح القول فى هذا الحديث الشريف يقتضى البحث فى جهات:

الأولى: فى سنده. و الظاهر انه من اقصية النبى صلى الله عليه و آله المروية من طرق اهل السنة برواية عبادة بن صامت مجتمعة، و هى بعينها مروية من طرقنا برواية عقبه متفرقة على حسب تفرق الابواب.

و على اى تقدير مع اعتماد الأصحاب عليه و تلقيهم اياه بالقبول و افتائهم مستندا إليه لا يبقى مجال الاشكال فى سنده.

الجهة الثانية: فى معنى الغرر و تطبيقه على بيع ما لا يقدر على تسليمه. و قد ذكروا

(١) الوسائل- باب ٤٠- من ابواب آداب التجارة حديث ٣- و المستدرک باب ٣١ من ابواب آداب التجارة حديث ١-

الدعائم ج ٢- ص ١٩ سنن بيهقى ج ٥ ص ٣٣٨- و سنن الترمذى ج ٣ ص ٥٣٢- و اخرجه مسلم فى صحيحه ج ٥ ص ٣

- و ابو داود فى كتاب البيوع.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ٧

من الفقهاء و اهل اللغة حيث مثلوا للغرر ببيع السمك فى الماء و الطير فى الهواء مع ان معنى الغرر على ما ذكره اكثر اهل اللغة صادق عليه و المروى عن امير المؤمنين عليه السلام انه عمل ما لا يؤمن معه من الضرر.

و فى الصحاح الغرة الغفلة و الغار الغافل و اغره اى اتاه على غرة منه و اغتر بالشىء اى خدع به و الغرر الخطر و نهى رسول الله صلى الله عليه و آله عن بيع الغرر و هو مثل بيع السمك فى الماء و الطير فى الهواء إلى ان قال: و التغرير حمل النفس على الغرر، انتهى.

و عن القاموس: ما ملخصه غره غرا و غرورا و غرة بالكسر فهو مغرور و غرير كامير خدعه و أطمعه فى الباطل إلى ان قال غرر بنفسه تغريرا أو تغره أى عرضها للهلكة و الاسم الغرر محرکه إلى ان قال: و الغار الغافل، و اغتر غفل و الاسم الغرة بالكسر، انتهى.

و عن النهاية بعد تفسير الغرة بالكسر بالغفلة انه نهى عن بيع الغرر و هو ما كان له ظاهر يغر المشتري و باطن مجهول، و قال الازهرى: بيع الغرر ما كان على غير عهدة و لا ثقة و يدخل فيه البيوع التى لا يحيط بكنهها المتبايعان من كل مجهول و قد تكرر فى الحديث و

منه حديث مطرف ان لى نفسا واحدة و انى لأكره ان اغربها اى احملها على غير ثقة و به سمى الشيطان غرورا لأنه يحمل الانسان على محابه و وراء ذلك ما يسوؤه، انتهى.

فى تفسير الغرر امورا: الغفلة، و الخديعة، و الخطر، و عمل ما لا يؤمن معه من الضرر، و ما كان على غير عهدة و ثقة، و ما له ظاهر محبوب و باطن مكروه. و قد افاد بعض المحققين: ان هذه التفاسير ليست كلها بيانا للمعنى الحقيقى، بل بعضها بيان مفهومه، و بعضها

الآخر بيان لازمه الدائى، و بعضها بيان لازمه الغالبى، و بعضها بيان لمورده.

و معناه الحقيقى: ما يساوق الخديعة، و لازمه الدائى هو الغفلة، و لازمه الغالبى هو الخطر و الوقوع فى الضرر، و المنخدع لا يكون على عهدة و ثقة، و مورده ما كان له ظاهر محبوب و باطن مكروه.

و الحق ان يقال: ان لمادة الغرر معان ثلاثة لا جامع بينها اصلا على ما يظهر من كتب اللغة.

لأن ما يكون بمعنى الغفلة انما هو المعنى المشتقى اللازم و هو غر يغر

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٨

وقد حكى ايضا عن الاساس و المصباح و المغرب و الجمل و المجمع تفسير الغرر بالخطر ممثلا له في الثلاثة الاخيرة ببيع السمك في الماء و الطير في الهواء. و في التذكرة ان اهل اللغة فسروا بيع الغرر بهذين و مراده من التفسير التوضيح بالمثل و ليس في المحكى عن النهاية منافاة لهذا التفسير كما يظهر بالتأمل.

و بالجملة فالكل متفقون على اخذ الجهالة في معنى الغرر سواء تعلق الجهل بأصل وجوده ام بحصوله في يد من انتقل إليه ام بصفاته كما أو كيفا. و ربما يقال ان المنساق من الغرر المنهى عنه الخطر من حيث الجهل بصفات المبيع و مقداره لا مطلق الخطر الشامل لتسليمه و عدمه ضرورة حصوله في بيع كل غائب خصوصا إذا كان في بحر و نحوه، بل هو اوضح شيء في بيع الثمار و الزرع و نحوهما.

و الحاصل ان من الواضح عدم لزوم المخاطرة في مبيع مجهول الحال بالنسبة إلى التسلم و عدمه خصوصا بعد جبره بالخيار لو تعذر و فيه ان الخطر من حيث حصول المبيع في يد المشتري اعظم من الجهل بصفاته مع العلم بحصوله فلا وجه لتقييد كلام اهل اللغة خصوصا بعد تمثيلهم بالمثلين المذكورين و احتمال إرادتهم ذكر المثاليين لجهالة صفات المبيع لا الجهل بحصوله في يده يدفعه ملاحظة اشتغال التمثيل بهما في كلمات الفقهاء للعجز عن التسليم لا للجهالة بالصفات هذا مضافا إلى استدلال الفريقين من العامة و الخاصة بالنبوى

بكسر الغين، و مصدره الغرة بالكسر، و اسم فاعله الغار بمعنى الغافل، و لا يكون له اسم مفعول لكونه لازما.

و ما يكون بمعنى الخدعة انما يكون متعديا و هو غر يغر بضم الغين و اسم مفعوله المغرور، و غرير صفة مشبهة، و اسم مفعول هذا الباب يلازم مع اسم فاعل ذلك الباب،

فالمغرور، يلازم مع كونه غافلا، و مصدره غرور، و المستعمل في القرآن الكريم انما هو المعنى الثاني، و لا جامع بين البابين.

و أما لفظ الغرر فلم يستعمل في شيء منهما، و انما هو بمعنى الخطر، و لا يكون معناه حديثا اشتقاقيا، بل هو جامد كما صرح بذلك في الأساس و المصباح و المغرب

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٩

المذكور على اعتبار القدرة على التسليم كما يظهر من الانتصار حيث قال: فيما حكى عنه و مما انفردت به الامامية القول بجواز شراء العبد الآبق مع الضميمة و لا يشتري وحده إلا إذا كان بحيث يقدر عليه المشتري و خالف باقي الفقهاء في ذلك و ذهبوا إلى انه لا يجوز بيع الآبق على كل حال إلى ان قال: و يعول مخالفونا في منع بيعه على انه يبيع غرر و ان نبينا صلى الله عليه و آله نهى عن بيع الغرر إلى ان قال: و هذا ليس بصحيح لأن هذا البيع يخرج عن ان يكون غررا انضمام غيره إليه، انتهى.

و هو صريح في استدلال جميع العامة بالنبوى على اشتراط القدرة على التسليم. و الظاهر اتفاق اصحابنا ايضا على الاستدلال به كما يظهر للمتتبع و سيجىء في عبارة الشهيد التصريح به، و كيف كان، فالدعوى المذكورة مما لا يساعدها اللغة و لا العرف و لا كلمات اهل الشرع و ما ابعد ما بينه و بين ما عن قواعد الشهيد رحمه الله

و الجمل و المجمع و القاموس، و قد فهم العلماء قدس الله اسرارهم منه ذلك، و لذا افاد المحقق المشار إليه انه انما يحمل الغرر في الخبر على الخطر لفهم العامة و الخاصة لاتفاقهم ظاهرا على ذلك كما يتضح بالمراجعة الى استدلال الفريقين في ابواب المعاملات. و بالجملة: الغرر بحسب تصريح اللغويين و فهم اهل العرف و العلماء انما هو بمعنى الخطر.



فان قيل انه إذا كان جامدا فكيف يقال: غرر يغرر تغريرا.

اجبنا عنه: بان بعض الجوامد بواسطة بعض ابواب المزيد فيها يصير مشتقا كالماء المشمس و التحجير و غيرهما.

و المقام من هذا القبيل، فمعنى غرر بنفسه اوقعه فى الخطر.

و ما عن القاموس من تفسير غرر بنفسه عرضها للهلاكه، انما هو من جهة ان خطر النفس هو الهلاكه، و ما فيه من ان الاسم الغرر مراده

منه ان اللفظ الأصلى هو معنى اسمى غير قابل الاشتقاق و هو الغرر، و ما عن الامام على (عليه السلام) من تفسير

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٠

حيث قال: الغرر ما كان له ظاهر محبوب و باطن مكروه قاله بعضهم و منه قوله تعالى:

(متاع الغرور) و شرعا هو جهل الحصول (١) و مجهول الصفة فليس غررا و بينهما عموم و خصوص من وجه لوجود الغرر بدون

الجهل فى العبد الآبق إذا كان معلوم الصفة من قبل أو وصف الآن و وجود الجهل بدون الغرر فى المكيل و الموزون و المعدود إذا لم

يعتبر.

و قد يتوغل فى الجهالة كحجر لا يدري اذهب ام فضة ام نحاس ام صخر و يوجدان معا فى العبد الآبق المجهول الصفة و يتعلق الغرر

و الجهل تارة بالوجود كالعبد الآبق المجهول الوجود و تارة بالحصول كالعبد الآبق المعلوم الوجود و بالجنس

كحب لا يدري ما هو و سلعة من سلع مختلفة و بالنوع كعبد من عبيد و بالقدر ككيل لا يعرف قدره و البيع الى مبلغ السهم و بالعين

كتوب من ثوبين مختلفين و بالبقاء كبيع الثمرة قبل بدو الصلاح عند بعض الاصحاب. و لو اشترط ان يبدو الصلاح لا محالة كان غررا

عند الكل كما لو شرط صيرورة الزرع سنبلا و الغرر قد يكون بما له مدخل ظاهر فى العوضين و هو ممتنع اجماعا و قد يكون بما

يتسامح به عادة لقلته كأس الجدار و قطن الجبة و هو معفو عنه اجماعا و نحوه اشتراط الحمل و قد يكون مرددا بينهما و هو محل

الخلاف كالجزاف فى مال الاجارة

الغرر بعمل لا- يؤمن معه من الضرر، غير ثابت، و لم يحرز صدوره عنه، و لو سلم الصدور لا بد من تأويله لعدم كون الغرر بمعنى

العمل على اى تقدير.

و قد يقال: ان بيع ما لا يقدر على تسليمه لا يكون غرريا بعد كون المبيع معلوما ذاتا و وصفا، و انما يكون الغرر و الخطر من ناحية

الآثار الخارجية، اى التسليم و التسلم.

و فيه: ان الملكية المجردة لا يترتب عليها شىء و لا يبذلون العقلاء بازائها شيئا،

فاليق عليها غررى، و ما ابعد ما بين هذه الدعوى. و ما ادعاه الشهيد قدس سره.

(١) من اختصاص الغرر بمجهول الحصول، و ان كان هو ايضا لا يخلو عن محذور،

و يؤيد ما ذكرناه تمثيل اهل الفن للغرر ببيع السمك فى الماء و الطير فى الهواء، و عن ابن مسعود عن النبى صلى الله عليه و آله: لا

تشتى السمك فى الماء فانه غرر. فلا ينبغى التوقف

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١١

و المضاربة و الثمرة قبل بدو الصلاح و الآبق بغير ضميمه، انتهى.

و فى بعض كلامه تأمل ككلامه الآخر فى شرح الارشاد حيث ذكر فى مسألة تعيين الاثمان بالتعيين الشخصى عندنا قالوا يعنى

المخالفين من العامة تعينها غرر فيكون منهيها عنه. اما الصغرى فلجواز عدمها أو ظهورها مستحقة فينسخ البيع.

و أما الكبرى فظاهرة الى ان قال قلنا: انا نمنع الصغرى لأن الغرر احتمال مجتنب عنه فى العرف بحيث لو تركه و بئح عليه و ما ذكره لا

يخطر ببال فضلا عن اللوم عليه،

انتهى.

فإن مقتضاه انه لو اشترى الآبق أو الضال المرجو الحصول بثمن قليل لم يكن غررا لأن العقلاء يقدمون على الضرر القليل رجاء للنفع الكثير. وكذا لو اشترى المجهول المردد بين ذهب و نحاس بقيمة النحاس بناء على المعروف من تحقق الغرر بالجهل بالصفة. وكذا شراء مجهول المقدار بثمن المتيقن منه فإن ذلك كله مرغوب فيه عند العقلاء بل يوبخون من عدل عنه اعتذارا بكونه خطرا فالاولى ان هذا النهى من الشارع لسد باب المخاطرة المفضية الى التنازع فى المعاملات و ليس منوطا بالنهى من العقلاء ليخص مورده بالسفهاء أو المتسفهة

فى صدق الغرر و الخطر على بيع ما لا يقدر على تسليمه.

الجهة الثالثة: فى بيان مفاد النهى.

الظاهر ان النهى عن المعاملة كما عرفت فى اول الجزء الاول من هذا الشرح ظاهر فى كونه ارشادا الى الفساد، فإذا ظاهر ذلك هو فساد البيع الغررى.

الجهة الرابعة: انه قد يقال: بان المانع عن الصحة ان كان هو الغرر فهو يمكن دعوى ارتفاعه بوجوه:

احدها: انه لو اشترط الخيار برد العوض مع عدم وصول المعوض إليه لا يكون هناك غرر.

وفيه: ان نفوذ الشرط مشروط بكونه فى ضمن العقد الصحيح، فلا يعقل تصحيح العقد به.

ثانيها: انه مع تعذر تسليم المبيع له خيار التعذر، فله الفسخ و استرجاع الثمن.

وفيه: ان الخيار انما يثبت فى العقد الصحيح، فكيف يصحح العقد به.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٢

ثم انه قد حكى عن الصدوق فى معانى الاخبار تعليلا لفساد بعض المعاملات المتعارفة فى الجاهلية كبيع المنابذة و الملامسة و بيع الحصاة بكونها غررا مع انه لا جهالة فى بعضها كبيع المنابذة بناء على ما فسر به من انه قول احدهما لصاحبه انبذ الى الثوب أو انبذه اليك فقد وجب البيع، و بيع الحصاة بأن يقول: إذا نبذت الحصاة فقد وجب البيع، و لعله كان على وجه خاص يكون فيه خطر و الله العالم.

ثالثها: انه بالفحص اما ان يحصل فى يده، أو يصير مأيوسا من ذلك، فيكون بمنزلة التلف الموجب لانفساخ العقد الموجب لرجوع الثمن الى صاحبه، فهو مأمون العاقبة من الخطر، لأنه اما ان يصل إليه المبيع أو بدله.

وقد ظهر الجواب عن ذلك مما تقدم، إذ الحكم بالانفساخ فرع صحة العقد.

رابعها: انه مع امتناع تسليم المبيع للمشتري الامتناع من تسليم الثمن فلا غرر و فيه: ان الامتناع من تسليم الثمن بعد فرض كونه ملكا للبائع لا يوجب تدارك ما ذهب من ملكه.

هذا كله مع ان الغرر باعتبار الغرض المعاملى لا ينجبر بالفسخ و لا بالانفساخ.

فالحق دلالة النبوى على الفساد، الا انه مختص بصورة عدم احراز امتناع التسليم،

لأن الخطر انما يطلق فيما إذا احتمل الحصول و لو ضعيفا.

و لكن فى هذا الفرد يثبت الحكم بالاولوية القطعية.

الثانى: ان بذل المال بازاء ما لا يمكن تسليمه سفهيا، فلا تشمل ادلة نفوذ المعاملات فانها مسوقة لبيان انفاذ المعاملات العقلانية.

وفيه: اولاً: ان بذل المال القليل بازاء مال كثير يرمى حصوله ليس سفهيا بل ربما يعد عدم البذل سفهيا.

و ثانيا: ان ادلة نفوذ المعاملات تدل على نفوذ كل معاملة، و الدليل انما دل على عدم نفوذ معاملة السفية و لم يدل دليل على عدم نفوذ المعاملة السفهائية.

الثالث: ان المعاملة على ما لا يقدر على تسليمه: اكل للمال بالباطل.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٣

و كيف كان فلا اشكال في صحة التمسك لاعتبار القدرة على التسليم بالنبوى المذكور الا انه اخص من المدعى لان ما يمتنع تسليمه عادة كالغريق في بحر يمتنع خروجه منه عادة و نحوه ليس في بيعه خطر لأن الخطر انما يطلق في مقام يحتمل السلامة و لو ضعيفا لكن هذا الفرد يكفى في الاستدلال على بطلانه بلزوم السفاهة و كون اكل الثمن في مقابلة اكل للمال بالباطل بل لا يعد مالا عرفا (١) و ان كان ملكا فيصح عتقه و يكون لملكه لو فرض التمكن منه الا انه لا ينافى سلب صفة التمول عنه عرفا. و لذا يجب على غاصبه رد تمام قيمته الى المالك (٢) فيملكه مع بقاء العين على ملكه على ما هو ظاهر المشهور.

و فيه: ان المراد بالأكل بالباطل بقريئة المقابلة بتجارة عن تراض التملك بالأسباب الباطلة كالقمار و نحوه، و الا فغاية ما هناك كون اعطاء المال مجانيا و بلا عوض، و ليس هذا من قبيل اكل المال بالباطل.

(١) الرابع: ان ما لا يقدر على تسليمه لا يعد مالا عرفا فلا يصح بيعه.

و فيه: اولاً: ان المال انما هو من العناوين المنطبقة على الأشياء بانفسها مع قطع النظر عن الأشخاص، و هو ينتزع من كون ذلك الشيء موضوعا لغرض موجب لحدوث رغبة الناس فيه، و هي صفة تنتزع من نفس المال و ان لم يكن هناك مالك.

و ثانيا: انه لو سلم ذلك فانما هو فيما لا يحتمل التمكن من التسليم كما لا يخفى.

(٢) و قد استشهد المصنف لسلب صفة التمول عنه: بانه يجب على غاصبه قبلا ان يدفع تمام القيمة بصيرورته كذلك من باب بدل الحيلولة.

و فيه: ان لزوم اداء تمام القيمة انما يكون من جهة الحيلولة بين المالك و تمام المالية بالحيلولة بينه و بين العين لا من جهة التلف، و قد تقدم تفصيل القول في ذلك في مبحث بدل الحيلولة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٤

ثم انه ربما يستدل على هذا الشرط بوجوه آخر منها ما اشتهر عن النبي صلى الله عليه و آله من قوله: لاتبع ما ليس عندك، (١) بناء على أن كونه عنده لا يراد به الحضور لجواز بيع الغائب و السلف إجماعا فهي كناية لاعتن مجرد الملك لأن المناسب حينئذ ذكر لفظه اللام و لاعتن مجرد السلطنة عليه و القدرة على تسليمه لمنافاته لتمسك العلماء من

الخاصة و العامة بها على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة للغير، ثم شرائها من مالكةا خصوصا إذا كان و كيلا عنه في بيعه و لو من نفسه فإن السلطنة و القدرة على التسليم حاصله هنا مع انه مورد الرواية عند الفقهاء فتعين ان يكون كناية عن السلطنة التامة الفعلية التي تتوقف على الملك مع كونه تحت اليد حتى كأنه عنده و ان كان غائبا (٢) و على اي حال فلا بد من اخراج بيع الفضولي عنه بادلته أو بحمله على النهي المقتضى لفساده بمعنى عدم وقوعه لبائعه لو اراد ذلك و كيف كان فتوجيه الاستدلال بالخبر على ما نحن فيه ممكن. و أما الايراد عليه بدعوى ان المراد به الاشارة الى ما هو المتعارف في تلك الأزمنة من بيع الشيء الغير المملوك ثم تحصيله

(١) الخامس: ما ذكره المصنف قدس سره بقوله: منها ما اشتهر عن النبي صلى الله عليه و آله من قوله: لاتبع ما ليس عندك ...

لا يخفى ان اقضية النبي صلى الله عليه و آله المذكورة في كتب العامة مجتمعة عن عبادة ابن الصامت بعينها مروية من طرق الخاصة

برواية عقبه بن خالد متفرقة على حسب تفرق الأبواب.

و عليه فهذا النبوى «١» مروى من طرقنا و من طرق العامة،

فلا وجه للمناقشة فى سنده.

(٢) و أما من حيث الدلالة، فمحصل ما افاده المصنف قدس سره: ان احتمالات قوله عليه السلام عندك اربعة:

احدها: الحضور الذى هو معناه الحقيقى.

ثانيها: الملك.

(١) الوسائل باب ٧ من ابواب احكام العقود، و باب ٢ من ابواب عقد البيع و سنن الترمذى ج ٣ ص ٥٣٤ باب ما جاء فى كراهية بيع ما ليس عندك.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٥

بشرائه و نحوه و دفعه الى المشتري، فمدفوع بعدم الشاهد على اختصاصه بهذا المورد و ليس فى الاخبار المتضمنة لنقل هذا الخبر ما يشهد باختصاصه بهذا المورد.

نعم يمكن ان يقال ان غاية ما يدل عليه هذا النبوى بل النبوى الأول ايضا فساد البيع بمعنى عدم كونه علة تامة لترتب الاثر المقصود فلا ينافى وقوعه مراعى بانتفاء صفة الغرر و تحقق كونه عنده و لو ابيت الا- عن ظهور النبوين فى الفساد بمعنى لغوية العقد رأسا المنافية لوقوعه مراعى دار الأمر بين ارتكاب خلاف هذا الظاهر و بين إخراج بيع الرهن و بيع ما يملكه بعد البيع، و بيع العبد الجانى عمدا و بيع المحجور لرق أو سفه أو فلس

ثالثها: السلطنة عليه و القدرة على تسليمه.

رابعها: السلطنة التامة الفعلية التى تتوقف على الملك مع كونه تحت اليد.

و من البين ان الأول ليس بمراد قطعا لجواز بيع الغائب اجماعا.

و الثانى خلاف الظاهر، فان بيع المملوك بيع ماله لا بيع ما عنده، فبيع غير المملوك بيع ما ليس له، لا بيع ما ليس عنده.

و الثالث يدفعه استدلال الفقهاء بهذا النبوى على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة للغير.

فيتعين الرابع، فيدل على فساد بيع ما لا يكون مالكا له، و ما لا يقدر على تسليمه،

فلا بد من اخراج بيع الفضولى عنه بادلته أو بحمله على النهى المقتضى لفساده بمعنى عدم وقوعه لبائعه لو اراد ذلك.

و فيه: ان ارادة القدرة على التسليم خاصة من التصرفات الخارجية المماسه للعين،

اما وحدها أو مع الملكية خلاف الظاهر، بل اما ان يراد مطلق التصرفات الخارجية أو لا يكون ذلك بالخصوص بمراد، و حيث انه لا

يعتبر السلطنة الخارجية المماسه للعين قطعا، فلا يكون ذلك بمراد لا مستقلا و لا ضمنا، بل الظاهر منه ارادة السلطنة الاعتبارية على

التصرفات التسببية المعاملية، فيكون اجنيا عن المقام.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٦

فان البائع فى هذه الموارد عاجز شرعا من التسليم و لا رجحان لهذه التخصيصات. فحينئذ لا مانع عن التزام وقوع بيع كل ما يعجز عن

تسليمه مع رجاء التمكن منه «مراعى بالتمكن منه» فى زمان لا يفوت الانتفاع المعتد به.

و قد صرح الشهيد فى اللمعة بجواز بيع الضال و المجهود من غير اباق مراعى بإمكان التسليم و احتمله فى التذكرة لكن الإنصاف ان

الظاهر من حال الفقهاء اتفاهم على فساد بيع الغرر بمعنى عدم تأثيره رأسا كما عرفت من الإيضاح.

و منها ان لازم العقد وجوب تسليم كل من المتبايعين العوضين الى صاحبه (١) فيجب ان يكون مقدورا لاستحالة التكليف بالمتنع

(١) السادس: ما ذكره المصنف قدس سره، و حاصله: ان لازم العقد وجود التسليم،

و هو مشروط بالقدرة، فمع عدمها لا لزوم للتسليم فيلزم عدم نفوذ العقد، و الا لزم انفكاك اللازم عن الملزوم.

وفيه: انه ان اريد بذلك ان لزوم التسليم من مقتضيات الملك الذي هو مدلول العقد فهو مسلم لوجوب رد المال الى صاحبه، الا ان هذا اللازم ليس لازما لا ينفك، بل هو فرع التمكن منه، و مع عدم التمكن يكون ملكا له لا يجب تسليمه لعدم القدرة. و ان اريد به انه من مقتضيات اطلاق العقد نفسه، فيرد عليه: ان العقد عبارة عن تمليك العين مثلا لا هو مع اعتبار امر آخر أو تكليف آخر.

و ان اريد به ان الملكية تكون مقيدة بما يتمكن من تسليمه، فيرد عليه: ان التعليق في العقد موجب للبطلان.

و ان اريد به ان لزوم التسليم من احكام العقد من جهة ان التسليم مصداق للوفاء بالعقد الذي وجوبه من احكام العقد، فيرد عليه:

اولا: ان (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) «١» على ما حققناه في محله يكون ارشادا الى لزوم العقد،

و على فرض كونه تكليفيا يكون مفاده لزوم العمل بمفاد العقد بعدم فسخه، فعلى كل تقدير لا ربط له بالتسليم.

(١) المائدة آية ٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٧

و يضعف بانه ان اريد ان لازم العقد وجوب التسليم وجوبا مطلقا منعنا الملازمة و ان اريد مطلق وجوبه فلا ينافي كونه مشروطا بالتمكن كما لو تجدد العجز بعد العقد. (١) و قد يعترض باصالة عدم تقييد الوجوب، ثم يدفع بمعارضته باصالة عدم تقييد البيع بهذا الشرط (٢) و في الاعتراض و المعارضة نظر واضح، (٣) فافهم

و ثانيا: ان التكليف بالوفاء قد تعلق بالعقد الصحيح، فعدم لزوم الوفاء لعدم القدرة لا يكشف عن عدم الصحة.

(١) و اجاب المصنف عنه: بانه يضعف بانه ان اريد ان لازم العقد وجوب التسليم ... متعنا الملازمة مراده: انه ان اريد ان لازم العقد وجوب التسليم وجوبا فعليا بحيث انه ان لم يكن قادرا عليه ينكشف عدم وجود الملزوم، نمنع الملازمة، اى لا دليل على ان ذلك من لوازم العقد.

و ان كان المراد ان لازمه مطلق الوجوب الملائم مع الوجوب المشروط، فاللازم متحقق في الفرض، و كذلك الملزوم.

قال المصنف: و قد يعترض باصالة عدم تقييد الوجوب، ثم يدفع بمعارضته باصالة عدم تقييد البيع.

(٢) المعترض، و دافعه، صاحب الجواهر قدس سره.

و حاصل الاعتراض بما ذكره المصنف من الجواب: ان مقتضى اصالة عدم تقييد الوجوب كون اللازم الوجوب المطلق، فمع عدمه ينكشف عدم تحقق الملزوم.

و محصل الدفع: انه معارض باصالة عدم تقييد البيع بهذا الشرط، فان اطلاق ادلة نفوذ البيع يكشف عن عدم اعتبار القدرة في النفوذ، فالحجة على الاشتراط تعارض الحجة على عدمه.

(٣) و أما ما ذكره المصنف قدس سره من النظر الواضح في الاعتراض و المعارضة، فلعل وجه النظر في الاعتراض انه ان اريد باصالة

عدم تقييد الوجوب الأصل العملي - اى اصالة عدم وجوب المقيد - فيرد عليه: انه معارض باصالة عدم وجوب المطلق

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٨

و منها ان الغرض من البيع انتفاع كل منهما بما يصير إليه و لا يتم الا بالتسليم (١) و يضعفه منع توقف مطلق الانتفاع على التسليم بل منع عدم كون الغرض منه إلا الانتفاع «بعد التسليم لا الانتفاع» المطلق.  
و منها ان بذل الثمن على غير المقدور سفه فيكون ممنوعا و أكله اكلا بالباطل.  
و فيه ان بذل المال القليل فى مقابل المال الكثير المحتمل الحصول ليس سفها بل تركه اعتذارا بعدم العلم بحصول العوض سفه، فافهم.

و ان اريد به الاصل اللفظى، اى اطلاق دليل الوجوب- فهو مقيد بالقدرة عقلا.  
و وجه النظر فى الدفع: ان اطلاق دليل المقيد لو سلم لا ريب فى حكومته على اصالة عدم تقييد البيع كما لا يخفى..  
(١) السابع: ما ذكره المصنف بقوله: و منها ان الغرض من البيع انتفاع كل منهما بما يصير إليه، و لا يتم الا بالتسليم...  
و فيه: اولاً: ان تخلف الأغراض و الدواعى لا يوجب فساد المعاملة و بطلانها.  
و ثانياً: ان الغرض من المعاملة ليس هو الانتفاع المطلق، بل الانتفاع على فرض التسليم.  
و ثالثاً: نمنع توقف مطلق الانتفاعات حتى التصرفات الاعتبارية على التسليم.  
فتحصل مما ذكرناه: ان دليل اعتبار هذا القيد هو النبوى المشهور:  
نهى النبى صلى الله عليه و آله عن بين الغرر.

### هل القدرة شرط أو العجز مانع

و ينبغى التنبيه على امور:  
الأول: هل القدرة على التسليم شرط كما فى التكاليف، ام يكون العجز عنه مانعاً؟ وجهان.  
منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٩  
ثم ان ظاهر معاهد الاجماع كما عرفت كون القدرة شرطاً كما (١) هو كذلك فى التكاليف و قد اكد الشرطية فى عبارة الغنية المتقدمة حيث حكم بعدم جواز بيع ما لا يمكن فيه التسليم فينتفى المشروط عند انتفاء الشرط (٢) و مع ذلك كله فقد استظهر بعض من تلك العبارة ان العجز مانع لا ان القدرة شرط قال: و يظهر الثمرة فى موضع الشك، ثم ذكر اختلاف الأصحاب فى مسألة الضال و الضالة و جعله دليلاً على ان القدر المتفق عليه ما إذا تحقق العجز و فيه ما عرفت من ان صريح معاهد الإجماعات خصوصاً عبارة الغنية المتأكدة بالتصريح بالانتفاء عند الانتفاء هى شرطية القدرة ان العجز امر عدمى لأنه عدم القدرة عمن من شأنه صنفاً أو نوعاً أو جنساً ان يقدر.  
فكيف يكون مانعاً من (٣) ان المانع هو الامر الوجودى الذى يلزم من وجوده العدم، ثم لو سلم صحة اطلاق المانع عليه لا ثمره فيه لا فى صورة الشك الموضوعى أو الحكمى و لا فى غيرهما فإننا إذا شككنا فى تحقق القدرة و العجز مع سبق القدرة فالاصل بقاؤها اولاً معه فالأصل عدمها اعنى العجز سواء جعل

و ملخص القول: ان الكلام فى هذا التنبيه يقع فى مواضع.  
احدها: فيما هو مقتضى كلمات الأصحاب.  
ثانيها: فى معقولية مانعية العجز و عدمها.

ثالثها: فيما يقتضيه الدليل.

رابعها: في ترتب الثمرة على هذا النزاع.

(١) اما الأول: فظاهر كلمات القوم حيث قالوا: و من شرائط العوضين القدرة على التسليم كون القدرة شرطا.

و مورد نزاع المصنف قدس سره و صاحب الجواهر كلام الغني، و ذيله الذي نقله المصنف قدس سره.

(٢) و هو صريح في شرطية القدرة، اللهم الا ان يكون ذلك من كلام المصنف قدس سره.

(٣) و أما الثاني فقد ذهب المصنف قدس سره الى عدم معقولية مانعية العجز، من جهة ان العجز امر عدمي لأنه عدم القدرة عمن من

شانه ان يقدر، و المانع هو الأمر الوجودي الذي يلزم من وجوده العدم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٠

القدرة شرطا أو العجز مانعا و إذا شككنا في ان الخارج عن عمومات الصحة هو العجز المستمر أو العجز في الجملة أو شككنا في ان

المراد بالعجز ما يعم التعسر كما حكى أم خصوص التعذر فاللازم التمسك بعمومات الصحة من غير فرق بين تسمية القدرة شرطا أو

العجز مانعا. (١)

و الحاصل ان التردد بين شرطية الشيء و مانعية مقابله انما يصح و يثمر في الضدين مثل الفسق و العدالة لا فيما نحن فيه و شبهه

كالعلم و الجهل و أما اختلاف الاصحاب في مسألة الضال و الضالة فليس لشك المالك في القدرة و العجز و منبئا على كون القدرة

شرطا أو العجز مانعا كما يظهر من ادلتهم على الصحة و الفساد بل لما سيجيء عند التعرض لحكمها

و فيه: ان المانع في باب العلة و المعلول غير المانع في باب العقود و الإيقاعات كما تقدم، فان المراد به في هذا الباب ما قيد صحة

العقد بعدمه، أو حكم بفساد العقد معه،

و حيث ان هذا ممكن فمانعية العجز معقولة.

و أما الموضوع الثالث: فالأظهر ان المستفاد من الأدلة مانعية العجز، و ذلك لأن ضم ادلة نفوذ البيع. بقوله صلوات الله عليه: نهى النبي

عن بيع الغرر يقتضى ان يكون موضوع النفوذ البيع الذي ليس بغررى - اى لا - يكون متصفا به - لا ان الموضوع هو البيع المتصف بما

يضاد الغرر كما هو واضح.

(١) و أما الموضوع الرابع: ففي المتن ان اللازم التمسك بعمومات الصحة من غير فرق بين تسمية القدرة شرطا أو العجز مانعا و لكن

يمكن ان يقال بظهور الثمرة فيما إذا شك في القدرة، فانه على القول بشرطية القدرة لا بد من احرازها في الحكم بصحة البيع، و أما

على القول بمانعية العجز فيحكم بالصحة، و ان لم يحرز ذلك.

لوجهين: الأول: اصالة عدم المانع: الثاني: قاعدة المقتضى و المانع من جهة ان العقد مقتض و العجز مانع، فإذا شك في المانع مع

احراز المقتضى يبنى على تحقق المقتضى بالفتح.

و فيهما نظر:

اما الأول: فلأن الشبهة اما موضوعية، أو حكمية،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢١

ثم ان العبرة في الشرط المذكور انما هو في زمان استحقاق التسليم (١) فلا ينفع وجودها حال العقد إذا علم بعدمها حال استحقاق

التسليم كما لا يقدح عدمها قبل الاستحقاق و لو حين العقد

فان كانت موضوعية فان كانت الحالة السابقة القدرة يبنى عليها، و ان كانت هي العجز يبنى عليه، و مع عدم احراز الحالة السابقة أو



توارد الحالتين لا يجرى الأصل الموضوعى و انما يرجع الى اصالة الفساد، من غير من فرق بين المسلكين. و ان كانت حكمية، كما لو شك في ان الخارج هو العجز المستمر أو العجز فى الجملة، أو شك فى ان المراد بالعجز ما يشمل التعسر، يرجع الى عمومات الصحة اقتصارا فى المخصص على المتيقن منه. و بالجملة: بعد كون العجز و القدرة من قبيل العدم و الملكة لا من قبيل السلب و الإيجاب، لا يبقى فرق بين مانعية الأول و شرطية الثانية كما لا يخفى.

و أما الثانى: فلعدم حجيتها اولا و عدم جريانها فى الأحكام الشرعية ثانيا لعدم تمييز المقتضى عن المانع و الشرط. هذا كله مضافا الى ان المدرك لاعتبار هذا القيد بما انه النبوى فلا يتصور الشك الموضوعى لتقوم الغرر بالجهل.

### المانع هو العجز فى زمان الاستحقاق

(١) الثانى: هل العبرة فى القدرة على التسليم هى القدرة فى زمان استحقاق التسليم، ام فى زمان البيع؟ وجهان. الظاهر انه لا- إشكال كما لا- خلاف فى ان العبرة فى الشرط المذكور انما هو فى زمان الاستحقاق من غير فرق بين كون المستند وجوب التسليم، أو نهى النبى عن بيع الغرر، أو لزوم السفاهة مع عدمه، أو عدم الانتفاع، او لا تبع ما ليس عندك. إذ لا وجوب للتسليم قبل الاستحقاق.

و المعاملة التى يقدر البائع فيها على تسليم المبيع حال استحقاق المشتري لذلك ليست بغررية فعلا.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٢

و يتفرع على ذلك عدم اعتبارها أصلا إذا كانت العين فى يد المشتري، (١)

و فيما لم يعتبر التسليم فيه رأسا كما إذا اشترى من ينعق عليه فإنه ينعق بمجرد الشراء و لا سبيل لأحد عليه، (٢) و فيما إذا لم يستحق التسليم بمجرد العقد اما لاشتراط تأخير مده و أما لتزلزل العقد كما إذا اشترى فضولا فإنه لا يستحق التسليم إلا بعد إجازة المالك (٣) فلا يعتبر القدرة على التسليم قبلها

و الاقدام على بيع ما يتمكن من تحصيله فى حال الاستحقاق ليس اقداما سفهيا،

و لا يترقب الانتفاع من المبيع الا بعد استحقاقه.

و المراد من عدم بيع ما ليس عنده على فرض دلالة على هذا الشرط بقريته مناسبة الحكم و الموضوع و بحسب المتفاهم العرفى عدم الالتزام بما لا يقدر عليه، و من كان قادرا حين الاستحقاق غير قادر حين البيع لا يكون ملزما على نفسه بما لا يقدر عليه. فما افاده المحقق الأصفهاني قدس سره من انه لو كان المدرك النهى عن بيع ما ليس عنده لا بد من القدرة حال ورود البيع عليه، غير تام، فهذه الكلية لا كلام فيها.

انما الكلام فى الفروع التى فرعها المصنف قدس سره على تلك:

(١) احدها: عدم اعتبارها اصلا إذا كانت العين فى يد المشتري.

و فيه: ان عدم اعتبارها فى هذا المورد ليس من متفرعات عدم اعتبار القدرة حال البيع، بل لو كانت العبرة بالقدرة حال البيع لم تكن معتبرة فى الفرض، لأن التسليم طريق الى وصول المال بيد المشتري، فمع تحقق الوصول لا يعقل استحقاق التسليم.

(٢) ثانيها: ما إذا اشترى من ينعق عليه.

و فيه: ان عدم اعتبارها فى المورد انما يكون من جهة عدم دخوله فى ملكه أو خروجه عنه بعد دخوله آنا ما، لا من جهة عدم اعتبار



القدرة حين البيع.

(٣) ثالثها: ما إذا اشترى فضولا فانه لا يستحق التسلم الا بعد اجازة المالك.

و فيه: ان المعتبر هو قدرة من له العقد لا مجرى الصيغ، و حيث ان العقد انما

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٣

لكن يشكل على الكشف من حيث انه لازم (١) من طرف الاصيل فيتحقق الغرر بالنسبة إليه إذا انتقل إليه ما لم يقدر على تحصيله. نعم هو حسن في الفضولي من الطرفين و مثله بيع الرهن قبل اجازة المرتهن أو فكه، (٢) بل و كذا لو لم يقدر على تسليم ثمن السلم (٣) لان تأثير العقد قبل التسليم في المجلس موقوف على تحققه فلا يلزم غرر و لو تعذر التسليم بعد العقد رجع الى تعذر الشرط. و من المعلوم ان تعذر الشرط المتأخر حال العقد غير قاذح بل لا يقدر العلم بتعذره فيما بعده في تأثير العقد إذا اتفق حصوله

يستند الى من له العقد- و هو المالك من حين الاجازة لا قبلها- فلو كانت العبرة بالقدرة حال البيع لما كانت معتبرة في بيع الفضولي حال البيع لعدم تحقق بيع المالك قبل الاجازة.

(١) و ربما يشكل على الكشف من حيث انه لازم من طرف الاصيل.

و الظاهر ان منشأ الإشكال انه على القول بالكشف إذا كان احد الطرفين اصيلا، بما ان تمام الموضوع لوجوب الوفاء و المؤثر في الملكية هو العقد، فهو من حين البيع الى ما قبل الاجازة محروم عن التصرف في ما انتقل عنه، و ما انتقل إليه. اما في الأول فلخروجه عن ملكه، و أما في الثاني فلأنه لا يجب على مالكة التسليم فلا يقدر هو على تحصيله، فيلزم من ذلك الغرر.

و فيه: ان منشأ الإشكال ان كان حرمانه عن التصرف فيما انتقل إليه فهو يتحقق في الفضولي من الجانبين، و ان كان حرمانه عن التصرف فيما انتقل عنه، فهو لا دخل له بالقدرة على التسليم و التسلم، كما لا دخل له بالغرر.

(٢) رابعها: بيع الرهن قبل اجازة المرتهن أو فكه.

هذا التفريع حسن من جهة ان المشتري لا- يستحق التسليم قبل اجازة المرتهن على القول بتوقف نفوذه عليها، فلا تعتبر قدرته قبل الاجازة و انما العبرة بالقدرة بعدها،

و ان كان العقد منتسبا الى المالك من حين حدوثه.

(٣) خامسها: ما لو لم يقدر على تسليم ثمن السلم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٤

فإن الشروط المتأخرة لا يجب احرازها حال العقد و لا العلم بتحققها فيما بعد.

و الحاصل ان تعذر التسليم مانع في بيع يكون التسليم من احكامه لا من شروط تأثيره و السر فيه ان التسليم فيه جزء الناقل فلا يلزم غرر من تعلقه بغير المقدور.

و بعبارة اخرى الاعتبار بالقدرة على التسليم بعد تمام الناقل و لهذا لا يقدر كونه عاجزا قبل القبول إذا علم بتجدد القدرة بعده و المفروض أن المبيع بعد تحقق الجزء الاخير من الناقل و هو القبض حاصل في يد المشتري فالقبض مثل الاجازة بناء على النقل و اولى منها بناء على الكشف. و كذلك الكلام في عقد الرهن فإن اشتراط القدرة على التسليم فيه بناء على اشتراط القبض انما هو من حيث اشتراط القبض فلا- يجب احرازه حين الرهن و لا- العلم بتحقيقه بعده فلو رهن ما يتعذر تسليمه. ثم اتفق حصوله في يد المرتهن اثر العقد اثره و سيجيء الكلام في باب الرهن. اللهم الا- ان يقال ان المنفى في النبوى هو كل معاملة يكون بحسب العرف غررا. فالبيع المشروط فيه القبض كالصرف و السلم إذا وقع على عوض مجهول قبل القبض أو غير مقدور غرر عرفا لأن اشتراط القبض في نقل العوضين شرعى لا عرفى فيصدق الغرر و الخطر عرفا، و ان لم يتحقق شرعا إذ قبل التسليم لا انتقال و بعده لا خطر لكن النهى و الفساد

يتبعان بيع الغرر عرفا. (١)

محصل ما افاده في هذا الفرع: انه في بيع السلم بما ان القبض جزء السبب الناقل. فقبل تسليم المشتري الثمن لا يكون السبب متحققا، فالعجز عن التسليم لا يقدح في الصحة، فلو اتفق حصوله صح البيع. و بعبارة اخرى: قبل ان يقبض الثمن لا يستحق البائع التسليم لأنه جزء المملك، و بعده التسليم متحقق.

(١) و اورد عليه: بانه قبل القبض البيع العرفي موجود، و البائع بنظرهم يستحق التسليم، فالعجز عنه موجب لكون البيع غرريا عندهم فيشملة نهى النبي صلى الله عليه و آله عن بيع الغرر، فان الموضوع فيه البيع الغرري العرفي.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٥

و من هنا يمكن الحكم بفساد بيع غير المالك إذا باع لنفسه لاعتن المالك ما لا يقدر على تسليمه. اللهم الا ان يمنع الغرر العرفي بعد الاطلاع على كون اثر المعاملة شرعا على وجه لا يلزم منه خطر، فإن العرف إذا اطلعوا على اعتناق القريب بمجرد شرائه لم يحكموا بالخطر اصلا، و هكذا فالمناط صدق الغرر عرفا بعد ملاحظة الآثار الشرعية للمعاملة، (١) فتأمل.

ثم ان الخلاف في اصل المسألة لم يظهر الا من الفاضل القطيفي (٢) المعاصر للمحقق الثاني.

(١) و اجاب عنه المصنف قدس سره: بان اهل العرف بعد اطلاعهم على عدم ترتب الأثر شرعا قبل القبض لا يرونه غرريا في الفرض. و يمكن الجواب بوجه آخر، و هو: ان دليل اعتبار القبض يكون حاكما على دليل مانعية الغرر، و يدل على انه لا غرر في الفرض. و أما ما افاده المحقق الإيرواني في الجواب عن ذلك: بان ظاهر النبوى ان البيع الذي لو لا الغرر كان صحيحا مؤثرا هو الذي نهى النبي صلى الله عليه و آله عنه إذا كان غرريا، و البيع في الفرض قبل القبض لا يكون صحيحا، فالغرر فيه لا يكون مانعا.

فيرد عليه: ان دليل كل مانع انما يكون متكفلا لبيان مانعية ذلك الشيء خاصة، و لا نظر له الى سائر الموانع و الشرائط، و لذا لو فرض اقتران العمل بمانعين لا سبيل الى دعوى عدم مانعية شيء منهما، مع ان مقتضى البرهان المزبور ذلك، فان دليل كل منهما مقيد على الفرض بعدم اقتران العمل بمانع آخر، و المفروض اقترانه به. فالحق ما ذكرناه.

(٢) التنبيه الثالث: قال ان الخلاف في اصل المسألة لم يظهر الا عن الفاضل القطيفي:

و لكن الظاهر من كلامه انه لا ينكر اعتبار القدرة على التسليم في الجملة، غاية الأمر انه يلتزم باعتبار امر في خصوص مورد الجهل و عدم الرضا.

و عليه فلا تنافي بين كلمات المصنف قدس سره حيث نفى الخلاف في اول المسألة، و هنا نقل الخلاف عن الفاضل القطيفي.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٦

حيث حكى عنه انه قال في ايضاح النافع ان القدرة على التسليم من مصالح المشتري فقط لا انها شرط في اصل صحة البيع فلو قدر على التسليم صح البيع و ان لم يكن البائع قادرا عليه بل لو رضى بالابتياح مع علمه بعدم تمكن البائع من التسليم جاز و ينتقل إليه و لا يرجع على البائع لعدم القدرة إذا كان البيع على ذلك مع العلم فيصح بيع المغصوب و نحوه (١)

نعم إذا لم يكن المبيع من شأنه ان يقبض عرفا لم يصح المعاوضة عليه بالبيع،

لأنه في معنى اكل مال بالباطل و ربما احتمل امكان المصالحة عليه.

و من هنا يعلم ان قوله يعنى المحقق فى النافع لو باع الآبق منفردا لم يصح انما هو مع عدم رضا المشتري أو مع عدم علمه أو كونه بحيث لا يتمكن منه عرفا و لو اراد غير ذلك فهو غير مسلم انتهى.

و فيه ما عرفت من الاجماع و لزوم الغرر الغير المندفع بعلم المشتري لأن الشارع نهى عن الاقدام عليه الا ان يجعل الغرر هنا بمعنى الخديعة (٢) فيبطل فى موضع تحققه و هو عند جهل المشتري و فيه ما فيه.

(١) و الظاهر ان المصنف قدس سره فهم من كلام الفاضل القطيفى انه يلتزم باشتراط الصحة بامر لا يجامع العلم و الرضا كعنوان الخدعة.

و بعبارة اخرى انه يعتبر فى صحة المعاملة القدرة على التسليم ما لم يعلم المشتري عدم قدرة البائع على التسليم، و الا فلو علم بذلك و رضى به فلا يعتبر القدرة على التسليم.

(٢) و لذا اورد عليه بان الغرر انما هو فى النبوى بمعنى الخطر لا الخدعة و لكن يحتمل ان يكون مراده ان القدرة انما تعتبر من ناحية حق تسلّم المبيع للمشتري، فإذا علم بعدم القدرة و اقدم على المعاملة راضيا بها فقد اسقط حقه.

و الجواب عنه: ان الشارع اعتبر القدرة و كون ذلك من قبيل الحق القابل للاسقاط، غير ثابت، و الأصل يقتضى عدمه.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٧

ثم ان الظاهر كما اعترف به بعض الاساطين ان القدرة على التسليم ليست مقصودة بالاشتراط الا بالتبع و انما المقصد الاصلى هو التسلم (١) و من هنا لو كان المشتري قادرا دون البائع كفى فى الصحة كما عن الاسكافى و العلامة و كاشف الرموز و الشهيدين و المحقق الثانى و عن ظاهر الانتصار ان صحة بيع الآبق على من يقدر على تسلمه مما انفردت به الامامية و هو المتجه لأن ظاهر معاهد الاجماع بضميمة التبع فى كلماتهم و استدلالاتهم بالغرر و غيره مختص بغير ذلك و منه يعلم ايضا انه لو لم يقدر احدهما على التحصيل لكن يوثق بحصوله فى يد احدهما عند استحقاق المشتري للتسليم كما لو اعتاد الطائر العود صح (٢) وفاقا للفاضلين و الشهيدين و المحقق الثانى و غيرهم.

نعم عن نهاية الاحكام احتمال العدم بسبب انتفاء القدرة فى الحال على التسليم و ان عود الطائر غير موثوق به، إذ ليس له عقل باعث، و فيه ان العادة باعثة كالعقل

(١) الرابع: الظاهر ان القدرة على التسليم ليست مقصودة بالاشتراط الا بالتبع و انما المقصد الاصلى هو التسلم كما صرح به العلامة و غيره، و ذلك لأن المستند لاعتبار هذا القيد إن كان نهى النبى عن الغرر، أو لزوم السفاهة مع عدمه، أو كونه اكلا للمال بالباطل فواضح: إذ لا غرر و لا سفاهة و لا أكل للمال بالباطل مع تمكن المشتري من التسلم.

و ان كان لا تبع ما ليس عندك فالوجه فيه: ان الظاهر بقريته المناسبة بين الحكم و الموضوع كون القدرة على التسليم انما تعتبر من جهة الطريقة الى وصول المال الى صاحبه، و لا موضوعية لها، نعم إذا كان التسلم متوقفا على بذل المال، للمشتري الرجوع الى البائع فيه، لأن ذلك وظيفته.

(٢) قوله لو لم يقدر احدهما على التحصيل لكن يوثق بحصوله...

مرجع الضمير هو ما استدلل به على كفاية القدرة على التسليم و هو عدم لزوم الغرر و عدم شمول غيره من الادلة الدالة على المنع لتلك الصورة- فان مقتضاها كفاية الوثوق بحصوله فى يد احدهما، لا- كون المناط قدرة المشتري على التسلم

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٨

مع ان الكلام على تقدير الوثوق و لو لم يقدر على التحصيل و تعذر عليهما الا بعد مدة مقدرة عادة، و كانت مما لا يتسامح فيه كسنة أو ازيد. (١) ففي بطلان البيع لظاهر الاجماع المحكية و لثبوت الغرر أو صحته، لأن ظاهر معقد الاجماع التعذر رأساً. و لذا حكم مدعيه بالصحة هنا، و الغرر منفي مع العلم بوجود الصبر عليه الى انقضاء مدة، كما إذا اشترط تأخير التسليم مدة و جهان بل قولان، تردد فيهما في الشرائع، ثم قوى الصحة و تبعه في محكى السرائر و المسالك و الكفاية و غيرها.

نعم للمشتري الخيار مع جهله بفوات منفعة الملك عليه مدة، و لو كان مدة التعذر غير مضبوطة عادة كالعبد المنفذ الى هند لأجل حاجة لا يعلم زمان قضائها،

ففي الصحة اشكال من حكمهم بعدم جواز بيع مسكن المطلقة المعتدة بالاقراء لجهالة وقت تسليم العين. و قد تقدم بعض الكلام في بيع الواقف للوقف المنقطع،

فلا يرد عليه ما ذكره المحقق الايرواني قدس سره بان مسألة كفاية الوثوق بالحصول اجنبية عن المسألة السابقة فكيف يعلم منها هذه.

(١) التنبيه الخامس: و لو لم يقدر على التحصيل و تعذر عليهما الا بعد مدة فان كان التعذر ابدياً بطل البيع لما تقدم، و ان كان في مدة يتسامح فيها صح.

و ان كان في مدة لا يتسامح فيها كسنة أو ازيد.

فان كان مدرك اعتبار هذا الشرط النبوي: نهى النبي صلى الله عليه و آله عن بيع الغرر.

فالأظهر هي الصحة لما تقدم من انه في صورة العلم بالعجز لا يصدق الغرر، و انما التزمنا بالبطلان في صورة العلم بالعجز الى الأبد للاولوية غير الجارية في الفرض.

كما انه لا تكون هذه المعاملة سفهية و لا أكلا للمال بالباطل.

و ان كان المدرك النبوي: لا تبع ما ليس عندك. تعين البناء على البطلان من جهة عدم القدرة الا مع شرط تأخير التسليم الى ذلك الزمان، فانه حينئذ يكون قادراً حين الاستحقاق، و قد مر كفاية ذلك.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٩

ثم ان الشرط هي المقدرة المعلومة للمتبايعين، (١) لان الغرر لا يندفع بمجرد القدرة الواقعية.

و لو باع ما يعتقد التمكّن فتبين عجزه في زمان البيع و تجددتها بعد ذلك صح،

و لو لم يتجدد بطل. و المعتبر هو الوثوق، فلا يكفي مطلق الظن و لا يعتبر اليقين.

و بذلك ظهر أن المصنف قدس سره يتعين عليه البناء على البطلان، لأنه قد سلم دلالة هذا النبوي على اعتبار هذا الأمر، كما انه ظهر أن الأظهر هي الصحة على المختار.

و ان كان زمان التعذر غير معلوم بطل البيع للغرر.

(١) السادس: هل الشرط هي القدرة المعلومة للمتبايعين، أو القدرة الواقعية.

ملخص القول في المقام: انه لا- إشكال في البطلان إذا لم يكن قادراً واقعا و كانا عالمين بذلك، كما لا إشكال في الصحة إذا كانا عالمين بالقدرة و كان قادراً واقعا.

انما الكلام فيما إذا كانا عالمين بالقدرة و لم يكن كذلك، أو كانا جاهلين بها و كانت متحققة.

فلو كان الدليل لاعتبار هذا الشرط نهى النبي عن بيع الغرر تعين البناء على الصحة في الصورة الأولى، و البطلان في الثانية، من جهة ان الغرر قوامه بالجهل. ففي الأولى لم يقدم البائع على المعاملة الخطيئة بخلاف الثانية.

و ان كان المدرك لا يتبع ما ليس عندك انعكس الأمر كما لا يخفى، و حيث انهما معا عند المصنف قدس سره مدرك ذلك تعيين عليه البناء على البطلان في صورتين.

فما افاده من البطلان في الصورة الثانية لو تبين العجز، تام و لا يرد عليه ما افاده المحقق الأصفهاني قدس سره، نعم ما ذكره من الصحة في تلك الصورة لو تجددت القدرة لا يتم، إذ المعاملة بعد وقوعها باطله لا تصح بالتجدد.

و دعوى ان مدرك البطلان في تلك الصورة لا يتبع ما ليس عندك و هو انما يدل على عدم الصحة ما دام ليس عنده، فلو تجددت و صار مما عنده لا وجه للبطلان.

مندفعة بان المصنف و ان احتمل ذلك، لكنه لم يبين عليه كما يظهر من الفروع التي رتبها على ان القدرة المعتبرة هي القدرة حال الاستحقاق.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٠

ثم لا إشكال في اعتبار قدرة العاقد إذا كان مالكا لاما إذا وكيلا في مجرد العقد، (١) فإنه لا عبرة بقدرته كما لا عبرة بعلمه. و أما لو كان وكيلا في البيع و لوازمه، بحيث يعد الموكل اجنيا عن هذه المعاملة، فلا اشكال في كفاية قدرته،

و هل يكفي قدرة الموكل الظاهر. نعم (٢) مع علم المشتري بذلك إذا علم بعجز العاقد فإن اعتقد قدرته لم يشترط علمه بذلك، و ربما قيد الحكم بالكفاية بما إذا رضی المشتري بتسليم الموكل و رضی المالك برجوع المشتري عليه (٣)

### حكم ما لو كان الوكيل عاجزا و الموكل قادرا

(١) التنبيه السابع: قال المصنف: ثم لا إشكال في اعتبار قدرة العاقد إذا كان مالكا لاما إذا كان وكيلا. لو كان المالك هو العاقد بالمباشرة لا إشكال في اعتبار قدرة نفسه. و لو كان العاقد غيره.

فان كان وكيلا في اجراء الصيغة خاصة فلا اشكال في ان العبرة بقدرة الموكل و لا اعتبار بقدرته، لأنه ليس ملزما بالتسليم، و يكون كالأجنبي، نعم لو علم بقدرته و اعمال قدرته يكتفى بها لا من حيث انها قدرة من يعتبر قدرته بل من حيث الوثوق بحصول المال في يد المشتري الذي عرفت كفايته.

و أما لو كان وكيلا مفوضا في البيع و لوازمه، فلا اشكال في الاكتفاء بقدرة الوكيل من جهة انه ملزم بالتسليم و مأمور بالوفاء بالعقد، و المناط في رفع الغرر قدرة من هو ملزم بالتسليم و مأمور بالوفاء بالعقد.

انما الكلام في ما لو كان عاجزا و كان الموكل قادرا، فيه اقوال:

(٢) الأول: ما عن المصنف قس سره و تبعه غيره، و هو الاكتفاء بذلك.

الثاني: ما افاده المحقق الأصفهاني قدس سره، و هو: عدم كفاية قدرته من حيث انها قدرة من ينسب إليه العقد.

(٣) الثالث: ما اختاره العلامة الطباطبائي صاحب المصابيح، و هو: الكفاية مع رضا

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣١

و فرع على ذلك رجحان الحكم بالبطلان في الفضولي (١) لان التسليم المعتبر من العاقد غير ممكن قبل الاجازة و قدرة المالك انما تؤثر لو بنى العقد عليها و حصل التراضي بها حال البيع، لأن بيع المأذون لا يكفي فيه قدرة الآذن مطلقا، بل مع الشرط المذكور و هو غير متحقق في الفضولي و البناء على القدرة الواقعية باطل، إذ الشرط هي القدرة المعلومة دون الواقعية إلى ان قال، و الحاصل ان

القدرة قبل الإجازة لم توجد و بعدها ان وجدت لم تنفع.

المشترى بالرجوع الى الموكل، و رضا الموكل ب رجوع المشتري إليه.

و الأظهر هو الأول، لأن المناط هو ما يرتفع به الغرر، و هو يرتفع بقدرة من هو ملزم بالتسليم، و في الفرض كل من المالك و الوكيل ملزم به، فيكفي قدرة كل منهما في رفع الغرر.

و استدلل للثاني: بان الوكيل الذي يستند إليه العقد ليس بقادر، و الموكل انما يجب عليه الوفاء بالعقد الصحيح المنسوب إليه، فلا بد من استجماع البيع الصادر من الوكيل، و حيث فرضنا انه غير قادر فيبطل البيع.

و فيه: ان كلا- منهما مكلف بالوفاء بالعقد الصحيح، و هذا مما لا كلام فيه، و العقد الصادر من الوكيل إذا كان الموكل قادرا على التسليم صحيح لعدم الغرر و ارتفاعه بقدرته.

و بعبارة اخرى: مع قطع النظر عن نهى النبي صلى الله عليه و آله عن بيع الغرر، هذه المعاملة صحيحة و مستندة الى كل منهما، فكل منهما موظف بالوفاء بها، و لا يلزم منه الغرر لقدرة الموكل على التسليم.

و استدلل للثالث: بان الموكل و ان كان اجنبيا عن البيع- و لذا لا يكفي قدرته فقط- لكنه مع التراضي و التزام الموكل لا غرر في البيع و ان كان الوكيل عاجزا.

(١) و فرع على ذلك بطلان بيع الفضولي، فان قدرة العاقد لا تكفي لعدم الوكالة و لا تراضى و لا التزام بين المشتري و المالك كى تكفي قدرته.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٥، ص: ٣٢

ثم قال: لا يقال انه قد يحصل الوثوق للفضولي بارضاء المالك، و انه لا يخرج عن رأيه فيتحقق له بذلك القدرة على التسليم حال العقد، (١) لأن هذا الفرض يخرج الفضولي عن كونه فضوليا لمصاحبة الاذن للبيع، غاية الامر حصوله بالفحوى و شاهد الحال، (٢) و هما من انواع الاذن، فلا تكون فضوليا و لا يتوقف صحته على الاجازة و لو سلمنا بقائه على الصفة، فمعلوم ان القائلين بصحة الفضولي لا يقصرون الحكم على هذا الفرض، (٣) و فيما ذكره من مبنى مسألة الفضولي ثم في تفريع الفضولي ثم في الاعتراض الذي ذكره ثم في الجواب عنه اولا و ثانيا تأمل، بل نظر (٤) فتدبر..

(١) ثم اورد على هذا التفريع: بانه ربما يحصل للفضولي الوثوق بارضاء المالك فتتحقق له بذلك القدرة على التسليم حال العقد للقدرة على الاجازة المحققة لقدرته على التسليم، و القدرة على السبب قدرة على المسبب. و اجاب عنه بوجهين:

(٢) الأول: انه تخرج المعاملة بذلك عن الفضولية لمصاحبة الإذن للبيع، غاية الامر حصوله بالفحوى و شاهد الحال..

(٣) الثاني: ان صحة بيع الفضولي في هذه الصورة خاصة لم يلتزم بها احد..

(٤) و المصنف قدس سره بعد نقله ذلك قال: و فيما ذكره من مبنى مسألة الفضولي ثم في تفريع الفضولي ثم في الاعتراض الذي ذكره ثم في الجواب عنه اولا و ثانيا تأمل بل نظر.

اما وجه النظر في المبني، فهو ما عرفت من ان الموكل ليس اجنبيا عن العقد و ملزم بالتسليم، و العلم بقدرته يكفي في ارتفاع الغرر، و الا فمجرد التراضي لا يوجب رفع الغرر.

و أما وجه النظر في تفريع الفضولي، فهو: ان الفضولي اجنبى عن العقد، و لا يكون العقد تاما و منتسبا الى مالكة الا بعد الاجازة، و لذا

بنينا على كفاية القدرة حال الإجازة،

و عدم اعتبار القدرة حال البيع.

و أما وجه النظر في الاعتراض، فهو: ان قدرة العاقد لا اعتبار بها لعدم كونه مخاطبا بلزوم التسليم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٣

مسألة: لا يجوز بيع الآبق منفردا على المشهور بين علمائنا كما في التذكرة،

بل (١) إجماعا كما عن الخلاف و الغنية و الرياض، و بلا خلاف كما عن كشف الرموز لأنه مع اليأس عن الظفر بمنزلة التالف و مع

احتماله بيع غرر منفى اجماعا نصا و فتوى،

خلافا لما حكاه في التذكرة عن بعض علمائنا، و لعله الاسكافي حيث ان المحكى عنه انه لا يجوز ان يشتري الآبق وحده، الا إذا كان بحيث يقدر عليه المشتري أو يضمه البائع انتهى.

و قد تقدم عن الفاضل القطيفي في ايضاح النافع منع اشتراط القدرة على التسليم.

و قد عرفت ضعفه لكن يمكن ان يقال بالصحة في خصوص الآبق لحصول الانتفاع به بالعتق، خصوصا مع تقييد الاسكافي بصورة

ضمان البائع، فإنه يندفع به الغرر عرفا، لكن سيأتي ما فيه، فالعمدة الانتفاع بعتقه، و له وجه لو لا النص الآتي و الاجماع المتقدمة،

مع ان قابلية المبيع لبعض الانتفاعات لا يخرج عن الغرر،

و كما لا يجوز جعله مثمنا

و أما وجه النظر في الجواب الأول، فهو: عدم خروج المعاملة عن الفضولية بالوثوق براضاء المالك مع عدم كونه راضيا بالفعل.

و أما وجه النظر في الجواب الثاني: فلم يظهر لي، لأن القائلين بصحة بيع الفضولي لم يقتصروا على هذه الصورة.

### عدم الحاق الصلح بالبيع

(١) التنبيه الثامن: و حيث عرفت اشتراط القدرة على التسليم في صحة البيع فاعلم: انه لا يجوز بيع الآبق منفردا ان كان انه لو ضم إليه

غيره صح بلا خلاف فيهما.

و لا- يهمننا البحث في ذلك لعدم الموضوع، و انما نتعرض لخصوص هذه المسألة لما في ذيل هذه من المسائل التي تعرض لها

المصنف قدس سره، و سائر الأساطين، و ان لم تكن مربوطة ببيع الآبق بل هي من تذييلات و فروع المسألة المتقدمة.

و هي مسائل.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٤

لا يجوز جعله منفردا ثمنا لاشتراكهما في الأدلة. (١) و قد تردد في اللعنة في جعله ثمنا بعد الجزم بمنع جعله مثمنا، و ان قرب اخيرا

المنع منفردا، و لعل الوجه الاستناد في المنع عن جعله مثمنا الى النص و الاجماع الممكن دعوى اختصاصهما بالمثنى دون نفى الغرر

الممكن منعه بجواز الانتفاع به في العتق، و يؤيده حكمه بجواز بيع الضال و المجحود مع خفاء الفرق بينهما و بين الآبق في عدم

القدرة على التسليم،

و نظير ذلك ما في التذكرة حيث ادعى اولا الاجماع على اشتراط القدرة على التسليم ليخرج البيع عن كونه بيع غرر.

ثم قال و المشهور بين علمائنا المنع من بيع الآبق منفردا، الى ان قال: و قال بعض علمائنا بالجواز و حكاه عن بعض العامة ايضا، ثم

ذكر الضال و لم يحتمل فيه إلا جواز البيع منفردا أو اشتراطه الضميمة، فإن التنافي بين هذه الفقرات الثلاث ظاهر،



والتوجيه يحتاج إلى تأمل..

(١) الأولى: انه يختص اعتبار القدرة على التسليم بالمتضمن، بل هو يعتبر في الثمن ايضا لاشتراك الأدلة بينهما، فكما انه من عدم احراز القدرة على تسليم المتضمن يلزم الغرر، كذلك يلزم الغرر من عدم احراز القدرة على تسليم الثمن. الثانية: في الحاق سائر المعاملات بالبيع. والكلام تارة: في غير الصلح. و اخرى: فيه.

اما في غير الصلح: فالأظهر اعتبارها لوجهين:

احدهما: ان المستفاد من نهى النبي صلى الله عليه و آله عن بيع الغرر بمناسبة الحكم و الموضوع ان الموجب للبطلان هو الغرر من حيث انه غرر بلا خصوصية للبيع. ثانيهما: ما ارسل عن النبي صلى الله عليه و آله انه نهى عن الغرر، «١» المنجبر ضعفه بعمل الأصحاب لاستدلالهم في جميع المعاوزات كالإجارة و المزارعة و المساقاة و الجعالة و غيرها، بل في غير المعاوزات كالوكالة بذلك.

(١) التذكرة ج ١ ص ٤٦٦- مسألة بيع الطير في الهواء- و نحوه عن الشهيد- و سبقهما الشيخ في الخلاف.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٥

و كيف كان فهل يلحق بالبيع الصلح عما يتعذر تسليمه. فيعتبر فيه القدرة على التسليم (١) وجهان، بل قولان من عمومات الصلح و ما علم من التوسع فيه لجهالة المصالح عنه إذا تعذر أو تعسر معرفته. بل مطلقا (٢) و اختصاص الغرر المنفى بالبيع، و من ان الدائر على ألسنة الأصحاب نفى الغرر من غير اختصاص بالبيع حتى انهم يستدلون به في غير المعاوزات كالوكالة فضلا عن المعاوزات، كالأجارة و المزارعة و المساقاة و الجعالة. بل قد يرسل في كلماتهم عن النبي صلى الله عليه و آله انه نهى عن الغرر. و قد رجح بعض الاساطين جريان الاشتراط فيما لم بين على المسامحة من الصلح، و ظاهر المسالك في مسألة رهن ما لا يقدر على تسليمه على القول بعدم اشتراط القبض في الرهن جواز الصلح عليه..

(١) و أما في الصلح: فالأظهر عدم اعتبارها و ذلك لوجهين:

الأول: ان دليل الغرر انما يكون حاكما على ادلة المعاملات التي لها صنفان غررى و غير غررى..

(٢) و أما الصلح الذي ليس له صنفان- بل هو بطبعه مبنى على المسامحة و المسالمة و التجاوز من جهة ان الغرض فيه ليس متقوما بالمبادلة و المقابلة- فلا يكون دليل الغرر حاكما عليه، بل هو حاكم على دليل الغرر.

الثاني: صحيح محمد بن مسلم عن ابي جعفر (عليه السلام): انه قال في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه و لا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه، فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك و لى ما عندى، فقال عليه السلام: لا بأس بذلك إذا تراضيا و طابت انفسهما «١»

فانه يدل على عدم مانعية الجهالة المحققة للغرر، و هو و ان لم يصرح فيه بارادة الصلح من تلك المعاهدة، الا انه محمول عليه بقريئة فهم الأصحاب.



(١) الوسائل، - باب ٥- من ابواب احكام الصلح حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٦

و أما الضال و المجهود و المغصوب و نحوها مما لا- يقدر على تسليمه فالأقوى فيها عدم الجواز (١) وفاقا لجماعة للغرر المنفى المعتضد بالاجماع المدعى على اشتراط القدرة على التسليم، الا ان يوهن بتردد مدعيه، كالعلامة فى التذكرة فى صحة بيع الضال منفردا و يمنع الغرر خصوصا فيما يراد عتقه بكون المبيع قبل القبض مضمونا على البائع.

و أما فوات منفعته مدة رجاء الظفر به، فهو ضرر قد اقدم عليه، و جهالته غير مضره مع امكان العلم بتلك المدة، (٢) كضالة يعلم انها لو لم توجد بعد ثلاثة ايام فلن توجد بعد ذلك و كذا فى المغصوب و المنهوب.

و الحاصل انه لا غرر عرفا بعد فرض كون اليأس عنه فى حكم التلف المقتضى لانفساخ البيع من اصله، و فرض عدم تسلط البائع على مطالبته بالثمن، لعدم تسليم المثمن، فإنه لا خطر حينئذ فى البيع خصوصا مع العلم بمدة الرجاء التى يفوت الانتفاع بالمبيع فيها هذا

### بيع الضال و المجهود و المغصوب

(١) الثالثة: ان مقتضى نهى النبى صلى الله عليه و آله عن بيع الغرر، عدم جواز بيع الضال و المجهود و المغصوب كما افتى به جماعة. و بعبارة اخرى: مقتضاه عدم الفرق بين المتعذر بنفسه، و ما تعذر بواسطة الغير و عن جماعة: الجواز، و استدلل له بوجوه:

احدها: انه بالفحص عنه اما ان يحصل فى يده أو يئأس منه. فان حصل، و الا فهو فى حكم التلف الموجب لانفساخ العقد من اصله الموجب لرجوع الثمن الى صاحبه، فهذا البيع مامون العاقبة من الخطر..

(٢) و أما فوات المنفعة مدة رجاء الظفر به فهو ضرر قد اقدم عليه، و جهالته غير مضره خصوصا مع العلم بمدة الرجاء التى يفوت الانتفاع بالمبيع فيها.

و فيه: اولاً: انه مع عدم الحصول لا يحرز اليأس دائما، بل ربما يرجى حصوله.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٧

و لكن يدفع جميع ما ذكر ان المنفى فى حديث الغرر كما تقدم، هو ما كان غررا فى نفسه عرفا، مع قطع النظر عن الاحكام الشرعية الثابتة للبيع، و لذا قوينا فيما سلف جريان نفى الغرر فى البيع المشروط تأثيره شرعا بالتسليم.

و من المعلوم ان بيع الضال و شبهه، ليس محكوما عليه فى العرف بكونه فى ضمان البائع، بل يحكمون بعد ملاحظة اقدم المشتري على شرائه بكون تلفه منه،

فالانفساخ بالتلف حكم شرعى عارض للبيع الصحيح الذى ليس فى نفسه غررا عرفا و مما ذكر يظهر انه لا يجدى فى رفع الغرر الحكم بصحة البيع مراعى بالتسليم،

فإن تسلم قبل مدة لا يفوت الانتفاع المعتد به و الا تخير بين الفسخ و الامضاء، كما استقر به فى اللمعة، (١) فإن ثبوت الخيار حكم شرعى عارض للبيع الصحيح الذى فرض فيه العجز عن تسلم المبيع،

و ثانيا: ان كون ذلك بمنزلة التلف الموجب لانفساخ العقد غير ثابت.

و ثالثا: ان الحكم بالانفساخ مرتب على العقد الصحيح، فلا يمكن تصحيح العقد به.

و رابعا: ان الخطر من حيث الغرض المعاملى على حاله لا يرتفع بالانفساخ.

(١) ثانيها: انه مع تعذر تسليمه له خيار التعذر، فالصحة تكون مراعاة بالتسليم،

فان تسلم قبل مدة لا يفوت الانتفاع المعتمد به فيها و الا تخير بين الفسخ و الإمضاء فلا غرر.

و فيه: اولاً: ان الخيار مرتب على العقد الصحيح، فلا يعقل تصحيح العقد به.

و ثانياً: ان الغرر من ناحية الغرض المعاملى لا يرتفع بذلك.

ثالثها ان له الامتناع من تسليم الثمن مع امتناع البائع من تسليم المبيع فلا خطر و فيه مضافا الى ما تقدم- ان الامتناع من تسليم الثمن مع

عدم كونه مالكا له لا يوجب تدارك ما ذهب من ملكه- فالأظهر هو فساد بيعه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٨

فلا يندفع به الغرر الثابت عرفا فى البيع المبطل له، لكن قد مرت المناقشة فى ذلك بمنع اطلاق الغرر على مثل هذا بعد اطلاعهم على

الحكم الشرعى اللاحق للمبيع من ضمانه قبل القبض و من عدم التسلط على مطالبته الثمن، فافهم.

و لو فرض أخذ المتبايعين لهذا الخيار فى متن العقد، فباعه على ان يكون له الخيار إذا لم يحصل المبيع فى يده الى ثلاثة ايام، امكن

جوازه لعدم الغرر حينئذ عرفا، (١) و لذا لا يعد بيع العين الغير المرئية الموصوفة بالصفات المعينة من بيع الغرر، لأن ذكر الوصف

بمنزلة اشتراطه فيه الموجب للتسلط على الرد، و لعله لهذا اختار فى محكى المختلف تبعا للإسكافى جواز بيع الآبق إذا ضمنه البائع،

فإن الظاهر منه اشتراط ضمانه، و عن حاشية الشهيد ظهور الميل إليه، و ان كان قد يرد على هذا عدم اندفاع الغرر باشتراط الضمان،

فتأمل.

(١) رابعها: ان له شرط الخيال برد الثمن أو مثله إذا لم يحصل المبيع فى يده الى ثلاثة ايام.

و فيه: اولاً: ان نفوذ الشرط منوط بوقوعه فى العقد الصحيح، فلا يصح العقد به.

و ثانياً: ان الغرر الناشئ من حيث الغرض المعاملى لا يرتفع بذلك.

الرابعة المشهور بين الاصحاب انه كما لا يجوز بيع غير المقدور منفردا لا يجوز بيعه منضمما بغيره و عن ظاهر الانتصار جوازه.

و يشهد للاول ان بيع المجموع من مقدور التسليم و غيره فى صفقة واحدة غررى،

و ما عن الانتصار من ارتفاع الغرر بذلك ضعيف.

و اضعف منه الاستدلال بالنص الوارد فى بيع العبد الآبق الدال على جوازه مع الضميمة إذ المناط غير محرز و التعدى يحتاج الى دليل.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٩

### مسألة: المعروف انه يشترط العلم بالثمن قدرا، (١)

فلو باع بحكم احدهما بطل (٢) اجماعا كما عن المختلف و التذكرة، و اتفاقا كما عن الروضة و حاشية الفقيه للسلطان، و فى السرائر

فى مسألة البيع بحكم المشتري ابطاله بأن كل مبيع لم يذكر فيه الثمن. فإنه باطل بلا خلاف بين المسلمين، و الأصل فى ذلك حديث

نفى الغرر المشهور بين المسلمين.

و يؤيده التعليل (٣) فى رواية حماد بن ميسرة عن جعفر عن ابيه عليه السلام انه كره ان يشتري الثوب بدينار غير درهم، لأنه لا يدرى

كم الدينار من الدرهم.

(١) قوله المعروف انه يشترط العلم بالثمن قدرا لم يخالف في هذه الكلية احد و قد تكرر في كلماتهم دعوى الاجماع و الاتفاق عليها.

(٢) و صاحب الحدائق خالف الاصحاب في خصوص ما إذا باع بحكم المشتري للنص.

و الاسكافي خالفهم في ما إذا باع بسعر ما باع:

و المدرك لها حديث نفى الغرر المتقدم و في المتن.

(٣) و يؤيده التعليل في رواية حماد «١»

و في مرآة العقول ان الخبر يحتمل وجهين، احدهما ان يكون المراد عدم معلومية نسبة الدرهم الى الدينار وقت البيع و ان كان أثلا الى المعلومية و ثانيهما، ان يكون المراد جهالتهما بسبب اختلاف الدراهم أو باختلاف الدينانير و عدم معلوميتها عند البيع أو عند وجوب اداء الثمن و لعل هذا اظهر يعنى الوجه الثانى.

ثم نقل عن المسالك انه يجب تقييد الخبر بجهالة نسبة الدرهم من الدينار بان جعله مما يتجدد من النقل حالا أو مؤجلا أو من الحاضر مع عدم علمها بالنسبة فلو علماها صح و في رواية السكونى «٢» اشارة الى ان العلة هي الجهالة، و فيها فعل الدينار يصير بدرهم

(١) الوسائل باب ٢٣ من ابواب احكام العقود حديث ٤.

(٢) نفس المصدر حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤٠

لكن في صحيحة رفاعه النخاس ما ظاهره المنافاة، قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام فقلت له: ساومت رجلا بجارية له فباعنيها بحكمى فقبضتها منه، ثم بعثت إليه بالف درهم فقلت له: هذه الف درهم حكمى عليك ان تقبلها، فأبى ان يقبلها منى و قد كنت مستتها قبل ان ابعث إليه بالف درهم، فقال: ارى ان تقوم الجارية بقيمة عادلة، فإن كان قيمتها اكثر مما بعثتها إليه كان عليك ان ترد ما نقص من القيمة، و ان كان قيمتها اقل مما بعثت إليه فهو له قال: قلت له أ رأيت ان اصبت بها عيبا بعد ان مستتها، قال:

ليس عليك ان تردها عليه و لك ان تأخذ قيمة ما بين الصحة و العيب، لكن التأويل فيها متعين (١) لمنافاة ظاهرها لصحة البيع، و فساده فلا يتوهم جواز التمسك بها لصحة هذا البيع، إذ لو كان صحيحا لم يكن معنى لوجوب قيمة مثلها بعد تحقق البيع بثمن خاص.

نعم هي محتاجة الى ازيد من هذا التأويل بناء على القول بالفساد بأن يرد من قوله باعنيها بحكمى قطع المساومة على ان اقومها على نفسى بقيمتها العادلة في نظرى حيث ان رفاعه كان نخاسا يبيع و يشتري الرقيق فقومها رفاعه على نفسه بألف درهم. اما معاطاة و أما مع انشاء الايجاب وكالة و القبول اصالة، فلما مسها و بعث الدراهم لم يقبلها المالك لظهور غبن له في البيع و ان رفاعه مخطئ في القيمة، أو لثبوت خيار الحيوان للبائع على القول به

و قد استدل صاحب الحدائق رد لما ذهب إليه بصحيح «١» رفاعه النخاس المذكور في المتن.

(١) و اورد عليه المصنف قدس سره: بان التأويل فيه متعين لمنافاة ظاهره لصحة البيع و فساده، إذ لو كان البيع صحيحا لزم تعيين المسمى دون القيمة الواقعية، فلما ذا امر (عليه السلام) بتقويم الجارية بقيمة عادلة؟ و ان كان فاسدا فلما ذا حكم بتعين ما بعث إليه ان كانت القيمة الواقعية اقل؟ و لهذا التزم بانه يحمل على ارادة التوكيل في التقويم و البيع بعده بما يتعين في نظره لا بالقيمة الواقعية، و الأمر برد ما نقص انما هو من جهة خيار الغبن، فكما انه إذا عين الموكل القيمة فظهر الغبن له الخيار كذلك إذا عينها الوكيل، و انما عين ذلك من جهة انه حيث لا حاجة للموكل في الجارية و الوكيل محتاج إليها

(١) الوسائل - باب ١٨ - من ابواب عقد البيع و شروطه حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤١

و قوله ان كان قيمتها اكثر فعليك ان ترد ما نقص اما ان يراد به لزوم ذلك عليه من باب ارضاء المالك إذا اراد امسك الجارية. حيث ان المالك لا حاجة له في الجارية،

فيسقط خياره ببذل التفاوت. و أما ان يحمل على حصول الحبل بعد المس فصارت ام ولد، و تعين عليه قيمتها إذا فسخ البائع، و قد يحمل على صورة تلف الجارية و ينافيه قوله فيما بعد فليس عليك ان تردها، الى آخره.

و كيف كان، فالحكم بصحة البيع بحكم المشتري و انصراف الثمن الى القيمة السوقية لهذه الرواية، كما حكى عن ظاهر الحدائق ضعيف، و اضعف منه ما عن الاسكافي من تجويز قول البائع بعتك بسعر ما بعته، و يكون للمشتري الخيار و يردده ان البيع في نفسه إذا كان غررا فهو باطل فلا يجبره الخيار.

و أما بيع خيار الرؤية فذكر الاوصاف فيه بمنزلة اشتراطها المانع عن حصول الغرر كما تقدم، عند حكاية قول الاسكافي في مسألة القدرة على التسليم.

فيسقط خياره ببذل التفاوت أو يحمل على حصول الحبل بعد المس فصارت ام ولد.

و اجيب عن ذلك بجوابين:

احدهما: ما افاده المحقق الإيرواني قدس سره، و هو: ان ما ذكره يتم لو كان المراد من البيع بحكم المشتري في الرواية البيع بتعيينه المطلق، اما إذا كان المراد تعيينه لقيمة المثل و يكون تعيينه طريقيا محضا لا موضوعيا فيكون المراد من البيع بحكمه هو البيع بقيمة المثل من غير دخل لحكمه على وجه الموضوعية، فلا حاجة الى التأويل، بل تنطبق الرواية على القاعدة.

و فيه: - مضافا الى انها لا تنطبق على القاعدة إذ مقتضى القاعدة هو الفساد مع عدم العلم بقيمة المثل للغرر: ان ما افاده يستلزم استرجاع الزائد ان كانت قيمتها اقل مما بعته إليه، فهذا لا يلائم مع حكمه بعدم الرجوع الى الزائد.

ثانيهما: انه يحمل على ارادة تعيينه بحكمه و ان تعيينه يكون موضوعيا، و لكن يشترط ان لا يكون اقل من قيمة المثل، و عليه فلو كانت القيمة السوقية اقل كان ما بعته

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٢

**مسألة: العلم بقدر الثمن كالتنمين شرط (١)**

**إشارة**

باجماع علمائنا كما عن التذكرة،

و عن الغنية العقد على المجهول باطل، بلا خلاف.

و عن الخلاف ما يباع كيلا فلا يصح بيعه جزافا و ان شوهد اجماعا.

و في السرائر ما يباع وزنا فلا يباع كيلا بلا خلاف و الأصل في ذلك ما تقدم من النبوي المشهور (٢) و في خصوص الكيل و الوزن خصوص الأخبار المعبرة (٣)

منها صحيحة الحلبي في رجل اشترى من رجل طعاما عدلا بكييل معلوم، ثم ان صاحبه قال للمشتري: ابتع مني هذا العدل الآخر بغير

كيل فإن فيه مثل ما فى الآخر الذى ابتعته، قال لا يصلح إلا بكيل. قال و ما كان من طعام سميت فيه كيلا فإنه لا يصلح مجازفة، هذا مما يكره من بيع الطعام و فى رواية الفقيه فلا يصح بيعه مجازفة و الإيراد على دلالة الصحيحة

إليه له و لو كانت ازيد لا بد من رد الزائد لاشتراطه و فيه: انه خلاف الظاهر جدا و ان تم ما افاده المصنف قدس سره و لم نورد عليه: بان متعلق الوكالة ان كان هو البيع بقيمة المثل خاصة كان البيع بغيرها فضوليا و ان كان عاما لغيرها لم يكن وجه لثبوت خيار الغبن - و ايضا لا وجه لسقوط الخيار بمجرد بذل التفاوت.

و الا فيرد الصحيح الى اهله و على أى تقدير لا يمكن الاستدلال به على الصحة.

عدم صحة بيع ما يكال أو يوزن جزافا

(١) لا خلاف و لا إشكال فى انه اشترط فى المبيع ان يكون معلوما فلا يجوز بيع المكيل و الموزون و المعدود الا مع معرفة المقدار باحدها فلا- يباع المكيل و الموزون و المعدود جزافا و لو كان مشاهدا كالصبرة، و لا بمكيال مجهول كقصعة حاضرة و لا العدد المجهول كملء اليد و نحوها بلا خلاف، و عن غير واحد: دعوى الإجماع عليه.

(٢) و يشهد له حديث نهى النبى صلى الله عليه و آله عن بيع الغرر «١»

(٣) و جملة من النصوص: منها صحيح الحلبي «٢» المذكور فى المتن

(١) الوسائل - باب ٤٠ - من ابواب آداب التجارة حديث ٣.

(٢) باب ٤ من ابواب عقد البيع حديث ٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٣

بالاجمال (١) و باشتمالها على خلاف المشهور من عدم تصديق البائع (٢) غير وجيه لأن الظاهر من قوله سميت فيه كيلا انه يذكر فيه الكيل فهى كناية عن كونه مكيلا- فى العادة. اللهم إلا ان يقال: ان توصيف الطعام بكونه كذلك الظاهر فى التنوع مع انه ليس من الطعام ما لا يكال و لا يوزن إلا فى مثل الزرع قائما، يبعد إرادة هذا المعنى، فتأمل.

و أما الحكم بعدم تصديق البائع فمحمول على شرائه سواء زاد أو نقص خصوصا إذا لم يطمئن بتصديقه لا شرائه على انه القدر المعين الذى اخبر به البائع،

فإن هذا لا يصدق عليه الجزاف، قال فى التذكرة: لو اخبره البائع بكيله ثم باعه بذلك الكيل صح عندنا.

و قال فى التحرير لو اعلمه بالكيل فباعه بثمان سواء زاد أو نقص لم يجز.

و اورد عليه بايرادات:

(١) الأول: ان قوله (عليه السلام): و ما كان من طعام سميت فيه كيلا ... الخ مجمل،

إذ لو كان المراد به ما بيع بكيل فما معنى لا يصح مجازفة؟ و ان كان المراد به ما من شأنه ان يباع بكيل - اى يقال انه مكيل و يكون الخطاب الى الراوى بما هو من اهل العرف و العادة - فلازمه تنوع الطعام، مع انه ليس من الطعام ما لا يكال و لا يوزن.

و فيه: انه يمكن اختيار الشق الثانى واخذ القيد توضيحيا، أو بان يقال ان من الطعام ما هو مكيل و منه ما هو موزون و لو فى بعض البلدان، فيكون مفاد قوله (عليه السلام) ذلك، ان ما يكون من الطعام مكيلا انما اعتبر فيه الكيل من جهة انه لا يصلح بيعه مجازفة، و لازم ذلك جواز بيعه بالوزن.

(٢) الثانى: ان الخبر مخالف لفتوى المشهور، فانهم افتوا بتصديق البائع فى اخباره بان كيل المبيع كذا، و هذا الصحيح يدل على انه لا

يعتمد عليه.

و فيه: انه في تلك المسألة انما يلتزمون بالصحة إذا وقع البيع على ما اخبر به

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٤

و أما نسبة الكراهة الى هذا البيع فليس فيه ظهور في معنى المصطلح يعارض ظهور لا يصلح و لا يصح في الفساد. (١)

و في الصحيح عن ابن محبوب عن زرعة عن سماعة، قال: سألته عن شراء الطعام و ما يكال و يوزن بغير كيل و لا وزن، فقال: اما ان تأتي رجلا في طعام قد كيل أو وزن تشتري منه مرابحة، فلا بأس ان اشتريته منه و لم تكله أو لم تنزه إذا اخذه المشتري الأول بكيل أو وزن، و قلت له عند البيع إنني أربحك كذا و كذا (٢) و دلالتها أوضح من الاولى.

بعنوان ان كيله ما اخبر به و انه لو نقص يأخذ الزائد و لو زاد يرد، لا يبيعه بما اخبر به سواء زاد أو نقص كما هو ظاهر الخبر، مع انه في تلك المسألة يعتبرون كون البائع مؤتمنا.

الثالث: ما ذكره جماعة منهم المحقق الإيرواني قدس سره، و هو: ان المراد من قوله: و ما كان من الطعام سميت... الخ ان البيع إذا انعقد بعنوان الكيل كما إذا بيع منا من الحنطة- يعتبر الكيل في مقام التسليم صونا عن التعقب بالنزاع و المشاجرة- فهو اجنبى عن المقام.

و فيه: ان هذا خلاف الظاهر، فانه يتوقف على تقدير كلمة قبضه أو تسليمه بعد قوله فانه لا يصلح كما لا يخفى، و هو خلاف الظاهر.

(١) الرابع: ان قوله (عليه السلام) هذا مما يكره من بيع الطعام ظاهر في عدم الفساد.

و فيه: ان الكراهة في النصوص غير ظاهرة في الكراهة المصطلحة، بل ظاهرها المنع،

مع انه لو سلم الإجمال و عدم ظهورها في ذلك بكون المرجع قوله عليه السلام لا يصلح مجازفة، بل المحكى عن الفقيه فلا يصح مجازفة.

فالأظهر دلالة الصحيح على اعتبار الكيل في المكيل.

(٢) و منها: موثق سماعة: «١» المذكور في المتن

(١) الوسائل باب ٥ من ابواب عقد البيع و شروطه حديث ٧.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٥

و رواية ابان عن محمد بن حمران قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام اشترينا طعاما فرعم صاحبه انه كاله فصدقناه و أخذناه بكيه قال: لا بأس، قلت: أ يجوز ان يبيعه كما اشتريت بغير كيل، قال: اما انت فلا تبعه حتى تكيله دلت على عدم جواز البيع بغير كيل إلا، إذا أخبره البائع فصدقه (١) و فحوى مفهوم رواية أبي العطار و فيها قلت: فأخرج الكر و الكرين فيقول الرجل اعطني بكيلك فقال: إذ ائتمنك فلا بأس به، و مرسله ابن بكير عن رجل سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الجص فيكيل بعضه و يأخذ البقية بغير كيل، فقال: أما ان يأخذ كله بتصديقه، و أما ان يكيله كله فإن المنع من التبعض المستفاد منه ارشادى محمول على انه ان صدقه فلا حاجة الى كلفه كيل البعض و الا فلا يجزى كيل البعض، و يحتمل الرواية الحمل على استيفاء المبيع بعد الاشتراء، و كيف كان. ففي مجموع ما ذكر من الاخبار و ما لم يذكر مما فيه ايماء الى المطلوب، من حيث ظهوره في كون الحكم مفروغا عنه عند السائل و تقرير الامام كما في رواية كيل ما لا يستطاع عده و غيرها، مع ما ذكر من الشهرة المحققة

وارد عليه المحقق الأصفهاني قدس سره: بان مورد الاستدلال.

ان كان هي الشرطية الأولى و هي قوله: فلا بأس ان اشتريته ... الخ فمن الواضح ان نفى البأس عن اشتراطه بلا كيل و لا وزن لا مفهوم له الا بلحاظ موضوع الشرطية و هو طعام قد كيل أو وزن، و هو من مفهوم الوصف.

و ان كان هي الشرطية الثانية و هي قوله: إذا اخذه المشتري الأول ... الخ فمن البين انه تقرير لصدر الخبر حيث قال تاتي رجلا في طعام قد كيل و وزن و الشرطية إذا كانت لتحقيق الموضوع أو لتقريره لا مفهوم لها، فلا مفهوم في القضية الا مفهوم الوصف.

وفيه: انه يدل على المفهوم من جهة وروده في مقام التحديد كما يظهر من ملاحظة السؤال و الجواب.

(١) و منها خبر «١» محمد بن حمران، و فحوى خبر «٢» ابي العطار، و مرسل «٣» ابن بكير، المذكورة في المتن.

(١) الوسائل باب ٥ من ابواب عقد البيع حديث ٤.

(٢) نفس المصدر حديث ٦.

(٣) نفس المصدر حديث ٣.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٦

و الاتفاقات المنقولة كفاية في المسألة، ثم ان ظاهر اطلاق جميع ما ذكر ان الحكم ليس منوطا بالغرر الشخصي (١) و ان كان حكمته سد باب المسامحة المفضية الى الوقوع في الغرر، كما ان حكمه الحكم باعتبار بعض الشروط في بعض المعاملات رفع المنازعة المتوقعة عند اهمال ذلك الشرط، فحينئذ فيعتبر التقدير بالكيل و الوزن و ان لم يكن في شخص المقام غرر، كما لو باع مقدارا من الطعام بما يقابله في الميزان من جنسه أو غيره (٢) المتساوي له في القيمة فانه لا- يتصور هنا غرر اصلا مع الجهل بمقدار كل من العوضين، و يحتمل غير بعيد حمل الاطلاقات سيما الاخبار على المورد الغالب، و هو ما كان رفع الغرر من حيث مقدار العوضين موقوفا على التقدير فلو فرض اندفاع الغرر بغير التقدير كفي

و منها: غير ذلك من النصوص.

و لا- يخفى ان ظاهر هذه النصوص اعتبار الكيل و الوزن في المكيل و الموزون، سواء أُلزم من تركهما الغرر ام لا؟ كما ان مقتضى حديث نفى الغرر مانعية الغرر الشخصي، سواء أ كان العوض مما يكال أو يوزن ام لا، فالنسبة بينهما عموم من وجه، و حيث انهما مثبتان لا تنافي بينهما فيتعين العمل بالدليلين و البناء على اعتبار الكيل و الوزن في المكيل و الموزون،

مع عدم كون البيع غريبا.

(١) قوله ظاهر اطلاق جميع ما ذكر ان الحكم ليس منوطا بالغرر الشخص لا إشكال في ان الغرر في حديث نهى النبي صلى الله عليه و آله عن بيع الغرر شخصي و ما لم يصر الغرر فعليا لا يترتب عليه حكمه كما في ساير العناوين المأخوذة موضوعا.

و أما في اخبار الكيل و الوزن فلم يؤخذ عنوان الغرر كي يصح ما ذكره المصنف قدس سره من ابتناء الصحة و الفساد في الفروع التي ذكرها على كون الحكم منوطا بالغرر الشخصي أو النوعي فما ذكره قدس سره من المبني لا أصل له.

(٢) قوله كما لو باع مقدارا من الطعام بما يقابله في الميزان من جنسه يدل على فساد البيع في الفرض مضافا الى ادلة اعتبار الكيل حديث نهى النبي صلى الله عليه و آله عن بيع الغرر فانه و ان لم يلزم الغرر من حيث المالية الا انه يلزم من حيث الغرض المعاملي: إذ

الاغراض

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٧

كما في الفرض المزبور، و كما إذا كان للمتبايعين حدس قوى بالمقدار نادر التخلف عن الواقع، و كما إذا كان المبيع قليلا- لم



يتعارف وزن الميزان لمثله كما لو دفع فلسا و اراد به رهنا لحاجة. فان الميزان لم يوضع لمثله فيجوز بما تراضيا عليه من التخمين (١) و لا منافاة بين كون الشيء من جنس المكييل و الموزون، و عدم دخول الكيل و الوزن فيه لقلته كالحبتين و الثلاثة من الحنطة، أو لكثرتة كزبرة الحديد كما نبه عليه في القواعد و شرحها و حاشيتها، و مما ذكرنا يتجه عدم اعتبار العلم بوزن الفلوس المسكوكة، فإنها و إن كانت من الموزون و لذا صرح في التذكرة بوقوع الربا فيها الا انها عند وقوعها ثمننا حكمها كالمعدود في ان معرفة مقدار ماليتها لا يتوقف على وزنها، فهي كالقليل و الكثير من الموزون الذي لا يدخله الوزن. و كذا شبه الفلوس من المسكوكات المركبة من النحاس و الفضة كأكثر نقود بغداد في هذا الزمان، و كذا الدرهم و الدينار الخالصان، فإنهما و ان كانا من الموزون و يدخل فيهما الربا اجماعا الا ان ذلك لا ينافي جواز جعلهما عوضا من دون معرفة بوزنهما لعدم غرر في ذلك اصلا

المعاملية و المقاصد العقلائية كما تختلف باختلاف الاجناس ذاتا أو وصفا كذلك تختلف باختلاف الحدود و المقادير من حيث الاحتياج الى مقدار خاص بلا نظر الى القيمة السوقية.

(١) و على ما ذكرناه فان لم يكن المبيع مكيلا أو موزونا- لقلته كالحبتين و الثلاثة من الحنطة، أو لكثرتة كزبرة الحديد- أو كان مكيلا- و موزونا و لكن كان للمتبايعين حدس قوى بالمقدار نادر التخلف عن الواقع، أو كان الشيء في اصله كذلك و لكن كان ماليتها بالعرض تابعة لاعتبار من بيده زمام الأمر بلا دخل للمقدار فيها كالمسكوكات- غير ما هو من الذهب و الفضة و الأوراق المطبوعة- صح البيع بلا كيل و لا وزن ان لم يلزم الغرر الشخصي كما هو المفروض.

اما في الأول: فلعدم شمول ادلة الكيل و الوزن له و انصرافها عنه.

و أما في الثاني: فلأن الكيل و الوزن انما اعتبرا من جهة الطريقة الى معرفة المقادير

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٨

لعدم غرر في ذلك اصلا.

و يؤيد ذلك جريان سيرة الناس على المعاملة بهما من دون معرفة اغلبهم بوزنهما.

نعم يعتبرون فيهما عدم نقصانها عن وزنهما المقرر في وضعهما من حيث تفاوت قيمتهما بذلك. فالنقص فيهما عندهم بمنزلة العيب. و من هنا لا يجوز اعطاء الناقص منهما لكونه غشا و خيانة. و بهذا يمتاز الدرهم و الدينار عن الفلوس السود و شبهها، حيث أن نقصان الوزن لا يؤثر في قيمتها، فلا بأس باعطاء ما يعلم نقصه و إلى ما ذكرنا من الفرق. اشير في صحيحة ابن عبد الرحمن قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام اشترى الشيء بالدرهم فاعطى الناقص الحبة و الحبتين، قال: لا حتى تبينه، ثم قال: الا ان تكون هذه الدراهم إلا و ضاحية التي تكون عندنا عددا. (١)

و بالجمله فإناطة الحكم بوجود معرفة وزن المبيع و كيله مدار الغرر الشخصي قريب في الغاية إلا- ان الظاهر كونه مخالفا لكلمات الأصحاب في موارد كثيرة.

و الحدود لا لخصوصية فيهما بالخصوص، كما يشهد له- مضافا الى مناسبة الحكم و الموضوع- ما دل على الاعتماد على اخبار البائع بالكيل أو الوزن، و قوله عليه السلام في ذيل الصحيح المتقدم فانه لا يصلح مجازفة الدال على ان المانع هو البيع جزافا. فإذا كان الحدس موجبا للاطمئنان كفى.

و أما في الثالث: فلعدم كونه مكيلا و لا موزونا.

هذا كله في المكييل و الموزون.



(١) قوله و إلى ما ذكرنا من الفرق اشير في صحيحه ابن عبد الرحمن «١» رواها في المتن و يمكن ان يكون وجه الفرق ان الدراهم الواضحية هي الدراهم الصحيحة فلا تكون هي ناقصة بما لا يتسامح فيه فلا بأس باعطائها من دون التبيين.

(١) الوسائل باب ١٠ من ابواب الصرف حديث ٧.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٩

ثم ان الحكم في المعدود و وجوب معرفة العدد فيه حكم المكيل و الموزون بلا خلاف ظاهر، (١) و يشير إليه بل يدل عليه تقرير الامام في الرواية الآتية، المتضمنة لتجوز الكيل في المعدود المتعذر عده، (٢) و يظهر من المحكى عن المحقق الاردبيلي المناقشة في ذلك، بل الميل الى منعه، و جواز بيع المعدود مشاهدة، و يردده رواية الجوز الآتية، و المراد بالمعدودات ما يعرف بمقدار ماليتها باعدادها، كالجوز و البيض بخلاف مثل الشاة و الفرس و الثوب وعد العلامة البطيخ و الباذنجان في المعدودات حيث قال في شروط السلم من القواعد: و لا يكفي في السلم و صحته العد من المعدودات بل لا بد من الوزن في البطيخ و الباذنجان و الرمان، و انما اكتفى بعدها في البيع للمعينة، انتهى.

و قد صرح في التذكرة بعدم الربا في البطيخ و الرمان إذا كان رطبا، لعدم الوزن و ثبوته مع الجفاف، بل يظهر منه كون القثاء و الخوخ و المشمش أيضا غير موزونة، و كل ذلك محل تأمل لحصول الغرر أحيانا بعدم الوزن. فالظاهر ان تقدير المال عرفا في المذكورات بالوزن لا بالعدد كما في الجوز و البيض.

(١) و أما المعدود فالمشهور بين الأصحاب لزوم معرفة العدد كما مر، و عن مجمع البرهان: انه لا دليل على عدم جواز بيع المعدود الا عدا و ان الأصل و العمومات و حصول التراضي - الذي هو العمدة في الدليل - دليل قوي، فاثبات خلافه مشكل. (٢) و لكن الذي يظهر من صحيح الحلبي عن مولانا الصادق عليه السلام عن الجواز لا نستطيع ان نعدده فيكالم بمكيال ثم يعد ما فيه ثم يكال ما بقي على حساب ذلك العدد قال. عليه السلام: لا بأس به «١»

من جهة ظهوره في اعتقاد السائل، لزوم العد، و تقريره (عليه السلام) ذلك - هو لزوم العد، و به تقييد اطلاقات الأدلة. بيع المكيل بالوزن، و العكس

و استقصاء الكلام في المقام انما يكون ببيان امور:

(١) الوسائل باب ٧ من ابواب عقد البيع و شروطه حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٥٠

**مسألة: [التقدير بغير ما يتعارف التقدير به]**

**إشارة**

لو قلنا بأن المناط في اعتبار تقدير المبيع في المكيل و الموزون و المعدود بما يتعارف التقدير به هو حصول الغرر الشخصي، فلا اشكال في جواز تقدير كل منها بغير ما يتعارف تقديره به إذا انتفى الغرر بذلك (١) بل في كفاية المشاهدة فيها من غير تقدير أصلا.

لكن تقدم ان ظاهر الأخبار الواردة في هذا الباب اعتبار التقدير من غير ملاحظة الغرر الشخصي لحكمة سد باب الغرر المؤدى الى التنازع المقصود رفعه من اعتبار بعض الخصوصيات في اكثر المعاملات زيادة على التراضى الفعلى حال المعاملة، و حينئذ فيقع الكلام و الاشكال في تقدير بعض المقدرات بغير ما تعارف فيه.

فنقول اختلفوا في جواز بيع المكيل وزنا و بالعكس و عدمه، على أقوال ثالثها جواز المكيل وزنا دون العكس، لأن الوزن أصل الكيل و اضبط، و إنما عدل إليه في المكيلات تسهيلا، فالمحكى عن الدروس في السلم جوازه مطلقا، حيث قال و لو أسلم في المكيل وزنا و بالعكس فالوجه الصحة لرواية وهب عن الصادق عليه السلام،

و كأنه أشار بها إلى رواية وهب عن جعفر عن أبيه عن علي (صلوات الله عليهم) قال لا بأس بسلف ما يوزن فيما يكال و ما يكال فيما يوزن.

و لا يخفى قصور الرواية سندا بوهب و دلالة بأن الظاهر منها جواز أسلاف الموزون في المكيل و بالعكس، لا جواز تقدير المسلم فيه المكيل بالوزن و بالعكس، و يعضده ذكر

(١) الأول: في تقدير كل من المقدرات بغير ما يتعارف تقديره به إذا انتفى الغرر بذلك.

و الكلام فيه في موردين:

(١) في بيع المكيل وزنا و بالعكس، و قد اختلفوا فيه على أقوال.

ثالثها: التفصيل بين بيع المكيل بالوزن فيصح، و بين بيع الموزون بالكيل فلا يصح.

رابعها: التفصيل بين جعل كل من التقديرين طريقا الى التقدير المعتبر في المبيع في نفسه فيصح، و بين ملاحظته مستقلا فلا يصح.

فالكلام يقع في مقامين:

الأول: في تقدير كل منهما بغير ما تعارف تقديره به من حيث جعله طريقا الى ما تعارف فيه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٥١

الشيخ للرواية في باب اسلاف الزيت في السمن، فالذى ينبغى ان يقال ان الكلام تارة في كفاية كل من التقديرين في المقدر بالآخر، من حيث جعله دليلا- على التقدير المعتبر فيه، بأن يستكشف من الكيل وزن الموزون و بالعكس، و تارة في كفايته فيه أصلا من غير ملاحظة تقديره المتعارف. أما الأول فقد يكون التفاوت المحتمل مما يتسامح فيه عادة، و قد يكون مما لا يتسامح فيه. (١) اما الأول، فالظاهر جوازه خصوصا مع تعسر تقديره بما يتعارف فيه، لأن ذلك غير خارج في الحقيقة عن تقديره مما يتعارف فيه، غاية ما في الباب ان يجعل التقدير الآخر طريقا إليه.

و يؤيده رواية عبد الملك بن عمر و قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام اشترى مائة راوية من زيت فاعرض راوية أو اثنتين فأترنهما ثم اخذ سائره على قدر ذلك قال: لا بأس، استدلل بها في التذكرة على جواز بيع الموزون عند تعذر وزنه (٢) بوزن واحد من المتعدد و نسبة الباقي إليه

الثاني: في تقديره به مستقلا.

(١) اما الأول: فقسمه المصنف قدس سره الى قسمين، إذ ربما يكون التفاوت المحتمل مما يتسامح فيه عادة، و ربما يكون مما لا يتسامح فيه.

إذا كان التفاوت المحتمل مما يتسامح فيه عادة فالأظهر هي الصحة لما عرفت من ان اعتبار التقدير الخاص انما هو لمعرفة حد المبيع و مقداره، و التقدير بما هو طريق الى ذلك- مع كون التفاوت المحتمل مما يتسامح فيه ينتج ذلك و يخرج البيع عن كونه جزافيا-

فيصح.

و يشهد له: - مضافا الى ذلك- صحيح الحلبي المتقدم بالتقريب الذي قدمناه و خبر «١» عبد الملك بن عمرو: المذكور في المتن.

(٢) و ما عن التذكرة من حمل الخبر على صورة التعذر،

ليس من جهة هذا الخبر نفسه، فان اتران مائة راوية زيت ليس بمتعذر، بل من جهة صحيح الحلبي الوارد في الجوز المختص بصورة عدم الاستطاعة.

و لكن يرد عليه: انه لا مفهوم له كى يقيد اطلاق هذا الخبر به.

(١) الوسائل - باب ٥- من ابواب عقد البيع و شروطه حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٥٢

و اردفه بقوله و لأنه يحصل المطلوب و هو العلم، و استدلاله الثاني يدل على عدم اختصاص الحكم بصورة التعذر و التقييد بالتعذر لعله استنبطه من الغالب في مورد السؤال و هو تعذر وزن مائة راوية من الزيت. و لا يخفى ان هذه العلة لو سلمت على وجه يقدر في عموم ترك الاستفصال، انما يجب الاقتصار على موردها لو كان الحكم مخالفا لعمومات وجوب التقدير، و قد عرفت ان هذا في الحقيقة تقدير، و ليس بجزاف. نعم ربما ينافى ذلك التقرير المستفاد من الصحيحة الآتية في بيع الجوز كما سيجيء.

و أما لو كان التفاوت مما لا يتسامح فيه، (١) فالظاهر ايضا الجواز مع البناء على ذلك المقدر المستكشف من التقدير، إذا كان ذلك التقدير اماره على ذلك المقدار، لأن ذلك ايضا خارج عن الجزاف، فيكون نظير اخبار البائع بالكيل، و يتخير المشتري لو نقص و ما تقدم من صحيحة الحلبي في اول الباب من المنع عن شراء احد العدلين بكيل احدهما قد عرفت توجيهه هناك، هذا كله مع جعل التقدير الغير المتعارف اماره على المتعارف.

(١) و أما إذا كان التفاوت المحتمل مما لا يتسامح فيه عادة فحكمه يظهر مما سنذكره في المقام الثاني.

و تصحيحه بالبناء على ذلك التقدير مخدوش، إذ البناء عليه الراجع الى شرط الخيار لو نقص لا يصح العقد، لأن ذلك لا يخرج عن الجزافية، و لذا لا يصح البيع بالمشاهدة مبني على مقدار معين مما تعارف فيه. و دعوى اطلاق الخبر.

ممنوعة، فان الظاهر و لا أقل من المحتمل كون ما بقى من مائة راوية متحد الوزن مع ما وزن كما يظهر لمن تدبر فيه.

و أما المقام الثاني: فالمشهور بين الأصحاب على ما نسب إليهم في محكى الرياض:

جواز بيع المكيل وزنا، و عدم جواز بيع الموزون كيلا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٥٣

و أما كفاية احد التقديرين عن الآخر اصالة من غير ملاحظة التقدير المتعارف، فالظاهر جواز بيع الكيل وزنا على المشهور، كما عن الرياض لأن ذلك ليس من بيع المكيل مجازفة، المنهى عنه في الاخبار و معقد الاجماع لان الوزن اضبط من الكيل و مقدار مائة المكيلات معلوم به اصالة من دون ارجاع الى الكيل و المحكى المؤيد بالتتابع ان الوزن اصل للكيل و ان العدول الى الكيل من باب الرخصة. (١) و هذا معلوم لمن تتبع موارد تعارف الكيل في الموزونات و يشهد لأصالة الوزن ان المكاييل المتعارفة في الاماكن المتفرقة على اختلافها في المقدار ليس لها مأخذ الا الوزن، إذ ليس هنا كيل واحد يقاس المكاييل عليه.

و أما كفاية الكيل في الموزون من دون ملاحظة كشفه عن الوزن ففيه اشكال،

بل لا يبعد عدم الجواز.

وقد عرفت عن السرائر ان ما يباع وزنا لا يباع كيلا بلا خلاف، فإن هذه مجازفة صرفة

(١) واستدل له المصنف قدس سره: بان الوزن اصل للكيل، و ان العدول الى الكيل من باب الرخصة، و عليه فيبيع المكيل بالوزن ليس بيعا جزافيا بخلاف العكس.

وفيه: لا- إشكال في ان الأصل للكيل هو الوزن، إذ الأغراض المعاملية العقلانية تختلف باختلاف مقادير الأشياء من حيث الخفة و الثقل، و لهذه الحثية مراتب معينة يعبر عنها بالثاقيل و ما دونها و ما فوقها، و ليس الكيل طريقا الى معرفة ذلك في نفسه فلا محالة يقدر الكيل من حيث انه يسع مقدارا من الوزن، الا انه بعد تعارف الكيل في شىء و عدم معرفة وزنه غالبا لا محالة لا يعرف مقدار تموله بالوزن، بل يكون ذلك ايضا بيعا جزافيا.

و ربما يستدل للجواز في الموردین بخبر وهب عن مولانا الصادق عليه السلام عن ابيه عن الإمام على عليه السلام: لا بأس بالسلف ما يوزن فيما يكال و ما يكال فيما يوزن «١».

(١) الوسائل - باب ٧- من ابواب السلف حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٥٤

إذ ليس الكيل فيما لم يتعارف فيه وعاء منضبط، فهو بعينه ما منعه من التقدير بقصعة حاضرة أو ملاء اليد، فإن الكيل من حيث هو لا يوجب في الموزونات معرفة زائدة على ما يحصل بالمشاهدة، فالقول بالجواز فيما نحن فيه مرجعه الى كفاية المشاهدة. ثم انه قد علم مما ذكرنا انه لو وقعت معاملة الموزون بعنوان معلوم عند أحد المتبايعين دون الآخر، (١) كالحقة و الرطل و الوزنة باصطلاح اهل العراق، الذى لا- يعرفه غيرهم خصوصا الاعاجم فانه غير جائز، لأن مجرد ذكر احد هذه العنوانات عليه و جعله في الميزان و وضع صخرة مجهولة المقدار معلومة الاسم في مقابله لا يوجب للجاهل معرفة زائدة على ما يحصل بالمشاهدة. هذا كله في المكيل و الموزون.

وفيه: اولاً: ان الخبر ضعيف السند لو هب.

و ثانياً: انه يدل على انه يجوز ان يكون ثمن المكيل موزوناً و بالعكس، و لا يدل على جواز كل من الكيل و الوزن في مورد الآخر. فالأظهر هو عدم الجواز مطلقاً.

(١) و لو وقعت معاملة الموزون بعنوان معلوم عند احد المتبايعين دون الآخر.

يمكن الاستدلال لصحتها:

- مضافاً الى سيرة المتدينين من المسافرين على الشراء بوزن البلد الذى يحضرونه أو بكيهه مع جهلهم بالمقدار- بان الغرر لا يلزم- بعد فرض علم المشتري بان الكيل أو الوزن المشتري به متعارف فى البلد- و نصوص اعتبار الكيل و الوزن تدل على لزوم ان يكون البيع باحدهما.

و أما معلومية مقدار ما يوزن تفصيلاً فلا تدل عليه، بل اغلب الناس لا يعلمون مقدار الكيل و الوزن المتعارفين فى بلدهم.

و بعبارة اخرى: ان تلك النصوص تدل على المنع عن البيع جزافاً و بالتخمين بلا وزن و لا كيل، و لا تدل على ازيد من ذلك.

و لكن ثبوت السيرة المتصلة الى زمان المعصوم عليه السلام محل تأمل، و الظاهر صدق الغرر مع الجهل بالمقدار من حيث ذلك و ان لم يصدق من حيث المالية

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٥٥

و أما المعدود فإن كان الكيل أو الوزن طريقا إليه فالكلام فيه كما عرفت في اخويه، (١) و ربما ينافيه التقرير المستفاد من صحیحة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام انه سئل عن الجوز لا نستطيع ان نعدده، فيقال بالمكيال ثم يعد ما فيه. ثم يقال ما بقي على حساب ذلك العدد قال: لا بأس به.

فإن ظاهر السؤال اعتقاد السائل عدم جواز ذلك في غير حال الضرورة، و لم يردعه الامام عليه السلام بالتنبيه على ان ذلك غير مختص بصورة الاضطرار، لكن التقرير غير واضح، فلا ينهض الرواية لتخصيص العمومات و لذا قوى في الروضة الجواز مطلقا. و أما كفاية الكيل فيه اصالة فهو مشكل لأنه، لا يخرج عن المجازفة، و الكيل لا يزيد على المشاهدة. و أما الوزن، فالظاهر كفايته بل ظاهر قولهم في السلم انه لا يكفي العد في المعدودات، و ان جاز بيعها معجلا بالعد، بل لا بد من الوزن، انه لا خلاف في انه اضبط و انه يغني عن العد، فقولهم في شروط العوضين انه لا بد من العد في المعدودات محمول على اقل مراتب التقدير

و النصوص انما هي في صدد بيان اعتبار العلم بمقدار المبيع لا مجرد الكيل و الوزن من حيث هما. فالأظهر بطلان تلك المعاملة.

و أما صحيح الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام: لا يصلح للرجل ان يبيع بصاع غير صاع المصّر «١». فالظاهر منه المنع عن البيع بغير صاع المصّر بتدليس انه صاع المصّر، فلا يدل على جواز البيع بصاع المصّر و ان لم يعلم مقداره. (١) المورد الثاني:

### في بيع المعدود بالكيل أو الوزن.

لا- كلام في انه إذا كان الكيل أو الوزن طريقا الى العدد يجوز ذلك كما تقدم، و صحيح الحلبي المذكور «٢» في المتن المختص بصورة تعذر العد لا- مفهوم له كى يدل على عدم جوازه مع الإمكان، و تقريره عليه السلام لما في ذهن السائل من عدم الجواز مع الإمكان غير ظاهر.

(١) الوسائل - باب ٦- من ابواب عقد البيع و شروطه حديث ٢.

(٢) الوسائل - باب ٧- من ابواب عقد البيع حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٥٦

لكنه ربما ينافي ذلك تعقيب بعضهم ذلك بقولهم و يكفي الوزن عن العد، فإنه يوهم كونه الاصل في الضبط، الا ان يريدوا هنا الاصالة و الفرعية بحسب الضبط المتعارف لا بحسب الحقيقة، فافهم.

بقي الكلام في تعيين المناط في كون الشيء مكيلا أو موزونا (١) فقد قيل ان الموجود في كلام الاصحاب اعتبار الكيل و الوزن فيما بيع بهما في زمن الشارع،

و حكم الباقي في البلدان ما هو المتعارف فيهما فما كان مكيلا أو موزونا في بلد يباع كذا، و الا فلا.

و عن ظاهر مجمع البرهان و صريح الحدائق نسبتته الى الاصحاب، و ربما منع ذلك

و أما إذا لم يكن ذلك بعنوان الطريقة فقد اختار المصنف قدس سره كفاية الوزن فيه،

و الظاهر ان وجهها اصالة الوزن في التقدير مطلقا حتى في المعدود.

و فيه: ان اصالة الوزن لو سلمت لا تفيد بعد فرض كون مناط المالية في شيء العدد، فانه يلزم من بيعه بالوزن الغرر. فالأظهر عدم الكفاية.

### المناط في المكيل والموزون

(١) الثاني: في تعيين المناط في كون الشيء مكيلا أو موزونا.

وقبل الشروع في بيان المختار و دليله، ينبغي تقدير امور:

الأول: ان مورد البحث هو انه هل المدار على ما كان مكيلا أو موزونا في عصر النبي صلى الله عليه وآله لا على كيل عصره و وزنه، فانه لم يقل بذلك احد، و لا يكون ذلك رافعا للغرر.

و بعبارة اخرى: مورد الكلام تعيين ما هو مكيل أو موزون لا تعيين الكيل و الوزن،

إذ لا- كلام في ان المكيل يكال بالمكيل المتعارف في كل عصر، و الموزون يوزن بالميزان المتعارف في كل زمان. فما في عبارة المبسوط المنقولة في المكاسب و المكيال مكيال اهل المدينة و الميزان ميزان اهل مكة لا بد من تأويله، لا سيما و قد نفى الخلاف عنه

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٥٧

بعض المعاصرين قائلان ان دعوى الاجماع على كون المدار هنا على زمانه صلى الله عليه وآله على الوجه المذكور غريبة (١) فاني لم اجد ذلك في كلام احد من الاساطين، فضلا عن ان يكون اجماعا، نعم قد ذكروا ذلك بالنسبة الى حكم الربا لا انه كذلك بالنظر الى الجهالة و الغرر الذي من المعلوم عدم المدخلية لزمانه صلى الله عليه وآله في رفع شيء من ذلك و اثباته، انتهى.

اقول ما ذكره دام ظله من عدم تعرض جل الفقهاء لذلك هنا يعني في شروط العوضين و إنما ذكروه في باب الربا حق، إلا أن المدار وجودا و عدما في الربا على اشتراط الكيل و الوزن في صحة بيع جنس ذلك الشيء.

و اكثر الفقهاء لم يذكروا تحديد هذا الشرط و المعيار فيه هنا يعني في شروط العوضين الا ان الاكثر ذكروا في باب الربا ما هو المعيار هنا و في ذلك الباب.

و أما اختصاص هذا المعيار بمسألة الربا و عدم جريانه في شروط العوضين كما ذكره فهو خلاف الواقع

الثاني: ان النزاع في المقام ليس في مفهوم المكيل و الموزون، فان مفهومهما اللغوي واضح، و لا حقيقة شرعية لهما قطعا، و لا تكون مكيلية شيء أو موزونيته من الأمور الواقعية، و يكون نظر العرف و الشرع طريقا إليها حتى يكون الشارع مصوبا للعرف تارة و مخطئا لهم اخرى، بل هما امران جعليان رتب الشارع على هذا الأمر الجعلي البنائي الذي بنى العرف عليه حكما، و حيث ان الجعل و البناء يختلف باختلاف الأعصار و الأمصار،

فلذا وقع النزاع في انه هل المعيار عصر خاص و مصر مخصوص، ام الميزان صدق عنوان كون الشيء مكيلا أو موزون؟

الثالث: المحكى: عن ظاهر مجمع البرهان و صريح الحدائق: ان الأصحاب افتوا بان المراد بالمكيل و الموزون ما ثبت فيهما الكيل و الوزن في زمانه صلى الله عليه وآله، و حكم الباقي في البلدان ما هو المتعارف فيهما.

(١) و اورد عليهما صاحب الجواهر قدس سره: باني لم اجد ذلك في كلام احد من الاساطين، فضلا عن ان يكون اجماعا نعم، قد ذكروا ذلك بالنسبة الى الربا.

و المصنف قدس سره ذكر طرقا ثلاثة لاستفادة ان الفقهاء افتوا بذلك:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٥٨

أما أولاً: فلشهادة تتبع كلمات الاصحاب بخلافه، (١) قال في المبسوط في باب الربا: إذا كانت عادة الحجاز على عهده صلى الله عليه و آله في شيء الكيل لم يجز الا كيلا في سائر البلاد و ما كانت فيه وزنا لم يجز الا وزنا في سائر البلاد و المكيال مكيال اهل المدينة و الميزان ميزان اهل مكة هذا كله بلا خلاف، فإن كان مما لا تعرف عادة في عهده صلى الله عليه و آله حمل على عادة البلد الذي فيه ذلك الشيء فما عرف بالكيل لا يباع الا كيلا، و ما عرف فيه الوزن لا يباع الا وزنا، انتهى.

و لا يخفى عموم ما ذكره من التحديد لمطلق البيع لا لخصوص مبيعة المتماثلين و نحوه كلام العلامة في التذكرة. و أما ثانياً: فلأن ما يقطع به بعد التتبع في كلماتهم هنا. و في باب الربا ان الموضوع في كلتا المسألتين شيء واحد، (٢) اعنى المكيل و الموزون قد حمل عليه حكمان، احدهما عدم صحة بيعه جزافاً، و الآخر عدم صحة بيع بعضه ببعض متفاضلاً، و يزيده وضوحاً ملاحظة اخبار المسألتين المعنونة بما يكال أو يوزن فإذا ذكروا ضابطة لتحديد الموضوع فهي مرعية في كلتا المسألتين.

(١) الأول: ان التتبع في كلمات الأصحاب يشهد بذلك. و ذكر منها عبارة المبسوط.

و فيه: أن ما افاده في المبسوط الصريح في ذلك خيرة التذكرة و نهاية الأحكام و المختلف و حواشى الشهيد و غيرها، و هو المنقول عن القاضي كما عن مفتاح الكرامة،

و لكن القدماء من الأصحاب لم يصروا بذلك.

(٢) الثانى: ان المقطوع به بعد التتبع ان الموضوع في هذه المسألة و في مسألة الربا واحد و هو المكيل و الموزون، و قد حمل عليه حكمان:

احدهما: عدم جواز بيعه متفاضلاً.

ثانيهما: عدم جواز بيعه مجازفةً. فإذا ذكروا ضابطة لتحديد الموضوع فهي مرعية في كلتا المسألتين.

و فيه: ان ما ذكروه ان كان ضابطة لتعيين المفهوم، أو كان ضابطة لتعيين المصدق مع كونه ظاهراً في ضبط ما هو مصداق الموضوع في المقامين، كما إذا ذكروا المسألتين

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٥٩

و أما ثالثاً: فلأنه يظهر من جماعة تصريحاً أو ظهوراً ان من شرط الربا كون الكيل و الوزن شرطاً في صحة (١) بيعه قال المحقق في الشرائع بعد ذكر اشتراط اعتبار الكيل و الوزن في الربا تفريراً على ذلك انه لا ربا في الماء إذ لا يشترط في بيعه الكيل أو الوزن و قال في الدروس و لا- يجرى الربا في الماء لعدم اشتراطهما في صحة بيعه نقداً. ثم قال و كذا الحجارة و التراب و الحطب و لا عبرة ببيع الحطب وزنا في بعض البلدان لأن الوزن غير شرط في صحته، انتهى.

و هذا المضمون سهل الاصابة لمن لاحظ كلماتهم فلاحظ المسالك هنا و شرح القواعد و حاشيتها للمحقق الثانى و الشهيد عند قول العلامة و المراد بالمكيل و الموزون هنا جنسه و ان لم يدخله لقلته كالجبة و الحبتين من الحنطة أو لكثرتة كالزبرة و لازم ذلك يعنى اشتراط دخول الربا في جنس باشتراط الكيل و الوزن في صحة بيعه انه إذا ثبت الربا في زماننا في جنس لثبوت كونه مكيلاً أو موزوناً على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله لازم ان لا- يجوز بيعه جزافاً و إلا- لم يصدق ما ذكروه من اشتراط الربا باشتراط التقدير في صحة بيعه.

و بالجملة فتلازم الحكمين اعنى دخول الربا في جنس و اشتراط بيعه بالكيل أو الوزن مما لا يخفى على المتتبع في كتب الاصحاب و حينئذ فنقول: كلما ثبت كونه مكيلاً أو موزوناً في عصره صلى الله عليه و آله فهو ربوى في زماننا (٢) و لا يجوز بيعه جزافاً، فلو فرض تعارف بيعه جزافاً عندنا كان باطلاً و ان لم يلزم غرر للاجماع.



بنحو الاتصال و في ذيلهما ذكروا ذلك تم ما افاده.

و لكن بما ان ما ذكروه انما يكون في مقام ضبط ما هو المصدق في ذيل مسألة الربا خاصة و لا إطلاق له يشمل هذه المسألة، فلا يجدى ذلك في المقام بعد كون ظاهر الدليل ان الموضوع فيها كل ما صدق عليه هذا المفهوم لا خصوص مصداق خاص منه.  
الثالث: ما هو مركب من امرين:

(١) احدهما: انه يشترط عند الأصحاب في الربا ان يكون الكيل و الوزن شرطا في صحة بيعه.

(٢) ثانيهما: اتفاهم على ان العبرة في المكيل و الموزون الجارى فيه الربا على ما هو

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٦٠

...

و لما عرفت من ان اعتبار الكيل و الوزن لحكمة سد باب نوع الغرر لا شخصه فهو حكم لحكمة غير مطردة نظير النهى عن بيع الثمار قبل الظهور، لرفع التنازع و اعتبار الانضباط في المسلم فيه، لأن في تركه مظنة التنازع و التغاين و نحو ذلك.  
و الظاهر كما عرفت من غير واحد ان المسألة اتفاهية، و أما ما علم انه كان يباع جزافا في زمانه صلى الله عليه و آله فالظاهر جواز بيعه كذلك عندنا مع عدم الغرر قطعاً.

و الظاهر انه اجماعى، كما يشهد به دعوى بعضهم الاجماع على ان مثل هذا ليس بربوى و الشهرة محققة على ذلك نعم ينافى ذلك بعض ما تقدم من اطلاق النهى عن بيع المكيل أو الموزون جزافاً.

الظاهر فيما تعارف كيله في زمان الإمام عليه السلام أو في عرف السائل أو في عرف المتبايعين أو احدهما و ان لم يتعارف في غيره، و كذلك قوله عليه السلام ما كان من طعام سميت فيه كيلا فلا يصلح مجازفة. الظاهر في وضع المكيال عليه عند المخاطب و في عرفه، و ان لم يكن كذلك في عرف الشارع.

اللهم الا ان يقال: انه لم يعلم ان ما تعارف كيله أو وزنه في عرف الأئمة عليهم السلام و اصحابهم كذلك في عهد الشارع الأقدس. فانه يستنتج منهما اعتبار الكيل و الوزن في ما كان مكيلا و موزونا في عهده.

و ان شئت قلت: بهيئة الشكل الأول ما كان مكيلا أو موزونا في عهده يجرى فيه الربا، و ما يجرى فيه الربا يشترط ان يباع بالكيل أو الوزن، و نتيجتهما ان كل ما كان مكيلا أو موزونا في عهده يشترط ان يباع بالكيل أو الوزن.

و فيه: ان الأمر الأول- و هو الكبرى في القياس- ان اريد به ان من شرط جريان الربا كون الكيل أو الوزن شرطا في صحة بيعه و لو في زمانه صلى الله عليه و آله خاصة فهو حق، الا انه لا يفيد للمستدل. و ان اريد به انه من شرطه كون ذلك شرطا في صحته الى الأبد، و ما دام يجرى فيه الربا فهو اول الكلام و غير ثابت.

فالإنصاف ان دعوى الإجماع، بل الشهرة في المقام في غير محلها.

إذا عرفت هذه الأمور فاعلم: ان الكلام يقع في موردين:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٦١

كان غير مقدر في زمان الشارع، حتى يتحقق المنافاة، و الاصل في ذلك ان مفهوم المكيل و الموزون في الأخبار لا يراد بهما كل ما فرض صيرورته كذلك، حتى يعلم كونه غير مقدر في زمان الشارع، بل المراد بهما المصدق الفعلى المعنون بهما في زمان المتكلم، و هذه الافراد لا يعلم عدم كونها مكيلة و لا موزونة في زمن النبي صلى الله عليه و آله لكن يرد على ذلك مع كونه مخالفا للظاهر المستفاد من عنوان ما يكال و يوزن، (١) انه لا دليل حينئذ على اعتبار الكيل في ما شك في كونه مقدرا في ذلك الزمان، مع



تعارف التقدير فيه في الزمان الآخر، إذ لا يكفى في الحكم حينئذ دخوله في مفهوم المكيل و الموزون، بل لا بد من كونه احد المصاديق الفعلية في زمان صدور الاخبار و لا دليل ايضا على الحاق كل بلد لحكم نفسه مع اختلاف البلدان. و الحاصل ان الاستدلال باخبار المسألة المعنونة بما يكال أو يوزن على ما هو المشهور من كون العبرة في التقدير بزمان النبي صلى الله عليه و آله، ثم بما اتفق عليه البلاد، ثم بما تعارف في كل بلدة بالنسبة الى نفسه في غاية الاشكال فالاولى تنزيل الاخبار على ما تعارف تقديره عند المتبايعين

الأول: في بيان ما يستفاد من الأدلة.

الثاني: في ما استدل به على ما هو المنسوب الى المشهور.

اما المورد الأول: فالمستفاد منها: ان المدار في اعتبار الكيل و الوزن على ما هو مكيل أو موزون في زمان البيع و بلده، فما كان مكيلا أو موزونا في زمان البيع و بلده اعتبر في صحته ببعه ذلك، و ما لم يكن كذلك و ان كان في زمان الشارع مكيلا أو موزونا لا يعتبر في صحته ذلك، لأن دليل اعتبار هذا الأمر حديث نهى النبي صلى الله عليه و آله عن بيع الغرر (١). و النصوص الخاصة المتقدمة.

اما الحديث فدلالته على ما ذكرناه واضحة، فان من المعلوم عدم دخل المدخلة لزمانه صلى الله عليه و آله في رفع الغرر و اثباته.

(١) و أما النصوص فالمأخوذ فيها المكيل و الموزون من دون التقييد بزمان خاص و بلد

(١) الوسائل - باب ٤٠ - من ابواب آداب التجارة حديث ٣.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٦٢

و ثبات ما ينافي ذلك من الاحكام المشهورة بالاجماع المنقول المعتضد بالشهرة المحققة، و كذا الاشكال لو علم التقدير في زمن الشارع و لم يعلم كونه بالكيل أو بالوزن. و مما ذكرنا ظهر ضعف ما في كلام جماعة من التمسك لكون الاعتبار في التقدير بعادة الشرع بوجوب حمل اللفظ على المتعارف عند الشارع (١) و لكون المرجع فيما لم يعلم عادة الشرع هي العادة المتعارفة في البلدان. بأن الحقيقة العرفية هي المرجع عند انتفاء الشرعية و لكون المرجع عادة كل بلد إذا اختلف البلدان بأن العرف الخاص قائم مقام العام عند انتفائه، انتهى.

و ذكر المحقق الثاني ايضا: ان الحقيقة العرفية يعتبر فيها ما كان يعتبر في حمل اطلاق لفظ الشارع عليها، فلو تغيرت في عصر بعد استقرارها فيما قبله، فالمعتبر هو العرف

مخصوص، و مقتضى اطلاقه دوران الحكم مدار فعلية هذا الموضوع عند ايقاع المعاملة من حيث زمانها و مكانها.

و بعبارة اخرى: قوله عليه السلام ما كان من طعام سميت فيه كيلا لا يصلح مجازفة من القضايا الحقيقية المتضمنة لإنشاء الحكم فيها على الموضوعات المقدر وجودها، فكل ما صدق عليه هذا العنوان يشمل هذا الحكم، من غير فرق بين الأزمنة و الأماكن.

و أما المورد الثاني: فالمنسوب الى المشهور دعويان:

الأولى: ان العبرة في التقدير بزمان النبي صلى الله عليه و آله.

الثانية: ان ما لم يثبت كونه مكيلا أو موزونا في عهده العبرة فيه بما اتفق عليه البلدان.

و قد استدل للأولى بالاجماع و بان المراد من المكيل و الموزون المصدق الفعلي المعنون بهما في زمان المتكلم.

(١) و بوجوب حمل اللفظ على المتعارف عند الشارع

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٦٣

السابق، ولا- أثر للتغير الطارئ للاستصحاب و لظاهر قوله صلى الله عليه وآله حكمى على الواحد حكمى على الجماعة. و أما فى الأقرار و الايمان و نحوها فالظاهر الحوالة على عرف ذلك العصر الواقع فيه شىء عنها حملا له على ما يفهمه الموقع، انتهى.

اقول ليس الكلام فى مفهوم المكييل و الموزون، بل الكلام فيما هو المعتبر فى تحقق هذا المفهوم، فإن المراد بقولهم عليهم السلام ما كان مكيلا فلا يباع جزافا أو لا يباع بعضه ببعض الا متساويا. اما ان يكون ما هو المكييل فى عرف المتكلم أو يراد به ما هو المكييل فى العرف العام، أو ما هو المكييل فى عرف كل مكلف، و على اى تقدير، فلا يفيد الكلام لحكم غير ما هو المراد، فلا بد لبيان حكم غير المراد من دليل خارجى و ارادة جميع هذه الثلاثة خصوصا مع ترتيب خاص فى ثبوت الحكم بها و خصوصا مع كون مرتبة كل لاحق مع عدم العلم بسابقه، لامع عدمه غير صحيحة كما لا يخفى.

و لعل المقدس اليردبيلى اراد ما ذكرنا حيث تأمل فيما ذكره من الترتيب بين عرف الشارع و العرف العام و العرف الخاص، معللا باحتمال ارادة الكيل و الوزن المتعارف عرفا عاما أو فى اكثر البلدان أو فى الجملة مطلقا أو بالنسبة الى كل بلد، بلد كما قيل فى المأكول و الملبوس فى السجدة من الامر الوارد بهما لو سلم، و الظاهر هو الاخير، انتهى.

و قد رده فى الحدائق بأن الواجب فى معانى الالفاظ الواردة فى الاخبار حملها على

و فى الجميع نظر:

اما الأول: فلما تقدم. و ما عن المبسوط من نفى الخلاف عنه، لا يدل على الإجماع، إذ عدم الخلاف فى اصطلاح القدماء محمول على امر آخر غير الاتفاق الكاشف عن رأى المعصوم، مع انه لو ثبت ليس اجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم. و أما الثانى: فلأن الظاهر من هذه القضية كسائر القضايا الشرعية كونها قضية حقيقية لا خارجية، ألا ترى انه لم يتوهم احد اختصاص ما دل على حرمة تنجيس المسجد بالمساجد الموجودة فى عهد الشارع. و بالجملة: ما ذكرناه واضح.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٦٤

عرفهم صلوات الله عليهم فكلما كان مكيلا أو موزونا فى عرفهم و جب اجراء الحكم عليه فى الازمنة المتأخرة، و ما لم يعلم، فهو بناء على قواعدهم يرجع الى العرف العام الى آخر ما ذكره من التفصيل، ثم قال: و يمكن ان يستدل للعرف العام بما تقدم فى صحیحته الحلبي من قوله ما كان من طعام سميت فيه كيلا، فإن الظاهر ان المرجع فى كونه مكيلا الى تسميته عرفا مكيلا، و يمكن تقييده بما لم يعلم حاله فى زمانهم عليهم السلام انتهى.

اقول: قد عرفت ان الكلام هنا ليس فى معنى اللفظ، لان مفهوم الكيل معلوم لغه، و انما الكلام فى تعيين الاصطلاح الذى يتعارف فيه هذا المفهوم، (١) ثم لو فرض كون الكلام فى معنى اللفظ، كان اللازم حملة على العرف العام إذا لم يكن عرف شرعى لا إذا جهل عرفه الشرعى فإنه لم يقل أحد بحمل اللفظ حيثئذ على المعنى العرفى، بل لا بد من الاجتهاد فى تعيين ذلك المعنى الشرعى، و مع العجز يحكم بإجمال اللفظ، كما هو واضح، هذا كله مع ان الاخبار انما وصلت الينا من الأئمة (صلوات الله و سلامه عليهم) فاللازم اعتبار عرفهم لا عرف الشارع. و أما ما استشهد به للرجوع الى العرف العام من قوله عليه السلام ما سميت فيه كيلا الخ

و أما الثالث: فلما عرفت من ان النزاع فى المقام ليس فى المفهوم، فانه مبين معلوم و لا حقيقة شرعية له.

(١) و انما الكلام فى انه هل العبرة بمصداق خاص من هذا المفهوم، ام الميزان كلما صدق عليه ذلك، مع ان النصوص انما وصلت الينا من الأئمة عليهم السلام لا منه صلى الله عليه وآله، فلو كان الميزان عرف المتكلم كان اللازم اعتبار كيل زمانهم و وزنه كما لا

يخفى.

و استدلل للثانية:

بالإجماع و بان الحقيقة العرفية هي المرجع عند انتفاء الشرعية.

و بمضمرة على بن ابراهيم الطويل: و لا- ينظر فيما يكال أو يوزن الا الى العامة و لا يؤخذ فيه الخاصة، فان كان قوم يأكلون اللحم و يكيلون الجوز فلا يعتبر بهم، لأن اصل اللحم ان يوزن، واصل الجوز ان يعد «١».

و في الجميع نظر:

اما الأول: فلما تقدم.

(١) الوسائل - باب ٦- من ابواب الربا حديث ٦.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٦٥

فيحتمل ان يراد عرف المخاطب فيكون المعيار العرف الخاص بالمبتاعين. نعم مع العلم بالعرف العام لا- عبرة بالعرف الخاص لمقطوعة ابن هاشم الآتية، فتأمل و أبعده شيء في المقام ما ذكره في جامع المقاصد: من ان الحقيقة العرفية يعتبر فيها ما كان يعتبر في حمل اطلاق لفظ الشارع عليها، فلو تغيرت في عصر بعد استقرارها فيما قبله انتهى.

و بالجملة، فإتمام المسائل الثلاث بالأخبار مشكل، لكن الظاهر ان كلها متفق عليها. نعم اختلفوا فيما إذا كان البلاد مختلفة في ان لكل بلد حكم نفسه من حيث الربا أو انه يغلب جانب التحريم، كما عليه جماعة من اصحابنا، لكن الظاهر اختصاص هذا الحكم بالربا، لا في جواز البيع جزافا في بلد لا يتعارف فيه التقدير، ثم انه يشكل الأمر فيما علم كونه مقدرا في زمان الشارع، لكن لم يعلم ان تقديره بالكيل أو بالوزن ففيه وجوه أقواها و أحوطها اعتبار ما هو أبعد من الغرر، و أشكال من ذلك ما لو علم كون الشيء غير مكيل في زمن الشارع أو في العرف العام، مع لزوم الغرر فيه عند قوم خاص و لا يمكن جعل ترخيص الشارع لبيعه جزافا تخصيصا لأدلة نفي الغرر لاحتمال كون ذلك الشيء من المتبدلات في زمن الشارع أو في العرف بحيث يتحرز عن الغرر بمشاهدته. و قد بلغ عند قوم في العزة إلى حيث لا يتسامح فيها،

فالأقوى وجوب الاعتبار في الفرض المذكور بما يندفع به الغرر من الكيل أو الوزن أو العدد.

و بالجملة فالأولى جعل المدار فيما لا إجماع فيه على وجوب التقدير بما بنى الامر في مقام استعمال مالىة الشيء على ذلك التقدير، فإذا سئل عن مقدار ما عنده من الجوز فيجب بذكر العدد، بخلاف ما إذا سئل عن مقدار مالىة ما عنده من الرمان و البطيخ، فإنه لا يجب إلا بالوزن، و إذا سئل عن مقدار الحنطة و الشعير، فربما يجب بالكيل و ربما يجب بالوزن لكن الجواب بالكيل مختص بمن يعرف مقدار الكيل من حيث الوزن، إذ الكيل بنفسه غير منضبط بخلاف الوزن و قد تقدم ان الوزن اصل في الكيل و ما ذكرنا هو المراد بالمكيل و الموزون الذين حمل عليهما الحكم بوجوب الاعتبار بالكيل و الوزن عند البيع و بدخول الربا فيهما، و أما ما لا يعتبر مقدار مالىته بالتقدير باحد الثلاثة كالماء و التبن و الخضريات.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٦٦

فالظاهر كفاية المشاهدة فيها من غير تقدير فإن اختلفت البلاد في التقدير و العدم، فلا اشكال في التقدير في بلد التقدير. و أما بلد عدم التقدير فإن كان ذلك لا يتبدل الشيء عندهم بحيث يتسامح في مقدار التفاوت المحتمل مع المشاهدة كفت المشاهدة، و ان كان لعدم مبالاة-تهم بالغرر و اقدمهم عليه حرصا مع الاعتداد بالتفاوت المحتمل بالمشاهدة، فلا اعتبار بعادتهم، بل يجب مخالفتها. فإن النواهي الواردة في الشرع عن بيوع الغرر و المجازفات، كبيع الملايح و المضامين و الملامسة و المنابذة و الحصاة على بعض تفاسيرها و ثمر الشجر قبل الوجود و غير ذلك لم يرد الا-ردا على من تعارف عندهم الاقدام على الغرر و البناء على المجازفات

الموجب لفتح ابواب المنازعات و إلى بعض ما ذكرنا اشار ما عن علي بن ابراهيم، عن ابيه، عن رجاله ذكره في حديث طويل، قال: ولا ينظر فيما يكال أو يوزن الا الى العامة، و لا يؤخذ فيه الخاصة، فإن كان قوم يكيلون اللحم و يكيلون الجوز فلا يعتبر بهم، لأن اصل اللحم ان يوزن واصل الجوز ان يعد، و على ما ذكرنا،

و أما الثاني: فلما عرفت من ان النزاع في المقام ليس في مفهوم المكيل و الموزون كى يتم فيه ذلك، بل في انه هل لمصداق خاص منه خصوصية ام لا.

