

دار الفکر للطباعة والنشر والتوزيع

# كتاب الكافي

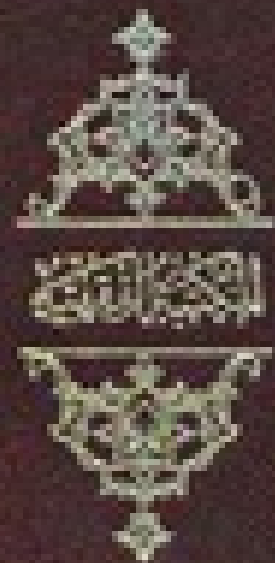
في شرح الأحكام الشرعية والمنهج النبوي  
الشيخ مرتضى الأنباري

١٣٩٤ - ١٣٨١ هـ



العدد

مكتبة مؤيدون كتب الشيخ الأَكْبَر



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# المكاسب

كاتب:

مرتضى انصارى (اعظم انصارى)

نشرت فى الطباعة:

مجمع الفكر الاسلامى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية



سرشناسه: انصاری، مرتضی بن محمدامین، ۱۲۱۴ - ۱۲۸۱ق.

عنوان و نام پدیدآور: المكاسب / المؤلف مرتضی الانصاری؛ اعداد لجنة تحقيق تراث الشيخ الاعظم.

مشخصات نشر: قم: مجمع الفكر الاسلامی، ۱۴۱۳ه.ق

مشخصات ظاهری: ۶ج.

فروست: مجمع الفكر الاسلامی؛ ۱۴؛ ۱۵؛ ۱۶؛ ۱۷؛ ۱۸؛ ۱۹.

شابک: دوره ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۷-۶؛ ج. ۱. ۹۶۴ ۵۶۶۲ ۱۱-۷؛ ج. ۲. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۲-۵؛ ج. ۳. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۳-۳؛ ج. ۴.

۹۶۴-۵۶۶۲-۱۴-۱؛ ج. ۵. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۵-X؛ ج. ۶. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۶-۸؛

یادداشت: عربی.

یادداشت: فهرست نویسی براساس جلد چهارم، ۱۴۱۹ق. = ۱۳۷۷.

یادداشت: کتاب حاضر به مناسبت دویستمین سالگرد تولد شیخ انصاری منتشر شده است.

یادداشت: ج. ۱ و ۲ (چاپ سوم: ۱۳۷۸).

یادداشت: ج. ۱ و ۲ (چاپ دهم: ۱۳۸۵).

یادداشت: ج. ۳ (چاپ دوم: ۱۴۲۰ق. = ۱۳۷۸).

یادداشت: ج. ۳ (چاپ هشتم: ۱۳۸۵).

یادداشت: ج. ۳ (چاپ نهم: ۱۳۸۶).

یادداشت: ج. ۴، ۵ و ۶ (چاپ هفتم: ۱۳۸۵).

یادداشت: ج. ۴، ۵ و ۶ (چاپ هشتم: ۱۳۸۶).

یادداشت: کتابنامه.

موضوع: معاملات (فقه)

شناسه افزوده : مجمع الفكر الاسلامی. لجنة تحقيق تراث الشيخ الاعظم

شناسه افزوده : مجمع الفكر الاسلامی

شناسه افزوده : کنگره جهانی بزرگداشت دوستمین سالگرد تولد شیخ انصاری ( ۱۳۷۴ : قم و دزفول)

رده بندی کنگره : BP۱۹۰/۱ / الف م ۸ ۱۳۰۰۷ ای الف

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی : م ۷۸-۱۹۳۷

ص : ۱

**اشاره**













ص: ٧

[تتمه القول فى الخيار]

[تتمه القول فى أقسام الخيار]

[تتمه القول فى خيار العيب]

إشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، و الصلاة و السلام على محمدٍ و آله الطاهرين، و لعنه الله على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين (١).

ص: ٧

---

١-١) وردت الخطبه فى «ق»، و لم ترد فى سائر النسخ.



في الشروط التي يقع عليها العقد و شروط صحتها و ما يترتب على صحتها و فاسدها

اشاره

ص: ٩



فى الشروط (١) التى يقع عليها العقد و شروط صحتها و ما يترتب على صحيحها و فاسدها

## الشرط يطلق فى العرف على معينين:

### أحدهما: المعنى الحدى،

و هو بهذا المعنى مصدر «شَرَطَ»، فهو شارطُ للأمر الفلانى، و ذلك الأمر مشروطٌ، و فلانٌ مشروط له أو عليه.

و فى القاموس: «أنه إلزام الشىء و التزامه فى البيع و غيره» (٢) و ظاهره كون استعماله فى الإلزام الابتدائى مجازاً أو غير صحيح.

لكن لا إشكال فى صحته، لوقوعه فى الأخبار كثيراً، مثل:

قوله صلى الله عليه و آله و سلم فى حكاية بيع بريه: إن قضاء الله أحقّ، و شرطه أوثق، و الولاء لمن أعتق» (٣).

و قول أمير المؤمنين صلوات الله عليه فى الردّ على مشرط عدم التزوج

ص: ١١

١- ١) فى «ش»: «القول فى الشروط».

٢- ٢) القاموس المحيط ٢: ٣٦٨، مادّه «شرط».

٣- ٣) السنن الكبرى للبيهقى ١٠: ٢٩٥، و كنز العمّال ١٠: ٣٢٢، الحديث ٢٩٦١٥، و أورد بعضه فى الوسائل ١٦: ٤٠، الباب ٣٧ من أبواب كتاب العتق، الحديث ١ و ٢.



بأمرهٍ أخرى في النكاح: إنَّ «شرط الله قبل شرطكم» (١).

و قوله: «ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثه أيامٍ للمشتري.

قلت: و في غيره؟ قال: هما بالخيار حتى يفترقا» (٢).

و قد أُطلق على النذر أو العهد أو الوعد في بعض أخبار الشرط في النكاح (٣). و [قد اعترف (٤) في الحدائق: بأنَّ إطلاق الشرط على البيع كثيرٌ في الأخبار (٥).

و أما دعوى كونه مجازاً، فيدفعها مضافاً إلى أولويته الاشتراك المعنوي، و إلى أنَّ المتبادر من قوله: «شَرَطَ على نفسه كذا» ليس إلّا مجرد الإلزام (٦) - استدلال الإمام عليه السلام بالنبوي: «المؤمنون عند شروطهم» (٧) فيما تقدّم من الخبر الذي أُطلق فيه الشرط على النذر أو العهد.

و مع ذلك فلا حجة فيما في القاموس مع تفرّده به، و لعله لم يلتفت إلى الاستعمالات التي ذكرناها، و إلّا لذكرها و لو بعنوانٍ يشعر بمجازيتها.

ص: ١٢

١- (١) الوسائل ٣١: ١٥، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٦.

٢- (٢) الوسائل ٣٤٩: ١٢، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٥، و الصفحة ٣٤٦، الباب الأوّل من أبواب الخيار، الحديث ٣.

٣- (٣) راجع الوسائل ٤٦، ٢٩: ١٥-٤٧، الباب ٣٧، ٢٠-٣٩ و غيرها من أبواب المهور، و راجع روايه منصور بن يونس الآتية في الصفحة ٢٨.

٤- (٤) لم يرد في «ق».

٥- (٥) الحدائق ٧٣: ٢٠.

٦- (٦) في «ش»: «الالتزام».

٧- (٧) الوسائل ٣٠: ١٥، الباب ٢٠ من أبواب المهور، ذيل الحديث ٤.

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

الثاني: ما يلزم من عدمه العدم من دون ملاحظه أنّه يلزم من وجوده الوجود أو لا، وهو بهذا المعنى اسمّ جامدٌ لا مصدرٌ، فليس فعلاً لأحدٍ (1)، واشتقاق «المشروط» منه ليس على الأصل كـ «الشارط» و لذا ليسا بمتضايين في الفعل و الانفعال، بل «الشارط» هو الجاعل و «المشروط» هو ما جعل له الشرط، كـ «المسبّب» بالكسر و الفتح المشتقّين من «السبب».

فَعَلَمَ من ذلك: أنّ «الشرط» في المعنيين نظير «الأمر» بمعنى المصدر و بمعنى «الشيء».

### و أما استعماله في ألسنه النجاه على الجملة الواقعة عقب أدوات الشرط

فهو اصطلاحٌ خاصٌّ مأخوذٌ من إفاده تلك الجملة لكون مضمونها شرطاً بالمعنى الثاني، كما أنّ استعماله في ألسنه أهل المعقول و الأصول في «ما يلزم من عدمه العدم و لا- يلزم من وجوده الوجود» مأخوذٌ من ذلك المعنى، إلّا أنّه أضيف إليه ما ذكر في اصطلاحهم مقابلاً للسبب.

فقد تلخّص ممّا ذكرنا: أنّ للشرط معنيين عرفيين، و آخرين اصطلاحيين لا- يحمل عليهما الإطلاقات العرفية، بل هي مردّده بين الأوليين، فإن قامت قرينته على إرادته المصدر تعيّن الأول، أو على إرادته الجامد تعيّن الثاني، و إلّا حصل الإجمال.

ص: ١٣

---

١- ١) كذا في «ق»، و في «ش» بدل «لأحد»: «و لا حدثاً».

و ظهر أيضاً: أنّ المراد بـ«الشرط» في قولهم صلوات الله عليهم: «المؤمنون عند شروطهم» (١) هو الشرط باعتبار كونه مصدراً، إمّا مستعملاً في معناه-أعني إلزاماتهم على أنفسهم-و إمّا مستعملاً بمعنى ملتزماتهم، و إمّا بمعنى جعل الشيء شرطاً بالمعنى الثانى بمعنى التزام عدم شيء عند عدم آخر؛ وسيجىء الكلام فى ذلك (٢).

و أمّا الشرط فى قوله: «ما الشرط فى الحيوان؟ قال: ثلاثة أيام للمشتري، قلت: و ما الشرط فى غيره؟ قال: البيعان بالخيار حتى يفترقا» (٣)، و قوله: «الشرط فى الحيوان ثلاثة أيام للمشتري اشترط أو لم يشترط» (٤) فيحتمل أن يراد به ما قرره الشارع و ألزمه على المتبايعين أو أحدهما: من التسلّط على الفسخ، فيكون مصدراً بمعنى المفعول، فيكون المراد به نفس الخيار المحدود من الشارع. و يحتمل أن يراد به الحكم الشرعى المقرّر، و هو ثبوت الخيار، و على كلّ تقدير ففى الإخبار عنه حينئذٍ بقوله: «ثلاثة أيام» مسامحةً.

نعم، فى بعض الأخبار: «فى الحيوان كلّ شرط ثلاثة أيام» (٥) و لا يخفى توقّفه على التوجيه.

ص: ١٤

١-١) تقدّم تخريجه فى الصفحة ١٢.

٢-٢) انظر الصفحة ٥٩ و ما بعدها.

٣-٣) تقدّم تخريجه فى الصفحة ١٢.

٤-٤) الوسائل ١٢:٣٥١، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٤.

٥-٥) الوسائل ١٢:٣٤٩، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٤.

[مسأله] (١) في شروط صحّحه الشرط

و هي أمورٌ قد وقع الكلام أو الخلاف فيها:

**أحدها: أن يكون داخلاً تحت قدره المكلف،**

فيخرج ما لا يقدر العاقد على تسليمه إلى صاحبه، سواء كان صفةً لا يقدر العاقد على تسليم العين موصوفاً بها، مثل صيروره الزرع سنبلًا، وكون الأمه و الدابّه تحمل في المستقبل أو تلد كذا. أو كان عملاً، كجعل الزرع سنبلًا و البُسْر تمرًا، كما مثّل به في القواعد (٢).

□  
لكن الظاهر أن المراد به جعل الله الزرع و البُسْر سنبلًا و تمرًا، و الغرض الاحتراز عن اشتراط فعل غير العاقد ممّا لا يكون تحت قدرته كأفعال الله سبحانه، لا عن اشتراط حدوث فعلٍ محالٍ من المشروط عليه؛ لأنّ الإلزام و الالتزام بمباشره فعلٍ ممتنع عقلاً أو عادةً ممّا لا يرتكبه العقلاء، و الاحتراز عن مثل الجمع بين الضدّين أو الطيران في الهواء ممّا لا يرتكبه العقلاء. و الإتيان بالقيّد المخرج لذلك

ص: ١٥

١- ١) في «ق» بدل «مسأله»: «مسائل»، و في «ش» و مصحّحه «ف»: «الكلام».

٢- ٢) القواعد ٩٠: ٢.

و الحكم عليه بعدم الجواز و الصحه بعيد عن شأن الفقهاء؛ و لذا لم يتعرضوا لمثل ذلك في باب الإجاره و الجعالة، مع أن اشتراط كون الفعل سائغاً يغنى عن اشتراط قدره.

نعم، اشتراط تحقق فعل الغير، الخارج عن اختيار المتعاقدين، المحتمل وقوعه في المستقبل، و ارتباط العقد به بحيث يكون التراضي منوطاً به و واقعاً عليه أمرٌ صحيحٌ عند العقلاء مطلوبٌ لهم، بل أولى بالاشتراط من الوصف الخالي الغير المعلوم تحققه، ككون العبد كاتباً، أو الحيوان حاملاً، و الغرض الاحتراز عن ذلك.

و يدل على ما ذكرنا تعبير أكثرهم ب«بلوغ الزرع و البشير سنبلًا و تمرًا» (١)، أو ل«صيرورتها (٢) كذلك»، و تمثيلهم لغير المقدور ب«انعقاد الثمره و إيناعها»، و «حمل الدابته فيما بعد»، و «وضع الحامل في وقت كذا»، و غير ذلك.

و قال في القواعد: يجوز اشتراط ما يدخل تحت القدره: من منافع البائع دون غيره، ك«جعل الزرع سنبلًا و البشير تمرًا» (٣). قال الشهيد رحمه الله في محكي حواشيه على القواعد: إن المراد جعل الله الزرع سنبلًا و البشير تمرًا، لأننا إنما نفرض ما يجوز أن يتوهمه عاقل؛ لا امتناع ذلك من غير الإله جلت عظمته انتهى (٤).

لكن قال في الشرائع: و لا يجوز اشتراط ما لا يدخل في

ص: ١٦

١- ١) كما في الدروس ٣: ٢١٥، و جامع المقاصد ٤: ٤١٦، و الروضه ٣: ٥٠٥.

٢- ٢) كذا في ظاهر «ق»، و الظاهر: «بصيرورتها».

٣- ٣) القواعد ٢: ٩٠.

٤- ٤) حكاه السيد العامل في مفتاح الكرامه ٤: ٧٣٤.

مقدوره، كبيع الزرع على أن يجعله سنبلاً و الرطب على أن يجعله تمرأ، انتهى (١). و نحوها عبارته التذكرة (٢).

لكن لا- بد من إرجاعها إلى ما ذكر؛ إذ لا- يتصور القصد من العاقل إلى الإلزام و الالتزام بهذا الممتنع العقلي، اللهم إلا أن يراد إعمال مقدمات الجعل على وجه توصل إليه مع التزام الإيصال، فأسند الجعل إلى نفسه بهذا الاعتبار، فافهم.

و كيف كان، فالوجه في اشتراط الشرط المذكور-مضافاً إلى عدم الخلاف فيه-عدم القدره على تسليمه، بل و لا على تسليم المبيع إذا أخذ متصفاً به؛ لأنّ تحقق مثل هذا الشرط بضرب من الاتفاق، و لا- يناط بإرادته المشروط عليه، فيلزم الغرر في العقد، لارتباطه بما لا وثوق بتحقيقه؛ و لذا نفى الخلاف في الغنيه عن بطلان العقد باشتراط هذا الشرط استناداً إلى عدم القدره على تسليم المبيع (٣)، كما يظهر بالتأمل في آخر كلامه في هذه المسألة.

و لا ينقض ما ذكرنا بما لو اشترط وصفاً حالياً لا يعلم تحققه في المبيع (٤)، كاشتراط كونه كاتباً بالفعل أو حاملاً؛ للفرق بينهما- بعد الإجماع-؛ بأنّ التزام وجود الصفه في الحال بناءً على وجود الوصف الحالى و لو لم يعلم به، فاشتراط كتابه العبد المعين الخارجى بمنزله

ص: ١٧

١- (١) الشرائع ٣٣: ٢.

٢- (٢) التذكرة ٤٩٠: ١.

٣- (٣) الغنيه: ٢١٥.

٤- (٤) ظاهر «ق»: «البيع»، و الصواب ما أثبتناه كما في «ش».

توصيفه بها، وبهذا المقدار يرتفع الغرر، بخلاف ما سيتحقق في المستقبل، فإن الارتباط به لا يدل على البناء على تحققه.

وقد صرح العلامة فيما حكى عنه ببطان اشتراط أن تكون الأمه تحمل في المستقبل؛ لأنه غرر (١)(٢). خلافاً للمحكى عن الشيخ والقاضى، فحكما بلزوم العقد مع تحقق الحمل، و بجواز الفسخ إذا لم يتحقق (٣)، و ظاهرهما كما استفاده في الدروس (٤) تنزل العقد باشتراط مجهول التحقق، فيتحقق الخلاف في مسأله اعتبار قدره في صحه الشرط.

و يمكن توجيه فتوى الشيخ (٥) بإرجاع اشتراط الحمل في المستقبل إلى اشتراط صفه حالیه موجبہ للحمل، فعدمه كاشف عن فقدها. و هذا الشرط و إن كان للتأمل في صحته مجالاً، إلا أن إرادته هذا المعنى يخرج اعتبار كون الشرط ممّا يدخل تحت قدره عن الخلاف.

ثم إن عدم قدره على الشرط: تارة لعدم مدخليته فيه أصلاً كاشتراط أن الحامل تضع في شهر كذا، و أخرى لعدم استقلاله فيه كاشتراط بيع المبيع من زيد، فإن المقدور هو الإيجاب فقط لا-العقد المركب، فإن أراد اشتراط المركب، فالظاهر دخوله في اشتراط غير

ص: ١٨

١- ١) في «ش» زياده: «عرفاً».

٢- ٢) المختلف ٥: ٢٤٢، و لكنه في مورد الدابه.

٣- ٣) حكاها العلامة في المختلف ٥: ٢٤٢، و راجع المبسوط ٢: ١٥٦، و جواهر الفقه: ٦٠، المسأله ٢٢٠.

٤- ٤) الدروس ٣: ٢١٧.

٥- ٥) في «ش»: «كلام الشيخ».

المقدور. إلا أنّ العلامة قدّس سرّه في التذكرة- بعد جزمه بصحّته اشتراط بيعه على- زيد قال: لو اشترط بيعه على زيد فامتنع زيد من شرائه احتّمث ثبوت الخيار بين الفسخ و الإمضاء و العدم؛ إذ تقديره: بيعه على زيد إن اشتراه (1)، انتهى.

و لا- أعرف وجهاً للاحتمال الأوّل؛ إذ على تقدير إرادته اشتراط الإيجاب فقط قد حصل الشرط، و على تقدير إرادته اشتراط المجموع المركّب ينبغي البطلان، إلّا أن يحمل على صورته الوثوق بالاشتراء، فاشترط النتيجة بناءً على حصولها بمجرد الإيجاب، فاتفق امتناعه من الشراء بمنزله تعذّر الشرط، و عليه يحمل قوله في التذكرة: و لو اشترط على البائع إقامة كفيل على العهده فلم يوجد أو امتنع المعين ثبت للمشتري الخيار، انتهى.

و من أفراد غير المقدور: ما لو شرط حصول غايه متوقّفه شرعاً على سببٍ خاصّ، بحيث يعلم من الشرع عدم حصولها بنفس الاشتراط، كاشتراط كون امرأه زوجته أو الزوجه مطلقه من غير أن يراد من ذلك إيجاد الأسباب. أمّا لو أراد إيجاد الأسباب أو كان الشرط ممّياً يكفي في تحقّقه نفس الاشتراط فلا إشكال. و لو شكّ في حصوله بنفس الاشتراط - كملكه عين خاصّه - فسيأتى الكلام فيه في حكم الشرط.

### **الثاني: أن يكون الشرط سائغاً في نفسه،**

فلا يجوز اشتراط جعل العنب خمراً و نحوه من المحرّمات؛ لعدم نفوذ الالتزام بالمحرّم.

و يدلّ عليه ما سيجيء من قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»

ص: ١٩



إلا شرطاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً» (١) فإنّ المشروط (٢) إذا كان محرّماً كان اشتراطه و الالتزام به إحتلالاً للحرام، وهذا واضح لا إشكال فيه.

### الثالث: أن يكون ممّا فيه غرض معتدّ به عند العقلاء نوعاً، أو بالنظر إلى خصوص المشروط له،

و مثل له في الدروس باشتراط جهل العبد بالعبادات (٣).

و قد صرح جماعة (٤): بأنّ اشتراط الكيل أو الوزن بمكيالٍ معيّنٍ أو ميزانٍ معيّنٍ من أفراد المتعارف لغوّ، سواء في السلم و غيره، و في التذكرة: لو شرط ما لا غرض للعقلاء فيه و لا يزيد به المائيه، فإنّه لغوّ لا يوجب الخيار (٥). و الوجه في ذلك: أنّ مثل ذلك لا يُعدّ حقاً للمشروط له حتّى يتضرّر بتعدّره فيثبت له الخيار، أو يعتنى به الشارع فيوجب (٦) الوفاء به و يكون تركه ظلماً (٧)، و لو شكّ في تعلق غرض

ص: ٢٠

١- ١) انظر الصفحة ٢٢.

٢- ٢) في «ش»: «الشرط».

٣- ٣) بل مثل به لشرط غير مشروع، راجع الدروس ٢١٥: ٣.

٤- ٤) منهم: العلّامة في القواعد ٢: ٤٩، و التذكرة ١: ٥٥٦، و الشهيد في الدروس ٣: ٢٥٣، و المحقّق الثاني في جامع المقاصد ٤: ٢٢٥، و راجع مفتاح الكرامة ٤: ٤٥٣-٤٥٤.

٥- ٥) التذكرة ١: ٥٢٤.

٦- ٦) في ظاهر «ق»: «فوجب».

٧- ٧) في «ش» زياده: «فهو نظير عدم إمضاء الشارع لبذل المال على ما فيه منفعه لا يعتدّ بها عند العقلاء».

صحيح به حُمل عليه.

و من هنا اختار فى التذكرة صحه اشتراط: أن لا يأكل إلّا الهريسه، و لا يلبس إلّا الخزّ (١).

و لو اشترط كون العبد كافراً ففى صحته أو لغويته قولان للشيخ (٢) و الحلّى (٣):

من تعلق الغرض المعتدّ به؛ لجواز بيعه على المسلم و الكافر؛ و لاستغراق أوقاته بالخدمه.

و من أن «الإسلام يعلو و لا يعلى عليه» (٤) و الأغراض الدينويّه لا تعارض الأخرويّه.

و جزم بذلك فى الدروس (٥) و بما قبله العلامة قدّس سرّه (٦).

### الرابع: أن لا يكون مخالفاً للكتاب و السنّه،

فلو اشترط رقيه حرّاً أو توريث أجنبيّ كان فاسداً؛ لأنّ مخالفه الكتاب و السنّه لا يسوّغهما شيءٌ.

نعم، قد يقوم احتمال تخصيص عموم الكتاب و السنّه بأدله الوفاء،

ص: ٢١

١-١) التذكرة ٤٩٣:١.

٢-٢) المبسوط ١٣٠:٢، و الخلاف ١١٢:٣، المسأله ١٨٥ من كتاب البيوع.

٣-٣) السرائر ٣٥٧:٢.

٤-٤) الوسائل ٣٧٦:١٧، الباب الأوّل من أبواب موانع الإرث، الحديث ١١.

٥-٥) الدروس ٢١٥:٣.

٦-٦) المختلف ١٨٩:٥.

بل قد جَوَّز بعضُ (١) تخصيص عموم ما دلَّ على عدم جواز الشرط المخالف للكتاب و السنَّة. لكنَّه ممَّا لا يرتاب في ضعفه.

و تفصيل الكلام في هذا المقام و بيان معنى مخالفه الشرط للكتاب [و السنَّة (٢)] موقوفٌ على ذكر الأخبار الواردة في هذا الشرط، ثمَّ التعرُّض لمعناها، فنقول:

إنَّ الأخبار في هذا المعنى مستفيضة، بل متواترةٌ معنىً:

ففى النبوى المروى صحيحاً عن أبى عبد الله عليه السلام: «من اشترط شرطاً سوى كتاب الله عزَّ و جلَّ، فلا يجوز ذلك له و لا عليه» (٣).

و المذكور فى كلام الشيخ و العلامه (٤) رحمه الله المروى من طريق العامه قوله صلَّى الله عليه و آله فى حكايه بريره لما اشترتها عائشه و شرط مواليها عليها ولاءها: «ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست فى كتاب الله! فما كان من شرطٍ ليس فى كتاب الله عزَّ و جلَّ فهو باطلٌ، قضاء الله أحقُّ، و شرطه أوثق، و الولاء لمن أعتق» (٥).

و فى المروى موثقاً عن أمير المؤمنين عليه السلام: «من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به، فإنَّ المسلمين عند شروطهم إلَّا شرطاً حرم حلالاً»

ص: ٢٢

١-١) لم نعثر عليه.

٢-٢) لم يرد فى «ق».

٣-٣) الوسائل ١٥:٤٧، الباب ٣٨ من أبواب المهور، الحديث ٢.

٤-٤) راجع الخلاف ٣:١٥٧-١٥٨، ذيل المسأله ٢٤٩ من كتاب البيوع، و المختلف ٥:٢٩٨-٢٩٩، و التذكرة ١:٤٩٣.

٥-٥) السنن الكبرى للبيهقى ١٠:٢٩٥، و كنز العمال ١٠:٣٢٢، الحديث ٢٩٦١٥.

أو أحلّ حراماً» (١).

و في صحيحه الحلبي: «كل شرط خالف كتاب الله فهو ردٌّ» (٢).

و في صحيحه ابن سنان: «من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله عزّ وجلّ، فلا يجوز له، ولا يجوز (٣) على الذي اشترط عليه، والمسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله» (٤).

و في صحيحته الأخرى: «المؤمنون عند شروطهم إلّا كلّ شرط خالف كتاب الله عزّ وجلّ فلا يجوز» (٥).

و في روايه محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام فيمن تزوّج امرأة (٦) واشترطت عليه أنّ بيدها الجماع و الطلاق؟ قال: «خالفت السنّه و وليت حقّاً ليست أهلاً له. ففضى أنّ عليه الصداق و بيده الجماع و الطلاق، و ذلك السنّه» (٧)، و في معناها مرسله ابن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام و مرسله مروان بن مسلم، إلّا أنّ فيهما عدم جواز هذا النكاح (٨).

ص: ٢٣

١-١) الوسائل ٥٠:١٥، الباب ٤٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

٢-٢) الوسائل ٤٤:١٣، الباب ١٥ من أبواب بيع الحيوان، الحديث الأوّل.

٣-٣) من «ش» و الكافي و الوسائل، و في التهذيب زياده «له» فقط.

٤-٤) الوسائل ٣٥٣:١٢، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث الأوّل.

٥-٥) الوسائل ٣٥٣:١٢، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢، و لكن فيه بدل «المؤمنون»: «المسلمون».

٦-٦) في «ش» زياده: «و أصدقها».

٧-٧) الوسائل ٤٠:١٥، الباب ٢٩ من أبواب المهور، و فيه حديث واحد.

٨-٨) الوسائل ٣٤٠:١٥، الباب ٤٢ من أبواب مقدّمات الطلاق، و فيه حديث واحد، و ٣٣٧:٣٣٧، الباب ٤١ من الأبواب، الحديث ٥، إلّا أنّ

الحكم بعدم جواز النكاح موجود في مرسله مروان فقط.

و فى روايه إبراهيم بن محرز، قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام:

رجلٌ قال لامرأته: أمرِك بيدِك، فقال عليه السلام: أتى يكون هذا و قد قال الله تعالى: الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ » (١).

و عن تفسير العياشى، عن ابن مسلم، عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى امرأه تزوجها رجلٌ، و شرط عليها و على أهلها: إن تزوج عليها أو هجرها أو أتى عليها سريةً فهى طالق، فقال عليه السلام: شرط الله قبل شرطكم، إن شاء وفى بشرطه و إن شاء أمسك امرأته و تزوج عليها و تسرى و هجرها إن أتت بسبب ذلك، قال الله تعالى: فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَ ثُلَاثَ (٢)، (أُحِلَّ لَكُمْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ) (٣)، (٤) وَ اللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ... (٥) الْآيَةَ (٦).

ثم الظاهر أن المراد ب«كتاب الله» هو ما كتب الله على عباده من أحكام الدين و إن بينه على لسان رسوله صلى الله عليه و آله، فاشترط ولاء المملوك لبايعه إنما جعل فى النبوى مخالفاً لكتاب الله بهذا المعنى. لكن

ص: ٢٤

١- (١) الوسائل ٣٣٧: ١٥، الباب ٤١ من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ٦، و الآيه فى سورة النساء: ٣٤.

٢- (٢) النساء: ٣.

٣- (٣) فى «ش» زياده: «و قال».

٤- (٤) النساء: ٣، و الآيه فى المصحف الكريم هكذا «...أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ» .

٥- (٥) النساء: ٣٤.

٦- (٦) تفسير العياشى ١: ٢٤٠، الحديث ١٢١، و عنه فى الوسائل ٣١: ١٥، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٦.

ظاهر النبوى و إحدى صحيحتى ابن سنان اشتراط موافقه كتاب الله فى صحه الشرط، و أنّ ما ليس فيه أو لا يوافقفه فهو باطل.

□

و لا يبعد أن يراد بالموافقه عدم المخالفه؛ نظراً إلى موافقه ما لم يخالف كتاب الله بالخصوص لعموماته المرخصه للتصرفات الغير المحرّمه فى النفس و المال، فخياطه ثوب البائع -مثلاً- موافق للكتاب بهذا المعنى.

ثم إنّ المتّصف بمخالفه الكتاب إمّا نفس المشروط و الملتزم -ككون الأجنبى وارثاً و عكسه، و كون الحرّ أو ولده رقاً، و ثبوت الولاء لغير المعتق، و نحو ذلك- إمّا أن يكون التزامه، مثلاً مجرد عدم التسرى و التزويج (١) على المرأه ليس مخالفاً للكتاب، و إنّما المخالف للالتزام به، فإنّه مخالف لإباحه التسرى و التزويج الثابته بالكتاب.

و قد يقال: إنّ التزام ترك المباح لا ينافى إباحته، فاشتراط ترك التزويج و التسرى لا ينافى الكتاب، فينحصر المراد فى المعنى الأوّل.

و فيه: أنّ ما ذكر لا- يوجب الانحصار، فإنّ التزام ترك المباح و إن لم يخالف الكتاب المبيح له، إلّا أنّ التزام فعل الحرام يخالف الكتاب المحرّم له، فيكفى هذا مصداقاً لهذا المعنى، مع أنّ الروايه المتقدّمه (٢) الدالّه على كون اشتراط ترك التزويج و التسرى مخالفاً للكتاب -مستشهداً عليه بما دلّ من الكتاب على إباحتهما- كالصريحه فى هذا المعنى، و ما سيجىء (٣) من تأويل الروايه بعيداً، مع أنّ قوله عليه السلام فى

ص: ٢٥

١- ١) فى «ش»: «التزويج»، و هكذا فيما يأتى.

٢- ٢) راجع الصفحه المتقدّمه.

٣- ٣) انظر الصفحه ٢٧-٢٨.

روايه إسحاق بن عمار: «المؤمنون عند شروطهم إلّا شرطاً حرّماً حلالاً أو أحلّ حراماً» (١) ظاهرٌ بل صريحٌ في فعل الشرط؛ فإنّه الذى يرخّص باشتراطه الحرام الشرعى، ويمنع باشتراطه عن المباح الشرعى؛ إذ المراد من التحريم والإحلال ما هو من فعل الشرط لا الشارع.

و أصرح من ذلك كلّ المرسل المروى في الغنيه: «الشرط جائزٌ بين المسلمين ما لم يمنع منه كتابٌ أو سنّه» (٢).

ثمّ إنّ المراد بحكم الكتاب و السنّه الذى يعتبر عدم مخالفه المشروط أو نفس الاشتراط له هو ما ثبت على وجه لا يقبل تغييره بالشرط لأجل تغيير موضوعه بسبب الاشتراط.

توضيح ذلك: أنّ حكم الموضوع قد يثبت له من حيث نفسه و مجرداً عن ملاحظه عنوانٍ آخر طارٍ عليه، و لازم ذلك عدم التنافى بين ثبوت هذا الحكم و بين ثبوت حكم آخر له إذا فرض عروض عنوانٍ آخر لذلك الموضوع. و مثال ذلك أغلب المباحات و المستحبات و المكروهات بل جميعها؛ حيث إنّ تجوّز (٣) الفعل و الترك إنّما هو من حيث ذات الفعل، فلا- ينافى طرؤ عنوانٍ يوجب المنع عن الفعل أو الترك، كأكل اللحم؛ فإنّ الشرع قد دلّ على إباحته فى نفسه، بحيث لا- ينافى عروض التحريم له إذا حلف على تركه أو أمر الوالد بتركه، أو عروض الوجوب له إذا صار مقدّمه لواجبٍ أو ندّر فعله مع انعقاده.

ص: ٢٤

١- ١) راجع الصفحه ٢٢.

٢- ٢) الغنيه: ٣١٥.

٣- ٣) كذا فى «ق»، و فى «ش»: «تجوز»، و الأصحّ: «جواز».

وقد يثبت له لا مع تجرّده عن ملاحظه العنوانات الخارجه الطاربه عليه، ولازم ذلك حصول التنافي بين ثبوت هذا الحكم و بين ثبوت حكم آخر له، وهذا نظير أغلب المحرّمات و الواجبات، فإنّ الحكم بالمنع عن الفعل أو الترك مطلقاً لا مقيّداً بحيثيه تجرّد الموضوع، إلّا عن بعض العنوانات كالضرر و الحرج، فإذا فرض ورود حكم آخر من غير جهه الحرج و الضرر فلا بدّ من وقوع التعارض بين دليلي الحكمين، فيعمل بالراجح بنفسه أو بالخارج.

إذا عرفت هذا فنقول: الشرط إذا ورد على ما كان من قبيل الأول لم يكن الالتزام بذلك مخالفاً للكتاب؛ إذ المفروض أنّه لا تنافي بين حكم ذلك الشيء في الكتاب و السنّه و بين دليل الالتزام بالشرط و وجوب الوفاء به.

و إذا ورد على ما كان من قبيل الثاني كان التزامه مخالفاً للكتاب و السنّه.

و لكن ظاهر مورد بعض الأخبار المتقدمه من قبيل الأول، كترك التزويج (1) و ترك التسري، فإنّهما مباحان من حيث أنفسهما، فلا ينافي ذلك لزومهما بواسطه العنوانات الخارجه، كالحلف و الشرط و أمر السيّد و الوالد.

و حينئذٍ فيجب إمّا جعل ذلك الخبر كاشفاً عن كون ترك الفعلين في نظر الشارع من الجائر الذي لا يقبل اللزوم بالشرط و إن كان في أنظارنا نظير ترك أكل اللحم و التمر و غيرهما من المباحات القابله لطرؤ

ص: ٢٧

---

(١ - ١) في «ش»: «التزويج».



و إِمَّا الحَمْلَ عَلَى أَنَّ هَذِهِ الْأَفْعَالَ مَمَّا لَا يَجُوزُ تَعَلُّقُ وَقُوعِ الطَّلَاقِ عَلَيْهَا وَ أَنَّهَا لَا تُوجِبُ الطَّلَاقَ كَمَا فَعَلَهُ الشَّارِطُ، فَالْمُخَالَفُ لِلْكِتَابِ هُوَ تَرْتِّبُ طُلَاقِ الْمَرْأَةِ؛ إِذْ الْكِتَابُ دَالٌّ عَلَى إِبَاحَتِهَا وَ أَنَّهُ (٢) مَمَّا لَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ حَرْجٌ وَ لَوْ مِنْ حَيْثُ خُرُوجُ الْمَرْأَةِ بِهَا عَنْ زَوْجِيهِ الرَّجُلِ.

وَ يَشْهَدُ لِهَذَا الْحَمْلِ وَ إِنْ بَعُدَ بَعْضُ الْأَخْبَارِ الظَّاهِرَةِ فِي وَجُوبِ الْوَفَاءِ بِمِثْلِ هَذَا الْإِلْتِزَامِ، مِثْلَ رِوَايَةِ مَنْصُورِ بْنِ يُونُسَ، قَالَ: «قُلْتُ لِأَبِي الْحَسَنِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: إِنَّ شَرِيكَاً لِي كَانَ تَحْتَهُ امْرَأَةٌ فَطَلَّقَهَا فَبَانَتْ مِنْهُ فَأَرَادَ مَرَاجَعَتَهَا، فَقَالَتْ لَهَا الْمَرْأَةُ: لَا وَاللَّهِ لَا أَتَزَوَّجُكَ أَبَداً حَتَّى يَجْعَلَ اللَّهُ لِي عَلَيْكَ أَنْ لَا تَطْلُقَنِي وَ لَا تَتَزَوَّجَ عَلَيَّ، قَالَ: وَ قَدْ فَعَلَ؟ قُلْتُ:

نَعَمْ، جَعَلَنِي اللَّهُ فِدَاكَ» قَالَ: بئس ما صنع! ما كان يدري ما يقع في قلبه بالليل و النهار. ثم قال: أمّا الآن فقل له: فليتم للمرأة شرطها، فإن رسول الله صلى الله عليه و آله قال: المسلمون عند شروطهم» (٣)، فيمكن حمل روايه محمّد بن قيس (٤) على إرادته عدم سببته للطلاق بحكم الشرط، فتأمل.

ص: ٢٨

١- ١) في «ش» زياده: «لكن يبعده استشهاد الإمام عليه السلام لبطلان تلك الشروط بإباحه ذلك في القرآن، و هو في معنى إعطاء الضابطه لبطلان الشروط».

٢- ٢) كذا في «ق»، و في «ش»: «و أنها».

٣- ٣) الكافي ٥: ٤٠٤، الحديث ٨، و عنه في الوسائل ١٥: ٣٠، الباب ٢٠ من أبواب المهور، ذيل الحديث ٤، و في المصادر: «منصور بن بزرج» و هو متحد مع «منصور بن يونس»، و في رجال النجاشي: «منصور بن يونس بزرج». انظر رجال النجاشي: ٤١٣، الترجمة رقم ١١٠.

٤- ٤) تقدّمت في الصفحه ٢٣.

ثم إنه لا إشكال فيما ذكرنا: من انقسام الحكم الشرعي إلى القسمين المذكورين و أن المخالف للكتاب هو الشرط الوارد على القسم الثاني لا الأول.

و إنما الإشكال في تميّز مصداق أحدهما عن الآخر في كثير من المقامات:

منها: كون من أحد أبويه حرّاً رقّاً، فإنّ ما دلّ على أنّه لا يملك ولد حرّاً (١) قابلٌ لأن يراد به عدم رقيه ولد الحرّ بنفسه، بمعنى أنّ الولد ينعقد لو خلى و طبعه تابعاً لأشرف الأبوين، فلا ينافى جعله رقّاً بالشرط في ضمن عقدٍ. و أن يراد به أنّ ولد الحرّ لا يمكن أن يصير في الشريعة رقّاً، فاشتراطه اشتراطٌ لما هو مخالفٌ للكتاب و السنّة الدالّين على هذا الحكم.

و منها: إرث المتمتع بها، هل هو قابلٌ للاشتراط في ضمن عقد المتعه أو عقدٍ آخر، أم لا؟ فإنّ الظاهر الاتّفاق على عدم مشروعيته اشتراطه في ضمن عقدٍ آخر، و عدم مشروعيته اشتراط إرث أجنبيٍّ آخر في ضمن عقدٍ مطلقاً. فيشكل الفرق حينئذٍ بين أفراد غير الوارث و بين أفراد العقود، و جعل ما حكموا بجوازه (٢) مطابقاً للكتاب و ما منعوا عنه مخالفاً. إلّا أن يدعى أنّ هذا الاشتراط مخالفٌ للكتاب إلّا في هذا المورد، أو أنّ الشرط المخالف للكتاب ممنوعٌ إلّا في هذا المورد. و لكن

ص: ٢٩

---

١- ١) راجع الوسائل ٥٧٨: ١٤ و ٥٧٩، الباب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد و الإماماء، الحديث ٢ و ٥.

٢- ٢) في «ش» زياده: «مطلقاً».

عرفت وَهْنُ الثَّانِي، وَالْأَوَّلُ يَحْتَاجُ إِلَى تَأَمُّلٍ.

وَمِنْهَا: أَنَّهُمْ اتَّفَقُوا عَلَى جَوَازِ اشْتِرَاطِ الضَّمَانِ فِي الْعَارِيَةِ وَاشْتِهَارِ عَدَمِ جَوَازِهِ فِي عَقْدِ الْإِجَارَةِ، فَيَشْكَلُ أَنَّ مَقْتَضَى أَدْلِهِ عَدَمُ ضَمَانِ الْأَمِينِ (١) عَدَمُ ضَمَانِهِ فِي نَفْسِهِ مِنْ غَيْرِ إِقْدَامِ عَلَيْهِ، بِحَيْثُ لَا يَنَافِي إِقْدَامُهُ عَلَى الضَّمَانِ مِنْ أَوَّلِ الْأَمْرِ، أَوْ عَدَمُ مَشْرُوعِيَّتِهِ ضَمَانَهُ وَتَضَمِينَهُ وَ لَوْ بِالْأَسْبَابِ، كَالشَّرْطِ فِي ضَمْنِ ذَلِكَ الْعَقْدِ الْأَمَانَةِ (٢) أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ.

وَمِنْهَا: اشْتِرَاطُ أَنْ لَا يَخْرُجَ بِالزَّوْجَةِ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ، فَإِنَّهُمْ اخْتَلَفُوا فِي جَوَازِهِ، وَالْأَشْهَرُ عَلَى الْجَوَازِ (٣)، وَجَمَاعَةٌ عَلَى الْمَنْعِ (٤) مِنْ جِهَةِ مَخَالَفَتِهِ لِلشَّرْعِ مِنْ حَيْثُ وَجُوبُ إِطَاعَةِ الزَّوْجِ وَ كَوْنِ مَسْكَنِ الزَّوْجَةِ وَ مَنَزَلِهَا بِاخْتِيَارِهِ، وَ أورد عليهم بعض المجوزين (٥): بَأَنَّ هَذَا جَارٍ فِي جَمِيعِ

ص: ٣٠

١- (١) مِنْهَا فِي الْوَسَائِلِ ٢٢٧: ١٣، الْبَابُ ٤ مِنْ أَحْكَامِ الْوَدِيعَةِ، وَ ٢٣٥، الْبَابُ الْأَوَّلُ مِنْ كِتَابِ الْعَارِيَةِ.

٢- (٢) فِي «ش»: «فِي ضَمْنِ عَقْدِ تَلَكِّ الْأَمَانَةِ».

٣- (٣) كَمَا فِي نَهَايَةِ الْمَرَامِ ٤٠٦: ١، وَ ذَهَبَ إِلَيْهِ الشَّيْخُ فِي نَهَايَةِ: ٤٧٤، وَ الْقَاضِي فِي الْمَهْدَبِ ٢١٢: ٢، وَ ابْنُ حَمْرَةَ فِي الْوَسِيلَةِ: ٢٩٧، وَ الْمُحَقِّقُ فِي الْمُخْتَصَرِ النَّافِعِ: ١٩٠، وَ الْعَلَمَاءُ فِي الْمُخْتَلَفِ ١٥٣: ٧، وَ الْفَاضِلُ الْأَصْفَهَانِي فِي كَشْفِ اللَّثَامِ (الطَّبْعَةُ الْحَجْرِيَّةُ) ٨٢: ٢، وَ الْمُحَدِّثُ الْبَحْرَانِي فِي الْحَدَائِقِ ٥٣٧: ٢٤.

٤- (٤) مِنْهُمْ الشَّيْخُ فِي الْمَبْسُوطِ ٣٠٣: ٤، وَ الْخِلَافُ ٣٨٨: ٤، الْمَسْأَلَةُ ٣٢ مِنْ كِتَابِ الصَّدَاقِ، وَ الْحَلِّي فِي السَّرَائِرِ ٥٩٠: ٢، وَ الْمُحَقِّقُ الثَّانِي فِي جَامِعِ الْمَقَاصِدِ ١٣: ٣٩٩.

٥- (٥) وَ هُوَ السَّيِّدُ الْعَامِلِي فِي نَهَايَةِ الْمَرَامِ ٤٠٧: ١، وَ السَّيِّدُ الطَّبَاطِبَائِي فِي الرِّيَاضِ (الطَّبْعَةُ الْحَجْرِيَّةُ) ١٤٧: ٢.

الشروط السائغة، من حيث إنَّ الشرط ملزَمٌ لما ليس بلازمٌ فعلاً أو تركاً.

و بالجمله، فموارد الإشكال في تميّز الحكم الشرعي القابل لتغيّره بالشرط بسبب تغيّر عنوانه عن غير القابل كثيرةٌ يظهر للمتتبع، فينبغي للمجتهد ملاحظه الكتاب و السنّه الدالّين على الحكم الذي يبرّاد تغيّره بالشرط و التأمل فيه حتّى يحصل له التميّز و يعرف أنّ المشروط من قبيل ثبوت الولاء لغير المعتق المنافي لقوله صلّى الله عليه و آله: «الولاء لمن أعتق» (١) أو من قبيل ثبوت الخيار للمتبايعين الغير المنافي لقوله عليه السلام: «إذا افترقا وجب البيع» (٢) أو عدمه لهما في المجلس مع قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» (٣) إلى غير ذلك من الموارد المتشابهه صوراً المخالفه حكماً.

فإن لم يحصل له بنى على أصاله عدم المخالفه، فيرجع إلى عموم:

«المؤمنون عند شروطهم» (٤) و الخارج عن هذا العموم و إن كان هو المخالف واقعاً للكتاب و السنّه، لا ما علم مخالفته، إلّا أنّ البناء على أصاله عدم المخالفه يكفي في إحراز عدمها واقعاً، كما في سائر مجارى الأصول، و مرجع هذا الأصل إلى أصاله عدم ثبوت هذا الحكم على وجه لا يقبل تغيّره بالشرط.

ص: ٣١

- 
- ١-١) الوسائل ١٦:٤٠، الباب ٣٧ من كتاب العتق، الحديث ١ و ٢.
  - ٢-٢) الوسائل ١٢:٣٤٦، الباب الأوّل من أبواب الخيار، الحديث ٤.
  - ٣-٣) الوسائل ١٢:٣٤٦، الباب الأوّل من أبواب الخيار، الحديث ٣.
  - ٤-٤) الوسائل ١٥:٣٠، الباب ٢٠ من أبواب المهور، ذيل الحديث ٤.

مثلاً نقول: إنَّ الأصل عدم ثبوت الحكم بتسلُّط الزوج على الزوجه من حيث المسكن إلَّا (١) من حيث هو لو خلى و طبعه، و لم يثبت فى صوره إلزام الزوج على نفسه بعض خصوصيات المسكن.

لكن هذا الأصل إنّما ينفع بعد عدم ظهور الدليل الدالّ على الحكم فى إطلاقه بحيث يشمل صوره الاشتراط، كما فى أكثر الأدلّه المتضمّنه للأحكام المتضمّنه للرخصه و التسليط، فإنّ الظاهر سوقها فى مقام بيان حكم الشىء من حيث هو، الذى لا ينافى طرؤ خلافه لملزم شرعىّ، كالنذر و شبهه من حقوق الله، و الشرط و شبهه من حقوق الناس. أمّا ما كان ظاهره العموم، كقوله: «لا يملك ولدٌ حرٌّ» (٢) فلا مجرى فيه لهذا الأصل.

ثمّ إنّ بعض مشايخنا المعاصرين (٣) بعد ما خصّ الشرط المخالف للكتاب، الممنوع عنه فى الأخبار بما كان الحكم المشروط مخالفاً للكتاب، و أنّ التزام فعل المباح أو الحرام أو ترك المباح أو الواجب خارج عن مدلول تلك الأخبار ذكر: أنّ المتعّين فى هذه الموارد ملاحظه التعارض بين ما دلّ على حكم ذلك الفعل و ما دلّ على وجوب الوفاء بالشرط، و يرجع إلى المرجّحات، و ذكر: أنّ [المرجّح] (٤) فى مثل اشتراط شرب الخمر هو الإجماع، قال: و ما لم يكن فيه مرجّح

ص: ٣٢

١- ١) فى «ش»: «لا».

٢- ٢) الوسائل ٥٧٩: ١٤، الباب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث ٥.

٣- ٣) فى «ق» زياده: «ذكر».

٤- ٤) لم يرد فى «ق».

و فيه من الضعف ما لا- يخفى، مع أنّ اللازم على ذلك الحكم بعدم لزوم الشرط بل عدم صحته في جميع موارد عدم الترجيح؛ لأنّ الشرط إن كان فعلاً لما يجوز (٢) تركه كان اللازم مع تعارض أدلّه وجوب الوفاء بالشرط و أدلّه جواز ترك ذلك الفعل مع فقد المرجح الرجوع إلى أصله عدم وجوب الوفاء بالشرط، فلا- يلزم، بل لا- يصحّ. و إن كان فعلاً محرّماً أو ترك واجب، لزم الرجوع إلى أصله بقاء الوجوب و التحريم الثابتين قبل الاشتراط.

فالتحقيق ما ذكرنا: من أنّ من الأحكام المذكوره في الكتاب و السنّه ما يقبل التغيير بالشرط لتغيير عنوانه، كأكثر ما رُخص في فعله و تركه، و منها ما لا يقبله، كالتحريم و كثير من موارد الوجوب.

و أدلّه الشروط حاكمه على القسم الأوّل دون الثاني، فإنّ اشتراطه مخالفٌ لكتاب الله، كما عرفت و عرفت حكم صورته الشكّ. □

و قد تفتّن قدس سرّه لما ذكرنا في حكم القسم الثاني و أنّ الشرط فيه مخالفٌ للكتاب بعض التفتّن، بحيث كاد أن يرجع عمّا ذكره أولاً من التعارض بين أدلّه وجوب الوفاء بالشرط و أدلّه حرمة شرب الخمر، فقال: و لو جعل هذا الشرط من أقسام الشرط المخالف للكتاب و السنّه كما يطلق عليه عرفاً لم يكن بعيداً، انتهى (٣).

١- ١) ذكره المحقق النراقي في العوائد: ١٥١.

٢- ٢) لم ترد «لما» في «ش».

٣- ٣) عوائد الأيام: ١٥١.

وَمِمَّا ذَكَرْنَا: من انقسام الأحكام الشرعية المدلول عليها في الكتاب و السنّه على قسمين، يظهر لك معنى قوله عليه السلام- في روايه إسحاق بن عمّار المتقدّمه-: «المؤمنون عند شروطهم إلّا شرطاً حرّم حلالاً- أو أحلّ حراماً» (١)، فإنّ المراد ب«الحلال» و«الحرام» فيها ما كان كذلك بظاهر دليله حتّى مع الاشتراط، نظير شرب الخمر و عمل الخشب صنماً أو صوره حيوان، و نظير مجامعه الزوج التي دلّ بعض الأخبار السابقه (٢) على عدم ارتفاع حكمها أعني الإباحه متى أراد الزوج باشتراط كونها بيد المرأة، و نظير التزويج (٣) و التسرّي و الهجر، حيث دلّ بعض تلك الأخبار (٤) على عدم ارتفاع إباحتها باشتراط تركها معللاً بورود الكتاب العزيز بإباحتها.

أمّا ما كان حلالاً لو خُلّي و طبعه بحيث لا ينافى حرمة أو وجوبه بملاحظه طرؤ عنوانٍ خارجيّ عليه، أو كان حراماً كذلك، فلا يلزم من اشتراط فعله أو تركه إلّا تغيّر عنوان الحلال و الحرام الموجب لتغيّر الحلّ و الحرمة، فلا يكون حينئذٍ تحريم حلالٍ و لا تحليل حرامٍ.

ألا ترى أنّه لو نهى السيّد عبده أو الوالد ولده عن فعلٍ مباح، أعني: مطالبه غريم (٥) ما له في ذمّه غريمه، أو حلف المكلف على تركه،

ص: ٣٤

١- ١) تقدّمت في الصفحه ٢٢.

٢- ٢) مثل روايه محمّد بن قيس المتقدّمه في الصفحه ٢٣.

٣- ٣) في «ش»: «التزوّج».

٤- ٤) و هو خبر ابن مسلم المنقول عن تفسير العياشي المتقدّم في الصفحه ٢٤.

٥- ٥) لم ترد «غريم» في «ش».

لم يكن الحكم بحرمة شرعاً من حيث طرؤ عنوان «معصية السيد و الوالد» و عنوان «حنث اليمين» عليه تحريماً لحلال، فكذلك ترك ذلك الفعل فى ضمن عقدٍ يجب الوفاء به.

و كذلك امتناع الزوجه عن الخروج مع زوجها إلى بلدٍ آخر محرّم فى نفسه، و كذلك امتناعها عن المجامعه، و لا ينافى ذلك حليتها باشتراط عدم إخراجها عن بلدها، أو باشتراط عدم مجامعتها، كما فى بعض النصوص (١).

و بالجملة، فتحريم الحلال و تحليل الحرام إنّما يلزم مع معارضه أدلّه الوفاء بالشرط لأدلّه أصل الحكم حتى يستلزم وجوب الوفاء مخالفه ذلك و طرح دليله. أمّا إذا كان دليل الحكم لا يفيد إلّا ثبوته لو خلى الموضوع و طبعه، فإنّه لا يعارضه ما دلّ على ثبوت ضدّ ذلك الحكم إذا طرأ على الموضوع عنوان (٢) لم يثبت ذلك الحكم له إلّا مجرداً عن ذلك العنوان.

ثمّ إنّ يشكل الأمر فى استثناء الشرط المحرّم للحلال، على ما ذكرنا فى معنى الروايه: بأنّ أدلّه حليّه أغلب المحللات - بل كلّها - إنّما تدلّ على حليتها فى أنفسها لو خليت و أنفسها، فلا تنافى حرمتها من أجل الشرط، كما قد تُحرّم من أجل النذر و أخويه، و من جهة إطاعه الوالد و السيد، و من جهة صيرورتها علّة للمحرّم، و غير ذلك من

ص: ٣٥

---

١ - ١) راجع الوسائل ١٥: ٤٩، الباب ٤٠ من أبواب المهور، الحديث ١ و ٣، و الصفحه ٤٥، الباب ٣٦ من أبواب المهور، الحديث الأوّل.

٢ - ٢) فى «ش» زياده: «آخر».



نعم، لو دلّ دليل حَلّ شيءٍ على حِلّه المطلق (١) نظير دلاله أدلّه المحرّمات، بحيث لا- يقبل لظرو (٢) عنوانٍ معيّرٍ عليه أصلاً، أو خصوص الشرط من بين العناوين، أو دلّ (٣) من الخارج على كون ذلك الحلال كذلك- كما دلّ بعض الأخبار بالنسبه إلى بعض الأفعال كالتزويج و التسرى (٤) و ترك الجماع من دون إرادته الزوجه (٥)- كان مقتضاه فساد اشتراط خلافه. لكن دلاله نفس دليل الحلّيه على ذلك لم توجد في موردٍ، و الوقوف مع الدليل الخارجى (٦) الدالّ على فساد الاشتراط يُخرج الروايه عن سوقها لبيان ضابطه الشروط عند الشكّ؛ إذ مورد الشكّ حينئذٍ محكومٌ بصحّه الاشتراط.

و مورد ورود الدليل على عدم تغيير حلّ الفعل باشتراط تركه مستغنٍ عن الضابطه، مع أنّ الإمام علّل فساد الشرط فى هذه الموارد بكونه محرّماً للحلال، كما عرفت فى الروايه التى تقدّمت فى عدم صحّته اشتراط عدم التزويج (٧) و التسرى، معللاً بكونه مخالفاً للكتاب الدالّ على

١- ١) فى «ش»: «الحلّيه المطلقه».

٢- ٢) فى «ش»: «ظرو».

٣- ٣) فى «ش»: زياده: «الدليل».

٤- ٤) فى «ش»: «كالتسرى و التزوّج».

٥- ٥) راجع للتزويج و التسرى الخبر المتقدم فى الصفحه ٢٤ عن تفسير العياشى، و راجع لترك الجماع روايه محمّد بن قيس المتقدمه فى الصفحه ٢٣.

٦- ٦) فى «ش»: «الخارج».

٧- ٧) فى «ش»: «التزوّج».

نعم، لا- يرد هذا الإشكال في طرف تحليل الحرام؛ لأنّ أدلّه المحرّمات قد علّم دلالتها على التحريم على وجه لا تتغير (٢) بعنوان الشرط و النذر و شبههما، بل نفس استثناء الشرط المحلّل للحرام عمّا يجب الوفاء به دليلٌ على إرادته الحرام في نفسه لولا الشرط.

و ليس كذلك في طرف المحرّم للحلال، فإنّنا قد علمنا أن ليس المراد الحلال لولا- الشرط؛ لأنّ تحريم «المباحات لولا الشرط» لأجل الشرط فوق حدّ الإحصاء، بل اشتراط كلّ شرطٍ عدا فعل الواجبات و ترك المحرّمات مستلزمٌ لتحريم الحلال فعلاً أو تركاً.

و ربما يتخيّل: أنّ هذا الإشكال مختصٌّ بما دلّ على الإباحة التكليفيّة، كقوله: «تحلّ كذا و تباح كذا» أمّا الحليّة التي تضمّنها الأحكام الوضعيّة- كالحكم بثبوت الزوجيّة أو الملكيّة أو الرقيّة، أو أضدادها- فهي أحكام (٣) لا تتغير لعنوان أصلاً، فإنّ الانتفاع بالملك في الجملة و الاستمتاع بالزوجه و النظر إلى أمّها و بنتها من المباحات التي لا تقبل التغيير؛ و لذا ذكر في مثال الصلح المحرّم للحلال: أن لا ينتفع بماله أو لا يطأ جاريته.

و بعبارة أخرى: ترتّب آثار الملكيّة على الملك في الجملة و آثار الزوجيّة على الزوج كذلك، من المباحات التي لا- تتغير عن إباحتها،

ص: ٣٧

١- ١) تقدّمت في الصفحة ٢٤.

٢- ٢) في «ش»: «لا يتغير».

٣- ٣) في «ق»: «حكم».

و إن كان ترتب بعض الآثار قابلاً لتغيير حكمه إلى التحريم، كالسكنى فيما (١) اشترط إسكان البائع فيه مدّة، و إسكان الزوجه فى بلد اشترط أن لا يخرج إليه، أو وطأها مع اشتراط عدم وطئها أصلاً، كما هو المنصوص (٢).

و لكنّ الإنصاف: أنه كلامٌ غير منضبط؛ فإنّه كما جاز تغيير إباحه بعض الانتفاعات كالوطء فى النكاح، و السكنى فى البيع إلى التحريم لأجل الشرط، كذلك يجوز تغيير إباحه سائرهما إلى الحرمة. فليس الحكم بعدم (٣) إباحه مطلق التصرف فى الملك و الاستمتاع بالزوجه لأجل الشرط إلّا لإجماع (٤) أو لمجرد الاستبعاد، و الثانى غير معتدّ به، و الأوّل يوجب ما تقدّم: من عدم الفائده فى بيان هذه الضابطه، مع أنّ هذا العنوان - أعنى تحريم الحلال و تحليل الحرام - إنّما وقع مستثنى فى أدلّه انعقاد اليمين، و ورد: أنّه لا- يمين فى تحليل الحرام و تحريم الحلال (٥)، و قد ورد بطلان الحلف على ترك شرب العصير المباح دائماً، معللاً بأنّه ليس لك أن تحرم ما أحلّ الله (٦). و من المعلوم أنّ إباحه العصير لم تثبت من الأحكام الوضعيه، بل هى من الأحكام التكليفيه الابتدائيه.

ص: ٣٨

١- ١) فى «ش» زياده: «لو».

٢- ٢) تقدّم تخريجه فى الصفحه ٣٥.

٣- ٣) فى «ش» زياده: «تغير».

٤- ٤) فى «ش»: «للإجماع».

٥- ٥) راجع الوسائل ١٣٠:١٦، الباب ١١ من أبواب الأيمان، الحديث ٦ و ٧.

٦- ٦) راجع الوسائل ١٤٨:١٦، الباب ١٩ من أبواب الأيمان، الحديث ٢.

و بالجمله، فالفرق بين التزويج (١) و التسرى اللذين ورد عدم جواز اشتراط تركهما معللاً: بأنه خلاف الكتاب الدال على إباحتهما، و بين ترك الوطء الذى ورد جواز اشتراطه، و كذا بين ترك شرب العصير المباح الذى ورد عدم جواز الحلف عليه معللاً: بأنه من تحريم الحلال، و بين ترك بعض المباحات المتفق على جواز الحلف عليه، فى غايه الإشكال.

و ربما قيل (٢) فى توجيه الروايه و توضيح معناها: إن معنى قوله:

«إلا شرطاً حراماً أو أحلاً حراماً» إما أن يكون: «إلا شرطاً حراماً حراماً»، و إما أن يكون: «إلا شرطاً حراماً حراماً حراماً» الشرط الحلال، و الأول مخالفٌ لظاهر العبارة، مع مناقضته لما استشهد به الإمام عليه السلام فى روايه منصور بن يونس -المتقدمه (٣)- الدالّه على وجوب الوفاء بالتزام عدم الطلاق و التزويج (٤) بل يلزم كون الكلّ لغواً؛ إذ ينحصر مورد «المسلمون عند شروطهم» باشتراط الواجبات و اجتناب المحرمات، فيبقى الثانى، و هو ظاهر الكلام، فيكون معناه: «إلا شرطاً حراماً حراماً حراماً حراماً»، بأن يكون المشروط هو حرمة الحلال.

ثم قال: فإن قيل: إذا شرط عدم فعله (٥) فيجعله حراماً عليه.

قلنا: لا نريد أن معنى الحرمة طلب الترك من المشترط بل جعله

ص: ٣٩

١- ١) فى «ش»: «التزويج».

٢- ٢) قاله النراقى فى العوائد: ١٤٨، ١٥٠.

٣- ٣) تقدمت فى الصفحه ٢٨.

٤- ٤) فى «ش»: «التزويج».

٥- ٥) فى «ش» زياده: «فلا يرضى بفعله».

حراماً واقعاً (١) أى مطلوب الترك شرعاً، و لا شك أن شرط عدم فعل بل نهى شخص عن فعل لا يجعله حراماً شرعياً.

ثم قال: فإن قيل: الشرط من حيث هو مع قطع النظر عن إيجاب الشارع الوفاء لا يوجب تحليلاً و تحريماً شرعاً فلا يحرم و لا يحلل.

قلنا: إن أريد أنه لا يوجب تحليلاً و لا تحريماً شرعيتين واقعاً فهو كذلك، و إن أريد أنه لا يوجب تحليلاً و لا تحريماً شرعياً بحكم الشرط فهو ليس كذلك، بل حكم الشرط ذلك، و هذا معنى تحريم الشرط و تحليله. و على هذا فلا إجمال فى الحديث و لا تخصيص، و يكون [الشرط (٢)] فى ذلك كالنذر و العهد و اليمين، فإن من نذر أن لا يأكل المال المشتبه ينعقد، و لو نذر أن يكون المال المشتبه حراماً عليه شرعاً أو يحرم ذلك على نفسه شرعاً لم ينعقد (٣)، انتهى.

أقول: لا أفهم معنى محصياً لاشترط حرمه الشيء أو حليته شرعاً، فإن هذا أمر غير مقدور للمشرط و لا يدخل تحت الجعل، فهو داخل فى غير المقدور. و لا معنى لاستثنائه عما يجب الوفاء به؛ لأن هذا لا يمكن عقلاً الوفاء به، إذ ليس فعلاً خصوصاً للمشرط، و كذلك الكلام فى النذر و شبهه.

و العجب منه قدس سره! حيث لاحظ ظهور الكلام فى كون المحرم و المحلل نفس الشرط، و لم يلاحظ كون الاستثناء من الأفعال التى يعقل

ص: ٤٠

١- ١) فى «ش» بدل «واقعاً»: «ذاتياً».

٢- ٢) أثبتناه من المصدر.

٣- ٣) انتهى ما قاله المحقق النراقى.

الوفاء بالتزامها، و حرمة الشيء شرعاً لا يعقل فيها الوفاء و النقض.

و قد مثل جماعة<sup>(١)</sup> للصلح المحلل للحرام بالصلح على شرب الخمر، و للمحرّم للحلال بالصلح على أن لا يظاً جاريته و لا ينتفع بماله.

و كيف كان، فالظاهر بل المتعين: أن المراد بالتحليل و التحريم المستندين إلى الشرط هو الترخيص و المنع. نعم، المراد بالحلال و الحرام ما كان كذلك مطلقاً<sup>(٢)</sup> بحيث لا يتغير موضوعه بالشرط، لا ما كان حلالاً لو خُلّي و طبعه بحيث لا ينافى عروض عنوان التحريم له لأجل الشرط، و قد ذكرنا: أن المعيار في ذلك وقوع التعارض بين دليل حليّه ذلك الشيء أو حرمة و بين وجوب الوفاء بالشرط و عدم وقوعه، ففي الأول يكون الشرط على تقدير صحته معيّراً للحكم الشرعي، و في الثاني يكون معيّراً لموضوعه.

فحاصل المراد بهذا الاستثناء في حديثي «الصلح» و «الشرط»:

أنهما لا- يغيران حكماً شرعياً بحيث يرفع اليد عن ذلك الحكم لأجل الوفاء بالصلح و الشرط، كالنذر و شبهه. و أمّا تغييرهما لموضوع الأحكام الشرعيّه ففي غايه الكثره، بل هما موضوعان لذلك، و قد ذكرنا: أن الإشكال في كثير من الموارد في تمييز أحد القسمين من الأحكام عن الآخر.

ص: ٤١

---

١- ١) منهم الفاضل المقداد في التنقيح ٢: ٢٠١، و الشهيد الثاني في المسالك ٤: ٢٦٢، و الروضه ٤: ١٧٤، و راجع تفصيل ذلك في مفتاح الكرامه ٥: ٤٥٦، و المناهل: ٣٤٥.

٢- ٢) لم ترد «مطلقاً» في «ش».

و ممّا ذكرنا يظهر النظر في تفسير آخر لهذا الاستثناء يقرب من هذا التفسير الذي تكلمنا عليه، ذكره المحقق القمي صاحب القوانين في رسالته التي ألفها في هذه المسألة، فإنه بعد ما ذكر من أمثله الشرط الغير الجائز في نفسه مع قطع النظر عن اشتراطه و التزامه شرب الخمر و الزنا و نحوهما من المحرّمات أو (١) فعل المرجوحات و ترك المباحات و فعل المستحبّات، كأن يشترط تقليم الأظافر بالسّنّ أبدأ، أو أن لا يلبس الخنزّ أبدأ، أو لا يترك النوافل، فإنّ جعل المكروه أو المستحبّ واجباً و جعل المباح حراماً حراماً إلّا برخصه شرعيّه حاصله من الأسباب الشرعيّه، كالنذر و شبهه فيما ينعقد فيه، و يستفاد ذلك من كلام عليّ عليه السلام في روايه إسحاق بن عمّار: «من اشترط لامرأته شرطاً، فليف لها به، فإنّ المسلمين عند شروطهم إلّا شرطاً حراماً حراماً» (٢) - قال قدّس سرّه (٣):

فإن قلت: إنّ الشرط كالنذر و شبهه من الأسباب الشرعيّه المغيّره للحكم، بل الغالب فيه هو إيجاب ما ليس بواجب، فإنّ بيع الرجل ماله أو هبته لغيره مباح، و أمّا لو اشترط في ضمن عقدٍ آخر يصير واجباً، فما وجه تخصيص الشرط بغير ما ذكرته من الأمثله؟

ص: ٤٢

١- ١) في «ش» بدل «أو»: «و»، مع زياده: «من أمثله ما يكون التزامه و الاستمرار عليه من المحرّمات..».

٢- ٢) الوسائل ١٥:٥٠، الباب ٤٠ من أبواب المهور، الحديث ٤، و تقدّمت في الصفحه ٢٢.

٣- ٣) خبر لقوله قبل أسطر: «فإنّه بعد ما ذكر».

قلت: الظاهر من «تحليل الحرام و تحريم الحلال» هو تأسيس القاعده، و هو تعلق الحكم بالحلّ أو الحرمة ببعض الأفعال على سبيل العموم من دون النظر إلى خصوصيته فرد، فتحريم الخمر معناها: منع المكلف عن شرب جميع ما يصدق عليه هذا الكلّي، و كذا حليّه المبيع، فالترويج (1) و التسرى أمرٌ كلّيٌ «حلال»، و التزام تركه مستلزمٌ لتحريمه، و كذلك جميع أحكام الشرع من التكليفيّه و الوضعيّة و غيرها-إنّما يتعلّق بالجزئيات باعتبار تحقّق الكلّي فيها، فالمراد من «تحليل الحرام و تحريم الحلال» المنهى عنه هو أن يُحدِث (2) قاعدهً كليّةً و يُبدع حكماً جديداً، فقد أُجيز في الشرع البناء على الشروط إلّا شرطاً أوجب إبداع حكم كلّي جديد، مثل تحريم التزوّج و التسرى و إن كان بالنسبه إلى نفسه فقط، و قد قال الله تعالى فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ (3)، و كجعل الخيره في الجماع و الطلاق بيد المرأه. و قد قال الله تعالى: الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ (4). و فيما لو شرطت (5) عليه أن لا يتزوّج أو لا يتسرى بفلانهِ خاصّه إشكالٌ. فما ذكر في السؤال: من وجوب البيع الخاصّ الذى يشترطانه فى ضمن عقدٍ، ليس ممّا يوجب إحداث حكمٍ للبيع و لا تبديل حلال الشارع و حرامه، و كذا لو شرط نقص الجماع عن الواجب إلى أن قال قدس سرّه:-

ص: 43

1- 1) فى «ش»: «فالتزوّج».

2- 2) أى المشترط.

3- 3) النساء: 3.

4- 4) النساء: 34.

5- 5) فى «ش»: «اشتراطت».



و بالجمله، اللزوم الحاصل من الشرط لما يشترطانه من الشروط الجائزه ليس من باب تحليل حرام أو تحريم حلالٍ أو إيجاب جائزٍ على سبيل القاعده، بل (١) يحصل من ملاحظه جميع موارد حكمٍ كليٍّ هو وجوب العمل على ما يشترطانه، وهذا الحكم أيضاً من جعل الشارع، فقولنا: «العمل على مقتضى الشرط الجائز واجب» حكمٌ كليٌّ شرعيٌّ، و حصوله ليس من جانب شرطنا حتى يكون من باب تحليل الحرام و عكسه، بل إنما هو صادرٌ من الشارع (٢)، انتهى كلامه رفع مقامه.

و للنظر في مواضع من كلامه مجال، فافهم و الله العالم.

### الشرط الخامس: أن لا يكون منافياً لمقتضى العقد،

و إلا لم يصحّ، لوجهين:

أحدهما: وقوع التنافي في العقد المقيّد بهذا الشرط بين مقتضاه الذي لا يتخلف عنه و بين الشرط الملزم لعدم تحقّقه، فيستحيل الوفاء بهذا العقد مع تقيّده بهذا الشرط، فلا بدّ إما أن يحكم بتساقط كليهما، و إما أن يقدّم جانب العقد؛ لأنّه المتبوع المقصود بالذات و الشرط تابع، و على كلّ تقدير لا يصحّ الشرط.

الثاني: أنّ الشرط المنافي مخالفٌ للكتاب و السنّه الدالّين على عدم تخلف العقد عن مقتضاه، فاشترط تخلفه عنه مخالفٌ للكتاب؛ و لذا ذكر في التذكرة: أنّ اشتراط عدم بيع المبيع منافٍ لمقتضى ملكيته، فيخالف

ص: ٤٤

١-١ (١) في «ش» زياده: «الذي».

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

قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: «الناس مسلطون على أموالهم» (١).

و دعوى: أَنَّ العقدَ إِنَّمَا يقتضى ذلك مع عدم اشتراط عدمه فيه لا مطلقاً، خروجٌ عن محلّ الكلام؛ إذ الكلام فيما يقتضيه مطلق العقد و طبيعته الساريه فى كلّ فردٍ منه، لا- ما يقتضيه العقد المطلق بوصف إطلاقه و خلوه عن الشرائط و القيود حتّى لا ينافى تخلفه عنه لقيده يقيدته و شرطٍ يشترط فيه.

هذا كلّه مع تحقّق الإجماع على بطلان هذا الشرط، فلا إشكال فى أصل الحكم.

و إنّما الإشكال فى تشخيص آثار العقد التى لا تتخلف [عن (٢)] مطلق العقد فى نظر العرف أو الشرع و تميّزها عمّا يقبل التخلف لخصوصيّته تعترى العقد و إن اتّضح ذلك فى بعض الموارد؛ لكون الأثر كالمقوم العرفى للبيع أو غرضاً أصلياً، كاشتراط عدم التصرف أصلاً فى المبيع، و عدم الاستمتاع أصلاً بالزوجه حتّى النظر، و نحو ذلك.

إلّا أنّ الإشكال فى كثيرٍ من المواضع، خصوصاً بعد ملاحظه اتّفاقهم على الجواز فى بعض المقامات و اتّفاقهم على عدمه فيما يشبهه، و يصعب الفرق بينهما و إن تكلف له بعض (٣).

مثلاً: المعروف عدم جواز المنع عن البيع و الهبه فى ضمن عقد البيع، و جواز اشتراط عتقه بعد البيع بلا فصلٍ أو وقفه حتّى على البائع

ص: ٤٥

١- ١) التذكرة ٤٨٩: ١، و راجع الحديث فى عوالى اللآلى ٢٢٢: ١، الحديث ٩٩، و الصفحه ٤٥٧، الحديث ١٩٨.

٢- ٢) لم يرد فى «ق».

٣- ٣) و هو السيّد المراغى فى العناوين ٣٠٧: ٢.

و ولده، كما صرّح به في التذكرة (١)، وقد اعترف في التحرير: بأنّ اشتراط العتق ممّا ينافي مقتضى العقد، وإنّما جاز لبناء العتق على التغليب (٢).

و هذا لو تمّ لم يجز في الوقف خصوصاً على البائع و ولده، فإنّه (٣) ليس مبيئاً على التغليب؛ و لأجل ما ذكرنا وقع في موارد كثيره الخلاف و الإشكال: في أنّ الشرط الفلاني مخالفٌ لمقتضى العقد (٤).

منها: اشتراط عدم البيع، فإنّ المشهور عدم الجواز. لكنّ العلامه في التذكرة استشكل في ذلك (٥)، بل قوّى بعض من تأخّر عنه صحّته (٦).

و منها: ما ذكره في الدروس في بيع الحيوان: من جواز الشركه فيه إذا قال: «الربح لنا و لا خسران عليك»؛ لصحّحه رفاعه في شراء الجاربه (٧)، قال: و منع (٨) ابن إدريس؛ لأنّه مخالفٌ (٩) لقضيه الشركه. قلنا:

لا نسلم أنّ تبعيّة المال لازمٌ (١٠) لمطلق الشركه، بل للشركه المطلقه،

ص: ٤٦

١-١) التذكرة ٤٩٣:١.

٢-٢) التحرير ١٨٠:١.

٣-٣) في «ش» زياده: «شرط منافٍ كالعتق».

٤-٤) في «ش» زياده: «أم لا».

٥-٥) التذكرة ٤٨٩:١.

٦-٦) لم نعثر عليه، نعم في مفتاح الكرامه ٧٣٢:٤ عن إيضاح النافع: «أنّ الجواز غير بعيد»، و راجع الرياض ٢٥٥:٨.

٧-٧) في «ش»: «في الشركه في الجاربه».

٨-٨) في «ش»: «منعه».

٩-٩) في «ش»: «مناف».

١٠-١٠) في «ش»: «لازمه».

و الأقرب تعدى الحكم إلى غير الجارية من المبيعات (١)، انتهى.

و منها: [ما (٢)] اشتهر بينهم: من جواز اشتراط الضمان فى العارية و عدم جوازه فى الإجاره، مستدلّين: بأن مقتضى عقد الإجاره عدم ضمان المستأجر (٣).

فأورد عليهم المحقق الأردبيلى (٤) و تبعه جمال المحققين فى حاشيه الروضه (٥): بمنع اقتضاء مطلق العقد لذلك، إنّما المسلم اقتضاء العقد المطلق المجرد عن اشتراط الضمان، نظير العارية.

و منها: اشتراط عدم إخراج الزوجه من بلدها، فقد جوزه جماعة (٦)؛ لعدم المانع و للنصّ. و منعه آخرون (٧)، منهم فخر الدين فى الإيضاح، مستدلاً: بأن مقتضى العقد تسلط الرجل على المرأة فى الاستمتاع و الإسكان (٨)، و قد بالغ حيث (٩) جعل هذا قرينه على حمل

ص: ٤٧

- 
- ١- (١) الدروس ٣:٢٢٣، و راجع السرائر ٢:٣٤٩، و الوسائل ١٣:١٧٥، الباب الأوّل من كتاب الشركه، الحديث ٨.
  - ٢- (٢) لم يرد فى «ق».
  - ٣- (٣) راجع مفتاح الكرامه ٧:٢٥٣، و الجواهر ٢١٧:٢٧.
  - ٤- (٤) مجمع الفوائد ١٠:٦٩.
  - ٥- (٥) حاشيه الروضه: ٣٦٥، ذيل قول الشارح: «لفساد الشرط».
  - ٦- (٦) مثل الشيخ فى بعض كتبه و القاضى و ابن حمزه و غيرهم، و قد تقدّم التخرىج عنهم فى الصفحه ٣٠.
  - ٧- (٧) كالشيخ فى بعض كتبه الأخر و الحلّى و المحقق الثانى، راجع الصفحه ٣٠.
  - ٨- (٨) إيضاح الفوائد ٣:٢٠٩.
  - ٩- (٩) فى «ش» بدل «حيث»: «حتى».

النص على استحباب الوفاء.

و منها: مسأله توارث الزوجين بالعقد المنقطع من دون شرط أو معه، و عدم توارثهما مع الشرط أو لا (١) معه، فإنها مبنيّة على الخلاف في مقتضى العقد المنقطع.

قال في الإيضاح ما ملخصه - بعد إسقاط ما لا يرتبط بالمقام -:

إنهم اختلفوا في أنّ هذا العقد يقتضى التوارث أم لا؟ و على الأوّل: فقيل: المقتضى هو العقد المطلق من حيث هو هو، فعلى هذا القول لو شرط سقوطه لبطل الشرط؛ لأنّ كلّ ما تقتضيه الماهية من حيث هي هي يستحيل عدمه مع وجودها. و قيل: المقتضى إطلاق العقد أى العقد المجرد عن شرط نقيضه - أعنى الماهية بشرط لا شيء - فيثبت الإرث ما لم يشترط سقوطه.

و على الثانى، قيل: يثبت مع الاشتراط و يسقط مع عدمه، و قيل:

لا يصح اشتراطه (٢)، انتهى.

و مرجع القولين إلى أنّ عدم الإرث من مقتضى إطلاق العقد أو ماهيته. و اختار هو هذا القول الرابع، تبعاً لجده و والده قدس سرهما، و استدلل عليه أخيراً بما دلّ على أنّ من حدود المتعه أن لا ترثها و لا ترثك (٣)، قال: فنجعل نفي الإرث من مقتضى الماهية.

و لأجل صعوبه دفع ما ذكرنا من الإشكال في تميز مقتضيات

ص: ٤٨

(١ - ١) ق: «أو إلّا».

(٢ - ٢) إيضاح الفوائد ١٣٢: ٣.

(٣ - ٣) راجع الوسائل ٤٨٧: ١٤، الباب ٣٢ من أبواب المتعه، الحديث ٧ و ٨.

ماهية العقد من مقتضيات إطلاقه، التجأ المحقق الثاني مع كمال تبخره في الفقه حتى تُنى به المحقق فأرجع هذا التمييز عند عدم اتّضح المنافاه و[عدم (1)] الإجماع على صحّحه أو البطلان إلى نظر الفقيه، فقال أولاً:

المراد ب«منافى مقتضى العقد» ما يقتضى عدم ترتّب الأثر الذى جعل الشارع العقد من حيث هو بحيث يقتضيه ورتّبه عليه على أنه أثره و فائدته التى لأجلها وضع، كانتقال العوضين إلى المتعاقدين، وإطلاق التصرف فيهما فى البيع، و ثبوت التوثق فى الرهن، و المال فى ذمّه الضامن بالنسبه إلى الضمان (2)، و انتقال الحقّ إلى ذمّه المحال عليه فى الحوالة، و نحو ذلك، فإذا شرط عدمها أو عدم البعض أصلاً نافية مقتضى العقد.

ثمّ اعترض على ذلك بصحّحه اشتراط عدم الانتفاع زماناً معيّناً، و أجاب بكفايه جواز الانتفاع وقتاً ما فى مقتضى العقد. ثمّ اعترض: بأنّ العقد يقتضى الانتفاع مطلقاً، فالمنع عن البعض منافٍ له.

ثمّ قال: و دفع ذلك لا يخلو عن عسرٍ، و كذا القول فى خيار الحيوان (3)؛ فإنّ ثبوته مقتضى العقد، فيلزم أن يكون شرط سقوطه منافياً له.

ثمّ قال: و لا يمكن أن يقال: إنّ مقتضى العقد ما لم يجعل إلّا لأجله، كانتقال العوضين، فإنّ ذلك ينافى منع اشتراط أن لا يبيع أو لا يطاء (4) مثلاً.

ص: ٤٩

١-١) لم يرد فى «ق».

٢-٢) فى النسخ: «الضامن»، و الصواب ما أثبتناه من المصدر.

٣-٣) فى «ش»: «فى نحو خيار الحيوان مثلاً».

٤-٤) فى «ش» و المصدر بدل «أو لا يطاء»: «المبيع».

ثم قال: والحاسم لمادّه الإشكال أنّ الشروط على أقسام:

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

و منها: ما وضح فيه المنافاه للمقتضى كاشتراط عدم ضمان المقبوض بالبيع و (١) وضح مقابله، ولا كلام فيما وضح.

و منها: ما ليس واحداً من النوعين، فهو بحسب نظر الفقيه (٢)، انتهى كلامه رفع مقامه.

أقول: ووضح المنافاه إن كان بالعرف - كاشتراط عدم الانتقال في العوضين و عدم انتقال المال إلى ذمّه الضامن و المحال عليه - فلا - يتأتى معه إنشاء مفهوم العقد العرفي، وإن كان بغير العرف فمرجه إلى الشرع من نصّ أو إجماع على صحّهِ الاشتراط و (٣) عدمه. و مع عدمهما وجب الرجوع إلى دليل اقتضاء العقد لذلك الأثر المشترط عدمه، فإن دلّ عليه على وجه يعارض بإطلاقه أو عمومته دليل وجوب الوفاء به بحيث لو أوجبنا الوفاء به وجب طرح عموم ذلك الدليل و تخصيصه، حكم بفساد الشرط؛ لمخالفته حينئذٍ للكتاب أو السنّه. و إن دلّ على ثبوته للعقد لو خلى و طبعه بحيث لا - ينافى تغيير حكمه بالشرط، حكم بصحّهِ الشرط.

و قد فهم من قوله تعالى: الرَّجَالُ قَوَامُونَ عَلَى النِّسَاءِ (٤) الدّال

ص: ٥٠

١- ١) في «ش» بدل «و»: «أو».

٢- ٢) جامع المقاصد ٤: ٤١٤، ٤: ٤١٥.

٣- ٣) في «ش» بدل «و»: «أو».

٤- ٤) النساء: ٣٤.

على (١) أن السلطنة على الزوجه من آثار الزوجية التي لا- تتغير، فُجعل اشتراط كون الجماع بيد الزوجه في الروايه السابقه منافياً لهذا الأثر و لم يُجعل اشتراط عدم الإخراج من البلد منافياً. وقد فهم الفقهاء من قوله: «البيعان بالخيار حتى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع» (٢) [عدم (٣)] التنافي، فأجمعوا على صحه اشتراط سقوط الخيار الذي هو من الآثار الشرعيه للعقد، وكذا على صحه اشتراط الخيار بعد الافتراق. و لو شكك في مؤدى الدليل وجب الرجوع إلى أصله ثبوت ذلك الأثر على الوجه الأول (٤)، فيبقى عموم أدله الشرط سليماً عن المخصّص؛ وقد ذكرنا هذا في بيان معنى مخالفه الكتاب و السنّه.

### الشرط السادس: أن لا يكون الشرط مجهولاً جهالاً توجب الغرر في البيع؛

لأن الشرط في الحقيقه كالجزم من العوضين، كما سيجيء بيانه (٥).

قال في التذكرة: و كما أنّ الجهاله في العوضين مبطله فكذا في صفاتهما و لواحق المبيع (٦)، فلو شرطاً شرطاً مجهولاً بطل البيع (٧)، انتهى.

ص: ٥١

١-١) عبارته «الدال على» لم ترد في «ش»، و الظاهر زيادتها.

٢-٢) راجع الوسائل ٣٤٦:١٢، الباب الأول من أبواب الخيار، الحديث ٣ و ٤.

٣-٣) لم يرد في «ق».

٤-٤) كذا في «ق»، و الظاهر أنّ الصحيح: «الثاني»، كما في «ش».

٥-٥) انظر الصفحة ٨١.

٦-٦) في ظاهر «ق»: «البيع».

٧-٧) التذكرة ٤٧٢:١.



وقد سبق ما يدلّ على اعتبار تعيين الأجل المشروط في الثمن، بل لو فرضنا عدم سرايه الغرر في البيع كفى لزومه في أصل الشرط بناءً على أنّ المنفَى مطلق الغرر حتّى في غير البيع؛ ولذا يستندون إليه في أبواب المعاملات حتّى الوكاله، فبطلان الشرط المجهول ليس لإبطاله البيع المشروط به؛ ولذا قد يُجزم ببطلان هذا الشرط مع الاستشكال في بطلان البيع، فإنّ العلامه في التذكره ذكر في اشتراط عملٍ مجهولٍ في عقد البيع: أنّ في بطلان البيع وجهين مع الجزم ببطلان الشرط (١).

لكنّ الإنصاف: أنّ جهاله الشرط تستلزم في العقد دائماً مقداراً من الغرر الذي يلزم من جهالته جهاله أحد العوضين.

و من ذلك يظهر وجه النظر فيما ذكره العلامه في مواضع (٢) من التذكره: من الفرق في حمل الحيوان و بيض الدجاجة و مال العبد المجهول المقدار، بين تملكها على وجه الشرطيه في ضمن بيع هذه الأمور، بأن يقول: «بعتكها على أنّها حامل -أو- على أنّ لك حملها» و بين تملكها على وجه الجزئيه، بأن يقول: «بعتكها و حملها» (٣)، فصحّ الأوّل لأنّه تابع، و أبطل الثاني لأنّه جزء.