و أما الثالث: فلعدم حجيته لعدم اتصال الخبر الى المعصوم، و عدم حجية قول التابعى من حيث هو. مع ان المراد بالعامة ليس جميع الناس و الا لما كان يوجد- سيما في عصر الخبر- شىء يحرز اتفاق الناس عليه، بل المراد منه ان بناء المتعاقدين لا يكفى، بل يعتبر بناء قوم كأهل بلد عليه، فهو ينطبق على ما ذكرناه. مضافا الى انه لو اغمض عن ذلك و سلم كونه دالا على ما ذهب إليه المشهور يقع التعارض بينه و بين صحيح الحلبي الدال على ان الميزان هو ما يسمى كيلا عند المتعاقدين بما هما من افراد البلد، و المحل و الترجيح معه كما لا يخفى. و بناء على ما اخترناه تسقط جملة من الفروع التى ذكرها المصنف قدس سره، و هو واضح.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٦٧

فالعبرة ببلد فيه وجود المبيع (١) لا ببلد العقد و لا ببلد المتعاقدين، و فى شرح القواعد لبعض الاساطين، ثم الرجوع الى العادة مع اتفاقها اتفاقى، و لو اختلف فلكل بلد حكمه كما هو المشهور، و هل يراد به بلد العقد أو المتعاقدين الأقوى، الأول و لو تعاقدوا فى الصحراء (٢) رجعا إلى حكم بلدهما، و لو اختلفا رجح الأقرب أو الأعظم أو ذو الاعتبار على ذى الجزاف، أو البائع فى مبيعه و المشتري فى ثمنه أو يبنى على الأقراع مع الاختلاف، و ما اتفقا عليه مع الاتفاق أو التخيير و لعله الأقوى، و يجرى مثله فى معاملة الغرباء فى الصحراء مع اختلاف البلدان و الأولى التلخص بإيقاع المعاملة على وجه لا يفسدها الجهالة من صلح أو هبة بعوض أو معاطاة و نحوها، و لو حصل الاختلاف فى البلد الواحد على وجه التساوى فالأقوى التخيير، و مع الاختصاص بجمع قليل اشكال، انتهى.

نعم يبقى منها فرعان:

الاول: لو فرضنا كون المبيع فى بلد، و العقد فى بلد آخر، و المتعاقدين اهل بلد ثالث، و كان ذلك الشىء فى احد البلاد مقدرا بغير ما يقدر به فى البلاد الاخر.

(١) فهل العبوة ببلد فيه وجود المبيع كما اختاره المصنف قدس سره ام ببلد العقد.

ام ببلد المتعاقدين؟ و جوه:

اظهرها الثالث، فانه الظاهر من صحيح الحلبي ما سميت فيه كيلا فانه موجه الى البائع.

(٢) الثانى: انه لو وقعت المعاملة فى الصحراء و كان البلاد مختلفة فى التقدير و لم يكن الصحراء ملحقة باحدها، فان كان المتعاقدان اهل بلد لحقهما حكمه كما تقدم، و الا فلا يعتبر فى بيعهما الكيل و الوزن لعمومات الصحة بعد عدم شمول دليل الكيل و الوزن لهذا المورد كما هو واضح. نعم يعتبر رعاية عدم الغرر.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٦٨

**مسألة: لو أخبر البائع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه (١)**

على المشهور،

و عبارة التذكرة مشعرة بالاتفاق عليه، و يدل عليه غير واحد من الاخبار المتقدمة،  
و ما تقدم في صحيحه الحلبي الظاهرة في المنع عن ذلك محمول على صورة ايقاع المعاملة غير مبنية على المقدار المخبر به، و ان  
كان الاخبار داعيا إليها، فإنها لا تخرج بمجرد ذلك عن الغرر.  
و قد تقدم عن التحرير ما يوافق ذلك.

اخبار البائع بقدر المبيع

(١) الثالث: لو أخبر البائع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه على المشهور و ظاهر التذكرة الاتفاق عليه.  
الظاهر ان الغرر و ان كان يرتفع بايقاع المعاملة مبنية على المقدار المخبر به، الا انه قد عرفت انه يعتبر الكيل و الوزن و ان لم يلزم  
الغرر من عدمهما، و معلوم ان بذلك لا يتحقق هذا القيد، فعلى هذا يتعين الرجوع الى النصوص الخاصة.  
و هي على طوائف:

الأولى: ما دل على الاعتماد عليه مطلقا: كخبر محمد بن حمران قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: اشترينا طعاما فزعم صاحبه انه كاله  
فصدقناه و اخذناه بكيله، فقال: لا بأس «١» و نحوه غيره.

الثانية: ما دل على عدم الاعتماد عليه: كصحيح الحلبي المتقدم «٢».

الثالثة: ما دل على الاعتماد عليه في صورة الائتمان خاصة: كخبر ابي العطار عن مولانا الصادق عليه السلام: إذا ائتمنتك فلا بأس «٣».  
و نحوه غيره.

و الجمع بينها- لو سلم كون المقام مشمولاً لصحيح الحلبي، و لم نقل باختصاصه بما إذا كان الأخبار عن حدس لاعتن حس كما هو  
ظاهره- يقتضى تقييد اطلاق الطائفة الأولى بمفهوم الثالثة، و تقييد اطلاق الثانية بمنطوقها، و بذلك يرتفع التعارض

(١) الوسائل - باب ٥- من ابواب عقد البيع و شروطه حديث

(٢) الوسائل - باب ٤- من ابواب عقد البيع و شروطه حديث ٢.

(٣) الوسائل - باب ٥- من ابواب عقد البيع و شروطه حديث ٦.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٦٩

ثم ان الظاهر اعتبار كون الخبر طريقاً عرفياً للمقدار، (١) كما يشهد به الروايات المتقدمة، فلو لم يقد لنا فإشكال من بقاء الجهالة  
الموجبة للغرر و من عدم تقييدهم الاخبار بإفادة الظن و لا المخبر بالعدالة، و الاقوى بناء على اعتبار التقدير و ان لم يلزم الغرر الفعلي  
هو الاعتبار. نعم لو دار الحكم مدار الغرر، كما في صحة المعاملة ايقاعها مبنية على المقدار المخبر به و ان كان مجهولاً و يندفع الغرر  
بناء المتعاملين على ذلك المقدار، فإن ذلك ليس بأدون من بيع العين الغائبة على اوصاف مذكورة في العقد، فيقول بعتك هذه  
الصبرة على انها كذا و كذا صاعاً، و على كل تقدير الحكم فيه بالصحة، فلو تبين الخلاف، (٢) فاما ان يكون بالنقيصة

و بما ذكرناه يظهر ما في كلام المحقق النائيني من حمل صحيح الحلبي على الكراهة، كما انه يظهر اعتبار كون المخبر مؤتمناً، و  
الظاهر ان هذا هو مراد المصنف قدس سره.

(١) حيث قال: ثم ان الظاهر اعتبار كون الخبر طريقا عرفيا للمقدار.

(٢) و على القول بالصحة فلو عامل و تبين الخلاف، فتارة: يكون بالنقيصة،

و اخرى: يكون بالزيادة فالكلام يقع فى مقامين:

اما المقام الاول، فالاقوال و الوجوه فيه خمسة الأول: البطلان.

الثانى: الصحة لزوما.

الثالث: الصحة مع ثبوت خيار الغبن.

الرابع: الصحة مع ثبوت خيار الشرط.

الخامس: الصحة مع ثبوت خيار تبعض الصفقة.

و تنقيح القول بالبحث فى موارد:

الأول: فى انه هل يصح ام يكون باطلا؟

الثانى: فى انه على فرض الصحة هل يكون على وجه اللزوم أو الجواز؟

الثالث: فى انه على فرض الجواز هل الثابت خيار تخلف الشرط، أو خيار تبعض الصفقة، أو خيار الغبن؟

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ٧٠

و أما ان يكون بالزيادة، فإن كان بالنقيصة تخير المشتري بين الفسخ و بين الإمضاء، بل فى جامع المقاصد احتمال البطلان، كما لو باعه ثوبا على انه كتان فبان قطنًا، ثم رده بكون ذلك من غير الجنس و هذا منه و إنما الفاتت الوصف لكن يمكن ان يقال مغايرة الموجود الخارجى لما هو عنوان العقد حقيقة مغايرة حقيقية (١) لا يشبه مغايرة الفاقد للوصف لواجده لاشتراكهما فى أصل الحقيقة بخلاف الجزء و الكل فتأمل.

فإن المتعين الصحة و الخيار، ثم انه قد عبر فى القواعد عن ثبوت هذا الخيار للبائع مع الزيادة و للمشتري مع النقيصة بقوله تخير المغبون، فربما تخيل بعض تبعا لبعض ان هذا ليس من خيار فوات الوصف أو الجزء، معللا بأن خيار الوصف انما يثبت مع التصريح باشتراط الوصف فى العقد، و يدفعه تصريح العلامة فى هذه المسألة من التذكرة: بأنه لو ظهر النقصان رجع المشتري بالناقص. و فى باب الصرف من القواعد: بأنه لو تبين المبيع على خلاف ما اخبر البائع تخير المشتري بين الفسخ و الإمضاء بحصة معينة من الثمن، و تصريح

اما المورد الأول: فقد استدلل للبطلان فى المتن.

(١) بمغاير الموجود الخارجى لما هو عنوان العقد حقيقة مغايرة حقيقية فما وقع عليه العقد لا وجود له. افرض خمسة امانان إذا تبين ان الموجود اربعة امانان،

و ماله وجود لم يقع عليه العقد، فلا بد من البناء على البطلان.

و فيه: ان العناوين على قسمين:

احدهما: ما هو مناط مالية الاشياء، و هى الصورة النوعية من غير فرق بين العقلية و العرفية، كعنوان الذهب، و العبد، و ما شابههما.

ثانيهما: ما ليس مناط المالية، و انما يبذل الثمن بازاء المعنون كالكلم الخاص و الحد المخصوص، فان الثمن لا يبذل بازاء هذا العنوان بما هو كعنوان المن، بل يبذل بازاء المعنون،

اى الاجزاء الخارجية المعنونة بهذا العنوان، و ما ذكر يتم فى القسم الأول، و هو اجنبى عن المقام و لا يتم فى القسم الثانى، فانه ينحل العقد الى العقد على كل جزء جزء، فالمقدار الموجود لا مانع من تأثير العقد فيه، و المقصود ليس شيئا كى يؤثر العقد فى تملكه. و

هذا بخلاف القسم الاول، فانه لا ينحل العقد فيه الى العقد على ذات الموجود و العقد على

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٧١

جامع المقاصد في المسألة الاخيرة بابتنائها على المسألة المعروفة و هي ما لو باع متساوي الاجزاء على انه مقدار معين فبان اقل، و من المعلوم ان الخيار في تلك المسألة اما لفوات الوصف، و أما لفوات الجزء على الخلاف الآتي. و أما التعبير بالمغبون فليشمل البائع على تقدير الزيادة و المشتري على تقدير النقيصة، (١) نظير تعبير الشهيد في اللعنة عن البائع و المشتري في بيع العين الغائبة برؤيتها السابقة مع تبين الخلاف، حيث قال: تخير المغبون منهما و أما ما ذكره من ان الخيار إنما يثبت في تخلف الوصف إذا اشترط في متن العقد فيه ان ذلك في الأوصاف الخارجة التي لا يشترط اعتبارها في صحة البيع ككتابة العبد و خياطته. و أما الملحوظ في عنوان المبيع بحيث لو لم يلاحظ لم يصح البيع كمقدار معين من الكيل أو الوزن أو العد فهذا لا يحتاج الى ذكره في متن العقد، فإن هذا اولى من وصف الصحة الذي يغني بناء العقد عليه عن ذكره في العقد، فإن معرفة وجود ملاحظة الصحة

عنوانه، فان المادة المشتركة لا مالمية لها و لا يبذل المال بازائها. فالأظهر هي الصحة.

و أما المورد الثاني: فالأظهر هو الجواز، لأن التراضي لم يقع بالمبيع على كل تقدير و الا بطل البيع للغرر و الجهالة و سيجيء في المورد الثالث زيادة توضيح لذلك.

و أما المورد الثالث: فقد ظهر مما ذكرناه في المورد الأول وجه ثبوت خيار تبعض الصفقة.

و أما ثبوت خيار الغبن فلا وجه له، لأن ذلك انما يثبت فيما إذا بيع بازيد من القيمة السوقية، و في المقام ربما يكون بانقص منها كما لا يخفى، لا في موارد تخلف المبيع جزءاً أو وصفاً.

فما في القواعد على المحكي في المتن قبل اسطر من ثبوت خيار الغبن، ان كان تسامحا في العبارة.

(١) كما في المتن قال و أما التعبير بالغبن فليشتمل البائع على تقدير الزيادة و المشتري على تقدير النقيصة فلا كلام، و الا فهو، غير تام. و أما ثبوت خيار تخلف الشرط فانما هو فيما إذا وقع البيع مثلاً على شيء و اشترط صريحاً أو ضمناً في ضمنه شيء آخر، بحيث لم يقع شيء من الثمن بازاء الشرط و ان كان موجبا لازدياد قيمة المبيع، و المقام ليس من هذا القبيل، فان كل جزء من المبيع وقع بازائه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٧٢

ليست من مصححات العقد بخلاف معرفة وجود المقدار المعين، و كيف كان فلا اشكال في كون هذا الخيار خيار التخلف، و انما الاشكال في ان المتخلف في الحقيقة هل هو جزء المبيع أو وصف من اوصافه، فلذلك اختلف في ان الامضاء هل هو بجميع الثمن، أو بحصة منه نسبتها إليه كنسبة الموجود من الاجزاء الى المعدوم. (١)

و تمام الكلام في موضع تعرض الاصحاب للمسألة، ثم ان في حكم اخبار البائع بالكيل و الوزن من حيث ثبوت الخيار عند تبين الخلاف كل ما يكون طريقاً عرفياً الى مقدار المبيع و اوقع العقد بناء عليه، كما إذا جعلنا الكيل في المعدود و الموزون طريقاً الى عده أو وزنه.

جزء من الثمن، و عليه فيسترد مقدار من الثمن وقع بازاء الجزء المفقود، و له الخيار بين الإمضاء و الفسخ بعد ذلك.

(١) و الفرق بين هذه الأقسام من الخيار انه لو كان الثابت خيار تبعض الصفقة يرد جزء من الثمن ثم يتخير بين الفسخ و الإمضاء، و لو كان هو خيار الشرط لا يرد شيء،

و لو كان خيار الغبن يتخير بينهما ما لم يبذل البائع التفاوت، و الا فلا خيار له.

و أما المقام الثاني: فمن التزم بالبطلان في المقام الأول لا بد له من الالتزام به في المقام،



و لكن عرفت فسادها فما عن المبسوط من البطلان ضعيف، و لا وجه لخيار الغبن كما تقدم،  
و لا لخيار التبعض لعدمه، و لا لخيار الشرط لما تقدم.

و دعوى ان العقد يؤثر في ملكية ذات المبيع و شرط وصف خاص مباين للموجود لا يوجب الا الخيار بين الفسخ و الإمضاء بتمام  
الثمن، و نتيجة ذلك الصحة، و كون الزيادة للمشتري و ثبوت الخيار للبائع بين الامضاء بتمام الثمن، و الفسخ كما التزم به المصنف  
قدس سره في باب الشروط،

مندفعة بان شرط المقدار غير سائر الشروط كما تقدم، فالعقد لا يؤثر الا في المتقدر، و الزائد باق على ملك البائع، و لذلك يثبت  
خيار تخلف الشرط للمشتري من جهة حصول الشركة بينه و بين البائع، في ما اشتراه، و الشركة نقص بناء المتعاملين على عدمه.  
منهاج الفقيه (للروحاني)، ج ٥، ص: ٧٣

### مسألة: قال في الشرائع يجوز بيع الثوب و الأرض مع المشاهدة

و ان لم يمسا (١) و لو مسحا كان أحوط لتفاوت الغرض في ذلك و تعذر ادراكه بالمشاهدة،  
انتهى.

و في التذكرة لو باع مختلف الاجزاء مع المشاهدة صح كالثوب و الدار و الغنم اجماعا.

و صرح في التحرير بجواز بيع قطع الغنم و ان لم يعلم عددها.

أقول يشكل الحكم بالجواز في كثير من هذه الموارد (٢) لثبوت الغرر غالبا مع جهل اذرع الثوب و عدد قطع الغنم و الاعتماد في  
عددها على ما يحصل تخمينا بالمشاهدة عين المجازفة.

و بالجملة فإذا فرضنا ان مقدار مالية الغنم قلّة و كثرة يعلم بالعدد، فلا فرق بين الجهل بالعدد فيها و بين الجهل بالمقدار في المكيل و  
الموزون و المعدود. و كذا الحكم في عدد الأذرع و الطاقات في الكرايس و الجربان في كثير من الأراضي المقدره عادة بالجريب.  
نعم ربما يتفق تعارف عدد خاص في اذرع بعض طاقات الكرايس، لكن الاعتماد على هذه من حيث كونه طريقا الى عدد الاذرع،  
نظير اخبار البائع، و ليس هذا معنى كفاية المشاهدة و تظهر الثمرة في ثبوت الخيار، إذ على تقدير كفاية المشاهدة لا يثبت خيار مع  
تبين قلّة الأذرع بالنسبة الى ما حصل التخمين به من المشاهدة، الا إذا كان النقص عيبا أو اشترط عددا خاصا من حيث الذراع طولاً و  
عرضاً.

### بيع الثوب و الأرض مع المشاهدة

(١) الرابع: قال في الشرائع: يجوز بيع الثوب و الأرض مع المشاهدة و ان لم يمسا.

و قد صرح غير واحد بصحة بيع مختلفه الأجزاء كالثوب و الدار و الغنم مع المشاهدة، و ادعوا ان عليها الإجماع.  
و اورد عليهم جمع منهم المصنف قدس سره: قال بانه.

(٢) يشكل الحكم بالجواز في كثير من هذه الموارد لثبوت الغرر.

و ظاهر بعض الموردين و صريح آخرين الحكم بالجواز مع عدم لزوم الغرر.

منهاج الفقيه (للروحاني)، ج ٥، ص: ٧٤

و بالجملة فالمعيار هنا دفع الغرر الشخصي إذ لم يرد هنا نص بالتقدير ليحتمل اناطة الحكم به و لو لم يكن غرر، كما استظهرناه في  
المكيل و الموزون، فافهم.



**مسألة: بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء (١)****إشارة**

كصاع من صبرة مجتمعة الصيعان أو متفرقتها أو ذراع من كرباس أو عبد من عبيد و شبه ذلك يتصور على وجوه:

**الأول: أن يريد بذلك البعض كسرا واقعيا من الجملة (٢)**

مقدرا بذلك العنوان فيريد بالصاع مثلا من صبرة تكون عشرة اصوع عشرها، و من عبد من العبيد نصفهما

و لكن الأظهر عدم الصحة في جملة من تلك الموارد و لو لم يلزم الغرر، و هي الموارد التي يباع الشيء بالعد و الذرع. اما في الأول: فلما تقدم من دلالة الدليل على اعتبار العد في المعدود، و أما في الثاني: فلأن العد بالذرع ايضا داخل في حقيقة العد، و لا فرق بين ان يقال جوزة و جوزتان و ان يقال ذرع و ذرعان، و مجرد كون الأول من قبيل الكم المنفصل، و الثاني من قبيل الكم المتصل لا يصلح فارقا. نعم ما ذكره يتم فيما يباع لا بالعد و لا بالذرع، فانه يصح البيع ان لم يلزم الغرر، كما في العباء فان كل طاقة منه لها قيمة و هي مناط ماليته كانت اربعة اذرع أو ازيد أو انقص بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء (١) الخامس في بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء كصاع من صبرة مجتمعة الصيعان أو متفرقتها. و الوجوه المتصورة ثلاثة.

(٢) الاول ان يكون المراد بالصاع الكسر الواقعي المشاع من الجملة مقدرا بالصاع، فلو كانت الصبرة عشرة اصوع كان المبيع عشرها، فيكون الصاع ملحوظا مرآة الى الكسر المشاع المساوي للصاع.

و قد اوضحنا حقيقة الاشاعة في اول مسألة بيع نصف الدار

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٧٥

و لا اشكال في صحة ذلك، و لا في كون المبيع مشاعا في الجملة، و لا فرق بين اختلاف العبيد في القيمة و عدمه، و لا بين العلم بعدد صيعان الصبرة و عدمه، لأن الكسر مقدر بالصاع فلا يعتبر العلم بنسبته الى المجموع هذا، (١) و لكن قال في التذكرة و الأقرب انه لو قصد الاشاعة في عبد من عبيد أو شاء من شاتين بطل، بخلاف الذراع من الأرض، انتهى. (٢)

و لو يعلم وجه الفرق الا منع ظهور الكسر المشاع من لفظ العبد و الشاة. (٣)

(١) لا اشكال في صحة البيع المذكور من غير فرق بين المثال و بين بيع عبد من عبيد، و من غير فرق بين اختلاف العبيد و الأصوع في القيمة و عدمه، و من غير فرق بين العلم بعدد صيعان الصبرة و عدمه لتقدير الكسر بالصاع، و العلم بنسبته الى المجموع لا يكون معتبرا.

(٢) و عن العلامة قدس سره: الإشكال في صحة بيع عبد من عبيد أو شاء من شاتين لو قصد الإشاعة.

و غاية ما قيل فى توجيهه امران:

(٣) الأول: منع ظهور الكسر المشاع من لفظ العبد و الشاء، و الحال انه كما يعتبر فى الإنشائيات كون الإنشاء بما هو ظاهر أو صريح فى ما قصد من المعاملة، يعتبر ذكر متعلق القصد بلفظ ظاهر فيه.

و بهذا يظهر ان ما ذكره المحقق النائنى قدس سره من الجواب عن هذا الوجه بانه ليس الكلام فى مقام الإثبات كى يدعى عدم الظهور و انصراف المطلق الى بعض افراده بل فى مقام الثبوت، غير تام.

و كيف كان: فيرد عليه: انه لا دليل على اعتبار ذكر متعلق القصد فضلا عن اعتبار ذكره بلفظ ظاهر فيه، و عليه فمع العلم بارادة الكسر المشاع لا يضر عدم ظهور اللفظ فيه.

الثانى: ان العبدین أو الشاتین بما انه لا وحدة لهما حقيقة، فوحدتهما تصحيحا لبيع جزء مشاع منهما انما تكون بالاعتبار، و حيث انه لا إنشاء له غير انشاء البيع، فيلزم تكفل انشاء واحد لأمرين: تنزيل الشئين منزلة الشىء الواحد، و بيع الكسر المشاع فى المجموع.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٧٦

### الثانى: ان يراد به بعض مردد بين ما يمكن صدقه عليه

من الافراد المتصورة فى المجموع، (١) نظير تردد الفرد المنتشر بين الأفراد، و هذا يتضح فى صاع من الصيعان المتفرقة و لا إشكال فى بطلان ذلك مع اختلاف المصاديق فى القيمة، (٢)

كالعبدین المختلفین لانه غرر.

لأن المشتري لا يعلم بما يحصل فى يده منهما. و أما مع اتفاقهما فى القيمة، كما فى الصيعان المتفرقة، فالمشهور أيضا كما فى كلام بعض المنع، (٣) بل فى الرياض نسبتها الى الاصحاب.

و عن المحقق الاردبيلى قدس سره ايضا نسبة المنع عن بيع ذراع من كرباس مشاهد من غير تعيين احد طرفيه الى الاصحاب، و استدل على المنع بعضهم بالجهالة التى تبطل معها البيع اجماعا، (٤) و آخر بأن الابهام فى البيع مبطل له (٥) لا من حيث الجهالة، و يؤيده انه

حكم فى التذكرة مع منعه عن بيع احد العبدین المشاهدين المتساويين بأنه لو تلف احدهما فباع الباقي و لم يدر أيهما هو صح، خلافا لبعض العامة. (٦)

و فيه: ان اعتبار الوحدة لا يحتاج الى الإنشاء كى يلزم ذلك.

فالأظهر هى الصحة فى هذا المثال ايضا.

(١) الثانى من الوجوه المتصورة: ان يراد به بعض مردد بين ما يمكن صدقه عليه من الأفراد المتصورة فى المجموع، و هو على قسمين: احدهما: ما يكون له واقع معين و يكون مرددا عند المتبايعين.

ثانيهما: ما لا يكون معين و لو فى الواقع.

(٢) اما فى القسم الأول: فان كانت المصاديق مختلفة فى القيمة بطل البيع للغرر.

(٣) و ان كانت متفقة فيها فالمشهور بين الاصحاب هو البطلان و عن سيد الرياض نسبتها الى الاصحاب و عن غير واحد دعوى الاجماع عليه.

و قد استدل للبطلان فى المتن بوجوه.

(٤) الاول بالجهالة التى يبطل معها البيع اجماعا.

(٥) الثانى بالابهام فى البيع الذى هو مبطل له لا من حيث الجهالة.

(٦) و ايداه المصنف بما نقله فى المتن من حكم العلامة بصحة البيع فى مورد الابهام مع عدم الجهالة.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٧٧

و ثالث (١) بلزوم الغرر و رابع (٢) بأن الملك صفة وجودية محتاجة الى محل تقوم به كسائر الصفات الموجودة فى الخارج و أحدهما على سبيل البدل غير قابل لقيامه به لانه امر انتزاعى من امرين معينين و يضعف الأول بمنع المقدمتين لأن الواحد على سبيل البدل غير مجهول إذ لا تعين له فى الواقع حتى يجهل، و المنع عن بيع المجهول و لو لم يلزم غرر غير مسلم. نعم وقع فى معقد بعض الاجماع ما يظهر منه صدق كلتا المقدمتين، ففى السرائر بعد نقل الرواية التى رواها فى الخلاف على جواز بيع عبد من عبيدين قال:

ان ما اشتملت عليه الرواية مخالف لما عليه الامة بأسرها، مناف لأصول مذهب اصحابنا و فتاويهم و تصانيفهم، لأن المبيع إذا كان مجهولا كان البيع باطلا بغير خلاف انتهى، و عن الخلاف فى باب السلم: أنه لو قال اشترى منك أحد هذين العبيدين أو هؤلاء العبيد لم يصح الشراء، دليلنا انه بيع مجهول فيجب ان لا يصح و لأنه بيع غرر لاختلاف قيمتى العبيدين و لأنه لا دليل على صحة ذلك فى الشرع، و قد ذكرنا هذه المسألة فى البيوع.

و قلنا ان أصحابنا رووا جواز ذلك فى العبيدين.

فإن قلنا بذلك تبعنا فيه الرواية و لم يقس غيرهما عليهما، انتهى.

و عبارته المحكية فى باب البيوع هى: انه روى اصحابنا انه إذا اشترى عبدا من عبيدين على ان للمشتري ان يختار أيهما شاء انه جائز، و لم يرووا فى الثوبين شيئا،

ثم قال: دليلنا إجماع الفرقة. و قوله صلى الله عليه و آله المؤمنون عند شروطهم و سيأتى ايضا فى كلام فخر الدين ان عدم تشخيص المبيع من الغرر الذى موجب النهى عنه الفساد اجماعا و ظاهر هذه الكلمات صدق الجهالة، و كون مثلها قادمة اتفاقا، مع فرض عدم نص، بل قد عرفت رد الحلّى للنص المجوز بمخالفته، لإجماع الأمة. و مما ذكرنا من منع كبرى الوجه الأول يظهر حال الوجه الثانى من وجوه المنع، اعنى كون الابهام مبطلا.

(١) الثالث لزوم الغرر.

(٢) الرابع ان الملك صفة وجودية محتاجة الى محل تقوم به كسائر الصفات الموجودة فى الخارج واحدهما على سبيل البدل غير قابل لقيامها به

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٧٨

و أما الوجه الثالث فيرده منع لزوم الغرر مع فرض اتفاق الافراد فى الصفات الموجبة لاختلاف القيمة، و لذا يجوز الاسلاف فى الكلى من هذه الافراد، مع ان الانضباط فى السلم اكد. و ايضا فقد جوزوا بيع الصاع الكلى من الصبرة و لا فرق بينهما من حيث الغرر قطعا، و لذا رد فى الايضاح حمل الصاع من الصبرة على الكلى برجوعه الى عدم تعيين المبيع الموجب للغرر المفسد اجماعا و أما الرابع فبمنع احتياج صفة الملك إلى موجود خارجى فإن الكلى المبيع سلما أو حالا مملوك للمشتري و لا وجود لفرد منه فى الخارج بصفه كونه مملوكا للمشتري فالوجه ان الملكية امر اعتبارى يعتبره العرف و الشرع أو احدهما فى موارد و ليست صفة وجودية متأصلة كالحموضة و السواد. (١)

و لذا صرحوا بصحة الوصية بأحد الشئيين بل احد الشخصين و نحوهما فالانصاف كما اعترف به جماعة اولهم المحقق الاردبيلى عدم دليل معتبر على المنع،

قال فى شرح الارشاد على ما حكى عنه بعد ان حكى عن الاصحاب المنع عن بيع ذراع من كرباس من غير تقييد كونه من أى

الطرفين، قال: وفيه تأمل، إذ لم يتم دليل على اعتبار هذا المقدار من العلم، فانهما إذا تراضيا على ذراع من هذا الكرباس من أى طرف اراد المشتري أو من أى جانب كان من الأرض. فما المانع بعد العلم بذلك، انتهى.

و فى الجميع نظر.

اما الاول: فلان الجهالة غير الموجبة للغرر لا دليل على مبطلتها، والاجماع عليها ان كان ليس اجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم عليه السلام.

و أما الثانى: فلعدم الدليل على مبطلته بما هو ابهام و أما الثالث: فلما تقدم.

و أما الرابع: فلما افاده المصنف قدس سره.

(١) من ان الملكية امر اعتبارى و ليست صفة وجودية متأصلة كالسواد و أما فى القسم الثانى، فالظاهر هو البطلان لا للوجوه الاربعه المتقدمة،

بل لان المردد من حيث هو لا ماهية له و لا تحقق و هو صرف مفهوم لا مطابق له،

و الملكية و ان كانت امرا اعتباريا، الا انها هوية تعلقية و متقومة بطرفها، و يستحيل ان تحقق فى افق الاعتبار مع عدم الطرف المقوم لها، فهي لا يعقل تعلقها بالمردد.

و بعبارة اخرى: انه لا- مطابق له فى الخارج فلا ينطبق على ما فى الخارج، فلا يصح اعتبار كونه مملوكا لعدم الأثر، فيع المردد بهذا المعنى باطل.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٧٩

فالدليل هو الاجماع لو ثبت، و قد عرفت من غير واحد نسبه الى الاصحاب قال بعض الاساطين فى شرحه على القواعد، بعد حكم المصنف بصحة بيع الذراع من الثوب و الأرض الراجع الى بيع الكسر المشاع، قال: و ان قصدا معينا من عين أو كليا لا على وجه الاشاعة بطل، لحصول الغرر بالابهام فى الأول، و كونه بيع المعدوم و باختلاف الاغراض فى الثانى غالبا فيلحق به النادر، و للاجماع المنقول فيه الى ان قال: و الظاهر بعد امعان النظر و نهاية تتبع ان الغرر الشرعى لا يستلزم الغرر العرفى و بالعكس، و ارتفاع الجهالة فى الخصوصية قد لا يثمر مع حصولها فى اصل الماهية و لعل الدائرة فى الشرع اضيق و ان كان بين المصطلحين عموم و خصوص من وجهين، (١) و فهم الأصحاب مقدم لأنهم أدري بمذاق الشارع و اعلم، انتهى.

و لقد اجاد حيث التجأ الى فهم الاصحاب فيما يخالف العمومات. فرع على المشهور، من المنع لو اتفقا على انهما ارادا غير شائع لم يصح البيع لاتفاقهما على بطلانه، (٢)

(١) قوله و ان كان بين المصطلحين عموم و خصوص من وجهين تقريب كون النسبة عموما من وجه انه إذا اتحدت القيم فى المحتملات لا يكون هناك غرر عرفى و يكون الغرر شرعيا، و قد يكون الغرر العرفى موجودا و لا غرر شرعى كما فى بيع الآبق مع الضميمة- و قد يجتمعان و هو كثير و حيث ان مورد اذن الشارع فى البيع مع صدق الغرر العرفى قليل فلذا قال لعل الدائرة فى الشرع اضيق.

(٢) قوله لو اتفقا على انهما اراد غير شائع لم يصح البيع لاتفاقهما على بطلانه لا- يخفى انه بعد ان ذكر صورتين من بيع متساوية الاجزاء و نسب الى المشهور، المنع فى احدهما و الجواز فى الاخرى قال لو اتفقا على انهما اراد غير شائع، و مراده اتفقا على انهما لم يريدوا الكسر المشاع و حيث ان ارادة الكلى فى المعين مفروض عدمها فيتمحض فى ارادة الفرد المنتشر فلذا افتي بعدم صحة البيع.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٨٠

و لو اختلفا فادعى المشتري الإشاعة فيصح البيع، (١) وقال البائع أردت معينا ففى التذكرة الأقرب قبول قول المشتري عملا باصالة الصحة و أصالة عدم التعيين، انتهى.

و هذا حسن لو لم يتسالما على صيغة ظاهرة فى احد المعنيين اما معه فالمتبع هو الظاهر و اصالة الصحة لا تصرف الظواهر. و أما اصالة عدم التعيين فلم اتحققها (٢)

و ذكر بعض من قارب عصرنا انه لو فرض للكلام ظهور فى عدم الاشاعة كان حمل الفعل على الصحة قرينه صارفه و فيه نظر. (٣)

(١) قوله و لو اختلفا فادعى المشتري الاشاعة فيصح البيع أى انهما ارادا الاشاعة لا خصوص المشتري و الا فيبطل العقد لعدم التطابق بين الايجاب و القبول.

و كيف كان ففى مورد الاختلاف مقتضى اصالة الصحة البناء على صحة العقد ما لم يكن هناك لفظ ظاهر فى ارادة الفرد المنتشر و الا- فلعدم صلاحية اصالة الصحة التى هى من الاصول التعبدية لمعارضه الظهور الذى هو من الامارات يبنى على البطلان فما افاده المصنف قدس سره من تقييد الحكم بالصحة عملا باصالة الصحة بصورة عدم الظهور فى المعين هو الصحيح و اظن ان العلامة قدس سره لا يدعى الحكم بالصحة فى هذه الصورة.

(٢) قوله و أما اصالة عدم التعيين فلم اتحققها و الوجه فيه ان التعيين انما يكون فى مقابل الاشاعة و قصد احدهما يصادق الآخر فمع العلم بقصد احدهما- اصالة عدم التعيين تعارض اصالة عدم الاشاعة- نعم- لو كان التعيين عبارة عن الاشاعة متخصصة بمعين- كان قصد الاشاعة متيقنا و قصد التعيين مشكوكا فيه و كان يجرى اصالة عدم التعيين فتأمل.

(٣) قوله قدس سره و فيه نظر الظاهر ان وجه النظر ما تقدم من ان اصالة الصحة من الاصول التعبدية فلا تصلح لمقاومة الظهور الذى هو من الامارات- أو انه و ان كانت هى من الامارات الا ان طريقتها و اماريتها انما تكون فى ظرف عدم الظهور فتدبر.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ٨١

### الثالث: من وجوه بيع البعض من الكل ان يكون المبيع طبيعة كلية منحصرة المصاديق فى الأفراد المتصورة فى تلك الجملة. (١)

و الفرق بين هذا الوجه و الوجه الثانى كما حققه فى جامع المقاصد بعد التمثيل للثانى بما إذا فرق الصيعان و قال بعتك أحدها ان المبيع هناك واحد من الصيعان المتميزة المتشخصة غير معين، فيكون بيعه مشتملا على الغرر. و فى هذا الوجه امر كلى غير متشخص و لا متميز بنفسه و يتقوم بكل واحد من صيعان الصبرة و يوجد به و مثله ما لو قسم الارباع و باع ربعا منها من غير تعيين و لو باع ربعا قبل القسمة صح و تنزل على واحد منها مشاعا لأنه حينئذ امر كلى.

فإن قلت المبيع فى الاولى ايضا امر كلى قلنا: ليس كذلك بل هو واحد من تلك الصيعان المتشخصة مبهم بحسب صورة العبارة فيشبه الأمر الكلى و بحسب الواقع جزئى غير معين و لا معلوم و المقتضى لهذا المعنى هو تفريق الصيعان و جعل كل واحد منها برأسه فصار اطلاق احدها منزلا على شخص غير معلوم فصار كبيع إحدى الشياء و أحد العبيد، و لو قال بعتك صاعا من هذه شائعا فى جملتها لحكمتنا بالصحة، انتهى.

(١) الثالث من الوجوه المتصورة: ان يكون المبيع هو الكلى فى المعين و الكلام فيه يقع فى جهتين.

الأولى: فى تصويره.

الثانية: فى حكمه.

اما الأولى: فليس المراد به الكلى الذمى المقيد بالوفاء من الصبرة المعينة بحيث ينحل العقد عليه الى العقد على الكلى الذمى و اشتراط

وفائه و ادائه من الصبره الخاصه،

فان لازم ذلك انه لو تلفت الصبره يكون المبيع باقيا مع ثبوت الخيار لتعذر الشرط، مع ان الحكم فى الكلى فى المعين انه لو تلفت الصبره يكون ذلك فى حكم تلف المبيع و موجبا لانفساخ العقد.

مع ان لازمه جواز نقل الصبره باجمعها الى الغير، و لا يلتزمون به فى الكلى فى المعين.

و ايضا لازمه جواز اداء المبيع من غير الصبره، غاية الامر ثبت خيار تخلف الشرط

منهاج الفقاهه (للروحانى)، ج ٥، ص: ٨٢

و حاصله ان البيع مع التريديد جزئى حقيقى فيمتاز عن المبيع الكلى الصادق على الافراد المتصوره فى تلك الجملة. (١)

و فى الايضاح ان الفرق بينهما هو الفرق بين الكلى المقيد بالوحده و بين الفرد المنشر، ثم الظاهر صحة بيع الكلى بهذا المعنى، كما هو صريح جماعه منهم: الشيخ و الشهيدان و المحقق الثانى و غيرهم. بل الظاهر عدم الخلاف فيه و ان اختلفوا فى تنزيل الصاع من الصبره على الكلى أو الاشاعه، لكن يظهر مما عن الايضاح وجود الخلاف فى صحة بيع الكلى، و ان منشأ القول بالتنزيل على الاشاعه هو بطلان بيع الكلى بهذا المعنى، و الكلى الذى يجوز بيعه هو ما يكون فى الذمه، قال فى الايضاح فى ترجيح التنزيل على الاشاعه: انه لو لم يكن مشاعا لكان غير معين، فلا يكون معلوم العين و هو الغرر الذى يدل النهى عنه على الفساد اجماعا، و لأن احدهما بعينه لو وقع البيع عليه ترجيح من غير مرجح و لا بعينه هو المبهم و ابهام المبيع مبطل، انتهى.

للمشترى، و لا يلتزمون به فى المقام.

كما انه ليس المراد به الكلى الموجود خارجا فى الصبره، فان وجود الكلى بوجود افراده، فمع تعدد الافراد اما ان يقع العقد على احدها المعين، أو غير المعين، أو على جميع الوجودات، و لا رابع ليكون هو الكلى فى المعين، و صرف الوجود بمعنى ما لا يشذ عنه وجود لا يعقل انطباقه على الوجودات المحدوده، و بمعنى الناقض للعدم ليس له مصداق حقيقه، فان كل وجود بديل عدم نفسه، بل المراد به هو الكلى المقيد بالصبره الخارجيه.

و الظاهر ان هذا هو مراد المصنف قدس سره حيث قال.

(١) فيمتاز عن المبيع الكلى الصادق على الافراد المتصوره فى تلك الجملة توضيح ذلك: ان الكلى كما يمكن تقييده بكلى آخر، و يكون القيد و المقيد كليا ثالثا اضيق من الأولين كالحنطه المقيده بان تكون من محل مخصوص و بلد خاص، فيكون المجموع كليا ينحصر افراده فى الموجود الخارجى.

منهاج الفقاهه (للروحانى)، ج ٥، ص: ٨٣

و تبعه بعض المعاصرين مستندا تاره الى ما فى الايضاح من لزوم الابهام و الغرر، (١) و اخرى الى عدم معهوديه ملك الكلى فى غير الذمه لا على وجه الاشاعه. (٢)

و ثالثه: باتفاقهم على تنزيل الارطال المستثناه من بيع الثمره على الاشاعه. (٣) و يرد الاول ما عرفت من منع الغرر فى بيع الفرد المنتشر، فكيف نسلم فى الكلى و الثانى بأنه معهود فى الوصيه و الاصداق، مع انه لم يفهم مراده من المعهوديه فى مورد، فإن انواع الملك بل كل جنس لا يعهد تحقق احدها فى مورد الآخر الا ان يراد منه عدم وجود مورد يقينى حكم فيه الشارع بملكيه الكلى المشترك بين افراد موجوده، فيكفى فى رده النقض بالوصيه و شبهها. هذا كله مضافا الى صحيحه الاطنان الآتية فإن موردها اما بيع الفرد المنتشر و أما بيع الكلى فى الخارج.

و أما الثالث: فسيأتى الكلام فيه انشاء الله تعالى.

و أما الثانية: فقد استدل لفساد البيع في هذه الصورة.

(١) بلزوم الغرر و بالجهالة،

(٢) و بانه لم يعهد ملك الكلى في غير الذمة.

(٣) و باتفاقهم على تنزيل الأبطال المستثناء من بيع الثمرة على الإشاعة.

و لكن يمكن دفع الجميع،

اما الأول: فلعدم لزومه مع تساوى الأفراد من حيث القيمة.

و أما الثاني: فلما تقدم من عدم مانعية الجهل من حيث هو، مع انه لا جهالة هناك،

فان المبيع كلى و معلوم.

و أما الثالث: فلأن عدم المعهودية ممنوع، كيف و هو معهود في الوصية و الإصداق، مع ان عدم المعهودية لا يصلح دليلاً للمنع.

و أما الرابع: فلأن حمل الكلام على معنى لظهوره فيه أو للتعبد لا يستدعى بطلان غيره لو صرح بارادته.

و بعبارة اخرى: انه يدل على الحمل على الإشاعة إذا لم يحرز المراد، و محل الكلام ما لو احرز ان المراد هو الكلى في المعين،

فالأظهر صحته.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٨٤

**مسألة: لو باع صاعاً من صبرة فهل ينزل على الوجه الأول من الوجود الثلاثة المتقدمة اعنى الكسر المشاع أو على الوجه الثالث و هو الكلى**

**(١)**

**إشارة**

بناء على المشهور من صحته و جهان: بل قولان حكى، ثانيهما عن الشيخ و الشهيد و المحقق الثاني و جماعة. و استدل له في جامع

المقاصد بأنه السابق الى الفهم و برواية يزيد بن معاوية عن أبي عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى عن رجل عشرة آلاف طن من

أنبار بعضه على بعض من اجمه واحدة، و الانبار فيه ثلاثون الف طن، فقال البائع: قد بعثك من هذا القصب عشرة آلاف طن، فقال

المشترى: قد قبلت و اشترت و رضيت

إذا باع صاعاً من صبرة

(١) السادس: لو باع صاعاً من صبرة، فهل ينزل على الوجه الأول من الوجوه الثلاثة، اعنى الكسر المشاع، أو الوجه الثالث- اى الكلى

في المعين- بناء على صحته و جهان.

و لا- يخفى انه لا- فرق في هذه المسألة بين ما لو كان هناك قصد معين و اريد تعيينه بظاهر اللفظ، و بين ما لو لم يكن قاصدا الا

لمفهوم هذا اللفظ.

ثم انه و ان كانت الوجوه المتصورة من بيع بعض من متساوية الأجزاء اربعة، الا انه حيث تكون النكرة و الفرد المنتشر ماخوذة فيهما

خصوصية من الخصوصيات زيادة على وجود الطبيعي فتحتاج ارادة احدهما الى قرينة و دال آخر، و مع فقد ذلك لا محالة يدور الأمر

بين ارادة الكسر المشاع، أو الكلى في المعين.

اللهم الا ان يقال: ان المصنف قدس سره يدعى ان مقتضى الوضع هو الفرد المنتشر، لكن ستعرف عدم تماميته،



و أما بناء على مسلك الشيخ قدس سره فلعل وجه حصره الوجوه في الوجهين ما ذكره من ان احتمال ارادة المنتشر يدفع باصالة الصحة.

و كيف كان: فالكلام يقع اولاً فيما يقتضيه النص الخاص ثم فيما يستفاد من اللفظ بحسب الظهور و أما النص و هو صحيح بريد «١» المذكور في المتن

(١) الوسائل - باب ١٩ - من ابواب عقد البيع و شروطه حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٨٥

فاعطاه المشتري من ثمنه الف درهم و وكل من يقبضه، فاصبحوا و قد وقع في القصب نار فاحترق منه عشرون الف طن و بقي عشرة آلاف طن، فقال عليه السلام العشرة آلاف طن التي بقيت هي للمشتري و العشرون التي احترقت من مال البائع، و يمكن دفع الأول بأن مقتضى الوضع في قوله صاعاً من صبرة هو الفرد المنتشر الذي عرفت سابقاً أن المشهور، بل الإجماع على بطلانه و مقتضى المعنى العرفي هو المقدار المقدر بصاع، و ظاهره حينئذ الاشاعة لأن المقدار المذكور من مجموع الصبرة مشاع فيه. و أما الرواية فهي أيضاً ظاهرة في الفرد المنتشر كما اعترف به في الرياض، لكن الانصاف ان العرف يعاملون في البيع المذكور، معاملة الكلي، فيجعلون الخيار في التعيين الى البائع و هذه اماره فهمهم الكلي (١)

و أما الرواية فلو فرضنا ظهورها في الفرد المنتشر، فلا بأس بحملها على الكلي لأجل القرينة الخارجية، و تدل على عدم الاشاعة من حيث الحكم ببقاء المقدار المبيع، و كونه مالاً للمشتري، فالقول الثاني لا يخلو من قوة، بل لم نظفر بمن جزم بالأول و ان حكاها في الايضاح قولاً ثم انه يتفرع على المختار من كون المبيع كلياً امور:

فهو يشهد بالحمل على الكلي في المعين، فانه لو كان المبيع كسراً مشاعاً كان الباقي مشتركاً بين البائع و المشتري، غاية الأمر كان يفسخ البيع بالنسبة الى المقدار التالف،  
فالحكم بكون الباقي للمشتري خاصة آية الحمل على الكلي في المعين.  
لا يقال: انه يلائم مع الفرد المنتشر ايضاً.

فانه يقال: انه بعد ما عرفت من بطلان بيع الفرد المنتشر و عدم امكان تصحيحه و لو بالتعبد، يتعين حمل الخبر على الكلي في المعين.  
(١) و أما الثاني فالمشهور بين الاصحاب الحمل على الكلي في المعين توضيح المقام: ان الصاع كسائر الفاظ اسماء الأجناس موضوع لطبيعي المعنى، و هو المقدار الخاص مع قطع النظر عن جميع الخصوصيات، و تنوينه اما ان يكون تنويناً للتمكن و مجرد انحفاظ المادة في ضمن حركة اعرابية، أو يكون للتكثير. و على الأول لا يزيد على الطبيعي شيء  
منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٨٦

احدها: كون التخيير في تعيينه بيد البائع، (١) لأن المفروض ان المشتري لم يملك الا-الطبيعة المعراة عن التشخيص الخاص، فلا يستحق على البائع خصوصية،

فإذا طالب بخصوصية زائدة على الطبيعة فقد طالب بما ليس حقاً له، و هذا جار في كل من ملك كلياً في الذمة أو في الخارج، فليس لمالكة اقتراح الخصوصية على من عليه الكلي، و لذا كان اختيار التعيين بيد الوارث إذا اوصى الميت لرجل بواحد من متعدد يملكه الميت كعبد من عبيده و نحو ذلك

و الثاني و ان كان يتوهم ظهوره في الفرد المنتشر كما في المكاسب حيث ادعى المصنف قدس سره ظهوره في ارادة الفرد المنتشر،



إذ لا وجه له سوى ذلك- الا انه يمكن ان يقال:

ان المراد به مجرد عدم التعيين لا النكرة المصطلحة.

و أما كلمة من فهي للتبعض، فمفاد هذه الجملة ارادة صاع من الحنطة غير المتعين من جهة الا- من جهة كونه بعضا من الصبرة الموجودة في الخارج، فظاهرها هو الكلي المتقيد بالموجود الخارجى المشتمل على افراد خارجية، و قد عرفت ان هذا هو الكلي في المعين.

و بعبارة اخرى: ان ظاهرها ارادة صاع من الحنطة الذى هو بعض من مجموع هذه الصبرة الموجودة في الخارج، و هذا هو الكلي في المعين، إذ الكسر المشاع بعض من الجميع لا المجموع.

مضافا الى ان ارادة الكسر المشاع تخالف الظاهر من وجه آخر و هو اخذ الصاع مرآة و طريقا و معرفا للعشر أو الثمن أو نحو ذلك. و هذا بخلاف حملة على الكلي في المعين، فانه يكون الصاع بنفسه و عنوانه مبيعا.

هذا كله بناء على مسلك المشهور في الكسر المشاع، و أما بناء على ان الكسر المشاع عبارة عن ملكية تمام المال بالملكية الناقصة- كما عرفت في مسألة بيع نصف الدار- فحمل العبارة المذكورة على الكلي في المعين في غاية الوضوح كما لا يخفى.

### ثمرات كون المبيع كليا في المعين أو مشاعا

و يتفرع على المختار من كون المبيع كليا امور:

(١) احدها كون التخيير في تعيينه بيد البائع كما هو المشهور بين الأصحاب

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٨٧

إلا انه قد جزم المحقق القمى في غير موضوع من أجوبة مسائله بأن الاختيار في التعيين بيد المشتري (١) و لم يعلم له وجه مصحح فيا ليته قاس ذلك على طلب الطبيعة حيث ان الطالب لما ملك الطبيعة على المأمور و استحقتها منه، لم يجز له بحكم العقل مطالبة خصوصية دون اخرى، و كذلك مسألة التملك كما لا يخفى، و أما على الاشاعة فلا اختيار لاحدهما لحصول الشركة، فيحتاج القسمة الى التراضى.

و منها انه لو تلف بعض الجملة و بقى مصداق الطبيعة انحصر حق المشتري فيه، (٢) لأن كل فرد من افراد الطبيعة و ان كان قابلا لتعلق ملكه به بخصوصه الا- انه يتوقف على تعيين مالك المجموع و اقباضه، فكلما تلف قبل اقباضه خرج عن قابلية ملكيته للمشتري فعلا فينحصر في الموجود

(١) و خالف القوم المحقق القمى قدس سره، و ذهب الى ان التخيير في تعيينه بيد المشتري.

و الظاهر ان منشأ مخالفته للقوم قياسه تملك الكلي في المعين بالأمر بالطبيعة و المشتري بالمأمور، فكما ان هناك يكون التخيير في تعيين الفرد بيد المأمور، كذلك التخيير فيه في المقام انما يكون بيد المشتري.

و فيه: ان الأمر بامر به يصير مالكا لفرد من الطبيعى على المأمور، و فى المقام يصير المشتري مالكا على البائع، فكان الحرى قياس المشتري فى المقام بالأمر هناك، فكما انه ليس اختيار الفرد هناك بيد الأمر، كذلك هنا ليس بيد المشتري.

و بالجملة: إذا كان البائع مملكا للكلي فى المعين يصير المشتري مالكا للطبيعى دون الخصوصيات، فليس له حق فى الخصوصيات ليعين بعضا منها لنفسه، فلا محالة يكون الخيار بيد البائع. و هذا بخلافه على الإشاعة، فان المال يكون مشتركا بينهما، فليس لأحدهما التعيين الا مع رضا الآخر.

(٢) و منها: انه لو تلف بعض الجملة و بقي مصداق الطبيعة انحصر حق المشتري فيه و الوجه في ذلك: انه مع بقاء مصداق واحد للكلي لا يكون الكلي تالفاً، بل هو موجود، و حيث انه لا تعدد لمصداقه لا محالة يكون حق المشتري منحصرافيه، و يكون منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٨٨

و هذا بخلاف المشاع فإن ملك المشتري فعلا ثابت في كل جزء من المال من دون حاجة الى اختيار و اقباض، فكلما يتلف من المال فقد تلف من المشتري جزء بنسبة حصته.

و منها أنه لو فرضنا ان البائع بعد ما باع صاعا من الجملة باع من شخص آخر صاعا كليا آخر. فالظاهر انه إذا بقي صاع واحد كان للأول، (١) لأن الكلي المبيع ثانيا، انما هو سار في مال البائع، و هو ما عدا الصاع من الصبرة، فإذا تلف ما عدا الصاع فقد تلف جميع ما كان الكلي فيه ساريا، فقد تلف المبيع الثاني قبل القبض (٢) و هذا بخلاف ما لو قلنا بالاشاعة،

نظير ما لو امر بطبيعة و انحصر مصداقها في فرد واحد، فانه يتعين كونه مأمورا به.

و هذا بخلافه على الاشاعة، فان كل ما تلف يكون مشتركا بينهما، و كذلك الباقي.

و منها: انه لو فرضنا ان البائع بعد ما باع صاعا من الجملة باع من شخص آخر صاعا كليا ففي المتن.

(١) انه إذا بقي صاع واحد كان للأول.

و قد ذكروا في وجه تعيين الصاع الباقي للمشتري الأول و يكون المبيع بالنسبة الى الثاني من قبيل ما تلف قبل قبضه امرين:

(٢) الأول: ما افاده المصنف قدس سره. و حاصله: ان البائع بعد ما باع صاعا من الصبرة- التي هي عشرة اصوع- يكون مالكا لتسعة اصوع، فالمبيع الثاني يكون ساريا فيما يملكه البائع، فإذا تلف ما عدا الصاع فقد تلف جميع ما كان الكلي ساريا فيه، فقد تلف المبيع الثاني قبل القبض.

و فيه: ان تسعة اصوع للمالك بعد البيع الأول لا- تميز لها واقعا كى يكون سريان الصاع المبيع ثانيا فيها. و بعبارة اخرى: كل من المبيعين يكون كليا قابلا- للانطباق على كل فرد من افراد الصبرة، و ما دام لم يتلف ما عدا الصاع الواحد يكون كل منهما على حد سواء في التطبيق على كل فرد منها، و لا- امتياز لأحدهما على الآخر، فبعد التلف ايضا تكون هذه النسبة باقية. و ان شئت قلت: ان الأولية انما تكون في المبيع و هو الكلي لا في التطبيق على الفرد

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٨٩

ثم اعلم ان المبيع انما يبقى كليا ما لم يقبض. و أما إذا قبض (١) فإن قبض منفردا عما عداه كان مختصا بالمشتري، (٢) و ان قبض في ضمن الباقي بأن اقبضه البائع مجموع الصبرة فيكون بعضه و فاء و الباقي امانة حصلت الشركة لحصول ماله في يده و عدم توفقه على تعيين و اقباض، حتى يخرج التالف عن قابلية تملك المشتري له فعلا و ينحصر حقه في الباقي فحينئذ حساب التالف على البائع دون المشتري ترجيح بلا مرجح فيحسب عليهما (٣)

الثاني: ما افاده المحقق النائيني قدس سره، و هو: انه إذا لم يبق الا مقدار حق أحد المشتريين فحيث ان المشتري الأول سابق على الثاني في المعاملة، فهو سابق في صرف الطبيعي الى نفسه، و جره الى ملكه و جعله منطبقا على الصاع الباقي و يزاحم الآخر في صرف الوجود من الطبيعي.

و فيه: انه إذا كان هناك تزاحم في بادئ الأمر كان ما ذكر متينا- كما لو فرضنا انه لم يكن له الا صاع من الصبرة- و أما إذا لم يكن التزاحم الا بقاء فمن حين حدوث التزاحم لا أولوية لأحدهما على الآخر، إذ التقدم يكون في الحدوث، و في ذلك الحين لم يكن تزاحم،

و عليه فالأظهر انه لا ترجيح لأحدهما على الآخر، فالباقي بما ان نسبته اليهما على حد سواء فيحكم بان لكل منهما نصفاً منه، و بالنسبة الى النصف الآخر يكون من قبيل تلف المبيع قبل القبض.

(١) ثم المبيع انما يبقى كلياً ما لم يقبض: و أما ان قبض فلاقباضه صور اربع الأولى: ان يعين الكلي في فرد و يقبضه المشتري.

الثانية: ان يقبضه المجموع بعد تعيين الكلي المبيع في الكسر المشاع.

الثالثة: ان يقبضه المجموع، بان يكون كل واحد منها وفاء و الكليات الاخر امانة.

الرابعة: ان يقبضه المجموع بعنوان الأمانة حتى يعين حصه الكلي فيما بعد.

(٢) لا اشكال و لا كلام في الصورة الأولى، فانه لو تلف المقبوض يحسب على المشتري.

(٣) كما لا إشكال في انه يحسب التالف عليهما في الصورة الثانية

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٩٠

و الحاصل ان كل جزء معين قبل الاقباض قابل لكونه كلاً أو بعضاً ملكاً فعلياً للمشتري، و الملك الفعلي له حينئذ هو الكلي السارى فالتالف المعين غير قابل لكون جزئه محسوباً على المشتري، لأن تملكه لمعين موقوف على اختيار البائع و اقباضه فيحسب على البائع بخلاف التالف بعد الاقباض، فإن تملك المشتري لمقدار منه حاصل فعلاً لتحقق الاقباض، فنسبه كل جزء معين من الجملة الى كل من البائع و المشتري على حد سواء. نعم لو لم يكن اقباض البائع للمجموع على وجه الايفاء بل على وجه التوكيل في التعيين أو على وجه الامانة، حتى يعين البائع بعد ذلك كان حكمه حكم ما قبل القبض، (١) هذا كله مما لا إشكال فيه، و انما الاشكال في انهم ذكروا فيما لو باع ثمرة شجرات، و استثنى منها اربطالاً معلومة، انه لو خاست الثمرة سقطت من المستثنى بحسابه. (٢) و ظاهر ذلك تنزيل الارطال المستثناة على الاشاعة، و لذا قال في الدروس:

و بعبارة اخرى: لا ينبغي التوقف في حكم الصورة الثانية، و انه يحسب التالف عليهما بالنسبة، لأن التعيين بيد البائع، من غير فرق بين ان يكون بنحو الإفراز أو الإشاعة.

(١) و أما الصورة الثالثة: فان تلف المجموع يكون من التلف بعد القبض، و أما ان تلف البعض فلا وجه لحساب التالف عليهما، فان المبيع بعد القبض على كليته من دون ان يكون متعيناً في فرد بنحو الإفراز أو الإشاعة، فإذا كان الباقي بمقدار المبيع فلا يكون المبيع الكلي تالفاً لقابلية تطبيقه على هذا الفرد.

و أما الصورة الرابعة: فبالنسبة الى التعيين حكمها حكم الصورة السابقة.

و أما بالنسبة الى الإقباض الذي اثره انه لو تلف المجموع يكون من التلف بعد القبض، فالظاهر ايضاً اتحاد حكمها مع الصورة السابقة، إذ لا يعقل ان يكون مال الشخص امانة عنده، فلا محالة يكون اقباضاً.

### الفرق بين الاستثناء و البيع

(٢) قوله و انما الاشكال في انهم ذكروا فيما لو باع ثمرة شجرات ... سقطت من المستثنى بحسابه

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٩١

ان في هذا الحكم دلالة على تنزيل الصاع من الصبرة على الاشاعة، و حينئذ يقع الاشكال في الفرق بين المسألتين حيث ان مسألة الاستثناء ظاهرهم الاتفاق على تنزيلها على الإشاعة، و المشهور هنا التنزيل على الكلي و هو ما تقدم من الصحيحة المتقدمة، و فيه ان النص ان استفيد منه حكم القاعدة لزم التعدى عن مورده الى مسألة الاستثناء أو بيان الفارق و خروجها عن القاعدة، و ان اقتصر على مورده لم يتعد الى غير مورده حتى في البيع، الا بعد ابداء الفرق بين موارد التعدى و بين مسألة الاستثناء.

و بالجمله فالنص بنفسه لا يصلح فارقا مع البناء على التعدى عن مورده الشخصى و اضعف من ذلك الفرق بقيام الاجماع على الاشاعة فى مسألة الاستثناء لأننا نقطع بعدم استناد المجمعين فيها الى توقيف بالخصوص و اضعف من هذين الفرق بين مسألة الاستثناء و مسألة الزكاه و غيرهما مما يحمل الكلى فيها على الاشاعة و بين البيع باعتبار القبض فى لزوم البيع و ايجابه على البائع فمع وجود فرد يتحقق فيه البيع يجب دفعه إلى المشتري إذ هو شبه الكلى فى الذمه

محصل الإشكال: ان الأصحاب فى مسألة استثناء الأبطال افتوا بانه لو تلفت الثمرة سقطت من المستثنى بحسابه، و لازم ذلك الحمل على الإشاعة، و حينئذ يقع الإشكال فى الفرق بين المسألتين، حيث ان ظاهرهم فى مسألة الأبطال الحمل على الاشاعة، و فى المقام الحمل على الكلى فى المعين، و ايضا فان لهم فى مسألة الأبطال فتويين لا تلائمان مع الإشاعة: احدهما: انه لو تلف البعض بتفريط المشتري كان حصه البائع فى الباقي. ثانيهما: استقلال المشتري فى التصرف.

و قد ذكروا فى مقام الفرق وجوها، و قد ذكر المصنف قدس سره جملة منها مع ما يرد عليها فلا حاجة الى الإعادة و التوضيح و منها: ما افاده المصنف قدس سره فى آخر كلامه، و حاصله: ان المستثنى كما يكون كليا، منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٩٢

و فيه مع ان ايجاب القبض متحقق فى مسألتى الزكاه و الاستثناء ان ايجاب القبض على البائع يتوقف على بقائه إذ مع عدم بقائه كلا أو بعضا يفسخ البيع فى التالف و الحكم بالبقاء يتوقف على نفي الاشاعة، فنفي الاشاعة بوجود الاقباض لا يخلو عن مصادره، كما لا يخفى. و أما مدخليه القبض فى اللزوم فلا دخل له اصلا فى الفرق و مثله فى الضعف لو لم يكن عينه ما فى مفتاح الكرامة من الفرق بأن التلف من الصبره قبل القبض فيلزم على البائع تسليم المبيع منها و ان بقى قدره، فلا ينقص المبيع لأجله بخلاف الاستثناء، فإن التلف فيه بعد القبض و المستثنى بيد المشتري امانة على الاشاعة بينهما فيوزع الناقص عليهما. و لهذا لم يحكم بضممان المشتري هنا بخلاف البائع هناك، انتهى.

و فيه مع ما عرفت من ان التلف من الصبره قبل القبض إنما يوجب تسليم تمام المبيع من الباقي بعد ثبوت عدم الإشاعة، فكيف يثبت به، انه ان أريد من كون التلف

كذلك يكون عنوان المستثنى منه الذى انتقل الى المشتري كليا، بمعنى انه ملحوظ بعنوان كلى يقع عليه البيع، فكل منهما مال كلكلى، و نسبة الموجود الى كل منهما على حد سواء، فتخصيص احدهما به ترجيح بلا مرجح، فتكون نسبة التالف اليهما على حد سواء فيحسب عليهما.

و أما فى البيع، فان المبيع و ان كان كليا الا ان مال البائع لم يلاحظ بعنوان كلى. و فيه: اولاً: ان الخصوصيات اما ان تكون باقية على ملك البائع فى مسألة الاستثناء، أو تكون داخله فى ملك المشتري. فعلى الأول: حكم المشتري فى المقام حكمه فى تلك المسألة فلا وجه لحساب التالف عليه و على الثانى كان حكم المشتري هناك حكم البائع فى المقام فلا وجه لحساب التالف على البائع. و ثانياً: ان ظاهر بيع المجموع الا مقداراً منها بيع الموجود الخارجى لا الكلى.

و ثالثاً: انه لا يرتفع بذلك اشكال استقلال المشتري فى التصرف، كما لا يرتفع به اشكال انه لو تلف بتفريط المشتري كان حصه البائع فى الباقي كما لا يخفى.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٩٣

في مسألة الاستثناء بعد القبض انه بعد قبض المشتري، ففيه انه موجب لخروج البائع عن ضمان ما يتلف من مال المشتري و لا كلام فيه و لا إشكال و انما الاشكال في الفرق بين المشتري في مسألة الصاع و البائع في مسألة الاستثناء حيث ان كلا منهما يستحق مقدارا من المجموع لم يقبضه مستحقه فكيف يحسب نقص التالف على احدهما دون الآخر مع اشتراكهما في عدم قبض حقهما الكلي و ان آريد من كون التلف بعد القبض ان الكلي الذي يستحقه البائع قد كان في يده بعد العقد فحصل الاشتراك فإذا دفع الكل الى المشتري فقد دفع مالا- مشتركا فهو نظير ما إذا دفع البائع مجموع الصبرة الى المشتري، فالاشتراك كان قبل القبض، ففيه ان الأشكال بحاله إذ يبقى سؤال الفرق بين قوله: بعتك صاعا من هذه الصبرة و بين قوله بعتك هذه الصبرة أو هذه الثمرة إلا صاعا منها، و ما الموجب للاشتراك في الثاني دون الأول؟

مع كون مقتضى الكلي عدم تعيين فرد منه أو جزء منه لمالكه، إلا بعد إقباض مالك الكل الذي هو المشتري في مسألة الاستثناء، فإن كون الكل بيد البائع المالك للكلي لا يوجب الاشتراك هذا مع انه لم يعلم من الأصحاب في مسألة الاستثناء الحكم بعد

ومنها: ما افاده المحقق النائيني قدس سره، و هو: ان المبيع في بيع الصاع كلي و لا يملك المشتري من الخصوصيات شيئا، فما دام يكون صاع من الصبرة موجودا لا وجه لحساب التالف عليه، و المبيع في مسألة الاستثناء ايضا و ان كان كليا الا ان البائع يملك الكلي مع الخصوصية، فاحتساب التالف على المشتري لا وجه له، بل يحسب عليهما، و مقتضى استحقاقه الكلي ان يستحق الباقي لو اتلف المشتري مقدارا من الثمرة، لأن حقه لم يكن مشاعا في مال المشتري حتى يستحق القيمة، و على هذا يرتفع اشكال جواز تصرف المشتري في الثمرة بلا رضا من البائع، لأنه لم يكن شريكا معه بعنوان الإشاعة.

وفيه: ان البائع ان كان مالكا لجميع الخصوصيات كان المشتري كالمشتري في مسألة شراء الصاع لا وجه لحساب التالف عليه، و ان ملك بعض الخصوصيات بنحو الإشاعة عاد سؤال الفرق، و ان ملك بعضها بنحو الفرد المنتشر بطل البيع كما تقدم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٩٤

العقد بالاشتراك و عدم جواز تصرف المشتري الا باذن البائع كما يشعر به فتوى جماعة منهم الشهيدان و المحقق الثاني بانه لو فرط المشتري وجب اداء المستثنى من الباقي و يمكن ان يقال ان بناء المشهور في مسألة استثناء الارطال ان كان على عدم الاشاعة قبل التلف و اختصاص الاشتراك بالتالف دون الموجود كما ينبى عنه فتوى جماعة منهم بانه لو كان تلف البعض بتفريط المشتري كان حصه البائع في الباقي و يؤيده استمرار السيرة في صورة استثناء الارطال المعلومه من الثمرة على استقلال المشتري في التصرف و عدم المعاملة مع البائع معاملة الشركاء،

فالمسألان مشتركتان في التنزيل على الكلي و لا- فرق بينهما الا في بعض ثمرات التنزيل على الكل و هو حساب التالف عليهما، و لا يحضرني وجه واضح لهذا الفرق الا دعوى ان المتبادر من الكلي المستثنى هو الكلي الشائع فيما يسلم للمشتري لا مطلق الموجود وقت البيع، و ان كان بنائهم على الاشاعة من اول الأمر امكن ان يكون الوجه في ذلك ان المستثنى كما يكون ظاهرا في الكلي كذلك

ومنها: ما افاده المحقق الأصفهاني قدس سره و حاصله: ان ظهور الصاع في بيع الصاع من الصبرة في الكلي في المعين لا مزاحم له، و ظهوره فيه في مسألة الاستثناء مزاحم مع ظهور الاستثناء في كونه متصلا لا منقطعا، و هو اقوى فلا محالة يكون المستثنى جزئيا اخرج من الجزئيات،

و حيث ان الجزئي المفروز اما مجهول أو مردد، و الأول باطل و الثاني محال، فلا بد من حمله على الجزئي بجزئية منشأ انتزاعه و هو الكسر المشاع.

وفيه: - مضافا الى انه بهذا لا يرتفع اشكال استقلال المشتري في التصرف، وانه لو تلف المجموع بتفريط من المشتري كان حصة البائع في الباقي - ان استثناء الكلي من المجموع ليس استثناء منقطعاً بل يكون متصلاً: لأن الاستثناء المتصل هو ما لو اخرج شيء لو لم يكن استثناء كان داخلاً في المستثنى منه، وفي المقام كذلك.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٩٥

يكون عنوان المستثنى منه الذي انتقل إلى المشتري بالبيع كليا، بمعنى انه ملحوظ بعنوان كلي يقع عليه البيع فمعنى بعثك هذه الصبره الا- صاعا منها بعثك الكلي الخارجي الذي هو المجموع المخرج عنه الصاع، فهو كلي كنفس الصاع فكل منهما مالك لعنوان كلي، فالموجود مشترك بينهما لأن نسبة كل جزء منه الى كل منهما على نهج سواء، فتخصيص احدهما به ترجيح من غير مرجح، وكذا التالف نسبته إليهما على السواء فيحسب عليهما، وهذا بخلاف ما إذا كان المبيع كليا، فإن مال البائع ليس ملحوظا بعنوان كلي في قولنا بعثك صاعا من هذه الصبره، إذ لم يقع موضوع الحكم في هذا الكلام حتى يلحظ بعنوان كلي كنفس الصاع.

فإن قلت: ان مال البائع بعد بيع الصاع ليس جزئياً حقيقياً في الخارج فيكون كليا كنفس الصاع، قلت: نعم، ولكن ملكية البائع له ليس بعنوان كلي حتى يبقى ما بقي ذلك العنوان ليكون الباقي بعد تلف البعض مصداقاً لهذا العنوان و عنوان الصاع على نهج سواء ليلزم من تخصيصه باحدهما الترجيح من غير مرجح فيجىء الاشتراك، فإذا لم

فالحق ان يقال: ان المستثنى في مسألة الأبطال ايضاً كلي، ولذا يكون المشتري مستقلاً في التصرف، ولكن حيث انه لا إشكال عند العرف في انه لو تلف المجموع الا مقدار المستثنى ليس ذلك للبائع خاصة، يستكشف من ذلك ان المستثنى هو الكلي ذو مراتب، ويكون الاستثناء في قوة استثنائات عديدة متنازلة شيئاً فشيئاً، فمجموع الأبطال تكون مستثناء مع بقاء مجموع الثمرة، و شيء منها نسبته الى الباقي نسبة المجموع الى المجموع مع تلف شيء منه، و عدم الاستثناء مع تلف الجميع.

وبعبارة اخرى: ان المستثنى هو الكلي المتقدر بالكسر المشاع كعنوان العشر مثلاً، فكلما تلف يحسب عليهما لا محالة، و مع ذلك يستقل المشتري بالتصرف، ولا يلزم من ذلك غرر، فان المستثنى متعين و هو عشر المجموع مثلاً- و أما وجه انه لو تلف البعض بتفريط المشتري كان حصة البائع في الباقي، فالظاهر انه يكون هو الشرط الضمني لبناء المتعاملين على ذلك كما لا يخفى.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٩٦

فإذا لم يبق الا صاع كان الموجود مصداقاً لعنوان ملك المشتري فيحكم بكونه مالكا له و لا يزاحمه بقاء عنوان ملك البائع فتأمل. هذا ما خطر عاجلاً بالبال، و قد اوكلنا تحقيق هذا المقام الذي لم يبلغ إليه ذهني القاصر الى نظر الناظر البصير الخبير الماهر عفى الله عن الزلل في المعائر، قال في الروضة تبعاً للمحكي عن حواشي الشهيد: ان اقسام بيع الصبره عشرة (١) لأنها اما يكون معلومة المقدار أو مجهولة، فإن كانت معلومة صح بيعها اجمع و بيع جزء منها معلوم مشاع، و بيع مقدار كقفيز تشتمل عليه و بيعها كل قفيز بكذا (٢) لا بيع كل قفيز منها بكذا، (٣)

### اقسام بيع الصبره

(١) قال في محكي الروضة تبعاً للمحكي عن حواشي الشهيد: ان اقسام بيع الصبره عشرة.

(٢) لا يخفى انه إذا كانت الصبره معلومة المقدار صح بيعها في اربعة اقسام:

احدها: بيع جميع الصبره.



ثانيها: بيع جزء معلوم منها كالعشر.

ثالثها: بيع صاع أو صيعان منها مع العلم باشمالها على هذا المقدار.

رابعها: بيع الصبرة جميعها كل صاع منها بكذا.

إذ المثمن في هذه الأقسام كالمثمن معلوم،

و بطل في القسم الخامس،

(٣) و هو بيع كل صاع منها بكذا،

لأن المبيع حينئذ غير معلوم فيكون البيع غرريا لصلاحية انطباق كل صاع بكذا على الواحد و الزيادة.

و عن المحقق النائيني قدس سره: انه يظهر مما افاده الشيخ في بعض كتبه من صحة الإجارة لو قال المؤجر: آجرتك الدار كل شهر

بكذا في الشهر الأول، لتضمن هذا القول اجارة هذا الشهر يقينا صحة البيع في المقام بالنسبة الى صاع واحد.

و فيه: - مضافا الى فساد المبني كما نبه هو عليه من جهة ان تردد متعلق العقد

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٩٧

و المجهولة كلها باطله (١) الا- الثالث و هو بيع مقدار معلوم يشتمل الصبرة عليه و لو لم يعلم باشمالها عليه (٢) فظاهر القواعد و

المحكى عن حواشى الشهيد و غيرها عدم الصحة و استحسنة في الروضة، ثم قال: و لو قيل بالاكتفاء بالظن باشمالها عليه كان متجها

و المحكى عن ظاهر الدروس و اللمعة: الصحة قال فيها، و ان نقصت تخير بين اخذ الموجود منها بحصة من الثمن و بين الفسخ

لتبعض الصفة و ربما يحكى عن المبسوط و الخلاف خلافه و لا يخلو عن قوة، و ان كان في تعيينه نظر، لا لتدارك الضرر «الغرر»

بالخيار لما عرفت غير مرة من ان الغرر انما يلاحظ في البيع مع قطع النظر عن الخيار الذى هو من أحكام العقد، فلا يرتفع به الغرر

الحاصل عند العقد، بل لمنع الغرر و ان قيل عدم العلم بالوجود من اعظم افراد الغرر، قلنا: نعم، إذا بنى العقد على جعل الثمن في

مقابل الموجود.

و أما إذا بنى على توزيع الثمن على مجموع المبيع الغير معلوم الوجود بتمامه فلا غرر عرفا و ربما يحتمل الصحة مراعى بتبين اشمالها

عليه.

بين الأقل و الأكثر يقتضى الجهل به- انه لو تم لما امكن البناء على الصحة في المقام،

إذ في الأصل يدعى ان اجارة الشهر الأول متيقنه، و ذلك الشهر ممتاز عما عداه.

و أما في الفرع فلا يمكن ان يقال ان بيع الصاع الواحد متيقن، فانه ان اريد به الواحد الشخصى فهو لتردده بين الأفراد لا يصح كما

تقدم، و ان اريد به الكلى فى المعين فهو غير متيقن، إذ لو اخذ المشتري تمام الصبرة لم يقع العوض فى مقابل الكلى فى المعين، بل

وقع بازاء الأشخاص الخارجية. فالأظهر هو البطلان فى هذا القسم.

(١) و أما اقسام بيع الصبرة المجهولة المقدار فلا كلام فى بطلان بيع ثلاثة اقسام منها،

و هى: بيع جميع الصبرة، و بيع جزء معين منها كالعشر، و بيع كل صاع منها بكذا.

كما لا إشكال فى صحة بيع مقدار معين منها كالصاع مع العلم باشمالها عليه، انما الكلام وقع فى موردين:

(٢) الأول: فى حكم القسم الأخير مع عدم العلم باشمال الصبرة عليه.

الثانى: فى حكم بيع جميعها كل صاع منها بكذا، الذى حكمنا فيه بالصحة فى المعلومة

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٩٨

و فيه ان الغرر ان ثبت حال البيع لم ينفع تبين الاشمال هذا، و لكن الأوفق بكلماتهم فى موارد الغرر عدم الصحة الا- مع العلم

بالاشتمال أو الظن الذي يتعارف الاعتماد عليه و لو كان من جهة استصحاب الاشتمال.  
و أما الرابع مع الجهالة و هو بيعها كل قفيز بكذا، فالمحكي عن جماعة المنع و عن ظاهر اطلاق المحكي من عبارتي المبسوط و الخلاف انه لو قال: بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم صح البيع، قال في الخلاف لأنه لا مانع منه و الاصل جوازه. (١)  
و ظاهر اطلاقه يعم صورة الجهل بالاشتمال، و عن الكفاية نفى البعد عنه إذ المبيع معلوم بالمشاهدة و الثمن مما يمكن ان يعرف بأن يكال الصبرة و يوزع الثمن على قفزاتها، (٢) قال: و له نظائر ذكر جملة منها في التذكرة و فيه نظر.

اما المورد الأول: فعن القواعد و التذكرة و حواشي الشهيد و الروضة و غيرها:

البطلان، و عن ظاهر الدروس و اللمعة: الصحة. و الأظهر هو الأول للغرر.

و غاية ما قيل في وجه الصحة و منع الغرر: ان بناء العقد على توزيع الثمن على مجموع المبيع، فكل جزء من ذلك يقابل بجزء من الثمن، فما كان من المبيع موجودا يصح البيع بالإضافة إليه، و ما لم يكن موجودا بطل بالقياس إليه و ثبت للمشتري خيار تبعض الصفة.

و فيه: انه لو سلم ارتفاع الغرر بذلك، لما كان مجديا بعد اعتبار معلومية كيل المبيع أو وزنه ان كان مكيلا أو موزونا، مع ان ارتفاع الغرر غير ثابت، فانه و ان ارتفع من حيث المالية الا انه لا يرتفع من حيث الغرض المعامل.

و بعبارة اخرى: الجهل بوجود المبيع غرر عرفا كما لا يخفى، فالأظهر هو الفساد.

(١) و أما المورد الثاني: فالمشهور على ما نسب إليهم البطلان، و عن الشيخ في الخلاف: انه لا مانع منه و الأصل جوازه، و عن الكفاية: انه غير بعيد.

(٢) و استدلل للصحة: بان المبيع معلوم بالمشاهدة، و الثمن مما يمكن ان يعرف بان يكال الصبرة و يوزع الثمن على قفزاتها.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٩٩

### مسألة: إذا شاهد عينا في زمان سابق على العقد عليها، (١)

#### إشارة

فإن اقتضت العادة تغييرها عن صفاتها السابقة الى غيرها المجهول عند المتبايعين، فلا يصح البيع الا بذكر صفات تصح بيع الغائب، لأن الرؤية القديمة غير نافعة و ان اقتضت العادة بقائها عليها، فلا إشكال في الصحة و لا خلاف أيضا إلا من بعض الشافعية و ان احتمل الامران جاز الاعتماد على أصالة عدم التغير و البناء عليها في العقد، (٢)

و فيه: ان المعلوماتية بالمشاهدة لا تكفي فيما يعتبر في صحة بيعه الكيل أو الوزن، مع انه يلزم الغرر، فالأظهر هو البطلان.

كفاية مشاهدة العين سابقا

(١) و فيما يكفي مشاهدة لصحة العقد لو شاهد عينا في زمان سابق على العقد: فلا إشكال في صحة العقد مع قضاء العادة ببقائها على ما هي عليه،

كما لا إشكال في الفساد مع قضاء العادة تغييرها عن صفاتها السابقة الى غيرها المجهول عند المتبايعين للزوم الغرر،

انما الكلام في موردين:

الأول: في انه لو اقتضت العادة التغير هل يمكن تصحيح العقد باخبار البائع أو الاشتراط في ضمن العقد ام لا؟



الثانى: فى حكم ما لو احتمل الأمران.

اما الأول: فالظاهر صحة البيع مع اخبار البائع إذا كان مؤتمنا، أو اشتراط تلك الصفات فى ضمن العقد. اما مع اخبار البائع فللنصوص «١» الواردة فى اخبار البائع بالكيل أو الوزن المتقدمة بناء على الغاء خصوصية موردها و التعدى الى سائر الخصوصيات التى يكون الجهل بها موجبا للغرر، و أما مع الاشتراط فلارتفاع الغرر به.

و أما المورد الثانى: فقد افاد المصنف قدس سره: انه.

(٢) جاز الاعتماد على اصالة عدم التغير و البناء عليها فى العقد فيكون نظير اخبار البائع بالكيل أو الوزن، لأن الأصل من الطرق التى يتعارف التعويل عليها

(١) الوسائل - باب ٥- من ابواب عقد البيع.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٠٠

فيكون نظير أخبار البائع بالكيل و الوزن، لأن الأصل من الطرق التى يتعارف التعويل عليها و لو فرضناه فى مقام لا يمكن التعويل عليها لحصول اماره على خلافه فإن بلغت قوة الظن حدا يلحقه بالقسم الأول، و هو ما اقتضى العادة تغييره لم يجز البيع و إلا جاز مع ذكر تلك الصفات لا بدونه، لأنه لا ينقص عن الغائب الموصوف الذى يجوز بيعه بصفات لم يشاهد عليها، بل يمكن القول بالصحة فى القسم الأول إذا لم يفرض كون ذكر الصفات مع اقتضاء العادة عدمها لغوا، لكن هذا كله خارج عن البيع بالرؤية القديمة،

و فيه: ان الغرر لا- يرتفع بالأصل. و ان شئت قلت: انه انما يجرى الاستصحاب فيما كان الأثر مترتبا على المتيقن و أما بالنسبة الى اثر العلم فلا يكون الاستصحاب مفيدا بالإضافة إليه: فان الاستصحاب ان جرى و حكم ببقاء الحالة السابقة مع تحقق الشرائط من اليقين السابق و الشك اللاحق و ثبوت الأثر للمتيقن تترتب عليه آثار العلم التى تكون مترتبة عليه من حيث انه موجب للجرى العملى على طبق الحالة السابقة دون غيرها و أما إذا لم يكن هناك اثر للمتيقن فلا يجرى كى يقوم مقام القطع فى تلك الآثار.

و فى المقام ان ارتفاع الغرر بما انه من آثار العلم فلا- يترتب على الاستصحاب مضافا الى انه من آثار العلم بما هو طريق لا بما انه مقتضى للجرى العملى و عليه فلا يفيد الاستصحاب فى المقام.

و لكن مع ذلك يمكن تصحيح العقد: بان ايقاع المعاملة على العين المرئية سابقا يكون له ظهور عرفى فى اشتراط وجود تلك الصفات و ليست هى من قبيل الأوصاف التى لا- دخل لها فى العقد كى لا- يكفى مجرد البناء بل هى من قبيل الأوصاف التى تقع المعاملة مبنية عليها التى هى بمنزلة الأوصاف المذكورة: و لا إشكال فى ارتفاع الغرر بذلك.

اللهم الا ان يقال ان ارتفاع الغرر من حيث المالية بذلك و ان كان لا إشكال فيه كما فى سائر موارد الاشتراط.

الا ان الغرر من حيث الغرض المعاملى لا يرتفع به. فتأمل.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٠١

و كيف كان فإذا باع أو اشترى برؤية قديمة، فانكشف التغير تخير المغبون (١)

و هو البائع، ان تغير الى صفات زادت فى ماليته و المشتري ان نقصت عن تلك الصفات لقاعدة الضرر، و لأن الصفات المبنى عليها فى حكم الصفات المشروطة (٢)

فهى من قبيل تخلف الشرط، كما اشار إليه فى نهاية الاحكام و المسالك بقولهما:

الرؤية بمثابة الشرط فى الصفات الكائنة فى المرئى فكل ما فات منها فهو بمثابة التخلف فى الشرط، انتهى.

و توهم ان الشروط إذا لم تذكر فى متن العقد لا عبرة بها، فما نحن فيه من قبيل ما لم يذكر من الشروط فى متن العقد مدفوع، بأن

الغرض من ذكر الشروط في العقد صيرورتها مأخوذة فيه حتى لا يكون العمل بالعقد بدونها وفاء بالعقد و الصفات المرئية سابقا حيث ان البيع لا يصح الا مبنيًا عليها كانت دخولها في العقد اولى من دخول الشرط المذكور على وجه الشرطية، و لذا لو لم يبين البيع عليها و لم يلاحظ وجودها في البيع كان البيع باطلا

(١) قوله و كيف كان فإذا باع أو اشترى برؤية قديمه فانكشف التغير تخير المغبون و تفصيل القول: ان صور البيع بالرؤية القديمة ثلاث:

الأولى: العلم العادي ببقاء تلك الصفات.

الثانية: اخبار البائع بها.

الثالثة: ايقاع المعاملة مبنيًا عليها.

اما في الصورة الأولى و الثانية فالأظهر صحة العقد و لزومه اما الصحة: فلما تقدم و أما لزومه: فلأنه لا موجب للخيار لا خيار الغبن: لأن ذلك الخيار مورده زيادة القيمة السوقية أو نقصها، و لا خيار الرؤية لما سيأتي من اختصاصه بما إذا اشترط الوصف، و لا خيار الشرط لعدمه، و لا غير ذلك، و هو واضح.

(٢) و أما في الصورة الثالثة: فالأظهر ثبوت خيار الشرط لما تقدم من ان الصفات المبني عليها العقد في حكم الصفات المشروطة كما افاده المصنف قدس سره.

و ما عن العلامة في نهاية الأحكام من احتمال البطلان، يمكن ان يكون مدركه احد امور:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٠٢

فالذكر اللفظي انما يحتاج إليه في شروط خارجة لا يجب ملاحظتها في العقد و احتمال في نهاية الاحكام البطلان، و لعله لأن المضى على البيع و عدم نقضه عند تبين الخلاف ان كان وفاء بالعقد و جب فلا خيار، و إن لم يكن وفاء لم يدل دليل على جوازه، و بعبارة اخر العقد إذا وقع على الشيء الموصوف انتفى متعلقه بانتفاء صفته،

و إلا فلا وجه للخيار (١) مع اصالة اللزوم، و يضعفه ان الاوصاف الخارجة عن حقيقة المبيع إذا اعتبرت فيه عند البيع. اما ببناء العقد عليها و أما بذكرها في متن العقد لا يعد، من مقومات للعقد، كما انها ليست من مقومات المبيع، فقواتها فوات حق للمشتري ثبت بسببه الخيار دفعا لضرر الالتزام بما لم يقدم عليه، و تمام الكلام في باب الخيار انشاء الله تعالى

(١) الاول: ما افاده المصنف قدس سره من ان العقد إذا وقع على الشيء الموصوف انتفى متعلقه بانتفاء صفته، و الا فلا وجه للخيار.

الثاني: ان المعتبر في صحة العقد عدم كونه بنفسه غرريا، و الاشرط لا يرفع غررية البيع.

الثالث: ان الشرط الذي لم يذكر في العقد لا عبرة به.

و الجميع كما ترى اما الأول: فللنقض بجميع الشروط، و للحل، فان الشرط التزام في ضمن التزام.

و سيأتي توضيح ذلك في محله.

و أما الثاني: فلأن الشرط يوجب رفع الغرر عن البيع و عدم كونه غرريا.

و أما الثالث: فلأن الشرط غير المذكور في العقد على قسمين:

الأول: ما يقع العقد مبنيًا عليه و يكون له ظهور عرفي فيه.

الثاني: ما لا يكون كذلك و ما ذكر يتم في الثاني من جهة انه في باب العقود و الإيقاعات لا عبرة بالبناءات القلبية ما لم تبرز،

و لا يتم في الأول، إذ لا يعتبر فيها غير الإبراز شيء آخر من كون الإبراز بالدلالة المطابقة لا الالتزامية.

فالأظهر هي الصحة و الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٠٣

فرعان الأول: لو اختلفا في التغيير فادعاه المشتري، (١) ففي المبسوط و التذكرة في الايضاح و الدروس و جامع المقاصد و المسالك تقديم قول المشتري، لأن يده على الثمن، كما في الدروس و هو راجع إلى ما في المبسوط و السرائر من ان المشتري هو الذي ينتزع منه الثمن و لا ينتزع منع الا باقراره أو بيئته تقوم عليه، انتهى (٢)

### حكم ما لو اختلفا في التغيير

فرعان:

(١) قوله الأول: لو اختلفا في التغيير فادعاه المشتري فعن المبسوط و التذكرة و الايضاح و جامع المقاصد و المسالك و غيرها تقديم قول المشتري، و استدلو له باصول ستمر عليك،

و قبل بيانها لا بد و ان يعلم ان مورد الكلام في هذا الفرع ما لو اتفقا على الصفات الموجودة حال العقد و كان الاختلاف في انها هي الصفات المرئية أو ان الصفات المرئية كانت غيرها، لاما لو اتفقا على الصفات المرئية و كان الاختلاف في انها كانت باقية الى حين العقد ام لا: فانه في هذه الصورة يجري استصحاب بقائها على ما كانت عليه و هو حاكم على جميع الأصول المفروضة. و ايضا الغرض من الأصول التي تمسكوا بها تشخيص المدعى عن المنكر، و أما انه على فرض كون المشتري منكرا يثبت له الخيار فهو انما يكون بموازين باب القضاء من اليمين و البيئته.

فايراد المحقق الخراساني قدس سره على القوم منهم المصنف بان الخيار لا يثبت بالأصل لترتبه على عنوان الضرر غير الثابت به، في غير محله.

إذا عرفت هذين الأمرين.

فاعلم: ان الأساطين القائلين بتقديم قول المشتري استندوا الى وجوه:

(٢) الأول: ان المشتري هو الذي ينتزع منه الثمن، و لا- ينتزع منه الا باقراره أو بيئته تقوم عليه، و ليس المراد بذلك استصحاب بقاء علقه المشتري بالثمن بناء على ان الخيار من مراتب العلقه الملكية التي كانت قبل البيع، إذ المبني فاسد لأن الملكية من سنخ الوجود منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٠٤

و تبعه العلامة ايضا في صورة الاختلاف في اوصاف المبيع الموصوف إذا لم يسبقه برؤيته حيث تمسك باصالة براءة ذمه المشتري من الثمن فلا يلزمه ما لم يقربه أو يثبت بالبيئته و لأن البائع يدعى علمه بالمبيع على هذا الوصف الموجود و الرضا به و الاصل عدمه كما في التذكرة و لأن الاصل عدم وصول حقه إليه كما في جامع المقاصد، و يمكن ان يضعف الأول بأن يد المشتري على الثمن بعد اعترافه بتحقيق الناقل الصحيح يد امانة غاية الأمر انه يدعى سلطنته على الفسخ فلا ينفع تشبته باليد الا ان يقال ان وجود الناقل لا يكفي في سلطنة البائع على الثمن (١) بناء على ما ذكره العلامة في احكام الخيار من التذكرة و لم ينسب خلاف إلا الى بعض الشافعية من عدم وجوب تسليم الثمن، و المثلث في مدة الخيار و ان تسلم الآخر، و حينئذ فالشك في ثبوت الخيار يوجب الشك في سلطنة البائع على اخذ الثمن فلا مدفع لهذا الوجه الا اصالة عدم سبب الخيار لو تم كما سيجيء.

و ليست ذا مراتب،

بل المراد به ظهور اليد في كون المشتري مسلطا على الثمن بالتصرف فيه و لو بالفسخ، فحينئذ ان كان الثمن بيده فلا- كلام و الا

فيستصحب بقاء سلطنته المطلقة على الثمن.

و فيه: ان يد المشتري على الثمن بعد المعاملة يد امانية و ليست اماره تسلطه عليه،

و ادعاء المشتري تسلطه على الفسخ لا يفيد كما لا يخفى.

(١) و المصنف قدس سره بعد هذا الجواب قال: الا ان يقال ان وجود الناقل لا يكفي في سلطنة البائع.

و حاصله: انه بناء على ما ذكره العلامة قدس سره في التذكرة من ان البائع لا يكون مسلطا على تسلم الثمن في زمان الخيار كما ان

المشتري لا يكون مسلطا على تسلم المثلن في ذلك الزمان يصير البائع مدعيا و المشتري منكرا لموافقة قوله للأصل من وجه آخر و

هو انه مع الشك في ثبوت الخيار يشك في حدوث سلطنة كل من البائع و المشتري و الاصل عدمها

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٠٥

...

فمقتضى الأصل عدم تسلط البائع على تسلم الثمن من المشتري، فإذا صار المشتري منكرا ثبت له الخيار بمقتضى قوانين باب القضاء

ثم قال: انه لا مدفع لهذا الأصل الا اصالة عدم سبب الخيار.

و الحق في الجواب عن هذا الوجه ما افاده المصنف قدس سره في مبحث الخيارات بقوله:

انى لا أجد لهذا الحكم وجها معتمدا، و لم اجد من عنونه و تعرض لوجهه.

و لا ينافيه ما افاده في مبحث خيار المجلس بما حاصله: انه لو قلنا بوجود التقابض في عقد الصرف و السلم، فثمره الخيار واضحة و

هى عدم وجوب التقابض.

كما توهمه المحقق النائيني قدس سره،

فان الظاهر ان مراده انه لو ثبت الخيار حيث ان له الفسخ لو فسخ لما وجب التقابض، و هذه ثمره الخيار لا انه لا يجب التقابض مع

عدم الفسخ.

و أما تفصيل المحقق المذكور بين الخيارات الزمانية و غيرها، و انه يتم ما افاده العلامة ره في القسم الأول دون الثاني من جهة ان

حقيقته الخيار في القسم الأول عبارة عن كون امر العقد بيد ذى الخيار، فجميع آثاره تحت تصرفه و منها التسليم و التسلم، و أما في

القسم الثاني فحقيقته عبارة عن ثبوت حق الاسترداد ما لم يصل الى ذى الخيار عوضه، فالخيار ابتداء لا يرجع الى العقد بل ثانيا، فقبل

الفسخ لم يرد تخصيص على ادلة سلطنة الناس على اموالهم، فيجب على المشتري تسليم الثمن و ان جاز له استرداده بعده فغير تام، فان

حقيقته الخيار في القسمين واحدة و هى ملك فسخ العقد و اقراره، و لا يؤثر هذا الا من حين وقوعه فيرفع اثر البيع لا انه يكشف عن

عدم صحة البيع من الأول،

و لذا يجب التسليم في القسمين ما لم يتحقق الفسخ.

الوجه الثاني: ان البائع يدعى علم المشتري بهذا الوصف الموجود و الرضا به،

و المشتري ينكره، و الأصل مع المشتري. ذكره العلامة في محكى التذكرة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٠٦

و الثاني: مع معارضته باصالة عدم علم المشتري بالمبيع على وصف آخر (١)

حتى يكون حقا له يوجب الخيار بأن الشك في علم المشتري بهذا الوصف و علمه بغيره مسبب عن الشك في وجود غير هذا الوصف

سابقا فإذا انتفى غيره بالأصل الذى يرجع إليه اصالة عدم تغير المبيع لم يجز اصالة عدم علمه بهذا الوصف. (٢)

و الثالث: بأن حق المشتري من نفس العين قد وصل إليه قطعا، و لذا يجوز له امضاء العقد و ثبوت حق له من حيث الوصف المفقود

غير ثابت فعليه الاثبات و المرجع أصالة لزوم العقد و لأجل ما ذكرنا قوى بعض تقديم قول البائع هذا

و اجاب عنه المصنف قدس سره بجوابين:

(١) احدهما: ان المشتري يدعى علمه بالوصف الآخر الذى يدعيه الذى هو منشأ ثبوت الخيار لتخلف الوصف، و الأصل عدمه، فالبائع يكون منكرا و المشتري مدعيا.

(٢) ثانيهما: ان الشك فى علم المشتري بهذا الوصف و علمه بغيره مسبب عن الشك فى وجود غير هذا الوصف سابقا، فإذا انتفى غيره بالأصل الذى يرجع إليه اصالة عدم تغير المبيع لم تجر اصالة عدم علمه بهذا الوصف.

و فى كل من الاستدلال و جوابى المصنف قدس سره نظر،

اما الأول: فلأن اصالة عدم علم المشتري بالوصف الموجود لا تثبت وقوع البيع على الموصوف بالوصف الآخر الا على القول بالأصل المثبت.

و به يظهر ما فى الجواب الأول الذى ذكره المصنف قدس سره، إذ لا يثبت بالأصل المزبور وقوع البيع على الموصوف بهذا الوصف الموجود.

و أما الثانى: فلأن حكومة الأصل السببى على المسببى انما تكون فيما إذا كانت السببية شرعية لا فى مثل المقام مما تكون السببية عقلية.

الوجه الثالث: ان الأصل عدم وصول حق المشتري إليه كما عن جامع المقاصد.

و فيه: ان حقه من العين واصل إليه قطعاً، و من الوصف المفقود غير ثابت،

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٠٧

و يمكن بناء المسألة على ان بناء المتبايعين حين العقد على الاوصاف (١)

الملحوظة حين المشاهدة هل هو كاشتراطها فى العقد فهى كشرط مضمرة فى نفس المتعاقدين كما عرفت عن النهاية و المسالك، و لهذا لا يحصل من فقدها الا خيار لمن اشترطت له، و لا يلزم بطلان العقد أو انها مأخوذة فى نفس المعقود عليه بحيث يكون المعقود عليه هو الشىء المقيد، و لذا لا يجوز الغائها فى المعقود عليه، كما يجوز الغاء غيرها من الشروط، فعلى الأول يرجع النزاع فى التغير و عدمه الى النزاع فى اشتراط خلاف هذا الوصف الموجود على البائع و عدمه، و الاصل مع البائع،

و بعبارة اخرى النزاع فى ان العقد وقع على الشىء الملحوظ فيه الوصف المفقود ام لا لكن الانصاف ان هذا البناء فى حكم الاشتراط من حيث ثبوت الخيار لكنه ليس شيئاً مستقلاً حتى يدفع عند الشك بالأصل، بل المراد به ايقاع العقد على العين الملحوظ كونه متصفاً بهذا الوصف و ليس هنا عقد على العين و التزام بكونه متصفاً بذلك الوصف فهو قيد ملحوظ فى المعقود عليه نظير الأجزاء لا شرط ملزم فى العقد،

فحينئذ يرجع النزاع الى وقوع العقد على ما ينطبق على الشىء الموجود حتى يلزم الوفاء و عدمه و الاصل عدمه و دعوى معارضته باصالة عدم وقوع العقد على العين المقيدة لا يثبت جواز العقد الواقع الا بعد اثبات وقوع العقد على العين الغير المقيدة باصالة عدم وقوع العقد على المقيدة و هو غير جائز، كما حقق فى الاصول. و على الثانى يرجع النزاع الى رجوع العقد و التراضى على الشىء المطلق

و استصحاب بقاء كلى الحق من قبيل الاستصحاب فى القسم الثالث من اقسام استصحاب الكلى، و لا نقول به، فهذه الوجوه لا تتم، و لذلك. قال المصنف.

(١) و يمكن بناء المسألة على ان بناء المتبايعين حين العقد على الأوصاف الملحوظة ... فهي كشروط مضمرة.

وحاصله: انه ان كان الوصف من قيود المبيع و كان الالتزام التزاما وحدانيا متعلقا بعنوان المتصف بالصفات، كان الأصل مع المشتري لرجوع النزاع الى وقوع العقد على الشيء المطلق بحيث يشمل الموصوف بهذا الوصف الموجود، و عدمه و الأصل مع المشتري، و ان كان في قوة اشتراطها، على ان يكون هناك التزامان، كان الأصل مع البائع لرجوع النزاع في التغير و عدمه الى النزاع في اشتراط خلاف هذا الوصف الموجود على البائع، و عدمه و الأصل مع البائع.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٠٨

بحيث يشمل الموصوف بهذا الوصف الموجود و عدمه، و الأصل مع المشتري،

و دعوى معارضته باصالة عدم وقوع العقد على الشيء الموصوف بالصفة المفقودة (١) مدفوعة، بأنه لا يلزم من عدم تعلقه بذاك تعلقه بهذا، حتى يلزم على المشتري الوفاء به، فالزام المشتري بالوفاء بالعقد موقوف على ثبوت تعلق العقد بهذا، و هو غير ثابت و الاصل عدمه، و قد تقرر في الاصول ان نفى احد الضدين بالاصل لا يثبت الضد الآخر ليرتب عليه حكمه، و بما ذكرنا يظهر فساد التمسك باصالة اللزوم، حيث أن المبيع ملك المشتري و الثمن ملك البائع اتفاقا و انما اختلافهما في تسلط المشتري على الفسخ فينفى ما تقدم من قاعدة اللزوم. توضيح الفساد ان الشك في اللزوم و عدمه من حيث الشك في متعلق العقد، فإننا نقول: الاصل عدم تعلق العقد بهذا الموجود حتى يثبت اللزوم و هو وارد على اصالة اللزوم. و الحاصل ان هنا امرين احدهما عدم تقييد متعلق العقد بذلك الوصف المفقود و اخذه فيه، و هذا الاصل ينفع في عدم الخيار لكنه غير جار لعدم الحالة السابقة.

و لكن ما هو محل البحث من قبيل القسم الثاني، و ذلك لوجهين:

الأول: ان تقييد المبيع و تضييقه يختص بالكلية، فانه قابل لذلك، و لا يكون الشخصي كذلك، و تعليق البيع على الوصف موجب للبطلان، فلا محالة يكون من قبيل الالتزام به في ضمن العقد.

الثاني: ان البيع بالرؤية القديمة انما صححناه بالاشتراط، فراجع ما ذكرناه، و عليه فالأصل مع البائع.

و ربما يقال في تقريب ان الأصل مع البائع وجوه اخر:

(١) منها: اصالة عدم وقوع العقد على العين المقيدة بالوصف المفقود ليثبت الجواز:

و فيه: انه ان اريد بها ما هو مفاد ليس التامة، فهي لا تفيده، فان عدم وقوع العقد المتصف بالوصف المفقود لا أثر له الا ان يثبت به وقوعه على المتصف بالوصف الموجود أو المطلق غير المقيد بشيء من الوصفين، و ان اريد به ما هو مفاد ليس الناقصة فلا حالة سابقة له

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٠٩

و الثاني: عدم وقوع العقد على الموصوف بذلك الوصف المفقود، و هذا جار غير نافع نظير الشك في كون الماء «الخاص» المخلوق دفعة كرا من أصله، (١) فإن أصالة عدم كريتته ناعفه غير جار و اصالة عدم وجود الكر جارية غير ناعفه، في ترتب آثار القلة على الماء المذكور فافهم و اغتتم.

و بما ذكرنا يظهر حال التمسك بالعمومات المقتضية للزوم العقد (٢) الحاكمة على الاصول العملية المتقدمة، مثل ما دل على حرمة أكل المال الا ان تكون تجارة عن تراض، و عموم و لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه، و عموم الناس مسلطون على أموالهم، بناء على انها تدل على عدم تسلط المشتري على استرداد الثمن من البائع، لأن المفروض صيرورته ملكا، إذ لا يخفى عليك ان هذه العمومات مخصصة قد خرج عنها بحكم أدلة الخيار المال الذي لا يدفع عوضه الذي وقع المعاوضة عليه إلى المشتري، فإذا شك في

ذلك، فالأصل عدم دفع العوض، وهذا هو الذى تقدم من أصالة عدم وصول حق المشتري إليه، فإن عدم وصول حقه إليه يثبت موضوع خيار تخلف الوصف. فإن قلت: لا دليل على كون الخارج عن العمومات المذكورة معنونا بالعنوان المذكور، بل نقول:

(١) و المصنف قدس سره نظر المقام بالشك فى كون الماء المخلوق دفعه كرا من اصله، بدعوى ان اصالة عدم كريتته نافع غير جارية، و اصالة عدم وجود الكر جارية غير نافع فى ترتب آثار القلة على الماء المذكور. و فيه: انه فى الماء الخلق دفعه من جهة ان آثار القلة آثار للماء غير المتصف بعنوان الكرية يمكن اجراء عدم الكرية الأزلى كما ذكرناه فى الجزء الأول من فقه الصادق مفضلا،

و أما فى المقام فلا يمكن ذلك من جهة ان موضوع لزوم هو العقد الواقع على المتصف بالوصف الموجود أو المطلق لا على العقد غير الواقع على المتصف بالوصف المفقود، فلا تنفع اصالة عدم الأزلى فى المقام بخلافه فى المثال.

(٢) و منها: العمومات المقتضية لزوم العقد الحاكم على الأصول العلمية المتقدمة، مثل ما

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١١٠

قد خرج من تلك العمومات المال الذى وقع المعاوضة بينه و بين ما لم ينطبق على المدفوع. فإذا شك فى ذلك فالأصل عدم وقوع المعاوضة المذكورة (١) قلت السبب فى الخيار و سلطنة المشتري على فسخ العقد و عدم وجوب الوفاء به عليه هو عدم كون العين الخارجة منطبقه على ما وقع العقد عليه.

و بعبارة اخرى هو عدم وفاء البائع بالعقد بدفع العنوان الذى وقع العقد عليه الى المشتري، لا وقوع العقد على ما يطابق العين الخارجية، كما ان السبب فى لزوم العقد مقتضاه من انتقال العين بالصفات التى وقع العقد عليها الى ملك المشتري و الاصل موافق للأول و مخالف للثانى، مثلا إذا وقع العقد على العين على انها سمينه فبانت مهزولة، فالموجب للخيار هو انه لم ينتقل إليه فى الخارج ما عقد عليه، و هو السمين، لا وقوع العقد على السمين، فإن ذلك لا يقتضى الجواز و انما المقتضى للجواز عدم انطباق العين الخارجية على متعلق العقد.

و من المعلوم ان عدم الانطباق هو المطابق للأصل عند الشك، فقد تحقق مما ذكرنا صحة ما تقدم من اصالة عدم وصول حق المشتري إليه.

دل على حرمة اكل المال الا ان تكون تجارة عن تراض، «١» و عموم لا- يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه، «٢» و عموم الناس مسلطون على اموالهم «٣».

و فيه: ان هذه العمومات قد خصصت بادل الخيارات، فمع الشك فى الخيار تكون الشبهة مصداقية، و لا يرجع فيها الى العمومات.

(١) و منها: ان موضوع الخيار المعاوضة الواقعة على مال لا ينطبق على المدفوع،

فإذا شك فى ذلك فالأصل عدم وقوع المعاوضة المذكورة.

و فيه: ان موضوع الخيار هو عدم كون العين الخارجية منطبقه على ما وقع العقد عليه

(١) النساء آية ٢٩.

(٢) الوسائل- باب ٣- من ابواب مكان المصلى- و المستدرک ج ١ ص ٢٢٢ و الاحتجاج ص ٢٦٧.

(٣) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث و ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١١١



وكذا صحة ما في التذكرة من أصالة عدم التزام المشتري بتملك هذا الموجود حتى يجب الوفاء بما لزم. نعم ما في المبسوط و السرائر و الدروس من أصالة بقاء يد المشتري على الثمن، كأنه لا يناسب أصالة اللزوم، بل يناسب أصالة الجواز عند الشك في لزوم العقد، كما يظهر من المختلف في باب السبق و الرماية، و سيأتي تحقيق الحال في باب الخيار، و أما دعوى ورود أصالة عدم تغير المبيع على الأصول المذكورة، (١) لأن الشك فيها مسبب عن الشك في تغير المبيع، فهي مدفوعة مضافا الى منع جريانه فيما إذا علم بالسمن قبل المشاهدة، (٢) فاختلف في زمان المشاهدة كما إذا علم بكونها سميئة و انها صارت مهزولة، و لا يعلم انها في زمان المشاهدة كانت باقية على السمن أو لا. فحينئذ مقتضى الاصل تأخر الهزال عن المشاهدة، فالاصل تأخر التغير لا عدمه الموجب للزوم العقد ان مرجع أصالة عدم تغير المبيع إلى عدم كونها حين المشاهدة سميئة. و من المعلوم ان هذا بنفسه لا يوجب لزوم العقد، نظير أصالة عدم وقوع العقد على السمين. نعم لو ثبت بذلك الاصل هزالها عند المشاهدة، و تعلق العقد بالمهزول ثبت لزوم العقد، و لكن الأصول العدمية في مجاريها لا يثبت وجود أضرارها، هذا كله

و بعبارة أخرى: عدم دفع البائع العنوان الذي وقع العقد عليه الى المشتري، و الأصل موافق له، مع انه لو سلم ما ذكر لما كان يثبت به للزوم. و منها: أصالة اللزوم. و فيه: ان الشك في الجواز و اللزوم مسبب عن الشك في وقوع العقد على المتصف بالوصف الموجود و عدمه، فإذا جرى الأصل في السبب لا يبقى شك في اللزوم كي يرجع الى اصلته. (١) و منها: ان أصالة عدم تغير المبيع واردة على الأصول المذكورة، لأن الشك فيها مسبب عن الشك في تغير المبيع. و فيه مضافا الى ما افاده المصنف بقوله.

(٢) مضافا الى منع جريانه فيما إذا علم بالسمن قبل المشاهدة فاختلف في زمان المشاهدة

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١١٢

مع دعوى المشتري النقص الموجب للخيار، و لو ادعى البائع الزيادة الموجبة لخيار البائع، (١) فمقتضى ما ذكرنا في طرف المشتري تقديم قول البائع، لأن الأصل عدم وقوع العقد على هذا الموجود حتى يجب عليه الوفاء به. و ظاهر عبارة اللمعة تقديم قول المشتري هنا و لم يعلم وجهه.

انه ان اريد بذلك استصحاب عدم التغير من حيث انه بنفسه حادث من الحوادث، فهو لا يفيد لعدم كونه موضوع الأثر.

و ان اريد به استصحاب المعنون ففيه: اولاً: انه من الاستصحاب القهقري، لأنه يراد اثبات كون الصفة الموجودة كذلك حين العقد. و ثانياً: ان استصحاب كون هذه الصفة موجودة لا يكفي، فان موضوع الأثر وقوع العقد على المتصف بهذا الوصف الموجود لا وجود الصفة حين العقد.

فتحصل مما ذكرناه: انه ان كانت الأوصاف من قبيل الشرط و الالتزام في الالتزام كان الأصل مع البائع، و الاعم المشتري.

(١) و لو ادعى البائع الزيادة الموجبة لخيار البائع.

فبناء على ما اخترناه من ان اوصاف المبيع في البيع بالرؤية القيمة مع الشك فيها،

انما تكون كالشروط الخارجية من قبيل الالتزام في الالتزام، و عليه بنينا في المسألة المتقدمة ان الأصل مع البائع، لا بد من البناء في المقام على ان الأصل مع المشتري، لأن البائع يدعى ان الشرط غير هذا الوصف الموجود، و المشتري ينكره، و الأصل عدمه.

و أما بناء على كونها من قيود المبيع يكون الأصل مع البائع بعكس المسألة السابقة،



فان المشتري يدعى وقوع البيع على هذا المتصف بالوصف الموجود، و البائع ينكره، و الأصل معه.

و بذلك ظهر ان ما بنى عليه الشهيد قدس سره من ان الأصل مع المشتري في المسألتين لا ينطبق على القواعد. و أما ما افاده المحقق النائيني قدس سره في توجيه ما افاده الشهيد قدس سره: بان الغالب يقدم منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١١٣

الثاني: لو اتفقا على التغير بعد المشاهدة و وقوع العقد على الوصف المشاهد و اختلفا في تقدم التغير (١) على البيع ليثبت الخيار، و تأخره عنه على وجه لا يوجب الخيار تعارض كل من اصالة عدم تقدم البيع و التغير على صاحبه، و حيث ان مرجع الاصلين الى اصالة عدم وقوع البيع حال السمن مثلا و اصالة بقاء السمن و عدم وجود الهزال حال البيع. و الظاهر انه لا يترتب على شيء منهما الحكم بالجواز و الزوم، لأن الزوم من احكام وصول ما عقد عليه و انتقاله الى المشتري و اصالة بقاء السمن لا يثبت وصول السمين، كما ان اصالة عدم وقوع البيع حال السمن لا ينفيه،

البائع على البيع كائنا ما كان و لا ينظر الى الوصف الزائد على ما رآه المشتري سابقا. فغير تام، إذ كما تختلف رغبات المشتري في مقام الاثراء كذلك تختلف رغبات البائع سيما في الأوصاف الموجبة لاختلاف القيمة وجودا و عدما كما هو واضح.

### لو اختلفا في تقدم البيع على التغير و تأخره عنه

(١) الفرع الثاني: ما لو اتفقا على التغير بعد المشاهدة و وقوع العقد على الوصف المشاهد و اختلفا في تقدم التغير.

و الكلام في هذا الفرع يقع في موضعين:

الأول: فيما إذا صارت قيمته بعد التغير اقل و كان المدعى للخيار هو المشتري.

الثاني: فيما إذا صارت قيمته ازيد و كان المدعى للخيار هو البائع.

اما الموضع الأول: فالكلام فيه يقع في موردين:

احدهما: بناء على ان تلف الوصف بعد البيع و قبل القبض يوجب الخيار.

ثانيهما: بناء على عدم كونه موجبا للخيار.

و قبل الشروع في بيان الحق لا بد من تقديم مقدمة،

و هي: انه ربما يكون متعلق الحكم هو الفعل المتعلق بالموصوف المتصف بوصف حال وجود الوصف، و ربما يكون متعلقه هو الفعل المتعلق بالوصف.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١١٤

فالمرجع الى اصالة عدم وصول حق المشتري إليه، (١) كما في المسألة السابقة، إلا- ان الفرق بينهما هو ان الشك في وصول الحق هناك ناشئ عن الشك في نفس الحق، و هنا ناشئ عن الشك في وصول الحق المعلوم. و بعبارة اخرى الشك هنا في وصول الحق، و هناك في حقه الواصل، و مقتضى الاصل في المقامين عدم الزوم، و من ذلك يعلم الكلام فيما لو كان مدعى الخيار هو البائع، بأن اتفقا على مشاهدته مهزولا، و وقوع العقد على المشاهد و حصل السمن

مثال الأول: ما لو وجب اكرام زيد العالم.

و مثال الثانى: موارد ضمان الأوصاف، فانه مترتب على الاستيلاء على الوصف نفسه.

و فى القسم الأول إذا كان الوصف متيقنا سابقا و مشكوكا فيه لاحقا يجرى فيه الاستصحاب و يترتب حكمه بضم الوجدان الى الأصل، فلو كان زيد عالما و شك فى بقاء علمه يستصحب ذلك و يكون اكرامه متعلقا للوجوب.

و فى القسم الثانى لا يكفى استصحاب بقاء الصفة، لأنه لا يثبت به كون الفعل متعلقا به، فلو كان الغنم سميئا سابقا و شك فى سمنه حال الغصب لا يكفى استصحاب بقاء السمن فى الحكم بضمنان هذا الوصف المترتب على غصب الوصف ايضا و تمام الكلام فى ذلك موكول الى محل آخر إذا عرفت هذه المقدمة فاعلم:

انه فى المورد الأول: يكون الأصل مع المشتري لأصالة عدم وصول حقه إليه،

و اصالة عدم التغير و بقاء الوصف الى زمان القبض لا يثبت قبض الصفة الذى هو موضوع اللزوم فلا تجرى اصالة عدم القبض الى ما بعد التغير، فانها ايضا لا تثبت وقوع القبض على فاقد الوصف الذى هو موضوع الخيار، فهذان الأصلان لا يجريان. و أما اصالة اللزوم فهى محكومة لاستصحاب عدم وصول حق المشتري إليه.

(١) و فى المورد الثانى افاد المصنف قدس سره: ان الأصل مع المشتري و هو اصالة عدم وصول حقه إليه، و هو غير تام، لأنه على الفرض القطع بعدم وصول حقه إليه لا يكون موجبا للخيار لعدم كون تلف الوصف قبل القبض موجبا للخيار، فكيف باستصحابه.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١١٥

و اختلفا فى تقدمه على البيع ليثبت الخيار للبائع فافهم و تدبر. (١)

فإن المقام لا يخلو عن اشكال و اشتباه، و لو وجد المبيع تالفا بعد القبض فيما يكفى فى قبضه التخليء، و اختلفا فى تقدم التلف على البيع و تأخره، (٢) فالأصل بقاء ملك المشتري على الثمن لأصالة عدم تأثير البيع، و قد يتوهم جريان اصالة صحة البيع هنا للشك فى بعض شروطه و هو وجود المبيع.

و فيه ان صحة العقد عبارة عن كونه بحيث يترتب عليه الاثر شرعا، فإذا فرضنا انه عقد على شىء معدوم فى الواقع، فلا تأثير له عقلا فى تملك العين، لأن تملك المعدوم لا على قصد تملكه عند الوجود

بل فى المورد الثانى: يكون الأصل - و هو اصالة اللزوم و اصالة عدم التغير و بقاء الوصف الى حين البيع الجارية و المفيدة فى المقام من جهة ان الأثر و هو اللزوم انما يترتب على وقوع البيع على الموصوف فى حال وجود تلك الصفة - مع البائع.

و ما عن بعض من: ان الأصل الثانى معارض مع اصالة عدم وقوع البيع الى زمان التغير.

يرده: انه لا أثر لهذا الأصل، لأن الخيار انما يترتب على وقوع البيع على الفاقد لذلك الوصف.

(١) و أما الموضع الثانى: و هو ما لو ادعى البائع الخيار، بان كانت العين فى حال المشاهدة فاقدة الوصف و البيع وقع عليها مع عدم الوصف و صارت بعد ذلك واجدة له،

و ادعى البائع تقدم وجود الصفة على البيع و القبض، و المشتري يدعى التأخر فظاهر كلام المصنف ان الأصل مع البائع، و صريح كلام المحقق النائيني قدس سره ذلك.

و لكن الحق ان الأصل مع المشتري، إذ مضافا الى اصالة اللزوم تجرى اصالة عدم التغير و عدم وجود الوصف الى حين البيع، و لا تعارضها اصالة عدم البيع الى زمان التغير،

إذ لا يثبت بها وقوع البيع فى حال وجود الوصف.

(٢) قوله و لو وجد المبيع تالفا بعد القبض فيما تكفى فى قبضه التخليء و لم يعلم وجه تعرضه لهذا الفرع فى المقام و على كل حال لا تجرى الاصول الموضوعية فى شىء من الطرفين فى المقام، من غير فرق بين الجهل بالتاريخ و العلم به

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١١٦

و لا على قصد تملكه بدله مثلا أو قيمته غير معقول، و مجرد انشائه باللفظ لغو عرفا يقبح مع العلم دون الجعل بالحال، فإذا شككنا في وجود العين حال العقد فلا يلزم من الحكم بعدمه فعل فاسد من المسلم (١) لأن التملك الحقيقي غير متحقق و الصوري، و ان تحقق لكنه ليس بفساد، إذ اللغو فاسد عرفا أي قبيح إذا صدر عن علم بالحال.

و بالجملة: الفاسد شرعا الذي تنزه عنه فعل المسلم هو التملك الحقيقي المقصود الذي لم يمضه الشارع، فافهم. هذا فإنه قد غفل عنه بعض في مسألة الاختلاف في تقدم بيع الراهن على رجوع المرتهن عن اذنه في البيع و تأخيره عنه،

للمشبية فان استصحاب بقاء العين الى حين البيع لا- يترتب عليه الاثر ما لم يحرز به تحقق البيع الذي هو تملك مال بعوض كما ان استصحاب عدم البيع الى ما بعد التلف لا يثبت كون البيع واقعا على المعدوم فلا محالة يشك في تحقق البيع و عدمه و بالنتيجة يشك في انتقال الثمن عن المشتري و عدمه و الاصل يقتضى عدم الانتقال و بقاء ملك المشتري على الثمن.

(١) و قد يتوهم انه تجرى اصالة الصحة في البيع لانه لو كان المبيع معدوما يكون البيع فاسدا و بلا اثر و لو كان موجودا يكون صحيحا و اصالة الصحة تقتضى بالصحة و هي حاكمه على اصالة بقاء ملك المشتري على الثمن و لكنه فاسد من جهة اختصاص دليل اصالة الصحة بما إذا شك في الصحة و الفساد بعد احراز اصل العمل الموصوف بالصحة لا لأنه لا يعقل الشك في الوصف الا مع احراز الموصوف بل لان دليل التعبد انما يتكفل التعبد بالوصف دون التعبد بالموصوف و اثباته فلا تعبد بالوصف الا مع احراز الموصوف و في المقام بما انه يشك في اصل وجود البيع الذي هو المقسم للصحيح و الفساد لانه إذا كان المبيع معدوما لم يكن ما وقع بيعا و لو عرفا فلا يكون مجرى لأصالة الصحة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١١٧

حيث تمسك باصالة صحة الرجوع عن الاذن لان (١) الرجوع لو وقع بعد بيع الراهن كان فاسدا لعدم مصادفته محلا يؤثر فيه، نعم لو تحققت قابلية التأثير عقلا أو تحقق الإنشاء الحقيقي عرفا و لو فيما إذا باع بلا ثمن (٢) أو باع ما هو غير مملوك، كالخمر و الخنزير و كالتالف شرعا كالغريق و المسروق أو معدوم قصد تملكه عند وجوده كالثمرة المعدومة أو قصد تملكه بدله مثلا أو قيمة كما لو باع ما اتلفه زيد على عمرو (٣) أو صالحه اياه بقصد حصول اثر الملك في بدله تحقق مورد الصحة و الفساد، فإذا حكم بفساد شيء من ذلك، ثم شك في ان العقد الخارجي منه ام من الصحيح حمل على الصحيح.

(١) قوله حيث تمسك باصالة صحة الرجوع عن الاذن المتمسك هو صاحب الجواهر قدس سره و قد حققنا في رسالة القواعد الثلاث انه لا تجرى اصالة الصحة فيه من جهة ان الرجوع إذا وقع بعد البيع لا يترتب عليه شيء لعدم كونه قابلا للتأثير و من شرائط جريانها قابلية التأثير عقلا.

(٢) قوله و لو فيما إذا باع بلا ثمن أو باع ما هو غير مملوك البيع بلا ثمن كالباع بلا مبيع بعد فرض تقوم البيع بالعوضين فلو شك فيه لا تجرى اصالة الصحة لعين ما تقدم.

(٣) قوله كما لو باع ما اتلفه زيد على عمرو أو صالحه اياه ان قلنا ان حقيقة الضمان كون التالف بشخصه في العهدة الى حين الاداء- صح البيع المذكور لاعتبار بقاء المبيع.

و ان قلنا ان حقيقته انتقال المثل أو القيمة الى الذمة كان يبيعه بعد التلف يبيعا لما لا وجود له و قد مر عدم جريان الاصل لو شك في ذلك.

لزوم الاختبار

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١١٨

### مسألة: لا بد من اختبار الطعم واللون والرائحة فيما يختلف قيمته باختلاف ذلك، (١)

كما في كل وصف يكون كذلك إذ لا فرق في توقف رفع الغرر على العلم بين هذه الأوصاف و بين تقدير العوضين بالكيل والوزن والعدد، و يغنى الوصف عن الاختبار فيما ينضبط من الاوصاف دون ما لا ينضبط كمقدار الطعم والرائحة واللون و كفياتها، فإن ذلك مما لا يمكن ضبطه الا باختبار شيء من جنسه، ثم الشراء على ذلك النحو من الوصف مثل ان يكون الاعمى قد رأى قبل العمى لؤلؤة فيبيع منه لؤلؤة أخرى على ذلك الوصف.

مسائل.

(١) الأولى: لا بد و ان يختبر الطعم واللون والرائحة فيما يختلف قيمته باختلاف ذلك كما في كل وصف يكون كذلك بلا خلاف: لدفع الغرر،

و تفصيل القول في هذه المسألة: انه تارة تختلف قيمة الشيء باختلاف اوصافه الثلاثة، و اخرى لا تختلف.

و على الأول: قد يكون واجد الوصف صحيحا و فاقده فاسدا، و قد يكونان معا من مراتب الصحيح.

اما في القسم الأول: فلا ينبغي التوقف في بطلان البيع مع الجهل بالوصف من دون توصيف و اشتراط و لو ضمنى للغرر، من غير فرق بين كون الفاقد فاسدا أو مما لا مالمية له المترقبه من ذلك الشيء، و بين كونه معيبا.

و هناك قول آخر، و هو: القول بصحة البيع اعتمادا على اصالة السلامة.

و فيه: انه لا دليل عليها لا من بناء العقلاء و لا من الشرع،

اما الأول: فلأنهم في اموراتهم لا يبنون على السلامة ما لم يطمئنوا بها.

و ما اعترف به المصنف قدس سره من بنائهم عليها في ما إذا كان الشك في طروء المفسد.

غير سديد، لأنهم في ذلك المورد ايضا لا يبنون عليها مع عدم الاطمئنان و ما يرى من ايقاع المعاملة على الشيء من دون اطمئنان بسلامته انما يكون من جهة الشرط الضمنى. و سيأتى الكلام فيه.

و أما الثانى: فالأذن ما يتوهم كونه دليلا- عليها ليس الا- الاستصحاب، و هو لا- يجرى في المقام، لأن الأثر مترتب على الإحراز دون المتيقن.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١١٩

و كذا الكلام في الطعم و الرائحة لمن كان مسلوب الذائقة و الشامة. نعم لو لم يرد من اختبار الاوصاف الا استعمال صحته و فساده جاز شرائها بوصف الصحة،

كما في الدبس و الدهن مثلا فإن المقصود من طعمها ملاحظة عدم فسادهما، بخلاف بعض انواع الفواكه و الروائح التي تختلف

قيمتها باختلاف طعمها و رائحتها، و لا يقصد من اختبار اوصافها ملاحظة صحتها و فساده و اطلاق كلمات الاصحاب في جواز شراء

ما يراد طعمه و رائحته (١) بالوصف محمول على ما إذا اريد الاوصاف التي لها مدخل في الصحة لا الزائدة على الصحة التي يختلف

بها القيمة، بقرينة تعرضهم بعد هذا البيان جواز شرائها من دون اختبار و لا وصف بناء على اصالة الصحة، و كيف كان فقد قوى في

السرائر عدم الجواز اخيرا بعد اختيار جواز بيع ما ذكرنا بالوصف وفاقا للمشهور المدعى عليه الإجماع في الغنية. قال يمكن أن يقال ان

بيع العين المشاهدة المرئية لا يجوز ان يكون بالوصف، لأنه غير غائب، فبإذن لا بد من شمه و ذوقه لأنه

حاضر مشاهد غير غائب يحتاج إلى الوصف و هذا أقوى، انتهى.

(١) قوله و اطلاق كلمات الاصحاب في جواز شراء ما يراد طعمه و رائحته بالوصف الكلمات بانفسها مقصورة على صورة التمكن من التوصيف و لا تشمل ما لا يمكن فيه ذلك لعدم الانضباط لانه من البديهي ان المراد بالتوصيف تعيين الصفات للمشتري لا مجرد ذكرها كما هو واضح.

كما لا- ينبغي التوقف في صحة البيع مع العلم بالوصف بالاختبار أو غيره، أو اخبار البائع به ان كان مؤتمنا، أو اشتراط وجوده و لو بالشرط الضمني لارتفاع الغرر بجميع ذلك.  
اما بالأول: فواضح.

و أما بالثاني: فلما دل على حجية خبر الواحد في الموضوعات «١» و ما دل على كفاية اخبار البائع بالكيل أو الوزن ان كان مؤتمنا «٢» بعد الغاء خصوصية المورد.

(١) الحجرات آية ٦.

(٢) الوسائل - باب ٥- من ابواب عقد البيع.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٢٠

و يضعفه ان المقصود من الاختبار رفع الغرر، فإذا فرض رفعه بالوصف كان الفرق بين الحاضر و الغائب تحكما، بل الاقوى جواز بيعه من غير اختبار و لا وصف بناء على اصالة الصحة وفاقا للفاضلين، و من تأخر عنهما، لأنه إذا كان المفروض ملاحظة الوصف من جهة دوران الصحة معه، فذكره في الحقيقة يرجع إلى ذكر وصف الصحة.

و من المعلوم انه غير معتبر في البيع اجماعا، بل يكفي بناء المتعاقدين عليه إذا لم يصرح البائع بالبراءة من العيوب. و أما رواية محمد بن العيص عن الرجل يشتري ما يذوقه قبل ان يشتري؟ قال: نعم، فليذوقه و لا يذوقن ما لا يشتري، فالسؤال فيها عن جواز الذوق لاعن وجوبه، ثم انه ربما نسب الخلاف في هذه المسألة الى المفيد و القاضي و سلال و ابي الصلاح و ابن حمزة، (١) قال في المقنعة

و أما بالثالث: فان كان الشرط صريحا واضحا، و ان كان ضمنيا- اي كان القيد من القيود التي بناء المتعاملين عليها- فلما تقدم اجمالا، و سيأتي تفصيله من انه بحكم ذكر الشرط و ليس من قبيل البناء القلبي المجرد كى يقال انه لا عبرة به في باب العقود و الإيقاعات.

و خبر محمد بن العيص «١» المذكور في المتن لا يدل على لزوم الاختبار فانه سؤال و جوابا في مقام بيان جواز الذوق لا وجوبه. و أما في القسم الثاني: فما ذكرناه في هذا القسم يجرى فيه طابق النعل بالنعل، و الفرق بينهما انه لا مجال في هذا القسم لاحتمال الاستناد الى اصالة السلامة.

و أما في القسم الثالث: فالأظهر صحة البيع مع الجهل بالوصف و ان لم يشترط وجوده لعدم لزوم الغرر.

(١) ثم انه ربما نسب الخلاف في هذه المسألة الى المفيد.

ظاهر كلمات هؤلاء كصريح الحلبي تعين الاختبار و عدم كفاية التوصيف كما ان مقتضى اطلاق كلام الجميع عدم الفرق بين وصف الصحة و سائر الاوصاف التي تنضبط بالتوصيف.

(١) الوسائل - باب ٢٥- من ابواب عقد البيع و شروطه حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٢١

كل شيء من المطعومات و المشمومات يمكن للانسان اختباره من غير افساد له كالادهان المختبرة بالشم و صنوف الطيب و الحلوات المدوقة، فإنه لا يصح بيعه بغير اختبار، فإن ابتاع بغير اختبار كان البيع باطلا و المتبايعان فيها بالخيار، (١) فإن تراضيا بذلك لم يكن به بأس انتهى.

و عن القاضى انه لا يجوز بيعه الا بعد ان يختبر فإن بيع من غير اختبار كان المشتري مخيرا فى رده له على البائع، و المحكى عن سلار و ابى الصلاح و ابن حمزة اطلاق القول بعد صحة البيع من غير اختبار فيما لا يفسده الاختبار من غير تعرض لخيار المتبايعين كالمفيد أو للمشتري كالقاضى. ثم المحكى عن المفيد و سلار ان ما يفسده الاختبار يجوز بيعه بشرط الصحة.

و عن النهاية و الكافى ان بيعه جائز على شرط الصحة أو البراءة من العيوب. (٢)

و عن القاضى لا يجوز بيعه الا بشرط الصحة أو البراءة من العيوب. قال فى محكى المختلف بعد ذكر عبارة القاضى: ان هذه العبارة توهم اشتراط احد القيدتين.

اما الصحة أو البراءة من العيوب و ليس بجيد، بل الاولى انعقاد البيع سواء شرط احدهما أو خلى عنهما أو شرط العيب.

و الظاهر انه انما صار الى الايهام من عبارة الشيخين حيث قالوا: انه جاز على شرط الصحة أو بشرط الصحة، و مقصودهما ان البيع بشرط الصحة أو على شرط الصحة جائز لا ان جوازه مشروط بالصحة أو البراءة، انتهى.

(١) قوله و المتبايعان فيه بالخيار و المراد بالخيار هنا هو الخيار فى احداث بيع جديد و ان لهم ذلك لا الخيار المصطلح - و ذلك للتصريح قبله ببطلان البيع من دون اختبار و كذلك بعده - و لنسبة الخيار الى المتبايعين و لو كان المراد هو الخيار المصطلح كان المنسوب إليه احدهما لا كليهما.

(٢) قوله الا بشرط الصحة أو البراءة من العيوب المراد بالبراءة من العيوب براءة المبيع منها فيكون عطف تفسير لشرط الصحة لا براءة البائع.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٢٢

اقول: و لعله لنكتة بيان ان مطلب الشيخين ليس وجوب ذكر الوصف فى العقد كما عبر فى القواعد فيما يفسده الاختبار: بقوله جاز شرط الصحة لكن الانصاف: ان الظاهر من عبارتى المقنعة و النهاية و نحوهما هو اعتبار ذكر الصحة فى العقد، كما يظهر بالتدبر فى عبارة المقنعة من أولها الى آخرها.

و عبارة النهاية هنا هى عبارة المقنعة بعينها فلاحظ. و ظاهر الكل كما ترى اعتبار خصوص الاختبار فيما لا يفسده، كما تقدم من الحلوى فلا يكفى ذكر الاوصاف فضلا عن الاستغناء عنها باصالة السلامة، و يدل عليه ان هؤلاء اشترطوا فى ظاهر عبارتهم المتقدمة: اشترط الوصف أو السلامة من العيوب فيما يفسده الاختبار و ان فهم فى المختلف خلاف ذلك لكن قدمنا ما فيه، فينبغى ان يكون كلا مهم فى الأمور التى لا تنضبط (١) خصوصية طعمها و ريحها بالوصف.

و الظاهر ان ذلك فى غير الاوصاف التى يدور عليها السلامة من العيب، الا ان تخصيصهم الحكم بما لا يفسده الاختبار (٢) كالشاهد على ان المراد بالاوصاف التى لا يفسد اختبارها ما هو مناط السلامة، كما ان مقابله و هو ما يفسد الشيء باختباره كالبيض و البطيخ كذلك غالبا، و يؤيده حكم القاضى بخيار المشتري.

عن عهدة العيوب فان هذا الشرط لا يعقل صيرورته موجبا لصحة البيع لو كان باطلا بدونه للجهالة و الغرر لانه لا يرفعهما لو لم يؤكد. (١) قوله فينبغى ان يكون كلامهم فى الامور التى لا تنضبط حاصله انه من افتاء القوم بكفاية التوصيف فيما يفسده الاختبار يستكشف انه يكفى فى رفع الغرر و حيث انه لا يمكن البناء على كفايته فى رفع الغرر فى مورد دون آخر فيعلم من ذلك ان ما افتوا به من عدم

كفاية التوصيف فيما لا يفسده الاختبار انما هو فيما لا يمكن فيه التوصيف الا بعد الاختبار و هو ما إذا كانت الصحة ذات مراتب و لا يمكن تعيين مرتبة منها الا بعد سبق الاختبار.

(٢) قوله الا ان تخصيصهم الحكم لما لا يفسده الاختبار ... مناط السلامة حاصل ذلك انه من مقابلة ما لا يفسد بالاختبار بما يفسد به - يعلم ان الفساد المنفى تارة و المثبت اخرى واحد و هو ما يقابل الصحة

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٥، ص: ١٢٣

و كيف كان فإن كان مذهبهم تعيين الاختبار فيما لا ينضبط بالوصاف، فلا خلاف معهم منا و لا من الاصحاب، و ان كان مذهبهم موافقا للحلى (١) بناء على ارادة الوصاف التي بها قوام السلامة من العيب، فقد عرفت انه ضعيف في الغاية و ان كان مذهبهم عدم كفاية البناء على اصالة السلامة عن الاختبار و الوصف و ان كان ذكر الوصف كافيا عن الاختبار، فقد عرفت ان الظاهر من حالهم و حال غيرهم عدم التزام ذكر الوصاف الرجعة الى السلامة من العيوب في بيع الاعيان الشخصية.

و يمكن ان يقال بعد منع جريان اصالة السلامة في الاعيان لعدم الدليل عليها لا- من بناء العقلاء الا فيما إذا كان الشك في طرو المفسد، (٢) مع ان الكلام في كفاية اصالة السلامة عن ذكر الأوصاف اعم، و لا من الشرع لعدم الدليل عليه ان السلامة من العيب الخاص متى ما كانت مقصودة (٣) على جهة الركينة للمال، كالحلاوة في الدبس و الرائحة في الجلاب و الحموضة في الخل و غير ذلك مما يذهب بذهابه معظم المالية، فلا بد في دفع الغرر من احراز السلامة من هذا العيب الناشئ من عدم هذه الصفات و حيث فرض عدم اعتبار اصالة السلامة.

و فيه ان ما يفسده الاختبار كما يفسد باختبار وصف صحته يفسد باختبار مراتب صحته فلا شهادة في هذا التخصيص على القصر بوصف السلامة.

(١) قوله و ان كان مذهبهم موافقا للحلى قد عرفت ان الاظهر ذلك فراجع.

(٢) قوله الا فيما إذا كان الشك في طرو المفسد قد عرفت انه لا بناء من العقلاء حتى في هذا المورد.

(٣) قوله ان السلامة من العيب الخاص متى ما كانت مقصودة محصل هذا التفصيل ان السلامة ان كان فواتها موجبا لفوات معظم المالية و كانت هي مقصودة على وجه الركينة لزم احرازها حين البيع و يبطل بدونه و لا يصح الاعتماد على اصالة السلامة- و ان لم تكن كذلك أى لم تكن مقومة للمالية فلا تكون متعلقة للغرض النوعي المعامل من العقلاء- لم يجب احرازها.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٥، ص: ١٢٤

فلا- بد من الاختبار أو الوصف أو الاعتقاد بوجودها، لأماره عرفية مغنية عن الاختبار و الوصف و متى ما كانت مقصودة لا على هذا الوجه لم تجب احرازها.

نعم لما كان الاطلاق منصرفا الى الصحيح (١) جاء الخيار عند تبين العيب، فالخيار من جهة الانصراف نظير انصراف الاطلاق الى النقد لا النسيئة و انصراف اطلاق الملك في المبيع الى غير مسلوب المنفعة مدة يعتد بها لا من جهة الاعتماد في احراز الصحة و البناء عليها على اصالة السلامة.

و بعبارة اخرى، الشك في بعض العيوب قد لا يستلزم الغرر، ككون الجارية ممن لا تحيض في سن الحيض، و مثل هذا لا يعتبر احراز السلامة عنه، و قد يستلزمه ككون الجارية خشي، و كون الدابة لا يستطيع المشى أو الركوب و الحمل عليه، و هذه مما يعتبر احراز السلامة عنها، و حيث فرض عدم احرازها بالاصل، فلا بد من الاختبار أو الوصف، هذا و يؤيد ما ذكرنا من التفصيل ان بعضهم كالمحقق في النافع و العلامة في القواعد عنوان المسألة بما كان المراد طعمه أو ريحه، هذا، و لكن الانصاف ان مطلق العيب (٢) إذا التفت إليه المشتري و شك فيه فلا بد في دفع الغرر من احراز السلامة عنه. اما بالاختبار و أما بالوصف و أما بالإطلاق إذا فرض قيامه



مقام الوصف. اما لاجل الانصراف. و أما لأصالة السلامة من غير تفرقة بين العيوب اصلا، فلا بد اما من كفاية الاطلاق في الكل للأصل و الانصراف.

و أما من عدم كفايته في الكل نظرا الى انه لا يندفع به الغرر الا إذا حصل منه الوثوق، حتى انه لو شك في ان هذا العبد صحيح أو انه اجزم لم يجز البناء على اصالة

(١) قوله نعم لما كان الاطلاق منصرفا الى الصحيح هذا دفع اعتراض مقدّر هو انه ما الوجه لثبوت الخيار على هذا التفصيل فانه في الصورة الاولى يبطل البيع و في الثانية يصح و لكن لا موجب له.

و حاصل الجواب ان وجه ثبوت الخيار في الصورة الثانية ليس من حيث الاعتماد على اصالة السلامة بل لاقتضاء اطلاق العقد- أي الشرط الضمني بالتقريب المتقدم ذلك.

(٢) قوله و لكن الانصاف ان مطلق العيب ... احراز السلامة عنه هذا هو الصحيح على ما تقدم.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٢٥

السلامة إذا لم يفد الوثوق، بل لا بد من الاختبار أو وصف كونه غير اجزم،

و هذا و ان كان لا- يخلو عن وجه الا انه مخالف لما يستفاد من كلماتهم في غير موضع من عدم وجوب اختبار غير ما يراد طعمه أو ريحه من حيث سلامته من العيوب و عدمها.

### مسألة: يجوز ابتياع ما يفسده الاختبار من دون اختبار (١) اجماعا

على الظاهر و الاقوى عدم اعتبار اشتراط الصحة في العقد، و كفاية الاعتماد على اصالة السلامة (٢) كما فيما لا يفسده الاختبار، خلافا لظاهر جماعة تقدم ذكرهم من اعتبار اشتراط الصحة

ثم انه في القسم الأول لو تبين فقد الوصف، فان كان الفاقد مما لا مالبية له بطل البيع،

لأنه حينئذ بنظر العرف الفاقد غير الواجد حقيقة، فما وقع عليه العقد لا واقع له، و ما له واقع لم يقع عليه العقد.