ص: ٥٢

- 
- ١-١) راجع التذكره ١:٤٧٢، و فيها: «فلو شرطاً شرطاً مجهولاً بطل البيع» و الصفحه ٤٩١، و فيها: «لو اشترط شرطاً مجهولاً، كما لو باعه بشرط أن يعمل فيه ما يأمره به بعد العقد أو يصيغ له ثوباً و يطلقهما أو أحدهما، فالوجهان».
  - ٢-٢) منها ما ذكره في الجزء الأوّل: ٤٩٣ في الحمل و البيض، و الصفحه ٤٩٩ في مال العبد.
  - ٣-٣) التذكره ١:٤٩٣.

لكن قال فى الدروس: لو جعل الحمل جزءاً من المبيع فالأقوى الصحه لأنه بمنزله الاشتراط، و لا يضر الجهاله لأنه تابع (١).

و قال فى باب بيع المملوك: لو اشتراه و ماله صح، و لم يشترط علمه و لا التفصى من الربا إن قلنا: إنه يملك، و إن أحلناه اشتراطاً (٢)، انتهى.

و المسأله محل إشكال، و كلماتهم لا- يكاد يعرف التثامها، حيث صرحوا: بأن للشرط قسطاً من أحد العوضين، و أن التراضى بالمعاوضه (٣) وقع منوطاً به، و لازمه كون الجهاله فيه قاده.

و الأقوى اعتبار العلم؛ لعموم نفي الغرر إلا إذا عُدّ المشروط (٤) فى العرف تابعاً غير مقصود بالبيع، كبيض الدجاج. و قد مرّ ما ينفع هذا المقام فى شروط العوضين (٥)، و سيأتى بعض الكلام فى بيع الحيوان (٦)، إن شاء الله تعالى.

### الشرط السابع: أن لا يكون مستلزماً لمحال،

كما لو شرط فى البيع أن يبيعه على البائع، فإنّ العلامه قد ذكر هنا: أنه مستلزمٌ للدور.

قال فى التذكرة: لو باعه شيئاً بشرط أن يبيعه إياه لم يصحّ سواء

ص: ٥٣

١-١) الدروس ٢١٦:٢١٧٣.

٢-٢) الدروس ٣:٢٢٦، و فيه بدل «اشترطاً»: «اشترطنا».

٣-٣) فى «ش»: «على المعاوضه».

٤-٤) فى «ش»: «الشرط».

٥-٥) راجع الجزء الرابع، الصفحه ٣١٣.

٦-٦) لم يتعرّض قدس سرّه لمسأله بيع الحيوان فيما سيأتى.

اتَّحد الثمن قدرًا و جنسًا و وصفًا أو لا، و إلَّا جاء الدور؛ لأنَّ بيعه له يتوقَّف على ملكيته له المتوقَّفه على بيعه، فيدور. أمَّا لو شرط أن يبيعه على غيره، فإنَّه يصحَّ عندنا حيث لا منافاه فيه للكتاب و السنَّه.

لا يقال: ما التزمه من الدور آتٍ هنا؛ لأنَّنا نقول: الفرق ظاهرٌ؛ لجواز أن يكون جاريًا على حدِّ التوكيل أو عقد الفضولي، بخلاف ما لو شرط البيع على البائع (١)، انتهى.

و قد تقدَّم تقرير الدور مع جوابه في باب النقد و النسيه (٢).

و قد صرَّح في الدروس: بأنَّ هذا الشرط باطلٌ لا للدور، بل لعدم القصد إلى البيع (٣).

و يرد عليه و على الدور: النقض بما إذا اشترط البائع على المشتري أن يقف المبيع عليه و على عقبه، فقد صرَّح في التذكرة بجوازه (٤)، و صرَّح بجواز اشتراط رهن المبيع على الثمن (٥) مع جريان الدور فيه.

### الشرط الثامن: أن يلتزم به في متن العقد،

فلو تواطيا عليه قبله لم يكف ذلك في التزام المشروط به على المشهور، بل لم يُعلم فيه

ص: ٥٤

١-١) التذكرة ٤٩٠:١.

٢-٢) كذا في «ق»، و لم يتقدَّم بابهما، بل يأتي بعد أحكام الخيار، و لذا غيَّره في «ش» ب«و سيأتي»، و لعلَّ الوجه في ذلك تقدُّمه في المسوده، و على أيِّ تقدير انظر الصفحة ٢٣٢ و ما بعدها.

٣-٣) الدروس ٢١٦:٣.

٤-٤) التذكرة ٤٩٣:١، ٤٩٤، و تقدَّم في الصفحة ٤٥ أيضاً.

٥-٥) التذكرة ٤٩١:١.

خلافً، عدا ما يتوهم من ظاهر الخلاف و المختلف، و سيأتي (١). لأنّ المشروط عليه إن أنشأ إلزام الشرط على نفسه قبل العقد كان إلزاماً ابتدائياً لا- يجب الوفاء به قطعاً و إن كان أثره مستمراً في نفس الملزم إلى حين العقد، بل إلى حين حصول الوفاء و بعده نظير بقاء أثر الطلب المنشأ في زمانٍ إلى حين حصول المطلوب و إن وعد بإيقاع العقد مقروناً بالتزامه، فإذا ترك ذكره في العقد فلم يحصل ملزمٌ له.

نعم، يمكن أن يقال: إنّ العقد إذا وقع مع تواطئهما على الشرط كان قيدهً معنوياً له، فالوفاء بالعقد الخاص لا يكون إلّا مع العمل بذلك الشرط، و يكون العقد بدونه تجارةً لا عن تراض؛ إذ التراضى وقع مقتيداً بالشرط، فإنّهم قد صرّحوا بأنّ الشرط كالجزء من أحد العوضين، فلا- فرق بين أن يقول: «بعتك العبد بعشره» و شرطت لك ماله» و بين تواطئهما على كون مال العبد للمشتري، فقال: «بعتك العبد بعشره» قاصدين العشره المقرونة بكون مال العبد للمشتري.

هذا، مع أنّ الخارج من عموم «المؤمنون عند شروطهم» هو ما لم يقع العقد مبيئاً عليه، فيعمّ محلّ الكلام.

و على هذا فلو تواطيا على شرطٍ فاسدٍ فسد العقد المبنيّ عليه و إن لم يذكر فيه. نعم، لو نسيا الشرط المتواطأ عليه فأوقعا العقد غير بانين على الشرط بحيث يقصدان من العوض المقرون بالشرط، أتجه صحّه العقد و عدم لزوم الشرط.

هذا، و لكن الظاهر من كلمات الأكثر عدم لزوم الشرط الغير

ص: ٥٥

المذكور في متن العقد، وعدم إجراء أحكام الشرط عليه و إن وقع العقد مبتئياً عليه، بل في الرياض عن بعض الأجله حكاية الإجماع على عدم لزوم الوفاء بما يشترط لا في عقد، بعد ما ادعى هو قدس سره الإجماع على أنه لا حكم للشروط إذا كانت قبل عقد النكاح (١). وتتبع كلماتهم في باب البيع و النكاح يكشف عن صدق ذلك المحكي، فتراهم يجوزون في باب الربا و الصرف الاحتيال في تحليل معاوضه أحد المتجانسين بأزيد منه ببيع الجنس بمساويه ثم هبه الزائد من دون أن يشترط ذلك في العقد، فإن الحيله لا تتحقق إلّا بالتواطى على هبه الزائد بعد البيع و التزام الواهب بها قبل العقد مستمراً إلى ما بعده.

و قد صرح المحقق و العلامة في باب المراهجه: بجواز أن يبيع الشيء من غيره بثمان زائد مع قصدهما نقله بعد ذلك الى البائع ليخبر بذلك الثمن عند بيعه مراهجه إذا لم يشترط ذلك لفظاً (٢).

و معلوم أن المعامله لأجل هذا الغرض لا يكون إلّا مع التواطى و الالتزام بالنقل ثانياً.

نعم، خص في المسالك ذلك بما إذا وثق البائع بأن المشتري ينقله إليه من دون التزام ذلك و إيقاع العقد على هذا الالتزام (٣). لكنه تقييداً لإطلاق كلماتهم، خصوصاً مع قولهم: إذا لم يشترط لفظاً.

و بالجملة، فظاهر عبارتى الشرائع و التذكرة: أن الاشتراط و الالتزام من قصدهما و لم يذكره لفظاً، لا أن النقل من قصدهما، فراجع.

ص: ٥٦

١-١) راجع الرياض (الحجريه) ١١٦:٢.

٢-٢) الشرائع ٢:٤١، و القواعد ٢:٥٨، و التذكرة ١:٥٤٢.

٣-٣) المسالك ٣:٣٠٩.

و أيضاً فقد حكى عن المشهور: أن عقد النكاح المقصود فيه الأجل و المهر المعين إذا خلا عن ذكر الأجل ينقلب دائماً (١).

نعم، ربما ينسب (٢) إلى الخلاف و المختلف: صحه اشتراط عدم الخيار قبل عقد البيع. لكن قد تقدم (٣) في خيار المجلس النظر في هذه النسبه إلى الخلاف، بل المختلف، فراجع.

ثم إن هنا وجهاً آخر لا يخلو عن وجه، و هو بطلان العقد الواقع على هذا الشرط؛ لأن الشرط من أركان العقد المشروط، بل عرفت أنه كالجزم من أحد العوضين، فيجب ذكره في الإيجاب و القبول كأجزاء العوضين، و قد صرح الشهيد في غايه المراد بوجوب ذكر الثمن في العقد و عدم الاستغناء عنه بذكره سابقاً (٤)، كما إذا قال: «بغنى بدرهم» فقال:

«بعتك» فقال المشتري: «قبلت» و سيأتى في حكم الشرط الفاسد كلاماً من المسالك (٥) إن شاء الله تعالى.

### و قد يتوهم هنا شرط تاسع،

و هو: تنجيز الشرط، بناءً على أن تعليقه يسرى إلى العقد بعد ملاحظه رجوع الشرط إلى جزء من أحد العوضين، فإن مرجع قوله: «بعتك هذا بدرهم على أن تخطط لى إن

ص: ٥٧

- ١-١) حكاها في الجواهر ١٧٢: ٣٠.
- ٢-٢) نسبه في مفتاح الكرامه ٤: ٥٣٩، ٥٤٠، و راجع الخلاف ٣: ٢١، المسأله ٢٨ من كتاب البيوع، و المختلف ٥: ٦٣.
- ٣-٣) راجع الجزء الخامس، الصفحه ٥٨.
- ٤-٤) غايه المراد ١٦: ٢١٧.
- ٥-٥) يأتى في الصفحه ١٠٤.

جاء زيد»على وقوع المعاوضه بين المبيع و بين الدرهم المقرون بخياطه الثوب على تقدير مجيء زيد، بل يؤدى إلى البيع بثمانين على تقديرين، فباعه بالدرهم المجرد على تقدير عدم مجيء زيد، وبالدرهم المقرون مع خياطه الثوب على تقدير مجيئه.

و يندفع: بأنّ الشرط هو الخياطه على تقدير المجيء لا- الخياطه المطلقه ليرجع التعلق (1) إلى أصل المعاوضه الخاصه. و مجرد رجوعهما فى المعنى إلى أمرٍ واحدٍ لا يوجب البطلان؛ و لذا اعترف (2) أنّ مرجع قوله:

«أنت و كيلى إذا جاء رأس الشهر فى أن تبيع» و «أنت و كيلى فى أن تبيع إذا جاء رأس الشهر» إلى واحدٍ، مع الاتفاق على صحه الثانى و بطلان الأوّل (3).

نعم، ذكر فى التذكرة: أنه لو شرط البائع كونه أحقّ بالمبيع لو باعه المشتري، ففيه إشكال (4). لكن لم يعلم أنّ وجهه تعلق (5) الشرط، بل ظاهر عبارته التذكرة و كثيرٍ منهم- فى بيع الخيار بشرط ردّ الثمن- كون الشرط و هو الخيار معلقاً على ردّ الثمن. و قد ذكرنا ذلك سابقاً فى بيع الخيار (6).

ص: ٥٨

١- ١) فى «ش»: «التعليق».

٢- ٢) أى: المتوهم، بناءً على نسخه «ق»، و فى «ش»: «اعترف بعضهم بأن».

٣- ٣) من قوله: «و قد يتوهم..» إلى هنا، قد ورد فى «ق» فى ذيل الشرط السابع. و لم نقف على منشئه.

٤- ٤) لم نعثر عليه فى التذكرة.

٥- ٥) فى «ش»: «تعليق».

٦- ٦) راجع الجزء الخامس، الصفحه ١٢٩ ١٣١.

و تفصيله: أنّ الشرط إما أن يتعلّق بصفه من صفات المبيع الشخصى، ككون العبد كاتباً، و الجاربه حاملاً، و نحوهما.

و إما أن يتعلّق بفعل من أفعال أحد المتعاقدين أو غيرهما، كاشتراط إعتاق العبد، و خياطه الثوب.

و إما أن يتعلّق بما هو من قبيل الغايه للفعل، كاشتراط تملك عين خاصه، و انعتاق مملوك خاص، و نحوهما.

و لا- إشكال في أنه لا- حكم للقسم الأول إلا الخيار مع تبين فقد الوصف المشروط؛ إذ لا يعقل تحصيله هنا، فلا معنى لوجوب الوفاء فيه، و عموم «المؤمنون» مختصّ بغير هذا القسم.

و أمّا الثالث: فإن أُريد باشتراط الغايه- أعنى الملكيه، و الزوجيه، و نحوهما- اشتراط تحصيلهما بأسبابهما الشرعيه، فيرجع إلى الثانى، و هو اشتراط الفعل.

و إن أُريد حصول الغايه بنفس الاشتراط، فإن دلّ الدليل الشرعى على عدم تحقق تلك الغايه إلا بسببها الشرعى الخاص- كالزوجيه، و الطلاق، و العبوديه، و الانعتاق، و كون المرهون مبيعاً عند انقضاء



الأجل، و نحو ذلك- كان الشرط فاسداً؛ لمخالفته للكتاب و السنّه.

كما أنّه لو دلّ الدليل على كفايه الشرط فيه كالكاله، و الوصايه، و كون مال العبد و حمل الجاربه و ثمر الشجره ملكاً للمشتري- فلا إشكال.

و أمّا لو لم يدلّ دليل على أحد الوجهين، كما لو شرط في البيع كون مالٍ خاصٍّ غير تابع لأحد العوضين- كالأمثله المذكوره- ملكاً لأحدهما، أو صدقةً، أو كون العبد الفلاني حرّاً، و نحو ذلك، ففي صحّه هذا الشرط إشكالٌ:

من أصاله عدم تحقّق تلك الغايه إلّا بما علم كونه سبباً لها، و عموم «المؤمنون عند شروطهم» و نحوه لا يجري هنا؛ لعدم كون الشرط فعلاً ليجب الوفاء به.

و من أنّ الوفاء لا يختصّ بفعل ما شرط بل يشمل ترتّب (١) الآثار عليه، نظير الوفاء بالعقد. و يشهد له تمسك الإمام عليه السلام بهذا العموم في موارد كلّها من هذا القبيل، كعدم الخيار للمكاتبه التي أعانها ولد زوجها على أداء مال الكتابه مشروطاً عليها عدم الخيار على زوجها بعد الانعتاق (٢)، مضافاً إلى كفايه دليل الوفاء بالعقود في ذلك بعد صيروره الشرط جزءاً للعقد.

و أمّا توقّف الملك و شبهه على أسبابٍ خاصّه فهي دعوى غير مسموعه مع وجود أفرادٍ اتفق على صحّتها، كما في حمل الجاربه و مال

ص: ٦٠

١- ١) في «ش»: «ترتيب».

٢- ٢) الوسائل ١٦: ٩٥، الباب ١١ من أبواب كتاب المكاتبه، و فيه حديث واحد.

و دعوى: تسويغ ذلك لكونها توابع للمبيع، مدفوعة؛ لعدم صلاحية ذلك للفرق، مع أنه يظهر من بعضهم جواز اشتراط ملك حمل دابه في بيع اخرى، كما يظهر من المحقق الثاني في شرح عباره القواعد في شرائط العوضين: و كل مجهول مقصود بالبيع لا يصح بيعه و إن انضم إلى معلوم (١).

و كيف كان، فالأقوى صحه اشتراط الغايات التي لم يُعلم من الشارع إناطتها بأسباب خاصه، كما يصح نذر مثل هذه الغايات، بأن ينذر كون المال صدقة، أو الشاه أضحيه، أو كون هذا المال لزيد.

و حينئذ فالظاهر عدم الخلاف في وجوب الوفاء بها بمعنى ترتب (٢) الآثار، و إنما الخلاف و الإشكال في القسم الثاني، و هو ما تعلق فيه الاشتراط بفعل.

### و الكلام فيه يقع في مسائل:

ص: ٦١

---

١-١) عباره للقواعد، و راجع شرحها في جامع المقاصد ٤:١١٢.

٢-٢) في «ش»: «ترتيب».

ظاهر المشهور: هو الوجوب؛ لظاهر النبوى: «المؤمنون عند شروطهم» (١) و العلوى: «مَنْ شَرَطَ لَامْرَأَتِهِ شَرْطًا فَلَيْفَ لَهَا بِهِ، فَإِنَّ الْمُسْلِمِينَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ حَلَّلَ حَرَامًا» (٢).

و يؤكد الوجوب ما أرسل في بعض الكتب (٣) من زياده قوله: «إِلَّا مِنْ عَصَى اللَّهَ» في النبوى، بناءً على كون الاستثناء من المشروط عليه، لا من الشارط. هذا كله، مضافاً إلى عموم وجوب الوفاء بالعقد بعد كون الشرط كالجاء من ركن العقد.

خلافاً لظاهر الشهيد في اللمعه- و ربما ينسب إلى غيره- حيث قال: إنه لا يجب على المشروط عليه فعل الشرط، وإنما فائدته جعل البيع عرضةً للزوال (٤).

ص: ٦٢

١- (١) الوسائل ٣٠: ١٥، الباب ٢٠ من أبواب المهور، ذيل الحديث ٤.

٢- (٢) الوسائل ٥٠: ١٥، الباب ٤٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

٣- (٣) أرسل في المسالك ٢٧٤: ٣، و الروضه ٥٠٦: ٣، و عوائد الأيام: ١٣٢.

٤- (٤) اللمعه الدمشقيه: ١٣٠، و راجع التنقيح الرائع ٧١: ٢، حيث قال بعد احتمال الوجوب و عدمه في العتق المشروط: «و يحتمل الثانى و هو الأصح».

و وجهه-مع ضعفه-يظهر ممّا ذكره قدّس سرّه فى تفصيله المحكى فى الروضه عنه قدّس سرّه فى بعض تحقيقاته، و هو: أنّ الشرط الواقع فى العقد اللازم إن كان العقد كافياً فى تحقّقه و لا يحتاج بعده إلى صيغته فهو لازم لا يجوز الإخلال به كشرط الوكاله، و إن احتاج بعده إلى أمرٍ آخر وراء ذكره فى العقد كشرط العتق فليس بلازم، بل يقبل العقد اللازم جائزاً. و جعل السرّ فيه: أنّ اشتراط ما العقد كافٍ فى تحقّقه كجزءٍ من الإيجاب و القبول فهو تابعٌ لهما فى اللزوم و الجواز، و اشتراط ما سيوجد أمرٌ منفصلٌ عن العقد و قد علّق عليه العقد، و المعلّق على الممكن ممكناً، و هو معنى قلب اللازم جائزاً، انتهى.

قال فى الروضه-بعد حكاية هذا الكلام:- و الأقوى اللزوم مطلقاً و إن كان تفصيله أجود ممّا اختاره هنا (1).

أقول: ما ذكره قدّس سرّه فى بعض تحقيقاته ليس تفصيلاً (2) فى محلّ الكلام مقابلاً لما اختاره فى اللمعه؛ لأنّ الكلام فى اشتراط فعلٍ سائغٍ و أنّه هل يصير واجباً على المشروط عليه أم لا-؟ كما ذكره الشهيد فى المتن، فمثل اشتراط كونه و كيلاً- ليس إلّا كاشتراط ثبوت الخيار أو عدم ثبوته له، فلا يقال: إنّه يجب فعله أو لا يجب.

نعم، و جوب الوفاء بمعنى ترتّب (3) آثار ذلك الشرط المتحقّق بنفس العقد ممّا لا خلاف فيه، إذ لم يقل أحدٌ بعدم ثبوت الخيار أو

ص: ٦٣

١- (١) الروضه البهيه ٥٠٧: ٣: ٥٠٨.

٢- (٢) فى «ش»: «لا يحسن عدّه تفصيلاً».

٣- (٣) فى «ش»: «ترتيب».

آثار اللزوم بعد اشتراطهما في العقد.

و بالجمله، فالكلام هنا في اشتراط فعلٍ يوجد بعد العقد. نعم، كلام الشهيد في اللمعه أعم منه و من كل شرطٍ لم يُسلم لمشتراطه، و مراده تعذر الشرط.

و كيف كان، فمثل اشتراط الوكاله أو الخيار و عدمه خارج عن محلّ الكلام؛ إذ لا- كلام و لا خلاف في وجوب ترتب آثار الشرط عليه، و لا- في عدم انفساخ العقد بعدم ترتيب الآثار، و لا- في أنّ المشروط عليه يجبر على ترتيب الآثار. و إن شئت قلت: اشتراط الوكاله من اشتراط الغايات، لا المبادئ.

و ممّا ذكرنا يظهر: أنّ تأييد القول المشهور أو الاستدلال عليه بما في الغنيه: من الإجماع على لزوم الوفاء بالعقد (1) غير صحيح؛ لأنّه إنّما ذكر ذلك في مسأله اشتراط الخيار، و قد عرفت خروج مثل ذلك عن محلّ الكلام. نعم، في التذكرة: لو اشترى عبداً بشرط أن يعتقه المشتري صحّ البيع و لزم الشرط عند علمائنا أجمع (2).

ثمّ إنّ ما ذكره الشهيد قدّس سرّه: من أنّ «اشتراط ما سيوجد أمرٌ منفصلٌ و قد علّق عليه العقد.. إلخ» لا يخلو عن نظر؛ إذ حاصله أنّ الشرط قد علّق عليه العقد في الحقيقه و إن كان لا تعليق صوراً، فحاصل قوله: «بعتك هذا العبد على أن تعتقه» أنّ الالتزام بهذه المعاوضه معلقٌ على التزامك بالعتق، فإذا لم يلتزم بالإعتاق لم يجب

ص: ٦٤

١-١ (١) الغنيه: ٢١٥.

٢-٢ (٢) التذكرة: ٤٩٢.

على المشروط له الالتزام بالمعاوضه.

و فيه-مع أنّ المعروف بينهم: أنّ الشرط بمنزله الجزء من أحد العوضين، و أنّ مقتضى (1) القاعده اللفظيه فى العقد المشروط لا يقتضى هذا المعنى أيضاً، و أنّ رجوعه إلى التعليق على المحتمل يوجب عدم الجزم المفسد للعقد و إن لم يكن فى صورته التعليق:- أنّ لازم هذا الكلام-أعنى دعوى تعليق العقد على الممكن-ارتفاعه من رأس عند فقد الشرط لا انقلابه جائزاً.

ص: ٦٥

---

(١ - ١) لم ترد «مقتضى» فى «ش».

الثانيه (١) في أنه لو قلنا بوجوب الوفاء (٢) من حيث التكليف الشرعي، فهل يجبر عليه لو امتنع؟

ظاهر جماعه ذلك (٣).

و ظاهر التحرير خلافه، قال في باب الشروط: إنَّ الشرط إن تعلق [به (٤)] مصلحه المتعاقدين - كالأجل، و الخيار، و الشهاده، و التضمين، و الرهن، و اشتراط صفه مقصوده كالكتابه - جاز و لزم الوفاء.

ثم قال: إذا باع بشرط العتق صحَّ البيع و الشرط، فإن أعتقه المشتري، و إلَّا ففي إجباره و جهان: أقربهما عدم الإجمار (٥)، انتهى.

و في الدروس: يجوز اشتراط سائغ في العقد، فيلزم الشرط في

ص: ٦٦

١- ١) في «ق»: «المقام الثاني»، و هو من سهو القلم.

٢- ٢) في «ش» زياده: «به».

٣- ٣) منهم المحقق الثاني في جامع المقاصد ٤: ٤٢٣، و الشهيد الثاني في المسالك ٣: ٢٧٤، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣: ٢١٨.

٤- ٤) لم يرد في «ق»، و أثبتناه من المصدر. و في «ش»: «إن تعلق بمصلحه».

٥- ٥) التحرير ١: ١٨٠.

طرف المشتري عليه، فإن أُخِلَّ به فللمشترط (١) الفسخ، و هل يملك إجباره عليه؟ فيه نظر (٢)، انتهى.

و لا معنى للزوم الشرط إلّا وجوب الوفاء.

و قال فى التذكرة- فى فروع مسأله العبد المشترط عتقه:- إذا أعتقه المشتري فقد وفى بما وجب عليه- إلى أن قال:- و إن امتنع أجبر عليه إن قلنا: إنه حق لله تعالى، و إن قلنا: إنه حق للبائع لم يُجبر، كما فى شرط الرهن و الكفيل، لكن يتخير البائع فى الفسخ؛ لعدم سلامه ما شرط. ثم ذكر للشافعى وجهين فى الإيجاب و عدمه- إلى أن قال:-

و الأولى عندى الإيجاب فى شرط الرهن و الكفيل لو امتنع، كما لو شرط تسليم الثمن معجلاً فأهمل (٣)، انتهى.

و يمكن أن يستظهر هذا القول- أعنى الوجوب تكليفاً مع عدم جواز الإيجاب- من كل من استدل على صحه الشرط بعموم «المؤمنون» مع قوله بعدم وجوب الإيجاب، كالشيخ فى المبسوط، حيث استدل على صحه اشتراط عتق العبد المبيع بقوله صلى الله عليه و آله: «المؤمنون عند شروطهم».

ثم ذكر: أن فى إجباره على الاعتاق لو امتنع قولين: الوجوب؛ لأن عتقه قد استحق بالشرط، و عدم الوجوب و إنما يجعل له الخيار. ثم قال:

و الأقوى هو الثانى (٤)، [انتهى (٥)].

ص: ٦٧

١- ١) فى «ق»: «فللمشترى».

٢- ٢) الدروس ٢١٤: ٣.

٣- ٣) التذكرة ٤٩٢: ١.

٤- ٤) المبسوط ١٥١: ٢.

٥- ٥) لم يرد فى «ق».



فإنَّ ظهور النبويّ في الوجوب من حيث نفسه و من جهة القرائن المتّصله و المنفصله ممّا لا مساغ لإنكاره، بل الاستدلال به على صحّه الشرط عند الشيخ و من تبعه في عدم إفساد الشرط الفاسد يتوقّف ظاهراً على إرادته الوجوب منه؛ إذ لا تنافى حينئذٍ بين استحباب الوفاء بالشرط و فساده، فلا يدلّ استحباب الوفاء بالعتق المشروط في المبيع (١) على صحّته.

ثمّ إنّ الصيمري في غايه المرام قال: لا خلاف بين علمائنا في جواز اشتراط العتق؛ لأنّه غير مخالفٍ للكتاب و السنّه، فيجب الوفاء به، قال: و هل يكون حقّاً لله تعالى، أو للعبد، أو للبائع؟ يحتتمل الأوّل - إلى أن قال -: و يحتتمل الثالث، و هو مذهب العلّامة في القواعد و التحرير؛ لأنّه استقرب فيهما عدم إجبار المشتري على العتق، و هو يدلّ على أنّه حقٌّ للبائع. و على القول: بأنّه حقٌّ لله، يكون المطالبه للحاكم و يجبره مع الامتناع، و لا يسقط بإسقاط البائع. و على القول: بكونه للبائع، يكون المطالبه له و يسقط بإسقاطه، و لا - يجبر المشتري، و مع الامتناع يتخيّر المشتري (٢) بين الإمضاء و الفسخ. و على القول: بأنّه للعبد، يكون هو المطالب بالعتق، و مع الامتناع يرافعه إلى الحاكم ليجبره على ذلك، و كسبه قبل العتق للمشتري على جميع التقادير (٣)، انتهى.

و ظاهر استكشافه مذهب العلّامة قدّس سرّه عن حكمه بعدم الإيجاب

ص: ٦٨

١- ١) في «ش»: «البيع».

٢- ٢) في المصدر: «البائع»، و في «ش»: «المشترط».

٣- ٣) غايه المرام (مخطوط) ٣٠٤: ١.

أنَّ كلَّ شرطٍ يكون حقاً مختصاً للمشترط لا- كلام و لا- خلاف في عدم الإيجاب عليه، و هو ظاهر أوّل الكلام السابق في التذكّره. لكن قد عرفت قوله أخيراً: و الأولى أنّ له إجباره عليه و إن قلنا: إنّه حقٌّ للبائع (١).

و ما أبعد ما بين ما ذكره الصيمري و ما ذكره في جامع المقاصد و المسالك: من أنّه إذا قلنا بوجوب الوفاء فلا كلام في ثبوت الإيجاب، حيث قال: و اعلم أنّ في إجبار المشتري على الإعتاق و جهين:

أحدهما: العدم؛ لأنّ للبائع طريقاً آخر للتخلّص (٢) و هو الفسخ. و الثاني:

له ذلك؛ لظاهر قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و «المؤمنون عند شروطهم إلّا من عصى الله» و هو الأوجه (٣)، انتهى.

و في المسالك جعل أحد القولين ثبوت الخيار و عدم وجوب الوفاء، مستدلاً له بأصالة عدم وجوب الوفاء، و القول الآخر وجوب الوفاء بالشرط، و استدللّ له: بعموم الأمر بالوفاء [بالعقد (٤)]، و المؤمنون عند شروطهم إلّا من عصى الله، انتهى (٥).

و ظاهره: وحده الخلاف في مسألتى وجوب الوفاء و التسلّط على الإيجاب. كما أنّ ظاهر الصيمري: الاتّفاق على وجوب الوفاء، بل و على

ص: ٦٩

١-١) راجع الصفحة ٦٧.

٢-٢) في «ق»: «الفسخ»، و الظاهر أنّه من سهو القلم.

٣-٣) جامع المقاصد ٤:٢٢٢.

٤-٤) كذا في «ش» و المصدر، و في «ق»: «بالشرط».

٥-٥) المسالك ٣:٢٧٤.

عدم الإيجاب فيما كان حقًا مختصًا (١) للبائع. و الأظهر في كلمات الأصحاب وجود الخلاف في المسألتين.

و كيف كان، فالأقوى ما اختاره جماعه (٢): من أنّ للمشروط [له (٣)] إجبار المشروط عليه؛ لعموم وجوب الوفاء بالعقد و الشرط، فإنّ العمل بالشرط ليس إلّا كتسليم العوضين، فإنّ المشروط له قد ملك الشرط على المشروط عليه بمقتضى العقد المقرون بالشرط، فيجبر على تسليمه.

و ما في جامع المقاصد: من توجيه عدم الإيجاب: بأنّ له طريقاً إلى التخلّص بالفسخ، ضعيفٌ في الغايه؛ فإنّ الخيار إنّما شرّع بعد تعدّر الإيجاب دفعاً للضرر.

و قد يتوهم: أنّ ظاهر الشرط هو فعل الشيء اختياراً، فإذا امتنع المشروط عليه فقد تعدّر الشرط، و حصول الفعل منه كرهاً غير ما شرط (٤) عليه، فلا ينفع في الوفاء بالشرط.

و يندفع: بأنّ المشروط هو نفس الفعل مع قطع النظر عن الاختيار، و الإيجاب إنّما يعرض له من حيث إنّه فعلٌ واجبٌ عليه، فإذا أُجبر فقد اجبر على نفس الواجب. نعم، لو صرّح باشتراط صدور الفعل عنه اختياراً و عن رضاً منه لم ينفع إجباره في حصول الشرط.

ص : ٧٠

١ - ١) في محتمل «ق»: «محضاً».

٢ - ٢) منهم المحقق الثاني في جامع المقاصد ٤: ٤٢٣، و الشهيد الثاني في المسالك ٣: ٢٧٤، و المحقق السبزواري في الكفاية: ٩٧، و النراقي في العوائد: ١٣٧، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣: ٢١٨.

٣ - ٣) لم يرد في «ق».

٤ - ٤) في «ش»: «اشترط».

## الثالثة فى أنه هل للمشروط له الفسخ مع التمكّن من الإِجار فىكون مختيراً بينهما، أم لا يجوز له الفسخ إلا مع تعذّر الإِجار؟

ظاهر الروضه (١) و غير واحد (٢) هو الثانى. و صريح موضع من التذكرة هو الأول، قال: لو باعه شيئاً بشرط أن يبيعه آخر أو يقرضه بعد شهرٍ أو فى الحال لزمه الوفاء بالشرط، فإن أُخِلَّ به لم يطل البيع، لكن يتخير المشتري بين فسخه للبيع و بين إلزامه بما شرط (٣)، انتهى.

و لا نعرف مستنداً للخيار مع التمكّن من الإِجار؛ لما عرفت: من أن مقتضى العقد المشروط هو العمل على طبق الشرط اختياراً أو قهراً.

إلّا أن يقال: إنّ العمل بالشرط حقٌّ لازمٌ على المشروط عليه، يجبر عليه إذا بنى المشروط له على الوفاء بالعقد، و أمّا إذا أراد الفسخ

ص: ٧١

١- (١) راجع الروضه ٥٠٦:٣.

٢- (٢) كالمحقق السبزواری فى الكفايه: ٩٧، و النراقى فى العوائد: ١٣٧، و صاحب الجواهر فى الجواهر ٢١٩:٢٣.

٣- (٣) التذكرة ٤٩٠:١.

لامتناع المشروط عليه عن الوفاء بالعقد على الوجه الذى وقع عليه، فله ذلك، فيكون ذلك بمنزلة تقايل من الطرفين عن تراضٍ منهما.

و هذا الكلام لا يجرى مع امتناع أحدهما عن تسليم أحد العوضين ليجوز للآخر فسخ العقد؛ لأنّ كلاً منهما قد ملك ما فى يد الآخر، و لا يخرج عن ملكه بعدم تسليم صاحبه، فيجبران على ذلك. بخلاف الشرط، فإنّ المشروط (1) حيث فرض فعلاً كالإعتاق فلا معنى لتملكه، فإذا امتنع المشروط عليه عنه فقد نقض العقد، فيجوز للمشروط له أيضاً نقضه، فتأمل.

ثمّ على المختار: من عدم الخيار إلّا مع تعذر الإيجاب، لو كان الشرط من قبيل الإنشاء القابل للنيابة، فهل يوقعه الحاكم عنه إذا فرض تعذر إجباره؟ الظاهر ذلك؛ لعموم ولاية السلطان على الممتنع، فيندفع ضرر المشروط له بذلك.

ص: ٧٢

---

(١ - ١) فى «ق» زياده: «له»، وهى من سهو القلم.

## الرابعه لو تعذر الشرط فليس للمشتري

الرابعه لو تعذر الشرط فليس للمشتري (١) إلّا الخيار، لعدم دليلٍ على الأرش،

فإنّ الشرط في حكم القيد لا يقابل بالمال، بل المقابله عرفاً و شرعاً إنّما هي بين المالين، و التقييد أمرٌ معنويٌّ لا يُعدّ مالاً و إن كانت ماله المال تزيد و تنقص بوجوده و عدمه، و ثبوت الأرش في العيب لأجل النصّ.

و ظاهر العلامه قدّس سرّه: ثبوت الأرش إذا اشترط عتق العبد فمات العبد قبل العتق (٢).

و تبعه الصيمري فيما إذا اشترط تدبير العبد، قال: فإن امتنع من تدبيره تخير البائع بين الفسخ و استرجاع العبد و بين الإمضاء، فيرجع بالتفاوت بين قيمته لو بيع مطلقاً و قيمته بشرط التدبير (٣)، انتهى.

و مراده ب«التفاوت»: مقدار جزءٍ من الثمن نسبته إليه كنسبه

ص: ٧٣

١-١) في «ش»: «للمشترط».

٢-٢) راجع التذكرة ١:٤٩٢.

٣-٣) غايه المرام (مخطوط) ١:٣٠٥.

التفاوت إلى قيمه، لا تمام التفاوت؛ لأنَّ للشرط قسطاً من الثمن، فهو مضمونٌ به لا بتمام قيمته، كما نصَّ عليه في التذكرة (١).

و ضعّف في الدروس (٢) قول العلامة بما ذكرنا: من أنّ الثمن لا يقسّط على الشروط.

و أضعف منه ثبوت الأرش بمجرد امتناع المشتري عن الوفاء بالشرط و إن لم يتعدّر، كما عن الصيمري (٣).

و لو كان الشرط عملاً من المشروط عليه يُعدّ مالاً و يقابل بالمال - كخياطه الثوب - فتعدّر، ففي استحقاق المشروط له لأجرته أو مجرد ثبوت الخيار له، وجهان.

قال في التذكرة: لو شرط على البائع عملاً سائغاً تخيّر المشتري بين الفسخ و المطالبه به أو بعوضه إن فات وقته و كان ممّا يتقوّم، كما لو شرط تسليم الثوب مصبوغاً فأتاه به غير مصبوغ و تلف في يد المشتري، و لو لم يكن ممّا يتقوّم تخيّر بين الفسخ و الإمضاء مجاناً (٤)، انتهى.

و قال أيضاً: لو كان الشرط على المشتري مثل أن باعه داره بشرط أن يصبغ له ثوبه فتلف الثوب، تخيّر البائع بين الفسخ و الإمضاء بقيمه الفائت إن كان ممّا له قيمة، و إلّا مجاناً (٥)، انتهى.

ص: ٧٤

١-١) راجع التذكرة ١:٤٩٢.

٢-٢) الدروس ٣:٢١٦.

٣-٣) راجع غايه المرام (مخطوط) ١:٣٠٥.

٤-٤) التذكرة ١:٤٩١.

٥-٥) التذكرة ١:٤٩١.

و الظاهر أنّ مراده ب«ما يتقوّم» ما يتقوّم في نفسه، سواء كان عملاً- محضاً كالخياطة، أو عيناً كمال العبد المشترط معه، أو عيناً و عملاً كالصبيغ، لا ما له مدخل في قيمه العوض؛ إذ كلّ شرط كذلك.

و ما ذكره قدّس سرّه لا يخلو عن وجهٍ و إن كان مقتضى المعاوضه بين العوضين بأنفسهما كون الشرط-مطلقاً-قيداً غير مقابلٍ بالمال، فإنّ المبيع هو الثوب المخيط و العبد المصاحب للمال لا الثوب و الخياطة و العبد و ماله؛ و لذا لا يشترط قبض ما بإزاء المال من النقدين في المجلس لو كان من أحدهما. و سيّجىء في المسأله السابعه المعامله مع بعض الشروط معامله الأجزاء (1).

ص: ٧٥

---

(١-١) انظر الصفحه ٨١.



## الخامسة لو تعذر الشرط و قد خرج العين عن سلطنه المشروط عليه بتلف أو بنقل أو رهن أو استيلاء،

فالظاهر عدم منع ذلك عن الفسخ. فإذا فسخ ففي رجوعه عليه بالقيمه، أو بالعين مع بقائها بفسخ العقد الواقع عليه من حينه، أو من أصله، وجوه تقدمت (١) في أحكام الخيار، و تقدم (٢): أن الأقوى الرجوع بالبدل؛ جمعاً بين الأدله.

هذا كله مع صحه العقد الواقع، بأن لا يكون منافياً للوفاء بالشرط.

و أمّا لو كان منافياً- كبيع ما اشترط وقفه على البائع- ففي صحته مطلقاً أو مع إذن المشروط له أو إجازته، أو بطلانه، وجوه خيرها أو سطها.

فلو باع بدون إذنه كان للمشروط [له (٣)] فسخه و إلزامه بالوفاء

ص: ٧٤

---

١- ١) كذا في «ق»، و لم يتقدم البحث عن أحكام الخيار، بل يأتي عن قريب بعد حكم الشرط الفاسد. و الحمل على سهو القلم أيضاً بعيد، و لعله كان متقدماً في المسوده. و لذلك غيرهما مصحح «ش» ب «يأتي»، و انظر الصفحه ١٥٢.

٢- ٢) كذا في «ق»، و لم يتقدم البحث عن أحكام الخيار، بل يأتي عن قريب بعد حكم الشرط الفاسد. و الحمل على سهو القلم أيضاً بعيد، و لعله كان متقدماً في المسوده. و لذلك غيرهما مصحح «ش» ب «يأتي»، و انظر الصفحه ١٥٢.

٣- ٣) لم يرد في «ق».

بالشرط. نعم، لو لم نقل بإجبار المشروط عليه فالظاهر صحّحه العقد الثاني.

فإذا فسخ المشروط له، ففي انفساخ العقد من حينه، أو من أصله، أو الرجوع بالقيمه، وجوه، رابعها: التفصيل بين التصرف بالعتق فلا يبطل -لبنائه على التغليب- فيرجع بالقيمه، وبين غيره فيبطل، اختاره في التذكرة و الروضه.

قال في فروع مسأله العبد المشترط عتقه بعد ما ذكر: أن إطلاق اشتراط العتق يقتضى عتقه مجاناً، فلو أعتقه بشرط الخدمة مدّة، تخير المشروط له بين الإمضاء و الفسخ فيرجع بقيمه العبد. قال بعد ذلك:

و لو باعه المشتري أو وقفه أو كاتبه تخير البائع بين الفسخ و الإمضاء، فإن فسخ بطلت (١) العقود؛ لوقوعها في غير ملك تام، و تفارق (٢) هذه العتق بشرط الخدمة (٣)؛ لأنّ العتق مبنئ على التغليب، فلا سبيل إلى فسخه. و هل له إمضاء البيع مع طلب فسخ ما نقله المشتري؟ فيه احتمال (٤)، انتهى. و مثله ما في الروضه (٥).

و قال في الدروس في العبد المشروط عتقه: و لو أخرجه عن ملكه ببيع أو هبه أو وقف، فللبائع فسخ ذلك كلّ (٦)، انتهى. و ظاهره

ص: ٧٧

١-١) في «ش» و المصدر زياده: «هذه».

٢-٢) في «ش»: «تخالف».

٣-٣) لم ترد «الخدمه» في المصدر.

٤-٤) التذكرة ١: ٤٩٢، ٤٩٣.

٥-٥) راجع الروضه البهيّه ٥٠٦: ٣.

٦-٦) الدروس ٢١٦: ٣.

ما اخترناه، و يحتمل ضعيفاً غيره.

و في جامع المقاصد: الذي ينبغي، أنّ المشتري ممنوع من كلّ تصرّفٍ ينافي العتق المشتري (١).

ثمّ إنّ هذا الخيار كما لا يسقط بتلف العين كذلك لا يسقط بالتصرّف فيها، كما نبه عليه في المسالك في أوّل خيار العيب فيما لو اشترط الصحّح على البائع (٢).

نعم، إذا دلّ التصرّف على الالتزام بالعقد [لزم العقد و سقط الخيار (٣)] نظير خيار المجلس و الحيوان بناءً على ما استفيد من بعض أخبار خيار الحيوان المشتمل على سقوط خياره بالتصرّف، معللاً بحصول الرضا بالعقد. و أمّا مطلق التصرّف فلا.

ص: ٧٨

---

١- ١) جامع المقاصد ٤:٤٢٦.

٢- ٢) المسالك ٣:٢٨٢.

٣- ٣) لم يرد في «ق».

## السادسه للمشروط له إسقاط شرطه إذا كان ممًا يقبل الإسقاط،

لا مثل اشتراط مال العبد، أو حمل الدابه؛ لعموم ما تقدّم في إسقاط الخيار و غيره من الحقوق.

وقد يُستثنى من ذلك ما كان حقًا لغير المشروط له كالعق، فإنّ المصرّح به في كلام جماعة - كالعلامة و ولده و الشهيدين و غيرهم - عدم سقوطه بإسقاط المشروط له.

قال في التذكرة: الأقوى عندي أنّ العتق المشروط اجتمع فيه حقوق: حقٌّ لله، و حقٌّ للبائع، و حقٌّ آخر للعبد. ثم استقرب - بناءً على ما ذكره - مطالبه العبد بالعتق لو امتنع المشتري (١).

و في الإيضاح: الأقوى أنه حقٌّ للبائع و لله تعالى، فلا يسقط بالإسقاط (٢)، انتهى.

و في الدروس: لو أسقط البائع الشرط جاز إلّا العتق، لتعلق حقّ

ص: ٧٩

١-١) التذكرة ٤٩٢:١.

١-٢) الإيضاح ٥١٤:١.

العبد و حقّ الله تعالى به (١)، انتهى.

□  
و في جامع المقاصد: أنّ التحقيق أنّ العتق فيه معنى القربه و العباده و هو حقّ الله تعالى، و زوال الحجر و هو حقّ للعبد، و فوات المائيه على الوجه المخصوص للقربه و هو حقّ البائع (٢)(٣)، انتهى.

أقول: أمّا كونه حقّاً للبائع من حيث تعلّق غرضه بوقوع هذا الأمر المطلوب للشارع، فهو واضح. و أمّا كونه حقّاً للعبد، فإنّ أُريد به مجرد انتفاعه بذلك فهذا لا يقتضى سلطنته له على المشتري، بل هو متفرّع على حقّ البائع دائرٌ معه وجوداً و عدماً. و إن أُريد به ثبوت حقّ على المشتري يوجب السلطنته على المطالبه فلا دليل عليه، و دليل الوفاء لا يوجب إلّا ثبوت الحقّ للبائع.

و بالجملة، فاشتراط عتق العبد ليس إلّا كاشتراط أن يبيع المبيع من زيدٍ بأدون من ثمن المثل أو يتصدّق به عليه، و لم يذكر أحدٌ أنّ لزيدٍ المطالبه.

□  
و ممّا ذكر يظهر الكلام في ثبوت حقّ الله تعالى، فإنّه إن أُريد به مجرد وجوبه عليه لأنّه وفاءٌ بما شرط العباد بعضهم لبعض فهذا جارٍ في كلّ شرطٍ، و لا ينافي ذلك سقوط الشروط بالإسقاط. و إن أُريد ما عدا ذلك من حيث كون العتق مطلوباً لله - كما ذكره جامع المقاصد - ففيه:

□  
أنّ مجرد المطلوبه إذا لم يبلغ حدّ الوجوب لا - يوجب الحقّ لله على وجه يلزم به الحاكم، و لا - وجوب هنا من غير جهة وجوب الوفاء بشروط العباد و القيام بحقوقهم. و قد عرفت أنّ المطلوب غير هذا، فافهم.

ص: ٨٠

١-١) الدروس ٢١٦:٣.

٢-٢) في «ش» و المصدر: «للبياع».

٣-٣) جامع المقاصد ٤٢١:٤.

## السابعه قد عرفت أن الشرط من حيث هو شرط لا يقسَط عليه الثمن عند انكشاف التخلف على المشهور؛

لعدم الدليل عليه بعد عدم دلالة العقد عرفاً على مقابله أحد العوضين إلّا بالآخر، و الشرع لم يزد على أن أمر (١) بالوفاء بذلك المدلول العرفي، فتخلف الشرط لا يقدر في تملك كل منهما لتمام العوضين.

هذا، و لكن قد يكون الشرط تضمن المبيع لما هو جزء له حقيقة، بأن يشتري مركباً و يشترط كونه (٢) كذا و كذا جزءاً، كأن يقول: بعثك هذه الأرض أو الثوب أو الصبره على أن يكون كذا ذراعاً أو صاعاً، فقد جعل الشرط تركبه من أجزاء معينه.

فهل يلاحظ حينئذ جانب القيدية و يقال: إن المبيع هو العين الشخصيه المتصفه بوصف كونه كذا جزءاً، فالتخلف هو قيد من قيود العين - كالكتابه و نحوها في العبد - لا يوجب فواتها إلّا خياراً بين الفسخ و الإمضاء بتمام الثمن؟

ص: ٨١

١-١) كذا في «ق»، و في «ش»: «لم يزد على ذلك إذ أمره».

٢-٢) في «ق»: «كونها»، و هو سهو.

أو يلاحظ جانب الجزئية؛ فإنّ المذكور و إن كان بصورة القيد إلّا أنّ منشأ انتزاعه هو وجود الجزء الزائد و عدمه، فالمبيع فى الحقيقه هو كذا و كذا جزءاً، إلّا أنّه عبّر عنه بهذه العبارة، كما لو أخبره بوزن المبيع المعين فباعه اعتماداً على إخباره، فإنّ وقوع البيع على العين الشخصيّة لا- يوجب عدم تقسيط الثمن على الفئات. و بالجمله، فالفئات عرفاً و فى الحقيقه هو الجزء و إن كان بصورة الشرط، فلا يجرى فيه ما مرّ: من عدم التقابل إلّا بين نفس العوضين؟ و لأجل ما ذكرنا وقع الخلاف فيما لو باعه أرضاً على أنّها جُربانٌ معيّنه، أو صبره على أنّها أصوغٌ معيّنه.

و تفصيل ذلك: العنوان الذى ذكره فى التذكرة بقوله: لو باعه شيئاً و شرط فيه قدرأ معيّناً فتبين الاختلاف من حيث الكمّ، فأقسامه أربعة:

لأنّه إمّا أن يكون مختلف الأجزاء أو متّفقها، و على التقديرين: فإمّا أن يزيد و إمّا أن ينقص (١).

فالأوّل: تبين النقص فى متساوى الأجزاء. و لا- إشكال فى الخيار، و إنّما الإشكال و الخلاف فى أنّ له الإمضاء بحصّته (٢) من الثمن، أو ليس له الإمضاء إلّا بتمام الثمن.

فالمشهور- كما عن غايه المرام (٣)- هو الأوّل، و قد حكى عن المبسوط و الشرائع و جملة من كتب العلّامة و الدروس و التنقيح و الروضه

ص: ٨٢

---

١- ١) الى هنا تمّ ما ذكره عن التذكرة مع تفاوت، راجع التذكرة ١: ٤٩٤.

٢- ٢) فى «ش»: «بحصّته».

٣- ٣) حكاة السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ٧٤٤، و راجع غايه المرام (مخطوط) ١: ٣٠٩.

و ظاهر السرائر و إيضاح النافع (١) حيث اختاراً ذلك في مختلف الأجزاء، فيكون كذلك في متساوى الأجزاء بطريقٍ أولى. و يظهر من استدلال بعضهم على الحكم في مختلف الأجزاء كونه في متساوى الأجزاء مفروغاً عنه. و عن مجمع البرهان: أنه ظاهر القوانين الشرعية (٢).

و وجهه-مضافاً إلى فحوى الرواية الآتية في القسم الثاني- ما أشرنا إليه: من أن كون المبيع الشخصى بذلك المقدار و إن كان بصورة الشرط، إلا أن مرجعه إلى كون المبيع هذا القدر، كما لو كالا طعاماً فاشتره فتبين الغلط في الكيل، و لا يرتاب أهل العرف في مقابله الثمن لمجموع المقدار المعين المشترط هنا.

خلافاً لصريح القواعد (٣) و محكى الإيضاح (٤). و قواه في محكى حواشى الشهيد و الميسيه (٥) و الكفايه (٦). و استوجهه في المسالك (٧). و يظهر

ص: ٨٣

---

١- ١) حكى عنهم جميعاً السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٧٤٤، و راجع المبسوط ٢:١٥٥، و الشرائع ٢:٣٥، و التحرير ١:١٧٧، و التبصره: ١٠٠، الفصل الثامن فى التسليم، و المختلف ٥:٢٦٧-٤:٢٦٨، و الدروس ٣:١٩٨، و التنقيح الرائع ٢:٧٦، و الروضه ٣:٢٦٧، و السرائر ٢:٣٧٧، و إيضاح النافع (مخطوط) لا يوجد لدينا.

٢- ٢) مجمع الفائده ٨:٥٣٠.

٣- ٣) القواعد ٢:٩٢-٣:٩٣.

٤- ٤) حكاه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٧٤٤، و راجع إيضاح الفوائد ١:٥١٧.

٥- ٥) حكاه عنهما السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٧٤٤، و لا يوجدان لدينا.

٦- ٦) كفايه الأحكام: ٩٠، و فيه: «الأقرب..».

٧- ٧) المسالك ٣:٢٨٠.



من جامع المقاصد (١) أيضاً؛ لأن المبيع هو الموجود الخارجى كائناً ما كان، غايه الأمر أنه التزم أن يكون بمقدارٍ معيّن، و هو وصفٌ غير موجودٍ فى المبيع، فأوجب الخيار، كالكتابه المفقوده فى العبد. و ليس مقابل الثمن نفس ذلك المقدار؛ لأنه غير موجودٍ فى الخارج؛ مع أن مقتضى تعارض الإشاره و الوصف غالباً ترجيح الإشاره عرفاً، فأرجاع قوله: «بعتك هذه الصبره على أنها عشره أصوع» إلى قوله: «بعتك عشره أصوع موجوده فى هذا المكان» تكلف.

و الجواب: أن كونه من قبيل الشرط مسلّم، إلا أن الكبرى و هى:

«أن كل شرطٍ لا- يوزع عليه الثمن» ممنوعه؛ فإنّ المستند فى عدم التوزيع عدم المقابله عرفاً، و العرف حاكمٌ فى هذا الشرط بالمقابله، فتأمل.

الثانى: تبين النقص فى مختلف الأجزاء. و الأقوى فيه ما ذكر من التقسيط مع الإمضاء، وفاقاً للأكثر؛ لما ذكر سابقاً: من قضاء العرف بكون ما انتزع منه الشرط جزءاً من المبيع، مضافاً إلى خبر ابن حنظله: «رجلٌ باع أرضاً على أنها عشره أجره، فاشتري المشتري منه بحدوده و نقد الثمن و أوقع صفقه البيع و افترقا، فلما مسح الأرض فإذا هى خمسه أجره؟ قال: فإن شاء استرجع فضل ماله و أخذ الأرض، و إن شاء ردّ المبيع و أخذ المال كله، إلا أن يكون له إلى جنب تلك الأرض أرضون فليوفه (٢)، و يكون البيع لازماً، فإن لم يكن له فى

ص: ٨٤

١- ١) جامع المقاصد ٤:٤٢٨ و ٤٣٠.

٢- ٢) كذا فى «ق»، و فى «ش»: «فليوفه» مثل التهذيب و فى الفقيه: «فيوفيه»، و فى الوسائل: «فليؤخذ».

ذلك المكان غير الذى باع، فإن شاء المشتري أخذ الأرض و استرجع فضل ماله، وإن شاء ردّ الأرض و أخذ المال كله..الخبر»  
(١).

و لا بأس باشماله على حكم مخالفٍ للقواعد؛ لأنّ غايه الأمر على فرض عدم إمكان إرجاعه إليها و مخالفه ظاهره للإجماع طرح ذيله الغير المسقط لصدوره عن الاحتجاج.

خلافاً للمحكى عن المبسوط (٢) و جميع من قال فى الصورة الأولى بعدم التقسيط (٣)؛ لما ذكر هناك: من كون المبيع عيناً خارجياً لا- يزيد و لا ينقص لوجود الشرط و عدمه، و الشرط التزام من البائع يكون تلك العين بذلك المقدار، كما لو اشترط حمل الدابّة أو مال العبد فتبيّن عدمهما. و زاد بعض هؤلاء (٤) [على (٥)] ما فوّق به فى المبسوط بين الصورتين (٦): بأنّ الفئات هنا لا يعلم قسطه من الثمن؛ لأنّ المبيع مختلف الأجزاء، فلا يمكن قسمته على عدد الجُربان.

و فيه مضافاً إلى (٧) أنّ عدم معلوميّه قسطه لا يوجب عدم

ص: ٨٥

---

١- ١) ما نقله قدّس سرّه هو الحديث بتمامه، و لا وجه لزياده «الخبر»، راجع الوسائل ١٢:٣٦١، الباب ١٤ من أبواب الخيار، الحديث الأوّل.

٢- ٢) المبسوط ١٥٤:٢.

٣- ٣) تقدّم عنهم فى الصفحه ٨٣.

٤- ٤) كالمحقّق الثانى فى جامع المقاصد ٤:٤٢٨، و الشهيد الثانى فى المسالك ٣: ٢٧٨.

٥- ٥) اقتضاه السياق.

٦- ٦) المبسوط ١٥٥:٣.

٧- ٧) لم يرد «مضافاً إلى» فى «ش».

استحقاق المشتري ما يستحقه على تقدير العلم، فيمكن التخلّص بصلح أو نحوه، إلّا أن يدعى استلزام ذلك جهاله ثمن المبيع في ابتداء العقد، مع عدم إمكان العلم به عند الحاجة إلى التقسيط، وفيه نظرٌ (١) -: منع عدم المعلوميّة؛ لأنّ الفأث صفه كون هذه الأرض المعينه المشخصه عشره أجره، و يحصل فرضه - و إن كان المفروض مستحيل الوقوع - بتضاعف كلّ جزء من الأرض؛ لأنّه معنى فرض نفس الخمسه عشره. و فرضه أيضاً بصيروره ثلاثه منها ثمانيه أو أربعه تسعه أو واحد سته أو غير ذلك و إن كان ممكناً، إلّا أنّه لا يقدر (٢) مع فرض تساوى قطاع الأرض، و مع اختلافها فظاهر الترام كونها عشره مع رؤيه قطاعها المختلفه أو وصفها له يقضى بلزوم كون كلّ جزء منها مضاعفاً على ما هو عليه من الصفات المرثيه أو الموصوفه.

ثمّ إنّ المحكى عن الشيخ العمل بذيل الروايه المذكوره (٣)، و نفى عنه البعد في التذكره (٤) معللاً: بأنّ القطعه المجاوره للمبيع أقرب إلى المثل من الأرش.

و فيه - مع منع كون نحو الأرض مثلياً -: أنّ الفأث لم يقع

ص: ٨٤

١ - ١) لم ترد «نظر» في «ش».

٢ - ٢) كذا في «ق»، و في «ش»: «لا ينفع».

٣ - ٣) و هو المعبر عنه في بعض الكتب مثل المسالك ٣: ٢٧٨ بالقول الثالث للشيخ المحكى عن نهايته، و راجع النهايه: ٤٢٠.

٤ - ٤) التذكره ٤٩٤: ١.

المعاوضه عليه فى ابتداء العقد، وقسطه من الثمن باقٍ فى ملك المشتري، و ليس مضموناً على البائع حتى يقدم مثله على قيمته. و أما الشيخ قدس سره فالظاهر استناده فى ذلك إلى الروايه.

الثالث: أن تتبين الزيادة عمياً شرط على البائع. فإن دلت القرينه على أن المراد اشتراط بلوغه بهذا المقدار لا- بشرط عدم الزيادة، فالظاهر أن الكل للمشتري و لا خيار. و إن أُريد ظاهره- و هو كونه شرطاً للبائع من حيث عدم الزيادة و عليه من حيث عدم النقيصه- ففي كون الزيادة للبائع و تخير المشتري للشركه، أو تخير البائع بين الفسخ و الإجازة لمجموع الشئ بالثمن، و جهان:

من أن مقتضى ما تقدم- من أن اشتراط بلوغ المقدار المعين بمنزله تعلق البيع به فهو شرطٌ صورته و له حكم الجزء عرفاً:-

أن اشتراط عدم الزيادة على المقدار المعين هنا بمنزله الاستثناء و إخراج الزائد عن المبيع (1).

و من الفرق بينهما: بأن اشتراط عدم الزيادة شرطٌ عرفاً، و ليس بمنزله الاستثناء، فتخلفه لا يوجب إلأ الخيار.

و لعلّ هذا أظهر، مضافاً إلى إمكان الفرق بين الزيادة و النقيصه -مع اشتراكهما لكون (2) مقتضى القاعده فيهما كونهما من تخلف الوصف لا- نقص الجزء أو زيادته:- بورود النص المتقدم فى النقيصه، و يبقى الزيادة على مقتضى الضابطه؛ و لذا اختار الاحتمال الثانى بعض من قال

ص: ٨٧

١- ١) فى ظاهر «ق»: «البيع».

٢- ٢) كذا فى «ق»، و فى «ش»: «فى كون».

بالتفسيط في طرف (١) النقيصه (٢).

و قد يحكى عن المبسوط القول بالبطلان هنا (٣)؛ لأنّ البائع لم يقصد بيع الزائد و المشتري لم يقصد شراء البعض. و فيه تأمل.

الرابع (٤): أن تتبين الزيادة في مختلف الأجزاء، و حكمه يعلم ممّا ذكرنا.

ص: ٨٨

---

١-١) في «ش»: «أطراف».

٢-٢) مثل صاحب الجواهر، انظر الجواهر ٢٣:٢٣٢ و راجع مفتاح الكرامه ٤:٧٤٣.

٣-٣) لم نعثر على الحاكي عنه في متساوى الأجزاء، نعم حكى عنه في مختلف الأجزاء، راجع مفتاح الكرامه ٤:٧٤٣، و المبسوط ١٥٢:٢-١٥٥.

٤-٤) في «ق»: «الرابعه». و هو سهو.

[مسألة] (١) في حكم الشرط الفاسد

[و الكلام فيه يقع في أمور:] (٢)

[الأول] (٣) [أن الشرط الفاسد] (٤) لا تأمل في عدم وجوب الوفاء به،

بل هو داخل في الوعد، فإن كان العمل به مشروعاً استحَبَّ الوفاء به على القول بعدم فساد أصل العقد.

و لا تأمل أيضاً في أن الشرط الفاسد لأجل الجهالة يفسد العقد؛ لرجوع الجهالة فيه إلى جهالة أحد العوضين، فيكون البيع غرراً.

و كذا لو كان الاشتراط موجباً لمحدورٍ آخر في أصل البيع، كاشتراط بيع المبيع من البائع ثانياً؛ لأنه موجب للدور، أو لعدم القصد إلى البيع الأول، أو للتعبّد من أجل الإجماع أو النصّ. و كاشتراط جعل

ص: ٨٩

١-١) العنوان منّا.

٢-٢) ما بين المعقوفات لم يرد في «ق»، و أثبتناه من «ش» لاقتضاء السياق له.

٣-٣) ما بين المعقوفات لم يرد في «ق»، و أثبتناه من «ش» لاقتضاء السياق له

٤-٤) ما بين المعقوفات لم يرد في «ق»، و أثبتناه من «ش» لاقتضاء السياق له

الخشب المبيع صنماً؛ لأنَّ المعامله على هذا الوجه أكلٌ للمال بالباطل، و لبعض الأخبار (١).

و إنّما الإشكال فيما كان فساده لا- لأمرٍ مخلٍّ بالعقد، فهل يكون مجرد فساد الشرط موجباً لفساد العقد أم يبقى العقد على الصحّة؟ قولان:

حكى أولهما (٢) عن الشيخ (٣) و الإسكافي (٤) و ابن البرّاج (٥) و ابن سعيد (٦)، و ثانيهما للعلّامه (٧) و الشهيدين (٨) و المحقّق الثاني (٩) و جماعه مّمن تبعهم (١٠).

ص: ٩٠

١- (١) راجع الوسائل ١٢٧:١٢، الباب ٤١ من أبواب ما يكتسب به.

٢- (٢) كذا في النسخ، و لكن المحكّي في الموردین عكس ذلك، كما تبه عليه الشهيدى فى حاشيته بقوله: «ينبغى أن يقول ثانيهما عن الشيخ و الإسكافي و ابن البرّاج و ابن سعيد، و أولهما للعلّامه إلى آخره، فراجع كلماتهم» هدايه الطالب: ٥٨٠، و راجع مفتاح الكرامه ٧٣٢:٤، و الجواهر ٢١١:٢٣.

٣- (٣) المبسوط ١٤٩:٢.

٤- (٤) حكاه عنه العلّامه فى المختلف ٢٩٨:٥.

٥- (٥) حكاه عنه العلّامه أيضاً فى المختلف ٢٩٨:٥، و لم نعثر عليه فيما بأيدينا من كتبه، بل الموجود فى المهذّب ٣٨٩:١ الحكم بالفساد.

٦- (٦) الجامع للشرائع: ٢٧٢.

٧- (٧) راجع المختلف ٢٩٨:٥، و القواعد ٩٠:٢، و غيرهما من كتبه.

٨- (٨) راجع الدروس ٢١٤-٣:٢١٥، و اللعه و شرحها (الروضه البهيه) ٣:٥٠٥، و المسالك ٢٧٣:٣.

٩- (٩) جامع المقاصد ٤٣١:٤.

١٠- (١٠) منهم الفاضل المقداد فى التنقيح ٧٠:٢ و ٧٤، و المحقّق الأردبيلى ١٤٨:٨، و المحقّق السبزوارى فى الكفايه: ٩٧، و راجع تفصيل ذلك فى مفتاح الكرامه ٣٣٢:٤.

و ظاهر ابن زهره فى الغنيه: التفصيل بين الشرط الغير المقذور كصيوروه الزرع سنبلاً و البسر تمراً، و بين غيره من الشروط الفاسده، فادعى فى الأوّل عدم الخلاف فى الفساد و الإفساد (١). و مقتضى التأمل فى كلامه: أنّ الوجه فى ذلك صيوروه المبيع غير مقذور على تسليمه، و لو صحّ ما ذكره من الوجه خرج هذا القسم من الفاسد عن محلّ الخلاف؛ لرجوعه - كالشرط المجهول - إلى ما يوجب اختلال بعض شروط العوضين.

لكن صريح العلّامه فى التذكرة: وقوع الخلاف فى الشرط الغير المقذور، و مثله بالمثاليين المذكورين، و نسب القول بصحّ العقد إلى بعض علمائنا (٢).

و الحقّ: أنّ الشرط الغير المقذور من حيث هو غير مقذور لا يوجب تعدّد التسليم فى أحد العوضين. نعم، لو أوجبه فهو خارج عن محلّ النزاع، كالشرط المجهول حيث يوجب كون المشروط بيع الغرر.

و ربما ينسب إلى ابن المتوّج البحرانى (٣) التفصيل بين الفاسد لأجل عدم تعلق غرض مقصود للعقلاء به فلا يوجب فساد العقد - كأكل طعام بعينه أو لبس ثوب كذلك - و بين غيره.

و قد تقدّم (٤) فى اشتراط كون الشرط ممّا يتعلّق به غرض مقصود

ص: ٩١

١-١ (١) الغنيه: ٢١٥.

٢-٢ (٢) التذكرة ١: ٤٩٠.

٣-٣ (٣) نسبه إليه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ٧٣٢، و صاحب الجواهر فى الجواهر ٢٣: ٢١١.

٤-٤ (٤) تقدّم فى الصفحه ٢٠.



للعقلاء عن التذكرة و غيرها: أن هذا الشرط لغو لا يؤثر الخيار، و الخلاف في أن اشتراط الكفر صحيح أم لا، و عدم الخلاف ظاهراً في لغويته اشتراط كيل المسلم فيه بمكيالٍ شخصيٍّ معيّن.

و ظاهر ذلك كلّ التسالم على صحّة العقد و لو مع لغويته الشرط.

و يؤيد الاتفاق على [عدم (1)] الفساد استدلال القائلين بالفساد:

بأن للشرط قسطاً من الثمن، فيصير الثمن مع فساد الشرط مجهولاً.

نعم، استدلالهم الآخر على الإفساد بعدم التراضي مع انتفاء الشرط ربما يؤيد عموم محلّ الكلام لهذا الشرط، إلا أن الشهيدين ممّن استدللّ بهذا الوجه و صرح بلغويته اشتراط الكفر و الجهل بالعبادات، بحيث يظهر منه صحّة العقد، فراجع (2).

و كيف كان، فالقول بالصحّة في أصل المسألة لا يخلو عن قوّه، وفاقاً لمن تقدّم؛ لعموم الأدلّة السالم عن معارضة ما يخصّصه، عدا وجوه:

أحدها: ما ذكره في المبسوط للمانعين: من أن للشرط قسطاً من العوض مجهولاً، فإذا سقط لفساده صار العوض مجهولاً (3).

و فيه - بعد النقض بالشرط الفاسد في النكاح الذي يكون بمنزله جزء من الصداق فيجب على هذا سقوط المسمّى و الرجوع إلى مهر المثل -:

أولاً: منع مقابله شيء (4) من العوضين عرفاً و لا شرعاً؛ لأنّ

ص: ٩٢

١- ١) لم يرد في «ق»، و الظاهر سقوطه من القلم.

٢- ٢) راجع الدروس ٣: ٢١٥، و لم نعثر عليه في كتب الشهيد الثاني.

٣- ٣) المبسوط ١٤٩: ٢.

٤- ٤) كذا في «ق» أيضاً، و الأولى في العبارة: «مقابله الشرط بشيء» كما استظهره مصحح «ش».

مدلول العقد هو وقوع المعاوضه بين الثمن و المثلن، غايه الأمر كون الشرط قيده لأحدهما يكون له دخل في زياده العوض و نقصانه، و الشرع لم يحكم على هذا العقد إلّا بإمضائه على النحو الواقع عليه، فلا يقابل الشرط بجزء من العوضين؛ و لذا لم يكن في فقده إلّا الخيار بين الفسخ و الإمضاء مجاناً، كما عرفت.

و ثانياً: منع جهاله ما بإزاء الشرط من العوض؛ إذ ليس العوض المنضم إلى الشرط و المجرد عنه إلّا كالمتمصف بوصف الصحه و المجرد عنه، في كون التفاوت بينهما مضبوطاً في العرف؛ و لذا حكم العلامة فيما تقدّم (١) بوجوب الأرش لو لم يتحقق العتق المشروط في صحه بيع المملوك، و بلزوم قيمه الصبغ المشروط في بيع الثوب.

و ثالثاً: منع كون الجهاله الطارئه على العوض قاده، إنّما القادح هو الجهل به عند إنشاء العقد.

الثاني: أنّ التراضي إنّما وقع على العقد الواقع على النحو الخاصّ، فإذا تعدّرت الخصوصيه لم يبق التراضي؛ لانتفاء المقيد بانتفاء القيد، و عدم بقاء الجنس مع ارتفاع الفصل، فالمعاوضه بين الثمن و المثلن بدون الشرط معاوضه أخرى محتاجه إلى تراضٍ جديد و إنشاءً جديد، و بدونه يكون التصرف أكلاً للمال لا عن تراضٍ.

و فيه: منع كون ارتباط الشرط بالعقد على وجه يُحوج انتفاؤه إلى معامله (٢) جديده عن تراضٍ جديد. و مجرد الارتباط لا يقتضى ذلك،

ص: ٩٣

١- ١) تقدّم في الصفحه ٧٣، و راجع التذكرة ١:٤٩١ و ٤٩٢.

٢- ٢) في «ش»: «معاوضه».

كما إذا تعذر بعض (١) أحد العوضين، أو انكشف فقد بعض الصفات المأخوذة في البيع، كالكتابة و الصحه، و كالشروط الفاسده في عقد النكاح، فإنه لا خلاف نصاً (٢) و فتوى في عدم فساد النكاح بمجرد فساد شرطه المأخوذ فيه. و قد تقدم (٣): أن ظاهرهم في الشرط الغير المقصود للعقلاء في السلم و غيره عدم فساد العقد به، و تقدم (٤) أيضاً: أن ظاهرهم أن الشرط الغير المذكور في العقد لا حكم له، صحيحاً كان أو فاسداً.

و دعوى: أن الأصل في الارتباط هو انتفاء الشيء بانتفاء ما ارتبط به، و مجرد عدم الانتفاء في بعض الموارد لأجل الدليل لا يوجب التعدى، مدفوعه: بأن المقصود من بيان الأمثله: أنه لا يستحيل التفكيك بين الشرط و العقد، و أنه ليس التصرف المترتب على العقد بعد انتفاء ما ارتبط به في الموارد المذكوره تصرفاً لا عن تراضٍ جوّزه الشارع تعديداً و قهراً على المتعاقدين، فما هو التوجيه في هذه الأمثله هو التوجيه فيما نحن فيه؛ و لذا اعترف في جامع المقاصد: بأن في الفرق بين الشرط الفاسد و الجزء الفاسد عسراً (٥).

و الحاصل: أنه يكفي للمستدل بالعمومات منع كون الارتباط

ص: ٩٤

١- ١) في «ش»: «إذا تبين نقص».

٢- ٢) راجع الوسائل ١٥: ٤٠، الباب ٢٩ من أبواب المهور، و الصفحه ٣٤٠، الباب ٤٢ من أبواب كتاب الطلاق.

٣- ٣) تقدم في الصفحه ٢٠.

٤- ٤) تقدم في الصفحه ٥٤ و ما بعدها.

٥- ٥) جامع المقاصد ٤: ٤٣١-٤٣٢.

مقتضياً لكون العقد بدون الشرط تجارة لا عن تراض، مستنداً إلى النقص بهذه الموارد. و حل ذلك: أن القيود المأخوذة (١) في المطلوبات العرفية و الشرعية:

منها: ما هو ركنٌ للمطلوب، ككون المبيع حيواناً ناطقاً لا ناهقاً (٢)، و كون مطلوب المولى إتيان ثنن الشطب لا الأصفر الصالح للنجار جيل، و مطلوب الشارع الغسل بالماء للزياره (٣)، فإنّ العرف يحكم في هذه الأمثلة بانتفاء المطلوب لانتفاء هذه القيود، فلا يقوم الحمار مقام العبد، و لا الأصفر مقام الثنن، و لا التيمم مقام الغسل.

و منها: ما ليس كذلك، ككون العبد صحيحاً، و الثنن جيداً، و الغسل بماء الفرات، فإنّ العرف يحكم في هذه الموارد بكون الفاقد نفس المطلوب. و الظاهر أنّ الشرط من هذا القبيل، لا من قبيل الأوّل، فلا يعدّ التصرف الناشئ عن العقد بعد فساد الشرط تصرفاً لا عن تراضٍ.

نعم، غايه الأمر أنّ فوات القيد هنا موجبٌ للخيار لو كان المشروط له جاهلاً بالفساد، نظير فوات الجزء و الشرط الصحيحين.

و لا مانع من التزامه و إن لم يظهر منه أثرٌ في كلام القائلين بهذا القول.

ص: ٩٥

١-١) الزيادة اقتضتها ضروره.

٢-٢) كان أصل العبارة في «ق» هكذا: «ككون المبيع إنساناً لا حماراً» ثم شطب على «إنساناً» و كتب بدله: «حيواناً ناطقاً، لا ناهقاً» و بقيت كلمه «لا- حماراً» لم يشطب عليها، و من هنا وقع الالتباس و أثبتت العبارة في بعض النسخ هكذا: «ككون المبيع حيواناً ناطقاً، لا ناهقاً حماراً»، كما في «ف» و «ن».

٣-٣) في «ش» زياده: «لأجل التنظيف».

الثالث: روايه عبد الملك بن عتبه عن الرضا عليه السلام (١): «عن الرجل ابتاع منه طعاماً أو متاعاً على أن ليس منه على و ضيعه، هل يستقيم ذلك؟ ما حدّ ذلك (٢)؟ قال: لا ينبغي» (٣) و الظاهر أنّ المراد الحرمة لا- الكراهه كما فى المختلف (٤)؛ إذ مع صحّه العقد لا وجه لكراهه الوفاء بالوعد.

□  
و روايه الحسين بن المنذر: «قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام:

الرجل يجيئنى فيطلب منى العينه، فأشترى المتاع من أجله، ثم أبيعته إياه، ثم أشتريه منه مكانى؟ فقال: إذا كان هو بالخيار إن شاء باع و إن شاء لم يبع، و كنت أنت بالخيار إن شئت اشترت و إن شئت لم تشتري فلا بأس، فقلت: إن أهل المسجد يزعمون أنّ هذا فاسدٌ، و يقولون: إنّه إن جاء به بعد أشهر صحّ، قال: إنّما هذا تقديمٌ و تأخيرٌ لا بأس» (٥) فإنّ مفهومه ثبوت البأس إذا لم يكونا أو أحدهما مختاراً فى ترك المعامله الثانيه، و عدم الاختيار فى تركها إنّما يتحقّق باشتراط فعلها فى ضمن العقد الأوّل، و إلّا فلا يلزم له (٦) عليها، فيصير الحاصل: أنّه

ص: ٩٦

- 
- ١- ١) كذا فى «ق» أيضاً، و الموجود فى التهذيب و الوسائل: «سألت أبا الحسن موسى عليه السلام».   
٢- ٢) العبارة فى «ش»: «هل يستقيم هذا؟ و كيف هذا؟ و ما حدّ ذلك؟»، و فى التهذيب و الوسائل: «هل يستقيم هذا؟ و كيف يستقيم وجه ذلك؟».   
٣- ٣) الوسائل ٤٠٩: ١٢، الباب ٣٥ من أبواب أحكام العقود.   
٤- ٤) المختلف ٣١١: ٥.   
٥- ٥) الوسائل ٣٧٠: ١٢، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤.   
٦- ٦) لم ترد «له» فى «ش».

إذا باعه بشرط أن يبيعه منه أو يشتريه منه لم يصحّ البيع الأوّل فكذا الثاني، أو لم يصحّ الثاني لأجل فساد الأوّل، إذ لا مفسد له غيره.

و روايه عليّ بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: «سألته عن رجلٍ باع ثوباً بعشره دراهم إلى أجلٍ، ثم اشتراه بخمسه نقداً، أ يحلّ؟ قال:

إذا لم يشترطاً ورضياً فلا بأس» (1) ودلالاتها أوضح من الأولى.

و الجواب أمّا عن الأولى: فبظهور «لا ينبغي» في الكراهه، و لا مانع من كراهه البيع على هذا النحو، لا (2) أنّ البيع صحيح غير مكروه و الوفاء بالشرط مكروه.

و أمّا عن الروايتين:

فأولاً: بأنّ الظاهر من الروايه (3) -بقرينه حكاية فتوى أهل المسجد على خلاف قول الإمام عليه السلام في الروايه الأولى- هو رجوع البأس في المفهوم إلى الشراء، و لا ينحصر وجه فساد في فساد البيع؛ لاحتمال أن يكون من جهه عدم الاختيار فيه الناشئ عن التزامه في خارج العقد الأوّل، فإنّ العرف لا يفرّقون في إلزام المشروط عليه بالوفاء بالشرط بين وقوع الشرط في متن العقد أو في الخارج، فإذا التزم به أحدهما في خارج العقد الأوّل كان وقوعه للزومه عليه عرفاً، فيقع لا عن رضاً منه فيفسد.

و ثانياً: بأنّ غايه مدلول الروايه فساد البيع المشروط فيه بيعه

ص: ٩٧

١- ١) الوسائل ٣٧١: ١٢، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٦.

٢- ٢) في «ش» بدل «لا»: «من».

٣- ٣) في «ش»: «الروايتين».

عليه ثانياً، وهو مِمَّا لا خلاف فيه حتى مَمَّن قال بعدم فساد العقد بفساد شرطه-كالشيخ في المبسوط (١)-فلا يتعدى منه إلى غيره، فعمل البطلان فيه للزوم الدور كما ذكره العلامة (٢)، أو لعدم قصد البيع كما ذكره الشهيد قدس سره (٣)، أو لغير ذلك.

بل التحقيق: أنَّ مسأله اشتراط بيع المبيع خارجة عمَّا نحن فيه؛ لأنَّ الفساد ليس لأجل كون نفس الشرط فاسداً، لأنَّه في نفسه ليس مخالفاً للكتاب و السنه، ولا منافياً لمقتضى العقد، بل الفساد في أصل البيع لأجل نفس هذا الاشتراط فيه لا لفساد ما اشترط. وقد أشرنا إلى ذلك في أوّل المسأله؛ ولعلّه لما ذكرنا لم يستند إليهما (٤) أحدٌ في مسألتنا هذه.

و الحاصل: أنّي لم أجد لتخصيص العمومات في هذه المسأله ما يطمئن (٥) به النفس.

و يدلّ على الصحه أيضاً جملة من الأخبار:

منها: ما عن المشايخ الثلاثة-في الصحيح-عن الحلبي عن الصادق عليه السلام: «أنّه ذكر أنّ بريره كانت عند زوج لها و هي مملوكة، فاشترتها عائشه فأعتقتها، فخيبرها رسول الله صلى الله عليه و آله فقال: إن شاءت فعدت عند زوجها و إن شاءت فارقته، و كان مواليتها الذين

ص: ٩٨

١-١) المبسوط ١٤٩:٢.

٢-٢) التذكرة ٤٩٠:١.

٣-٣) الدروس ٢١٦:٣.

٤-٤) في «ش»: «إليها».

٥-٥) كذا، و الأنسب: «تطمئن».

باعوها اشترطوا على عائشه أن لهم ولاءها، فقال صلى الله عليه وآله: الولاء لمن أعتق» (١).

و حملها على الشرط الخارج عن العقد مخالفاً لتعليل فساده في هذه الروايه إشارة و في غيرها صراحةً بكونه مخالفاً للكتاب و السنّه.

فالإنصاف: أن الروايه في غايه الظهور.

و منها: مرسله جميل و صحيحه الحلبي:

الأولى عن أحدهما عليهما السلام: «في الرجل يشتري الجارية و يشترط لأهلها أن لا يبيع و لا يهب و لا يورث، قال: يفي بذلك إذا شرط لهم، إلّا الميراث» (٢).

فإن الحكم بوجوب الوفاء بالأولين دون الثالث مع اشتراط الجميع في العقد لا يكون إلّا مع عدم فساد العقد بفساد شرطه. و لو قلنا بمقاله المشهور: من فساد اشتراط عدم البيع و الهبه حتى أنه حكى عن كاشف الرموز: أني لم أجد عاملاً بهذه الروايه (٣) - كان الأمر بالوفاء محمولاً على الاستحباب و يتم المطلوب أيضاً، و يكون استثناء اشتراط الإرث؛ لأن الملك فيه قهري للوارث، لا معنى لاستحباب وفاء

ص: ٩٩

- 
- ١ - (١) الكافي ٥: ٤٨٦، الحديث الأول، و الفقيه ٣: ١٣٤، الحديث ٣٤٩٧، و التهذيب ٧: ٣٤١، الحديث ١٣٩٦، و راجع الوسائل ١٤: ٥٥٩، الباب ٥٢ من أبواب نكاح العيب و الإمام، الحديث ٢، و ٤٠: ١٦، الباب ٣٧ من كتاب العتق، الحديث ٢.
- ٢ - (٢) الوسائل ١٥: ٤٩، الباب ٤٠ من أبواب المهور، الحديث ٣.
- ٣ - (٣) كشف الرموز ١: ٤٧٥.



المشترى به. مع أنّ تحقّق الإجماع على بطلان شرط عدم البيع و الهبه ممنوع، كما لا يخفى.

و الثانيه عن أبي عبد الله عليه السلام: «عن الشرط في الإماء، لا تباع (1) و لا توهب؟ قال: يجوز ذلك غير الميراث، فإنّها تورث، و كلّ شرطٍ خالف كتاب الله فهو ردٌّ.. الخبر» (2) فإنّ قوله عليه السلام:

«فإنّها تورث» يدلّ على بقاء البيع الذي شرط فيه أن لا تورث على صحّته، بل يمكن أن يستفاد من قوله بعد ذلك: «كلّ شرطٍ خالف كتاب الله عزّ و جل فهو ردٌّ»- أي لا يعمل به-: أنّ جميع ما ورد في بطلان الشروط المخالفه لكتاب الله جلّ ذكره يراد بها عدم العمل بالشرط، لا بطلان أصل البيع. و يؤيّداه ما ورد في بطلان الشروط الفاسده في ضمن عقد النكاح (3).

و قد يستدلّ على الصحّته: بأنّ صحّته الشرط فرغ على صحّته البيع، فلو كان الحكم بصحّته البيع موقوفاً على صحّته الشرط لزم الدور. و فيه ما لا يخفى.

و الإنصاف: أنّ المسأله في غايه الإشكال؛ و لذا توقّف فيها بعض تبعاً للمحقّق قدّس سرّه (4).

ص: ١٠٠

١- ١) في «ش» زياده: «و لا تورث».

٢- ٢) الوسائل ١٣: ٤٣، الباب ١٥ من أبواب بيع الحيوان، الحديث الأوّل.

٣- ٣) راجع تفصيل ذلك في الصفحه ٢٣ ٢٤ و ٩٤.

٤- ٤) راجع الشرائع ٢: ٣٤، حيث قال: «قيل: يصحّ البيع و يبطل الشرط»، و لم يحكم بشيءٍ، و يظهر من ابن فهد في المهذب البارع (٢: ٤٠٦-٤٠٧)، حيث نقل القولين و لم يحكم بشيءٍ، و هو الظاهر من إيضاح الفوائد ١: ٥١٨ أيضاً.

ثمّ على تقدير صحّحه العقد، ففي ثبوت الخيار للمشروط له مع جهله بفساد الشرط وجهه؛ من حيث كونه في حكم تخلف الشرط الصحيح، فإنّ المانع الشرعي كالعقلي، فيدلّ عليه ما يدلّ على خيار تخلف الشرط. ولا فرق في الجهل المعتبر في الخيار بين كونه بالموضوع أو بالحكم الشرعي؛ ولذا يُعذر الجاهل بثبوت الخيار أو بفوريّته.

و لكن يشكّل: بأنّ العمده في خيار تخلف الشرط هو الإجماع، و أدلّه نفى الضرر قد تقدّم غير مره أنّها لا تصلح لتأسيس الحكم الشرعي إذا لم يعتضد بعمل جماعه؛ لأنّ المعلوم إجمالاً أنّه لو عمل بعمومها لزم منه تأسيس فقه جديد خصوصاً إذا جعلنا الجهل بالحكم الشرعي عذراً، فزُبَّ ضررٍ يترتب على المعاملات من أجل الجهل بأحكامها، خصوصاً الصحّحه و الفساد، فإنّ ضروره الشرع قاضيّه في أغلب الموارد بأنّ الضرر المترتب على فساد معاملته مع الجهل به لا يتدارك، مع أنّ مقتضى تلك الأدلّه نفى الضرر الغير الناشئ عن تقصير المتضرّر في دفعه، سواء كان الجهل متعلّقاً بالموضوع أم بالحكم، و إن قام الدليل في بعض المقامات على التسويه بين القاصر و المقصّر.

فالأقوى في المقام عدم الخيار و إن كان يسبق خلافه في بوادي الأنظار (١).

ص: ١٠١

(١ - ١) في «ش»: «بوادي الأنظار».

## الثانى لو أسقط المشروط له الشرط الفاسد على القول بإفساده،

لم يصحّ بذلك العقد؛ لانعقاده بينهما على الفساد، فلا ينفع إسقاط المفسد.

و يحتمل الصّحّه بناءً على أنّ التراضى إنّما حصل على العقد المجزّد عن الشرط، فيكون كتراضيهما عليه حال العقد.

وفيه: أنّ التراضى إنّما ينفع إذا وقع عليه العقد أو لحق العقد السابق، كما فى بيع المكره و الفضولى، أمّا إذا طرأ الرضا على غير ما وقع عليه العقد فلا ينفع؛ لأنّ متعلّق الرضا لم يُعقد عليه و متعلّق العقد لم يُرض به.

و يظهر من بعض مواضع التذكرة التردّد فى الفساد بعد إسقاط الشرط، قال: يشترط فى العمل المشروط على البائع أن يكون محللاً، فلو اشترى العنب على شرط أن يعصره البائع خمراً لم يصحّ الشرط و البيع على إشكالٍ، ينشأ من جواز إسقاط المشتري الشرط عن البائع و الرضا به خالياً عنه و هو المانع من صحّه البيع، و من اقتران البيع بالمبطل.