و بعبارة اخرى: مع عدم المالبية للمبيع لا يصدق عنوان البيع، و ان كان الفاقد معيبا و له مالبية ايضا صح البيع و ثبت خيار العيب.

و أما في القسم الثاني، فان كان البيع مع اشتراط وجود الوصف و لو ضمنا ثبت خيار تخلف الشرط، و ان كان مع الاختبار أو اخبار البائع لم يثبت الخيار، لا خيار تخلف الشرط لعدمه، و لا خيار الغبن لأن مورده زيادة القيمة السوقية أو نقصها، و لا خيار العيب لعدم كونه معيبا.

حكم شراء ما يفسده الاختبار

(١) قوله يجوز ابتياع ما يفسده الاختبار من دون اختيار محصل الكلام في المقام: ان الاوصاف التي تختلف المالبية باختلافها على قسمين:

الأول: ما يوجب فقده كون الفاقد غير صحيح.

الثاني: ما لا يوجب فقده ذلك بل يكون الواجد و الفاقد من مراتب الصحيح.

اما في الأول: فيجوز البيع مع التوصيف أو الاشتراط و لو بنحو الشرط الضمني كما تقدم فيما لا يفسده الاختبار، و لا يصح البيع بدون ذلك للزوم الغرر.



(٢) و أما الاعتماد على اصالة السلامة فقد عرفت في المسألة المتقدمة ما فيه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٢٦

أو البراءة من العيوب (١) أو خصوص احدهما. وقد عرفت تأويل العلامة في المختلف لعبارتى المقنعة و النهاية الظاهرتين في ذلك و ارجاعهما الى ما اراده من قوله في القواعد جاز بيعه بشرط الصحة من انه مع الصحة يمضى البيع و لا معها يتخير المشتري و عرفت ان هذا التأويل مخالف للظاهر حتى ان قوله في القواعد ظاهر في اعتبار شرط الصحة. و لذا قال في جامع المقاصد: و كما يجوز بيعه بشرط الصحة يجوز بيعه مطلقا،

(١) و أما ما عن جماعة من الاكتفاء بالبراءة من العيوب،

فان كان المراد بها ما تقدم و هو براءة المبيع من العيوب.

فهو متين، الا انه يرجع الى اشتراط الصحة،

و ان كان المراد بها براءة البائع عن عهدة العيوب.

فرد عليه: ان ذلك يوجب الغرر المبطل للبيع، و لا وجه للقول بصحة البيع معه.

و أما في القسم الثاني: فان كان الوصف مما يمكن ضبطه و توصيفه اعتبر ذلك دفعا للغرر.

و الا جاز بيعه و ان لم يكن الوصف محرزا بلا اختبار للإجماع على عدم لزومه.

و الوجه في ذلك: اما انه لا يلزم الغرر من جهة ان لهذه الأمور عند العرف مالمية معينة، و ان كان لو انكشف كونها واجدة للوصف

تصير مالميتها ازيد الا انه ما لم ينكشف ذلك يكون لها مقدار معين من المالمية،

أو لأنه على فرض لزوم الغرر السيرة القطعية المستمرة توجب تخصيص دليل الغرر «١».

و الظاهر ان نظر صاحب الجواهر قدس سره المدعى للسيرة على بيع ما يفسده الاختبار بمجرد المشاهدة الى هذا القسم،

و أما في القسم الأول فقد عرفت انه يمكن ان تكون السيرة من جهة البناء على السلامة بنحو الشرط الضمني.

(١) الوسائل - باب ٤٠ - من ابواب آداب التجارة حديث ٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٢٧

و كيف كان، فإذا تبين فساد البيع، (١) فإن كان قبل التصرف فيه بالكسر و نحوه، فإن كان لفاسده قيمة كبيض النعامة و الجوز تخير

بين الرد و الارش، و لو فرض بلوغ الفساد الى حيث لا يعد الفاسد من افراد ذلك الجنس عرفا كالجوز الأجوف الذي لا يصلح الا

للأحراق، فيحتمل قويا بطلان البيع ان لم يكن لفاسده قيمة تبين بطلان البيع لوقوعه على ما ليس بتمول، و ان كان تبين الفساد بعد

الكسر ففي الأول تبين الارش خاصة لمكان التصرف، و يظهر من المبسوط قول بأنه لو كان تصرفه على قدر يستعلم فيه فساد المبيع لم

يسقط الرد، و المراد بالارش تفاوت ما بين صحيحه و فاسده الغير المكسور، لان الكسر نقص حصل في يد المشتري، و منه يعلم ثبوت

الارش ايضا و لو لم يكن لمكسوره قيمة، لأن العبرة في التمول بالفاسد الغير المكسور، و لا عبرة بخروجه بالكسر عن التمول، و يبطل

البيع في الثاني

(١) قوله و كيف كان فإذا تبين فساد البيع و محصل الكلام في المقام: انه ان كان تبين الفساد قبل التصرف بالكسر و نحوه،

فربما يكون للفاسد مقدار من المالمية، و لكنه اقل من مقدار الصحيح. و ربما لا تكون له المالمية.

فان كان له مقدار من المالمية، فان كان الفاسد بنظر العرف غير الصحيح كالجوز الأجوف الذي لا يصلح الا للأحراق، لا إشكال في

فساد البيع، فان ما وقع عليه العقد غير موجود، و الموجود لم يقع عليه العقد.

و بعبارة اخرى: ما قصد لا واقع له، و ما له واقع لم يقصد، و ان كان ذلك معيب الصحيح صح البيع و ثبت خيار العيب، و ان لم تكن له مالىة بطل البيع لتقومه بتبديل المال.

و أما ان كان التبين بعد التصرف بالكسر و نحوه، فان كان للفساد مالىة و كان مع الصحيح بنظر العرف واحدا لا وجه لبطلان البيع، و يسقط خياره للتصرف، فيتعين عليه اخذ الارش. و لو كان التصرف الكسرى بالمقدار اللازم فى الاختبار، فهل يكون ذلك مانعا عن الرد او لا؟ وجهان،

لا يبعد اظهرية الثانى، فان البيع بشرط الصحة يتضمن شرط تقبل الرد بظهور العيب بالمقدار من الكسر المتوقف عليه الاختبار، و ليس المقام كسائر موارد خيار العيب الساقط فيها الخيار بالتصرف. و ان كان بنظر العرف مابيننا للصحيح بطل البيع

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٢٨

اعنى ما لم يكن لفساده قيمة وفاقا للمبسوط و السرائر.

و ظاهر من تأخر عنهما و ظاهرهم بطلان البيع من رأس، كما صرح به الشيخ و الحلى و العلامة فى التذكرة مستدلين بوقوعه على ما لا قيمة له كالحشرات و هو صريح جملة ممن تأخر عنهم و ظاهر آخرين عدا الشهيد فى الدروس، فإن ظاهره انفساخ البيع من حيث تبين الفساد لا من اصله، (١) و جعل الثانى احتمالا و نسبه الى ظاهر الجماعة، و لم يعلم وجه ما اختاره. و لذا نسب فى الروضة خلافه الى الوضوح و هو كذلك فإن الفاسد الواقعى ان لم يكن من الاموال الواقعية كان العقد عليه فاسدا لأن اشتراط تمويل العوضين واقعى لا علمى

و ان لم تكن للفساد مالىة، فالكلام فيه فى مواضع:

الأول: ان المبيع الفاسد الذى لا مالىة لمكسوره كالبيض هل له مالىة قبل الكسر من جهة ان العقلاء يبذلون بازائه المال رجاء للسلامة و ليس المال الا ما يبذل بازائه المال، ام ليس له مالىة نظرا الى ان المالىة تنتزع من كون الشىء موضوعا لأثر يميل العقلاء إليه و يكون موردا لرغبتهم؟ وجهان اقواهما الثانى، و عليه فيكون البيع فى الفرض باطلا من اصله من جهة انكشاف عدم المالىة. الثانى: انه على تقدير المالىة قبل الكسر.

(١) هل ينفسخ البيع من حين الكسر و تبين الفساد- كما عن الشهيد قدس سره نظرا الى ان الخروج عن المالىة بالكسر حيث انه لأمر سابق على العقد فيكون مضمونا على البائع ام لا ينفسخ من جهة ان الخروج عن المالىة ليس لأمر سابق و هو فساده فانه اوجب نقصا فى المالىة، ثم بالكسر ذهب المقدار الباقي فعلا، و جهان: اقواهما الثانى.

فان قلت: انه يمكن تصحيح كلام الشهيد قدس سره بان يقال: انه بالكسر يظهر العيب،

فحين الكسر يكون خيار العيب ثابتا قطعاً، و فى ذلك الحين يتلف المبيع فيكون تالفا فى زمان الخيار، فتشمله قاعدة التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له «١».

قلت: اولاً: ان الكسر اتلاف لا تلف، و القاعدة مختصة بالتلف.

و ثانياً انها مختصة بالخيارات الزمانية بانفسها، و خيار العيب ليس زمانياً بذاته

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

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٢٩

و ان كان من الاموال الواقعية، فإن لم يكن بينه و بين الصحيح تفاوت فى القيمة لم يكن هنا ارش و لارد (١) بل كان البيع لازماً و قد

تلف المبيع بعد قبضه و ان كان بينه و بين الصحيح الواقعي تفاوت فاللازم هو استرجاع نسبة تفاوت ما بين الصحيح و الفاسد من الثمن لا جميع الثمن.

اللهم الا- ان يقال انه مال واقعي الى حين تبين الفساد، فإذا سقط عن المالية لأمر سابق على العقد و هو فساد واقعا كان في ضمان البائع، فيفسخ البيع حينئذ بل يمكن ان يقال بعدم الانفساخ فيجوز له الامضاء، فيكون المكسور ملكا له و ان خرج عن المالية بالكسر و حيث ان خروجه عن المالية لأمر سابق على العقد كان مضمونا على البائع، (٢) و تدارك هذا العيب اعني فوات المالية، لا يكون الا بدفع تمام الثمن،

لكن سيجيء ما فيه من مخالفة القواعد و الفتاوى. و فيه وضوح كون ماليته عرفا و شرعا من حيث الظاهر.

الثالث: انه على تقدير المالية قبل الكسر و عدم انفساخ البيع، هل يسترجع ما يوازي تمام الثمن، ام يسترجع تفاوت ما بين الصحيح و المعيب؟ وجهان:

اقواما الثاني، فان الموجب للأرش هو العيب الموجود حال البيع دون الحادث بعده.

و دعوى ان الحادث في زمان الخيار ايضا موجب له،

مندفعة بان الحادث بالإتلاف ليس موجبا له كما هو واضح.

(١) قوله لم يكن هنا رد و الارش عدم ثبوت الارش واضح لعدم التفاوت بين القيمتين و أما عدم ثبوت الرد فغير ظاهر فانه إذا اشتراه بشرط الصحة ثبت خيار تخلف الشرط.

(٢) قوله و حيث ان خروجه عن المالية لأمر سابق على العقد كان مضمونا ليس مراده بذلك ضمان المعاوضة كي يرد عليه بان لازمه انفساخ البيع و المفروض عدمه بل مراده ضمان الغرامة نظرا الى منشأ هذا العيب الحادث هو العيب السابق فالصحيح ان يورد عليه بان الكسر الموجب لنقص مقدار من المالية المشترك بين الصحيح و المعيب ليس منشؤه العيب السابق.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٣٠

و أما إذا انكشف الفساد حكم بعدم المالية الواقعية من اول الامر مع انه لو كان ما لا واقعا فالعيب حادث في ملك المشتري، فإن العلم مخرج له عن المالية لا كاشف فليس هذا عيبا مجهولا و لو سلم فهو كالارمد يعمى بعد الاثراء، و المريض يموت مع ان فوات المالية يعد تلفا لا عيبا، ثم ان فائدة الخلاف تظهر في ترتب آثار ملكية المشتري الثمن الى حين تبين الفساد، و عن الدروس و اللمعة انها تظهر في مئونة نقله (١) عن الموضع الذي اشتراه فيه إلى موضع اختباره، فعلى الأول على البائع و على الثاني على المشتري لوقوعه في ملكه، و في جامع المقاصد الذي يقتضيه النظر انه ليس له رجوع على البائع بها لانتفاء المقتضى و تبعه الشهيد الثاني قال لانه نقله بغير امره فلا- يتجه الرجوع عليه بها و كون المشتري هنا كجاهل استحقاق المبيع حيث رجع بما غرم انما يتجه مع الغرور و هو منفي هنا لاشتراكهما في الجهل، انتهى.

و اعترض عليه بأن الغرور لا- يختص بصورة علم الغار، و هنا قول ثالث نفى عنه البعد بعض الاساطين، و هو كونه على البائع على التقديرين و هو بعيد على تقدير الفسخ من حين تبين الفساد، هذا كله في مئونة النقل من موضع الاثراء الى موضع الكسر.

(١) قوله و عن الدروس و اللمعة انها تظهر في مئونة نقله الاقوال و الوجوه في المسألة ثلاثة الاول: ان المئونة على البائع مطلقا الثاني:

انها على المشتري كذلك الثالث: التفصيل بين القول بالانفساخ من حين التبين فعلى المشتري و بين القول

بانكشاف الفساد من الاول فعلى البائع و الاظهر انها على المشتري مطلقا الا مع صدق التغير فانه يرجع المشتري حينئذ

الى البائع لقاعدة الغرور- أو كون النقل بامر- اما رجوعه الى البائع في الموردين فواضح و أما عدم رجوعه في غيرهما فلعدم

الموجب له.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٣١

و أما مئونة نقله من موضع الكسر، لو وجب تفريره منه (١) لمطالبة مالكة،

أو لكونه مسجداً أو مشهداً، فإن كان المكسور مع عدم تموله ملكاً نظير حبة الحنطة:

فالظاهر انه على البائع على التقديرين، لأنه بعد الفسخ ملكه، و أما لو لم يكن قابلاً للتملك فلا يبعد مؤاخذه المشتري به و في رجوعه

على البائع ما تقدم في مئونة نقله الى موضع الكسر، ثم ان المحكى في الدروس عن الشيخ و اتباعه انه لو تبرأ البائع من العيب (٢) فيما

لا قيمة لمكسوره صح، قال: و يشكل انه اكل مال بالباطل،

و تبعه الشهيد و المحقق الثانيان

(١) قوله و أما مئونة نقله من موضع الكسر تارة يكون لزوم النقل لحق البائع من جهة ان المكسور ماله و متعلق حقه- و اخرى- يكون

لحق الله تعالى كما إذا كان في المسجد و كان بقاءه فيه موجبا لهتكه اما في الاول فمئونة الرد على المشتري الا إذا كانت المئونة زائدة

عما يقتضيه طبعاً رد المال: فانه إذا كانت المئونة بمقدار ما يقتضيه طبعاً رد المال لا محالة يكون دليل وجوب الرد اخص من حديث

لا ضرر فيخصص به- و ان كانت زائدة عليه كان مقتضى حديث «١» لا ضرر عدم وجوب البذل عليه و أما في الثاني فمئونة النقل

كأصل وجوبه تكون على عامة المسلمين و صيرورة المشتري سبباً لتوجيه التكليف لا توجب اختصاص التكليف به كما حققناه مفصلاً

في الجزء الاول من فقه الصادق في مبحث تنجيس المسجد.

(٢) قوله لو تبرأ البائع من العيب فيما لا- قيمة لمكسوره صح الظاهر ان مراد الشيخ و اتباعه انه مع الفراغ عن صحة البيع بالاطمينان

بالصحة و السلامة من الاختبار أو التوصيف أو غيرهما إذا تبرأ من العيوب ثم تبين الفساد بالكسر صح و ليس مراده تصحيح البيع

بالتبري حتى يورد عليه بان ذلك موجب للزوم الغرر المبطل- أو يوجه بان المراد اشتراط المشتري على البائع البراءة من العيوب.

و على ما ذكرناه فايراد الدروس عليهم بانه اكل للمال بالباطل انما يكون من جهة انكشاف عدم المالية له قبل الكسر أي حين البيع.

(١) الوسائل- باب ١٧- من ابواب الخيار حديث ٥-٤-٣.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٣٢

و قد تصدى بعض لتوجيه صحة اشتراء البراءة (١) بما حاصله منع بطلان البيع و ان استحق المشتري مجموع الثمن من باب الارش

المستوعب، فإن الارش غرامة اوجبها الشارع بسبب العيب، لانه جزء من الثمن استحق بسبب فوات ما قابله من الثمن، و لذا يسقط

بالاسقاط و لا يتعين على البائع الاعطاء من نفس الثمن ليسقط بالتبري و ليس هذا كاشتراط عدم المبيع في عقد البيع إذ المثلن يتحقق

على حسب معاملة العقلاء، و لم يعلم اعتبار ازيد من ذلك في صحة البيع، فمع فرض رضاه بذلك يكون قادماً على بذل ماله على هذا

النحو.

نعم لو لم يشترط استحق الرجوع بالارش المستوعب، و لعله لذا لم يعبروا بالبطلان و ان ذكر المحقق و غيره الرجوع بالثمن، و فهم منه

جماعة بطلان البيع، لكنه قد يمنع بعدم خروجه عن المالية و ان لم يكن له قيمة و هو اعم من بطلان البيع، انتهى محصله و فيه مواقع

للنظر فإن المتعرضين للمسألة بين مصرح بطلان البيع، كالشيخ في المبسوط و الحل في السرائر و العلامة في التذكرة، معللين ذلك

بأنه لا- يجوز بيع ما لا- قيمة له، و بين من صرح برجوع المشتري بتمام الثمن الظاهر في البطلان، فإن الرجوع بعين الثمن لا يعقل من

دون البطلان، و يكفي في ذلك ما تقدم من الدروس من ان ظاهر الجماعة البطلان، من اول الأمر، و اختار قدس سره الانفساخ من

حين تبين الفساد،

فعلم ان لا قول بالصحة مع الأرش،

(١) قوله و قد تصدى بعض لتوجيه صحة اشتراء البراءة المتصدى للتوجيه هو صاحب الجواهر قدس سره و يرد عليه. انه ان اراد بذلك عدم اعتبار المايه الواقعيه و انه يكفي المايه الظاهريه في صحه البيع - ففيه - ان البيع اذا كان هو تبديل المايين فمع عدم المايه الواقعيه يتعين البناء على الفساد الواقعي و ان اراد ان ما لا قيمه لمكسوره يكون ما لا واقعا قبل الكسر - ففيه - ما تقدم في اوائل هذه المسأله.

و ان اراد كفايه المكيه في صحه البيع و لا يعتبر المايه - ففيه - ما تقدم في الجزء الاول من هذا الشرح في مسأله بيع ما لا منفعة له و عرفت انه لا تصدق عناوين المعاملات مع عدم المايه.

و ان اراد انه من حيث كونه محكوما بالارش المستوعب فهو ذو مايه على أى تقدير - ففيه - ان الارش لا يوجب صيروره المبيع مالا. /١٣٣

منهاج الفقاهه (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٣٣

بل ظاهر العلامه رحمه الله في التذكرة عدم هذا القول بين المسلمين حيث انه بعد حكمه بفساد البيع معللا بوقوع العقد على ما لا قيمه له، و حكاية ذلك عن بعض الشافعية قال، و قال بعضهم بفساد البيع لا لهذه العلة، بل لأن الرد ثبت على سبيل استدراك الظلامه، (١) و كما يرجع بجزء من الثمن عند انتقاص جزء من المبيع كذلك يرجع بكل الثمن عند فوات كل المبيع و يظهر فائده الخلاف في ان القشور الباقيه بمن يختص، حتى يجب عليه تطهير الموضع عنها، انتهى.

هذا مع انه لا مجال للتأمل في البطلان بناء على ما ذكرنا من القطع بأن الحكم بماليه المبيع هنا شرعا و عرفا حكم ظاهري، و تمول العوضين واقعا شرط واقعي لا علمي، و لذا لم يتأمل ذو مسكه في بطلان بيع من بان حرا أو ما بان خمرا (٢) و غير ذلك إذ انكشاف فقد العوض مشترك بينهما، ثم ان الجمع بين عدم خروجه عن المايه و بين عدم القيمه لمكسوره مما لم يفهم. (٣) فلعله اراد المكيه مضافا الى ان الارش المستوعب للثمن لا يخلو تصوره عن اشكال، لأن الأرش كما صرحوا به تفاوت ما بين قيمتي الصحيح و المعيب. نعم ذكر العلامه في التذكرة و التحرير و القواعد ان المشتري للعبء الجاني عمدا يتخير مع الجهل بين الفسخ فيسترد الثمن أو طلب الارش، فإن استوعب الجنايه القيمه كان الارش جميع الثمن ايضا

(١) قوله على سبيل استدراك الظلامه الظلامه هي ما للمظلوم عند الظالم و استدراكها تداركها اما باسترجاع عين ما يكون عنده أو باداء ما يماثله.

(٢) قوله و لذا لم يتأمل ذو مسكه في بطلان بيع من بان حرا الفرق بين المقام و بين بيع الحر و الخمر بعد اشتراكهما في عدم المايه: ان الحر و الخمر ليسا ملكين بخلاف المبيع في المقام.

(٣) قوله ثم ان الجمع بين عدم خروجه عن المايه و بين عدم القيمه لمكسوره مما لم يفهم يمكن الجمع بينهما ان كان المراد عدم الخروج عن المايه قبل الكسر كما تقدم - نعم لا يمكن الجمع بينهما ان لوحظا في حال واحد.

منهاج الفقاهه (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٣٤

و قد تصدى جامع المقاصد لتوجيه عبارة القواعد في هذا المقام بما لا يخلو عن بعد فراجع، و كيف كان فلا اجد وجهها لما ذكره، و اضعف من ذلك ما ذكره بعض آخر من منع حكم الشيخ و اتباعه بصحة البيع و اشتراط البائع على المشتري البراءة من العيوب، و زعم ان معنى اشتراط البراءة في كلامهم اشتراط المشتري على البائع البراءة من العيوب، فيكون مرادفا لاشتراط الصحة، و انت خبير بفساد ذلك، بعد ملاحظه عبارة الشيخ و الاتباع. فإن كلامهم ظاهر أو صريح في ان المراد براءة البائع من العيوب لا المشتري. نعم لم

اجد في كلام الشيخين و المحكى عن غيرهما تعرضا لذكر هذا الشرط في خصوص ما لا قيمة لمكسوره، ثم انه ربما يستشكل في جواز اشتراط البراءة من العيوب (١) الغير المخرجة عن المايئة أيضا بلزوم الغرر، فإن بيع ما لا يعلم صحته، و فساده لا يجوز الا بناء على اصالة الصحة، و اشتراط البراءة كان بمنزلة البيع من غير اعتداد بوجود العيوب و عدمها، و قد صرح العلامة و جماعة بفساد العقد لو اشترط سقوط خيار الرؤية في العين الغائبة، و سيجيء توضيحه في باب الخيارات انشاء الله.

### مسألة: المشهور من غير خلاف يذكر جواز بيع المسك في فأرة (٢)

و الفأر بالهمزة قيل جميع فأرة كتمر و تمره.  
و عن النهاية انه قد لا يهزم تخفيفا و مستند الحكم العمومات (٣) الغير المزاحمة بما يصلح

(١) قوله ثم انه ربما يستشكل في جواز اشتراط البراءة من العيوب. بلزوم الغرر لا إشكال فيه إذا كان الاشتراط بعد كون البيع صحيحا غير غررى لعدم الجهل به و الاطلاع على حاله بالاختبار و نحوه- و كان الغرض منه دفع الالتزام بالعيوب إذا ظهر الخطأ- نعم- يصح هذا الاشكال لو كان الاشتراط مع الجهل بالمبيع لدفع الغرر فانه يوجب و لا يرفعه.

بيع المسك في الفأرة

(٢) قوله المشهور من غير خلاف يذكر جواز بيع المسك في فأرة.

(٣) مقتضى العمومات و السيرة جواز بيع ذلك ١٣٥

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٣٥

للتخصيص عدا توهم النجاسة (١) المنذغ في باب النجاسات بالنص و الاجماع (٢) أو توهم جهالته بناء على ما تقدم من احتمال عدم العبرة باصالة الصحة في دفع الغرر و يندفع بما تقدم من بناء العرف على الاصل في نفي الفساد (٣)  
و بناء الاصحاب على عدم التزام الاختبار في الاوصاف التي تدور معها الصحة لكنك خبير بأن هذا كله حسن لدفع الغرر الحاصل من احتمال الفساد. و أما الغرر من جهة تفاوت افراد الصحيح الذي لا يعلم الا بالاختبار فلا رافع له. نعم قد روى في التذكرة مرسلًا عن الصادق عليه السلام جواز بيعه لكن لم يعلم ارادة ما في الفأرة، و كيف كان. فإذا فرض انه ليس له اوصاف خارجية يعرف بها الوصف الذي له دخل في القيمة، فالاحوط ما ذكروه من فتقه يادخال خيط فيها بابر، ثم اخراجه و شمه

و استدل لعدم الجواز بوجهين:

(١) احدهما: أنه دم و لا يجوز بيع النجس.

(٢) و اجاب عنه المصنف قدس سره: بانه ليس بنجس للنص «١» و الإجماع.

و يمكن ان يجاب عنه- مضافا الى ذلك بوجهين:-

احدهما: عدم كونه نجسا اما للاستحالة- فتدبر- أو لان المادة من اصلها ليست مادة دم بل هي جرم خاص.

ثانيهما: انه لا دليل على بطلان بيع الدم الذي ينتفع به منفعه محللة معتد بها، كما تقدم تفصيل القول في ذلك في الجزء الاول من هذا الشرح.

الثاني: انه مجهول و لا يجوز بيع المجهول كما تقدم.

و فيه: انه تارة يحتمل الفساد، و اخرى لا يحتمل ذلك، و يكون الفاقد لوصف محتمل من مراتب الصحيح اما في الصورة الاولى فقد

افاد المصنف قدس سره.

(٣) ان بناء العرف على اصاله الصحة في نفى الفساد- وقد تقدم ما في ذلك في المسألة السابقة و الحق انه مع اخبار البائع بالسلامة ان كان مؤتمنا أو اشتراط الصحة و لو

(١) الوسائل- باب ٤٣- من ابواب لباس المصلى- و باب ٩٥ و ٩٧- من ابواب آداب الحمام.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٣٦

ثم لو شمه و لم يرض به فهل يضمن هذا النقص الداخل عليه من جهة الفتق لو فرض حصوله فيه، و لو بكونه جزءا اخيرا لسبب النقص بأن فتق قبله بإدخال الخيط و الابرة مرارا وجهه، مبنى على ضمان النقص في المقبوض بالسوم، (١) فالاولى ان يباشر البائع ذلك فيشم المشتري الخيط، ثم ان الظاهر من العلامة عدم جواز بيع اللؤلؤ في الصدف (٢) و هو كذلك، و صرح بعدم جواز بيع البيض في بطن الدجاج للجهالة و هو حسن، إذا لم يعرف لذلك الدجاج فرد معتاد من البيض من حيث الكبر و الصغر.

بالشرط الضمني يصح البيع لارتفاع الغرر.

اما بالاول فلما «١» دل على حجية خبر الواحد في الموضوعات و ما دل «٢» على كفاية اخبار البائع بالكيل أو الوزن ان كان مؤتمنا بعد الغاء خصوصية المورد.

و أما بالثاني فلما تقدم في المسألة السابقة- و بدون ذلك لا يكون البيع صحيحا للغرر و أما في الصورة الثانية فان لم تختلف القيمة باختلاف الاوصاف صح البيع بلا كلام لعدم الغرر و ان كان يختلف به القيمة فيصح مع اخبار البائع أو الاشتراط و لو ضمنا و بدونه يحتمل الوجهان وجه البطلان لزوم الغرر وجه الصحة سيرة المتشرعة من التجار و غيرهم على البيع بدون الاختبار و الاحوط ان يختبر بفتقهما بادخال خيط فيها بارة ثم اخراجه و شمه.

(١) قوله وجهه مبنى على ضمان النقص في المقبوض بالسوم و فيه انه يمكن القول بعدم الضمان و ان قلنا بالضمان في تلك المسألة: فان المشتري ان اختبر مع اذن البائع كان ظاهر ذلك هو المجانية و عدم ضمان النقص و هذا بخلاف المقبوض بالسوم.  
(٢) قوله عدم جواز بيع اللؤلؤ في الصدف.

الاشكال في بيع اللؤلؤ انما يكون من جهتين- الاولى- من جهة الجهل بالوجود- الثانية- من جهة الجهل بالصفة و انما يصح البيع مع التعارف إذا ارتفع الجهل من الجهتين للتعارف- و الا فلا يصح-

(١) الحجرات: ٦.

(٢) الوسائل- باب ٥- من ابواب عقد البيع.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٣٧

### مسألة: لا فرق في عدم جواز بيع المجهول بين ضم معلوم إليه و عدمه، (١)

لأن ضم المعلوم إليه لا- يخرج عن الجهالة، فيكون المجموع مجهولا، إذ لا- نغنى بالمجهول ما كان كل جزء جزء منه مجهولا، و يتفرع على ذلك انه لا يجوز بيع سمك الآجام و لو كان مملوكا لجهالته و ان ضم إليه القصب أو غيره، و لا اللبن في الضرع و لو ضم إليه ما يحلب منه أو غيره على المشهور، كما في الروضة و عن الحدائق: و خص المنع جماعة بما إذا كان المجهول مقصودا



بالاستقلال أو منضمًا إلى المعلوم، و جوزوا بيعه إذا كان تابعًا للمعلوم، و هو المحكى عن المختلف و شرح الإرشاد لفخر الإسلام و المقتصر،

و استحسنة المحقق و الشهيد الثانيان. و لعل المانعين لا يريدون الا ذلك، نظرا الى ان جهالة التابع لا يوجب الغرر، و لا صدق اسم المجهول على المبيع عرفا، حتى يندرج فى اطلاق ما دل من الاجماع على عدم جواز بيع المجهول. فإن اكثر المعلومات بعض اجزائها مجهول، خلافا للشيخ فى النهاية، و ابن حمزة فى الوسيلة، و المحكى عن الاسكافى و القاضى، بل فى مفتاح الكرامة ان الحاصل من التبع ان المشهور بين المتقدمين هو الصحة، بل عن الخلاف و الغنية الإجماع فى مسألة السمك، و اختاره من المتأخرين المحقق الأردبيلى و صاحب الكفاية و المحدث العاملى و المحدث الكاشانى. و حكى عن ظاهر غاية المراد و صريح حواشيه على القواعد

بيع المجهول منضمًا إلى المعلوم

(١) قوله لا فرق فى عدم جواز بيع المجهول بين ضم معلوم إليه و عدمه الأقوال فى المسألة- اى فى بيع المجهول مع الضميمة- ثلاثة: احدها: الجواز مطلقا، ذهب إليه السيد فى محكى الانتصار. الثانى: ما هو المشهور بين الأصحاب و هو عدم الجواز كذلك. الثالث: ما عن المختلف و شرح الارشاد و غيرهما، و هو التفصيل بين ما إذا كان المجهول تابعًا للمعلوم فيصح البيع، و بين ما إذا لم يكن كذلك فيبطل.

و الحق يقتضى البحث فى موضعين:

الأول: فيما تقتضيه النصوص الخاصة

منهاج الفقيه (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٣٨

و حجتهم على ذلك الاخبار المستفيضة الواردة فى مسألتى السمك و اللبن و غيرهما.

ففى مرسله البنزطى التى إرسالها كوجود سهل فيها سهل، (١) عن أبى عبد الله عليه السلام قال: إذا كانت أجمه ليس فيها قصب اخرج شيئا من سمك فباع «فباع» و ما فى الأجمه.

و رواية معاوية بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام لا بأس بأن يشتري الآجام إذا كان فيها قصب، و المراد شراء ما فيها بقريته الرواية السابقة و اللاحقة. (٢) و رواية أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام فى شراء الأجمه ليس فيها قصب انما هى ماء، قال يصيد كفا من سمك تقول اشترى منك هذا السمك، و ما فى هذه الأجمه بكذا و كذا.

الثانى فيما تقتضيه القواعد اما الموضوع الاول فملخص القول فيه، ان بعض النصوص يدل على انه يصح بيع مجهول الصفة مع الضميمة، كمرسل البنزطى «١» المذكور فى المتن.

(١) قوله التى ارسالها كوجود سهل فيها سهل اما كون ارسالها سهلا فلان المرسل هو البنزطى الذى لا يرسل الا عن ثقة و من اصحاب الاجماع و أما كون وجود سهل سهلا، فلان الاظهر عند جماعة الاعتماد على رواياته منهم الوحيد و نحوه خبر أبى بصير «٢» المذكور فى المتن، فانهما ظاهر ان فى صحة بيع المجهول من حيث المقدار بضمه الى المعلوم ينحو الجزئية، و فى المتن ان رواية «٣» معاوية بن عمار المذكورة فيه من هذا القبيل قال.

(٢) و المراد شراء ما فيها بقريته الرواية السابقة و اللاحقة و فيه ان ظاهر الخبر شراء رقبه الارض مع ما فيها من القصب لا شراء السمك فهو اجنبى عن المقام و جملة من تلك النصوص تدل على صحة بيع مجهول الحصول مع الضميمة



(١) الوسائل - باب ١٢ - من ابواب عقد البيع حديث ٢.

(٢) نفس المصدر حديث ٦.

(٣) نفس المصدر حديث ٥.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٣٩

و موثقة سماعة عن ابي عبد الله عليه السلام كما في الفقيه، قال: سألته عن اللبن يشتري و هو في الضرع، قال: لا، الا ان يحلب لك في سكرجة، (١) فيقول: اشتر مني هذا اللبن الذي في الاسكرجة و ما في ضروعها بثمان مسمى، فإن لم يكن في الضرع شيء كان ما في الاسكرجة، و عليها تحمل صحيحة العيص بن القاسم قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل له نعم يبيع ألبانها بغير كيل، قال: نعم حتى تقطع أو شيء منها، بناء على ان المراد بيع اللبن الذي في الضرع بتمامه، (٢) أو يبيع شيء منه محلوب في الخارج، و ما بقي في الضرع بعد حلب شيء منه. و في الصحيح الى ابن محبوب عن ابي ابراهيم الكرخي قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام ما تقول في رجل اشترى من رجل اصواف مائة نعجة و ما في بطونها من حمل بكذا و كذا درهما، قال: لا بأس ان لم يكن في بطونها حمل كان رأس ماله في الصوف

كموثق سماعة «١» المذكور في المتن، فتأمل فانه قابل للحمل على الجهل بالوجود.

(١) قوله يحلب لك في سكرجة - الاسكرجة معرب سكره و هي بالفارسية وعاء متخذ من الطين يحلب فيه اللبن و صحيح العيص «٢» المذكور في المتن.

(٢) قوله بناء على ان المراد بيع اللبن الذي في الضرع بتمامه و فيه ان المراد بالانقطاع ان كان هو النقاد - فلا - تعرض فيه لاعتبار الضميمة إذ المراد حينئذ من قوله أو شيء منه يبيع بعض اللبن - و ان كان المراد به الانفصال من الضرع - و ان كان حينئذ المراد من قوله أو شيء منه انفصال بعض اللبن و يبيع منضمًا الى ما في الضرع الا ان الجزء السابق و هو يبيع جميعه مع الانفصال بيع المجهول و لم يعتبر فيه الضميمة فما هو ظاهر المتن من حمل الانقطاع على النقاد - و حمل أو شيء منه على حلب شيء من اللبن و ضمه الى ما في الضرع - تفكيك بين الجملتين و حمل لهما على معنيين لا تقابل بينهما اصلا. و بعضها يدل على ان بيع مجهول الوجود يصح مع الضميمة كصحيح الكرخي «٣» المذكور في المتن

(١) الوسائل - باب ٨ - من ابواب عقد البيع حديث ٢.

(٢) نفس المصدر حديث ١.

(٣) الوسائل - باب ١٠ - من ابواب عقد البيع حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٤٠

و موثقة اسماعيل بن الفضل الهاشمي عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل، يتقبل بخراج الرجال و جزية رءوسهم و خراج النخل و الشجر و الآجام و المصائد و السمك و الطير و هو لا يدري، لعله لا يكون شيء من هذا ابداً أو يكون، أو يشتريه و في اي زمان يشتريه و يتقبل به، قال عليه السلام إذا علم من ذلك شيئاً واحداً. انه قد ادرك فاشتره و تقبل به. و ظاهر الاخيرين كموثقة سماعة ان الضميمة المعلومه انما تنفع من حيث عدم الوثوق بحصول المبيع، لا - من حيث جهالته، فإن ما في الاسكرجة غير معلوم بالوزن و الكيل. و كذا المعلوم الحصول من الاشياء المذكورة في رواية الهاشمي، مع ان المشهور، كما عن الحدائق المنع عن بيع الأصواف

على ظهور الغنم، بل عن الخلاف عليه الاجماع، و القائلون بجوازه استدلووا برواية الكرخي، مع منعهم عن مضمونها من حيث ضم ما في البطون الى الاصواف، فتيين ان الرواية لم يقل أحد بظاهرها، (١) و مثلها في الخروج عن مسألة ضم المعلوم إلى المجهول، روايتنا أبي بصير و البنظي فإن الكف من السمك لا يجوز بيعه لكونه من الموزون. و لذا جعلوه من الربويات، و لا ينافي ذلك تجويز بيع سمك الآجام إذا كانت مشاهدة،

لاحتمال ان لا يعتبر الوزن في بيع الكثير منه كالذي لا يدخل في الوزن لكثرتة كزبرة الحديد بخلاف القليل منه. و أما رواية معاوية بن عمار فلا دلالة فيها على بيع السمك الا بقرينة روايتي ابي بصير و البنظي التي عرفت حالهما، فتأمل

حيث ان المفروض فيه الجهل بالوجود و نحوه موثق «١» اسماعيل المذكور في المتن.

(١) و اورد عليها: المصنف قدس سره: بانها متضمنة لجواز بيع المجهول مع ضمه الى مجهول آخر، إذ الأصواف على ظهر مائة نعجة في رواية الكرخي مجهولة بنفسها و لا يصح بيعها منفردة، و المستخرج و المتصيد من السمك اللذان تضمنهما مرسل البنظي و خبر ابي بصير غير معينين، و ما في الاسكرجة من اللبن غير معلوم الوزن، و على هذا فلم يفت احد بمضمونها فلا بد من رد علمها الى اهلها.

و فيه: ان اطلاقات النصوص واردة في مقام بيان شيء آخر و هو تصحيح بيع

(١) الوسائل - باب ١٢ - من ابواب عقد البيع حديث ٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٤١

ثم على تقدير الدلالة ان اريد انتزاع قاعدة منها و هي جواز ضم المجهول الى المعلوم و ان كان المعلوم غير مقصود، الا حيلة لجواز نقل المجهول، فلا دلالة فيها على ذلك، و لم يظهر من العاملين بها التزام هذه القاعدة، بل المعلوم من بعضهم بل كلهم خلافه فإننا نعلم من فتاواهم عدم التزامهم لجواز بيع كل مجهول من حيث الوصف أو التقدير بمجرد ضم شيء معلوم إليه، كما يشهد به تتبع كلماتهم، و ان اريد الاقتصار على مورد النصوص و هو بيع سمك الآجام و لبن الضرع و ما في البطون مع الاصواف فالامر سهل على تقدير الاعراض عن مخالفة هذه النصوص للقاعدة المجمع عليها بين الكل، من عدم جواز بيع المجهول مطلقا.

بقي الكلام في توضيح التفصيل المتقدم، و اصله من العلامة قال في القواعد في باب شرط العوضين: كل مجهول مقصود بالبيع لا يصح بيعه و ان انضم الى معلوم.

و يجوز مع الانضمام الى معلوم إذا كان تابعا، انتهى.

و ارتضى هذا التفصيل جماعة ممن تأخر عنه الا ان مرادهم من المقصود و التابع غير واضح و الذي يظهر من مواضع من القواعد و التذكرة: ان مراده بالتابع ما يشترط دخوله في البيع، (١) و بالمقصود ما كان جزء، قال في القواعد في باب الشرط في ضمن البيع:

المجهول لا تصحيح بيع الضميمة، فلا مورد للتمسك باطلاقها من هذه الجهة.

و بعبارة اخرى: ان النصوص انما سيقت لبيان انه يمكن تصحيح بيع المجهول بالضميمة و ليست في مقام بيان ما يعتبر في الضميمة، فلا يصح التمسك باطلاقها من تلك الجهة.

فالحق انها تدل على صحة بيع المجهول بالضميمة، و لكن لا تختص تلك بصورة كون المجهول تابعا، و تكون مختصة بموارد خاصة و ليست لها اطلاق أو عموم يتمسك به للتعدى عنها.

و أما الموضوع الاول: فان لم يكن المجهول تابعا لا كلام في البطلان للغرر.

و أما التابع فله معان:

(١) احدها: ما عن العلامة في القواعد و التذكرة، و هو: ان التابع ما اخذ شرطا

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٤٢

لو شرط ان الأمة حامل و الدابة كذلك صح، اما لو باع الدابة و حملها و الجارية و حملها، بطل لأن كلما لا يصح بيعه منفردا لا يصح جزء من المقصود و يصح تابعا، انتهى.

و في باب ما يندرج في المبيع قال: السادس العبد، و لا يتناول ماله الذي ملكه مولاه الا ان يستثنيه المشتري ان قلنا ان العبد يملك فينتقل الى المشتري مع العبد،

و كان جعله للمشتري ابقاء له على العبد، فيجوز ان يكون مجهولا- أو غائبا. اما إذا احلنا تملكه و باعه و ما معه صار جزء من المبيع، فيعتبر فيه شرائط البيع، انتهى.

و بمثل ذلك في الفرق بين جعل المال شرطا و بين جعله جزء صرح في التذكرة في فروع مسألة تملك العبد و عدمه معللا بكونه مع الشرط كماء الآبار و أخشاب السقوف.

و قال في التذكرة أيضا في باب شروط العوضين: لو باع الحمل مع امه جاز إجماعا.

و في موضع من باب الشرط في العقد: لو قال بعتك هذه الدابة و حملها لم يصح عندنا، لما تقدم من ان الحمل لا يصح جعله مستقلا بالشراء و لا جزء.

و قال ايضا: و لو باع الحامل و يشترط للمشتري الحمل، صح لأنه تابع كأساس الحيطان و ان لم يصح ضمه في البيع مع الام للفرق بين الجزء و التابع.

و قال في موضع آخر: لو قال بعتك هذه الشياء و ما في ضرعها من اللبن لم يجز عندنا، و قال في موضع آخر لو باع دجاجة ذات بيضة و شرطها صح، و ان جعلها جزء من المبيع لم يصح

في المبيع في مقابل ما جعل جزء منه، و عليه فعلى القول بالتفصيل لا فرق في الصحة في صورة الاشتراط بين ان يكون الشرط اصلا في الغرض أو تابعا، كما لا فرق في البطلان على الجزئية بين الصورتين.

و اورد على ذلك المحقق الثاني: بان هذا الفرق ليس بشيء لأن العبارة لا أثر لها.

و رده المحقق النائيني قدس سره: بان الجزء يقسط عليه الثمن، فإذا كان مجهولا يفسد البيع، و هذا بخلاف الشرط، فان الثمن يقع بازاء المشروط، و هو معلوم.

و فيه: تارة يكون الالتزام البيعي اجنبيا عن الالتزام الشرطي، و انما اخذ الاول

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٤٣

و هذه كلها صريحة في عدم جواز ضم المجهول على وجه الجزئية من غير فرق بين تعلق الغرض الداعي بالمعلوم أو المجهول. و قد ذكر هذا المحقق الثاني في جامع المقاصد في مسألة اشتراط دخول الزرع في بيع الأرض، قال: و ما قد يوجد في بعض الكلام من ان

المجهول ان جعل جزء من المبيع لا يصح و ان اشترط صح، و نحو ذلك،

فليس بشيء لأن العبارة لا أثر لها و المشروط محسوب من جملة المبيع، و لأنه لو باع الحمل و الأم صح البيع، و لا يتوقف على بيعها، و اشترطه انتهى.

و هو الظاهر من الشهيدين في اللعنة و الروضة حيث اشترط في مال العبد المشروط دخوله في بيعه استجماعه لشروط البيع، و قد صرح الشيخ في مسألة اشتراط مال العبد اعتبار العلم بمقدار المال، و عن الشهيد: لو اشتراه و ماله صح، و لم يشترط علمه و لا التفصي

من الربا ان قلنا انه يملك، و ان احلنا ملكه اشترط. قال فى الدروس: لو جعل الحمل جزءا من المبيع، فالاقوى الصحة، لأنه بمنزلة الاشتراط و لا يضر الجهالة لأنه تابع، انتهى.

و اختاره جامع المقاصد، ثم التابع فى كلام هؤلاء يحتمل ان يراد به ما يعد فى العرف تابعا، كالحمل مع الام، و اللبن مع الشاة، و البيض مع الدجاج، و مال العبد معه و الباغ فى الدار، و القصر فى البستان، و نحو ذلك (١) مما نسب البيع عرفا الى المتبوع لا إليهما معا و ان فرض تعلق الغرض الشخصى بكليهما فى بعض الاحيان، بل بالتابع خاصة، كما قد يتفق فى حمل بعض افراد الخيل.

ظرفا للثانى خاصة من جهة انه لا عبرة بالالتزام الابتدائى، كما لو كان الالتزام البيعى لزيد، و الشرطى لعمر و اخرى يكونان مرتبطين. اما فى الصورة الأولى: فيتم ما افاده المحقق النائنى قدس سره،

و لا يتم فى الثانية، فان المبيع و ان كان معلوما الا انه من جهة تفاوت مالىة المبيع بالعرض بوجود الشرط و عدمه لا محالة يلزم الغرر فيبطل لذلك.

(١) ثانيهما: ما يظهر من الشهيدين و المحقق الثانى، و هو: ان التابع هو ما يعد فى العرف من التوابع، كمفتاح الدار و حمل الام و البيض الذى فى جوف الدجاجة، و نحو تلكم.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٤٤

و هذا هو الظاهر من كلماتهم فى بعض المقامات، كما تقدم عن الدروس و جامع المقاصد، من صحة بيع الام و حملها، لأن الحمل تابع. قال فى جامع المقاصد فى شرح قوله المتقدم فى القواعد: و يجوز مع الانضمام الى معلوم إذا كان تابعا ان اطلاق العبارة يشمل ما إذا شرط حمل دابة فى بيع دابة اخرى، الا ان يقال التبعية انما تتحقق مع الأم، لأنه حينئذ بمنزلة بعض اجزائها و مثله زخرفة جدران البيت، انتهى.

و فى التمثيل نظر، لخروج زخرفة الجدران من محل الكلام فى المقام، إلا ان يريد مثال الاجزاء لامثال التابع، لكن هذا ينافى ما تقدم من اعتبارهم العلم فى مال العبد، وفاقا للشيخ رحمه الله مع ان مال العبد تابع عرفى، كما صرح به فى المختلف فى مسألة بيع العبد و اشتراط ماله، و يحتمل ان يكون مرادهم التابع بحسب قصد المتبايعين،

و هو ما يكون المقصود بالبيع غيره، و ان لم يكن تابعا عرفيا، كمن اشترى قصب الآجام و كان فيها قليل من السمك، أو اشترى سمك الآجام و كان فيها قليل من القصب، و هذا ايضا قد يكون كذلك بحسب النوع، و قد يكون كذلك بحسب الشخص، كمن اراد السمك القليل لأجل حاجه، لكن لم يتهيأ له شراؤه الا فى ضمن قصبه الاحمه، و الاول هو الظاهر من مواضع من المختلف منها فى بيع اللبن فى الضرع مع المحلوب منه، (١) حيث حمل رواية سماعه المتقدمه على ما إذا كان المحلوب يقارب الثمن و يصير اصلا، و الذى فى الضرع تابعا.

و على هذا ايضا لا نظر الى الغرض الشخصى أو النوعى.

و الأظهر فى التابع بهذا المعنى هو التفصيل بين ما لو جعل التابع جزء للمبيع، و بين ما لو اخذ شرطا. و فى الأول جهالته موجبه للغرر، و فى الثانى لا توجب ذلك. و الشاهد على هذا التفصيل هو اهل العرف، فانهم يفرقون فى صدق الغرر بين الموردين.

ثم ان التابع بهذا المعنى قسمان:

الأول: ما لا يدخل فى ملك المشتري لو لم يصرح فى العقد. الثانى: ما يكون بناء العرف و العقلاء على تبعيته فى الملكية للمبيع ما لم يصرح بخلافه. فتدبر حتى لا يختلط الموردان.

(١) ثالثها: ما يظهر من العلامة فى المختلف، و هو: ان المراد بالتابع ما يكون تابعا

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٤٥

وقال في مسألة بيع ما في بطون الانعام مع الضميمة و المعتمد ان نقول ان كان الحمل تابعا صح البيع، كما لو باعه الام و حملها، أو باعه ما يقصد مثله بمثل الثمن،

و ضم الحمل فهذا لا بأس به و إلا كان باطلا. و أما الاحتمال الثاني أعنى مراعاة الغرض الشخصى للمتبايعين، فلم نجد عليه شاهدا إلا ثبوت الغرر على تقدير تعلق الغرض الشخصى بالمجهول و انتفائه على تقدير تعلقه بالمعلوم، و يمكن تنزيل اطلاقات عبارات المختلف عليه، كما لا يخفى و ربما احتتمل بعض. بل استظهر ان مرادهم بكون المعلوم مقصودا و المجهول تابعا، كون المقصود بالبيع ذلك المعلوم، بمعنى الأقدام منهما و لو لتصحيح البيع على ان المبيع المقابل بالثمن هذا المعلوم الذى هو و ان سمي ضميمة لكنه المقصود فى تصحيح البيع (١) قال و لا ينافيه كون المقصود بالنسبة إلى الغرض ما فيه الغرر، نظير ما يستعمله بعض الناس فى التخلص من المخاصمة بعد ذلك فى الذى يراد بيعه لعارض من العوارض، بإيقاع العقد على شىء معين معلوم لا نزاع فيه، و جعل ذلك من التوابع و اللواحق، لما عقد عليه البيع، فلا يقدر حصوله و عدم حصوله كما أو ما إليه فى ضميمة الآبق و ضميمة الثمر على الشجر، و ضميمة ما فى الضروع و ما فى الآجام، انتهى.

ولا يخفى أنه لم يوجد عبارة من عبارتهم تقبل هذا الحمل، إلا أن يريد بالتابع جعل المجهول شرطا، و المعلوم مشروطا، فيريد ما تقدم عن القواعد و التذكرة، و لا أظن إرادة ذلك من كلامه

بالنسبة الى الغرض من المعاملة، سواء أ كان غرضا نوعيا أو شخصيا، مثل ما لو اراد شراء السرج و كان مالكة لا يبيعه بدون الفرس فاشترهما معا، فان الفرس تابع بهذا المعنى، و الظاهر ان جهالة التابع بهذا المعنى مضرة و موجبة للغرر.

(١) رابعها: ما يظهر من المحقق القمى و صاحب الجواهر، و هو: ان التابع ما هو كذلك فى الجعل و التبانى و ان كان هو المقصود بالأصالة و انما يجعل تبعا تخلصا عن الغرر، نظير ما يستعمله بعض الناس فى التخلص من المخاصمة بعد ذلك فى الذى يراد بيعه لعارض بإيقاع العقد على شىء معين معلوم لا نزاع فيه و يجعل ذلك من اللواحق. و الظاهر عدم كفاية ذلك، و الا لزم تجويز بيع كل مجهول.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٤٦

بقريته استشهاده بأخبار الضميمة فى المورد المتفرقة، و الأوفق بالقواعد ان يقال: أما الشرط و الجزء فلا فرق بينهما من حيث لزوم الغرر بالجهالة، و أما قصد المتبايعين بحسب الشخص. فالظاهر انه غير مؤثر فى الغرر وجودا و عدما، لأن الظاهر من حديث الغرر من كلماتهم عدم مدخلية قصد المتبايعين فى الموارد الشخصية، بل و كذلك قصدهما بحسب النوع على الوجه الذى ذكره فى المختلف من كون قيمة المعلوم تقارب الثمن المدفوع و للمجهول و اما التابع العرفى فالمجهول منه و ان خرج عن الغرر عرفا، الا ان المجعول منه جزء داخل ظاهرا فى معقد الاجماع على اشتراط العلم بالمبيع المتوقع على العلم بالمجموع. نعم لو كان الشرط تابعا عرفيا (١) خرج عن بيع الغرر و عن معقد الاجماع على اشتراط كون المبيع معلوما فيقتصر عليه، هذا كله فى التابع من حيث جعل المتبايعين. و أما التابع للمبيع الذى يندرج فى المبيع، و ان لم ينضم إليه حين العقد، و لم يخطر ببال المتبايعين. فالظاهر عدم الخلاف و الاشكال فى عدم اعتبار العلم به، الا إذا استلزم غررا فى نفس المبيع، إذ الكلام فى مسألة الضميمة من حيث الغرر الحاصل فى المجموع لا السارى من المجهول الى المعلوم، فافهم.

و ان شئت قلت ان الجهالة توجب غررية المعاملة، و مجرد البناء على كونه تابعا لا يوجب رفع الغرر.

(١) قوله نعم لو كان الشرط تابعا عرفيا خرج عن بيع الغرر محصله اعتبار التبعية فى مقام الوجود و فى مقام الجعل و الانشاء باخذه

شرطا لا جزء و قد مر ان هذا هو الاظهر.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٤٧

### مسألة: يجوز ان يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدار يحتمل الزيادة و النقيصة (١)

على المشهور، بل لا خلاف فيه في الجملة. بل عن فخر الإسلام التصريح بدعوى الاجماع قال: فيما حكى عنه: نص الاصحاب على انه يجوز الانذار للظروف بما يحتمل الزيادة و النقيصة، فقد استثنى من المبيع امر مجهول و استثناء المجهول مبطل للبيع، الا في هذه الصورة، فإنه لا يبطل اجماعا، انتهى.

و الظاهر ان اطلاق الاستثناء باعتبار خروجه عن المبيع و لو من اول الامر،

بل الاستثناء الحقيقي من المبيع يرجع الى هذا ايضا، ثم ان الاقوال في تفصيل المسألة ستة: (٢)

الأول: جواز الانذار بشرطين: كون المندر متعارف الانذار عند التجار و عدم العلم بزيادة ما يندره، و هو للنهائية و الوسيلة و عن غيرهما.

الثاني: عطف النقيصة على الزيادة في اعتبار عدم العلم بها و هو للتحريم.

الثالث: اعتبار العادة مطلقا و لو علم الزيادة أو النقيصة و مع عدم العادة فيما يحتملها و هو لظاهر اللمعة و صريح الروضة.

الرابع: التفصيل بين ما يحتمل الزيادة و النقيصة، فيجوز مطلقا، و ما علم الزيادة فالجواز بشرط التراضي.

الخامس: عطف العلم بالنقيصة على الزيادة. و هو للمحقق الثاني ناسبا له الى كل من لم يذكر النقيصة.

السادس: اناطة الحكم بالغرر.

#### الانذار للظروف

(١) قوله: يجوز ان يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدار يحتمل الزيادة و النقيصة هذا هو المشهور بين الاصحاب و عن فخر الاسلام دعوى الاجماع عليه.

(٢) و أما الاقوال التي نقله المصنف فهو كما افاده اقوال في تفصيل المسألة و الفرق بين هذه المسألة و المسألة الآتية واضح حيث ان محل البحث في تلك المسألة بيع المظروف مع ظرفه و محل البحث في المقام بيع المظروف بدون ظرفه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٤٨

ثم ان صورة المسألة ان يوزن مظروف مع ظرفه فيعلم انه عشرة ارباط، فإذا اريد بيع المظروف فقط كما هو المفروض و قلنا بكفاية العلم بوزن المجموع و عدم اعتبار العلم بوزن المبيع منفردا على ما هو مفروض المسألة و معقد الاجماع المتقدم، (١) فتارة يباع المظروف المذكور جملة بكذا. و حينئذ فلا يحتاج الى الانذار لأن الثمن و الثمن معلومان بالفرض، (٢) و اخرى يباع على وجه التسعير بأن يقول:

بعتكه كل رطل بدرهم، (٣) فيجىء مسألة الانذار للحاجة الى تعيين ما يستحقه البائع من الدراهم.

و يمكن ان يحزر المسألة على وجه آخر و هو انه بعد ما علم وزن الظرف و المظروف، و قلنا بعدم لزوم العلم بوزن المظروف منفردا، فانذار اي مقدر للظرف يجعل وزن المظروف في حكم المعلوم، و هل هو منوط بالمعتاد بين التجار، و التراضي أو بغير ذلك.

(١) قوله على ما هو مفروض المسألة و معقد الاجماع المتقدم و الظاهر كما سيأتى ان مورد فتوى المشهور هو الانذار بعد البيع لتعيين

ما يستحقه البائع لا الانداز حين البيع ولا يتوقف ذلك على القول بكفاية العلم بوزن المجموع و عدم اعتبار العلم بوزن المبيع منفردا كما عرفت فهذا ليس مفروض المسألة و لا معقد الاجماع.

و كيف كان فالكلام فى المقام يقع فى مقامين:

الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثانى: فيما يستفاد من النصوص.

اما المقام الأول: فملخص القول فيه: ان بيع المظروف يتصور على وجوه:

(٢) احدها: ان يوزن المظروف مع ظرفه فيباع المظروف جملةً بكذا و فى هذه الصورة لا يحتاج الى الانداز، و قد حكم المصنف رحمه الله بصحة بيعه بناء على كفاية العلم بوزن المجموع و عدم اعتبار العلم بوزن المبيع منفردا.

و لكن بناء على هذا و ان كان يتم ما افاده الا ان الكلام فى المبنى، إذ الدليل دل على اعتبار العلم بوزن المبيع، و فى المقام وزنه غير معلوم، و معلومية وزنه منضما الى شىء آخر لا تكفى. فالأظهر هو البطلان.

(٣) ثانيهما ان يوزن المظروف مع ظرفه ثم يباع المظروف على وجه التسعير  
منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٤٩

فالكلام فى تعيين المقدار المنذر، لأجل احراز شرط صحة بيع المظروف (١)

بعد قيام الاجماع على عدم لزوم العلم بوزنه، بالتقدير، أو بأخبار البائع، و إلى هذا الوجه ينظر بعض الاساطين حيث اناط المقدار المنذر بما لا يحصل معه غرر،

و اعترض على ما فى القواعد و مثلها من اعتبار التراضى فى جواز انداز ما يعلم زيادته، بأن التراضى لا يدفع غررا و لا يصحح عقدا، و تبعه فى ذلك بعض أتباعه،

و يمكن ان يستظهر هذا الوجه من عبارة الفخر المتقدمة حيث فرع استثناء المجهول من البيع على جواز الانداز، إذ على الوجه الأول يكون استثناء المجهول متفرعا على جواز بيع المظروف بدون الظرف المجهول، لا- على جواز انداز مقدار معين، إذ الانداز حينئذ لتعيين الثمن (٢) فتأمل:

و كيف كان فهذا الوجه مخالف لظاهر كلمات الباقيين فان جماعة منهم كما عرفت من الفاضلين و غيرهما خصوا اعتبار التراضى بصورة العلم بالمخالفة، فلو كان الانداز لا- حراز وزن المبيع و تصحيح العقد لكان معتبرا مطلقا، إذ لا معنى لإيقاع العقد على وزن مخصوص بثمن مخصوص من دون تراض، و قد صرح المحقق و الشهيد الثانيان فى وجه اعتبار التراضى مع العلم بالزيادة أو النقيصة بأن الانداز من دون التراضى تضييع لمال احدهما، و لا يخفى انه لو كان اعتبار الانداز قبل العقد لتصحيحه لم يتحقق تضييع المال لأن الثمن وقع فى العقد فى مقابل المظروف، سواء فرض زائدا أو ناقصا، هذا مع انه إذا فرض

بان يقول: بعته كل رطل بدرهم و الكلام فى هذه الصورة يقع فى جهتين:

(١) الأولى: فى انه هل يعتبر الانداز قبل العقد لتصحيح البيع ام لا.

(٢) الثانية: فى الانداز للحاجة الى تعيين ما يستحقه البائع من الدراهم اما الأولى: فقد تقدم الكلام فيها فى مسألة بيع صاع من صبرة، و عرفت ان الاظهر هو البطلان إذا كان وزنه بتمامه غير معلوم.

و أما الثانية: فالأظهر هو الاكتفاء بما تراضيا عليه لو بنينا على صحة البيع و ان الانداز فى هذا المقام لا يضر، فلو عين مقدارا للظرف و تراضيا عليه مع احتمال الزيادة و النقيصة

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٥٠



كون استقرار العادة على اندار مقدار معين يحتمل الزيادة و النقيصة، (١)

فالتراضى على الزائد عليه أو الناقص عنه يقينا لا يوجب غررا، بل يكون كاشتراط زيادة مقدار على المقدار المعلوم غير قادح فى صحة البيع، مثلا- لو كان المجموع عشرة ارطال، و كان المعتاد اسقاط رطل للظرف، فإذا تراضيا على ان يندر للظرف رطلان فكأنه شرط للمشتري ان لا يحسب عليه رطلا و لو تراضيا على اندار نصف رطل، فقد اشترط المشتري جعل ثمن تسعة ارطال و نصف ثمن للتسعة، فلا معنى للاعتراض على من قال باعتبار التراضى فى اندار ما علم زيادته أو نقيصته بأن التراضى لا يدفع غررا، و لا يصحح عقدا، و كيف كان. فالظاهر هو الوجه الأول، فيكون دخول هذه المسألة فى فروع مسألة تعيين العوضين من حيث تجوز بيع المظروف بدون ظرفه المجهول، كما عنون المسألة بذلك فى اللمعة، بل نسبة فى الحدائق إليهم لا من حيث اندار مقدار معين للظرف المجهول وقت العقد و التواطى على إيقاع العقد على الباقي بعد الإندار.

و ذكر المحقق اليرديلى رحمه الله فى تفسير عنوان المسألة، ان المراد انه يجوز بيع الموزون بأن يوزن مع ظرفه، ثم يسقط من المجموع مقدار الظرف تخمينا، بحيث يحتمل كونه مقدار الظرف لا- أزيد و لا- أنقص، بل و ان تفاوت لا يكون إلا بشيء يسير متساهل به عادة، ثم دفع ثمن الباقي مع الظرف الى البائع، انتهى.

لا اشكال فيه، إذ البيع على الفرض تام الأجزاء و الشرائط، و التراضى انما يكون فى مرحلة تسليم حق البائع، و فى هذا المقام كما له ان يبرى المشتري عن الثمن بتمامه أو بعضه،

كذلك له التراضى على مقدار معين و ابرائه عن الزيادة لو كان، و للمشتري ايضا ان يرضى بان يأخذ البائع اكثر مما يستحقه.

(١) قوله استقرار العادة على اندار مقدار معين يحتمل الزيادة و النقيصة هذا دفع لما اورده بعض الاساطين على من اكنفى بالتراضى فى اندار ما يعلم زيادته بان التراضى لا يدفع غرر أو حاصله انه لو فرض استقرار العادة على اندار مقدار معين فالتراضى على الزائد عليه أو الناقص يكون كاشتراط زيادة مقدار على المبيع غير قادح فى صحة البيع و لا يكون ذلك من الغرر فى شيء.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٥١

فظاهره الوجه الاول الذى ذكرنا حيث جوز البيع بمجرد وزن المظروف مع الظرف، و جعل الاندار لأجل تعيين الباقي الذى يجب عليه دفع ثمنه.

و فى الحدائق فى مقام الرد على من الحق النقيصة بالزيادة فى اعتبار عدم العلم بها، قال: ان الاندار حق للمشتري، لأنه قد اشترى مثلا مائة من من السمن فى هذه الظروف، فالواجب قيمة المائة المذكورة و له اسقاط ما يقابل الظروف من هذا الوزن، انتهى.

و هذا الكلام و ان كان مؤيدا لما استقر بناه فى تحرير المسألة، الا ان جعل الاندار حقا للمشتري و التمثيل بما ذكر لا يخلو عن نظر، فإن المشتري لم يشتر مائة من من السمن فى هذه الظروف، لأن التعبير بهذا من العلم بعدم كون ما فى هذه الظروف مائة من لغو، بل المبيع فى الحقيقة ما فى هذه الظروف التى هى مع المظروف مائة من،

فإن باعه بثمان مائة من معين فلا حاجة الى الاندار و لا حق للمشتري و ان اشتراه على وجه التسعير بقوله: كل من بكذا، فالاندار، انما يحتاج إليه لتعيين ما يستحقه البائع على المشتري من الثمن، فكيف يكون الواجب قيمة المائة كما ذكره المحدث.

و قد علم مما ذكرنا ان الإندار الذى هو عبارة عن تخمين الظرف الخارج عن المبيع بوزن، انما هو لتعيين حق البائع و ليس حقا للمشتري.

ثالثها: ان يوزن الظرف و المظروف ثم يندر مقدارا للظرف فيبيع المظروف بعد ذلك،

كما لو وزن المجموع و كان عشرة ارطال ثم اندر رطلين للظرف فباع المظروف الذى هو ثمانية ارطال تخمينا بعد الأندار بمبلغ معين.



وفي هذه الصورة إذا كان وزن الظرف من جهة الاعتقاد معلوماً واطمأن بان وزنه بالمقدار الذي اندر صحت البيع للاطمئنان بوزن المبيع، فلا جهالة ولا غرر، و لا يبطل البيع للجهالة والغرر. و التراضي لا يصحح البيع الغررى، كما ان معلومية وزن المجموع لا تكفى كما تقدم.

رابعها: ان يبيع مقدارا من المظروف الذى يعلم باشماله عليه، ثم فى مقام التسليم يوزن المظروف مع ظرفه ثم يندر مقدارا للظرف و يسلمه الى المشتري. و فى هذه الصورة يصح البيع، إذ لا- غرر و لا- جهالة. و أما فى مرحلة الوفاء فحكمها حكم الصورة الأولى- فراجع- هذا ما تقتضيه القواعد.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٥٢

و أما الأخبار (١) فمنها موثقة حنان، قال: سمعت معمر الزيات قال لأبى عبد الله عليه السلام انا نشترى الزيت فى زقاعة، فيحسب لنا النقصان لمكان الزقاق، فقال له ان كان يزيد و ينقص فلا بأس، و ان كان يزيد و لا ينقص فلا تقربه (٢) قيل: و ظاهره عدم اعتبار التراضي.

أقول المفروض فى السؤال هو التراضي، (٣) لأن الحاسب هو البائع أو وكيله و هما مختاران و المحسوب له هو المشتري و التحقيق ان مورد السؤال صحة الأندار مع إبقاء الزقاق للمشتري بلا- ثمن أو بثمان مغاير للمظروف، أو مع ردها الى البائع من دون وزن لها، فإن السؤال عن صحة جميع ذلك بعد الفراغ عن تراضى المتبايعين عليه، فلا- اطلاق فيه يعم صورة عدم التراضي و يؤيده النهى عن ارتكابه مع العلم بالزيادة، فإن المنهى عنه ليس ارتكابه بغير تراض، فافهم.

فالمتحصل منها: ان للأندار صورتين:

احدهما: الأندار بعد البيع و فى مقام الوفاء.

ثانيتها: الأندار فى ضمن المعاملة.

و فى الصورة الأولى: الأندار لا يضر بصحة المعاملة ان كانت صحيحة فى نفسها. ثم هو ان كان بما هو المعتاد الذى عليه بناء العرف و العقلاء لا يعتبر فيه التراضي، و الا اعتبر فيه ذلك.

و فى الصورة الثانية: ان كان بالمتعارف صح البيع، و الا بطل حتى مع التراضي.

(١) و أما بحسب الأخبار: فما ورد من النصوص فى المقام ثلاثة.

(٢) الاول موثق حنان «١» عن الامام الصادق عليه السلام المذكور فى المتن.

(٣) قوله المفروض فى السؤال هو التراضي لان الحاسب هو البائع أو وكيله كون الحاسب هو البائع لا يكون شاهد التراضي فانه ربما لا يرضى المشتري به و على أى حال فقد مر ظهور الخبر فى اعتبار التراضي.

(١) الوسائل - باب ٢٠- من ابواب عقد البيع و شروطه حديث ٤.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٥٣

فحينئذ لا يعارضها ما دل على صحة ذلك مع التراضي، مثل رواية على بن ابي حمزة قال سمعت معمر الزيات يسأل ابا عبد الله عليه السلام قال: جعلت فداك نظرح ظروف السمن و الزيت كل ظرف كذا و كذا رطلا، فربما زاد و ربما نقص، قال: إذا كان ذلك عن تراض منكم فلا بأس، (١) فإن الشرط فيه مسوق لبيان كفاية التراضي فى ذلك و عدم المانع منه شرعا فيشبه التراضي العلة التامة الغير المتوقفة على شىء،

و نحوه اشتراط التراضى فى خبر على بن جعفر المحكى عن قرب الاسناد عن اخيه موسى عليه السلام عن الرجل يشتري المتاع وزنا فى الناسية و الجوالق، فيقول: ادفع الناسية رطلا أو اكثر من ذلك أ يحل ذلك البيع؟ قال: إذا لم يعلم وزن الناسية و الجوالق فلا بأس، إذا تراضيا، (٢) ثم ان قوله ان كان يزيد و ينقص فى الرواية الاولى يحتمل ان يراد به الزيادة و النقيصة فى هذا المقدار المندر فى شخص المعاملة بمعنى زيادة مجموع ما اندر لمجموع الزقاق أو نقصانه عنه، أو بمعنى انه يزيد فى بعض الزقاق و ينقص فى بعض آخر، و ان يراد به الزيادة و النقيصة فى نوع المقدار المندر (٣) فى نوع هذه المعاملة، بحيث قد يتفق فى بعض المعاملات الزيادة و فى بعض اخرى النقيصة.

و هذا هو الذى فهمه فى النهاية، حيث اعتبر ان يكون ما يندر للظروف مما يزيد تارة و ينقص أخرى، و نحوه فى الوسيلة و يشهد للاحتمال الاول رجوع ضمير يزيد و ينقص الى مجموع النقصان المحسوب لمكان الزقاق، و للثانى عطف النقيصة على الزيادة بالواو الظاهر فى اجتماع نفس المتعاطفين لا احتمالهما، و للثالث ما ورد فى بعض الروايات (٤) من انه ربما يشتري الطعام من اهل السفينة ثم يكيه فيزيد.

قال عليه السلام: و ربما نقص، قلت: و ربما نقص، قال: فإذا نقص ردوا عليكم، قلت: لا، قال: لا بأس.

(١) الثانى خبر على بن حمزة «١» المذكور فى المتن.

(٢) الثالث خبر على بن جعفر عن اخيه عليه السلام المذكور فى المتن «٢».

(٣) قوله و ان يراد به الزيادة و النقيصة فى نوع المقدار المندر.

سيأتى ان هذا الاحتمال هو المتعين، و خبر على بن ابى حمزة صريح فى ذلك.

(٤) و أما الرواية التى استشهد بها لتعيين ارادة هذا الاحتمال فهى اجنبية عن مسألة الاندار.

(١) الوسائل - باب ٢٠ - من ابواب عقد البيع و شروطه حديث ٣-١

(٢) نفس المصدر حديث ٣.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٥٤

فيكون معنى الرواية انه إذا كان الذى يحسب لكم زائدا مرة و ناقصا اخرى، فلا بأس بما يحسب، و ان بلغ ما بلغ، و ان زاد دائما فلا يجوز الا بهبة أو ابراء من الثمن أو مع التراضى، بناء على عدم توقف الشق الأول عليه، و وقوع المحاسبة من السمسار بمقتضى العادة من غير اطلاق صاحب الزيت، و كيف كان فالذى يقوى فى النظر هو المشهور بين المتأخرين من جواز اندار ما يحتمل الزيادة و النقيصة، لأصالة عدم زيادة المبيع عليه و عدم استحقاق البائع ازيد مما يعطيه المشتري من الثمن، (١) لكن العمل بالأصل لا يوجب ذهاب حق احدهما عند انكشاف الحال.

(١) قوله لأصالة عدم زيادة المبيع عليه و عدم استحقاق البائع ازيد اورد عليه المحقق النائنى رحمه الله بانه بمفاد ليس التامة و ان كان صحيحا الا انه لا أثر له و بمفاد ليس الناقصة ليست له حالة سابقة و اجراء العدم المحمولى لترتيب آثار العدم النعتى مثبت يرد عليهما ان اصالة عدم زيادة المبيع عليه لا تجرى للعلم بعدم زيادة المبيع على ما فى الظرف من غير فرق بين الاندار حين البيع و الاندار بعده لان المفروض كون المبيع ما فى الظرف و يرد على المحقق النائنى رحمه الله - ان اصالة عدم استحقاق البائع ازيد مما يعطيه المشتري تجرى لا لإثبات كون ما يعطيه تمام ما يستحقه كى يقال انه مثبت بل لبراءة ذمته.

و تمام الكلام فى هذه الروايات بالبحث فى جهات الأولى: فى سندها.

فالأولان موثقان، و أما الثالث فليس في طريقه من لم يوثق الا عبد الله بن الحسن. ثم ان الغالب على الظن كون الأولين حاكين عن قضية واحدة، إذ من المستبعد سؤال الزيات عن ابي عبد الله عليه السلام مسألة واحدة مرتين. والله العالم.

الثانية: في ان موردها هو الانذار بعد البيع أو الأندار في ضمن المعاملة.

ظاهر قوله في موثق حنان فيحسب لنا النقصان ترتب حساب النقصان على الاثراء، فهو من الانذار بعد المعاملة لتسليم حق المشتري إليه و ان ابيت عن ذلك فلا اقل من احتمال في مقابل احتمال كون الفاء تفسيرية و بيانا لكيفية الاثراء، فلا يمكن استفادة حكم مخالف للقاعدة منه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٥٥

و أما مع العلم بالزيادة أو النقص، فإن كان هنا عادة تقتضيه كان العقد واقعا عليها مع علم المتبايعين بها، لعله مراد من لم يقيد بالعلم و مع الجهل بها أو عدمها، فلا يجوز الا مع التراضي، لسقوط حق من له الحق، سواء تواطئا على ذلك في متن العقد بأن قال: بعتك ما في هذه الظروف كل رطل بدرهم على ان يسقط لكل ظرف كذا، فهو هبة له، أو تراضيا عليه بعده باسقاط من الذمة أو هبة للعين.

هذا كله مع قطع النظر عن النصوص. و أما مع ملاحظتها، فالمعول عليه رواية حنان (١) المتقدمة

و أما خبر علي بن ابي حمزة فان كان متحدا مع خبر حنان فلا كلام، و الا فيمكن ان يقال انه مهمل من هذه الجهة.

و أما خبر علي بن جعفر فظاهر صدره من جهة ترتب فيقول ... الخ على اشتراء المتاع كون الانذار بعد البيع، و ما في ذيله أ يحل ذلك البيع قابل للحمل على ارادة حلية البيع بلازمه من حيث ان الانذار من توابع البيع المتعلق بما له ظرف و عليه فهذا الخبر ايضا ظاهر في الانذار بعد البيع، و قد مر أن جواز الانذار بعد البيع مما تقتضيه القواعد، فإذا ما تقتضيه القواعد و تدل عليه النصوص هو جواز الانذار بعد البيع الذي هو المتعارف من الانذار، و الظاهر ان ما هو المشهور بين الأصحاب ايضا ذلك. الثالثة: في القيود المعتبرة فيه.

ظاهر موثق حنان في بادئ النظر اعتبار احتمال الزيادة و النقصان، و ظاهر الأخيرين اعتبار التراضي.

و قد يقال في الجمع بين النصوص كما عن صاحب الجواهر رحمه الله: بانه يحمل الموثق على صورة العادة المقتضية للانذار بذلك المقدار، و لذا لم يعتبر فيه التراضي، و يحمل الخبرين الأخيرين على ما إذا لم تكن هناك عادة، و لذا اعتبر فيهما التراضي. و فيه: انه جمع تبرعى لا شاهد له.

(١) و قد يقال كما في المكاسب: ان المعول عليه رواية حنان و الظاهر انه لضعف سند الأخيرين أو ضعف سند الأخير و اتحاد الاول منهما مع الموثقة

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٥٦

الظاهرة في اعتبار الاعتياد من حيث ظهورها في كون حساب المقدار الخاص متعارفا، (١) و اعتبار عدم العلم بزيادة المحسوب عن الظروف بما لا يتسامح به في بيع كل مظروف بحسب حاله، و كان الشيخ رحمه الله في النهاية فهم ذلك من الرواية، فعبر بمضمونها كما هو دأبه في ذلك الكتاب و حيث ان ظاهر الرواية جواز الانذار واقعا، بمعنى عدم وقوعه مراعى بانكشاف الزيادة و النقص علمنا بها كذلك،

فيكون مرجع النهي عن ارتكاب ما علم بزيادته نظير ما ورد من النهي عن الشراء بالموازين الزائدة عما يتسامح به، فإن ذلك يحتاج الى هبة جديدة و لا يكفي اقباضها من حيث كونها حقا للمشتري، هذا كله مع تعارف اندار ذلك المقدار و عدم العلم بالزيادة. و أما

مع عدم القيد، فمع الشك في الزيادة و النقيصة و عدم العادة يجوز الأندار، لكن مراعى بعدم انكشاف أحد الامرين و معها يجوز بناء على انصراف العقد إليها، لكن فيه تأمل لو لم يبلغ حدا يكون كالشرط فى ضمن العقد، لأن هذا ليس من افراد المطلق حتى ينصرف بكون العادة صارفة له.

(١) و هى ظاهرة فى اعتبار الاعتياد من حيث ظهورها فى كون حساب المقدار الخاص متعارفا، و اعتبار عدم العلم بزيادة المحسوب عن الظروف بما لا يتسامح به فى بيع كل مظروف بحسب حاله. ما افاده رحمه الله من ان المعول عليه خصوص الموثق متين. و أما ما افاده من ان ظاهره كون حساب المقدار الخاص متعارفا، فيرد عليه: ان ظاهره كصريح خبر على بن ابي حمزة احتمال الزيادة و النقصان، و هذا لو لم يختص بصورة عدم التعارف لا يكون مختصا بصورة التعارف كما لا يخفى.

و الحق ان يقال: ان الزيادات حيث لم يكن سائلا عن معاملة شخصية بل كان سؤاله عن حكم ما هو شغله فلا محالة يكون المراد من قوله عليه السلام ان كان يزيد أو ينقص الزيادة و النقيصة فى نوع المقدار المندر فى نوع هذه المعاملة بحيث قد يتفق فى بعض المعاملات الزيادة و فى بعض آخر النقيصة الذى هو الاحتمال الثالث فى المتاجر فلا محالة يصير ذلك سببا لاحتمال الزيادة و النقيصة فى كل معاملة شخصية.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٥٧

ثم الظاهر ان الحكم المذكور غير مختص بظروف السمن و الزيت، بل يعم كل ظرف كما هو ظاهر معقد الاجماع المتقدم عن فخر الدين رحمه الله و عبارة النهاية و الوسيلة و الفاضلين و الشهيدين و المحقق الثانى رحمه الله، و يؤيده الرواية المتقدمة عن قرب الاسناد لكن لا- يبعد ان يراد بالظروف خصوص الوعاء المتعارف بيع الشئ فيه و عدم تفرغ منه كقوارير الجلاب و العطريات لا مطلق الظرف اللغوى اعنى الوعاء، و يحتمل العموم و هو ضعيف. نعم يقوى تعدية الحكم الى كل مصاحب للمبيع يتعارف ببيعه معه كالشمع فى الحلوى المصنوعة من الذهب و الفضة، و كذا المظروف الذى يقصد ظرفه بالشراء إذا كان وجوده فيه تبعا له كقليل من الدبس فى الزقاق.

و أما تعدية الحكم الى كل ما ضم الى المبيع مما لا يراد ببيعه معه فمما لا ينبغى احتمالاه.

### مسألة: يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه، (١)

و ان لم يعلم الا بوزن المجموع على المشهور، بل لم يوجد قائل بخلافه من الخاصة، إلا ما أرسله فى الروضة،

و نسب فى التذكرة الى بعض العامة استنادا الى ان وزن ما يباع وزنا غير معلوم،

و الظرف لا يباع وزنا، بل لو كان موزونا لم ينفع مع جهالة وزن كل واحد و اختلاف قيمتهما، فالغرر الحاصل فى بيع الجزاف حاصل هنا، و الذى يقتضيه النظر اما فيما نحن فيه مما جوز شرعا ببيعه منفردا عن الظرف مع جهالة وزنه، فالقطع بالجواز منضمنا إذ لم يحصل من الانضمام مانع و لا ارتفع شرط.

فمراده عليه السلام انه ان كان يحتمل الزيادة و النقيصة لا محالة يتراضيان. اما ان كان يحتمل خصوص الزيادة فقد لا يرضى المشتري فففيه بأس.

فالمتحصل منه: اعتبار التراضي لا غير، فيتحد مفاده مع الأخيرين.

فتحصل: انه لا يستفاد من النصوص غير ما يستفاد من القواعد.

بيع المظروف مع ظرفه

(١) قوله يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه و ان لم يعلم الا- بوزن المجموع تارة يكون كل من الظرف و المظروف مما يجوز بيعه منفردا إذا وزن المجموع

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٥٨

و أما في غيره من احد المنضمين اللذين لا يكفي في بيعه منفردا، معرفة وزن المجموع فالقطع بالمنع مع لزوم الغرر الشخصي، (١) كما لو باع سبيكة من ذهب مردد بين مائة مثقال و ألف مع وصله من رصاص قد بلغ وزنهما الفى مثقال. فإن الاقدام على هذا البيع اقدام على ما فيه خطر يستحق لأجله اللوم من العقلاء. (٢) و أما مع انتفاء الغرر الشخصي و انحصار المانع في النص الدال على لزوم الاعتبار بالكيل و الوزن و الاجماع المنعقد على بطلان البيع إذا كان المبيع مجهول المقدار في المكيل و الموزون، فالقطع بالجواز، لأن النص و الاجماع انما دل على لزوم اعتبار المبيع لا كل

جزء منه و لو كان احد الموزونين يجوز بيعه منفردا مع معرفة وزن المجموع دون الآخر كما لو فرضنا جواز بيع الفضة المحشى بالشمع و عدم جواز بيع الشمع كذلك،

فإن فرضنا الشمع تابعا لا يضر جهالته و إلا فلا،

و اخرى يكون كل منهما مما لا يجوز بيعه منفردا إذا وزن المجموع و ثالثه يكون احدهما يجوز بيعه منفردا مع معرفة وزن المجموع دون الآخر.

اما في الصورة الاولى فلا ينبغي التوقف في جواز بيعهما منضمًا إذا لمقتضى لصحة بيع المجموع موجود، و شرطه و هو العلم بوزن المبيع و مقدار الثمن متحقق، و المانع و هو الغرر مفقود.

و أما في الصورة الثانية فان كان قيمة كل منهما مساوية لقيمة الآخر فلا ريب في الجواز لعدم اعتبار العلم بوزن كل جزء من المبيع بل المعتبر العلم بوزن المجموع، و الغرر غير لازم و ان كانت القيمتان مختلفتين كما لو باع سبيكة من ذهب مردد بين مائة مثقال و الف مع وصله من رصاص قد بلغ وزنهما الفى مثقال.

(١) فقد اختار المصنف رحمه الله بطلان البيع في الفرض معللا.

(٢) بان الاقدام على هذا البيع اقدام على ما فيه خطر يستحق لاجله اللوم من العقلاء و لكن الاظهر هي الصحة- و ذلك يظهر بعد بيان مقدمتين الاولى: ان الغرر المبطل انما يكون متقوما بالجهل بالوجود أو بالمقدار أو بالصفة و أما الجهل بالقيمة فقط فلا يكون موجبا للغرر و لذا لو علم بوجود المبيع و وصفه و مقداره

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٥٩

ثم ان بيع المظروف مع الظرف يتصور على صور: (١)

احداها: ان يبيعه من ظرفه بعشرة مثلا (٢)، فيقسط الثمن على قيمتى كل من المظروف و الظرف لو احتيج الى التقسيط، فإذا قيل قيمة الظرف درهم و قيمة المظروف تسعة كان للظرف عشر الثمن.

الثانية: ان يبيعه مع ظرفه بكذا على ان كل رطل من المظروف بكذا، (٣)

فيحتاج الى اندار مقدار للظرف و يكون قيمة الظرف ما بقى بعد ذلك و هذا في معنى بيع كل منهما منفردا

و لم يعلم قيمته لا- يكون بيعه غرريا بل لو بيع الشيء باضعاف قيمته مع العلم لا يكون غرر و ان كان يلام المشتري على ذلك البيع الثانية: ان الغرر المدعى في المقام انما يكون من جهة الجهل بالقيمة و لذا لو كانت قيمة كل منهما مساوية لقيمة الآخر لم يكن توقف في الصحة- و على هذا- فالبيع في الفرض ليس غرريا و يكون صحيحا و لكن الانصاف هو البطلان في الفرضين من جهة الجهل بوصف المبيع فانه كما يلزم الغرر لو اشترى المررد بين الذهب و الرصاص و لو بقيمة الرصاص يلزم لو اشترى شيئا مركبا من المجموع مع الجهل بمقدار كل منهما.

و أما في الصورة الثالثة فان كان ما لا يجوز بيعه منفردا تبعا صح البيع و الا بطل على القول بالبطلان في الصورة الثانية كما لا يخفى.

(١) قوله ثم ان بيع المظروف مع الظرف يتصور على صور.

بيان الصور و احكامها انما هو لاجل الاحتياج الى استرجاع جزء من الثمن لو ظهر الظرف مستحقا للغير.

و كيف كان ففي المقام صور.

(٢) احداها ان يبيعه مع ظرفه بعشرة مثلا- و في هذه الصورة لا- ينظر الى نسبة الوزن بل يسترجع بحسب نسبة القيمة فلو كان وزن

الظرف نصف وزن المجموع و لكن كانت قيمته العشر يحسب الثمن اعشار الا بالمناصفة.

(٣) الثانية: ان يبيعه مع ظرفه بكذا على ان كل رطل من المظروف بكذا

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٦٠

الثالثة: ان يبيعه مع الظرف كل رطل بكذا على ان يكون التسعير للظرف و المظروف، (١) و طريقة التقسيط لو احتيج إليه كما في

المسالك ان يوزن الظرف منفردا و ينسب إلى الجملة، و يؤخذ له من الثمن بتلك النسبة، و تبعه على هذا غير واحد و مقتضاه انه لو

كان الظرف رطلين و المجموع عشرة اخذ له خمس الثمن،

و الوجه في ذلك ملاحظة الظرف و المظروف شيئا واحدا، حتى انه يجوز ان يفرض تمام الظرف كسرا مشاعا من المجموع ليساوى

ثمنه من المظروف. فالبيع كل رطل من هذا المجموع لا من المركب من الظرف و المظروف، (٢) لأنه إذا باع كل رطل من الظرف

و المظروف بدرهم مثلا وزع الدرهم على الرطل و المظروف بحسب قيمة مثلهما. فإذا كان قيمة خمس الرطل المذكور الذي هو وزن

الظرف الموجود فيه مساويا لقيمة اربعة الاخماس التي هي مقدار المظروف الموجود، فكيف يقسط الثمن عليه اخماسا.

و في هذه الصورة يندر مقدار للظرف ثم يسترجع من الثمن ما فضل من حساب كل رطل بكذا في المظروف بلا احتياج الى النظر الى

نسبة الوزن أو نسبة القيمة.

(١) الثالثة ان يبيعه مع الظرف كل رطل بكذا على ان يكون التسعير للظرف و المظروف و لهذه الصورة فرضان احدهما ان يلاحظ

ارطال المظروف و ارطال الظرف فيبيع جميع ارطالهما كل رطل بدرهم و في هذا الفرض يسترجع من الثمن بنسبة الوزن ثانيهما: ان

يلاحظ كل رطل ملفق من الظرف و المظروف بكذا و في هذا الفرض يسترجع من الثمن بنسبة القيمة كما في الصورة الاولى.

(٢) قوله فالبيع كل رطل من هذا المجموع لا من المركب من الظرف و المظروف الاول اشارة الى الفرض الاول، و الثاني الى الثاني

فتدبر.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٦١

### [تنبيهات البيع]

مسألة: [المعروف استحباب التفقه في مسائل التجارات]

## إشارة

المعروف بين الاصحاب تبعا لظاهر تعبير الشيخ بلفظ ينبغي استحباب التفقه في مسائل الحلال و الحرام المتعلقة بالتجارات ليعرف صحيح العقد من فاسده و يسلم من الربا. (١)

و عن إيضاح النافع انه قد يجب، و هو ظاهر عبارة الحدائق ايضا و كلام المفيد رحمه الله في المقنعة ايضا لا يأبى الوجوب لأنه بعد ذكر قوله تعالى: (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِيَعَارَةً عَنْ تَرَاضٍ).

و قوله تعالى: أَنْفِقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَلَا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ) قال فندب الى الانفاق من طيب الاكتساب، و نهى عن طلب الخبيث للمعيشة و الانفاق، فمن لم يعرف فرق ما بين الحلال من المكتسب و الحرام لم يكن مجتنباً للخبيث من الاعمال، و لا كان على ثقة في تفقه من طيب الاكتساب.

و قال تعالى: اَيْضًا: (ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا) فينبغي ان يعرف البيع المخالف للربا ليعلم بذلك ما احل الله و حرم من المتاجر و الاكتساب، و جاءت الرواية عن امير المؤمنين عليه السلام انه كان يقول من اتجر بغير علم فقد ارتطم في الربا، ثم ارتطم ثم قال: قال الصادق عليه السلام من اراد التجارة فليتفقه في دينه ليعلم بذلك ما يحل له مما يحرم عليه و من لم يتفقه في دينه ثم اتجر تورط في الشبهات، انتهى.

## التفقه في مسائل التجارات

(١) يشهد لوجوب التفقه في مسائل الحلال و الحرام المتعلقة بالتجارات، ما يدل على وجوب التعلم في الاحكام الشرعية و هي طائفتان الاولى: ما تضمن الامر بالتفقه و الحث و الترغيب على فعله و الادم على تركه كآية النفر «١» و النصوص الكثيرة «٢» الثانية: ما تضمن مؤاخذه الجاهل بفعل المعصية لترك التعلم لاحظ ما عن الامالى عن الامام الصادق عليه السلام عن قوله تعالى فله الحجة البالغة

(١) التوبة: ١٢٢

(٢) اصول الكافي ج ١ ص ٣٠ باب فرض العلم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٦٢

اقول: ظاهر كلامه رحمه الله الوجوب الا- ان تعبيره بلفظ ينبغي ربما يدعى ظهوره في الاستحباب، الا- ان الانصاف ان ظهوره ليس بحيث يعارض ظهور ما في كلامه في الوجوب من باب المقدمة، فإن معرفة الحلال و الحرام واجبة على كل احد بالنظر الى ما يتلى به من الامور، و ليس معرفة جميعها مما يتعلق بالإنسان و جوبها فورا دفعة،

بل عند الالتفات الى احتمال الحرمة في فعل يريد ان يفعله، أو عند ارادة الاقدام على افعال يعلم بوجود الحرام بينها، فإنه معاقب على ما يفعله من الحرام لو ترك التعلم،

و ان لم يلتفت عند فعله الى احتمال تحريمه، فإن التفاته السابق و علمه بعدم خلو ما يريد مزاولتها من الافعال من الحرام كاف في حسن العقاب، و الا لم يعاقب اكثر الجهال على اكثر المحرمات، لانهم يفعلونها و هم غير ملتفتين الى احتمال حرمتها عند الارتكاب.

فقال ان الله تعالى يقول للعبد يوم القيامة عبيدى أ كنت عالما فان قال نعم قال له أ فلا عملت بما علمت، و ان كان جاهلا قال له أ فلا

تعلمت حتى تعمل فيخصمه فتلك الحجة البالغة «١»



و اورد عليها المحقق العراقي باختصاصها بالتعلم الموجب للعلم بالواقع، و المطلوب اعم من ذلك و بانها ظاهرة في الارشاد الى حكم العقل بلزوم الفحص لاجل استقرار الجهل الموجب لعذره و يرد الاول ان الامارات قائمة مقام العلم و يرد الثاني انها ظاهرة في الارشاد الى حكمه بلزوم الفحص عما جعله الشارع،

و هذا ينفي كون وجوبه نفسيا، و بعبارة اخرى ان الخبر المذكور ظاهر في كونه في مقام افهام العبد بما يقال له هلا تعلمت و لو لم يكن وجوبه ارشاديا و كان نفسيا كان له ان يجيب بعدم علمه بوجوب التعلم، و بالجملة لا كلام في الواجبات المطلقة انما الكلام في وجوب التعلم إذا كان الواجب مشروطا بشرط غير حاصل، من جهة انه في ظرف امكان التعلم لم يثبت وجوب الواجب كى يجب تعلمه مقدمة له، و في ظرف حصول الشرط لا قدرة له على الامتثال

(١) تفسير الصافي ج ٢ ص ١٦٩- ذيل آيه ١٤٩ الانعام و نحوه في تفسير البرهان.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٦٣

و لذا اجمعنا على ان الكفار يعاقبون على الفروع، و قد ورد ذم الغافل المقصر في معصيته في غير واحد من الاخبار، ثم لو قلنا بعدم العقاب على فعل المحرم الواقعي الذي يفعله من غير شعور، كما هو ظاهر جماعته، تبعا للاردبيلي رحمه الله: من عدم العقاب على الحرام المجهول حرمة عن تقصير لقبح خطاب الغافل، فيقبح عقابه، لكن وجوب تحصيل العلم و ازالة الجهل واجب على هذا القول، كما اعترفوا به.

و تنقيح القول في ذلك و فيما هو مورد بحث المصنف في المقام بالبحث في موارد الاول: في ان التعلم هل هو واجب نفسى تهيبى كما اختاره المحقق الاردبيلي و تلميذه الفقيه صاحب المدارك ام يكون وجوبه وجوبا مقديما بملاك وجوب المقدمات المفوتة لكونه من متممات الخطاب بذى المقدمة كما اختاره المصنف و نسب الى المشهور ام يكون وجوبه ارشاديا ام يكون وجوبه طريقيا من قبيل وجوب الاحتياط في موارد لزومه كما اختاره المحقق النائيني الثاني: في انه هل يكون وجوب التعلم في باب المعاملات شرعيا كما اختاره المصنف في المتن ام لا فرق بين المعاملات و غيرها كما هو الحق.

الثالث إذا لم يمكن الجمع بين تعلم المسائل الواجب و كسب المعيشة إذا كان واجبا ايهما يقدم اما المورد الاول فقد اشرنا الى ان فيه مسالك اربعة احدها ان وجوبه نفسى تهيبى، و لازمه استحقاق العقاب على ترك التعلم و ان لم يؤد الى مخالفة الواقع ثانيها ان وجوبه مقدمى و لازمه استحقاق العقاب على ترك التعلم المؤدى الى مخالفة الواقع كما هو ظاهر المصنف ثالثها ان وجوبه طريقى من قبيل وجوب الاحتياط، و لازمه استحقاق العقاب على مخالفة الواقع رابعها: ان وجوبه ارشادى.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٦٤

و الحاصل ان التزام عدم عقاب الجاهل المقصر لا على فعل الحرام، و لا على ترك التعلم، الا إذا كان حين الفعل ملتفتا الى احتمال تحريمه لا يوجد له وجه، بعد ثبوت ادلة التحريم و وجوب طلب العلم على كل مسلم، و عدم تقييح عقاب من التفت الى وجود الحرام فى افراد البيع التى يزاولها تدريجا على ارتكاب الحرام فى هذا الاثناء، و ان لم يلتفت حين ارادة ذلك الحرام.

ثم ان المقام يزيد على غيره، بأن الاصل فى المعاملات الفساد، فالمكلف إذا اراد التجارة و بنى على التصرف فيما يحصل فى يده من اموال الناس على وجه العوضيه يحرم عليه ظاهرا الاقدام على كل تصرف منها بمقتضى اصالة عدم انتقاله إليه الا مع العلم بامضاء الشارع لتلك المعاملة، و يمكن ان يكون فى قوله عليه السلام: التاجر فاجر، و الفاجر فى النار الا من اخذ الحق و اعطى الحق اشارة الى هذا المعنى بناء على ان الخارج من العموم ليس إلا من علم بإعطاء الحق و أخذ الحق، فوجوب معرفة المعاملة الصحيحة فى هذا المقام شرعى، لنهى الشارع عن التصرف فى مال لم يعلم انتقاله إليه بناء على أصالة عدم انتقاله إليه، و فى غير هذا المقام عقلى

مقدمى لئلا يقع فى الحرام.

وقد استدلل المحقق الخراسانى لوجوبه قبل حصول شرط الوجوب بقوله، من باب استقلال العقل بتنفيذ الاحكام على الانام بمجرد قيام احتمالها الا مع الفحص والياس عن الظفر بالدليل على التكليف فيستقل بعده بالبراءة انتهى. وفيه: ان الاحتمال لا يزيد على العلم من حيث المنجزية للحكم، فكما ان العلم بالتكليف المشروط قبل حصول شرطه موجب للتنفيذ عند حصول الشرط مع بقاءه على شرائط فعليته و تنجزه عند حصول الشرط فلذا لا عقاب على مخالفته مع عروض الغفلة عند حصول شرطه، و لا- يجب ابقاء الالتفات العلمى و التحفظ على عدم النسيان كذلك الاحتمال انما يوجب التنجز فى وقته مع بقاءه على صفة الالتفات الى حين تنجز التكليف و لا يجب بقاءه بالتحفظ على عدم الغفلة المانعة عن الفحص عنه.

و أما الشيخ الانصارى رحمه الله فقد استدلل لما اختاره بما دل على وجوب المقدمات التى يترتب على تركها عدم القدرة على الواجب فى ظرفه، و سيأتى الكلام عليه عند بيان المختار.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٦٥

وكيف كان فالحكم باستحباب التفقه للتاجر محل نظر، بل الاولى وجوبه عليه عقلا و شرعا، و ان كان وجوب معرفة باقى المحرمات من باب العقل فقط، و يمكن توجيه كلامهم بارادة التفقه الكامل ليطلع على مسائل الربا الدقيقة و المعاملات الفاسدة كذلك. و يطلع على موارد الشبهة و المعاملات الغير الواضحة الصحة،

فيجتنب عنها فى العمل فإن القدر الواجب هو معرفة المسائل العامة البلوى، لا الفروع الفقهية المذكورة فى المعاملات، و يشهد للغاية الاولى قوله عليه السلام فى مقام تعليل وجوب التفقه: ان الربا اخفى من ديبب النملة على الصفا، و للغاية الثانية قول الصادق عليه السلام فى الرواية المتقدمة: من لم يتفقه ثم اتجر تورط فى الشبهات، لكن ظاهر صدره الوجوب فلاحظ.

و أما المحقق النائينى رحمه الله فقد استدلل لما اختاره بعد الاعتراض على الشيخ الاعظم رحمه الله، بان التعلم ليس من المقدمات العقلية التى لها دخل فى القدرة، لان الجهل بالحكم لا يوجب سلب القدرة و من هنا كانت الاحكام مشتركة بين العالم و الجاهل. بما حاصله ان العقل يستقل بان لكل من المولى و العبد وظيفة، فوظيفة المولى اظهار مراداته و تبليغها بالطرق المتعارفة التى يمكن للعبد الوصول إليها ان لم يحدث هناك مانع فوظيفته ارسال الرسل و انزال الكتب و تشريع الاحكام.

و بعد ذلك تصل النبوة الى وظيفة العبد، و انه على العبد الفحص عن مرادات المولى و احكامه، و حينئذ يستقل العقل باستحقاق العبد للعقاب عند ترك وظيفته، كما يستقل بقبح العقاب عند ترك المولى وظيفته، و لو لا استقلال العقل بذلك لانسد طريق وجوب النظر الى معجزة من يدعى النبوة، و للزم افحام الانبياء، إذ لو لم يجب على العبد النظر الى معجزة مدعى النبوة لما كان للنبي ان يحتج على العبد بعدم تصديقه له، إذ للعبد ان يقول لم اعلم بانك نبي، و بالجمله كما يستقل العقل بلزوم النظر الى معجزة من يدعى النبوة كذلك يستقل بوجوب تعلم احكام الشريعة، و المناط فى الجميع واحد و هو استقلال العقل بان ذلك من وظيفة العبد.

و من هنا لا- يختص وجوب التعلم بالبالغ كما لا- يختص وجوب النظر فى معجزة النبي به، بل يجب ذلك قبل البلوغ ان كان مميزا ليكون اول بلوغه مؤمنا مصدقا بالنبوة.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٦٦

...

و الا لزم عدم وجوب الايمان عليه اول البلوغ، و يجب تعلم الصبى احكام العبادة الواجبة عليه اول البلوغ إذا لم يتمكن منه فى وقته لو

ترك التعلم قبل البلوغ.

و في كلامه موقعان للنظر يظهر بيان ما هو الحق في المقام.

و تفصيله، ان ترك التعلم قبل وقت الواجب أو شرطه يكون على اقسام.

احدها: ما لو تمكن المكلف مع تركه من تعلم الواجب بعد ذلك، و الامتثال العلمى التفصيلى، كما لو ترك تعلم مسائل الحج قبل زمان وجوبه مع كونه متمكنا من تعلم احكامه تدريجا من الوقت الذى يحرم فيه الى آخر اعمال الحج، و من الضرورى انه لا وجه للقول بوجوب التعلم قبل دخول الوقت حينئذ على القول بعدم كون وجوبه نفسيا، نعم بعد دخول الوقت لا يجوز له تركه مع عدم امكان الامتثال الاجمالى.

و يلحق بهذا القسم الثانى، و هو ما لو فرض انه لو ترك التعلم قبل الوقت لما تمكن من الامتثال العلمى التفصيلى، الا انه كان متمكنا من الامتثال العلمى الاجمالى، كما لو دار امر الواجب بين المتباينين كالقصر و الاتمام و كان بحيث لو ترك التعلم قبل الوقت لما تمكن من تمييز الواجب عن غيره بعده، و لكنه كان متمكنا من الاحتياط، و كما لو لم يعلم بمقدار النفقة الواجبة عليه على فرض الازدواج و لم يتمكن من معرفة ذلك بعده، و لكنه كان متمكنا من الاحتياط، بناء على ما هو الحق من ان الامتثال الاجمالى انما هو فى عرض الامتثال العلمى التفصيلى، فانه حينئذ لا وجه لوجوب التعلم قبل الازدواج.

و أما من حيث الامتثال فى غير موارد دوران الامر بين المتباينين كما فى المورد الثانى فقد يقال انه حيث يكون شاكا فى التكليف فتجرى البراءة عنه و ان تمكن من الاحتياط فلا يجب عليه شىء.

لكنه توهم فاسد إذ بعد حصول الشرط بما انه يحتمل التكليف، و لا محالة يحتمل العقاب على مخالفته، و العقل مستقل بوجوب دفع الضرر الاخرى المحتمل. بمعنى انه لو كان واجبا و لم يأت به أو كان حراما ففعل، و عاقبه المولى، يكون عقابه فى محله فلا بد له من الاحتياط.

فان قيل انه ما المانع من جريان البراءة عن ذلك التكليف المحتمل، و يرفع احتمال العقاب بها، فيرتفع موضوع قاعدة وجوب دفع الضرر المحتمل.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٦٧

...

اجبنا عنه بان عدم جريان البراءة العقلية انما هو من جهة ان موضوعها عدم البيان، و حيث ان بيان المولى، ليس بايصال التكليف الى العبيد باى نحو امكن، بل انما هو بجعل القانون، و وضعه فى معرض الوصول، بحيث لو تفحصوا عنه لو صلوا إليه، فلا موضوع لها فى المورد، و من لم يتفحص عنه مع التمكّن منه قبل حصول الشرط لا يجرى فى حقه هذه القاعدة، فان شئت فاختر ذلك من حال الموالى و العبيد العرفية فانه إذا ارسل المولى مكتوبا الى العبد، و عين فيه تكاليفه فى الشهر القادم، و وصل المكتوب الى العبد و لكنه لم ينظر إليه حتى يعرف وظائفه، مستندا الى انه لا تجب المقدمه قبل وجوب ذيها، و بعد تحقق الشرط لم يتمكن من المراجعة إليه و تمكن من الاحتياط، و مع ذلك لم يحتط و ترك واجباته،

فهل يتوهم احد بانه ليس للمولى ان يعاقبه على ذلك لقاعدة قبح العقاب بلا بيان، و الظاهر ان هذا من الواضح بمكان.

و أما عدم جريان البراءة الشرعية: فلما حققناه فى مبحث البراءة و الاشتغال من انها لا تجرى فى الشبهات قبل الفحص مطلقا.

ثالثها: ان المكلف لو ترك التعلم قبل الوقت فكما لا يتمكن من الامتثال العلمى التفصيلى، كذلك لا يتمكن من الامتثال الاجمالى بعد الوقت، و يكون متمكنا من الاتيان بذات الواجب أى الامتثال الاحتمالى، كما إذا فرض ان الوقت ضيق لا يتمكن المكلف الا باتيان احدى الصلاتين، الجمعة أو الظهر، و القصر أو الاتمام، و فى هذا القسم يجب التعلم لانه يحتمل ترك الواجب فى ظرفه لو

ترك التعلم قبل حصول الشرط و يكون احتمال ذلك مستندا الى ترك التعلم فيجب التعلم، لا للمقدمة. و لا لما افاده الشيخ الاعظم رحمه الله، من ما دل على وجوب المقدمة التي لو تركت قبل الوقت لما تمكن من امتثال الواجب في ظرفه كالسير الى الحج.

بل من باب وجوب دفع الضرر المحتمل حيث انه لاحتمال ترتب ترك الواجب على ترك التعلم يحتمل العقاب على المخالفة و لا مؤمن منه فيحكم العقل بوجوب الدفع، و هو لا يمكن الا بالتعلم قبل الوقت.

رابعها: ما لو كان ترك التعلم قبل الوقت موجبا لترك الواجب في ظرفه، اما للغفلة عن التكليف، أو لعدم التمكن من امتثاله، و الاول كثيرا ما يتفق في المعاملات فانه إذا لم يتعلم

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٦٨

...

احكام المعاملات و لم يميز الصحيحة عن الفاسدة فوقع المعاملة فاسدة في الخارج و تحقق الانتقال في نظره فلا محالة يتصرف فيما يراه منتقلا- إليه غافلا- عن حرمة، و الثاني كثيرا ما يتفق في العبادات كالصلاة حيث انها مركبة من عدة اجزاء و شرائط، و معلوم ان تعلمها يحتاج الى مدة من الزمن لا سيما لمن لا يحسن اللغة العربية.

و في هذا القسم يجب التعلم قبل الوقت، لما افاده الشيخ الاعظم رحمه الله و هو الملاك الذي لاجله يبنى على وجوب المقدمة، الموجب تركها فوت الواجب في ظرفه.

و بذلك يظهر ان ايراد المحقق النائيني، في غير محله.

كما ان ما افاده من ان وجوب التعلم ثابت حتى فيما قبل البلوغ بالتقريب المتقدم.

يرده ما دل على رفع القلم عن الصبي، فانه يشهد بعدم الوجوب، و لم يظهر وجه اختصاص هذا الحكم الطريقي بعدم شمول دليل الرفع له، سوى ما قيل.

من ان وجوب التعلم عقلي، و حديث الرفع لا يصلح لرفعه.

و هو مردود بانه بعد ورود التعبد من الشارع بانه لا شيء على الصبي من ناحية مخالفة الاحكام الشرعية لا يحكم العقل بوجوب التعلم، فان شئت قلت، انه يرتفع موضوع الحكم العقلي بتعبد الشارع، فلا يلزم من ذلك التخصيص في الحكم العقلي، كى يقال انه ممتنع.

و قد حكم الشيخ الاعظم رحمه الله في رسالته العملية بفسق تارك تعلم مسائل الشك و السهو فيما يتلى به عامه المكلفين.

و اورد عليه المحقق النائيني رحمه الله، بان ذلك يبتنى على احد امور. ١- اختيار مذهب المحقق الاردبيلي من كون وجوب التعلم نفسيا موجبا للعقاب. ٢- كون التجري موجبا للفسق و ان لم يوجب العقاب. ٣- الفرق بين مسائل الشك و السهو و بين غيرها، من

جهة قضاء العادة باستلزام ترك التعلم فيما يكثر الابتلاء به، لمخالفة الواقع، و الاول لم يلتزم هو قدس سره به، و أما الثاني فالالتزام به بعيد، و أما الثالث فالالتزام به ابعد بعد فرض كون الوجوب طريقيا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٦٩

...

و يمكن ان يقال انه على القول بان العدالة هي الملكة الباعثة للالتزام بالواجبات و ترك المحرمات يتم ما افاده الشيخ لكشف التجري عن عدم وجود الملكة في النفس و ان لم يكن الفعل حراما.

## وجوب التعلم عند الشك في الابتلاء

هذا كله فيما لو علم المكلف بالابتلاء، أو اطمأن به.

و أما لو شك في ذلك فهل يجب التعلم كما هو المشهور بين الاصحاب، ام لا.

قد استدل للاول بما استدل به لوجوب التعلم مع العلم بالابتلاء.

و لكن قد يقال انه يمكن اجراء استصحاب عدم الابتلاء بالاضافة الى الزمان المستقبل، لليقين بعدم الابتلاء فعلا، و الشك في الابتلاء فيما بعد، فيستصحب عدم الابتلاء،

بناء على ما هو الحق من جريان الاستصحاب في الامور الاستقبالية.

و اورد عليه المحقق النائيني رحمه الله بان الاستصحاب انما يجرى فيما إذا كان المستصحب اثرا شرعيا، أو موضوعا ذا اثر شرعى، و الا كما في المقام، حيث ان الاثر، و هو استقلال العقل بوجوب التعلم انما هو مترتب على مجرد احتمال الابتلاء، لقاعدة وجوب دفع الضرر المحتمل،

لا على واقعه، فلا يجرى الاستصحاب.

و بعبارة اخرى، ان الاثر في كل مورد كان مترتبا على نفس الشك و الاحتمال دون الواقع، متى شك فيه فالموضوع محرز بالوجدان، و معه لا مورد للتعبد بالواقع اصلا فانه لغو،

و ما نحن فيه كذلك، لان الموضوع هو احتمال الابتلاء، و هو محرز بالوجدان، و أما الابتلاء الواقعي فلا- اثر له كى يجرى الاستصحاب فيه.

و فيه: انه و ان كان التعبد بما هو محرز بالوجدان لغوا صرفا، و من اراد انحاء تحصيل الحاصل، و التخصيص في الحكم العقلي لا ريب في امتناعه، و لكن التعبد بما يوجب رفع موضوع حكم العقل، لا- محذور فيه، و بعبارة اخرى ان الحكم العقلي قابل للتخصص و الخروج الموضوعى

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٧٠

و قد حكى توجيه كلامهم بما ذكرنا عن غير واحد، و لا- يخلو عن وجه في مقام التوجيه، ثم ان التفقه في مسائل التجارة لما كان مطلوباً للتخلص عن المعاملات الفاسدة التي أهمها الربا، الجامعة بين اكل المال بالباطل و ارتكاب الموبقة الكذائية، لم يعتبر فيه كونه عن اجتهاد. بل يكفي فيه التقليد الصحيح، فلا تعارض بين أدلة التفقه هنا، و أدلة تحصيل المعاش، نعم ربما اورد في هذا المقام و ان كان خارجا عنه التعارض بين ادلة طلب مطلق العلم الشامل لمعرفة مسائل العبادات، و انواع المعاملات المتوقف على الاجتهاد، و بين أدلة طلب الاكتساب و الاشتغال في تحصيل المال لأجل الإنفاق على من ينبغي ان ينفق عليه، و ترك إلقاء كله على الناس الموجب لاستحقاق اللعن، فإن الأخبار من الطرفين كثيرة يكفي في طلب الاكتساب ما ورد من: أنه أوحى الله تعالى الى داود (على نبينا و آله و عليه السلام): يا داود إنك نعم العبد لو لا أنك تأكل من بيت المال و لا تعمل بيدك شيئا. فبكى عليه السلام أربعين صباحا ثم الان الله تعالى له الحديد، و كان يعمل كل يوم درعا و يبيعه بألف درهم، فعمل ثلاثمائة و ستين درعا فباعها و استغنى عن بيت المال، الحديث.

و ما نحن فيه من هذا القبيل: فان موضوع حكم العقل هو الضرر المحتمل، و المطلوب بالاستصحاب ليس هو اثبات وجوب الدفع، بل مثبت بالاستصحاب عدم العقاب،

والضرر، و به يرتفع موضوع وجوب الدفع.

و على الجملة كما انه يصح رفع موضوع قبح العقاب بلا بيان باستصحاب الوجوب،

كذلك يصح رفع موضوع وجوب دفع الضرر المحتمل بالاستصحاب المذكور و لا محذور في ذلك.

و لكن يمكن الاستدلال لوجوب الدفع، و عدم جريان الاصل المذكور بوجهين.

١- العلم الاجمالي بجملة من الاحكام الشرعية في ظرفها و هذا العلم الاجمالي مانع عن اجراء الاصل المذكور في كل ما هو من اطراف العلم الاجمالي.

٢- اطلاق ما دل على وجوب التعلم: إذ لو اقتص ذلك بموارد العلم أو الاطمينان بالابتلاء لم يبق تحت تلك الادلة الا موارد نادرة.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٧١

### [الاخبار الواردة في الحث على التعلم]

و ما أرسله في الفقيه عن الصادق عليه السلام: ليس منا من ترك دنياه لآخرته، أو آخرته لديناه، و إن العبادة سبعون جزءاً أفضلها طلب

الحلال. و أما الأخبار في طلب العلم و فضله فهي أكثر من ان يذكر و أوضح من ان يحتاج إلى الذكر، و ذكر في

الحدائق: ان الجمع بينهما بأحد وجهين أحدهما و هو الأظهر بين علمائنا تخصيص اخبار وجوب طلب الرزق بأخبار وجوب طلب العلم

و يقال: بوجوب ذلك على غير طالب العلم المستقل تحصيله و استفادته و تعليمه و افادته، قال و بهذا الوجه صرح الشهيد الثاني قدس

سره في رسالته المسماة (بمنية المرید في آداب المفيد و المستفيد) حيث قال في جملة شرائط العلم: و ان يتوكل على الله و يفوض

امره إليه و لا يعتمد على الأسباب فيتوكل عليها، فيكون وبالاً عليه، و لا على احد من خلق الله تعالى بل يلقي مقاليد امره إلى الله تعالى

فيظهر له من نفحات قدسه و لحظات انسه ما به يحصل مطلوبه و يصلح به مراده. و قد ورد في الحديث عن النبي صلى الله عليه و آله

ان الله تعالى قد تكلف «تكفل» لطالب العلم برزقه عما ضمنه لغيره، بمعنى ان غيره محتاج إلى السعي على الرزق حتى يحصل له، و

طالب العلم لا يكلف بذلك بل بالطلب و كفاه مؤنة الرزق ان احسن النية، و أخلص القرية، و عندى في ذلك من الوقائع ما لو جمعته

ما لا

يعلمه إلا الله من حسن صنع الله تعالى و جمل ما اشتغلت بالعلم و هو مبادئ عشر الثلاثين و تسعمائة الى يومنا هذا و هو منتصف شهر

رمضان سنة ثلاث و خمسين و تسعمائة.

و بالجملة ليس الخبر كالعيان، و روى شيخنا المقدم محمد بن يعقوب الكليني قدس سره بإسناده الى الحسين بن علوان قال: كنا في

مجلس نطلب فيه العلم، و قد نفدت نفقتي في بعض الاسفار، فقال لى بعض اصحابي: من تؤمل لما قد نزل بك؟

فقلت: فلانا، فقال إذا و الله لا تسعف بحاجتك و لا تبلغ املكك و لا تنجح طلبتك،

قلت: و ما علمك رحمك الله قال: ان ابا عبد الله حدثني انه قرأ في بعض كتبه ان الله تبارك و تعالى يقول و عزتى و جلالى و مجدى

و ارتفاع مكانى على عرشى لا تقطن امل كل مؤمل غيرى باليأس و لأكسونه ثوب المذلة عند الناس و لأنحيته من قربى و لأبعدنه من و

صلى أ يؤمل غيرى فى الشدائد و الشدائد بيدى و يرجو غيرى و يقرع باب غيرى و بيدى مفاتيح الابواب و هى مغلقة و بابى مفتوح

لمن دعانى فمن ذا الذى املنى لنوائبه فقطعته دونها، و من ذا الذى رجاني لعظيمة فقطعت رجاءه منى

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٧٢

جعلت آمال عبادى عندى محفوظة، فلم يرضوا بحفظى، و ملأت سماواتى ممن لا يمل من تسيحى، و امرتهم ان لا يغلقوا الأبواب

بينى و بين عبادى فلم يثقوا، بقولى أ لم يعلم من طرقته نائبة من نوائبي انه لا يملكك كشفها احد غيرى الا من بعد اذنى، فما لى اراه



لا هيا عنى اعطيته بجدوى ما لم يسألنى، ثم انتزعت منه فلم يسألنى رده و سأل غيرى، أ فترانى أبدأ بالعطايا قبل المسألة؟ ثم اسأل فلا اجيب سائلى أ بخيل انا فيخلنى عندى أو ليس الجود و الكرم لى، أو ليس العفو و الرحمة بيدى؟ أو ليس انا محل الآمال؟ فمن يقطعها دونى؟ أ فلا يستحا المؤمنون ان يؤملوا غيرى؟ فلو ان اهل سماواتى و اهل ارضى أملوا جميعا، ثم اعطيت كل واحد منهم مثل ما امل الجميع ما انتقص من ملكى مثل عضو ذرة، و كيف ينقص ملكك انا قيمه، فيا بؤسا للقانطين من رحمتى، و يا بؤسا لمن عصانى و لم يراقبنى، انتهى الحديث الشريف و انتهى كلام شيخنا الشهيد رحمه الله.

قال فى الحدائق و يدل على ذلك بأصرح دلالة ما رواه فى الكافى بإسناده إلى أبى إسحاق السبيعى عن حدثه قال سمعت امير المؤمنين عليه السلام يقول: ايها الناس ان كمال الدين طلب العلم و العمل به، الا و ان طلب العلم أوجب عليكم من طلب المال، ان المال مقسوم مضمون لكم قد قسمه عادل بينكم و ضمنه لكم، و سقى لكم، و العلم مخزون عند اهله، و قد امرتم بطلبه من اهله فاطلبوه، الخبر.

قال: و يؤكده ما رواه فى الكافى بسنده عن ابى جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله يقول الله عز و جل و عزتى و جلالى و كبريائى و نورى.

و عظمتى و علوى و ارتفاع مكانى لا يؤثر عبد هواى على هواه إلا استحفظته ملائكتى و كفلت السموات و الأرضين رزقه و كنت له من وراء تجارة كل تاجر فتأتيه الدنيا و هى راغمة. الحديث. انتهى كلامه و انت خيرى بأن ما ذكره من كلام الشهيد رحمه الله و ما ذكره من الحديث القدسى لا- ارتباط له بما ذكر من دفع التنافى بين ادلة الطرفين لأن ما ذكر من التوكل على الله و عدم ربط القلب لغيره لا ينافى الاشتغال بالاكساب، و لذا كان امير المؤمنين (صلوات الله عليه و على أخيه و زوجته و ولديه و ذريته) جامعا بين أعلى مراتب التوكل، و اشد مشاق الاكساب:

و هو الاستقاء لحائط اليهودى، و ليس الشهيد ايضا فى مقام ان طلب

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٧٣

العلم افضل من التكسب، و ان كان افضل، بل فى مقام ان طالب العلم إذا اشتغل بتحصيل العلم فليكن منقطعاً عن الاسباب الظاهرة الموجودة غالباً لطلاب العلوم من الوظائف المستمرة من السلاطين. و الحاصلة من الموقوفات للمدارس و اهل العلم؟ و الموجودة الحاصلة غالباً للعلماء و المشتغلين من معاشره السلطان و اتباعه و المراودة مع التجار و الاغنياء و العلماء الذين لا ينتفع منهم الا بما فى ايديهم من وجوه الزكوات ورد المظالم و الاحماس و شبه ذلك، كما كان متعارفاً فى ذلك الزمان بل فى كل زمان فربما جعل الاشتغال بالعلم بنفسه سبباً للمعيشة من الجهات التى ذكرناها.

و بالجملة، فلا شهادة فيما ذكر من كلام الشهيد رحمه الله من اوله الى آخره، و ما اضاف إليه من الروايات فى الجمع المذكور اعنى تخصيص ادلة طلب الحلال بغير طالب العلم. ثم انه لا إشكال فى ان كل من طلب العلم و طلب الرزق ينقسم الى الاحكام الاربعة أو الخمسة. و لا ريب ان المستحب من احدهما لا يزاحم الواجب و لا الواجب الكفائى الواجب العينى، و لا إشكال ايضا فى ان الأهم من الواجبين المعينين مقدم على غيره، و كذا الحكم فى الواجبين الكفائين مع ظن قيام الغير به، و قد يكون كسب الكاسب مقدماً لاشتغال غيره بالعلم، فيجب أو يستحب مقدماً.

بقى الكلام فى المستحب من الامرين عند فرض عدم امكان الجمع بينهما.

و لا- ريب فى تفاوت الحكم بالترجيح باختلاف الفوائد المرتبة على الامرين فرب من لا يحصل له باشتغاله بالعلم الا شىء قليل لا يترتب عليه كثير فائدة، و يترتب على اشتغاله بالتجارة فوائد كثيرة، منها تكفل احوال المشتغلين من ماله أو مال اقاربه من التجار المخالطين معه، على وجه الصلة أو الصدقة الواجبة و المستحبة فيحصل بذلك ثواب الصدقة و ثواب الإعانة الواجبة أو المستحبة على تحصيل العلم، و رب من يحصل بالاشتغال مرتبة عالية من العلم يحيى بها فنون علم الدين، فلا يحصل له من كسبه إلا قليل من الرزق



فإنه لا إشكال في ان اشتغاله بالعلم و الأكل من وجوه الصدقات أرجح و ما ذكر من حديث داود (على نبينا و آله و عليه السلام) فإنما هو لعدم مزاحمة اشتغاله بالكسب لشيء من وظائف النبوة و الرئاسة العلمية.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٧٤

و بالجملة فطلب كل من العلم و الرزق إذا لوحظ المستحب منها من حيث النفع العائد الى نفس الطالب كان طلب العلم ارجح، و إذا لوحظ من جهة النفع الواصل الى الغير كان اللازم ملاحظة مقدار النفع الواصل، فثبت من ذلك كله ان تزامم هذين المستحبين كتزامم سائر المستحبات المتنافية، كالاشتغال بالاكساب أو طلب العلم الغير الواجبين مع المسير الى الحج المستحب أو الى مشاهد الأئمة عليهم السلام، أو مع السعي في قضاء حوائج الاخوان الذي لا يجامع طلب العلم أو المال الحلال الى غير ذلك، مما لا يحصى.

و أما المورد الثاني، فافاد المصنف ان وجوب التعلم في غير باب المعاملات يكون عقليا محضا و قد تقدم ما يمكن ان يستدل له و نقده و أما في باب المعاملات فهو شرعي: لنهي الشارع عن التصرف مع الجهل بصحة المعاملة: لأصالة عدم الانتقال و فيه اولا ان الاصل في العبادات ايضا هو الاحتياط لاخصاص ادلة البراءة بالشبهات قبل الفحص و ان قيل: ان اصالة الاحتياط لا تجرى مع الغفلة اجبنا عنه بان اصالة عدم الانتقال ايضا توجب تنجز الواقع و عدم جواز التصرف في الاموال المكتسبة و لا تدل على وجوب معرفة احكام المعاملات و أما الثالث فمحصل القول فيه انه إذا لم يمكن الجمع بين تعلم المسائل الواجب و كسب المعيشة إذا كان واجبا- فايهما يقدم و لقد اطال المصنف رحمه الله تبعا للحدائق الكلام في المقام و الحق انهما من قبيل الواجبين المتزاممين فلا بد من ملاحظة الخصوصيات و الموارد و الفوائد المترتبة على كل منهما و ترجيح الاعم من كل منهما على الآخر و ليس ذلك تحت ضابط واحد فالمتعين ملاحظة كل مورد ثم الحكم بالتقديم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٧٥

### مسألة: لا خلاف في مرجوحية تلقي الركبان بالشروط الآتية، (١)

و اختلفوا في حرمة و كراهته، فعن التقى و القاضي و الحلبي و العلامة في المنتهى الحرمة، و هو المحكي عن ظاهر الدروس و حواشي المحقق الثاني و عن الشيخ و ابن زهرة، لا يجوز.

و اول في المختلف عبارة الشيخ بالكراهة، و هي اي الكراهة مذهب الاكثر، بل عن ايضاح النافع ان الشيخ ادعى الاجماع على عدم التحريم.

و عن نهاية الاحكام تلقي الركبان مكروه عند اكثر علمائنا و ليس حراما اجماعا و مستند التحريم ظواهر الاخبار. (٢)

منها ما عن منهال القصاب، قال: قال أبو عبد الله عليه السلام لا تلق، فإن رسول الله صلى الله عليه و آله نهى عن التلقى قلت: و ما حدا لتلقى قال عليه السلام ما دون غدوة أو روحه قلت و كم الغدوة و الروحة، قال: اربعة فراسخ، قال ابن ابي عمير، و ما فوق ذلك فليس بتلق

### حرمة تلقي الركبان

(١) قوله لا-خلاف في مرجوحية تلقي الركبان بالشروط الآتية تنقيح القول في المسألة بالبحث في مقامين الأول: في اصل الحكم الثاني: في الخصوصيات المعبرة فيه اما الاول ففيه قولان بعد الاتفاق ظاهر اعلى المرجوحية فعن التقى و الفاضل و الحلبي و العلامة و غيرهم الحرمة- و عن الاكثر الكراهة.

(٢) و مستند الحكم جملة من النصوص «١» الظاهرة في التحريم المذكور في المتن جملة منها و اورد على الاستدلال بها للحرمة-

بوجوه احدها ضعف السند- بدعوى- ان جميع تلك النصوص سبعة خمسة منها تنتهي اسنادها الى منهل القصاب و هو مجهول و واحد منها رواية عمر بن شمر الضعيف عن عروة ابن عبد الله المجهول- و السابع مرسل و فيه ان فى طريقين من روايات منهل من هو من اصحاب الاجماع فان فى طريق

(١) الوسائل- باب ٣٦- من ابواب آداب التجارة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٧٦

و فى خبر عروة لا يتلقى احدكم تجارة خارجا من المصر، و لا يبيع حاضر لباد و المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض.  
و فى رواية اخرى لا تلق و لا تشتري ما يتلقى و لا تأكل منه.

و ظاهر النهى عن الأكل كونه لفساد المعاملة، فيكون اكلا بالباطل، و لم يقل به إلا الإسكافي.

و عن ظاهر المنتهى الاتفاق على خلافه، فيكون الرواية مع ضعفها مخالفة لعمل الاصحاب (١) فيقصر عن افادة الحرمة و الفساد، نعم لا بأس بحملها على الكراهة لو وجد القول بكراهة الأكل مما يشتري من المتلقى، و لا بأس به حسما لمادة التلقى، و مما ذكرنا يعلم ان النهى فى سائر الاخبار ايضا محمول على الكراهة،

لموافقته للاصل (٢) مع ضعف الخبر

احدهما ابن ابي عمير و فى طريق الآخر ابن محبوب فلا مورد للمناقشة فيها من حيث السند.

(١) ثانيها اعراض المشهور عنها و فيه اولاً: ان جماعة افتوا بالحرمة و ثانياً ان الاعراض الموهن هو الاعراض عن الخبر سند الا دلالة و الاصحاب عملوا بهذه النصوص فانهم حكموا بالمرجوحية و افتائهم بالكراهة لا يكون حجة علينا

(٢) ثالثها: موافقة القول بالكراهة للاصل و مخالفة القول بالحرمة له و فيه: ان الاصل لا يقاوم الدليل و مع وجوده يرتفع موضوع الاصل بالورود أو الحكومة مع ان القول بالكراهة ايضا مخالف للاصل، و عدم الحرمة و ان كان موافقا له الا انه لا يثبت به الكراهة رابعها: كون الروايات موافقة للعامة و فيه: ان مخالفة العامة من مرجحات احدى الحجتين على الاخرى بعد فقد جملة من المرجحات لا من مميزات الحجة عن اللاحجة و بالجملة: موافقة العامة من حيث هي ليست من الموهنات خامسها: ان النهى و ان كان ظاهرا فى نفسه فى الحرمة الا ان النهى عن التلقى من جهة وقوعه فى سياق النهى عن اكل المتلقى بقوله لا تأكل منه و قوله لا تأكل من لحم ما تلتقى

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٧٧

و مخالفته للمشهور. ثم ان حد التلقى أربعة فراسخ، (١) كما فى كلام بعض.

و الظاهر ان مرادهم خروج الحد عن المحدود، (٢) لأن الظاهر زوال المرجوحية إذا كان اربعة فراسخ. و قد تبعوا بذلك مرسله الفقيه. و روى ان حد التلقى روحة فإذا بلغ إلى أربعة فراسخ فهو جلب، فإن الجمع بين صدرها و ذيلها لا يكون الا بارادة خروج الحد عن المحدود، كما ان ما فى الرواية السابقة ان حده ما دون غدوة أو روحة محمول على دخول الحد فى المحدود، لكن قال فى المنتهى حد علمائنا التلقى بأربعة فراسخ، فكر فكهوا الى ذلك الحد، فإن زاد على ذلك كان تجارة و جلبا و هو ظاهر لأنه بمضيه و رجوعه يكون مسافرا،

و يجب عليه القصر فيكون سفرا حقيقيا، إلى ان قال و لا يعرف بين علمائنا خلافا فيه انتهى.

الذى لم يرد منه الحرمة يقينا لعدم فساد المعاملة يحمل على الكراهة و اجيب عنه بان الحرمة كما يمكن ان تكون منبعثة عن فساد

المعاملة باعتبار ان اكل مال الغير بلا سبب شرعى حرام كذلك يمكن ان تكون منبعثة عن مصلحة في نفس ترك الاكل و حسم مادة التلقى المحرم.

بل الظاهر ان الاكل حرام من حيث انه اكل لما تلقى لا من حيث انه مال الغير و فيه: ان الظاهر منه كون النهى عنه من جهة كونه مال الغير فمع صرفه عن ظاهره لا وجه لحمله على ما ذكر فتأمل و الاولى في الجواب ان النواهي المتعددة الواقعة في سياق واحد لو حمل احدها على الكراهة للدليل على عدم حرمة متعلقه لا وجه لحمل غيره عليها بناء على ما حققناه في محله من ان الحرمة و الكراهة خارجتان عن حريم الموضوع له و المستعمل فيه و انما تنتزعان من الترخيص في فعل ما تعلق النهى به و عدمه فتحصل ان الاظهر هو القول بالحرمة.

و أما المقام الثاني فالكلام فيه يقع في جهات الاولى في حد التلقى.

(١) لا كلام في ان حده اربعة فراسخ، انما الكلام في دخول الحد في المحدود و خروجه عنه.

(٢) قال المصنف و الظاهر ان مرادهم خروج الحد عن المحدود

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٧٨

و التعليل بحصول السفر الحقيقي يدل على مسامحة في التعبير، و لعل الوجه في التحديد بالاربعة ان الوصول الى الاربعة بلا زيادة و نقيصة نادر، فلا يصلح ان يكون ضابطا لرفع الكراهة إذ لا يقال انه وصل الى الاربعة الا إذا تجاوز عنها و لو يسيرا. فالظاهر انه لا إشكال في اصل الحكم و ان وقع اختلاف في التعبير في النصوص و الفتاوى ثم انه لا إشكال في اعتبار القصد، (١) إذ بدونه لا يصدق عنوان التلقى، فلو تلقى الركب في طريقه ذاهبا أو جائيا لم يكره المعاملة معهم. و كذا في اعتبار قصد المعاملة من المتلقى فلا يكره لغرض آخر و لو اتفقت المعاملة.

مقتضى - خبر ابن ابي عمير - قلت و ما حد التلقى قال ما دون غدوة أو روحه قلت و كم الغدوة و الروحة قال اربعة فراسخ «١» هو الثاني و مقتضى خبر ابن محبوب قال قلت له ما حد التلقى قال روحه «٢» في بادئ النظر هو الاول و لكن بما ان للحد معنيين - احدهما - ما ينتهي به الشيء - و الآخر - ما ينتهي عنده الشيء - فالحد في الخبر الاول يحمل على المعنى الاول فان الحد بذلك المعنى داخل في المحدود - و هو في الخبر الثاني يحمل على المعنى الثاني فانه بذلك المعنى خارج عنه - فالجمع بين الخبرين يقتضى البناء على الخروج - و الذي يسهل الخطب ان الوصول الى الاربعة بلا زيادة و لا نقيصة نادر جدا - الثانية: في اعتبار القصد و عدمه.

(١) قال المصنف ثم انه لا إشكال في اعتبار القصد و استدلال رحمه الله لاعتباره بعدم صدق عنوان التلقى بدونه و اورد عليه المحقق الايرواني رحمه الله بان عنوان التلقى ليس منهيًا عنه بالنهي النفسى فانه ليس بمرجوح قطعًا بل المرجوح السبق الى الاشتراء ممن قصد البلد بمتاعه

(١) الوسائل باب ٣٦ من ابواب التجارة حديث ١.

(٢) نفس المصدر حديث ٤.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٧٩

قليل ظاهر التعليل في رواية عروة المتقدمة اعتبار جهل الركب بسعر البلد (١)

و فيه انه مبنى على عدم اختصاص القيد بالحكم الاخير، فيحتمل ان يكون العلة في كراهة التلقى مسامحة الركب في الميزان بما لا يتسامح به المتلقى، أو مظنة حبس المتلقين ما اشتروه أو ادخاره عن اعين الناس و بيعه تدريجًا، بخلاف ما إذا اتى الركب و طرحوا امتعتهم في الخانات و الاسواق، فإن له اثرًا بينا في امتلاء اعين الناس خصوصًا الفقراء وقت الغلاء إذا اتى بالطعام، و كيف كان

فاشترط الكراهة بجهلهم بسعر البلد محل مناقشة، ثم انه لا- فرق بين اخذ المتلقى بصيغته البيع أو الصلح أو غيرهما. نعم لا- بأس باستيهاهم ولو باهداء شيء إليهم

و عليه فنفس هذه المعاملة مرجوحة و لو لم يتلق اصلا و فيه: ان التلقى للاشتراء بنفسه منهي عنه و الظاهر مرجوحته ايضا كيف و قد جمع في النصوص بين النهي عنه و النهي عن الاشتراء و الحق ان يقال ان المنهي عنه هو التلقى للاشتراء فإذا لم يكن من قصده التلقى اصلا أو كان و لم يكن للاشتراء لا- يكون ذلك مرجوحا و أما الا- اشتراء فحيث ان الظاهر من الخبر مرجوحية الاشتراء إذا كان مع التلقى المرجوح لا مطلقا- فلا يكون مرجوحا إذا لم يكن التلقى عن قصد فالظاهر اعتباره الثالثة: في اعتبار جهل الركب بسعر البلد.

(١) قيل ظاهر التعليل في رواية عروة المتقدمة اعتبار جهل الركب بسعر البلد.

هذا التعليل وقع في خبرين احدهما: خبر عروة عن الامام الباقر عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه و آله لا يتلقى احدكم تجارة خارجا عن المصر و لا يبيع حاضر لباد و المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض «١»

ثانيهما: ما عن الشيخ بسنده عن جابر عن رسول الله صلى الله عليه و آله لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض «٢»

(١) اورد صاحب الوسائل صدره في الوسائل - باب ٣٦- من ابواب آداب التجارة حديث- و ذيله في- باب ٣٧- منها حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ٣٧- من ابواب آداب التجارة حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٨٠

و لو تلقاهم لمعاملات اخر غير شراء متاعهم فظاهر الروايات عدم المرجوحية، (١) نعم لو جعلنا المناط ما يقرب من قوله عليه السلام: المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض. قوى سراية الحكم الى بيع شيء منهم و ايجارهم المساكن و الخانات، كما انه إذا جعلنا المناط في الكراهة كراهة غبن الجاهل، كما يدل عليه النبوي العامي: لا تلقوا الجلب فمن تلقاه و اشترى منه فإذا اتى السوق فهو بالخيار قوى سراية الحكم الى كل معاملة يوجب غبنهم كالبيع و الشراء منهم متلقيا، و شبه ذلك، لكن الاظهر هو الاول

و قد استدل العلامة رحمه الله به و استنده الى غير واحد على اعتبار الجهل و يرد عليه ان الظاهر و لا أقل من المحتمل كونه علة لحكم بيع الحضري للبدوي و المناسب ايضا ذلك فانه إذا لم يصر الحاضر و كيلا للبادي في البيع يشتره المشتري باقل فيرتزق منه فتدبر مع ان كونه من قبيل العلة المعممة و المخصصة غير ثابت- فالظاهر هو التعميم- لإطلاق الروايات و عدم معلومية علة الحكم و لعلها شيء موجود في فرض العلم.

الرابعة: في انه هل يختص الحكم بالتلقى للاشتراء ام يعم التلقى للبيع منهم أو لمعاملات اخر غير شراء متاعهم ففي المتن.

(١) و لو تلقاهم لمعاملات اخر... فظاهر الروايات عدم المرجوحية وجه الظهور مع اطلاق قوله عليه السلام في خبر منهال القصاب عن ابي عبد الله عليه السلام لا تلق فان رسول الله صلى الله عليه و آله نهى عن التلقى «١» هو ورودا لإطلاق مورد الغالب المتعارف و هو التلقى للاشتراء كما هو مفاد ساير النصوص و به يظهر حال قوله صلى الله عليه و آله لا يتلقى احدكم تجارة خارجا عن المصر «٢» مع ان الصدوق رواه هكذا و لا يتلقى احدكم طعاما- و هو ظاهر في التلقى للاشتراء الطعام.

(١) الوسائل - باب ٣٦- من ابواب آداب التجارة حديث ١.

(٢) نفس المصدر حديث ٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٨١

و كيف كان فإذا فرض جهلهم بالسعر فثبت لهم الغبن الفاحش كان لهم الخيار. (١) و قد يحكى عن الحلبي ثبوت الخيار و ان لم يكن غبن، و لعله لإطلاق النبوي المتقدم (٢) المحمول على صورة تبيين الغبن بدخول السوق و الاطلاع على القيمة، و اختلفوا فى كون هذا الخيار على الفور أو التراخى على قولين سيجىء ذكر الاقوى منهما فى مسألة خيار الغبن انشاء الله.

### مسألة: يحرم النجش على المشهور

كما فى الحدائق، (٣) بل عن المنتهى و جامع المقاصد: انه محرم اجماعا لرواية ابن سنان عن ابى عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله الواشمه و المؤتشمه و الناجش و المنجوش ملعونون على لسان محمد صلى الله عليه و آله. و فى النبوي المحكى عن معانى الاخبار لا- تناجشوا و لا تدابروا قال: و معناه ان يزيد الرجل فى ثمن السلعة، و هو لا يريد شرائها ليسمع غيره فيزيد زيادته و الناجش خائن، و التدابر الهجران انتهى كلام الصدوق. و الظاهر ان المراد بزيادة الناجش مواطاة البائع المنجوش له.

(١) الخامسة: إذا فرض جهلهم بالسعر فثبت لهم الغبن الفاحش كان لهم الخيار كما هو المشهور بين الاصحاب و عن الحلبي ثبوت الخيار و ان لم يكن غبن و فى المتن.

(٢) و لعله لإطلاق النبوي المتقدم و لكنه كما افاده محمول على صورة تبيين الغبن بدخول السوق و الاطلاع على القيمة و تمام الكلام فيه فى خيار الغبن.

(٣) قوله مسألة يحرم النجش على المشهور كما فى الحدائق و قد تقدم الكلام فيه حكما و موضوعا فى آخر المكاسب المحرمة فى الجزء الثانى من هذا الشرح مفصلا فلا نعيد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٨٢

### مسألة: إذا دفع انسان الى غيره مالا ليصرفه فى قبيل، يكون المدفوع إليه منهم (١)

و لم يحصل للمدفع إليه ولاية على ذلك المال من دون الدافع، كمال الامام أو رد المظالم المدفوع الى الحاكم، فله صور: احداها: ان يظهر قرينه على عدم جواز رضاه بالاخذ منه كما إذا عين له منه مقدارا قبل الدفع أو بعده، و لا إشكال فى عدم الجواز لحرمة التصرف فى مال الناس على غير الوجه المأذون فيه. (٢)

الثانية: ان يظهر قرينه حاله أو مقاليه على جواز اخذه منه مقدارا مساويا لما يدفع إلى غيره أو انقص أو أزيد، و لا إشكال فى الجواز حينئذ (٣) إلا انه قد يشكل الأمر فيما لو اختلف مقدار المدفوع، الى الأصناف المختلفة، كان عين للمجتهدين مقدارا، و للمشتغلين مقدارا، و اعتقده الدافع بعنوان يخالف معتقد المدفوع إليه (٤)

كيفية صرف المال المدفوع للصرف فى قبيل

(١) قوله إذا دفع انسان الى غيره مالا ليصرفه فى قبيل يكون المدفوع إليه منهم لا يخفى انه تارة يدفع المال إليه من جهة كونه ولى الامر كدفع سهم الامام عليه السلام الى الحاكم الشرعى بما انه نائب الامام عليه السلام و اخرى يدفع إليه ليكون وكيلا عن الدافع فى صرفه فى قبيل لا كلام فى جواز اخذ المدفوع إليه من ذلك المال فى الصورة الاولى و انما الكلام فى الصورة الثانية.

و في تلك الصورة- فروض.

(٢) احدها: ان يظهر قرينة على عدم رضاه بالاخذ منه لا إشكال في عدم جواز الاخذ في هذا الفرض.

(٣) ثانيها: ان يظهر قرينة على جواز اخذه منه لا إشكال في جواز الاخذ حينئذ.