و بالجمله، فهل يُثمر اقتران مثل هذا الشرط بطلان البيع من أصله

بحيث لو رضى صاحبه ياسقاطه لا يرجع البيع صحيحاً، أو إيقاف البيع بدونه فإن لم يرض بدونه بطل و إلاّ صحّ؟ نظّر (1)، انتهى.

و لا يُعرف وجهٌ لما ذكره من احتمال الإيقاف.

ص: ١٠٣

---

١-١) التذكرة ٤٩٠:١.

[الثالث] (١) لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد لفظاً و لم يذكر في العقد، فهل يبطل العقد بذلك

بناءً على أن الشرط الفاسد مفسدٌ أم لا؟ وجهان، بل قولان مبنيان على تأثير الشرط قبل العقد.

فإن قلنا: بأنه لا حكم له - كما هو ظاهر المشهور، وقد تقدّم في الشروط - لم يفسد، وإلا فسد (٢). و يظهر من المسالك هنا قول ثالث، قال في مسأله اشتراط بيع المبيع من البائع: المراد باشتراط ذلك شرطه في متن العقد، فلو كان في أنفسهما ذلك و لم يشترطاه لم يضر. و لو شرطاه قبل العقد لفظاً، فإن كانا يعلمان بأن الشرط المتقدم لا حكم له، فلا أثر له، وإلا أتجه بطلان العقد كما لو ذكراه في متنه؛ لأنهما لم يقدموا إلا على الشرط و لم يتمّ لهما، فيبطل العقد (٣)، انتهى.

و في باب المراجعة بعد ذكر المحقق في المسأله المذكوره: أنه «لو كان

ص: ١٠٤

١-١ (١) مكانه بياض في «ق».

٢-٢ (٢) في «ش»: «أفسد».

٣-٣ (٣) المسالك ٢٢٤:٣.

من قصدهما ذلك و لم يشترطه لفظاً كره» قال فى المسالك: أى لم يشترط فى نفس العقد فلا عبره بشرطه قبله. نعم، لو توهم لزوم ذلك أو نسي ذكره فيه مع ذكره قبله، أتجه الفساد (١)، انتهى.

ثم حكى اعتراضاً على المحقق قدس سره و جواباً عنه بقوله:

قيل عليه: إن مخالفة القصد للفظ تقتضى بطلان العقد؛ لأن العقود تتبع القصد، فكيف يصح العقد مع مخالفه اللفظ للقصد. و أجيب: بأن القصد و إن كان معتبراً فى الصحه فلا يعتبر فى البطلان، لتوقف البطلان على اللفظ و القصد، و كذلك الصحه، و لم يوجد فى الفرض. ثم قال قدس سره:

و فيه منع ظاهر، فإن اعتبارهما معاً فى الصحه يقتضى كون تخلف أحدهما كافياً فى البطلان، و يرشد إليه عبارته الساهى و النائم (٢) و المكره، فإن المتخلف الموجب للبطلان هو القصد [خاصةً، و إلا فاللفظ موجودٌ (٣)].

ثم قال: و الذى ينبغى فهمه أنه لا بد من قصدهما [إلى (٤)] البيع المترتب عليه أثر الملك للمشتري على وجه لا يلزمه رده، و إنما يفتقر قصدهما لردّه بعد ذلك بطريق الاختيار، نظراً إلى وثوق البائع بالمشتري أنه لا- يمتنع من رده إليه بعقد جديد بمحض اختياره و مروته، انتهى (٥) كلامه.

أقول: إذا أوقعا العقد المجرد على النحو الذى يوقعانه مقترناً

ص: ١٠٥

١- ١) المسالك ٣:٣٠٨.

٢- ٢) فى «ش» و المصدر: «الغالط».

٣- ٣) لم يردا فى «ق».

٤- ٤) لم يردا فى «ق».

٥- ٥) المسالك ٣:٣٠٨ ٣:٣٠٩.

بالشرط و فرض عدم التفاوت بينهما في البناء على الشرط و الالتزام به إلا بالتلفظ بالشرط و عدمه، فإن قلنا بعدم اعتبار التلفظ في تأثير الشرط الصحيح و الفاسد، فلا وجه للفرق بين من يعلم فساد الشرط و غيره، فإن العالم بالفساد لا يمنعه علمه عن الإقدام على العقد مقيداً بالالتزام بما اشترطه خارج العقد، بل إقدامه كإقدام من يعتقد الصحة، كما لا فرق في إيقاع العقد الفاسد بين من يعلم فساده و عدم ترتب أثر شرعي عليه، و غيره.

و بالجمله، فالإقدام على العقد مقيداً أمرٌ عرفيٌ يصدر من المتعاقدين و إن علما بفساد الشرط.

و أمّا حكم صورته نسيان ذكر الشرط: فإن كان مع نسيان أصل الشرط - كما هو الغالب - فالظاهر الصحة؛ لعدم الإقدام على العقد مقيداً، غاية الأمر أنه كان عازماً على ذلك لكن غفل عنه. نعم، لو اتفق إيقاع العقد مع الالتفات إلى الشرط ثم طرأ عليه النسيان في محلّ ذكر الشرط كان كتارك ذكر الشرط عمداً تعويلاً على تواطئهما السابق.

[الرابع] (١) لو كان فساد الشرط لأجل عدم تعلق غرضٍ معتدّ به عند العقلاء

فظاهر كلام جماعه من القائلين بإفساد الشرط الفاسد كونه لغواً غير مفسدٍ للعقد.

قال في التذكرة في باب العيب: لو شرط ما لا غرض فيه للعقلاء و لا يزيد به المائيه، فإنه لغوٌ لا يوجب الخيار (٢). و قد صرح في مواضع أخر - في باب الشروط - بصحة العقد و لغويه الشرط (٣).

و قد صرح الشهيد بعدم ثبوت الخيار إذا اشترط كون العبد كافراً فبان مسلماً (٤). و مرجعه إلى لغويه الاشتراط.

ص: ١٠٧

١-١) لم يرد في «ق».

٢-٢) التذكرة ٥٢٤:١.

٣-٣) راجع التذكرة ٤٩٤:١، و فيها: «فيما لو باع مكيلاً أو موزوناً أو مذروعاً بشرط أن يقال بمكيال معين - إلى أن قال: - صحّ البيع لكن يلغو الشرط»، و الصفحة ٤٩٥، و الجزء ١٢:٢.

٤-٤) الدروس ٢١٥:٣.



وقد ذكروا في السلم لغويته بعض الشروط (١)، كاشتراط الوزن بميزانٍ معيّن.

ولعلّ وجه عدم قدح هذه الشروط: أنّ الوفاء بها لئما لم يجب شرعاً و لم يكن في تخلفها أو تعذّرها خيارٌ خرجت عن قابليته تقييد العقد بها؛ لعدم عدّها كالجزء من أحد العوضين.

و يشكل: بأنّ لغويّتها لا تنافي تقييد العقد بها في نظر المتعاقدين، فاللازم إمّا بطلان العقد و إمّا وجوب الوفاء، كما إذا جعل بعض الثمن ممّا لا يُعدّ مالاً في العرف.

ص: ١٠٨

---

١-١) كما في التذكرة ٥٥٦:١، والدروس ٣:٢٥٣، و راجع مفتاح الكرامه ٤: ٤٥٣-٤٥٤، و تقدّم في الصفحة ٢٠.

فى أحكام الخيار (١)

[فى أن الخيار موروث و الاستدلال عليه]

الخيار موروث بأنواعه بلا خلافٍ بين الأصحاب، كما فى الرياض (٢) و ظاهر الحدائق (٣).

و فى التذكرة: إنَّ الخيار عندنا موروثٌ؛ لأنَّه من الحقوق كالشفعه و القصاص فى جميع أنواعه، و به قال الشافعى إلَّا فى خيار المجلس (٤).

و ادعى فى الغنيه: الإجماع على إرث خيارى المجلس و الشرط.

و استدلَّ عليه- مع ذلك-: بأنَّه حقٌّ للميت، فيورث لظاهر القرآن (٥).

و تبعه بعض من تأخَّر عنه (٦)، و زيد عليه الاستدلال بالنبوى: «ما ترك

ص: ١٠٩

١- (١) فى «ش»: «الكلام فى أحكام الخيار».

٢- (٢) الرياض ٢٠٢: ٨.

٣- (٣) الحدائق ٧٠: ١٩.

٤- (٤) التذكرة ٥٣٦: ١.

٥- (٥) الغنيه: ٢٢١.

٦- (٦) الظاهر- و الله العالم- أنَّ المراد به هو ابن إدريس فى السرائر ٢٤٩: ٢، حيث قال: «خيار المجلس و الشرط، موروث عندنا».

أقول: الاستدلال على هذا الحكم بالكتاب و السنه الواردين فى إرث ما ترك الميت يتوقف على ثبوت أمرين:

أحدهما: كون الخيار حقاً لا حكماً شرعياً، كإيجازه (٢) لعقد الفضولى، و جواز الرجوع فى الهبه و سائر العقود الجائزه، فإن الحكم الشرعى مما لا يورث، و كذا ما تردّد بينهما، للأصل. و ليس فى الأخبار ما يدلّ على ذلك، عدا ما دلّ على انتفاء الخيار بالتصرف معللاً - بأنه رضاً (٣)، كما تقدّم فى خيار الحيوان (٤). و التمسك بالإجماع على سقوطه بالإسقاط فيكشف عن كونه حقاً لا حكماً، مستغنى عنه بقيام الإجماع على نفس الحكم.

الثانى: كونه حقاً قابلاً للانتقال ليصدق أنه مما تركه الميت، بأن لا يكون وجود الشخص و حياته مقوماً له، و إلا فمثل حقّ الجلوس فى السوق و المسجد و حقّ الخيار المجمعول للأجنبى (٥) و حقّ التولية و النظاره غير قابلٍ للانتقال، فلا يورث. و إثبات هذا الأمر بغير الإجماع أيضاً مشكّل، و التمسك فى ذلك باستصحاب بقاء الحقّ و عدم انقطاعه بموت

ص: ١١٠

- 
- ١- ١) لم نعر عليه فى المجاميع الحديثيه، نعم أوردته الفقهاء فى كتبهم مثل المسالك ١٢:٣٤١، و الرياض ٢:٢٠٢.
  - ٢- ٢) فى «ش»: «كإيجازه العقد الفضولى».
  - ٣- ٣) الوسائل ١٢:٣٥١، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث الأول.
  - ٤- ٤) راجع الجزء الخامس: ٩٧ و ما بعدها.
  - ٥- ٥) لم ترد «و حقّ الخيار المجمعول للأجنبى» فى «ش».

ذی الحقّ أشکل؛ لعدم إحراز الموضوع؛ لأنّ الحقّ لا يتقوّم إلّا بالمستحقّ.

و كيف كان، ففي الإجماع المنعقد على نفس الحكم كفاية إن شاء الله تعالى. □

بقي الكلام: في أنّ إرث الخيار ليس تابعاً لإرث المال فعلاً، فلو فرض استغراق دين الميّت لتركته لم يمنع انتقال الخيار إلى الوارث.

و لو كان الوارث ممنوعاً لنقصان فيه - كالرقيّه أو القتل للمورث أو الكفر - فلا إشكال في عدم الإرث؛ لأنّ الموجب لحرمانه من المال موجبٌ لحرمانه من سائر الحقوق.

و لو كان حرمانه من المال لتعبّد شرعيّ - كالزوجه غير ذات الولد، أو مطلقاً بالنسبه إلى العقار، و غير الأكبر من الأولاد بالنسبه إلى الحبوّه - ففي حرمانه من الخيار المتعلّق بذلك المال مطلقاً، أو عدم حرمانه كذلك، وجوه، بل أقوال:

ثالثها: التفصيل بين كون ما يحرم الوارث عنه منتقلاً إلى الميّت أو عنه، فيرث في الأوّل، صرّح به فخر الدين في الإيضاح (١)، و فسّر به عبارته والده، كالسيّد العميد (٢) و شيخنا الشهيد في الحواشي (٣).

و رابعها: عدم الجواز في تلك الصوره و الإشكال في غيرها، صرّح به في جامع المقاصد (٤).

ص: ١١١

١-١ (١) إيضاح الفوائد ٤٨٧:١.

١-٢ (٢) كنز الفوائد ٤٥١:١.

٣-٣ (٣) لا توجد لدينا، و حكاها عنها السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٥٩٠:٤.

٤-٤ (٤) جامع المقاصد ٣٠٦:٤.

و لم أجد من جزم بعدم الإرث مطلقاً، وإن أمكن توجيهه: بأن ما يحرم منه هذا الوارث إن كان قد انتقل عن الميت فالفسخ لا معنى له؛ لأنه لا ينتقل إليه بإزاء ما ينتقل عنه من الثمن شيئاً من المثلث.

و بعبارة أخرى: الخيار علاقة لصاحبه فيما انتقل عنه توجب سلطنته عليه، ولا علاقته هنا ولا سلطنته. وإن كان قد انتقل إلى الميت فهو لباقي الورثة، ولا سلطنته لهذا المحروم، والخيار حق فيما انتقل عنه بعد إحراز تسلطه على ما وصل بإزائه.

و لكن يرد ذلك بما في الإيضاح: من أن الخيار لا يقتضى (١) الملك - كخيار الأجنبي (٢) - فعمومات الإرث بالنسبة إلى الخيار لم يخرج عنها الزوجه وإن خرجت عنها بالنسبة إلى المال.

و الحاصل: أن حق الخيار ليس تابعاً للملكية؛ ولذا قوى بعض المعاصرين (٣) ثبوت الخيار في صورتين.

و يضعفه: أن حق الخيار علقه في الملك المنتقل إلى الغير من حيث التسلط على استرداده إلى نفسه أو (٤) من هو منصوب من قبله، كما في الأجنبي. و بعبارة أخرى: ملكك لتملك المعوض لنفسه أو لمن نصب عنه.

و هذه علاقته لا تنتقل من الميت إلى وارثه يكون كالميت في كونه مالكاً لأن يملك، فإذا فرض أن الميت باع أرضاً بثمن، فالعلاقة

ص: ١١٢

١-١) في «ش» والمصدر: «لا يتوقف على الملك».

٢-٢) إيضاح الفوائد ٤٨٧:١.

٣-٣) و هو صاحب الجواهر، انظر الجواهر ٧٧:٢٣.

٤-٤) في «ش» زياده: «إلى».

المذكوره إنّما هي لسائر الورثه دون الزوجه؛ لأنها بالخيار لا ترد شيئاً من الأرض إلى نفسها ولا إلى آخر هي من قبله لتكون كالأجنبي المجمعول له الخيار.

نعم، لو كان الميت قد انتقلت إليه الأرض كان الثمن المدفوع إلى البائع متزلزلاً في ملكه، فيكون في معرض الانتقال إلى جميع الورثه و منهم الزوجه، فهي أيضاً مالكة لتملك حصتها من الثمن.

لكن فيه: ما ذكرنا سابقاً (١): من أنّ الخيار حقّ فيما انتقل عنه بعد إحراز التسلّط على ما وصل بإزائه، و عبّر عنه في جامع المقاصد بلزوم تسلّط الزوجه على مال الغير (٢).

و حاصله: أنّ الميت إنّما كان له الخيار و العلقه فيما انتقل عنه من حيث تسلّطه على ردّ ما في يده لتملك ما انتقل عنه بإزائه، فلا تنتقل هذه العلاقه إلّا إلى من هو كذلك من ورثته - كما مرّ نظيره في عكس هذه الصوره - وليست الزوجه كذلك. و قد تقدّم (٣) في مسأله ثبوت خيار المجلس للوكيل: أنّ أدلّه الخيار مسوقه لبيان تسلّط ذي الخيار على صاحبه، من جهه تسلّطه على تملك ما في يده، فلا يثبت بها تسلّط الوكيل على ما وصل إليه لموكله، و ما نحن فيه كذلك.

و يمكن دفعه: بأنّ ملك بائع الأرض للثمن لما كان متزلزلاً و في معرض الانتقال إلى جميع الورثه، اقتضى بقاء هذا التزلزل بعد موت

ص: ١١٣

١-١) في الصفحه المتقدمه.

٢-٢) جامع المقاصد ٣٠٦:٤-٣٠٧.

٣-٣) راجع الجزء الخامس: ٢٩ و ٣٢.

ذى الخيار ثبوت حقّ للزوجه و إن لم يكن لها تسلّط على نفس الأرض. و الفرق بين ما نحن فيه و بين ما تقدّم فى الوكيل: أنّ الخيار هناك و تزلزل ملك الطرف الآخر و كونه فى معرض الانتقال إلى موكل الوكيل كان متوقفاً على تسلّط الوكيل على ما فى يده، و تزلزل ملك الطرف الآخر هنا و كونه فى معرض الانتقال إلى الورثة ثابت على كلّ حالٍ و لو لم نقل بثبوت الخيار للزوجه، فإنّ باقى الورثة لو ردّوا الأرض و استردّوا الثمن شاركتهم الزوجه فيه، فحقّ الزوجه فى الثمن المنتقل إلى البائع ثابت، فلها استيفاؤه بالفسخ.

ثمّ إنّ ما ذكر و اردّ على فسخ باقى الورثة للأرض المبيعه بثمانٍ معيّنٍ تشترك فيه الزوجه، إلّا أن يلتزم عدم تسلّطهم على الفسخ إلّا فى مقدار حصّتهم من الثمن، فيلزم تبعض الصفقه، فما اختاره فى الإيضاح:

من التفصيل مفسّراً به عبارته والده فى القواعد لا يخلو عن قوّه.

قال فى القواعد: الخيار موروث بالحصص كالمال فى (١) أى أنواعه كان، إلّا الزوجه غير ذات الولد [فى الأرض (٢)] على إشكالٍ، أقربه ذلك إن اشترى بخيارٍ لثرت من الثمن (٣)، انتهى.

و قال فى الإيضاح: ينشأ الإشكال: من عدم إرثها [منها] (٤) فلا يتعلّق بها فلا ترث من خيارها، و من أنّ الخيار لا يتوقّف على

ص: ١١٤

١-١ فى «ش» و المصدر: «من».

٢-٢ من «ش» و المصدر.

٣-٣ القواعد ٤٨: ٢.

٤-٤ من «ش» و المصدر.

الملك كالأجنبي، ثم فرّع المصنّف: أنه لو اشترى المورث بخيار (١) فالأقرب إرثها من الخيار؛ لأن لها حقاً في الثمن. و يحتمل عدمه؛ لأنها لا ترث من الثمن إلّا بعد الفسخ، فلو علّل يارثها دار. و الأصحّ اختيار المصنّف؛ لأنّ الشراء يستلزم منعها من شيء نزله الشارع منزله جزء من التركة، و هو الثمن، فقد تعلّق الخيار بما ترث منه (٢)، انتهى.

و قد حمل العبارة على هذا المعنى السيد العميد الشارح للكتاب (٣).

و استظهر خلاف ذلك من العبارة جامع المقاصد، فإنه (٤) - بعد بيان منشأ الإشكال على ما يقرب من الإيضاح - قال:

و الأقرب من هذا الإشكال عدم إرثها إن كان الميّت قد اشترى [أرضاً (٥)] بخيار، فأرادت الفسخ لترث من الثمن. و أمّا إذا باع أرضاً بخيار فالإشكال حينئذ بحاله؛ لأنها إذا فسخت في هذه الصورة لم ترث شيئاً، و حمل الشارحان العبارة على أنّ الأقرب إرثها إذا اشترى بخيار، لأنها حينئذ تفسخ فترث من الثمن، بخلاف ما إذا باع بخيار. و هو خلاف الظاهر؛ فإنّ المتبادر أنّ المشار إليه بقوله: «ذلك» هو عدم الإرث الذي سيقى لأجله العبارة، مع أنّه من حيث الحكم غير مستقيم أيضاً؛ فإنّ الأرض حقّ لباقي الوراث استحقّوها بالموت، فكيف تملك

ص: ١١٥

١- ١) العبارة في «ش» و المصدر: «لو كان المورث قد اشترى بخيار».

٢- ٢) إيضاح الفوائد ٤٨٧: ١.

٣- ٣) كنز الفوائد ٤٥١: ١.

٤- ٤) في «ق» زياده: «قال».

٥- ٥) من «ش» و المصدر.



الزوجه إبطال استحقاقهم [لها (١)] أو إخراجها عن ملكهم؟ نعم، لو قلنا:

إن ذلك يحصل (٢) بانقضاء [مدته (٣)] الخيار استقام ذلك. و أيضاً فإنها إذا ورثت فى هذه الصورة وجب أن ترث فيما إذا باع الميِّت أرضاً [بخيار (٤)] بطريقٍ أولى؛ لأنها ترث حينئذٍ من الثمن. و أقصى ما يلزم من إرثها من الخيار أن يبطل حقها من الثمن، و هو أولى من (٥) إرثها حق غيرها [من الأرض (٦)] التى (٧) اختصوا بملكها. ثم قال: و الحق أن إرثها من الخيار فى الأرض المشترى مستبعدٌ جداً، و إبطال حقِّ قد ثبت لغيرها يحتاج إلى دليل. نعم قوله: «لترث من الثمن» على هذا التقدير يحتاج إلى تكلفٍ زياده تقدير، بخلاف ما حملا عليه (٨)، انتهى.

و قد تقدّم ما يمكن أن يقال على هذا الكلام.

ثم إن الكلام فى ثبوت الخيار لغير مستحقِّ الحَبَوِّه من الورثه إذا اشترى الميِّت أو باع بعض أعيان الحَبَوِّه بخيار، هو الكلام فى ثبوته للزوجه فى الأرض المشترى أو المبيعه.

ص: ١١٦

١-١ (١) من «ش» و المصدر.

٢-٢ (٢) فى المصدر: «ينتقل».

٣-٣ (٣) من «ش» و المصدر.

٤-٤ (٤) من «ش» و المصدر.

٥-٥ (٥) فى «ش» زياده: «إبطال».

٦-٦ (٦) من «ش» و المصدر.

٧-٧ (٧) فى «ق»: «الذى».

٨-٨ (٨) جامع المقاصد ٣٠٦:٤-٣٠٧.

## مسأله فى كئفه اسحقاق كل من الورثه للخيار -

### اشاره

مع أنه شئ واحد غير قابل للتجزيه و التقسيم -وجوه:

### [وجوه فى كئفه اسحقاق الورثه للخيار]

### الأول: ما اختاره بعض

الأول: ما اختاره بعض (١): من اسحقاق كل منهم خياراً مستقلاً كمورثه،

بحيث يكون له الفسخ فى الكل و إن أجاز الباقون (٢)، نظير حد القذف الذى لا يسقط بعفو بعض المستحقين، و كذلك حق الشفعه على المشهور. و استند (٣) فى ذلك إلى أن ظاهر النبوى المتقدم و غيره ثبوت الحق لكل وارث، لتعقل تعدد من لهم الخيار، بخلاف المال الذى لا بد من تنزيل مثل ذلك على إرادته الاشتراك، لعدم تعدد الملاك شرعاً لمال واحد، بخلاف محل البحث.

### الثانى: اسحقاق كل منهم خياراً مستقلاً فى نصيبه،

فله الفسخ

ص: ١١٧

١-١) فى «ش»: «بعضهم».

٢-٢) كما اختاره الشهيد الثانى فى المسالك ٣:٢١٤، و السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٥٩١، و غيرهما كما سيجىء فى الصفحه ١٢١.

٣-٣) استند إليه صاحب الجواهر، انظر الجواهر ٢٣:٧٦.

فيه، دون باقى الحصص، غاية الأمر مع اختلاف الورثه فى الفسخ و الإمضاء تُبَعَضُ الصّفقه على من عليه الخيار فيثبت له الخيار. و وجه ذلك: أنّ الخيار لَمَّا لم يكن قابلاً للتجزيه، و كان مقتضى أدلّه الإرث - كما سيجىء - اشتراك الورثه فيما ترك مورثهم، تعين تبعضه بحسب متعلقه، فيكون نظير المشترين لصفقه واحده إذا قلنا بثبوت الخيار لكلّ منهما.

### الثالث: استحقاق مجموع الورثه لمجموع الخيار،

فيشتركون فيه من دون ارتكاب تعدده بالنسبه إلى جميع المال، و لا- بالنسبه إلى حصّه كلّ منهم؛ لأنّ مقتضى أدلّه الإرث فى الحقوق الغير القابله للتجزيه و الأموال القابله لها أمرٌ واحدٌ، و هو ثبوت مجموع ما ترك لمجموع الورثه، إلّا أن التقسيم فى الأموال لَمَّا كان أمراً ممكناً كان مرجع اشتراك المجموع فى المجموع إلى اختصاص كلّ منهم بحصّه مشاعه، بخلاف الحقوق فإنّها تبقى على حالها من اشتراك مجموع الورثه فيها، فلا يجوز لأحدهم الاستقلال بالفسخ لا فى الكلّ و لا فى حصّته، فافهم (١).

و هنا معنى آخر لقيام الخيار بالمجموع، و هو: أن يقوم بالمجموع من حيث تحقّق الطبيعه فى ضمنه، لا- من حيث كونه مجموعاً، فيجوز لكلّ منهم الاستقلال بالفسخ ما لم يُجز الآخر؛ لتحقّق الطبيعه فى الواحد، و ليس له الإجازة بعد ذلك. كما أنّه لو أجاز الآخر لم يجز الفسخ بعده؛ لأنّ الخيار الواحد إذا قام بماهية الوارث، واحداً كان أو متعدداً، كان إمضاء الواحد كفسخه ماضياً، فلا عبره بما يقع متأخراً عن الآخر؛ لأنّ

ص: ١١٨

(١- ١) كلمه «فافهم» مشطوب عليها -ظاهراً فى «ق».

الأول قد استوفاه. ولو اتّحدا زماناً كان ذلك كالإمضاء و الفسخ من ذى الخيار بتصرّفٍ واحد، لا أنّ الفاسخ متقدّم، كما سيجيء فى أحكام التصرّف (١).

### [مناقشات التى تكون فى الوجوه و مختار المؤلف]

ثمّ إنّه لا-ريب فى فساد مستند الوجه الأول المذكور له؛ لمنع ظهور النبوىّ و غيره فى ثبوت ما ترك لكلّ واحدٍ من الورثه؛ لأنّ المراد بالوارث فى النبوىّ و غيره ممّا أفرد فيه لفظ «الوارث» جنس الوارث المتحقّق فى ضمن الواحد و الكثير، و قيام الخيار بالجنس يتأتّى على الوجوه الأربعة المتقدّمه، كما لا يخفى على المتأمل.

و أمّا ما ورد فيه لفظ «الورثه» (٢) بصيغه الجمع، فلا يخفى أنّ المراد به أيضاً إمّا جنس الجمع، أو جنس الفرد، أو الاستغراق القابل للحمل على المجموعى و الأفرادى. و الأظهر هو الثانى، كما فى نظائره.

هذا كلّه، مع قيام القرينه العقليه و اللفظيه على عدم إرادته ثبوته لكلّ واحدٍ مستقلاً فى الكلّ.

أمّا الأولى: فلأنّ المفروض أنّ ما كان للميت و تركه للوارث حقّ واحدٍ شخصيّ، و قيامه بالأشخاص المتعدّدين أوضح استحاله و أظهر بطلاناً من تجزيه و انقسامه على الورثه، فكيف يدعى ظهور أدلّه الإرث فيه؟

ص: ١١٩

---

١- (١) سيجيء أحكام التصرّف فى الصفحه ١٢٩.

٢- (٢) ورد اللفظ فى موارد متعدّده، منها: ما ورد فى الوسائل ١٣:٣٣٢، الباب ٨ من كتاب السكنى و الحبيس، الحديث ٢، و ١٩:٢٤٧، الباب ٢٤ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ١ و ٢، و الأبواب المناسبه الأخرى.

و أما الثانيه:فلأنّ مفاد تلك الأدله بالنسبه إلى المال المتروك و الحقّ المتروك شىء واحد،و لا يستفاد منها بالنسبه إلى المال الاشتراك و بالنسبه إلى الحقّ التعدّد،إلّا مع استعمال الكلام فى معنيين.

هذا،مع أنّ مقتضى ثبوت ما كان للميت لكلّ من الورثه أن يكونوا كالكلاء المستقلين،فيمضى السابق من إجازة أحدهم أو فسخه، و لا يؤثّر اللاحق،فلا وجه لتقدّم الفسخ على الإجازة على ما ذكره.

و أما الوجه الثانى:فهو و إن لم يكن منافياً لظاهر أدله الإرث:

من ثبوت مجموع المتروك لمجموع الوارث،إلّا أنّ تجزئه الخيار بحسب متعلّقه-كما تقدّم-ممّا لم تدلّ عليه أدله الإرث.أما ما كان منها -كالنبوى-غير متعرّضٍ للقسمه فواضح،و أما ما تعرّض فيه للقسمه -كآيات قسمه الإرث بين الورثه-فغايه ما يستفاد منها فى المقام بعد ملاحظه عدم انقسام نفس المتروك هنا ثبوت القسمه فيما يحصل بإعمال هذا الحقّ أو إسقاطه،فيقسّم بينهم العين المستردّه بالفسخ،أو ثمنها الباقى فى ملكهم بعد الإجازة على طريق الإرث.

و أما ثبوت الخيار لكلّ منهم مستقلاً فى حصّته،فلا يستفاد من تلك الأدله،فالمتيقّن من مفادها هو ثبوت الخيار الواحد الشخصى للمجموع،فإن اتفق المجموع على الفسخ انفسخ فى المجموع،و إلّا فلا دليل على الانفساخ فى شىء منه.

و من ذلك يظهر:أنّ المعنى الثانى للوجه الثالث-و هو قيام الخيار بالطبيعاه المتحقّقه فى ضمن المجموع-أيضاً لا دليل عليه،فلا يؤثّر فسخ أحدهم و إن لم يجز الآخر،مع أنّ هذا المعنى أيضاً مخالفٌ لأدله الإرث؛ لما عرفت من أنّ مفادها بالنسبه إلى المال و الحقّ واحد،و من المعلوم:

أن المالك للمال ليس هو الجنس المتحقق في ضمن المجموع.

ثم إن ما ذكرنا جارٍ في كلِّ حقٍّ ثبت لمتعدّدٍ لم يُعلم من الخارج كونه على خصوص واحدٍ من الوجوه المذكوره. نعم، لو علم ذلك من دليلٍ خارجٍ أتبع، كما في حدِّ القذف؛ فإنَّ النصَّ قد دلَّ على أنه لا يسقط بعفو أحد الشريكين (١)، و كحقِّ القصاص، فإنه لا يسقط بعفو أحد الشريكين، لكن مع دفع الآخر مقدار حصّه الباقي من الديه إلى أولياء المقتص منه جمعاً بين الحقيين.

لكن يبقى الإشكال في حكم المشهور من غير خلافٍ يعرف بينهم -و إن احتمله في الدروس (٢)-: من أن أحد الورثه إذا عفى عن الشفعه كان للآخر الأخذ بكلِّ المبيع، فإنَّ الظاهر أن قولهم بذلك ليس لأجل دليلٍ خارجيٍّ، والفرق بينه وبين ما نحن فيه مشكلٌ.

و يمكن أن يفرّق بالضرر؛ فإنه لو سقطت الشفعه بعفو أحد الشريكين تضرّر الآخر بالشركه. بل لعلّ هذا هو السرّ في عدم سقوط حدّي القذف و القصاص بعفو البعض؛ لأنّ الحكمه فيهما التشفّي، فإبطالهما بعفو أحد الشركاء إضرارٌ على غير العافى، وهذا غير موجودٍ فيما نحن فيه، فتأمل.

ثم إن ما اخترناه من الوجه الأوّل (٣) هو مختار العلّامه في القواعد -بعد أن احتمل الوجه الثاني- و ولده في الإيضاح و الشهيد في الدروس

ص: ١٢١

١-١) راجع الوسائل ٤٥٦:١٨، الباب ٢٢ من أبواب حدِّ القذف، الحديث ١ و ٢.

٢-٢) الدروس ٣٧٨:٣.

٣-٣) أى المعنى الأوّل من معنّى الوجه الثالث، راجع الصفحه ١١٨.

و الشهيد الثاني في المسالك، و حكى عن غيرهم (١).

قال في القواعد: و هل للورثة التفريق؟ فيه نظرٌ، أقربُه المنع، و إن جَوَّزناه مع تعدُّد المشتري (٢). و زاد في الإيضاح- بعد توجيه المنع بأنَّه لم يكن لمورثهم إلَّا خيارٌ واحد-: أنَّه لا وجه لاحتمال التفريق (٣).

و قال في الدروس في باب خيار العيب: لو جَوَّزنا لأحد المشتريين الرَّد لم نجَّزه لأحد الوارثين عن واحدٍ؛ لأنَّ التعدُّد طارٍ على العقد سواء كان الموروث خيار العيب (٤) أو غيره (٥)، انتهى.

و قال في المسالك بعد المنع عن تفرُّق المشتريين في الخيار: هذا كلُّه فيما لو تعدَّد المشتري، أمَّا لو تعدَّد مستحقُّو (٦) المبيع مع اتحاد المشتري ابتداءً- كما لو تعدَّد وارث المشتري الواحد- فإنَّه ليس لهم التفرُّق لاتِّحاد الصفقة، و التعدُّد طارٍ، مع احتمال (٧)، انتهى.

و ظاهر التذكرة- في خيار المجلس- الوجهُ الأوَّل من الوجوه المتقدمه، قال: لو فسخ بعضهم و أجاز الآخر فالأقوى أنَّه يفسخ في الكلِّ، كالمورث لو فسخ في حياته في البعض و أجاز في البعض (٨)، انتهى.

ص: ١٢٢

١- ١) راجع مفتاح الكرامه ٤:٥٩١، و مستند الشيعة ١٤:٤١٤-١٥:٤١٥.

٢- ٢) القواعد ٢:٦٨.

٣- ٣) إيضاح الفوائد ١:٤٨٧.

٤- ٤) في «ش» و المصدر: «عيب».

٥- ٥) الدروس ٣:٢٨٥.

٦- ٦) في «ش»: «مستحقُّ المبيع»، و في المصدر: «المستحقُّ للمبيع».

٧- ٧) المسالك ٣:٢٨٧.

٨- ٨) التذكرة ١:٥١٨.

و يحتمل أن لا يريد بذلك أن لكلٍ منهما ملك الفسخ في الكلّ، كما هو مقتضى الوجه الأوّل، بل يملك الفسخ في البعض و يسرى في الكلّ، نظير فسخ المورث في البعض.

و كيف كان، فقد ذكر في خيار العيب: أنه لو اشترى عبداً فمات و خلف وارثين فوجدوا به عيباً لم يكن لأحدهما ردّ حصّته خاصّةً للتشقيص (١)، انتهى.

و قال في التحرير: لو ورث اثنان عن أبيهما خيار عيب، فرضى أحدهما، سقط حق الآخر عن (٢) الردّ دون الأرش (٣).

و الظاهر أنّ خيار العيب و خيار المجلس واحدٌ، كما تقدّم عن الدروس (٤). فلعلّه رجوعٌ عمّا ذكره في خيار المجلس.

ثمّ إنّه ربما يحمل ما في القواعد و غيرها: من عدم جواز التفريق (٥)، على أنّه لا يصحّ تبعض المبيع (٦) من حيث الفسخ و الإجازة، بل لا بدّ من الفسخ في الكلّ أو الإجازة، فلا دلالة فيها على عدم استقلال كلٍّ منهم على الفسخ في الكلّ، و حينئذٍ فإنّ فسخ أحدهم و أجاز الآخر قدّم الفسخ على الإجازة.

ص: ١٢٣

١-١) التذكرة ٥٣٦:١.

٢-٢) في «ش» و المصدر: «من».

٣-٣) التحرير ١٨٣:١.

٤-٤) تقدّم في الصفحة المتقدّمة، و لكنّه قال: «سواء كان الموروث خيار العيب أو غيره».

٥-٥) القواعد ٦٨:٢، و راجع مستند الشيعة ١٤:١٤.

٦-٦) في محتمل «ق»: «البيع».



و يُنسب تقديم الفسخ إلى كلِّ مَنْ مَنَعَ من التفريق، بل في الحدائق تصريح الأصحاب بتقديم الفسخ من الورثة على المجيز (١). و لازم ذلك الاتفاق على أنه متى فسخ أحدهم انفسخ في الكلِّ. و ما أبعد بين هذه الدعوى و بين ما في الرياض، من قوله: و لو اختلفوا-يعنى الورثة- قيل: قُدِّم الفسخ، و فيه نظرٌ (٢).

لكنَّ الأظهر في معنى عبارته القواعد ما ذكرنا، و أنّ المراد بعدم جواز التفريق: أنّ فسخ أحدهم ليس ماضياً مع عدم موافقه الباقين، كما يدلُّ عليه قوله فيما بعد ذلك في باب خيار العيب: إنّه «إذا ورثا خيار عيب (٣)، فلا- إشكال في وجوب توافقهما» (٤) فإنَّ المراد بوجوب التوافق وجوبه الشرطى، و معناه: عدم نفوذ التخالف، و لا ريب أنّ عدم نفوذ التخالف ليس معناه عدم نفوذ الإجازة من أحدهما (٥) مع فسخ صاحبه، بل المراد عدم نفوذ فسخ صاحبه من دون إجازته (٦)، و هو المطلوب.

و أصرح منه ما تقدّم من عبارته التحرير ثمّ التذكرة (٧). نعم، ما تقدّم من قوله في الزوجه غير ذات الولد: «أقربه ذلك إن اشترى

ص: ١٢٤

١- (١) الحدائق ١٩:٧١.

٢- (٢) الرياض ٨:٢٠٣.

٣- (٣) في «ش»: «أمّا لو أورثا خيار العيب».

٤- (٤) القواعد ٢:٧٤.

٥- (٥) في «ق»: «أحدهم»، و هو لا يوافق السياق.

٦- (٦) في «ش»: «زياده»: «لفسخ صاحبه».

٧- (٧) تقدّمتا في الصفحه المتقدّمه.

بختيارٍ لثرت من الثمن» (١) قد يدلّ على أنّ فسخ الزوجه فقط كافٍ في استرجاع تمام الثمن لثرت منه؛ إذ استرداد مقدار حصّتها موجبٌ للتفريق الممنوع عنده و عند غيره.

و كيف كان، فمقتضى أدلّه الإرث ثبوت الخيار للورثه على الوجه الثالث الذى اخترناه. و حاصله: أنّه متى فسخ أحدهم و أجاز الآخر لغى الفسخ.

و قد يتوهم استلزام ذلك بطلان حقّ شخصٍ، لعدم أعمال الآخر حقّه.

و يندفع: بأنّ الحقّ إذا كان مشتركاً لم يجز أعماله إلّا برضا الكلّ، كما لو جعل الخيار لأجنبيين على سبيل التوافق.

### فرع:

إذا اجتمع الورثه كلّهم على الفسخ فيما باعه مورّثهم، فإن كان عين الثمن موجوداً في ملك الميّت دفعوه إلى المشتري، و إن لم يكن موجوداً أُخرج من مال الميّت و لا- يمنعون من ذلك و إن كان على الميّت دينٌ مستغرقٌ للتركه، لأنّ المحجور له الفسخ بخياره. و فى اشتراط ذلك بمصلحه الديان و عدمه و جهان. و لو كان مصلحتهم فى الفسخ لم يجبروا الورثه (٢) عليه لأنّه حقّ لهم، فلا يجبرون على أعماله.

و لو لم يكن للميّت مالٌ ففى وجوب دفع الثمن من مالهم بقدر الحصص و جهان:

ص: ١٢٥

١-١) تقدّم فى الصفحه ١١٤.

٢-٢) فى «ق»: «الوارث».

من أنه ليس لهم - كالأجنبي المجمعول له الخيار، أو الوكيل المستتاب في الفسخ والإمضاء - إلما حقّ الفسخ و انحلال العقد المستلزم لدخول المبيع في ملك الميّت يوفى عنه ديونه و خروج الثمن عن ملكه في المعين و اشتغال ذمته ببدله في الثمن الكلي، فلا يكون مال الورثة عوضاً عن المبيع إلّا على وجه كونه وفاءً لدين الميّت، و حينئذٍ فلا اختصاص له بالورثة على حسب سهامهم، بل يجوز للغير أداء ذلك الدين، بل لو كان للميّت غرماء ضرب المشتري مع الغرماء. و هذا غير اشتغال ذمم الورثة بالثمن على حسب سهامهم من المبيع.

و من أنهم قائمون مقام الميّت في الفسخ بردّ الثمن أو بدله و تملك المبيع، فإذا كان المبيع مردوداً على الورثة من حيث إنهم قائمون مقام الميّت، اشتغلت ذممهم بثمنه من حيث إنهم كنفس الميّت، كما أنّ معنى إرثهم لحقّ الشفعة استحقاقهم لتملك الحصّة بثن من مالهم لا من مال الميّت.

ثمّ لو قلنا بجواز الفسخ لبعض الورثة و إن لم يوافقه الباقي و فسخ، ففي انتقال المبيع إلى الكلّ أو إلى الفاسخ، و جهان: ممّا ذكرنا من مقتضى الفسخ، و ما ذكرنا أخيراً من مقتضى النيابة و القيام مقام الميّت.

و الأظهر في الفرعين هو كون ولايه الوارث لا - كولايه الولي و الوكيل في كونها لاستيفاء حقّ للغير، بل هي ولايه استيفاء حقّ متعلّق بنفسه، فهو كنفس الميّت لا نائب عنه في الفسخ؛ و من هنا جرت السيره: بأنّ ورثة البائع يبيع خيار ردّ الثمن يردّون مثل الثمن من أموالهم، و يستردّون المبيع لأنفسهم من دون أن يُلزموا بأداء الديون منه بعد الإخراج. و المسألة تحتاج إلى تنقيح زائد.

## مسأله لو كان الخيار لأجنبيّ و مات،

ففى انتقاله إلى وارثه كما فى التحرير (١)، أو إلى المتعاقدين، أو سقوطه كما اختاره غير واحدٍ من المعاصرين (٢) و ربما يظهر من القواعد (٣)، وجوه:

من أنه حقُّ تركه الميِّت فلوارثه.

و من أنه حقُّ لمن اشترط له من المتعاقدين؛ لأنّه بمنزله الوكيل الذى حكم فى التذكرة بانتقال خياره إلى موكله دون وارثه (٤).

و من أنّ ظاهر الجعل أو محتمله مدخلية نفس الأجنبي، فلا يدخل فيما تركه.

و هذا لا يخلو عن قوّه لأجل الشكِّ فى مدخلية نفس الأجنبيّ.

ص: ١٢٧

١-١) التحرير ١:١٦٨.

٢-٢) منهم النراقى فى المستند ١٤:٤١٣، و السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٥٩٢.

٣-٣) القواعد ٢:٦٩.

٤-٤) التذكرة ٥١٨:١.

و فى القواعد: لو جعل الخيار لعبد أحدهما، فالخيار لمولاه (١)؛ و لعلّه لعدم نفوذ فسخه و لا إجازته بدون رضا مولاه، و إذا أمره بأحدهما اجبر شرعاً عليه، فلو امتنع فللمولى فعله عنه، فيرجع الخيار بالأخره له.

لكن هذا يقتضى أن يكون عبد الأجنبى كذلك، مع أنه قال: لو كان العبد لأجنبى لم يملك مولاه و لا يتوقف على رضاه إذا لم يمنع حقاً للمولى (٢)، فيظهر من ذلك فساد الوجه المذكور نقضاً و حلاً، فانهم.

ص: ١٢٨

---

١ - ١) القواعد ٢:٦٩.

٢ - ٢) القواعد ٢:٦٩.

## مسأله و من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار.

و قد مرّ بيان ذلك في مسقطات الخيار. [و المقصود هنا بيان أنه كما (١)] يحصل إسقاط الخيار و التزام العقد بالتصرف فيكون التصرف إجازة فعلية، كذلك يحصل الفسخ بالتصرف، فيكون فسخاً فعلياً.

و قد صرح في التذكرة: بأنّ الفسخ- كالأجازة- قد يكون بالقول و قد يكون بالفعل (٢). و قد ذكر جماعة كالشيخ (٣) و ابن زهره (٤) و ابن إدريس (٥) و جماعة من المتأخرين عنهم كالعلامة (٦)

ص: ١٢٩

١-١) لم يرد في «ق».

٢-٢) التذكرة ٥٣٧:١.

٣-٣) راجع المبسوط ٨٣:٢ ٨٤.

٤-٤) الغنية: ٢١٩.

٥-٥) السرائر ٢٨٢:٢.

٦-٦) انظر التذكرة ٥٣٥:١، و فيه: «إنّ خيار المشتري يسقط بوطيه». و قال بعد أسطر: «و لو وطأها البائع في مدّه خياره فإنّه يكون فسخاً للبيع»، و راجع القواعد ٦٩:٢ أيضاً.

و غيره (١) قدس الله أسرارهم-: أن التصرف إن وقع فيما انتقل عنه كان فسخاً، وإن وقع فيما انتقل إليه كان إجازة.

و قد عرفت في مسأله الإسقاط (٢): أن ظاهر الأكثر أن المسقط هو التصرف المؤذن بالرضا، و قد دل عليه الصحيحه المتقدمه في خيار الحيوان (٣) المعلل للفقير: بأن التصرف رضاً بالعقد فلا خيار، و كذا النبوي المتقدم (٤).

و مقتضى ذلك منهم: أن التصرف فيما انتقل عنه إنما يكون فسخاً إذا كان مؤذناً بالفسخ ليكون فسخاً فعلياً، و أما ما لا يدل على إرادته الفسخ، فلا- وجه لانفساخ العقد به و إن قلنا بحصول الإجازة به؛ بناءً على حمل الصحيحه المتقدمه على سقوط الخيار بالتصرف تعبداً شرعياً، من غير أن يكون فيه دلالة عرفية نوعيته على الرضا بلزوم العقد، كما تقدم نقله عن بعض (٥). إلا أن يدعى الإجماع على اتحاد ما يحصل به الإجازة و الفسخ، فكل ما يكون إجازة لو ورد على ما في يده يكون

ص: ١٣٠

---

١ - ١) مثل الشهيدين في الدروس ٣:٢٧٠، و المسالك ٣:١٩٧ و ٢١٣، و المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة ٨:٤١٢، و نسبه المحقق التستري في المقابس: ٢٤٧ إلى الأصحاب.

٢ - ٢) في الجزء الخامس، الصفحة ١٠٢.

٣ - ٣) و هي صحيحه ابن رثاب المتقدمه في الجزء الخامس، الصفحة ٩٧.

٤ - ٤) المتقدم في الجزء الخامس، الصفحة ١٠٠، المروى عن جعفر عن أبيه عليهما السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه و آله..».

٥ - ٥) راجع الجزء الخامس، الصفحة ٩٩ و ١٠٣.

فسخاً إذا ورد منه على ما في يد صاحبه.

و هذا الاتفاق و إن كان الظاهر تحقّقه، إلّا أنّ أكثر هؤلاء- كما عرفت- كلماتهم في سقوط خيار الشرط بالتصرّف تدلّ على اعتبار الدلالة على الرضا في التصرّف المسقط، فيلزمهم بالمقابلة اعتبار الدلالة على الفسخ في التصرّف الفاسخ، و يدلّ عليه كثيرٌ من كلماتهم في هذا المقام أيضاً.

قال في التذكرة: أمّا العرض على البيع و الإذن فيه و التوكيل و الرهن غير المقبوض- بناءً على اشتراطه فيه- و الهبه غير المقبوضه، فالأقرب أنّها من البائع فسخٌ و من المشتري إجازة؛ لدلالتهما على طلب المبيع و استيفائه (١)، و هذا هو الأقوى، و نحوها في جامع المقاصد (٢).

ثمّ إنك قد عرفت الإشكال في كثيرٍ من أمثلتهم المتقدّمة للتصرّفات الملزّمة، كركوب الدابّة في طريق الردّ و نحوه ممّا لم يدلّ على الالتزام أصلاً، لكنّ الأمر هنا أسهل، بناءً على أنّ ذا الخيار إذا تصرّف فيما انتقل عنه تصرّفًا لا يجوز شرعاً إلّا من المالك أو بإذنه، دلّ ذلك بضميمة حمل فعل المسلم على الصحيح شرعاً على إرادته انفساخ العقد قبل هذا التصرّف.

قال في التذكرة: لو قبل الجارية بشهوه، أو باشر في ما دون الفرج، أو لمس بشهوه، فالوجه عندنا أنّه يكون فسخاً؛ لأنّ الإسلام يصون صاحبه عن القبيح، فلو لم يختار الإمساك لكان مُقَدِّماً على

ص: ١٣١

١- (١) التذكرة ٥٣٨:١.

٢- (٢) جامع المقاصد ٣١١:٤.



المعصية (١)، انتهى.

ثم نقل عن بعض الشافعيه احتمال العدم؛ نظراً إلى حدوث هذه الأمور عمن يتردد في الفسخ و الإجازة (٢).

و في جامع المقاصد عند قول المصنّف قدّس سرّه: «و يحصل الفسخ بوّء البائع و بيعه و عتقه و هبته» قال: لوجوب صيانه فعل المسلم عن الحرام حيث يوجد إليه سبيلٌ، و تنزيل فعله على ما يجوز له مع ثبوت طريق الجواز (٣)، انتهى.

ثم إنّ أصله حمل فعل المسلم على الجائز من باب الظواهر المعتبره شرعاً، كما صرح به جماعة (٤) كغيرها من الأمارات الشرعيّه، فيدلّ على الفسخ، لا من الأصول التعبدية حتّى يقال: إنّها لا تثبت إرادته المتصرّف للفسخ؛ لما تقرّر: من أنّ الأصول التعبدية لا تثبت إلّا اللوازم الشرعيّه لمجاريها، و هنا كلامٌ مذکورٌ في الأصول (٥).

ثم إنّ مثل التصرف الذي يحرم شرعاً إلّا على المالك أو مأذونه

ص: ١٣٢

١-١) التذكرة ٥٣٧:١.

٢-٢) التذكرة ٥٣٨:١.

٣-٣) جامع المقاصد ٣٠٩:٤-٣١٠.

٤-٤) كالشهيدين في الدروس ١:٣٢، و القواعد و الفوائد ١:١٣٨، و تمهيد القواعد: ٣١٢، و المسالك ١:٢٣٩ و ١٧٤:٦، و المحقق الثاني في جامع المقاصد ٥:١١٩ و ١٠:١٣٥، و ١٢:٤٦٣، و راجع تفصيل ذلك في فرائد الأصول ٣:٣٥٥ و ٣٧٤.

٥-٥) راجع فرائد الأصول ٣:٢٣٣.

التصرّف الذى لا ينفذ شرعاً إلّا من المالك أو مأذونه و إن لم يحرم، كالبيع و الإجاره و النكاح، فإنّ هذه العقود و إن حلّت لغير المالك لعدم عدّها تصرّفاً فى ملك الغير، إلّا أنّها تدلّ على إرادته الانفساخ بها بضميمه أصله عدم الفضوليه، كما صرّح به (١) جامع المقاصد (٢) عند قول المصنّف: «و الإجاره و الترويح فى معنى البيع»، و المراد بهذا الأصل الظاهر، فلا وجه لمعارضته بأصله عدم الفسخ، مع أنّه لو أُريد به أصله عدم قصد العقد عن الغير، فهو حاكمٌ على أصله عدم الفسخ، لكنّ الإنصاف: أنّه لو أُريد به هذا لم يثبت به إرادته العاقد للفسخ.

و كيف كان، فلا إشكال فى إناطه الفسخ (٣) عندهم - كالإجازة - بدلاله التصرّف عليه. و يؤيّده استشكالهم فى بعض أفراده من حيث دلالتهم بالالتزام على الالتزام بالبيع أو فسخه، و من حيث إمكان صدوره عمّن يتردّد فى الفسخ، كما ذكره فى الإيضاح (٤) و جامع المقاصد فى وجه إشكال القواعد فى كون العرض على البيع و الإذن فيه فسخاً (٥).

و ممّا ذكرنا يعلم: أنّه لو وقع التصرّف فيما انتقل عنه نسياناً للبيع أو مسامحةً فى التصرّف فى ملك الغير أو اعتماداً على شهاده الحال بالإذن، لم يحصل الفسخ بذلك.

ص: ١٣٣

١- ١) فى «ش»: «بها».

٢- ٢) جامع المقاصد ٤: ٣١١.

٣- ٣) فى «ش» زياده: «بذلك».

٤- ٤) إيضاح الفوائد ١: ٤٨٩.

٥- ٥) جامع المقاصد ٤: ٣١١.

إشاره

و بعبارة أخرى: التصرف سببٌ أو كاشفٌ؟ فيه وجهان، بل قولان:

من ظهور كلماتهم في كون نفس التصرف فسحاً أو إجازةً و أنه فسحٌ فعليٌّ في مقابل القولى، و ظهور اتفاقهم على أن الفسخ بل مطلق الإنشاء لا يحصل بالتيه، بل لا بد من حصوله بالقول أو الفعل.

و ممّا عرفت من التذكرة و غيرها: من تعليل تحقّق الفسخ بصيانته فعل المسلم عن القبيح (١)، و من المعلوم: أنه لا يُصان عنه إلّا إذا وقع الفسخ قبله؛ و إلّا لوقع الجزء الأول منه محرّماً.

و يمكن أن يحمل قولهم بكون التصرف فسحاً على كونه دالاً عليه و إن لم يتحقّق به، و هذا المقدار يكفى في جعله مقابلاً للقول. و يؤيّده ما دلّ من الأخبار المتقدّمة (٢) على كون الرضا هو مناط الالتزام بالعقد و سقوط الخيار، كما اعترف به في الدروس (٣) و صرّح به في التذكرة،

ص: ١٣٤

١-١) راجع الصفحة ١٣١ ١٣٢.

٢-٢) المتقدّمة في خيار الحيوان في الجزء الخامس، الصفحة ٩٧ و ما بعدها.

٣-٣) الدروس ٢٢٧:٣.

حيث ذكر: «أنَّ قصد المتبايعين لأحد عوضى الصرف قبل التصرف رضاً بالعقد (١) وإن اعتبر كونه مكشوفاً عنه بالتصرف (٢)، فمقتضى المقابلة هو كون كراهه العقد باطناً و عدم الرضا به هو الموجب للفسخ إذا كشف عنه التصرف.

و يؤيده أنهم ذكروا: أنه لا تحصل الإجازة بسكوت البائع ذى الخيار على وطء المشتري، معللاً: بأن السكوت لا يدلّ على الرضا (٣)؛ فإنّ هذا الكلام ظاهرٌ فى أنّ العبره بالرضا. و صرّح فى المبسوط: بأنّه لو علم رضاه بوطء المشتري سقط خياره (٤)، فاقتصر فى الإجازة على مجرد الرضا.

و أمّا ما اتّفقوا عليه: من عدم حصول الفسخ بالتيه، فمرادهم بها نية الانفساخ، أعنى الكراهه الباطنيه لبقاء العقد و البناء على كونه منفسخاً من دون أن يدلّ عليها بفعلٍ مقارنٍ له. و أمّا مع اقترانها بالفعل فلا قائل بعدم تأثيره (٥) فيما يكفى فيه الفعل؛ إذ كلّ ما يكفى (٦)

ص: ١٣٥

١- ١) التذكرة ٥١٤: ١، و فيه: «لأنّ قصدهما للتبايع رضاً به».

٢- ٢) هكذا وردت العبارة فى الأصل، لكن جاءت عبارة «و إن اعتبر كونه مكشوفاً عنه بالتصرف» فى «ش» بعد قوله: «و سقوط الخيار».

٣- ٣) كما فى المبسوط ٨٣: ٢، و الغنيه: ٢٢١، و القواعد ٦٩: ٢، و التذكرة ١: ٥٣٥، و راجع مفتاح الكرامه ٤: ٦٠١.

٤- ٤) المبسوط ٨٣: ٢.

٥- ٥) فى «ش»: «تأثيرها».

٦- ٦) فى ظاهر «ق»: «يكتفى».

فيه الفعل من الإنشاءات و لا يعتبر فيه خصوص القول فهو من هذا القبيل؛ لأنّ الفعل لا إنشاء فيه، فالمنشأ يحصل بإرادته المتّصلة بالفعل لا بنفس الفعل، لعدم دلالة عليه.

نعم، يلزم من ذلك أن لا يحصل الفسخ باللفظ أصلاً؛ لأنّ اللفظ أبداً مسبوq بالقصد الموجود بعينه قبل الفعل الدالّ على الفسخ. وقد ذكر العلامة في بعض مواضع التذكرة: بأنّ اللازم بناءً على القول بتضمّن الوطاء للفسخ عود الملك إلى الواطئ مع الوطاء أو قبيله، فيكون حالاً (1).

هذا، و كيف كان، فالمسألة ذات قولين:

ففي التحرير قوى حرمة الوطاء الذي يحصل به الفسخ، و أنّ الفسخ يحصل بأوّل جزءٍ منه (2)، فيكشف عن عدم الفسخ قبله. و هو لازم كلّ من قال بعدم صحّه عقد الواهب الذي يتحقّق به الرجوع، كما في الشرائع (3) و عن المبسوط (4) و المهذب (5) و الجامع (6)، و الحكم في باب الهبة و الخيار واحدًا. و توقّف الشهيد في الدروس في المقامين (7) مع حكمه

ص: ١٣٦

- 
- ١-١) التذكرة ٥٣٤:١.
  - ١-٢) التحرير ١٦٨:١.
  - ٢-٣) الشرائع ٢٣١:٢.
  - ٣-٤) المبسوط ٣٠٤:٣.
  - ٤-٥) المهذب ٩٥:٢.
  - ٥-٦) الجامع ٣٦٧.
  - ٦-٧) راجع الدروس ٢٧١:٣، و ٢٨٩:٢.

بصحّه رهن ذى الخيار (١).

و جزم الشهيد و المحقّق الثّانين بالحلّ (٢)؛ نظراً إلى حصول الفسخ قبله بالقصد المقارن.

ثمّ إنّه لو قلنا بحصول الفسخ قُبيل هذه الأفعال فلا إشكال فى وقوعها فى ملك الفاسخ، فترتّب عليها آثارها، فيصحّ بيعه و سائر العقود الواقعة منه على العين، لمصادفتها للملك. و لو قلنا بحصوله بنفس الأفعال، فينبغى عدم صحّحه التصرفات المذكوره كالبيع و العتق من حيث عدم مصادفتها لملك العاقد التى هى شرطٌ لصحّتها.

و قد يقرّر المانع بما فى التذكرة عن بعض العامّه: من أنّ الشىء الواحد لا يحصل به الفسخ و العقد، كما أنّ التكبيرة الثّانية فى الصلاه بتيّه الشروع فى الصلاه يخرج بها عن الصلاه، و لا يشرع بها فى الصلاه. و بأنّ (٣) البيع موقوفٌ على الملك الموقوف على الفسخ المتأخّر عن البيع.

و أجاب فى التذكرة عن الأوّل بمنع عدم صحّحه حصول الفسخ و العقد بشىءٍ واحدٍ بالنسبه إلى شيئين (٤). و أجاب الشهيد عن الثّانى بمنع

ص: ١٣٧

١-١) الدروس ٣:٣٩١.

٢-٢) راجع المسالك ٣:٢١٦، و جامع المقاصد ٤:٣١٠.

٣-٣) ظاهر العبارة يقتضى أنّ هذا المانع موجود فى التذكرة، و لكن لم نعثر عليه فيها، نعم نقله السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٦٠١ بلفظ: «فاندفع أيضاً ما قيل..»، و ذكر العلّامة فى التذكرة ١:٤٩٠: «أنّه لو باع شيئاً بشرط أن يبيع إياه لم يصحّ.. و جاء الدور».

٤-٤) التذكرة ١:٥٣٨.

و قال في الإيضاح: إن الفسخ يحصل بأول جزء من العقد (٢). و زاد في باب الهبة قوله: فيبقى المحل قابلاً- لمجموع العقد (٣)، انتهى.

و قد يستدل للصحة: بأنه إذا وقع العقد على مال الغير فملكه بمجرد العقد كان كمن باع مال غيره ثم ملكه.

أقول: إن قلنا: بأن الاستفادة من أدله توقف البيع و العتق على الملك- نحو قوله: «لا بيع إلا في ملك» (٤)، و «لا- عتق إلا في ملك» (٥)- هو اشتراط وقوع الإنشاء في ملك المنشئ، فلا مناص عن القول بالبطلان؛ لأن صحه العقد حينئذ يتوقف على تقدم تملك العاقد على جميع أجزاء العقد لتقع فيه، فإذا فرض العقد أو جزء من أجزائه فسحاً كان سبباً لتملك العاقد مقدماً عليه؛ لأن المسبب إنما يحصل بالجزء الأخير من سببه، فكلاً فرض جزء من العقد قابل للتجزيه سبباً للتملك، كان التملك متأخراً عن بعض ذلك الجزء، و إنما لم تقدم وجود المسبب على السبب. و الجزء الذي لا- يتجزأ غير موجود، فلا- يكون سبباً، مع أن غايه الأمر حينئذ المقارنه بينه و بين التملك.

ص: ١٣٨

١- ١) لم نعثر عليه.

٢- ٢) راجع إيضاح الفوائد ١: ٤٨٨، و ٢: ٤١٧.

٣- ٣) راجع إيضاح الفوائد ١: ٤٨٨، و ٢: ٤١٧.

٤- ٤) راجع عوالي اللآلي ٢: ٢٤٧، الحديث ١٦، و فيه: «لا بيع إلا فيما تملك».

٥- ٥) راجع الوسائل ٧: ١٦-٨، الباب ٥ من أبواب كتاب العتق، الأحاديث ١ و ٢ و ٦.

لكنك عرفت أن الشرط بمقتضى الأدله سبق (١) التملك على جميع أجزاء العقد قضاءً لحق الظرفيه.

و أمّا دخول المسأله فى «من باع شيئاً ثم ملكه» فهو- بعد فرض القول بصحته- يوجب اعتبار إجازة العاقد ثانياً، بناءً على ما ذكرنا (٢) فى مسأله الفضولى: من توقّف لزوم العقد المذكور على الإجازة. إلّا أن يقال: إنّ المتوقّف على الإجازة عقد الفضولى و بيعه للمالك، و أمّا بيعه لنفسه- نظير بيع الغاصب- فلا يحتاج إلى الإجازة بعد العقد. لكن هذا على تقدير القول به و الإغماض عمّا تقدّم فى عقد الفضولى لا يجرى فى مثل العتق (٣).

و إن قلنا (٤): إنّ المستفاد من تلك الأدله هو عدم وقوع البيع فى ملك الغير ليؤثر (٥) فى نقل مال الغير بغير إذنه، فالممنوع شرعاً تمام السبب فى ملك الغير، لا- وقوع بعض أجزائه فى ملك الغير و تمامه فى ملك نفسه ليُنقل بتمام العقد الملك الحادّ ببعضه، فلا مانع من تأثير هذا العقد لانتقال ما انتقل إلى البائع بأول جزء منه.

و هذا لا يخلو عن قوّه؛ إذ لا دلالة فى أدله اعتبار الملكيه فى المبيع إلّا على اعتبار كونه مملوكاً قبل كونه مبيعاً، و الحصر فى قوله

ص: ١٣٩

١- ١) فى «ش» بدل «سبق»: «سبب».

٢- ٢) راجع الجزء الثالث: ٤٣٥.

٣- ٣) فى «ش» زياده: «الغير القابل للفضولى».

٤- ٤) عطف على قوله: «إن قلنا بأنّ المستفاد» فى الصفحه المتقدّمه.

٥- ٥) فى «ش»: «المؤثر».



«لا بيع إلا في ملك» إضافي بالنسبة إلى البيع في ملك الغير، أو في غير ملك كالمباحات الأصليّة، فلا يعمّ المستثنى منه البيع الواقع بعضه في ملك الغير وتمامه في ملك البائع.

هذا، مع أنّه يقرب أن يقال: إنّ المراد بالبيع هو النقل العرفي الحاصل من العقد لا- نفس العقد؛ لأنّ العرف لا يفهمون من لفظ «البيع» إلا هذا المعنى المأخوذ في قولهم: «بعث»، وحيثُذِ فالفسخ الموجب للملك يحصل بأول جزء من العقد، والنقل و التملك (1) يحصل بتمامه، فيقع النقل في الملك. وكذا الكلام في العتق وغيره من التصرفات القوليّة، عقداً كان أو إيقاعاً.

و لعلّ هذا معنى ما في الإيضاح: من أنّ الفسخ يحصل بأول جزء (2)، و بتمامه يحصل العتق.

□  
نعم، التصرفات الفعلية المحقّقة للفسخ- كالوطء و الأكل و نحوهما- لا- وجه لجواز الجزء الأول منها؛ فإنّ ظاهر قوله تعالى: **إِلَّا عَلَىٰ أَرْوَاحِهِمْ** أو **مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ** (3) اعتبار وقوع الوطء فيما اتّصف بكونها مملوكة، فالوطء المحصّل للفسخ لا يكون بتمامه حالاً.

و توهم أنّ الفسخ إذا جاز بحكم الخيار جاز كلّ ما يحصل به قولاً كان أو فعلاً، فاسد؛ فإنّ معنى جواز الفسخ لأجل الخيار الجواز الوضعي أعنى الصّحّة لا التكليفي، فلا ينافي تحريم ما يحصل به

ص: ١٤٠

١- ١) في «ش» زياده: «العرفي».

٢- ٢) إيضاح الفوائد ١: ٤٨٨.

٣- ٣) المؤمنون: ٦.

الفسخ، كما لا يخفى.

مع أنه لو فرض دلالة دليل الفسخ على إباحه ما يحصل به تعيين حمل ذلك على حصول الفسخ قبيل التصرف، جمعاً بينه وبين ما دلّ على عدم جواز ذلك التصرف إلا إذا وقع في الملك.

و بالجمله، فما اختاره المحقق والشهيد الثانيان (1) في المسألة لا يخلو عن قوّه، و به يرتفع الإشكال عن جواز التصرفات تكليفاً و وضعاً.

و هذا هو الظاهر من الشيخ في المبسوط، حيث جوّز للمتصارفين تباع النقدين ثانياً في مجلس الصرف، وقال: إنَّ شروعهما في البيع قطعاً لخيار المجلس (2). مع أنّ الملك عنده يحصل بانقطاع الخيار المتحقّق هنا بالبيع المتوقّف على الملك. لكنّه في باب الهبه لم يصحّ البيع الذي يحصل به الرجوع فيها معللاً بعدم وقوعه في الملك (3).

**فرع:**

لو اشترى عبداً بجاريه مع الخيار (4) فقال: أعتقهما، فربما يقال بانعتاق الجاريه دون العبد؛ لأنّ الفسخ مقدّم على الإجازة.

وفيه: أنّه لا دليل على التقديم في مثل المقام ممّا وقع الإجازة و الفسخ من طرف واحدٍ دفعه، سواء اتّحد المجيز و الفاسخ كما في المقام،

ص: ١٤١

١-١) تقدّم عنهما في الصفحه ١٣٧.

٢-٢) المبسوط ٩٦:٢.

٣-٣) المبسوط ٣٠٤:٣.

٤-٤) في «ش» زياده: «له».

أو تعدّد كما لو وقعا من وكيلي ذى الخيار دفعهً واحدهً، إنّما المسلّم تقديم الفسخ الصادر من أحد الطرفين على الإجازة الصادره من الطرف الآخر؛ لأنّ لزوم العقد من أحد الطرفين بمقتضى إجازته لا ينافى انفساخه بفسخ الطرف الآخر، كما لو كان العقد جائزاً من أحدهما ففسخ (١) مع لزوم العقد من الطرف الآخر، بخلاف اللزوم و الانفساخ من طرفٍ واحد.

و نحوه فى الضعف القول بعق العبد؛ لأنّ الإجازة إبقاءً للعقد، و الأصل فيه الاستمرار.

و فيه: أنّ عتق العبد موقوفٌ على عدم عتق الجاربه كالعكس.

نعم، الأصل استمرار العقد و بقاء الخيار و عدم حصول العتق أصلاً. و هو الأقوى، كما اختاره جماعة، منهم: العلامة فى التذكرة و القواعد (٢) و المحقق الثانى فى جامع المقاصد (٣)؛ لأنّ عتقهما معاً لا ينفذ؛ لأنّ العتق لا يكون فضولياً، و المعتق لا يكون مالكاً لهما بالفعل؛ لأنّ ملك أحدهما يستلزم خروج الآخر عن الملك.

و لو كان الخيار فى الفرض المذكور لبائع العبد بُنى عتق العبد على جواز التصرف من غير ذى الخيار فى مدّه الخيار، و عتق الجاربه على جواز عتق الفضولى. و الثانى غير صحيحٍ اتفاقاً، و سيأتى الكلام فى الأوّل و إن كان الخيار لهما.

ص: ١٤٢

---

١ - ١) فى «ش»: «يفسخ».

٢ - ٢) التذكرة ٥٣٨: ١، و القواعد ٢: ٧٠.

٣ - ٣) جامع المقاصد ٣: ٣١٤.

ففى القواعد (١) و الإيضاح (٢) و جامع المقاصد (٣): صحّه عتق الجاربه و يكون فسخاً؛ لأنّ عتق العبد من حيث إنّه إبطالٌ لخيار بائعه غير صحيح بدون إجازة البائع، و معها يكون إجازةً منه لبيعه، و الفسخ مقدّم على الإجازة.

و الفرق بين هذا و صورته اختصاص المشتري بالخيار: أنّ عتق كل من المملوكين كان من المشتري صحيحاً لازماً، بخلاف ما نحن فيه.

نعم، لو قلنا هنا بصحّه عتق المشتري فى زمان خيار البائع كان الحكم كما فى تلك الصوره.

ص: ١٤٣

---

١-١) القواعد ٢:٧٠.

٢-٢) إيضاح الفوائد ١:٤٩٠.

٣-٣) جامع المقاصد ٤:٣١٦.

على قول الشيخ (١) والمحكي عن ابن سعيّد في جامع الشرائع (٢) وظاهر جماعه من الأصحاب، منهم: العلّامة في القواعد (٣) والمحقق (٤) والشهيد (٥) الثانيان قدّس الله أسرارهم في ظاهر كلماتهم (٦)، بل في مفتاح الكرامه- في مسأله عدم انتقال حق الرجوع في الهبه إلى الورثه-: أنّ حق الخيار يمنع المشتري من التصرفات الناقله عند

ص: ١٤٤

---

١-١) راجع المبسوط ٢:٢١١، حيث حكم بعدم نفوذ تصرف المشتري مع ثبوت الخيار للبائع، لأنّه إبطال حقّ البائع من الخيار، وراجع الصفحه ٩٦ من نفس المصدر أيضاً.

٢-٢) الجامع للشرائع: ٢٤٨.

٣-٣) القواعد ٢:٧٠.

٤-٤) راجع جامع المقاصد ٤:٣١٢ و ٣١٥، و ٩:١٦٩.

٥-٥) راجع المسالك ١:٣٦٠.

٦-٦) لم ترد «في ظاهر كلماتهم» في «ش».

الأكثر (١)، و عن جماعه في مسأله وجوب الزكاه على المشتري للنصاب بخيار للبائع: أن المشتري ممنوع من كثير من التصرفات المنافيه لخيار البائع (٢)، بل ظاهر المحكي عن الجامع -كعباره الدروس (٣)- عدم الخلاف في ذلك، حيث قال في الجامع: و ينتقل المبيع بالعقد و انقضاء الخيار، و قيل بالعقد، و لا ينفذ تصرف المشتري فيه حتى ينقضى خيار البائع (٤).

و ستجىء عباره الدروس.

و لكن خلاف الشيخ و ابن سعيد مبنئى على عدم قولهما بتملك المبيع قبل انقضاء الخيار، فلا يعدّ مثلهما مخالفاً في المسأله.

و الموجود في ظاهر كلام المحقق في الشرائع: جواز الرهن في زمن الخيار، سواء كان الخيار للبائع أو المشتري أو لهما (٥)، بل ظاهره عدم الخلاف في ذلك بين كل من قال بانتقال الملك بالعقد، و كذا ظاهره في باب الزكاه حيث حكم بوجوب الزكاه في النصاب المملوك و لو مع ثبوت الخيار (٦).

نعم، استشكل فيه في المسالك في شرح المقامين على وجه يظهر

ص: ١٤٥

١-١) مفتاح الكرامه ٩:١٩٥.

٢-٢) راجع مفتاح الكرامه ٣(الزكاه): ١٩، و مستند الشيعة ٩:٣٠، و الجواهر ١٥:٣٩.

٣-٣) ستجىء عباره الدروس في الصفحه الآتیه.

٤-٤) الجامع للشرائع: ٢٤٨.

٥-٥) الشرائع ٢:٧٧.

٦-٦) الشرائع ١:١٤١.

منه: أن المصنّف معترفٌ بمنشأ الإشكال (١). وكذا ظاهر كلام القواعد في باب الرهن (٢) وإن اعترض عليه جامع المقاصد (٣) بما مرّ من المسالك.

لكن صريح كلامه في التذكرة في باب الصرف جواز التصرف (٤).

وكذا صريح كلام الشهيد في الدروس [حيث (٥)] قال في باب الصرف:

لو باع [أحدهما (٦)] ما قبضه على غير صاحبه قبل التفريق، فالوجه الجواز وفاقاً للفاضل، ومنعه الشيخ قدّس سرّه لأنه يمنع الآخر خياره. و زدّ بأننا نقول: يبقى (٧) الخيار (٨)، انتهى.

و صرح في المختلف في باب الصرف: بأن له أن يبيع ماله من غير صاحبه، ولا يبطل حق خيار الآخر، كما لو باع المشتري في زمان خيار البائع (٩). وهو ظاهر اللمعة بل صريحها في مسأله رهن ما فيه الخيار (١٠)، وإن شرحها في الروضة بما لا يخلو عن تكلف (١١).

ص: ١٤٦

١-١) راجع المسالك ١:٣٦٠ و ٤:٢٥.

٢-٢) القواعد ٢:١١٠.

٣-٣) جامع المقاصد ٥:٥٤.

٤-٤) التذكرة ١:٥١٤.

٥-٥) من «ش».

٦-٦) من «ش» والمصدر.

٧-٧) في «ش» والمصدر: «بقاء».

٨-٨) الدروس ٣:٣٠٢، وأما قول الفاضل فقد تقدّم آنفاً عن التذكرة، وسيجيء عن المختلف، وأما قول الشيخ فراجع المبسوط ٢:٩٦.

٩-٩) المختلف ٥:١١٧.

١٠-١٠) اللمعة الدمشقية: ١٣٨.

١١-١١) الروضة البهية ٤:٧٠.

هذا، ويمكن أن يقال: إن قول الشيخ و من تبعه بالمنع ليس منشؤه القول بعدم انتقال المبيع و متفرعاً عليه؛ وإنما لم يكن وجهً لتعليل المنع عن التصرف بلزوم إبطال حق الخيار، بل المتعين (١) الاستناد إلى عدم حصول الملك مع وجود الخيار.

بل لعل القول بعدم الانتقال منشؤه كون المنع عن التصرف مفروغاً عنه عندهم، كما يظهر من بيان مبني هذا الخلاف في الدروس، قال: في تملك المبيع بالعقد أو بعد الخيار بمعنى الكشف أو النقل خلافً، مأخذه: أنّ الناقل العقد، والغرض بالخيار الاستدراك و هو لا ينافيه، و أنّ غايه الملك التصرف الممتنع في مده الخيار (٢)، انتهى.

و ظاهر هذا الكلام - كالمقدم عن جامع ابن سعيد (٣) - كون امتناع التصرف في زمن الخيار مسلماً بين القولين، وإنما أن يُراد (٤) نفوذ التصرف على وجه لا يملك بطلانه بالفسخ و لا يتعقبه ضمان العين بقيمتها عند الفسخ، و التصرف في زمن الخيار على القول بجوازه معرض لبطلانه عند الفسخ أو مستعقب للضمان لا محاله. و هذا الاحتمال و إن بُعد عن ظاهر عباره الدروس، إلا أنه يقربه أنه قدس سره قال بعد أسطر: إن في جواز تصرف كل منهما في الخيار (٥) وجهين (٦).

ص: ١٤٧

١- ١) في «ش» زياده: «حينئذ».

٢- ٢) الدروس ٣: ٢٧٠.

٣- ٣) تقدم في الصفحه ١٤٥.

٤- ٤) في «ش» زياده: «به».

٥- ٥) في «ش» و المصدر بدل «في الخيار»: «مع اشتراك الخيار».

٦- ٦) الدروس ٣: ٢٧١.



و الحاصل: أنّ كلمات العلامه و الشهيد بل و غيرهما قدّس الله أسرارهم فى هذا المقام لا تخلو بحسب الظاهر عن اضطراب.

ثمّ إنّ الظاهر عدم الفرق بين العتق و غيره من التصرفات، و ربما يظهر من كلمات بعضهم تجويز العتق لبنائه على التغليب (١). و كذا الظاهر عدم الفرق بين الإتلاف و التصرفات الناقله.

و اختار بعض أفاضل من عاصرناهم الفرق بالمنع عن الإتلاف و تجويز غيره، لكن مع انفساخه من أصله عند فسخ ذى الخيار (٢)، و قيل بانفساخه حينئذٍ من حينه (٣).

حجّه القول بالمنع: أنّ الخيار حقّ يتعلّق بالعقد المتعلّق بالعوضين من حيث إرجاعهما بحلّ العقد إلى مالكهما السابق، فالحقّ بالأخره متعلّق بالعين التى انتقلت منه إلى صاحبه، فلا يجوز لصاحبه أن يتصرّف فيها بما يبطل ذلك الحقّ بإتلافها أو نقلها إلى شخصٍ آخر.

و منه يظهر أنّ جواز الفسخ مع التلف بالرجوع إلى البدل لا- يوجب جواز الإتلاف؛ لأنّ الحقّ متعلّق بخصوص العين، فإتلافها إتلافٌ لهذا الحقّ و إن انتقل إلى بدله لو تلف بنفسه، كما أنّ تعلّق حقّ الرهن ببطل العين المرهونه بعد تلفها لا يوجب جواز إتلافها على ذى الحقّ.

ص: ١٤٨

١-١) راجع مفتاح الكرامه ٤:٦٠٢.

٢-٢) و هو المحقّق التستري فى المقابس: ٢٠٠.

٣-٣) لم نعثر عليه.

و إلى ما ذكر يرجع ما فى الإيضاح: من توجيه بطلان العتق فى زمن الخيار بوجوب صيانته حقّ البائع فى العين المعينه عن الإبطال (١).

و يؤيد ما ذكرنا: أنّهم حكموا- من غير خلافٍ يظهر منهم- بأنّ التصرف الناقل إذا وقع بإذن ذى الخيار سقط خياره، فلو لم يكن حقاً متعلقاً بالعين لم يكن وقوع ذلك موجباً لسقوط الخيار، فإنّ تلف العين لا ينافى بقاء الخيار؛ لعدم منافاه التصرف لعدم الالتزام بالعقد و إرادته الفسخ بأخذ قيمه.

هذا غاية ما يمكن أن يقال فى توجيه المنع، لكنّه لا يخلو عن نظرٍ؛ فإنّ الثابت من خيار الفسخ بعد ملاحظه جواز التفاسخ فى حال تلف العينين هى سلطنه ذى الخيار على فسخ العقد المتمكّن فى حالتي وجود العين و فقدها، فلا دلالة فى مجرد ثبوت الخيار على حكم التلف جوازاً و منعاً، فالمرجع فيه أدلّه سلطنه الناس على أموالهم، ألا- ترى أنّ حقّ الشفيع لا- يمنع المشتري من نقل العين؟ و مجرد الفرق بينهما: بأنّ (٢) الشفعه سلطنه على نقلٍ جديدٍ فالملك مستقرٌّ قبل الأخذ بها غاية الأمر تملك الشفيع نقله إلى نفسه، بخلاف الخيار فإنّها سلطنه على رفع العقد و إرجاع الملك إلى الحاله (٣) السابقه، لا- يؤثر فى الحكم المذكور مع أنّ الملك فى الشفعه أولى بالترزل، لإبطالها تصرفات المشتري اتّفاقاً.

ص: ١٤٩

١- (١) إيضاح الفوائد ٤٨٩: ١.

٢- (٢) فى «ق»: «أنّ».

٣- (٣) فى «ق»: «حاله».

و أما حقّ الرهن، فهو من حيث كون الرهن وثيقه يدلّ على وجوب إبقائه و عدم السلطنه على إتلافه، مضافاً إلى النصّ و الإجماع على حرمة التصرف في الرهن مطلقاً و لو لم يكن متلفاً و لا ناقلاً.

و أما سقوط الخيار بالتصرف الذي أذن فيه ذو الخيار، فلدلاله العرف، لا للمنافاه.

و الحاصل: أنّ عموم «الناس مسلّطون على أموالهم» لم يعلم تقييده بحقّ يحدث لذي الخيار يزاحم به سلطنه المالك، فالجواز لا يخلو عن قوّه في الخيارات الأصليّه.

و أما الخيار المجمعول بشرطٍ، فالظاهر من اشتراطه (١) إرادته إبقاء الملك ليسترده عند الفسخ، بل الحكمه في أصل الخيار هو إبقاء السلطنه على استرداد العين، إلّا أنّها في الخيار المجمعول علّه للجعل، و لا ينافي ذلك بقاء الخيار مع التلف، كما لا يخفى.

و عليه فيتعيّن الانتقال إلى البدل عند الفسخ مع الإتلاف. و أمّا مع فعل ما لا يسوّغ انتقاله عن المتصرف كالاستيلاذ، ففي تقديم حقّ الخيار لسبقه، أو الاستيلاذ لعدم اقتضاء الفسخ لردّ العين مع وجود المانع الشرعي كالعقلي، وجهان، أقواهما الثاني (٢).

ص: ١٥٠

---

١-١) في «ش»: «و أمّا الخيارات المجمعوله بالشرط فالظاهر من اشتراطها».

٢-٢) في «ش» زياده ما يلي: «و هو اللائح من كلام التذكره في باب الصرف، حيث ذكر: أنّ صحّه البيع الثاني لا ينافي حكمه و ثبوت الخيار للمتعاقدين»، و راجع التذكره ٥١٤: ١، و العبارة فيها هكذا: «لأنّ صحّه البيع لا تنافي ثبوت الخيار لغير المتعاقدين».

و منه يعلم حكم نقله عن ملكه و أنه ينتقل إلى البدل؛ لأنه إذا جاز التصرف فلا داعى إلى إهمال ما يقتضيه التصرف من اللزوم و تسلط العاقد الثانى على ماله، عدا ما يتخيل: من أن تملك العاقد الثانى مبنئ على العقد الأول، فإذا ارتفع بالفسخ و صار كأن لم يكن و لو بالنسبه إلى ما بعد الفسخ كان من لوازم ذلك ارتفاع ما بُنى عليه من التصرفات و العقود. و الحاصل: أن العاقد الثانى يتلقى الملك من المشتري الأول، فإذا فرض الاشتراء كأن لم يكن و ملك البائع الأول العين بالملك السابق قبل البيع ارتفع بذلك ما استند إليه من العقد الثانى.

و يمكن دفعه: بأن تملك العاقد الثانى مستنداً إلى تملك المشتري له آنأ ما؛ لأن مقتضى سلطته فى ذلك الآن صحه جميع ما يترتب عليه من التصرفات، و اقتضاء الفسخ لكون العقد كأن لم يكن بالنسبه إلى ما بعد الفسخ لأنه رفَع للعقد الثابت.

و قد ذهب المشهور إلى أنه لو تلف أحد العوضين قبل قبضه و بعد بيع العوض الآخر المقبوض انفسخ البيع الأول دون الثانى، و استحق بدل العوض المبيع ثانياً على من باعه.

و الفرق بين تزلزل العقد من حيث إنه أمر اختياري كالخيار أو أمر اضطراري كتلف عوضه قبل قبضه، غير مجد فيما نحن بصدده.

ثم إنه لا فرق بين كون العقد الثانى لازماً أو جائزاً؛ لأن جواز العقد يوجب سلطنه العاقد على فسخه، لا سلطنه الثالث الأجنبى.

نعم، يبقى هنا إلزام العاقد بالفسخ بناءً على أن البدل للحيلولة و هى مع تعذر المبدل، و مع التمكن يجب تحصيله، إلا أن يقال

باختصاص ذلك بما إذا كان المبدل المتعذر (1) على ملك مستحقّ البدل، كما في المغصوب الآبق. أمّا فيما نحن فيه، فإنّ العين ملكٌ للعاقِد الثاني، و الفسخ إنّما يقتضى خروج المعوّض عن ملك من يدخل في ملكه العوض و هو العاقِد الأوّل، فيستحيل خروج المعوّض عن ملك العاقِد الثاني، فيستقرّ بدله على العاقِد الأوّل، و لا دليل على إلزامه بتحصيل المبدل مع دخوله في ملك ثالث، و قد مرّ بعض الكلام في ذلك في خيار الغبن (2).

هذا، و لكن قد تقدّم: أنّ ظاهر عبارتي الدروس و الجامع الاتّفاق على عدم نفوذ التصرفات الواقعة في زمان الخيار (3). و توجيهه بإرادته التصرف على وجه لا يستعقب الضمان بأن يضمّنه ببدله بعد فسخ ذى الخيار بعيداً جداً. و لم يظهر ممّن تقدّم نقل القول بالجواز عنه الرجوع إلى البدل إلّا في مسأله العتق و الاستيلاء. فالمسأله في غايه الإشكال.

ثمّ على القول بانفساخ العقد الثاني، فهل يكون من حين فسخ الأوّل، أو من أصله؟ قولان، اختار ثانيهما بعض أفاضل المعاصرين (4)، محتجّاً بأنّ مقتضى الفسخ تلقى كلّ من العوضين من ملك كلّ من

ص: ١٥٢

---

١-١) في «ش» زياده: باقياً.

٢-٢) راجع الجزء الخامس، الصفحه ١٩٢ و ما بعدها.

٣-٣) تقدّم في الصفحه ١٤٥.

٤-٤) الظاهر أنّ المراد هو المحقّق التستري، و لكن لم نعر على تفصيل ما نقله المصنّف قدّس سرّه، نعم ربما يتضمّن حاصل بعض كلامه، كالفسخ من الأصل، كما تقدّم في الصفحه ١٤٨.

المتعاقدين، فلا يجوز أن يتلقّى الفاسخ الملك من العاقد الثاني، بل لا بدّ من انفساخ العقد الثاني بفسخ الأوّل و رجوع العين إلى ملك المالك الأوّل ليخرج منه إلى ملك الفاسخ، إلّا أن يلتزم: بأنّ ملك العاقد الثاني إلى وقت الفسخ، فتلقّى الفاسخ الملك بعد الفسخ من العاقد الأوّل. و ردّه القائل (١): بعدم معرفتيه التملك المؤقت في الشرع، فافهم.

ثمّ إنّ المتيقّن من زمان الخيار الممنوع فيه من التصرف على القول به هو زمان تحقّق الخيار فعلاً، كالمجلس و الثلاثة في الحيوان و الزمان المشروط فيه الخيار. و أمّا الزمان الذي لم يتنجّز فيه الخيار - إمّا لعدم تحقّق سببه كما في خيار التأخير بناءً على أنّ السبب في ثبوته تضرّر البائع بالصبر أزيد من الثلاثة، و إمّا لعدم تحقّق شرطه كما في بيع الخيار بشرط ردّ الثمن، بناءً على كون الردّ شرطاً للخيار و عدم تحقّقه قبله، و كاشتراط الخيار في زمان متأخّر ففى جواز التصرف قبل تنجّز الخيار خصوصاً فيما لم يتحقّق سببه، وجهان:

من أنّ المانع عن التصرف هو تزلزل العقد و كونه في معرض الارتفاع و هو موجودٌ هنا و إن لم يقدر ذو الخيار على الفسخ حينئذٍ.