(٤) انما الاشكال: فيما إذا اختلف مقدار المدفوع الى الاصناف المختلفة كان عين للمجتهدين مقدار أو لغيرهم مقدارا اقل منه و اعتقد انه من المجتهدين، و الدافع

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٥، ص: ١٨٣

و التحقيق هنا مراعاة معتقد المدفوع إليه ان كان عنوان الصنف على وجه الموضوعية (١) كأن يقول ادفع إلى كل مشتغل كذا، و إلى كل مجتهد كذا و خذ انت ما يخصك. و ان كان على وجه الداعي بأن كان عنوان الصنف داعيا إلى تعيين ذلك المقدار، كان المتبع اعتقاد الدافع لأن الداعي إنما يتفرع على الاعتقاد لا الواقع.

الثالثة: ان لا يقوم قرينة على احد الامرين، و يطلق المتكلم (٢) و قد اختلف فيه كلماتهم بل كلمات واحد منهم، فالمحكى عن وكالة المبسوط، و زكاة السرائر،

و مكاسب النافع، و كشف الرموز، و المختلف، و التذكرة، و جامع المقاصد: تحريم الأخذ مطلقا.

و عن النهاية و مكاسب السرائر و الشرائع، و التحرير، و الارشاد، و المسالك و الكفاية: انه يجوز له الاخذ منه ان اطلق من دون زيادة على غيره. و نسبة في الدروس الى الأكثر. و في الحدائق إلى المشهور و في المسالك هكذا شرط كل من سوغ له الأخذ.

و عن نهاية الاحكام و التنقيح و المهذب البارع و المقنعة: الاقتصار على نقل القولين، و عن المهذب البارع: حكاية التفصيل بالجواز ان كان الصيغة بلفظ ضعه فيهم، أو ما ادى معناه، و المنع ان كانت بلفظ: ادفعه، و عن التنقيح عن بعض الفضلاء:

انه ان قال هو للفقراء جاز

يعتقد عدم كونه منهم ففي المتن ما حاصله.

(١) انه ان كان عنوان الصنف على وجه الموضوعية يراعى معتقد المدفوع إليه و ان كان ذلك العنوان داعيا الى تعيين ذلك المقدار كان المتبع اعتقاد الدافع و فيه ان العنوان في الافعال الخارجية المتعلقة بالاشخاص كالإقتداء و البيع و الرضا

و نحو تلكم يكون داعيا و لا- معنى لكونه موضوعا و الرضا و ان كان يتعلق بالعنوان الكلى الا انه من حيث كونه مرآة و طريقا الى الافراد و عليه فلا محالة يكون المناط اعتقاد الدافع فانه إذا عين مقدارا للمجتهدين و كان يعتقد عدم كون المدفوع إليه مجتهدا لا يكون راضيا باخذه ذلك المقدار.

(٢) ثالثها: ان لا يقوم قرينة على احد الامرين و قد اختلفت فيه كلماتهم لاحظ المتن.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٥، ص: ١٨٤

و ان قال اعطه للفقراء، فإن علم فقره لم يجز إذ لو اراده لخصه، و ان لم يعلم جاز احتج القائل بالتحريم مضافا الى ظهور اللفظ في مغايرة الأمور بالدفع للمدفع إليهم، (١) المؤيد بما قالوه فيمن وكلته امرأة ان يزوجه من شخص فزوجها من نفسه أو وكله في شراء شيء فاعطاه من عنده بصحيفة ابن الحجاج المسندة في التحرير الى مولانا الصادق عليه السلام و ان اضمرت في غيره، قال: سألته عن رجل اعطاه رجلا مالا ليصرفه في محابيح أو في مساكين، و هو يحتاج أو يأخذ منه لنفسه؟ و لا يعلمه هو، قال: لا يأخذ شيئا حتى يأذن له صاحبه و احتج المجوزون بأن العنوان المدفوع إليه شامل له و الفرض الدفع الى هذا العنوان من غير ملاحظة لخصوصية الغير و اللفظ و ان سلم عدم شموله له لغة الا ان المنساق عرفا صرفه الى كل من اتصف بهذا العنوان. فالعنوان موضوع لجواز الدفع يحمل عليه الجواز. نعم لو كان المدفوع إليهم اشخاصا خاصة. و كان الداعي على الدفع اتصافهم بذلك الوصف لم يشمل المأمور، و الرواية

معارضة بروايات أخر،

فالمهم صرف عنان الكلام الى بيان المدرك و الكلام فيه يقع في موردين الاول: فيما يقتضيه القواعد و الاظهر انه الجواز مطلقا: فان ظاهر تعليق كل حكم على موضوع ثبوته لجميع افراده فلو علق رضاه على المجتهد كان مقتضاه جواز تصرف كل مجتهد بما هو مجتهد لا سيما مع احراز عدم خصوصية فرد في نظره فإذا كان المدفوع إليه يرى نفسه مجتهدا جاز له التصرف.

(١) و أما ظهور الدفع في مغايرة الدافع و المدفوع إليه و الواضع و الموضوع فيه فلو سلم و اغمض عن اختصاصه ببعض الموارد فهو لا يقاوم الظهور المشار إليه و على ذلك فيجوز له التصرف فيه.

الثاني فيما يقتضيه النصوص الخاصة- و هي - طائفتان الاولى ما يدل على عدم الجواز كمصحح «١» ابن الحجاج المذكور في المتن

(١) الوسائل - باب ٨٤- من ابواب ما يكتب به حديث ٣.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٨٥

مثل ما عن الكافي الصحيح عن سعد بن يسار، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام الرجل يعطى الزكاة يقسمه في اصحابه أ يأخذ منه شيئا؟ قال: نعم.

و عن الحسين بن عثمان في الصحيح أو الحسن بن هاشم في رجل اعطى مالا يفرقه ممن يحل له، أ يأخذ شيئا لنفسه؟ و ان لم يسم له قال: يأخذ منه لنفسه مثل ما يعطى غيره، و صحيحة ابن الحجاج قال: سألت أبا لحسن عليه السلام عن الرجل يعطى الرجل الدراهم يقسمها و يضعها في مواضعها و هو ممن يحل له الصدقة، قال: لا بأس ان يأخذ لنفسه كما يعطى غيره، و لا يجوز له ان يأخذ إذا امره ان يضعه في مواضع مسمأة الا باذنه.

و الذى ينبغى ان يقال: اما من حيث دلالة اللفظ الدال على الاذن في الدفع و الصرف فإن المتبع الظهور العرفى و ان كان ظاهرا بحسب الوضع اللغوى في غيره كما ان الظهور الخارجى الذى يستفاد من القرائن الخارجية مقدم على الظهور العرفى الثابت للفظ المجرد عن تلك القرائن، ثم ان التعبد في حكم هذه المسألة لا يخلو عن بعد.

الثانية: ما يدل على الجواز.

كصحيح سعد بن يسار، «١» و حسن الحسين بن عثمان، «٢» و صحيح ابن الحجاج «٣»

المذكورة في المتن لاحظها و الجمع بينهما انما يكون باحد انحاء.

(١) اختصاص النصوص المجوزة بالمال الذى كون من الحقوق الشرعية اما اختصاص الاول فواضح، و أما الثانى فلقوله يفرقه فيمن يحل له، و أما الثالث فلقوله و هو ممن يحل له الصدقة، و خبر المنع مختص بمال يكون للدافع.

(٢) ان خبر المنع من جهة التعبير بالنكرة ظاهر في ارادة اشخاص معينين فلا يعارض الاخبار المجوزة.

(٣) الجمع بحمل خبر المنع على الكراهة و من المعلوم ان الاخير يتوقف على عدم تمامية الاولين و عدم امكان الجمع بنحو آخر و الاظهر هو الثانى فإذا لا تدل الاخبار على ما ينافى القواعد

(١) الوسائل - باب ٤٠- من ابواب المستحقين للزكاة حديث ١.

(٢) نفس المصدر حديث ٣.

(٣) نفس المصدر حديث ٣.



منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٨٦

فالاولى حمل الاخبار المجوزة (١) على ما إذا كان غرض المتكلم صرف المدفوع في العنوان المرسوم له من غير تعلق الغرض بخصوص فرد دون آخر، و حمل الصحيحة المانعة «السابقة» على ما إذا لم يعلم الأمر بفقر الأمور فأمرها بالدفع الى مساكين على وجه يكون المسكنة داعيا الى الدفع لا موضوعا، و لما لم يعلم المسكنة في الأمور لم يحصل داع على الرضا بوصول شيء من المال إليه، ثم على تقدير المعارضة فالواجب الرجوع الى ظاهر اللفظ، (٢) لأن الشك بعد تكافؤ الأخبار في الصارف الشرعي عن الظهور العرفي و لو لم يكن للفظ ظهور، فالواجب بعد التكافؤ الرجوع الى المنع (٣) إذ لا يجوز التصرف في مال الغير الا- باذن من المالك أو الشارع.

### مسألة: احتكار الطعام

و هو كما في الصحاح و عن المصباح جمع الطعام و حبسه يتربص به الغلاء لا خلاف في مرجوحيته. (٤)

فالأقوى هو الجواز مطلقا.

(١) قوله فالاولى حمل الاخبار المجوزة على ما إذا كان غرض المتكلم صرف المدفوع في العنوان و فيه انه جمع تبرعى لا شاهد له.  
(٢) قوله ثم على تقدير المعارضة فالواجب الرجوع الى ظاهر اللفظ و فيه انه على تقدير المعارضة يتعين الجمع بحمل خبر المنع على الكراهة لنصوصية الاخبار المجوزة في الجواز.

(٣) قوله فالواجب بعد التكافؤ الرجوع الى المنع و فيه ان الواجب حينئذ الرجوع الى الاخبار العلاجية.  
حرمة الاحتكار

(٤) قوله مسألة احتكار الطعام و هو ... لا خلاف في مرجوحيته في المسألة قولان، بناء على ما هو الظاهر من ان مورد كلمات الفقهاء هو عدم وجود باذل الكفاية و أما بناء على ان مورد كلماتهم هو الاعم ففي المسألة اقوال منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٨٧

و قد اختلف في حرمة فغن المبسوط و المقنعة و الحلبي في كتاب المكاسب و الشرائع و المختلف الكراهة و عن كتب الصدوق و الاستبصار و السرائر و القاضي و التذكرة و التحرير و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد و الروضة التحريم، و عن التنقيح و الميسية تقويته و هو الأقوى بشرط عدم باذل الكفاية لصحيحة سالم الحناط (١) قال: قال لى أبو عبد الله عليه السلام ما عملك؟ قلت: حناط و ربما قدمت على نفاق و ربما قدمت على كساد فحبست، قال: فما يقول من قبلك فيه قلت: يقولون يحتكر قال: يبيعه احد غيرك قلت: ما ابيع أنا من ألف جزء جزء قال: لا- بأس إنما كان ذلك رجل من قريش يقال له حكيم بن حذام، و كان إذا دخل الطعام المدينة اشتراه كله فمر عليه النبي صلى الله عليه و آله فقال له يا حكيم بن حذام إياك ان تحتكر، فإن الظاهر منه ان علته عدم البأس و وجود الباذل فلولا حرم.

و صحيحة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام انه سئل عن الحكرة فقال انما الحكرة ان يشتري طعاما و ليس في المصر طعام غيره فتحتكره فإن كان في المصر طعاما غيره فلا بأس، ان تلتمس بسلتك الفضل و زاد في الصحيحة المحكية عن الكافي و التهذيب قال و سألته عن الزيت، قال ان كان عند غيرك فلا بأس بامساكه، و عن امير المؤمنين عليه السلام

الاول: ما هو الاشهر و هو كراهة الاحتكار الثاني: ما ذهب إليه جمع من الفقهاء و هو التحريم الثالث: ما ذهب إليه المصنف رحمه الله و هو التحريم مع عدم باذل الكفاية و الكراهة معه و كيف كان فقد استدلل للحرمة مضافا الى وجوه اعتبارية.

بكثير من النصوص «١» و هي و ان كان بعضها ضعيف السند- و بعضها قاصر الدلالة من جهة تضمنه اللعن على المحتكر الذي هو بمعنى الابعاد الملائم مع الكراهة- أو وروده في مقام بيان موضوع الاحتكار المحكوم بالحرمة أو الكراهة الا ان: جملة منها صحيحة السند- ظاهرة الدلالة عليها.

(١) كصحيح «٢» الحناط عن الامام الصادق عليه السلام المذكور في المتن.

(١) الوسائل- باب ٢٧ و ٢٨- من ابواب آداب التجارة.

(٢) الوسائل- باب ٢٨- من ابواب آداب التجارة حديث ٣.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٨٨

في نهج البلاغة في كتابه الى مالك الاشر فامنع من الاحتكار فإن رسول الله منع منه (١) و ليكن البيع يباع سمحا في موازين عدل لا يجحف بالفريقين البائع و المبتاع، فمن قارف حكرة بعد نهيك اياه فنكل به و عاقب في غير اسراف.

و صحيحة الحلبي قال سألته عليه السلام عن يحتكر الطعام و يتربص به هل يصلح ذلك؟ قال: ان كان الطعام كثيرا يسع الناس فلا بأس به، و ان كان الطعام قليلا لا يسع الناس فإنه يكره أن يحتكر و ترك الناس ليس لهم طعام، فإن الكراهة في كلامهم عليهم السلام و ان كان يستعمل في المكروه و الحرام (٢) إلا ان في تقييدها بصورة عدم باذل غيره مع ما دل على كراهة الاحتكار مطلقا قرينه على إرادة التحريم (٣) و حمله على تأكد الكراهة أيضا مخالف لظاهر يكره كما لا يخفى و ان شئت قلت: ان المراد بالأس في الشرطية الأولى التحريم لأن الكراهة ثابتة في هذه الصورة أيضا فالشرطية الثانية كالمفهوم لها، و يؤيد التحريم ما عن المجالس بسنده عن ابي مريم الانصاري

(١) و ما «١» في نهج البلاغة في كتابه عليه السلام الى مالك الاشر فامنع من الاحتكار فان رسول الله صلى الله عليه و آله منع منه- و نحوهما غيرهما- و يؤيدها النصوص الاخر.

(٢) و لا يعارضها صحيح «٢» الحلبي المذكور في المتن فان الكراهة في اصطلاحهم عليهم السلام اعم من الكراهة المصطلحة و عليه فهو ايضا بمفهوم الشرط يدل على التحريم فانه يدل على ثبوت الباس مع عدم كثرة الطعام و هو ظاهر في التحريم و بما ذكرناه ظهر مدرك القول بالكراهة و ضعفه.

(٣) و قد استدل المصنف رحمه الله لما اختاره بان جملة من النصوص متضمنة للنهي عن الاحتكار و ظاهر ذلك مرجوحته مطلقا و ظاهر صحيح الحناط و صحيح الحلبي حرمة في صورة عدم باذل الكفاية اما الاول فلان الظاهر منه ان علته عدم الباس و وجود البازل فلولا حرم و أما الثاني: فلانه قيد الحكم فيه بصورة عدم باذل غيره و هذا بواسطة ما دل على

(١) الوسائل- باب ٢٨- من ابواب آداب التجارة حديث ١٣.

(٢) نفس المصدر حديث ٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٨٩

عن ابي جعفر عليه السلام قال قال: رسول الله صلى الله عليه و آله أيما رجل اشترى طعاما فحبسه أربعين صباحا يريد به الغلاء للمسلمين، ثم باعه و تصدق بثمانه لم يكن كفارة لما صنع. و في السند بعض بني فضال، و الظاهر ان الرواية مأخوذة من كتبهم التي

(١)

قال العسكري عليه السلام عند سؤاله عنها خذوا بما رووا و ذروا ما رأو ففيه دليل على اعتبار ما في كتبهم فيستغنى بذلك عن ملاحظة

من قبلهم في السند، وقد ذكرنا ان هذا الحديث أولى بالدلالة على عدم وجوب الفحص عما قبل هؤلاء من الإجماع الذى ادعاه الكشى على تصحيح ما يصح عن جماعة و يؤيده أيضا ما عن الشيخ الجليل الشيخ ورام من أنه أرسل عن النبي صلى الله عليه و آله عن جبرائيل قال: أطلعت على النار فرأيت فى جهنم واديا فقلت يا مالِك لمن هذا؟ قال لثلاثة: المحتكر، و المدمنين للخمر، و القوادين.

و مما يؤيد التحريم ما دل على وجوب البيع عليه، فإن الزامه بذلك ظاهر فى كون الحبس محرما إذ الإلزام على ترك المكروه خلاف الظاهر و خلاف قاعدة سلطنة الناس على اموالهم.

كراهة الاحتكار مطلقا قرينة على ارادة التحريم و فيه: ان الخبرين يقيدان جميع نصوص الاحتكار المتضمنة للنهى عنه سواء حمل النهى فيها على الكراهة أو الحرمة فمورد الحكم صورة عدم وجود باذل غيره و الا فلا يكون الاحتكار مكروها و بذلك يظهر ما فى قوله و ان شئت قلت الخ.

(١) قوله و الظاهر ان الرواية «١» ماخوذة من كتبهم التى - ففيه دليل على اعتبار ما فى كتبهم قد ذكر المصنف رحمه الله هذا الكلام فى كتاب الصلاة و عليه بنى حجية ما فى كتبهم و ان كان المروى عنه ضعيفا أو مجهولا و يرد عليه ان ذلك النص «٢» سؤالاً و جواباً مسوق لبيان ان فساد عقائد و آراء بنى فضال لا يمنع عن الاخذ برواياتهم فغاية ما يدل عليه حجية قولهم و رواياتهم و انها كالروايات المروية عنهم فى حال استقامتهم بلا نظر فيه الى حجية الروايات من غير تلك الجهة

(١) الوسائل - باب ٢٨ - من ابواب آداب التجارة حديث ٦.

(٢) الوسائل - باب ١١ - من ابواب صفات القاضى حديث ١٣.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٩٠

ثم ان كشف الابهام عن اطراف المسألة يتم ببيان امور:

الأول: فى مورد الاحتكار، (١) فإن ظاهر التفسير المتقدم عن أهل اللغة و بعض الأخبار المتقدمة: اختصاصه بالطعام و فى رواية غياث بن إبراهيم ليس الحكرة الا فى الحنطة، و الشعير، و التمر، و الزبيب، و عن الفقيه: زيادة الزيت، و قد تقدم فى بعض الأخبار المتقدمة أيضا دخول الزيت أيضا.

و فى المحكى عن قرب الاسناد برواية ابى البخترى عن على عليه السلام قال: ليس الحكرة الا فى الحنطة و الشعير و التمر و الزيت و السمن.

و عن الخصال فى رواية السكونى عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله الحكرة فى ستة اقسام الحنطة، و الشعير، و التمر، و الزيت، و الزبيب و السمن، ثم ان ثبوته فى الغلات الأربع بزيادة السمن لا خلاف فيه ظاهرا، و عن كشف الرموز و ظاهر السرائر دعوى الاتفاق عليه.

و عن مجمع الفائدة نفى الخلاف فيه، و أما الزيت فقد تقدم فى غير واحد من الاخبار و لذا اختاره الصدوق و العلامة فى التحرير حيث ذكر ان به رواية حسنة و الشهيدان و المحقق الثانى و عن ايضاح النافع ان عليه الفتوى.

و أما الملح فقد الحقه بها فى المبسوط و الوسيلة و التذكرة و نهاية الاحكام و الدروس (٢) و المسالك و لعله لفحوى التعليق الوارد فى بعض الأخبار: من حاجة الناس

و أما اصحاب الاجماع فقد دل الدليل على الاستغناء برواياتهم عن ملاحظة من قبلهم فى السند.

- (١) قوله الاول فى مورد الاحتكار الظاهر ان ثبوته فى الغلات الاربع و السمن لا خلاف فيه بل عن جماعة الاجماع عليه و تشهد به النصوص «١» منها الروايات الثلاث فى المتن و فيها الزيت و لا إشكال فى شىء من ذلك انما الكلام فى الملح فى المتن.
- (٢) و أما الملح فقد الحقه بها فى المبسوط و الوسيلة و التذكرة و نهاية الاحكام و الدروس

(١) الوسائل - باب ٢٧ - من ابواب آداب التجارة.

منهاج الفقاهة (للمروحاني)، ج ٥، ص: ١٩١

الثانى روى السكونى عن ابى عبد الله عليه السلام ان الحكرة فى الخصب اربعون يوما، و فى الغلاء و الشدة ثلاثة ايام، فما زاد على الاربعين فى الخصب، فصاحبه ملعون و ما زاد فى العسرة على ثلاثة ايام فملعون. (١)

و يؤيدها ظاهر رواية المجالس المتقدمة، و حكى عن الشيخ و محكى القاضى و الوسيلة العمل بها، و عن الدروس ان الأظهر تحريمه مع حاجة الناس و مظنتها الزيادة على ثلاثة ايام فى الغلاء و اربعين فى الرخص للرواية، انتهى.

و أما تحديده بحاجة الناس فهو حسن، كما عن المقنعة و غيرها، و يظهر من الأخبار المتقدمة.

و أما ما ذكره من حمل رواية السكونى عن بيان مظنة الحاجة فهو جيد، (٢)

و منه يظهر عدم دلالتها على التحديد بالعددین تعبدا.

قال فى محكى المبسوط يثبت الاحتكار فى الملح و لم نقف على حديث دال عليه و لعله نظر فى ذلك الى دعوى الحاجة إليه و اساس الضرورة الى تناوله فصار كالطعام انتهى و لكن مقتضى الحصر فى خبر «١» غياث عدم ثبوت هذا الحكم فى الملح و العلة المستنبطة المشار إليها لا تصلح لاثبات الحكم الشرعى بها: لعدم كونها منصوصة بعنوان العلة للحكم كى تعمم و لذا لم يفت احد بثبوته فى غير ذلك من ما يحتاج إليه الناس فالأظهر عدم اللاحق.

(١) الثانى: روى «٢» السكونى عن ابى عبد الله عليه السلام ان الحكرة فى الخصب الى آخر الخبر ظاهر تحديد الحكرة فى الرخص باربعين يوما و فى الغلاء بثلاثة ايام و عمل به الشيخ و القاضى و صاحب الوسيلة و الايراد عليه تارة بضعف السند، و اخرى.

(٢) بانه محمول على بيان مظنة الحاجة كما عن الدروس و استحسنة المصنف رحمه الله فى غير محله اما الاول فلما تقدم فى هذا الشرح مرارا من اعتبار خبر السكونى و أما الثانى فلان ذلك خلاف الظاهر لا شاهد له فالأظهر تامة هذا التحديد.

(١) الوسائل - باب ٢٧ - من ابواب آداب التجارة حديث ٤.

(٢) نفس المصدر حديث ١.

منهاج الفقاهة (للمروحاني)، ج ٥، ص: ١٩٢

الثالث: مقتضى ظاهر صحيحة الحلبي المتقدمة فى بادئ النظر حصر الاحتكار فى شراء الطعام، لكن الاقوى التعميم بقريته تفرغ قوله: فإن كان فى المصر طعام و يؤيد ذلك ما تقدم من تفسير الاحتكار فى كلام اهل اللغة بمطلق جمع الطعام و حبسه، سواء كان بالاشترى أو بالزرع و الحصاد و الاحراز، الا ان يراد جمعه فى ملكه، و يؤيد التعميم تعليل الحكم فى بعض الأخبار بأن يترك الناس ليس لهم طعام، و عليه فلا- فرق بين ان يكون ذلك من زرعه أو من ميراث أو يكون موهوبا له، أو كان قد اشتراه لحاجة، فانقضت الحاجة و بقى الطعام لا يحتاج إليه المالك فحبسه متربصا للغلاء.

الرابع: اقسام حبس الطعام كثيرة لان الشخص اما ان يكون قد حصل الطعام لحبسه أو لغرض آخر، أو حصل له من دون تحصيل له، و الجس اما ان يراد منه نفس تقليل الطعام اضرارا بالناس فى انفسهم أو يريد به الغلاء و هو اضرارهم من حيث المال أو يريد به عدم

الخسارة من رأس ماله و ان حصل ذلك لغلاء عارضى لا يتضرر به اهل البلد، كما قد يتفق ورود عسكر و زوار في البلاد و توقفهم يومين أو ثلاثة فيحدث للطعام عزة لا يضر بأكثر اهل البلد، و قد يريد بالحبس لغرض آخر المستلزم للغلاء غرضاً آخر هذا كله مع حصول الغلاء بجسه. و قد يجس انتظاراً لأيام الغلاء من دون حصول الغلاء بجسه بل لقله الطعام آخر السنة أو لورود عسكر أو زوار ينفد الطعام، ثم حبسه لانتظار أيام الغلاء قد يكون للبيع بأزيد من قيمته الحال. و قد يكون لحب اعانة المضطرين و لو بالبيع عليهم و الإرفاق بهم، ثم حاجة الناس قد يكون لأكلهم و قد يكون للبذر أو علف الدواب أو الاسترباح بالثمن و عليك في استخراج احكام هذه الأقسام (١) و تميز المباح و المكروه و المستحب من الحرام.

(١) قوله و عليك في استخراج احكام هذه الاقسام الاحتكار المحرم هو الاحتكار مع حاجة الناس و المباح هو الاحتكار لامع حاجتهم و الواجب هو الاحتكار لإعانة المضطرين في ايام الغلاء و المستحب هو الاحتكار لإعانة الزوار و أما المكروه فلم نجد له مثالا. ثم ان الاحتكار بما هو احتكار لا يكون واجبا و لا مستحبا و اتصافه بهما انما يكون من جهة انطباق عناوين اخر عليه.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٩٣

الخامس: الظاهر عدم الخلاف كما قيل في اجبار المحتكر على البيع، حتى على القول بالكراهة، بل عن المهذب البارع الاجماع عليه، و عن التنقيح كما في الحدائق عدم الخلاف فيه، و هو الدليل المخرج عن قاعدة عدم الاجبار لغير الواجب. و لذا ذكرنا ان ظاهر ادلة الاجبار تدل على التحريم، لان الزام غير اللازم خلاف القاعدة. نعم لا يسعر عليه اجماعا، كما عن السرائر، و زاد وجود الاخبار المتواترة. و عن المبسوط عدم الخلاف فيه، لكن عن المقتنعة انه يسعر عليه بما يراه الحاكم. و عن جماعة منهم العلامة و ولده و الشهيد: انه يسعر عليه ان اجحف بالثمن، لنفى الضرر، (١) و عن الميسي و الشهيد الثاني: انه يؤمر بالنزول من دون تسعير جمعا بين النهي عن التسعير و الجبر بنفى الاضرار.

### خاتمة و من أهم آداب التجارة الإجمال في الطلب و الاقتصاد فيه.

ففي مرسله ابن فضال عن رجل عن ابي عبد الله عليه السلام ليكن طلبك للمعيشة فوق كسب المضيع و دون طلب الحريص الراضى بدنياه المطمئن إليها، و ليكن انزل نفسك من ذلك منزلة المنصف المتعفف، ترفع نفسك عن منزلة الواهن الضعيف و تكسب ما لا بد للمؤمن منه، ان الذين اعطوا المال، ثم لم يشكروا لا مال لهم.

و في صحيحه الثمالي عن ابي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله في حجة الوداع الا ان روح الامين نفث في روعي: انه لن يموت نفس حتى يستكمل رزقها فاتقوا الله و اجملوا في الطلب و لا يحملنكم استبطاء شيء من الرزق أن تطلبوه بشيء من معصية الله، فإن الله تبارك و تعالى قسم الأرزاق في خلقه حلالا، و لم يقسمها حراما،

(١) قوله انه يسعر عليه ان اجحف بالثمن لنفى الضرر قالوا و لانه لولاه لانتفت فائدة الجبر إذ بدونه يتمتع المالك من البيع الا باضعاف ثمنه فلو سوغناه انتفت الحكمة في الزامه بالبيع.

و هو جيد: الا انه لا يدل على التسعير لملائمته مع ما عن الميسي و الشهيد الثاني انه يؤمر بالنزول من دون تسعير- و الله العالم

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٩٤

فمن اتقى الله و صبر اتاه الله برزقه من حله و من هتك حجاب الستر و عجل فأخذه من غير حله قصر به من رزق الحلال و حوسب عليه يوم القيامة.

و عن ابي عبد الله عليه السلام انه كان امير المؤمنين عليه السلام كثيرا ما يقول: اعلموا علما يقينا ان الله عز و جل لم يجعل للعبد و ان

اشتد جهده و عظمت حيلته و كثرت مكائده ان يسبق ما سمي له في الذكر الحكيم، و لم يحل بين العبد في ضعفه و قلته حيلته ان يبلغ ما سمي له في الذكر الحكيم.

أيها الناس انه لن يزداد امرء نقيرا لحذفه و لم ينقص امرء نقيرا لحمقه، فالعالم بهذا العامل به اعظم الناس راحة في منفعته، و العالم بهذا التارك له اعظم الناس شغلا في مضرتة، و رب منعم عليه مستدرج بالاحسان إليه و رب مغرور في الناس مصنوع له فأبق ايها الساعي من سعيك، و ابصر من عجلتك، و انتبه من سنه غفلتك، و تفكر فيما جاء عن الله عز و جل على لسان نبيه صلى الله عليه و آله.

و في رواية عبد الله بن سليمان قال سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول: ان الله عز و جل وسع في ارزاق الحمقى ليعتبر العقلاء، يعلموا ان الدنيا ليس ينال ما فيها بعمل و لا حيلة.

و في مرفوعة سهل بن زياد انه قال قال امير المؤمنين عليه السلام: ما فعل عمر بن مسلم قلت: جعلت فداك اقبل على العبادة و ترك التجارة، فقال: ويحه اما علم ان تارك الطلب لا تستجاب له دعوته، إن قوما من اصحاب رسول الله صلى الله عليه و آله لما نزل قوله تعالى: (و من يتق الله يجعل له مخرجا و يرزقه من حيث لا يحتسب) اغلقوا الابواب و اقبلوا على العبادة و قالوا: قد كفينا فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه و آله فأرسل إليهم،

فقال لهم: ما دعاكم الى ما صنعتهم؟ فقالوا يا رسول الله صلى الله عليه و آله تكفل الله تعالى لنا بأرزاقنا فاقبلنا على العبادة. فقال صلى الله عليه و آله انه من فعل ذلك لم يستجب له، عليكم بالطلب. و قد تقدم رواية انه ليس منا من ترك آخرته لدنياه، و لا من ترك دنياه لآخرته. و تقدم أيضا حديث داود على نبينا و آله و عليه السلام و على جميع انبيائه الصلاة و السلام بعد الحمد لله الملك العلام على ما انعم علينا بالنعمة الجسم التي من أعظمها الاشتغال بمطالعة و كتابة كلمات اوليائه الكرام التي هي مصابيح الظلام للخاص و العام.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٩٥

الخيارات

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ١٩٧

## القول في الخيار و اقسامه و أحكامه:

### مقدمتان

#### الاولى: الخيار [في معنى الخيار]

اسم مصدر من الاختيار غلب في كلمات جماعة من المتأخرين في ملك فسخ العقد (١) على ما فسره به في موضع من الإيضاح فيدخل ملك الفسخ في العقود الجائزة. و في عقد الفضولي و ملك الوارث رد العقد على ما زاد على الثلث، و ملك العمه و الخالة لفسخ العقد على بنت الاخ و الاخت و ملك الأمة المزوجة من عبد فسخ العقد إذا اعتقت و ملك كل من الزوجين للفسخ بالعيوب. و لعل التعبير بالملك

معنى الخيار اصطلاحا

قبل بيان الخيار و اقسامه و احكامه لا بد من تقديم مقدمتين:

احدهما: في معنى الخيار.

الخيار على ما في كتب اللغة اسم مصدر من تخير مثل الطيرة اسم تطير، و هو مرادف للاختيار.

و أما فى الاصطلاح فقد ذكروا له معنيين:

(١) أحدهما: ما عن موضع من الايضاح و جماعة من المتأخرين و اختاره المصنف ره، و هو: ملك فسخ العقد.

ثانيهما: ما عرفه المحققون من القدماء، و هو: ملك اقرار العقد و ازالته.

و قبل بيان ما هو الحق عندنا ينبغى تقديم مقدمة.

و هى: ان الجواز و اللزوم الثابتين فى العقود على قسمين:

الأول: ما لا يقبل الاسقاط و الانتقال الى الغير، كلزوم النكاح و لذا لا يصح جعل خيار الفسخ فيه و لا يقبل الاقالة، و جواز الهبة: فانه غير قابل للاسقاط و الانتقال- و يعبر عنهما باللزوم و الجواز الحكمييين.

الثانى: ما يقبل ذلك كلزوم البيع و جوازه، و يعبر عنهما باللزوم و الجواز الحقييين،

و عن هذا الجواز يعبر بالخيار.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٩٨

للتنبية على ان الخيار من الحقوق لا من الاحكام (١) فيخرج ما كان من قبيل الاجازة و الرد لعقد الفضولى و التسلط على فسخ العقود الجائزة فإن ذلك من الاحكام الشرعية لا من الحقوق. و لذا لا تورث و لا تسقط بالاسقاط. و قد يعرف بأنه ملك اقرار العقد و ازالته و يمكن الخدشة فيه بأنه ان اريد من اقرار العقد ابقائه على حاله بترك الفسخ، (٢) فذكره مستدرک لأن القدرة على الفسخ عين القدرة على تركه إذ القدرة لا يتعلق باحد الطرفين و ان اريد منه الزام العقد و جعله غير قابل لان يفسخ. ففيه ان مرجعه الى اسقاط حق الخيار، فلا يؤخذ فى تعريف نفس الخيار

إذا عرفت هذه المقدمة فاعلم: انه يرد على التعريف الأول: ان الملك المستعمل فى المقام لا يراد به الملكية المصطلحة المضافة الى الاعيان، بل المراد به الملك بمعناه اللغوى، و هو السلطنة، و هو بهذا المعنى كما يصدق على القسم الثانى من الجواز يصدق على القسم الأول، بل يشمل ملك حل النكاح بالطلاق.

و ما افاده المصنف رحمه الله بان التعبير بالملك.

(١) للتنبية على ان الخيار من الحقوق لا من الاحكام، فيخرج ما كان من قبيل الاجازة ان اراد به الملكية المصطلحة من جهة ان الحق مرتبة ضعيفة من الملك،

فيرد عليه: ما ذكرناه فى اوائل الجزء الثالث عند بيان حقيقة الحق،

و ان اراد به الاستيلاء الخاص دون مطلق الاستيلاء- و هو ما كان نفس الاستيلاء تحت الاختيار بحيث يمكن للشخص سلب الاستيلاء و عزل نفسه عن السلطنة عزلا- ابتدائيا- فيرد عليه: انه لا- يعتبر فى الملك إلا دخول المملوك تحت السلطان لا دخول السلطنة ايضا تحت السلطان.

و أما التعريف الثانى: فاورد عليه المصنف رحمه الله بايرادين: احدهما:

(٢) انه ان اريد باقرار العقد ابقائه على حاله بترك الفسخ فذكره مستدرک لان القدرة على الفسخ عين القدرة على تركه، و ان اريد به الزام العقد كان مرجعه إلى اسقاط حق الخيار فلا يؤخذ فى تعريف نفس الخيار.

وفيه: ان المتعين هو الثانى، و ليس مرجعه إلى ما ذكر، بل حقيقته تثبيت العقد الذى هو امر وجودى، و لازمه سقوط الخيار.

و ان شئت قلت: ان مرجعه الى اسقاط حق ازالة العقد لا- إسقاط الخيار، فالخيار مركب من سلطنتين: السلطنة على ازالة العقد، و السلطنة على رفع هذه السلطنة.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ١٩٩



مع ان ظاهر الالتزام في مقابل الفسخ جعله لازما مطلقا فينتقض بالخيار المشترك فإن لكل منهما الزامه من طرفه لا مطلقا. ثم ان ما ذكرناه من معنى الخيار هو المتبادر منه عرفا عند الاطلاق في كلمات المتأخرين و إلا فاطلاقه في الاخبار و كلمات الاصحاب على سلطنة الاجازة و الرد لعقد الفضولي و سلطنة الرجوع في الهبة و غيرهما من افراد السلطنة شائع.

### الثانية: ذكر غير واحد تبعا للعلامة في كتبه ان الاصل في البيع اللزوم، (١)

#### إشارة

قال في التذكرة: الاصل في البيع اللزوم، لأن الشارع وضعه مفيدا لنقل الملك، و الاصل الاستصحاب، و الغرض تمكن كل من المتعاقدين من التصرف فيما صار إليه، و إنما يتم باللزوم لئامن من نقض صاحبه عليه، انتهى.

اقول المستفاد من كلمات جماعة: ان الاصل هنا قابل لإرادة معان:

ثانيهما: ان ظاهر الالتزام في مقابل الفسخ جعله لازما مطلقا فينتقض بالخيار المشترك.

وفيه: ان الذي بيد ذى الخيار الالتزام من طرفه لا- من الطرفين، و انما يكون لازما من الطرف الآخر من جهة عدم الخيار له، و هذا الظهور في الفسخ ايضا ممنوع، فانه ازاله من جانبه، و لكن حيث لا يعقل انحلال العقد من طرف واحد يلتزم بانحلاله من الطرفين لا ان معنى الفسخ ذلك كى يلتزم به في الاجازة بقرينه المقابلة. فظهر ان ما عرفه القدماء متين لا يرد عليه شيء.

#### الاصل في البيع اللزوم

(١) الثانية: ذكر غير واحد تبعا للعلامة في كتبه: ان الاصل في البيع اللزوم، قال في محكى التذكرة: الاصل في البيع اللزوم، لان الشارع وضعه مفيدا لنقل الملك، و الاصل الاستصحاب، و الغرض تمكن كل من المتعاقدين من التصرف فيما صار إليه، و انما يتم باللزوم لئامن من نقض صاحبه عليه. انتهى.

و قد تقدم البحث و الكلام في المقصود الاصلى من هذه المقدمة في اول كتاب البيع في مسألة المعاطاة، و انما تعرضنا هنا لها لجهتين:

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٠٠

الاول: الراجح: احتمله في جامع المقاصد مستندا في تصحيحه الى الغلبة. (١)

وفيه ان اراد غلبة الافراد فغالبا ينعقد جائزا لأجل خيار المجلس، أو الحيوان أو الشرط، و ان اراد غلبة الأزمان فهي لا تنفع في الأفراد المشكوكة مع انه لا يناسب ما في القواعد من قوله: و انما يخرج من الاصل لامرين ثبوت خيار أو ظهور عيب.

الثاني: القاعدة المستفادة من العمومات التي يجب الرجوع إليها عند الشك في بعض الافراد، أو بعض الاحوال، و هذا حسن، لكن لا يناسب ما ذكره في التذكرة في توجيه الاصل.

الثالث: الاستصحاب و مرجعه الى أصالة عدم ارتفاع اثر العقد بمجرد فسخ احدهما و هذا حسن.

الرابع: المعنى اللغوي بمعنى (٢) ان وضع البيع و بنائه عرفا و شرعا على اللزوم و صيرورة المالك الأول كالأجنبي، و انما جعل الخيار فيه حقا خارجيا لاحدهما أو لهما يسقط بالاسقاط، و بغيره، و ليس البيع كالهبة التي حكم الشارع فيها بجواز رجوع الواهب، بمعنى

كونه حكما شرعيا له اصلا و بالذات، بحيث لا يقبل الاسقاط.

الاولى: للتعرض لم احتمالات الاصل الواقع في كلمات الفقهاء.

الثانية: للتسهيل على الطالب.

و كيف كان: فالاصل المزبور قابل لإرادة معان:

(١) الأول: الراجح المستند الى الغلبة: ذكره في جامع المقاصد وفيه: انه ممنوع صغرى و كبرى،

اما الاولى: فلأن أغلب افراد البيع تنعقد جائزة من جهة خيار المجلس وغيره،

و اراد غلبة الازمان لا تنفع، فانها توجب اللاحق لو شك في لزوم فرد في زمان خاص،

لا فيما إذا شك في لزوم فرد في جميع الازمنة.

و أما الثانية: فلعدم الاساس لما اشتهر من ان الظن يلحق الشيء بالاعم الاغلب.

(٢) الثانى: المعنى اللغوى، و هو ما يبنى عليه الشيء، بمعنى ان وضع البيع و بنائه

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٠١

من هنا ظهر ان ثبوت خيار المجلس في اول ازمته انعقاد البيع، لا- ينافى كونه في حد ذاته مبني على اللزوم، لأن الخيار حق خارجي

قابل للانفكاك. نعم لو كان في اول انعقاده محكوما شرعا بجواز الرجوع بحيث يكون حكما فيه لاحقا مجعولا قابلا للسقوط، كان

منافيا لبنائه على اللزوم. فالاصل هنا، كما قيل نظير قولهم: ان الاصل في الجسم الاستدارة فإنه لا ينافى كون اكثر الاجسام على غير

الاستدارة لأجل القاسر الخارجى و مما ذكرنا ظهر وجه النظر في كلام صاحب الوافية حيث انكر هذا الاصل لأجل خيار المجلس، الا

ان يريد ان الاصل بعد ثبوت خيار المجلس بقاء عدم اللزوم، و سيأتى ما فيه.

بقى الكلام في معنى قول العلامة في القواعد و التذكرة انه لا يخرج من هذا الاصل (١) الا- بأمرين ثبوت خيار أو ظهور عيب. فإن

ظاهرة ان ظهور العيب سبب لتزلزل البيع في مقابل الخيار، مع انه من اسباب الخيار و توجيهه بعطف الخاص على العام، كما في جامع

المقاصد (٢) غير ظاهر، إذ لم يعطف العيب على اسباب الخيار بل عطف على نفسه و هو مبين له لا أعم. نعم قد يساعد عليه ما في

التذكرة من قوله و انما يخرج عن الاصل بأمرين:

عرفا و شرعا على اللزوم.

و احسن توجيه لذلك ما افاده السيد الفقيه رحمه الله، و هو: ان بناء العرف على اللزوم،

فإذا ورد دليل الامضاء كفى.

و فيه انه لا ريب في ان بناء العرف على اللزوم في موارد و عدمه في موارد اخر كما في المعيب و المغبون و شبههما، و عليه فإذا شك

في مورد انه من قبيل الاول أو الثانى لا وجه للتمسك بعموم بناء العرف، إذ لا عموم له.

و ان قيل: انه يتمسك بعموم ادلة الامضاء.

يجاب عنه بانه تمسك حينئذ بالقاعدة المستفادة من العمومات و سيأتى الكلام فيها.

(١) قوله بقى الكلام في معنى قول العلامة ... انه لا يخرج من هذا الاصل الا بأمرين و قد ذكر في توجيه قول العلامة وجوه.

(٢) منها ان عطف ظهور العيب على ثبوت الخيار من قبيل عطف الخاص على العام

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٠٢

احدهما: ثبوت الخيار لهما أو لأحدهما من غير نقص في احد العوضين بل للتروى خاصة.

و الثاني: ظهور عيب في احد العوضين، انتهى.

وحاصل التوجيه على هذا ان الخروج عن اللزوم لا- يكون الا- بتزلزل العقد لاجل الخيار، و المراد بالخيار في المعطوف عليه ما كان ثابتا بأصل الشرع أو بجعل المتعاقدين لا لاقضاء نقص في احد العوضين و بظهور العيب ما كان الخيار لنقص احد العوضين لكنه مع عدم تماميته تكلف في عبارة القواعد مع انه في التذكرة ذكر في الأمر الاول الذي هو الخيار فصولا سبعة بعدد اسباب الخيار و جعل السابع منها خيار العيب، و تكلم فيه كثيرا و مقتضى التوجيه ان يتكلم في الأمر الأول فيما عدا خيار العيب و يمكن توجيه ذلك بأن العيب سبب مستقل لتزلزل العقد في مقابل الخيار (١) فإن نفس ثبوت الارش بمقتضى العيب، و ان لم يثبت خيار الفسخ موجب لاسترداد جزء من الثمن، فالعقد بالنسبة الى جزء من الثمن متزلزل قابل لابقائه في ملك البائع و اخراجه عنه، و يكفي في تزلزل العقد ملك اخراج جزء مما ملكه البائع بالعقد عن ملكه، و ان شئت قلت: ان مرجع ذلك الى ملك فسخ العقد الواقع على مجموع العوضين من حيث المجموع، و نقض مقتضاه من تملك كل من مجموع العوضين في مقابل الآخر، لكنه مبنى على كون الارش جزءا حقيقيا من الثمن كما عن بعض العامة ليتحقق انفساخ العقد بالنسبة إليه عند استرداده.

و قد صرح العلامة في كتبه بأنه لا يعتبر في الارش كونه جزءا من الثمن، بل له ابداله، لأن الأرش غرامة، و حينئذ فثبوت الأرش لا يوجب تزلزلا في العقد، (٢)

و فيه ان المعطوف عليه ليس مطلق السبب- كما ان المعطوف ليس خيارا خاصا- بل المعطوف عليه مطلق الخيار و المعطوف سبب من اسبابه فلا يتم ذلك.

(١) و منها ما افاده العلامة رحمه الله، و حاصله ان العيب سبب مستقل لتزلزل العقد في مقابل الخيار فان ثبوت الارش بمقتضى العيب موجب لاسترداد جزء مما ملكه البائع بالعقد عن ملكه فالعقد بالاضافة الى جزء من الثمن متزلزل و ان لم يثبت الخيار.

(٢) و اورد المصنف عليه بانه ليس الارش جزءا حقيقيا من الثمن بل هو غرامة فلا يوجب ثبوته تزلزل العقد

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٠٣

ثم ان الاصل بالمعنى الرابع انما ينفع مع الشك في ثبوت خيار في خصوص البيع، لأن الخيار حق خارجي يحتاج ثبوته الى الدليل. اما لو شك في عقد آخر من حيث اللزوم و الجواز فلا- يقتضى ذلك الاصل لزومه لأن مرجع الشك حينئذ الى الشك في الحكم الشرعي. و أما الاصل بالمعنى الاول فقد عرفت عدم تماميته. و أما بمعنى الاستصحاب فيجوز في البيع و غيره إذا شك في لزومه و جوازه. و أما بمعنى القاعدة فيجوز في البيع و غيره، لأن اكثر العمومات الدالة على هذا المطلب يعم غير البيع. و قد اشرنا في مسألة المعاطاء إليها و نذكرها هنا تسهيلا على الطالب.

فمنها قوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (١) دل على وجوب الوفاء بكل عقد،

و المراد بالعقد مطلق العهد، كما فسر به في صحيحة ابن سنان المروية في تفسير علي بن ابراهيم،

و الظاهر ان نظره قده الى ان العقد يقتضى اللزوم و كون احد العوضين فقط عوضا عن الآخر و المخرج عن الامر الاول هو الخيار و عن الثاني ظهور العيب فانه يوجب اخذ الارش مع المبيع.

و منها غير ذلك مما ذكره العلامة، مع ما يرد عليه و غيره

الثالث: القاعدة المستفادة من العمومات التي يجب الرجوع إليها عند الشك.

(١) فمنها: قوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) «١».

و تقريب الاستدلال به: انه دل على وجوب الوفاء بكل عقد، و المراد بالعقد مطلق العهد أو ما يسمى عقدا عرفا، و معنى وجوب الوفاء العمل بما اقتضاه العقد في نفسه، فإذا دل العقد على تملك العاقد ماله من غيره وجب العمل بما يقتضيه، فأخذه منه بغير رضاه نقض لذلك، فهو حرام، فإذا حرم جميع ما يكون نقضا لمضمون العقد- و من جملة ذلك التصرفات الواقعة بعد فسخ المتصرف من دون رضاه- كان هذا لازما مساويا للزوم العقد.

(١) المائة: ٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٠٤

أو ما يسمى عقدا لغة و عرفا، و المراد بوجوب الوفاء العمل بما اقتضاه العقد في نفسه بحسب الدلالة اللفظية، نظير الوفاء بالندر، فإذا دل العقد مثلا على تملك العاقد ماله من غيره وجب العمل بما يقتضيه التملك، من ترتيب آثار ملكية ذلك الغير له، فأخذه من يده بغير رضاه و التصرف فيه كذلك، نقض لمقتضى «المضمون» ذلك العهد فهو حرام.

فإذا حرم باطلاق الآية جميع ما يكون نقضا لمضمون العقد، و منها التصرفات الواقعة بعد فسخ المتصرف من دون رضاه صاحبه، كان هذا لازما مساويا للزوم العقد و عدم انفساخه بمجرد فسخ احدهما، فيستدل بالحكم التكليفي على الحكم الوضعي اعني فساد الفسخ من احدهما بغير رضا الآخر، و هو معنى الزوم، بل قد حقق في الاصول ان لا معنى للحكم الوضعي الا ما انتزع من الحكم التكليفي، و مما ذكرنا ظهر ضعف ما قيل

و اورد عليه بايرادات:

الأول: ان الوفاء انما يتعلق بالعهد و الالتزام، و هو انما يتعلق بامر اختياري مثل النذر، و لا يتعلق بما هو خارج عن تحت الاختيار كالملكية الى الأبد، فلا معنى لوجوب الوفاء بمقتضى العقد.

و بعبارة اخرى: ان وجوب الوفاء بشيء فرع كونه تحت الاختيار و الملكية و بقائها الى الابد خارجة عن تحت اختيار المكلف، فلا يتعلق بها وجوب الوفاء، و هذه آية اختصاص الآية الشريفة بباب النذر و شبهه.

و فيه: ان الوفاء بمعنى التمام أو ما يقاربه، و عليه فان كان العقد متعلقا بالفعل كان الوفاء به ايجاده، و ان كان متعلقا بالنتيجة كالعقد على الملكية كان الوفاء به اتمامه و عدم رفع اليد عنه بحله و نقضه.

الثاني: ما عن المحقق الخراساني رحمه الله، و هو: ان موضوع وجوب الوفاء هو العقد و بقائه بعد الفسخ مشكوك فيه، فالتمسك بعموم الآية من باب التمسك فيما لا يعلم انطباق المطلق عليه.

و فيه: انه لا كلام في بقاء العقد ما لم يفسخ، و عليه فالأمر بالوفاء ان كان ارشادا كان مدلول الآية المطابق لزوم العقد و عدم تأثير الفسخ، و ان كان مولويا نفسيا كان عدم الفسخ

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٠٥

(القائل هو العلامة في المختلف) من ان معنى وجوب الوفاء بالعقد، العمل بما يقتضيه من لزوم و جواز، فلا يتم الاستدلال به على اللزوم. (١)

توضيح الضعف ان اللزوم و الجواز من الاحكام الشرعية للعقد، و ليسا من مقتضيات العقد في نفسه، مع قطع النظر عن حكم الشارع. نعم هذا المعنى اعني وجوب الوفاء بما يقتضيه العقد في نفسه، يصير بدلالة الآية حكما شرعيا للعقد،

مساويا للزوم و اضعف من ذلك ما نشاء من عدم التفتن لوجه دلالة الآية على اللزوم، مع الاعتراف بأصل الدلالة لمتابعة المشهور، و هو ان المفهوم من الآية عرفا حكمان تكليفي و وضعي. و قد عرفت ان ليس المستفاد منها الا حكم واحد تكليفي يستلزم حكما وضعيا و من ذلك

ايضا مامورا به، فلو حرم الفسخ لم يكن مؤثرا اجماعا.

مع ان حرمة الفسخ لو ثبتت فانما هي بمناط عدم ثبوت هذا الحق له، فيكون من قبيل حرمة الظلم، و من عدم الحق يستكشف عدم تأثيره.

(١) الثالث: ما عن العلامة في المختلف، و هو: ان معنى وجوب الوفاء بالعقد العمل بما يقتضيه من لزوم أو جواز، فلا يتم الاستدلال به على اللزوم.

و فيه: ان العقد الجائر لا يجب الوفاء به لجواز فسخه و حله، فمن الوجوب يستكشف كونه لازما.

مع ان الجواز و اللزوم من احكام العقد لا من منشآت المتعاقدين، و لذا لو اوقعا العقد اللازم غير قاصدين للزوم بل للجواز اتصف العقد به.

الرابع: ما افاده السيد الفقيه رحمه الله، و هو: ان العقد بمعنى العهد، و هو يشمل التكليف الالهي و العهد الذي بين الخالق و المخلوق كالنذر و ما يكون بين المخلوقين بعضهم مع بعض،

و حينئذ يدور الأمر بين حمل الأمر على الوجوب فيكون خروج العقود الجائزة و المستحبات من باب التخصيص، و حمله على القدر المشترك بين الوجوب و الاستحباب فيسقط الاستدلال، و حيث انه يبعد خروج المستحبات على كثرتها فيتعين الثاني:

و فيه: اولاً: ستعرف عدم كون العقد بمعنى العهد.

و ثانياً: ان الالتزام بالتخصيص لا محذور فيه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٠٦

و من ذلك يظهر لك الوجه في دلالة قوله تعالى: (احل الله البيع على) اللزوم (١) فإن حلية البيع التي لا يراد منها الاحلية جميع التصرفات المترتب عليه التي منها ما يقع بعد فسخ احد المتبايعين بغير رضاء الآخر مستلزماً لعدم تأثير ذلك الفسخ و كونه لغوا غير مؤثر،

و ثالثاً: ان الوجوب و الاستحباب خارجان عن حريم الموضوع له و المستعمل فيه،

و انما ينتزعان من الترخيص في الترك و عدمه، و عليه فعدم اللزوم في بعض الموارد للتخصيص في الترك لا- يوجب الالتزام بالتخصيص و لا بعدم اللزوم في الموارد التي لم يرد فيها ذلك.

فتحصل: ان شيئاً من هذه الإيرادات لا يتم.

و لكن يرد عليه امور:

الأول: ان العقد غير العهد، إذ العهد هو الجعل و القرار، و العقد هو ربط شيء بشيء،

و هو في اصطلاح الفقهاء في قبال الايقاع، فالعقد انما يطلق على البيع باعتبار ارتباط اعتبار كل من المتعاقدين بالآخر.

الثاني: ان الوفاء عبارة عن التمام، فالإيفاء هو الاتمام و الانهاء.

الثالث: ان الأمر به ارشاد الى اللزوم، و لا يكون حكماً تكليفاً، و ان كان على هذا ايضاً تدل الآية على اللزوم، و قد تقدم تفصيل القول في كل واحد من هذه الامور في مبحث المعاطاة في الجزء الثالث و على ما ذكرناه دلالة الآية على اللزوم اظهر.

(١) و منها: قوله تعالى (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) «١» و قد ذكر المصنف رحمه الله في وجه دلالة الآية الشريفة على اللزوم: ان الحلية المستندة الى البيع ظاهرة في التكليفية لا سيما بواسطة مقابلة ذلك بحرم الله الربا، و حيث انه لاموهم لحرمة البيع - لا بما هو فعل و لا بما هو تسبب للملك - فلا بد من تقدير التصرفات، و من حلية التصرفات يستكشف صحة البيع، اما من جهة انها تدل على حلية التصرفات المترتبة على البيع - و مرجع ذلك الى حلية الاكل من هذا السبب - و لازم ذلك عرفا ثبوت الملكية و أما من جهة ان حلية التصرفات

(١) سورة البقرة آية ٢٧٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٠٧

...

المتوقفة على الملك كالباع و الوطاء و نحوهما من آثار الملك، فإذا دلت الآية على جوازها دلت بالملازمة العقلية على الملكية، أو من جهة الملازمة العرفية بين حلية التصرفات و نفوذ البيع. و مقتضى اطلاق الآية حلية التصرفات بعد فسخ احد المتبايعين بغير رضا الآخر، و هذا يستلزم عدم تأثير الفسخ و كونه لغوا، و هو لازم للزوم. و هو قدس سره بعد اسطر اورد على هذا الوجه: بان المفروض الشك في تأثير الفسخ في رفع الآثار الثابتة باطلاق الآية، فلا يمكن التمسك في رفعه بالاطلاق. و في كلامه مواقع للنظر:

الاول: ما افاده من: ان المراد بالحلية الحلية التكليفية، فانه يرد عليه: ان الظاهر: منها من جهة استنادها الى البيع هي الوضعية منها، و هكذا في الحرمة المنسوبة الى الربا، و عليه فتدل الآية الشريفة على صحة البيع و نفوذه بالمطابقة بلا نظر لها الى اللزوم. الثاني: ما افاده من تقدير التصرفات، فانه يرد عليه: انه لا وجه لذلك سوى توهم انه لا موجب لحرمة البيع بما هو عمل من الاعمال، فيتعين التقدير، و هذا عليل، فان البيع من حيث انه يتوصل به الى التصرفات قابل لان يكون حلالا و حراما، و عليه فلا وجه للتقدير، و على هذا فيستكشف من حلية البيع بهذا المعنى نفوذه و صحته، إذ لو لا نفوذه لم يكن وجه للترخيص فيه. الثالث: ما اوردته على نفسه، فانه يرد عليه: انه لو قدر التصرفات و كان مقتضى اطلاق الآية حلية التصرفات بعد الفسخ لم يكن الشك في تأثير الفسخ مانعا عن ذلك، فان التمسك بالاطلاق انما يكون لدفع مثل هذا الشك.

و المحقق النائيني رحمه الله وجه ايراد المصنف رحمه الله: بان القيود الراجعة الى الموضوع يمكن ان يكون الحكم بالنسبة إليها مطلقا أو مقيدا، و أما حالات نفس الحكم فلا يمكن ان يكون منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٠٨

و منه يظهر وجه الاستدلال على اللزوم باطلاق حلية اكل المال بالتجارة عن تراض، (١) فإنه يدل على ان التجارة سبب لحلية التصرف بقول مطلق حتى بعد فسخ احدهما من دون رضا الآخر، فدلالة الآيات الثلاث على أصالة اللزوم على نهج واحد لكن يمكن ان يقال: انه إذا كان المفروض الشك في تأثير الفسخ في رفع الآثار الثابتة باطلاق الآيتين الاخيرتين، لم يمكن التمسك في رفعه الا بالاستصحاب و لا ينعف الاطلاق. (٢)

الحكم بالنسبة إليها مطلقا و لا مقيدا، فضلا عن ان يكون مطلقا أو مقيدا، بالاضافة الى رافعه، إذ المحكوم ليس ناظرا الى نفسه، فضلا عن ان يكون مطلقا بالنسبة الى حاكمه،

و في المقام الفسخ لو كان مؤثرا لكان رافعا لأصل الحلية، و لا إطلاق لها بالنسبة الى رافعها.

و فيه: اولاً: ان المصنف رحمه الله صرح بالاطلاق.

و ثانياً: ان الفسخ لو كان مؤثرا لكان رافعا لمنشأ الحلية و هو البيع و العقد لا للحكم نفسه، و اطلاق الحكم بالنسبة الى رافع منشئه كسائر حالاته امر ممكن.

و ثالثاً: ان هذا الوجه يجرى في (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) بان يقال: ان الفسخ لو كان مؤثرا لكان رافعا لوجوب الوفاء، فلا يمكن ان يكون ما دل عليه مطلقاً بالنسبة الى رافعه.

و قد ظهر مما ذكرناه دلالة الآية الشريفة على نفوذ البيع و صحته دون لزومه.

(١) قال المصنف رحمه الله: و منه يظهر وجه الاستدلال على اللزوم باطلاق حلية اكل المال بالتجارة عن تراض «١»

تقريب الاستدلال به: ان الاكل الذي رخصه الشارع عنوان للتصرفات المترتبة على المعاملة لا- لنفسها- لما تقدم- فمن جوازه يستكشف نفوذ المعاملة، و من اطلاقه- لما بعد الفسخ- يستكشف اللزوم.

(٢) ثم اورد عليه بما اوردته على سابقه.

و فيه: اولاً: ان الاكل في صدر الآية كناية عن التملك، فكذلك في المستثنى، فالمرخص فيه هو التملك.

و ثانياً: ان الايراد غير تام كما تقدم.

(١) سورة النساء آية ٢٩.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٠٩

و منها قوله تعالى: (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ) (١) دل على حرمة الاكل بكل وجه يسمى باطلا عرفاً، و موارد ترخيص الشارع ليس من الباطل،

فإن اكل المارة من ثمرة الاشجار التي تمر بها باطل لو لا اذن الشارع الكاشف عن عدم بطلانه، و كذلك الأخذ بالشفعة و الخيار، فإن رخصة الشارع في الأخذ بهما يكشف عن ثبوت حق لذوى الخيار و الشفعة، و ما نحن فيه من هذا القبيل، فإن اخذ مال الغير و تملكه من دون اذن صاحبه باطل عرفاً، (٢) نعم لو دل الشارع على جوازه، كما في العقود الجائزة بالذات أو بالعارض كشف ذلك عن حق للفاسخ متعلق بالعين

و المصنف قد استدل بالآية الشريفة على اللزوم بطريق آخر ذكره في المعاطاة، و قد تعرضنا له هناك و بينا عدم تماميته فراجع.

(١) و منها: قوله تعالى (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ) «١» تقريب الاستدلال به على اللزوم وجهان:

(٢) الأول: ان الأكل المنهى عنه كناية عن التصرف المعاملي، و هو التملك، فيدل على النهى عن التملك بالباطل، و منه اخذ مال الغير و تملكه من دون اذن صاحبه.

و فيه: اولاً: ان المراد بالباطل اما هو الباطل العرفي أو الشرعي أو الفاسد الخالي عن الأثر الذي لا يختلف معناه عرفاً و شرعاً، و انما الاختلاف بينهما في المصدق،

اما على الأول- الذي هو اساس الاستدلال-: فحيث ان اذن المالك الحقيقي موجب للخروج عن كونه باطلا- و في المقام، يحتمل الاذن في الفسخ، فلا محالة يشك في صدق الباطل عليه، و معه لا يبقى مورد للتمسك باطلاق الحكم.

و أما على الاخيرين فالشك في صدق الموضوع اظهر.

و ثانياً: انه يحتمل اختصاص الآية بالمعاضات من جهة التعبير باموالكم بينكم الظاهر في اعطاء مال واخذ مال، و الرجوع ليس منها،



فانه رد للملك و يستتبع ذلك رجوع العوض لا انه تملك بعوض.  
و ثالثا: ان الفسخ حل للعقد فلا تشمله الآية لعدم كونه سببا للاكل بل هو رافع

(١) سورة النساء آية ٢٩.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢١٠

و مما ذكرنا يظهر وجه الاستدلال بقوله صلى الله عليه و آله: لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه (١)

للسبب المملك و بعده يكون المملك بالسبب الأول.

الوجه الثاني: ان الاكل المنهى عنه كناية عن التصرفات، فتدل الآية على عدم جواز التصرفات بعد السبب الباطل و منه الرجوع و الفسخ.

و يرد عليه ما اوردناه على الوجه الأول.

(١) و منها: قوله صلى الله عليه و آله: لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه «١»

و تقريب الاستدلال به من وجهين:

الاول: ان الخبر يدل على عدم حلية مال الغير بغير رضاه، و حيث انه لا معنى لحرمة المال، و تقدير تصرف دون آخر ترجيح بلا مرجح، فتقدر جميع التصرفات و منها الفسخ و من حرمة يستكشف عدم تأثيره و فيه اولا ان الحرمة حيث استندت الى المال تكون ظاهرة في ارادة حرمة التصرفات الخارجية المتعلقة به، و لا تشمل التصرف الاعتباري.

و ثانيا: ان حرمة المعاملة لا تستلزم فسادها كما تقدم في اول الجزء الثالث من هذا الشرح.

الثاني: انه يدل على حرمة التصرفات في مال الغير بغير رضاه، و مقتضى اطلاقه حرمتها حتى بعد الفسخ، و لازم ذلك عدم تأثير الفسخ.

و فيه: انه حيث يحتمل تأثير الفسخ فيحتمل عدم كونه مال الغير بعد الفسخ، و معه لا مورد للتمسك باطلاق الحكم.

(١) هذا المضمون في كثير من الأخبار راجع الوسائل - باب ٣- من ابواب مكان المصلى - و المستدرک ج ٩ ص ٢١٢

و غيرهما.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢١١

و منها قوله: الناس مسلطون على أموالهم، فإن مقتضى السلطنة التي امضاها الشارع: ان لا يجوز اخذه من يده و تملكه عليه من دون رضاه، (١) و لذا استدل المحقق في الشرائع على عدم جواز رجوع المقرض فيما اقرضه بأن فائدة الملك التسلط، و نحوه العلامة في بعض كتبه.

و الحاصل ان جواز العقد الراجع الى تسلط الفاسخ على تملك ما انتقل عنه و صار مالا لغيره واخذه منه بغير رضاه مناف لهذا العموم.  
و منها قوله صلى الله عليه و آله: المؤمنون عند شروطهم. (٢) و قد استدل به على اللزوم غير واحد منهم المحقق الاردبيلي قدس سره بناء على ان الشرط مطلق الالتزام و الالتزام لو ابتداء من غير ربط بعقد آخر، فإن العقد على هذا شرط فيجب الوقوف عنده و يحرم التعدي عنه

(١) و منها: قوله عليه السلام: الناس مسلطون على اموالهم «١».

هذه الرواية وان كانت ضعيفة السند الا ان ضعفها مجبور بالعمل،

و تقريب الاستدلال بها: انها تدل على ثبوت السلطنة التامة للمالكين على اموالهم،

و من مقتضيات السلطنة التامة رفع مزاحمة الاجانب و منهم المالك الاول، و لازمه عدم تأثير فسخه.

و بعبارة اخرى: خروج المال عن ملكه بغير رضاه مناف للسلطنة.

و اورد عليه بايرادات-: و قد ذكرناها مع اجوبتها في مبحث المعاطاة.

و الحق في الجواب عنه: انها تدل على ثبوت السلطنة ما دام كونه مالا له و لا تدل على تسلطه على ابقاء الموضوع و كون بقائه تحت

اختياره كى تكون ازالته منافية للسلطنة الثابتة له فتدبر- و تمام الكلام في ذلك المبحث كما ان التقريب الآخر لدلائلها على ذلك مع

جوابه المذكوران هناك فراجع.

(٢) و منها: قوله صلى الله عليه و آله المؤمنين عند شروطهم «٢».

و تقريب الاستدلال به: ان الشرط هو مطلق الالتزام، و الالتزام لو ابتداء من غير ربط

(١) البحار ج ١- ص ١٥٤ الطبع القديم- و ج ٢- ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

(٢) الوسائل- باب ٦- من ابواب الخيار و فيها المسلمون.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢١٢

فيدل على لزوم بالتقريب المتقدم في: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ. لكن لا يبعد منع صدق الشرط في الالتزامات الابتدائية، بل المتبادر عرفا هو

الالتزام التابع، كما يشهد به موارد استعمال هذا اللفظ حتى في مثله قوله عليه السلام في دعاء التوبة: و لك يا رب شرطى ان لا أعود

في مكروهك و عهدى ان اهجر جميع معاصيك، و

قوله عليه السلام في اول دعاء الندبة: بعد ان شرطت عليهم الزهد في درجات هذه الدنيا

كما لا يخفى على من تأملها مع ان كلام بعض اهل اللغة يساعد على ما ادعيناه من الاختصاص. ففي القاموس:

الشرط الزام الشيء و التزامه في البيع و نحوه و منها الاخبار المستفيضة في أن

البيعين بالخيار ما لم يفترقا

، (١) و انه

إذا افترقا

وجب البيع

، و انه

لا خيار لهما بعد الرضا

. فهذه جملة من العمومات الدالة على لزوم البيع عموما أو خصوصا.

بعقد آخر، و عليه فالعقد شرط يجب الوقوف عنده، و يحرم التعدى عنه، فيدل على لزوم بالتقريب المتقدم في (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ).

و لكن تامة الاستدلال به تتوقف على امرين: صدق الشرط على المعاملات كالبيع،

و دلالة على اللزوم.

اما الأول: فمضافا الى ما سياتى في مبحث الشروط من عدم صدقه على الالتزامات المعاملية: انه يعتبر في صدقه كون الالتزام في ضمن

التزام، و هو لا يصدق على الالتزام الابتدائي. و بعبارة اخرى: الشرط هو الالتزام التابع كما يظهر لمن راجع موارد استعماله، و لذا قال

فى محكى القاموس: الشرط الزام الشىء أو التزامه فى البيع و نحوه و أما الثانى: فالأظهر انه انشاء حكم تكليفى لا وضعى، إذ مضمونه عدم انفكاك المؤمن عن شرطه، و هذا ليس صفة فى الشرط كى يكون ذلك ارشادا الى صحته أو لزومه، بل هو صفة فى المؤمن فلا محالة يكون ظاهرا فى كونه امرا بالوفاء بالشرط تكليفا، و عليه فيجرى فيه ما ذكرناه فى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ).

(١) و منها: الاخبار المستفيضة فى ان

البيعين بالخيار «١» ما لم يفترقا

و انه إذا افترقا وجب البيع

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

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢١٣

و قد عرفت ان ذلك مقتضى الاستصحاب (١) ايضا، و ربما يقال ان مقتضى الاستصحاب عدم انقطاع علاقة المالك عن العين، فإن الظاهر من كلماتهم عدم انقطاع علاقة المالك عن العين التى له فيها الرجوع، و هذا الاستصحاب حاكم على الاستصحاب (٢) المتقدم المقتضى للزوم. و رد بأنه ان اريد بقاء علاقة المالك أو علاقة يتفرع على الملك فلا ريب فى زوالها بزوال الملك، و ان اريد بها سلطنة اعادة العين فى ملكه فهذه علاقة يستحيل اجتماعها مع الملك (٣) و انما تحدث بعد زوال الملك لدلالة دليل، فإذا فقد الدليل فالاصل عدمها

و اورد على هذا الوجه:

بان هذه النصوص تدل على اللزوم الحيثى لا اللزوم من جميع الجهات، و لذا لا تنافى ثبوت خيار الحيوان و الشرط و نحوهما.

و بانها فى مقام جعل الخيار لا جعل اللزوم، فلا وجه للتمسك باطلاقها من هذه الجهة.

و لكن يرد على الاول: انه خلاف اطلاق النصوص.

و على الثانى: انها فى مقام بيان الجواز قبل التفرق و اللزوم بعده، و لذا فى بعض تلك النصوص

قال عليه السلام بعد ذلك: فإذا افترقا فلا خيار لهما.

### الاستدلال للزوم بالاستصحاب

(١) و ربما يستدل على اللزوم بالاستصحاب.

بتقريب: ان مقتضى الاستصحاب عدم انقطاع علاقة المالك عن العين، و قد اشبعنا الكلام فى هذا الاستصحاب و ما يمكن، ان يورد عليه فى مبحث المعاطاة، و انما نذكر فى المقام الاشكال الذى لم يذكره المصنف رحمه الله هناك و ذكره فى المقام، و هو.

(٢) ان هذا الاصل محكوم باستصحاب بقاء علقه المالك الأول.

و استصحاب بقاء حق الفسخ الثابت فى زمان ثبوت خيار المجلس.

(٣) و اجاب المصنف رحمه الله عن الأول: بانه ان اريد بقاء علاقة المالك أو علاقة تتفرع على الملك فلا ريب فى زوالها بزوال

الملك، و ان اريد بها سلطنة اعادة العين فى ملكه فهذه علاقة يستحيل اجتماعها مع الملك.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢١٤

و ان اريد بها العلاقة التى كانت فى مجلس البيع، فإنها تستصحب عند الشك،

فيصير الأصل في البيع بقاء الخيار، كما يقال الاصل في الهبة بقاء جوازها بعد التصرف في مقابل من جعلها لازمة بالتصرف، ففيه مع عدم جريانه فيما لا خيار فيه في المجلس (١)

توضيح ما افاده:

انه ربما يتوهم ان الملكية و ان كانت امرا اعتباريا الا انها ليست بسيطة، بل هي ذات مراتب، فإذا انتقلت العين عن الشخص بنحو ليس له ارجاعها الى ملكه الا بعقد جديد فقد انقطعت العلاقة بالمره، و إذا انتقلت بنحو له ارجاعها الى ملكه متى ما شاء فقد بقيت مرتبة منها.

فلو شك في الجواز و اللزوم يشك في ان علقه المالك الاول هل انقطعت بالمره ام بقيت مرتبة ضعيفة منها فيستصحب بقائها بعد كون قوة العلاقة و ضعفها من مراتب شيء واحد،

فإذا جرى هذا الاصل لا يبقى شك في بقاء الملك كى يستصحب، فان الشك في بقائه بعد الرجوع مسبب عن الشك في ثبوت هذا الحق و عدمه.

و ربما يتوهم ان للشخص سلطنة على ماله و سلطنة على تسليط الغير عليه حدوثا و بقاء و بالبيع زالت السلطنة عليه، و كذلك السلطنة على تسليط الغير حدوثا. اما السلطنة على تسليط الغير بقاء فهي مشكوكه الارتفاع فيستصحب بقائها، و نتيجة ذلك جواز رفع سلطنة الغير بالفسخ.

و كلاهما فاسدان:

اما الأول: فلأن الملكية التي هي امر اعتباري و من سنخ الوجود بسيطة و ليست ذلت مراتب و هي قد زالت بالبيع و لم يبق منها شيء. مع انه لو سلم كونها ذات مراتب- حيث ان ما يبقى بعد العقد الجائر مابين مع الملكية، و لذا ترى ان خيار المجلس بنظر العرف مغاير مع الملكية- فلا يجرى الاستصحاب.

و أما الثاني: فلأن السلطنة على رد الملك سلطنة جديدة ان ثبتت، فانها تثبت في ظرف عدم الملك فكيف تكون من آثار الملك و اجاب المصنف عن الاصل الثاني بوجوه.

(١) الاول ان الدليل اخص من المدعى لعدم جريانه في غير البيع.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢١٥

بل مطلقا بناء على ان الواجب هنا الرجوع في زمان الشك الى عموم: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١) لا الاستصحاب انه لا يجدى بعد تواتر الاخبار بانقطاع الخيار مع الافتراق، (٢) فيبقى ذلك الاستصحاب سليما عن الحاكم، فتأمل.

(١) الثاني: ان الواجب هنا الرجوع في زمان الشك الى عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) «١»

لا الاستصحاب.

و أورد عليه: بان (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) حيث لا عموم زمانى له فلا يكون هو المرجع في زمان الشك، بل المرجع استصحاب حكم الخاص على ما اسسه في الاصول.

و يمكن دفعه بان ذلك يتم في ما إذا كان خروج الفرد في الاثناء لا من الاول كما في المقام، و الا فالمرجع عموم العام و تمام الكلام في محله.

(٢) الثالث: انه لا يجدى بعد تواتر الاخبار بانقطاع الخيار مع الافتراق.

و اورد عليه: بان الكلام انما هو مع قطع النظر عن الادلة الاجتهادية،

مع ان هذه الاخبار كما توجب عدم جريان هذا الاصل توجب عدم جريان الاصل المحكوم ايضا. وفيه: ان ما يثبت بهذه النصوص هو زوال ذلك الحق الثابت في المجلس، و أما زوال الحق الآخر المشكوك الحدوث فهي لا تدل عليه،

و حيث انه يحتمل ذلك فان قلنا بان الخيار واحد و ان تعددت اسبابه يجرى استصحاب بقاء الخيار الشخصي الثابت سابقا، و ان قلنا بتعدده بتعدد اسبابه فيمكن اجراء استصحاب الكلي الجامع بينهما، فانه و ان كان من قبيل القسم الثالث من اقسام الكلي الا انه حيث يحتمل حدوث فرد آخر مقارنا لحدوث المتيقن يجرى استصحاب الكلي على مسلك المصنف رحمه الله. و لكن المختار عدم جريان الاستصحاب فيه حتى في هذا الفرض فلا يجرى الاصل المزبور في المقام. فتحصل: ان الاستصحاب ايضا من ادلة اللزوم.

(١) سورة المائدة آية ٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢١٦

ثم أنه يظهر من المختلف في مسألة ان المسابقة لازمة أو جائزة، ان الأصل عدم اللزوم، (١) و لم يرد من تأخر عنه إلا- بعموم قوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (٢)

و لم يكن وجه صحيح لتقرير هذا الاصل، نعم هو حسن في خصوص المسابقة و شبهه، مما لا يتضمن تمليكا أو تسليطا «تسليما (٣)» ليكون الاصل بقاء ذلك الاثر و عدم زواله بدون رضا الطرفين، ثم ان ما ذكرنا من العمومات المثبتة لأصالة اللزوم انما هو في الشك في حكم الشارع باللزوم، و يجرى ايضا فيما إذا شك في عقد خارجي انه من مصاديق العقد اللازم أو الجائر، بناء على ان المرجع في الفرد المردد بين عنواني العام، و المخصص الى العموم. و أما بناء على خلاف ذلك، فالواجب الرجوع عند الشك في اللزوم الى الاصل، بمعنى استصحاب الأثر و عدم زواله بمجرد فسخ احد المتعاقدين، الا ان يكون هنا أصل موضوعي يثبت العقد الجائر

(١) و قد افاد العلامة في مسألة المسابقة عند الشك في انها جائزة أو لازمة انها غير لازمة لأصالة عدم اللزوم،

(٢) و رده من تأخر عنه بعموم آية الوفاء بالعقد «١» و المصنف رحمه الله استحسنت الاصل المزبور في بعض الابواب قال.

(٣) نعم هو حسن في خصوص المسابقة و شبهه مما لا يتضمن تمليكا أو تسليطا و اورد عليه المحقق الايرواني، مضافا الى ان غاية ما ذكره بطلان استصحاب بقاء الاثر بعد الفسخ الذي هو معنى اصالة اللزوم لا صحة اصالة الجواز.

بانه بناء على جريان الاستصحاب التعليقي يجرى الاستصحاب في المقام: فانه يجرى استصحاب بقاء استحقاق العوض لو سبق الثابت قبل الفسخ و يحكم بانه يستحق العوض لو سبق بعد الفسخ ثم ناقش قده فيه: بان المختار عدم جريان الاستصحاب التعليقي.

و فيه: ان هذا الاستصحاب يجرى و ان بنينا على عدم جريان الاستصحاب التعليقي من جهة ان الاستصحاب التعليقي المصطلح انما هو فيما لو تحقق احد جزئي موضوع الحكم كالعصير العبي ثم حين ما تحقق الجزء الآخر شك في الحكم من جهة الشك في بقاء الجزء الاول لاحتمال التبدل، و في المقام ليس كذلك، بل المتيقن هو انشاء تمليك على تقدير سبق

(١) سورة المائدة آية ٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢١٧

كما إذا شك في ان الواقع هبة أو صدقة. فإن الأصل عدم قصد القرية، فيحكم بالهبة الجائزة، (١) لكن الاستصحاب المذكور انما ينفع في اثبات صفة اللزوم.

و أما تعيين العقد اللازم حتى يترتب عليه سائر آثار العقد اللازم كما إذا اريد تعيين البيع عند الشك فيه و في الهبة فلا، بل يرجع في اثر كل عقد الى ما يقتضيه الاصل بالنسبة إليه، فإذا شك في اشتغال الذمة بالعوض، حكم بالبراءة (٢) التي هي من آثار الهبة

و المشكوك فيه بقاء هذا الاثر و ارتفاعه عن موضوعه، فيجری الاصل فيه، و نظير المقام ما لو شك في وجوب الحج على المستطيع. و بالجملة: ما نحن فيه من قبيل الشك في بقاء التكليف المنشأ على الموضوع المقدر وجوده فيجری الاصل، و هذا غير الاستصحاب التعليق المصطلح الذي ليس الشك فيه في بقاء الجعل.

و لا يخفى ان ما ذكرناه من دلالة العمومات على اصالة اللزوم انما هو في الشك في حكم الشارع باللزوم. و أما إذا كان الشك في عقد خارجي انه من مصاديق العقد اللازم أو الجائر فلا مورد للتمسك بالعمومات فيتعين حينئذ الرجوع الى الاستصحاب، الا ان يكون هناك اصل حاكم ففي المتن.

(١) كما إذا شك في ان الواقع هبة أو صدقة فان الاصل حينئذ عدم قصد القرية فيحكم بالهبة الجائزة. و لكن يتم ذلك بناء على كون الهبة و الصدقة حقيقة واحدة و الفرق بينهما انما هو من قبيل الفرق بين الماهية بشرط لا و الماهية بشرط شيء، فالتمليك المجاني المجرد عن قصد القرية هبة، و التمليك المجاني الذي قصد به القرية صدقة، إذ عليه تكون اصالة عدم قصد القرية نافية للزوم المترتب على الصدقة.

و أما بناء على ما مال إليه في الجواهر من كونهما حقيقتين متباينتين فلا اصل لهذا الاصل و تمام الكلام في محله.

(٢) قوله فإذا شك في اشتغال الذمة بالعوض حكم بالبراءة

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٥، ص: ٢١٨

و إذا شك في الضمان مع فساد العقد حكم بالضمان، لعموم على اليد ان كان هو المستند في الضمان بالعقود الفاسدة، (١) و ان كان المستند دخوله في ضمان العين (٢) أو قلنا بأن خروج الهبة من ذلك العموم مانع عن الرجوع إليه فيما احتمل كونه مصداقا لها كان الاصل البراءة أيضا.

## القول في اقسام الخيار

### إشارة

و هي كثيرة الا ان اكثرها متفرقة و المجتمع منها في كل كتاب سبعة، (٣) و قد انهاها بعضهم الى ازيد من ذلك، حتى ان المذكور في اللمعة مجتمعا اربعة عشر، مع عدم ذكره لبعضها، و نحن نفتى أثر المقتصر على السبعة كالمحقق و العلامة قدس سره، لأن ما عداها لا يستحق عنوانا مستقلا، إذ ليس له احكام مغاير لسائر انواع الخيار، فنقول و بالله التوفيق

الا ان يحصل العلم الاجمالي بالمخالفة القطعية من جريان اصالة اللزوم و اصالة البراءة معا كما لو شك في ان الواقع هبة أو بيع فان مقتضى اصالة اللزوم عدم رجوع العين الى مالکها الاول بعد الفسخ و مقتضى اصالة البراءة عدم استحقاقه العوض مع انه يعلم اجمالا اما باستحقاقه العوض أو رجوع ماله إليه بالفسخ فلا يجرى شيء من الاصلين.

(١) قوله لعموم على اليد «١» ان كان هو المستند في الضمان بالعقود الفاسدة التمسك به في المقام مبني على جواز التمسك بالعام في الشبهة المصدقية لانه قد خرج عنه ما إذا كانت اليد بعنوان تسليط المالك مجانا- و حيث ان المختار عدم جوازه فلا يجوز

التمسك به في المقام اللهم الا ان يقال ان الخارج عن العموم ليس هو التسليط المجاني بهذا العنوان بل بعنوان اسقاط المالك احترام ماله- و عليه- فاحترام المال معلوم و سقوطه مشكوك فيه و الاصل عدمه.

(٢) قوله و ان كان المستند دخوله في ضمان العين و قد تقدم في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد ان الاقدام على الضمان ليس دليلا مستقلا للضمان.

(٣) قوله و هي كثيرة الا- ان اكثرها متفرقة و المجتمع منها في كل كتاب سبعة و الحق في بيان الجامع لها ان الخيار تارة يكون بجعل الشارع ابتداء و مطلقا

(١) المستدرک- باب ١- من كتاب الوديعة، كتر العمال ج ٥ ص ٢٥٧.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢١٩

### الاول في خيار المجلس:

#### اشارة

فالمراد بالمجلس، مطلق مكان المتبايعين حين البيع، (١) و إنما عبر بفرده الغالب و إضافة الخيار إليه لاختصاصه به و ارتفاعه بانقضائه الذي هو الافتراق،

كخيار المجلس و الحيوان، و اخرى: يكون بجعل من المتعاملين مثل شرط الخيار،

و ثالثة: يكون وسطا بينهما بان يلتزم المتبايعان في ضمن العقد وجود شرط أو وصف،

أو عدمه، أو عمل خارجي و تبين خلافه، فانه يثبت لمن له الالتزام الخيار حينئذ، و الكلام يقع اولا فيما يكون بجعل شرعي ابتداء.

خيار المجلس

(١) قال المصنف رحمه الله فالمراد بالمجلس مطلق مكان المتبايعين.

و لكن: ليس في ادلة هذا الخيار لفظ المجلس و لا مكان المتبايعين،

بل في النصوص جعل هذا الخيار مغيا بالافتراق، و يستظهر من ذلك اعتبار الاجتماع العرفي في جانب المغيا،

فلو لم يكن بينهما اجتماع حال البيع لم يكن هناك خيار،

كما لو أوقعا العقد بواسطة التلفون مع كون كل منهما في بلد غير بلد الآخر.

نعم حيث يكون المراد الاجتماع بالابدان فيكون المراد الاجتماع من حيث المكان،

و حيث ان الغالب من مكان الاجتماع كونه محلا للجلوس فلذا عبر بخيار المجلس،

و على هذا فكما لا يعتبر المجلس لا يعتبر مكان البيع، بل لو افترقا عن مكان البيع مع بقاء اجتماع المتبايعين و عدم تفرق احدهما عن

صاحبه كان الخيار باقيا،

فهذا الخيار خيار الاجتماع في المجلس و اضافته الى الاجتماع اضافة المسبب الى سببه،

و يعبر عن سببه بمحل سببه من باب تنزيل المحل منزلة المحال.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٢٠



و لا خلاف بين الامامية في ثبوت هذا الخيار، (١) و النصوص به مستفيضة، و الموثق الحاكي لقول على عليه السلام إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب مطروح أو مؤول و لا فرق بين اقسام البيع و انواع المبيع، نعم سيجيء استثناء بعض اشخاص المبيع كالمعتق على المشتري، و تنقيح مباحث هذا الخيار و مسقطاته يحصل برسم مسائل.

(١) و في الجواهر: اجماعا منا بقسميه، و النصوص المستفيضة شاهدة به، لاحظ صحيح محمد بن مسلم عن الامام الصادق عليه السلام: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: البيعان بالخيار حتى يفترقا: الحديث «١» و نحوه صحيح زرارة عنه عليه السلام «٢». و صحيح الفضيل عنه عليه السلام- في حديث- قال: قلت له: ما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما «٣». و نحوها غيرها. و أما موثق غياث عن جعفر عن ابيه عن الامام على عليهم السلام: إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب و ان لم يفترقا «٤» فربما يحمل على التقيّة.

و اورد عليه: بان الخبر علوي، و موجب التقيّة حدث في عصر الامامين الصادقين عليهما السلام و دفع بان الحاكي لهذه الرواية حيث انه الامام الصادق عليه السلام فيمكن التقيّة في مقام الحكاية و الرواية عن الامير عليه السلام.

و فيه: ان التقيّة في مقام الحكاية بمعنى نقل جملة عن شخص مع عدم صدورها منه و كونه كذبا غير معهود، و لعل احسن الوجوه ما افاده بعضهم من ان المراد من الصفق على المبيع هو الصفق بعنوان الالتزام بالمبيع لا الصفق المحقق للمبيع، كيف و موضوعه المبيع، فيكون البيع محققا قبله.

انتهى

- (١) الوسائل- باب ١- من ابواب الخيار حديث ١.  
 (٢) الوسائل- باب ١- من ابواب الخيار حديث ٢.  
 (٣) الوسائل- باب ١- من ابواب الخيار حديث ٣.  
 (٤) الوسائل- باب ١- من ابواب الخيار حديث ٧.  
 منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٢١

### [مسائل في خيار المجلس]

**مسألة: لا اشكال في ثبوته للمتبايعين إذا كانا اصليين،**

#### إشارة

و لا- في ثبوته للوكيلين في الجملة. (١) و هل يثبت لهما مطلقا خلاف، قال في التذكرة: لو اشترى الوكيل أو باع أو تعاقد الوكيلان تعلق الخيار بهما و بالموكلين مع حضورهما في المجلس، و الا فبالوكيلين فلو مات الوكيل في المجلس و الموكل غائب انتقل الخيار إليه، لأن ملكه اقوى من ملك الوارث. و للشافعية قولان: احدهما: انه يتعلق بالموكل، و الآخر انه يتعلق بالوكيل، انتهى.

اقول: و الاولى ان يقال ان الوكيل ان كان وكيلا في مجرد اجراء العقد، فالظاهر عدم ثبوت الخيار لهما وفاقا لجماعه، منهم المحقق و

الشهيد الثانيان، لأن المتبادر من النص غيرهما و ان عممناه لبعض افراد الوكيل، و لم نقل بما قيل تبعا لجامع المقاصد بانصرافه

و تنقيح مباحث هذا الخيار و مسقطاته يحصل برسم مسائل.

### ثبوت الخيار للوكيل

(١) الاولى: لا- خلاف و لا- إشكال في ثبوت هذا الخيار للمتبايعين إذا كانا اصليين و لا في ثبوته للوكيلين في الجملة، الا ما عن المحقق الثاني في جامع المقاصد من انكار ثبوته للوكيل بقول مطلق.

و كيف كان: فيقع الكلام في مقامين:

الاول: في ثبوت الخيار للوكيل.

الثاني: في ثبوته للموكل.

اما المقام الاول فتوضيحه: ان الوكيل قد يكون وكيلا في اجراء الصيغة خاصة، و قد يكون وكيلا مستقلا في ايجاد المعاملة فقط، و قد يكون وكيلا- مستقلا في امر المعاملة ايجادا و فسخا- على كلام في معقوليته سيجيء- و قد يكون وكيلا- مفوضا إليه امر المعاملة وجودا و عدما ان شاء باع و ان شاء لم يبع.

اما القسم الاول: فقد استدل لعدم ثبوت الخيار له في قبال ما قيل من صدق البيع

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٢٢

بحكم الغلبة الى خصوص العاقد المالك، مضافا الى ان مفاد ادلة الخيار اثبات حق و سلطنة لكل من المتعاقدين على ما انتقل الى الآخر بعد الفراغ عن تسلطه،

على ما انتقل إليه، فلا يثبت بها هذا التسلط لو لم يكن مفروغا عنه في الخارج، (١)

ألا- ترى انه لو شك المشتري في كون المبيع ممن يعتق عليه لقرابة أو يجب صرفه لنفقة أو اعتاقه لنذر، فلا- يمكن الحكم بعدم وجوبه، لأدلة الخيار بزعم اثباتها للخيار المستلزم لجواز رده على البائع و عدم وجوب عتقه

عليه فتشمله ادلة الخيار بوجوه.

(١) احدها: ما افاده المصنف رحمه الله و تفرد به و هو: ان مفاد ادلة الخيار اثبات حق و سلطنة لكل من المتعاقدين على ما انتقل الى الآخر بعد الفراغ عن تسلطه على ما انتقل إليه، فلا يثبت بها هذا التسلط لو لم يكن مفروغا عنه في الخارج.

وفيه: ان الخيار اما ان يكون سلطنة على حل العقد، أو على تراد العوضين، و على التقديرين ليس هو سلطنة على خصوص الاسترداد بعد ثبوت السلطنة على الرد.

اما على الاول: فواضح،

و أما على الثاني: فلأنه لا موجب للالتزام بكونه سلطنة على الاسترداد خاصة سوى ان المالك و الوكيل المفوض، لهما السلطنة على الرد بالاقالة و نحوها، فلا معنى لجعل الخيار لهما الا السلطنة على الاسترداد.

و حيث انه لا يعقل السلطنة على الاسترداد دون الرد فلا محالة يكون الخيار مجعولا لمن له سلطنة على الرد،

و هو توهم فاسد:

لان الرد بما انه له مصاديق و ما يكون ثابتا للمالك بعضها، فجعل الخيار بمعنى السلطنة على الرد و الاسترداد بلا اعتبار رضا الآخر لا يلزم منه اللغو، و عليه فالخيار هو السلطنة على تراد العينين لا على جلب ما ذهب خاصة.

ثم ان المحقق النائيني رحمه الله وجه كلام المصنف رحمه الله بما سنذكره في الوجه السابع. فانتظر.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٢٣

هذا مضافا الى ملاحظة بعض اخبار هذا الخيار المقرون فيه بينه وبين خيار الحيوان (١) الذي لا يرضى الفقيه بالتزام ثبوته للوكيل في اجراء الصيغ، فان المقام وان لم يكن من تعارض المطلق والمقيد الا ان سياق الجميع يشهد باتحاد المراد من لفظ المتبايعين مع ان ملاحظة حكمه الخيار تبعد ثبوته للوكيل المذكور (٢) مضافا الى ادلة سائر الخيارات. (٣) فان القول بثبوتها لموقع الصيغ لا ينبغي من الفقيه.

و الظاهر عدم دخوله في اطلاق العبارة المتقدمة عن التذكرة، فان الظاهر من قوله: اشترى الوكيل أو باع تصرف الوكيل بالبيع والشراء لا مجرد ايقاع الصيغ.

و من جميع

(١) ثانيها: ما افاده المصنف رحمه الله تبعا لغيره، و هو: ان بعض «١» اخبار هذا الخيار قد قرن فيه بينه وبين خيار الحيوان الذي لا يلتزم الفقيه بثبوته للوكيل في اجراء الصيغ،

و ظاهر ذلك من جهة وحدة السياق كون موضوع الخيارين واحدا.

وفيه: ان الموجب لاختصاص خيار الحيوان بغير الوكيل ما في بعض «٢» رواياته من جعل الخيار لخصوص صاحب الحيوان لا اختصاص الموضوع به.

(٢) ثالثها: ما في المكاسب ايضا، و هو: ان ملاحظة حكمه الخيار تبعد ثبوته للوكيل المذكور.

وفيه: ان الحكمة غير معلومة، مع ان الحكم لا يدور مدارها.

(٣) رابعها: ما في المتن ايضا، قال: مضافا الى ادلة سائر الخيارات، فان القول بثبوتها لموقع الصيغ لا ينبغي من الفقيه.

وفيه: ان بعض تلك الخيارات مختص بالمالك لاختصاص دليله به كخيار الغبن لو قلنا ان مدركه حديث لا ضرر، و بعضها تابع لجعل المتبايعين و لو كان هو الاجنبي كشرط الخيار، و بعضها كخيار العيب يجرى فيه ما هو الجارى في المقام.

خامسها: ما في المكاسب في اواخر المبحث، و هو: ان ثبوت الخيار للوكيل يضاد مع سلطنة الموكل على ماله، لان بالفسخ يخرج المال عن ملكه قهرا عليه، فادلة الخيار على فرض شمولها له تعارض دليل سلطنة المالك، و يقدم دليل السلطنة، و ان كانت النسبة

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

(٢) نفس المصدر حديث ٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٢٤

...

عموما من وجه لحكم العقل و بناء العقلاء، و لا أقل من التساقت فيرجع الى استصحاب بقاء الملك بعد فسخه.

وفيه: ان النسبة بين دليل الخيار و دليل السلطنة عموم مطلق، لان خيار كل من المتعاملين ينافى سلطنة الآخر على ما انتقل إليه.

سادسها: ما افاده بعض المحققين رحمه الله، و هو: ان بعض، «١» نصوص الباب تضمن ثبوت هذا الخيار للتاجر، و عدم شموله لمجرى الصيغ و اوضح،

و به يقيد اطلاق سائر النصوص.

وفيه: انه بما انهما مثبتان لا وجه للحمل.

سابعا: ان دليل الخيار مخصص لعموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) «٢» فكل من يجب عليه الوفاء بالعقد مختار في الفسخ بدليل الخيار، و الذي من شأنه الوفاء هو المتصرف في المال.

و الوكيل في اجراء الصيغ، حيث انه لا- يملك التصرف في المال المنتقل إليه لا- وفاء له، فلا- يكون ذلك واجبا عليه، و لا معنى لاستثنائه عن هذا الحكم في موارد خاصة. و بهذا وجه المحقق النائيني رحمه الله كلام المصنف رحمه الله الذي هو الوجه الاول الذي ذكرناه.

وفيه: ان الوفاء بمعنى التمام، فالمأمور به في الآية الشريفة- كما تقدم في اول هذا الجزء و في مبحث المعاطاة- هو الاتمام و الانهاء، و انهاء العقد و اتمامه انما هو بعدم نقضه و حله،

و ليس المأمور به ترتيب الآثار عملا كي يقال انها لا تشمل الوكيل المذكور، و عليه فهي شاملة له ايضا، و بدليل الخيار يخصص بالنسبة إليه.

فالحق في وجه عدم ثبوت الخيار له ان يقال: ان دليل الخيار منصرف عنه.

توضيحه: ان البائع- و كذا البيع- له اطلاقان: احدهما: هو المنشى و الموجد للبيع

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

(٢) سورة المائدة: ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٢٥

و من جميع ذلك يظهر ضعف القول بثبوتة للوكيلين المذكورين كما هو ظاهر الحدائق، و اضعف منه تعميم الحكم لصورة منع الموكل من الفسخ (١) بزعم ان الخيار حق ثبت للعاقدة بمجرد اجرائه للعقد، فلا- يبطل بمنع الموكل، و على المختار فهل يثبت للموكلين، فيه اشكال من ان الظاهر من البيعين في النص المتعاقدان، فلا يعم الموكلين (٢) و ذكروا انه لو حلف على عدم البيع لم يحث بيع و كيله، و من ان الوكيلين فيما نحن فيه كالألة للمالكين، و نسبة الفعل اليهما شائعة. و لذا لا يتبادر من قوله: باع فلان ملكه الكذائي كونه مباشرا للصيغة و عدم الحث بمجرد التوكيل في اجراء الصيغة

الثاني: من كان حصول البيع باختياره و استقلاله و سلطانه، و لو كان غير مباشر له،

فيقال: فلان باع داره و عقاره، و ان كان البيع صادرا عن وكيله و المنصرف إليه، لفظ البائع عند الاطلاق هو الثاني، و عليه فهو لا يشمل الوكيل الموقع للصيغة.

و يؤيد ذلك، بل يدل عليه ما في بعض نصوص الباب من تعليل اللزوم بالافتراق بكون ذلك رضا منه، «١» فانه يستكشف من ذلك ان الخيار انما يكون ثابتا لمن يكون رضاه معتبرا في المعاملة، و الوكيل المجرى للصيغة لا- يكون رضاه معتبرا فيها و لا- ربط له بالمعاملة كي يكون تصرفه دالا على رضاه، و لعله الى هذا نظر المصنف رحمه الله في ما ذكره من الوجه الذي ذكرناه اولاً. فراجع و تدبر.

(١) قوله و اضعف منه تعميم الحكم لصورة منع الموكل من الفسخ.

لم يظهر لي و لا لغيري وجه الاضعفية إذ على فرض القول بشمول دليل الخيار للوكيل، لا فرق فيه بين منع الموكل و عدمه.

و أما المقام الثاني: و هو ثبوت الخيار للموكل، فالكلام فيه يقع في موردين:

الاول: في اصل ثبوت الخيار للموكل.

الثاني: في الامور المتفرعة على ثبوته له.

اما الاول: فقد استدلل لعدم ثبوت الخيار له بوجوه:

(٢) منها: ان الظاهر من البيعين في النص المتعاقدان، فلا يعم الموكلين، و ذكروا انه

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

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٢٦

...

لو حلف على عدم البيع لم يحث بيع و كيله.

وفيه: ما تقدم من ان البيع بالاطلاق الثاني من الاطلاقين المتقدمين الذي هو المنصرف إليه عند اطلاقه - و هو من كان حصول البيع باختياره و استقلاله - يشمل الموكل دون الوكيل الا في مورد واحد.

مع انه لو سلم ان المراد به العاقد بما ان العقد كما ينسب الى الوكيل بالمباشرة ينسب الى الموكل بالتسبيب، لا سيما إذا كان الوكيل وكيلا في اجراء الصيغة خاصة، يعم بيع الموكل ايضا.

و أما مسألة النذر فان نذر ان لا يباشر البيع لم يحث بيع و كيله و ان نذر ان لا ينقل ماله حث.

و ان نذر ان لا يبيع بما له من المفهوم، فان باع و كيله المفوض الذي تكون وكالته قبل النذر لم يحث من جهة انه لم يصدر البيع عن اختياره و لم ينذر ان يعزل و كيله، و ان وكل غيره بعد النذر حث سيما إذا كان ملتفتا إليه حين البيع. و تمام الكلام في محله.

و منها: انه لو سلم صحة انتساب البيع الى المباشر و السبب الا انه في الاستعمال الواحد لا بد ان يراد احدهما، فقوله عليه السلام البيعان لا بد ان يراد به الوكيلان أو الموكلان،

و حيث إن المفروض ثبوته للوكيل المفوض فلا يشمل الموكل.

وفيه: اولاً: ما تقدم من عدم شموله للوكيل الا إذا كان وكيلا في البيع و عدمه.

و ثانياً: ان المستعمل فيه على فرض الشمول لهما ليس هما معا بما هما معنيان، بل المستعمل فيه هو الجامع بينهما، و عليه فلا محذور من ارادتهما معا منه.

و منها: انه مع فرض تأثير فسخ الوكيل كيف يمكن الالتزام بتأثير فسخ الموكل، مع ان الحق الواحد لا يعقل قيامه باكثر من واحد.

وفيه: انه على فرض شمول النص لهما لا يكون الثابت لهما خيارا واحدا بل خيارين،

فانه كسائر القضايا الحقيقية ينحل الى احكام عديدة بحسب ما لموضوعه من الافراد،

فالظاهر ثبوت الخيار للموكل.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٢٧

ممنوع، فالاقوى ثبوته لهما و لكن مع حضورهما في مجلس العقد (١) و المراد به مجلسهما المضاف عرفا الى العقد، فلو جلس هذا في مكان و ذاك في مكان آخر فاطلعا على عقد الوكيلين، فمجرد ذلك لا يوجب الخيار لهما، الا إذا صدق كون مكانيهما مجلسا لذلك العقد، بحيث يكون الوكيلان كلساني الموكلين و العبرة بافتراق الموكلين عن هذا المجلس لا بالوكيلين.

## توقف خيار الموكل على حضوره مجلس العقد

(١) ثم ان ثبوت الخيار للموكل هل يتوقف على حضوره مجلس العقد كما بنى عليه المصنف رحمه الله، أو لا يتوقف عليه،

ام يفصل بين الوكيل في اجراء الصيغة فقط أو في خصوص معاملته خاصة بحيث تنتهي وكالته بالعقد فلا يكفي اجتماع الوكيلين بل يعتبر حضور الموكلين مجلس العقد والـالا-فلا-خيار لهما، و بين الوكيل المفوض المستقل فيكفي اجتماع الوكيلين ولا يعتبر حضور الموكلين كما ذهب إليه المحقق النائيني رحمه الله وجوه:

و الحق في المقام ان يقال: ان موضوع هذا الخيار قوامه بامرین:

احدهما: صدق البيع ثانيهما: كون البائع والمشتري مجتمعين لما عرفت من ان هذا الخيار حيث يكون مغيا بالافتراق فيعلم انه خيار الاجتماع، و حيث ان الافتراق المجعول غاية يراد به الافتراق بدنا،

يكون المراد به الاجتماع بدنا و في المكان، و يعتبر فيه كون الاجتماع للبيع، فلو اجتمعا في مكان لا للبيع بل لغرض آخر و كانا غافلين عنه غير ملتفتين إليه لا يثبت لهما الخيار.

و عليه فإذا حضر الموكلان مجلس العقد متوجهين إليه أو اجتمعا في مجلس للبيع و وكلا شخصين آخرين اجتمعا في محل آخر للبيع أو لم يجتمعا و اوقعا العقد غير مجتمعين كما إذا كانا في محلين متباعدين و اوقعا العقد بواسطة التلفون- ثبت لهما الخيار. و استدلل للثاني بوجهين:

الاول: ما في محكي الجواهر احتمالاه، و هو: ان نصوص الباب مختصة بالوكيل

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٥، ص: ٢٢٨

...

و لا- تشمل الموكل لتبادر العاقد من البيع، و انما نلتزم بثبوت للموكل من جهة ان هذا الحق الثابت متعلق بالمال فيتبعه في النقل و الانتقال، و ما تضمنه النصوص يكون مغيا بالافتراق، و أما ما ثبت من الخارج فلا- وجه لتقييده به، بل حيث ان الحق الثابت بعقد الوكيل يكون مغيا به فيدور بقاء حق الوكيلين و ثبوت حق الموكل و بقاءه مدار عدم تفرق الوكيلين فقط.

و فيه: ما تقدم من ان ثبوت الحق للموكل ليس الا من جهة صدق البيع عليه، و عليه فيعتبر فيه ايضا الاجتماع، و الا فلا وجه لثبوت له لان الخيار متعلق بالعقد لا بالمال، مع انه لو كان متعلقا به لما كان وجه لثبوته للوكيل بعد فرض كون ثبوت له من جهة صدق البيع عليه.

و دعوى ان الموكل كما انه بعقده يستفيد بازاء ماله ملكا و حقا فكذا بتوكيله يستفيد ما كان له مباشرة،

مندفعة بان الموكل انما يستفيد بازاء ماله ملكا من جهة كون المال له و البيع له، و هذا موجود في بيع و كيله، و أما استفادته الحق فانما تكون لاجل بائعيته و عاقديته، و هذا العنوان مفقود في فرض التوكيل على الفرض، فلا وجه لثبوت له.

الثاني: ما افاده المحقق الايرواني رحمه الله، و هو: ان المجلس لا عنوان له في الخيار، و لا أنيط به الخيار، و انما العبرة و مدار الخيار على هيئة المتبايعين من النسبة و البعد حينما صارا متبايعين، فيحدث الخيار قائما بهذه الهيئة و يستمر ما استمرت الهيئة و يزول بزوال الهيئة بالافتراق، فإذا تعاقد الوكيلان و كان الموكلان حينئذ على نسبة خاصة من البعد يثبت لهما الخيار متقوما بهذه الهيئة، دائما بدوامها و منقطعا بانقطاعها.

وفيه: ما تقدم من انه من جعل هذا الخيار مغيا بالافتراق يعلم اعتبار الاجتماع في ثبوته وانه لا خيار مع عدم الاجتماع، إذ لا تفرق الا بعد الاجتماع. فراجع.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٢٩

هذا كله ان كان وكيل في مجرد ايقاع العقد. وان كان وكيل في التصرف المالي كأكثر الوكلاء فإن كان مستقلا في التصرف في مال الموكل بحيث يشمل فسخ المعاوضة بعد تحققها نظير العامل في القراض و اولياء القاصرين. (١)  
فالظاهر ثبوت الخيار له لعموم النص، (٢) و دعوى تبادل المالين ممنوعه خصوصا إذا استندت الى الغلبه، فإن معاملة الوكلاء و الاولياء لا تحصى،

### ثبوت الخيار للوكيل المستقل

و أما القسم الثاني: و هو الوكيل في ايجاد المعاملة مستقلا فقط، فعمده الوجوه التي ذكرناها لعدم ثبوت الخيار للوكيل في القسم الاول جارية في هذا القسم كما هو واضح،  
فالظاهر عدم ثبوت الخيار له.

(١) و أما القسم الثالث: فقد اختار المصنف رحمه الله ثبوته له.

و الكلام فيه في مواضع:

الاول: في ان عموم الوكالة لما يشمل فسخ المعاوضة صحيح ام لا؟

و الحق عدم صحته، فانه ان اريد به الفسخ من قبل الموكل اعمالا لحقه، فهذا لا ربط له بثبوت الخيار للوكيل، و ان اريد به الفسخ بخيار نفسه فهو باطل، إذ لا معنى للوكالة فيما هو وظيفته و مستقل فيه، مع ان ثبوت الخيار متوقف على الوكالة فيه المتوقفة على ثبوت الخيار،

و هذا دور واضح، و على هذا فلا فرق بين هذا القسم و سابقه.

الثاني: انه على فرض صحته ذلك، و الفرق بينه و بين سابقه ما ذكره رحمه الله في وجه عدم ثبوت الخيار للوكيل من منافاته لدليل (الناس مسلطون على اموالهم) يجرى في هذا القسم،  
و عليه فقوله:

(٢) فالظاهر ثبوت الخيار له لعموم النص، لا وجه له.

الثالث: ان ما اخترناه في وجه عدم ثبوت الخيار للوكيل في القسمين الاولين يجرى في هذا القسم، فان البائع بالاطلاق الثاني الذي هو المنصرف إليه من لفظه عند الاطلاق،

و هو من كان حصول البيع باختياره و سلطانه و استقلاله لا يشمل هذا الوكيل ايضا.

و أما القسم الرابع: و هو الوكيل المفوض إليه امر المعاملة ان شاء اوجدها و ان شاء

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٣٠

و هل يثبت للموكلين ايضا مع حضورهما كما تقدم عن التذكرة اشكال، (١)

من تبادل المتعاقدين من النص. و قد تقدم عدم حث الحالف على ترك البيع و كيله و من ان الاستفادة من ادلة سائر الخيارات و خيار الحيوان المقرون بهذا الخيار في بعض النصوص كون الخيار حقا لصاحب المال شرعا ارفاقا له (٢) و ان ثبوته للوكيل لكونه نائباً عنه يستلزم ثبوته للمنوب عنه (٣) الا ان يدعى مدخلية المباشرة للعقد، فلا يثبت لغير المباشر.



و لكن الوجه الاخير لا يخلو عن قوة

لم يوجد لها، فالظاهر ثبوت الخيار له لصدق البائع و لو بالاطلاق الثاني عليه كما هو واضح.

(١) قوله و هل يثبت للموكلين ايضا مع حضورهما كما تقدم عن التذكرة اشكال و المصنف رحمه الله استدل ثبوت الخيار للموكل فيما إذا صدر البيع من الوكيل المطلق في قبال دعوى عدم شمول البيع للموكل بوجهين آخرين:

(٢) احدهما: ان المستفاد من الادلة كون الخيار حقا لصاحب المال ارفاقا.

(٣) ثانيهما: ان ثبوته للوكيل لكونه نائبا عنه يستلزم ثبوته للمنوب عنه.

و فيهما نظر:

اما الاول: فلأنه لو سلم كون حكمه جعل الخيار الارفاق بالمالك، ان مفاد الادلة حينئذ ان الخيار مهما ثبت يكون للارفاق لا ان كل من يناسبه الارفاق يكون الخيار ثابتا له.

و أما الثاني: فلأن ثبوت الخيار للوكيل ليس بعنوان كونه و كيلا و نائبا كى يقال انه يستلزم ثبوته للمنوب عنه، بل بعنوان كونه بيعا غير الصادق هذا العنوان على الفرض على الموكل، فالصحيح في وجه ثبوت الخيار للموكل صدق عنوان البيع عليه و هل يعتبر حضور الموكل مجلس العقد في ثبوت الخيار لو كان الوكيل و كيلا مفوضا كما هو صريح المتن ام لا يعتبر ذلك كما افاده المحقق النائيني و جهان،

قد استدل المحقق النائيني لما اختاره بانه إذا كانت الوكالة منتهية ببيع الوكيل كان

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٥، ص: ٢٣١

و حينئذ فقد يتحقق في عقد واحد الخيار لأشخاص كثيرة من طرف واحد أو من الطرفين فكل من سبق من اهل الطرف الواحد الى اعماله نفذ و سقط خيار الباقيين (١) بلزوم العقد أو بانفساخه، و ليس المقام من تقديم الفاسخ على المجيز، فان تلك المسألة فيما إذا ثبت للجانبين و هذا فرض من جانب واحد،

اجتماع الوكيلين كاجتماع الاجنبيين، و المفروض عدم اجتماع الموكلين، و حيث انه يعتبر في ثبوت هذا الخيار الاجتماع فلا يكون ثابتا لهما.

و أما إذا كانت الوكالة باقية بعد البيع و كان الوكيل و كيلا مفوضا مستقلا، كان اجتماع الوكيلين اجتماعا للموكلين، لانهما بدنان تنزليان للموكلين فيثبت لهما الخيار و ان لم يكونا ببدنهما الحقيقيين مجتمعين.

و فيه: ان الاجتماع كسائر الافعال التي يكون قيامها بفاعلها على نحو الحلول كالفرح و السواد و نحوهما لا يستند الى شخصين طولاً، احدهما: المباشر، و الآخر السبب، فكما لا يقال لسبب وجود الفرحة في زيد انه فرح، و لا لسبب وجود السواد في جسم انه اسود،

بخلاف الافعال التي يكون قيامها بفاعلها على نحو اليجاد و الاصدار كالتكلم و التوفى و البيع و نحوها، فانها تستند الى المباشر و السبب، و لذا ورد تارة (الله يتوفى الانفس حين موتها) «١» و اخرى (قل يتوفاكم ملك الموت) «٢»

فكذلك لا يقال للموكل السبب لاجتماع الوكيلين انه مجتمع مع غيره، بل هو مجمع لاحدهما مع الآخر.

و بالجملة: الاجتماع من الافعال التي لا تنسب الى غير المباشر، فالصحيح ما ذكرناه.

و أما المورد الثاني فالكلام فيه في فروع

(١) الاول انه لو ثبت الخيار للموكل و الوكيل ففسخ احدهما و اجاز الآخر هل

(١) سورة الزمر: ٤٢.

(٢) سورة السجدة: ١١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٣٢

...

يقدم الفاسخ على المميز- كما في مورد ثبوت الخيار للبائع و المشتري- ام يكون اعمال السابق خياره نافذا و يسقط الخيار عن الباقي كما اختاره المصنف رحمه الله؟ وجهان.

و غاية ما يمكن ان يقال في وجه ما ذهب إليه المصنف رحمه الله امران.

احدهما: ان تقدم الفاسخ على المميز انما هو في فرض ثبوت الخيار لكل من الشخصين اللذين لهما الخيار كما في مورد الخيار من الجانبين.

و فيما نحن فيه يكون الثابت خيارا واحدا قائما بطبيعة البائع و طبيعة المشتري المنطبقة في كل جانب على المتعدد، فإذا سبق واحد من افراد الطبيعة الى الاعمال فسحا أو امضاء سقط خيار البقية لانه يصدق ان الطبيعة فسخت أو ابرمت لفسخ واحد منهما أو اجازته.

ثانيهما: انه و ان كان الثابت للموكل و الوكيل خيارين الا ان الموكل إذا عمل خياره باجازه أو فسخ يكون ذلك فسحا عمليا للوكالة. و معه لا- مورد لاعمال الوكيل خياره لانه سقط بالعزل، و إذا عمل الوكيل خياره كان ذلك اعمالا للموكل خياره، لان فعل الوكيل فعل للموكل و ان لم يقصد الوكالة و النيابة بل و ان قصد عدمها، كما لو باع الوكيل دار موكله بعنوان الفضولي، و عليه فلا يبقى مورد لاعمال الموكل خياره.

و في كلا الوجهين نظر:

اما الاول: فلأن قوله عليه السلام «١» البيعان بالخيار كسائر القضايا الشرعية يكون من قبيل القضية الحقيقية المنحلة الى قضايا عديدة حسب ما للموضوع من الافراد الخارجية،

يثبت به لكل فرد من افراد الموضوع حكم واحد غير ما هو الثابت لغيره من الافراد،

و عليه فكل من الموكل و الوكيل له خيار غير ما يكون للآخر.

و أما الثاني: فلأن الخيار الثابت للوكيل ليس ثابتا له بعنوان الوكالة بل بعنوان انه بائع، فاعماله خياره ليس اعمالا للموكل، مع ان فعل الموكل يكون عزلا للوكيل إذا كان

(١) الوسائل- باب ١- من ابواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٣٣

ثم على المختار من ثبوته للموكلين فهل العبرة فيه بتفرقهما عن مجلسهما حال العقد أو عن مجلس العقد أو بتفرق المتعاقدين أو بتفرق الكل، فيكفي بقاء اصيل مع وكيل آخر في مجلس العقد وجوه أقواها الاخير، (١)

و ان لم يكن مستقلا في التصرف في مال الموكل قبل العقد و بعده، بل كان وكيفا في التصرف على وجه المعاوضة كما إذا قال له اشتر لي عبدا.

و الظاهر حينئذ عدم الخيار للوكيل لا لانصراف الاطلاق الى غير ذلك، بل لما ذكرنا في القسم الاول من ان اطلاق أدلة الخيار مسوق

لإفادة سلطنة كل من العاقدين على ما نقله عنه بعد الفراغ عن تمكنه من رد ما انتقل إليه فلا تنهض لاثبات هذا التمكن عند الشك فيه، ولا لتخصيص ما دل على سلطنة الموكل على ما انتقل إليه المستلزمة لعدم جواز تصرف الوكيل فيه برده الى مالكة الاصلى. وفي ثبوته للموكلين ما تقدم

منافيا مع بقاء الوكالة، و أما في مثل المقام فلا.  
فالاظهر ان المقام من موارد تقديم الفاسخ على المجيز.

### بيان حقيقة تفرق الموكلين

(١) الثانى: هل العبرة فيه بتفرقهما عن مجلسهما حال العقد، أو عن مجلس العقد، أو بتفرق المتعاقدين، أو بتفرق الجميع وجوه، قوى المصنف رحمه الله الاخير.  
و اورد عليه السيد فى الحاشية: بان الظاهر ان الحكم معلق على صدق التفرق لا على صدق عدم التفرق، و المفروض صدقه، و ان كان يصدق عدم التفرق ايضا مع بقاء اصيل أو وكيل، فيكفى فى سقوط الخيار تفرق احد الشخصين الوكيل أو الموكل.  
تحقيق القول فى المقام: ان المستفاد من النصوص «١» كون شرط الخيار عدم التفرق،  
و غاية ثبوته التفرق- و هما نقيضان لا يرتفعان ولا يجتمعان- و عليه فان كان الخيار ثابتا لجنس البائع و المشتري بلا نظر الى الافراد كان الخيار ثابتا ما لم يفترق الجميع عن الجميع و ان تفرق البعض عن البعض، لانه لا يصدق افتراق الجنس و ان صدق افتراق

(١) الوسائل- باب ١- من ابواب الخيار.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٥، ص: ٢٣٤

و الاقوى اعتبار الافتراق عن مجلس العقد كما عرفت فى سابقه، ثم هل للموكل بناء على ثبوت الخيار له تفويض الأمر الى الوكيل بحيث يصير ذا حق خيارى الاقوى العدم، (١) لأن المتيقن من الدليل ثبوت الخيار للعاقده فى صورة القول به عند العقد لا لحوقه له بعده، نعم يمكن توكيله فى الفسخ أو فى مطلق التصرف فسخا أو التزاما،

بعض المصاديق فما افاده المصنف رحمه الله متين.

الا- انه يرد عليه- مضافا الى ما تقدم من منافاة المبنى لظاهر القضية:- ان لازم ذلك الالتزام بثبوت الخيار للموكلين و ان لم يجتمعا لصدق اجتماع الجنسين مع اجتماع الوكيلين.

و ان قلنا بان الخيار ثابت للافراد لا- للجنس كما هو الحق، فاما ان يكون مجلس الموكلين غير مجلس الوكيلين، أو يكون مجلس الجميع واحدا.

فان كان المجلس متعددًا يكون سقوط خيار كل من الصنفين تابعا لتفرقه، فلو تفرق الوكيلان سقط خيارهما دون خيار الموكلين، و لو انعكس الامر انعكس.

و ان كان مجلس الجميع واحدا، و كان اجتماعهم للمعاملة اجتماعا واحدا، لا محالة يكون لكل بائع مشتريان، و لكل مشتر بائعان، إذ مجموع الموكل و الوكيل بائع، كما ان مجموع الوكيل و الموكل مشتر، و حينئذ لو تفرق الموكل و الوكيل سقط الخيار، و ان تفرق الموكل من طرف أو هو مع الوكيل من الطرف الآخر سقط خيار المتفرق و بقى خيار من لم يفترق، لانه يصدق عدم تفرق البائع عن المشتري، و بهذا يظهر ما فى كلمات القوم فى المقام.

و ان هذا وجه رابع لم يذكره المصنف رحمه الله.

### تفويض الامر الى الوكيل

(١) الثالث: بناء على ثبوت الخيار للموكل هل له تفويض الامر الى الوكيل بحيث يصير ذا حق خيارى؟ قوى المصنف رحمه الله العدم، لان المتيقن من الدليل ثبوته للعاقده عند العقد لا لحوقه له بعده. وقد اورد عليه جل المحشين: بان ما ذكره المصنف رحمه الله علته للعدم غير مرتبط بدعواه منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٣٥

...

إذ لا يراد اثبات الخيار للوكيل بادلته كى يقال ان متيقن الادلة ثبوت الخيار فيما ثبت من حال العقد، و انما يراد اثبات الخيار له بنقل من الموكل، و خيار الموكل، ثابت من حين العقد. و تحقيق الكلام يستدعى البحث فى مقامين. الاول: فى صحة نقل الخيار الى الوكيل و عدمها. الثانى: فى بيان مراد المصنف رحمه الله. اما المقام الاول: فالظاهر صحة النقل، لا بمعنى التوكيل فى الفسخ و الامضاء، فان ذلك مما لا كلام فى صحته، و لا بمعنى جعل حقه الثابت له شرعا لغيره ابتداء، إذ هذا مما لا كلام فى عدم صحته، إذ ليس امر الجعل بيده. بل بمعنى نقل حقه إليه بناقل، لانه بعد القطع بانه قابل للاسقاط كما يأتى تفصيله. مقتضى عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) «١» جواز نقله و نفوذ العقد الواقع عليه. و قد استدلل المحقق الاصفهاني رحمه الله لعدم جواز نقله: بان حق خيار المجلس حيث انه مغيا بالافتراق فثبوته مع عدم لحاظ الغاية مناف لفرض كونه مغيا، و ثبوته الى افتراق المنقول إليه عن طرفه بلا وجه، لان افتراق المنقول إليه ليس مقابلا للاجتماع على المعاملة المستفاد من الغاية، و ثبوته للمنقول إليه الى حصول الافتراق من الناقل خلاف ظاهر النص، لان ظاهره استمرار الخيار الى افتراق ذى الحق عن طرفه، و الناقل ليس له حق حتى يمتد الخيار الى زمان افتراقه. و فيه: انا نختار الشق الاخير، و ما ذكره يرد: ان الافتراق قيد للموضوع، و هو مركب من امرين: كونه بيعا، و مجتمعا مع طرفه، و المنقول انما هو الحكم الثابت لهذا الموضوع بلا تصرف فيه، فما دام بقاء هذا الموضوع يكون الخيار المنقول ثابتا للمنقول إليه

(١) سورة المائدة: ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٣٦

و مما ذكرنا اتضح عدم ثبوت الخيار للفضولين و ان جعلنا الاجازة كاشفة (١) لا لعدم صدق المتبايعين، لأن البيع النقل و لا نقل هنا كما قيل لاندفاعه بان البيع النقل العرفى و هو موجود هنا. نعم ربما كان ظاهر الاخبار حصول الملك شرعا بالبيع و هذا المعنى منتف فى الفضولى قبل الاجازة، و يندفع ايضا بأن مقتضى ذلك عدم الخيار فى الصرف و السلم قبل القبض، مع ان هذا المعنى لا يصح على مذهب الشيخ القائل بتوقف الملك على انقضاء الخيار

فإذا ارتفع الموضوع بارتفاع احد جزئيه سقط الخيار عن المنقول إليه.

و أما المقام الثانى: فالظاهر ان مراد المصنف رحمه الله ليس نقل الخيار الى الوكيل، و لا- يكون هذا مورد كلامه، بل محل كلامه اثبات خيار آخر للوكيل غير خيار الموكل فيما إذا فوض الموكل امر المال إليه بعد العقد.

توضيح ذلك: انه ذكر المصنف رحمه الله سابقا: انه يعتبر فى ثبوت الخيار امران: الاول: صدق البيع، الثانى: تسلطه على ما انتقل إليه، و فى هذه المسألة فرض المصنف ما لو كان وكيلا تنتهى وكالته بالعقد فلا خيار له فى نفسه،

و انما الكلام فى انه إذا فوض الموكل امر المال بعد البيع إليه قبل التفرق، هل يثبت له الخيار نظرا الى تحقق كلا القيدين، ام لا؟ و قد اختار عدمه من جهة ان ظاهر الادلة أو متيقنها ثبوت الخيار من حين العقد، و هذا الوكيل حين العقد لم يكن مسلطا على ما انتقل إليه، فلم يكن الخيار ثابتا له، فبعد ما صار مسلطا عليه لا يثبت له الخيار. و على هذا فما افاده متين و لا يرد عليه ايراد المحشين. و الشاهد على ان مراده ذلك- مضافا الى ظهور كلامه فيه- ان مسألة نقل الخيار بحث عام غير مربوط بالوكالة و الوكيل و الاجنبى فيه سواء، و لا وجه لجعله فى ذيل هذه المسألة.

### ثبوت الخيار للفضولى

(١) المسألة الثانية: إذا كان العاقدان فضوليين فهل يثبت الخيار لهما أو للمالكين؟

و حق القول فى المسألة بالبحث فى مقامين:

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٣٧

فالوجه فى عدم ثبوته للفضوليين فحوى ما تقدم من عدم ثبوته للوكيلين الغير المستقلين، (١) نعم فى ثبوته للمالكين بعد الاجازة مع حضورهما فى مجلس العقد وجه، و اعتبار مجلس الاجازة على القول بالنقل له وجه (٢) خصوصا على القول بان الاجازة عقد مستأنف، على ما تقدم توضيحه فى مسألة عقد الفضولى و يكفى حينئذ الانشاء اصالة من احدهما، و الاجازة من الآخر إذا جمعهما مجلس عرفا،

الاول: فى ثبوت الخيار للفضوليين و عدمه.

الثانى: فى ثبوته للمالكين مع الاجازة.

اما الاول: فتقريب ثبوته- بعد صدق البيع على الفضولى-: ان الخيار ملك حل العقد لا ملك استرجاع العين، و موضوعه العقد الاعم من المؤثر الفعلى و الاقتضائى- كما يشهد لكلا الامرين ثبوت الخيار فى الصرف و السلم قبل القبض- و على ذلك فمقتضى اطلاق الادلة ثبوت الخيار لهما.

(١) و استدلل المصنف رحمه الله عليه لعدم ثبوته: بفحوى ما تقدم من عدم ثبوته للوكيلين غير المستقلين.

وفيه: ان بعض ما ذكره وجهها لعدم ثبوته لهما، و هو ان المتبادر من النص غيره لا- يجرى فى المقام على اعترافه بصدق المتبايعين عليهما، و بعضه كعدم تسلط العاقد على ما انتقل إليه بعينه يجرى فيه، فلا وجه لدعوى الاولوية، و لكن حيث عرفت ان الوجه فى عدم ثبوت الخيار للوكيل عدم صدق البيع عليه، فعلى فرض تسليم صدقه على الفضولى يتعين البناء على ثبوت الخيار له.

و أما المقام الثانى: فالأقوال فيه اربعة:

(٢) احدهما: ما مال الهى المصنف رحمه الله، و هو ثبوت الخيار للمالكين مع حضور مجلس العقد، أو مجلس الاجازة على القول

بالنقل.

ثانيها: ما اختاره المحقق الاصفهاني، و هو عدم ثبوت الخيار لهما مطلقا.

ثالثها: ما افاده المحقق النائيني رحمه الله، و هو الثبوت لو اجازا في مجلس العقد، و عدم الثبوت لو اجازا في مجلس آخر.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٣٨

...

رابعها: الثبوت مع حضور مجلس العقد، أو مجلس الاجازة مطلقا، اي حتى على القول بالكشف.

و استدل لعدم الثبوت مطلقا: بان موضوع الخيار هو البيع، و هو لا يصدق الا على من صدر عنه البيع - اما بالمباشرة أو بالتسيب - و مجرد الاجازة لا يصحح الانتساب المذكور،

و ليست الاجازة محققة للقيام باحد الوجهين و ان صار البيع بيعه بالاجازة، الا انه ليس بائعه، و لا يقال انه باعه.

و فيه: انه ان قلنا بان حقيقة الانشاء هي اليجاد تم ما افاده، و أما بناء على ما اخترناه و ذكرناه في اوائل الجزء الثالث من هذا الشرح - من ان الانشاء عبارة عن ابراز امر نفساني من اعتبار و نحوه - فلا يتم، إذ المجيز حينما يجيز تعتبر ملكية طرفه لما له في مقابل ملكية ماله له، و يبرز ذلك بالاجازة، فهو حين الاجازة يصير بائعا حقيقة.

و استدل المحقق النائيني رحمه الله لما ذهب إليه من عدم الثبوت إذا لم يحضرا مجلس العقد:

بانه يحتمل دخل خصوصية الاجتماع حال العقد، و لا دافع لهذا الاحتمال، و اطلاق البيعان بالخيار ليس بصدد البيان من هذه الجهة.

و فيه: ان البيعان بالخيار يثبت الخيار لكل من صدق عليه البيع و كان مجتمعا حين صدق هذا العنوان عليه مع طرفه، و احتمال دخل الخصوصية المشار إليها يدفع بالاطلاق،

و دعوى عدم كونه بصدد البيان من هذه الجهة كما ترى.

فالحق ثبوت الخيار لهما في صورة الاجتماع مع المجيز الآخر، اما في مجلس العقد أو مجلس آخر حين الاجازة،

و ما ذكره المصنف رحمه الله من الاختصاص بالقول بالنقل لا وجه له، فانه لا فرق بين القولين سوى حصول الملكية من حين العقد على القول بالكشف و هذا غير دخیل في الخيار

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٣٩

نعم يحتمل في اصل المسألة ان يكون الاجازة من المجيز التزاما بالعقد، (١) فلا خيار بعدها خصوصا إذا كانت بلفظ التزمت، فتأمل.

و لا فرق في الفضولين بين الغاصب و غيره، فلو تباع غاصبان، ثم تفاسخا لم يزل العقد عن قابلية لحوق الاجازة، (٢) بخلاف ما لو رد الموجب منهما قبل قبول الآخر لاختلال صورة المعاقدة و الله العالم.

### مسألة: لو كان العاقد واحدا

لنفسه أو غيره عن نفسه أو غيره ولاية أو وكالة (٣) على وجه يثبت له الخيار مع التعدد، بان كان وليا أو وكیلا مستقلا في التصرف. فالمحكي عن ظاهر الخلاف و القاضى و المحقق و العلامة و الشهيدین و المحقق الميسى و الصيمرى و غيرهم، ثبوت هذا الخيار له عن الاثنين، لأنه بائع و مشتر، فله ما لكل. منهما

و لذا يثبت الخيار في بيع الصرف و السلم مع عدم حصول الملك قبل القبض فالأظهر هو القول الرابع.

(١) قوله نعم يحتمل في اصل المسألة ان يكون الاجازة من المجير التراما بالعقد لكنه احتمال ضعيف فان الاجازة و ان كانت بلفظ التزمت تكون التراما بالمعاملة- و هذه بخلاف اجازة من له الخيار فانها التزام باللزوم بمعنى انها اما تكون ابراما للعقد أو اسقاطا لحقه الخيارى- و لعله- الى هذا اشار بالامر بالتأمل.

(٢) قوله فلو تباع غاصبان ثم تفاسخا لم يزل العقد عن قابلية لحوق الاجازة ملخص القول فى المقام انه على القول بثبوت الخيار للفضولين كما تقدم لا سيما فى الفضولى المستولى على العين- ينحل العقد بذلك و يسقط عن قابلية لحوق الاجازة- و على القول بعدم الثبوت لم يزل العقد عن قابلية لحوق الاجازة.  
إذا كان العاقد واحدا

(٣) المسألة الثالثة: لو كان العاقد واحدا لنفسه أو غيره عن نفسه أو غيره ولاية أو وكالة، فالمحكى عن ظاهر الخلاف والقاضى و المحقق و المصنف و الشهيدين و المحقق الثانى  
منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٤٠

كسائر احكامها الثابتة لهما من حيث كونهما متبايعين، و احتمال كون الخيار لكل منهما بشرط انفراده بإنشائه فلا يثبت مع قيام العنوانين لشخص واحد، مندفع باستقرار سائر احكام المتبايعين، و جعل الغاية التفرق المستلزم للتعدد مبنى على الغالب خلافا للمحكى فى التحرير من القول بالعدم و استقر به فخر الدين، و مال إليه المحقق الاردبيلى و الفاضل الخراسانى و المحدث البحرانى و استظهره بعض الافاضل ممن عاصرناهم. و لا- يخلو عن قوة بالنظر الى ظاهر النص، لأن الموضوع فيه صورة التعدد (١) و الغاية فيه الافتراق المستلزم للتعدد، و لولاها لأمكن استظهار كون التعدد فى الموضوع لبيان حكم كل من البائع و المشتري كسائر احكامها

و غيرهم ثبوت هذا الخيار له عن الاثنين لانه بائع و مشتري، فله ما لكل منهما، و لكن قد ذكر فى وجه عدم ثبوت الخيار له من ناحيتين:  
الاولى: من ناحية تثنية موضوع الخيار.  
الثانية: من ناحية الغاية و هى الافتراق.

(١) اما من الناحية الاولى: فتقريبه ان الموضوع هو البيعان، و هذا اللفظ ظاهر فى التعدد و لا يشمل ما إذا كان البائع و المشتري واحدا.  
و فيه: ان التثنية فى المقام باعتبار العنوان، اى البائع و المشتري لا الأفراد، و العنوان فى المقام متعدد.

و بعبارة اخرى: هذه قضية حقيقية و متضمنة لثبوت الخيار على كل فرد صدق عليه عنوان البائع أو المشتري و العاقد فى المقام يكون مجمع العنوانين فيثبت له الخيار.

و أما من الناحية الثانية: فتقريبه من وجوه:

منها: ما عن المحقق الخراسانى رحمه الله من ان الافتراق المجعول غاية، و مقابله الذى هو قيد للموضوع من قبيل العدم و الملكة و الشخص الواحد غير قابل لعروض الافتراق عليه،  
فيكون خارجا عن مورد الحكم.

و فيه: ان الافتراق ليس عبارة عن عدم الاجتماع كى يكون هو و ما يقابله من قبيل

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٤١

إذ لا يفرق العرف بين قوله المتبايعان كذا، و قوله لكل من البائع و المشتري،

إلا ان التقييد بقوله حتى يفترقا، ظاهر فى اختصاص الحكم بصورة امكان فرض الغاية، و لا يمكن فرض التفرق فى غير المتعدد. (١)  
و منه يظهر سقوط القول بان كلمة، حتى تدخل على الممكن و المستحيل، الا ان يدعى ان التفرق غاية مختصة بصورة التعدد، لا مخصصة للحكم بها. و بالجملة فحكم المشهور بالنظر الى ظاهر اللفظ، مشكل نعم لا يبعد بعد تنقيح المناط لكن الأشكال فيه و



الاولى التوقف، تبعاً للتحرير و جامع المقاصد، ثم لو قلنا بالخيار.

فالظاهر بقائه الى ان يسقط بأحد المسقطات غير التفرق. (٢)

العدم و الملكة، بل الافتراق و عدمه من قبيل السلب و الايجاب، لا يعقل ارتفاعهما.

و لعله الى ما افاده المحقق الخراساني رحمه الله نظر المحقق النائيني رحمه الله، حيث قال: ان قوله عليه السلام ما لم يفترقا قيد للموضوع، فيختص الخيار بمورد يمكن فيه الافتراق و الاجتماع.

(١) و منها: ان الغاية لا بد و ان تكون امراً ممكناً، و الا لا معنى لجعلها غاية، و حيث ان التفرق في شخص واحد غير معقول، و ظاهر النص كون الغاية غاية في كل مورد يثبت الخيار، فيختص الخيار بمورد تعدد البائع و المشتري المعقول فيه التفرق.

و فيه: ان عدم صحة جعل امر غير معقول غاية انما يكون من جهة اللغوية، و عليه فإذا امكن تحقق الغاية في مورد و لم يمكن في مورد آخر صح جعل الحكم بنحو الاطلاق و جعل ذلك الشيء غاية، كما ان الامر كذلك في شرائط الموضوع و قيوده. لاحظ الاستطاعة المجعولة قيدها لوجوب الحج.

و منها: ان الغاية قيد للحكم، فالحكم هو الخيار المقيد بما قبل الافتراق، اي الخيار الملحق بالافتراق، فإذا لم يمكن الافتراق لم يكن الخيار ثابتاً.

و فيه: ان الغاية ما ينتهي عنده الحكم لا انها مقيدة للحكم فالظاهر ثبوت الخيار له من الجانبين.

(٢) و قد ظهر مما ذكرناه انه: لو قلنا بالخيار فالظاهر بقائه الى ان يسقط بأحد المسقطات غير التفرق.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٤٢

### مسألة: قد يستثنى بعض اشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار. (١)

#### إشارة

منها من ينعق على أحد المتبايعين و المشهور كما قيل عدم الخيار مطلقاً، بل عن ظاهر المسالك انه محل وفاق، و احتمال في الدروس ثبوت الخيار للبائع، و الكلام فيه مبنى على قول المشهور من عدم توقف الملك على انقضاء الخيار، و الا فلا اشكال في ثبوت الخيار و الظاهر انه لا إشكال في عدم ثبوت الخيار بالنسبة الى نفس العين، لأن مقتضى الأدلة الانعقاد بمجرد الملك و الفسخ بالخيار من حينه لا- من اصله، و لا دليل على زواله بالفسخ مع قيام الدليل على زوال الحرية بعد تحققها الا على احتمال ضعفه في التحرير

و في حاشية السيد: يمكن ان يقال يبقى الى مقدار طول مجلس نوع المتعاقدين، بمعنى مقدار اطول المجالس أو اوسطها.

و فيه: ان الافتراق لم يجعل غاية من جهة كونه طريقاً الى مقدار من الزمان كي يجري فيه ذلك، بل الظاهر من النص دخله فيه من حيث هو.

فالظاهر بقائه الى ان يسقط بأحد المسقطات.

استثناء من ينعق على احد المتبايعين

(١) المسألة الرابعة: قد يستثنى بعض اشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار منها من ينعق على احد المتبايعين.

و الوجوه بل الاقوال في هذا المورد ثلاثة:

احدها: الثبوت مطلقاً.

ثانيها: ما هو المشهور بين الاصحاب، و هو العدم كذلك.

ثالثها: ما احتمله في محكى الدروس، و هو التفصيل بين البائع و المشتري و الثبوت للاول.

و الكلام في المقام مبنى على عدم توقف الملك على انقضاء الخيار، و الا فلا اشكال في ثبوت الخيار، كما انه ينبغي نفى الاشكال عن عدم الثبوت بناء على عدم دخول من ينعق على شخص في ملكه، إذ المعاملة حينئذ اما ان تكون استنفاذا محضا كاشترى المسلم الاسير

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٤٣

فيما لو ظهر من ينعق عليه معييا مبنى على تزلزل العتق. و أما الخيار بالنسبة إلى اخذ القيمة فقد يقال مقتضى الجمع بين ادلة الخيار و دليل عدم عود الحر الى الرقية، فيفرض المعتقد كالتالف

من الكافر، أو و ان كانت معاملة عقلائية متضمنة للتمليك، الا ان الشارع الاقدس لم يمضها و حكم بعدم انتقاله الى المشتري و صيرورته منعتا، أو ان البيع في الفرض ليس تمليكا بل الاعطاء بعوض الذى هو حقيقة البيع اثره في مثل هذا البيع الانعتاق، ففى الحقيقة يكون المال بازاء الانعتاق.

و على جميع التقادير لا وجه لثبوت الخيار،

اما على الاول: فلأنه لا يصدق على المتعاقدين البيعان.

و أما على الثانى: فلأن الخيار حكم شرعى ثابت للبيع الصحيح، و هذا البيع على الفرض ليس كذلك.

و أما على الثالث: فلأن الالتزام المزبور غير قابل للفسخ للاجماع على عدم رجوع الحر عبدا.

انما الكلام فيما لو بنينا على عدم توقف الملك على انقضاء الخيار و انتقال من ينعق الى من ينعق عليه ثم انعتاقه و الكلام فيه يقع فى جهتين.

الاولى: فى وجود ما يقتضى الخيار، بمعنى شمول ادلة الخيار له.

الثانية: فى انه على فرض الشمول فى نفسه هل هناك ما يمنع عن ثبوته ام لا؟

اما الاولى: فقد استدلل المحقق الايروانى رحمه الله لعدم المقتضى: بان المستفاد من دليل الخيار تقوم حق الخيار بقيام العوضين، اما بتعلق الحق به ابتداء، و ان كان الحق قائما بالعقد لكن ذلك لغرض استرجاع العوضين فلا يكون حيث لا يكون العوضان قائمين.

وفيه: ان حق الخيار متعلق بالعقد، و المراد من كون الغرض استرجاع العوضين ان كان هو غرض من له الخيار، فيرد عليه أن ذلك ليس قيدا للخيار، و ان كان غرض الشارع، فيرد عليه: انه غير ثابت. فالحق ثبوت المقتضى له.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٤٤

فلمن انتقل إليه ان يدفع القيمة و يسترد الثمن و ما فى التذكرة من انه وطن نفسه على الغبن المالى، (١) و المقصود من الخيار أن ينظر و يتروى لدفع الغبن عن نفسه ممنوع لأن التوطن على شرائه عالما بانعتاقه عليه ليس توطينا على الغبن من حيث المعاملة، و كذا لمن انتقل عنه ان يدفع الثمن و يأخذ القيمة، و ما فى التذكرة من تغليب جانب العتق انما يجدى مانعا عن دفع العين، لكن الانصاف انه لا وجه للخيار لمن انتقل إليه، لان شرائه اتلاف له فى الحقيقة، و اخراج له عن المالية، و سيجىء سقوط الخيار بالاتلاف (٢) بل بأدنى تصرف، فعدم ثبوته به اولى و منه يظهر عدم ثبوت الخيار لمن انتقل عنه، لان بيعه ممن ينعق عليه اقدام على اتلافه

و أما الثانية: فقد استدلل لوجود المانع عن ثبوته بوجوه:

(١) الاول: ما عن العلامة و هو: انه لا- خيار لمن انتقل إليه لانه وطن نفسه على الغبن المالى، و المقصود من الخيار ان ينظر و يتروى

لدفع الغبن عن نفسه، و لا لمن انتقل عنه لتغليب جانب العتق.

و فيه: ان المشتري وطن نفسه على اعتناق من يشتريه بازاء قيمته الواقعية، لا- على الغبن من حيث المعاملة، و تغليب جانب العتق انما يقتضى عدم رجوع الحر عبدا. و لا كلام فى ذلك، و انما محل الكلام الرجوع الى قيمته.

الثانى: ان ثبوت الخيار أو سقوطه انما هو بعد تحقق القبض من المشتري، ثم دعوى الرجوع الى القيمة لثبوت الخيار و امتناع تعلقه بالعين أو سقوطه، و عليه فحيث ان البيع اتلاف للمبيع و موجب لخروجه عن المالىة، فلا- يتحقق القبض، فلا- مورد لثبوت الخيار أو سقوطه.

و فيه: ان القبض المعتبر فى البيع المترتبة عليه الآثار ليس هو القبض الخارجى، بل عبارة عن رفع اليد عنه و جعله تحت سلطانه و يده، و عليه فنفس اعتناقه عليه اقباض،

و لو لا ذلك لا بد و ان يكون التلف من مال البائع و لا يستحق شيئا من الثمن و القيمة. و هذا مما لم يقل به احد.

(٢) الثالث: ما افاده المصنف رحمه الله: بان البائع و المشتري قد تواطئا على اخراجه عن

منهاج الفقاهة (لرؤحانى)، ج ٥، ص: ٢٤٥

و اخراجه عن المالىة.

و الحاصل اننا إذا قلنا ان الملك فيمن يعتق عليه تقديرى لا تحقيقى فالمعاملة عليه من المتبايعين مواطأة على اخراجه عن المالىة، و سلوكه فى سلك ما لا يتمول لكنه حسن مع علمهما، فتأمل.

و قد يقال ان ثبوت الخيار لمن انتقل عنه مبنى على ان الخيار و الاعتناق، هل يحصلان بمجرد البيع أو بعد ثبوت الملك آنا ما، أو الأول بالأول و الثانى بالثانى، أو العكس (١) فعلى الاولين و الاخير يقوى القول بالعدم لأنصية أخبار العتق و كون القيمة بدل العين

المالية الذى هو بمنزلة اتلافه. و سيجىء سقوط الخيار بالاتلاف بل بادننى تصرف،  
فعدم ثبوته به اولى.

و فيه: ان سقوط الخيار بالتصرف و الاتلاف ليس من الامور البرهانية حتى يكون ما ذكر وجها له جاريا فى المقام، بل انما هو من جهة ما فى نصوص «١» خيار الحيوان من التعليل بكون ذلك رضا منه بالبيع، فلا بد من الاقتصار على التصرفات الكاشفة نوعا عن الرضا بالبيع. و هذا يختص بما إذا كان التصرف واردا على ملكه، و لا يجرى فى التصرف قبله أو حينه كما لا يخفى.

و ان شئت قلت: ان الاولوية ممنوعة، فان سقوط الخيار باتلاف المشتري ماله الذى له فيه الخيار لا يقتضى عدم ثبوته له باتلافه مال الغير، فان العبد انما يخرج عن المالىة بقبول المشتري العقد الواقع عليه، مع ان البيع ليس اتلافا للمبيع بل انما يكون البيع اقداما على ايجاد الملكية، و الاعتناق حكم شرعى مترتب عليه قهرا. فالأظهر ثبوت الخيار.

(١) القائل هو صاحب المقاييس و حاصل ما افاده: انه ان قلنا بان الخيار و الاعتناق معلولان للبيع فى عرض واحد، أو معلولان للملك المعلول له، أو ان الخيار معلول للملك و الاعتناق معلول للبيع، يقوى القول بعدم ثبوت الخيار، اما على الاخير فلسبق الاعتناق على الخيار.

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

منهاج الفقاهة (لرؤحانى)، ج ٥، ص: ٢٤٦

فيمتنع استحقاقها من دون المبدل و لسبق تعلقه على الاخير و يحتمل قريبا الثبوت جمعا بين الحقين (١) و دفعا للمنافاة من البين، و عملا بالنصين (٢) و بالاجماع على عدم امكان زوال يد البائع عن العوضين، و تنزيلا للفسخ منزلة الارش (٣) مع ظهور عيب فى

احدهما، و للعتق بمنزلة تلف العين، و لانهم حكموا بجواز الفسخ و الرجوع الى القيمة فيما إذا باع بشرط العتق، فظهر كونه ممن ينعق على المشتري أو تعيب بما يوجب ذلك. و الظاهر عدم الفرق بينه و بين المقام، و على الثالث يتجه الثاني لما مر و لسبق تعلق حق الخيار و عروض العتق، ثم قال: و حيث كان المختار فى الخيار انه بمجرد العقد و فى العتق انه بعد الملك.

و أما على الاولين فلا- نصية اخبار العتق. و لا- يتوهم امكان الجمع بالرجوع الى القيمة، لانها بدل العين فيمتنع استحقاقها من دون المبدل. ثم احتمل قريبا ثبوت الخيار، و ذكر فى وجهه وجوها:

(١) احدها: انه جمع بين الحقيين.

(٢) ثانيها: ان التعارض بين النصين انما يكون بالنسبة الى نفس العين، و أما بالنسبة الى القيمة فلا منافاة اصلا، بل هو عمل بالنصين، و مقتضى ذلك الرجوع الى القيمة للاجماع على عدم امكان زوال يد البائع عن الثمن و عن قيمة المبيع.

(٣) ثالثها: تنزيل الفسخ منزلة الارش، فكما ان الاعتناق لا يوجب سقوط حق المشتري من الارش إذا ظهر المبيع معيبا، فكذا لا يوجب سقوط حق البائع بالنسبة الى القيمة لعدم التنافى بينهما.

و أما لو قلنا بان الخيار معلول للبيع و الاعتناق معلول للملك المعلول له، فيقوى القول بثبوت الخيار لسبق تعلق حق الخيار. ثم اختار هو قده الاخير.

و فى كلامه مواقع للنظر:

الاول: ما ذكره من انصية اخبار العتق، فى وجه السقوط

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٤٧

و دل ظاهر الاخبار و كلام الاصحاب على ان احكام العقود و الايقاعات تتبعها بمجرد حصولها إذا لم يمنع عنها مانع من غير فرق بين الخيار و غيره، بل قد صرحوا بان الخيار يثبت بعد العقد، و انه علة و المعلول لا يتخلف عن علقته، كما ان الاعتناق لا يتخلف عن الملك، فالاقرب هو الاخير، كما هو ظاهر المختلف و التحرير، و مال إليه الشهيدان لم يثبت الاجماع على خلافه، و يؤيده اطلاق الاكثر و دعوى ابن زهرة الاجماع على ثبوت خيار المجلس فى جميع ضروب المبيع من غير استثناء، انتهى كلامه رفع مقامه.

اقول ان قلنا انه يعتبر فى فسخ العقد بالخيار أو بالتقابل خروج الملك عن ملك من انتقل إليه (١) الى ملك من انتقل عنه نظرا الى ان خروج احد العوضين عن ملك احدهما

فانه يرد عليه: ان الانصية لا- تنافى ثبوت الخيار بالنسبة إلى القيمة، و ما ذكره من امتناع استحقاقها من دون المبدل لا- يرجع الى محصل، إذ المفروض حصول المبدل- و هو العين- فى ملكه، و التلف عليه. مع ان تعارض اخبار الاعتناق (١) و اخبار الخيار (٢) ليس من باب تعارض الدليلين، بل من باب تراحم الحقيين، فانصية احدهما غير مفيدة.

الثانى: ما ذكره من الاجماع على عدم امكان زوال يد البائع عن العوضين.

فانه يرد عليه: انه على فرض الفسخ بالخيار لا تزول يد البائع عنهما، إذ مع الفسخ يأخذ القيمة.

الثالث: ما ذكره من تنزيل الفسخ منزلة الارش.

فانه يرد عليه: ان عدم مانعية الاعتناق من اخذ الارش انما هو من جهة عدم منافاة دليل الارش لدليل الاعتناق، بخلاف المقام كما لا

يخفى.

(١) قوله ان قلنا انه يعتبر في فسخ العقد بالخيار أو بالتقابل خروج الملك عن ملك من انتقل إليه. مبنى الشرطيتين ان الخيار حق حل العقد حقيقة أو رفع اثره- و على الاول- بما ان عقد المعاوضة مقتضى لخروج كل من العوضين عن محل يدخل فيه الآخر فيكون حله مقتضيا لخروج المعوض عن ملك المشتري الى ملك البائع، كذلك العكس فلا محالة يكون الفاسخ متلقيا للملك من المفسوخ عليه- و أما على الثاني- فلا يقتضى ذلك بل حيث

(١) الوسائل- باب ٧- من ابواب كتاب العتق.

(٢) الوسائل- باب ١- من ابواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٤٨

يستلزم دخول الآخر فيه و لو تقديرا، لم يكن وجه للخيار فيما نحن فيه، (١) و لو قلنا بكون الخيار بمجرد العقد و الانعتاق عقيب الملك آنا ما إذ برفع العقد لا يقبل المنعتق عليه، لان يخرج من ملك المشتري الى ملك البائع و لو تقديرا، إذ ملكية المشتري لمن ينعتق عليه ليس على وجه يترتب عليه سوى الانعتاق، و لا يجوز تقديره بعد الفسخ قبل الانعتاق خارجا عن ملك المشتري الى ملك البائع، ثم انعتاقه مضمونا على المشتري، كما لو فرض بيع المشتري للمبيع في زمن الخيار، ثم فسخ البائع.

و الحاصل ان الفاسخ يتلقى الملك من المفسوخ عليه و هذا غير حاصل فيما نحن فيه.

و ان قلنا ان الفسخ لا يقتضى ازيد من رد العين، ان كان موجودا و بدله ان كان تالفا أو كالتالف، و لا يعتبر في صورة التلف امكان تقدير تلقي الفاسخ الملك من المفسوخ عليه و تملكه منه، بل يكفي ان يكون العين المضمونة قبل الفسخ بثمنها مضمونة بعد الفسخ بقيمتها مع التلف، كما يشهد به الحكم بجواز الفسخ و الرجوع الى القيمة فيما تقدم

ان اثر العقد بقاء مضمونية العين بمطلق البدل فرفعه انما هو بضمان قيمته.

(١) قوله لم يكن وجه للخيار في ما نحن فيه غاية ما يمكن ان يقال في وجه ذلك ان رجوع العين الى المشتري حتى يتلقى الفاسخ منه اما تحقيقي أو تقديري و الاول مستلزم لعود الحر رقا و هو ممتنع شرعا- و الثاني لا يجدى فان الملكية الفرضية التقديرية للانعتاق لا أثر لها سوى الانعتاق و لكن يمكن رد الاول: بان عود المبيع حقيقة ان كان بعوده بشخصه جاء المحذور المذكور و ان كان عوده بمالته المتحفظه تارة بعينه و اخرى ببده الذي لا بد للقائل بثبوت الخيار مع تلف العين من الالتزام بذلك فلا يكون واردا كما لا يخفى.

و يمكن رد الثاني بان المقدر بعد الفسخ على فرض الخيار ليس هو الملكية التي اثرها الانعتاق بل الملكية التي اثرها رجوع البائع في قيمته الى المشتري و هذا لا محذور فيه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٤٩

في مسألة البيع بشرط العتق، ثم ظهور المبيع منعتقا على المشتري و حكمهم برجوع الفاسخ الى القيمة لو وجد العين منتقلة بعقد لازم مع عدم امكان تقدير عود الملك قبل الانتقال الذي هو بمنزلة التلف الى الفاسخ كان الاوفق بعمومات الخيار القول به هنا، و الرجوع الى القيمة، الا مع اقسام المتبايعين على المعاملة مع العلم بكونه ممن ينعتق عليه، (١) فالاقوى العدم لانهما قد تواطئا على اخراجه عن المالية الذي هو بمنزلة اتلافه.

و بالجملة فان الخيار حق في العين و انما يتعلق بالبدل بعد تعذره لا ابتداء، فإذا كان نقل العين ابطالا لمالته و تفويتا لمحل الخيار كان كتفويت نفس الخيار باشتراط سقوطه فلم يحدث حق في العين حتى يتعلق ببده.

وقد صرح بعضهم بارتفاع خيار البائع باتلاف المبيع و نقله الى من ينعق عليه كالاتلاف له من حيث المالية، فدفع الخيار به اولى و اهون من رفعه فتأمل.

(١) قوله الامع اقدم المتبايعين على المعاملة مع العلم بكونه ممن ينعق عليه. اورد عليه المحقق النائيني رحمه الله: بانه يمكن ان يقال بسقوط الخيار حتى في مورد الجهل لان انشاء البيع إذا كان سببا للاتلاف فالجهل به لا يقتضى عدم تأثير السبب كما في كل ما كان من قبيل الاسباب و المسببات و فيه: انه في ساير الموارد انما نلتزم بعدم مانعية الجهل و ثبوت الحكم في ذلك المورد من جهة اطلاق الادلة. و في المقام الدليل يختص بصورة العلم لان الدليل ينحصر في النصوص الواردة في خيار الحيوان المتضمنة لمسقطية الاتلاف للخيار و هي لا سيما من جهة ما فيها من التعليل بانه رضا منه، تختص بصورة العلم.

### المسلم المشتري من الكافر

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٥٠

و منها العبد المسلم المشتري من الكافر (١) بناء على عدم تملك الكافر للمسلم اختيارا، فانه قد يقال بعدم ثبوت الخيار لاحدهما. اما بالنسبة الى العين فلغرض عدم جواز تملك الكافر للمسلم و تمليكه اياه. و أما بالنسبة الى القيمة، فلما تقدم من ان الفسخ يتوقف على رجوع العين الى مالكة الأصل و لو تقديرا، لتكون مضمونة له بقيمته على من انتقل إليه و رجوع المسلم الى الكافر غير جائز، (٢) و هذا هو المحكى عن حواشى الشهيد رحمه الله حيث قال انه يباع و لا يثبت له خيار المجلس و لا الشرط، و يمكن ان يريد بذلك عدم ثبوت الخيار للكافر فقط، و ان ثبت للمشتري، فيوافق مقتضى كلام فخر الدين فى الايضاح، من أن البيع بالنسبة الى الكافر استنقاذ،

و بالنسبة الى المشتري كالباع بناء منه على عدم تملك السيد الكافر له لان الملك سبيل، و انما له حق استيفاء ثمنه منه. لكن الانصاف انه على هذا التقدير لا- دليل على ثبوت الخيار للمشتري ايضا، لان الظاهر من قوله: البيعان بالخيار اختصاص الخيار بصورة تحقق البيع من الطرفين، مع انه لا- معنى لتحقيق العقد البيعى من طرف واحد، فان شروط البيع ان كانت موجودة تحقق من الطرفين و الا لم يتحقق اصلا

(١) و منها: العبد المسلم المشتري من الكافر.

و الاقوال و الوجوه فى المسألة اربعة:

احدها: عدم ثبوت الخيار مطلقا.

ثانيها: الثبوت مطلقا و رجوع العبد نفسه.

ثالثها: الثبوت مطلقا، و تقدير ملك الكافر للمسلم بعد الفسخ بمقدار ما يستحق به البدل. اختاره المصنف رحمه الله.

رابعها: التفصيل بين البائع و المشتري، و ثبوت الخيار للثانى دون الاول، و ثبوت الخيار للمشتري اما بارجاع العبد نفسه أو قيمته.

(٢) و قد استدلل للاول: بان الكافر لا يملك المسلم، و بمجرد الاسلام يخرج عن ملكه، و انما كان له حق فى قيمة من تملكه كارث الزوجة من العقار، فتكون المعاملة عليه حينئذ بتملك المسلم اياه بقيمته، و استيفاء الكافر لثمن العبد عليه، فليست هى ببيع، فلا تشملها ادلة الخيار.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٥١

كما اعترف به بعضهم في مسألة بيع الكافر الحربى من من يعتق عليه،

و الاقوى في المسألة وفاقا لظاهر الاكثر و صريح كثير ثبوت الخيار في المقام، و ان تردد في القواعد بين استرداد العين أو القيمة، و ما ذكرنا من ان الرجوع بالقيمة مبنى على امكان تقدير الملك في ملك المالك الاصلى، لو اغمضنا عن منعه كما تقدم في المسألة السابقة غير قادح هنا، لان تقدير المسلم في ملك الكافر بمقدار يثبت عليه بدله ليس سييلا للكافر على المسلم، (١) و لذا جوزنا له شراء من يعتق عليه، و قد مر بعض الكلام في ذلك في شروط المتعاقدين

و فيه: انه لا دليل على خروج العبد بمجرد الاسلام عن ملك مالكة. و آية نفى السبيل «١» لا تدل على ذلك، لان الملكية التى يكون صاحبها محجورا عن التصرف فى المملوك لا تعد سييلا، مع ان ما دل على انه يجبر على البيع «٢» يدل على بقاء الملكية. و استدلل للثانى: بما عن العلامة فى القواعد، و هو خروج الملك القهرى كالارث عما دل على ان الكافر لا يملك المسلم، و الملك العائد بحل العقد قهرى لا تملك ابتدائى بالاختيار.

و فيه: ان ذلك يتم بالنسبة الى فسخ المشتري دون فسخ البائع، فان التملك حينئذ باختياره. و به يظهر مدرك القول الرابع.

(١) و استدلل للثالث: بان ثبوت الملكية للكافر بمقدار يثبت عليه بدله ليس سييلا للكافر على المسلم.

و فيه: ان الملكية الحقيقية فى ذلك المقدار من الزمان و ان لم تكن سييلا، الا انها فى الزمان الطويل مع محجوريته عن التصرف و لزوم البيع عليه ايضا لا تعد سييلا.

فتحصل: ان الاظهر هو القول الرابع بعد البناء على عدم تملك الكافر للمسلم اختيارا على ما هو المفروض فى عنوان المسألة.

(١) سورة النساء آية ١٤١.

(٢) الوسائل - باب ٧٣ - من ابواب كتاب العتق.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٥٢

و منها شراء العبد نفسه بناء على جوازه، (١) فان الظاهر عدم الخيار فيه و لو بالنسبة الى القيمة لعدم شمول ادلة الخيار، له (٢) و اختاره فى التذكرة، و فيها ايضا انه لو اشترى جمدا فى شدة الحر ففى الخيار اشكال، (٣) و لعله من جهة احتمال اعتبار قابلية العين للبقاء بعد العقد ليتعلق بها الخيار، (٤) فلا- يندفع الاشكال بما فى جامع المقاصد من ان الخيار لا يسقط بالتلف بانه لا يسقط به إذا ثبت قبله، فتأمل.

### شراء العبد نفسه

(١) قوله و منها: شراء العبد نفسه بناء على جوازه مفروض المسألة: شراء العبد نفسه من مولاه لنفسه، و ذلك اما بالشراء بمال فى ذمته، أو بمال شخصى خارجى، مع عدم كون ماله لمولاه أو بمال غيره، بناء على ما هو الحق من جواز شراء شىء لشخص بمال آخر كما تقدم تحقيقه.

و قد ذهب المصنف رحمه الله الى عدم ثبوت الخيار و لو بالنسبة الى القيمة.

(٢) قال: لعدم شمول ادلة الخيار له.

و فيه ان وجه عدم الشمول ان كان عدم عود الحر رقا.

فيرد عليه: ان ما ذكره فى وجه عود القيمة فى بيع من يعتق عليه يجرى فى المقام.



و ان كان هو ما افاده المحقق الايروانى رحمه الله من ان ملك الشخص لنفسه ليس الا عين الحرية فكان بيع العبد لنفسه عبارة اخرى عن العتق، و من المعلوم عدم جريان الخيار فى العتق.

فيرد عليه: ان بيع العبد لنفسه بيع حقيقة، و اثره الانعتاق على ما تقدم تحقيقه فى اول مبحث البيع عند بيان حقيقته، فلا محذور فى ثبوت الخيار فيه.

(٣) قوله و فيها: أيضا: انه لو اشترى جمدا فى شدة الحر ففى الخيار اشكال.

و المحقق الثانى وجه الاشكال: بان كون المبيع تالفا شيئا فشيئا مانع عن اعمال الخيار فيه. ثم اورد عليه: بان الخيار لا يسقط بالتلف.

(٤) و المصنف رحمه الله وجه الاشكال: باحتمال اعتبار قابلية العين للبقاء بعد العقد فى تعلق الخيار بها توضيحه: ان التلف ربما يكون متأخرا عن ثبوت الخيار، و ربما يكون مقارنا

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٥٣

### مسألة: لا يثبت خيار المجلس فى شيء من العقود سوى البيع (١)

عند علمائنا،

كما فى التذكرة، و عن تعليق الارشاد و غيرهما و عن الغنية: الاجماع عليه، و صرح الشيخ فى غير موضع من المبسوط بذلك ايضا، بل عن الخلاف الاجماع على عدم دخوله فى الوكالة و العارية و القراض و الحوالة و الوديعة الا انه فى المبسوط بعد ذكر جملة من العقود التى يدخلها الخيار و التى لا يدخلها قال: و أما الوكالة و الوديعة،

و العارية و القراض و الجعالة فلا يمنع من دخول الخيارين فيها مانع، انتهى. (٢)

و مراده خيار المجلس و الشرط، و حكى نحوه عن القاضى و لم يعلم معنى الخيار فى هذه العقود، بل جزم فى التذكرة بأنه لا معنى للخيار فيها لان الخيار فيها لان الخيار فيها ابدأ. و احتمل فى الدروس ان يراد بذلك عدم جواز التصرف قبل انقضاء الخيار، و لعل مراده التصرف المرخص فيه شرعا للقابل فى هذه العقود لا الموجب، إذ لا معنى لتوقف جواز تصرف المالك فى هذه العقود

للخيار المترتب على العقد، و ما ذكره من انه لا يسقط الخيار بالتلف يكون المراد به التلف المتأخر لا التلف المقارن كما فى المقام. و فيه: انه لا دليل على اعتبار عدم التلف فى ثبوت الخيار.

و المحقق النائينى رحمه الله وجه الاشكال: بان مورد خيار المجلس هو البيع الذى لم يكن بناء المتعاقدين على الاعراض عن العوضين، و مع علمهما بان المال بمجرد البيع يخرج عن المالىة اما شرعا أو عادة كما فى المثال، فقد أقدمنا على ذهاب مالهما.

و فيه: ان البيع ليس اقدا ما على ذهاب المال، بل هو يذهب باعاً ام لا، و البيع انما يكون اقدا ما على الملكية، و المتلف انما هو شدة الحر. فالظاهر ثبوت الخيار فيه.

اختصاص خيار المجلس بالبيع

(١) المسألة الخامسة: و لا يثبت خيار المجلس فى شيء من العقود سوى البيع عند علمائنا كما عن التذكرة.

(٢) قوله الا انه فى المبسوط بعد ذكر جملة من العقود... فلا يمنع من دخول الخيارين فيها مانع يمكن ان يكون نظر الشيخ رحمه الله مما افاده فى المبسوط الى ما ذكرناه من عدم المانع

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٥٤

على انقضاء الخيار، لان اثر هذه العقود تمكن غير المالك من التصرف، فهو الذى يمكن توقعه على انقضاء الخيار الذى جعل الشيخ قدس سره اثر البيع متوقفا عليه، لكن الانصاف ان تتبع كلام الشيخ فى المبسوط فى هذا المقام يشهد بعدم ارادته هذا المعنى، فانه

صرح في مواضع قبل هذا الكلام و بعده باختصاص خيار المجلس بالبيع،  
والذى يخطر بالبال ان مراده دخول الخيارين فى هذه العقود إذا وقعت فى ضمن عقد البيع (١) فتنفسخ بفسخه فى المجلس، و هذا  
المعنى و ان كان بعيدا فى نفسه الا ان ملاحظة كلام الشيخ فى المقام يقربه الى الذهن. و قد ذكر نظير ذلك فى جريان الخيارين فى  
الرهن و الضمان. و صرح فى السرائر بدخول الخيارين فى هذه العقود لانها جائزة (٢) فيجوز الفسخ فى كل وقت، و هو محتمل كلام  
الشيخ، فتأمل، و كيف كان فلا اشكال فى اصل هذه المسألة.

فى ثبوته- و الجمع بين كلامه هذا و ما ذكره فى غير موضع من عدم ثبوت خيار المجلس فيها انه و ان لم يكن مانع عن ثبوته الا انه  
لا مقتضى له و الله العالم.

(١) قوله مراده دخول الخيارين فى هذه العقود إذا وقعت فى ضمن عقد البيع.

و فيه ان الخيار حينئذ ثابت فى البيع لا فى ذلك.

(٢) قوله بدخول الخيارين فى هذه العقود لانها جائزة.

بمعنى ان ذلك الخيار بما انه ثابت فى المجلس، فيصح ان يقال ان خيار المجلس ثابت.

و هو كما ترى احسن التوجيهات ما ذكرناه و كيف كان فالكلام فى هذه المسألة يقع فى مقامين.

الاول: فى العقود اللازمة.

الثانى: فى العقود الجائزة.

اما الاول: فالظاهر عدم ثبوت الخيار فيها لعدم المقتضى له، فان الادلة مختصة بالبيع، و المناط غير معلوم كى يتعدى عنه الى غيره. و  
لا يقاس ذلك بالاحكام الثابتة للبيع على القاعدة كخيار العيب، فان نفس ما يدل على ثبوته فى البيع- و هو الاشتراط الضمنى الذى  
بناء كل عاقد عليه- يدل على ثبوته فى غيره. و هذا بخلاف هذا الخيار، فان جعله

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٥٥

### مسألة: مبدأ هذا الخيار من حين العقد، (١)

لان ظاهر النص كون البيع علة تامه (٢) و مقتضاه كظاهر الفتاوى شمول الحكم للصرف و السلم قبل القبض، و لا إشكال فيه

تعبد صرف فلا يتعدى منه الى غيره.

و أما المقام الثانى: فقد استدل لعدم ثبوت الخيار فى العقود الجائزة- مضافا الى عدم المقتضى- بوجود المانع، و تقريبه من وجهين:

أحدهما: عدم المعقولية، بدعوى ان الخيار ذاتى لها، فما معنى جعل الخيار.

و فيه: انه بعد شمول دليل الخيار لها يكون الخيار ثابتا من جهتين: ذاتية و عرضية،

كالخيارات المتعددة العرضية.

و ان شئت قلت: ان الخيار الذاتى ايضا يكون بجعل من الشارع، فكلاهما مجعولان،

و لا اولوية لأحدهما على الآخر كى يلتزم بثبوته دونه.

ثانيهما: لزوم اللغوية من جعله.

و فيه: ان للخيار آثار و فوائد، و مع عدم اولوية احدهما على الآخر لا معنى لكون خيار المجلس لغوا دون الجواز: مع انه على القول

بعدم جواز تصرف غير ذى الخيار فى زمان الخيار، عدم اللغوية واضح، فان ذلك اثر الخيار الحقيقى خاصة فالوجه فى عدم ثبوته فيها

عدم المقتضى ايضا.

و لا يخفى ان محل هذه المسألة بعد المسألة السابعة قدمت اشتباها.

مبدأ خيار المجلس

(١) المسألة السادسة: لا خلاف و لا إشكال فى ان مبدأ هذا الخيار من حين العقد.

(٢) إذ ظاهر الأخبار ان البيع عله تامه.

و هل يشمل الحكم للصرف و السلم قبل القبض؟

فيه اشكال من جهتين:

الاولى: فى انه هل يجب التقابض فى المجلس ام لا؟

الثانية: فى جريان الخيار فيهما على كل من القولين.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٥٦

لوقلنا بوجوب التقابض فى المجلس فى الصرف و السلم وجوبا تكليفيا اما للزوم الربا كما صرح به فى صرف التذكرة. (١) و أما

لوجوب الوفاء بالعقد (٢) و ان لم يكن بنفسه مملكا، لان ثمره الخيار حينئذ جواز الفسخ فلا يجب التقابض.

اما لوقلنا بعدم وجوب التقابض و جواز تركه الى التفرق المبطل للعقد

اما الجهة الاولى: فقد استدلل لوجوب التقابض بوجوه:

(١) الاول: ما عن العلامة قده، و هو التحفظ على عدم صيرورة المعاملة ربوية.

و توضيحه: انه إذا كان العوضان من جنس واحد و حصل القبض من جانب واحد قبل الافتراق تصير المعاملة كالنسيئة مع المساواة ذا

مدة و اجل، فتكون به ربوية، لأن للأجل قسطا من الثمن.

وفيه: انه مع عدم اشتراط التأخير لا تكون ربوية، و مجرد الشباهة بالربا لا يوجب البطلان، مع ان هذا الوجه لو تم لدل على وجوب

القبض شرطا لا وجوبه مولويا.

مع انه لو تم لدل على وجوب القبض بعد قبض احدهما حقه.

(٢) الثانى: ما افاده المصنف رحمه الله، و هو آية وجوب الوفاء بالعقد «١».

بدعوى ان للعقد بنفسه آثارا مع قطع النظر عن مملكته، و يجب ترتيبها و لو قبل حصول الملكية، و منها الاقباض فى المقام.

وفيه: انه ان قلنا: بان معنى الآية الشريفة هو لزوم ابقاء العقد على حاله و اتمامه بعدم فسخه و حله كما قويناه، فعدم دلالة الآية حينئذ

على وجوب التقابض واضح، بل تكون حينئذ ارشادا الى اللزوم.

و ان قلنا: بان معناها هو ترتيب آثار العقد كما عن المصنف رحمه الله، فمعناها هو ترتيب الآثار التى التزما به، و من المعلوم ان ما

التزما به هو اقباض كل منهما على فرض اقباض الآخر لا مطلقا، فلا تدل على لزوم التقابض، و لا ينتقض بلزوم اقباض كل منهما فى

سائر البيوع، فان فيها انما يجب الاقباض من جهة تأثير البيع فى الملكية و يجب رد المال الى صاحبه، و هذا بخلاف باب الصرف.

(١) سورة المائدة: ٢.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٥٧

ففى اثر الخيار خفاء، لان المفروض بقاء سلطنة كل من المتعاقدين على ملكه و عدم حق لاحدهما فى مال الآخر، و يمكن ان يكون

اثر الخيار خروج العقد بفسخ ذى الخيار عن قابلية لحوق القبض المملك فلو فرض اشتراط سقوط الخيار فى العقد، لم يخرج العقد

بفسخ المشروط عليه عن قابلية التأثير قال في التذكرة: لو تقابضا في عقد الصرف، ثم اجازا في المجلس لزم العقد، وان اجازا قبل التقابض.

فكذلك و عليهما التقابض، فان تفرقا قبله انفسخ العقد، ثم ان تفرقا عن تراض لم يحكم بعصيانهما، فان انفرد احدهما بالمفارقة عصى، انتهى.

و أما ما اورده السيد الفقيه و تبعه المحقق الايروانى عليه: بان بيع الصرف لا أثر له الا بعد التقابض فلا يجب الوفاء به الا بعده. فيرد عليه: ان للعقد مرحلة، و لتأثيره في الملك مرحلة اخرى، و لكل منهما آثار، فإذا كان التقابض من آثار العقد يجب ترتيبه على هذا العقد، و ان لم يحصل الملك.

الثالث: النصوص «١» المتضمنة للأمر بالتقابض و النهى عن البيع الا يدا بيد. و فيه: ان تلك الأوامر و النواهي تكون ارشادا الى شرطية التقابض لصحة العقد و تأثيره في الملك لا مولوية لما حقق في محله من ظهور الأوامر و النواهي في المعاملات في الارشاد. فالأظهر عدم لزوم التقابض.

و أما الجهة الثانية: فالكلام فيها من ناحيتين:

احدهما: من ناحية الأثر.

الثانية: من ناحية المقتضى.

اما من الناحية الاولى: فثبوت الأثر للخيار على القول بوجود التقابض واضح، فان اثره حينئذ ان له فسخ العقد و اسقاط وجوب التقابض باعدام موضوعه.

لا يقال: انه على القول بوجود التقابض كيف يجرى الخيار الذى لازمه عدم وجوبه.

فانه يجاب بان الخيار معناه السلطنة على حل العقد، و لا ينافى ذلك وجوب التقابض على فرض بقاء العقد. و نظير هذا التكليف في الشرع كثير، لاحظ ما لو وهب امته للغير

(١) الوسائل - باب ٢ - من ابواب الصرف.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٥٨

و فى الدروس يثبت معنى خيار المجلس فى الصرف تقابضا اولاً فان التزما به قبل القبض وجب التقابض، فلو هرب احدهما عصى و انفسخ العقد، و لو هرب قبل الالتزام فلا معصية و يحتمل قويا عدم العصيان مطلقا لان للقبض مدخلا فى اللزوم فله تركه، انتهى.

و صرح الشيخ ايضا فى المبسوط بثبوت التخايير فى الصرف قبل التقابض،

و مما ذكرنا يظهر الوجه فى كون مبدأ الخيار للمالكين الحاضرين فى مجلس عقد الفضولين على القول بثبوت الخيار لهما من زمان اجازتهما على القول بالنقل، و كذا على الكشف (١) مع احتمال كونه من زمان العقد.

فانه مع جواز الرجوع يحرم عليه و طئها مع عدم الرجوع، و وجب القصر ما دام مسافرا مع ان له ان يقصد الاقامة أو يصير حاضرا.

و أما على القول بعدم وجوب التقابض، قال المصنف فى اثر الخيار خفاء...

و فيه انه لا خفاء فيه، فان السلطنة على حل العقد و الغائه عن قابلية التأثير على فرض التقابض غير السلطنة على حله بالتفرق.

و أما من الناحية الثانية: فيمكن ان يقال بقصور ادلة خيار المجلس عن الشمول له من جهة ان ذيل النصوص الدالة على ثبوت خيار المجلس يدل على لزوم البيع بالافتراق،

فيصلح ذلك قرينة على صدرها، و يكون الخيار ثابتا في بيع لو حصل افتراق البيعين يصير لازما، و أما بيع الصرف الذى يبطل بالافتراق قبل التقابض فلا يكون مشمولاً لها.

هذا بناء على عدم دخول التقابض فى البيع شرعا، و الاعدم ثبوت الخيار فى غاية الوضوح لحكومة ما دل على ذلك على ادلة الخيار. (١) قوله من زمان اجازتهما على القول بالنقل و كذا على الكشف.

و ذلك لان مبدأ الخيار انما هو من حين صدق عنوان البيع و هذا العنوان انما يصدق من حين الاجازة فيثبت الخيار من ذلك الحين من غير فرق بين القول بالنقل أو الكشف.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٥٩

## القول فى مسقطات الخيار

### إشارة

و هى اربعة على ما ذكرها فى التذكرة: اشتراط سقوطه فى ضمن العقد، و اسقاطه بعد العقد، و التفرق، و التصرف، (١) فيقع الكلام فى مسائل:

### مسألة: لا خلاف ظاهرا فى سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه فى ضمن العقد

### إشارة

و عن الغنية الاجماع عليه، (٢) و يدل عليه قبل ذلك عموم المستفيض المؤمنون أو المسلمون عند شروطهم

سقوط الخيار باشتراط سقوطه

(١) السابعة: ذكر العلامة فى التذكرة و من تأخر عنه: ان هذا الخيار يسقط باربعة اشياء: اشتراط سقوطه، اسقاطه بعد العقد، التصرف، التفرق.

فالكلام فى مواضع:

(٢) الأول: لا خلاف ظاهرا فى سقوطه باشتراط سقوطه فى ضمن العقد، و عن الغنية: الاجماع عليه، و عموم ادلة نفوذ الشرط «١» شاهد به.

و انما الخلاف هنا فيما افاده العلامة فى التبصرة بقوله: (أو يشترط سقوطه قبل العقد أو بعده) بعد معلومية ان مراده من بعد العقد ليس بعد تمامية العقد، بل بعد الشروع فيه.

و مورد الخلاف الاشتراط قبل العقد، فعن الشيخ فى الخلاف: سقوط الخيار به، و عن المختلف بعد نقل ذلك عنه و عندي فى ذلك نظر لأن الشرط انما يعتبر حكمه لو وقع فى متن العقد، نعم لو شرطا قبل العقد و تبايعا على ذلك الشرط صح ما شرطاه. انتهى.

واظن ان مراده فى التبصرة هو ما ذكره اخيرا فى المختلف.

و كيف كان: فشرط سقوط الخيار فى قبال شرط عدم الفسخ، و شرط اسقاط الخيار للذان - هما من قبيل شرط الفعل - يتصور على وجهين احدهما: شرط سقوطه، بحيث يرجع الى اسقاط الخيار.

ثانيهما: شرط عدم كون العقد خياريا، و الاشكالات الآتية عمدتها تخص بالثانى،

و بعضها يختص بالأول، و بعضها يشترك بينهما.

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

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٦٠

و قد يتخيل معارضته بعموم ادلة الخيار، (١) و يرجح على تلك الادلة بالمرجحات (٢) و هو ضعيف، لان الترجيح من حيث الدلالة و السند مفقود، (٣)

و موافقة عمل الاصحاب لا يصير مرجحا بعد العلم بانحصار مستندهم في عموم ادلة الشروط، كما يظهر من كتبهم

و كيف كان: فيقع الكلام في مقامين:

الأول: في شمول ادلة الشروط لهذا الشرط و عدمه.

الثاني: في انه هل يعارض ادلة الخيار لأدلة الشروط على فرض شمولها به ام لا.

و تبعا للمصنف نقدم البحث في المقام الثاني على البحث في المقام الاول.

(١) المقام الثاني: قد يتوهم انه يعارض ادلة الشروط مع ادلة الخيار، و النسبة بينهما عموم من وجه، فلا وجه لتقديم الأولى.

و لكنه فاسد، فان كل مشروط لا محالة يكون محكوما بحكم قبل ان يقع في حيز الشرط، فحينئذ اما ان يوافق حكمه مع الشرط كما لو شرط فعل واجب أو مستحب، و أما ان يخالفه، لا سبيل الى تخصيص ادلة الشروط بالقسم الأول كما هو واضح.

و حيث ان نسبة دليل الشرط مع كل واحد من ادلة تلك الأحكام عموم من وجه،

فيدور الأمر بين تقديم جميعها على دليل الشرط، و تقديمه على جميعها، و تقديمه على بعضها و الأخير مستلزم للترجيح بلا مرجح، و الأول مستلزم لإلغاء دليل الشرط.

فيتعين الثاني.

(٢) و قد يقال انه يرجح على تلك الادلة بالمرجحات.

(٣) و اجاب عنه المصنف رحمه الله بان الترجيح من حيث الدلالة و السند مفقود.

و فيه انه بناء على المذهب الحق انه في موارد التعارض بالعموم من وجه يرجع الى ادلة الترجيح و اول المرجحات الشهرة الفتوائية.

و عليه ففي المقام يتعين ترجيح ادلة الشروط: للشهريه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٦١

و نحوه في الضعف التمسك بعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بناء على صيرورة شرط عدم الخيار كالجاء من العقد الذي يجب الوفاء به، (١) إذ فيه ان ادلة الخيار اخص،

فيخصص بها العموم (٢) بل الوجه مع انحصار المستند في عموم دليل الشروط عدم نهوض ادلة الخيار للمعارضه، لانها مسوقة لبيان ثبوت الخيار بأصل الشرع (٣)

فلا ينافي سقوطه بالمسقط الخارجى و هو الشرط لوجوب العمل به شرعا، بل التأمل في دليل الشرط يقضى

(١) و قد يتوهم التمسك بعموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) بناء على صيرورة شرط عدم الخيار كالجاء من العقد الذي يجب الوفاء به.

(٢) و اجاب عنه المصنف: بان ادلة الخيار اخص، فيخصص به العموم.

و فى حاشية السيد تقريبات الاستدلال بأية وجوب الوفاء بتقريب آخر، و حاصله:

انحلال العقد المشروط الى عقدين: بيع و شرط، و اخصية دليل الخيار انما ينفع بالنسبة الى حيثية البيعة لا بالنسبة الى حيثية الشرطية، فيكون عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) بالنسبة الى عقد الشرط حاكما على دليل الخيار نظير ما لو صالح على سقوط الخيار فى ضمن عقد البيع، فان عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) بالنسبة الى الصلح مقدم على ادلة الخيار.

وفيه: ان الشرط حيث انه مرتبط بالبيع لا- محالة يكون دليل الخيار باطلاقة شاملا للبيع المجرد و البيع المشروط به، و هذا بخلاف الصلح، فانه عقد مستقل ليس من شئون البيع المحكوم بالخيار بدليله، فلا يشمل دليل الخيار باطلاقة البيع المجرد عنه و المقيد به، فدليل الخيار لا يعارض دليل نفوذ الصلح بخلاف دليل لزوم الشروط. و عليه فحيث ان دليل الخيار اخص فيقدم عليه.

و اجاب المصنف رحمه الله عنه عن معارضة ادلة الخيار مع ادلة الشروط.

(٣) بعدم نهوض ادلة الخيار للمعارضة لانها مسوفة لبيان ثبوت الخيار باصل الشرع.

محصل ما افاده فى المقام جوابان احدهما: ان الخيار لم يلاحظ فى موضوعه الا ذات البيع من حيث هو فلا ينافى ان يثبت له حكم آخر بعنوان عرضى،

الثانى: ان موضوع الخيار البيع المجرد عن الشرط و معه فهو موضوع آخر

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٦٢

بان المقصود منه رفع اليد عن الاحكام الاصلية الثابتة للمشروطات قبل وقوعها فى حيز الاشتراط فلا تعارضه ادلة تلك الاحكام فحاله حال ادلة وجوب الوفاء بالنذر و العهد فى عدم مزاحمتها بادلة احكام الافعال المنذورة، لو لا النذر.

و يشهد لما ذكرنا من حكومة ادلة الشرط و عدم معارضتها للأحكام الاصلية حتى يحتاج الى المرجح استشهاد الامام فى كثير من الاخبار بهذا العموم على مخالفة كثير من الاحكام الاصلية، (١) منها صحيحة مالك بن عطية قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل كان له اب مملوك و كان تحت ابيه جارية مكاتبه قد ادت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد، هل لك ان اعينك فى مكاتبتك حتى تؤدى ما عليك بشرط ان لا يكون لك الخيار بعد ذلك على ابي إذا انت ملكت نفسك؟ قالت نعم، فاعطاها فى مكاتبتها على ان لا يكون لها الخيار بعد ذلك قال عليه السلام لا يكون لها الخيار المسلمون عند شروطهم، و الرواية محمولة بقرينة الاجماع على عدم لزوم الشروط الابتدائية على صورة وقوع الاشتراط فى ضمن عقد لانزم (٢) أو المصالحة على اسقاط الخيار المتحقق سببه بالمكاتبه بذلك المال، و كيف كان فالاستدلال فيها بقاعدة الشروط على نفي الخيار الثابت بالعمومات دليل على حكومتها عليها لا معارضتها المحوغة الى التماس المرجح.

و له حكم واحد بالذات من دون تفاوت بالذاتية و العرضية.

(١) ثم ان المصنف استشهد بصحيح مالك بن عطية «١» المذكور فى المتن على ان ادلة الخيار كسائر ادلة الاحكام الاولية لا تصلح للمقاومة مع ادلة الشروط بل هى حاكمة على جميعها و تبين المراد منها، و تدل على ان المورد مشمول لأدلة الشروط. و اورد عليه: بان مورد الصحيح الشرط الابتدائي، و هو غير نافذ بالاجماع.

(٢) و اجاب عنه المصنف رحمه الله: بانه مطلق قابل لأن يقيد بصورة وقوع الاشتراط فى ضمن عقد لانزم أو المصالحة على اسقاط الخيار المتحقق سببه بالمكاتبه بذلك المال

(١) الوسائل - باب ١١ - من ابواب المكاتبه.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٦٣

نعم قد يستشكل التمسك بدليل الشروط فى المقام من وجوه (١):



و في حاشية السيد: الانصاف ان هذه الرواية دليل على شمول ادلة الشروط للشروط البدوية، و انها ايضا واجبة الوفاء، و الاجماع على الخلاف ممنوع.

و فيه: ان مورد الرواية الشرط في ضمن عقد الهبة، لاحظ قوله فاعطاها في مكاتبتها على ان لا يكون لها الخيار. و لم يظهر لى منشأ اشتباه القوم و تخيلهم كون مورد الشرط الابتدائي.

و الايراد عليه بان الهبة جائزة و الشرط في ضمن العقد الجائز غير لازم الوفاء سيأتي الجواب عنه.

و أما ما احتمله المصنف، من احتمال حمل الصحيح على المصالحة على اسقاط الخيار فهو يوجب خروجه عن محل الكلام و اجنبيته عنه من جهتين.

احدهما: من جهة ان المصالحة خارجة عن عنوان الشرط.

ثانيتها: من جهة انها مصالحة على الاسقاط دون السقوط.

و كلاهما خلاف الظاهر.

اما الاول: فلاستدلال الامام عليه السلام على نفوذه بدليل الشرط.

و أما الثاني: فلان صريحه شرط عدم الخيار لا إسقاطه و قد تقدم ان مورد الشرط في ضمن عقد الهبة فراجع.

(١) اما المقام الأول: فقد اشكل على التمسك بدليل الشروط في المقام من وجوه:

احدها: ان مفاد المستفيض (المؤمنون - أو المسلمون - عند شروطهم) «١» لزوم العمل بالشروط، فلا بد و ان يكون الشرط فعلا اختياريا للمشروط عليه، و اختياريا له، فلا يشمل الشروط الخارجة عن تحت اختياره و قدرته، و منها شرط عدم الخيار.

و فيه ان هذا يتم في نفسه، الا- ان صحيح «٢» مالك المتقدم آنفا المذكور في المتن يدل على صحة شرط عدم الخيار، و ان المستفيض يشملها، و هو يصلح قرينة على ارادة نفوذ

(١) الوسائل - باب ٦- من ابواب الخيار و- باب ٤- من ابواب المكاتب و غيرهما من الابواب.

(٢) الوسائل - باب ١١- من ابواب المكاتب.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٦٤

الأول: ان الشرط يجب الوفاء به إذا كان العقد المشروط فيه لازما، لان الشرط في ضمن العقد الجائز لا يزيد حكمه على اصل العقد، (١) بل هو كالوعد فلزوم الشرط يتوقف على لزوم العقد، فلو ثبت لزوم العقد بلزوم الشرط لزوم الدور.

كل شرط يكون مربوطا بالمشروط عليه.

(١) ثانيا: ان الشرط في ضمن العقد الجائز لا يجب الوفاء به، لأنه لا يزيد حكمه على حكم الأصل، بل هو كالوعد، فلزوم الشرط يتوقف على لزوم العقد، فلو ثبت لزوم العقد بلزوم الشرط لزوم الدور.

و فيه: اولاً- انه لا- دليل على اعتبار كون العقد المشروط فيه لازما، بل مقتضى عموم دليل وجوب الوفاء به لزومه حتى في العقود الجائزة.

و دعوى انه لا يزيد حكمه على حكم اصل العقد.

ان اريد بها انه تابع و التابع لا يزيد حكمه على حكم المتبوع.

فيردها: انه ليس بتابع بهذا المعنى، بل هو مستقل في الاعتبار و الدليل.

و ان اريد بها انه ينافى جواز العقد الذى لازمه جواز اعدامه و حله مع وجوب الوفاء بالشرط.

فيردها: ان الجواز و للزوم لا- يردان على محل واحد كى يتنافيان، بل الجواز انما هو متعلق بما هو كالموضوع للزوم، و مقتضاهما معا انه يجوز حل العقد، و لكن على فرض عدم الحل يجب الوفاء بالشرط، و كم له نظير فى الفقه، فالحاضر يجب عليه الصوم و لكن له ان يسافر فلا يصوم، و هكذا غيره.

و ثانيا: انه لو تم البرهان المذكور كان لازمه اعتبار ان لا يبقى العقد جائزا مع لزوم شرطه لا لزوم العقد قبل لزوم العقد، فلا يكون هناك محذور من هذه الناحية.

و أما ما ذكره المحقق الاصفهاني رحمه الله زائدا على ذلك: بان لزوم الشرط حسب الفرض و ان توقف على لزوم العقد، الا ان لزوم العقد لا يتوقف على لزوم الشرط بل يتوقف

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٦٥

الثانى: ان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد على ما هو ظاهر قوله: البيعان بالخيار فاشترط عدم كونهما بالخيار اشتراط لعدم بعض مقتضيات العقد. (١)

الثالث: ما استدل به بعض الشافعية على عدم جواز اشتراط السقوط من ان اسقاطه الخيار فى ضمن العقد اسقاط لما لم يجب، لان الخيار لا يحدث الا بعد البيع فاسقاطه فيه كاسقاطه قبله، هذا، و لكن شىء من هذه الوجوه لا يصلح للاستشكال.

اما الأول: فلأن الخارج من عموم الشرط الشروط الابتدائية لانها كالوعد و الواقعة فى ضمن العقود الجائزة بالذات أو بالخيار مع بقائها على الجواز، لان الحكم بلزوم الشرط مع فرض جواز العقد المشروط به مما لا يجتمعان، لان الشرط تابع و كالتقييد للعقد المشروط به. اما إذا كان نفس مؤدى الشرط لزوم ذلك العقد المشروط به كما فيما نحن فيه لا التزاما آخر مغايرا لالتزام اصل العقد، فلزومه الثابت بمقتضى عموم وجوب الوفاء بالشرط عين لزوم العقد، فلا يلزم تفكيك بين التابع و المتبوع فى اللزوم و الجواز.

و أما الثانى: فلان الخيار حق للمتعاقدين اقتضاه العقد لو خلى و نفسه، (٢)

على صحته، لأن مجرد صحته يكفى فى سقوط الخيار.

فيرد عليه: ان دليل صحة الشرط و لزومه واحد، فمع عدم شمول دليل اللزوم لا سبيل الى الحكم بالصحة. فالصحيح ما تقدم.

(١) ثالثها: ان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد، و المراد من مقتضى العقد فى المقام- على ما ذكره المصنف رحمه الله: ما يشمل لازمه كالحكم الشرعى.

و عليه فلا- يرد على المصنف رحمه الله بالتهافت بين كلماته، حيث جعل الاشكال اولاً فى منافاته لمقتضى العقد، و اخيراً فى منافاته لحكمه الشرعى كما فى الحاشية.

و اجاب المصنف رحمه الله عن هذا الاشكال بوجهين:

(٢) الأول: ان المتبادر من اطلاق دليل الخيار صورة الخلو عن اشتراط سقوطه،

و غاية ما يمكن ان يقال فى توجيهه: ان الخيار حيث انه من باب الارفاق بالمالك كى يتروى فى امر المعاملة، فدليله ينصرف الى صورة عدم الالتزام بالمعاملة و اشتراط عدم الخيار

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٦٦

فلا ينافى سقوطه بالشرط، و بعبارة اخرى المقتضى للخيار العقد بشرط لا،

لا طبيعة العقد من حيث هى، حتى لا يوجد بدونه و قوله: البيعان بالخيار و ان كان له ظهور فى العلية التامة، الا ان المتبادر من اطلاقه صورة الخلو عن شرط السقوط، مع ان مقتضى الجمع بينه و بين دليل الشرط كون العقد مقتضيا لاتمام العلة ليكون التخلف ممتنعاً

شرعا، (١) نعم يبقى الكلام فى دفع توهم انه لو بنى على الجمع بهذا الوجه بين دليل الشرط وعمومات الكتاب والسنة لم يبق شرط مخالف للكتاب والسنة. بل ولا لمقتضى العقد ومحل ذلك وان كان فى باب الشروط الا ان مجمل القول فى دفع ذلك فيما نحن فيه، انا حيث علمنا بالنص والاجماع ان الخيار حق مالى قابل للاسقاط والارث، لم يكن سقوطه منافيا للمشروع «للمشروط» فلم يكن اشتراطه اشتراط المنافى، كما لو اشترط فى هذا العقد سقوط الخيار فى عقد آخر.

وفيه: ان هذا الانصراف بدوى لا يصلح لتقييد الاطلاق.

(١) الثانى: ان مقتضى الجمع بين دليل الخيار ودليل الشرط كون العقد مقتضيا لاتمام العلة.

وفيه: بعد اصلاحه بان المراد من كون العقد تارة علة تامة واخرى مقتضيا، هو: ان تمام الموضوع تارة نفس العقد، واخرى العقد المجرد عن الشرط، مثلا انه على فرض شمول اطلاق دليل الخيار لصورة الاشتراط ومنافاة الشرط له، يكون دليل الخيار مقدا لتقييد دليل الشرط بالشرط غير المخالف للكتاب والسنة.

والحق ان يقال: - بعد عدم كون هذا الشرط منافيا لمقتضى العقد بمعناه الأخص وهو المنافى لحقيقته العقد كالباع بشرط ان لا يملك، والمنافى لما يتقوم به العقد كالباع بشرط ان لا يكون له عوض.

ان هذا الشرط ليس مخالفا للكتاب والسنة، فان الخيار من الحقوق القابلة للاسقاط والنقل، فله ان يسقطه بعد تحققه، ومن اول آن ثبوته بان يمنع عن ثبوته، فشرط عدم الخيار بهذا المعنى أو سقوطه ليس مخالفا للشرع لفرض جوازه وان له ذلك. و تمام الكلام فى ذلك موكول الى محله.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٦٧

و أما عن الثالث بما عرفت من ان المتبادر من النص المثبت للخيار صورة الخلو عن الاشتراط واقدام المتبايعين على عدم الخيار، ففائدة الشرط ابطال المقتضى لا إثبات المانع، (١) ويمكن ان يستأنس لدفع الاشكال من هذا الوجه الثالث ومن سابقه، بصحيفة مالك بن عطية المتقدمة.

ثم ان هذا الشرط يتصور على وجوه:

احدها: ان يشترط عدم الخيار وهذا هو مراد المشهور من اشتراط السقوط (٢) فيقول: بعث بشرط ان لا يثبت خيار المجلس، كما مثل به فى الخلاف والمبسوط والغنية والتذكرة لان المراد بالسقوط هنا عدم الثبوت لا الارتفاع.

رابعها: ان اسقاط الخيار فى ضمن العقد اسقاط لما لم يجب، فان الخيار لا يحدث الا بعد العقد، فاسقاطه فى ضمن العقد كاسقاطه قبله.

(١) واجاب المصنف رحمه الله عنه: بانه مع شرط الخيار لا تشمل ادلته ذلك العقد، ففائدة الشرط ابطال المقتضى لا إثبات المانع. وقد عرفت الجواب عن ذلك.

والحق ان يقال: اولاً: ان هذا الوجه مختص بشرط السقوط ولا يجرى فى شرط عدم الخيار، بمعنى اشتراط عدم ثبوته.

وثانياً: ان شرط سقوطه عند حصوله لا مانع منه سوى التعليق الذى لا دليل على المنع عنه سوى الاجماع المختص بغير الشرط، كيف وقد ادعى الاجماع على سقوط خيار المجلس باشتراط سقوطه فى ضمن العقد.

فتحصل: ان شرط سقوط الخيار بكلا معنييه لا مانع عنه، وتشمله ادلة الشروط.

ثم ان هذا الشرط يتصور على وجوه:

(٢) احدها: ان يشترط عدم الخيار، قال المصنف: وهذا هو مراد المشهور من اشتراط السقوط فيقول بعث بشرط ان لا يثبت خيار

المجلس كما مثل به في الخلاف و المبسوط و الغنية و التذكرة، لأن المراد بالسقوط هنا عدم الثبوت لا الارتفاع.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٦٨

الثاني: ان يشترط عدم الفسخ فيقول: بعث بشرط ان لا أفسخ في المجلس، (١) فيرجع الى التزام ترك حقه، فلو خالف الشرط و فسخ، فيحتمل قويا عدم نفوذ الفسخ، لان وجوب الوفاء بالشرط مستلزم لوجوب اجباره عليه و عدم سلطنته على تركه، كما لو باع منذور التصديق به على ما ذهب إليه غير واحد، فمخالفة الشرط و هو الفسخ غير نافذة في حقه، و يحتمل النفوذ لعموم دليل الخيار و الالتزام بترك الفسخ لا يوجب فساد الفسخ على ما قاله بعضهم من ان بيع منذور التصديق حث موجب للكفارة لا فاسد،

الثاني: ان يشترط سقوطه في فرض ثبوته و هذان القسمان من قبيل شرط النتيجة بخلاف القسمين الآخرين اللذين هما من قبيل شرط الفعل.

### اشتراط عدم الفسخ

(١) الثالث: ان يشترط عدم الفسخ، فيقول بعث بشرط ان لا أفسخ و الكلام في هذا الوجه يقع في جهات:

الاولى: انه لو فسخ و عصى هل يؤثر هذا الفسخ في حل العقد ام لا؟

و قد ذكر في وجه عدم التأثير في قبيل عموم دليل الخيار المقتضى للانحلال و جوه:

احدها: ما اشار إليه المصنف رحمه الله في ابتداء كلامه و اوضحه المحقق النائيني رحمه الله، و هو:

انه يشترط في نفوذ كل تصرف معاملي السلطنة عليه، و مع تعيين عدم الفسخ عليه بمقتضى عموم دليل الشرط لا سلطنة له على الفسخ، لأن الالتزام بعدم الفسخ موجب لسلب القدرة عليه شرعا فلا يكون مؤثرا.

و فيه: ان المعتبر في نفوذ التصرف السلطنة الوضعية لا التكليفيه، و مقتضى عموم دليل الشرط سلب السلطنة التكليفيه، دون الوضعية. و قد تقدم توضيح ذلك في اول الجزء الاول من هذا الشرح فراجع.

ثانيها: ان الشرط يوجب حدوث حق للمشروط له في خيار المشروط عليه، و لذا يجوز اجباره عليه، فهو ممنوع عن اعمال خياره لكونه متعلق حق الغير كما في بيع

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٦٩

و حينئذ فلا فائدة في هذا غير الاثم على مخالفته إذ ما يترتب على مخالفة الشرط في غير هذا المقام من تسلط المشروط له على الفسخ لو خولف الشرط غير مرتب هنا، و الاحتمال الأول اوفق بعموم وجوب الوفاء بالشرط الدال على وجوب ترتب آثار الشرط، و هو عدم

الفسخ في جميع الاحوال حتى بعد الفسخ، (١)

فيستلزم ذلك كون الفسخ الواقع لغوا، كما تقدم نظيره في الاستدلال بعموم وجوب الوفاء بالعقد على كون فسخ احدهما منفردا لغوا، لا يرفع وجوب الوفاء.

منذور التصديق.

و فيه: ان غاية ما يدل عليه دليل الشرط لزوم العمل به، و أما حدوث حق اعتباري للمشروط له فلم يدل عليه دليل، و جواز الاجبار مشترك بين التكليف و الحق.

ثالثها: ان دليل الخيار بالدلالة المطابقة يدل على الترخيص التكليفي في الفسخ،

و من ذلك يستفاد الخيار، و ان المعاملة تنحل بفسخ من رخص له الفسخ، فإذا دل دليل الشرط على رفع ذلك الترخيص و حرمة

الفسخ ارتفع الخيار ايضا، لأن المدلول الالتزامى يتبع المدلول المطابقى فى الحجية كتبعيتها لها فى الوجود.

وفيه: ان المدلول المطابقى لدليل الخيار هو الوضع لا التكاليف المحض.

(١) رابعها: ما ذكره المصنف رحمه الله اخيرا، و هو: ان مقتضى عموم دليل الشرط ترتيب آثار الشرط و هو عدم الفسخ حتى بعد الفسخ، و لازم ذلك وقوع الفسخ لغوا.

وفيه: ان مفاد دليل الشرط ليس ترتيب آثار المشروط، و لذا لو اشترط بيع شىء لا يحكم بترتيب آثار البيع بدونه، بل مفاده نفوذ الشرط و صحته أو لزوم العمل به.

فتحصل مما ذكرناه: ان شرط عدم الفسخ لا يوجب عدم تأثير الفسخ.

الثانية: فى صحة هذا الشرط و شمول العموم له.

و قد يقال بعدم صحته من جهة المحذور الثانى من المحاذير المتقدمة، و هو كونه شرطا فى ضمن عقد جائز.

و الجواب عنه: ما تقدم من ان الشرط فى ضمن العقد الجائز لازم الوفاء

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٧٠

الثالث: ان يشترط اسقاط الخيار، (١) و مقتضى ظاهره وجوب الاسقاط بعد العقد (٢) فلو اخل به و فسخ العقد ففى تأثير الفسخ الوجهان المتقدمان و الاقوى عدم التأثير،

نعم لا يندفع ذلك بما اجاب به الشيخ رحمه الله من لزوم العقد بلزوم الشرط بناء على القول بتأثير الفسخ كما لا يخفى.

الثالثة: فى اثر هذا الشرط على القول بتأثير الفسخ.

الظاهر انه لا أثر له سوى الاثم على مخالفته، و ما يترتب على مخالفة الشرط فى سائر الموارد من تسلط المشروط له على الفسخ عند مخالفة الشرط لا يترتب هنا كما لا يخفى.

(١) الرابع: ان يشترط اسقاط الخيار.

و الكلام فى جواز هذا الشرط هو الكلام فى جواز شرط عدم الفسخ، كما ان الكلام فى تأثير الفسخ هو الكلام فى تأثيره فى الوجه المتقدم كما سنشير إليه.

و فى المقام خصوصيات لا بد من الاشارة إليها:

احداها: هل يجب الاسقاط، ام لا؟ فيه وجهان، قال المصنف:

(٢) ان مقتضى ظاهره وجوب الاسقاط بعد العقد.

و علق عليه السيد الفقيه بقوله: يعنى ان ظاهر الاشتراط الاسقاط بعد العقد بلا فصل، و الا فمطلق الاسقاط بعد العقد مقتضى صريحه.

و لكن يمكن ان يكون نظر المصنف رحمه الله الى احد الوجهين:

اما الى انه بعد فرض اتحاد الاسقاط و السقوط حقيقة و اختلافهما اعتبارا لو اشترط الاسقاط يمكن حمله على ارادة السقوط، فيسقط بعد البيع و يمكن ان يكون مراده الفعل،

و الظاهر ارادة الثانى.

أو الى انكار هذا الظاهر، و انه لا يحتاج الى الاسقاط، بل يسقط الخيار بنفس هذا الشرط، و لم يكن للفسخ بعده اثر كما يختاره.

ثانيها: على فرض وجوب الاسقاط، لو اخل به، ففى تأثير الفسخ الوجهان المتقدمان، إذ مع لزوم الاسقاط لا سلطنة للمشروط عليه على ضده، و هو اعمال الخيار بفسخ العقد و كذا دليل الشرط على فرض دلالة على لزوم ترتيب آثار الشرط يشمل

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٧١

و هل للمشروط له الفسخ بمجرد عدم اسقاط المشترط الخيار بعد العقد و ان لم يفسخ (١) وجهان من عدم حصول الشرط و من ان المقصود منه ابقاء العقد، فلا يحصل التخلف الا إذا فسخ، (٢) و الاولى بناء على القول بعدم تأثير الفسخ هو عدم الخيار، لعدم تخلف الشرط و على القول بتأثيره ثبوت الخيار لانه قد يكون الغرض من الشرط عدم تزلزل العقد (٣) و يكون بقاء المشترط على سلطنة الفسخ مخالفا لمصلحة المشروط له.

اطلاقه بعد انشاء الفسخ فيكشف عن عدم تأثيره، و كذا الوجهان الآخران كما هو واضح، و قد عرفت فساد الجميع، فالأظهر تأثير فسحه.

(١) هل للمشروط له الفسخ بمجرد عدم اسقاط المشترط الخيار بعد العقد و ان لم يفسخ؟ فيه اقوال:  
الأول: ان له ذلك مطلقا.

الثاني: عدم ثبوته له مطلقا.

الثالث: ما اختاره المصنف رحمه الله، و هو التفصيل بين القول بتأثير الفسخ و عدمه، و اختيار أن له ذلك على الأول دون الثاني.

و الأظهر هو الأول لما دل على ثبوت الخيار للمشروط له إذا تخلف المشترط و لم يعمل بالشرط في سائر الموارد، فانه يجرى في المقام طابق النعل بالنعل.

(٢) و استدلل للثاني: بان المقصود منه ابقاء العقد، فلا يحصل التخلف الا إذا فسخ، و بعده لا موضوع له.

(٣) و المصنف رحمه الله قال: و الاولى بناء على القول بعدم تأثير الفسخ هو عدم الخيار لعدم تخلف الشرط، و على القول بتأثيره ثبوت الخيار، لأنه قد يكون الغرض من الشرط عدم تزلزل العقد.

و الظاهر ان مراده من عدم تخلف الشرط عدم تخلفه من حيث الغاية و النتيجة المرادة.

و يرد عليه: - مضافا الى ان الغرض قد يكون سقوط الحق لا خروج العقد عن التزلزل- ان الموجب للخيار تخلف الشرط بعنوانه لا من حيث تخلف الغاية المقصودة.

فالأظهر ثبوته مطلقا.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٧٢

و قد يموت ذو الخيار و ينتقل الى وارثه. بقى الكلام في ان المشهور ان تأثير الشرط انما هو مع ذكره في متن العقد، (١) فلو ذكره قبله لم يفد لعدم الدليل على وجوب الوفاء به، و صدق الشرط على غير المذكور في العقد غير ثابت، لان المتبادر عرفا هو الالتزام المرتبط بمطلب آخر. (٢) و قد تقدم عن القاموس انه الالتزام و الالتزام في البيع و نحوه.

و عن الشيخ و القاضي تأثير الشرط المتقدم قال في محكي الخلاف لو شرطا قبل العقد ان لا يثبت بينهما خيار بعد العقد صح الشرط و لزم العقد بنفس الايجاب و القبول، ثم نقل الخلاف عن بعض اصحاب الشافعي ثم قال: دليلنا انه لا مانع من هذا الشرط و الاصل جوازه و عموم الاخبار في جواز الشرط يشمل هذا الموضوع، انتهى.

(١) قوله بقى الكلام فى ان المشهور ان تأثير الشرط انما هو مع ذكره فى متن العقد بناء على جواز الشرط كما هو المفروض فى المقام، و ستعرف فى محله تفصيل القول فيه.

لا كلام فى نفوذ الشرط المذكور فى متن العقد و لو بأن يذكره قبل العقد و يشير إليه فى العقد بان يقول مثلاً: بعث على ما ذكر. كما لا كلام معتد به فى عدم نفوذ الشرط غير المذكور فى العقد و لم ينشأ العقد مبنيًا عليه بان يكون حين العقد غافلاً عنه. انما الكلام فيما لو ذكر الشرط قبل العقد و وقع العقد مبنيًا عليه. فظاهر جماعة نفوذه.

و صريح آخرين عدمه.

و استدلال لعدم العبرة به بوجوه:

(٢) الأول: ما فى المكاسب، و حاصله: ان الشرط هو الالتزام أو الالتزام المرتبط بمطلب آخر، و عليه فالشرط المذكور سابقاً لا يجب الوفاء به، لأنه اما وعد بالالتزام أو التزام تبرعى لا يجب الوفاء به، و هو و ان كان باقياً الى حين العقد الا انه لا يرتبط بالالتزام العقدى الا بجعل المتكلم.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٧٣

و نحوه المحكى عن جواهر القاضى و قال فى المختلف على ما حكى عنه بعد ذلك و عندى فى ذلك نظر، فان الشرط انما يعتبر حكمه لو وقع فى متن العقد، نعم لو شرطاً قبل العقد و تباعاً على ذلك الشرط صح ما شرطاه، انتهى.

اقول التابع «التباني» على ذلك الشرط ان كان بالاشارة إليه فى العقد بأن يقول مثلاً: بعث على ما ذكر فهو من المذكور فى متن العقد و ان كان بالقصد إليه و البناء عليه عند الانشاء، فهذا هو ظاهر كلام الشيخ. نعم يحتمل ان يريد الصورة الاولى و اراد بقوله قبل العقد قبل تمامه، و هذا هو المناسب للاستدلال له بعدم المانع من هذا الاشتراط و يؤيده ايضا بل يعينه ان بعض اصحاب الشافعى انما يخالف فى صحة هذا الاشتراط فى متن العقد و قد صرح فى التذكرة بذكر خلاف بعض الشافعية فى اشتراط عدم الخيار فى متن العقد، و استدلال عنهم بأن الخيار بعد تمام العقد، فلا يصح اسقاطه قبل تمامه.

و فيه: ان الالتزام الشرطى و البيعى كليهما من مقولة المعنى لا اللفظ، و اللفظ مبرز لهما، و عليه فإذا كان الالتزام الشرطى باقياً الى حين العقد و اوقع العقد مبنيًا عليه- اى قيد التزامه البيعى بالالتزام الشرطى بالنحو الصحيح الذى سيمر عليك فى باب الشروط، الذى به يخرج العقد عن التعليق- صدق على ذلك الالتزام الضمنى الشرط حتى على القول بانه التزام مربوط بمطلب آخر، فيشملة دليل و جوب الوفاء بالشرط.

الثانى: ما افاده المحقق النائينى رحمه الله، و هو: ان القصد و الدواعى غير معتبرة فى العقود ما لم ينشأ لفظ على طبقها، فمجرد وقوع العقد مبنيًا على شرط مع عدم ذكره فى متن العقد لا يؤثر.

ثم تفتن لاشكال، و هو: انه لا إشكال فى الاكتفاء بالقصد فى الشروط التى جرت العادة و العرف على الالتزام بها فى العقد، كوصف الصحة، و تسليم المبيع و ما شابههما.

فأجاب عنه: بانه فى تلك الشروط انشاء العقد انشاء لها لأنها من لوازم الفاظ العقود، فكما انه ينشأ بها معانيها المطابقة فكذا مداليلها الالتزامية، و هذا بخلاف الشرط

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٧٤

و الحاصل ان ملاحظة عنوان المسألة فى الخلاف و التذكرة و استدلال الشيخ على الجواز و بعض الشافعية على المنع، يكاد يوجب القطع بعدم ارادة الشيخ صورة ترك الشرط فى متن العقد و كيف كان. فالاقوى ان الشرط الغير المذكور فى متن العقد، غير مؤثر لانه



لا يلزم بنفس اشتراطه السابق، لان المتحقق فى السابق. اما وعد بالتزام، أو التزام تبرعى لا يجب الوفاء به، و العقد اللاحق و ان وقع مبنيًا عليه لا يلزمه لانه الزام مستقل لا يرتبط بالتزام العقد الا بجعل المتكلم، و الا فهو بنفسه ليس من متعلقات الكلام العقدى مثل العوضين و قيودهما حتى يقدر شرطًا منويًا،

فيكون كالمحذوف النحوى بعد نصب القرينة، فان باع داره فى حال بنائه فى الواقع على عدم الخيار له، لم يحصل له فى ضمن بيعه ان شاء التزام بعدم الخيار و لم يقيد انشاءه بشيء بخلاف قوله: بعتك على ان لا خيار لى الذى مؤداه بعتك ملتزما على نفسى و بانيا على ان لا خيار لى فان انشاءه للبيع قد اعتبر مقيدا بانشاءه

الخاص للعاقد الخاص، فانه ليس من المداليل الالتزامية، فليس هو المنشأ فى العقد الا مع ارتباط العقد به صريحا أو اشارة. و فيه: انه فى باب العقود و الايقاعات يعتبر وجود اللفظ أو مبرز آخر بلا- كلام، و أما فى باب الشروط فلا دليل على اعتباره، و لعل الاكتفاء بالقصد و الالتزام النفسانى فى الشروط التى جرت العادة على الالتزام بها فى العقد اقوى شاهد على ذلك إذ ليس ذلك الالتزام من لوازم الالتزام البيعى كى يكون اللفظ المبرز للالتزام البيعى مبرزًا له بالالتزام. و لو بنى على كفاية ذلك لا بد من البناء على كفاية بناء المتعاقدين ايضا، فان بناء غيرهما من اهل العرف غير دخیل فى الدلالة بهذا المعنى.

الثالث: النصوص الواردة فى النكاح الدالة على انه لا عبرة بالشرط قبل العقد: منها:

موثق ابن بكير عن مولانا الصادق عليه السلام: إذا اشترطت على المرأة شروط المتعة فرضيت به و اوجبت التزويج فاردد عليها شرطك الأول بعد النكاح فان اجازته فقد جاز منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٧٥

التزام عدم الخيار فحاصل الشرط الزام فى التزام مع اعتبار تقييد الثانى بالاول و تمام الكلام فى باب الشروط انشاء الله تعالى.

و ان لم تجزه فلا يجوز عليها ما كان من شرط قبل النكاح «١».

و منها: موثق محمد بن مسلم عن الامام الباقر عليه السلام فى الرجل يتزوج المرأة متعة: انهما يتوارثان إذا لم يشترطا، و انما الشرط بعد النكاح «٢».

و منها: موثق ابن بكير عن الامام الصادق عليه السلام: ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح، و ما كان بعد النكاح فهو جائز «٣». و فيه: اولًا: ان هذه النصوص مختصة بشروط المتعة، و تدل على انه إذا لم تذكر فى ضمن العقد تنقلب دائما. اما الأولان فواضح.

و أما الأخير فلقوله هدمه النكاح فان شروط المتعة يهدمها النكاح بدون الشرط.

و أما سائر الشروط فغاية الأمر عدم وجوب العمل بها لا هدمها و جعلها كالعدم.

و ثانيا: انه لا وجه للتعدى عن باب النكاح الى سائر الموارد و الأبواب.

و ثالثا: انها قابلة للحمل على ما كان من الشروط سابقا و لم يكن مضمرًا حال العقد على وجه يكون مبنيًا عليه، إذ لا يصدق كون الشرط قبل النكاح خاصة بعد فرض قصده فى اثنا.

فتحصل: ان الأظهر نفوذه و وجوب العمل به.

(١) الوسائل - باب ١٩ - من ابواب المتعة من كتاب النكاح حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ١٩ - من ابواب المتعة حديث ٤.

(٣) الوسائل - باب ١٩ - من ابواب المتعة حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٧٦

فرع ذكر العلامة في التذكرة موردا لعدم جواز اشتراط نفى خيار المجلس وغيره في متن العقد، وهو ما إذا نذر المولى ان يعتق عبده إذا باعه بأن قال لله: على ان اعتقك إذا بعتهك قال لو باعه بشرط نفى الخيار لم يصح البيع لصحة النذر، (١) فيجب الوفاء به ولا يتم برفع الخيار وعلى قول بعض علمائنا من صحة البيع مع بطلان الشرط يلغو الشرط ويصح البيع ويعتق انتهى. اقول هذا مبنى على ان النذر المعلق بالعين يوجب عدم تسلط الناذر على التصرفات المنافية له. (٢) وقد مر ان الاقوى في الشرط ايضا كونه كذلك.

(١) ذكر العلامة في محكى التذكرة موردا لعدم جواز اشتراط نفى خيار المجلس وغيره في متن العقد، وهو ما إذا نذر المولى ان يعتق عبده إذا باعه، قال: لو باعه بشرط نفى الخيار لم يصح البيع لصحة النذر. وتصوير النذر المزبور بنحو يجب الوفاء به ويكون صحيحا: ان ينذر التملك ثم العتق، إذ لو نذر العتق وهو ملك المشتري بطل النذر، ولو نذر العتق بعد التملك على ان يكون التملك شرطا للنذر لم يجب التملك و الوفاء بالنذر.

و حينئذ تارة لا يمكن الاقالة أو الشراء منه ثانيا.

و اخرى يمكن ذلك فالكلام يقع في موردين:

الأول: إذا لم يمكن الاقالة أو الشراء منه ثانيا.

لا اشكال في صحة البيع اشترط عدم الخيار ام لا، بناء على ان الشرط الفاسد لا يفسد البيع و أما شرط عدم الخيار فهل يكون باطلا و فاسدا ام لا؟ وجهان.

قد استدل المصنف رحمه الله للأول:

(٢) بان النذر المتعلق بالعين يوجب عدم تسلط الناذر على التصرفات المنافية له.

وفيه: اولاً: ان غاية ما يقتضيه ذلك حرمة الشرط لا فساد لما تقدم من عدم دلالة الحرمة على الفساد، الا ان يضم إليه ما سنذكره.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٧٧

...

و ثانيا: ان وجوب الوفاء بالنذر انما يكون بعد البيع، فما لم يتم البيع لا وجوب من ناحية النذر كى يوجب عدم تسلط البائع على هذا الشرط.

و الحق ان يقال: ان هذا الشرط من قبيل المقدمات المفوتة الموجبة لفوت الغرض و عدم القدرة على امتثال التكليف في ظرفه - و قد حققنا في الاصول حرمتها - فيصير الشرط حراما، فلا يكون نافذا من جهة انه يعتبر في نفوذ الشرط ان لا يكون مخالفا للكتاب و السنة، و الشرط المخالف سواء كان المشروط مخالفا أو الشرط نفسه لا يكون نافذا على ما سيحىء في باب الشروط.

و دعوى ان الشرط المخالف بنفسه لا من جهة مخالفته المشروط انما لا يكون نافذا إذا كان الشرط مخالفا للشرع، و في المقام الشرط

لا يكون مخالفا بنفسه و انما يكون المحرم اسقاط الخيار.

مندفعة بان الشرط بنفسه اسقاط، فيكون حراما و مخالفا للشرع.

المورد الثانى: ما إذا امكن الاقالة أو الشراء منه ثانيا، فقد افاد السيد الفقيه رحمه الله: انه يصح الشرط و لا مانع عنه.

و اورد عليه المحقق النائيني رحمه الله: بان الاقالة أو الشراء ليس تحت قدرة الناذر، لأن تحقق هذه العناوين يتوقف على ارادة شخص

آخر، و قد لا يريدھا، و ما هو تحت قدرته اعمال الفسخ، فيجب على الناذر اعماله، و مقتضاه عدم صحة شرط سقوط الخيار.

و فيه: ان حرمة شرط سقوط الخيار انما تكون لأجل كونه تفويتا للغرض، فلو فرضنا العلم بعدم الفوت- و لو بفعل غير اختياري- لا

يكون هذا الفعل مفوتا، فلا يكون حراما، فيكون صحيحا و نافذا.

فالأظهر ما افاده السيد رحمه الله.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٧٨

### مسألة: و من المسقطات اسقاط هذا الخيار بعد العقد (١)

#### إشارة

بل هذا هو المسقط الحقيقي و لا خلاف ظاهرا فى سقوطه بالاسقاط، و يدل عليه بعد الاجماع، فحوى ما سيجىء من النص الدال على

سقوط الخيار بالتصرف، معللا بأنه رضاء بالبيع، (٢)

مضافا الى القاعدة المسلمة من ان لكل ذى حق اسقاط حقه، (٣) و لعله لفحوى تسلط الناس على اموالهم فهم اولى بالتسلط على

حقوقهم المتعلقة بالاموال،

#### الاسقاط بعد العقد

(١) الثانى: من المسقطات: اسقاط هذا الخيار بعد العقد.

و استدل لسقوطه بالاسقاط بوجوه:

الأول: الاجماع.

و فيه: انه لمعلومية مدرك المجمعين لا يعتمد عليه.

(٢) الوجه الثانى: فحوى ما سيجىء من النص «١» الدال على سقوط الخيار بالتصرف، معللا بانه رضا بالبيع، استدل بها المصنف رحمه

الله.

و اورد عليه المحقق الايروانى رحمه الله: بان النص بعموم التعليل يدل على حكم المقام بلا حاجة الى الفحوى، بل و مع منع الفحوى.

و لكن تقرب الفحوى على مسلك المصنف رحمه الله- الملتزم بان لزوم العقد بالرضا و اقراره انما يكون من جهة ان مرجعه الى

اسقاط الخيار: انه إذا دل الدليل على مسقطية الرضا و كونه موجبا للزوم من جهة ان مرجعه الى اسقاط الخيار، فنفس الاسقاط اولى

بان يكون مسقطا للخيار.

فلا يرد عليه ما اوردته المحقق المذكور.

(٣) الثالث: القاعدة المسلمة من ان لكل ذى حق اسقاط حقه لفحوى تسلط الناس على اموالهم «٢» فهم اولى بالتسلط على حقوقهم

المتعلقة بالأموال.

و اورد عليه بوجوه:

احدها: ان دليل السلطنة ضعيف السند.

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

(٢) البحار ج ١ ص ١٥٦ الطبع القديم.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٧٩

...

و فيه: انه لاعتماد الأصحاب عليه و تمسكهم به يكون معتبرا.

ثانيهما: ما افاده المحقق الايرواني رحمه الله، و هو: ان علقه الحق اضعف من علقه المال،

و السلطنة في القوى لا تقتضى السلطنة في الضعيف بل الأمر بالعكس، فلو ثبتت السلطنة في الحق اقتضى فحواها السلطنة في المال.

و فيه: انه على فرض تسليم دلالة هذا الدليل على سلطنة الانسان على اعدام الملك،

و الاعراض عنه يتم هذه الاولوية، إذ السلطنة على اعدام القوى و اذها به توجب بالاولوية السلطنة على اعدام الضعيف.

و ان شئت قلت: ان السلطنة في الشيء غير السلطنة على الشيء، و الاولوية في الثانية بخلاف الاولوية في الاولى.

ثالثها: ان دليل السلطنة لا يدل على ان للمالك الاعراض عن ماله و سلب الملكية عن نفسه لما تقدم في الجزء الثالث من هذا الشرح

في مبحث المعاطاة من انه كسائر الأدلة انما يدل على ثبوت الحكم على فرض وجود الموضوع، و لا- نظر له الى بقاء الموضوع و

ارتفاعه، و موضوع السلطنة المال المضاف باضافة الملكية، فلا يدل على ان له الاعراض عنها.

و بعبارة اخرى: انه يدل على ان له السلطنة على التصرفات في المال، و لا يدل على ان له السلطنة على السلطنة باعدامها و الاعراض

عنها، و عليه فلا يدل بالفحوى على ان له اسقاط الحق و اعدامه.

لا يقال: انه حيث لا معنى لتسلطهم على مثل هذه الحقوق غير القابلة للنقل الا نفوذ تصرفهم فيها بما يشمل الاسقاط كما عن المصنف

فلو دل هذا الدليل على ثبوت السلطنة على الحقوق بالاولوية دل على ان له الاسقاط.

فانه يقال: ان هذا يتم لو كان ذلك- اى ثبوت السلطنة على الحقوق- مفاد دليل

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٨٠

و لا معنى لتسلطهم على مثل هذا لحقوق الغير القابلة للنقل، (١) الا نفوذ تصرفهم فيها بما يشمل الاسقاط، و يمكن الاستدلال له بدليل

الشرط لو فرض شموله للالتزام الابتدائي. ثم ان الظاهر سقوط الخيار بكل لفظ يدل عليه باحدى الدلالات العرفية (٢) للفحوى

المتقدمة (٣) و فحوى ما دل على كفاية بعض الافعال في اجازة عقد الفضولي. (٤)

خاص لا فيما إذا كان مستفادا من الدليل العام، فان الالتزام بعدم السلطنة في مثل هذه الحقوق رأسا لعدم المعنى لها لا يترتب عليه محذور.

(١) قوله لا معنى لتسلطهم على مثل هذه الحقوق ... الا نفوذ تصرفهم فيها فقد أورد عليه السيد بانه على فرض كونه قابلا للنقل ايضا

يمكن الاستدلال بان يراد الأعم من النقل و الاسقاط.

و قد عرفت في ذيل الايراد الثالث على الوجه الثاني: انه يمكن توجيه كلام المصنف ره بنحو لا يرد عليه هذا الايراد، و ان كان غير

تام على اى تقدير. فراجع.

(٢) قوله ثم ان الظاهر سقوط الخيار بكل لفظ يدل عليه باحدى الدلالات.

و قد استدلل له بوجوه:

(٣) الأول: فحوى ما دل على سقوط الخيار بالتصرف، فانه إذا كان الفعل الكاشف عن الرضا بالبيع والالتزام به مسقطا للخيار فاللفظ الدال على ذلك أولى بان يكون مسقطا لأقوائية اللفظ من الفعل.

و هذا هو مراد المصنف رحمه الله من قوله للفحوى المتقدمة.

فلا يرد عليه ما عن المحقق الخراساني رحمه الله من: ان دليل السلطنة لا يتكفل نفوذ السبب بل يتكفل مشروعية المسبب: فانه يتوقف على ارادة الفحوى الثانية لا الأولى.

(٤) الثاني فحوى ما دل على كفاية بعض الأفعال فى اجازة عقد الفضولى.

وفيه: انا لم نجد ما يدل على ذلك سوى طائفتين من النصوص.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٨١

و صدق الاسقاط النافذ بمقتضى ما تقدم من التسلط على اسقاط الحقوق و على هذا فلو قال احدهما: اسقطت الخيار من الطرفين، فرضى الآخر سقط خيار الراضى (١)

ايضا، لكون رضاه باسقاط الآخر خياره اسقاطا ايضا.

احدهما: فى العبد يزوج نفسه بغير اذن مولاه، المتضمنة: ان سكوت المولى بعد العلم اقرار منه «١».

ثانيتها: فى المرأة تزوج نفسها فى حال السكر، المتضمنة: انها لو اقامت معه بعد الافاقه يكون التزويج نافذا «٢».

و مورد هما ما يكون العقد تاما من جميع الجهات سوى عدم احراز رضا من يعتبر رضاه بالعقد، و من المعلوم ان الرضا القلبي يكفى باى شىء احرز، و هذا بخلاف الموارد التى يكون العقد فيها ناقصا من جهة اخرى و تتوقف تماميته من تلك الناحية على الانشاء كبيع الفضولى، حيث انه ناقص من جهتين: من ناحية الرضا، و من ناحية عدم كونه مستندا الى المالك، و هو من الجهة الثانية يحتاج الى الانشاء، و لهذا لا يكفى فى الاجازة الرضا القلبي، بل لا بد من الانشاء.

و المقام من هذه الموارد، اى يتوقف على الانشاء و لا يكفى مجرد الرضا القلبي بسقوط الخيار، فهذا الوجه غير تام.

الثالث: ان مقتضى اطلاق الدليل كفاية كل ما يصدق عليه الاسقاط و فرع المصنف على ذلك و قال.

(١) و على هذا فلو قال احدهما اسقطت الخيار من الطرفين فرضى الآخر سقط خيار الراضى لعل وجه التفرع على ما سبق انه بناء على كفاية كل ما يدل على الاسقاط فى سقوط الحق لو انشأ احدهما السقوط من الطرفين و رضى الآخر كفى ذلك فى سقوط الخيار لتحقق الانشاء و الرضا.

و لكن يرد عليه ان انشاء احدهما السقوط من طرف الآخر لا يكفى بل لا بد من استناده إليه و على فرض جريان الفضولى فى الايقاع لا بد من اعتبار الاجازة تحقيقا للاستناد و الرضا بالاسقاط ليس انشاء للسقوط و اسقاطا.

(١) الوسائل - باب ٢٦ - من ابواب نكاح العبيد و الاماء.

(٢) الوسائل - باب ١٤ - من ابواب عقد النكاح و اولياء العقد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٨٢

مسألة: لو قال احدهما لصاحبه: اختر، (١) فإن اختار المأمور الفسخ فلا اشكال فى انفساخ العقد، و ان اختار الامضاء ففى سقوط خيار الامر ايضا مطلقا كما عن ظاهر الأكثر بل عن الخلاف، الإجماع عليه، أو بشرط إرادته تملك الخيار لصاحبه، و إلا فهو باق مطلقا كما هو ظاهر التذكرة، أو مع قيد ارادة الاستكشاف دون التفويض و يكون حكم التفويض كالتملك، اقوال و لو سكت فخيار الساكت باق اجماعا، و وجهه واضح. و أما خيار الامر ففى بقائه مطلقا أو بشرط عدم ارادة تملك الخيار، كما هو ظاهر التذكرة، أو سقوط

خياره مطلقا كما عن الشيخ، اقوال و الاولى ان يقال: ان كلمة اختر

### لو قال احدهما لصاحبه اختر

(١) مسألة: لو قال احدهما لصاحبه اختر فان اختار الفسخ فلا اشكال في انفساخ العقد، و ان اختار الامضاء ففي سقوط خيار الأمر ايضا اقوال:

احدها: السقوط مطلقا. نسب ذلك الى جمع من الأساطين فيما لو اختار الامضاء،  
و أما لو سكت فلم اظفر بمن يقول بالسقوط و ان نسب الى الشيخ رحمه الله، و لكن الثابت خلافه.  
ثانيها: السقوط إذا قصد التمليك.

ثالثها: السقوط إذا قصد التمليك أو التفويض.

رابعها: السقوط إذا قصد التمليك و اسقط الآخر.

خامسها: عدم السقوط.

و لا يخفى ان عنوان هذه المسألة انما يكون تبعا للنص: روى نافع عن ابن عمر: ان النبي صلى الله عليه و آله قال المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول احدهما لصاحبه اختر. «١» من جهة ان الأصحاب لم يفهموا منه التعبد المحض فالتجئوا الى تطبيقه على القواعد، و حيث انه نبوى و لم يصل الينا بطريق معتبر، و اعتماد الأصحاب عليه غير ثابت، فهو لا يصلح لأن يعتمد عليه في الحكم، فلا بد من ملاحظة القواعد.

(١) الخلاف كتاب البيوع مبحث خيار المجلس.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٨٣

بحسب وضعه لطلب اختيار المخاطب احد طرفي العقد من الفسخ و الامضاء،

و ليس فيه دلالة على ما ذكره من تمليك الخيار أو تفويض الامر أو استكشاف الحال نعم الظاهر عرفا من حال الامر ان داعيه استكشاف حال المخاطب (١) و كأنه في العرف السابق كان ظاهرا في تمليك المخاطب امر الشيء، كما يظهر من باب الطلاق فإن تم دلالاته حينئذ على اسقاط الامر خياره بذلك و الا فلا مزيل لخياره،

و ملخص القول فيه: انه لا خلاف في معنى كلمة اختر مادة و هيئة، و لكن بعد عدم ارادة طلب الاختيار حقيقة يحتمل فيها معان:

احدها: ان يكون انشاء الطلب بها بقصد اسقاط حقه و الاعراض عنه.

ثانيها: ان يكون لغرض نقل خياره الى صاحبه و تمليكه اياه.

ثالثها: ان يكون بقصد تفويض اعمال خياره بفسخ أو امضاء الى صاحبه.

(١) رابعها: ان يكون بغرض استعلام حال المخاطب.

و على جميع هذه الاحتمالات لو اختار الآخر الفسخ لا إشكال في الانفساخ، كما انه لو سكت لا كلام في عدم سقوط خياره، و لو اجاز لا كلام في سقوط خياره.

انما الكلام فيما لو اختار الامضاء أو سكت في انه هل يسقط خيار الأمر ام لا.

اما على الاول: فيسقط خياره بمجرد الامر.

و أما على الثانى: فان قبل صاحبه التمليك سقط و الا فلا.

لا يقال: انه قد تقدم عن المصنف رحمه الله و غيره: ان هذا الخيار لا يقبل النقل، فكيف يحكم بسقوط خياره. فانه يجاب اولاً: قد مر أنه قابل له.

و ثانياً: ان من يقول بعدم قابليته للنقل انما يلتزم به فى النقل الى الأجنبى من جهة انه خيار المجتمعين و يكون مغياً بافتراقهما، فلا يمكن نقله الى غير من هو طرف المعاملة.

و أما فى النقل الى من هو طرف المعاملة فلا يلتزم به لعدم جريان هذا الوجه فيه.

و أما على الثالث: فان سكت بيقى خياره، و ان اختار الامضاء من الطرفين

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٨٤

و عليه يحمل على تقدير الصحة ما ورد فى ذيل بعض اخبار خيار المجلس، انهما بالخيار ما لم يفترقا، أو يقول احدهما لصاحبه اختر. (١)

ثم انه لا إشكال فى ان اسقاط احدهما خياره لا يوجب سقوط خيار الآخر،

و منه يظهر انه لو اجاز احدهما و فسخ الآخر، انفسخ العقد لأنه مقتضى ثبوت الخيار، فكان العقد بعد اجازة احدهما جائزاً من طرف الفاسخ دون المجيز، كما لو جعل الخيار من اول الأمر لاحدهما و هذا ليس تعارضاً بين الاجازة و الفسخ و ترجيحاً له عليها.

نعم لو اقتضت الاجازة لزوم العقد من الطرفين (٢) كما لو فرض ثبوت الخيار من طرف احد المتعاقدين أو من طرفهما لمتعدد كالاصيل و الوكيل فأجاز احدهما و فسخ الآخر دفعة واحدة أو تصرف ذو الخيار فى العوضين دفعة واحدة، كما لو باع عبداً بجارية، ثم اعتقهما جميعاً، حيث ان اعتاق العبد فسخ، و إعتاق الجارية، اجازة،

أو اختلف الورثة فى الفسخ و الإجازة تحقق التعارض. و ظاهر العلامة فى جميع هذه الصور، تقديم الفسخ، و لم يظهر له وجه تام و سيجىء الاشارة الى ذلك فى موضعه.

سقط، إذ خيار الموكل لا يسقط ما لم يجز الوكيل من طرفه.

و أما على الرابع: فلا يسقط خياره اصلاً حتى بعد الاجازة.

و لا- يبعد دعوى ظهوره فى الأول أو الثانى، و على فرض عدم الظهور فى شىء منها مقتضى الاستصحاب بقاء الخيار حتى بعد الامضاء.

(١) قوله و عليه يحمل على تقدير الصحة ما ورد فى ذيل بعض ... اختر من المقطوع به عدم كون هذه الكلمة صادرة من احدهما غاية لخيار كل منهما و عليه فلا بد من حمل ذلك على انها غاية لمجموع الخيارين لا لكل واحد منهما.

(٢) قوله نعم لو اقتضت الاجازة لزوم العقد من الطرفين.

و ضابط ذلك ان يكون الخيار ثابتاً للطبيعة المنطبقة على كل منهما كما فى خيار الورثة على احتمال- أو يكون اجازة احدهما اجازة للآخر و مستندة إليه ايضا كما فى الخيار الثابت للوكيل و الاصيل- فان اجازة الوكيل اجازة للموكل و مستندة إليه اللهم الا ان يقال ان فسخ الاصيل مقارناً لإجازة الوكيل يكون عزلاً و عليه فيؤثر الفسخ اثره.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٨٥

**مسألة: من جملة مسقطات الخيار افتراق المتبايعين (١)**



ولا اشكال في سقوط الخيار به ولا في عدم اعتبار ظهوره في رضاها بالبيع، (٢) وان كان ظاهر بعض الاخبار ذلك (٣) مثل قوله، فإذا افترقا فلا- خيار لهما بعد الرضا و معنى حدوث افتراقهما المسقط مع كونهما متفرقين حين العقد، افتراقهما بالنسبة الى الهيئة الاجتماعية الحاصلة لهما حين العقد فإذا حصل الافتراق الاضافى و لو بمسماه ارتفع الخيار

من المسقطات افتراق المتبايعين

(١) الثالث: من جملة مسقطات الخيار: افتراق المتبايعين.

لا كلام في مسقطية الافتراق- بمعنى انتهاء امد الخيار به.

انما الكلام وقع في موارد ثلاثة:

الأول: في ان مسقطية الافتراق هل تكون من جهة كاشفيتها عن الرضا بلزوم العقد، أو أنه بنفسه مسقط و غاية للخيار.

الثاني: في تعيين اقل ما يحصل به الافتراق.

الثالث: في انه هل يلزم حركة كل منهما الى جانب ام يكفى حركة احدهما؟

(٢) اما المورد الأول: فالحق انه بنفسه غاية له، إذ لا- طريقيه و لا- كاشفية للتفرق عن الرضا، و الشاهد به ملاحظة حال سائر اقسام الخيار، فهل يتوهم احد كاشفية التفرق عن الرضا فيها، مع ان مقتضى اطلاق النصوص «١» عدم اعتبار شىء في ذلك غير عنوان التفرق.

و استدلال لاعتبار كشفه عن الرضا و ان مسقطيته بهذا الاعتبار بوجهين:

احدهما: قوله عليه السلام في صحيح جميل فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما. «٢» و إليه اشار المصنف بقوله.

(٣) و ان كان ظاهر بعض الاخبار ذلك.

(١) الوسائل- باب ١- من ابواب الخيار. ٢- نفس المصدر.

(٢) نفس المصدر.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٨٦

فلا يعتبر الخطوة، (١) و لذا حكى عن جماعة: التعبير بأدنى الانتقال. و الظاهر ان ذكره في بعض العبارات لبيان اقل الافراد خصوصا مثل قول الشيخ في الخلاف اقل ما ينقطع به خيار المجلس خطوة مبنى على الغالب فى الخارج أو فى التمثيل لاقل الافتراق فلو تبايعا فى سفتيتين متلاصقتين كفى مجرد افتراقهما و يظهر من بعض اعتبار الخطوة اغترارا بتمثيل كثير من الاصحاب. و عن صريح آخر التأمل، و كفاية الخطوة لانصراف الاطلاق الى ازيد منها فيستصحب الخيار، و يؤيده قوله فى بعض الروايات: فلما استوجبتها قمت فمشيت خطأ ليجب البيع حين افترقنا، و فيه منع الانصراف و دلالة الرواية.

ثانيهما: ان الطريقة العقلانية جارية على انهم إذا اجتمعوا على انفاذ معاملة لا يفترون الا بعد التزامهم بها، فالمطلقات محمولة على الغالب، فلا دليل على انتهاء امد الخيار فى غير مورد الرضا.

و فيهما نظر:

اما الأول: فلما عرفت من منع الكاشفية، نعم كاشفيتها عن الرضا بالبيع لا تنكر، مع ان المطلق لا يحمل على الغالب.

و أما الثانى: فلأنه حيث لم يذكر متعلق الرضا فى الخبر فيمكن ان يكون المراد الرضا باصل المعاملة اما بان يكون المراد انهما أو جدا

البيع عن الرضا، أو انهما رضيا بالبيع بمعنى عدم الإكراه و الفسخ قبل التفرق، و يمكن ان يكون المراد الرضا بالتفرق في مقابل صدوره عن كره، و يمكن ان يكون المراد الرضا بلزوم العقد.

و لو لم ندع ظهوره في الأول فلا اقل من الاجمال، و حيث ان الاستدلال يتوقف على ارادة الثالث فهو لا يتم لعدم ثبوتها. الغريب ان المصنف رحمه الله في المقام بنى على عدم اعتبار هذا الظهور، و في المسألة الآتية يصرح باعتباره استنادا الى الصحيح. و أما المورد الثاني: فالأقوال فيه ثلاثة:

(١) احدها: كفاية مجرد الافتراق و لو كان اقل من خطوة. ذهب إليه المصنف رحمه الله.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٨٧

ثم اعلم ان الافتراق على ما عرفت من معناه يحصل بحركة احدهما و بقاء الآخر في مكانه فلا يعتبر الحركة من الطرفين في صدق افتراقهما، (١) فالحركة من احدهما لا يسمى افتراقا حتى يحصل عدم المصاحبة من الآخر، فذات الافتراق من المتحرك و اتصافها بكونها افتراقا من الساكن، و لو تحرك كل منهما، كان حركة كل منهما افتراقا بملاحظة عدم مصاحبة الآخر، و كيف كان فلا يعتبر في الافتراق المسقط، حركة كل منهما الى غير جانب الآخر، كما يدل عليه الروايات الحاكية لشراء الإمام عليه السلام ارضا و انه عليه السلام قال:

ثانيها: اعتبار الخطوة و كفايتها.

ثالثها: عدم كفايتها ايضا، و ان المدار على صدق الافتراق عرفا.

و الأظهر هو الأخير لوجهين:

الأول: ان الافتراق المجعول غاية في مقابل الاجتماع البدني الصادق على ما إذا كان الفصل بينهما خطوة أو اقل أو أكثر من المفاهيم العرفية الذي لا يشك احد في عدم صدقه بمجرد التباعد بخطوة أو خطوتين.

الثاني: قوله عليه السلام في جملة من النصوص: فلما استوجبتها قمت فمشيت خطى ليجب البيع. «١» تقريب الاستدلال به: تعليقه عليه السلام وجوب البيع على المشى خطى، و لا ريب في ظهوره في عدم كفاية الأقل، و ليس مورد الاستدلال به فعله عليه السلام كى يقال انه لا يدل على اعتبارها.

و استدل: للأول: بان الموضوع هو الافتراق الصادق على الأقل من الخطوة.

و فيه: ان الافتراق غير التباعد، و الثاني يصدق بادنى فصل بخلاف الأول.

و أما المورد الثالث: فمحل الكلام ليس صدق التفرق مع عدم تأثير من المتفرقين، بل هذا يبحث فيه في المسألة الآتية، و المفروض في المقام صدقه بدونه.

(١) بل هو كفاية حركة احدهما مع سكون الآخر. و الأظهر ذلك، لأن الهيئة الاجتماعية الحاصلة للمتبايعين محققة لصدق الاجتماع، و ان كلا منهما مجتمع مع الآخر،

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

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٨٨

فلما استوجبتها قمت فمشيت خطى ليجب البيع حين افترقنا (١) فاثبت افتراق الطرفين بمشي عليه السلام فقط.

**مسألة: المعروف انه لا اعتبار بالافتراق عن إكراه**

إذا منع من التخايير أيضا (٢) سواء بلغ حد سلب الاختيار ام لا- لأصالة بقاء الخيار بعد تبادل الاختيار من الفعل المسند الى الفاعل المختار، (٣) مضافا الى حديث: رفع ما استكرهوا عليه (٤) وقد تقدم فى مسألة

و عدم تلك محقق لعنوان الافتراق- اى افتراق كل منهما عن صاحبه- و عليه فلو تحرك احدهما و سكن الآخر تنعدم الهيئة الاجتماعية، فلا محالة يصدق الافتراق. و اصف الى ذلك اثبات الامام عليه السلام افتراق الطرفين بمشيه عليه السلام فقط حين قال:

(١) فمشيت خطى ليجب البيع حين افترقنا.

الافتراق عن اكراه

(٢) قوله المعروف: انه لا اعتبار بالافتراق عن اكراه إذا منع من التخايير.

و قد استدلل لذلك بوجوه:

(٣) الأول: تبادل الاختيار من الفعل المسند الى الفاعل المختار.

و اجاب عنه المصنف رحمه الله: بان المتبادر هو الاختيارى فى مقابل الاضطرارى لا فى مقابل المكره الفاعل بالاختيار.

و الحق ان يقال: انه لا يتبادر الاختيارى فى مقابل الاضطرارى ايضا، لأن هيات الأفعال موضوعه نوعيا، مثلا هيئة فعل وضعت لإفادة النسبة التحقيقية فى ضمن اى مادة كانت. و قد تكون المادة اختيارية، و لا سبيل الى غير الاختيارية فيها كباع و طلق، و قد تكون بالعكس كمات و وجد و غيرهما. و قد يجوز الأمر ان فيها و الهيئة فى جميع ذلك تستعمل فى معنى واحد و لها وضع واحد. و بذلك يستكشف عدم دخل الاختيار فى معناها اصلا.

(٤) الثانى: حديث رفع ما استكرهوا عليه «١» بدعوى انه يدل على ان الافتراق

(١) الوسائل - باب ٥٦- من ابواب جهاد النفس.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٢٨٩

اشترط الاختيار فى المتبايعين ما يظهر منه عموم: الرفع للحكم الوضعى المحمول على المكلف فلا يختص برفع التكليف، هذا. و لكن يمكن منع التبادر فإن المتبادر هو الاختيارى فى مقابل الاضطرارى الذى لم يعد فعلا حقيقيا قائما بنفس الفاعل، بل يكون صورة فعل قائمة بجسم المضطر لا- فى مقابل المكره الفاعل بالاختيار لدفع الضرر المتوقع على تركه، فإن التبادر ممنوع، فإذا دخل الاختيارى المكره عليه دخل الاضطرارى لعدم القول بالفصل، مع ان المعروف بين الاصحاب ان الافتراق و لو اضطرارا مسقط للخيار، إذا كان الشخص متمكنا من الفسخ و الامضاء، مستدلين عليه بحصول التفرق المسقط للخيار

عن كره لا يترتب عليه الأثر و وجوده كالعدم و قد تقدم فى مسألة اشتراط الاختيار فى المتبايعين ما يظهر منه شمول الحديث للحكم الوضعى.

و قد اورد على الاستدلال به بوجوه:

احدها: ما افاده المحقق النائينى رحمه الله و السيد فى الحاشية، و هو: انه من التزام القائل باعتبار الاختيار فى مقابل الاكراه بسقوط الخيار مع النسيان و الغفلة يستكشف ان ذات الافتراق من حيث هو جعل من المسقطات لا بما هو فعل صادر عن اختيار، و حديث الرفع انما يجرى فيما كان الفعل منوطا بالقصد كالعقود.

و فيه: ان النقض بالنسيان و الغفلة يمكن ان يجاب عنه بما اجبنا به عن ايراد المصنف و هو ثالث الوجوه و سيأتى.

و أما ما افاده من اختصاص الحديث بالأفعال القصدية.

فيرد عليه ما حققناه في محله من منع التخصيص بعد اطلاق الدليل.

ثانيها: ما افاده المحقق النائيني رحمه الله من انه من كون مورد بعض المرفوعات منحصرًا في متعلق التكليف كالحسد يستكشف اختصاص الحديث بمتعلقات التكليف، ولا يعم الموضوعات لعدم الجامع بين المتعلق والموضوع، ولذا لو تحقق الاقامة عن كره لا يرفع حكمها بالحديث، والتفرق من قبيل الموضوع لا المتعلق فلا يشمل الحديث.

وفيه: ان الحديث يدل على رفع كل ما هو في عالم التشريع عن ذلك العالم إذا كان

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٩٠

قال في المبسوط في تعليل الحكم المذكور، لأنه إذا كان متمكنا من الامضاء و الفسخ فلم يفعل، حتى وقع التفرق كان ذلك دليلا على الرضا و الامضاء، انتهى.

و في جامع المقاصد تعليل الحكم المذكور بقوله لتحقيق الافتراق مع التمكن من الاختيار انتهى.

ومنه يظهر انه لا وجه للاستدلال بحديث رفع الحكم عن المكروه للاعتراف بدخول المكروه و المضطر إذا تمكنا من التنازل.

والحاصل ان فتوى الأصحاب هي ان التفرق عن إكراه عليه و على ترك التنازل غير مسقط للخيار، (١) و انه لو حصل احدهما باختياره سقط خياره، وهذا لا يصح الاستدلال عليه باختصاص الأدلة بالتفرق الاختياري، و لا بأن مقتضى حديث الرفع جعل التفرق للمكروه عليه كالتفرق، لأن المفروض ان التفرق الاضطراري ايضا مسقط

عن كره، من غير فرق بين الموضوع و المتعلق، و لذا لو شرب الخمر عن إكراه يجوز الاقتداء به و ان ورد لا تصل خلف شارب الخمر. و قد صرح بذلك هو قده في حديث الرفع.

و أما مسألة الاقامة فالجواب عنها: ان الاقامة ليست موضوع وجوب التمام، بل الموضوع هو العلم بها، و هو لا يكون إكراهيا، و ما هو إكراهي ليس متعلق التكليف و لا موضوعه.

(١) ثالثها: ما افاده المصنف رحمه الله: بانه لو كان الحديث مدرك هذا الحكم كان اللازم البناء على عدم مسقطية التفرق الاكراهي مع عدم المنع من التنازل، و لم يلتزموا بذلك، فيستكشف منه انه لا يكون الحديث مدركا له.

وفيه: انه ان كان اجماع تعبدى على السقوط كان هو المقيد للاطلاق، و به ترفع اليد عما يقتضيه الحديث، و الا يلتزم المستدل بعدم السقوط في هذا الفرض أيضا.

رابعها: - و هو الصحيح- و هو: ان لسان الحديث هو رفع الحكم لا- وضعه، و لذا لو تعلق الاكراه بعدم الترويج لا- يحكم بتحقيق الزوجية، و التفرق ليس موضوع الحكم

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٩١

مع وقوعه في حال التمكن من التنازل، فالأولى الاستدلال عليه مضافا إلى الشهرة المحققة الجابرة للإجماع المحكي و إلى ان المتبادر من التفرق ما كان عن رضا بالعقد (١) سواء وقع اختيارا أو اضطرارا بقوله عليه السلام في صحيحة الفضيل: فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما، (٢) دل على ان الشرط في السقوط الافتراق و الرضا منهما، و لا- ريب ان الرضا المعتبر ليس الا المتصل بالتفرق (٣) بحيث يكون التفرق عنه إذ لا- يعتبر الرضا في زمان آخر اجماعا، أو يقال ان قوله بعد الرضا اشارة الى اناطة السقوط بالرضا بالعقد المستكشف عنه عن افتراقهما، فيكون الافتراق مسقطا لكونه كاشفا نوعا عن رضاهما بالعقد (٤) و اعراضهما عن الفسخ

بل هو سبب لارتفاع ما هو الموضوع للخيار. و أما اللزوم فهو يثبت بادلته و موضوعه العقد.

و بالجملة: موضوع الخيار اجتماع المتبايعين، و الافتراق سبب لانعدامه، و هو ليس موضوعا لحكم، فلا- يصح ان يقال ان التفرق الاكراهي كلا تفرق، فكان الاجتماع باق.

فالأظهر عدم صحة الاستدلال به.

(١) الثالث: ان المتبادر من التفرق ما كان عن رضا بالعقد. استدل به المصنف رحمه الله.

و فيه: ما تقدم في المسألة المتقدمة من منع كاشفيته عن الرضا، فلا وجه لهذه الدعوى اصلا.

(٢) الرابع: قوله عليه السلام في صحيح الفضيل: فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما «١».

و ذكر المصنف رحمه الله في تقريب الاستدلال به وجهين:

(٣) الأول: انه يدل على ان الافتراق المجعول غاية هو الذى ينبعث عن الرضا بالعقد،

بمعنى انه بعد الفراغ عن امر العقد و الرضا به يفترقان.

(٤) الثانى: ان الافتراق من حيث كاشفيته عن الرضا بالعقد جعل غاية، و على التقديرين الافتراق الاكراهي غير مشمول له، لأنه غير

منبعث عن الرضا و لا كاشف

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

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٩٢

و على كل تقدير. فيدل على ان المتفرقين و لو اضطرارا، إذا كانا متمكنين من الفسخ و لم يفسخا كشف ذلك نوعا عن رضاهما بالعقد فسقط خيارهما، فهذا هو الذى استفاده الشيخ قدس سره كما صرح به فى عبارة المبسوط المتقدمة

عنه و الفرق بين الوجهين هو الفرق بين مقام الثبوت و الاثبات.

و فيه: اولاً: ما عرفت من تطرق احتمالات فى الرضا الموجود فى الحديث.

و ثانياً: انه لو سلم ان المراد بالرضا هو الرضا بلزوم العقد و الالتزام به.

انما نلتزم بالتقييد إذا كان لسان الخبر هكذا، فلا خيار لهما ان افترقا بعد الرضا منهما.

و أما مفاد ما فى الخبر فهو كون الافتراق التزاما عمليا، و يكون قوله بعد الرضا بيانا للافتراق.

و بعبارة اخرى: مفاد ما فى الخبر انه لا خيار بعد الافتراق لكونه رضا بالعقد.

الخامس: ان تشريع الخيار انما هو للارفاق بالمتبايعين، و هذا لا يلائم مع سقوطه بالافتراق الاكراهي.

و فيه: اولاً: ان ذلك حكمة لا يدور الحكم مدارها.

و ثانياً: ان اصل ثبوت الخيار انما هو للارفاق، و هذا لا يلازم مع كون غاية الخيار ايضا ملائمة له.

السادس: الاجماع المحكى عن غير واحد.

و فيه: انه لمعلومية مدرك المجمعين لا يعتمد عليه.

فالأظهر سقوط الخيار بالافتراق الاكراهي ايضا.

هذا إذا كان الاكراه على التفرق مع المنع من التخاير، و أما مع عدم المنع منه فالأمر اوضح.

لو اكره احدهما على التفرق

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٩٣

**مسألة: لو اكره احدهما على التفرق و منع عن التخاير و بقي الآخر فى المجلس (١)**

فإن منع من المصاحبة والتخاير لم يسقط خيار احدهما، لأنهما مكرهان على الافتراق وترك التخاير، فدخل في المسألة السابقة و إن لم يمنع من المصاحبة.

ففيه أقوال و توضيح ذلك، ان افتراقهما المستند الى اختيارهما كما عرفت، يحصل بحركة احدهما اختيارا و عدم مصاحبة الآخر كذلك، و ان الاكراه على التفرق لا يسقط حكمه ما لم ينضم معه الاكراه على ترك التخاير، فحينئذ نقول تحقق الاكراه المسقط في احدهما دون الآخر يحصل تارة بإكراه احدهما على التفرق و ترك التخاير و بقاء الآخر في المجلس مختارا في المصاحبة أو التخاير، و اخرى بالعكس بإبقاء احدهما في المجلس كرها مع المنع عن التخاير، و ذهاب الآخر اختيارا، و محل الكلام هو الاول و سيتضح به حكم الثاني و الاقوال فيه اربعة:

سقوط خيارهما، كما عن ظاهر المحقق و العلامة و ولده السعيد و السيد العميد و شيخنا الشهيد (قدس الله اسرارهم).  
و ثبوته لهما كما عن ظاهر المبسوط و المحقق و الشهيد الثانيين و محتمل الارشاد.  
و سقوطه في حق المختار خاصة. و فصل في التحرير بين بقاء المختار في المجلس،  
فالثبوت لهما و بين مفارقتة فالسقوط عنهما

(١) قوله و لو اكره احدهما على التفرق و منع عن التخاير، و بقي الآخر في المجلس.  
بناء على ما اخترناه في المسألة السابقة من سقوط الخيارين بالتفرق الكرهى لا مجال لهذا البحث،  
بل يكون الخياران ساقطين بالاولوية. نعم لو قلنا فيها بمقالة المشهور كان لهذا البحث مجال.  
و مورد البحث في المقام: ان التفرق إذا كان عن اكره احدهما هل يوجب سقوط الخيار ام لا؟ و أما الجهات الاخر فهى لا يبحث عنها في المقام.

و بعبارة اخرى: البحث في المقام متمحض في مانعية اكره احدهما عن السقوط و عدمها، و عليه فلا وجه للنزاع في ان التفرق هل يحصل بحركة احدهما و سكون الآخر ام لا؟ و قد تقدم حصوله بذلك كما تقدم عدم دخل الاختيار في ذلك.  
و هكذا لا وجه لجعل النزاع في المقام و مبنى الأقوال فيه بقاء الاكوان و عدمه  
منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٩٤

و مبنى الاقوال على ان افتراقهما المجمعول غاية لخيارهما هل يتوقف على حصوله عن اختيارهما أو يكفى فيه حصوله عن اختيار احدهما؟ و على الاول هل يكون اختيار كل منهما مسقطا لخياره أو يتوقف سقوط خيار كل واحد على مجموع اختيارهما فعلى الاول يسقط خيار المختار خاصة، كما عن الخلاف و جواهر القاضى، و على الثاني يثبت الخياران، كما عن ظاهر المبسوط و المحقق و الشهيد الثانيين. و على الثاني فهل يعتبر في المسقط لخيارهما كونه فعلا وجوديا و حركة صادرة باختيار احدهما أو يكفى كونه تركا اختياريا، كالبقاء في مجلس العقد مختارا،

فعلى الاول يتوجه التفصيل المصرح به في التحرير بين بقاء الآخر في مجلس العقد و ذهابه على الثاني يسقط الخياران كما عن ظاهر المحقق و العلامة و ولده السعيد و السيد العميد و شيخنا الشهيد.

و اعلم ان ظاهر الايضاح ان قول التحرير ليس قولاً مغايراً للثبوت لهما و ان محل الخلاف ما إذا لم يفارق الآخر المجلس اختيارا و الا سقط خيارهما اتفاقاً، حيث قال في شرح قول والده: لو حمل احدهما و منع عن التخاير لم يسقط خياره على اشكال. و أما الثابت فان منع من المصاحبة و التخاير لم يسقط خياره و إلا فالاقرب سقوطه، فيسقط خيار الأول، انتهى.

و افتقار الباقي الى المؤثر و عدمه، إذ لو قلنا ببقاء الأكوان و عدم احتياج الباقي الى المؤثر فغاية ما يلزم منه ان بقاء الساكن ليس بفعله، و قد مر ان الافتراق يحصل و لو مع عدم تأثير من المتفرقين.

و تنقيح القول في المقام انما هو بالبحث في مقامين:

الأول: في ان مقتضى الأدلة المتقدمة في المسألة السابقة ما ذا.

الثاني: في ما تقتضيه الروايات الحاكية لفعله عليه السلام.

اما المقام الأول: فمقتضى كون المتبادر من التفرق ما كان عن رضا بالعقد، و مقتضى الاجماع سقوط الخيارين في المقام، و مقتضى حديث الرفع «١» ثبوتهما معا،

(١) الوسائل - باب ٥٦ - من ابواب جهاد النفس.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٩٥

قال ان هذا مبني على بقاء الاكوان و عدمه و افتقار الباقي الى المؤثر و عدمه و ان الافتراق ثبوتى أو عدمى فعلى عدم البقاء أو افتقار الباقي الى المؤثر يسقط، لأنه فعل المفارقة، و على القول ببقائها و استغناء الباقي عن المؤثر و ثبوتيه الافتراق لم يسقط خياره، لأنه لم يفعل شيئاً.

و ان قلنا: بعدمية الافتراق و العدم ليس بمعلل فكذلك.

و ان قلنا انه يعلل سقط ايضاً و الاقرب عندى السقوط لأنه مختار في المفارقة، انتهى.

و هذا الكلام و ان نوقش فيه بمنع بناء الاحكام على هذه التديقات الا- انه على كل حال صريح في ان الباقي لو ذهب اختياراً فلا خلاف في سقوط خياره، و ظاهره كظاهر عبارة القواعد ان سقوط خياره لا ينفك عن سقوط خيار الآخر فينتفى القول المحكى عن الخلاف و الجواهر، لكن العبارة المحكية عن الخلاف ظاهرة في هذا القول، قال: لو اكرها، أو احدهما على التفرق بالابدان على وجه يتمكنان من الفسخ و التخاير فلم يفعل، بطل خيارهما أو خيار من تمكن من ذلك و نحوه المحكى عن القاضى، فإنه لو لا جواز التفكيك بين الخيارين لاقتصر على قوله: بطل خيارهما، فتأمل

و مقتضى صحيح الفضيل «١» هو التفصيل بين المكره و غيره و سقوط خيار غير المكره خاصة.

اما التبادر فلأن المتيقن اعتبار رضا احدهما، و ليس المتبادر خصوص ما كان عن رضاهما.

و أما الاجماع فلعدم وجوده في المقام.

و أما حديث الرفع فلأن غاية ما قيل في توجيه دلالة على التفصيل انه يدل على ارتفاع حكم ما تعلق الاكراه به خاصة دون غيره.

و دعوى انه لو شمل الحديث تفرق المكره و حكم عليه بكون افتراقه كلا افتراق كان لازمه بقاء اجتماع صاحبه معه، و مع بقاء الهيئة الاجتماعية شرعاً يكون خيار كليهما باقياً شرعاً.

مندفعة اولاً: بان لسان الحديث ليس تنزيل الموجود منزلة المعدوم، لأنه حينئذ وضع لا رفع، بل لسانه رفع الحكم بلا نظر الى بقاء الموضوع و عدمه كما حقق في الاصول.

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

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٩٦

بل حكى هذا القول عن ظاهر التذكرة أو صريحها و فيه تأمل، و كيف كان فالأظهر في بادئ النظر ثبوت الخيارين للأصل و ما تقدم



من تبادل تفرقهما عن رضا منهما فإن التفرق وان لم يعتبر كونه اختياريا من الطرفين ولا من أحدهما الا ان المتبادر رضاهما بالبيع حين التفرق، فرضا احدهما في المقام وهو الماكث لا دليل على كفايته في سقوط خيارهما، ولا في سقوط خيار خصوص التراضي، إذ الغاية غاية للخيارين فإن تحققت سقطا والا ثبوتا، ويدل عليه ما تقدم من صحیحة الفضيل المصرحه باناطة سقوط الخيار بالرضا منها المنفى بانتفاء رضا احدهما، (١) ولكن يمكن التنصيص عن الأصل بصدق تفرقهما و تبادل تقيده بكونه عن رضا كليهما ممنوع، بل المتيقن اعتبار رضا احدهما.

و ثانيا: ان مقتضى كون افتراق المكروه كلا افتراق كونه مجتمعاً مع صاحبه تعبداً لا كون صاحبه مجتمعاً معه، وعدم الانفكاك بينهما واقعا لا يلزم عدم الانفكاك بينهما تنزيلاً و تعبداً.

ولكن الأرجح في النظر انه يقتضى ثبوت الخيارين معاً، لأن الغاية للخيارين امر واحد من جهة ان الافتراق من المعاني المتضايقة كالاجتماع، ولا يعقل افتراق احدهما عن صاحبه من دون ان يفترق صاحبه عنه، و عليه فجعل الغاية متعددة لغو فلا محالة تكون الغاية واحدة.

لا يقال: انه مع لحوق خصوصية الاكراه يكون قابلاً للانفكاك فيصح جعل الغاية متعددة.

فانه يقال: ان الاكراه لا يكون قيد الافتراق واقعا كالرضا، بل خصوصية عدم الاكراه انما تعتبر بحديث الرفع الحاكم على الأدلة الواقعية، فليس في عرض الواقع ما يثبت القيدية، و عليه فحديث الرفع انما يرفع حكم الافتراق المجعول غاية وهو سقوط الخيارين معاً، و لازم ذلك ثبوتهما معاً. فتدبر فانه دقيق.

و أما صحيح الفضيل، فقد افاد المصنف رحمه الله و تبعه المحقق النائيني رحمه الله:

(١) بان الظاهر منه تقييد السقوط بالرضا منهما المنتفى بانتفاء رضا احدهما أو كليهما، فيبقى الخيار حتى بالنسبة الى المختار.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٢٩٧

و ظاهر الصحيحة و ان كان اعتبار ذلك إلا انه معارض بإطلاق ما يستفاد من الرواية السابقة الحاكية لفعل الامام عليه السلام و انه قال: فمشيت خطي ليجب البيع حين افترقنا جعل مجرد مشيه سبباً لصدق الافتراق المجعول غاية للخيار، و جعل وجوب البيع علة غائية له من دون اعتبار رضا الآخر أو شعوره بمشي الامام عليه السلام، (١) و دعوى انصرافه الى صورة شعور الآخر و تركه المصاحبة اختياراً ممنوعاً.

و ظاهر الصحيحة و ان كان اخص (٢) إلا ان ظهور الرواية في عدم مدخليه شيء آخر زائداً على مفارقة احدهما صاحبه مؤيد بالتزام مقتضاه في غير واحد من المقامات، مثل ما إذا مات احدهما و فارق الآخر اختياراً. فإن الظاهر منهم عدم الخلاف في سقوط الخيارين. و قد قطع به في جامع المقاصد مستدلاً بانه قد تحقق الافتراق، فسقط الخياران، مع ان المنسوب إليه ثبوت الخيار لهما فيما نحن فيه، و كذا لو فارق احدهما في حال نوم الآخر، أو غفلته عن مفارقة صاحبه مع تأيد ذلك بنقل الإجماع عن السيد عميد الدين.

و فيه: ان مقتضى مقابلة التثنية بالتثنية كمقابلة الجمع بالجمع هو التوزيع، و ان خيار كل من البائع و المشتري يكون مغياً برضاه، و لازم ذلك هو التفصيل بين المكروه و غيره.

فتحصل: أنه لو كان المدرك في المسألة هو التبادر أو الاجماع كان الحكم في هذه المسألة سقوط الخيارين، و لو كان هو صحيح الفضيل كان هو التفصيل بين المكروه و غيره،

و لو كان هو حديث الرفع كان الحكم في المقام ثبوت الخيارين.

(١) و أما المقام الثاني فقد استدل المصنف رحمه الله لسقوط الخيارين في المقام بالرواية المتقدمة الحاكية لفعله عليه السلام و انه

قال: فمشيت خطى ليجب البيع حين افترقنا. فانها تدل على ان مجرد مشيه سبب لصدق الافتراق المجعول غاية للخيار، و جعل وجوب البيع علة غائية له من دون اعتبار رضا الآخر أو شعوره بمشى الامام عليه السلام.

وفيه: انها متضمنة لقضية شخصية، و لعل تجريده في مقام الاستناد من جهة حصول الشرط و هو الرضا منه أو منهما.

(٢) قال المصنف قدس سره: و ظاهر الصحيحه و ان كان اخص الا ان ظهور الرواية في عدم

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٥، ص: ٢٩٨

و ظاهر المبني المتقدم عن الإيضاح أيضا عدم الخلاف في عدم اعتبار الرضا من الطرفين. و إنما الخلاف في أن البقاء اختيارا مفارقة اختيارية أم لا، بل ظاهر القواعد أيضا أن سقوط خيار المكره متفرع على سقوط خيار الماكت من غير إشارة الى وجود خلاف في هذا التفرع و هو الذي ينبغي، لأن الغاية إن حصلت سقط الخياران و إلا بقيا، فتأمل:

و عبارة الخلاف المتقدمة و ان كانت ظاهرة في التفكيك بين المتبايعين في الخيار الا انها ليست بتلك الظهور لاحتمال ارادة سقوط خيار المتمكن من التخايير من حيث تمكنه مع قطع النظر عن حال الآخر، فلا ينافي سقوط خيار الآخر لأجل التلازم بين الخيارين من حيث اتحادهما في الغاية، مع ان شمول عبارته لبعض الصور التي لا يختص بطلان الخيار فيها بالمتمكن مما لا بد منه، كما لا يخفى على المتأمل،

و حملها على ما ذكرنا من إرادة المتمكن، لا بشرط إرادة خصومه فقط أولى من تخصيصها ببعض الصور. و لعل نظر الشيخ و القاضي إلى ان الافتراق المستند إلى اختيارهما جعل غاية لسقوط خيار كل منهما، فالمستند الى اختيار احدهما مسقط لخياره خاصة و هو استنباط حسن لكن لا يساعد عليه ظاهر النص. ثم انه يظهر مما ذكرنا حكم عكس المسألة

مدخلية شيء آخر زائدا على مفارقة احدهما صاحبه مؤيد بالتزام مقتضاه في غير واحد من المقامات انتهى.

و الذي اظنه ان هذا الكلام منه قده مبني على ما ذكره في الاصول في مبحث التعادل و الترجيح من ان الخاص إذا كان ظني الدلالة لا يقدم على العام مطلقا، بل لا بد من ملاحظة اقوى الظهورين: فانه في المقام دلالة الصحيح على عدم سقوط الخيارين بدون رضاهما ليست قطعية بل ظنية و من باب الظهور فلا بد من ملاحظة اقوى الظهورين منه و من ظهور

الرواية، و حيث ان ظهور الرواية اقوى من جهة التزام مقتضاها في كثير من المقامات حسب ما ذكره المصنف رحمه الله، فيكون هو مقدما على ظهور الصحيح.

و عليه فما اورده المحقق الايرواني رحمه الله عليه بعد بيان مراده بغير ذلك في غير محله.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٥، ص: ٢٩٩

و هي ما إذا اكره احدهما على البقاء ممنوعا من التخايير و فارق الآخر اختيارا، فإن مقتضى ما تقدم من الايضاح من مبني الخلاف في سقوط الخيارين هنا، و مقتضى ما ذكرنا من مبني الاقوال جريان الخلاف هنا ايضا و كيف كان، فالحكم بسقوط الخيار عنهما هنا أقوى كما لا يخفى.

### مسألة: لو زال الاكراه، (١)

فالمحكي عن الشيخ و جماعة، امتداد الخيار بامتداد مجلس الزوال. (٢) و لعله لأن الافتراق الحاصل بينهما في حال الاكراه كالمعدوم، فكأنهما بعد مجتمعان في مجلس العقد، فالخيار باق (٣) و فيه ان الهيئة الاجتماعية الحاصلة حين العقد قد ارتفعت حسا غاية الامر عدم ارتفاع حكمها و هو الخيار بسبب الاكراه، و لم يجعل مجلس زوال الاكراه

لو زال الاكراه

(١) و لو زال الاكراه و هو لم يرد، ففيه اقوال:

(٢) الأول ما عن الشيخ و جماعة، و هو: انه يمتد الخيار بامتداد مجلس الزوال.

الثاني: ما عن التذكرة، و هو: انه ينقطع خياره ببقائه سائرا، قال: و ليس عليه الانقلاب الى مجلس العقد ليجتمع مع العاقد الآخر ان طال الزمان، و ان لم يطل ففيه احتمال عند الجويني. انتهى.

الثالث ما عن جمع منهم السيد في الحاشية و هو: بقاء الخيار الى ان يحصل احد المسقطات الاخر.

(٣) و قد استدلل للأول: بان الافتراق الحاصل عن كره كالمعدوم، فكأنهما بعد مجتمعان في مجلس العقد، فالخيار باق الى ان يحصل الافتراق.

و فيه: ما تقدم من ان حديث الرفع لا ينفي الموضوع، و انما يتضمن رفع الحكم خاصة.

و استدلل للثالث بوجهين:

احدهما: ان النص ساكت عن غاية هذا الخيار، فيرجع الى استصحاب الخيار.

وفيه: - مضافا الى ما حققناه في محله من عدم جريان الاستصحاب في الأحكام

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٠٠

بمنزلة مجلس العقد. و الحاصل ان الباقي بحكم الشرع هو الخيار لا مجلس العقد،

فالنص ساكت عن غاية هذا الخيار، فلا بد اما من القول بالفور كما عن التذكرة،

و لعله، لأنه المقدار الثابت يقينا لاستدراك حق المتبايعين، و أما من القول بالتراخي إلى ان يحصل المسقطات لاستصحاب الخيار و الوجهان جاريان في كل خيار لم يظهر حاله من الأدلة.

- انه لو سلم ذلك لا سبيل له في المقام مع وجود عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) «١» فانه و ان لم يكن له عموم ازماني الا ان المخصص بما انه من الابتداء لا من الوسط يكون هو المرجع دون الاستصحاب.

ثانيهما: ما افاده السيد رحمه الله و هو: ان النص يدل على ذلك، فانه جعل المسقط الافتراق الاختياري و المفروض عدم تحققه و عدم بقاء شأنيته التحقق له ايضا، لأن المفروض حصول الافتراق حسا، فيكون كما لم يكن الافتراق في الأصل. هذا إذا قلنا بان الافتراق منصرف الى الاختياري، و ان قلنا بذلك من جهة حديث الرفع فكذلك لأن مقتضاه ان الافتراق الاكراهي لا أثر له في الاسقاط، و المفروض عدم مسقط آخر فلا بد من بقاء الخيار.

وفيه: اولاً: ان ذلك لو تم فانما هو على القول بان الغاية هي حدوث الافتراق، اما لو قلنا بانها مطلق الافتراق حدوثا كان أو بقاء فيمكن ان يقال: ان الغاية و ان كانت حدوثا عن اكراه و عن غير رضا الا انها بقاء تكون لاعن اكراه، و مع تحقق الغاية بتحقق شرطها أو زوال مانعها يرتفع المغيا و هو الخيار. و عليه فلا يكون الخيار باقيا لا فورا و لا بنحو التراخي.

و ثانياً: انه لو سلم كون الغاية هي حدوث الافتراق، فالغاية و ان كانت ممتنعة التحقق الا ان بقاء الخيار يتوقف على ثبوت الاطلاق لدليله، و يمكن منعه من هذه الحيثية - اي حيثية امتناع تحقق غايته و امكانه - فتأمل. و بما ذكرناه ظهر مدرك القول الثالث و ما يمكن ان يرد عليه.

(١) المائدة: ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٠١

**مسألة: و من مسقطات هذا الخيار التصرف (١)**

على وجه يأتي في خيارى الحيوان و الشرط، ذكره الشيخ فى المبسوط فى خيار المجلس و فى الصرف، و العلامة فى التذكرة، و نسب الى جميع من تأخر عنه، بل ربما يدعى اطلاقهم عليه و حكى عن الخلاف و الجواهر و الكافى و السرائر و لعله لدلالة التعليل فى بعض اخبار خيار الحيوان (٢)

**مسقطية التصرف**

(١) الرابع: من ما ذكر من مسقطات هذا الخيار: التصرف،

و لا بد اولاً من بيان الموضوع، ثم حكمه.

الظاهر ان مرادهم منه هو تصرف البائع فى الثمن، و المشتري فى المبيع،

و أما العكس فلو دل على شىء فهو الفسخ لا لزوم العقد،

و ايضا المراد مسقطية تصرف كل منهما لخصوص خياره دون صاحبه.

و كيف كان فقد استدل لمسقطيته بوجوه:

الأول: ما افاده المحقق النائنى رحمه الله، و هو: ان التصرف اجازة فعلية، فمسقطيته تكون على القاعدة.

وفيه: انه قد صرح فى غير مورد بانه يعتبر فى الانشاء ان يكون ما ينشأ به مصداقاً للعنوان المقصود انشاؤه، فكل تصرف ليس مصداقاً

للاجازة لا يصح الانشاء به، نعم التصرف الذى يكون كذلك. و بعبارة اخرى يكون مبرزاً عرفاً يصح انشاء الاجازة به.

(٢) الثانى: ما فى المتن، و هو عموم العلة المذكورة فى خيار الحيوان، و هى قوله عليه السلام: «١» فذلك رضا منه فلا شرط له.

بتقريب: انه يدل على ان التصرف كاشف نوعى عن الرضا بالعقد، و الشارع الأقدس امضى هذه الكاشفية، و من المعلوم انه لا

اختصاص للكاشفية بخيار الحيوان.

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

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٠٢

و هو الوجه ايضا فى اتفاقهم على سقوط خيار الشرط و الا فلم يرد فيه نص بالخصوص، بل سقوط خيار المشتري بتصرفه، مستفاد من

نفس تلك الرواية المعللة حيث قال: فإن احدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة ايام فذلك رضا منه فلا شرط (١) فان المنفى

يشمل شرط المجلس و الحيوان، فتأمل.

و تفصيل التصرف المسقط سيجىء انشاء الله تعالى.

وفيه: انه سيجىء ان محتملات هذه الجملة متعددة و اظهرها انه عليه السلام بصدد التعبد بكون تلك الأفعال التزاماً و اجازة، و عليه

فلا سبيل الى التمسك بعموم العلة: فانه انما تكون العلة معممة فيما إذا كانت علة عرفاً و يفهم العرف عليته، و لا تكون تعبدية و الا

فيدور الحكم مدار مقدار التعبد، و حيث ان النص مختص بخيار الحيوان، فلا وجه للتعدي.

(١) الثالث: ما فى المتن، ايضا، و هو: ان سقوط خيار المشتري بتصرفه مستفاد من نفس الرواية المعللة حيث قال: فان احدث المشتري

فيما اشترى حدثاً قبل ثلاثة ايام فذلك رضا منه فلا شرط فان الشرط يشمل شرط المجلس.

وفيه: ان الشرط المنفى خصوص خيار الحيوان، إذ الشرط الذى يسقط بذلك قبل ثلاثة ايام خصوص ذلك.

و أما خيار المجلس فلا فرق فيه بين قبل الثلاثة و بعدها و لعله لذلك امر بالتأمل.

فالحق عدم مسقطية التصرف من حيث هو،

نعم الأفعال التي تكون مبرزة لذلك و قصد بها السقوط تكون مسقطية لكونها اسقاطا، لا لمسقطية التصرف، هذا تمام الكلام في خيار المجلس.

خيار الحيوان

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٠٣

## و الثاني: خيار الحيوان، (١)

### إشارة

لا- خلاف بين الامامية في ثبوت الخيار في الحيوان للمشتري، و ظاهر النص و الفتوى، العموم لكل ذى حياة فيشمل مثل الجراد و الزنبور و السمك و العلق و دود القز و لا يبعد اختصاصه بالحيوان، المقصود حياته في الجملة فمثل السمك المخرج من الماء و الجراد المحرز في الاناء و شبه ذلك خارج،

لأنه لا يباع من حيث انه حيوان، بل من حيث انه لحم و (٢) يشكل فيما صار كذلك لعارض كالصيد المشرف على الموت

(١) الثاني: خيار الحيوان الذى هو فى الجملة اجماعى بل ضرورى عند علماء المذهب كذا فى الجواهر، و النصوص الشاهدة به مستفيضة ان لم تكن متواترة،

و استقصاء القول فى المقام بالبحث فى امور:

احدها: هل يثبت الخيار فى بيع كل حيوان حتى مثل الجراد و الزنبور و السمك و العلق و دود القز، و حتى الحيوان المشرف على الموت، ام يختص بما يقصد حياته، فلا يشمل المقصود لحمه، ام يختص بما يقصد لحمه و حياته معا؟ وجوه.

الظاهر من النص و الفتوى العموم لكل ذى حياة،

و قد وقع الكلام فى الحيوان الذى يكون المقصود لحمه لا حياته لعدم بقاء حياته بالاصالة كالسمك المخرج من الماء، أو لعارض كالصيد المشرف على الموت، ظاهر الفتوى ثبوت الخيار فيه، و عن جماعة من متأخري المتأخرين عدم ثبوته فيه.

(٢) و المصنف رحمه الله نفى البعد عن عدم ثبوت هذا الخيار فى القسم الاول و استشكل فى القسم الثانى و استدلل للاول بالنص و فيه: ان الظاهر من اخذ كل عنوان فى الموضوع دخله فيه من حيث هو لا- كونه اشارة و معرفا للمصاديق الخارجية، و عليه فيما ان المأخوذ فى موضوع هذا الخيار بيع الحيوان، فيكون الخيار ثابتا فيما يباع بما انه حيوان- اى ذو نفس و أما ما يباع لا بهذا العنوان بل بما هو لحم فلا يكون مشمولاً لهذا الحكم، من غير فرق بين ما هو كذلك بالاصالة، أو بالعارض، بل لو بيع حيوان سالم باق لا بما هو حيوان بل بما انه لحم لا يكون مشمولاً له.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٠٤

باصابة السهم أو بجرح الكلب المعلم، و على كل حال فلا يعد زهاق روحه تلفا من البائع قبل القبض، أو فى زمان الخيار، (١) و فى منتهى خياره مع عدم بقائه الى الثلاثة، وجوه، (٢)

و هل يعد زهاق روح المشرف على الموت تلفا من البائع قبل القبض أو في زمان الخيار على القول به، أو في المجلس، ام لا-؟  
وجهان،

(١) مختار المصنف الثاني.

و اورد عليه: بانه بناء على ثبوت الخيار لم لا يعد زهاق روحه تلفا في زمان الخيار.

و بعبارة اخرى: ان لوحظ جهة اللحمية لا خيار و لا تلف من البائع، و ان لوحظ جهة الحيوانية دخل الخيار فيه و كان تلفه من البائع. و فيه: ان ملاك ثبوت الخيار هو وقوع البيع على ذات ما هو حيوان و ان لم يقصد هذه الجهة، و أما ملاك التلف فهو زوال الوصف و المقوم للمالية، و الحياة في الفرض غير مقومة لها، فلا يعد زوالها تلفا.

(٢) و لو كان الحيوان لا يبقى الى ثلاثة ايام، ففي منتهى خياره وجوه و اقوال.

مقتضى ظاهر النص: ان كل حيوان ثبت فيه الخيار كان خياره باقيا الى الثلاثة، و قد يقال: بان منتهاه في المقام التلف.

و فيه: انه مبنى على كون متعلق الخيار العين، و هي الحيوان، فمع نفاذه يزول الخيار، و المبنى فاسد، فانه متعلق بالعقد.

و قد يقال: بانه خيار ثابت لم يثبت منتهاه من الدليل، فان النصوص من جهة حكمه جعل الخيار- و هي الاطلاع على عيوب الحيوان- تكون منصرفة عنه، فيأتي فيه الوجهان من امتداد الخيار الى ان يأتي احد المسقطات للاستصحاب، و من كونه على الفور لأنه القدر المتيقن.

و فيه: ان الحكمه لا سيما غير المنصوصه منها لا يعنى بها، فالمتبع هو اطلاق النصوص.

هذا كله لو كان المبيع معيناً،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٠٥

ثم انه هل يختص هذا الخيار بالمبيع المعين، (١) كما هو المنساق في النظر من الاطلاقات مع الاستدلال به في بعض معاهد الاجماع كما في التذكرة، بالحكمه الغير الجارية في الكلي الثابت في الذمه أو يعم الكلي كما هو المترادى من النص و الفتوى لم اجد مصرحا بأحد الأمرين.

نعم يظهر من بعض المعاصرين الأول و لعله الاقوى، و كيف كان،

**فالكلام فيمن له الخيار و في مدته من حيث المبدأ و المنتهى، و مسقطاته يتم برسم مسائل.**

**مسألة: المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري، (٢)**

حكى عن الشيخين و الصدوقين و الإسكافي و ابن حمزة و الشاميين الخمسة و الحلبيين الستة و معظم المتأخرين،

(١) قوله ثم انه هل يختص هذا الخيار بالمبيع المعين.

و ملخص القول فيه: انه ان كان المبيع كليا في المعين لا كلام في ثبوت الخيار فيه، و ان كان كليا في الذمه مقتضى اطلاق النصوص ثبوت الخيار فيه.

و قد استدلل للعدم بوجهين:

الأول: انصراف النصوص الى الشخصى من حيث ان المتداول بين الناس في بيع الحيوان هو الشخصى، فالخيار الثابت في بيع الحيوان ينصرف الى ما هو المتداول عندهم.

و فيه: ان التعارف و التداول لا يوجب الانصراف المقيد للاطلاق، فهل يتوهم احد انصراف (احل الله البيع) «١» عنه؟

الثاني: ان حكمه جعل الخيار لا تجرى في الكلى.

و فيه: ان الحكمه لا توجب تقييد الاطلاق، فالأظهر ثبوت الخيار في الكلى مطلقا

اختصاص الخيار بالمشتري

(٢) المشهور بين الاصحاب اختصاص هذا الخيار بالمشتري، و عن الغنيه و الدروس دعوى الاجماع عليه.

(١) البقرة: ٢٧٥.

منهاج الفقاهه (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٠٦

و عن الغنيه، و ظاهر الدروس، الاجماع عليه، لعموم قوله عليه السلام إذا افترقا وجب البيع، (١) خرج المشتري و بقى البائع،

و تنقيح القول في هذا الأمر بالبحث في مقامين:

الأول: في انه هل يختص هذا الخيار بمن انتقل إليه الحيوان، ام يكون ثابتا لمن انتقل عنه ايضا الثاني: في انه هل يثبت لمن انتقل إليه مطلقا، ام يختص بخصوص المشتري.

اما المقام الأول: فالمشهور بين الأصحاب هو الاختصاص، و عن السيد الأجل المرتضى: ثبوته لمن انتقل عنه، و قواه في محكى المسالك مع قطع النظر عن الشهرة، و تبعه في ذلك صاحب المفاتيح، و توقف في محكى غاية المراد و حواشى القواعد، و تبعه في محكى المقتصر.

و تحقيق الكلام يقتضى البحث في موردين:

الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثاني: فيما تقتضيه النصوص الخاصة.

اما المورد الأول: فقد استدلل المصنف رحمه الله لعدم الثبوت بوجهين:

(١) احدهما: عموم قوله: عليه السلام: فإذا افترقا وجب البيع «١» خرج المشتري و بقى البائع.

و فيه: اولاً: انه مختص ببيع غير الحيوان، لأن التفصيل قاطع للشركه، فالتفصيل بين الحيوان و غيره في صحيح الفضيل الآتى. و غيره موجب لاختصاص ذلك بغير الحيوان.