و من أنّه لا حقّ بالفعل لدى الخيار فلا مانع من التصرف.

و يمكن الفرق بين الخيار المتوقّف على حضور الزمان، و المتوقّف على شيء آخر كالتأخير و الرؤيه على خلاف الوصف؛ لأنّ ثبوت الحقّ في الأوّل معلومٌ و إن لم يحضر زمانه، بخلاف الثاني؛ و لذا لم يقل أحدٌ بالمانع من التصرف في أحد (٢) العوضين قبل قبض الآخر من جهه كون

ص: ١٥٣

١-١) يعنى بعض الأفاضل. و لم ترد كلمه «القائل» في «ش».

٢-٢) في «ش» زياده: «من».

العقد في معرض الانفساخ بتلف ما لم يقبض، و سيجيء ما يظهر منه قوه هذا التفصيل.

و على كل حال، فالخيار المتوقّف تنجزه فعلاً- على ظهور أمر - كالغبن، و العيب، و الرؤيه على خلاف الوصف- غير مانع من التصرف بلا خلاف ظاهراً.

## فرعان:

### الأول: لو منع عن التصرف المتلف في زمان الخيار، فهل يمنع عن التصرف المعروض لفوات حق ذي الخيار من العين،

كوطء الأمه في زمان الخيار، بناءً على أنّ الاستيلاد مانع من ردّ العين بالخيار؟ قولان للمانعين، أكثرهم على الجواز، كالعلامة في القواعد (١) و الشارح [في (٢)]. جامع المقاصد (٣) و حكى عن المبسوط (٤) و الغنيه (٥) و الخلاف (٦)، لكن لا يلائم ذلك القول بتوقّف الملك على انقضاء الخيار، كما اعترف به في الإيضاح (٧). و لذا حمل في الدروس تجويز الشيخ للوطء على ما إذا

ص: ١٥٤

١- (١) القواعد ٧٠:٢.

٢- (٢) لم يرد في «ق».

٣- (٣) جامع المقاصد ٣١٣:٤ و ٣١٩.

٤- (٤) المبسوط ٨٣:٢.

٥- (٥) الغنيه: ٢٢١.

٦- (٦) الخلاف ٢٣:٣، المسأله ٣١ من كتاب البيوع.

٧- (٧) إيضاح الفوائد ٤٩١:١.

اختصّ الخيار بالواطئ (١). لكن قيل: إنَّ عبارته المبسوط لا تقبل ذلك (٢).

و ظاهر المحكي عن التذكرة و ظاهر الدروس (٣) المنع عن ذلك، لكون الوطاء معرضاً لفوات حقّ ذي الخيار من العين.

### الثاني: أنه هل يجوز إجاره العين في زمان الخيار بدون إذن ذي الخيار؟

فيه وجهان: من كونه (٤) ملكاً له، و من إبطال هذا التصرف؛ لتسلطّ الفاسخ على أخذ العين، إذ الفرض استحقاق المستأجر لتسلمه لأجل استيفاء منفعته.

و لو آجره من ذي الخيار أو بإذنه ففسخ لم يبطل الإجاره؛ لأنّ المشتري ملك العين ملكيةً مطلقهً مستعدّةً للدوام، و من نماء هذا الملك المنفعة الدائمة، فإذا استوفاه المشتري بالإجاره، فلا وجه لرجوعها إلى الفاسخ، بل يعود الملك إليه مسلوب المنفعة في مدّة الإجاره، كما إذا باعه بعد الإجاره. و ليس الملك هنا نظير ملك البطن الأوّل من الموقوف عليه؛ لأنّ البطن الثاني لا يتلقّى الملك منه حتّى يتلقّاه مسلوب المنفعة، بل من الواقف كالبطن الأوّل، فالملك ينتهي بانتهاء استعداده.

ص: ١٥٥

١- (١) الدروس ٣:٢٧١.

٢- (٢) قاله السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٦٠٣.

٣- (٣) نسبه في مفتاح الكرامه ٤:٦٠٤ إلى صريح التذكرة و ظاهر الدروس. راجع التذكرة ١:٥٣٤، و الدروس ٣:٢٧١.

٤- (٤) كذا، و المناسب تأنيث الضمير؛ لرجوعه إلى «العين»، و هكذا الكلام في الضمائر الآتية.



فإن قلت: إن ملك المنفعة تابع لملك العين، بمعنى أنه إذا ثبت الملكيه في زمانٍ و كان زوالها بالانتقال إلى آخر، ملك المنفعة الدائم؛ لأنّ المفروض أنّ المنتقل إليه يتلقى الملك من ذلك المالك، فيتلقاه مسلوب المنفعة. و أمّا إذا ثبتت و كان زوالها بارتفاع سببها لم يكن ملك من عاد إليه متلقى عن المالك الأول و مستنداً إليه، بل كان مستنداً إلى ما كان قبل تملك المالك الأول، فيتبعه المنفعة، كما لو فرضنا زوال الملك بانتهاء سببه لا - برفعه، كما في ملك البطن الأول من الموقوف [عليه (١)] فإنّ المنفعة تتبع مقدار تملكه.

قلت:

أولاً: أنّه منقوض بما إذا وقع التفاسخ بعد الإجاره مع عدم التزام أحدٍ ببطان الإجاره.

و ثانياً: أنّه يكفي في ملك المنفعة الدائم تحقّق الملكيه المستعدّه للدوام لولا الراجع آناً ما.

ثمّ إنّ الفاضل القمّي في بعض أجوبه مسائله جزم ببطان الإجاره بفسخ البيع بخيار ردّ مثل الثمن، و علّله: بأنّه يعلم بفسخ البيع:

أنّ المشتري لم يملك منافع ما بعد الفسخ، و أنّ الإجاره كانت مترزله و مراعاةً بالنسبه إلى فسخ البيع (٢)، انتهى.

فإن كان مرجعه إلى ما ذكرنا: من كون المنفعة تابعه لبقاء الملك

ص: ١٥٦

---

١-١) لم يرد في «ق».

٢-٢) راجع جامع الشتات (الطبعه الحديثه) ٣: ٤٣٢، جواب السؤال: ٢٠٣ من كتاب الإجاره.

أو الملك المستند إلى ذلك الملك، فقد عرفت الجواب عنه نقضاً و حلاً، و أنّ المنفعة تابعه للملك المستعدّ للدوام، و إن كان مرجعه إلى شيءٍ [آخر (١)] فليبيّن حتى يُنظر فيه، مع أنّ الأصل عدم الانفساخ؛ لأنّ الشكّ في أنّ حقّ خيار الفسخ في العين يوجب تنزيل ملك المنفعة أم لا مع العلم بقابليته المنفعة بعد الفسخ للملك قبله، كما إذا تقايلا البيع بعد الإجاره.

ثمّ إنّ لا إشكال في نفوذ التصرّف بإذن ذي الخيار و أنّه يسقط خياره بهذا التصرّف، إمّا لدلاله الإذن على الالتزام بالعقد عرفاً و إن لم يكن منافاهً بين الإذن في التصرّف أو الإتلاف و إرادته الفسخ و أخذ القيمه، كما تبهنا عليه في المسأله السابقه (٢)، و به يندفع الإشكال الذي أورده المحقّق الأردبيلي: من عدم دلاله ذلك على سقوط الخيار (٣). و إمّا لأنّ التصرّف الواقع تفويثاً لمحلّ هذا الحقّ و هي العين بإذن صاحبه، فلا يفسخ التصرّف و لا يتعلّق الحقّ بالبدل؛ لأنّ أخذ البدل بالفسخ فرع تلف العين في حال حلول الحقّ فيه، لا مع سقوطه عنه.

و لو أذن و لم يتصرّف المأذون، ففي القواعد و التذكرة: أنّه يسقط خيار الآذن (٤)، و عن الميسيه: أنّه المشهور (٥). قيل: كأنّ منشأ هذه

ص: ١٥٧

١-١) لم يرد في «ق».

٢-٢) في الصفحه ١٤٩ ١٥٠.

٣-٣) مجمع الفائدة ٤١٥:٨.

٤-٤) القواعد ٢:٦٨، و التذكرة ١:٥٢٨.

٥-٥) حكاها عنها السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٥٨٩.

النسبه فهم استناد المشهور فى سقوط الخيار فى الصوره السابقه إلى دلالة مجرد الإذن، و لا يقدح فيها تجرده عن التصرف (١). و قد منَع دلالة الإذن المجرد فى المسالك و جامع المقاصد و القواعد (٢).

و الأولى أن يقال: إنّه لا ينبغى الإشكال فى كون إذن ذى الخيار فى التصرف عنه فيما انتقل عنه فسخاً (٣)؛ لأنّ التوكيل فى بيع (٤) مال الغير لنفسه غير جائز شرعاً، فيحمل على الفسخ، كسائر التصرفات التى لا تصحّ شرعاً إلّا بجعلها فسخاً.

و أمّا كون إذن ذى الخيار للمشتري فى التصرف إجازةً و إسقاطاً لخياره، فيمكن الاستشكال فيه؛ لأنّ الثابت بالنصّ و الإجماع: أنّ التصرف فيما انتقل إليه إجازةً، و ليس الإذن من ذلك، و إنّما حكم بالسقوط فى التصرف عن إذنه، لا لأجل تحقّق الإسقاط من ذى الخيار بالإذن، بل لتحقّق المسقط؛ لما عرفت: من أنّ التصرف الواقع بإذنه صحيح نافذ، و التسلّط على بدله فرع خروجه عن ملك المشتري متعلّقاً للحقّ، فالإذن فيما نحن فيه نظير إذن المرتهن فى بيع الرهن لا يسقط به حقّ الرهانه، و يجوز الرجوع قبل البيع. نعم، يمكن القول بإسقاطه من

ص: ١٥٨

١-١) راجع مفتاح الكرامه ٤:٥٨٩.

٢-٢) المسالك ٣:٢١٣، و جامع المقاصد ٤:٣٠٥ و ٣١١، و القواعد ٢:٦٨-٦٩.

٣-٣) فى «ق»: «فسخ»، و هو سهو على الظاهر.

٤-٤) العبارة فى «ش» هكذا: «و الأولى أن يقال: بأنّ الظاهر كون إذن ذى الخيار فى التصرف المخرج فيما انتقل عنه فسخاً لحكم العرف، و لأنّ إباحه بيع مال الغير..».

جهه تضمّنه للرضا بالعقد، فإنّه ليس بأدون من رضا المشتري بتقيل الجاربه.

وقد صرّح في المبسوط: بأنّه إذا علم رضا البائع بوطء المشتري سقط خياره (1)، و يؤيّده روايه السكوني (2) في كون العرض على البيع التزاماً.

فهذا القول لا يخلو عن قوّه.

ص: ١٥٩

---

١-١) المبسوط ٨٣:٢.

٢-٢) الوسائل ٣٥٩:١٢، الباب ١٢ من أبواب الخيار، الحديث الأوّل.

## مسأله المشهور أنّ المبيع يملك بالعقد، وأثر الخيار تزلزل الملك بسبب قدره على رفع سببه،

فالخيار حقٌّ لصاحبه في ملك الآخر. وحكى المحقق (١) وجماعه (٢) عن الشيخ: توقّف الملك بعد العقد على انقضاء الخيار. وإطلاقه يشمل الخيار المختصّ بالمشتري، وصرّح في التحرير بشموله لذلك (٣).

لكن الشهيد في الدروس قال: في تملك المبيع بالعقد أو بعد الخيار بمعنى الكشف أو النقل خلافٌ، مأخذه: أنّ الناقل العقد، والغرض من الخيار الاستدراك وهو لا ينافي الملك، وأنّ غاية الملك التصرف الممتنع

ص: ١٦٠

---

١ - ١ حكاها في الشرائع ٢:٢٣، والمختصر: ١٢٢، بلفظ «وقيل»، نعم علّق عليه في المسالك ٣:٢١٥ بقوله: «والمشهور أنّ القول المحكى للشيخ».

٢ - ٢ كشف الرموز ١:٤٦١، والتنقيح الرائع ٢:٥١، والمفاتيح ٣:٧٥ وغيرها، ونسب بعض ذلك إلى ظاهر الشيخ وقال بعض آخر: «يلوح من كلام الشيخ». راجع تفصيل ذلك في مفتاح الكرامه ٤:٥٩٢.  
٣ - ٣ التحرير ١:١٦٨.

فى زمان الخيار. و ربما قطع الشيخ بملك المشتري إذا اختص الخيار.

و ظاهر ابن الجنيد توقف الملك على انقضاء الخيار (١)، انتهى.

فإن فى هذا الكلام شهادة من وجهين على عدم توقف ملك المشتري على انقضاء خياره عند الشيخ، بل المأخذ المذكور صريح فى عدم الخلاف من غير الشيخ قدس سره أيضاً، لكن ينافيه جعل قول ابن الجنيد مقابلاً لقول الشيخ، و اللازم نقل كلام الشيخ قدس سره فى الخلاف و المبسوط.

قال فى محكي الخلاف: العقد يثبت بنفس الإيجاب و القبول، فإن كان مطلقاً فإنه يلزم بالافتراق بالأبدان، و إن كان مشروطاً يلزم بانقضاء الشرط، فإن كان الشرط لهما أو للبائع فإذا انقضى الخيار ملك المشتري بالعقد المتقدم، و إن كان الخيار للمشتري وحده زال ملك البائع عن الملك بنفس العقد، لكنه لم ينتقل إلى المشتري حتى ينقضى الخيار، فإن انقضى (٢) الخيار ملك المشتري بالعقد الأول (٣)، انتهى.

و ظاهر هذا الكلام - كما قيل (٤) - هو الكشف، فحيث يمكن الجمع بين زوال ملك البائع بمعنى عدم حق له بعد ذلك فى المبيع - نظير لزوم العقد من طرف الأصيل إذا وقع مع الفضولى - و بين عدم انتقاله إلى المشتري بحسب الظاهر حتى ينقضى خياره، فإذا انقضى ملك بسبب

ص: ١٦١

١-١) الدروس ٣:٢٧٠.

٢-٢) فى «ق» بدل فإن «انقضى»: «فإذا انتقل»، و هو من سهو القلم.

٣-٣) الخلاف ٣:٢٢، المسألة ٢٩ من كتاب البيوع.

٤-٤) قاله الشهيد فى المسالك ٣:٢١٥.

العقد الأول بمعنى كشف الانقضاء عنه، فيصير انقضاء الخيار للمشتري نظير إجازة عقد الفضولي. ولا يرد حينئذٍ عليه: أن اللازم منه بقاء الملك بلا مالك. وحاصل هذا القول: أن الخيار يوجب تزلزل الملك.

ويمكن حمله أيضاً على إرادة الملك اللازم الذي لا حقّ ولا علاقة لمالكه السابق فيه، فوافق المشهور؛ ولذا عبّر في غايه المراد بقوله:

«و يلوح من كلام الشيخ توقّف الملك على انقضاء الخيار» (١) ولم ينسب ذلك إليه صريحاً.

وقال في المبسوط: البيع إن كان مطلقاً غير مشروطٍ فإنّه يثبت بنفس العقد و يلزم بالتفرّق بالأبدان، وإن كان مشروطاً لزومه بنفس العقد لزم بنفس العقد، وإن كان مقيداً بشرطٍ لزم بانقضاء الشرط (٢)، انتهى.

و ظاهره - كظاهر الخلاف - عدم الفرق بين خيار البائع والمشتري.

لكن قال في باب الشفعة: إذا باع شتقاً بشرط الخيار، فإن كان الخيار للبائع أو لهما لم يكن للشفيع الشفعة؛ لأنّ الشفعة إنّما تجب إذا انتقل الملك إليه. وإن كان الخيار للمشتري وجب الشفعة [للشفيع (٣)] لأنّ الملك يثبت للمشتري بنفس العقد، وله المطالبة بعد [انقضاء] (٤) الخيار.

ص: ١٦٢

---

١- ١) غايه المراد ٢: ١٠٥، وفيه: «فيلوح من كلام الشيخ في الخلاف و المبسوط توقّف ملك المشتري على سقوطه».

٢- ٢) المبسوط ٨٣: ٢.

٣- ٣ و ٤) أثبتناهما من «ش» والمصدر.

و حكم خيار المجلس و الشرط فى ذلك سواءً، على ما فصيّلناه (١). و لعلّ هذا مأخذ ما تقدّم (٢) من النسبه فى ذيل عبارته الدروس.

هذا، و لكن الحلّى قدّس سرّه فى السرائر ادّعى رجوع الشيخ عمّا ذكره فى الخلاف (٣).

و يمكن أن يستظهر من مواضع من المبسوط ما يوافق المشهور.

مثل استدلاله فى مواضع على المنع عن التصرف فى مدّه الخيار:

بأنّ فيه إبطالاً لحقّ ذى الخيار، كما فى مسأله بيع أحد التّقدين على غير صاحبه فى المجلس (٤)، و فى مسأله رهن ما فيه الخيار للبائع (٥)؛ فإنّه لو قال بعدم الملك تعيّن تعليل المنع به، لا يبطل حقّ ذى الخيار من الخيار؛ لأنّ التعليل بوجود المانع فى مقام فقد المقتضى كما ترى! و منها: أنّه ذكر فى باب الصرف جواز تباع المتصارفين ثانياً فى المجلس؛ لأنّ شروعهما فى البيع قطع للخيار (٦)، مع أنّه لم يصحّ فى باب الهبه البيع الذى يتحقّق به الرجوع فيها، لعدم وقوعه فى الملك (٧). فلولا - قوله فى الخيار بمقاله المشهور لم يصحّ البيع ثانياً؛ لوقوعه فى غير الملك

ص: ١٦٣

١- ١) المبسوط ١٢٣: ٣.

٢- ٢) تقدّم فى الصفحه ١٦١.

٣- ٣) السرائر ٣٨٦: ٢.

٤- ٤) راجع المبسوط ٩٦: ٢.

٥- ٥) راجع المبسوط ٢١١: ٢.

٦- ٦) المبسوط ٩٦: ٢.

٧- ٧) المبسوط ٣٠٤: ٣.



على ما ذكره (١) في الهبه.

و ربما ينسب (٢) إلى المبسوط اختيار المشهور فيما إذا صار أحد المتبايعين الذي له الخيار مفلساً، حيث حكم بأن له الخيار في الإجازة و الفسخ، لأنه ليس بابتداء ملك؛ لأن الملك قد سبق بالعقد (٣)، انتهى.

لكن النسبه لا تخلو عن تأمل لمن لاحظ باقى العبارة.

و قال ابن سعيد قدس سرّه فى الجامع-على ما حكى عنه-: إن المبيع يملك بالعقد و بانقضاء الخيار، و قيل: بالعقد و لا ينفذ تصرف المشتري إلّا بعد انقضاء خيار البائع (٤)، انتهى.

و قد تقدّم حكاية التوقف عن ابن الجنيد أيضاً (٥).

و كيف كان، فالأقوى هو المشهور؛ لعموم أدلّه حلّ البيع، و أكل المال إذا كانت تجارة عن تراضٍ، و غيرهما ممّا ظاهره كون العقد علّة تامّة لجواز التصرف الذى هو من لوازم الملك.

و يدلّ عليه لفظ «الخيار» فى قولهم عليهم السلام: «البيعان بالخيار» (٦)، و ما دلّ على جواز النظر فى الجارية فى زمان الخيار إلى ما لا يحلّ له

ص: ١٦٤

١- ١) فى «ش»: «على ما ذكرنا».

٢- ٢) نسبة العلامة بحر العلوم، انظر المصابيح (مخطوط): ١١٦.

٣- ٣) المبسوط ٢: ٢٦٦.

٤- ٤) الجامع للشرائع: ٢٤٨.

٥- ٥) تقدّم فى الصفحة ١٦١.

٦- ٦) راجع الوسائل ١٢: ٣٤٥-٣٤٦، الباب الأوّل من أبواب أحكام الخيار، الأحاديث ١ و ٢ و ٣.

قبل ذلك (١)، فإنه يدلّ على الحِلِّ بعد العقد في زمن الخيار، إلّا أن يلتزم بأنه نظير حِلِّ وطء المطلقه الرجعيه الذي يحصل به الرجوع.

و يدلّ عليه: ما تقدّم في أدلّه بيع الخيار بشرط ردّ المبيع (٢): من كون نماء المبيع للمشتري و تلفه منه (٣) فيكشف ذلك عن ثبوت اللزوم و هو الملك، إلّا أن يلتزم بعدم كون ذلك من اشتراط الخيار، بل من باب اشتراط انفساخ البيع بردّ الثمن - وقد تقدّم (٤) في مسأله بيع الخيار بيان هذا الاحتمال و ما يشهد له من بعض العنوانات، لكن تقدّم: أنه بعيد في الغايه - أو يقال: إنّ النماء في مورد الروايه نماء المبيع في زمان لزوم البيع؛ لأنّ الخيار يحدث بردّ مثل الثمن و إن ذكرنا في تلك المسأله:

أنّ الخيار في بيع الخيار المعنون عند الأصحاب ليس مشروطاً حدوثه بالردّ (٥)، إلّا أنّ الروايه قابله للحمل عليه، إلّا أن يتميّك بإطلاقه (٦) الشامل لما إذا جعل الخيار من أوّل العقد في فسخه مقيداً بردّ مثل الثمن.

هذا، مع أنّ الظاهر أنّ الشيخ يقول بالتوقّف في الخيار المنفصل أيضاً.

ص: ١٦٥

---

١-١) راجع الوسائل ١٢:٣٥١، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديثين ١ و ٣.

٢-٢) في «ش»: «الثمن».

٣-٣) تقدّم في الجزء الخامس: ١٣٩ في الأمر الخامس ذيل بيع الخيار.

٤-٤) تقدّم في الجزء الخامس: ١٢٩ في الأمر الأوّل ذيل بيع الخيار.

٥-٥) في «ش»: «زياده»: «في أدلّه بيع الخيار».

٦-٦) كذا في النسخ، و المناسب: «بإطلاقها».

و ربما يتمسك بالأخبار الواردة في العينه (١) و هي: أن يشتري الإنسان شيئاً بنسيه ثم يبيعه بأقل منه في ذلك المجلس نقداً. لكنّها لا دلالة لها من هذه الحيثية؛ لأنّ بيعها على بائعها الأوّل و إن كان في خيار المجلس أو الحيوان، إلّا أن يبيعه عليه مسقطاً لخيارهما اتّفاقاً. و قد صرح الشيخ في المبسوط بجواز ذلك، مع منعه عن بيعه على غير صاحبه في المجلس (٢).

نعم، بعض هذه الأخبار يشتمل على فقراتٍ يستأنس بها لمذهب المشهور، مثل صحيح يسار بن يسار: «عن الرجل يبيع المتاع و يشتريه من صاحبه الذي يبيعه منه؟ قال: نعم لا بأس به. قلت:

أشترى متاعاً؟ فقال: ليس هو متاعك و لا بقرک و لا غنمك» (٣) فإنّ في ذيلها دلالة على انتقال المبيع قبل انقضاء الخيار.

و لا- استثناس بها أيضاً عند التأمل؛ لما عرفت: من أنّ هذا البيع جائزٌ عند القائل بالتوقف، لسقوط خيارهما بالتواطؤ على هذا البيع، كما عرفت التصريح به من المبسوط (٤).

و يذبّ بذلك عن الإشكال المتقدم نظيره سابقاً (٥): من أنّ الملك

ص: ١٦٦

---

١- ١) كما تمسّك بها صاحب الجواهر، انظر الجواهر ٨٠: ٢٣، و راجع الوسائل ١٢: ٣٦٩ و ٣٧٥، الباب ٥ و ٨ من أبواب أحكام العقود.

٢- ٢) راجع المبسوط ٩٦: ٢ و ١٤٢-١٤٤.

٣- ٣) الوسائل ٣٧٠: ١٢، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٣، و فيه بدل «يسار بن يسار»: «بشار بن يسار».

٤- ٤) عرفته آنفاً، و راجع الصفحة ١٦٤ أيضاً.

٥- ٥) راجع الصفحة ٥٣، الشرط السابع من شروط صحّح الشرط، و راجع ١٣٧-١٣٨.

إذا حصل بنفس البيع الثانى مع أنه موقوفٌ على الملك لزم الدور الوارد على من صحَّح البيع الذى يتحقَّق به الفسخ، وحينئذٍ فيمكن أن يكون سؤال السائل بقوله: «أشترى متاعاً» من جهة ركوز مذهب الشيخ عندهم: من عدم جواز البيع قبل الافتراق، و يكون جواب الإمام عليه السلام مبتتاً على جواز بيعه على البائع؛ لأنَّ تواطؤهما على البيع الثانى إسقاطٌ للخيار من الطرفين، كما فى صريح المبسوط (١).

فقوله: «ليس هو متاعك» إشارة إلى أنَّ ما ينتقل إليك بالشراء إنَّما انتقل إليك بعد خروجه عن ملكك بتواطؤكما على المعامله الثانیه المسقط لخياركما، لا بنفس العقد. و هذا المعنى فى غاية الوضوح لمن تأمل فى فقه المسأله.

ثمَّ لو سلّم ما ذكر من الدلاله أو الاستثناس لم يدفع به إلَّا القول بالوقف (٢) دون الكشف، كما لا يخفى.

و مثل هذه الروايه فى عدم الدلاله و لا الاستثناس صحيحه محمّد ابن مسلم: «عن رجلٍ أتاه رجلٌ فقال: ابتع لى متاعاً (٣) لعلى أشتريه منك بنقدي أو بنسيه، فابتاعه الرجل من أجله؟ قال: ليس به بأس، إنَّما يشتريه منه بعد ما يملكه» (٤).

فإنَّ الظاهر: أنَّ قوله: «إنَّما يشتريه.. إلخ» إشارة إلى أنَّ هذا

ص: ١٦٧

---

١- ١) كما تقدّم عنه فى الصفحه ١٦٣، المنقول عن باب الصرف.

٢- ٢) فى «ش»: «بالنقل».

٣- ٣) فى «ق»: «متاعك».

٤- ٤) الوسائل ٣٧٧: ١٢، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٨.

ليس من بيع ما ليس عندك (١)، وأن بيعه لم يكن قبل استيجاب البيع مع الأول، فقوله: «بعد ما يملكه» إشارة إلى استيجاب العقد مع الأول، كما يظهر من قولهم عليهم السلام في أخبار آخر وارده في هذه المسألة:

«و لا توجب البيع قبل أن تستوجه» (٢) مع أن الغالب في مثل هذه المعاملة قيام الرجل إلى مكان غيره ليأخذ منه المتاع و رجوعه إلى منزله لبيعه من صاحبه الذي طلب منه ذلك، فيلزم العقد الأول بالتفرق. و لو فرض اجتماعهما في مجلس واحد كان تعريضه للبيع ثانياً بحضور البائع دالاً عرفاً على سقوط خياره، و يسقط خيار المشتري بالتعريض للبيع.

و بالجمله، ليس في قوله: «بعد ما يملكه» دلالة على أن تملكه بنفس العقد، مع أنها على تقدير الدلالة تدفع النقل لا الكشف، كما لا يخفى.

و نحوه في الضعف: الاستدلال في التذكرة (٣) بما دلّ على أن مال العبد المشتري لمشتريه مطلقاً أو مع الشرط أو علم البائع من غير تقييد بانقضاء الخيار؛ إذ فيه (٤): أن الكلام مسوق لبيان ثبوت المال للمشتري على نحو ثبوت العبد له، و أنه يدخل في شراء العبد حتى إذا ملك العبد ملك ماله. مع أن الشيخ لم يثبت منه هذا القول في الخيار

ص: ١٦٨

١- ١) في «ش»: «عنده».

٢- ٢) الوسائل ٣٧٨: ١٢، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٣.

٣- ٣) راجع التذكرة ١: ٤٩٩ و ٥٣٤.

٤- ٤) في الأصل: «فيها».

المختصّ بالمشتري، و التمسك بإطلاق الروايات لما إذا شرط البائع الخيار كما ترى! و أشدّ ضعفاً من الكلّ ما قيل (1): من أن المقصود للمتعاقدين و الذي وقع التراضي عليه انتقال كلّ من الثمن و المثلن حال العقد، فهذه المعامله إمّا صحيحة كذلك كما عند المشهور (2) فثبت المطلوب، أو باطله من أصلها، أو أنّها صحيحة إلا أنّها على غير ما قصدها و تراضيا عليه.

توضيح الضعف: أنّ مدلول العقد ليس هو الانتقال من حين العقد، لكنّ الإنشاء لمّا كان علّه لتحقّق المنشأ عند تحقّقه كان الداعي على الإنشاء حصول المنشأ عنده، لكنّ العلية إنّما هو (3) عند العرف، فلا ينافي كونه في الشرع سبباً محتاجاً إلى تحقّق شرائط أخر بعده، كالقبض في السلم و الصرف، و انقضاء الخيار في محلّ الكلام. فالعقد مدلوله مجرد التمليك و التملك مجرداً عن الزمان، لكنّه عرفاً علّه تامّة لمضمونه، و إمضاء الشارع له تابع لمقتضى الأدلّه، فليس في تأخير الإمضاء تخلف أثر العقد عن المقصود المدلول عليه بالعقد، و إنّما فيه التخلف عن داعي المتعاقدين، و لا ضرر فيه.

و قد تقدّم الكلام في ذلك في مسأله كون الإجازة كاشفة أو ناقله (4).

ص: ١٦٩

١-١) قاله صاحب الجواهر، انظر الجواهر ٧٩: ٢٣.

٢-٢) في الجواهر: «أمّا صحيحة كذلك عند الشارع فيثبت المطلوب».

٣-٣) كذا، و المناسب: «هي».

٤-٤) راجع الجزء الثالث: ٣٩٩ و ما بعدها.

و قد يستدلّ (١) أيضاً بالنبويّ المشهور المذكور في كتب الفتوى للخاصّه و العامّه على جهه الاستناد إليه و هو: أنّ «الخراج بالضمان» (٢) بناءً على أنّ المبيع في زمان الخيار المشترك أو المختصّ بالبائع في ضمان المشتري، فخرجه له، و هي علامه ملكه.

و فيه: أنّه لم يُعلم من القائلين بتوقّف الملك على انقضاء الخيار القول بكون ضمانه على المشتري حتّى يكون نماؤه له.

و قد ظهر بما ذكرنا: أنّ العمده في قول المشهور عموم أدلّه «جلّ البيع» و «التجاره عن تراضٍ» و أخبار الخيار.

و استدللّ للقول الآخر (٣) بما دلّ على كون تلف المبيع من مال البائع في زمان الخيار (٤)، فيدلّ بضميمه قاعده «كون التلف من المالك لأنّه مقابل الخراج» على كونه في ملك البائع، مثل:

صحيحه ابن سنان «عن الرجل يشتري العبد أو الدابّه بشرطٍ إلى يومٍ أو يومين، فيموت العبد أو الدابّه أو يحدث فيه حدثٌ، على من ضمان ذلك؟ فقال: على البائع حتّى ينقضى الشرط ثلاثة أيام و يصير المبيع للمشتري، شرط له البائع أو لم يشترط. قال:

و إن كان بينهما شرطٌ أيّاماً معدودهً فهلك في يد المشتري، فهو

ص: ١٧٠:

١-١) كما استدللّ به في الجواهر ٨١: ٢٣.

٢-٢) عوالي اللآلي ١: ٢١٩، الحديث ٨٩، و عنه في المستدرک ١٣: ٣٠٢، الباب ٧ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

٣-٣) و هو القول بأنّ الملك إنّما يتحقّق بانقضاء الخيار.

٤-٤) استدللّ به في الرياض ٨: ٢٠٥، و الجواهر ٨١: ٢٣.

من مال البائع» (١).

و روايه عبد الرحمن بن أبى عبد الله، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل اشترى أمهً من رجلٍ بشرطٍ، يوماً أو يومين، فماتت عنده و قد قطع الثمن، على من يكون ضمان ذلك؟ قال: ليس على الذى اشترى ضماناً حتى يمضى شرطه» (٢).

و مرسله ابن رباط: «إن حدث بالحيوان حدثٌ قبل ثلاثة أيام فهو من مال البائع» (٣).

و النبوى المروى فى قرب الإسناد فى العبد المشتري بشرطٍ فيموت، قال: «يستحلف بالله ما رضيه، ثم هو برىء من الضمان» (٤).

و هذه الأخبار إنما تجدى فى مقابل من ينكر تملك المشتري مع اختصاص الخيار، و قد عرفت أن ظاهر المبسوط فى باب الشفعة ما حكاه عنه فى الدروس: من القطع بتملك المشتري مع اختصاص الخيار (٥)، و كذلك ظاهر عبارته المتقدمه عن الجامع (٦).

ص: ١٧١

١ - ١) وردت الصحيحه فى الكافى و الفقيه و التهذيب، و لكن المنقول فى المتن أوفق بما فى التهذيب، انظر التهذيب ٧:٢٤، الحديث ١٠٣، و عنه فى الوسائل ١٢: ٣٥٢، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٣، و الصفحه ٣٥٥، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

٢ - ٢) الوسائل ١٢: ٣٥١، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث الأول.

٣ - ٣) الوسائل ١٢: ٣٥٢، الباب الأول من أبواب الخيار، الحديث ٥.

٤ - ٤) لم نعثر عليه فى قرب الإسناد، و لا على الحاكي عنه، نعم رواه فى الوسائل ١٢: ٣٥٢، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٤ من التهذيب.

٥ - ٥) راجع الصفحه ١٦٢ و ١٦٠ ١٦١.

٦ - ٦) تقدمت فى الصفحه ١٦٤.



و على أى حال، فهذه الأخبار إما أن تجعل مخصّصه لأدله المشهور بضميمه قاعده تلازم الملك و الضمان، أو لقاعده التلازم بضميمه أدله المسأله، فيرجع بعد التكافؤ إلى أصاله عدم حدوث الملك بالعقد قبل انقضاء الخيار.

لكن هذا فرع التكافؤ المفقود فى المقام من جهاتٍ، أعظمها الشهره المحقّقه المؤيّدّه بالإجماع المحكّي عن السرائر (١).

ثم إن مقتضى إطلاق ما تقدّم من عبارتى المبسوط و الخلاف (٢) - من كون الخلاف فى العقد المقيد بشرط الخيار - عمومّه للخيار المنفصل عن العقد، كما إذا شرط الخيار من الغد. كما أنّ مقتضى تخصيص الكلام بالعنوان المذكور عدم شموله لخيار غير الشرط و الحيوان الذى يطلق عليه الشرط أيضاً.

فخيار العيب و الغبن و الرؤيه و التدليس الظاهر عدم جريان الخلاف فيها.

و ممّا يدلّ على الاختصاص: أنّ ما ذكر من الأدله مختصّه بالخيارين، و أنّ الظاهر من لفظ «الانقضاء» فى تحريرات محلّ الخلاف انقطاع الخيار الزمانى.

و أمّا خيار المجلس، فالظاهر دخوله فى محلّ الكلام؛ لنصّ الشيخ بذلك فى عبارته المتقدّمه عنه فى باب الشفعه (٣)، و لقوله فى الاستبصار

ص: ١٧٢

---

١- ١) حكاه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ٥٩٢، و راجع السرائر ٢: ٢٤٨ و ٣٨٦.

٢- ٢) تقدّمت عبارتهما فى الصفحه ١٦١ و ١٦٢.

٣- ٣) تقدّمت فى الصفحه ١٦٢-١٦٣.

إنَّ العقد سببٌ لاستباحه الملك إلاَّ أنه مشروطٌ بأن يتفرَّقاً بالأبدان ولا يفسخا العقد (١)، ولنصَّ الشيخ في الخلاف و المبسوط على أنَّ التفرَّق كانقضاء الخيار في لزوم العقد به (٢). و مراده من اللزوم تحقُّق علَّة الملك، لا مقابل الجواز، كما لا يخفى. مع أنَّ ظاهر عبارته الدروس المتقدِّمه (٣) في مأخذ هذا الخلاف: أنَّ كلَّ خيارٍ يمنع من التصرُّف في المبيع فهو داخلٌ فيما يتوقَّف الملك على انقضائه. و كذلك عبارته المتقدِّمه في عنوان هذا الخلاف عن الجامع (٤). و قد تقدَّم عن الشيخ في صرف المبسوط:

أنَّ خيار المجلس مانعٌ عن التصرُّف في أحد العوضين (٥).

و من ذلك يظهر وجهٌ آخر لخروج خيار العيب و إخوته عن محلِّ الكلام، فإنَّ الظاهر عدم منعها من التصرُّف في العوضين قبل ظهورها، فلا بدَّ أن يقول الشيخ باللزوم و الملك قبل الظهور، و الخروج عن الملك بعد الظهور و تنجز الخيار، و هذا غير لائقٍ بالشيخ.

فثبت أنَّ دخولها في محلِّ الكلام مستلزمٌ: إمَّا لمنع التصرُّف في موارد هذا الخيار، و إمَّا للقول بخروج المبيع عن الملك بعد دخوله، و كلاهما غير لائقٍ بالالتزام. مع أنَّ كلام العلامة في المختلف كالصريح في كون التملك بالعقد اتفاقاً في المعيب؛ لأنَّه ذكر في الاستدلال: أنَّ

ص: ١٧٣

١- ١) الاستبصار ٣: ٧٣.

٢- ٢) راجع الخلاف ٣: ٢٢، المسألة ٢٩ من كتاب البيوع، و المبسوط ٢: ٨٣.

٣- ٣) تقدَّمت في الصفحة ١٦٠-١٦١.

٤- ٤) تقدَّمت في الصفحة ١٦٤.

٥- ٥) تقدَّم في الصفحة ١٦٣.

المقتضى للملك موجوداً و الخيار لا- يصلح للمنع، كما في بيع المعيب. و ذكر أيضاً أنه لا- منافاه بين الملك و الخيار، كما في المعيب (١).

و قد صرح الشيخ قدس سرّه أيضاً في المبسوط: بأنه إذا اشترى شيئاً فحصل منه نماءً ثم وجد به عيباً رده دون نمائه، محتجاً بالإجماع و بالنبوي: «الخارج بالضمان» (٢) و ستجىء تتمه لذلك إن شاء الله تعالى.

ص: ١٧٤

١-١) المختلف ٥:٦٢.

٢-٢) المبسوط ٢:١٢٦، و فيه: «بلا- خلاف»، و راجع الحديث في عوالي الآلى ١: ٢١٩، الحديث ٨٩، و عنه المستدرك ٣:٣٠٢، الباب ٧ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

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

على المعروف بين القائلين بتملك المشتري بالعقد.

و توضيح هذه المسأله: أن الخيار إذا كان للمشتري فقط من جهة الحيوان فلا إشكال و لا خلاف في كون المبيع في ضمان البائع.

و يدلّ عليه ما تقدّم (1) في المسأله السابقه من الأخبار.

و كذلك الخيار الثابت له من جهة الشرط بلا خلاف في ذلك؛ لقوله عليه السلام في ذيل صحيحه ابن سنان: «و إن كان بينهما شرط أياً معدوداً فهلك في يد المشتري، فهو من مال بائعه» (2).

و لو كان للمشتري فقط خيار المجلس دون البائع، فظاهر قوله عليه السلام:

«حتى ينقض شرطه، و يصير المبيع للمشتري» (3) [كذلك (4)] بناءً على

ص: ١٧٥

١-١) تقدّم في الصفحه ١٧٠-١٧١.

٢-٢) راجع الصحيحه في الصفحه ١٧٠.

٣-٣) ورد ذلك في صحيحه ابن سنان المتقدمه في الصفحه ١٧٠ أيضاً.

٤-٤) من «ش».

أنّ المناط انقضاء الشرط الذى تقدّم أنّه يطلق على خيار المجلس فى الأخبار (١)، بل ظاهره: أنّ المناط فى رفع ضمان البائع صيروره المبيع للمشتري و اختصاصه به بحيث لا يقدر على سلبه عن نفسه.

و إلى هذا المناط ينظر تعليل هذا الحكم فى السرائر، حيث قال:

فكلّ من كان له خيارٌ فالمتاع يهلك من مال من ليس له خيارٌ؛ لأنّه قد استقرّ عليه العقد، و الذى له الخيار ما استقرّ عليه العقد و لزم. فإن كان الخيار للبائع دون المشتري [و كان المتاع قد قبضه المشتري و هلك فى يده (٢)] كان هلاكه من مال المشتري دون البائع (٣)؛ لأنّ العقد مستقرّ عليه و لازمٌ من جهته (٤).

و من هنا يعلم أنّه يمكن بناءً على فهم هذا المناط طرد الحكم فى كلّ خيارٍ، فتثبت القاعده المعروفه: من «أنّ التلف فى زمان الخيار ممّن لا خيار له» من غير فرقٍ بين أقسام الخيار و لا بين الثمن و المثل، كما يظهر من كلمات غير واحدٍ من الأصحاب، بل نسبه (٥) جماعةً إلى

ص: ١٧٦

١- ١) لم نعثر على تصريح له بذلك، نعم ربّما يدلّ عليه مثل قوله- فيما تقدّم فى مسأله سقوط خيار المجلس بالتصرّف ذيل قول الإمام عليه السلام: «فلا شرط»-: «فإنّ المنفى يشمل شرط المجلس و الحيوان»، و ما تقدّم أيضاً فى بيان مبدأ خيار الحيوان، راجع الجزء الخامس، الصفحه ٨٢ و ٩٢.

٢- ٢) من «ش» و المصدر.

٣- ٣) فى «ق»: «من مال البائع دون المشتري»، و هو سهو مخالف لما فى السرائر.

٤- ٤) السرائر ٢٧٧: ٢.

٥- ٥) لم نعثر على هذه النسبه، نعم يستفاد هذا الإطلاق من كلمات بعض الفقهاء، راجع المسالك ٢١٧: ٣، و الرياض ٢٠٨: ٨- ٢٠٩، و مفتاح الكرامه ٥٩٨: ٤- ٥٩٩، و الجواهر ٨٥: ٢٣- ٩٠.

قال في الدروس في أحكام القبض: «و بالقبض ينتقل الضمان إلى القابض إذا لم يكن له خيار» (١)، انتهى. فإنّ ظاهره كفايه مطلق الخيار في عدم ضمان المشتري للمبيع المقبوض، ونحوه كلامه قدّس سرّه في اللمعه (٢).

و في جامع المقاصد في شرح قول المصنّف قدّس سرّه: «و لو ماتت الشاه المُصَرّاه أو الأمه المدلّسه فلا شيء له، و كذا لو تعيبت عنده قبل علمه» قال: و تقييد الحكم بما قبل العلم غير ظاهر؛ لأنّ العيب إذا تجدد بعد علمه يكون كذلك، إلّا أن يقال: إنّه غير مضمون عليه الآن لثبوت خياره، و لم أظفر في كلام المصنّف و غيره بشيء في ذلك (٣)، انتهى.

و قال في شرح قول المصنّف قدّس سرّه: «و لا يسقط الخيار بتلف العين»: مقتضى إطلاق كلامهم أنّه لو تلف المبيع مع خيار الغبن للمشتري انفسخ البيع، لا اختصاص الخيار بالمشتري، ثمّ تردّد فيه و في خيار الرؤيه (٤).

و في المسالك في مسأله أنّ العيب الحادث يمنع من الردّ بالعيب القديم و أنّ الحادث في أيّام خيار الحيوان مضمونٌ على البائع قال:

و كذا كلّ خيارٍ مختصّ بالمشتري (٥).

ص: ١٧٧

١-١) الدروس ٢١٠:٣-٢١١.

٢-٢) اللمعه الدمشقيه: ١٣٢.