و ثانياً: ان الوجوب الذى تثبته هذه الجملة هو الوجوب الاضافى، و قد ورد نظيره في خيار الحيوان، و لذا لا تكون ادلة الخيارات متعارضة،

و ثالثاً: ان الوجوب بمعنى لزوم العقد و عدم قابليته للانحلال، فإذا ثبت الخيار

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

منهاج الفقاهه (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٠٧

بل لعموم: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بالنسبة الى ما ليس فيه خيار المجلس بالاصل أو بالاشتراط، و يثبت الباقي بعدم القول بالفصل (١) و يدل

عليه ايضا ظاهر غير واحد من الاخبار (٢)

- و لو للمشتري - لم يكن البيع واجبا، و ليس وجوب البيع من قبيل العام كى يقال انه خصص بالاضافة الى المشتري و تخصيصه بالنسبة الى البائع مشكوك فيه فيتمسك بالعموم.



و بما ذكرناه ظهر عدم صحة الاستدلال بقوله عليه السلام: فإذا افترقا فلا خيار «١».

(١) ثانيهما: العمومات العامة للبيع وغيره مثل (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) «٢» فيما لا- يكون فيه خيار المجلس بالأصل أو بالاشتراط، و يثبت في الباقي بعدم القول بالفصل.

و فيه: انه يصح التمسك بها حتى فيما ثبت فيه خيار المجلس، فانه لو سلم كون المرجع استصحاب حكم الخاص إذا لم يكن للعام عموم ازمانى- مع انه غير تام- فانما هو فيما إذا لم يكن التخصيص من الابتداء، و الا فالمرجع هو عموم العام. و استدلال للقول الآخر: باصالة جواز العقد من الطرفين بعد ثبوت خيار المجلس.

و فيه: بعد تصحيحه بان اجتماع السببين للخيار موجب لثبوت خيار واحد ذى جهتين، و عليه فتصح دعوى استصحاب الكلى الموجود بوجود خيار المجلس، فانه من قبيل الكلى المردد بين الطويل و القصير،

مضافا الى ان المختار عدم جريان الاستصحاب فى الأحكام ان المقام، كما تقدم، مورد التمسك بالعموم لا الاستصحاب. فتحصل: ان الأظهر بحسب القواعد عدم الثبوت لمن انتقل عنه. (٢) و أما المورد الثانى: فقد استدلال للاختصاص بصحاح خمسة.

(١) الوسائل- باب ١- من ابواب الخيار.

(٢) المائدة: ٢.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٠٨

منها صحيحه الفضيل بن يسار عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قلت له: ما الشرط فى الحيوان؟ قال: ثلاثة ايام للمشتري، قلت: و ما الشرط فى غير الحيوان؟ قال:

البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما، و ظهوره فى اختصاص الخيار بالمشتري، و اطلاق نفى الخيار لهما فى بيع غير الحيوان بعد الافتراق يشمل ما إذا كان الثمن حيوانا، (١) و يتلوهما فى الظهور رواية على بن اسباط عن ابى الحسن الرضا عليه السلام قال الخيار فى الحيوان ثلاثة ايام للمشتري فإن ذكر القيد مع اطلاق الحكم قبيح إلا لنكتة جلية، (٢) و نحوها صحيحه الحلبي فى الفقيه عن أبى عبد الله عليه السلام قال: فى الحيوان كله شرط ثلاثة ايام للمشتري

منها صحيح الفضيل «١» المذكور فى المتن و تقريب الاستدلال به ما فى المتن.

(١) قال و اطلاق نفى الخيار لهما فى بيع غير الحيوان بعد الافتراق يشمل ما إذا كان الثمن حيوانا و فيه ان الظاهر كما تقدم ان الخيار المنفى خصوص خيار المجلس لا- مطلق الخيار و قد افاد صاحب الجواهر فى وجه اختصاصه و غيره من النصوص، بان اللام تفيد الاختصاص و فيه: ان الاختصاص الذى تفيد اللام غير الانحصار الموجب لثبوت المفهوم، فان الاختصاص ليس الا ان المشتري لا شريك له فى حق الخيار غير المنافى ثبوت فرد آخر منه للبائع و منها رواية على بن اسباط «٢» المذكورة فى المتن، و تقريب الاستدلال بها ما فى المتن.

و هو الوجه عنده فى دلالة سائر النصوص قال.

(٢) فان ذكر القيد مع اطلاق الحكم قبيح إلا لنكتة جلية.

و فيه: ان هذا ذكر وجهها لدلالة الوصف، و اللقب على المفهوم، و قد حقق فى الاصول عدم تماميته.

و منها صحيح الحلبي «٣» الذى ذكر فى المتن و تقريب الاستدلال به ما فى سابقه.

(١) ذكره صدره في باب ٣ و ذيله في باب ١ من ابواب الخيار في الوسائل.

(٢) الوسائل - باب ٣ - من ابواب الخيار حديث ٨.

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

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٠٩

و صحيحه ابن رثاب عن ابي عبد الله عليه السلام قال: الشرط في الحيوانات ثلاثة ايام للمشتري، اظهر من الكل، صحيحه ابن رثاب (١) المحكيه عن قرب الاسناد قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية، لمن الخيار للمشتري أو للبائع أو لهما كليهما، قال الخيار لمن اشترى نظره ثلاثة ايام، فإذا مضت ثلاثة ايام فقد وجب الشراء.

و منها صحيح ابن رثاب «١» المذكور في المتن و تقريب الاستدلال به و ما يرد عليه ما في سابقه.

(١) نعم لا كلام في دلالة صحيح «٢» على بن رثاب الثاني المذكور في المتن على ذلك، فان المسئول عنه انما هو جنس الخيار لا فرد منه، إذ لا مقابلة بين ثبوت فرد للبائع و فرد آخر للمشتري، بل المقابلة بين ثبوت الجنس للبائع و اختصاصه به و ثبوته للمشتري، فجوابه عليه السلام كالنص في الاختصاص، فيدل بالمفهوم على نفيه عن البائع. و في مقابل هؤلاء من يدعى عدم دلالة شيء من تلك النصوص على الاختصاص، اما صحيح ابن رثاب فلائه وارد في الجارية دون الحيوان، و أما غيره فلائه يحمل قوله عليه السلام ثلاثة ايام للمشتري على ان جعل الخيار لأجل رعاية حال المشتري لا ان المجهول له الخيار هو المشتري، فكأن اللام للغاية لا للاختصاص. و فيه: الظاهر ان عدم الفرق بين الجارية و سائر الحيوانات من المتسالم عليه، و حمل اللام على للغاية خلاف الظاهر، لا سيما بعد وقوع هذه الجملة جوابا عن السؤال عن حد الخيار. فالأظهر دلالتها على الاختصاص من جهة ورودها في مقام الضبط و التحديد، لا سيما ما وقع منها جوابا عن السؤال عما هو الشرط في الحيوان، و يؤيده تغيير التعبير،

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

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

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣١٠

...

و عن سيدنا المرتضى قدس سره و ابن طائوس ثبوته للبائع أيضا (١) و حكى عن الانتصار دعوى الإجماع عليه لأصالة جواز العقد من الطرفين بعد ثبوت خيار المجلس، (٢) و لصحيحه محمد بن مسلم: المتبايعان بالخيار ثلاثة ايام في الحيوان، و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا، (٣) و بها تخصص عمومات اللزوم مطلقا أو بعد الافتراق و هي ارجح بحسب السند من صحيحه ابن رثاب المحكيه عن قرب الاسناد. (٤)

لاحظ صحيح محمد بن مسلم: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة ايام «١».

و دعوى ان صاحب الحيوان مطلق من حيث ارادة صاحب الفعلي و السابق،

فيعم كليهما مندفعه بان المشتق حقيقة في المتلبس.

(١) و عن السيد الاجل المرتضى ثبوته لمن انتقل عنه، و قواه في محكي المسالك مع قطع النظر عن الشهرة، و تبعه في ذلك صاحب

المفاتيح، و توقف في محكى غاية المراد و حواشى القواعد و قد استدلل له بوجهين.

(٢) احدهما اصالة جواز العقد من الطرفين بعد ثبوت خيار المجلس و فيه بعد تصحيحه بان اجتماع السببين للخيار موجب لثبوت خيار واحد ذى جهتين و عليه فيصح دعوى استصحاب الكلى الموجود بوجود خيار المجلس فانه من قبيل الكلى المررد بين الطويل و القصير مضافا الى ان المختار عدم جريان الاستصحاب فى الاحكام ان المقام كما تقدم مورد التمسك بالعموم لا الاستصحاب فتحصل ان الاظهر بحسب القواعد عدم الثبوت لمن انتقل عنه.

(٣) ثانيهما صحيح محمد بن مسلم «٢» المذكور فى المتن قال.

(٤) و بها تخصص عمومات لزوم مطلقا و بعد الافتراق و هى ارجح بحسب السند من صحيح ابن رثاب و المصنف اتعب نفسه فى ارجحية سنده- و كيف كان فحيث لا شبهة فى ظهوره فى عدم الاختصاص فيتعين بيان ما يقتضيه الجمع بين الروايات

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

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

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣١١

و قد صرحوا بترجيح رواية مثل محمد بن مسلم و زرارة و اضرابهما على غيرهم من الثقات مضافا الى ورودها فى الكتب الأربعة المرجحة على مثل قرب الأسناد من الكتب التى لم يلتفت إليها اكثر اصحابنا مع بعد غفلتهم عنها أو عن مراجعتها. و أما الصحاح الاخر المكافئة سندا لصحيحة ابن مسلم فالانصاف ان دلالتها بالمفهوم لا تبلغ فى الظهور مرتبة منطوق الصحيحة، (١) فيمكن حملها على بيان الفرد الشديد الحاجة، لأن الغالب فى المعاملة خصوصا معاملة الحيوان كون ارادة الفسخ فى طرف المشتري لاطلاعه على خفايا الحيوان و لا ريب ان الاظهرية فى الدلالة متقدمة فى باب الترجيح على الاكثرية.

و أما ما ذكر فى تأويل صحيحة ابن مسلم، من ان خيار الحيوان للمشتري على البائع، فكان بين المجموع، ففى غاية السقوط. و أما الشهرة المحققة فلا تصير حجة على السيد، بل مطلقا بعد العلم بمسند المشهور، و عدم احتمال وجود مرجح لم يذكره، و اجماع الغنية لو سلم رجوعه الى اختصاص الخيار بالمشتري لا مجرد ثبوته له معارض باجماع الانتصار الصريح فى ثبوته للبائع، و لعله لذا قوى فى المسالك قول السيد مع قطع النظر عن الشهرة، بل الاتفاق على خلافه و تبعه على ذلك فى المفاتيح، و توقف فى غاية المراد و حواشى القواعد و تبعه فى المختصر هذا و لكن الانصاف ان اخبار المشهور من حيث المجموع لا يقصر ظهورها عن الصحيحة (٢) مع اشتهاها بين الرواة حتى محمد بن مسلم الراوى للصحيحة

(١) و قد افاد المصنف رحمه الله فى مقام الجمع بينه و بين الروايات المتقدمة اولا: بان تلك النصوص- سوى ما عن قرب الاسناد- انما تكون دلالتها بالمفهوم لا تبلغ فى الظهور مرتبة منطوق الصحيح، فيمكن حملها على بيان الفرد الشديد الحاجة، إذ الغالب كون ارادة الفسخ فى طرف المشتري، و لا ريب ان الأظهرية فى الدلالة متقدمة فى باب الترجيح على الأكثرية. و أما صحيح ابن رثاب، فصحيح ابن مسلم ارجح منه من حيث السند، لأن روايه من اجل الثقات، و هو مروى فى الكتب الأربعة، و قرب الأسناد ليس فى الاعتبار بتلك المكانة. ثم قال:

(٢) الانصاف ان اخبار المشهور من حيث المجموع لا يقصر ظهورها عن الصحيحة مع اشتهاها بين الرواة، حتى محمد بن مسلم الراوى للصحيحة

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣١٢

مع ان المرجح بعد التكافؤ عموم أدلة لزوم العقد بالافتراق و المتيقن خروج المشتري، (١) فلا ريب فى ضعف هذا القول.

(١) مع ان المرجع بعد التكافؤ عموم ادلة لزوم العقد بالافتراق، و المتيقن خروج المشتري. و لكن يرد على ما افاده قده اولاً: ان قوة دلالة احد المتعارضين في نفسها ليست موجبة للتقديم لعدم دلالة دليل على ذلك، و انما توجب ذلك فيما إذا كان قرينه على الآخر و لم يكونا عند العرف متنافيين، و ضابط ذلك انه لو جمعا في كلام واحد و فرض صدور المجموع عن شخص واحد لا يكون هذا الكلام متهافتا صدره مع ذيله، و كان احدهما قرينه على الآخر، كما لو ورد اغتسل للجمعة ثم ورد لا بأس بترك غسل الجمعة. و هذا الضابط لا ينطبق على المقام، فانا إذا جمعنا قوله عليه السلام في صحيح الفضيل في جواب السائل ما الشرط في الحيوان ثلاثة ايام للمشتري مع قوله عليه السلام في صحيح محمد بن مسلم المتبايعان بالخيار ثلاثة ايام في الحيوان لا يرى العرف احدهما قرينه على الآخر، بل يكون هذا الكلام متهافتا صدره مع ذيله. و يرد على ما افاده ثانياً: انه في الخبرين المتعارضين لا- يحكم بالتساقط و الرجوع الى العام الفوق، بل لا- بد من الرجوع الى المرجحات، و مع فقدها يحكم بالتخيير و قد جمع بين الطائفتين المحقق النائيني رحمه الله بوجه آخر و هو: ان صحيح محمد بن مسلم باطلاقه يشمل ما إذا كان الثمن أو المثلن أو كلاهما حيوانا، فيقيد بواسطة النصوص الاخر التي منها صحيحه الآخر بما إذا كان العوضان حيوانين و فيه: انه حمل على الفرد النادر، و في مثله يكون المطلق معارضاً مع المقيد. و دعواه ان قوله عليه السلام صاحب الحيوان اظهر في الاختصاص، لا- تكون جواباً عن ذلك، فان ما ذكره تقريب لدلالته على المفهوم، و صيرورته مقيدا، و هذا لا يلزم صلاحيته لتقييد الاطلاق بهذا النحو من التقييد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣١٣

نعم هنا قول ثالث، لعله اقوى منه و هو ثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان ثمناً أو مثنماً، نسب الى جماعة من المتأخرين منهم الشهيد في المسالك (١) لعموم صحيحه محمد بن مسلم البيعان بالخيار ما لم يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة ايام، (٢) و لا ينافيه تقييد صاحب الحيوان بالمشتري في موثقة ابن فضال لاحتمال ورود التقييد مورد الغالب لأن الغالب، كون صاحب الحيوان مشترياً، (٣) و لا ينافي هذه الدعوى التمسك باطلاق صحيحه محمد بن مسلم

فالحق: ان الطائفتين متعارضتان، و لا يمكن الجمع بينهما،

و الترجيح مع اخبار المشهور لوجهين:

احدهما: انها المشهورة بين الأصحاب رواية و فتوى:

ثانيهما: انها موافقة للكتاب، فانها تدل على عدم ثبوت الخيار للبائع، و صحيح ابن مسلم يدل على ثبوته له، و هي موافقة لقوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) «١» فتقدم هي.

هذا على فرض تسليم حجية صحيح ابن مسلم في نفسه،

مع انها قابلة لل منع من جهة اعراض الأصحاب عنه و عدم افتنائهم بمضمونه.

فالأظهر هو اختصاص هذا الخيار بمن انتقل إليه، و عدم ثبوته لمن انتقل عنه.

و أما المقام الثاني: فظاهر المشهور الاختصاص بالمشتري.

(١) و عن جماعة من المتأخرين منهم الشهيد في المسالك: ثبوته لمن انتقل إليه الحيوان ثمناً أو مثنماً و استدلل للعموم بصحيح محمد بن مسلم المذكور في المتن «٢»

و اورد عليه بايرادات:

الأول: انه مطلق يقيد اطلاقه بموثق ابن فصال عن علي بن موسى عليه السلام: صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة ايام.

(٣) و اجاب عنه المصنف باحتمال ورود التقييد مورد الغالب، إذا الغالب كون صاحب الحيوان مشتريا.

ثم اورد على نفسه: بانه كما يحتمل ذلك يحتمل ورود الاطلاق في الصحيح مورد الغالب، بان يكون المراد من صاحب الحيوان هو المشتري، و انما لم يذكر القيد من باب الاتكال على الغلبة.

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

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

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣١٤

لأن الغلبة قد تكون بحيث توجب تنزيل التقييد عليها، و لا يوجب تنزيل الاطلاق، (١) و لا- ينافيها ايضا ما دل على اختصاص الخيار بالمشتري لورودها مورد الغالب من كون الثمن غير حيوان. و لا صحيحة محمد بن مسلم المثبتة للخيار للمتبايعين، (٢) لا مكان تقييدها و ان بعد

(١) و اجاب عنه: بانه قد تكون الغلبة بحيث توجب تنزيل التقييد عليها و لا توجب تنزيل الاطلاق.

و اورد عليه السيد الفقيه و تبعه المحقق الايرواني رحمه الله: بان مجرد الدعوى و الامكان لا يصح الاستدلال.

اقول: توضيحا لما افاده المصنف رحمه الله بنحو يظهر عدم ورود ما اورد عليه مع ما هو الحق في المقام: ان المطلق في الأحكام الانحلالية لا يحمل على المقيد إذا كانا متوافقين - كما في اكرم العلماء و اكرم الفقهاء - لعدم التنافي بينهما، و المقام من هذا القبيل، و لا ينافي ثبوت الخيار لهما مع ثبوته للمشتري، فلا يحمل المطلق على المقيد.

نعم يبقى حينئذ سؤال، و هو: انه على هذا ما فائدة القيد و لم ذكر ذلك؟ و الجواب عنه:

انه انما ذكر القيد لكونه غالبا كما في الآية الشريفة (و ربائبكم اللاتي في حجوركم) «١».

فان قيل: لم لا يحمل المطلق على الغالب؟

اجبنا عنه: بانه مع تمامية مقدمات الحكمة ينعقد للفظ ظهور في الاطلاق، و لا يصح ارادة المقيد منه الا مع ضم ما يصلح عرفا ان يتكل عليه في مقام ارادة المقيد و بعض مراتب الغلبة لا يصلح لذلك، و هذا بخلاف حمل المقيد عليه فانه لا يراد بحمله على الغلبة صرفه عن كونه مقيدا، بل هو بنفسه غير قابل لذلك، و انما يحمل على الغالب خروجاً عن اللغوية. و على هذا فتكون الغلبة موجبة لتنزيل التقييد عليها غير موجبة لتنزيل الاطلاق،

مع انه يمكن ان يكون المشتري وصفا للحيوان بان يقرأ بفتح الراء.

(٢) الثاني: ما ذكره المصنف رحمه الله بقوله: و لا صحيحة محمد بن مسلم المثبتة للخيار للمتبايعين لا مكان تقييدها و ان بعد بما إذا كان العوضان حيوانين

(١) النساء: ٢٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣١٥

بما إذا كان العوضان حيوانين، لكن الأشكال في اطلاق الصحيحة الأولى من جهة قوة انصرافه الى المشتري فلا مخصص يعتد به لعمومات اللزوم مطلقاً أو بعد المجلس، (١) فلا محيص عن المشهور.

**مسألة: لا فرق بين الأمة و غيرها في مدة الخيار، (٢)**

و في الغنية، كما عن الحلبي ان مدة خيار الأمة مدة استبرائها، بل عن الأول دعوى الاجماع، و ربما ينسب هذا الى المقنعة و النهاية و المراسم من جهة حكمهم بضمنان البائع لها مدة الاستبراء، و لم اقف لهم على دليل.

و لكن لم يظهر لى وجه هذا الايراد، و انه كيف يكون ايرادا على هذا الدليل، بل الصحيح لو لم يكن معاضدا ليس بمناف قطعا. الثالث: انه يقيد اطلاقه بما دل على اختصاص الخيار بالمشتري من النصوص المتقدمة فى المقام الأول. و الجواب عنه: انه لا مفهوم لها، لأن صحيح ابن رثاب مورده اشتراء الجارية، و غيره يتوقف ثبوت المفهوم له على القول بثبوت المفهوم للوصف و اللقب. الرابع: ما افاده المصنف رحمه الله و تبعه المحقق الاصفهاني ره، و هو: (١) انصرافه الى المشتري، فلا مخصص يعتد به لعمومات اللزوم مطلقا أو بعد المجلس. و فيه: انه لا منشأ لتوهم الانصراف سوى الغلبة، و هى لا توجب الانصراف المقيد للاطلاق كما حقق فى محله. فالظاهر ثبوت هذا الخيار لمن انتقل إليه مطلقا.

(٢) قوله لا فرق بين الامه و غيرها فى مدة الخيار و قد استدل لما عن جمع من ان مدة خيار الامه مدة استبرائها- بحكم الاصحاب بضمنان البائع لها مدة الاستبراء من جهة تسالمهم على ان التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له فانه يستكشف من ذلك ان مدة الاستبراء مدة الخيار.

و فيه اولاً: انه لا- دليل على ضمان البائع فى تلك المدة و ثانياً: انه لو تم ذلك لم يفد فى الحكم بثبوت الخيار فى تلك المدة فان الملازمة

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٥، ص: ٣١٦

### مسألة: مبدأ هذا الخيار من حين العقد، (١)

فلو لم يفتقرا ثلاثة ايام انقضى خيار الحيوان أو بقى خيار المجلس، لظاهر قوله عليه السلام ان الشرط فى الحيوان ثلاثة ايام. و فى غيره حتى يفتقرا خلافا للمحكى عن ابن زهرة فجعله من حين التفرق.

و كذا الشيخ و الحلبي فى خيار الشرط المتحد مع هذا الخيار فى هذا الحكم من جهة الدليل الذى ذكره قال فى المبسوط الاولى ان يقال: انه يعنى خيار الشرط يثبت من حين التفرق

انما تكون بالعكس و ثالثاً: ان صحيح ابن رثاب المحكى عن قرب الاسناد المتقدم صريح، فى ان امد الخيار فى الجارية انتهاء ثلاثة ايام و لو لا هذا الصحيح و صحيحه الآخر الآتى لكان للتشكيك فى ثبوت الخيار فى بيع الامه مجال لانصراف الحيوان عن الانسان- و كيف كان- فالظاهر هو ثبوت الخيار فيها و انتهاء امده بانتهاء ثلاثة ايام.

ثبوت خيار المجلس لو كان المبيع حيوانا

(١) الرابع: مبدأ هذا الخيار من حين العقد كما صرح به جماعة، و هو ظاهر الباقيين،

بل هو المشهور بين الأصحاب كما عن مجمع البرهان،

و عن ظاهر الدروس، التوقف،

و عن الغنية: اطلاق التحديد بالتفرق فى ابتداء مدة الخيار بحيث يشمل خيار الحيوان.

و نص على ذلك الشيخ و ابن ادريس فى خيار الشرط، و يلزمهما القول به فى غيره لعموم ما عللا به.

و كيف كان: فالكلام فى هذه المسألة يقع فى مقامين:

الأول: فى انه هل يختص خيار المجلس بما إذا لم يكن المبيع حيوانا،

ام يعم ما إذا كان حيوانا؟

الثانى: فى انه على فرض التعميم، هل يكون مبدأه من بعد التفرق، أو من حين العقد؟

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣١٧

...

اما المقام الأول: فقد ذهب السيد الفقيه و تبعه المحقق الايروانى رحمه الله الى الأول.

و استدل له: بان النصوص من جهة تضمنها المقابلة بين النوعين، و ان نوعا من الخيار و هو خيار الحيوان ثابت فيه و نوعا آخر منه ثابت فى غيره، تدل على الاختصاص، و بها يقيد اطلاق ما دل على خيار المجلس مطلقا كقوله عليه السلام أيما رجل اشترى من رجل يبيعا فهما بالخيار حتى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع «١».

وفيه: اولاً: ان المقابلة الواقعة بين الخيارين انما هى من حيث منتهاهما لا فى انفسهما،

و عليه فالنصوص المشار إليها تدل على ان امد الخيار فى الحيوان ثلاثة ايام، و بعدها لا خيار، و نصوص خيار المجلس باطلاقها تدل على ان امد الخيار مطلقا التفرق و لا خيار بعده، و لا تعارض بين الجملة الايجابية من كل منهما مع الجملة الايجابية من الاخرى، و انما التعارض بين الايجابية من كل منهما مع السلبية من الاخرى، و النسبة بما انها عموم مطلق فيقيد اطلاق السلبية من كل منهما بايجابية الاخرى.

و ثانياً: ان النصوص المشار إليها بانفسها لا تصلح دليلاً للتفصيل القاطع للشركة،

و ذلك لأن صحيح محمد بن مسلم المتقدم فى المسألة المتقدمة دليلاً على السيد المرتضى رحمه الله و ان كان مفصلاً، الا انه قد عرفت انه مطروح اما للاعراض أو لترجيح غيره عليه.

لا يقال: انه متضمن لحكمين احدهما: ثبوت خيار الحيوان للمتبايعين. الثانى: عدم ثبوت خيار المجلس فيه و هو غير حجة فى المدلول الأول دون الثانى، إذ لا مانع من طرح الخبر من جهة و العمل به من جهة اخرى.

فانه يرد: بان دلالة على الحكم الثانى انما تكون من جهة التفصيل، فإذا سقط

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

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣١٨

لان الخيار يدخل إذا ثبت العقد، و العقد لم يثبت قبل التفرق، (١) انتهى.

عن الحجية بالاضافة الى احد طرفى التفصيل و هو ثبوت خيار الحيوان للمتبايعين تبعه سقوطه عن الحجية فى الحكم المترتب على التفصيل.

و أما خبر على بن اسباط: المتقدم فهو ضعيف السند، لأن فى طريقه الحسين بن محمد بن عامر (عمران) و هو مجهول.

و أما صحيح الفضيل المتقدم: فالتفصيل فيه انما يكون فى كلام السائل لا الإمام عليه السلام.

و أما الصحيح الآخر لمحمد بن مسلم: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة ايام. «١» فهو لا يدل على عدم



ثبوت خيار المجلس في الحيوان،

فانه ذكر عليه السلام اولاً: ان خيار المجلس ثابت في كل بيع، ثم عقبه ببيان حكم آخر لبعض افراد البيع و هو بيع الحيوان، فيكون من قبيل ذكر الخاص بعد العام، و ترتيب حكم آخر على الخاص غير المنافي لحكم العام، فلا يكون مخصصاً له. و به يظهر حال صحيح الحلبي.

فالأظهر هو ثبوت خيار المجلس فيما إذا كان المبيع حيواناً.

مبدأ هذا الخيار

و أما المقام الثاني: فظاهر النصوص كالفتاوى كون المبدأ من حين العقد،

و قد استدلل لكون المبدأ من حين التفرق بوجوه:

(١) الأول: ما عن الشيخ في المبسوط، و هو: ان الخيار يدخل إذا ثبت العقد، و العقد لم يثبت قبل التفرق.

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

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣١٩

و نحوه المحكى عن السرائر و هذه الدعوى لم نعرفها نعم ربما يستدل عليه بأصالة عدم ارتفاعه بانقضاء ثلاثة من حين العقد (١) بل

أصالة عدم حدوثه قبل انقضاء المجلس (٢)

و فيه: انه ان اريد من عدم الثبوت عدم تأثيره في الملكية، فيرد عليه: انه مؤثر فيها من حين العقد، غاية الأمر تكون جائزة قبل التفرق.

و ان اريد به عدم اللزوم الذاتي، فيرده: ان البيع من العقود اللازمة.

و ان اريد به عدم اللزوم الفعلي، فيرده: ان اللزوم الفعلي مع وجود الخيار غير معقول، لأنهما ضدان لا- يجتمعان، و اللزوم الفعلي مع

قطع النظر عنه موجود، إذ لا وجه للبناء على ثبوت خيار المجلس ابتداءً، ثم ملاحظة خيار الحيوان بعد كونهما في عرض واحد.

(١) الثاني: استصحاب عدم ارتفاع الخيار بانقضاء ثلاثة ايام من حين العقد.

و فيه: - مضافاً الى انه لا- يجري مع ظهور الدليل - انه لا يجري في جميع الموارد، فانه إذا فرض عدم التفرق قبل مضي ثلاثة ايام و

حصوله بعده، لا يجري هذا الأصل، فانه ان اريد استصحاب بقاء خيار المجلس فهو متيقن الارتفاع، و ان اريد استصحاب بقاء خيار

الحيوان فهو مشكوك الحدوث بعد الثلاثة، و ان اريد استصحاب الخيار الجامع بينهما فهو من قبيل استصحاب القسم الثالث من اقسام

الكلي، و المختار عدم جريانه. فتأمل.

مع انه لا يترتب على هذا الأصل الآثار المترتبة على عدم ثبوته قبل التفرق من كون اسقاطه اسقاطاً لما لا يجب و نحوه، لأنه بالنسبة

إليها مثبت.

(٢) الثالث: اصل عدم حدوثه قبل انقضاء المجلس.

و يرد عليه: انه لا يجري مع ظهور الدليل.

و اورد عليه بايرادين آخرين:

احدهما: ما افاده المحقق النائيني رحمه الله، و هو: انه بمعناه المحمولي - و هو عدم تحقق الخيار قبل بيع الحيوان - لا اثر له، و بمعناه

النعني مثبت.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٢٠

و بلزوم اجتماع السببين على مسبب واحد، و ما دل على ان تلف الحيوان في الثلاثة من البائع (٢) مع ان التلف في الخيار المشترك من

المشترى، و يرد الاصل ظاهر الدليل مع انه بالتقرير الثاني مثبت (١)

وفيه: ان العدم المحمولى و النعتى انما يكون مقسمهما الوصف و الموصوف، فيقال عدم الوصف قبل الموصوف عدم محمولى، و عدمه بعده عدم نعتى، و لا ربط لذلك بالمقام، فان من له الخيار فى المقام هو هذا المعنى.

(١) ثانيهما: ما افاده المصنف رحمه الله، و هو: انه مثبت، فان عدمه قبل الافتراق لازم عقلى لبقائه الى الثلاثة من حين التفرق.

وفيه: انه كذلك بالنسبة الى آثار وجوده بعد انقضاء الثلاثة من حين العقد، و أما بالنسبة الى الآثار المترتبة على عدم ثبوته قبل التفرق فلا يكون مثبتا. و بذلك يظهر ان هذين الأصلين بالنسبة الى الآثار متعاكسان، و كل منهما يترتب عليه سنخ خاص من الآثار و مثبت بالنسبة الى السنخ الآخر، فلا وجه للاشكال فى جريان احدهما خاصة بالمشبية.

و يمكن تقريب جريان الأصل بوجه آخر، و هو استصحاب عدم جعل الشارع خيار الحيوان قبل التفرق، و يكون المستصحب العدم النعتى، فانه صلى الله عليه و آله فى اول بعثته لم يجعل خيار الحيوان قبل التفرق قطعاً، و يستصحب ذلك.

و ما عن المحقق النائنى رحمه الله من ان استصحاب عدم الجعل لا يثبت به عدم المجعول، اجبنا عنه فى الاصول فى مبحث البراءة حلا و نقضا،

و لكن يرد عليه: انه لا يثبت به منتهى الخيار، مضافا الى محكوميته بالنسبة الى الروايات الظاهرة فى ان المبدأ من حين العقد.

(٢) الرابع: ان جملة من النصوص «١» تدل على ان تلف الحيوان فى الثلاثة من البائع لا المشترى. و بضم هذه النصوص الى ما دل على ان التلف فى زمان الخيار المشترك ممن انتقل إليه يستكشف ان مبدأ خيار الحيوان مما بعد التفرق، إذ لو كان من حين العقد

(١) الوسائل - باب ٥ - من ابواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٢١

و أدلة التلف من البائع محمول على الغالب، من كونه بعد المجلس (١) و يرد التداخل بأن الخيارين ان اختلفا من حيث الماهية فلا بأس بالتعدد و ان اتحدا.

فكذلك

لم يكن التلف فى جزء من الثلاثة من البائع.

(١) و اجاب المصنف رحمه الله عن ذلك: بان ادلة التلف من البائع محمولة على الغالب من كونه بعد المجلس.

وفيه: اولاً: ان الغلبة ممنوعة، إذ نسبة التلف الى كل جزء من الأجزاء كنسبته الى سائر الأجزاء بلا تفاوت.

و ثانياً: ان الغلبة لا توجب الانصراف المقيد للاطلاق.

و الحق فى الجواب ان يقال:

اولاً: انه لو سلم التعارض بين هذين الدليلين المتكفلين لحكمين لما كان وجه للتصرف فى الدليل الظاهر فى ان مبدأ خيار الحيوان من حين العقد.

و ثانياً: انه لا- دليل بالخصوص على ان التلف فى زمان الخيار المشترك من المنتقل إليه، و انما يلتزم به على القاعدة، فتخصص القاعدة بالنصوص الدالة على ان تلف الحيوان فى الثلاثة من البائع.

و ثالثاً: انه لو سلم التعارض و عدم التخصيص و لزوم التصرف فى ادلة الخيار، نقول:

انه كما يرتفع التعارض حينئذ بما ذكر، كذلك يرتفع بالالتزام بعدم وجود خيار المجلس،

و بان خيار الحيوان يثبت بعد المجلس الى أن تتم ثلاثة ايام من حين العقد، بل لعل الأخير اظهر من جهة انه مقتضى ثبوت المقتضى لخيار الحيوان مع وجود المانع فى المجلس.

الخامس: انه لو كان مبدأ خيار الحيوان من حين العقد يلزم اما اجتماع المثليين أو اجتماع السببين على مسبب واحد، لأن الثابت قبل التفرق اما خياران أو احدهما، فعلى الأول يلزم اجتماع المثليين، و على الثانى يلزم اجتماع السببين على مسبب واحد. و المصنف رحمه الله فى مقام تقريب الاشكال اقتصر على المحذور الثانى، و العلامة

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٥، ص: ٣٢٢

لان الاسباب معرفات، و أما لأنها علل و مؤثرات يتوقف استقلال كل واحد منها فى التأثير على عدم مقارنة الآخر أو سبقه فهى علل تامة الا من هذه الجهة (١)

و هو المراد مما فى التذكرة فى الجواب عن ان الخيارين مثلان فلا يجتمعان، من ان الخيار واحد و الجهة متعددة.

ثم ان المراد بزمان العقد هل زمان مجرد الصيغة كعقد الفضولى على القول بكون الاجازة ناقلة، أو زمان الملك؟ (٢) عبر بذلك للغلبة الظاهر هو الثانى، كما استظهره بعض المعاصرين

اقتصر على المحذور الأول، و عليه فمن الغريب ان المصنف رحمه الله حمل جواب العلامة رحمه الله على ما ذكره فى مقام الجواب، مع انه فى مقام الجواب عما ذكره من المحذور لاما افاده المصنف رحمه الله.

(١) و كيف كان: فقد اجاب المصنف رحمه الله عنه: بان الخيار- الذى هو المسبب- ان كان مختلف الحقيقة باختلاف الموارد فلا محذور فى تعدد السبب لفرض تعدد المسبب،

و لا يلزم مع ذلك اجتماع المثليين، و ان كان فى جميع الموارد متحد الحقيقة فلا باس بتعدد السبب، اما لأن الاسباب معرفات و السبب الحقيقى واحد، و أما لأن السببين عند الاجتماع معا علة تامة و عند الانفراد كل منهما علة تامة، و على التقديرين السبب واحد. و فيه: ان الاسباب لا معرفات و لا مؤثرات، بل المؤثر فى جعل الأحكام الشرعية ارادة الجاعل، و هى تكون موضوعات للأحكام، و لا يعقل تخلف الأحكام عنها.

و الحق فى الجواب ان يقال انه عند تعدد السبب ان امكن الالتزام بتعدد المسبب فهو المتعين، و الا فان امكن الالتزام بالتعدد من حيث الاضافة الى الاسباب كالقتل بالنسبة الى اسبابه يتعين ذلك، و الا فيلتزم بالتأكد ان امكن، و المقام من قبيل الثانى، فان الخيار الذى هو ملك الالتزام لا يقبل التعدد و لا التأكد، و لكنه يمكن تقييده من جهة السبب و اثره انه يمكن اسقاطه من جهة و ابقائه من جهة.

(٢) و هل المراد بزمان العقد هو زمان مجرد الصيغة كعقد الفضولى على القول بالنقل، أو زمان الملك؟ وجهان: أقربهما الثانى و يدلنا على ذلك ان الخيار انما يثبت فى العقد الذى لولاه كان لازم الوفاء. و بعبارة اخرى: دليل الخيار مخصص لعموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) إذ على هذا فهو يكون ثابتا

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٥، ص: ٣٢٣

قال: فعلى هذا لو اسلم حيوانا فى طعام و قلنا بثبوت الخيار لصاحب الحيوان و ان كان بائعا كان مبدؤه بعد القبض و تمثيله بما ذكر مبنى على اختصاص الخيار بالحيوان المعين و قد تقدم التردد فى ذلك.

ثم ان ما ذكره فى خيار المجلس من جريانه فى الصرف و لو قبل القبض يدل على انه لا يعتبر فى الخيار الملك، لكن لا بد له من اثر. و قد تقدم الاشكال فى ثبوته فى الصرف قبل القبض لو لم نقل بوجوب التقاوض.

**مسألة: لا إشكال فى دخول الليلتين المتوسطتين فى الثلاثة أيام، (١)**

لا لدخول الليل في مفهوم اليوم، بل للاستمرار المستفاد من الخارج، ولا في دخول الليالي الثلاث عند التلفيق مع الانكسار و لو عقد في الليل.

فالظاهر بقاء الخيار الى آخر اليوم الثالث، و يحمل النقص عن اليوم الثالث بمقدار ما بقي من ليلة العقد، لكن فيه انه يصدق حينئذ الاقل من ثلاثة ايام،

من حين صدق عنوان البائع و المشتري، و هما انما يصدقان من حين الاجازة، من غير فرق بين القول بالنقل أو الكشف.

نعم التعبير بصاحب الحيوان في بعض النصوص موهوم لكون المدار على الملكية، و عليه فالنقص بين القول بالنقل أو الكشف في محله، و لكن الظاهر - و لو بقريئة سائر النصوص - ان المراد بالصاحب المتلقى للحيوان لا المالك الفعلي، و الغرض منه تخصيص الخيار بالمشتري، فالأظهر ثبوت الخيار من حين الاجازة على جميع المسالك.

فما افاده المحقق النائيني رحمه الله من انه على القول بالكشف الحقيقي يتعين البناء على ثبوت الخيار من حين اجراء الصيغ، في غير محله.

دخول الليلتين المتوسطتين في ثلاثة الخيار

(١) لا اشكال في دخول الليلتين المتوسطتين في الثلاثة ايام.

و الوجه في ذلك: ظهور النصوص في امتداد الخيار من اول تحققه الى حين زواله

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٥، ص: ٣٢٤

و الاطلاق على المقدار المساوي للنهار و لو من الليل خلاف الظاهر. قيل:

و المراد بالأيام الثلاثة ما كانت مع الليالي الثلاث لدخول الليلتين أصالة، فتدخل الثلاثة، و إلا لاختلف مفردات الجمع في استعمال واحد، انتهى.

فإن اراد الليلة السابقة على الايام فهو حسن الا انه لا يعلل بما ذكر و ان اراد الليلة الاخيرة فلا يلزم من خروجها اختلاف مفردات الجمع في استعمال واحد إذ لا نقول باستعمال اليومين الأولين في اليوم و الليلة و استعمال اليوم الثالث في خصوص النهار، بل نقول ان اليوم مستعمل في خصوص النهار أو مقداره من نهارين لا في مجموع النهار و الليل أو مقدارهما، و لا في النهار و لو ملفقا من الليل، (١) و المراد من الثلاثة ايام هي بلياليها اي ليالي مجموعها لا كل واحد منها فالليالي لم ترد من نفس اللفظ، و انما اريدت من جهة الاجماع و ظهور اللفظ الحاكمين في المقام باستمرار الخيار، فكأنه قال: الخيار يستمر الى ان يمضى ست و ثلاثون ساعة من النهار.

و لا اشكال ايضا في دخول الليلة الاولى ان وقع العقد في الليل،

انما الكلام فيما لو وقع العقد في اول اليوم، و انه هل تدخل الثالثة ام لا؟

قد يقال بالدخول، و استدله:

بظهور اليوم في النهار مع الليل، اما لأنه اسم للمجموع أو للتغليب،

و بانه تدخل الليلتين في الثلاثة كما تقدم فتدخل الثلاثة، و الا لاختلف مفردات الجمع في استعمال واحد.

و فيهما نظر:

اما الأول: فلأن اليوم في اللغة و بحسب المتفاهم العرفي اسم لبياض النهار، و التغليب ليس بنحو يوجب الظهور.

و أما الثاني: فلأن دخول الليلتين ليس من جهة دخولهما في المستعمل فيه، بل لما عرفت، فلا يلزم الاختلاف في مفردات الجمع. (١) ثم يقع الكلام في ان المراد باليوم هل هو اليوم التام فلا يكفى الملقق أو مقداره و لو من نهارين، أو مقداره من الزمان و لو بضم الليل؟ و الأظهر هو الأوسط،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٢٥

### مسألة: يسقط هذا الخيار بأمور:

#### احدها: اشتراط سقوطه في العقد (١)

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

#### و الثاني: اسقاطه بعد العقد، (٢)

و قد تقدم الامران.

#### و الثالث: التصرف

و لا خلاف في اسقاطه في الجملة لهذا الخيار، (٣) و يدل عليه قبل الاجماع النصوص:

لأن الظاهر من الدليل اعتبار اليوم اى بياض النهار على نحو الطريقة الى الساعات النهارية، و عليه فيكفى الملقق من نهارين، و لا يكفى الملقق من يوم و ليل.

التصرف مسقط للخيار

الخامس: ان هذا الخيار يكون باقيا ما لم يتحقق احد المسقطات و هي امور:

(١) احدها اشتراط سقوطه في العقد.

(٢) و الثاني اسقاطه بعد العقد و قد تقدم الأمران في خيار المجلس، فلا حاجة الى ذكر مالهما من المباحث.

(٣) و الثالث التصرف و لا خلاف في اسقاطه في الجملة لهذا الخيار و كلمات القوم في المقام مشوشة و مضطربة و الاقوال كثيرة حتى ان بعضهم افتى في كتاب بغير ما افتى به في كتاب آخر، و افرد بعضهم و حكم بمسقطية التصرف إذا كان اجازة فعلية و فرط آخر و حكم بمسقطية كل تصرف حتى التصرف للاستخبار و التصرف في طريق الرد و بينهما اقوال لا يهمننا التعرض لها، و الغريب مع ذلك دعوى الاجماع في المقام اللهم، الا ان يراد به الاجماع على مسقطية التصرف في الجملة و لو بمعنى اسقاط الرضا المستكشف به.

و كيف كان فالاولى صرف عنان الكلام الى بيان ما هو الحق المستفاد من نصوص الأئمة الاطهار صلوات الله عليهم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٢٦

ففي صحيحة ابن رئاب، فإن احدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة ايام فذلك رضا منه و لا شرط له، قيل له: و ما الحدث؟ قال ان لامس أو قبل أو نظر منها الى ما كان محرما عليه قبل الشراء، و صحيحة الصفار كتبت الى ابي محمد عليه السلام في الرجل اشترى دابة من رجل فحدث فيها حدثا من اخذ الحافر أو نعلها أو ركب ظهرها فراسخ أله ان يردها في الثلاثة الايام التي له فيها الخيار بعد الحدث الذي يحدث فيها أو الركوب الذي يركبها فراسخ؟ فوقع عليه السلام إذا احدث فيها حدثا فقد وجب الشراء انشاء الله تعالى.

و في ذيل الصحيحة المتقدمة عن قرب الاسناد قلت له أ رأيت ان قبلها المشتري أو لامس؟ فقال إذا قبل أو لامس أو نظر منها الى ما يحرم على غيره، فقد انقضى الشرط و لزم البيع. و استدل عليه في التذكرة بعد الاجماع بأن التصرف دليل الرضا و في موضع آخر منها

انه دليل الرضا بلزوم العقد، و في موضع آخر منها كما في الغنية ان التصرف اجازة.

و تنقيح القول في المقام بالبحث في موارد:

الأول: في بيان ما يستفاد من الأخبار. المذكورة في المتن و هي صحيح ابن رثاب «١»

و صحيح الصفار «٢» و الصحيح المتقدم «٣» عن قرب الاسناد الثاني: في المبعديات المذكورة لكون التصرف بنفسه مسقطا.

الثالث: فيما توهم من منافاة طائفة اخرى من الأخبار لهذه الروايات.

اما المورد الأول: فالكلام فيه في جهات:

الأولى: ان قوله عليه السلام في صحيح الصفار إذا حدث فيها حدثا فقد وجب الشراء و نحوه ما في صحيح ابن رثاب يدل على ان

احداث الحدث بنفسه مسقط، و المراد به اعمال عمل جديد لم يكن من شأنه قبل العقد، فهو لا يشمل كل تصرف كسقى الدابة و

اعلافها، كما لا يشمل التصرف للاستخبار أو للرد لأنه ليس هذا التصرف من باب تصرف

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

(٢) الوسائل - باب ٤ - من ابواب الخيار حديث ٢.

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

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٢٧

اقول: المراد بالحدث ان كان مطلق التصرف الذي لا يجوز لغير المالك الا برضاه كما يشير إليه قوله: أو نظر الى ما كان يحرم عليه

قبل الشراء، فلزمه كون مطلق استخدام المملوك بل مطلق التصرف فيه مسقطا، كما صرح به في التذكرة في بيان التصرف المسقط

للرد بالعيب من انه لو استخدمه بشيء خفيف مثل اسقنى أو ناولنى الثوب أو اغلق الباب، سقط الرد، ثم استضعف قول بعض الشافعية

بعدم السقوط معللا بأن مثل هذه الأمور قد يؤمر به غير المملوك بأن المسقط مطلق التصرف، و قال ايضا لو كان له على الدابة سرج

أو ركاب فتركهما عليها بطل الرد،

لانه استعمال و انتفاع، انتهى.

و قال في موضع من التذكرة: عندنا أن الاستخدام بل كل تصرف يصدر من المشتري قبل عمله بالعيب أو بعده يمنع الرد، انتهى.

و هو في غاية الاشكال لعدم تبادر ما يعم ذلك من لفظ الحدث، و عدم دلالة ذلك على الرضا بلزوم العقد، مع ان من المعلوم عدم

انفكاك المملوك المشتري عن ذلك في اثناء الثلاثة، فيلزم جعل الخيار فيه كاللغو مع انهم ذكروا ان الحكم في هذا الخيار الاطلاع

على امور خفية في الحيوان

المالكين في املاكهم، و لذا قيد الراوى ركوب الدابة بركوب ظهرها فراسخ الذي هو من شئون المالك و من وجوه الانتفاع بماله،

كما ان الامام عليه السلام قيد النظر بما كان محرما قبل الشراء، و على هذا فالمستفاد من هذه النصوص ان كل تصرف مالكي لم يكن

للمشتري قبل الشراء إذا وقع بعده يكون مسقطا للخيار، و لو لم يكن اجازة فعليه.

الثانية: انه قد يتوهم ان الأمثلة المذكورة في النصوص من تقبيل الجارية و لمسها و النظر إليها ليست مصاديق لاحداث الحدث بل هي

من قبيل الأمر باغلاق الباب، فكيف حكم بمسقطيتها،

لكنه فاسد إذ قد عرفت ان احداث الحدث يعم كل تصرف لم يكن من شأنه قبل العقد و هذه منه.

الثالثة: ان في صدر صحيح ابن رثاب فان احداث المشتري فيما اشترى حدثا

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٢٨

توجب زهادة المشتري، وكيف يطلع الانسان على ذلك بدون النظر الى الجارية ولمسها و امرها بغلق الباب و السقى و شبه ذلك. و ان كان المراد مطلق التصرف بشرط دلالة على الرضا بلزوم العقد، كما يرشد إليه وقوعه في معرض التعليل في صحيحة ابن رتاب، (١) و يظهر من استدلال العلامة و غيره على المسألة، بأن التصرف دليل الرضا بلزوم العقد، فهو لا يناسب اطلاقهم الحكم باسقاط التصرفات التي ذكروها و دعوى ان جميعها مما يدل لو خلى و طبعه على الالتزام بالعقد، فيكون اجازة فعلية كما ترى. ثم ان قوله عليه السلام في الصحيحة فذلك رضاء منه يراد منه الرضا، بالعقد في مقابلة كراهة ضده اعنى الفسخ و إلا فالرضا بأصل الملك مستمر من زمان العقد الى حين الفسخ، و يشهد لهذا المعنى رواية عبد الله بن الحسن بن زيد بن علي بن الحسين عن ابيه عن جعفر عن ابيه عليهم السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله في رجل اشترى عبدا بشرط الى ثلاثة ايام فمات العبد في الشرط قال: يستحلف بالله تعالى ما رضيه، ثم هو برئ من الضمان، فإن المراد بالرضا الالتزام بالعقد، و الاستحلاف في الرواية محمولة على سماع دعوى التهمة أو على صورة حصول القطع للبائع بذلك، إذا عرفت هذا فقوله عليه السلام فذلك رضاء منه و لا شرط له (١) يحتمل وجوها

قبل الثلاثة الأيام فذلك رضاء منه فلا شرط.

(١) رتب سقوط الخيار على كون احداث الحدث رضاء بالبيع،

و قد وقع الكلام في ما هو المراد من هذه الجملة، و قبل بيان ما ذكره المصنف رحمه الله من الاحتمالات لا بد من بيان ما هو الحق عندنا و هو يتوقف على مقدمة،

و هي ان المراد بالرضا ليس هو طيب النفس الذي هو من صفات النفس، بل المراد به الاختيار الذي هو من الأفعال، و ذلك لوجوه منها: حملة على احداث الحدث الذي هو من الأفعال، و لا يصح حمل الصفة على الفعل الا مع العناية. و منها: انه لا عبرة بالرضا غير المبرز في باب المعاملات قطعا.

و منها: ان الرضا بمعنى طيب النفس يتعدى بكلمة باء، و بمعنى الاختيار يتعدى بنفسه، و هو في هذه النصوص تعدى بنفسه، و على هذا فالمراد من قوله فذلك رضاء منه انه اختيار و اجازة، فيكون مفاد هذه الجملة من الصحيح التعبد بان كل ما يكون احداث

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٢٩

احدها: ان يكون الجملة جوابا للشرط فيكون حكما شرعيا بأن التصرف التزام بالعقد و ان لم يكن التزاما عرفيا (١)

الثاني: ان يكون توطئة للجواب و هو قوله: و لا شرط له (٢) لكنه توطئة لحكمة الحكم و تمهيد لها لا علة حقيقة، فيكون اشارة الى ان الحكمة في سقوط الخيار بالتصرف دلالة غالبا على الرضا، نظير كون الرضا حكمة في سقوط خيار المجلس بالتفرق في قوله فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما، فإنه لا يعتبر في الافتراق دلالة على الرضا، و على هذين المعنيين فكل تصرف مسقط و ان علم عدم دلالة على الرضا.

الثالث: ان تكون الجملة اخبارا عن الواقع نظرا الى الغالب و ملاحظة نوع التصرف لو خلى و طبعه، و يكون علة للجواب (٣) فيكون نفي الخيار معللا بكون التصرف غالبا دالا على الرضا بلزوم العقد، و بعد ملاحظة وجوب تقييد اطلاق الحكم بمؤدى علته، كما في قوله: لا تأكل الرمان لانه حامض. دل على اختصاص الحكم بالتصرف الذي يكون كذلك. اي دالا بالنوع غالبا على التزام العقد، و ان لم يدل في شخص المقام

الحدث يكون اجازة للعقد و موجبا لسقوط الخيار، فيتحد مفادها مع سائر النصوص المطلقة.



إذا عرفت هذا فاعلم: ان المصنف رحمه الله لما بنى على ان المراد من الرضا هو طيب النفس احتمل وجوها فيها:

(١) احدها: ان الرضا محمول على التصرف بعنوان التعبد والتنزيل.

(٢) ثانيها: ان قوله فذلك رضا منه توطئة للجواب الذى هو قوله و لا شرط له و يكون المراد منه ان التصرف لكونه كاشفا نوعيا عن الرضا يكون مسقطا، لكن لوحظ هذا العنوان على وجه الحكمة غير المطردة، فيكون التصرف مسقطا و لو علم فى مورد عدم الرضا بالعقد.

(٣) ثالثها: ان يكون المراد من قوله فذلك رضا منه هذا المعنى المشار إليه فى

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٣٠

فيكون المسقط من التصرف ما كان له ظهور نوعى فى الرضا، نظير ظهور الالفاظ فى معانيها مقيدا بعدم قرينة يوجب صرفه عن الدلالة، كما إذا دل الحال أو المقام على وقوع التصرف للاختبار، أو اشتباها بعين اخرى مملوكة له و يدخل فيه كلما دل نوعا على الرضا و ان لم يعد تصرفا عرفيا كالتعريض للبيع و الأذن للبائع فى التصرف فيه.

الرابع: ان يكون اخبارا عن الواقع و يكون العلة هى نفس الرضا الفعلى و الشخصى و يكون اطلاق الحكم مقيدا بتلك العلة، فيكون موضوع الحكم فى الحقيقة هو نفس الرضا الفعلى، فلو لم يثبت الرضا الفعلى لم يسقط الخيار. (١) ثم ان الاحتمالين الأولين و ان كانا موافقين لإطلاق سائر الاخبار و اطلاقات بعض كلماتهم، مثل ما تقدم من التذكرة من ان مطلق التصرف لمصلحة نفسه مسقط، و كذا غيره كالمحقق و الشهيد الثانين بل لإطلاق بعض معاهد الاجماع، الا انها بعيدان عن ظاهر الخبر، مع مخالفتها لأكثر كلماتهم. فإن الظاهر منها عدم السقوط بالتصرف للاختبار و الحفظ. بل ظاهرها اعتبار الدلالة فى الجملة على الرضا كما سيجىء

الوجه الثانى، لكنه ماخوذ على وجه العلية، فيكون مفاده ان كل تصرف يكون كاشفا نوعيا عن الرضا يكون مسقطا للخيار.

(١) رابعها: هذا المعنى مع ارادة الكاشفية الفعلية الشخصية عن الرضا، و هو قد اختار الوجه الثالث.

و جميع هذه الوجوه بعيدة،

اما الأول: فلأن الرضا بنفسه لا حكم له فى باب المعاملات كى ينزل التصرف منزلته.

و أما الثانى: فلأن الظاهر مما يذكر فى مقام العلة كونه علة لا حكمه.

و أما الثالث: فلعدم انطباق ذلك على الأمثلة المذكورة فى النصوص لعدم كونها كاشفة عن الرضا لو خليت و طبعها.

و أما الرابع: فيرد عليه- مضافا الى ما اورد على الوجه الثالث:- انه لم يلتزم به احد،

واضف الى ذلك ما عرفت من فساد المبنى، فالمتعين هو ما ذكرناه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٣١

و يؤيده حكم بعضهم بكفاية الدال على الرضا.

و ان لم يعد تصرفا كتقبيل الجارية للمشتري (١) على ما صرح به فى التحرير و الدروس، فعلم ان العبرة بالرضا و انما اعتبر التصرف للدلالة و ورود النص أيضا بأن العرض على البيع اجازة، (٢) مع انه ليس حدثا عرفيا. و مما يؤيد عدم ارادة الاصحاب كون التصرف مسقطا إلا- من جهة دلالته على الرضا، حكمهم بأن كل تصرف يكون اجازة من المشتري فى المبيع يكون فسخا من البائع، (٣) فلو كان التصرف مسقطا تعديا عندهم من جهة النص لم يكن وجه للتعدى عن كونه اجازة الى كونه فسخا.

و قد صرح فى التذكرة بأن الفسخ كالاجازة يكون بالقول و بالفعل، و ذكر التصرف مثلا للفسخ و الاجازة الفعلين، فاندفع ما يقال فى تقريب كون التصرف مسقطا لا للدلالة على الرضا بأن الاصحاب يعدونه فى مقابل الاجازة.

ثم مع الاغماض عما ذكرناه، فغاية الأمر اجمال هذه الجملة، فلا مقيد لإطلاق النصوص، فالمستفاد من النصوص ان احداث الحدث بنفسه مسقط للخيار.

فما عن المحقق النائيني رحمه الله من حمل النصوص على ارادة ان كل تصرف يكون اجازة فعلية يكون مسقطا، غير تام.

و أما المورد الثاني: فقد ذكروا من مبعديات كون كل احداث الحدث مسقطا امورا.

(١) ومنها: حكم بعضهم بكفاية الدال على الرضا، وان لم يعد تصرفا كتقيل الجارية و فيه: انه وان لم يكن ذلك تصرفا الا انه احداث الحدث.

(٢) ومنها: ورود النص ايضا بان العرض على البيع اجازة، مع انه ليس حدثا عرفا و الكلام فى النص سيأتى مفصلا فى المورد الثالث و فيه: ان التعريض للبيع إذا كان بعنوان يبعه لا بعنوان يستخار قيمته من الحدث عرفا.

(٣) ومنها: ان الاصحاب ذكروا ان كل فعل و تصرف يكون اجازة إذا كان فيما انتقل إليه يكون ردا و فسحا إذا كان فى ما انتقل عنه، و من المعلوم ان كل تصرف فيما

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٣٢

و أما المعنى الرابع فهو و ان كان اظهر الاحتمالات من حيث اللفظ، بل جزم به فى الدروس و يؤيده ما تقدم من رواية عبد الله به الحسن بن زيد، الحاكية للنبوى الدال كما فى الدروس ايضا على الاعتبار بنفس الرضا.

و ظاهر بعض كلماتهم الآتية ان المستفاد من تتبع الفتاوى الاجماع على عدم اناطة الحكم بالرضا الفعلى بلزوم العقد، مع ان اظهرته بالنسبة إلى المعنى الثالث غير واضحة، فتعين ارادة المعنى الثالث، هلصحو دلالة التصرف لو خلى و طبعه على الالتزام و ان لم ينفذ فى خصوص المقام، فيكون التصرف اجازة فعلية فى مقابل الاجازة القولية و هذا هو الذى ينبغى ان يعتمد عليه، قال فى المقنعة: ان هلاك الحيوان فى الثلاثة من البائع، الا ان يحدث فيه المبتاع حدثا يدل على الرضا بالابتاع، انتهى.

و مثل للتصرف فى مقام آخر بأن ينظر الى الأمة الى ما يحرم لغير المالك.

و قال فى المبسوط فى احكام العيوب: إذا كان المبيع بهيمة و اصاب بها عيبا فله ردها.

و إذا كان فى طريق الرد جاز له ركوبها و سقيها و علفها و حلبها و أخذ لبنها، و ان نتجت كان له نتاجها، ثم قال: و لا يسقط الرد لأنه إنما يسقط بالرضا بالعيب أو بترك الرد بعد العلم بالعيب أو بأن يحدث فيه عيب عنده، و ليس هنا شىء من ذلك، انتهى.

انتقل عنه لا يكون ردا، فكذا الاجازة.

و فيه: انه قد عرفت ان احداث الحدث بنفسه مسقط لا بما انه اجازة فعلية،

و الملازمة التى ذكرها الأصحاب انما هى بين ما هو اجازة فعلية و فسخ فعلى، لابين احداث الحدث و الفسخ، فلا ربط لذلك بالمقام. منها: انه لو كان كذلك لزم لغوية جعل الخيار، إذ من المعلوم عدم انفكاك المملوك أو الحيوان المشتري عن تصرف ما فى اثناء الثلاثة.

و فيه: قد مر أن احداث الحدث اخص من وجه من التصرف.

و به يظهر الجواب عن الأمر الثانى و هو ان الحكمة فى هذا الخيار الاطلاع على امور خفية فى الحيوان توجب زهادة المشتري، و كيف يمكن ان يطلع الانسان على ذلك مع عدم التصرف.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٣٣

و فى الغنية: لو هلك المبيع فى مدة الخيار فهو من مال بائعه، الا ان يكون المبتاع قد احداث فيه حدثا يدل على الرضا، انتهى.

و قال الحلبي فى الكافي فى خيار الحيوان: فإن هلك فى مدة الخيار فهو من مال البائع، إلا ان يحدث فيه حدثا يدل على الرضا،

انتهى.

و في السرائر بعد حكمه بالخيار في الحيوان الى ثلاثة ايام، قال: هذا إذا لم يحدث في هذه المدة حدثا يدل على الرضا و يتصرف فيه تصرفا ينقص قيمته، أو يكون لمثل ذلك التصرف اجرة، بأن يركب الدابة أو يستعمل الحمار أو يقبل الجارية أو يلامسها، أو يدبرها تدبيراً، ليس له الرجوع فيه كالمندور، انتهى.

و قال في موضع آخر: إذا لم يتصرف فيه تصرفاً يؤذن بالرضا في العادة.

و أما العلامة: فقد عرفت انه استدل على اصل الحكم بأن التصرف دليل الرضا باللزوم.

و قال في موضع آخر لو ركب الدابة ليردها سواء قصرت المسافة أو طالت، لم يكن ذلك رضاً بها، ثم قال: و لو سقاها الماء أو ركبها ليسقيها ثم يردها لم يكن ذلك رضاً منه بامساكه، و لو حلبها في طريقه فالقرب انه تصرف يؤذن بالرضا و في التحرير في مسألة سقوط رد المعيب بالتصرف قال: و كذا لو استعمل المبيع أو تصرف فيه بما يدل على الرضا و قال في الدروس: استثنى بعضهم من التصرف ركوب الدابة و الطحن عليها و حلبها، إذ بها يعرف حالها ليختبر و ليس ببعيد.

و قال المحقق الكركي: لو تصرف ذو الخيار غير عالم، كأن ظنها جاريتها المختصة فتبينت ذات الخيار أو ذهل عن كونها المشتراة. ففي الحكم تردد، ينشأ من اطلاق الخبر بسقوط الخيار بالتصرف و من انه غير قاصد الى لزوم البيع إذ لو علم لم يفعل، و التصرف انما عد مسقطاً لدلالته على الرضا باللزوم و قال في موضع آخر:

و لا يعد ركوب الدابة للاستخبار أو لدفع جموحها أو للخوف من ظالم أو ليردها تصرفاً، ثم قال و هل يعد حملها للاستخبار تصرفاً ليس ببعيد ان لا يعد. و كذا لو اراد ردها و حلبها لأخذ اللبن على اشكال ينشأ من انه ملكه، فله استخلاصه، انتهى.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٣٤

و حكى عنه في موضع آخر انه قال و المراد بالتصرف المسقط ما كان المقصود منه التملك لا الاختبار و لا حفظ المبيع كركوب الدابة للسقى، انتهى.

و مراده من التملك البقاء عليه و الالتزام به و يحتمل ان يراد به الاستعمال للاتفاق بالملك لا للاختبار أو الحفظ، هذا ما حضرني من كلماتهم في هذا المقام،

الظاهرة في المعنى الثالث. و حاصله التصرف على وجه يدل عرفاً لو خلى و طبعه،

على الالتزام بالعقد، ليكون اسقاطاً فعلياً للخيار فيخرج منه ما دلت القرينة على وقوعه لا الالتزام لكن يبقى الاشكال المتقدم سابقاً من ان اكثر امثلة التصرف المذكورة في النصوص و الفتاوى ليست كذلك بل هي واقعة غالباً مع الغفلة أو التردد أو العزم على الفسخ مطلقاً. و إذا اطع على ما يوجب زهده فيه. فهي غير دالة في نفسها عرفاً على الرضا. و منه يظهر وجه النظر في دفع الاستبعاد الذي ذكرناه سابقاً من عدم انفكاك اشتراء الحيوان من التصرف فيه في الثلاثة، فيكون مورد الخيار في غاية الندرة بأن الغالب في هذه التصرفات وقوعها مع عدم الرضا باللزوم فلا يسقط بها الخيار، إذ فيه ان هذا يوجب استهجان تعليل السقوط بمطلق الحدث بأنه رضاً، لأن المصحح لهذا التعليل مع العلم بعدم كون بعض افراده رضاً هو ظهوره فيه

و أما المورد الثالث: فما توهم منافاته للنصوص المتقدمة خبران:

احدهما: خبر عبد الله بن الحسن الحاكي للنبي: في رجل اشترى عبداً بشرط الى ثلاثة ايام فمات العبد في الشرط قال صلى الله عليه و آله: يستحلف بالله ما رضيه ثم هو برئ من الضمان «١».

بتقريب: انه صلى الله عليه و آله لم يستفصل بين احداث الحدث و عدمه، و حكم بالبراءة و لو احدث الحدث، فيستكشف من ذلك ان المسقط انما هو الرضا، و مسقطياً احداث الحدث انما تكون لأجل كاشفيته عن الرضا لا انه بنفسه مسقط.

وفيه: اولاً: ان الخبر ضعيف السند.

و ثانياً: ان المراد بالرضا فيه ليس هو طيب النفس، إذ هو ليس مسقطاً للخيار

(١) الوسائل - باب ٥ - من ابواب الخيار حديث ٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٣٥

عرفنا من اجل الغلبة، فإذا فرض ان الغالب في مثل هذه التصرفات وقوعها لاعن التزام بالعقد بل مع العزم على الفسخ أو التردد فيه أو الغفلة، كان تعليل الحكم على المطلق بهذه العلة الغير الموجودة الا في قليل من افراده مستهجنا و أما الاستشهاد لذلك بما سيجيء من ان تصرف البائع في ثمن بيع الخيار غير مسقط لخياره اتفاقاً، و ليس ذلك الا من جهة صدوره لاعن التزام بالعقد، بل مع العزم على الفسخ برد مثل الثمن. ففيه ما سيجيء و مما ذكرنا من استهجان التعليل على تقدير كون غالب التصرفات واقعة لاعن التزام يظهر فساد الجمع بهذا الوجه يعنى حمل الاخبار المتقدمة على صورة دلالة التصرفات المذكورة على الرضا بلزوم العقد جمعا بينها و بين ما دل من الاخبار على عدم سقوطه بمجرد التصرف مثل رواية عبد الله بن الحسن المتقدمة التي لم يستفصل في جوابها بين تصرف المشتري في العبد المتوفى في زمان الخيار و عدمه، و إنما انيط سقوط الخيار فيها بالرضا الفعلي و مثل الخبر المصحح في رجل اشترى شاة فامسكها ثلاثة ايام ثم رد قال: ان كان تلك الثلاثة ايام شرب لبنها يرد معها ثلاثة امداد، و ان لم يكن لها لبن فليس عليه شيء، و نحوه الآخر (١) و ما فيهما من رد ثلاثة امداد لعله محمول على الاستحباب مع ان ترك العمل به لا يوجب رد الرواية، فتأمل.

قطعا، بل المراد به الالتزام بالعقد و الاختيار، و قد مر أن احداث الحدث منه تعبدا و بالحكومة.

و ثالثاً: ان الخبر وارد لبيان حيثية التلف في زمان الخيار خاصة لا للبيان من جهة اخرى، فلا يمكن التمسك بترك الاستفصال فيه بين احداث الحدث و عدمه.

(١) ثانيهما: المصحح «١» المذكور في المتن و نحوه الآخر و فيه: اولاً: ان مورد هما الرد بعد الثلاثة، فهما اجنبيان عن المقام و يحملان على ارادة الرد بخيار العيب، و التصرف ليس مسقطاً له. و ثانياً: انه لم يعمل بهما لتضمنهما رد ثلاثة امداد.

(١) الوسائل - باب ١٣ - من ابواب الخيار حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٣٦

و قد افتى بذلك في المبسوط فيما لو باع شاة غير مصراة و حلبها اياماً، ثم وجد المشتري فيها عيباً ثم قال و قيل ليس له ردها لانه تصرف بالحلب.

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

### الثالث: خيار الشرط

اعني الثابت بسبب اشتراطه في العقد (١) و لا- خلاف في صحة هذا الشرط و لا في انه لا يتقدر بحد عندنا و نقل الاجماع عليه مستفيض،

و الاصل فيه قبل ذلك الاخبار العامة المسوغة لاشتراط كل شرط الا ما استثني و الاخبار الخاصة الواردة في بعض افراد المسألة. فمن الأولى: الخبر المستفيض الذي لا يبعد دعوى تواتره ان المسلمين عند شروطهم، (٢) و يزيد في صحیحة ابن سنان، الا كل شرط خالف كتاب الله فلا يجوز.

و في موثقة اسحاق بن عمار: الا شرطا حرم حلالا أو حلال حراما.

فتحصل: ان الاظهر كون احداث الحدث- اي اعمال عمل جديد- لم يكن له قبل الاشتراء من المسقطات بنفسه.

خيار الشرط

(١) الثالث: خيار الشرط بالضرورة بين علماء المذهب و الكتاب و السنة عموما و خصوصا في بعض افراده. كذا في الجواهر و هو يثبت في كل مبيع اشترط الخيار فيه.

و قد استدلل لصحة هذا الشرط بوجهين.

(٢) الأول: الأخبار العامة المسوغة لاشتراط كل شرط الا ما استثني، كالخبر المستفيض: المسلمون عند شروطهم «١».

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

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٣٧

...

و قد اورد على الاستدلال بها بامور:

احدها: ما عن المستند من ان هذا الشرط مخالف للكتاب و السنة. إذ السنة دلت على ان البيع يجب بالافتراق، فاشتراط عدم وجوبه مخالف للسنة، فلا يكون مشمولا لتلك الأخبار، لأنه قد استثني من الشروط لازمة الوفاء ما خالف الكتاب و السنة.

وفيه: ان وجوب البيع و لزومه حتى لا حكمي لجريان الاقالة فيه، فشرط عدمه ليس مخالفا للكتاب و السنة، إذ الشرط المخالف للسنة هو شرط فعل، أو ترك محكوم بحكم الزامی، أو عدم حكم وضعی غير حتى كما تقدمت الاشارة إليه، و سيجيء تفصيله في باب الشروط.

ثانيها: انه شرط مخالف لمقتضى العقد، لأن مقتضاه لزوم البيع.

وفيه: ان اللزوم من احكام العقد لا من مقوماته، فشرط عدمه ليس مخالفا لمقتضى العقد.

ثالثها: ما افاده المحقق الايرواني رحمه الله، و هو: ان ظاهر الاخبار الحكم التكليفي و وجوب ان يكون المؤمن عند شرطه، فلا يعم ما هو من قبيل شرط النتيجة الذي منه المقام، و هو شرط الخيار و ثبوت حق الرجوع.

وفيه: اولاً: قد تقدم في مسألة اشتراط سقوط خيار المجلس ان مفاد هذه النصوص بقريته غيرها من الأخبار نفوذ الشرط الذي له ربط بالمشروط عليه، فتشمل شرط النتيجة.

و ثانياً: انه يمكن ارجاع هذا الشرط الى شرط الفعل بان يشترط ان يفسخ متى ما اراد.

رابعها: ما افاده المحقق الايرواني رحمه الله ايضا، و هو: ان المقام داخل في شرط فعل الله- اعني حكمه بالخيار- و هو خارج عن الاختيار، غير مشمول لخطاب المؤمنون.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٣٨

نعم فى صحیحة اخرى لابن سنان من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله فلا يجوز على الذى اشترط عليه، و المسلمون عند شروطهم، فيما وافق كتاب الله لكن المراد منه بقرينة المقابلة عدم المخالفة للاجماع على عدم اعتبار موافقة الشرط لظاهر الكتاب، و تمام الكلام فى معنى هذه الاخبار و توضيح المراد من الاستثناء الوارد فيها يأتى فى باب الشرط فى ضمن العقد انشاء الله،

### و المقصود هنا بيان احكام الخيار المشروط فى العقد و هى تظهر برسم مسائل.

#### مسألة: لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد أو منفصلا عنه، (١)

لعموم أدلة الشرط، (٢) قال فى التذكرة: لو شرط خيار الغد صح عندنا خلافا للشافعى

وفيه: - مضافا الى ما تقدم من امكان ارجاعه الى شرط الفعل- ان هذا الحكم الشرعى بما انه مجعول فى ظرف انشاء المكلف- كما فى سائر الانشائيات- يكون مقدورا بالواسطة. و ان شئت قلت: ان المشروط هو الخيار عند المتبايعين، و الشارع الأقدس امضى ذلك و حكم بالخيار لا انه هو المشروط. فتدبر، فالأظهر تمامية هذا الوجه الوجه الثانى: الأخبار الخاصة الواردة فى بعض افراد المسألة: منها: النصوص المستفيضة الواردة فى اشترط الفسخ برد الثمن الآتى نقلها.

و منها: صحيح ابن سنان عن الامام الصادق عليه السلام: ان كان بينهما شرط اياما معدودة فهلك فى يد المشتري قبل ان يمضى الشرط فهو من مال البائع «١».

و منها: غير ذلك، و قد جعلها صاحب المستند مخصصة لما دل على عدم صحة الشرط المخالف.

و اورد عليه: بان سياق ادلة عدم صحة الشرط المخالف آب عن التخصيص.

لو جعل الخيار و لم يعين المدة

(١) قوله لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد أو منفصلا عنه محل الكلام فى هذا المقام ليس جواز كون زمان الخيار منفصلا- بل اتفقت كلماتهم على جواز ذلك.

(٢) لعموم ادلة الشروط.

(١) الوسائل- باب ٨- من ابواب الخيار حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٣٩

و استدلاله فى موضع آخر بلزوم صيرورة العقد جائزا بعد اللزوم (١) ورد بعدم المانع من ذلك، مع انه كما فى التذكرة منتقض بخيار التأخير و خيار الرؤية. نعم يشترط تعيين المدة فلو تراضيا على مدة مجهولة (٢) كقدوم الحاج بطل بلا خلاف، بل حكى الاجماع عليه صريحا

(١) و دعوى انه يلزم منه جواز العقد بعد لزومه،

مندفعة بانه لا محذور فى ذلك، مضافا الى ثبوت نظيرها فى الشرع كخيار التأخير- و لا فى جواز تقدير اى مدة شاء.

(٢) و انما الكلام وقع فيما لو عين مدة مجهولة كقدوم الحاج،

و الكلام فيه فى موردين:

الأول: فى صحة الشرط و فساده.

الثانى: فى صحة البيع و فساده.

اما المورد الأول: فقد استدلل على بطلان الشرط بوجوه:

احدها: الاجماع و هو كما ترى.

ثانيها: ما ارسله بعض من نهى النبى صلى الله عليه و آله عن الغرر. «١» و هو عام شامل للشرط ايضا، و لا بأس به، و هو و ان كان ضعيف السند الا ان عمل الأصحاب و استدلالهم به فى جملة من المواضع يوجب جبره.

ثالثها: ان البيع يبطل، فيكون الشرط باطلا بالتبع.

رابعها: ما فى الجواهر، و هو: ان اشتراطه مخالف للسنة.

وفيه: انه ان اريد بذلك ان البيع بواسطة هذا الشرط يصير غرريا فهذا شرط مخالف للسنة، ففيه: ان الظاهر من قوله الا شرطا خالف كتاب الله كون الالتزام بنفسه أو الملتزم به مخالفا للكتاب أو السنة، و أما الشرط الموجب لمخالفة شيء آخر للكتاب أو السنة فهو غير مشمول له، و ان اريد به ان الشرط الغررى بنفسه منهى عنه فيكفى فى فساد نفسه دليل الغرر.

و أما المورد الثانى: فقد استدلل لبطلان البيع بوجوه:

(١) التذكرة ج ١- ص ٤٦٦- مسألة بيع الطير فى الهواء- و عن الشهيد ره نحوه.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٤٠

لصيورة المعاملة بذلك غررية، (١) و لا عبرة بمسامحة العرف فى بعض المقامات و اقدام العقلاء عليه احيانا، (٢) فإن المستفاد من تتبع احكام المعاملات عدم رضاء الشارع بذلك، إذ كثيرا ما يتفق التشاح فى مثل الساعة و الساعتين من زمان الخيار فضلا من اليوم و اليومين.

و بالجملة، فالغرر لا- ينتفى بمسامحة الناس فى غير زمان الحاجة الى المداقة و الا لم يكن بيع الجزاف و ما تعذر تسليمه، و الثمن المحتمل للتفاوت القليل و غير ذلك من الجهالات غررا، لتسامح الناس فى غير مقام الحاجة الى المداقة فى اكثر الجهالات.

و لعل هذا مراد بعض الاساطين من قوله ان دائرة الغرر فى الشرع اضيق من دائرته فى العرف، و إلا فالغرر لفظ لا يرجع فى معناه الا الى العرف. نعم الجهالة التى لا يرجع الامر معها غالبا الى التشاح بحيث يكون النادر كالمعدوم لا تعد غررا، كتفاوت المكائيل و الموازين

احدها: الاجماع. و هو كما ترى.

ثانيها: ان الشرط إذا فسد فسد المشروط، و قد تقدم فساد الشرط.

وفيه: ما سيجىء فى محله من ان الشرط الفاسد لا يكون مفسدا.

(١) ثالثها: صيرورة المعاملة بذلك غررية.

(٢) و اورد عليه تارة: بان العقلاء يقدمون على مثل هذه المعاملة و يسامحون فى مثل هذه الجهالة،

و اخرى: بان الشرط انما يكون التزاما فى ضمن التزام، و جهالة المظروف لا تسرى الى الطرف، و هو معلوم من جميع الجهات فلا يكون غرريا،

و ثالثة: بما عن المحقق الايروانى رحمه الله، و هو: ان الغرر المنهى عنه لا- يشمل الغرر الحاصل بجهالة مدة الخيار، و الا بطل كل البيوع بجهالة مدة خيار المجلس.



و في الجميع نظر:

اما الأول: فلأن اقدام العقلاء لا يوجب رفع الغرر، فانهم ربما يقدمون على المعاملة الخطيئة، و الشارع الأقدس لسد هذا الباب نهى عن البيع الغررى.

و أما الثانى: فلأن الشرط و ان كان التزاما فى ضمن التزام الا ان المشروط بما

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٤١

و يشير الى ما ذكرنا الاخبار الدالة على اعتبار كون السلم الى اجل معلوم،

و خصوص موثقة غياث: لا بأس بالسلم فى كيل معلوم الى اجل معلوم لا يسلم إلى دياس أو إلى حصاد. مع ان التأجيل الى الدياس و الحصاد و شبههما فوق حد الاحصاء بين العقلاء الجاهلين بالشرع، و ربما يستدل على ذلك بأن اشتراط المدة المجهولة مخالف للكتاب و السنة، لأنه غرر. (١) و فيه ان كون البيع بواسطة الشرط مخالفا للكتاب و السنة غير كون نفس الشرط مخالفا للكتاب و السنة، ففى الثانى يفسد الشرط و يتبعه البيع، و فى الأول يفسد البيع فيلغو الشرط. اللهم الا- ان يراد ان نفس الالتزام بخيار فى مدة مجهولة غرر و ان لم يكن يباعا فيشملة دليل نفي الغرر فيكون مخالفا للكتاب و السنة، لكن لا يخفى سراية الغرر الى البيع، (٢) فيكون الاستناد فى فساده الى فساد شرطه المخالف للكتاب كالاكل من القفاء.

انه جواز العقد- و من المعلوم ان الملكية اللازمة غير الملكية الجائزة- فلا محالة تسرى الجهالة الى البيع و يصير البيع بذلك غرريا كما لا يخفى.

و أما الثالث: فلأن خيار المجلس انما يكون بجعل من الشارع، و أما المتعاملان فهما عالمان بما ينشئان و لا جهالة فيه بوجه و لا غرر. و حكم الشارع لا يوجب غررية البيع.

فالأظهر تمامية هذا الوجه، فتحصل بطلان البيع.

(١) قوله ان اشتراط المدة المجهولة مخالف للكتاب و السنة لانه غرر قد عرفت ان مراد من استدلال بهذا الوجه اثبات بطلان الشرط، بمخالفته للكتاب و السنة، و يكون نفس الشرط غرريا فنفس الشرط مشمول لقوله عليه السلام نهى النبي صلى الله عليه و آله عن الغرر، و إذا كان الشرط باطلا كان البيع باطلا لان الشرط الفاسد مفسد و عليه فلا يرد عليه ما اورده المصنف بقوله.

(٢) لكن لا- يخفى سراية الغرر الى البيع و فيه انه إذا كان الشرط غرريا و باطلا لا يسرى ذلك الى البيع لما سيأتى فى محل من ان الشرط التزام فى ضمن التزام الا بالتقريب الذى ذكرناه فراجع

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٤٢

### مسألة: لا فرق فى بطلان العقد بين ذكر المدة المجهولة كقدوم الحاج،

و بين عدم ذكر المدة اصلا كان يقول بعتك على ان يكون لى الخيار و بين ذكر المدة المطلقة، كان يقول بعتك على ان يكون لى الخيار مدة لاستواء الكل فى الغرر، (١) خلافا للمحكى عن المقنعة و الانتصار و الخلاف و الجواهر و الغنية و الحلبي فجعلوا مدة الخيار فى الصورة الثانية ثلاثة ايام و يحتمل حمل الثالثة عليها و عن الانتصار و الغنية و الجواهر، الاجماع عليه. و فى محكى الخلاف وجود اخبار الفرقه به و لا شك ان هذه الحكاية بمنزلة ارسال اخبار (٢) فيكفى فى انجبارها الاجماع المنقولة. و لذا مال إليه فى محكى الدروس لكن العلامة فى التذكرة لم يحك هذا القول الا عن الشيخ قدس سره و اوله بارادة خيار الحيوان.

و عن العلامة الطباطبائي فى مصابيح: الجزم به، و قواه بعض المعاصرين منتصرا لهم بما فى مفتاح الكرامة من انه ليس فى الادلة ما يخالفه إذ الغرر مندفع بتحديد الشرع و ان لم يعلم به المتعاقدان

(١) وقد صرح غير واحد بعدم الفرق في بطلان العقد بين ذكر المدة المجهولة و بين عدم ذكر المدة، و بين ذكر المدة المطلقة بان يقول بعتك بشرط ان يكون لى الخيار مدة لاستواء الجميع فى الغرر بالتقريب المتقدم.

وقيل ان المشهور بين المتقدمين الصحة فى الثالث و الانصراف الى ثلاثة ايام، و عن جماعة: دعوى الاجماع عليه.

(٢) و استدل له: بوجوه الاول ما عن محكى الخلاف من وجود اخبار الفرقه به.

بتقريب: ان هذه الحكاىة بمنزلة ارسال اخبار، فيكفى فى انجبارها الاجماع المنقولة.

و فيه ان عمل الأصحاب انما يوجب انجبار ضعف السند لو علم استنادهم الى الخبر، و الا فمجرد مطابقة الفتاوى مع الخبر لا يوجب جبر الضعف، و فى المقام حيث لم يحرز ذلك، و لعلمهم استندوا الى الوجه الثانى، بل يحتمل ان يكون مراد الشيخ من الأخبار ذلك، فلا يكون الضعف منجبرا مع ان العمل يوجب جبر ضعف السند لا الدلالة، و حيث انه يحتمل عدم دلالتها على فرض وجودها فلا يصح الاستدلال بها.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٤٣

كخيار الحيوان الذى لا- إشكال فى صحة العقد مع الجهل به أو بمدته، و زاد فى مفتاح الكرامة التعليل بأن الجهل يثول الى العلم الحاصل من الشرع.

و فيه ما تقدم فى مسألة تعذر التسليم من ان بيع الغرر موضوع عرفى حكم فيه الشارع بالفساد، و التحديد بالثلاثة تعبد شرعى لم يقصده المتعاقدان، فإن ثبت بالدليل كان مخصصا لعموم نفي الغرر و كان التحديد تعديدا نظير التحديد الوارد فى بعض الوصايا المبهمه أو يكون حكما شرعيا ثبت فى موضوع خاص، و هو اهمال مدة الخيار.

و الحاصل ان الدعوى فى تخصيص ادلة نفي الغرر لا- فى تخصصها و الانصاف ان ما ذكرنا من حكاية الاخبار و نقل الاجماع لا ينهض لتخصيص قاعدة الغرر،

لان الظاهر بقريته عدم تعرض الشيخ لذكر شىء من هذه الاخبار فى كتابيه الموضوعين لإيداع الاخبار، انه عول فى هذه الدعوى على اجتهاده فى دلالة الاخبار الواردة فى شرط الحيوان، (١) و لا- ريب ان الاجماع المحكية انما تجبر قصور السند المرسل المتضح دلالة

و ما افاده المحقق الايروانى رحمه الله بان المسند المنقول بالمعنى حجة عندهم و المرسل بعد الجبر يبلغ مبلغه، يرد انه فرق بين الخبر المنقول بالمعنى من غير ان يدخل فيه اجتهاد الراوى، و بين نقل مفاده بحسب اجتهاده، و الأول حجة دون الثانى، و المقام من قبيل الثانى.

(١) الثانى الأخبار الواردة فى شرط الحيوان، بدعوى ان قوله عليه السلام الشرط فى الحيوان ثلاثة ايام للمشتري اشترط ام لم يشترط. «١» يدل بالفحوى على ان الشرط فى غيره ثلاثة ايام مع اشتراط الخيار و ان لم يشترط ثلاثة ايام لا اشتراطها لعدم اختصاصه به، إذ ضرورة صحة اشتراط اى عدد شاء فالمختص بها حينئذ اطلاق اشتراط الخيار.

و فيه انه لا مفهوم لتلك الأخبار اصلا، و على فرضه فهو عدم ثبوت الثلاثة فى غير الحيوان لا الثلاثة مع الاشتراط.

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

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٤٤

أو القاصر دلالة لا المرسل المجهول العين المحتمل لعدم الدلالة رأسا فالتعويل حينئذ على نفس الجابر و لا حاجة الى ضم المنجبر،

إذ نعلم اجمالاً ان المجمعين اعتمدوا على دلالات اجتهادية استنبطوها من الاخبار. ولا ريب ان المستند غالباً في اجماعات القاضى و ابن زهرة اجماع السيد فى الانتصار، نعم قد روى فى كتب العامة ان حنان بن منقذ كان يخدع فى البيع لشجة اصابته فى رأسه فقال له النبى صلى الله عليه وآله: إذا بعت فقل لا خلابة، و جعل له الخيار ثلثاً، فى رواية: و لك الخيار ثلثاً، (١) و الخلابة: الخديعة، و فى دلالاته فضلاً عن سنده ما لا يخفى و جبرها بالاجماع كما ترى

(١) و قد يستدل بالنبويين الواردين فى حنان بن منقذ الذى كان يخدع فى البيع، قال صلى الله عليه وآله له: إذا بعت فقل لا خلابة و لك الخيار ثلثاً كما فى احدهما: و جعل له الخيار ثلثاً كما فى الآخر «١». و فيه انهما ضعيفان سندا و قاصران دلالة. اما الأول فواضح، و أما الثانى فلما عن التذكرة من ان قوله لا خلابة عبارة فى الشرع عن اشتراط الخيار ثلثاً، و إذا اطلقها عالمين بمعناها كان كالتصريح بالاشتراط، انتهى.

فالأظهر ان حكم هذه الصورة حكم الصورة الاولى. و استدلل للقول الآخر: بان الغرر مندفع بتحديد الشرع، و ان لم يعلم به المتعاقدان كما فى خيار الحيوان، فالأظهر هو التفصيل بين علمهما بتحديد الشارع و عدمه. فعلى الأول لا غرر، إذ التزامهما بالخيار التزام به فى ثلاثة ايام. و على الثانى: يكون غررياً، فانه لا إقدام على الحكم الشرعى، و ما اقدمنا عليه حيث انه غررى و الحكم الشرعى لا يرفع الغرر فلا محالة يكون الدليل المفروض مخصصاً لدليل الغرر، و لا يقاس بالجهل بخيار الحيوان و مدته، فانه ليس هناك اقدم معامل على الخيار.

(١) التذكرة ج ١ ص ٥١٩.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٤٥

إذ التعويل عليها مع ذهاب المتأخرين الى خلافها فى الخروج عن قاعدة الغرر مشكل، بل غير صحيح، فالقول بالبطلان لا يخلو عن قوة، ثم انه ربما يقال ببطلان الشرط دون العقد و لعله مبنى على ان فساد الشرط لا يوجب فساد العقد، و فيه ان هذا على القول به فيما إذا لم توجب الشرط فساداً فى اصل البيع كما فيما نحن فيه، حيث ان جهالة الشرط يوجب كون البيع غررياً و إلا فالمتجه فساد البيع و لو لم نقل بسراية الفساد من الشرط الى المشروط، و سيجىء تمام الكلام فى مسألة الشروط.

### مسألة: مبدأ هذا الخيار من حين العقد،

لأنه المتبادر من الاطلاق (١) و لو كان زمان الخيار منفصلاً كان مبدئه اول جزء من ذلك الزمان، فلو شرط خيار الغد كان مبدؤه من طلوع فجر الغد، فيجوز جعل مبدؤه من انقضاء خيار الحيوان بناء على ان مبدؤه من حين العقد

و فى الصورة الثالثة، و هى: ما لو ذكر مدة مطلقاً اما ابداً أو ما دام العمر، ذهب المحقق النائينى رحمه الله: الى الحكم بفساد الشرط بدعوى انه مخالف لمقتضى العقد، فان مقتضاه بمدلوله الالتزامى هو التزام كل من المتبايعين بما انشأه، فلو لم يلتزم احدهما به فى مقدار من الزمان فهو ينافى اطلاقه، و لا باس به. و أما لو لم يلتزم به ابداً فهو ينافى مقتضاه و يفسد.

و فيه: ان الشرط المخالف لحقيقة العقد أو لما يتقوم به انما لا يكون نافذا فيما إذا كان منافيا لمقتضاه حتى مع الشرط و أما ما ينافى مقتضاه الذى يكون مقتضاه لو لا الشرط فلا مانع من نفوذه كما سيأتى تنقيحه فى مبحث الشروط، و المقام من هذا القبيل كما لا يخفى.

فالأظهر صحة البيع و الشرط فى هذه الصورة.

مبدأ خيار الشرط

(١) قوله مبدأ هذا الخيار من حين العقد لأنه المتبادر من الاطلاق.

و قد تقدم فى مبحث خيار الحيوان ما يمكن ان يستدل به على كون المبدأ من بعد انتهاء امد سائر الخيارات، و انه لا يتم شىء مما ذكره، فلا مانع ثبوتاً من الالتزام بان مبدأه فى المقام من حين العقد، و إذا كان المتبادر من الاطلاق كون المبدأ من حين العقد منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٤٦

و لو جعل مبدأه من حين التفرق، بطل لأدائه الى جهالة مدة الخيار. (١)

و عن الشيخ و الحللى ان مبدأه من حين التفرق، و قد تقدم عن الشيخ وجهه مع عدم تماميته، نعم يمكن ان يقال هنا ان المتبادر من جعل الخيار جعله فى زمان لو لا الخيار لزم العقد، كما أشار إليه فى السرائر، لكن لو تم هذا لاقتضى كونه فى الحيوان من حين انقضاء الثلاثة، مع ان هذا انما يتم مع العلم بثبوت خيار المجلس و إلا فمع الجهل به لا يقصد الا جعل من حين العقد، بل الحكم بثبوت من حين التفرق حكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما (٢)

نلتزم به، و انما الكلام فى المقام فى موردين:

(١) الأول: فيما افاده المصنف رحمه الله: بقوله و لو جعل مبدأه من حين التفرق بطل لأدائه الى جهالة مدة الخيار...

فانه يرد عليه: انه لو جعل الخيار من حين التفرق الى ثلاثة ايام يكون المعجول معلوما بحسب المقدار، و انما المجهول وقته و لا يوجب ذلك الغرر، بل لو جعل الخيار من حين التفرق الى ما يكمل مع المجلس ثلاثة ايام صح للعلم بمدة الخيار الثابت له الاصلى و الجعلى،

و جهالة كل واحد منهما لا توجب الغرر. فتأمل.

(٢) الثانى: فيما افاده بقوله: بل الحكم بثبوت من حين التفرق حكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما...

فانه اورد عليه المحقق النائينى رحمه الله: بانه إذا قلنا ان المبدأ من حين انقضاء الخيار من جهة عدم امكان تأثير الشرط فى زمان وجود خيار آخر لا يلزم هذا المحذور، إذ المانع من التأثير قهرى، فلا يلزم مخالفة القصد التى لا يمكن الالتزام بها.

و فيه: ان ذلك خلاف ممشى المصنف رحمه الله، فان مورد بحثه ما إذا كان الالتزام بكون المبدأ من حين انقضاء الخيار من جهة الانصراف لا من جهة عدم امكان تأثير الشرط فى زمان وجود خيار آخر، إذ عليه مع الجهل بخيار المجلس لا محالة يقصد الخيار من حين العقد، فالحكم بثبوت من حين التفرق حكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما، و هو و ان لم يكن محذور فيه لو ساعدنا الدليل الا انه لفقده لا يمكن الالتزام به

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٤٧

### مسألة: يصح جعل الخيار لأجنبى،

قال فى التذكرة: لو باع العبد و شرط الخيار للعبد صح البيع و الشرط عندنا معا، (١) و حكى عنه الاجماع فى الاجنبى، قال لأن العبد بمنزلة الاجنبى

## جعل الخيار للأجنبي

(١) قال في التذكرة لو باع العبد و شرط الخيار للعبد صح البيع و الشرط عندنا معا و حكى عنه الاجماع في الأجنبي، و هذا مما لا كلام فيه انما الكلام في هذه المسألة يقع في موارد:  
الأول: في انه هل يصح جعل الخيار للأجنبي ام لا؟  
و قد استدلل للثاني بوجوه:

احدها: ما ذكره المحقق النائيني رحمه الله، و هو: ان الخيار عبارة عن رد كل مال الى مالكة الأصلي أو اقراره في ملك مالكة الفعلي، و هذا ينفذ ممن كان زمام المال بيده، و أما الأجنبي فاجنبي عنه. و بعبارة اخرى: و ان كان الأصل في كل حق ان يكون قابلا للاسقاط الا انه ليس كل حق قابلا- للنقل الى الغير، و على فرض كونه قابلا- له فليس قابلا للنقل الى كل احد، فان حق القسم قابل للتمليك الى الزوج و الضره و لا يقبل التمليك الى الأجنبي،  
فالخيار و ان كان قابلا للتمليك الى احدهما الا انه لا يقبل التمليك الى الأجنبي.

وفيه: ان الخيار عبارة عن حل العقد، و لازمه رد كل مال الى مالكة الأصلي، مع انه لو سلم كون ذلك معناه لم يدل دليل على اعتبار كون الرد ممن كان زمام المال بيده،  
و ما ذكره بعد. و بعبارة اخرى: غير مربوط بالمقام، فانه انما هو في نقل الحق الثابت له كخيار المجلس و نحوه، و محل الكلام جعل الخيار له ابتداء.

ثانيها: ما ذكره المصنف رحمه الله في مسألة ثبوت الخيار للوكيل، و استند بعضهم إليه في المقام، و حاصله: ان مفاد ادلة الخيار اثبات سلطنة لكل من المتعاقدين على ما انتقل الى الآخر بعد الفراغ عن تسلطه على ما انتقل إليه، و الأجنبي حيث انه لا سلطنة له على ما انتقل الى جاعل الخيار، فلا معنى للخيار، و لعل ما افاده المحقق النائيني رحمه الله يرجع الى ذلك  
منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٤٨

و لو جعل الخيار لمتعدد كان كل منهم ذا خيار، فإن اختلفوا في الفسخ و الاجازة قدم الفاسخ (١) لأن مرجع الاجازة إلى اسقاط خيار المجيز «خاصة» بخلاف ما لو وكل جماعة في الخيار، فإن النافذ هو تصرف السابق لفوات محل الوكالة بعد ذلك

وفيه: اولاً: ان الخيار انما يكون سلطنة على حل العقد.

و ثانياً: انه لو تنزلنا عن ذلك فهو سلطنة على التراد لا خصوص الاسترداد، و قد تقدم في تلك المسألة توضيح ذلك.  
ثالثها: ما افاده المحقق الاصفهاني رحمه الله، و هو: ان الخيار بناء على تعلقه بالعقد انما يناسب من له عقد و من شانه الوفاء به، و الأجنبي اجنبي عنه و عن الوفاء به، و لذا قلنا ان دليل الخيار مخصص لدليل الوفاء بالعقد و انه لا يتوجه الا الى من له العقد، فدليل الوفاء بالشرط لا قصور له من حيث شموله لكل شرط، بل القصور من ناحية الخيار، حيث انه لا معنى له الا بالاضافة الى من له العقد.  
وفيه: اولاً: انه لم يدل دليل على كون الخيار ثابتاً لخصوص من يكون مأموراً بالوفاء بالعقد، و ما افاده مجرد الاعتبار.  
و ثانياً: ان المأمور به على ما تقدم في مبحث المعاطاة هو عدم حل العقد و نقضه،  
و ليس هو ترتيب الآثار عملاً كي لا يشمل الأجنبي، و عليه فالآية تشمل الأجنبي،  
و دليل الشرط يكون مخصصاً لها.

رابعها ما ذكره المصنف رحمه الله في آخر المسألة و سيمر عليك و ما يرد عليه.

(١) الثاني: لو جعل الخيار لمتعدد ففي المكاسب: كان كل منهم ذا خيار، فان اختلفوا في الفسخ و الاجازة قدم الفاسخ.

و لكن جعل الخيار للمتعدد يتصور على وجوه:  
احدها: جعل خيار واحد للمجموع من حيث المجموع.

ثانيها: جعل الخيار لكل واحد مستقلا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٤٩

و عن الوسيلة: انه إذا كان الخيار لهما و اجتماعا على فسخ أو امضاء نفذ، و ان لم يجتمعا بطل (١) و ان كان لغيرهما و رضى، نفذ البيع، و ان لم يرض كان المبتاع بالخيار بين الفسخ و الامضاء، (٢) انتهى

ثالثها: جعل الخيار للطبيعة المنطبقة على المتعدد.

و على الأول: لا أثر لفعل واحد منهم ما لم يوافق الآخرون.

و على الثاني: يقدم الفاسخ، لأن مرجع الاجازة الى اسقاط خيار المجيز خاصة.

و على الثالث: يقدم فعل المقدم فى فعله اجازة كان ام فسحا.

(١) و عن الوسيلة: انه إذا كان الخيار لهما و اجتماعا على فسخ أو امضاء نفذ و ان لم يجتمعا بطل.

و قد احتمل فى توجيه هذه العبارة و جهان الأول: ان يكون مراده جعل المتبايعين الخيار لأنفسهما بقيد الاجتماع، و عليه فان اجتماعا فهو، و ان خالف احدهما الآخر بطل، اى لم يؤثر الفسخ و لا الاجازة.

الثاني: ان يكون مراده جعل الخيار لكل واحد مستقلا، فقوله و لم يجتمعا اى فسخ احدهما و امضى الآخر، بطل اى بطل البيع، اى يكون الفسخ مؤثرا.

يرد على الوجه الأول: ان جعل الخيار بالنحو المزبور لغو بعد ان لهما الاقالة.

(٢) قال فيها ايضا: و ان كان لغيرهما و رضى نفذ البيع، و ان لم يرض كان المبتاع بالخيار بين الفسخ و الامضاء مراده من الرضا ليس هو اجازة العقد بل المراد الرضا بجعل الخيار و قبوله، و عليه فمراده من هذه العبارة: ان الأجنبي المجمعول له الخيار ان قبل نفذ البيع من ناحية المتبايعين - اى ليس للشارط خيار - و ان لم يقبل فالمبتاع بالخيار لتعذر الشرط.

و على هذا فلا- يرد عليه ما عن المختلف بان هذا الخيار ان جعل للأجنبي لم يكن لأحد المتبايعين خيار، فان اختار الأجنبي الامضاء نفذ، و ان اختار الفسخ انفسخ و لا عبرة بالمتبايعين.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٥٠

و فى الدروس يجوز اشتراطه لأجنبي منفردا و لا- اعتراض عليه و معهما أو مع احدهما، و لو خولف امكن اعتبار فعله و الا لم يكن لذكره فائدة، انتهى. (١)

اقول و لو لم يرض فسخ الاجنبى مع اجازته و المفروض عدم مضى اجازته مع فسخه لم يكن لذكر الأجنبي فائدة، (٢) ثم انه ذكر غير واحد ان الأجنبي يراعى المصلحة للجاعل و لعله لتبادره من الاطلاق و إلا- فمقتضى التحكيم نفوذ حكمه على الجاعل من دون ملاحظة مصلحة، (٣) فتعليل وجوب مراعاة الاصلح بكونه امينا لا يخلو عن نظر.

كما انه لا- يرد عليه ما فى الحاشية من: ان مقتضى كون الخيار للأجنبي كون الأمر بيده، فلا معنى لكون الأمر بيد المبتاع مع فرض فسخه. فان منشأ هذين الايرادين توهم كون مراده من الرضا امضاء العقد و اجازته.

(١) و عن الدروس: يجوز اشتراطه لأجنبي منفردا و لا اعتراض عليه و معهما أو مع احدهما و لو خولف امكن اعتبار فعله...

مراده بحسب الظاهر: انه لو جعل الخيار للأجنبي مع احدهما أو معهما فان اتفقا على فسخ أو امضاء فهو، و ان خولف بان فسخ

الأجنبي و اجاز الأصيل امكن تقديم فسخه، إذ لو لم يقدم- و المفروض انه لا يقدم اجازته لأنها لا توجب سقوط خيار الأصيل- لم يكن لذكر الأجنبي فائدة.

(٢) و على هذا فكلام المصنف رحمه الله مؤيد له،

و لكن يرد عليه: انه ان كان المجعول خيارا واحدا لهما عدم تقديم فسخه على اجازة الأصيل لا يوجب لغويته ذكره، إذ فائدته حينئذ تأثير فسخه في صورة موافقة الأصيل،

و ان كان المجعول متعدد قدم فسخه كما هو الشأن في جميع الموارد لا للغوية ذكره لو لم يقدم.

(٣) الثالث ان جعل الخيار للأجنبي هل هو من باب التمليك أو التوكيل أو التحكيم؟

فقد يقال- كما عن المحقق النائيني رحمه الله- بانه ليس من قبيل التمليك، لأنه لو كان على نحو جعل الملك فلازمه ارث وارث الأجنبي عنه، لأن ما تركه لوارثه،

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٥١

ثم انه ربما يتخيل ان اشتراط الخيار للأجنبي مخالف للمشروع، (١) نظرا الى ان الثابت في الشرع صحة الفسخ بالتفاسخ أو بدخول الخيار بالاصل كخيارى المجلس و الشرط أو بالعارض كخيار الفسخ برد الثمن لنفس المتعاقدين و هو ضعيف لمنع اعتبار كون الفسخ من احد المتعاقدين شرعا و لا عقلا

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 الذى ذكره الفقهاء رحمهم الله فى المقام.

و لكن يمكن ان يقال: انه من قبيل التمليك و جعل الحق له، و انما لا- يرثه وارثه من جهة ضيق مقدار الجعل و المجعول، لأن المجعول هو حق الخيار للأجنبي بما انه ذو نظر و رأى يعتمد عليه فى امر العقد، و لا يجوز نقله الى الغير لأنه حق خاص لا يتعداه. كما انه يمكن ان يقال: انه من باب التوكيل، و انما لا يجوز عزله لأنه بعنوان الشرط فى عقد لازم، إذ الوكالة جائزة بعنوانها، و لا ينافى اللزوم إذا وقعت موقع الاشتراط فى ضمن العقد اللازم، و الظاهر من جعل الخيار للأجنبي كونه من قبيل الأول.

و هل يراعى المصلحة للجاعل ام لا؟ و جهان قد استدلل للأول: بانه امين فيجب عليه مراعاة الغبطة.

و اورد عليه المصنف رحمه الله: بان مقتضى التحكيم نفوذ حكمه على الجاعل من دون ملاحظة مصلحة.

وفيه: انه كان جعل الخيار من باب التحكيم أو التمليك أو التوكيل لا بد من رعاية غبطة الجاعل. اما على الأخير فواضح، و أما على الأولين فلأن جعل الخيار للأجنبي بحسب الغالب انما يكون للوثوق بنظر من جعل له الخيار، فالاطلاق وارد مورد الغالب من حيث اعتبار ما يراه صلاحا، و عليه فيصح التعليل المذكور، فانه تأمين بتفويض امر العقد إليه لا جعل الحق له خاصة.

(١) قوله ربما يتخيل ان اشتراط الخيار للأجنبي مخالف للمشروع هذا هو رابع الوجوه التى ذكروها لعدم صحة جعل الخيار للأجنبي، و هو انه مخالف للمشروع

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٥٢

بل المعتبر فيه تعلق حق الفاسخ بالعقد أو بالعين و ان كان اجنبيا، (١) فحينئذ يجوز للمتبايعين اشتراط حق للأجنبي فى العقد و سيجىء نظيره فى ارث الزوجة للخيار مع عدم ارثها من العين.

### مسألة: يجوز لهما اشتراط الاستثمار (٢)

بان يستأمر المشروط عليه الأجنبي فى امر العقد فيأتمر بأمره أو بأن يأتتمه إذا امره ابتداء و على الاول فإن فسخ المشروط عليه من دون



استثمار لم ينفذ و لو استأمره، فإن أمره بالإجازة لم يكن له الفسخ قطعاً، إذ الغرض من الشرط ليس مجرد الاستثمار، بل الالتزام بأمره مع انه لو كان الغرض مجرد ذلك لم يوجب ذلك ايضاً ملك الفسخ، و ان امره بالفسخ لم يوجب عليه الفسخ بل غاية الأمر ملك الفسخ حينئذ، إذ لا معنى لوجوب الفسخ عليه. اما مع عدم رضاء الآخر بالفسخ فواضح إذ المفروض ان الثالث لا سلطنة له على الفسخ و المتعاقدان لا يريدانه. و أما مع طلب الآخر

نظراً الى ان الثابت في الشرع صحة الفسخ بالتفاسخ أو بدخول الخيار بالأصل أو بالعارض.

(١) و الجواب عنه ما افاده ره، و هو: منع اعتبار كون الفسخ من احد المتعاقدين شرعاً و لا- عقلاً، بل المعبر فيه تعلق حق الفاسخ بالعقد أو بالعين و ان كان اجنبياً فالأظهر صحة جعل الخيار للأجنبي.

جواز اشتراط الاستثمار

(٢) لا خلاف بين الأصحاب في انه يجوز لكل منهما اشتراط الاستثمار بان يستأمر المشروط عليه الأجنبي في امر العقد، فيأتمر بامره، أو بان يأتّمه إذا امره ابتداءً.

و الكلام في هذه المسألة يقع في مقامين:

الأول: في الحكم الوضعي.

الثاني: في الحكم التكليفي.

اما الأول: فتارة: يجعل الخيار لنفسه و يشترط عليه ان لا يختار احد الأمرين من الفسخ أو الامضاء الا بتعيين المستأمر بالفتح و اخرى: يجعل الخيار لنفسه عند امر الأجنبي باحدهما

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٥٣

للفسخ فلأن وجوب الفسخ حينئذ على المستأمر بالكسر، راجع الى حق لصاحبه عليه، فإن اقتضى اشتراط الاستثمار ذلك الحق على صاحبه عرفاً فمعناه سلطنة صاحبه على الفسخ (١) فيرجع اشتراط الاستثمار الى شرط لكل منهما على صاحبه.

و ثالثة: يجعل لنفسه حق الفسخ عند امر الأجنبي به و لا يجعل شيئاً عند امره بالاجازة.

و رابعة: يجعل الخيار للأجنبي و يقيد بان لا يباشر اعماله بل يأمر العاقد بما يريد.

ففي الصورة الاولى: إذا فسخ قبل الاستثمار أو بعده مع امره به أو بالاجازة يكون نافذا لفرض ثبوت الخيار له. غاية الأمر تخلف ما اشترط عليه في الفرض الأول و الثالث.

فما افاده من انه لو فسخ المشروط عليه من دون استثمار لم ينفذ لا- يتم في هذه الصورة و في الصورة الثالثة: لا- ينفذ فسخه قبل الاستثمار، و كذا بعده، و امره بالاجازة و الامضاء.

و في الصورة الرابعة: لا ينفذ فسخه الا بعد امره به، لكون الحق للامر، و المأمور آله.

هذا في الفسخ.

و في هاتين الصورتين الاخيرتين يتم ما افاده فان امره بالاجازة لم يكن له الفسخ دون الاوليتين و أما الاجازة: فان كانت قبل الاستثمار لم تنفذ في الصور الثلاث الأخيرة و نفذت في الاولى، و لا يخفى وجهه.

و ان كانت بعد الاستثمار و امره بالفسخ نفذت في الصورتين الاوليتين و لم تنفذ في الأخيرتين.

و ان كانت بعده و امره بالامضاء نفذت في جميع الصور. و لا يخفى وجهه.

(١) قوله فان اقتضى اشتراط الاستثمار ذلك الحق على صاحبه و فيه ان اشتراط الاستثمار من الطرفين يقتضى سلطنة كل منهما على

فسخ العقد إذا اذن الثالث لا سلطنة المطالبة بالفسخ من صاحبه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٥٤

والحاصل: ان اشتراط الاستثمار من واحد منهما على صاحبه انما يقتضى ملكه للفسخ، إذا اذن له الثالث المستأمر و اشتراطه لكل منهما على صاحبه يقتضى ملك كل واحد منهما للفسخ عند الاذن، و مما ذكرنا يتضح حكم الشق الثاني و هو الائتثار بأمره الابتدائي فإنه ان كان شرطاً لأحدهما ملك الفسخ لو امره به و ان كان لكل منهما ملكا، كذلك. ثم في اعتبار مراعاة المستأمر للمصلحة و عدمه وجهان (١)

اوجهها العدم ان لم يستفد الاعتبار من اطلاق العقد بقريته حالية أو مقالية.

(١) قوله ثم في اعتبار مراعاة المصلحة و عدمه وجهان الغرض من هذه العبارة بيان الحكم الوضعي و انه هل يثبت حق الخيار للمستأمر بالكسر عند اذن الثالث مطلقاً أو عند اذنه بشرط مراعاته للمصلحة.

و أما المقام الثاني: فان كان المشروط ثبوت الحق من دون ان يعمل احدهما عملاً و لو معلقاً على امر المستأمر بالفتح كما في الصورة الثانية و الثالثة لا كلام في عدم وجوب الاستثمار و لا العمل بأمره، فان غاية ما هناك ثبوت الحق بهذا الشرط، فلا ملزم له بالاستثمار أو الفسخ لو امر به.

و ان كان المشروط مع ذلك عملاً،

فتارة: يكون ذلك حقاً للمستأمر على صاحبه خاصة كما في الصورة الاولى لو اشترط المستأمر بالكسر ان يكون اختياره للفسخ أو الامضاء عن امر المستأمر.

و اخرى: يكون حقاً لصاحبه عليه اما خالصاً أو بالمشاركة.

و في الفرض الأول: لا يجب عليه شيء، إذ لا يجب للمشروط له استيفاء شرطه،

لأن الحق له، و جاز له ان يرفع اليد عن حقه، فلو امره بالفسخ له ان لا يفسخ.

و في الفرض الثاني: يجب عليه العمل بما يأمره.

و على اى حال لا يجب الاستثمار الا إذا اشترط احدهما على صاحبه ان يستأمر زائداً على جعل الخيار بعد الاستثمار.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٥٥

### مسألة: من افراد خيار الشرط ما يضاف البيع إليه، و يقال له بيع الخيار (١)

#### إشارة

و هو جائز عندنا كما في التذكرة، و عن غيرها الإجماع عليه و هو ان يبيع شيئاً و يشترط الخيار لنفسه مدة بأن يرد الثمن فيها و يرتجع

المبيع، و الأصل فيه بعد العمومات المتقدمة في الشرط النصوص المستفيضة، منها موثقة اسحاق بن عمار،

و قال سمعت من يسأل أبا عبد الله عليه السلام و سأله رجل و انا عنده، فقال له رجل مسلم احتاج الى بيع داره فمشى «فجاء» إلى أخيه

فقال له: ابيعك داري هذه و يكون لك أحب إلى من ان يكون لغيرك على ان تشترط لى انى إذا جئتك بثمانها إلى سنة تردها على

قال لا بأس بهذا ان جاء بثمانها ردها عليه قلت: أ رأيت «فإنها كانت فيها الغلة كذا في الوسائل» لو كان للدار غلة لمن تكون الغلة؟

فقال للمشتري: أ لا ترى انها لو احترقت كانت من ماله

(١) مسألة: من افراد خيار الشرط ما يضاف البيع إليه و يقال له بيع الخيار، و هو اشتراط مدة يرد فيها البائع الثمن و يرتجع المبيع. و هو جائز عندنا كما عن التذكرة، و عن غيرها: دعوى الاجماع عليه، و فى الجواهر: اجماعا بقسميه عليه.

و الكلام فى هذه المسألة يقع اولاً: فى مدركها، ثم فى الفروع المستخرجة من الاخبار. اما الأول: فالنصوص الواردة فى المقام اربعة:

الاول موثق «١» اسحاق بن عمار المذكور فى المتن، و هو على ما فى الكافى و التهذيب يكون مرسلًا، فانه لم يذكر المخبر لاسحاق، نعم على ما عن الصدوق يكون موثقًا و الظاهر من الموثق ان الشارط هو المشتري، و المشروط له هو البائع، و المعلق عليه هو رد الثمن، و المشروط رد المبيع. و على هذا فليس الالتزام برد المبيع فسحا إذ المشتري ليس له الخيار، لأن من له الخيار هو البائع، بل المتعين اما ارادة الاقالة أو ارادة رد المبيع ردا ملكيا معاطاتيا.

(١) الوسائل - باب ٨ - من ابواب الخيار حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٥٦

و رواية معاوية بن ميسرة قال سمعت أبا الجارود و يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع دارا له من رجل و كان بينه و بين الذى اشترى منه الدار خلطة فشرط انك ان أتيتنى بمالى ما بين ثلاث سنين فالدار دارك فأتاه بماله قال له شرطه قال له أبو الجارود فإن هذا الرجل قد أصاب فى هذا المال فى ثلاث سنين، قال هو ماله و قال عليه السلام أ رأيت لو ان الدار احترقت من مال من كانت يكون الدار دار المشتري.

و عن سعيد بن يسار فى الصحيح قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام انا نخالط اناسا من اهل السواد أو غيرهم فنيبيعهم و نربح عليهم فى العشرة اثنى عشر و ثلاثة عشر و نؤخر ذلك فيما بيننا و بينهم السنة و نحوها، و يكتب لنا رجل منهم على داره أو ارضه بذلك المال الذى فيه الفضل الذى أخذ منا شراء بانه باع و قبض الثمن منا فنعه ان جاء هو بالمال إلى وقت بيننا و بينهم ان ترد عليه الشراء فإن جاء الوقت و لم يأتنا بالدرهم فهو لنا، فما ترى فى هذا الشراء؟ قال: أرى انه لك ان لم يفعله و ان جاء بالمال الموقت فرد عليه.

الثانى خبر معاوية بن ميسرة «١» المذكور فى المتن و هذا الخبر من حيث السند قابل لأن يخدش فيه، إذ ابن ميسرة لم يوثق،

و أما من حيث الدلالة فظاهاه شرط النتيجة، اما شرط ملكية الدار للبائع عند اعطاء الثمن أو انفساخ البيع،

و لا يبعد دعوى اظهرية الثانى من جهة تعارف رد المبيع بعنوان الانحلال.

الثالث صحيح سعيد بن يسار «٢» المذكور فى المتن و ما استظهرناه فى الموثق المتقدم جار هنا و يحتمل فيه معنى آخر، و هو: اشتراط تحقق البيع فى رأس المدة إذا لم يرد مثل الثمن و كان الواقع فعلا صورة بيع. و يؤيده ان الظاهر من السؤال عدم اخذهم اجرة المبيع من البائع، و لو كان البيع حقيقيا كان اللازم الأخذ منه.

(١) الوسائل - باب ٨ - من ابواب الخيار حديث ٣.

(٢) الوسائل - باب ٧ - من ابواب الخيار حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٥٧

و عن أبى الجارود عن أبى جعفر عليه السلام قال إن بعث رجلا على شرط، فإن اتاك بمالك و إلا فالبيع لك، (١) إذا عرفت هذا فتوضيح المسألة يتحقق بالكلام فى امور:

الأول: ان اعتبار رد الثمن فى هذا الخيار يتصور على وجه:

احدها: ان يؤخذ قيذا للخيار على وجه التعليق أو التوقيت فلا خيار قبله (٢) و يكون مدة الخيار منفصلة دائما عن العقد و لو بقليل و لا خيار قبل الرد،  
و المراد برد الثمن فعل ماله دخل فى القبض من طرفه و ان ابى المشتري.

(١) الرابع خبر ابى الجارود «١» عن الامام الباقر عليه السلام المذكور فى المتن و هذا الخبر ضعيف سندا و اجنبى عن المقام،  
اما ضعفه فلأن ابا الجارود زياد بن المنذر ضعيف،  
و أما اجنبيته عن المقام فلأن ظاهره ارادة ان من باع شيئا على شرط و لم يعمل المشروط عليه بالشرط يثبت الخيار للبائع.  
فتحصل: ان ما يستفاد من نصوص الباب امران:  
احدهما: شرط الاقالة أو التمليك الجديد.  
ثانيهما: شرط الانفساخ عند رد الثمن، لا تعليق الخيار على رده.

### الانحاء التى يقع الشرط عليها

إذا عرفت ثبوت هذا الخيار من الأخبار و الفتوى،  
فاعلم ان توضيح المسألة يتحقق بالبحث فى امور:  
الأول: ما فى الانحاء التى يمكن ان يقع الشرط عليها و هى خمسة:  
(٢) احدها: ان يكون الخيار معلقا على رد الثمن، أو موقتا من حيث المبدأ بزمان رد الثمن. و الفرق بين التعليق و التوقيت انما هو فى  
مقام الاثبات.  
وقد اورد على صحة الشرط فى هذه الصورة فى خصوص الأول بالتعليق الممنوع عنه شرعا، و فى كليهما بجهالة مدة الخيار من حيث  
المبدأ لأنه لا يعلم وقت رد الثمن

(١) الوسائل - باب ٧- من ابواب الخيار حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٥٨

الثانى: ان يؤخذ قيذا للفسخ بمعنى ان له الخيار فى كل جزء من المدة المضروبة و التسلط على الفسخ على وجه مقارنته لرد الثمن أو  
تأخره عنه. (١)

الثالث: ان يكون رد الثمن فسخا فعليا بأن يراد منه تمليك الثمن ليملك منه المبيع (٢) و عليه حمل فى الرياض ظاهر الاخبار الدالة  
على عود المبيع بمجرد رد الثمن.

و يندفع الأول: بانه لا دليل على مبطلية التعليق فى غير العقود.

وقد يقال فى مقام اندفاع الثانى: بان الجهالة لا تضر هنا لعدم الغرر، لأن امر الخيار بيده كما عن المحقق الخراسانى.

وفيه: ان الغرر اللازم انما هو بالنسبة الى المشتري، لأنه لا يعلم متى يفسخ العقد.

و عن المحقق النائينى الجواب عنه: بان الخيار هنا غير مجهول الا- من باب الجهل بالمعلق عليه، و هو يرجع الى اشكال التعليق لا  
الجهالة.

وفيه: ان الجهل بالمعلق عليه يوجب الجهل بمبدأ الخيار، و هو يوجب الغرر المبطل، مع قطع النظر عن التعليق.

فالأظهر هو البطلان الا مع تعيين المدة كتحديده بالرد في رأس السنة التي هي الصورة الثانية في كلام المحقق النائيني رحمه الله.

(١) ثانيها: ان يكون الفسخ معلقا على الرد لا الخيار، بان يكون الحق ثابتا من حين العقد متعلقا بالفسخ عند رد الثمن، ففي الحقيقة ينحل الى شرط الخيار مطلقا، و شرط عدم اعماله الا عند رد الثمن، و الشرط في هذه الصورة لا كلام في مشروعيتها.

(٢) ثالثها: ان يكون الرد فسخا فعليا، بان يشترط حق الخيار متعلقا بالفسخ برد الثمن، فيكون رد الثمن ما به الفسخ.

و سيأتي الكلام في صحة الفسخ به عند تعرض المصنف رحمه الله له، فصحة هذا الشرط تتبع صحة الفسخ به.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٥٩

الرابع: ان يؤخذ رد الثمن قيذا لانفساخ العقد (١) فمرجع ثبوت الخيار له إلى كونه مسلطا على سبب الانفساخ لا على مباشرة الفسخ و هذا هو الظاهر من رواية معاوية بن ميسرة، و يحتمل الثالث كما هو ظاهر روايتي سعيد بن يسار و موثقه اسحاق بن عمار و عنوان المسألة بهذا الوجه هو الظاهر من الغنية حيث لم يذكر هذا القسم من البيع في الخيار اصلا، و انما ذكره في امثلة الشروط الجائزة في متن العقد،

قال: ان يبيع و يشترط على المشتري ان رد الثمن عليه في وقت كذا كان المبيع له، انتهى.

(١) رابعها: ان يكون رد الثمن قيذا للانفساخ، بان يشترط انفساخ العقد عند رد الثمن.

و اورد على صحة هذا النحو من الاشتراط تارة: بان انفساخ البيع بنفسه بدون انشاء مخالف للمشروع، لأن المسببات متوقفة على اسبابها الشرعية كما في المكاسب في ذيل الوجه الخامس و اخرى: بانه من قبيل شرط النتيجة. و ثالثة: بانه يلزم منه اما انفساخ البيع بلا سبب، و أما اقتضاء وجود الشيء عدم نفسه، إذ لو كان اشتراط الانفساخ انشاء للفسخ لزم انفساخ البيع بهذا الشرط، فلا يبيع حتى يشترط في ضمنه انفساخه برد مثل الثمن، و الا كان الشرط الانفساخ بلا سبب، و هو مخالف للسنة كما عن المحقق النائيني رحمه الله.

و في الجميع نظر:

اما الأول: فلأن الشرط يكفى في سببته للفسخ.

و أما الثاني: فلما سيأتي في مبحث الشروط من صحة شرط النتيجة.

و أما الثالث: فلأن الشرط ليس هو انفساخ البيع من حين الشرط كي يرد المحذور الثاني، بل الشرط هو الانفساخ من حين رد الثمن، فحين الشرط يكون البيع متحققا ثابتا، و الشرط لا يقتضى عدمه،

هذا كله مضافا الى ما عرفت من دلالة النصوص الخاصة على صحة الاشتراط بهذا النحو.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٦٠

الخامس: ان يكون رد الثمن شرطا لوجوب الاقالة على المشتري بأن يلتزم المشتري على نفسه ان يقيهه إذا جاء بالثمن و استقاله (١) و هو ظاهر الوسيلة حيث قال إذا باع شيئا على ان يقيهه في وقت كذا بمثل الثمن الذي باعه منه لزمته الاقالة إذا جاءه بمثل الثمن في

المدّة، انتهى.

فإن «وان» ابي اجبره الحاكم أو اقال عنه و إلا استقل بالفسخ و هو محتمل روايتي سعيد بن يسار و اسحاق بن عمار على ان يكون رد المبيع الى البائع فيهما كناية عن ملزومه و هي الاقالة، لا ان يكن وجوب الرد كناية عن تملك البائع للمبيع بمجرد فسخه بعد رد الثمن على ما فهمه الاصحاب و مرجعه الى احد الأولين،

و الاظهر في كثير من العبارات مثل الشرائع و القواعد و التذكرة هو الثاني لكن الظاهر صحة الاشتراط بكل من الوجوه الخمسة عدا الرابع، فان فيه اشكالا من جهة ان انفساخ البيع بنفسه بدون انشاء فعلى أو قولي يشبه انعقاده بنفسه في مخالفة المشروع (٢) من توقف المسببات على اسبابها الشرعية و سيجيء في باب الشروط ما يتضح به صحة ذلك و سقمه.

الأمر الثاني: الثمن المشروط رده إما أن يكون في الذمة و إما أن يكون معيناً (٣) و على كل تقدير اما ان يكون قد قبضه و أما لم يقبضه، فإن لم يقبضه فله الخيار، و ان لم يتحقق رد الثمن

(١) خامسها: ان يكون رد الثمن شرطاً لوجوب الاقالة على المشتري أو التمليك الجديد، و هذا لا إشكال في مشروعيته، و هناك انحاء اخر يظهر حكمها مما ذكرناه.

(٢) و قد مر توضيح هذا الايراد و سيجيء في باب الشروط ما يتضح به ان الشرط يكفي في سببته للفسخ

### الثمن المشروط رده لفسخ البيع

(٣) الأمر الثاني: الثمن المشروط رده اما ان يكون في الذمة و أما ان يكون معيناً، و على كل تقدير تارة يقبضه و اخرى لا يقبضه.

فالكلام في المقام يقع في موضعين:

الأول: فيما إذا لم يقبض البائع الثمن المعلق على رده الخيار من المشتري الى ان اتى رأس المدّة.  
الثاني: فيما إذا قبضه.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٦١

لأنه شرط على تقدير قبضه و ان لم يفسخ حتى انقضت المدّة لزم البيع و يحتمل العدم،

بناء على ان اشتراط الرد بمنزلة اشتراط القبض قبله، (١) و ان قبض الثمن المعين فإما ان يشترط رد عينه أو يشترط رد ما يعم بدله مع عدم التمكن من العين بسبب لا منه، أو مطلقاً أو و لو مع التمكن منه على اشكال في الاخير من حيث اقتضاء الفسخ شرعاً بل لغة رد العين مع الامكان. و في جواز اشتراط رد القيمة في المثلي و بالعكس و جهان. و أما ان يطلق، فعلى الأول لا خيار الا برد العين، فلو تلف لا من البائع. فالظاهر عدم الخيار (٢)

اما الموضوع الأول: فالكلام فيه انما هو في ثبوت الخيار و عدمه.

(١) و قد بنى المنصف رحمه الله المسألة على ان الرد شرط للخيار على تقدير القبض لا- مطلقاً، أو ان اشتراط الرد بمنزلة اشتراط القبض قبله. فعلى الأول يثبت الخيار و على الثاني لا يثبت.

لا اشكال في كون الوجه الأول خلاف الظاهر: فان مآله الى كون الخيار مطلقاً على تقدير عدم القبض، و مشروطاً على تقدير القبض، و ظاهر القضية كونه مشروطاً مطلقاً.

بل المسألة مبنية على ان الرد الذي اخذ شرطاً هل هو ماخوذ على وجه الطريقة لوصول الثمن و حصوله عند البائع، ام يكون ماخوذاً

على وجه الموضوعية. فعلى الأول يثبت الخيار، وعلى الثاني لا يثبت، ولعل الظاهر المتعارف هو الأول وعلى كل تقدير لو لم يفسخ حتى انقضت المدة لزم البيع.

و أما الموضوع الثاني: فالكلام فيه في موارد:

الأول: ما إذا كان الثمن عينا شخصية.

الثاني: ما إذا كان في ذمة المشتري.

الثالث: ما إذا كان في ذمة البائع.

(٢) اما المورد الأول: فان كان الشرط رد العين بنفسها فلا شبهة في انه لا خيار مع عدم ردها من غير فرق بين صورة التلف و غيرها، و في التلف بين كونه بفعل البائع أو المشتري أو الأجنبي أو بأفة سماوية.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٦٢

الا ان يكون اطلاق اشتراط رد العين في الخيار لإفادة سقوطه باتلاف البائع،

فيبقى الخيار في اتلاف غيره على حاله، و فيه نظر.

وعلى الثاني: فله رد البديل في موضع صحة الاشتراط.

و أما الثالث: فمقتضى ظاهر الشرط فيه رد العين و يظهر من اطلاق محكى الدروس و حاشية الشرائع ان الاطلاق لا يحمل على العين

(١) و يحتمل حملة على الثمن الكلي و سيأتي

و ان كان الشرط رد العين مع وجودها وورد بدلها مع تلفها، فلا كلام ايضا في تحقق الخيار على التقديرين.

و ان كان الشرط رد بدلها مع وجودها بالخصوص أو بالاطلاق، فقد اشكل عليه:

بان مقتضى الفسخ رجوع كل من العينين الى صاحبها الأصلي، فاشتراط رجوع البديل مع بقاء الأصل شرط مخالف لما يقتضيه الفسخ. و لذا قطع السيد في الحاشية بالفساد.

و لكن ذلك انما هو فيما إذا قيد الفسخ بالرد، و يكون الرد فسخا فعليا، و هي الصورة الثالثة من الصور المتقدمة في الأمر السابق، و لا يتم في باقى الصور من كون الرد مقدمة للفسخ أو معلقا عليه الخيار أو مقدمة للاقالة أو التمليك الجديد، إذ الفسخ لا يتحقق به،

بل يصير المردود في يد البائع بمنزلة المقبوض بالسوم، فان فسخ البائع بعد ذلك يرجع الثمن الى المشتري، و المردود باق في ملك البائع. فلهما التراضى على كون كل منهما بدلا عن الآخر.

و يمكن ان يقال: ان المعاملة بينهما و هي تملك عين الثمن الراجع الى البائع ببدله الذى احضره انما يتحقق بشرط حصولها في ضمن العقد، بلا احتياج الى معاملة اخرى.

و ان كان الشرط رد الثمن بنحو الاطلاق من دون تعيين عينه أو بدلها،

فمقتضى الجمود على ظاهر العبارة ان العبرة برد العين فيسقط الخيار بتلفها و لكن لا يبعد دعوى ان المتعارف المنصرف إليه الاطلاق ان المقصود دفع الاعم من العين و البديل.

(١) قوله و يظهر من اطلاق محكى الدروس و حاشية الشرائع ان الاطلاق لا يحمل على العين الظاهر ان مرادهما ان الاطلاق منزل على المتعارف من كون المقصود رفع الاعم من العين و البديل.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٦٣

و ان كان الثمن كليا فإن كان في ذمة البائع، كما هو مضمون رواية سعيد بن يسار المتقدمة فرده بأداء ما في الذمة، سواء قلنا انه عين الثمن أو بدله، من حيث ان ما في ذمة البائع سقط عنه بصيرورته ملكا له، فكأنه تلف، فالمراد برده المشتري رد بدله (١) و ان لم يكن



الثلث في ذمة البائع وقبضه، فإن شرط رد ذلك الفرد المقبوض أو رد مثله بأحد الوجوه المتقدمة، فالحكم على مقتضى الشرط، وإن أطلق فالمتبادر بحكم الغلبة في هذا القسم من البيع المشتهر ببيع الخيار هو رد ما يعم البديل. أما مطلقاً، أو مع فقد العين، ويدل عليه صريحاً بعض الأخبار المتقدمة إلا أن المتيقن منها صورة فقد العين.

الأمر الثالث: قيل ظاهر الأصحاب، بناء على ما تقدم، من أن رد الثمن في هذا البيع عندهم مقدمة لفسخ البائع، أنه لا يكفي مجرد الرد في الفسخ (٢) وصرح به في الدروس وغيره.

(١) و أما المورد الثاني: فيه معلق على رد البديل يقينا، فإن ما في ذمة البائع، يسقط بالبيع، و صيرورته له، فكأنه تلف، فالمراد برده المشروط رد بدله.

و أما المورد الثالث: فقد يقال: بان رده- أي رد الثمن- يتحقق بمثله ايضاً، كما يتحقق بنفس المقبوض، إذ كل فرد من مصاديق الكلّي، و شرط رد الكلّي معناه شرط رد ما كان مصداقاً له كما عن المحقق النائيني رحمه الله.

وفيه: ان الثمن و ان كان هو الكلّي في الذمة إلا انه بعد اداء فرد منه- بما انه اداء للكلّي- يستقر الثمن على الفرد المقبوض، و الفرد الآخر بدله لا انه مصداق للثمن، فيلحقه حكم العين الشخصية.

### الفسخ بالرد

(٢) الثالث: هل يصح انشاء الفسخ بالرد، ام لا كما هو ظاهر الأصحاب نظراً الى رد الثمن في هذا البيع مقدمة لفسخ البائع؟ وجهان.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٦٤

...

و ملخص القول: ان الكلام في المقام ليس في كفاية الرد في الفسخ إذا قصد به ذلك،

بل البحث في المقام انما هو في ان الرد المعلق عليه الخيار، أو الفسخ، أو الاقالة، هل يمكن ان ينشأ به الفسخ ام لا؟

و الكلام فيه في مقامين:

الأول: في معقولية ذلك في مقام الثبوت.

الثاني: في الدلالة عليه في مقام الاثبات.

أما الأول: فعمدة ما قيل في وجه عدم المعقولية: ان الخيار و حق الفسخ انما هو في رتبة لاحقة على الرد، فكيف يحصل به الفسخ.

وفيه: اولاً- انه لو تم لا-ختص بوجهين من الوجوه المزبورة، و هما الوجه الأول- و هو تعليق الخيار على الرد- و الوجه الثالث- و هو

اشتراط الفسخ بالرد من غير ان يكون خيار قبله- و لا يتم في سائر الوجوه.

أما في الوجه الثاني: فلأنه يكون الخيار قبله و ان اشترط ان لا يفسخ الا بعد الرد،

و هذا لا يوجب عدم تأثير فسخه في مرتبة مقارنه، بل أو سابقة على الرد.

و أما في الوجه الرابع: فلأن لهما الاقالة أو المعاملة الجديدة قبل ان يرد الثمن.

و ثانياً: انه لا يتم، فان الرد شرط مقارن لحق الخيار، فمقارنا للرد يحدث الخيار و يثبت له حق السلطنة على الفسخ، و في ذلك الزمان

إذا عمل خياره له ذلك، و به يفسخ العقد. و مجرد تقدم الرد على الخيار رتبة لا يوجب عدم المعية في الوجود التي هي المعيار في

الأسباب و المسببات الشرعية.

و بالجملة حين الرد يثبت الخيار، و لمن له الخيار استيفاء حقه في نفس ذلك الزمان،

فلا مانع من جعله آلة للأعمال، نعم إذا كان الرد شرطا متقدما صح ما ذكر.

و أما الثاني: فقد استدل على عدم دلالة على الفسخ بوجهين:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٦٥

و لعل منشأ الظهور ان هذا القسم فرد من خيار الشرط، مع اعتبار شيء زائد فيه و هو رد الثمن، و عللوا ذلك ايضا بأن الرد من حيث هو لا يدل على الفسخ اصلا، (١)

و هو حسن مع عدم الدلالة. اما لو فرض الدلالة عرفا. اما بأن يفهم منه كونه تملكا للثمن من المشتري ليمتلك منه المبيع على وجه المعاواة، و أما بأن يدل الرد بنفسه على الرضا بكون المبيع ملكا له و الثمن ملكا للمشتري، فلا وجه لعدم الكفاية مع اعترافهم بتحقيق الفسخ فيما هو اخفى من ذلك دلالة، و ما قيل من ان الرد يدل على ارادة الفسخ و الارادة غير المراد. (٢) ففيه ان المدعى دلالة على ارادة كون المبيع ملكا له و الثمن ملكا للمشتري (٣) و لا- يعتبر في الفسخ الفعلي ازيد من هذا مع ان ظاهر الأخبار كفاية الرد في وجوب رد المبيع (٤) بل قد عرفت في رواية معاوية بن ميسرة حصول تملك المبيع برد الثمن، فيحمل على تحقق الفسخ الفعلي به (٥)

(١) احدهما: ان الرد من حيث هو لا يدل على الفسخ اصلا.

(٢) ثانيهما: ان الرد يدل على ارادة الفسخ، و الارادة غير المراد.

و الجواب ان الرد من حيث هو و ان كان لا- يدل على الفسخ الا- انه مع قصد الفسخ يدل عليه، كما ان الاعطاء بنفسه لا يدل على التملك و لكن مع قصده يدل عليه.

و اجاب عنهما المصنف رحمه الله بوجوه اخر:

(٣) الأول: ان الرد بنفسه يدل على الرضا بكون المبيع ملكا له و الثمن ملكا للمشتري، و الفرق بين هذا الوجه و ما اخترناه الذي ذكره ايضا قبل ذلك ان السبب المؤثر في الوجه المختار الرد بنفسه، و في هذا الوجه ما ينكشف به و هي الكراهة الباطنية. فالفعل دال على ما به الفسخ لا انه هو ما به الفسخ.

و فيه: ان الفسخ من الانشائيات، و لا يتحقق بمجرد القصد، بل يحتاج الى دال و مظهر خارجي من قول أو فعل.

(٤) الثاني: ظهور الأخبار في كفاية رد الثمن في وجوب رد المبيع.

و فيه: انه قد عرفت ان المستفاد من الروايات امران: شرط الاقالة أو التملك الجديد بعد الرد، و شرط الانفساخ عند رد الثمن. و به يظهر ما في الوجه الثالث الذي ذكره بقوله،

(٥) بل قد عرفت في رواية معاوية بن ميسرة حصول تملك المبيع برد الثمن، فيحمل على تحقق الفسخ الفعلي به.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٦٦

الأمر الرابع: يسقط هذا الخيار بإسقاطه بعد العقد (١) على الوجه الثاني من الوجهين الأولين، بل و على الوجه الأول بناء على ان تحقق السبب و هو العقد كاف في صحة اسقاط الحق (٢) لكن مقتضى ما صرح به في التذكرة: من انه لا يجوز إسقاط خيار الشرط أو الحيوان بعد العقد بناء على حدوثهما من زمان التفرق عدم الجواز ايضا، الا ان يفرق هنا بأن المشروط له مالك للخيار قبل الرد، و لو من حيث تملكه للرد (٣) الموجب له فله اسقاطه بخلاف ما في التذكرة

يسقط هذا الخيار بامور.

(١) منها: اسقاطه بعد العقد ذكره جماعة و استشكل فيه العلامة في التذكرة و على ضوء عدم جواز اسقاط الخيار قبل ثبوته اما منجزا كما هو المختار أو و لو معلقا كما ذهب إليه جمع من جهة انه اسقاط لما لا يجب تعرض الفقهاء لانه:  
هل يصح اسقاط هذا الخيار بعد العقد ام لا؟

لا اشكال في صحته على الوجه الثاني من الوجهين الاولين لتحقق الخيار و ثبوته بعد العقد.  
و أما على الوجه الأول- و هو تعليق الخيار على الرد- فقد ذكر في وجه صحة اسقاطه وجوه:  
(٢) احدها: ما في المتن و هو ان تحقق السبب- و هو العقد- يكفي في صحة اسقاط الحق.  
و فيه: اولاً: ان الرد ايضا جزء السبب.

و ثانياً: ان البرهان المذكور لعدم صحة اسقاط ما لم يجب لا يفرق فيه بين تحقق سببه و عدمه.  
(٣) ثانياً: ما في المتن ايضا، و هو: ان المشروط له مالک للخيار قبل الرد، و لو من حيث تملكه للرد.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٦٧

و يسقط ايضا بانقضاء المدة (١) و عدم رد الثمن أو بدله مع الشرط أو مطلقا على التفصيل المتقدم، و لو تبين المردود من غير الجنس فلا رد و لو ظهر معييا كفى في الرد و له الاستبدال، (٢)

و فيه: ان هذا لو تم لاقتضى جواز الاسقاط قبل العقد ايضا لكونه مالكا لسببه و هو العقد. و الفرق بين السبب و هو العقد، و الشرط و هو الرد و الالتزام بكفاية ملك الثاني دون الأول تحكم.

ثالثها: ما افاده السيد الفقيه و المحقق النائيني رحمه الله و هو: ان حق الخيار و ان لم يمكن اسقاطه الا- ان حق الشرط، و هو الحق الثابت للمشروط له على المشروط عليه بعد العقد،

و الشرط في ضمنه فعلى و قابل للاسقاط، فلا يحدث الخيار بالرد.

و فيه: ان المشروط ان كان فعلا من افعال المشروط عليه كان لثبوت حق الشرط معنى معقول: و ان كان من قبيل النتيجة لا معنى له، لأنه بنفوذ الشرط تثبت تلك النتيجة،

و لا حالة منتظرة كى يستحق المشروط له. و المقام من قبيل الثاني، فان المشروط ثبوت الخيار على تقدير الرد، و نفس ذلك ليس من الحقوق الفعلية، بل حق تعليقي. فتدبر فانه دقيق.

فالأظهر ان حق الخيار على القول بعدم نفوذ اسقاط ما لم يجب لا يصح اسقاطه قبل الرد و بعد العقد. نعم لو قلنا بان اسقاط ما لم يجب لا دليل على عدم نفوذه سوى الاجماع و المتيقن منه عدم تحقق السبب ايضا، امكن ان يقال بصحة اسقاطه في المقام بعد العقد.

(١) و منها انقضاء المدة و عدم رد الثمن أو بدله مع الشرط أو مطلقا و يشهد به الاجماع و النصوص على ما تقدم.

(٢) قوله و لو تبين المردود من غير الجنس فلا- رد و لو ظهر معييا كفى في الرد و قد اورد عليه المحقق الايرواني رحمه الله بان الرد الذى علق عليه الخيار ان كان هو رد خصوص الصحيح لم يكف رد المعيب و كان رده كرد غير الجنس

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٦٨

و يسقط أيضا بالتصرف (١) في الثمن المعين مع اشتراط رد العين (٢) أو حمل الإطلاق عليه، و كذا الفرد المدفوع من الثمن الكلى إذا حمل الاطلاق على اعتبار رد العين المدفوع، كل ذلك لإطلاق ما دل على ان تصرف ذى الخيار فيما انتقل إليه رضاء بالعقد و لا

خيار. و قد عمل الاصحاب بذلك في غير مورد النص كخيارى المجلس و الشرط،

وان كان هو رد الأعم من الصحيح و المعيب لم يكن له الاستبدال و كان المعيب فردا من حقه- و ان كان رد الأعم شرطا لحدوث الخيار من غير ان يكون الفرد المدفوع هو المتعين للعضوية فسخ العقد برده ثم اخذه و اعطى مكانه الصحيح- كان ذلك خلاف ظاهر ما هو المتداول من البيع الخياري مع انه جاز تعليق الخيار على رد غير الجنس على هذا الوجه ايضا- فلا فرق بين رد المعيب و الخارج عن الجنس في كل صورته و فروضه و فيه: ان هناك شقا رابعا و هو المتعارف- و هو تعليق الخيار على رد كلى مثل الثمن الشامل للمعيب ايضا- مع اشتراط كونه صحيحا ضمنا- فالمعيب مصداق لما علق عليه الخيار و انما له الاستبدال من جهة انه فاقد للوصف المشترط فله المطالبة بتلك الخصوصية و هي لا يمكن ادائها الا بالتبديل، و هذا بخلاف ما لورد من غير الجنس فانه ليس مصداقا لما علق عليه الخيار.

### التصرف في الثمن المعين مسقط

(١) و منها: التصرف في الثمن المعين.

محل الكلام في المقام ذو قيود:

الأول: ان يكون الخيار فعليا، و اعماله معلقا على الرد، أو كون الخيار معلقا عليه.

(٢) الثاني: ان يكون المشروط رد الثمن المعين لا مثله، و الا لم يكن التصرف فيه مسقطا بلا كلام، إذ لا يكون التصرف حينئذ كاشفا عن الرضا بلزوم العقد لعدم المنافاة بين فسخ العقد و صحة هذا التصرف.

الثالث: ان يكون التصرف مسقطا للخيار مطلقا لا في خصوص خيار الحيوان

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٦٩

و المحكى عن المحقق الأردبيلي و صاحب الكفاية: ان الظاهر عدم سقوط هذا الخيار بالتصرف في الثمن، لأن المدار في هذا الخيار عليه، لأنه شرع لا انتفاع البائع بالثمن فلو سقط الخيار سقط الفائدة، (١) و للموثق المتقدم المفروض في مورده تصرف البائع في الثمن و بيع الدار لأجل ذلك، (٢) و المحكى عن العلامة الطباطبائي في مصابيح الرد على ذلك بعد الطعن عليه بمخالفته لما عليه الاصحاب بما محصله ان التصرف المسقط ما وقع في زمان الخيار و لا خيار الا بعد الرد (٣) و لا ينافى شيء مما ذكر لزومه بالتصرف بعد الرد لأن ذلك منه بعده لا قبله و ان كان قادرا على ايجاد سببه فيه، إذ المدار على الفعل لا على القوة على انه لا يتم فيما اشترط فيه الرد

و على هذا فمحل الكلام صورتان:

احدهما: ما إذا كان الخيار فعليا و اعماله معلقا على رد الثمن: لا ينبغي التوقف في مسقطية التصرف في هذه الصورة،

و ما ذكره من الوجوه الثلاثة لعدم مسقطية التصرف لهذا الخيار و هي:

(١) منافاة ذلك لمشروعية الخيار لا انتفاع البائع بالثمن،

(٢) موثق اسحاق المتقدم،

(٣) و ان التصرف المسقط ما وقع في زمان الخيار و لا خيار الا بعد الرد.

لا يجرى شيء منها في هذه الصورة.

اما الاول فلان المفروض في هذه الصورة تعلق الغرض برد عين الثمن فلا يكون الغرض الانتفاع بعينه و أما الثاني: فلأن مورد الموثق شرط رد مثل الثمن لا عينه، مع انه قد مر عدم كون مورده بيع الخيار بشرط رد الثمن.

و أما الثالث: فلأن الخيار في هذه الصورة ثابت من حين العقد.

ثانيتها: ما إذا كان الخيار معلقا على الرد: فقد ذكر في وجه عدم مسقطية التصرف له الوجوه الثلاثة المشار إليها آنفا، و قد ظهر

جواب الأولين منها،

و أما الثالث: فقد اجاب عنه المصنف فيما سيأتى بان المستفاد من النص و الفتوى ان التصرف مسقط فعلى كالقول يسقط الخيار به فى كل مورد يصح اسقاطه بالقول

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٧٠

فى وقت منفصل عن العقد كيوم بعد سنه مثلا، انتهى. محصل كلامه و ناقش بعض من تأخر عنه فيما ذكره من كون حدوث الخيار بعد الرد لا قبله بان ذلك يقتضى جهالة مبدأ الخيار.

و بأن الظاهر من اطلاق العرف و تضعيف كثير من الأصحاب قول الشيخ بتوقف الملك على انقضاء الخيار ببعض الاخبار المتقدمة فى هذه المسألة الدالة على ان غلة المبيع للمشتري هو كون مجموع المدة زمان الخيار، انتهى.

اقول فى اصل الاستظهار المتقدم و الرد المذكور عن المصاييح و المناقشة على الرد نظر (١)

اما الأول: فلأنه لا مخصص لدليل سقوط الخيار بالتصرف المنسحب فى غير مورد النص عليه باتفاق الأصحاب. و أما بناء هذا العقد على التصرف فهو من جهة ان الغالب المتعارف، البيع بالثمن الكلى.

و قد تقدم جواز الاسقاط قولاً قبل العقد.

و فيه: ما تقدم من عدم جوازه على القول بعدم جواز اسقاط الخيار قبل مجيء زمانه. نعم على القول بجواز اسقاط الخيار قبل مجيئه معلقا امكن البناء على مسقطية التصرف الذى يكون كاشفا عن الرضا و الالتزام بسقوطه فى فرض مجيء زمانه.

هذا كله فى الكبرى، و أما الصغرى فالظاهر ان بيع الخيار المتعارف بين الناس كما يظهر من الروايات هو البيع بشرط الخيار برد مثل الثمن لا عينه، و هو الموافق لبناء هذه المعاملة على التصرف فى الثمن،

كما ان الظاهر كون المتعارف بين الناس تعليق اعمال الخيار على الرد لا نفسه.

(١) قوله فى اصل الاستظهار المتقدم و الرد المذكور عن المصاييح و المناقشة على الرد نظر الاستظهار من المحقق الأردبيلي، و صاحب الكفاية، و الرد من المصاييح، و المناقشة من صاحب الجواهر و محصل ما افاده المحقق الأردبيلي و صاحب الكفاية ان الظاهر

عدم سقوط هذا الخيار بالتصرف فى الثمن، لأن المدار فى الخيار عليه،

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٧١

و ظاهر الحال فيه كفاية رد مثل الثمن، و لذا قوينا حمل الاطلاق فى هذه الصورة على ما يعم البدل، و حينئذ فلا يكون التصرف فى عين الفرد المدفوع دليلاً على الرضا بلزوم العقد، إذ لا منافاة بين فسخ العقد و صحة هذا التصرف و استمراره و هو مورد الموثق

المتقدم أو منصرف اطلاقه أو من جهة تواطى المتعاقدين على ثبوت الخيار مع التصرف ايضا، أو للعلم بعدم الالتزام بالعقد بمجرد التصرف فى الثمن، و قد مر ان السقوط بالتصرف ليس تعبداً شرعياً مطلقاً حتى المقرون منه بعدم الرضا بلزوم العقد.

و أما الثانى: فلأن المستفاد من النص و الفتوى كما عرفت، كون التصرف مسقطاً فعلياً، كالقولى يسقط الخيار فى كل مقام يصح اسقاطه بالقول.

و الظاهر عدم الاشكال فى جواز اسقاط الخيار قولاً قبل الرد، هذا، مع ان حدوث الخيار بعد الرد مبنى على الوجه الاول المتقدم من الوجوه الخمسة فى مدخلية الرد فى الخيار و لا دليل على تعيينه فى بيع الخيار المتعارف بين الناس. بل الظاهر من عبارة غير واحد، هو

الثانى، أو نقول ان المتبع مدلول الجملة الشرطية الواقعة فى متن العقد، فقد يؤخذ الرد فيها قيماً للخيار و قد يؤخذ قيماً للفسخ، نعم لو جعل الخيار و الرد فى جزء معين من المدة كيوم بعد السنه

لانه شرع لانتفاع البائع بالثمن، فلو سقط الخيار سقطت الفائدة، و للموثق المتقدم المفروض في مورده تصرف البائع في الثمن و بيع الدار لأجل ذلك.

و يرد عليهما انه ان كان مرادهما ان التصرف لا يسقط هذا الخيار فيما هو المتعارف بين الناس من هذه المعاملة، تم ما افاده كما عرفت،

و ان كان مرادهما عدم مسقطيته لهذا الخيار اصلا- كما يظهر من التعليق- فيرد عليهما ما تقدم من مسقطيته له في بعض الصور. و أما المحكى عن العلامة الطباطبائي في مصابيح في الرد على ذلك، فحاصله: ان التصرف انما يسقط الخيار إذا وقع في زمان الخيار و ما قبل الرد ليس زمان الخيار، و الخيار و ان كان مقدورا في المدة المشروطة للقدرة على سببه الا ان التمكن منه لا يقتضى الفعلية، و الحكم منوط بالفعل دون القوة، مع ان القوة غير مطردة إذ لو اشترط الخيار لو رد في وقت منفصل عن العقد كيوم بعد سنة مثلا لا خيار هناك لا بالفعل و لا بالقوة

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٧٢

كان التصرف قبله تصرفا مع لزوم العقد، و جاء فيه الاشكال في صحة الاسقاط هنا، و لو قولا من عدم تحقق الخيار و من تحقق سببه. و أما المناقشة في تحديد مبدأ الخيار بالرد بلزوم جهالة مدة الخيار (١) ففيه انها لا تقدر مع تحديد زمان التسلط على الرد و الفسخ بعده إنشاء، نعم ذكر في التذكرة انه لا يجوز اشتراط الخيار من حين التفرق إذا جعلنا مبدأه عند الاطلاق من حين العقد لكن الفرق يظهر بالتأمل و أما الاستشهاد عليه بحكم العرف، (٢) ففيه ان زمان الخيار عرفا، لا يراد به إلا ما كان الخيار متحققا فيه شرعا، أو بجعل المتعاقدين و المفروض ان الخيار هنا جعلي، فالشك في تحقق الخيار قبل الرد بجعل المتعاقدين. و أما ما ذكره بعض الأصحاب في رد الشيخ من بعض اخبار المسألة (٣) فلعلهم فهموا من مذهبه توقف الملك على انقضاء زمان الخيار مطلقا حتى المنفصل كما لا يبعد عن إطلاق كلامه، و اطلاق ما استدل له به من الأخبار.

و فيه ان ما افاده ان تم فانما هو في غير بيع الخيار المتعارف بين الناس، و هو تعليق اعماله على الرد، مع ان تماميته فيه ايضا محل كلام كما تقدم و افاد صاحب الجواهر في رد صاحب المصابيح بما حاصله يرجع الى امور ثلاثة:

(١) الأول: ان تعليق الخيار على الرد موجب لجهالة مبدأه.

(٢) الثاني: انه خلاف فهم اهل العرف، لأنهم يفهمون من هذا الشرط جعل الخيار في طول المدة.

الثالث: ان المنقول من الشيخ رحمه الله عدم ثبوت الملك في زمان الخيار،

(٣) و رده الأصحاب ببعض نصوص «١» الباب الدال على ان غلة المبيع للمشتري،

و لو لا كون ذلك مدة الخيار لم يصح هذا الرد، فيستكشف من ذلك انهم فهموا من هذه النصوص ان مجموع المدة ظرف للخيار.

أما الوجه الاول فقد عرفت في اول مبحث خيار الشرط تماميته، و ان ما ذكر في جوابه لا يتم.

(١) الوسائل- باب ٨- من ابواب الخيار حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٧٣

الأمر الخامس: لو تلف المبيع كان من المشتري (١) سواء كان قبل الرد أو بعده و نمائه ايضا له مطلقا. و الظاهر عدم سقوط خيار البائع فيسترد المثل أو القيمة برد الثمن أو بدله و يحتمل عدم الخيار بناء على ان مورد هذا الخيار هو الزام ان له رد الثمن و ارتجاع البيع و ظاهره اعتبار بقاء المبيع في ذلك فلا خيار مع تلفه. (٢)

و أما الوجه الثاني فقد عرفت آنفا تماميته.

و أما الوجه الثالث فقد اجاب عنه المصنف رحمه الله: بانه لعل الأصحاب فهموا من كلام الشيخ ان مذهبه توقف الملك على انقضاء زمان الخيار و لو منفصلا. فتأمل.

و بما ذكرناه ظهر ما فى كلمات المصنف و موارد الرد و القبول منها

### حكم تلف المبيع

(١) الخامس: و قد طفحت كلماتهم بانه لو تلف المبيع كان من المشتري و النماء له اما كون النماء له فواضح،

و أما كون التلف منه فالكلام فيه فى مقامين:

الأول: فى حكم تلف المبيع.

الثانى: فى حكم تلف الثمن.

اما المقام الأول: فلا كلام فى ان التلف يكون من المشتري، سواء كان قبل الرد ام بعده، و انما الكلام فى انه هل يسقط خيار البائع ام لا، و فيه اقوال:

الأول: السقوط مطلقا.

الثانى: عدمه كذلك.

الثالث: التفصيل بين ما قبل الرد و ما بعده، و السقوط فى الأول دون الثانى اختاره فى الجواهر.

و استدلل للأول بوجهين:

(٢) احدهما: الخيار متعلق بالعين، فمع تلفها يسقط الخيار لانتفاء الموضوع.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٧٤

...

و فيه: انه متعلق بالعقد، و هو ملك حل العقد، و لا مانع من ثبوته بعد تلف العين،

و هذا مضافا الى انه محقق فى محله نفس تشريع بيع الخيار اقوى شاهد له، فانه انما يكون المتعارف فيه التصرف فى الثمن بالنقل و الاتلاف، و مع ذلك يكون الخيار باقيا.

ثانيهما: ان الغرض من البيع الخيارى نوعا هو ان يصون البائع ماله بما له من الخصوصية العينية، فلا محالة يشترط ارتجاع المبيع عند رد الثمن، فمع تلف العين يسقط الخيار.

و فيه: ان المتعارف فى هذه المعاملة هو ان الغرض صون البائع ماله من التلف بما له من المالىة، من دون غرض له فى الخصوصية العينية، و العين وجودا و عدما عنده على حد سواء، و لو كان فى مورد غرض شخصى متعلق بالعين يشترط ذلك على المشتري صريحا.

و بما ذكرناه ظهر وجه عدم السقوط.

و أما القول الثالث: فغاية ما ذكره صاحب الجواهر رحمه الله فى وجهه: ان التلف بعد الرد حيث انه فى زمان الخيار، فله حينئذ الفسخ ثم الرجوع الى المثل أو القيمة، و أما التلف قبل الرد فحيث انه ليس فى زمان الخيار كى يستحق الرجوع عليه فيتجه سقوط الخيار.

و فيه: انه ان كان نظره قدس سره الى قاعدة: التلف فى زمان الخيار ممن لا- خيار له، فيرد عليه: ان مقتضاها الانفساخ لا ثبوت حق



الفسخ،

مع انه لو دلت القاعدة على ذلك كان مفادها ثبوت الخيار للبائع من هذه الجهة ايضا، وهذا لا ينافي ثبوته له قبل الرد من جهة اخرى. مع ان تلك القاعدة انما هو فيما لو تلف عند من انتقل إليه في زمان خياره، و هنا يتلف عند المشتري الذي لا خيار له. مضافا الى انه في جواب المصايح التزم بان قبل الرد ايضا يكون الخيار ثابتا، وان كان نظره الى غير تلك القاعدة فعليه البيان. فالأظهر عدم السقوط مطلقا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٧٥

ثم انه لا تنافي بين شرطية البقاء و عدم جواز تفويت الشرط (١) فلا- يجوز للمشتري اتلاف المبيع كما سيجيء في احكام الخيار لأن غرض البائع من الخيار استرداد عين ماله و لا يتم الا بالتزام ابقائه للبائع و لو تلف الثمن، (٢) فإن كان بعد الرد و قبل الفسخ، فمقتضى ما سيجيء من ان التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له (٣) كونه من المشتري و ان كان ملكا للبائع الا ان يمنع شمول تلك القاعدة للثمن و يدعى اختصاصها بالمبيع، كما ذكره بعض المعاصرين و استظهره من رواية معاوية ابن ميسرة المتقدمة و لم اعرف وجه الاستظهار (٤)

(١) قوله ثم انه لا تنافي بين شرطية البقاء و عدم جواز تفويت الشرط وجه التنافي انه إذا كان الخيار معلقا على بقاء العين و كان ذلك شرطا فهو من قبيل المقدمة الوجودية و هي لا- تكون واجبه فكيف حكموا هنا بعدم جواز اتلاف العين و الجواب عنه انه انما يلتزم بذلك من جهة ان هناك شرطين- احدهما- شرط الخيار على تقدير رد الثمن- ثانيهما- شرط الابقاء ليتمكن من استرداد العين.

### حكم تلف الثمن

(٢) و أما المقام الثاني: و هو ما لو تلف الثمن، فالكلام فيه في موضعين:

الأول: في ان تلف الثمن من البائع أو المشتري.

الثاني: في سقوط الخيار و بقاءه.

اما الموضوع الأول: فان كان التلف بعد الرد و قبل الفسخ فمقتضى القاعدة كونه من البائع لأنه مملوك له، و تكون يد المشتري امانية. و قد استدلل لكونه من المشتري.

(٣) بقاعدة التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له.

و فيه: ان مورد نصوص «١» تلك القاعدة خيار الحيوان، و الشرط مع كون التالف هو المبيع، و التعدي الى غيرهما و إلى تلف الثمن يحتاج الى دليل مفقود.

(٤) قوله و لم اعرف وجه الاستظهار الظاهر ان وجهه جعل نماء الثاني في قبال تلف المبيع، فكما ان الثاني من مالكة فكذلك الاول

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

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٧٦

اذ ليس فيها إلا- ان نماء الثمن للبائع و تلف المبيع من المشتري و هما إجماعيان حتى في مورد كون التلف ممن لا خيار له فلا حاجة لهما الى تلك الرواية و لا يكون الرواية مخالفة للقاعدة، و انما المخالف لها هي قاعدة ان الخراج بالضمان (١) إذا انضمت الى الاجماع على كون النماء للمالك، نعم الاشكال في عموم تلك القاعدة للثمن كعمومها لجميع افراد الخيار، لكن الظاهر من اطلاق غير واحد عموم القاعدة للثمن و اختصاصها بالخيارات الثلاثة اعنى خيار المجلس و الشرط و الحيوان و سيجيء الكلام في احكام

الخيار وان كان التلف قبل الرد فمن البائع بناء على عدم ثبوت الخيار قبل الرد. وفيه مع ما عرفت من منع المبنى منع البناء، (٢) فإن دليل ضمان من لا خيار له مال صاحبه هو تزلزل البيع سواء كان بخيار متصل أو منفصل كما يقتضيه اخبار تلك المسألة كما سيجيء ثم إن قلنا بأن التلف الثمن من المشتري انفسخ البيع وان قلنا بأنه من البائع. فالظاهر بقاء الخيار فيرد البدل و يرتجع المبيع.

و هذا يكشف عن ان النماء كالتلف و البائع، كالمشتري و الثمن كالمثمن - لكنه كما ترى.

(١) و قد يقال ان مقتضى قاعدة ان الخراج بالضمان إذا انضمت الى الاجماع على ان النماء للمالك، كون تلف المبيع من المشتري، و تلف الثمن من البائع.

و فيه اولاً: ان سند ما تضمن «١» القاعدة ضعيف للارسال، و جبره بالعمل غير معلوم كما بيناه في الجزء الثالث من هذا الشرح في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد و ثانياً: ان احتمالات هذه العبارة كثيرة اظهرها ان المراد بالضمان المعنى المصدرى مع امضاء الشارع له، فتختص بالعقود المعاوضية الصحيحة، و هذا هو الذى فهمه المشهور منها، فهي اجنبية عن المقام.

مع انه سيأتى فى احكام الخيار ان قاعدة التلف فى زمان الخيار حاكمة عليها.

و بما ذكرناه ظهر حكم تلف الثمن قبل الرد و انه من البائع.

(٢) قوله مع ما عرفت من منع المبنى منع البناء محصل ما افاده انه ان كان الخيار ثابتاً قبل الرد فلا ريب فى كونه مشمولاً

(١) صحيح الترمذى ج ٥ ص ٢٨٥ - و سنن ابى دود ج ٢ ص ٢٥٥. و المبسوط كتاب البيوع فصل الخراج بالضمان.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٧٧

الأمر السادس: لا إشكال فى القدرة على الفسخ برد الثمن على نفس المشتري،

أو برده على وكيله المطلق، أو الحاكم، أو العدول، مع التصريح بذلك فى العقد، (١)

و ان كان المشروط هو رده إلى المشتري مع عدم التصريح ببذله (٢) فامتنع رده إليه عقلاً لغيبة و نحوها أو شرعاً لجنون و نحوه

لقاعدة التلف فى زمان الخيار، و هى تدل على انه من المشتري، و الا فحيث ان البيع متزلزل - و لو بواسطة الخيار المنفصل - فتشمله

القاعدة ايضاً كما هو مقتضى اخبار المسألة، و الظاهر ان نظره الشريف الى ما فى نصوص الباب من قوله «١» عليه السلام: حتى يمضى

شرطه، بدعوى شموله لما إذا كان البيع فى معرض حدوث الخيار، و الا فموردها خيار الحيوان المتصل بالعقد، فهو كما ترى.

فالأظهر كونه من البائع فى الصورتين.

و أما الموضوع الثانى: فان كان الشرط رد عين الثمن، فان كان التلف قبل الرد سقط الخيار لعدم امكان رده، و الا فهو باق، كان الشرط

رد مثل الثمن أو كان التلف بعد الرد،

و وجهه واضح.

## رد الثمن الى الوكيل أو الولي

(١) السادس: لا خلاف ظاهراً فى القدرة على الفسخ برد الثمن على نفس المشتري،

أو برده على وكيله المطلق، أو الحاكم، أو العدول مع التصريح بذلك فى العقد، و وجهه ظاهر،

انما الكلام فيما إذا لم يعلق الخيار على ما يشمل الرد الى غير المشتري من الوكيل أو غيره، و الا فلا ريب فى الكفاية، بل لو علق

الخيار على الالتقاء فى البحر أو الوضع فى مكان مخصوص ثبت الخيار بذلك.

كما انه ليس مورد البحث ما لو علق الخيار على الرد الى خصوص المشتري بنحو التقييد، إذ لا ريب حينئذ في عدم الكفاية و انه لو امتنع الرد إليه سقط الخيار لتعذر شرطه

(٢) بل مورد البحث ما لو علق الخيار على الرد الى خصوص المشتري لا بنحو التقييد بل الرد إليه فقط يكون ثابتا بالقصر الذاتى لا بلحاظه بما هو مشتر فقط

(١) الوسائل - باب ٥- من ابواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٧٨

ففى حصول الشرط برده إلى الحاكم كما اختاره المحقق القمى فى بعض أجوبة مسائله و عدمه كما اختاره سيد مشايخنا فى مناهله قولان: (١) و ربما يظهر من صاحب الحدائق الاتفاق على عدم لزوم رد الثمن إلى المشتري مع غيبته حيث أنه بعد نقل قول المشهور بعدم اعتبار حضور الخصم فى فسخ ذى الخيار و انه لا- اعتبار بالأشهاد خلافا لبعض علمائنا قال: إن ظاهر الرواية اعتبار حضور المشتري ليفسخ البائع بعد دفع الثمن فما ذكره من جواز الفسخ مع عدم حضور المشتري و جعل الثمن أمانة إلى ان يجئ المشتري و ان كان ظاهرهم الاتفاق عليه إلا انه بعيد عن مساق الأخبار المذكورة، انتهى.

اقول لم اجد فيما رأيت من تعرض لحكم رد الثمن مع غيبه المشتري فى هذا الخيار و لم يظهر منهم جواز الفسخ بجعل الثمن أمانة عند البائع حتى يحضر المشتري،

و ذكرهم لعدم اعتبار حضور الخصم فى فسخ ذى الخيار إنما هو لبيان حال الفسخ من حيث هو فى مقابل العامة و بعض الخاصة، حيث اشترطوا فى الفسخ بالخيار حضور الخصم، و لا- تنافى بينه و بين اعتبار حضوره لتحقيق شرط آخر للفسخ و هو رد الثمن إلى المشتري، مع ان ما ذكره من اخبار المسألة لا يدل على اعتبار حضور الخصم فى الفسخ و ان كان موردها صورة حضوره لأجل تحقق الرد، إلا ان الفسخ قد يتأخر عن الرد بزمان، بناء على مغايرة الفسخ للرد و عدم الاكتفاء به عنه.

إذا عرفت هذا فاعلم: انه يقع الكلام فى هذا الأمر فى موارد:

الأول: فى انه هل يكفى الرد الى وكيل المشتري ام لا.

(١) الثانى: فى كفاية الرد الى الحاكم الشرعى كما عن المحقق القمى و عدمها كما عن سيد المناهل الثالث: فى انه إذا كان المشتري هو الأب و اشترى للصغير هل يكفى الرد الى الجد ام لا؟

الرابع: فى انه إذا كان المشتري هو الحاكم الشرعى و اشترى ولايته هل يكفى الرد الى حاكم آخر ام لا؟

الخامس: فى انه إذا اشترى شخص فمات هل يكفى الرد الى وارثه ام لا؟

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٧٩

نعم لو قلنا بحصول الفسخ بالرد اختص موردها بحضور الخصم لكن الأصحاب لم ينكروا اعتبار الحضور فى هذا الخيار، خصوصا لو فرض قولهم بحصول الفسخ بمجرد رد الثمن، فافهم،

و كيف كان، فالاقوى فيما لم يصرح باشتراط الرد الى خصوص المشتري هو قيام الولي مقامه، (١) لأن الظاهر من الرد الى المشتري حصوله عنده و تملكه له،

حتى لا يبقى الثمن فى ذمة البائع بعد الفسخ، و لذا لو دفع الى وارث المشتري كفى،

و كذا لو رد وارث البائع مع ان المصرح به فى العقد رد البائع و ليس ذلك لأجل ارثه للخيار، لأن ذلك متفرع على عدم مدخلية خصوص البائع فى الرد، و كذا الكلام فى وليه و دعوى ان الحاكم انما يتصرف

اما المورد الأول: فان لم يكن وكيلاً في قبض الثمن لا إشكال في عدم الكفاية،  
و ان كان وكيلاً فيه فقد يقال كما عن المحقق النائيني رحمه الله وغيره: ان عموم دليل الوكالة على فرض اطلاق الوكالة لماله و عليه  
كما هو المفروض في المقام يدل على ان قبض الوكيل قبض الموكل، فإذا كان قبض الموكل يشمل الاطلاق الرد إليه.  
وفيه: ان كان المعلق عليه الخيار قبض الموكل بما هو فعل من افعاله صح ذلك، و أما ان كان المعلق عليه احضار البائع الثمن عند  
المشترى لم يصلح دليل الوكالة للتعميم من هذه الجهة، فان معنى التوكيل الاستتابة فيما هو من وظائف الموكل، و يكون تحت  
اختياره و سلطانه، و لا تقتضى الوكالة تنزيل ذات الوكيل منزلة ذات الموكل، و لا تنزيل صفاته منزلة صفاته، فليس رد البائع إليه و  
احضار الثمن عنده رداً للثمن الى الموكل و احضاراً لديه، فلا يكون ذلك كافياً و لعله الى هذا نظر السيد الفقيه رحمه الله حيث قال:  
ان عموم دليل النيابة لا يجعل الرد الى الوكيل رداً إليه.

(١) و أما المورد الثاني: فقد استدل المحقق النائيني رحمه الله للكفاية: بعموم دليل ولاية الحاكم «١».  
وفيه: ان ولاية الحاكم ان كانت من جهة ولايته على الغائب لا يشمل دليله

(١) راجع الجزء الرابع من هذا الشرح - مبحث ولاية الحاكم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٨٠

في مال الغائب على وجه الحفظ و المصلحة، و الثمن قبل رده باق على ملك البائع و قبضه عنه الموجب لسلطنة البائع على الفسخ قد  
لا يكون مصلحة للغائب أو شبهه فلا يكون ولياً في القبض فلا يحصل ملك المشتري المدفوع بعد الفسخ مدفوعاً بأن هذا ليس تصرفاً  
اختيارياً من قبل الولي حتى يناط بالمصلحة، بل البائع حيث وجد من هو منصوب شرعاً لحفظ مال الغائب صح له الفسخ إذ لا يعتبر فيه  
قبول المشتري أو وليه للثمن حتى يقال ان ولايته في القبول متوقفة على المصلحة، بل المعتبر تمكين المشتري أو وليه منه إذا حصل  
الفسخ، و مما ذكرنا يظهر جواز الفسخ برد الثمن الى عدول المؤمنين ليحفظوها حسبة عن الغائب و شبهه، و لو اشترى الاب للطفل  
بخيار البائع فهل يصح له الفسخ مع رد الثمن الى الولي الآخر، اعني الجد مطلقاً، (١) أو مع عدم التمكّن من الرد الى الاب، أو لا؟  
وجوه و يجري مثلها

المقام، فان موردها مال الغائب، و الغائب لا مال له في المقام قبل الرد، فانه للبائع لا المشتري. و ان كانت من جهة ولايته على الممتنع  
فلا بد من التفصيل المتقدم، فان دليل الولاية يدل على ان للحاكم تصدى ما هو فعل الممتنع، و عليه فان كان المعلق عليه الخيار قبض  
المشترى بما هو فعله كان مقتضى عموم دليل الولاية ان للحاكم ذلك و ان فعله بمنزلة فعله، و ان كان المعلق عليه احضار البائع الثمن  
عنده لم يكف دليل الولاية، فانه ليس هناك فعل امتنع المشتري عنه كي يكون للحاكم الولاية عليه.

هذا بناء على شمول دليل الولاية للامتناع الاضطراري، و الا لم يكف في الفرض الأول ايضاً.

(١) و أما المورد الثالث: فالأظهر عدم الكفاية مطلقاً حتى في مورد قيام الحاكم و الوكيل مقامه، فان دليل ولاية الجد انما يدل على  
ولايته في عرض ولاية الأب بخلاف دليل نيابة الوكيل و ولاية الحاكم، فلا يقيم الجد مقام الأب، و لا يكون فعله فعله، و عليه فان كان  
الشرط الرد الى الأب بما هو ولي كفى الرد الى الجد، لكنه خارج عن فرض المسألة، و ان كان هو الرد الى الأب بما هو لم يكف الرد  
الى الجد قطعاً.

و ما افاده المحقق النائيني رحمه الله من انه يكفي: لولاية كل منهما على الطفل، فقبض

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٨١

فيما لو اشترى الحاكم للصغير، فرد البائع إلى حاكم آخر و ليس في قبول الحاكم الآخر مزاحمةً للاول حتى لا يجوز (١) قبوله للثمن و لا يجرى ولايته بالنسبة الى هذه المعاملة بناء على عدم جواز مزاحمة حاكم لحاكم آخر في مثل هذه الامور لما عرفت من ان اخذ الثمن من البائع ليس تصرفاً اختيارياً بل البائع إذا وجد من يجوز ان يملك الثمن عن المشتري عنه فسخه جاز له الفسخ و ليس في مجرد تملك الحاكم الثاني الثمن عن المشتري مزاحمةً للحاكم الأول غاية الأمر و جوب دفعه إليه مع احتمال عدم الوجوب لأن هذا ملك جديد للصغير لم يتصرف فيه الحاكم الأول فلا مزاحمةً لكن الأظهر انها مزاحمةً عرفاً. (٢)

### رد الثمن الى الحاكم

كل منهما قبض الطفل،

غريب، فان المعلق عليه ليس قبض الطفل بل قبض الأب الذي هو المشتري و أما المورد الرابع: فقد استدل المصنف رحمه الله للكفاية فيه:

(١) بان قبول الحاكم الآخر و تملكه ليس مزاحمةً للحاكم الأول كي لا يجوز، ثم قال:

(٢) لكن الأظهر انها مزاحمةً عرفاً.

و استدل المحقق النائيني رحمه الله لعدم الكفاية: بانه بتصرف الحاكم الأول و وضع يده عليه خرج مال الطفل عن المال الذي لا ولى له، فليس للحاكم الآخر التصرف في هذا المال.

الظاهر ان هذه الكلمات اجنبية عما هو محل البحث، فان مورد البحث كفاية رد البائع الثمن الى الحاكم الآخر مع اشتراط الرد الى الحاكم المشتري نفسه، و لا-ريب في انه ليس له ذلك لعدم ولايته على الحاكم الآخر، نعم إذا كان الشرط الرد الى الحاكم كفى. فتدبر حتى لا تبادر بالاشكال.

و أما المورد الخامس: فالأظهر عدم الكفاية، فان الرد الى الوارث ليس رداً الى المورث الذي علق عليه الخيار.

و ما افاده المحقق النائيني رحمه الله: بان الوارث ينتقل إليه المال على نحو تعلق حق المورث البائع إليه فالرد إليه كالرد الى مورثه، غير تام، فان ما افاده يتم في ورثة البائع، و الكلام انما هو في ورثة المشتري.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٨٢

الأمر السابع: إذا اطلق اشتراط الفسخ برد الثمن لم يكن له ذلك الا برد الجميع، (١) فلو رد بعضه لم يكن له الفسخ و ليس للمشتري التصرف في المدفوع إليه لبقائه على ملك البائع. و الظاهر انه ضامن له لو تلف إذا دفعه إليه على وجه الثمنية الا ان يصرح بكونها امانة عنده الى ان يجتمع قدر الثمن فيفسخ البائع، و لو شرط البائع الفسخ في كل جزء برد ما يخصه من الثمن (٢) جاز الفسخ فيما قابل المدفوع و للمشتري خيار التبعض إذا لم يفسخ البائع بقیة المبيع و خرجت المدعة و هل له ذلك

### حكم الفسخ برد بعض الثمن

(١) الأمر السابع: لا خلاف و لا كلام في انه إذا اطلق اشتراط الفسخ برد الثمن ليس له الفسخ الا برد الجميع،

فلو رد بعضه لم يكن له الفسخ، و ليس للمشتري التصرف في المدفوع إليه لبقائه على ملك البائع.

كما لا كلام في انه لو اشترط الفسخ برد بعضه له ذلك،

(٢) انما الكلام في انه لو اشترط الفسخ في كل جزء برد ما يخصه من الثمن،

و الكلام فيه يقع فى موردين:

الأول: فى صحة هذا الشرط و فساد.

الثانى: فى انه على فرض فسخ البعض لو قلنا بصحة هذا الشرط هل يثبت للمشتري الخيار ام لا؟

اما المورد الأول فقد استدل للفساد بوجهين:

احدهما: ما عن المستند، و هو: ان شرط الخيار فى نفسه شرط مخالف للسنة، و انما التزمنا به للاجماع و النصوص «١» الخاصة، و

مورد النصوص شرط الخيار بالفسخ فى الجميع، و التعدى يحتاج الى دليل مفقود، و المتيقن من الاجماع غير المقام.

وفيه: ما تقدم مفصلا من انه ليس شرطا مخالفا للسنة، و انه يصح على القاعدة.

(١) الوسائل - باب ٧- من ابواب الخيار.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٨٣

قبل خروجها الوجه ذلك (١) و يجوز اشتراط الفسخ فى الكل برد جزء معين من الثمن فى المدة بل بجزء غير معين (٢) فيبقى الباقي

فى ذمة البائع بعد الفسخ.

ثانيهما: ان الالتزام العقدى امر بسيط، فاما ان يجعل للمشروط له تمام الالتزام و أما يطل. و بعبارة اخرى: انه غير قابل للتبويض.

وفيه: ان الالتزام و ان كان واحدا و إذا لم يجعل الخيار بهذا النحو كان جميع اجزاء الملتزم به متحد الحكم، و لا يجوز الفسخ فى البعض.

و أما إذا جعل له الخيار بهذا النحو فالالتزام المزبور ينحل الى الالتزام بكون كل جزء من المبيع فى مقابل كل جزء من الثمن، بلا ربط

له بسائر الأجزاء، فكأنه التزامات عديدة، و عليه فلا مانع من فسخ البعض دون البقية،

فالأظهر صحة هذا الشرط.

و أما المورد الثانى: فان كان المجمعول رد كل جزء مستقلا و لو لم يرد البقية لا خيار للمشتري قطعاً، فانه الذى اقدم على ذلك.

و ان كان رد الجميع بهذا النحو فما دام لم تخرج المدة و كانت باقية لا خيار له، فان المشتري اقدم على الفسخ تدريجا،

و أما ان خرجت المدة فلم يفسخ الجميع بل فسخ البعض فحينئذ ان كان جعل الخيار له بهذا منوطا برد الثمن بتمامه تدريجا كشف

ذلك عن بطلان ما فعله من الفسخ لعدم حصول المعلق عليه، و ان لم يكن منوطا به بل شرط فى ضمن هذا الجعل ان يفسخ الجميع

كان للمشتري خيار تخلف الشرط.

و على اى حال لا وجه لثبوت خيار التبويض الذى افاده المصنف رحمه الله.

(١) و اضعف منه الالتزام بشبوته و ان لم تخرج المدة.

(٢) قوله بل بجزء غير معين فيبقى الباقي فى ذمة البائع بعد الفسخ لا يقال انه يبطل حينئذ للجهل بالجزء غير المعين فانه يجاب عنه بان

هذا الجهل لا يوجب الغرر المبطل بعد ضبط مدة الخيار من حيث المبدأ و المنتهى، إذ لا ريب فى صحة جعل الخيار مع عدم التعليق

على رد الثمن فإذا لم يكن اصله معتبرا لم يكن وجه لاعتبار تعيينه.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٨٤

الأمر الثامن: كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن كذا يجوز للمشتري اشتراط الفسخ برد الثمن (١) و لا اشكال فى انصراف

الاطلاق الى العين و لا فى جواز التصريح برد بدله مع تلفه، لأن مرجعه إلى اشتراط الخيار برد المبيع مع وجوده و بدله مع تلفه، و عدم

بقاء مال البائع عند المشتري بعد الفسخ و فى جواز اشتراط رد بدله و لو مع التمكن من العين اشكال، من انه خلاف مقتضى الفسخ،

لأن مقتضاه رجوع كل من العوضين الى صاحبه فاشتراط البدل اشتراط للفسخ على وجه غير مشروع بل ليس فسخا في الحقيقة، نعم لو اشترط رد التالف بالمثل في القيمي، و بالقيمة في المثلي (٢) امكن الجواز لأنه بمنزلة اشتراط ايفاء ما في الذمة بغير جنسه، لا اشتراط ضمان التالف المثلي بالقيمة و القيمي بالمثل، و لا اشتراط رجوع غير ما اقتضاه العقد الى البائع، فتأمل. و يجوز اشتراط الفسخ لكل منهما برد ما انتقل إليه أو بدله و الله العالم.

### مسألة: لا اشكال و لا خلاف في عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع، (٣)

#### إشارة

و جريانه في كل معاوضة لازمة، كالإجارة و الصلح و المزارعة و المساقات، بل قال في التذكرة الأقرب عندي دخول خيار الشرط في كل عقد معاوضة خلافا للجمهور،

(١) الكلام في صحة هذا الشرط هو الكلام في صحة شرط الخيار برد المبيع في جميع الصور الخمس أو الست المتقدمة مع جميع فروعه فلا وجه للاعادة.

(٢) قوله نعم لو اشترط رد التالف بالمثل في القيمي إذ كما ان مرجع هذا الاشتراط الى اشتراط ايفاء و لا يكون منافيا لحقيقة الفسخ، كذلك اشتراط رد البدل مع وجود العين فان مرجعه الى اشتراط تملك البدل بدلا عن العين المرجوعه بمقتضى الفسخ.

#### جريان خيار الشرط في العقود الجائزة

(٣) مسألة: هل يختص خيار الشرط بالبيع ام يعم كل معاوضة لازمة، أو العقود مطلقا، ام يدخل خيار الشرط في الايقاعات ايضا؟

و تمام الكلام فيها بالبحث في مقامات

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٨٥

و مراده ما يكون لازما (١) لانه صرح بعدم دخوله في الوكالة و الجعالة و القراض و العارية و الوديعة لأن الخيار لكل منهما دائما فلا معنى لدخول خيار الشرط فيه. و الأصل فيما ذكر عموم المؤمنون عند شروطهم، بل الظاهر المصرح به في كلمات جماعة دخوله في غير المعاوضات من العقود اللازمة و لو من طرف واحد،

بل إطلاقها يشمل العقود الجائزة، إلا ان يدعى من الخارج عدم معنى للخيار في العقد الجائز، و لو من الطرف الواحد، فعن الشرائع و الارشاد و الدروس و تعليق الارشاد و مجمع البرهان و الكفاية، دخول خيار الشرط في كل عقد سوى النكاح و الوقف و الإبراء و الطلاق و العتق و ظاهرها ما عدا الجائز. و لذا ذكر نحو هذه العبارة في التحرير بعد ما منع الخيار في العقود الجائزة و كيف كان. فالظاهر عدم الخلاف بينهم في ان مقتضى عموم أدلة الشرط الصحة في الكل و إنما الإخراج لمانع، (٢) و لذا قال في الدروس بعد حكاية المنع من دخول خيار الشرط في الصرف عن الشيخ قدس سره انه لم يعلم وجهه مع عموم صحيحة ابن سنان: المؤمنون عند شروطهم. فالمهم هنا بيان ما خرج عن هذا العموم.

الأول: في العقود الجائزة.

الثاني: في الايقاعات.

الثالث: في العقود اللازمة.

اما الأول: فظاهر الشرائع، و الارشاد، و الدروس، و تعليق الارشاد، و مجمع البرهان، و الكفاية دخول خيار الشرط فيها:



- (١) و توجيه الشيخ كلماتهم بان مرادهم العقود اللازمة، لا وجه له: إذ لم يذكر وجهها له سوى ان هذه العبارة التي في هذه الكتب ذكرها في التحرير بعد ما منع من الخيار في العقود الجائزة، و هو كما ترى.
- (٢) و كيف كان: فقد استدل لعدم الجريان في مقابل عموم ما دل على نفوذ كل شرط و صحته «١». بوجوه:

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

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٨٦

فنقول اما الايقاعات فالظاهر عدم الخلاف في عدم دخول الخيار فيها (١)

كما يرشد إليه استدلال الحل في السرائر على عدم دخوله في الطلاق بخروجه عن العقود، قيل لأن المفهوم من الشرط ما كان بين اثنين (٢) كما ينبه عليه جملة من الاخبار و الايقاع انما يقوم بواحد

منها: انه من قبيل تحصيل الحاصل، فان السلطنة على الفسخ فيها ثابتة دائما و لا تنفك عنها و لا تسقط بالاسقاط.

و فيه: ان الثابت بالشرط فرد آخر من السلطنة دون ما هو من لوازمها.

و منها: انه يلزم اجتماع المثليين. و قد تقدم الجواب عن ذلك في خيار الحيوان.

و منها: لزوم اللغو، فانها جائزة ذاتا، فجعل الخيار فيها لغو رأسا.

و فيه: ان هذه السلطنة المجعولة غير ما هو من لوازم العقد و ثابت فيها، فان تلك السلطنة غير قابلة للمصالحة و الاسقاط و الارث، و

هذه قابلة لتلك، فيمكن ان ينقلها الى غيره بالصلح و نحوه و يرثها وارثه. فالأظهر صحة جعل الخيار فيها.

ثم ان هذه الوجوه لو تمت فانما هي في جعل الخيار للعاقدة، و أما جعله للأجنبي فلا يجرى شيء منها فيه.

و افاد المحقق النائيني رحمه الله: ان العقود الاذنية كالوكالة لا يجرى فيها الخيار لوجه آخر،

و هو: ان اطلاق العقد عليها انما هو لكونها واقعة بين اثنين، و الا فنفس حقيقتها متقومة بالاذن المحض و الرضا الصرف.

و فيه: ان مجرد ذلك لا يمنع من جعل الخيار بعد كون هذا الاذن و الرضا بعنوان العقد و الالتزام، و له آثار غير ما هو مترتب على

الاذن المحض.

### جريان الخيار في الايقاعات

(١) و أما المقام الثاني: و هو انه هل يثبت هذا الخيار في الايقاعات ام لا؟

و قد استدل لعدم دخول ذلك فيها بوجوه:

(٢) منها: ان المفهوم من الشرط ما كان بين اثنين، كما نبه عليه جملة من الأخبار،

و الايقاع انما يقوم بواحد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٨٧

و فيه ان المستفاد من الاخبار كون الشرط قائما بشخصين المشروط له و المشروط عليه لا كونه متوقفا على الايجاب و القبول، ألا

ترى انهم جوزوا ان يشترط في اعتاق العبد خدمة مدة، تمسكا بعموم: المؤمنون عند شروطهم غاية الأمر توقف لزومه كاشتراط مال

على العبد على قبول العبد، على قول بعض، لكن هذا غير اشتراط وقوع الشرط بين الايجاب و القبول. فالاولى الاستدلال عليه مضافا

الى امكان منع صدق الشرط و انصرافه (١) خصوصا على ما تقدم عن القاموس بعد مشروعية الفسخ في الايقاعات حتى تقبل لاشتراط

التسلط على الفسخ فيها و الرجوع في العدة ليس فسحا للطلاق، بل هو حكم شرعي في بعض اقسامه لا يقبل الثبوت في غير مورده، بل

ولا السقوط في مورده، و مرجع هذا الى ان مشروعية الفسخ لا بد لها من دليل، و قد وجد في العقود من جهة مشروعية الاقالة، و ثبوت خيار المجلس و الحيوان و غيرهما في بعضها بخلاف الايقاعات، (٢) فإنه لم يعهد من الشارع تجويز نقض اثرها بعد وقوعها حتى يصح اشتراط ذلك فيها.

و فيه: ان الشرط متقوم بامرین: مشروط له، و مشروط عليه، و هذا غير كون مورده و محله متقوما بامرین، فلو سلم احتياج الشرط الى القبول فانما هو محتاج الى قبول الشرط لا قبول محله و مورده.

و منها: الاجماع الذى ادعاه فى المبسوط على عدم دخوله فى الطلاق و العتق، و الذى ادعاه فى المسالك على عدم دخوله فى البراء. و فيه: انه مضافا الى كونه اخص من المدعى، ليس اجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم عليه السلام.

(١) و منها: ما فى المتن، و هو: منع صدق الشرط و انصرافه عما هو فى ضمن الايقاع و فيه: ان غاية ما يثبت بالدليل خروج الشروط الابتدائية عن تحت ادلة الشروط اما تخصيصا أو تخصصا، و أما لزوم كونه فى ضمن التزامين و عدم كفايته ما هو فى ضمن التزام واحد فمما لم يدل عليه دليل، بل النصوص الآتية تدل على عدم لزوم ذلك.

(٢) و منها: ما فى المتن ايضا، و حاصله: ان دليل الشرط انما يدل على ايجاب ما هو سائغ فى نفسه، و مشروعية الفسخ لا بد لها من دليل، و قد وجد فى العقود من جهة

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٨٨

و بالجملة فالشرط لا يجعل غير السبب الشرعى سببا، فإذا لم يعلم كون الفسخ سببا لارتفاع الايقاع أو علم عدمه بناء على ان اللزوم فى الايقاعات حكم شرعى كالجواز فى العقود الجائزة فلا يصير سببا باشتراط التسلط عليه فى متن الايقاع هذا كله مضافا الى الاجماع عن المبسوط و نفى الخلاف عن السرائر على عدم دخوله فى العتق و الطلاق و إجماع المسالك على عدم دخوله فى العتق و الإبراء، و مما ذكرنا فى الايقاع يمكن ان يمنع دخول الخيار فيما تضمن الايقاع و لو كان عقدا كالصلح المفيد فائدة البراء كما فى التحرير و جامع المقاصد

مشروعية الاقالة و ثبوت خيار المجلس و الحيوان فيها، و لم يثبت ذلك فى الايقاعات.

و فيه: انه لم تثبت مشروعية الفسخ فى العقود- اى الفسخ الذى يجعل للمشروط له- بل الثابت عدمها قبل الشرط،

و مشروعية الاقالة و الفسخ بسبب خيار المجلس أو الحيوان لا توجب مشروعية الفسخ بسبب آخر،

مع انها غير ثابتة، بالاضافة الى الأجنبية، و يصح جعل الخيار له.

و منها: ما افاده المصنف رحمه الله فى آخر كلامه، و حاصله: اناطة دخول الشرط بصحة التقايل، فيكون الالتزام فى ضمن العقد مثلا بمنزلة رضا المتعاقدين بعده، فإذا كان تراضيهما بعد العقد كافيا فى الانحلال كان الالتزام به فى ضمن العقد كافيا فى تسلط المشروط له على حله، و الا فلا.

و فيه: ان اعتبار كون الالتزام بمنزلة التراضى بعد العقد لا يكون من منشآت الشارط و لم يدل دليل على كونه كذلك بحسب الجعل الشرعى فلا وجه له.

و منها: ان دليل الشرط خصص بما دل على عدم نفوذ ما خالف الكتاب و السنة،

و شرط الخيار فى الايقاع ان علم كونه مخالفا للسنة من جهة كون لزومه حكما لا حقا،

فهو و الا فالنتيجة نتيجة ثبوته فى عدم جواز شرط الخيار، لعدم جواز التمسك بالعام فى الشبهة المصدقية.

و فيه: انه سيجىء فى محله انه فى موارد الشك مقتضى اصالة عدم المخالفة البناء على شمول العموم لها.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٨٩

و في غاية المرام ان الصلح ان وقع معاوضة دخله خيار الشرط و ان وقع عما في الذمة مع جهالته أو على اسقاط الدعوى قبل ثبوتها لم يدخله لأن مشروعيته لقطع المنازعة فقط، و اشتراط الخيار لعود الخصومة ينافى مشروعيته و كل شرط ينافى مشروعية العقد غير لازم، انتهى و الكبرى المذكورة في كلامه راجعة الى ما ذكرنا في وجه المنع عن الإيقاعات، و لا- أقل من الشك في ذلك الراجع الى الشك في سبب الفسخ لرفع الإيقاع.

و منها: ان الخيار ملك الفسخ و الحل، و لا حل الا بين امرين مرتبطين، فلا يعقل في الإيقاع الذي هو التزام واحد. و فيه: ان الفسخ رفع الأمر الثابت كان واحدا ام متعددا. و منها: ما افاده المحقق النائيني رحمه الله، و حاصله: ان الإيقاع حيث انه إذا انشأ يوجد المنشأ و لا يتوقف على القبول، فالشرط الواقع بعده اما يرجع الى الشرط الابتدائي لو لم ينط المنشأ به، و أما الى تعليق المنشأ الذي هو باطل لو انيط اصل المنشأ به، و أما الى تخصيص المنشأ بخصوصية. و على اي تقدير فهو خارج عن الالتزام في ضمن الالتزام الذي هو محل الكلام، و هذا بخلاف العقود، فانه يعقل فيها اناطة المنشأ به بحيث يصير الشرط ضميمة لأحد العوضين. و فيه: انه في العقود لا يناط المنشأ به بهذا المعنى، و لذا لا يرد من العوض بمقدار ما يقابل به الشرط، و سيأتي في باب الشروط بيان حقيقة الشرط و انه امر يوجد في العقد و الإيقاع بلا تفاوت بينهما. فتحصل: ان الأظهر صحة شرط الخيار في الإيقاع الا ما خرج بالدليل، و يشهد له- مضافا الى ذلك- النصوص الواردة فيمن يعتق عبده أو جاريته و يشترط عليه العمالة أو الخدمة «١».

(١) الوسائل- باب ١٠- من ابواب كتاب العتق.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٩٠

و أما العقود فمنها ما لا يدخله اتفاقا، و منها ما يختلف فيه، و منها ما يدخله اتفاقا. (١) فالأول: النكاح، (٢) فإنه لا- يدخله اتفاقا، كما عن الخلاف و المبسوط و السرائر و جامع المقاصد و المسالك، الاجماع عليه و لعله لتوقف ارتفاعه شرعا على الطلاق (٣) و عدم مشروعية التقايل فيه. (٤)

### جريان الخيار في غير البيع من العقود اللازمة

(١) و أما المقام الثالث: و هو جريان الخيار في العقود اللازمة، فملخص القول فيه:

انها على اقسام:

الأول: ما ادعى انه لا يدخله شرط الخيار اتفاقا.

الثاني: ما يختلف فيه.

الثالث: ما يدخله اتفاقا.

(٢) اما القسم الأول: فهو النكاح و قد استدل على المنع فيه بوجوه:

(٣) احدها: ما ذكره المنصف رحمه الله في المقام، و هو: توقف ارتفاعه شرعا على الطلاق.

وفيه: انه لو كان دليل الطلاق دالا- على عدم ارتفاعه و لو بنحو رفع علقه النكاح من دون انشاء بينونة و الفرقه بغير الطلاق اما بالمنطوق أو بالمفهوم كان ما افاده متينا جدا،  
و لكن حيث انه لا يدل على ذلك فلا يصح هذا الاستدلال.

(٤) ثانيها: ما افاده المصنف رحمه الله ايضا، و هو: عدم مشروعية التقايل فيه. و تقدم تقريبه مع جوابه.

ثالثها: ما افاده صاحب الجواهر رحمه الله، و هو: ان فيه شائبة العبادة التي لا تقبل الخيار و فيه: ان مجرد ذلك لا يكفي لكونه عبادة لا يجرى فيها الخيار، فانه لا يعتبر فيه القرية قطعا.

رابعها: ما عن الجواهر ايضا، و هو: ان اشتراط الخيار فيه يفضى الى ابتدال المرأة، و هو ضرر لها.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٩١

و من الثاني: الوقف، فإن المشهور عدم دخوله فيه (١) و عن المسالك انه موضع وفاق و يظهر من محكى السرائر و الدروس وجود الخلاف فيه، و ربما علل باشتراط القرية فيه (٢) و انه فك ملك بغير عوض و الكبرى في الصغريين ممنوعة، (٣) و يمكن الاستدلال له

و فيه: انه مع اقدمها عليه لا يوجب دليل نفى الضرر نفيه.

خامسها: ان شرط الخيار مناف للدوام المعترف في النكاح الدائم، فهو شرط مخالف لمقتضى العقد.

و فيه: ان الخيار لا ينافى الدوام، فانه رفع للموجود لا توقيت له في البيع، و لذا في البيع لا إشكال في صحته شرطه، مع انه ايضا انشاء للملكية الدائمة.

سادسها: انه شرط مخالف للسنة، لأن لزوم النكاح حكى لا حقى، و لا أقل من الشك في ذلك، فلا يجوز التمسك بالعام.

و فيه: انه لم يثبت كونه كذلك، و قد مر أن الشك في ذلك يكفي في التمسك بالعام لأصالة عدم المخالفة.

فالأظهر انه لا دليل على المنع سوى الاجماع المدعى في كلمات غير واحد، و لا بأس به.

(١) و أما القسم الثاني: فمنه الوقف.

فقد استدل للمنع فيه بوجوه:

(٢) منها: انه يشترط القرية فيه، و ما كان لله لا يرجع.

(٣) و المصنف اورد عليه: بمنع الكبرى و اورد عليه السيد قده و تبعه المحقق الايروانى: بانه قده سيعترف بصحة الكبرى في الصدقة.

و لكن يمكن ان يقال: ان ما ذكره في المقام لا- ينافى مع ما ذكره في الصدقة، فانه يسلم دلالة النصوص «١» المتضمنة لذلك

المضمون على اللزوم غير القابل للفسخ، الا ان منعه في المقام من جهة عدم شمولها بما لها من المعنى للمقام فان المراد بها ليس ما

يقع في الخارج

(١) الوسائل- باب ١١- من ابواب كتاب الوقوف و الصدقات و- باب ٦- من ابواب الكتاب الهبات و- باب ٢٤- من ابواب الصدقة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٩٢

بالموتقة المذكورة في مسألة شرط الواقف كونه احق بالوقف عند الحاجة و هي قوله عليه السلام من اوقف أرضا ثم قال: ان احتجت

إليها فأنا احق بها، ثم مات الرجل فإنها ترجع في الميراث (١) و قريب منها غيرها و في دلالتها على المدعى تأمل، و يظهر من المحكى

عن المشايخ الثلاثة في تلك المسألة تجوز اشتراط الخيار في الوقف و لعله المخالف الذي أشير إليه في محكي السرائر و الدروس

الله و ان امكن ان يقع لغيره كالبيع، و لاما يشترط في صحته الوقوع لله كالوقف، بل المراد بها ما لا يقع في ذاته الا الله كالصدقة بالمعنى الأخص التي تكون القربة من قبيل الفصل المقوم لها لا الشرط.

و يمكن ان يورد على هذا الوجه: بمنع الصغرى ايضا، فانه و ان كان المشهور اعتبار القربة في الوقف الا ان الأظهر تبعا لجمع من الأساطين عدم اعتبارها للاطلاقات و لما دل على صحة وقف الكافر، و اطلاق الصدقة عليه انما يكون باعتبار الأفراد التي تقع في الخارج مع قصد القربة. و تمام الكلام في محله.

و منها: انه فك ملك بلا عوض، و شرط الخيار يصح في العقود المعاوضة.

و فيه اولاً: ان الوقف حقيقته ليست فك الملك بل حبس العين و تسهيل المنفعة.

و ثانياً: انه قد مر جريان شرط الخيار في الايقاع فضلا عما هو بمنزلته.

و منها خبر اسماعيل بن الفضل عن مولانا الصادق عليه السلام عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير، و قال: ان احتجت الى شيء من المال فانا احق به ترى ذلك له و قد جعله الله يكون له في حياته، فإذا هلك الرجل يرجع ميراثا الى اهله أو يمضى صدقة قال عليه السلام: يرجع ميراثا على اهله «١».

(١) و موثقه الآخر «٢» المذكور في المتن و تقريب دلالتهم: انهما يدلان على بطلان الوقف، و ليس الا من جهة اشتماله على الشرط المزبور.

(١) الوسائل - باب ٣ - من ابواب كتاب الوقوف و الصدقات حديث ٣.

(٢) التهذيب ج ٩ ص ٩٥٠ طبع النجف.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٩٣

و أما حكم الصدقة فالظاهر انه حكم الوقف، قال في التذكرة في باب الوقف:

انه يشترط في الوقف الالتزام فلا يقع لو شرط الخيار فيه لنفسه و يكون الوقف باطلا كالعتق و الصدقة، انتهى.

لكن قال في باب خيار الشرط: اما الهبة المقبوضة فإن كانت لأجنبي غير معوض عنها و لا قصد بها القربة و لا تصرف المتهدب، يجوز للواهب الرجوع فيها و ان اختل احد القيود لزم، و هل يدخلها خيار الشرط الاقرب ذلك، انتهى.

و ظاهره دخول الخيار في الهبة اللازمة حتى الصدقة، و كيف كان فالأقوى عدم دخوله فيها لعموم ما دل على انه لا يرجع فيما كان

لله، (١) بناء على ان المستفاد منه كون اللزوم حكما شرعيا لماهية الصدقة نظير الجواز للعقود الجائزة، و لو شك في ذلك كفى في

عدم سببية الفسخ التي يتوقف صحة اشتراط الخيار عليها و توهم امكان اثبات السببية بنفس دليل الشرط واضح الاندفاع

و فيه: انه يمكن ان يقال بدلالتهما على الصحة بقريته التعبير بالرجوع، إذ مع البطلان لا رجوع بل هو باق على ملكه، فيدلان على صحة

الوقف و الشرط، و انه يعود إليه عند الحاجة، ثم ان مات يرثه وارثه،

و على فرض دلالتهما على البطلان يمكن ان يكون الوجه فيه ادخال نفسه في الوقف.

و قد استدلل للمنع ببعض الوجوه المتقدمة،

فالأظهر تبعا للمشايخ الثلاثة جواز اشتراط الخيار في الوقف.

و منه: الصدقة.

(١) وقد استدلل المصنف رحمه الله لعدم دخول خيار الشرط فيها: بعموم ما دل على انه لا يرجع فيما كان لله، وهي اخبار مستفيضة: منها: قوله عليه السلام «١»: انما الصدقة لله عز وجل، فما جعل لله عز وجل فلا رجعة له فيه ونحوه غيره. وتقريب الاستدلال بها: انها تدل على ان اللزوم حكم لماهية الصدقة، وانها ماهية منافية للرجوع، وهذا المعنى آب عن لحوق خصوصية توجب تغير الحكم، فلا يصح جعل الخيار فيها.

(١) الوسائل - باب ١١ - من ابواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٩٤

ومن الصلح، (١) فإن الظاهر المصرح به في كلام جماعة كالعلامة في التذكرة، دخول الخيار فيه مطلقا، بل عن المهذب البارع في باب الصلح الاجماع على دخوله فيه بقول مطلق. وظاهر المبسوط كالمحكي عن الخلاف عدم دخوله فيه مطلقا. وقد تقدم التفصيل عن التحرير و غاية المرام ولا يخلو عن قرب (٢)

وورد على الاستدلال بها السيد الفقيه رحمه الله: بانه لا يصدق الرجوع الى الصدقة على الفسخ بالخيار، لأن اخراجه للمال ليس على كل تقدير، و الاخراج الخيارى المترئزل ليس اخراجا حقيقه، فالرجوع انما يصدق مع كون المال باقيا على الوقفية أو الصدقة أو نحو ذلك لا مثل المقام.

وفيه: ان الرجوع الحقيقي هو رد الملك وهو المراد في هذه النصوص، إذ الرجوع الممنوع عنه في الصدقة هو ما يكون جائزا في الهبة، و من المعلوم ان الرجوع الجائز فيها رد الملك لا التصرف في الموهوب مع بقاء الهبة، فالأظهر عدم دخول خيار الشرط فيها.

(١) و منه: الصلح.

وفيه: اقوال:

الأول: دخوله فيه مطلقا، و لعله المشهور، و عن غير واحد: دعوى الاجماع عليه.

الثاني: عدم دخوله كذلك، و هو المنسوب الى الشيخ في المبسوط و الخلاف.

الثالث: التفصيل بين الصلح الذي فائدته البراء فلا يدخل فيه، و غيره فيدخل،

ذهب إليه العلامة في التحرير و المحقق الثاني في جامع المقاصد،

(٢) و اختاره المصنف رحمه الله و قد استدلل للمنع في المفيد فائدة البراء بوجوه:

احدها: ما عن غاية المرام بان مشروعيتها لقطع المنازعة فقط، و اشتراط الخيار لعود الخصومة ينافي مشروعيتها، و كل شرط ينافي مشروعية العقد غير لازم.

وفيه: اولاً: ان مشروعيتها ليست لخصوص قطع المنازعة، و لذا الصلح في غير

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٩٥

لما تقدم من الشك في سببية الفسخ لرفع البراء أو ما يفيد فائدته (١) و منه الضمان: (٢) فإن المحكي عن ضمان التذكرة و القواعد: عدم دخول خيار الشرط فيه،

و هو ظاهر المبسوط و الاقوى دخوله فيه لو قلنا بالتقاييل فيه، و منه الرهن (٣) فإن المصرح به في غاية المرام عدم ثبوت الخيار للراهن لأن الرهن وثيقة للدين،

و الخيار ينافي الاستيثاق (٤) و لعله لذا استشكل في التحرير و هو ظاهر المبسوط،

و مرجعه الى ان مقتضى طبيعة الرهن شرعا بل عرفا كونها وثيقة، و الخيار مناف لذلك.

مقام الدعوى صحيح.

و ثانيا: ان مجرد ذلك لا يصلح للمنع لأنه حكمه لا علة.

(١) الثاني: ما افاده المصنف رحمه الله، قال: لما تقدم من الشك في سبب الفسخ لرفع البراء، أو ما يفيد فائدته. انتهى.

و فيه: ما تقدم من ان الشك في السبب لا يمنع من نفوذ الشرط.

الثالث: انه ايقاع، و لا يدخل شرط الخيار في الايقاع.

و فيه: اولا: انه عقد لا إيقاع، و ان كان البراء ايقاعا.

و ثانيا: انه قد تقدم دخوله في الايقاع.

فالأظهر جريانه فيه مطلقا.

(٢) و منه: الضمان.

و قد استدل المحقق النائيني رحمه الله للمنع من دخول شرط الخيار فيه: بان لزومه حكمى كالنكاح، لأن من آثاره انتقال الدين الى

ذمة الضامن و براءة المديون، فارجاعه الى ما كان لا يمكن الا بضمان آخر.

و فيه: ما تقدم من انه لو لا الاجماع لكنا ملتزمين بدخوله في النكاح فضلا عن الضمان.

(٣) و منه: الرهن.

(٤) و قد استدل للمنع فيه: بان الرهن وثيقة، للدين و الخيار ينافى الاستيثاق.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٥، ص: ٣٩٦

و فيه ان غاية الأمر كون وضعه على اللزوم، فلا ينافى جواز جعل الخيار بتراضى الطرفين، (١) و منه الصرف فإن صريح المبسوط و

الغنية و السرائر عدم دخول خيار الشرط فيه، مدعين على ذلك الاجماع و لعله لما ذكره في التذكرة للشافعى المانع عن دخوله في

الصرف و السلم من ان المقصود من اعتبار التقابض فيهما ان يفترقا و لا يبقى بينهما علقه و لو اثبتنا الخيار بقيت العلقه، و الملازمة

ممنوعه، كما في التذكرة، و لذا جزم فيها بدخوله في الصرف (٢) و ان استشكله اولا كما في القواعد.

و من الثالث: اقسام البيع ما عدا الصرف و مطلق الاجارة و المزارعة و المساقاة و غير ما ذكر من موارد الخلاف، فإن الظاهر عدم

الخلاف فيها.

و اعلم انه ذكر في التذكرة تبعا للمبسوط دخول خيار الشرط في القسمة و ان لم يكن فيها رد، و لا يتصور الا بأن يشترط الخيار في

التراضى القولى بالسهم.

و أما التراضى الفعلى فلا يتصور دخول خيار الشرط فيه، بناء على وجوب ذكر الشرط في متن العقد، و منه يظهر عدم جريان هذا

الخيار في المعاطاة. (٣)

(١) و اجاب عنه المصنف رحمه الله: بان غاية الأمر كون وضعه على اللزوم، فلا ينافى جواز جعل الخيار بتراضى الطرفين.

و فيه: ان المدعى منافاة الخيار و التزلزل لحقيقة الرهن لا لحكمه، فيكون من قبيل الشرط المخالف لمقتضى العقد.

و بما ذكرناه في هذه الأبواب يظهر الحكم في سائر الأبواب التي لم نتعرض لها.

(٢) قوله و الملازمة ممنوعه كما في التذكرة و لذا جزم فيها بدخوله في الصرف لان العلقه الحقيه تتعلق بالعقد لا بالعوضين فهما

يفترقان و لا علقه بينهما و لا يستحق احدهما شيئا من صاحبه و لو كان الخيار ثابتا- و يمكن منع المقدمة الاولى، إذ لا سبيل لنا الى



اثبات ان المقصود من اعتبار التقابض ما ذكر.

(٣) و هل يجرى هذا الخيار فى المعاطاة ام لا نظرا الى ان الشرط القولى لا يمكن ارتباطه بالانشاء الفعلى ذكره فى محكى التذكرة تبعا للمبسوط.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٩٧

و ان قلنا بلزومها من اول الأمر أو بعد التلف، و السر فى ذلك ان الشرط القولى لا يمكن ارتباطه بالانشاء الفعلى، و ذكر فيهما ايضا دخول الخيار فى الصداق، (١) و لعله لمشروعية الفسخ فيه فى بعض المقامات، كما إذا زوجها الولى بدون مهر المثل، و فيه نظر و ذكر فى المبسوط ايضا دخول هذا الخيار فى السبق و الرماية للعموم.

اقول: و الاظهر بحسب القواعد اناطة دخول خيار الشرط بصحة التقايل فى العقد فمتى شرع التقايل مع التراضى بعد العقد جاز تراضيهما حين العقد على سلطنة احدهما أو كليهما على الفسخ، فإن اقدمه على ذلك حين العقد كاف فى ذلك بعد ما وجب عليه شرعا القيام و الوفاء بما شرطه على نفسه، فيكون امر الشارع اياه بعد العقد بالرضا بما يفعله صاحبه من الفسخ و الالتزام و عدم الاعتراض عليه، قائما مقام رضاه الفعلى بفعل صاحبه و ان لم يرض فعلا

و الحق: ان للعقود و الشروط مقامين:

احدهما: مقام الثبوت و التحقق، و هو مقام الالتزامات النفسانية.

ثانيهما: مقام اظهارها و ابرازها.

اما فى المقام الأول فلا دخل للفظ و لا للفعل فيه،

و أما المقام الثانى فلا مانع من ان يدل على الالتزام العقدى باللفظ، و على الالتزام الشرطى بالفعل.

و بعبارة اخرى: ان ربط الالتزامين انما هو فى المرتبة السابقة على الابراز، و اللفظ أو الفعل كاشف عن ذلك و دال عليه، و عليه فكما ان الفعل ربما يحتف بالكلام و يوجب صرفه عن ظاهره، كذلك يمكن ان يدل على ربط ما انكشف به بما ينكشف باللفظ، فلو قال مقارنة للفعل بشرط كذا يكون قوله مرتبطا بفعله.

(١) و عن التذكرة و المبسوط: دخول الخيار فى الصداق، و لكن ربما يقال: ان الصداق ليس عقدا كى يمكن حله و فسخه، و لكن يمكن ان يقال: ان المهر حيث لا يكون ركنا لعقد النكاح يكون من قبيل الالتزام الضمنى، و الفسخ يوجب رفعه، فكأنه لم يقع على الصداق اصلا و الظاهر عدم الخلاف فى دخول الخيار فيه، و قد عرفت انه على القاعدة فلا حاجة الى ما استدل به المصنف.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٣٩٨

و أما إذا لم يصح التقايل فيه لم يصح اشتراط الخيار فيه، لأنه إذا لم يثبت تأثير الفسخ بعد العقد عن تراض منهما، فالالتزام حين العقد لسلطنة احدهما عليه لا يحدث له اثرا لما عرفت من ان الالتزام حين العقد لا يفيد الا فائدة الرضاء الفعلى بعد العقد بفسخ صاحبه و لا يجعل الفسخ مؤثرا شرعيا و الله العالم.

#### الرابع: خيار الغبن (١)

#### إشارة

و اصله الخديعة، قال فى الصحاح: هو بالتسكين فى البيع و الغبن بالتحريك فى الرأى، و هو فى اصطلاح الفقهاء تمليك ماله بما يزيد

على قيمته مع جهل الآخر (٢) و تسمية المملك غابنا و الآخر مغبونا مع انه قد لا يكون خدع اصلا، كما لو كانا جاهلين

خيار الغبن

(١) الرابع: خيار الغبن و فى المتن: اصله الخديعة،

و لكن الظاهر ان الغبن و الخديعة يتصادقان على مورد احيانا و لا اتحاد بينهما مفهوما، بل الظاهر انه بسكون الوسط نقص فى المعاملة و المقاسمة كما صرح بذلك ائمة الفن،

و عليه فيوم التغابن فى الآية الشريفة (ذلك يوم التغابن) «١» مستعار من تغابن القوم فى التجارة.

و فى الحديث: «٢» نعمتان مغبون فيهما كثير من الناس الصحة و الفراغ. و استعمال الغبن فيه انما هو من جهة ان اشتغال المكلف ايام الصحة و الفراغ بالامور الدنيوية الدنية يوجب كونه مغبونا لأنه قد باع ايام الصحة و الفراغ بشيء لا قيمة له،

و هو بتحريك الوسط نقص فى العقل و الرأى، و فى المجمع: و غبن رأيه غبنا من باب تعب، قلت: فطنته و ذكاؤه، و مغابن البدن الارفاغ و الاباط الواحد المغبن كمسجد،

و منه حديث الميت: فامسح بالكافور جميع مغابنه «٣».

و بما ذكرناه يظهر ان ما افاده الفقهاء فى تفسيره.

(٢) و هو تمليك ماله بما يزيد على قيمته مع جهل الآخر ليس من جهة ان لهم اصطلاحا خاصا و انما يطلقونه بما له من المعنى اللغوى

(١) سورة التغابن: ٩.

(٢) سفينة البحار ج ٢ ص ٣٠٥.

(٣) جامع احاديث الشيعة- باب ٦- من ابواب تحنيط الميت حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٣٩٩

لأجل غلبة صدور هذه المعاوضة على وجه الخدع (١) و المراد بما يزيد أو ينقص العوض مع ملاحظة ما انضم إليه الشرط، فلو باع ما يساوى مائة دينار بأقل منه مع اشتراط الخيار للبائع، فلا غبن لأن المبيع يبيع الخيار ينقص ثمنه عن المبيع بالبيع اللازم و هكذا غيره من الشروط.

و الظاهر ان كون الزيادة مما لا يتسامح به شرط خارج عن مفهومه (٢)

بخلاف الجهل بقيمته، ثم ان ثبوت الخيار به مع الشرط المذكور هو المعروف بين الاصحاب، و نسبه فى التذكرة الى علمائنا و عن نهج الحق نسبه الى الامامية.

و عن الغنية و المختلف الاجماع عليه صريحا، نعم المحكى عن المحقق قدس سره فى درسه انكاره و لا يعد ذلك خلافا فى المسألة (٣) كسكوت جماعة عن التعرض له.

(١) قوله لاجل غلبة صدور هذه المعاوضة على وجه الخدع بناء على ما ذكرناه يكون تسمية المملك غابنا و الآخر مغبونا فى مورد جهلهما على طبق المعنى اللغوى لا للغلبة.

(٢) قوله و الظاهر ان كون الزيادة مما لا يتسامح به شرط خارج عن مفهومه ربما تكون الزيادة يسيرة جدا، بمقدار لا يصدق الغبن من جهة ان تحديد القيمة بحد ليس على وجه التحقيق بل على نحو التخمين، و ربما تكون بمقدار يصدق ذلك و فى مثل ذلك لا دليل

على عدم ثبوت الخيار بعد عموم دليله.

و كيف كان: فإذا ثبت الغبن يثبت للمغبون الخيار كما هو المشهور بين الأصحاب،

و قد تكرر في كلماتهم دعوى الاجماع عليه، و لم ينقل الخلاف الا عن الاسكافي و المحقق.

(٣) و ما افاده المصنف رحمه الله من ان انكاره في مجلس درسه اعم من كون فتواه ذلك كما ترى،

و سكوت جماعة من القدماء عن التعرض له لا يكون كاشفا عن خلافهم بعد دعوى غير واحد الاجماع عليه.

و على اى حال لا يكون حجة بعد معلومية المدرك، فالعمدة ملاحظة ادلتهم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٠٠

نعم حكى عن الاسكافي منعه و هو شاذ، و استدل في التذكرة على هذا الخيار بقوله تعالى: (الا ان تكون تجارة عن تراض منكم). (١)

قال: و معلوم ان المغبون لو عرف الحال لم يرض و توجيهه ان رضا المغبون يكون ما يأخذه عوضا عما يدفعه مبنى على عنوان مفقود،

(٢) و هو عدم نقصه عنه في المالية، فكأنه قال: اشترت هذا الذى يسوى «يساوى» درهما بدرهم، فإذا تبين انه لا يسوى «يساوى»

درهما تبين انه لم يكن راضيا به عوضا لكن لما كان المقصود صفة من صفات المبيع لم يكن تبين فقده كاشفا عن بطلان البيع بل

كان كسائر الصفات المقصودة التى لا يوجب تبين فقدها، الا الخيار فرارا عن استلزام لزوم المعاملة الزامه بما لم يلتزم و لم يرض به،

فالأية انما تدل على عدم لزوم العقد، فإذا حصل التراضى بالعوض الغير المساوى كان كالرضا السابق لفحوى حكم الفضولى و المكروه

و قد استدل لثبوت هذا الخيار بوجوه:

(١) الأول: ما عن التذكرة، و هو قوله تعالى (الا ان تكون تجارة عن تراض) «١» قال: و معلوم ان المغبون لو عرف الحال لم يرض، و

حيث ان ظاهر ذلك مانعية الكراهة التقديرية مع الرضا الفعلى، وجهه المصنف رحمه الله بقوله:

(٢) و توجيهه ان رضا المغبون يكون ما يأخذه عوضا عما يدفعه مبنى على عنوان مفقود و حاصله: ان الرضا الفعلى مفقود، بتقريب: ان

الرضا متعلق بعنوان مفقود و هو عدم نقصه عنه في المالية، و حيث ان العنوان المفقود وصفى فى المبيع فلا- يوجب تخلفه الا الخيار

كما فى سائر موارد تخلف الوصف، فالآية تدل على عدم لزوم العقد، فإذا حصل التراضى بالعوض غير المساوى كان كالرضا السابق،

فكما ان الرضا السابق بالفاقد للوصف مؤثر فى اللزوم كذلك الرضا اللاحق مؤثر فيه، فان رضا المالك المتأخر إذا كان مؤثرا فى

الصحة و فى انعقاد البيع فى الفضولى و المكروه كان رضاه المتأخر اولى بالتأثير فى لزومه بعد صحته.

و بما ذكرناه فى تقريب هذا الوجه اندفع ايراد المحقق السيد الفقيه رحمه الله عليه

(١) النساء آية ٢٩.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٠١

و يضعف يمنع كون الوصف المذكور عنوانا بل ليس الا من قبيل الداعى الذى لا يوجب تخلفه شيئا، (١) بل قد لا يكون داعيا ايضا.

(٢)

كما إذا كان المقصود ذات المبيع من دون ملاحظة مقدار ماليته، فقد يقدم على اخذ الشيء و ان كان ثمنه اضعاف قيمته و التفت الى

احتمال ذلك مع ان اخذه على وجه التقييد لا يوجب خيارا إذا لم يذكر فى متن العقد، (٣)

بان مقتضى البيان المذكور بطلان البيع لا الخيار كما هو مقتضى قوله: فإذا حصل ... الخ فانه ايضا انما يناسب البطلان بدون الرضا، و

الا فمع فرض الدلالة على عدم اللزوم لا حاجة الى اجراء فحوى حكم الفضولى و المكروه، انتهى.

و اجاب المصنف رحمه الله عنه باجوبة:

(١) احدها: ان الوصف المذكور من قبيل الداعى الذى لا يوجب تخلفه شيئا.

وفيه: ان الداعى هو الغرض من الفعل و العلة الغائية له، و من المعلوم ان عنوان ما يساوى بالثمن ليس علة غائية للفعل.

(٢) ثانيها: انه قد لا يكون داعيا ايضا، كما إذا كان المقصود ذات المبيع من دون ملاحظة مقدار ماليته، فقد يقدم على اخذ الشئ و ان كان ثمنه اضعاف قيمته و التفت الى احتمال ذلك.

وفيه: انه فى مثل هذا المورد لا يكون خيار الغبن ثابتا لاقدامه عليه.

(٣) ثالثها: ان اخذه على وجه التقييد لا يوجب خيارا إذا لم يذكر فى متن العقد.

وفيه: ان هذا يصلح وجها لعدم ثبوت خيار تخلف الشرط لا لعدم ثبوت خيار الغبن الثابت بالتعبد على الفرض.

فالاولى ان يورد عليه اولاً: بما تقدم فى مبحث المعاطاء و بيع المكروه من ان الاستثناء فى الآية الشريفة منقطع غير مفرغ، فلا تدل على الحصر، و لا على عدم جواز الأكل بغير التجارة عن تراض.

و ثانياً: ان العنوان المشار إليه لا يكون قيذا للمبيع فضلا عن كونه عنوانا له.

و ثالثاً: انه لو سلم كونه عنوانا للمبيع و قيذا فى متعلق الرضا على نحو وحدة

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤٠٢

و لو ابدل قدس سره هذه الآية بقوله تعالى: (و لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل) كان اولى (١) بناء على ان اكل المال على وجه الخدع يبيع ما يسوى درهما بعشرة مع عدم تسلط المخدوع بعد تبين خدعه على رد المعاملة و عدم نفوذ رده اكل المال بالباطل، اما مع رضاه بعد التبين بذلك فلا يعد اكل بالباطل، و مقتضى الآية و ان كان حرمة الأكل حتى قبل تبين الخدع، إلا انه خرج بالإجماع و بقى ما بعد اطلاع المغبون و رده للمعاملة لكن يعارض الآية ظاهر قوله تعالى: (إلا أن تكون تجارة عن تراض) بناء على ما ذكرنا من عدم خروج ذلك عن موضوع التراضى، فمع التكافؤ يرجع إلى أصالة اللزوم، (٢) إلا ان يقال ان التراضى مع الجهل بالحال لا يخرج عن كون اكل الغابن لمال المغبون الجاهل اكل بالباطل، (٣)

المطلوب لزوم منه بطلان المعاملة، و الا كان داخلا فى منطوقها. فتدبر حتى لا تبادر بالاشكال.

(١) الثانى: قوله تعالى (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل). «١»

و تقريب ما افادوه فى تقريب الاستدلال هو: ان البيع الغبني إذا وقع على وجه الخديعة يكون الأكل به اكل بالباطل، و هو حرام سوء فى ذلك قبل تبين الخديعة أو بعده،

و سواء رد المغبون ام لم يرد، نعم لو تبين و رضى المغبون لا يكون اكل للمال بالباطل،

و حرمة الأكل بعد الرد مساوئة لتأثيره و ان له ذلك، و مقتضى اطلاق الآية و ان كان حرمة الأكل حتى قبل تبين الخديعة الا انه خرج بالاجماع و بقى ما بعد اطلاع المغبون و رده للمعاملة.

(٢) و اجاب المصنف عنه بما حاصله: ان قوله تعالى (الا ان تكون تجارة عن تراض) بناء على ما تقدم من وجود الرضا الفعلى قبل تبين الخديعة يدل على لزوم هذه التجارة، فيتعارضان فيرجع الى اصالة اللزوم. ثم استدرك عن ذلك بما حاصله:

(٣) ان مورد آية التجارة عن تراض انما هو قبل تبين الخديعة و رد المغبون،

و تدل الآية على انه سبب صحيح، و مورد آية النهى عن الأكل بعد التبين و رد البيع و لا تعارض بين كونه سببا صحيحا فى نفسه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٠٣

و يمكن ان يقال: ان آية التراضي يشمل غير صورة الخدع، كما إذا اقدم المغبون على شراء العين محتملا لكونه بأضعاف قيمته فيدل على نفي الخيار في هذه الصورة من دون معارضة فيثبت عدم الخيار في الباقي بعدم القول بالفصل فتعارض مع آية النهى المختصة بصورة الخدع الشاملة غيرها بعدم القول بالفصل (١) فيرجع بعد تعارضهما بضميمة عدم القول بالفصل و تكافؤهما إلى أصالة اللزوم. و استدل أيضا في التذكرة بأن النبي صلى الله عليه و آله اثبت الخيار في تلقى الركبان و إنما اثبته للغبن، (٢)

الا انه من جهة تعنون التصرف الواقع بعد هذا السبب بعنوان آخر، و هو كون الأكل بعد رد المغبون اكلا بالباطل يصير منها عنه، و على هذا فكلمة (لا) في قوله و لا يخرج ليست زائدة كما توهمه جمع منهم المحقق الايرواني رحمه الله. و بالجملة: بعد فرض ان لكل منهما موردا مختصا به، فلا تعارض بينهما.

(١) ثم اورد عليه بوجه آخر و حاصله: ان مورد كل منهما و ان كان غير مورد الآخر الا انه من جهة عدم القول بالفصل بين الموردين يتحقق التعارض بالعرض.

و لكن يرد على الاستدلال بالآية: ان التجارة المفروضة بما انه يصدق عليها التجارة عن تراض لا تكون مشمولة لآية النهى، اما من جهة عدم تصادقهما على مورد واحدا و من جهة الاستثناء، و أما الأكل بعد رد المغبون فمضافا الى عدم كونه مشمولاً للآية لأن نظرها الى التصرفات المعاملية بقريته كلمة بينكم الظاهرة في اعطاء مال واخذ مال، انه من جهة كونه بعد التجارة عن تراض لا يكون مشمولاً لها. و بذلك ظهر عدم تمامية الجواب الثاني الذي افاده المصنف رحمه الله.

(٢) الثالث: النبوي الذي استدل به جماعة من الأصحاب: ان النبي صلى الله عليه و آله نهى ان يتلقى الجلب، فان تلقاه انسان فابتاعه فصاحب السلعة فيها بالخيار إذا ورد السوق «١».

(١) اخرجه مسلم في ٢١ كتاب البيوع حديث رقم ١٧. و اخرجه ابو داود في ٢٢ كتاب البيوع باب في التلقى حديث رقم ٣٤٣٧. و رواه الشيخ في الخلاف ج ٢ ص ٧٦ طبع قم عن ابي هريرة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٠٤

و يمكن ان يمنع صحة حكاية اثبات الخيار لعدم وجودها في الكتب المعروفة بين الإمامية ليقلل ضعفه الانجبار بالعمل (١) و أقوى ما استدل به على ذلك في التذكرة و غيرها قوله صلى الله عليه و آله لا ضرر و لا ضرار في الاسلام (٢)

و الكلام فيه يقع اولاً: في سنده، و ثانياً: في دلالته. اما من حيث السند:

(١) فقد اورد عليه المصنف رحمه الله بعدم وجوده في الكتب المعروفة بين الإمامية، فلا يقبل ضعفه الانجبار بالعمل. و فيه: انه مع تسليم العمل كما هو كذلك، فان المحكى عن الشيخ في الخلاف الاستناد إليه، و كذلك ابن زهرة في الغنية، مع انه لا يعمل الا بالمقطوع به من الأخبار، و الظاهر انه مشهور عند قدماء الأصحاب و لذا يعدون غبن الركبان من احد اسباب الخيار، و ظاهر التذكرة الاستناد إليه، لا- وجه لعدم البناء على الانجبار، إذ لا يشترط في الجبر وجود الرواية في الكتب المعروفة، مع انه موجود في الغنية.

و قد يقال: ان قول ابن زهرة: نهى النبي صلى الله عليه و آله الى آخر الحديث يشعر باذعانه بمضمون الخبر، فهو توثيق لجميع من في سند الخبر المحذوفين، فتشمله ادلة حجية الخبر الواحد.

و فيه: ان غاية ما يثبت بذلك اذعانه بمضمون الخبر، و حيث يحتمل ان يكون ذلك للقرائن الخارجية فلا يكون توثيقا للوسائل، فالعمدة ما ذكرناه.

و أما من حيث الدلالة فيرد عليه: انه لا يدل على ان ما اثبتته من الخيار هو خيار الغبن، بل مقتضى اطلاقه بالنسبة الى غير مورد الغبن عدمه، و قد افتى الحلبي بثبوت هذا الخيار مع عدم الغبن.

(٢) الرابع: حديث: لا ضرر و لا ضرار في الاسلام «١».

(١) الوسائل - باب ١- من ابواب موانع الارث و التذكرة المسألة الاولى من خيار الغبن و هو مروى مع حذف كلمة في الاسلام في الوسائل - باب ١٧- من ابواب الخيار و باب ١٢ و ٧ من ابواب كتاب احياء الموات و باب ٥ من ابواب كتاب الشفعة و في الكتب الاخر و ايضا مروى مع اضافة كلمة على مؤمن في الوسائل في جملة من الأبواب و في المستدرک و غيرهما.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٠٥

و كان وجه الاستدلال ان لزوم مثل هذا البيع و عدم تسلط المغبون على فسخه ضرر عليه، و اضرار به فيكون منفيًا، فحاصل الرواية ان الشارع لم يحكم بحكم يكون فيه الضرر و لم يسوغ اضرار المسلمين بعضهم بعضًا، و لم يمتص لهم من التصرفات ما فيه ضرر على الممضى عليه، و منه يظهر صحة التمسك لتزلزل كل عقد يكون لزمه ضرارا على الممضى عليه، سواء كان من جهة الغبن ام لا، و سواء كان في البيع، ام في غيره كالصالح الغير المبني على المسامحة و الاجارة و غيرها من المعاضات، هذا.

و لكن يمكن الخدشة في ذلك بأن انتفاء اللزوم و ثبوت التزلزل في العقد لا يستلزم ثبوت الخيار للمغبون بين الرد و الامضاء بكل الثمن، (١) إذ يحتمل ان يتخير بين امضاء العقد بكل الثمن و رده في المقدار الزائد، (٢) غاية الامر ثبوت الخيار للغابن لتبعض المال عليه، فيكون حال المغبون حال المريض إذا اشترى بأزيد من ثمن المثل، و حاله بعد العلم بالقيمة حال الوارث إذا مات ذلك المريض المشتري في ان له استرداد الزيادة من دون رد جزء من العوض، كما عليه الاكثر في معاضات المريض المشتملة على المحابات، و ان اعترض عليهم العلامة بما حصله ان استرداد بعض احد العوضين من دون رد بعض الآخر ينافي مقتضى المعاوضة. (٣)

بتقريب: ان لزوم مثل هذا البيع و عدم تسلط المغبون على فسخه ضرر عليه و اضرار به، فيكون منفيًا. و اورد عليه بوجوه:

(١) الأول: ما عن المصنف رحمه الله من: ان حديث لا- ضرر لا- يدل على ثبوت الخيار بين الفسخ و الامضاء بتمام الثمن كما هو المدعى، فانه يمكن تدارك الضرر باحد انحاء ثلاثة:

الأول: الخيار بين امضاء العقد بكل الثمن، و رده كذلك.

(٢) الثاني: الخيار بين رد مقدار ما تضرر به من المثل أو الثمن. و بين امضاء العقد بكل الثمن.

و ظاهر صدر كلامه- بل صريحه- ارادة الرد من عين الثمن أو المثل،

(٣) و لذا اورد عليه ما ذكره العلامة في مسألة محاباة المريض من منافاته لمقتضى المعاوضة و لكن ظاهر عبارته المتأخرة- منها قوله: فالمبذول غرامة، و منها قوله: ان المبذول ليس هبة،

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٠٦

و يحتمل ايضا ان يكون نفي اللزوم بتسلط المغبون على الزام الغابن بأحد الامرين من الفسخ في الكل. و من تدارك ما فات على المغبون برد القدر الزائد أو بدله، و مرجعه الى ان للمغبون الفسخ إذا لم يبذل الغابن، التفاوت، (١) فالمبذول غرامة لما فات على

المغبون على تقدير امضاء البيع، لا هبة مستقلة، كما في الايضاح و جامع المقاصد حيث انتصرا للمشهور القائلين بعدم سقوط الخيار ببذل الغابن للتفاوت بأن الهبة المستقلة لا تخرج المعاملة عن الغبن الموجب للخيار، و سيجيء ذلك، و ما ذكرنا نظير ما اختاره العلامة في التذكرة و احتمله في القواعد من انه إذا ظهر كذب البائع مرابحة في اخباره برأس المال فبذل المقدر الزائد مع ربحه فلا خيار للمشتري فإن مرجع هذا الى تخيير البائع بين رد التفاوت و بين الالتزام بفسخ المشتري.

و حاصل الاحتمالين عدم الخيار للمغبون مع بذل الغابن للتفاوت فالمتيقن من ثبوت الخيار له صورة امتناع الغابن من البذل، و لعل هذا هو الوجه في استشكل العلامة في التذكرة في ثبوت الخيار مع البذل، بل قول بعض بعدمه، كما يظهر من الرياض،

و لا جزء من احد العوضين - ارادة رد مقدار منه أو بدله غرامة.

(١) الثالث: تخيير الغابن بين رد الزائد غرامة و فسخ المغبون، نظير ما احتمله في القواعد من انه إذا ظهر كذب البائع مرابحة في اخباره برأس المال و بذل المقدر الزائد مع ربحه فلا خيار للمشتري.

و الظاهر ان تدارك ضرر المغبون باحد الاحتمالين الأخيرين اللذين حاصلهما عدم الخيار للمغبون مع بذل الغابن للتفاوت اولي من اثبات الخيار، لأن الزام الغابن بالفسخ ضرر عليه، و هذا و ان كان لا يصلح لمعارضة ضرر المغبون الا انه يصلح لترجيح احد الاحتمالين المذكورين على ما هو المشهور من ثبوت الخيار.

و لا يخفى ان المصنف رحمه الله لا يدعى ان بذل التفاوت تدارك للضرر، و الحديث ينفي الضرر غير المتدارك، فان ذلك خلاف مبناه، بل يدعى ان اللزوم عبارة عن عدم التسلط على حل العقد، بالاضافة الى تمام الثمن، و بالاضافة الى المقدر الزائد، و عدم التسلط

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٥، ص: ٤٠٧

ثم ان المبدول ليس هبة مستقلة حتى يقال انها لا تخرج لمعاملة المشتمة على الغبن عن كونها مشتمة عليه و لا جزء من احد العوضين حتى يكون استرداده مع العوض الآخر جمعا بين جزء المعوض و تمام العوض منافيا لمقتضى المعاوضة، بل هو غرامة لما اتلفه الغابن عليه من الزيادة بالمعاملة الغبية، فلا يعتبر كونه من عين الثمن نظير الارش في المعيب.

و من هنا ظهر الخدشة فيما في الايضاح و جامع المقاصد من الاستدلال على عدم السقوط مع البذل بعد الاستصحاب، بأن بذل التفاوت لا يخرج المعاملة عن كونها غبية لانها هبة مستقلة حتى انه لو دفعه على وجه الاستحقاق لم يحل اخذه، إذ لا ريب في ان من قبل هبة الغابن لا يسقط خياره، انتهى بمعناه، وجه الخدشة ما تقدم

على حله مع عدم بذل الغابن لما به التفاوت و ارتفاع هذا اللزوم كما يكون بثبوت السلطنة على الحل في الجميع كذلك بثبوتها على الحل في المقدر الزائد، و بثبوتها على الحل مع عدم بذل ما به التفاوت، فلا يتعين ارتفاع اللزوم الضروري بالنحو الأول. فتدبر فانه دقيق.

و لكن يرد عليه: ان بذل مقدار من احد العوضين غير صحيح، فانه مناف لمقتضى المعاوضة كما اعترف به في اثناء كلامه، و بذل ما به التفاوت بعنوان الغرامة بلا وجه، فان الغرامة عبارة عن تدارك ما اشتغلت به الذمة، و مجرد كون الطرف غابنا لا يصير سببا لضمانه، فلا محالة يكون هبة، و هي لا توجب انقلاب المعاملة عن كونها غبية.

و بالجملة: ان اللزوم لا معنى له سوى عدم السلطنة على حل العقد في تمام الثمن، و نفى ذلك لا يقتضى سوى الجواز المشهور.

الثاني: ما عن المحقق النائيني رحمه الله، بناء على ان لا يكون اعتبار التساوى في المالية من قبيل الشرط الضمني، بان مفاد حديث لا ضرر ان الحكم الذي ينشأ منه الضرر بحيث يكون الضرر عنوانا ثانويا له فهو مرفوع دون ضرر لا يكون عنوانا للحكم، بل يكون عنوانا



لنفس فعل المكلف، و باقداً و اختيار صدر الفعل عنه، و منشأ الضرر في المقام ليس حكم الشارع، لأن العاقد من دون ان يكون ملزماً شرعاً اقدم على المعاملة

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٠٨

من احتمال كون المبدول غرامة لما اتلفه الغابن على المغبون قد دل عليه نفي الضرر.

و أما الاستصحاب ففيه ان الشك في اندفاع الخيار بالبذل لا في ارتفاعه به إذ من المحتمل ثبوت الخيار على الممتنع دون الباذل، ثم ان الظاهر ان تدارك ضرر، المغبون بأحد الاحتمالين المذكورين اولى من اثبات الخيار له، لأن الزام الغابن بالفسخ ضرر لتعلق غرض الناس بما ينتقل إليهم من اعواض اموالهم خصوصاً النقود و نقض الغرض ضرر و ان لم يبلغ حد المعارضة لضرر المغبون، الا انه يصلح مرجحاً لأحد الاحتمالين المذكورين على ما اشتهر من تخييره بين الرد و الامضاء بكل الثمن الا ان يعارض ذلك بأن غرض المغبون قد يتعلق بتملك عين ذات قيمة لكون المقصود اقتنائها للتجمل. و قد يستنكف عن اقتناء ذات القيمة اليسيرة للتجمل، فتأمل.

فلا معنى لرفعه.

و فيه: ان المعاملة الغبنية الواقعة- مع قطع النظر عن حكم الشارع بالصحة و اللزوم- لا تكون ضرورية لفرض بقاء ماله على ملكه، و مع فرض حكمه بالصحة دون اللزوم يكون حدوثاً ضرورياً و بقاء غير ضروري، فاللزوم منشأ لضرورية المعاملة بقاء، فهو يكون مرفوعاً بحكم الحديث.

الثالث: ما افاده جمع منهم المحقق الايرواني رحمه الله، و هو: ان الضرر ينشأ من الحكم بالصحة، و ملك اليسير في مقابل الكثير لا من الحكم باللزوم، و انما الفسخ علاج لما وقع فيه من الضرر، فكان الحكم بالخيار معالجة للضرر، و ليس مفاد دليل نفي الضرر تشريع ما يعالج به الضرر الواقع فيه المكلف باختياره، و انما مفاده رفع ما يقتضى الضرر من الأحكام، فنتيجة دليل نفي الضرر هو خروج المعاملة الغبنية عن ادلة الصحة و الحكم بفسادها.

و فيه: ما تقدم من ان الصحة و اللزوم كلاهما ضرريان، تلك باعتبار حدوث المعاملة و ذلك باعتبار بقائها، نعم يبقى حينئذ سؤال و هو: انه ما الموجب للتفكيك و الحكم بالصحة دون اللزوم؟ و الجواب: ان الصحة لا تكون مشمولة له لوجهين:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٠٩

و قد يستدل على الخيار بأخبار واردة في حكم الغبن، (١) فعن الكافي بسنده إلى اسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: غبن المسترسل سحت، و عن الميسر عن أبي عبد الله عليه السلام قال غبن المؤمن حرام،

احدهما: الاجماع.

ثانيهما: ان حديث لا ضرر انما ينفي الحكم الذي في رفعه منه، و رفع الصحة لا امتنان فيه، بخلاف رفع اللزوم.

هذا بناء على كون المرفوع في الحديث الحكم الذي ينشأ منه الضرر،

و أما بناء على مسلك المحقق الخراساني رحمه الله من ان مفاد الحديث نفي الحكم بلسان نفي الموضوع، و انه انما ينفي الحكم الذي يكون موضوعه ضرورياً، فالأمر واضح،

فان الصحة إذا كانت ضرورية فهي لا ترتفع بالحديث، و بما انها موضوع للزوم فيكون اللزوم مرفوعاً.

الرابع: ما عن المحقق الخراساني رحمه الله، و هو: ان غاية ما يثبت بحديث لا ضرر هو مجرد السلطنة على الحل الموجود مثلها في الهبة لا- الخيار الذي يعد من الحقوق، و يقبل الاسقاط، و يكون حقاً خارجياً لا دخل له بالجواز، فان لسان الحديث هو النفي لا الإثبات.

ما أفاده رحمه الله لا بأس به بناء على شمول الحديث له،

و أولى من ذلك المنع من شموله له، فان اللزوم ليس حكما وجوديا مجعولا، بل هو امر عدمي، و هو عدم السلطنة على الحل. و قد حققنا في محله ان حديث لا ضرر لا يشمل الأحكام العدمية، فان النفي انما يتعلق بما هو وجودي، و العدم ليس شيئا قابلا لتعلق النفي به الا بالعناية.

(١) الخامس: ادلة هذا الخيار النصوص الواردة في حكم الغبن، لاحظ خبر اسحاق بن عمار عن ابي عبد الله عليه السلام: غبن المسترسل سحت «١».

و خبر ميسر عنه عليه السلام: غبن المؤمن حرام «٢».

(١) الوسائل - باب ١٧ - من ابواب الخيار حديث ١ و ذكره في باب ٩ من ابواب آداب التجارة.

(٢) الوسائل - باب ١٧ - من ابواب الخيار حديث ٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤١٠

و في رواية اخرى لا تغبن المسترسل فان غبنه لا يحل و عن مجمع البحرين: أن الاسترسال: الاستئناس و الطمأنينة الى الانسان و الثقة به فيما يحدثه و اصله السكون و الثبات، و منه الحديث أيما مسلم استرسل الى مسلم فغبنه فهو كذا و منه غبن المسترسل سحت انتهى. و يظهر منه ان ما ذكره اولا حديث رابع و الانصاف عدم دلالتها على المدعى، فان ما عدا الرواية الاولى ظاهرة في حرمة الخيانة في المشاورة، (١) فيحتمل كون الغبن بفتح الباء.

و المرسل: لا يغبن المسترسل فان غبنه لا يحل «١».

و خبر السكوني عن جعفر بن محمد عن ابيه عن آباءه عليهم السلام عن رسول الله صلى الله عليه و آله: غبن المسترسل ربا «٢».

و خبر دعائم الاسلام عن مولانا الصادق عليه السلام - في حديث -: و ان كان امرا فاحشا و غبنا بينا - الى ان قال - ثم قيل للمشتري: ان شئت خذها بمبلغ القيمة و ان شئت فدع «٣».

و لكن يرد على هذا الوجه: ان اكثر هذه الأخبار ضعيفة الاسناد، لأن في طريق الأول ابا جميلة، و الثالث مرسل، و في طريق الرابع، احمد بن علي بن ابراهيم، و هو لم يوثق، و الخامس مرسل.

و أما من حيث الدلالة فالأخير صريح فيما ذكر، و البقية لا تدل على ذلك،

(١) اما الثاني و الثالث فقد استظهر المصنف رحمه الله دلالتها على حرمة الخيانة في المشاورة، ثم قال: فيحتمل كون الغبن بفتح الباء. و لكن كان بفتح الباء أو سكونها لا دخل لهما بما افاده كما ستعرف، مع ان الظاهر كونه بسكون الباء، إذ هو بالفتح لازم، و قد استعمل في الخبر متعديا.

(١) الوسائل - باب ٢ - من ابواب آداب التجارة حديث ٧.

(٢) المستدرک - باب ١٣ - من ابواب الخيار حديث ١.

(٣) المستدرک - باب ١٣ - من ابواب الخيار حديث ٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤١١

و أما الرواية الأولى فهي و ان كانت ظاهرة فيما يتعلق بالاموال، لكن يحتمل حينئذ ان يراد كون الغابن بمنزلة آكل السحت في استحقاق العقاب على اصل العمل (١)

و الخديعة في أخذ المال، و يحتمل ان يراد كون المقدار الذي يأخذه زائدا على ما يستحقه بمنزلة السحت في الحرمة و الضمان، (٢)

و يحتمل إرادة كون مجموع العوض المشتمل على الزيادة بمنزلة السحت في تحريم الأكل في صورة خاصة و هي اطلاع المغبون و رده للمعاملة المغبون فيها، و لا ريب في ان الحمل على احد الأولين أولى و لا أقل من المساواة للثالث، فلا دالة، فالعمدة في المسألة الإجماع المحكى المعتضد بالشهرة المحققة، و حديث نفى الضرر بالنسبة إلى خصوص الممتنع عن بذل التفاوت، ثم ان تنقيح هذا المطلب يتم برسم مسائل.

و الحق ان يقال: ان النهي اما بملاحظة تضمنه للمكر و الخديعة، أو بملاحظة ان المعاملة المشتملة على الزيادة إذا صدرت عن علم و عمد حرام، و على اى تقدير غاية ما يثبت بهما الحرمة التكميلية دون الفساد أو الجواز.

و أما الخبر الأول فالسحت و ان كان في نفسه ظاهرا فيما يتعلق بالاموال، الا انه من جهة حمله على الغبن الظاهر في المعنى المصدري لا بد من التصرف في احدهما اما بارادة المال المغبون فيه من الغبن ثم تقييده بما بعد فسخ المغبون للاجماع على عدم حرمة قبل ذلك، أو بارادة الحرام من لفظ السحت، و لا ريب في اظهرية الثانى.

و هذا الذى ذكرناه اولى مما افاده المصنف رحمه الله.

(١) من الحمل على ان الغابن بمنزلة آكل السحت،

(٢) أو الحمل على ارادة كون المقدار الزائد عما يستحقه بمنزلة السحت في الحرمة و الضمان.

السادس: ان الغرض النوعى فى المعاملات المعاوضية الذى عليه بناء العقلاء فى معاملاتهم حفظ مالىة اموالهم مع التبدل باعطاء مال واخذ ما يقوم مقامه فى المالىة،

و هذا شرط ضمنى ارتكازى فى جميع المعاملات غير المبنية على التسامح، و مثل هذا الغرض النوعى العقدى يكون العقد بما هو مبنيا عليه، و لا يعتبر ذكره صريحا فى متن العقد.

و بعبارة اخرى: ان بنا العقلاء و ان كان على عدم ترتيب الآثار على الالتزامات

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤١٢

### مسألة: يشترط فى هذا الخيار أمران: (١)

#### الأول: عدم علم المغبون بالقيمة

#### إشارة

فلو علم بالقيمة فلا خيار بل لا غبن، (٢) كما عرفت بلا خلاف و لا إشكال، لأنه أقدم على الضرر، (٣)

النفسانية ما لم تبرز و لم تنشأ، الا ان ذلك، فى غير الشروط المبنى عليها العقد،

و فى تلك بنائهم على الترتيب، بل يرون ذلك بحكم الذكر، و عليه فتخلفه موجب للخيار من باب تخلف الشرط.

فتحصل: ان دليل هذا الخيار الالتزام الضمنى.

اعتبار عدم علم المغبون بالقيمة

و تمام الكلام بالبحث فى مواضع.

(١) الأول: انه يشترط فى هذا الخيار امران:

(٢) احدهما: عدم علم المغبون بالقيمة فلو علم بها لا خيار بلا خلاف و لا إشكال فى ذلك.

و الوجه فى ذلك بناء على الوجه المختار- و هو الالتزام الضمنى- واضح، فانه مع علمه بالقيمة لا بناء و لا شرط، و يكون اقدامه

اسقاطا للشرط المزبور و أما بناء على كون المدرك حديث لا ضرر،

(٣) فقد يقال كما فى المتن و عن المحقق النائينى رحمه الله: انه اقدم على الضرر.

توضيحه: ان منشأ الضرر إذا كان حكم الشارع يكون منفيًا بالحديث، و ان كان فعل المكلف لا يكون حكمه مشمولًا له، و مع العلم

بالضرر و اقدامه عليه يكون منشأ الضرر فعل المكلف، فلا يشمل الحديث.

و فيه: انه فى صورة العلم بالضرر و الاقدام بقاء المعاملة و لزومها منشأ لبقاء الضرر،

إذ لو كانت المعاملة جائزة و تمكن المكلف من التخلص عن الضرر بالفسخ لا يكون الضرر باقيا، فحكم الشارع باللزوم ضررى يكون

مشمولًا للحديث.

هذا بناء على تسليم المبني و ان حديث لا ضرر انما ينفي الحكم الذى يكون

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤١٣

ثم ان الظاهر عدم الفرق بين كونه غافلا- من القيمة بالمرّة أو ملتفتًا إليها، و لا بين كونه مسبقًا بالعلم و عدمه، و لا بين كونه الجهل

المركب و البسيط مع الظن بعدم الزيادة و النقيصة أو الظن بهما أو الشك، (١) و يشكل فى الأخيرين إذا اقدم على المعاملة بانيا على

المسامحة على تقدير الزيادة و النقيصة فهو كالعالم، بل الشاك فى الشئ إذا اقدم عليه بانيا على تحمله فهو فى حكم العالم من حيث

استحقاق المدح عليه أو الذم، و من حيث معذوريته لو كان ذلك الشئ مما يعذر الغافل فيه و الحاصل ان الشاك الملتفت إلى

الضرر مقدم عليه، (٢) و من ان مقتضى عموم نفي الضرر و اطلاق الإجماع المحكى ثبوته بمجرد تحقق الضرر، خرج المقدم عليه عن

علم

منشأ للضرر، و أما بناء على القول بشموله لما إذا كان موضوع الحكم ضرريا و يرفع حكمه فالأمر اوضح،

فالحق فى وجه عدم الشمول ان يقال: ان الحديث انما ينفي الحكم الذى فى رفعه منه،

و مع العلم بالغبن و الضرر و اقدامه عليه لا يكون نفي اللزوم امتنانيا، فلا ينفى الحديث.

و ينبغى التنبيه على امور:

(١) الاول انه لا- خلاف و لا كلام و لا إشكال فى ما إذا كان غافلا من القيمة أو ملتفتا مع كونه عالما أو مطمئنا بالتساوى، و انه فى

هذين الموردين يثبت الخيار،

كما لا إشكال فى عدم ثبوت الخيار مع علمه بعدم التساوى،

انما الكلام فيما إذا كان شاكا أو ظانا بالظن غير المعبر، فان كان مدرك هذا الخيار حديث لا ضرر فقد يقال كما فى المكاسب و

تبعه غيره: بانه يثبت الخيار،

(٢) إذ الحديث يدل على النفي فى غير مورد الاقدام، و لا يصدق الاقدام على الضرر مع رجاء عدم الضرر.

و فيه: انه مع الاحتمال ان كانت المعاملة معلقة على المساواة بطلت، و الا فلا محالة يكون مقدا على المعاملة كيفما كانت القيمة، فلا

محالة يكون مقدا على الضرر، أ لا ترى ان من يحتمل ان يكون فى طريقه سبع يفترسه لو مشى من ذلك الطريق يصدق انه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤١٤

بل مطلق الشاك ليس مقدما على الضرر، بل قد يقدم ببراءة عدمه و مساواته للعالم في الآثار ممنوعة حتى في استحقاق المدح و الذم، لو كان المشكوك مما يترتب عليه ذلك عند الأقدام عليه، و لذا قد يحصل للشاك بعد اطلاعه على الغبن حالة اخرى لو حصلت له قبل العقد، لم يقدم عليه، نعم لو صرح في العقد بالالتزام به و لو على تقدير ظهور الغبن كان ذلك راجعا إلى اسقاط الغبن، و مما ذكرنا يظهر ثبوت الخيار للجاهل و ان كان قادرا على السؤال، كما صرح به في التحرير و التذكرة، و لو اقدم عالما على غبن يتسامح به فبان أزيد بما لا يتسامح بالمجموع منه و من المعلوم فلا يبعد الخيار (١) و لو اقدم على ما لا يتسامح، فبان أزيد بما يتسامح به منفردا، أو بما لا يتسامح ففي الخيار وجه،

ا قدم على ذلك و ينسب الفعل إليه، فعلى هذا المسلك لا بد من البناء على سقوط الخيار.

و أما بناء على الالتزام الضمني فالأظهر ثبوت الخيار، إذ لا اختصاص بالشرط سواء كان صريحا ام ضمنيا ثابتا ببناء العقلاء بصورة العلم، بل الغالب هو الشرط في صورة الشك.

ثانيها: لو اقدم عالما على غبن فبان أزيد، فتارة يكون ما اقدم عليه مما يتسامح به و اخرى يكون مما لا يتسامح به، و على كل تقدير، قد تكون الزيادة مما يتسامح به،

و اخرى مما لا يتسامح به.

فصور المسألة اربع:

(١) الاولى: ان يقدم على ما يتسامح به فبان أزيد مما يتسامح به منفردا و لا يتسامح به منضمما، ففي المتن فلا يبعد الخيار و قد اختار المحقق النائيني رحمه الله عدم سقوط الخيار فيها من جهة ان المجموع لم يكن مقدما عليه، و الاقدام على القدر المتسامح به لا أثر له لكونه مقيدا بهذا المقدار.

و فيه: ان المجموع مركب من المقدار الذي اقدم عليه، و المقدار الذي يتسامح

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤١٥

...

به، و ليس شيئا ورائهما، و شيء منهما لا يقتضى الخيار، فالأظهر عدم الخيار.

الثانية: هذه الصورة مع كون الزائد بنفسه مما لا يتسامح به،

فالأظهر في هذه الصورة ثبوت الخيار.

الثالثة: ان يقدم على ما لا يتسامح به فبان أزيد بما يتسامح به منفردا،

و الأظهر في هذه الصورة عدم الخيار، لأن ما يوجب الخيار اقدم عليه، و ما لم يقدم عليه لا يوجب الخيار.

الرابعة: هذه الصورة مع كون الزائد مما لا يتسامح به،

و الأقوى في هذه الصورة الخيار.

لا يقال: انه مع الاقدام على ما لا يتسامح به اسقط شرط التساوى و معه كيف يبنى على الخيار.

فانه يقال: ان المشروط ليس هو التساوى بل عدم الزيادة، و للزيادة مراتب فيمكن ان يسقط اشتراط بعض مراتبها دون بعض.

**الخيار يدور مدار الغبن الموجود حال العقد**

ثالثها: هل العبرة بالقيمة حال العقد فلو زادت بعده و لو قبل اطلاق المغبون على النقصان حين العقد لم ينفع كما هو المشهور، ام لا خيار له في الفرض كما عن التذكرة وجهان؟

ان كان مدرك هذا الخيار حديث لا ضرر يمكن ان يقال بسقوط الخيار لو زادت قيمته السوقية قبل الرد مطلقا، لأنه بعد ازدياد القيمة لا يكون لزوم العقد بقاء ضروريا،

و مع عدم كونه ضروريا لا وجه لرفع اللزوم، إذ الحكم وجودا و عدما يدور مدار ما اخذ

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤١٦

ثم ان المعتبر القيمة حال العقد فلو زادت بعده و لو قبل اطلاق المغبون على النقصان حين العقد لم ينفع لان الزيادة انما حصلت في ملكه و المعاملة وقعت على الغبن. و يحتمل عدم الخيار حينئذ لأن التدارك حصل قبل الرد، فلا يثبت الرد المشروع لتدارك الضرر، (١) كما لو برء المعيوب قبل الاطلاع على غبنه بل في التذكرة انه مهما زال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرد سقط حق الرد، و اشكل منه ما لو توقف الملك على القبض فارتفع الغبن قبله، (٢) لأن الملك قد انتقل إليه حينئذ من دون نقص في قيمته

في موضوعه، و لعل هذا مراد المصنف رحمه الله حيث قال:

(١) و يحتمل عدم الخيار حينئذ لأن التدارك حصل قبل الرد فلا يثبت الرد المشروع لتدارك الضرر.

و ما ذكره وجهها للخيار قبل ذلك بان الزيادة قد حصلت في ملكه و المعاملة وقعت على الغبن،

لا يفيد، فانه و ان حصلت الزيادة في ملكه الا انها توجب ارتفاع الضرر من بقاء المعاملة،

و ان كان المدرك الالتزام الضمني فالشرط الضمني ليس خصوص التساوي حين العقد، فان المقصد الأصلي تسلم شيء لا ينقص ماليته عن ماله ما اعطاه،

فالزيادة بعد العقد قبل القبض توجب عدم الخيار قطعا،

و كذلك الزيادة بعد القبض قبل الرد ان كان في زمان قصير، و الا فيمكن ان يقال بسقوط الخيار ايضا من جهة ان حدوث الخيار و بقاءه تابعان لانتفاء الشرط، فإذا حصل الشرط ارتفع الخيار.

فتحصل: ان الأقوى سقوط الخيار في موارد الزيادة بعد العقد و قبل الرد.

(٢) قوله و اشكل منه ما لو توقف الملك على القبض فارتفع الغبن قبله لما اشكل على ثبوت الخيار في صورة الزيادة بعد العقد و قال

و يحتمل عدم الخيار قال و اشكل منه الخ يعني احتمال عدم الخيار في الصرف و السلم اظهر إن ارتفع الغبن بعد العقد و قبل القبض إذ الملك انتقل إليه من غير نقص فلم يتوجه إليه ضرر لا انه توجه و ارتفع كما في الفرض السابق.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤١٧

نعم لو قلنا بوجود التقابض بمجرد العقد، (١) كما صرح به العلامة في الصرف يثبت الخيار لثبوت الضرر بوجود اقباض الزائد في

مقابلة الناقض، لكن ظاهر المشهور عدم وجوب التقابض و لو ثبت الزيادة أو النقيصة بعد العقد، (٢)

فإنه لا عبرة بهما اجماعا كما في التذكرة، ثم انه لا عبرة بعلم الوكيل في مجرد العقد، بل العبرة بعلم الموكل و جهله (٣)

(١) قوله نعم لو قلنا بوجود التقابض بمجرد العقد ... يثبت الخيار بعد ما وجه عدم ثبوت الخيار في الفرض الثاني: بعدم توجه الضرر

إليه، توجه الى اشكال و هو انه إذا وجب التقابض فقبل ارتفاع الغبن المفروض وجوب الاقباض و نفس حكم الشارع بوجود اقباض

الزائد ضرر ينفيه الحديث و حيث انه من لوازم لزوم العقد بل لا معنى للزوم في هذه المعاملة الا ذلك فيرتفع المنشأ و هو اللزوم فيثبت

الخيار فيكون حكم هذه المعاملة حكم المعاملات الاخر المذكور في الفرض السابق و بهذا البيان اندفع ايراد المحقق الايرواني رحمه

الله عليه بانه يرتفع بالحديث وجوب الاقباض لا انه يثبت به الخيار و لكن يرد عليه ما تقدم في خيار المجلس من ضعف المبني.  
(٢) قوله و لو ثبتت الزيادة أو النقيضة بعد العقد فانه لا عبرة بهما مورد الكلام فيما ذكره سابقا و اشكل فيه ما إذا كان الغبن موجودا ثم ارتفع و في المقام ما إذا لم يكن حين العقد موجودا بل تحقق بعد العقد و قد ادعى قده الاجماع على عدم ثبوت الخيار

### لا عبرة بعلم مجرى الصيغة

(٣) رابعها: هل العبرة بعلم الوكيل، أو الموكل، أو هما معا؟ وجوه،  
و ملخص القول فيه: انه لا- إشكال في ان الوكيل في مجرد اجراء الصيغة لا عبرة بعلمه و لا بجعله، و لا يثبت له الخيار، و أما الوكيل المفوض، فالكلام فيه في موردين:  
الأول: في انه متى يثبت الخيار.  
الثاني: فيمن يثبت له.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤١٨

نعم لو كان وكيلا- في المعاملة و المساومة، فمع علمه و فرض صحة المعاملة حينئذ لا- خيار للموكل (١) و مع جهله يثبت الخيار للموكل الا ان يكون عالما بالقيمة، و بأن وكيله يعقد على ازيد منها و يقرره له، و إذا ثبت الخيار في عقد الوكيل فهو للموكل خاصة، الا ان يكون وكيلا مطلقا بحيث يشمل مثل الفسخ، فإنه كالولي حينئذ و قد مر ذلك مشروحا في خيار المجلس، (٢)

اما الأول: فلا اشكال في ثبوته لو كان الوكيل و الموكل جاهلين،

انما الكلام فيما إذا كان الوكيل عالما بالغبن و الموكل جاهلا أو عالما، و فيما إذا انعكس الأمر،

اما في الصورة الاولى:

فقد يقال: ان التوكيل اما ان يشمل المعاملة الغبية أو يختص بغيرها، لا إشكال في اللزوم في الفرض الأول و عدم الصحة في الثاني، فما معنى ثبوت الخيار.

و فيه: انه يمكن ان يقال انه يشمل التوكيل المعاملة الغبية و لكن بما لها من الأحكام و الخصوصيات و منها ثبوت الخيار،

(١) و صريح المصنف رحمه الله و غيره عدم ثبوت الخيار،

و الوجه فيه ان طرف المعاملة انما هو الوكيل، و الموكل اجنبي عن المعاملة فلا بناء من الموكل كي يوجب تخلفه الخيار، و لا إقدام منه على معاملة ضررية.

و أما في الصورة الثانية: فظاهر المصنف رحمه الله عدم ثبوت الخيار، و صريح المحقق النائيني رحمه الله ثبوته، و هو الحق، لأن طرف المعاملة هو الوكيل فهو الملتزم بالمساواة و يوقع المعاملة مبنية عليها، و المعاملة الضررية لزومها مستند الى الشارع دون المكلف، و مجرد علم الموكل بالغبن لا يوجب عدم ثبوت الخيار.

و أما المورد الثاني: فان كان مدرك الخيار حديث لا ضرر كان الخيار ثابتا للموكل كما افاده المصنف رحمه الله، لأنه الذي يتضرر من المعاملة، و ان كان المدرك هو الالتزام الضمني كان الخيار للوكيل لأنه طرف المعاملة و البناء منه.

(٢) قوله و قد مر ذلك مشروحا في خيار المجلس و فيه انه لا يكون طريق المسألتين واحدا فان موضوع الخيار في تلك المسألة عنوان البيع و هو يصدق على الوكيل و في المقام المتضرر على مسلكه و هو لا يصدق عليه.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤١٩

ثم ان الجهل انما يثبت باعتراف الغابن و بالبينه ان تحققت و بقول مدعيه مع اليمين، (١) لأصالة عدم العلم (٢) الحاكمة على اصالة



اللزوم، مع انه قد يتعسر اقامة البينة على الجهل، و لا يمكن للغابن الحلف على علمه لجهله بالحال، فتأمل.  
هذا كله إذا لم يكن المغبون من اهل الخبرة بحيث لا يخفى عليه القيمة الا لعارض من غفلة أو غيرها، و الا فلا يقبل قوله كما فى  
الجامع و المسالك. (٣)

### ما ثبت به الجهل

خامسها: فيما يثبت به الجهل، فقد يقال كما فى المتن: انه.

(١) يثبت باعتراف الغابن و بالبينة ان تحققت و بقول مدعيه مع اليمين،

و ظاهر ذلك جعل المغبون مدعيًا،

(٢) و استدلل له باصالة عدم العلم، فيثبت قوله باعتراف الغابن له أو بإقامة البينة عليه أو بيمينه حيث يتعذر عليه اقامة البينة عليه.

و فى كلامه قدس سره موقعان للنظر:

الأول: انه ان جرى الأصل المزبور لزم منه كون المغبون منكرا لموافقة قوله الأصل لا مدعيًا، نعم لو كان المدعى من لو ترك ترك  
صح جعل المغبون مدعيًا.

الثانى: ان المانع عن ثبوت الخيار انما هو اقدام المغبون على الضرر و الغبن، و به يسقط اشتراط التساوى و لا يكون مشمولاً لحديث  
نفى الضرر، و العلم من حيث هو لا- دخل له فى ذلك، و اجراء اصالة عدم العلم لاثبات اثر عدم الاقدام من اوضح انحاء الأصل  
المثبت.

فالحق ان يقال: ان المنكر هو الغابن لموافقة قوله للأصل و هو اصالة اللزوم، و عليه فان اقام المغبون البينة على جهله فهو و الا فيحلف  
الغابن، و ان رد الحلف يحلف المغبون.

(٣) و قد ذكر صاحب المسالك و الجامع: انه إذا كان المغبون من اهل الخبرة لا يقبل قوله

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤٢٠

و قد يشكل بأن هذا انما يوجب عدم قبول قوله من حيث تقديم الظاهر على الاصل، فغاية الامر ان يصير مدعيًا من جهة مخالفة قوله  
للظاهر لكن المدعى لما تعسر اقامة البينة عليه و لا يعرف الا من قبله يقبل قوله مع اليمين، فليكن هذا من هذا القبيل. (١) الا ان يقال  
ان مقتضى تقديم الظاهر جعل مدعيه مقبول القول بيمينه (٢) لا جعل مخالفه مدعيًا يجرى عليه جميع أحكام المدعى حتى فى قبول  
قوله إذا تعسر عليه اقامة البينة أ لا ترى انهم لم يحكموا بقبول قول مدعى فساد العقد إذا تعسر عليه إقامة البينة على سبب الفساد، هذا  
مع عموم تلك القاعدة، (٣) ثم اندراج المسألة فيها محل تأمل، (٤)

(١) و المصنف اورد عليهما: بان غاية ما هناك موافقة قول الغابن للظاهر،

فالمغبون يصير مدعيًا، و المدعى إذا تعسر عليه اقامة البينة- لأن ما يدعيه لا يعرف الا من قبله- يقبل قوله مع اليمين، و المقام من هذا  
القبيل.

و قد رد هو ذلك بوجوه:

(٢) الأول: ان مقتضى تقديم الظاهر قبول قول موافقة باليمين، فتكون القاعدة المشار إليها- اى سماع قول المدعى بيمينه مع تعسر  
البينة عليه- مختصة بما إذا لم يكن قول المدعى مخالفا للظاهر.

(٣) الثانى: ان عموم تلك القاعدة محل تأمل، إذ لا وجه له سوى انه يلزم من عدم تقديمه ايقاف الدعوى و ضياع الحقوق، و هذا

اللازم مختص بما إذا لم يتمكن المدعى عليه من الحلف، و إلا لكان الفصل ممكنا، و في المقام يتمكن المنكر من ذلك.

(٤) الثالث: ان المقام غير داخل في تلك القاعدة، لأنه ليس اقامة البينة متعسرة عليه نوعا.

و في ما أفاده رحمه الله موقعان للنظر:

احدهما: ان العلمين انما حكما بعدم قبول قول المغبون لا من جهة كونه مدعيا، بل من جهة ان من شرط سماع الدعوى ان يكون ما يدعيه محتملا بالاحتمال العقلاني و العادي، و الا لا تسمع الدعوى،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٢١

و لو اختلفا في القيمة وقت العقد، أو في القيمة بعده، مع تعذر الاستعلام، فالقول قول منكر سبب الغبن (١) لأصالة عدم التغير (٢) و أصالة اللزوم، و منه يظهر حكم ما لو اتفقا على التغير و اختلفا في تاريخ العقد، و لو علم تاريخ التغير فالأصل و ان اقتضى تأخر العقد الواقع على الزائد عن القيمة، إلا انه لا يثبت به وقوع العقد على الزائد حتى يثبت العقد.

أ لا ترى انه إذا ادعى الفقير على غنى فصا بقيمة عشرة آلاف ليرة لا تسمع دعواه،

و المقام من هذا القبيل، فان الخبير إذا ادعى الجهل بالقيمة لغير عارض لا يحتمل عقلايا صدقه.

ثانيها: ان ما افاده في الجواب الأول يرد عليه: انه إذا ثبت كون من يكون قوله مخالفا للظاهر مدعيا كيف لا ترتب عليه جميع احكام المدعى و ما المخصص للقاعدة المشار إليها.

سادسها لو اختلفا في القيمة وقت العقد، أو في القيمة بعده مع تعذر الاستعلام،

(١) ففي المتن: القول قول منكر سبب الغبن،

و الظاهر ان مورد كلامه ما لو اتفقا على القيمة الفعلية، و مدعى الغبن يدعى تغير القيمة و انها كانت حين العقد ازيد مثلا.

(٢) و في هذا المورد ادعى المصنف رحمه الله ان اصالة عدم التغير تجرى و يثبت بها قول منكر الغبن،

و اورد عليه المحقق النائيني رحمه الله: بان هذا الاستصحاب من قبيل الاستصحاب القهقري و لا نقول بحجته، مع ان الأثر لم يترتب على هذا الأمر الانتزاعي، بل على منشأ انتزاعه و هو عدم التساوي.

و لكن الظاهر ان مراد المصنف رحمه الله من اصالة عدم التغير اصالة عدم وقوع العقد على الزائد، و عليه فليس هو من الاستصحاب القهقري و لا مثبتا، فان موضوع الخيار وقوع العقد على الزائد، و به ينتفى موضوع الخيار.

و لا تعارضها اصالة عدم وقوع العقد على المساوي لعدم ترتب الأثر عليه، إذ الأثر ترتب على العقد الواقع على الزائد أو الناقص، و قد اشبعنا الكلام في هذه المسألة في اواخر كتاب البيع في الجزء الرابع من هذا الشرح. فراجع.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٢٢

## الأمر الثاني: كون التفاوت فاحشا، (١)

### إشارة

فالواحد بل الاثنان في العشرين لا يوجب الغبن وحده عندنا، كما في التذكرة ما لا يتغابن الناس بمثله، (٢) و حكى فيها عن مالك ان التفاوت بالثلث لا يوجب الخيار، و ان كان بأكثر من الثلث اوجبه، و رده بأنه تخمين لم يشهد له اصل في الشرع، انتهى.

و الظاهر انه لا إشكال في كون التفاوت بالثلث بل الربع فاحشا، نعم الاشكال في الخمس و لا يبعد دعوى عدم مسامحة الناس فيه: كما سيجيء التصريح من المحقق القمي في تصويره لغبن كلا المتبايعين، ثم الظاهر ان المرجع عند الشك في ذلك هو اصالة ثبوت الخيار، لأنه ضرر لم يعلم تسامح الناس فيه، و يحتمل الرجوع إلى أصالة اللزوم، لأن الخارج هو الضرر الذي يناقش «يتفاحش» فيه لا

مطلق الضرر بقى هنا شيء

اشترط كون التفاوت فاحشا

(١) الأمر الثانى الذى يعتبر فى ثبوت الخيار: كون التفاوت فاحشا، ذكره الاصحاب و تنقيح القول فيه بالبحث فى موارد:

الأول: فى اعتبار ذلك فى الجملة.

الثانى: فى ضابطه.

الثالث: فى ما لو شك فى انه مما يتسامح فيه او لا.

اما الأول: فلا ينبغى التوقف فى اعتباره، لأن مدرك هذا الخيار ان كان هو الشرط الضمنى فالشرط عدم التفاوت بمقدار لا يتسامح

فيه، و ان كان قاعدة لا ضرر يكون المتعاملان مقدمين على هذا المقدار من الضرر، و بنائهم على تحمله.

و أما الثانى: فاحسن ما قيل فى المقام، ما ذكره العلامة رحمه الله بقوله.

(٢) ما لا يتغابن الناس بمثله اى لا يعدونه غبنا و لا يردون المعاملة بمثل هذا التفاوت، من غير فرق بين كون التفاوت فى مقام العقد

معتنى به ام لا، بل العبرة بعدم الاعتناء به فى مقام فسخ العقد، و هذا يختلف بحسب اختلاف المقامات، مثلا فى المعاملات الحقيرة مع

التفاوت بالنصف بل بالمساوى لا يقدمون على رد المعاملة، كما إذا اشترى شيئا

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤٢٣

و هو ان ظاهر الأصحاب و غيرهم ان المناط فى الضرر الموجب للخيار كون المعاملة ضررية مع قطع النظر عن ملاحظة حال أشخاص

المتبايعين، (١) و لذا حدّوه بما لا يتغابن به الناس أو بالزائد على الثلث، كما عرفت عن بعض العامة.

و ظاهر حديث نفى الضرر المستدل عليه فى أبواب الفقه ملاحظة الضرر بالنسبة إلى شخص الواقعة، و لذا استدلوا به على عدم وجوب

شراء ماء الوضوء بمبلغ كثير إذا اضر بالمكلف، و وجوب شرائه بذلك المبلغ على من لا يضر به ذلك،

مع ان أصل شراء الماء بأضعاف قيمته معاملة ضررية فى حق الكل.

و الحاصل ان العبرة إذا كان بالضرر المالى لم يجب شراء ماء الوضوء بأضعاف قيمته، و ان كانت بالضرر الحالى تعين التفصيل فى

خيار الغبن بين ما يضر بحال المغبون و غيره، و الأظهر اعتبار الضرر المالى (٢) لأنه ضرر فى نفسه من غير مدخلية، لحال الشخص، و

تحمله فى بعض المقامات انما خرج بالنص،

بقرانين يسوى قرانا واحدا، و فى المعاملات الخطيرة ربما يقدمون على الرد مع كون التفاوت بالعرض، كما إذا اشترى شيئا بعشرة

ملايين تومان و هو يسوى تسعة،

فما افاده المصنف رحمه الله فى مقام الضابط كغيره لا يتم.

و أما الثالث: فان كان مدرك الخيار قاعدة نفى الضرر فلا يمكن التمسك بها، لأن مخصص القاعدة فى موارد الاقدام و ان لم يكن

لفظيا، الا انه القرينة المقارنة، و فى مثله لا يتمسك بالعموم، فيتعين الرجوع الى اصالة اللزوم، و ان كان هو الشرط الضمنى فثبوته غير

محرز، فالمتعين الرجوع الى اصالة اللزوم ايضا.

(١) بقى فى المقام اشكال، هل صححو: ان المدار فى الضرر فى باب العبادات و المعاملات ان كان على الضرر المالى فلم يجب شراء

ماء الوضوء بأضعاف قيمته، و ان كان على الضرر الحالى كما هو فتوى الأصحاب فى باب الوضوء تعين التفصيل فى خيار الغبن بين ما

يضر بحال المغبون و غيره.

و اجاب المصنف قدس سره عن ذلك بجوابين:

(٢) الأول: ان المدار على الضرر المالى، و انما لا يلتزم به فى باب الوضوء للنص الخاص.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤٢٤

ولذا اجاب فى المعبر عن الشافعى المنكر لوجوب الوضوء فى الفرض المذكور، بأن الضرر لا يعتبر مع معارضة النص و يمكن ايضا ان يلتزم الضرر المالى فى مقام التكليف لا لتخصيص عموم نفي الضرر بالنص. بل لعدم كونه ضررا بملاحظة ما بإزائه من الأجر (١) كما يشير إليه قوله عليه السلام بعد شرائه عليه السلام ماء وضوئه باضعاف قيمته ان ما يشتري به مال كثير. نعم لو كان الضرر مجحفا بالمكلف، انتفى بأدلة نفي الحرج (٢) لا دليل نفي الضرر، فنفي الضرر المالى فى التكليف لا يكون الا إذا كان تحمله حرجا اشكال،

(١) الثانى: ان المدار على الضرر المالى، و عدم الالتزام به فى باب الوضوء من جهة انه لا يعد بذل المال فى مقابل ماء الوضوء ضررا بملاحظة ما بإزائه من الأجر.

ثم انه تنبه لاشكال و هو: انه على هذين الجوابين لا بد من البناء على وجوب الوضوء و ان كان مضرا بحاله، فأجاب عنه:

(٢) بانه انما يلتزم بعدم الوجوب لأدلة نفي الحرج.

و فى ما ذكره قدس سره موقعان للنظر:

الأول: تسليمه لكون بذل المال الكثير بازاء ماء الوضوء ضررا،

فانه يرد عليه: ان قيمة الماء إذا كانت فى نفسها كثيرة و اكثر من ثمنه المعتاد- كما لو كان الماء فى محل يعتبرون العقلاء له هذا المقدار من المالىة لقلته و كثرة الحاجة إليه- لا يعد بذل الماء بازائه ضررا ماليا.

الثانى: ما افاده من عدم كون بذل المال الكثير بازاء ماء الوضوء ضررا بملاحظة ما بإزائه من الأجر،

فانه يرد عليه: ان الأجر متوقف على ثبوت الأمر، و هو على عدم الضرر،

مع ان الالتزام بذلك مستلزم لعدم جريان قاعدة الضرر فى باب العبادات فالمتحصل مما ذكرناه: انه فى باب الوضوء ايضا المدار على الضرر المالى لو لا النص «١» المخرج.

(١) الوسائل- باب ٢٦- من ابواب التيمم حديث ١ و ٢.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤٢٥

ذكر فى الروضة و المسالك تبعا لجامع المقاصد فى اقسام الغبن ان المغبون اما ان يكون هو البائع أو المشتري أو هما، انتهى.

فيقع الاشكال فى تصور غبن كل من المتبايعين معا، و المحكى عن بعض الفضلاء فى تعليقه على الروضة، ما حاصله استحالة ذلك حيث قال: قد عرفت ان الغبن فى طرف البائع انما هو إذا باع بأقل من القيمة السوقية. و فى طرف المشتري إذا اشترى بأزيد منها و لا يتفاوت الحال بكون الثمن و المثمن من الاثمان أو العروض أو مختلفين، و حينئذ فلا يعقل كونهما معا مغوبين، و إلا لزم كون الثمن اقل من القيمة السوقية و اكثر و هو محال، فتأمل، انتهى.

و قد تعرض غير واحد ممن قارب عصرنا لتصوير ذلك فى بعض الفروض منها ما ذكره المحقق القمى صاحب القوانين فى جواب من سألته عن هذه العبارة من الروضة، قال: انها تفرض فيما إذا باع متاعه بأربعة توامين من الفلوس على ان يعطيه عنها ثمانية دنانير معتقدا انها يسوى بأربعة توامين ثم تبين ان المتاع يسوى خمسة توامين و ان الدنانير تسوى خمسة توامين الا خمسا، فصار البائع مغبونا من كون الثمن اقل من القيمة السوقية بخمس تومان، و المشتري مغبونا من جهة زيادة الدنانير على أربعة توامين فالبايع مغبون فى اصل البيع و المشتري مغبون فيما التزمه من اعطاء الدنانير عن الثمن و ان لم يكن مغبونا فى أصل البيع، انتهى.

اقول الظاهر ان مثل هذا البيع المشروط بهذا الشرط يلاحظ فيه حاصل ما يصل الى البائع بسبب مجموع العقد و الشرط، كما لو باع شيئاً يسوى خمسة دراهم بدرهمين، على ان يخيظ له ثوبا مع فرض كون اجرة الخياطة ثلاثة دراهم. و من هنا يقال ان للشروط قسماً من العوض و ان ابيت الا عن ان الشرط معاملة مستقلة و لا مدخل له في زيادة الثمن و خرج ذلك عن فرض غبن كلي من المتبايعين في معاملة واحدة لكن الحق ما ذكرنا من وحدة المعاملة، و كون الغبن من طرف واحد.

و منها ما ذكره بعض المعاصرين من فرض المسألة فيما إذا باع شيئاً في عقد واحد

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٢٦

بشمنين، فغبن البائع في احدهما و المشتري في الآخر. و هذا الجواب قريب من سابقه في الضعف لأنه ان جاز التفكيك بينهما عند فرض ثبوت الغبن لأحدهما خاصة حتى يجوز له الفسخ في العين المغبون فيها خاصة فهما معاملتان مستقلتان كان الغبن في كل واحدة منهما لاحدهما خاصة فلا وجه لجعل هذا قسماً ثالثاً لقسمي غبن البائع خاصة و المشتري خاصة، و ان لم يجز التفكيك بينهما لم يكن غبن اصلاً مع تساوي الزيادة في احدهما للنقيصة في الآخر، و مع عدم المساواة فالغبن من طرف واحد.

و منها ان يراد بالغبن في المقسم معناه الاعم الشامل لصورة خروج العين المشاهدة سابقاً على خلاف ما شاهده أو خروج ما اخبر البائع بوزنه على خلاف خبره، و قد اطلق الغبن على هذا المعنى الاعم العلامة في القواعد و الشهيد في المعنى و على هذا المعنى الاعم تحقق الغبن في كل منهما و هذا حسن، لكن ظاهر عبارة الشهيد و المحقق الثانيين ارادة ما عنون به هذا الخيار و هو الغبن بالمعنى الاخص على ما فسروه به.

و منها ما ذكره بعض من انه يحصل بفرض المتبايعين وقت العقد في مكانين،

كما إذا حصر العسكر البلد و فرض قيمة الطعام خارج البلد ضعف قيمته في البلد،

فاشترى بعض اهل البلد من وراء سور البلد طعاماً من العسكر بثمن متوسط بين القيمتين فالمشتري مغبون لزيادة الثمن على قيمة الطعام في مكانه، و البائع مغبون لنقصانه عن القيمة في مكانه، و يمكن رده بأن المبيع بعد العقد باق على قيمته حين العقد، و لا غبن فيه للمشتري ما دام في محل العقد، و إنما نزلت قيمته بقبض المشتري و نقله اياه الى مكان الرخص.

و بالجملة: الطعام عند العقد لا يكون الا في محل واحد له قيمة واحدة.

و منها ما ذكره في مفتاح الكرامة من فرضه فيما إذا ادعى كل من المتبايعين الغبن، كما إذا بيع ثوب بفرس بظن المساواة، ثم ادعى كل منهما نقص ما في يده عما في يد الآخر، و لم يوجد المقوم ليرجع إليه فتحالفاً، فيثبت الغبن لكل منهما فيما وصل إليه و قال و يتصور غبنهما في احد العوضين، كما لو تبايعا شيئاً بمائة درهم، ثم ادعى البائع كونه يسوى بمائتين و المشتري كونه لا يسوى إلا بخمسين، و لا مقوم يرجع إليه فيتحالفاً و يثبت الفسخ لكل منهما، انتهى.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٢٧

و فيه ان الظاهر ان لازم التحالف عدم الغبن في المعاملة اصلاً، مع ان الكلام في الغبن الواقعي دون الظاهري، و الاولى من هذه الوجوه هو الوجه الثالث، (١) و الله العالم.

و أما ما اورده المحقق الايرواني رحمه الله على تمسكه بقاعدة نفى الحرج «١» بانه يأتي في الحرج ما تقدم في الضرر من اعتبار الحرج النوعي أو الشخصي،

فمندفع بان الاشكال لم يكن مربوطاً بنوعيته و شخصيته. فراجع.

ذكر في الروضة- في اقسام الغبن-: ان المغبون اما ان يكون هو البائع أو المشتري أو هما. وقد اشكل في تصور غبن كل من المتبايعين بانه يلزم منه كون الثمن اقل من القيمة السوقية و اكثر، و هو محال، و قد ذكروا في تصويره وجوها، ذكر المصنف رحمه الله جملة منها مع ما يرد عليها، (١) و قد استحسّن هو قدس سره الوجه الثالث في كلامه، و يرد عليه ايضا ما افاده من ان عبارات الأعلام لا توافقه. و يمكن ان يتصور بوجهين آخرين:

احدهما: ما لو فرضنا قيمة الشيء منضما ازيد من قيمته منفردا، كمصراعى الباب بان تكون قيمة كل مصراع تومانيين و قيمتهما معاً ستة تومانيين، فباع من له مصراغان مصراعا واحدا بتخيل انه ليس له الا ذلك بثلاثة تومانيين، فان المشتري حينئذ مغبون بتومان، و البائع ايضا كذلك من جهة زوال حيثية الانضمام الموجب لنقص ما عنده. ثانيهما: ان يكون شيء واحد مختلف القيمة بالاضافة الى شخصين، كما لو

(١) سورة المائدة آية ٧ سورة الحج آية ٧٧ سورة البقرة آية ١٨٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٢٨

### مسألة: ظهور الغبن، شرط شرعي لحدوث الخيار أو كاشف عقلي عن ثبوته حين العقد، (١)

وجهان، منشؤهما اختلاف كلمات العلماء في فتاويهم و معاهد اجماعهم و استدلالاتهم. فظاهر عبارة المبسوط و الغنية و الشرائع و غيرها هو الأول، و في الغنية الاجماع على ان ظهور الغبن سبب للخيار و ظاهر كلمات آخرين الثاني و في التذكرة ان الغبن سبب لثبوت الخيار عند علمائنا و قولهم لا يسقط هذا الخيار بالتصرف، فان المراد التصرف قبل العلم بالغبن و عدم سقوطه ظاهر في ثبوته،

فرض ان للشخص امة تسوى مائة تومان، و لها ولد يسوى مائة ايضا، فباع الامة بمائة و خمسين و فرض ان الولد يموت بالتفريق بينه و بين امه، فالبائع مغبون من جهة ان الامة تسوى بالاضافة اليه باكثر من ما باعها به، و المشتري مغبون لفرض اكثرية ثمنها من قيمتها. ظهور الغبن كاشف عن ثبوت الخيار

(١) الثاني: ظهور الغبن شرط شرعي لحدوث الخيار أو كاشف عقلي عن ثبوته حين العقد. وجهان، و الكلام في هذه المسألة يقع في جهات:

الاولى: في ان مدرك هذا الخيار هل يقتضى ثبوته من حين العقد أو من حين ظهور الغبن.

الثانية: في ان الحق الخياري هل هو عين السلطنة الفعلية ام غيرها.

الثالثة: في انه هل تكون السلطنة الفعلية من حين العقد أو من حين ظهور الغبن الرابعة: في ان الآثار المجعولة للخيار هل هي باجمعها مترتبة على الحق أو على السلطنة ام هناك تفصيل.

اما الجهة الاولى: فان كان مدرك هذا الخيار حديث لا ضرر فهو يقتضى ثبوته من حين العقد، لأن لزوم العقد المشتمل على النقص المالي ضرر و ان لم يكن البائع

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٢٩

و مما يؤيد الأول انهم اختلفوا في صحة التصرفات الناقلة في زمان الخيار و لم يحكموا ببطلان التصرفات الواقعة من الغابن حين جهل

المغبون، بل صرح بعضهم بنفوذها و انتقال المغبون بعد ظهور غبنه الى البدل، و يؤيده ايضا الاستدلال فى التذكرة و الغنية على هذا الخيار بقوله صلى الله عليه و آله فى حديث تلقى الركبان انهم بالخيار إذا دخلوا السوق، فإن ظاهره حدوث الخيار بعد الدخول الموجب لظهور الغبن، هذا و لكن لا يخفى امكان ارجاع الكلمات الى احد الوجهين بتوجيه ما كان منها ظاهرا فى المعنى الآخر. و توضيح ذلك انه ان أريد بالخيار السلطنة الفعلية التى يقتدر بها على الفسخ و الامضاء قولاً أو فعلاً فلا يحدث الا بعد ظهور الغبن، و ان اريد ثبوت حق للمغبون لو علم به لقام بمقتضاه فهو ثابت قبل العلم (١) و إنما يتوقف على العلم اعمال هذا الحق،

ملفتا إليه، و كذلك ان كان المدرك الشرط الضمنى، فان الشرط هو التساوى بين المالىين واقعا لا فى اعتقاد الشارط. و أما ان كان المدرك نصوص الغبن فيمكن ان يقال: انها تقتضى حدوث الخيار بعد ظهور الغبن، فانه علق الخيار فيها على دخول السوق الذى هو كناية عن ظهور الغبن، اللهم الا ان يقال انه يمكن ان يكون التعليق على دخول السوق لكونه طريق الضرر و أما الجهة الثانية: فالظاهر ان الحق الخيارى غير السلطنة من جهة ان الخيار حق و هو امر اعتبارى كالملكية و السلطنة التى هى عبارة عن جواز التصرفات، و نفوذها غير ذلك الأمر الاعتبارى، بل ربما تفارقه كما فى التصرف فى مال الصغير: فان الحق و الملك للصغير، و من له السلطنة هو الولي،

فما افاده المحقق الايروانى رحمه الله من انه لا معنى للخيار الا السلطنة غير تام.

و أما الجهة الثالثة: فالحق ان السلطنة الفعلية التى هى اثر الخيار ثابتة من حين حدوثه، فكما ان المغبون له الخيار من حين العقد و ان لم يعلم به، كذلك له السلطنة و ان لم يلتفت إليها. فما افاده المصنف رحمه الله فى مقام الجمع بين كلمات القوم من. (١) كون الحق ثابتا من حين العقد و السلطنة حادثة من حين ظهور الغبن، فى غير محله.

منهاج الفقهاء (لروحانى)، ج ٥، ص: ٤٣٠

فيكون حال الجاهل بموضوع الغبن كالجاهل بحكمه أو بحكم خيارى المجلس أو الحيوان أو غيرها، ثم ان الآثار المجعولة للخيار بين ما يترتب على تلك السلطنة الفعلية، كالسقوط بالتصرف فإنه لا يكون الا بعد ظهور الغبن فلا يسقط قبله كما سيجىء و منه التلف. فإن الظاهر انه قبل ظهور الغبن من المغبون اتفاقا لو قلنا بعموم قاعدة كون التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له، لمثل خيار الغبن، كما جزم به بعض و تردد فيه آخر و بين ما يترتب على ذلك الحق الواقعى كإسقاطه بعد العقد قبل ظهوره، (١)

و بين ما يتردد بين الأمرين كالتصرفات الناقلة، (٢) فإن تعليلهم المنع عنها بكونها مفوتة لحق ذى الخيار من العين ظاهر فى ترتب المنع على وجود نفس الحق، و ان لم يعلم به، و حكم بعض من منع من التصرف فى زمان الخيار بمضى التصرفات الواقعة من الغابن قبل علم المغبون يظهر منه ان المنع لأجل التسلط الفعلى، و المتبع دليل كل واحد من تلك الآثار فقد يظهر منه ترتب الأثر على نفس الحق الواقعى و لو كان مجهولا لصاحبه. و قد يظهر منه ترتبه على السلطنة الفعلية، و يظهر ثمرة الوجهين ايضا فيما لو فسخ المغبون الجاهل اقتراحا أو بظن وجود سبب معدوم فى الواقع

(١) و أما الجهة الرابعة: فعلى ما ذكرناه فى الجهة الثالثة لا فرق بين كون جميع الآثار آثار الحق أو السلطنة ام يكون هناك تفصيل، و أما بناء على المسلك الآخر فالظاهر انها باجمعها آثار الحق كما هو لسان الأدلة، نعم ان كان سقوط الخيار بالتصرف بمناط كاشفيتها عن الرضا و الالتزام بالعقد لا يكون التصرف قبل ظهور الغبن مسقطا، لأنه لا يكون كاشفا عن الرضا مع الجهل. و أما التلف فجماعة و هم الأكثرون انما افتوا بكونه من المغبون قبل ظهور الغبن من جهة انهم يرون قاعدة التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له مختصة بغير هذا الخيار، و جماعة آخرون ممن يرى عدم الاختصاص لعلمهم حكموا بانه من المغبون من جهة انهم يرون ثبوت هذا الخيار من حين ظهور الغبن.



(٢) و أما التصرفات الناقلة التي تردد المصنف رحمه الله فيها بين الأمرين، فظاهر ما ذكر في وجه المنع من كونها تصرفا في متعلق حق الغير المنع عنها قبل ظهور الغبن، و حكم بعض

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٣١

فصادف الغبن، ثم ان ما ذكرناه في الغبن من الوجهين جار في العيب، و قد يستظهر من عبارة القواعد في باب التدليس، الوجه الأول قال: و كذا يعنى لارد لو تعيبت الأمة المدلسة عنده قبل علمه بالتدليس، انتهى.

فإنه ذكر في جامع المقاصد انه لا فرق بين تعييبها قبل العلم و بعده، لان العيب مضمون على المشتري، ثم قال: الا ان يقال ان العيب بعد العلم غير مضمون على المشتري لثبوت الخيار و ظاهره عدم ثبوت الخيار قبل العلم بالعيب، لكون العيب في زمان الخيار مضمونا على من لا خيار له، لكن الاستظهار المذكور مبني على شمول قاعدة التلف ممن لا خيار له لخيار العيب و سيجيء عدم العموم ان شاء الله تعالى.

و أما خيار الرؤية فسيأتي ان ظاهر التذكرة حدوثه بالرؤية، فلا يجوز اسقاطه قبلها.

### مسألة يسقط هذا الخيار بأمور:

#### احدها: اسقاطه بعد العقد، (١)

#### إشارة

و هو قد يكون بعد العلم بالغبن، فلا اشكال في صحة اسقاطه بلا عوض مع العلم بمرتبة الغبن و لامع الجهل بها إذا اسقط الغبن المسبب عن اي مرتبة كان فاحشا كان أو افحش

من منع من التصرف في زمان الخيار بمضى التصرف الناقل قبل ظهور الغبن، اما من جهة انه يرى حدوث الخيار من حين الظهور، أو يكون الاشكال واردا عليه.

اسقاط خيار الغبن بعد العقد

(١) الثالث: يسقط هذا الخيار بأمور احدها اسقاطه بعد العقد.

و قد جعل المصنف رحمه الله صحة الاسقاط مفروغا عنها، مع انها محل البحث، فانه إذا كان مدرك هذا الخيار حديث لا ضرر فقد مر أن مقتضاه نفي اللزوم خاصة لا- إثبات خيار حقي قابل للاسقاط و المصالحة، بل هو يلائم مع كونه جوازا حكما، و مقتضى الاستصحاب عدم سقوطه بشيء من المسقطات.

نعم إذا كان مدركه الشرط الضمني كان الثابت خيار كسائر الخيارات القابلة للاسقاط،

كما انه كذلك لو كان المدرك نصوص الغبن أو الاجماع،

و الظاهر ان الاسقاط متعلق بالحق و من الانشائيات و لا يكفي فيه الرضا النفساني

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٣٢

و لو اسقطه بزعم كون التفاوت عشرة، فظهر مائة. ففي السقوط وجهان (١) من عدم طيب نفسه بسقوط هذا المقدار من الحق، كما لو اسقط حق عرض بزعم انه شتم لا يبلغ القذف، فتبين كونه قذفا، و من ان الخيار امر واحد مسبب عن مطلق التفاوت الذي لا يتسامح به و لا تعدد فيه فيسقط بمجرد الاسقاط، (٢) و القذف و ما دونه من الشتم حقان مختلفان.

بل يحتاج الى الانشاء.

و بعد ذلك يقع الكلام فيما ذكره المصنف رحمه الله من انه.

(١) لو اسقطه بزعم كون التفاوت عشرة فظهر مائة، ففي السقوط وجهان،

و الكلام فيه في موردين:

الأول: في الاسقاط بلا عوض.

الثاني: في الاسقاط مع العوض بمعنى المصالحة عنه به.

(٢) اما الأول: فقد بنى المصنف المقام على تعدد الحق و وحدته، و انه على الأول لا يسقط لو اسقطه بتخييل كون التفاوت عشرة فظهر

مائة، و على الثاني يسقط،

و لكن هذا المقدار لا يكفي، إذ يمكن ان يقال انه على الوحدة ايضا يمكن اسقاطه على تقدير دون آخر.

و في حاشية السيد الفقيه رحمه الله: ان مبنى الوجهين ان اعتقاد مرتبة من الغبن من قبيل الداعي أو التقييد، فعلى الأول يسقط دون

الثاني.

و يرد عليه: انه ليس من قبيل الداعي و لا من قبيل التقييد،

اما الأول: فلأن الداعي هو العلة الغائية المترتبة على الفعل، و من الواضح ان الاعتقاد المزبور ليس كذلك.

و أما الثاني: فلأن متعلق الاسقاط و هو الحق جزئي خارجي، و هو غير قابل للتقييد.

و قد يقال: ان مبنى الوجهين كون الاسقاط معلقا على كونه مسببا من مرتبة يعتقدها، أو انه متعلق به كائنا ما كان سببه، فعلى الأول لا

يسقط، و على الثاني يسقط.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٣٣

و أما الاسقاط بعوض بمعنى المصالحة عنه به فلا- اشكال فيه مع العلم بمرتبة الغبن أو التصريح بعموم المراتب، و لو اطلق و كان

للاطلاق منصرف، كما لو صالح عن الغبن المحقق في المتاع المشتري بعشرين بدرهم، فإن المتعارف من الغبن المحتمل في مثل هذه

المعاملة هو كون التفاوت اربعة أو خمسة في العشرين، فيصالح عن هذا المحتمل بدرهم فلو ظهر كون التفاوت ثمانية عشر، و ان

المبيع يسوى درهمين. ففي بطلان الصلح لأنه لم يقع على الحق الموجود، أو صحته مع لزومه لما ذكرنا من ان الخيار حق واحد له

سبب واحد و هو التفاوت الذي له افراد متعددة، فإذا اسقطه سقط أو صحته مترلزلا، لأن الخيار الذي صالح عنه باعتقاد ان عوضه

المتعارف درهم تبيين كونه مما يبذل في مقابلة ازيد من الدرهم ضرورة انه كلما كان التفاوت المحتمل ازيد يبذل في مقابلة ازيد مما

يبذل في مقابلة لو كان اقل فيحصل الغبن في المصالحة (١) إذ لا- فرق في الغبن بين كونه للجهل بمقدار مالته مع العلم بعينه، و بين

كونه لأجل الجهل بعينه وجوه، و هذا هو الأقوى فتأمل

و فيه: انه لو كان معلقا بطل الاسقاط، و لو لم يكن الاعتقاد خطأ، لأنه من الانشائيات، مع ان الاسقاط بما انه من الانشائيات لا يكتفى

فيه و لا في قيده بالقصد المجرد،

بل يتوقف على الانشاء،

فإذا اسقط الخيار غير معلق كان منشأ سقوط الخيار كائنا ما كان سببه و اعتقاد كونه من سبب خاص من المقارنات، فالأظهر السقوط.

و أما الثاني: فالكلام فيه من حيث الصحة و البطلان ما تقدم،

و أما من حيث ثبوت الخيار، فقد افاد المصنف رحمه الله في وجهه:

(١) انه يحصل الغبن في المصالحة من جهة انه لا فرق في الغبن بين كونه للجهل بمقدار ماليته مع العلم بغبنه، و بين كون للجهل بغبنه و اورد عليه المحقق الايرواني رحمه الله: بان بناء الصلح على المغابنة، فكيف يطرقه خيار الغبن.

و فيه: ان الصلح المقصود به حقيقة المعاوضة، اما لعدم امكان البيع لعدم كون المعوض عينا، أو لعدم وجود شرائط البيع لا يكون مبنيًا على المغابنة، و المقام من هذا القبيل.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٥، ص: ٤٣٤

و أما اسقاط هذا الخيار بعد العقد قبل ظهور الغبن. (١)

فالظاهر ايضا جوازه، و لا يقدح عدم تحقق شرطه بناء على كون ظهور الغبن شرطا لحدوث الخيار

و ربما يورد عليه: بان حقيقة الصلح التسالم، و الغبن انما يدخل في المعاوضات.

و فيه: انه لا ينافي كونه عبارة عن التسالم، مع كونه تمليك شيء بعوض،

فالاولى ان يورد عليه: بان الغبن في المقام ايضا من جهة الجهل بمقدار المايئة لفرض ان التفاوت المحتمل كلما كان ازيد يبذل في

مقابله ازيد مما يبذل في مقابله لو كان اقل،

و لعله الى هذا اشار بقوله، فتأمل.

### اسقاط الخيار قبل ظهور الغبن

(١) هذا كله في اسقاط هذا الخيار بعد العلم بالغبن، و أما اسقاطه قبل ظهور الغبن،

فالكلام فيه يقع اولاً: في الاسقاط،

ثم في الصلح عليه.

اما الأول: فقد اشكل على جوازه بوجوه اربعة، اثنان منها متوجهان كان الغبن شرطا شرعيا ام كان كاشفا عقليا، و اثنان منها مختصان

بما إذا كان الغبن شرطا شرعيا.

اما المحذوران المشتركان:

فاحدهما: انه لا جزم بالاسقاط، فلا يكون الاسقاط جديا لعدم تعقل الجدل الى الشيء مع عدم الجزم به.

و ثانيهما: التعليق.

اما الأول: فيمكن دفعه: بان الانشاء بقصد حصول المنشأ على تقدير حصول قيده امر ممكن لا استحالة فيه.

و أما الثاني: فيندفع: بان التعليق لا دليل على مبطلته سوى الاجماع، و هو على فرض شموله لجميع العقود و الايقاعات المتيقن منه

التعليق على ما لا يتوقف عليه الشيء،

و الا كما في تعليق البيع على الملكية و الطلاق على الزوجية، فلا محذور فيه، و المقام من هذا القبيل.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٥، ص: ٤٣٥

إذ يكفي في ذلك تحقق السبب المقتضى للخيار، و هو الغبن الواقعي (١) و ان لم يعلم به،

و هذا كاف في جواز اسقاط المسبب قبل حصول شرطه، كإبراء المالك الودعي المفرط عن الضمان، (٢) و كبراءة البائع من العيوب

الراجعة الى اسقاط الحق المسبب عن وجودها قبل العلم بها، و لا يقدح في المقام ايضا كونه اسقاطا لما لم يتحقق، إذ لا مانع منه إلا

التعليق و عدم الجزم الممنوع عنه في العقود فضلا عن الايقاعات، و هو غير قاذح هنا، فإن الممنوع منه هو التعليق على ما لا يتوقف

تحقق مفهوم الإنشاء عليه.

اما المحذوران المختصان:

فاحدهما: ما اشار إليه المصنف و هو ان اسقاط ما لم يجب كضمان ما لم يجب باطل و ثانيهما: ما افاده المحقق الاصفهاني رحمه الله، و هو: ان اسقاط الخيار لا دليل على نفوذه شرعا سوى قاعدة ان لكل ذى حق اسقاط حقه، و الظاهر منها ان من كان له حق فعلا له اسقاطه فعلا، و لا تشمل المقام.

اما المحذور الأول: فقد اجاب المصنف رحمه الله عنه: بانه.

(١) يكفى في ذلك تحقق السبب المقتضى للخيار و هو الغبن الواقعي،

ثم نظر المقام ببراء المالك الودعي المفرط عن الضمان، مع ان اشتغال ذمته بالبدل انما يكون بعد التلف، و بالتبري من العيوب الموجب لسقوط خيار العيب، مع ان ظهور العيب شرط.

و يرد على جوابه ما تقدم في خيار المجلس من انه لا ثبوت للشيء مع عدم تحقق اجزاء علته و ان تحقق مقتضيه، و لا سقوط حقيقة قبل الثبوت، مع ان تمييز المقتضى عن الشرط في باب الأحكام الشرعية مشكل، بل لا تكون الموضوعات و الأسباب و الشرائط مقتضيات قطعاً. و تمام الكلام في محله.

(٢) و أما مسألة الودعي فهي غير ثابتة: و على فرض الثبوت الودعي بمجرد التفريط تنتقل العين الى عهده، و من آثار العهدة رد بدلها مع التلف، و هي امر ثابت لا مانع من اسقاطه.

و أما التبري من العيوب فالكلام فيه هو الكلام في المقام.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٣٦

و أما ما نحن فيه و شبهه (١) مثل طلاق مشكوك الزوجية، و اعتاق مشكوك الرقية منجزاً أو البراء عما احتمل الاشتغال به، فقد تقدم في شرائط الصيغة انه لا مانع منه، لأن مفهوم العقد معلق عليها في الواقع من دون تعليق المتكلم، و منه البراءة عن العيوب المحتملة في المبيع و ضمان درك المبيع عند ظهوره مستحقاً للغير. (٢)

نعم قد يشكل الأمر من حيث العوض المصالح به، فإنه لا بد من وقوع شيء يزاؤه (٣) و هو غير معلوم

اما ما افاده المحقق النائيني رحمه الله في مقام الجواب من انه ليس اسقاطا لما لم يجب بل هو اسقاط لحق الشرط، بناء على كون مدرك هذا الخيار الشرط الضمني، فقد تقدم في اسقاط الخيار المشروط برد الثمن قبل الرد اندفاعه. فراجع.

فالحق في الجواب ان يقال: ان اسقاط ما لم يجب معلقاً على ثبوته، اي اسقاطه في زمان وجوده لا دليل على المنع عنه، و لو سلم الاجماع عليه فهو يختص بصورة عدم تحقق السبب، فلا يشمل المقام.

و أما المحذور الثاني فيمكن دفعه: بان القاعدة التي اشار إليها ليست مضمون رواية خاصة كي يستدل بظاهر تلك الجملة، 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 «١» على ان التصرف انما يكون مسقطاً لكونه التزاماً بالعقد و اسقاطاً للخيار. فراجع.

(١) قوله و أما ما نحن فيه و شبهه مثل طلاق مشكوك الزوجية هذه الامثلة انما ذكرت نظيراً للمقام من حيث التعليق و عدم الجزم- لا من حيث كفاية وجود السبب في اسقاط المسبب كما توهم.

(٢) قوله و ضمان درك المبيع عند ظهوره مستحقاً للغير الظاهر ان مراده ضمانه مع كون الثمن تالفاً و الا وجب دفع الثمن الى مالكة.

(٣) و أما الصلح عن الحق، فقد اشكل عليه بانه مع عدم الحق المعروض عنه كيف

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

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٣٧

فالاولى ضم شيء الى المصالح عنه المجهول التحقق (١) أو ضم سائر الخيارات إليه بأن يقول صالحتك عن كل خيار لي بكذا و لو تبين عدم الغبن لم يقسط العوض عليه (٢) لأن المعدوم انما دخل على تقدير وجوده لا منجزا باعتقاد الوجود.

يمكن المعاوضة الصلحية، و لذا قال المصنف رحمه الله.

(١) فالاولى ضم شيء الى المصالح عنه المجهول التحقق و قد افيد في وجه صحته، و الجواب عن هذا الاشكال امور:

الأول: ما افاده السيد الفقيه قدس سره، و هو: ان المعوض هو المحتمل بما هو محتمل لا الحق الواقعي. و بعبارة اخرى انه احتمال الحق و هو ثابت محقق.

وفيه: ان الاحتمال و المحتمل غير قابلين للنقل و الاسقاط.

الثاني: ما افاده المحقق الخراساني رحمه الله، و هو: ان المعوض نفس الصلح، فيأخذ العوض بازائه لا الحق المجهول.

وفيه: انه حينئذ لا مصالح عنه، و لا يمكن تحقق الصلح بدونه.

الثالث: ما افاده المحقق الايرواني رحمه الله، من ان المعوض الرضا بالعقد و لزومه، و هو فعلي.

وفيه: ان الرضا بلزوم العقد انما يكون موجبا للزوم من جهة ان مرجعه الى اسقاط الخيار كما تقدم في خيار المجلس فالأظهر تمامية

هذا الايراد، فلا يصح الصلح عنه مع الالتزام بكون ظهور الغبن شرطا شرعيا لحدوث الخيار،

و أما بناء على ما اخترناه من كونه كاشفا عقليا فالاشكال مندفع من اصله.

(٢) قوله و لو تبين عدم الغبن لم يقسط العوض عليه و الوجه فيه ان الصلح انما وقع بنحو يكون الحق المجهول جزء المعوض على

تقدير وجود و الا فالضميمة مستقلة في العوضيه فلا يرد عليه ما ذكره المحقق الايرواني رحمه الله من انه لو صح الاشكال لم يجد في

دفعه ضم شيء الى المصالح عنه المجهول فان الخيار المجهول ان لم يقابل بالمال على انفراده لم يقابل بالمال مع الضميمة لوقوع

جزء من العوض بازائه فيعود المحذور.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٣٨

### الثاني من المسقطات اشتراط سقوط الخيار في متن العقد (١)

و الاشكال فيه من الجهات المذكورة هنا أو المتقدمة في اسقاط الخيارات المتقدمة قد علم التفصي عنها، نعم هنا وجه آخر للمنع

يختص بهذا الخيار و خيار الرؤية و هو لزوم الغرر من اشتراط اسقاطه قال في الدروس في هذا المقام ما لفظه: و لو اشترط رفعه أو رفع

خيار الرؤية. فالظاهر بطلان العقد للغرر، انتهى.

ثم احتمل الفرق بين الخيارين بأن الغرر في الغبن سهل الازالة و جزم الصيمري في غاية المرام ببطلان العقد و الشرط، و تردد فيه

المحقق الثاني الا انه استظهر الصحة و لعل توجيه كلام الشهيد هو ان الغرر باعتبار الجهل بمقدار مالىة المبيع كالجهل بصفاته لأن وجه

كون الجهل بالصفات غررا هو رجوعه الى الجهل بمقدار مالىته، (٢) و لذا لا غرر مع الجهل بالصفات التي لا مدخل لها في القيمة

لكن الاقوى الصحة، لأن مجرد الجهل بمقدار المالىة لو كان غررا لم يصح البيع مع الشك في القيمة، (٣) و ايضا فإن ارتفاع الغرر عن

هذا البيع ليس لأجل الخيار حتى يكون اسقاطه موجبا لثبوته، و إلا لم يصح البيع إذ لا يجدى في الاخراج عن الغرر ثبوت الخيار

اشترط سقوط الخيار في متن العقد

(١) الثاني من المسقطات: اشترط سقوط الخيار في متن العقد و استدلل الشهيد رحمه الله على بطلان العقد الذي اشترط فيه سقوط خيار الغبن بلزوم الغرر. و وجهه: المصنف رحمه الله.

(٢) بان الجهل بصفات المبيع أو الثمن انما يوجب الغرر لا- لأجل الجهل بالصفات من حيث هي، و الا لزم بطلان البيع مع الجهل بالصفات غير الدخيلة في التمول، بل انما هو لأجل ادائه الى الجهل بالمالية، و لازمه بطلان البيع في المقام.

و اجاب المصنف رحمه الله عنه بجوابين نقيضين:

(٣) احدهما: انه لو كان الجهل بالقيمة موجبا للغرر لزم بطلان البيع مع الشك فيها.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٣٩

لأنه حكم شرعى لا يرتفع به موضوع الغرر، و إلا لصح كل بيع غررى على وجه التزلزل و ثبوت الخيار (١) كبيع المجهول وجوده و المتعذر تسليمه.

و أما خيار الرؤية (٢) فاشترط سقوطه راجع الى اسقاط اعتبار ما اشترطه

(١) ثانيهما: ان الخيار لا يرفع الغرر و الا لزم صحة كل بيع غررى بشرط الخيار.

و الحق في الجواب عنه ان يقال: ان هذا الوجه اساسه امران.

الأول: كون الجهل بالقيمة موجبا للغرر.

الثاني: ارتفاع الغرر بالخيار.

و يندفع الأول: بان الموجب للغرر الذي نهى عنه هو الجهل بذات المبيع أو صفاته الدخيلة في المالية، و ذلك لأن غررية البيع انما هي من ناحية متعلقه، و جهالة المبيع أو الثمن انما هي من ناحية ذاته أو صفاته، اما جهالة قيمته السوقية غير المربوطة به فهي اجنبية عن البيع و لا توجب الغرر.

و بالجملة: الموجب للغرر هو الجهل بذات المبيع أو الصفات الدخيلة في المالية لا الصفات من حيث هي و لا المالية المجردة، فالجهل بالقيمة لا يوجب الغرر.

و يندفع الثاني: بان الخيار متوقف على صحة العقد، فإذا كانت صحته متوقفة على الخيار لزم الدور.

و يمكن ان يوجه كلام الشهيد رحمه الله: بان شرط سقوط الخيار- مع كون ثبوته غير معلوم- غررى للجهل بالمشروط، و هو يوجب بطلان العقد لأن الشرط الفاسد مفسد.

و الظاهر انه الى هذا نظر الصيمرى فى غاية المرام الملتزم بفساد العقد و الشرط.

و لكن يرد عليه: ان الشرط الفاسد غير مفسد، مع ان شرط سقوط الخيار بما انه يؤول الى شرط لزوم العقد الثابت المحقق لا يكون غرريا، فالحق صحة الشرط و العقد.

(٢) قوله و أما خيار الرؤية،

الاولى ايكال البحث عن ذلك الى محله

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٤٠

من الاوصاف فى العين الغير المرئية، فكأنهما تابعا، سواء وجد فيها تلك الاوصاف ام لا فصحة البيع موقوفة على اشترط تلك الاوصاف و اسقاط الخيار فى معنى الغائها الموجب للبطلان مع احتمال الصحة هناك ايضا، لأن مرجع اسقاط خيار الرؤية الى التزام عدم تأثير تخلف تلك الشروط لا إلى عدم التزام ما اشترطه من الاوصاف، و لا تنافى بين ان يقدم على اشتراء العين بانها على وجود

تلك الأوصاف،

و بين الالتزام بعدم الفسخ لو تخلفت فتأمل و سيجيء تمام الكلام فى خيار الرؤية، و كيف كان فلا ارى اشكالا فى اشتراط سقوط خيار الغبن من حيث لزوم الغرر، إذ لو لم يشرع الخيار فى الغبن اصلا لم يلزم منه غرر

### الثالث: تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدمة بعد علمه بالغبن، (١)

و يدل عليه ما دل على سقوط خيارى المجلس و الشرط به، مع عدم ورود نص فيهما و اختصاص النص بخيار الحيوان، و هو اطلاق بعض معاهد الاجماع، بأن تصرف ذى الخيار فيما انتقل إليه اجازة و فيما انتقل عنه فسخ،

تصرف المغبون بعد العلم بالغبن

(١) الثالث: تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدمة بعد علمه بالغبن ذكره بعضهم، و المشهور بين الأصحاب عدم سقوط الخيار به، و فى الحدائق: و ظاهرهم انه سواء كان المتصرف الغابن فى مال المغبون أو بالعكس خرج به عن الملك كالبيع ام منع من الرد كالاستيلاء ام لا، و لهم فى هذه المسألة تفاصيل و شقوق انهاها شيخنا فى الروضة و المسالك الى ما يزيد على مائتى مسألة. انتهى. فالكلام فى موردين:

الأول: فى التصرف غير المخرج عن الملك.

لا اشكال فى مسقطية التصرف الكاشف عن الرضا بلزوم العقد مع قصده ذلك، فانه حينئذ اسقاط فعلى، كما لا إشكال فى عدم مسقطية التصرف لا بعنوان الالتزام بالبيع إذا كان قبل الاطلاع، بل الظاهر اجماعهم عليه.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤٤١

و عموم العلة المستفاد من النص فى خيار الحيوان المستدل بها فى كلمات العلماء على السقوط و هى الرضا بلزوم العقد مع ان الدليل هنا اما نفى الضرر و أما الاجماع. (١)

و الاول منتف، فإنه كما لا يجرى مع الاقدام عليه فكذلك لا يجرى مع الرضا به بعده و أما الاجماع فهو غير ثابت مع الرضا الا ان يقال ان الشك فى الرفع لا الدفع فستصح، (٢) فتأمل.

أو ندعى ان ظاهر قولهم فيما نحن فيه ان هذا الخيار لا يسقط بالتصرف شموله للتصرف بعد العلم بالغبن و اختصاص هذا الخيار من بين الخيارات بذلك، لكن الإنصاف عدم شمول التصرف فى كلماتهم لما بعد العلم بالغبن و غرضهم من تخصيص الحكم بهذا الخيار ان التصرف مسقط لكل خيار و لو وقع قبل العلم بالخيار، كما فى العيب و التدليس سوى هذا الخيار، و يؤيد ذلك ما اشتهر بينهم من ان التصرف قبل العلم بالعيب و التدليس ملزم لدلالته على الرضا بالبيع فيسقط الرد، و إنما يثبت الأرش فى خصوص العيب عدم دلالة التصرف على الرضا بالعيب، و كيف كان،

فاختصاص التصرف الغير المسقط فى كلامهم بما قبل العلم لا يكاد يخفى على المتتبع فى كلماتهم.

اما التصرف بعد العلم بالغبن مع عدم كونه اجازة فعليه: فقد استدل على مسقطيته بطريقتين: احدهما: من ناحية المانع ثانيهما: من ناحية عدم المقتضى.



اما الأول: فهو اطلاق بعض معاهد الاجماع، و عموم العلة في خبر الحيوان، و قد تقدم الكلام عليهما في خيار المجلس و عرفت عدم تماميتهما.

(١) و أما الثاني: فتقريبه: ان مدرك خيار الغبن اما حديث نفى الضرر، و أما الاجماع، و الأول لا يشمل المقام، لأنه كما لا يشمل المعاملة الغبنية التي اقدم عليها،

كذلك لا يشمل المعاملة الضررية التي رضى المغبون بها بقاء: فانه لا يكون للزوم بقاء ضرريا، بل الضرر ناش من اختيار المغبون حقيقة.

(٢) و اورد المصنف رحمه الله عليه: بان الشك في الرفع لا الدفع، فيستصحب الخيار، ثم امر بالتأمل

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٤٢

نعم لم اجد لهم تصريحاً بذلك عدا ما حكى عن صاحب المسالك و تبعه جماعة لكن الاستشكال من جهة ترك التصريح مع وجود الدليل، مما لا- ينبغي، بل ربما يستشكل في حكمهم بعد السقوط بالتصرف قبل العلم مع حكمهم بسقوط خيار التديس و العيب بالتصرف قبل العلم و الاعتذار بالنص انما يتم في العيب دون التديس، فإنه مشترك مع خيار الغبن في عدم النص و مقتضى القاعدة في حكم التصرف قبل العلم فيهما واحد و التحقيق ان يقال: ان مقتضى القاعدة عدم السقوط لبقاء الضرر و عدم دلالة التصرف مع الجهل على الرضا بلزوم العقد و تحمل الضرر.

نعم قد ورد النص في العيب على السقوط و ادعى عليه الاجماع مع ان ضرر السقوط فيه متدارك بالارش، و ان كان نفس امسك العين قد تكون ضررا، فإن تم دليل في التديس ايضا، قلنا به، و الا- وجب الرجوع الى دليل خياره، ثم ان الحكم بسقوط الخيار بالتصرف بعد العلم بالغبن مبنى على ما تقدم في الخيارات السابقة من تسليم كون التصرف دليلا على الرضا بلزوم العقد، و الا كان اللازم في غير ما دل فعلا على الالتزام بالعقد من افراد التصرف الرجوع الى اصالة بقاء الخيار.

و قد قيل في وجه التأمل امور:

منها: ما افاده السيد الفقيه رحمه الله، و هو: ان الشك في بقاء الخيار من قبيل الشك في المقتضى لعدم احراز مقدار استعداد المستصحب مع التصرف، فلا يجرى فيه الاستصحاب.

و منها: ان المورد مما يجب فيه الاستدلال بعموم العام لا استصحاب حكم المخصص.

و منها: ما افاده المحقق النائيني رحمه الله، و هو: ان الشك شك في الموضوع، لأن موضوع من له الخيار ليس ذات المغبون و لا العقد الغبني، بل يحتمل ان يكون لوصف عدم الرضا و لو نوعا دخل في الموضوع، فلا يجرى الاستصحاب.

و بعض هذه الوجوه لا يخلو عن النظر، و لكن في بعضها الآخر- بضميمة ان المختار عدم جريان الاستصحاب في الأحكام- كفاية، و لكن مع ذلك كله يرد على اصل الاستدلال: ان مفروض البحث هو التصرف غير الكاشف عن الالتزام بالعقد، و عليه فلا مانع من اجراء قاعدة لا ضرر.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٤٣

**الرابع: من المسقطات تصرف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن تصرفا مخرجا عن الملك على وجه اللزوم**

**إشارة**

كالبيع و العتق، (١) فإن المصرح به في كلام المحقق و من تأخر عنه هو سقوط خياره حينئذ. و قيل: انه المشهور و هو كذلك بين المتأخرين.

نعم ذكر الشيخ في خيار المشتري مباحة عند كذب البائع انه لو هلك السلعة أو تصرف فيها سقط الرد، و الظاهر اتحاد هذا الخيار مع خيار الغبن، كما يظهر من جامع المقاصد في شرح قول الماتن، و لا يبطل الخيار بتلف العين فراجع، و استدل على هذا الحكم في التذكرة بعدم إمكان استدراكه مع الخروج عن الملك، و هو بظاهره مشكل، لأن الخيار غير مشروط عندهم بإمكان رد العين و يمكن ان يوجه بأن حديث نفى الضرر لم يدل على الخيار

التصرف المخرج عن الملك.

(١) الثاني: في التصرف المخرج عن الملك، و قد ذكره المصنف رابع المسقطات، و في بعض الكلمات بعد تسليم مسقطيته: ان الاولى تبديل عنوان التصرف بالتلف، لأن عنوان هذا المسقط ليس هو التصرف بما هو تصرف، فانه هو المسقط السابق بل بما هو اتلاف.

و كيف كان: فالتلف قد يكون حقيقيا و قد يكون حكيميا، و مجموع ما ذكر في وجه المسقطية وجوه اربعة ثلاثة منها جارية في كلا التلفين و واحد منها مختص بالتلف الحكمي،

و لا يجرى في التلف الحقيقي،

و هي على قسمين:

الأول: من طريق عدم المقتضى للخيار بعد التلف.

الثاني: من طريق المانع.

اما القسم الأول فهو اثنان:

احدهما: ان دليل هذا الخيار اما الاجماع أو قاعدة نفى الضرر، و المتيقن من الاجماع صورة بقاء العين، و قد افتى المشهور بسقوط الخيار في صورة تلفها- يعني تلف ما في يد المغبون منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٤٤

بل المتيقن منه جواز رد العين المغبون فيها، فإذا امتنع ردها، فلا دليل على جواز فسخ العقد، (١) و تضرر المغبون من جهة زيادة الثمن معارض بتضرر الغابن بقبول البدل فإن دفع الضرر من الطرفين انما يكون بتسلط المغبون على رد العين فيكون حاله من حيث ان له القبول و الرد حال العالم بالغبن قبل المعاملة في ان له ان يشتري و ان يترك و ليس هكذا بعد خروج العين عن ملكه، مع ان اخراج المغبون العين عن ملكه التزام بالضرر، و لو جهلا- منه به (٢) هذا، و لكن اعترض عليهم شيخنا الشهيد قدس روحه السعيد في اللعة بما توضيحه: ان الضرر الموجب للخيار قبل التصرف ثابت مع التصرف، و التصرف مع الجهل بالضرر ليس اقدا ما عليه، لما عرفت من ان الخارج عن عموم نفى الضرر ليس الا صورة الاقدام عليه عالما به،

فيجب تدارك الضرر باسترداد ما دفعه من الثمن الزائد برد نفس العين مع بقائها على ملكه و بدلها مع عدمه، و فوات خصوصية العين على الغابن ليس ضررا

(١) و قاعدة نفى الضرر انما تنفي اللزوم و تثبت الجواز، و المتيقن من الجواز الثابت بها حق رد العين، فإذا امتنع ردها فلا دليل على جواز فسخ العقد.

وفيه: اولاً: ان حديث نفى الضرر ينفي اللزوم فيثبت بديله، و بديل لزوم العقد جوازه، و تراد العوضين غير مربوط بحديث نفى الضرر. و ثانياً: انه لو تم لا يختص بتلف العين الحقيقي، و لا- يجرى في التلف الحكمي- اي الانتقال بالعقد اللازم- فان حديث نفى الضرر لحكومته على جميع الأدلة يصلح لرفع لزومه، و جواز حل المغبون ذلك العقد ايضا.

و ثالثا: ان مدرک هذا الخيار كما عرفت هو الشرط الضمنى دون حديث نفي الضرر.

(٢) ثانيهما: ان اتلاف المغبون العين و اخراجها عن ملكه التزام بالضرر و لو جهلا منه به، و توطین للنفس على الالتزام بالبيع و لو كان مغبونا فيه واقعا، و الاقدام بحسب الدوام كالاقدام ابتداء في اسقاط الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٤٥

لأن العين المبيعة ان كانت مثلية فلا ضرر بتبديلها بمثلها، و ان كانت قيمية،

فتعريضها للبيع يدل على ارادة قيمتها، فلا- ضرر اصلا فضلا عن ان يعارض ضرر زيادة الثمن على القيمة خصوصا مع الافراط في

الزيادة و الانصاف ان هذا حسن جدا، لكن قال في الروضة: ان لم يكن الحكم اجماعا (١)

اقول: و الظاهر عدمه (٢) لأنك عرفت عدم عنوان المسألة في كلام من تقدم على المحقق فيما تتبعته، ثم ان مقتضى دليل المشهور

عدم الفرق في المغبون المتصرف بين البائع و المشتري، قال في التحرير بعد ان صرح بثبوت الخيار للمغبون بائعا كان أو مشتريا. و لا

يسقط الخيار بالتصرف مع امكان الرد، و مقتضى اطلاقه عدم الفرق بين الناقل اللازم و بين فك الملك كالتق و الوقف، و بين المانع

عن الرد مع البقاء على الملك كالاتيلا. بل و يعم التلف

و فيه: ان التصرف قبل العلم بالغبن ليس التزاما بالعقد و رضا ببقائه، و الا كان الاقدام على المعاملة مع الجهل اقداما على الضرر موجبا

لعدم ثبوت الخيار رأسا،

مع ان الرضا بالعقد ما لم يرجع الى اسقاط الخيار لا يوجب سقوطه.

و أما القسم الثاني فهو ايضا اثنان: احدهما: ظهور الاجماع،

(١) قال الشهيد في محكي الروضة: ان الحكم بعدم السقوط حسن ان لم يكن الحكم اجماعا.

(٢) و فيه: اولاً: ما افاده المصنف رحمه الله من ان الظاهر عدمه.

و ثانيا: انه ليس اجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم عليه السلام.

ثانيهما: ان دليل نفي الضرر في جانب المغبون مزاحم به في جانب الغابن، لأن قبول البدل ضرر على الغابن، كما ان الالتزام بالبيع

ضرر على المغبون، و بعد التساقت يرجع الى اصالة اللزوم.

و فيه: ان ضرر الغابن ان كان بلحاظ فوات خصوصية العين فهو ضرر اقدم عليه بالبيع، و ان كان بلحاظ النقص في المالية، و المفروض

انه يأخذ ماله باخذه القيمة.

فتحصل: ان الأظهر عدم كونه مسقطا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٤٦

و عن جماعة تخصيص العبارة بالمشتري، فإن ارادوا قصر الحكم عليه فلا يعرف له وجه، الا ان يبني على مخالفته لعموم دليل الخيار،

اعنى نفي الضرر فيقتصر على مورد الاجماع ثم ان ظاهر التقييد بصورة امتناع الرد، و ظاهر التعليل بعدم امكان الاستدراك ما صرح به

جماعة من ان الناقل الجائر لا يمنع الرد بالخيار (١) إذا فسخته فضلا عن مثل التدبير و الوصية من التصرفات الغير الموجبة للخروج عن

الملك فعلا و هو حسن، لعموم نفي الضرر (٢) و مجرد الخروج عن الملك لا يسقط تدارك ضرر الغبن،

## فروع

و ذكر المصنف رحمه الله في المقام فروعاً: و لكن بناء على ما اخترناه من عدم مسقطيته للتلف لهذا الخيار لا محل للكلام في هذه

الفروع،

و أما بناء على ما هو المشهور من المسقطية فيقع الكلام فيها، و هي فروع:

(١) الأول: ان الناقل الجائر هل يمنع الرد ام لا؟

(٢) و قد استدل المصنف رحمه الله للثاني بعموم نفي الضرر، و ان مجرد الخروج عن الملك لا يسقط تدارك ضرر الغبن.

وفيه: انه ان كان مدرك مسقطية التلف الاجماع صح ما ذكر من عدم مسقطية الناقل الجائر، و ان كان غيره فحكمه حكم اللازم: فانه اذا لم يفسخ العقد الجائر، كما هو مفروض البحث، الرد غير ممكن.

و لو قيل: ان دليل الخيار يقتضى فسخ العقد الجائر توطئة لفسخ العقد الغبني،

اجبنا عنه انه يقتضى اعادة العين الى ملكه و لو بالشراء أو الاقالة.

و ان قيل: انه يقتضى انفساخ العقد الجائر،

قلنا: انه يقتضى انفساخ اللازم ايضا.

و بالجملة: لا فرق بين اللازم و الجائر اصلا.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٤٧

و لو اتفق زوال المانع كموت ولد ام الولد و فسخ العقد اللازم لغيب أو غبن. (١)

ففي جواز الرد وجهان من انه متمكن حينئذ، و من استقرار البيع (٢) و ربما يبينان على ان الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم

يعد، (٣) و كذا الوجهان فيما لو عاد إليه بناقل جديد و عدم الخيار هنا اولى لأن العود هنا بسبب جديد، و في الفسخ برفع السبب

السابق و في لحوق الإجارة بالبيع، قولان (٤) من امتناع الرد و هو مختار الصيمري و ابى العباس، و من ان مورد الاستثناء هو التصرف

المخرج عن الملك (٥)

و هو المحكى عن ظاهر الأكثر، و لو لم يعلم بالغبن الا بعد انقضاء الإجارة توجه الرد،

و كذا لو لم يعلم به حتى انفسخ البيع

(١) الثاني: لو اتفق زوال المانع، كموت ام الولد، و فسخ العقد اللازم لغيب أو غبن،

ففي المتن ففي جواز الرد وجهان، و قد ذكر في مبنى الوجهين امرين:

(٢) احدهما: انه يتمكن من الرد فله ذلك، و ان البيع استقر و صار لازما فلا يعود حق الخيار.

الظاهر ان مدرك مسقطية التلف، ان كان تراحم فردين من الضرر، أو أن لا ضرر انما يثبت حق رد العين لا حل العقد، كان الاوجه

هو الأول: لأن سقوط الخيار و لزوم العقد انما هو لمانع عن شمول لا ضرر، فمع ارتفاعه لا مانع من شموله،

و ان كان هو كون الناقل اللازم التزاما بالعقد الأوجه هو الثاني كما لا يخفى.

(٣) ثانيهما: الزائل العائد كالذي لم يزل، أو كالذي لم يعد.

الظاهر ان الزائل في المقام بما انه امر اعتباري و هي الملكية، فهي ان عادت بفسخ السبب كالتى لم تزل، لأن العائد و ان كان غير

الزائل بالدقة العقلية الا انه عينه اعتبارا و عرفا، و ان عادت بسبب آخر فالظاهر انه غيره، و لو اعتبارا، لكن شيئا من المبنيين ليس وجهها

لثبوت الخيار، و عود ذاك الحق و عدمه، فانه و ان كان العائد كالذي لم يزل يمكن ان يقال بعد سقوط هذا الحق ما السبب لرجوعه.

(٤) الثالث: و هل يلحق الاجارة بالبيع كما عن الصيمري، ام لا كما عن ظاهر الأكثر؟ قولان،

(٥) و قد استدل لعدم اللحق: بان مورد الاستثناء هو التصرف المخرج عن الملك.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٤٨

و في لحوق الامتزاز مطلقا أو في الجملة بالخروج عن الملك وجوه أقواها للحقوق (١) لحصول الشركة، فيمتنع رد العين الذي هو مورد الاستثناء.

و يرد عليه: ان مدرك سقوط الخيار في هذه المسألة لم يكن خصوص الاجماع، و لا رواية خاصة متضمنة لمسقطية التصرف المخرج عن الملك كي يستدل بظاهره. فلا بد من ملاحظة سائر الأدلة.

و الحق هو اللقوق، فان العين لا يمكن ردها خارجا و لا ملكا على ما هي عليه من المنفعة، فان كان هذا الخيار هو جواز رد العين لا محالة يسقط في الفرض.

(١) الرابع: ما ذكره بقوله: و في لحوق الامتزاز مطلقا أو في الجملة بالخروج عن الملك، وجوه اقواها اللقوق.

الامتزاز تارة يوجب تلف المال من جهة الاستهلاك كما لو امتزج ماء الورد بماء مطلق كثير موجب لاستهلاكه فيه، و اخرى يوجب الشركة على القول بذلك كامتزاز دهن بدهن آخر، و ثالثه لا يوجب شيئا منهما.

مورد الكلام هو الوسط، اما الأول فهو ملحق بالتلف قطعاً، و أما الأخير فهو لا يمنع من الرد كذلك، و انما الكلام في الموجب للشركة،

ثم ان الامتزاز، قد يكون بملك الغابن، و قد يكون بملك المغبون و قد يكون بملك شخص ثالث، فان كان الامتزاز بملك الغابن بما هو من جنس المبيع لا أرى مانعا من الرد، و احتمال اعتبار رد العين متميزة لا يعتنى به،

و أما في سائر صور الامتزاز فالحق هو اللقوق، فان الملكية المشاعة غير الملكية غير المشاعة، و هي اما عبارة عن الملكية الناقصة كما هو المختار و يناه في الجزء الثالث من هذا الشرح، أو عبارة عن كون كل جزء نصفه له و نصفه لشريكه. و على التقدير الأول تتبدل الملكية التامة المتعلقة بالنصف مثلا بالملكية الناقصة المتعلقة بالمجموع، و على التقدير الثاني يوجب انتقال نصف ماله الى شريكه بازاء نصف مال شريكه.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٤٩

و كذا و لو تغيرت العين بالنقيصة، (١) و لو تغيرت بالزيادة العينية أو الحكيمية أو من الجهتين فالأقوى الرد في الوسطى (٢) بناء على حصول الشركة في غيرها المانعة عن رد العين، فتأمل. هذا كله في تصرف المغبون. و أما تصرف الغابن فالظاهر انه لا وجه لسقوط خيار المغبون به، (٣)

(١) الخامس: ما ذكره بقوله: و كذا لو تغيرت العين بالنقيصة.

الأظهر فيه ايضا اللقوق، فانه مع التغير بالنقيصة لا يمكن رد العين بعينها و بحددها، و هو موجب لسقوط الخيار كما تقدم.

(٢) السادس: ما ذكره بقوله: و لو تغيرت بالزيادة العينية أو الحكيمية أو من الجهتين فالأقوى الرد في الوسطى.

الظاهر: ان المراد، من الحكيمية ترقى القيمة السوقية، و من العينية الزيادة غير المنفصلة، و عليه فالزيادة الحكيمية لا تمنع من الرد، ان لم تكن بمقدار الغبن، و الا فتمنع كما تقدم عند بيان إن العبرة بالقيمة حال العقد أو بها بعده ايضا و أما الزيادة العينية فعلى القول بان الشركة مانعة عن الرد كما تقدم فهي تمنع من الرد لاستلزامه الشركة كما لا يخفى.

**تصرف الغابن المخرج عن الملك**

الموضع الرابع: فى تصرف الغابن.

و تمام الكلام فيه فى طى فروع:

(٣) الأول: اختار المصنف رحمه الله كغيره، و تبعه غير واحد من عدم سقوط الخيار بتصرف الغابن المخرج عن الملك: و انه لا وجه لسقوطه،

و هو يتم لو كان مدرك سقوط الخيار باتلاف المغبون هو كونه التزاما بالعقد و توطينا للنفس على تحمل الضرر، و أما لو كان مدركه تعلق حق الخيار بالرد لا العقد و هو لا يمكن بعد خروجه عن ملكه، فلا فرق بين التصرفين

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤٥٠

و حينئذ فان فسخ و وجد العين خارجة عن ملكه لزوما بالعتق أو الوقف أو البيع اللازم، ففى تسلطه على ابطال ذلك من حينه (١) أو من اصلها كالمرتهن و الشفيع، (٢) أو رجوعه الى البدل، (٣) و جوه من وقوع العقد فى متعلق حق الغير فإن حق المغبون ثابت بأصل المعاملة الغبية. و انما يظهر له بظهور السبب فله الخيار فى استرداد العين إذا ظهر السبب و حيث وقع العقد فى ملك الغابن فلا وجه لبطالانه من رأس

إذ الخيار لو كان هو السلطنة على الرد ليس المراد بها السلطنة عليه خاصة، بل عليه و على الاسترداد، بل قيل انه السلطنة على الاسترداد خاصة و مع عدم التمكن من الاسترداد لا معنى للخيار حينئذ،

و لكن قد عرفت ان الخيار لا يسقط بتصرف المغبون فضلا عن تصرف الغابن.

(١) الثانى: مع بقاء خيار المغبون ان فسخ العقد و وجد العين خارجة عن ملكه لزوما بالبيع أو الوقف أو ما شاكل ففى تسلطه على ابطال ذلك من حينه، أو من اصله أو رجوعه الى البدل، أو بطلان تصرف الغابن و جوه،

محل البحث فى الوجه الأخير انما هو مبحث احكام الخيار،

فالكلام فى المقام فى الوجوه الثلاثة الاولى التى ذكرها المصنف رحمه الله:

(١) الأول: تسلطه على حل العقد الثانى الذى اوقعه الغابن من حين الفسخ.

(٢) الثانى: تسلطه على حل ابطاله من اصله.

(٣) الثالث: رجوعه الى البدل.

و الظاهر ان مراده من التسلط على حل العقد من حينه و ابطاله من اصله، كون الفسخ موجبا لبطالانه من حينه أو من اصله،

فلا يرد عليه ما اورده المحقق الايروانى رحمه الله من انه لا وجه لابطاله، بل هى اما ان تنفسخ أو تبقى نافذة لا تنفسخ بنفسه.

و قد استدلل للأول: بانه مقتضى الجمع بين تسلط الناس على اموالهم «١» المقتضى لنفوذ تصرف الغابن لوقوعه فى ملكه، و بين دليل الخيار المقتضى لاستحقاق العين بالفسخ.

و فيه: ان الخيار ان كان متعلقا بالعقد لما اقتضى رجوع العين بعد خروجها عن

(١) البحار ج ٢ ص ٣٧٢ الطبع الحديث.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤٥١

و من ان وقوع العقد فى متعلق حق الغير يوجب تنزيله من رأس، (١) كما فى بيع الرهن و مقتضى فسخ البيع الأول تلقى الملك من الغابن الذى وقع البيع معه، لا- من المشتري الثانى، و من انه لا وجه للترزل، اما لأن التصرف فى زمان خيار الغير المتصرف صحيح لازم، كما سيجىء فى احكام الخيار فيسترد الفاسخ البدل.

و أما لعدم تحقق الخيار قبل ظهور الغبن فعلا على وجه يمنع من تصرف من عليه الخيار، كما هو ظاهر الجماعة هنا و في خيار العيب قبل ظهوره، فإن غير واحد ممن منع من تصرف غير ذى الخيار بدون اذنه أو استشكل فيه حكم بلزوم العقود الواقعة قبل ظهور الغبن و العيب، و هذا هو الأقوى، و سيأتي تنمة لذلك في أحكام الخيار.

ملكه، و ان كان متعلقا بالعين اقتضى توقف نفوذ تصرف الغابن على اذن المغبون و اجازته.

و المحقق الاصفهاني رحمه الله استدلل له بوجه آخر، و هو: ان تصرف الغابن بدليله صحيح، و فسخ المغبون يوجب حل العقد من حينه، و حيث ان مقتضى الفسخ عود العين الى ملك الفاسخ فلا محالة يؤثر في انحلال التصرف المترتب على المعاملة الغبية. و يرد ما ذكره رحمه الله من ان مقتضى الفسخ ان كان عود العين فعلا يوجب امتناع الفسخ و سقوط الحق، و ليس مقتضاه ولاية ذى الخيار على حل التصرف المترتب عليها، و ان لم يكن مقتضيا لعودها حقيقة فلا موجب لانحلال التصرف.

(١) و قد استدلل للثاني: بان دليل الخيار يقتضى استحقاق العين. بالفسخ و تلقيها من الغابن، و حيث ان العقد الثاني الواقع بين الغابن و المشتري متزلزل من رأسه لكون المبيع حق المغبون، فالفسخ يوجب حله من رأس.

و فيه: ما تقدم من ان حق الخيار ان كان متعلقا بالعقد اقتضى رجوع العين مع الامكان، و بدلها مع التلف و لو تعبدا، و ان كان متعلقا بالعين اقتضى توقف تصرف الغابن على اذن المغبون أو اجازته،

مع انه لو تمت المقدمات اقتضى انفساخ المعاملة الثانية أنا ما قبل فسخ الاولى.

فتحصل: ان المتعين هو الوجه الثالث.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٥٢

و كذا الحكم لو حصل مانع من رده كالاستيلاء (١) و يحتمل هنا تقديم حق الخيار لسبق سببه على الاستيلاء، ثم ان مقتضى ما ذكرنا جريان الحكم في خروج المبيع عن ملك الغابن بالعقد الجائر، (٢) لأن معنى جوازه تسلط احد المتعاقدين على فسخته، اما تسلط الاجنبى و هو المغبون فلا دليل عليه بعد فرض وقوع العقد صحيحا.

و في المسالك لو كان الناقل مما يمكن إبطاله كالبيع بخيار، ألزم بالفسخ، فإن امتنع فسخته الحاكم، و إن تعذر فسخته المغبون، (٣) و يمكن النظر فيه بأن فسخ المغبون إما بدخول العين في ملكه و إما بدخول بدلها. (٤)

(١) قال المصنف: و كذا الحكم لو حصل مانع من رده كالاستيلاء يعنى: ان الوجوه الثلاثة المتقدمة في بيع الغابن جارية في الاستيلاء بناء على تأثيره مطلقا، و يحتمل فيه زائدا على تلك بطلان الاستيلاء و عدم تأثيره في المنع عن الاسترداد من جهة ان الاستيلاء يوجب حدوث حق لام الولد مانع عن انتقالها، فتقع المزاومة بين الحقين: حق الاستيلاء و حق خيار المغبون الموجب لجواز الاسترداد، و حيث ان سبب الخيار مقدم على سبب حق الاستيلاء لأنه العقد و هذا الاستيلاء، فيقدم حق الخيار لسبق سببه، فلا يؤثر الاستيلاء شيئا، و لو فسخ المغبون يستردها،

و يرد هذا الاحتمال ان سبق السبب زمانا لا يوجب تقديم دليل السابق، مع انه لا تراحم بينهما، فان حق الخيار متعلق بالعقد، و حق الاستيلاء متعلق بالعين، فلا منافاة بينهما و لا تراحم.

(٢) الثالث: لو فسخ العقد و قد خرج المبيع عن ملك الغابن بالعقد الجائر فقد يقال كما عن المصنف: ان الوجوه الثلاثة الجارية في العقد اللازم جارية في العقد الجائر، لأنه بالنسبة الى المغبون لازم، و جوازه بالاضافة الى الغابن لا ربط له بفسخ المغبون. و ان تعذر فسخته المغبون.

(٤) و اورد عليه المصنف رحمه الله: بانه لا وجه لإلزام الغابن بالفسخ، إذ مقتضى الوجهين



منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٥٣

فعلى الأول لا حاجة الى الفسخ حتى يتكلم فى الفاسخ. و على الثانى فلا وجه للعدول عما استحقه بالفسخ الى غيره اللهم الا ان يقال انه لا منافاه لأن البدل المستحق بالفسخ انما هو للحيلولة، فإذا امكن رد العين وجب على الغابن تحصيلها، (١) لكن ذلك انما يتم مع كون العين باقية على ملك المغبون، (٢) و أما مع عدمه و تملك المغبون للبدل فلا دليل على وجوب تحصيل العين، ثم على القول بعدم وجوب الفسخ فى الجائر، لو اتفق عود الملك إليه لفسخ، فان كان ذلك قبل فسخ المغبون.

فالظاهر وجوب رد العين، و ان كان بعده، فالظاهر عدم وجوب رده (٣)

لعدم الدليل بعد تملك البدل و لو كان العود بعقد جديد فالأقوى عدم وجوب الرد مطلقا، لأنه ملك جديد تلقاه من مالكة، و الفاسخ انما يملك بسبب ملكه السابق بعد ارتفاع السبب الناقل

الاولين انفساخ معاملته الغابن و دخول العين فى ملك المغبون، فلا مورد لفسخه، و مقتضى الوجه الثالث دخول بدلها فى ملكه، و معه لا يستحق شيئا على الغابن كى يوجب الزامه بالفسخ.

(١) ثم اورد على نفسه: بانه يمكن ان يقال ان البدل انما هو للحيلولة: فإذا امكن رد العين على الغابن وجب تحصيلها.

(٢) و اجاب عنه: بان مورد بدل الحيلولة ما إذا كانت العين باقية فى ملكه، و فى المقام تكون هى لمن انتقلت إليه من الغابن، و للمغبون البدل.

و لكن هذا الايراد على الشهيد يتم إذا كان مراده الزام الغابن بالفسخ بعد فسخ المغبون المعاملة، و أما ان كان مراده الزامه بالفسخ قبله توطئة لفسخ المغبون فلا يرد عليه هذا الايراد، و عليه فالصحيح ان يورد عليه بان الزام الغابن بالفسخ مما لا وجه له.

(٣) الرابع: و لو اتفق عود الملك إليه لفسخ فقد افاد المصنف رحمه الله: انه إذا فسخ الغابن معاملته ثم فسخ المغبون المعاملة الغبنيه فالظاهر وجوب رد العين، و أما ان تملكها الغابن بعقد جديد ثم فسخ المغبون فالظاهر عدم وجوب ردها.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٥٤

و لو تصرف الغابن تصرفا مغيرا للعين، (١) فإما ان يكون بالنقيصة أو بالزيادة أو بالامتزاج فإن كان بالنقيصة، فإما ان يكون نقصا يوجب الأرش، و أما ان يكون مما لا يوجهه (٢) فإن اوجب الأرش اخذه مع الأرش، كما هو مقتضى الفسخ، لأن الفئات مضمون بجزء من العوض

و محصل ما ذكره رحمه الله فى مقام الفرق: ان الفسخ انما يرفع السبب الناقل و يوجب صيرورته كالعدم، فتعود الملكية السابقة، و هذا بخلاف التملك بسبب آخر، فانها غير الملكية السابقة، فإذا كان الغابن مالكا بالملكية السابقة، و المفروض فسخ المغبون، و الفسخ يعدم السبب و يوجب تملك الفاسخ بالملكية السابقة، فلا محالة تعود هى إليه، و ان كان الغابن مالكا بملكية جديدة، فالفسخ لا يوجب انتقالها إليه.

و فيه: ان المغبون له ان يرجع العين الى ملكه بمقتضى حديث لا ضرر أو غيره،

و بحسب الدليل لا فرق بين كونها ملكا للغابن بالملكية الجديدة أو السابقة، مع ان الملكية جديدة على اى تقدير، إذ المعدوم لا يعود. فتأمل.

### تصرف الغابن الموجب للنقيصة

(١) الخامس: فيما لو تصرف الغابن تصرفا مغيرا للعين.

و الكلام فيه فى مقامات:

الأول: فى التصرف الموجب للنقيصة.

الثانى: فى التصرف الموجب للزيادة.

الثالث: فى الامتراج.

(٢) اما الأول: فقد قسمه المصنف رحمه الله الى قسمين:

احدهما: ما يوجب النقيصة بالنقص الموجب للارش.

ثانيهما: ما يوجب النقيصة بما لا يوجبه.

و مراده من الأول: نقص وصف الصحة المساوق للعيب، و بالثانى: نقص وصف الكمال لا النقص المالى و غير المالى، لجعله العين المستأجرة من القسم الثانى.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤٥٥

فإذا رد تمام العوض و جب رد مجموع المعوض فيتدارك الفأئ منه ببدله (١) و مثل ذلك ما لو تلف بعض العين، و ان كان مما لا يوجب شيئاً رده بلا شىء،

و كيف كان: فالكلام يقع فى موردين:

الأول: فى النقصان الموجب للارش.

و قد استدلل لضمان الغابن للنقص بوجوه: الأول: ما فى المتن.

(١) و حاصله: ان وصف الصحة الفأئ مضمون بجزء من العوض، فإذا رد تمام العوض و جب رد مجموع المعوض فيتدارك الفأئ منه ببدله.

وفيه: ان الوصف سواء كان من قبيل وصف الصحة أو كان من قبيل وصف الكمال- كان مقوماً للمال و موجباً لازدياد المالىة ام لم يكن- لا يقابل بجزء من العوض،

و الشيخ رحمه الله ايضاً ملتزم بذلك، فلا وجه لعود ببدله ان كان تالفاً.

الثانى: ان مقتضى قاعدة التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له «١» بناء على شمولها لخيار الغبن و لتلف وصف الصحة ضمان الغابن للنقص.

وفيه: ان تلك القاعدة لا تشمل خيار الغبن، و لا الأوصاف.

الثالث: ان الفسخ يوجب رجوع العين على ما هى عليه حين البيع ليكون العائد ما وقع عليه العقد، و لازم ذلك ضمان كل وصف فأئ، سيما إذا كان الفوت بفعل الغابن كما هو المفروض.

الظاهر انه وجه متين و سيأتى تمام الكلام فيه فى مسألة تلف احد العوضين أو كليهما فانتظر.

المورد الثانى: فى النقصان غير الموجب للارش.

فان كان وصفاً لا مالىة له و لا يوجب ازدياد المالىة لا إشكال فى عدم ضمان شىء،

و الا- فان كان مدرك الضمان فى المورد الأول الوجه الأول أو الثانى لم يكن عليه شىء فى المقام، فان وصف الكمال غير مقابل بجزء من الثمن قطعاً، كما انه غير مشمول

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٥٦

و منه ما لو وجد العين مستأجرة، (١) فإن على الفاسخ الصبر إلى ان ينقضى مدة الإجارة، ولا يجب على الغابن بذل عوض المنفعة المستوفاة بالنسبة إلى بقية المدة بعد الفسخ، لأن المنفعة من الزوائد المنفصلة المتخللة بين العقد و الفسخ، فهي ملك للمفسوخ عليه، فالمنفعة الدائمة تابعة للملك المطلق، فإذا تحقق في زمان ملك منفعة العين بأسرها و يحتمل انفساخ الإجارة في بقية المدة، لأن ملك منفعة الملك المتزلزل متزلزل (٢) و هو الذي جزم به المحقق القمي فيما إذا فسخ البائع بخياره المشروط له في البيع، وفيه نظر، لمنع تزلزل ملك المنفعة.

نعم ذكر العلامة في القواعد فيما إذا وقع التفاسخ لأجل اختلاف المتبايعين انه إذا وجد البائع العين مستأجرة، كانت الأجرة للمشتري المؤجر و وجب عليه للبائع اجرة المثل للمدة الباقية بعد الفسخ، و قرره على ذلك شراح الكتاب و سيجيء ما يمكن ان يكون فارقا بين المقامين

لقاعدة التلف في زمان الخيار. و ان كان هو الوجه الأخير كان الأوجه الضمان في المقام، إذ لا فرق في اقتضاء الفسخ الذي حقيقته ما عرفت بين فوات وصف الصحة أو الكمال، فتفصيل الشيخ رحمه الله بينهما في غير محله.

(١) و في المتن: و منه ما لو وجد العين مستأجرة.

و الكلام فيه تارة: في حكم الاجارة،

و اخرى: في تدارك المنفعة المستوفاة بالاجارة.

اما الكلام من الجهة الاولى: فقد استدل لانفساخ الاجارة:

(٢) بان ملكية العين بما انها متزلزلة فملكية المنافع ايضا كذلك، لأنها تابعة لها.

و فيه: ان ملكية العين في زمان تتبعها ملكية المنفعة الى الأبد، فيصح لمالك العين استيفائها بالاجارة، فإذا صحت الاجارة شملتها ادلة لزومها، فلا وجه للانفساخ.

و أما الكلام من الجهة الثانية:

فالحق ان الفسخ يوجب تدارك النقص المالي الوارد على العين بسبب استيفاء منافعها بالاجارة، فان المنافع شئون و حيثيات قائمة بالعين موجبة للمالية، فحيث ان المفسوخ عليه ا تلفها باستيفائها بالاجارة فيكون ضامنا لها، و لا يهمننا النزاع في انه هل يضمن اجرة المثل للمنافع، أو النقص المالي الوارد على العين إذ هما متطابقان دائما.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٥٧

و ان كان التغيير بالزيادة فإن كانت حكيمية محضه كقصاره الثوب و تعليم الصنعة، فالظاهر ثبوت الشركة فيه بنسبة تلك الزيادة بأن يقوم العين معها و لا معها و يؤخذ النسبة، (١) و لو لم يكن للزيادة مدخل في زيادة القيمة.

فالظاهر عدم شيء لمحدثها لأنه انما عمل فيما له و عمله لنفسه غير مضمون على غيره و لو لم يحصل منه في الخارج ما يقابل المال، و لو في ضمن العين

### تصرف الغابن الموجب للزيادة

و أما المقام الثاني: فالكلام فيه في موردين:

الأول: في الزيادة الحكيمية، وهي ما ليس لها ما بحذاء في الخارج كقصاره الثوب، و ملخص القول فيه: ان الزيادة ان لم تكن موجبة لزيادة القيمة لا إشكال في عدم الشركة، و لا في عدم استحقاق اجرة العمل.

اما الأول فواضح،

و أما الثاني فلأنه عمل عملا في ملكه.

و ان كان لها دخل في زيادة القيمة ففي المتن.

(١) فالظاهر ثبوت الشركة فيه بنسبة تلك الزيادة بان يقوم العين معها و لا معها و يؤخذ النسبة.

و اورد عليه المحقق الايرواني: بانه لا وجه للشركة بعد عدم حصول امتزاج مالين من شخصين، فان المال جميعا لواحد، و أما الوصف فذلك لا يقابل بالمال بل يوجب زيادة قيمة الموصوف.

و فيه: ان منشأ الشركة ان الوصف الحادث الموجب لزياد القيمة الباقي لا يدخل هو و لاما هو معلوله و اثره، و هو زيادة القيمة في ملك الفاسخ،

بل يكون باقيا في ملك المفسوخ عليه، و حيث ان ذلك المقدار من المالية غير متميزة واقعا فلا محالة تحصل الشركة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٥٨

و لو كانت الزيادة عينا محضا كالغرس. (١) ففي تسلط المغبون على القلع بلا ارش، (٢) كما اختاره في المختلف في الشفعة أو عدم تسلطه عليه مطلقا، كما عليه المشهور فيما إذا رجع بائع الأرض المغروسة بعد تفليس المشتري أو تسلطه عليه مع الأرش كما اختاره في المسالك هنا و قيل به في الشفعة و العارية و جوه

(١) المورد الثاني: في الزيادة العينية المحضه كالغرس.

و الكلام فيها في جهات:

(٢) الاولى: في انه هل للغابن سلطنة على الابقاء فلا يجوز للمغبون قلعه و لا إجبار المالك بالقلع، ام لا؟ نسب الى المشهور الأول، و قد استدلل له بوجه:

الأول: ان الغرس وقع من اهله في محله، فالغارس مالك الغرس بوصف الشجرية.

و بعبارة اخرى: الغارس بغرسه الشجر قد استوفى منفعة الأرض ما دام غرسه باقيا، فيكون الغرس كاستيفاء الاعتباري بالاجارة، فبالفسخ تنتقل العين بدون هذه المنفعة المستوفاة بالغرس الى المغبون، فلا منفعة له حتى تكون له السلطنة على المنع من استيفاء الغابن.

و فيه: ان استيفاء المنفعة اما ان يكون حقيقيا أو اعتباريا، و شيء منهما لا يكون في هذه المنفعة بعد الفسخ،

اما الأول: فلأن استيفاء هذه المنفعة انما يكون تدريجيا بانتفاع الشجرة بتشربها من اعماق الأرض، و من الضروري ان ما كان منه بعد الفسخ لا يكون حاصلًا بمجرد الغرس.

و أما الثاني: فهو مفروض العدم، فمنفعة الأرض تعود الى المغبون.

الثاني: ما في حاشية السيد رحمه الله، و حاصله: ان مقتضى الجمع بين تسلط مالك الأرض على ماله، و تسلط مالك الشجر على غرسه بما هو غرس الذي يكون عرقه حقا هو سلطنة مالك الغرس على الابقاء، غاية الأمر مع الاجرة.

و فيه: ان مالك الشجر مسلط على ماله و هو الشجر لا على انتفاع الشجرة

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٥٩

بتشربها من اعماق الأرض، و الابقاء مستلزم لذلك ايضا.

الثالث: ان سلطنة المغبون على القلع و لو بمعنى المنع عن ابقاء الشجر تستلزم تضرر الغابن بصيرورته حطبا، و قاعدة نفى الضرر حاكمه على دليل السلطنة كسائر ادلة الأحكام.

و فيه: اولاً: انه يعارض ذلك بتضرر المغبون ببقاء الغرس في ملكه، و بعد التسايط يرجع الى القواعد الأولية.

و ثانياً: انه مع العلم بالغبن قد اقدم على ذلك فلا تشمله قاعدة نفى الضرر فالأظهر ان له السلطنة على المنع من البقاء.

الجهة الثانية: في انه على فرض السلطنة على عدم البقاء هل يجوز للمغبون مباشرة القلع، ام له مطالبة المالك بالقلع، فان امتنع يجبره الحاكم، أو يقلعه هو؟ وجوه:

و الأظهر هو الأخير، فانه و ان لم يكن له من ابتداء الأمر القلع لأنه تصرف في مال الغير و هو غير جائز، الا انه بعد امتناعه يجوز له قلعه، اما لأنه اسقط حرمة ماله بالامتناع،

أو لأن توقف جواز القلع على الاذن ضررى مرفوع بالحديث.

و على اى حال لا دليل على لزوم الرجوع الى الحاكم، فانه انما يرجع إليه في موردين:

الأول: فيما إذا كان لشخص حق على الآخر و امتنع من عليه الحق منه، فانه يرجع إليه لكونه ولي الممتنع.

الثاني: فيما إذا كان لشخص ولاية على تصرف لازم عليه، و المقام ليس داخلاً في شيء من الموردين،

اما الأول: فلأنه لا حق للمغبون على الغابن،

و أما الثاني: فلأن الغابن لا ولاية له على التصرف بل انما يجب عليه القلع فقط.

فالأظهر هو الرجوع إليه، فان امتنع قلعه بنفسه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٦٠

من ان صفة كونه منصوباً المستلزماً لزيادة قيمته إنما هي عبارة عن كونه في مكان صار ملكاً للغير، فلا حق للغرس كما إذا باع ارضاً مشغولة بماله و كان ماله في تلك الأرض ازيد قيمة، (١) مضافاً الى ما في المختلف في مسألة الشفعة، من ان الفاتئ لما حدث في محل معرض للزوال لم يجب تداركه و من ان الغرس المنصوب الذي هو مال للمشتري مال مغاير للمقلوع عرفاً و ليس كالمحتاج

الموضوع في بيت بحيث يكون تفاوت قيمته باعتبار المكان مضافاً الى مفهوم قوله صلى الله عليه و آله: ليس لعرق ظالم حق (٢)

فيكون كما لو باع الأرض المغروسة، و من ان الغرس إنما وقع في ملك مترنزل، و لا دليل على استحقاق الغرس (٣) على الأرض البقاء، و قياس الأرض المغروسة على الأرض المستأجرة حيث لا يفسخ اجارتها و لا تغرم لها اجرة المثل فاسد للفرق بتملك المنفعة في تمام المدّة قبل استحقاق الفاسخ هناك بخلاف ما نحن فيه

الجهة الثالثة: في انه لو قلعه هل يستحق الغابن ارش الغرس ام لا؟ وجهان:

(١) قد استدلل للأول: بما في المكاسب، و حاصله: ان الغابن مستحق لصفه منصوبية الغرس، فإذا زال هذا الوصف بقلع المغبون غرم له تفاوت ما بين كون الغرس منصوباً و غير منصوب.

و فيه: ان الغابن في ابتداء الأمر غرس بحق، و لكن بعد ما فسخ المغبون المعاملة و انتقلت العين بما لها من المنافع الى المغبون يكون بقاء الغرس و منصوبيته في هذا المكان بقاء بغير حق، فلا موجب للأرش، كيف و ليس لعرق ظالم حق،

فالحق انه لا يستحق الارش.

(٢) قوله مضافا الى مفهوم قوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق «١»

قد مر ان المقام داخل فى منطوق قوله عليه السلام.

(٣) قوله و من ان الغرس انما وقع فى ملك متزلزل و لا دليل على استحقاق الغرس محصل هذا الوجه، ان الغابن يستحق الغرس مع وصف منصوبيته، نعم لا يستحق المنصوبية فى المكان الخاص و عليه فلمالك الارض قلعه مع الارش، اما القلع فلعدم استحقاق الغابن النصب فى هذا المكان و أما الارش فلفوات وصف المنصوبية

(١) الوسائل - باب ٣ - من كتاب الغصب حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٦١

فإن المستحق هو الغرس المنصوب من دون استحقاق مكان فى الأرض. فالتحقيق ان كلا من المالكين يملك ماله لا بشرط حق له على الآخر و لا- عليه له (١) فلكل منهما تخليص ماله عن مال صاحبه، فإن اراد مالك الغرس قلعه فعليه ارش طم الحفر، و ان اراد مالك الأرض تخليصها فعليه ارش الغرس، اعنى تفاوت ما بين كونه منصوبا دائما، و كونه مقلوعا، و كونه مالا للمالك على صفة النصب دائما ليس اعترافا بعدم تسلطه على قلعه، (٢) لأن المال هو الغرس المنصوب و مرجع دوامه الى دوام ثبوت هذا المال الخاص له، فليس هذا من باب استحقاق الغرس للمكان، فافهم.

و يبقى الفرق بين ما نحن فيه و بين مسألة التفليس حيث ذهب الأ-كثر الى ان ليس للبائع الفاسخ قلع الغرس و لو مع الأرش، و يمكن الفرق بكون حدوث ملك الغرس فى ملك متزلزل فيما نحن فيه، فحق المغبون انما تعلق بالأرض قبل الغرس بخلاف مسألة التفليس لأن سبب التزلزل هناك بعد الغرس فيشبهه بيع الأرض المغروسة (٣).

و فيه: ان المتحقق وصف خاص و هو النصب فى مكان خاص لا وصفين النصب و النصب فى مكان خاص ليستحق الغابن احدهما دون الآخر، فمع عدم استحقاقه ذلك الوصف لا حق له على صاحب الارض لو قلعه، (١) و بذلك يظهر ما فى تحقيق المصنف رحمه الله.

(٢) قوله و كونه مالا- للمالك على صفة النصب دائما ليس اعترافا بعدم تسلطه على قلعه حاصل الاشكال انه إذا استحق الغابن خصوصية النصب و لذا تكون ملحوظة فى مقام التدارك يستحق الابقاء و هو مضاد لاستحقاق المغبون القلع و محصل الجواب ان هناك امرين - النصب، و النصب فى مكان خاص، و الذى يضاد حق المغبون الثانى، و الذى يكون منشأ الغرامة هو الاول و قد عرفت ما فيه فلا نعيد.

(٣) قوله فيشبهه بيع الارض المغروسة ما ذكرناه فى المقام يجرى بعينه فى تلك المسألة فان البائع إذا باع العين من غير استثناء شىء من المنافع و انتقلت المنافع الى المشتري، يكون بقاء الغرس بغير حق فلا يستحق شيئا نعم فى تلك المسألة يمكن ان يقال منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٦٢

و ليس للمشتري قلعه، و لو مع الارش بلا خلاف. بل عرفت ان العلامة فى المختلف جعل التزلزل موجبا لعدم استحقاق ارش الغرس، ثم إذا جاز القلع فهل يجوز للمغبون مباشرة القلع ام له مطالبه المالك بالقلع و مع امتناعه يجبره الحاكم أو يقلعه؟

وجوه ذكروها فيما لو دخلت اغصان شجر الجار الى داره، و يحتمل الفرق بين المقامين (١) من جهة كون الدخول هناك بغير فعل المالك. و لذا قيل فيه بعدم وجوب اجابة المالك الجار الى القلع و ان جاز للجار قلعه بعد الامتناع أو قبله. هذا

كله حكم التخليص و أما لو اختار المغبون الابقاء فمقتضى ما ذكرنا من عدم ثبوت حق لأحد المالكين على الآخر استحقاقه الأجرة على البقاء لأن انتقال الأرض الى المغبون (٢) بحق سابق على الغرس، لا- بسبب لا-حق له، هذا كله حكم الشجر. و أما الزرع ففى

المسالك انه يتعين ابقائه بالأجرة لأن له أمدا ينتظر، (٣) و لعله لا مكان الجمع بين الحقين على وجه لا ضرر فيه على الطرفين بخلاف مسألة الشجر، فإن في تعيين ابقائه بالأجرة ضررا على مالك الأرض لطول مدة البقاء، فتأمل.

بظهور البيع مع استثناء الشجر في استثناء هذه المنفعة و استحقاق البقاء، بخلاف المقام فانه بالفسخ يعود العين مع جميع منافعها و صفاتها بلا استثناء شيء منها.

(١) قوله و يحتمل الفرق بين المقامين و فيه: ان الدخول في ملك الغير هناك و ان كان حدوثة بغير فعل المالك الا انه بقاء يكون بفعله فان ابقاء الاغصان في دار الغير اشغال للفضاء.

(٢) قوله و أما لو اختار المغبون الابقاء... لان انتقال الارض الى المغبون بحق سابق كون الانتقال بحق سابق اولا حق لا دخل له في استحقاق الاجرة بل المدار فيه انتقال هذه المنفعة من الارض الى المغبون و عدمه، إذ على الاول يستحق الاجرة، و لا يستحقها على الثاني:

(٣) قوله و أما الزرع - لان له امدا ينتظر و لعله لا مكان الجمع بين الحقين و اورد عليه المحقق الايرواني رحمه الله بان دفع الاجرة لو كان سادا للضرر

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٦٣

و لو طلب مالك الغرس القلع فهل لمالك الأرض منعه (١) لاستنزام نقص ارضه، فإن كلا منهما مسلط على ماله و لا يجوز تصرفه في مال غيره الا باذنه ام لا؟

لأن التسلط على المال لا يوجب منع مالك آخر عن التصرف في ماله، و جهان أقواهما الثاني.  
و لو كان التغير بالامتزاج (٢) فيما ان يكون بغير جنسه، و أما ان يكون بجنسه.

في الزمان القصير لكان سادا له في الزمان الطويل و فيه: ان دفع الاجرة ساد من حيث المالية في الموردين، و الفرق بينهما انما هو من ناحية نقص الارض من حيث القيمة - فان اشتغال الارض بالغرس في المدة الطويلة، يوجب نقص قيمتها بخلاف اشتغالها بالزرع فانه لا يوجب نقص قيمتها لقصر المدة، نعم يرد عليه قدس سره ما اورده اولا و هو ان مناط استحقاق القلع لم يكن هو الضرر بل مناطه عدم استحقاق صاحب الغرس للمكان و هذا مشترك بين الموردين.

(١) قوله و لو طلب مالك الغرس القلع فهل لمالك الأرض منعه قد مر انه لا حق لمالك الغرس في الأرض، و لا لمالك الأرض في الغرس فله ان ينقله الى مكان آخر و لا أرى وجهها لجواز منعه الا من جهة استنزامه التصرف في ارض الغير و علاجه مراجعته في ذلك فان امتنع قلعه بنفسه أو تصداه الحاكم، و عليه اجرة طم الارض - بل اجرة المثل من يوم الغرس الى يوم القلع، و بما ذكرناه يظهر ما في كلمات القوم في المقام.

### التغير بالامتزاج

(٢) و أما المقام الثالث: - و هو التغير بالامتزاج - فقبل الدخول في البحث لا بد من تقديم امرين:

الأول: ان خلط مال بمال يتصور على وجوه:

الأول: ان يكون بنحو لا يتميز احدهما من الآخر حسا كما امتزاج الخل بالعسل الموجب لحصول حقيقة ثالثة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٦٤



فان كان بغير جنسه، فإن كان على وجه الاستهلاك عرفا بحيث لا يحكم في مثله بالشركة كما متراج ماء الورد المبيع بالزيت، فهو في حكم التالف يرجع الى قيمته (١) و ان كان لا على وجه يعد تالفا كالخل مع الانجيين.

الثاني: ان يكون بنحو يتميز حسا و يكون كل من المالين باقيا على ما هو عليه من الصورة.

الثالث: ان يكون بنحو لا يتميز حسا و لا تحصل صورة ثالثة، و يعد احد الخليطين مستهلكا في الآخر و تالفا كخلط ماء الورد بالنفط. و مورد الشركة هو الوجه الأول، و دليله مضافا الى الاجماع: ان الخصوصية الشخصية لكل من المالين زالت و تلفت و التالف لا يتعلق به تكليف أو وضع، فمالك المال قبل الامتراج لا يمكن ان يكون مالكا لشخص ماله بعد الامتراج، فلا محالة يوجب التلف الاشاعة قهرا، و لا فرق في ذلك بين المتحدين وصفا و المختلفين.

فما افاده المحقق الايرواني رحمه الله، بان دليل الشركة هو الاجماع المختص بالمتماثلين ذاتا و وصفا، غير تام. الثاني أنه للشركة مراتب:

الاولى: الشركة في العين بنسبة المالين في المقدار كما في مزج الجنس بالجنس مع تساويهما في الصفات، و الوجه فيها ان التالف خصوص الخصوصية الشخصية لا أصل المال و وصفه و ماليته.

الثانية: الشركة في العين بمقدار المالية لا-الوزن كما في المزج بغير الجنس كمزج الخل بالعسل، إذ الفاتت حينئذ غير الخصوصية الشخصية الصورة النوعية، فلا محالة يشتركان في قيمة الممزوج، و لكن من نفس الممتزج.

الثالثة: الشركة في الثمن كما في قسارة الثوب.

إذا عرفت هذين الأمرين،

فاعلم: ان الامتراج تارة يكون بغير جنسه، و اخرى يكون بجنسه.

(١) اما المورد الأول: فان كان على وجه الاستهلاك عرفا فهو في حكم التالف و يرجع الى قيمته كما في المكاسب، و ان كان لا على وجه يعد تالفا كالخل الممتزج مع

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٦٥

ففي كونه شريكا (١) أو كونه كالمعدوم وجهان، من حصول الاشتراك قهرا لو كانا لمالكين و من تغير حقيقته، (٢) فيكون كالتلف الراجع للخيار (٣)

الانجيين فقد ذكر المصنف رحمه الله فيه وجهين:

(١) احدهما: الشركة لحصول الاشتراك قهرا لو كانا لمالكين.

(٢) ثانيهما: كونه كالمعدوم لتغير حقيقته.

و اورد المحقق الايرواني رحمه الله على الوجه الثاني: بانه لو كان هذا كالتالف كان الممتزج الآخر ايضا كالتالف، لأن نسبة الصورة الحادثة بالامتراج الى كل من الممتزجين نسبة واحدة، و لا يزم ذلك ان لا-يكون الممتزج مالا- لواحد منهما، مع ان ذلك باطل بالضرورة.

و: تنقيح القول في المقام بنحو يظهر ما هو الحق و يجاب عن ايراد المحقق الايرواني رحمه الله: ان الشركة انما تكون في مالين لشخصين، و أما إذا حدثت الصورة الثالثة في حال يكون المالين لمالك واحد فلا معنى لحصول الشركة، و عليه فلو مزج الغابن الخل الذي اشتراه بالانجيين ثم فسخ المغبون المعاملة لا معنى لرجوع الخل بالفسخ، الى صاحبه لعدم بقائه، و الصورة الثالثة لم تملك بالبيع

كى تعود بالفسخ، فلا بد من اجراء حكم التلف عليه و هو رجوعه بماليته الى الفاسخ.  
(٣) و أما ما فى المتن من ان حكمه ارتفاع الخيار، فالظاهر ان مراده ارتفاعه على وجه يوجب رجوع العين.

### حكم الامتزاج بالجنس

و أما المورد الثانى: فالكلام فيه فى مواضع:

الأول: فى الامتزاج بالمساوى.

الثانى: فى الامتزاج بالاردا.

الثالث: فى الامتزاج بالاجود.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤٦٦

و ان كان الامتزاج بالجنس، فإن كان بالمساوى يثبت الشركة، (١) و ان كان بالأردا فكذلك و فى استحقاقه لارش النقص أو تفاوت الرداءة من الجنس الممتزج أو من ثمنه وجوه، (٢)

(١) اما فى الموضوع الأول: فقد حكم المصنف رحمه الله بالشركة.

و اورد عليه المحقق الاصفهانى رحمه الله بما حاصله: ان المزج ان كان بمال الأجنبى و حصلت الشركة بين الغابن و الأجنبى لا يبقى مجال لعود العين، إذ يستحيل عود الملك الاستقلالى بعد زواله، و الملك الاشاعى لم يكن بسبب البيع حتى يوجب فسخه عوده الى المغبون ليكون شريكا للمغبون،

و ان كان الامتزاج بمال الغابن فلا شركة قبل الفسخ، إذ الانسان لا يكون شريكا لنفسه، و فسخ العقد ان اوجب رجوع العين الى المغبون حقيقة فلا شركة و ان لم يوجب رجوع العين نظرا الى ان الامتزاج يمنع عن اعتبار الملك الاستقلالى شرعا فلا عود للعين. و لكنه يمكن ان يكون نظر المصنف رحمه الله الى انه و ان لم يمكن عود العين بالفسخ فيعد بحكم التالف، الا- انه حيث يمكن ان يرجع بعض العين ممتزجا بما هو مثله كان ذلك متعينا فى مقام اداء التالف، فيتعين ارجاع ذلك، و لهذا يحكم بالشركة.

(٢) و أما الموضوع الثانى: فقد احتمل المصنف رحمه الله فيه وجوها:

احدها: الشركة بنسبة المالىن، و يكون الغابن ضامنا لارش النقص.

ثانيها: الشركة فى العين بمقدار المالىة.

ثالثها: الشركة فى قيمة العين.

و قد اختار المحقق النائى رحمه الله الوجه الأول، و علله: بانه إذا امكن الشركة فى العين بنسبة المالىن لا تصل النوبة الى المرتبتين اللاحقتين.

و فيه: انه لا- وجه للشركة فى العين، إذ العين كما عرفت فى الموضوع الأول بحكم التالف، و ليس رد بعضها ممتزجا بالأردا اقرب الى التالف.

و عن المحقق الاصفهانى رحمه الله: اختيار الوجه الثالث نظرا الى انه و ان لم يكن وجه للشركة فى العين الا انه حيث يمكن عود العين بماليته من المالىة الشخصية فهو المتعين

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤٦٧

و لو كان بالاجود احتمل الشركة فى الثمن، بأن يباع و يعطى من الثمن بنسبة قيمته،

و يحتمل الشركة بنسبة القيمة (١) فإذا كان الاجود يساوى قيمتى الردى كان المجموع بينهما اثلاثا و رده الشيخ فى مسألة رجوع البائع

على المفلس بعين ماله بأنه يستلزم الربا، قيل: و هو حسن مع عموم الربا لكل معاوضة. بقى الكلام فى حكم تلف العوضين مع الغبن (٢) و تفصيله ان التلف. اما ان يكون فيما وصل الى الغابن، أو فيما وصل الى المغبون، و التلف اما بآفة أو باتلاف احدهما أو باتلاف الأجنبى

لأنه اقرب من المالىة المطلقة.

و لكن: هذا يتم إذا كان المال من القيميات، و الظاهر انه من المثليات، فيتعين دفع المثل ان امكن، و الا فما افاده متين، اللهم الا ان يقال ان المالىة الخاصة اقرب الى التالف من المثل و لا بعد فيه، و عليه فيتعين ذلك.

(١) و أما الموضوع الثالث: فقد احتمل المصنف رحمه الله فيه احتمالين:

احدهما: الشركة بنسبة المالىة.

ثانيهما: الشركة فى الثمن.

ثم رد الأول: بانه يستلزم الربا، و وجهه انتقال ثلث المجموع الى المغبون بازاء نصفه،

فانه بالامتزاج يعطى النصف و يأخذ الثلث، و مع وجود سائر الشرائط من كون المبيع من المكيل و الموزون و عموم حرمة الربا لكل معاوضة و لو كانت قهرية يتوجه حكم الربا.

و الجواب ان هذا الوجه غير تام لعدم شمول دليل حرمة الربا للمعاوضة القهرية،

و لكن بما ذكرناه فى الموضوعين الأولين ظهر ضعف الاحتمال الأول، فالمتعين هو الثانى

### حكم تلف العوضين

(٢) قوله بقى الكلام فى حكم تلف العوضين مع الغبن الظاهر ان حكم التلف لا- بد و ان يذكر فى احكام الخيار، و انما اشار إليه

المصنف ره فى المقام من جهة ان المشهور بين الأصحاب ان تصرف المغبون قبل العلم بالغبن

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤٦٨

و حكمها انه لو تلف ما فى يد المغبون، فإن كان بآفه، فمقتضى ما تقدم من التذكرة فى الاخراج عن الملك من تعليل السقوط بعدم

امكان الاستدراك سقوط الخيار (١)

لكنك قد عرفت الكلام فى مورد التعليل فضلا عن غيره. و لذا اختار غير واحد بقاء الخيار، فإذا فسخ غرم قيمته يوم التلف أو يوم

الفسخ و أخذ ما عند الغابن أو بدله.

و كذا لو كان باتلافه و لو كان باتلاف الاجنبى ففسخ المغبون اخذ الثمن و رجع الغابن الى المتلف ان لم يرجع المغبون عليه و ان

رجع عليه بالبدل. ثم ظهر الغبن ففسخ رد على الغابن القيمة يوم التلف أو يوم الفسخ و لو كان باتلاف الغابن فإن لم يفسخ المغبون

اخذ القيمة من الغابن و ان فسخ اخذ الثمن، و لو كان اتلافه قبل ظهور الغبن فأبرأه المغبون من الغرامة ثم ظهر الغبن ففسخ وجب عليه

رد القيمة لأن ما ابرأه بمنزلة المقبوض، و لو تلف ما فى يد الغابن بآفه أو باتلافه

المخرج للمال عن ملكه مسقط لخياره، فتوهم ان التلف ايضا كذلك، بل هو اولى بان يكون مسقطا، فذكر حكم التلف فى المقام

لتنتيحه ذلك.

و لا- فرق بين تلف ما فى يد المغبون و تلف ما بيد الغابن فى الأحكام الا من جهتين نشير اليهما، فلا وجه للبسط و الأطناب فى بيان

الأحكام لكل منهما مستقلا، فلنفرض تلف ما فى يد المغبون، و به يظهر حال تلف ما فى يد الغابن.

و حق القول فيه يقتضى البحث فى جهات:

الاولى: فى انه هل يوجب سقوط الخيار ام لا؟ و محصل القول فيها: انه ان قلنا بان هذا الخيار متعلق بالعوضين و حقيقته جواز الرد و الاسترداد.

(١) كما هو مقتضى الوجه الذى ذكره العلامة و وجهه المصنف رحمه الله لمسقطية التصرف - تعيين البناء على مسقطية التلف، بل هو اولى بان يكون مسقطا، فانه فى تصرف يمكن ان يقال بجواز الرد و انفساخ معاملته، و فى المقام لا سبيل الى ذلك. و بهذا يظهر امران:

احدهما: ان المصنف رحمه الله الملتزم بمسقطية التصرف من جهة ما افاده فى تلك المسألة ليس له البناء على العدم فى المقام. ثانيهما: ان ظاهر تبصرة العلامة ان التلف اولى من التصرف فى عدم صحة الاستدلال، مع ان الامر بالعكس منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤٦٩

فسخ المغبون، اخذ البدل و فى اعتبار القيمة يوم التلف أو يوم الفسخ، قولان. ظاهر الأكثر الأول. و لكن صرح فى الدروس و المسالك و محكى حاشية الشرائع للمحقق الثانى و صاحب الحدائق و بعض آخر: انه لو اشترى عينا بعين فقبض احدهما دون الأخرى فباع المقبوض، ثم تلف غير المقبوض، ان البيع الأول يفسخ بتلف متعلقه قبل القبض بخلاف البيع الثانى، فيغرم البائع الثانى قيمة ما باعه يوم تلف غير المقبوض. (١) و هذا ظاهر بل صريح فى ان العبرة بقيمة يوم الانفساخ دون تلف العين، و الفرق بين المسألتين مشكل، و تمام الكلام فى باب الاقالة ان شاء الله تعالى،

و أما ان قلنا بان هذا الخيار كسائر الخيارات متعلق بالعقد، فحيث ان العقد باق مع تلف العين ايضا، فلا وجه لسقوط الخيار بالتلف، و الأظهر هو الثانى.

نعم لو قلنا بشمول قاعدة التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له «١» لخيار الغبن يكون التلف بأفة سماوية موجبا لكون تلف ما عند المغبون من الغابن و انفساخ العقد، و لكن المبنى فاسد كما سيأتى.

(١) الثانية: ان قيمة التالف التى يرجع إليها هل هى قيمة يوم التلف كما احتمله العلامة و لعله ظاهر الأكثر، ام قيمة يوم الفسخ، كما ذهب إليه جماعة، ام قيمة يوم الأداء، كما عليه المحقق الخراسانى رحمه الله -؟ و جوه.

وجه الأول: ان القيمة فى يوم التلف تقوم مقام العين فى كونها متعلقة لحق الخيار. و وجه الثانى: ما افاده السيد الفقيه من ان الانتقال الى الغابن انما هو من حين الفسخ، فلا بد من اعتبار قيمته حينه لا حين التلف الذى كان للمغبون.

و وجه الثالث: انه فى موارد الضمانات تكون العين ثابتة فى الذمة الى حين الأداء، و لذا بنينا على ان الضامن يدفع قيمة يوم الأداء.

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

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤٧٠

و لو تلف باتلاف الاجنبى رجع المغبون بعد الفسخ الى الغابن لأنه الذى يرد إليه العوض فيؤخذ منه المعوض أو بدله، و لأنه ملك

القيمة على المتلف، و يحتمل الرجوع إلى المتلف، (١) لأن المال في ضمانه، و ما لم يدفع العوض فنفس المال في عهده و لذا صرح في الشرائع بجواز المصالحة على ذلك المتلف بما لو صالح به على قيمته لزم الربا، و صرح العلامة بأنه لو صالحه على نفس المتلف بأقل من قيمته لم يلزم الربا، و ان صالحه على قيمته بالأقل لزم الربا، بناء على جريانه في الصلح

و في المقام و ان كان التالف حين تلفه للمغبون، فلا يكون ضامنا، الا ان البيع بما هو مترزل و متعلق لحق الخيار فتعتبر العين باقية في عهده من هي عنده، و الفسخ يقتضى عود العين التي تكون في العهدة الى الفاسخ، و عليه فيتعين قيمة يوم الأداء. و به يظهر ما في الوجهين الأولين.

الثالث: انه لو اتلف المال الأجنبي، فهل الفسخ يقتضى الرجوع الى الغابن أو المتلف. (١) و احتمل المصنف رحمه الله في المقام، الرجوع الى الغابن، و الرجوع الى المتلف، و التخيير و في تلف ما عند الغابن و ان كان يذكر وجوها و لكن ظاهره اختيار ان المغبون يرجع الى الغابن و يذكر له وجهين جارين في المقام ايضا و كيف كان: فقد استدلل للرجوع الى طرف المعاملة بوجهين: احدهما: ان العوض يرجع الى الغابن، فيؤخذ منه المعوض أو بدله.

و فيه: انه إذا اتلف الأجنبي المال تثبت العين في عهده، و مقتضى الفسخ رجوع العين الى المغبون، و حيث انها في عهدة الاجنبي فيرجع إليه.

ثانيهما: ان الغابن يملك القيمة على الأجنبي، و ليس لشيء واحد الا قيمة واحدة، فلا يعقل رجوع المغبون الى الأجنبي.

و فيه: ما تقدم من ان العين تثبت في عهده،

فالأظهر انه يرجع الى الأجنبي، و لكن لا- يتعين ذلك، بل له ان يرجع إليه، و ان يرجع الى المفسوخ عليه، لأن المال كان في عهده قبل وضع الأجنبي يده عليه.

الرابعة: انه لو اتلف الغابن ما في يد المغبون ثم فسخ المغبون العقد، فقبل الفسخ

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٧١

و يحتمل التخيير اما الغابن فالأنه ملك البدل و أما المتلف فلأن المال المتلف في عهده (١) قبل اداء القيمة، و ان كان باتلاف المغبون، فإن لم يفسخ غرم بدله و لو ابرأه الغابن من بدل المتلف فظهر الغبن ففسح رد الثمن و اخذ قيمة التلف لأن المبرأ منه كالمقبوض هذا قليل من كثير ما يكون هذا المقام قابلا له من الكلام، و ينبغي احالة الزائد على ما ذكره في غير هذا المقام و الله العالم بالأحكام و رسوله و خلفائه الكرام صلوات الله عليه و عليهم إلى يوم القيام.

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

بناء على الاستناد في ثبوته في البيع الى نفى الضرر، (٢) نعم لو استند الى الاجماع المنقولة امكن الرجوع في غير البيع الى اصالة اللزوم و ممن حكى عنه التصريح بالعموم فخر الدين قدس سره في شرح الارشاد و صاحب التنقيح و صاحب ايضاح النافع و عن اجارة جامع المقاصد جريانه فيها مستندا الى انه من توابع المعاوضات. نعم حكى عن المهذب البارع عدم جريانه في الصلح.

و لعله لكون الغرض الاصلى فيه قطع المنازعة، فلا يشرع فيه الفسخ و فيه ما لا يخفى

كانت العين التالفه في عهده الغابن، و بعده تثبت في عهده المغبون، و نتيجة ذلك سقوط العهده بالنسبه الى كل منهما كما لا يخفى. (١) قوله و يحتمل التخيير اما الغابن فلانه ملكك البدل و أما المتلف فلان المال المتلف في عهده هذا الاحتمال و ان كان هو الاظهر كما عرفت الا انه لما ذكرناه، لا لما افاده قدس سره فان مبنى احد فردى التخيير في كلامه اشتغال ذمه المتلف بالقيمه - و مبنى الآخر دخول العين في العهده و هما متقابلان

ثبوت خيار الغبن في غير البيع

(٢) الموضوع الخامس: في ثبوت خيار الغبن في سائر المعاضات اقوال:

احدها: ثبوته فيها، اختاره فخر الدين و صاحب التنقيح و ايضاح النافع.

منهاج الفقاهه (لروحاني)، ج ٥، ص: ٤٧٢

و في غايه المرام التفصيل (١) بين الصلح الواقع على وجه المعاوضه فيجرب فيه، و بين الواقع على اسقاط دعوى قبل ثبوتها، ثم ظهر حقيقته ما يدعيه و كان مغبونا فيما صالح به و الواقع على ما في الذمم و كان مجهولا، ثم ظهر بعد عقد الصلح و ظهر غبن احدهما على تأمل. و لعله للاقدام في هذين على رفع اليد عما صالح عنه كائنا ما كان.

فقد اقدم على الضرر و حكي عن بعض التفصيل (٢) بين كل عقد وقع شخصه على وجه المسامحه و كان الأقدام فيه على المعامله مبني على عدم الالتفات إلى النقص و الزيادة بيعا كان أو صلحا أو غيرهما فإنه لا يصدق فيه اسم الغبن، و بين غيره.

و فيه مع ان منع صدق الغبن محل نظر ان الحكم بالخيار لم يعلق في دليل على مفهوم لفظ الغبن حتى يتبع مصاديقه. فإن الفتاوى مختصه بغبن البيع و حديث نفى الضرر عام لم يخرج منه الا ما استثنى في الفتاوى من صورة الأقدام على الضرر عالما به،

نعم لو استدلل بآيه التجاره عن تراض أو النهي عن اكل المال بالباطل امكن اختصاصها بما إذا اقدم على المعامله محتملا للضرر مسامحا في دفع ذلك الاحتمال و الحاصل ان المسأله لا يخلو عن اشكال من جهه أصالة اللزوم و اختصاص معقد الاجماع و الشهرة بالبيع و عدم تعرض الأكثر لدخول هذا الخيار في غير البيع،

ثانيها: عدم ثبوته فيها، و لعله الظاهر من اجاره جامع المقاصد.

ثالثها: عدم جريانه في خصوص الصلح، حكي عن المهذب البارع.

رابعها: التفصيل بين كل عقد وقع شخصه على وجه المسامحه و بين غيره.

(١) قوله في غايه المرام التفصيل، قد عرفت تماميته.

(٢) قوله و حكي عن بعض التفصيل بما حققناه ظهر تمامية ما افاده هذا البعض، فلا حاجه الى التكرار، و دفع ما اورده المصنف عليه.

و كيف كان فالكلام يقع في مقامين:

الأول: في شمول دليل هذا الخيار لغير البيع.

الثاني: في قابلية الصلح في ذاته للخيار.

منهاج الفقاهه (لروحاني)، ج ٥، ص: ٤٧٣

كما تعرضوا لجريان خيار الشرط و تعرضهم لعدم جريان خيار المجلس في غير البيع،

لكونه محل خلاف لبعض العامة في بعض افراد ما عدا البيع، فلا يدل على عموم غيره لما عدا البيع و من دلالة حديث نفى الضرر، على عدم لزوم المعامله المغبون فيها في صورة امتناع الغابن، عن بذل التفاوت بعد الحاق غيرها بظهور عدم الفصل عند الاصحاب. و قد استدلل به الاصحاب على اثبات كثير من الخيارات، فدخوله فيما عدا البيع، لا يخلو عن قوة. (١) نعم يبقى الاشكال في شموله

للصورة المتقدمة، و هي ما إذا علم من الخارج بناء شخص تلك المعاملة يباعا كان أو غيره على عدم المغابنة و المكايسة من حيث المالية، كما إذا احتاج المشتري الى قليل من شىء مبتذل لحاجة عظيمة دينية أو دنيوية، فإنه لا يلاحظ فى شرائه مساواته للثمن المدفوع بازائه، فإن فى شمول الأدلة لمثل هذا خفاء، بل منعاً، الا ان يتم بعدم القول بالفصل، (٢) و الله العالم.

اما المقام الثانى: فقد تقدم الكلام فيه فى خيار الشرط. فراجع.

(١) و أما المقام الأول: فان كان مدرك هذا الخيار هو الاجماع، مختصا بالبيع لأنه المتيقن من معقده و ان كان غيره من الشرط الضمنى، أو نفى الضرر، «١» أو آية التجارة، «٢» أو آية لا تأكلوا، «٣» أو خبر تلقى الركبان، «٤» أو خبر غبن المسترسل سحت، «٥» لم يكن مختصا بالبيع لعدم الفرق فى هذه الأدلة بين البيع و غيره من المعاوزات المالية المبنيّة على المدافعة، و حيث ان المختار كون مدركه الشرط الضمنى فلا وجه لدعوى الاختصاص.

(٢) ثم انه بناء على المختار، ان كانت المعاملة مبنيّة على تساوى المالىن نوعا كالبيع و الاجارة و الصلح القائم مقامهما جرى فيها خيار الغبن الامع الاقدام على المعاوزة

(١) الوسائل - باب ١٢ و ٧- من ابواب كتاب احياء الموات و غيرهما من الأبواب المتقدم إليها الاشارة.

(٢) النساء آية ٢٩.

(٣) نفس المصدر.

(٤) و هو النبوى المروى عن غير طرقتنا المتقدم.

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

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤٧٤

### مسألة: اختلف اصحابنا فى كون هذا الخيار على الفور أو على التراخى على قولين (١)

#### اشارة

و استند للقول الأول: و هو المشهور ظاهرا الى كون الخيار على خلاف الأصل فيقتصر فيه على المتيقن و قرره فى جامع المقاصد بأن العموم فى أفراد العقود يستتبع عموم الأزمنة و إلا لم ينتفع بعمومه، انتهى. (٢) و للقول الثانى: الى الاستصحاب (٣) و ذكر فى الرياض ما حاصله ان المستند فى هذا الخيار ان كان الاجماع المنقول اتجه التمسك بالاستصحاب و ان كان نفى الضرر و جب الاقتصار على الزمان الأول إذ به يندفع الضرر.

بالغة ما بلغت فانه حينئذ يكون مسقطا لشرط التساوى، و ان كانت لعكس تلك و كان بنائها على التسالم و التجاوز عن الحق كائنا ما كان كالصلح الواقع فى مقام رفع الخصومة لا يكون هذا الخيار ثابتا فيها: لأنه يسقط شرط التساوى، و ان لم تكن مبنيّة لا على ذلك و لا على هذا كالجعالة، فثبوت هذا الخيار فيها و عدمه يدوران مدار الاشتراط و عدمه.

كون هذا الخيار على الفور أو التراخى

(١) مسألة: اختلف اصحابنا فى كون الخيار على الفور أو على التراخى على قولين.

لا يخفى ان هذا النزاع جار فى كل خيار لم يكن لمدة الخيار تحديد من الشرع كخيار العيب و نحوه.



و تنقيح القول في المقام يقتضى البحث في موارد:

(٢) الاول: في عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) «١» و انه هل يتمسك به في زمان الشك ام لا الذى هو مدرک القول بالفور.

(٣) الثانى: في استصحاب الخيار الذى هو مدرک القول بالتراخى.

الثالث: في انه على فرض المناقشة في كليهما هل هناك ما يرجع إليه لتعيين احدهما ام لا.

(١) المائدة: ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٧٥

اقول: و يمكن الخدشة في جميع الوجوه المذكورة، اما في وجوب الاقتصار على المتيقن فلأنه غير متجه مع الاستصحاب. و أما ما ذكره في جامع المقاصد من عموم الازمنة، فإن اراد به عمومها المستفاد من اطلاق الحكم بالنسبة الى زمانه الراجع بدليل الحكمة الى استمراره في جميع الازمنة، فلا يخفى ان هذا العموم في كل فرد من موضوع الحكم تابع لدخوله تحت العموم، فإذا فرض خروج فرد منه، فلا يفرق فيه بين خروجه عن حكم العام دائما أو في زمان ما إذ ليس في خروجه دائما زيادة تخصيص في العام حتى يقتصر عند الشك فيه على المتيقن، نظير ما إذا ورد تحريم فعل بعنوان العموم (١) و خرج منه فرد خاص من ذلك الفعل، لكن وقع الشك في ان ارتفاع الحرمة عن ذلك الفرد مختص ببعض الازمنة أو عام لجميعها، فإن اللازم هنا استصحاب حكم الخاص (٢) اعنى الحلية لا الرجوع فيما بعد الزمان المتيقن الى عموم التحريم، و ليس هذا من معارضة العموم للاستصحاب، و السر فيه ما عرفت من تبعية العموم الزمانى للعموم الافرادى فإذا فرض خروج بعضها، فلا مقتضى للعموم الزمانى فيه حتى يقتصر فيه من حيث الزمان على المتيقن، بل الفرد الخارج واحد دام زمان خروجه أو انقطع.

(١) قوله نظير ما إذا ورد تحريم فعل بعنوان العموم التنظير بالتحريم من جهة انه يقتضى الدوام و الاستمرار مع كون الزمان ظرفا محضا غير ماخوذ في موضوع الحكم.

(٢) قوله فان اللازم هنا استصحاب حكم الخاص و ربما يورد عليه بان مدار جريان استصحاب حكم الخاص على كون الزمان ظرفا في دليل الخاص لا على كونه ظرفا في دليل العام و لكن يمكن الجواب عنه بانه قدس سره يصرح في الاصول بانه إذا كان الزمان قيدا في دليل الخاص يستكشف منه كونه قيدا في دليل العام و مثل لذلك بما إذا ورد اكرم العلماء ثم ورد لا تكرم زيدا يوم الجمعة قال إذ الاستثناء قرينه على اخذ كل زمان فردا مستقلا فحينئذ يعمل عند الشك بالعموم و على هذا إذا كان الزمان ظرفا بالنسبة الى حكم العام يكون ظرفا بالنسبة الى الخاص فلا مانع من جريان الاستصحاب من هذه الجهة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٧٦

نعم لو فرض افادة الكلام للعموم الزمانى على وجه يكون الزمان مكثر الافراد العام، بحيث يكون الفرد في كل زمان مغايرا له في زمان آخر كان اللازم بعد العلم بخروج فرد في زمان ما، الاقتصار على المتيقن، لأن خروج غيره من الزمان مستلزم لخروج فرد آخر من العام غير ما علم خروجه، كما إذا قال المولى لعبده:

اكرم العلماء في كل يوم بحيث كان اكرام كل عالم في كل يوم واجبا مستقلا غير اكرام ذلك العالم في اليوم الآخر، فإذا علم بخروج زيد العالم و شك في خروجه عن العموم يوما أو ازيدا، وجب الرجوع في ما بعد اليوم الأول الى عموم وجوب الا-كرام، لا- إلى استصحاب، عدم وجوبه بل لو فرضنا عدم وجود ذلك العموم لم يجز التمسك بالاستصحاب بل يجب الرجوع إلى أصل آخر، كما ان في الصورة الاولى لو فرضنا عدم حجية الاستصحاب لم يجز الرجوع الى العموم فما اوضح الفرق بين صورتين (١).

## التمسك بآية الوفاء بالعقد عند الشك

و أما المورد الاول فالكلام فيه فى جهتين:

الاولى: فى انه إذا ورد عام افرادى يتضمن العموم الزمانى و خصص ذلك بخروج بعض افراد العام عن الحكم بالتخصيص فى بعض الأزمنة ثم شك فى ان خروجه عنه فى تمام الأزمنة أو بعضها، فهل يرجع فى زمان الشك الى عموم العام ام لا؟  
الثانية: فى خصوص (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ).

اما الاولى: فتفصيل الكلام فيها فى الاصول، و انما نشير الى ما هو الحق فى المقام بنحو الاجمال و حاصله:

(١) ان المصنف رحمه الله ذهب الى ان العام ان كان له عموم ازمانى و كان كل زمان موضوعا مستقلا لحكم مستقل لينحل العموم الى احكام عديدة بتعدد الزمان يتمسك بعموم العام، فانه من عدم التمسك به يلزم التخصيص الزائد و أما إذا لم يكن له عموم ازمانى بهذا المعنى، بل كان الزمان ظرفا للحكم، و كان المجعول حكما واحدا مستمرا لموضوع واحد فلا يتمسك به، فانه ليس فى خروجه عن تحت العام دائما زيادة تخصيص

منهاج الفقهاء (للمروحانى)، ج ٥، ص: ٤٧٧

ثم لا يخفى ان مناط هذا الفرق ليس كون عموم الزمان فى الصورة الاولى من الاطلاق المحمول على العموم بدليل الحكمة و كونه فى الصورة الثانية عموما لغويا، بل المناطق كون الزمان فى الاولى ظرفا للحكم و ان فرض عموم لغويا، فيكون الحكم فيه حكما واحدا مستمرا لموضوع واحد، فيكون مرجع الشك فيه الى الشك فى استمرار حكم واحد و انقطاعه فيستصحب و الزمان فى الثانية اكثر لافراد موضوع الحكم فمرجع الشك فى وجود الحكم فى الآن الثانى الى ثبوت حكم الخاص لفرد من العام مغاير للفرد الأول و معلوم ان المرجع فيه الى أصالة العموم، فافهم و اغتم

فى العام حتى يقتصر عند الشك فيه على المتيقن.

و الجواب عنه امران:

الأول: انه لا بد من التمسك بالعام فى المورد الثانى ايضا، و ذلك يبنى على بيان مقدمات:

منها: ان الاطلاق عبارة عن رفض القيود، و عدم دخل شىء من الخصوصيات لا دخل جميع القيود.

و منها ان العام الذى اخذ الزمان ظرفا لاستمرار حكمه له حيثان: احدهما:

عمومه الافرادى، ثانيتهما: اطلاقه الزمانى، بمعنى ان مقتضى اطلاقه استمرار الحكم الثابت لكل فرد فى الزمان المستمر.

و منها ان المطلق إذا خرج منه فرد بقى الباقي بنفس الظهور الذى استقر فيه اولا- إذا عرفت هذه الامور تعرف انه بعد مضى زمان التخصيص يتمسك بعموم العام لا بحيثه عموم بل بحيثه اطلاقه، بلا فرق بينه و بين سائر المطلقات.

لا يقال: انه إذا ثبت الحكم بعد ذلك الزمان لا يكون استمرارا للحكم الأول بل هو حكم آخر، فيلزم تعدد الواحد.

فانه يرد بان معنى استمراره الثابت بالاطلاق المزبور ليس استمراره خارجا، بل جعل ظرف واحد لهذا الحكم الواحدى لا جعل حصتين من طبيعى الظرف.

منهاج الفقهاء (للمروحانى)، ج ٥، ص: ٤٧٨

و بذلك يظهر فساد دفع كلام جامع المقاصد بأن آية أَوْفُوا و غيرها مطلقه لا عامه، فلا تنافى الاستصحاب الا ان يدعى ان العموم الاطلاقى لا- يرجع الا- الى العموم الزمانى على الوجه الأول، فقد ظهر ايضا مما ذكرنا من تغاير موردى الرجوع الى الاستصحاب و الرجوع الى العموم، فساد ما قيل فى الأصول من ان الاستصحاب قد يخصص العموم و مثل له بالصورة الاولى، زعما منه ان

الاستصحاب قد خصص العموم. وقد عرفت ان مقام جريان الاستصحاب لا يجوز فيه الرجوع الى العموم و لو على فرض عدم الاستصحاب، و مقام جريان العموم لا يجوز الرجوع الى الاستصحاب و لو على فرض عدم العموم، فليس شيء منهما ممنوعا بالآخر في شيء من المقامين، إذا عرفت هذا فما نحن فيه من قبيل الأول، لأن العقد المغبون فيه إذا خرج عن عموم وجوب الوفاء فلا فرق بين عدم وجوب الوفاء به في زمان واحد و بين عدم وجوبه رأسا، نظير العقد الجائر دائما، فليس الامر دائرا بين قلة التخصيص و كثرته، حتى يتمسك بالعموم فيما عدا المتيقن (١)

فان قلت: ان المطلق له ظهور واحد في معنى واحد مستمر، فإذا انقطع لا ظهور يتمسك به.

يرد عليك ان التقييد انما يكون لقيام حجة أقوى من الحجة المزبورة، فلا يرفع اليد عن ذلك الظهور الواحد. و تمام الكلام في محله. الثاني: انه لو تم ما افاده كان مختصا بما إذا كان التخصيص من الوسط، و أما إذا كان فردا خارجا عن العام من الأول فمن عدم التمسك بالعام بعد مضي زمان التخصيص يلزم التخصيص في العموم الافرادى ايضا، فنفس عمومته من تلك الحثية يكفى في الحكم بثبوت حكم العام و التمسك به.

و في المقام وجهان آخران: احدهما للمحقق اليزدى، و الآخر للمحقق النائنى رحمه الله،

ذكراهما لعدم جواز التمسك بالعام بعد مضي زمان التخصيص إذا لم يكن له عموم زمانى و قد اجبنا عنهما في زبدة الاصول و ليس المقام مقام ذكره فلا يظهر هو التمسك بالعام مطلقا.

(١) و أما الجهة الثانية فالحق انه لا عموم زمانى له بنحو يكون العقد في كل زمان

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤٧٩

فلو فرض عدم جريان الاستصحاب في الخيار على ما سنشير إليه لم يجز التمسك بالعموم ايضا، نعم يتمسك فيه حينئذ بأصالة اللزوم الثابتة بغير العمومات.

و أما استناد القول بالتراخي الى الاستصحاب، فهو حسن على ما اشتهر من المسامحة في تشخيص الموضوع في استصحاب الحكم الشرعى الثابت بغير الادلة اللفظية المشخصة للموضوع، مع كون الشك من حيث استعداد الحكم للبقاء. و أما على التحقيق من عدم احراز الموضوع في مثل ذلك على وجه التحقيق، فلا يجرى فيما نحن فيه الاستصحاب، فإن المتيقن سابقا ثبوت الخيار لمن لم يتمكن من تدارك ضرره بالفسخ فإذا فرضنا ثبوت هذا الحكم من الشرع فلا معنى لانسحابه في الآن اللاحق، مع كون الشخص قد تمكن من التدارك و لم يفعل، لأن هذا موضوع آخر يكون اثبات الحكم له من القياس المحرم. (١) نعم لو احرز الموضوع من دليل لفظى على المستصحب أو كان الشك في رافع الحكم حتى لا يحتمل ان يكون الشك لأجل تغير الموضوع اتجه التمسك بالاستصحاب.

موضوعا مستقلا، و لكن له اطلاقا زمانيا، بمقتضى مقدمات الحكمة، و انه لو لم يكن حكما ثابتا في عمود الزمان لزم لغوية جعله: إذ لا أثر للزوم العقد في زمان واحد،

و بناء على ما اخترناه من ثبوت الخيار من حين العقد يكون الخارج خارجا من الأول:

ف يتمسك بالعام حتى على المسلك الآخر.

### استصحاب الخيار

اما المورد الثانى فقد اورد على التمسك بالاستصحاب بوجوه:

(١) الاول في المتن، و حاصله: انه إذا كان دليل الحكم لفظيا مشخصا للموضوع و كان الشك في بقاء الحكم مع احراز الموضوع

يجرى الاستصحاب، و أما إذا كان غير لفظي أو لفظيا غير مشخص له و كان يحتمل كون الموضوع عنوانا لا يكون باقيا، فلا يجرى الاستصحاب للشك في بقاء الموضوع،

و المقام من قبيل الثاني، فان دليل هذا الخيار الاجماع أو حديث لا ضرر،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٨٠

و أما ما ذكره في الرياض، ففيه انه ان بنى الأمر على التدقيق في موضوع الاستصحاب كما اشرنا هنا و حققناه في الاصول، فلا يجرى الاستصحاب و ان كان المدرك للخيار الاجماع، و ان بنى على المسامحة فيه كما اشتهر جرى الاستصحاب و ان استند في الخيار الى قاعدة الضرر، كما اعترف به ولده قدس سره في المناهل مستندا الى احتمال ان يكون الضرر علة محدثة يكفي في بقاء الحكم و ان ارتفع الا ان يدعى انه إذا استند الحكم الى الضرر، فالموضوع للخيار هو المتضرر العاجز عن تدارك ضرره و هو غير محقق في الزمان اللاحق كما اشرنا

ولا- يكون الموضوع مشخصا في شيء منهما، و لعله العاجز عن تدارك الضرر بالفسخ لا- المتضرر بما هو متضرر، فلا- يكون الاستصحاب جاريا.

وفيه: اولاً: ان الموضوع ليس هو العاجز قطعاً، لأنه لا يبقى مع الخيار و نفس الخيار رافع للعجز، فلا يعقل ان يكون هو الموضوع له.

نعم يمكن ان يقال بكونه علة لثبوت الخيار، لكن ذلك كلاجنبى عن دخله في الموضوع.

و ثانياً: ان ما افاده لو تم فانما هو لو قلنا بان المعتبر في الاستصحاب بقاء الموضوع الدليلي، و أما ان قلنا بان المعتبر بقاء الموضوع العرفي و ان لم يكن الموضوع الدليلي باقيا كما هو مبناه في الاصول، فلا يتم، فان الميزان حينئذ بقاء الموضوع بنظر اهل العرف الذين يرونه موضوعاً بواسطة مناسبة الحكم و الموضوع.

الثاني: ما افاده المحقق النائيني رحمه الله من ان الشك في بقاء الخيار في المقام شك في المقتضى لا في الرفع، فانه لا يشك في مسقطية شيء للخيار، بل في بقاء الخيار بحسب طبعه في عمود الزمان، مع قطع النظر عن طرود زمانى عليه، فلا يجرى.

وفيه: ان الخيار انما يشك في بقائه لو تمكن المكلف من اعماله و لم يعمله، و أما مع قطع النظر عن ذلك فله استعداد البقاء في عمود الزمان، فليس من قبيل الشك في المقتضى، مع ان الحق جريان الاستصحاب في موارد الشك في المقتضى ايضا.

الثالث: ما افاده المحقق النائيني رحمه الله ايضا، و هو: ان دليل هذا الخيار ان كان هو

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٨١

ثم انه بنى المسألة بعض المعاصرين (١) على ما لا- محصل له فقال ما لفظه ان المسألة مبتنية على ان لزوم العقد معناه ان اثر العقد مستمر الى يوم القيامة، و ان عموم الوفاء بالعقود عموم زمانى للقطع، بأن ليس المراد بآية الوفاء بالعقود آنا ما، بل على الدوام و قد فهم المشهور منها ذلك باعتبار ان الوفاء بها العمل بمقتضاها. و لا ريب ان مفاده عرفاً و بحسب قصد المتعاقدين الدوام، فإن دل دليل على ثبوت خيار من ضرر، أو اجماع أو نص في ثبوته في الماضى، أو مطلقاً

حديث لا- ضرر يكون الموضوع عنوان المتضرر، و حيث انه يحتمل ان يكون الموضوع هو الموصوف، فيكون باقيا، و ان يكون هو الوصف فلا يكون باقيا، فلا يكون بقاء الموضوع محرزا، فلا يجرى الاستصحاب.

وفيه: اولاً: ان عنوان المتضرر و وصفه يكون باقيا، و مجرد تمكنه من تداركه لا يرفعه.

و ثانياً: ان المعتبر بقاء الموضوع عرفاً لا دليلاً كما تقدم.

الرابع: ما افاده المحقق النائيني رحمه الله ايضا، و هو: ان مدرك هذا الخيار ان كان حديث لا- ضرر يكون الموضوع هو الحكم

المعنون بالضرر، و يدل الحديث على رفعه، فلزوم العقد ان كان ضروريا يكون مرفوعا، و الا فلا، و من يتمكن من اعمال الخيار و لو آنا ما فاللزوم ليس ضروريا عليه اصلا فالقضية المتيقنة غير المشكوك فيها باسرها موضوعا و محمولا و نسبة.

و فيه: بعد اصلاحه بارادة كون اللزوم بعد ذلك الآن ضروريا اقدم عليه، و الحديث يرفع حكم ما لم يقدم عليه، ان مدرك هذا الخيار عندنا و عنده هو الشرط الضمني، و لازمه ثبوت الخيار للشخص، فمع الشك في بقاءه يستصحب،

فالحق ان هذا الاستصحاب لا محذور فيه سوى كونه من قبيل استصحاب الحكم، و المختار عدم جريانه لمحكوميته لاستصحاب عدم الجعل على ما حققناه في محله.

(١) قوله ثم انه بنى المسألة بعض المعاصرين على ما لا محصل له محصل ما يفيد هذا المحقق ان المسألة مبنية على ثبوت العموم الزمانى و عدمه

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٨٢

بناء على الاهمال لا الإطلاق في الأخبار، فيكون استثناء من ذلك العام و يبقى العام على عمومه، كاستثناء ايام الاقامة و الثلثين و وقت المعصية و نحوها من حكم السفر، أو ان اللزوم ليس كالعموم و انما يثبت ملكا سابقا، و يبقى حكمه مستصحبا الى المزيل، فتكون المعارضة بين استصحابين، و الثانى وارد على الأول فيقدم عليه و الأول اقوى، لأن حدوث الحادث مع زوال العلة السابقة يقضى بعدم اعتبار السابق اما مع بقاءها فلا يلغو اعتبار السابق، انتهى.

و لا- يخفى ان ما ذكره من المبنى للرجوع الى العموم و هو استمرار اللزوم مبنى لطرح العموم و الرجوع الى الاستصحاب (١) و أما ما ذكره اخيرا لمبنى الرجوع الى الاستصحاب.

و على الاول يحكم بانه على الفور و على الثانى يحكم بانه على التراخي فهو ممن لا- يفرق في التمسك بعموم العام بين ان يكون الزمان ظرفا له ام قيادا كما اخترناه و قد ذكر في وجه وجود العموم في المقام امرين احدهما ان معنى الوفاء العمل بما يقتضيه العقد ابدا و لو من جهة ان مفاد العقد الدوام،

ثانيهما القطع بانه ليس المراد بالآية الوفاء بالعقد آنا ما بل على الدوام و ذكر في وجه عدمه ان معنى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ترتيب اثر الملكية في اول الوهلة و على الثانى انه انما يحكم ببقاء الملكية من جهة ان شأن الملكية المطلقة البقاء ما لم يرفعها رافع- و انما يحكم باللزوم للاستصحاب و عليه فعلى الاول بما ان العموم موجود فمع الشك في الخيار يتمسك به و يحكم بعدم الخيار- و على الثانى- مع الشك في الخيار بما ان الخيار ثابت قبل ذلك فيستصحب بقاءه و هو حاكم و مقدم على بقاء اثر العقد و هو قدس سره يختار الاول و محصل ما ذكره في وجهه ان اللزوم و وجوب الوفاء المستفاد من الآية الشريفة انما لا يحكم ببقائه لو زال علته و أما مع بقاءها كما في الآية من جهة ان علته المعاهدة على الملكية الدائمة و هي باقية فاللزوم ايضا باق.

(١) قوله مبنى لطرح العموم و الرجوع الى الاستصحاب هذا على مسلك المصنف رحمه الله من التفصيل في التمسك بالعموم بين كون الزمان ظرفا

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٨٣

و حاصله ان اللزوم انما يثبت بالاستصحاب، فإذا ورد عليه استصحاب الخيار قدم عليه، ففيه ان الكل متفقون على الاستناد في اصالة اللزوم الى عموم آية الوفاء، (١) و ان امكن الاستناد فيه الى الاستصحاب ايضا، فلا وجه للإغماض عن الآية. و ملاحظة الاستصحاب المقتضى للزوم مع استصحاب الخيار، ثم انه قد علم من تضاعيف ما اوردناه على كلمات الجماعة ان الاقوى كون الخيار هنا على الفور،

لأنه لما لم يجز التمسك في الزمان الثانى بالعموم لما عرفت سابقا من ان مرجع العموم الزمانى في هذا المقام الى استمرار الحكم في

الافراد، فإذا انقطع الاستمرار فلا دليل على العود إليه، كما في جميع الاحكام المستمرة إذا طرأ عليها الانقطاع و لا باستصحاب الخيار لما عرفت من ان الموضوع غير محرز لاحتمال كون موضوع الحكم عند الشارع هو من لم يتمكن من تدارك ضرره بالفسخ، فلا يشمل الشخص المتمكن منه التارك له، بل قد يستظهر ذلك من حديث نفى الضرر تعين الرجوع الى اصالة فساد فسخ المغبون (٢) و عدم ترتب الأثر عليه، و بقاء آثار العقد فيثبت اللزوم من هذه الجهة و هذا ليس كاستصحاب الخيار، لأن الشك هنا في الواقع. فالموضوع محرز كما في استصحاب الطهارة بعد خروج المذى، فافهم و اغتنم و الحمد لله.

ام قيذا و أما على مبنى المستدل الذي هو المختار عندنا فاستدلالة تام لا يرد عليه هذا الايراد. (١) قوله فيه ان الكل متفقون على الاستناد ... الى عموم آية الوفاء يرد عليه انه ايضا ممن يتمسك بعموم الآية و لكن يقول انه على فرض عدم العموم للآية يكون مدرك اللزوم الاستصحاب فاستصحاب الخيار يقدم عليه للحكومة.

### اصالة فساد فسخ المغبون

و أما المورد الثالث: فقد تمسك المصنف رحمه الله للقول بالفور.

(٢) باصالة فساد فسخ المغبون، و عدم ترتب الاثر عليه مراده بها بحسب الظاهر استصحاب بقاء الملكية الثابتة قبل فسخ المغبون، و قد تقدم في مبحث المعاطاة ان هذا الأصل يجري، و لا يرد عليه شيء مما اورد عليه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٥، ص: ٤٨٤

هذا مضافا إلى ما قد يقال هنا و فيما يشبهه من اجازة عقد الفضولي و نكاحه و غيرهما من ان تجويز التأخير فيها ضرر على من عليه الخيار و فيه تأمل.

ثم ان مقتضى ما استند إليه للفورية عدا هذا المؤيد الاخير هي الفورية العرفية (١) لأن الاقتصار على الحقيقية حرج على ذى الخيار، فلا ينبغي تدارك الضرر به و الزائد عليها لا دليل عليه عدا الاستصحاب المتسالم على رده بين اهل هذا القول، لكن الذى يظهر من التذكرة فى خيار العيب على القول بفوريته ما هو اوسع من الفور العرفى. قال خيار العيب ليس على الفور على ما تقدم، خلافا للشافعى، فإنه اشترط الفورية و المبادرة بالعادة فلا يؤمر بالعدد و لا الركض للرد و ان كان مشغولا بصلاة أو اكل أو قضاء حاجة فله الخيار الى ان يفرغ، و كذا لو اطلع حين دخل وقت هذه الأمور فاشتغل بها، فلا بأس اجماعا. و كذا لو لبس ثوبا أو اغلق بابا و لو اطلع على العيب ليلا فله التأخير الى ان يصبح و ان لم يكن عذر، انتهى.

و قد صرح فى الشفعة على القول بفوريته بما يقرب من ذلك و جعلها من الاعذار، و صرح فى الشفعة بأنه لا يجب المبادرة على خلاف العادة، و رجح فى ذلك كله الى العرف فكل ما لا يعد تقصيرا لا يبطل به الشفعة و كل ما يعد تقصيرا و توانيا فى الطلب، فإنه مسقط لها، انتهى.

فتحصل: ان مقتضى العمومات و الاستصحاب هو القول بالفور، و لكن بما ان مدرك خيار العيب هو الشرط الضمنى، فما دام لم يجز العقد و لم يلتزم به، يكون الخيار باقيا. و لا- يرد عليه بان تجويز ذلك ضرر على من عليه الخيار، فانه لا ضرر عليه مع فرض انه غير ممنوع من التصرف فى زمان الخيار، فالأظهر انه على التراخي.

### المراد من الفورية



(١) بقى الكلام فى المراد من الفورية،

و تنقيح القول فى ذلك: ان الفورية قسمان: فورية حقيقية، و هى اول مراتب الامكان دقة و فورية عرفية و لها مراتب، منها ما لا يلزم من الاقتصار عليه حرج على من له الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤٨٥

و المسألة لا يخلو عن اشكال لأن جعل حضور وقت الصلاة أو دخول الليل عذرا فى ترك الفسخ المتحقق بمجرد قوله فسخت لا دليل عليه، نعم لو توقف الفسخ على الحضور عند الخصم أو القاضى أو على الاشهاد، توجه ما ذكر فى الجملة مع ان قيام الدليل عليه مشكل الا ان يجعل الدليل على الفورية لزوم الاضرار لمن عليه الخيار، فيدفع ذلك بلزوم المبادرة العرفية بحيث لا يعد متوانيا فيه، فإن هذا هو الذى يضر بحال من عليه الخيار من جهة عدم استقرار ملكه و كون تصرفاته فيه فى معرض النقص، لكنك عرفت التأمل فى هذا الدليل، فالانصاف انه ان تم الاجماع الذى تقدم عن العلامة على عدم البأس بالأمور المذكورة و عدم قدح امثالها فى الفورية، (١) فهو و إلا وجب الاقتصار على اول مراتب امكان انشاء الفسخ و الله العالم.

ثم ان الظاهر انه لا- خلافاً فى معذورية الجاهل بالخيار فى ترك المبادرة لعموم نفي الضرر، (٢) إذ لا- فرق بين الجاهل بالغبن، و الجاهل بحكمه، و ليس ترك الفحص عن الحكم الشرعى منافيا لمعذوريته كترك الفحص عن الغبن و عدمه و لو جهل الفورية. فظاهر بعض الوفاق على المعذورية و يشكل بعدم جريان نفي الضرر هنا لتمكنه من الفسخ و تدارك الضرر، فيرجع إلى ما تقدم من أصالة بقاء آثار العقد و عدم صحة فسخ المغبون يعد الزمان الاول

(١) و منها: ما هو اوسع من ذلك كالأتمثلة المذكورة فى كلام العلامة ره و منها: ما هو اوسع من ذلك، و هو ما إذا لم يلزم منه ضرر على من عليه الخيار، الا- ان هذا اللفظ لم يرد فى الدليل كى يقع النزاع فى المراد منه، بل لا- بد من الرجوع الى دليل الفورية و استخراج الحكم، و قد عرفت ان دليل الخيار لا إطلاق له فيشك فى الخيار بعد مضى زمان يتمكن من انشاء الفسخ، و المرجع فيه عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)، و عليه فإذا كان الفسخ غير متوقف على شىء سوى قول فسخت فالمتعين هو البناء على الفورية العرفية بالمعنى الأول كما لا يخفى.

(٢) و هل يكون الجاهل بالخيار معذورا فى ترك المبادرة الى الفسخ على القول بالفورية ام لا؟ وجهان.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٥، ص: ٤٨٦

و قد حكى عن بعض الأساطين عدم المعذورية فى خيار التأخير و المناط واحد و لو ادعى الجهل بالخيار فالأقوى القبول الا ان يكون مما لا يخفى عليه هذا الحكم الشرعى الا لعارض ففيه نظر.

و قال فى التذكرة فى باب الشفعة انه لو قال انى لم اعلم ثبوت حق الشفعة أو قال أخرت، لأنى لم اعلم ان الشفعة على الفور، فإن كان قريب العهد بالاسلام أو نشأت فى برية لا يعرفون الاحكام قبل قوله و له الاخذ بالشفعة و إلا فلا، انتهى.

فإن اراد بالتقييد المذكور تخصيص السماع بمن يحتمل فى حقه الجهل فلا حاجة إليه، لأن اكثر العوام و كثير من الخواص لا يعلمون مثل هذه الاحكام، و ان اراد تخصيص السماع بمن يكون الظاهر فى حقه عدم العلم ففيه انه لا داعى الى اعتبار الظهور مع ان الأصل عدم و الأقوى ان الناسى فى حكم الجاهل و فى سماع دعواه النسيان نظر من انه مدع و من تعسر اقامة البينة عليه و انه لا يعرف الا من قبله.

و أما الشك فى ثبوت الخيار فالظاهر معذوريته و يحتمل عدم معذوريته لتمكنه من الفسخ بعد الاطلاع على الغبن ثم السؤال عن صحته شرعا فهو متمكن من الفسخ العرفى، إذ الجهل بالصحة لا يمنع عن الانشاء فهو مقصر بترك الفسخ لا لعذر فافهم و الله العالم.



الظاهر ان مدرك القول بعدم ثبوت الخيار مع العلم بالغبن و حكمه انما هو انه مع ذلك لا يكون شارطا بالشرط الضمنى تساوى المالىن، و يكون مقدما على الضرر، فالضرر انما يجى من ناحية اقدمه، و حديث لا ضرر لا يرفع مثل ذلك، و عليه فلا وجه للتوقف فى معذورية الجاهل بالجهل المركب و الغافل و لو كان جهله عن تقصير، فانه مع ذلك يكون شارطا و غير مقدم على الضرر.

و توهم ان العالم بالخيار لا يبقى خياره، و المفروض ان الجاهل بالحكم غير معذور، فيجرى عليه حكم العالم فاسد، فان الحكم ببقاء الخيار مع الجهل ليس من جهة الجهل بعنوانه، بل من جهة كون الجاهل مشمولاً لدليل الخيار بالتقريب المتقدم، مع ان هذا الحكم ليس لزومياً كى يكون مقصراً غير معذور فى عدم تعلمه فيكون محكوماً بحكم العالم.

و الحمد لله اولاً و آخر و ظاهر و باطنا

### تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

جاهدوا بأموالكم و أنفسكم فى سبيل الله ذلكم خير لكم ان كنتم تعلمون (التوبة/٤١).  
قال الإمام على بن موسى الرضا - عليه السلام: رَحِمَ اللهُ عَبْدًا أَحْيَا أُمَّرْنَا... يَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَيُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ كَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بِنَادِرُ الْبِحَار - فى تليخيص بحار الأنوار، للعلامة فيض الاسلام، ص ١٥٩؛ عُيُونُ أَخْبَارِ الرُّضَا(ع)، الشَّيْخُ الصَّدُوقُ، الباب ٢٨، ج ١/ ص ٣٠٧).

مؤسس مجتمع "القائمية" الثقافي بأصفهان - إيران: الشهيد آية الله "الشمس آبادي" - رَحِمَهُ اللهُ - كان أحدًا من جهابذة هذه المدينة، الذى قد اشتهر بشغفه بأهل بيت النبى (صلوات الله عليهم) و لاسيما بحضرة الإمام على بن موسى الرضا (عليه السلام) و بساحة صاحب الزمان (عجل الله تعالى فرجه الشريف)؛ و لهذا أسس مع نظره و درايته، فى سنة ١٣٤٠ الهجرية الشمسية (= ١٣٨٠ الهجرية القمرية)، مؤسسه و طريقة لم ينطفى مصباحها، بل تتبع بأقوى و أحسن موقف كل يوم.  
مركز "القائمية" للتحري الحاسوبى - بأصفهان، إيران - قد ابتدأ أنشيطته من سنة ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية) تحت عناية سماحة آية الله الحاج السيد حسن الإمامي - دام عزه - و مع مساعده جمع من خريجي الحوزات العلميه و طلاب الجوامع، بالليل و النهار، فى مجالات شتى: دينيه، ثقافيه و علميه...

الأهداف: الدفاع عن ساحة الشيعة و تبسيط ثقافه الثقكين (كتاب الله و اهل البيت عليهم السلام) و معارفهما، تعزيز دوافع الشباب و عموم الناس إلى التحري الأذق للمسائل الدينيه، تخليف المطالب النافعه - مكان البلايتي المبتدله أو الرديئه - فى المحاميل (=الهواتف المنقولة) و الحواسيب (=الأجهزة الكمبيوترية)، تمهيد أرضيته واسعة جامع ثقافيه على أساس معارف القرآن و اهل البيت -عليهم السلام - بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققين و الطلاب، توسعه ثقافه القراءة و إغناء أوقات فراغه هواة برامج العلوم الإسلاميه، إناله المنابع 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 الاسلاميه و الإيرانية - فى أنحاء العالم - من جهة أخرى.  
- من الأنشطة الواسعه للمركز:

(الف) طبع و نشر عشرات عنوان كتب، كتيبه، نشره شهريه، مع إقامة مسابقات القراءة

(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 "القائمية" www.Ghaemiyeh.com و عدده مواقع أخر

ه) إنتاج المنتجات العرضية، الخطابات و... للعرض في القنوات القمرية

و) الإطلاق والدعم العلمي لنظام إجابة الأسئلة الشرعية، الاخلاقية و الاعتقادية (الهاتف: ٠٠٩٨٣١١٢٣٥٠٥٢٤)

ز) ترسيم النظام التلقائي و اليدوي للبلوتوث، ويب كشك، و الرسائل القصيرة SMS

ح) التعاون الفخري مع عشرات مراكز طبيعية و اعتبارية، منها بيوت الآيات العظام، الحوزات العلمية، الجوامع، الأماكن الدينية كمسجد جَمكران و...

ط) إقامة المؤتمرات، و تنفيذ مشروع " ما قبل المدرسة " الخاص بالأطفال و الأحداث المشاركين في الجلسة

ي) إقامة دورات تعليمية عمومية و دورات تربية المربي (حضوراً و افتراضاً) طيلة السنة

المكتب الرئيسي: إيران/أصفهان/ شارع "مسجد سيد" / ما بين شارع "بنج رمضان" و "مفتق" و فاني/ "بنايه" القائمية

تاريخ التأسيس: ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية)

رقم التسجيل: ٢٣٧٣

الهوية الوطنية: ١٠٨٦٠١٥٢٠٢٦

الموقع: [www.ghaemiyeh.com](http://www.ghaemiyeh.com)

البريد الالكتروني: [Info@ghaemiyeh.com](mailto:Info@ghaemiyeh.com)

المتجر الانترنتي: [www.eslamshop.com](http://www.eslamshop.com)

الهاتف: ٢٥-٢٣-٢٣٥٧٠٢٣-٢٣٥٧٠٢٣ (٠٠٩٨٣١١)

الفاكس: ٢٣٥٧٠٢٢ (٠٣١١)

مكتب طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ (٠٢١)

التجارية و المبيعات ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩

امور المستخدمين ٢٣٣٣٠٤٥ (٠٣١١)

ملاحظة هامة:

الميزات 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 بقيه الله الأعظم (عجل الله تعالى فرجه الشريف) أن يوفق الكل توفيقاً متزائداً لإعانتهم - في حد التمكّن 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