٣-٣) جامع المقاصد ٣٥٤:٤.

٤-٤) جامع المقاصد ٣١٨:٤.

٥-٥) المسالك ٢٨٤:٣.

و عن مجمع البرهان في مسأله أن تلف المبيع بعد الثلاثه مع خيار التأخير من البائع استناداً إلى عموم قاعده «تلف المبيع قبل الضمان» - قال (١): إن هذه القاعده معارضه بقاعده أخرى، و هي: أن تلف المبيع (٢) في الخيار المختص بالبائع من مال المشتري (٣)، فإن الظاهر من جعل هذه قاعده كونها مسلمه بين الأصحاب.

و صرح بنحو ذلك المحقق جمال الدين في حاشيه الروضه (٤)، و استظهر بعد ذلك اختصاصه بما بعد القبض، معترفاً بعمومها من جهاتٍ أخرى.

و ظاهر هذه الكلمات عدم الفرق بين أقسام الخيار، و لا بين الثمن و المثلث، و لا بين الخيار المختص بالبائع و المختص بالمشتري؛ و لذا نفى في الرياض الخلاف في أن التلف في مدّه الخيار ممّن لا خيار له (٥).

و في مفتاح الكرامه: أن قولهم: «التلف في مدّه الخيار ممّن لا خيار له» قاعده لا خلاف فيها. ثم ذكر فيها (٦) تبعاً للرياض: أن

ص: ١٧٨

---

١- ١) كذا في «ق»، و في «ش» بدل «تلف المبيع قبل الضمان قال»: «تلف المال قبل القبض».

٢- ٢) في «ش»: «المال».

٣- ٣) لم ترد عبارته بلفظها في مجمع الفائده، نعم قال السيّد العاملي في مفتاح الكرامه: «و في مجمع البرهان ما حاصله: إن هذه القاعده.. إلخ»، انظر مفتاح الكرامه ٤: ٥٨١، و مجمع الفائده ٨: ٤٠٦-٤٠٧.

٤- ٤) حاشيه الروضه: ٣٦٤، ذيل قول الشارح: «لانتقال المبيع إليه».

٥- ٥) الرياض ٨: ٢٠٨.

٦- ٦) في «ش»: «فيه».

الحكم في بعض أفراد المسأله مطابق للقاعده (١).

لكن الإنصاف: أنه لم يعلم من حال أحد من معتبري الأصحاب الجزم بهذا التعميم، فضلاً عن اتفاقهم عليه.

فإن ظاهر قولهم: «التلف في زمان الخيار» هو الخيار الزماني، وهو الخيار الذي ذهب جماعة إلى توقّف الملك على انقضائه (٢)، لا مطلق الخيار ليشمل خيار الغبن والرؤية والعيب ونحوها، ألا ترى أنهم اتفقوا على أنه إذا مات المعيب لم يكن مضموناً على البائع ولو كان الموت بعد العلم بالعيب؟ ألا ترى أن المحقق الثاني ذكر: أن الاقتصاص من العبد الجاني إذا كان في خيار المشتري كان من ضمان البائع (٣)؟ وأمّا ما نقلنا عنه سابقاً (٤) في شرح قوله: «و لو تعيبت قبل علمه» فهو مجرد احتمال، حيث اعترف بأنه لم يظفر فيه على شيء، مع أنه ذكر في شرح قول المصنّف في باب العيوب: «و كلّ عيب يحدث في الحيوان بعد القبض وقبل انقضاء الخيار، فإنه لا يمنع الردّ في الثلاثه»- نفى ذلك الاحتمال على وجه الجزم، حيث قال: الخيار الواقع في العبارة يراد به خيار الحيوان، و[كذا (٥)] كل خيار يختص بالمشتري كخيار الشرط له. و هل خيار الغبن والرؤية كذلك؟ يبعد القول به

ص: ١٧٩

١-١) مفتاح الكرامه ٤:٥٩٩ ٤:٦٠٠.

٢-٢) كما تقدّم عن الشيخ و ابن الجنيد و ابن سعيد في الصفحه ١٦٠-١٦١ و ١٦٤.

٣-٣) جامع المقاصد ٤:٣٤٥.

٤-٤) نقله في الصفحه ١٧٧.

٥-٥) من «ش» و المصدر.



خصوصاً على القول بالفوريته، لا- خيار العيب؛ لأنّ العيب الحادث يمنع من الردّ بالعيب القديم قطعاً (١)، انتهى. و من ذلك يُعلم حال ما نقلناه عنه في خيار الغبن (٢).

فلم يبقَ في المقام ما يجوز الركون إليه إلّا ما أشرنا إليه (٣): من أنّ مناط خروج المبيع عن ضمان البائع-على ما يستفاد من قوله عليه السلام:

«حتّى ينقضى (٤) شرطه و يصير المبيع للمشتري»-هو انقضاء خيار المشتري الذي يطلق عليه الشرط في الأخبار و صيروره المبيع مختصاً بالمشتري لازماً عليه بحيث لا يقدر على سلبه عن نفسه، فيدلّ على:

أنّ كلّ من له شرطٌ و ليس المعوّض الذي وصل إليه لازماً عليه فهو غير ضامنٍ له حتّى ينقضى (٥) شرطه و يصير مختصاً به لازماً عليه.

و في الاعتماد على هذا الاستظهار تأمّل في مقابله القواعد، مع أنّه يمكن منع دلالة هذا المناط المستنبط عليه؛ لأنّ ظاهر الصحيحه الاختصاص بما كان التزلزل و عدم كون المبيع لازماً على المشتري ثابتاً من أوّل الأمر، كما يظهر من لفظه «حتّى» الظاهره في الابتداء، و هذا المعنى مختصّ بخيار المجلس و الحيوان و الشرط و لو كان منفصلاً، بناءً على أنّ البيع متزلزلٌ و لو قبل حضور زمان الشرط؛ و لذا ذكرنا جريان

ص: ١٨٠

١-١) جامع المقاصد ٣٥٧:٤.

٢-٢) نقله في الصفحه ١٧٧.

٣-٣) أشار إليه في الصفحه ١٧٦.

٤-٤) في ظاهر «ق»: «يمضى».

٥-٥) في ظاهر «ق»: «يمضى».

الخلاف في المسألتين السابقتين فيه.

و أمّا الغبن و العيب و الرؤيه و تخلف الشرط و تفليس المشتري و تبعض الصفقه، فهى توجب التزلزل عند ظهورها بعد لزوم العقد.

و الحاصل: أنّ ظاهر الروايه استمرار الضمان الثابت قبل القبض إلى أن يصير المبيع (١) لازماً على المشتري، و هذا مختصّ بالبيع المتزلزل من أول الأمر، فلا يشمل التزلزل المسبوق باللزوم، بأن يكون المبيع فى ضمان المشتري بعد القبض ثم يرجع بعد عروض التزلزل إلى ضمان البائع، فاتّضح بذلك أنّ الصحيحه مختصّه بالخيارات الثلاثه، على تأمّل فى خيار المجلس.

ثمّ إنّ مورد هذه القاعده إنّما هو ما بعد القبض، و أمّا قبل القبض فلا إشكال و لا خلاف فى كونه من البائع من غير التفاتٍ إلى الخيار، فلا تشمل هذه القاعده خيار التأخير.

و أمّا عموم الحكم للثمن و المثلن، بأن يكون تلف الثمن فى مدّه خيار البائع المختصّ به من مال المشتري فهو غير بعيد؛ نظراً إلى المناط الذى استفدناه، و يشمله ظاهر عباره الدروس المتقدمه (٢)، مضافاً إلى استصحاب ضمان المشتري له الثابت قبل القبض.

و توهم: عدم جريانه مع اقتضاء القاعده كون الضمان من مال المالك خرج منه ما قبل القبض، مدفوع: بأنّ الضمان الثابت قبل القبض و بعده فى مدّه الخيار ليس مخالفاً لتلك القاعده؛ لأنّ المراد به انفساخ

ص: ١٨١

١- ١) فى ظاهر «ق»: «البيع».

٢- ٢) المتقدمه فى الصفحه ١٧٧.

العقد و دخول العوض فى ملك صاحبه الأصلى و تلفه من ماله.

نعم، هو مخالفٌ لأصله عدم الانفساخ، و حيث ثبت المخالفه قبل القبض، فالأصل بقاءها بعد القبض فى مدّه الخيار.

نعم، يبقى هنا: أنّ هذا مقتضى لكون تلف الثمن فى مدّه خيار البيع الخيارى من المشتري، فينفسخ البيع و يردّ المبيع إلى البائع.

و التزام عدم الجريان من حيث إنّ الخيار فى ذلك البيع إنّما يحدث بعد ردّ الثمن أو مثله فتلف الثمن فى مدّه الخيار إنّما يتحقّق بعد ردّه قبل الفسخ لا قبله، مدفوعٌ بما أشرنا [\(١\)](#) سابقاً: من منع ذلك، مع أنّ المناط فى ضمان غير ذى الخيار لما انتقل عنه إلى ذى الخيار تنزل البيع المتحقّق و لو بالخيار المنفصل، كما أشرنا سابقاً [\(٢\)](#).

فالأولى الالتزام بجريان هذه القاعده إذا كان الثمن شخصياً بحيث يكون تلفه قبل قبضه موجباً لانفساخ البيع، فيكون كذلك بعد القبض مع خيار البائع و لو منفصلاً عن العقد.

و أمّا إذا كان الثمن كلياً، فحاله حال المبيع إذا كان كلياً، كما إذا اشترى طعاماً كلياً بشرط الخيار له إلى مدّه فقبض فرداً منه فتلف فى يده، فإنّ الظاهر عدم ضمانه على البائع؛ لأنّ مقتضى ضمان المبيع فى مدّه الخيار على من لا خيار له -على ما فهمه غير واحدٍ [\(٣\)](#)- بقاءه

ص: ١٨٢

١- ١) فى «ش» زياده: «إليه».

٢- ٢) أشار إليه فى الجزء الخامس: ١٣٩، فى الأمر الخامس من الأمور التى ذكرها ذيل بيع الخيار.

٣- ٣) كالسيد الطباطبائي فى الرياض ٢٠٨: ٨-٢٠٩، و صاحب الجواهر فى الجواهر ٢٣: ٨٧.

على ما كان عليه قبل القبض، و دخول الفرد في ملك المشتري لا- يستلزم انفساخ العقد، بل معنى الضمان بالنسبه إلى الفرد  
صيوره الكلي كغير المقبوض، و هذا مما لا تدل عليه الأخبار المتقدمه، فتأمل.

ثم إن ظاهر كلام الأصحاب و صريح جماعه منهم- كالمحقق و الشهيد الثانيين (1)-: أن المراد بضمان من لا خيار له لما انتقل  
إلى غيره، هو بقاء الضمان الثابت قبل قبضه و انفساخ العقد آنأ ما قبل التلف، و هو الظاهر أيضاً من قول الشهيد قدس سره في  
الدروس: «و بالقبض ينتقل الضمان إلى القابض ما لم يكن له خيار» (2) حيث إن مفهومه أنه مع خيار القابض لا ينتقل الضمان  
إليه، بل يبقى على ضمان ناقله الثابت قبل القبض.

و قد عرفت أن معنى الضمان قبل القبض هو تقدير انفساخ العقد و تلفه في ملك ناقله، بل هو ظاهر القاعده، و هي: أن التلف في  
مدّه الخيار ممّن لا خيار له، فإن معنى تلفه منه تلفه مملوكاً له، مع أن هذا ظاهر الأخبار المتقدمه (3) الدالّه على ضمان البائع للمبيع  
في مدّه خيار المشتري بضميمه قاعده «عدم ضمان الشخص لما يتلف في يد مالكه» (4) و قاعده «التلازم بين الضمان و  
الخراج»، فإننا إذا قدرنا المبيع في ملك البائع آنأ ما لم يلزم مخالفه شيء من القاعدتين. و الحاصل: أن إرادته ما

ص: ١٨٣

١-١) جامع المقاصد ٤:٣٠٩، و المسالك ٣:٢١٦.

٢-٢) الدروس ٣:٢١٠-٢١١.

٣-٣) تقدّمت في الصفحه ١٧٠-١٧١.

٤-٤) في «ش»: «في ملك مالكه».

ذكرنا من الضمان ممّا لا ينبغي الريب فيها.

ومع ذلك كلّه فظاهر عبارته الدروس في الفرع السادس (1) من فروع خيار الشرط يوهّم بل يدلّ على عدم الانفساخ، قال قدّس سرّه: لو تلف المبيع قبل قبضه (2) بطل البيع والخيار، وبعده لا يبطل الخيار وإن كان التلف من البائع، كما إذا اختصّ الخيار بالمشتري، فلو فسخ البائع رجوع بالبدل في صورته عدم ضمانه، ولو فسخ المشتري رجوع بالثمن و غرم البدل في صورته ضمانه، ولو أوجه المشتري في صورته التلف قبل القبض لم يؤثر في تضمين البائع القيمة أو المثل. وفي انسحابه فيما لو تلف بيده في خياره نظر (3)، انتهى. والعبارته محتاجه إلى التأمل من وجوه.

وقد يظهر ذلك من إطلاق عبارته التذكيره، قال: «لو تلف المبيع بآفه سماويّه في زمن الخيار، فإن كان قبل القبض انفسخ البيع قطعاً، وإن كان بعده لم يبطل خيار المشتري ولا البائع ويجب القيمة على ما تقدّم» (4) ثمّ حكى عن الشافعيّه وجهين في الانفساخ بعد القبض وعدمه، بناءً على الملك بالعقد.

ويمكن حمله على الخيار المشترك، كما أنّ قوله في القواعد:

«لا يسقط الخيار بتلف العين» (5) محمولٌ على غير صورته ضمان البائع

ص: ١٨٤

---

١-١) شُطب عليه في «ق» وكتب فوقه: «السابع»، والصواب ما أثبتته أولاً.

٢-٢) في «ش» والمصدر: «قبل قبض المشتري».

٣-٣) الدروس ٢٧١:٣.

٤-٤) التذكيره ٥٣٥:١.

٥-٥) القواعد ٧٠:٢، وفيه: «لا يبطل الخيار».

للمبيع؛ لما عرفت من تعين الانفساخ فيها.

و ربما يحتمل أنّ معنى قولهم: «إنّ التلف ممّن لا- خيار له»: أنّ عليه ذلك إذا فسخ صاحبه، لا- أنّه يفسخ كما فى التلف قبل القبض.

و أمّا حيث يوجب المشتري فيحتمل أنّه يتخير بين الرجوع على البائع بالمثل أو قيمه، و بين الرجوع بالثمن. و يحتمل تعين الرجوع بالثمن.

و يحتمل أن لا يرجع بشيء، فيكون معنى له الخيار: أنّ له الفسخ.

ثمّ الظاهر أنّ حكم تلف البعض حكم تلف الكلّ. و كذا حكم تلف الوصف الراجع إلى وصف الصحّة بلا خلافٍ على الظاهر؛ لقوله عليه السلام فى الصحيحه السابقه (1): «أو يحدث فيه حدثٌ» فإنّ المراد بالحدث أعمّ من فوات الجزء و الوصف.

هذا كلّ إذا تلف بأفه سماويّه، و منه حكم الشارع عليه بالإتلاف.

و أمّا إذا كان بإتلاف ذى الخيار سقط به خياره و لزم العقد من جهته. و إن كان بإتلاف غير ذى الخيار لم يبطل خيار صاحبه، فيتخير بين إمضاء العقد و الرجوع بالقيمة و الفسخ و الرجوع بالثمن.

و إن كان بإتلاف أجنبيّ تخير أيضاً بين الإمضاء و الفسخ، و هل يرجع حينئذٍ بالقيمة إلى المتلف، أو إلى صاحبه، أو يتخير؟ وجوه:

من أنّ البدل القائم مقام العين فى ذمه المتلف فيسترده بالفسخ، و لأنّ الفسخ موجبٌ لرجوع العين قبل تلفها فى ملك الفاسخ، أو لاعتبارها عند الفسخ ملكاً تالفاً للفاسخ بناءً على الوجهين فى اعتبار يوم التلف أو يوم الفسخ، و على التقديرين فهى فى ضمان المتلف، كما لو

ص: ١٨٥

كانت العين في يد الأجنبي.

و من أنه إذا دخل الثمن في ملك من تلف المثلن في ملكه خرج عن ملكه بدل المثلن و صار في ذمته؛ لأنَّ ضمان المتلف محلّه الذمّه لا الأموال الخارجيه، و ما في ذمه المتلف إنّما تشخص مالاً للمالك، و كونه بدلاً عن العين إنّما هو بالنسبه إلى التلف من حيث وجوب دفعه إلى المالك كالعين لو وجدت، لا أنه بدلٌ خارجيٌ يترتب عليه جميع أحكام العين حتى بالنسبه إلى غير المتلف (١)، فهذا البديل نظير بدل العين لو باعها المشتري ففسخ البائع، فإنه لا يتعين للدفع إلى الفاسخ، و أمّا الفسخ فهو موجبٌ لرجوع العين قبل تلفها مضمونهً لملكها على متلفها بالقيمه في ملك الفاسخ، فيكون تلفها بهذا الوصف مضموناً على المالك، لا المتلف.

و من كون يد المفسوخ عليه يد ضمانٍ بالعوض قبل الفسخ و بالقيمه بعده، و إتلاف الأجنبي أيضاً سببٌ للضمان، فيتخير في الرجوع.

و هذا أضعف الوجوه.

ص: ١٨٦

١ - ١) في «ش»: «التلف».

## مسأله و من أحكام الخيار ما ذكره في التذكرة، فقال: لا يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشتري تسليم الثمن في زمان الخيار،

و لو تبرّع أحدهما بالتسليم لم يبطل خياره و لا يجبر الآخر على تسليم ما عنده، و له استرداد المدفوع قضيةً للخيار. و قال بعض الشافعية: ليس له استرداده و له أخذ ما عند صاحبه دون رضاه كما لو كان التسليم بعد لزوم البيع (١)، انتهى.

و يظهر منه أنّ الخلاف بين المسلمين إنّما هو بعد اختيار أحدهما التسليم، و أمّا التسليم ابتداءً فلا يجب من ذى الخيار إجماعاً.

ثمّ إنّّه إن أُريد عدم وجوب التسليم على ذى الخيار من جهة أنّ له الفسخ فلا يتعين عليه التسليم، فمرجه إلى وجوب أحد الأمرين عليه. و الظاهر أنّه غير مراد.

و إن أُريد عدم تسلّط المالك على ما انتقل إليه إذا كان للناقل خياراً، فلذا يجوز منعه عن ماله، ففيه نظرٌ، من جهة عدم الدليل

ص: ١٨٧



المختصّ لعموم سلطنه الناس على أموالهم.

و بالجمله، فلم أجد لهذا الحكم وجهاً معتمداً، ولم أجد من عنونه و تعرّض لوجهه.

ص: ١٨٨

مسأله قال فى القواعد: «لا يسقط (١) الخيار بتلف العين»

(٢)

و هذا الكلام ليس على إطلاقه كما اعترف به فى جامع المقاصد (٣)؛ فإنّ من جملة أفراد الخيار خيار التأخير، بل مطلق الخيار قبل القبض، أو الخيار المختصّ بعده، و من المعلوم: أنّ تلف العين حينئذٍ موجبٌ لانفساخ العقد، فلا يبقى خيارٌ، فيكون المراد: التلف مع بقاء العقد على حاله لا يوجب سقوط الخيار. و بعبارةٍ أخرى: تلف العين فى ملك من فى يده لا يسقط به خياره و لا خيار صاحبه.

و هو كذلك؛ لأنّ الخيار - كما عرفت - عبارةٌ عن ملك فسخ العقد، و معلومٌ: أنّ العقد بعد التلف قابلٌ للفسخ؛ و لذا تشرع الإقاله حينئذٍ اتفاقاً، فلا مزيل لهذا الملك بعد التلف و لا مقيد له بصوره البقاء.

اللهمّ إلّا أن يعلم من الخارج أنّ شرع الخيار لدفع ضرر الصبر

ص: ١٨٩

١ - ١) فى «ش» و المصدر: «لا يبطل».

٢ - ٢) القواعد ٧٠: ٢.

٣ - ٣) جامع المقاصد ٣١٨: ٤.

على نفس العين، فينتفى هذا الضرر بتلف العين، كما في العيب، فإنَّ تَخْيِرَهُ بين الرَّدِّ و الأَرشِ لأنَّ الصبر على العيب ضررٌ و لو مع أخذ الأَرشِ، فتدَارَكُهُ الشارع بملك الفسخ و الرَّدِّ، فإذا تلف انتفى حكمه الخيار.

أو يقال: إنَّه إذا كان دليل الخيار معنواً بجواز الرَّدِّ لا بالخيار اختصَّ ثبوت الخيار بصوره تحقُّق الرَّدِّ المتوقَّف على بقاء العين.

هذا، مع قيام الدليل على سقوط الخيار بتلف المعيب و المدلَّس فيه، فلا يرد عدم أطراد تلك الحكمة.

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

كما تردَّد العلامه قدس سره في باب المرابحه فيما لو ظهر كذب البائع مرابحه في إخباره برأس المال بعد تلف المتاع (١)، بل عن المبسوط (٢) و بعض آخر (٣) الجزم بالعدم؛ نظراً إلى أنَّ الرَّدِّ إنما يتحقَّق مع بقاء العين.

و فيه إشارة إلى ما ذكرنا: من أنَّ الثابت هو جواز الرَّدِّ، فيختصَّ الفسخ بصوره تحقُّقه.

لكن قوَى في المسالك و جامع المقاصد (٤) ثبوت الخيار؛ لوجود

ص: ١٩٠

---

١-١) القواعد ٥٨: ٢، ٥٩.

٢-٢) المبسوط ١٤٣: ٢.

٣-٣) حكى السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤٠٠: ٤، عن الشهيد: أنَّه حكاه عن ابن المتوجِّج، و لكن لم نعثر على هذه الحكاياه فيما بأيدينا من كتب الشهيد.

٤-٤) المسالك ٣١٠: ٣، و جامع المقاصد ٢٦٣: ٤.

و كما تردّد المحقّق الثانی (1) فى سقوط خيار الغبن بتلف المغبون فيه (2). و ظاهر تعليل العلامه فى التذکره عدم الخيار مع نقل المغبون العين عن ملكه بعدم إمكان الاستدراك حينئذٍ (3) هو عدم الخيار مع التلف، و الأقوى بقاءه؛ لأنّ العمده فيه نفى الضرر الذى لا يفرق فيه بين بقاء العين و عدمه، مضافاً إلى إطلاق قوله عليه السلام: «و هم بالخيار إذا دخلوا السوق» (4) مع أنّه لو استند إلى الإجماع أمکن التمسك بالاستصحاب، إلّا أن يدعى انعقاده على التسلّط على الردّ، فيختصّ بصوره البقاء.

و ألحقّ فى جامع المقاصد بخيار الغبن فى التردّد خيارَ الرّويه (5).

و من مواضع التردّد ما إذا جعل المتعاقدان الخيار على وجه إرادتهما التسلّط على مجرّد الردّ المتوقّف على بقاء العين، فإنّ الفسخ و إن لم يتوقّف على بقاء العين، إلّا أنّه إذا فرض الغرض من الخيار الردّ أو الاسترداد، فلا يبعد اختصاصه بصوره البقاء. و التمكن من الردّ و الاسترداد و إن كان حكمه فى خيارى المجلس و الحيوان، إلّا أنّ الحكم أعمّ مورداً من الحكمه إذا كان الدليل يقتضى العموم، بخلاف ما إذا كان إطلاق جعل المتعاقدين مقيداً على وجه التصريح به فى الكلام أو

ص: ١٩١

١- ١) عطف على قوله: «كما تردّد العلامه».

٢- ٢) جامع المقاصد ٢٩٧: ٤ و ٣١٨.

٣- ٣) التذکره ٥٢٣: ١.

٤- ٤) المستدرک ٢٨١: ١٣، الباب ٢٩ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٣ و ٤.

٥- ٥) جامع المقاصد ٣١٨: ٤.

استظهاره منه لعدم (١) تعلق الغرض إلّا بالردّ أو الاسترداد.

و من هنا يمكن القول بعدم بقاء الخيار المشروط برّد الثمن في البيع الخيارى إذا تلف المبيع عند المشتري؛ لأنّ الثابت من اشتراطهما هو التمكن من استرداد المبيع بالفسخ عند ردّ الثمن، لا التسلّط على مطلق الفسخ المشروع مطلقاً و لو عند التلف. لكن لم أجد من التزم بذلك أو تعرّض له.

و من هنا يمكن أن يقال في هذا المقام—و إن كان مخالفاً للمشهور—بعدم ثبوت الخيار عند التلف إلّا في موضع دَلّ عليه الدليل؛ إذ لم تدلّ أدلّه الخيار من الأخبار و الإجماع إلّا على التسلّط على الردّ أو الاسترداد، و ليس فيها التعرّض للفسخ المتحقق مع التلف أيضاً. و إرادته ملك الفسخ من الخيار غير متعيّنه في كلمات الشارع؛ لما عرفت في أوّل باب الخيارات: من أنّه استعمالٌ غالبٌ في كلمات بعض المتأخّرين (٢).

نعم، لو دَلّ الدليل الشرعى على ثبوت خيار الفسخ المطلق الشامل لصوره التلف، أو جعل المتبايعان بينهما خيار الفسخ بهذا المعنى، ثبت مع التلف أيضاً. و الله العالم.

ص: ١٩٢

---

١-١) في «ش»: «بعدم».

٢-٢) راجع المقدمه الأولى من المقدمتين المتقدمتين في أوّل مبحث الخيارات في الصفحه ١١.

## مسأله لو فسخ ذو الخيار فالعين في يده مضمونه

بلا خلافٍ على الظاهر؛ لأنها كانت مضمونه قبل الفسخ؛ إذ لم يسلمها ناقلها إلّا في مقابل العوض، والأصل بقاؤه، إذ لم يتجدد ما يدلّ على رضا مالكة بكونه في يد الفاسخ أمانه، إذ الفسخ إنّما هو من قبيله.

و الغرض من التمسك بضمانها قبل الفسخ بيان عدم ما يقتضى كونها أمانه مالكيه أو شرعيه، لتكون غير مضمونه برضا المالك أو بجعل الشارع، و إذن الشارع في الفسخ لا يستلزم رفع الضمان عن اليد كما في القبض بالسوم. و مرجع ذلك إلى عموم «على اليد ما أخذت» (1) أو إلى أنها قبضت مضمونه، فإذا بطل ضمانه بالثمن المسمى تعين ضمانه بالعوض الواقعي - أعنى المثل أو القيمة - كما في البيع الفاسد.

هذا، و لكنّ المسأله لا تخلو عن إشكال.

و أمّا العين في يد المفسوخ عليه، ففي ضمانها أو كونها أمانه

ص: ١٩٣

---

١-١) عوالى اللآلى ٢٢٤:١، الحديث ١٠٦، و المستدرک ٨:١٤، الباب الأوّل من أبواب كتاب الوديعه، الحديث ١٢.

إشكالٌ ممّا في التذكرة: من أنه قبضها قبض ضمانٍ فلا- يزول إلّا بالردّ إلى مالِكها (١). و من أنّ الفسخ لمّا كان من قِبَل الآخر، فتركه العين في يد صاحبه مشعراً بالرضا به المقتضى للاستئمان.

و ضعّفه في جامع المقاصد: بأنّ مجرد هذا لا يسقط الأمر الثابت (٢)، والله العالم. □

هذا بعض الكلام في الخيارات و أحكامها، و الباقي محوّل إلى الناظر الخبير بكلمات الفقهاء.

و الحمد لله و صلّى الله على محمّد و آله □ □

ص: ١٩٤

---

١- ١) التذكرة ٥٣٨: ١.

٢- ٢) جامع المقاصد ٣٢٢: ٤.







### [أقسام البيع باعتبار تأخير و تقديم أحد العوضين]

قال فى التذكرة: ينقسم البيع باعتبار التأخير و التقديم فى أحد العوضين إلى أربعة أقسام:

بيع الحاضر بالحاضر، و هو النقد.

و بيع المؤجل بالمؤجل، و هو بيع الكالى بالكالى.

و بيع الحاضر بالثمن المؤجل، و هى النسيه.

و بيع المؤجل بالحاضر، و هو السلم (١).

و المراد بالحاضر أعم من الكلى، و بالمؤجل خصوص الكلى.

ص: ١٩٧

## مسأله إطلاق العقد يقتضى النقد،

و علله فى التذكرة: بأنّ قضيه العقد انتقال كلّ من العوضين إلى الآخر، فيجب الخروج عن العهده متى طوّل صاحبها (١)، فيكون المراد من «النقد» عدم حقّ للمشتري فى تأخير الثمن.

و المراد المطالبه مع الاستحقاق، بأن يكون قد بذل المثلن أو مكّن منه، على الخلاف الآتى فى زمان وجوب تسليم الثمن على المشتري (٢).

و يدلّ على الحكم المذكور أيضاً الموثّق: «فى رجل اشترى [من رجل (٣)] جاريهً بثمنٍ مسمّى، ثم افترقا؟ قال: وجب البيع، و الثمن إذا لم يكونا شرطاً فهو نقد» (٤).

و لو اشترط تعجيل الثمن كان تأكيداً لمقتضى الإطلاق على

ص: ١٩٨

١- ١) التذكرة ٥٤٦: ١.

٢- ٢) انظر الصفحة ٢٦١، القول فى وجوب القبض.

٣- ٣) من «ش» و المصدر.

٤- ٤) الوسائل ٣٦٦: ١٢، الباب الأوّل من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢.

المشهور، بناءً على ما هو الظاهر عرفاً من هذا الشرط: من إرادته عدم المماطلة و التأخير عن زمان المطالبه، لا أن يعجل بدفعه من دون مطالبه؛ إذ لا يكون تأكيداً حينئذٍ. لكنّه خلاف متفاهم ذلك الشرط الذي هو محطّ نظر المشهور، مع أنّ مرجع عدم المطالبه في زمان استحقاقها إلى إلغاء (1) هذا الحقّ المشترط في هذا المقدار من الزمان.

□  
و كيف كان، فذكر الشهيد رحمه الله في الدروس: أنّ فائده الشرط ثبوت الخيار إذا عيّن زمان النقد، فأخلّ المشتري به (2). و قوّى الشهيد الثانی ثبوت الخيار مع الإطلاق أيضاً (3)، یعنی عدم تعین (4) الزمان إذا أخلّ به في أوّل وقته. و هو حسن.

و لا يقدح في الإطلاق عدم تعین زمان التعجيل؛ لأنّ التعجيل المطلق معناه: الدفع في أوّل أوقات الإمكان عرفاً.

و لا حاجه إلى تقييد الخيار هنا بصوره عدم إمكان الإيجابار على التعجيل؛ لأنّ المقصود هنا ثبوت الخيار بعد فوات التعجيل، أمکن إجباره به أم لم يمكن، ووجب أو لم يجب، فإنّ مسأله أنّ ثمره الشرط ثبوت الخيار مطلقاً أو بعد تعذّر إجباره على الوفاء مسأله أخرى.

مضافاً إلى عدم جريانها في مثل هذا الشرط؛ إذ قبل زمان انقضاء زمان نقد الثمن لا يجوز الإيجابار، و بعده لا ينفع، لأنّه غير الزمان المشروط فيه الأداء.

ص: ١٩٩

١-١) في «ش»: «إلقاء».

٢-٢) الدروس ٢٠٢:٣.

٣-٣) المسالك ٢٢٣:٣.

٤-٤) في ظاهر «ق»: «عدم تعين».

## مسأله يجوز اشتراط تأجيل الثمن مدّة معيّنه غير محتمله مفهوماً و لا مصداقاً للزيادة و النقصان الغير المسامح فيهما،

فلو لم يعين كذلك بطل بلا خلافٍ ظاهراً؛ للغرر، و لما دلّ في السّلم-الذى هو عكس المسأله-على وجوب تعيين الأجل و عدم جواز السلم إلى دياسٍ أو حصاد (١).

و لا فرق في الأجل المعين بين الطويل و القصير. و عن الإسكافي المنع عن التأخير إلى ثلاث سنين (٢). و قد يستشهد له بالنهي عنه في بعض الأخبار، مثل روايه أحمد بن محمّد: «قلت لأبي الحسن عليه السلام:

إنّى أريد الخروج إلى بعض الجبال-إلى أن قال:-إنّا إذا بعناهم نسيهً كان أكثر للربح، فقال: نعم (٣) بتأخير سنه، قلت: بتأخير سنتين؟ قال:

نعم، قلت: بتأخير ثلاث سنين؟ قال: لا» (٤).

ص: ٢٠٠

---

١-١) راجع الوسائل ٥٧:١٣-٥٩، الباب ٣ من أبواب السلف.

٢-٢) حكاه عنه العلّامة في المختلف ١٣٦:٥.

٣-٣) في الوسائل: «قال: فبعهم».

٤-٤) الوسائل ٣٦٦:١٢، الباب الأوّل من أحكام العقود، الحديث الأوّل.

والمحكّي عن قرب الإسناد عن البنظي أنه قال لأبي الحسن الرضا عليه السلام: «إنّ هذا الجبل قد فتح منه على الناس باب رزقٍ، فقال عليه السلام: إذا أردت الخروج فاخرج فإنّها سنّه مضطربه، وليس للناس بدٌّ من معاشهم فلا تدع الطلب، فقلت: إنهم قومٌ مُلاء، ونحن نَحتمل التأخير فنبايعهم بتأخير سنه؟ قال: بعهم، قلت: سنتين؟ قال:

بعهم، قلت: ثلاث سنين؟ قال: لا يكون لك شيءٌ أكثر من ثلاث سنين» (١).

و ظاهر الخبرين الإرشاد، لا التحريم، فضلاً عن الفساد.

و هل يجوز الإفراط في التأخير إذا لم يصل إلى حدٍّ يكون البيع معه سفهاً و الشراء أكلاً للمال بالباطل؟ فيه وجهان:

قال في الدروس: لو تمادى الأجل إلى ما لا يبقى إليه المتبايعان غالباً كألف سنه، ففي الصّحّه نظرٌ؛ من حيث خروج الثمن عن الانتفاع به، و من الأجل المضبوط و حلوله بموت المشتري، و هو أقرب (٢).

و ما قرّبه هو الأقرب؛ لأنّ ما في الذمّه - و لو كان مؤجّلاً بما ذكر - مالٌ يصحّ الانتفاع به في حياته بالمعاوضه عليه بغير البيع، بل و بالبيع، كما اختاره في التذكرة (٣).

نعم يبقى الكلام في أنّه إذا فرض حلول الأجل شرعاً بموت

ص: ٢٠١

١ - ١) قرب الإسناد: ٣٧٢، ذيل الحديث ١٣٢٦، و عنه في الوسائل ١٢: ٣٦٦، الباب الأوّل من أبواب أحكام العقود، الحديث ٣.

٢ - ٢) الدروس ٣: ٢٠٤.

٣ - ٣) التذكرة ١: ٥٤٦.

المشترى كان اشتراط ما زاد على ما يحتمل بقاء المشتري إليه لغواً (١)، فيكون فاسداً، بل ربما كان مفسداً، وإن أراد المقدار المحتمل للبقاء كان اشتراط مدّه مجهولاً، فافهم.

ثم إنّ المعتبر في تعيين المدّه [هل (٢)] هو تعينه في نفسه و إن لم يعرفه (٣) المتعاقدان، فيجوز التأجيل إلى انتقال الشمس إلى بعض البروج - كالنيروز و المهرجان و نحوهما - أم لا بدّ من معرفه المتعاقدين بهما حين العقد؟ وجهان، أقواهما الثاني (٤) تبعاً للدروس و جامع المقاصد (٥)؛ لقاعده نفى الغرر. و ربما احتتمل الاكتفاء في ذلك بكون هذه الآجال مضبوطة في نفسها كأوزان البلدان مع عدم معرفه المصداق، حيث إنّ له شراء وزنه مثلاً بعيار بلدٍ مخصوص و إن لم يعرف مقدارها، و ربما استظهر ذلك من التذكرة (٦).

و لا يخفى ضعف منشأ هذا الاحتمال، إذ المضبوطيه في نفسه غير مجدٍ (٧) في مقامٍ يشترط فيه (٨) المعرفة؛ إذ المراد بالأجل الغير القابل

ص: ٢٠٢

---

١ - ١) في «ش» زياده ما يلي: «بل مخالفاً للمشروع، حيث إنّ الشارع أسقط الأجل بالموت، و الاشتراط المذكور تصريح ببقائه بعده».

٢ - ٢) لم يرد في «ق».

٣ - ٣) كذا في «ق»، و المناسب تأنيث الضمائر كما في «ش».

٤ - ٤) في «ق»: «الأول»، و هو من سهو القلم.

٥ - ٥) الدروس ٣:٢٠٢، و جامع المقاصد ٤:٢٣١، و لكن ذكره المحقق في مبحث السلف، و لم نثر عليه في هذا المبحث.

٦ - ٦) استظهره في الجواهر ١٠١:٢٣.

٧ - ٧) كذا، و المناسب: «في نفسها غير مجديه».

٨ - ٨) لم يرد في «ق».

للزيادة و النقيصه ما لا- يكون قابلاً لهما حتى في نظر المتعاقدين، لا في الواقع؛ ولذا أجمعوا على عدم جواز التأجيل إلى موت فلان، مع أنه مضبوط في نفسه، و ضبطه عند غير المتعاقدين لا- يجدى أيضاً. و ما ذكر: من قياسه على جواز الشراء بعيار بلدٍ مخصوصٍ لا نقول به، بل المعين فيه البطلان مع الغرر عرفاً، كما تقدّم في شروط العوضين (١).

و ظاهر التذكرة اختيار الجواز، حيث قال بجواز التوقيت بالنيروز و المهرجان؛ لأنه معلوم عند العامّة، و كذا جواز التوقيت ببعض أعياد أهل الذمّة إذا عرفه المسلمون، لكن قال بعد ذلك: و هل يعتبر معرفه المتعاقدين؟ قال بعض الشافعيّة: نعم. و قال بعضهم: لا [يعتبر، و يكتفى بمعرفه الناس (٢)]. و سواء اعتبر معرفتهما أو لا، لو عرفا كفى (٣)، انتهى.

ثمّ الأقوى اعتبار معرفه المتعاقدين و التفاتهما إلى المعنى حين العقد، فلا يكفي معرفتهما به عند الالتفات و الحساب.

ص: ٢٠٣

---

١- (١) راجع الجزء الرابع، الصفحه ٢١٠-٢١٩.

٢- (٢) من «ش» و المصدر.

٣- (٣) التذكرة ٥٤٨: ١.



## مسأله لو باع بئمن حالاً و بأزيد منه مؤجلاً،

ففى المبسوط (١) و السرائر (٢) و عن أكثر المتأخرين (٣): أنه لا- يصحّ. و علله فى المبسوط و غيره بالجهالة، كما لو باع إمّا هذا العبد و إمّا ذاك.

و يدلّ عليه أيضاً ما رواه فى الكافى، أنه قال عليه السلام: «من ساوم بئمنين: أحدهما عاجلاً و الآخر نَظْرَةً فليسّم أحدهما قبل الصّفقه» (٤).

و يؤيّدّه ما ورد من النهى عن شرطين فى بيع (٥)، و عن بيعين فى بيع (٦)

ص: ٢٠٤

١-١) المبسوط ١:١٥٩.

٢-٢) السرائر ٢:٢٨٧.

٣-٣) نسبه فى الرياض ٨:٢١٤ إلى عامّه من تأخّر، و نسبه فى مجمع الفائده (٨: ٣٢٧) إلى ظاهر الأكثر، و راجع تفصيله فى مفتاح الكرامه ٤:٤٢٨-٤:٤٣٢.

٤-٤) الكافى ٥:٢٠٦، الحديث الأوّل، و الوسائل ١٢:٣٦٧، الباب ٢ من أبواب أحكام العقود، الحديث الأوّل.

٥-٥) راجع الوسائل ١٢:٣٦٧-١٢:٣٦٨، الباب ٢ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٣ و ٤ و ٥.

٦-٦) راجع الوسائل ١٢:٣٦٧-١٢:٣٦٨، الباب ٢ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٣ و ٤ و ٥.

بناءً على تفسيرهما بذلك. و عن الإسكافي كما عن الغنية (١): أنه روى عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ أَنَّهُ قَالَ: «لَا يَحِلُّ صَفْقَتَانِ فِي وَاحِدِهِ»، قَالَ:

و ذلك بأن يقول: إن كان بالنقد فبكذا، وإن كان بالنسيه فبكذا (٢).

هذا، إلا أن في روايه محمد بن قيس -المعتبره- أنه قال أمير المؤمنين عليه السلام: «من باع سلعةً و قال: ثمنها كذا و كذا يداً بيد و كذا و كذا نَظَرَةً، فخذها بأيِّ ثمنٍ شئت، و جعل صفقتها واحده، فليس له إلا أقلهما و إن كانت نَظَرَةً» (٣).

و في روايه السكوني عن جعفر، عن أبيه، عن آبائه [عليهم السلام]: «أن علياً عليه السلام قضى في رجل باع يبعاً و اشترط شرطين بالنقد كذا و بالنسيه كذا، فأخذ المتاع على ذلك الشرط، فقال: هو بأقل الثمنين و أبعد الأجلين، فيقول: ليس له إلا أقل النقدين إلى الأجل الذي أجله نسيه» (٤).

و عن ظاهر جماعه من الأصحاب العمل بهما (٥)، و نسب إلى بعض هؤلاء القول بالبطلان (٦).

فالأولى -تبعاً للمختلف (٧)- الاقتصار على نقل عباره هؤلاء من

ص: ٢٠٥

١- ١) الغنيه: ٢١٣.

٢- ٢) إلى هنا انتهى كلام الإسكافي، و حكاه عنه العلامة في المختلف ١٢٢: ٥.

٣- ٣) الوسائل ١٢: ٣٦٧، الباب ٢ من أبواب أحكام العقود، الحديث الأول.

٤- ٤) الوسائل ١٢: ٣٦٧، الباب ٢ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢.

٥- ٥) حكاه عنهم صاحب الجواهر، انظر الجواهر ١٠٣: ٢٣.

٦- ٦) نسبه في الجواهر (١٠٢: ٢٣) إلى الشيخ و الحلّي و غيرهما.

٧- ٧) راجع المختلف ١٢٢: ٥-١٢٣.

قال في المقنعه: لا يجوز البيع بأجلين على التخيير، كقوله: «هذا المتاع بدرهم نقداً و بدرهمين إلى شهرٍ أو سنه، أو بدرهمٍ إلى شهر و بدرهمين إلى شهرين» فإن ابتاع إنسان شيئاً على هذا الشرط كان عليه أقل الثمنين في آخر الأجلين (١).

و هذا الكلام يحتمل التحريم مع الصحه. و يحتمل الحمل على ما إذا تلف المبيع، فإن اللازم مع فرض فساد البيع الأقل (٢) الذي بيع به نقداً؛ لأنها (٣) قيمه ذلك الشيء. و معنى قوله: «في آخر الأجلين»: أنه لا يزيد على الأقل و إن تأخر الدفع إلى آخر الأجلين، أو المراد جواز التأخير لرضا البائع بذلك. و يحتمل إرادته الكراهه، كما عن ظاهر السيد قدس سره في الناصريات: أن المكروه أن يبيع بثمانين بقليل إن كان الثمن نقداً، أو بأكثر إن كان نسيئاً (٤). و يحتمل الحمل على فساد اشتراط زياده الثمن مع تأخير الأجل، لكن لا يفسد العقد، كما سيجىء.

و عن الإسكافي: أنه -بعد ما تقدم عنه من النبوى الظاهر فى التحريم- قال: و لو عقد البائع للمشتري كذلك و جعل الخيار إليه لم اختر للمشتري أن يقدم على ذلك، فإن فعل و هلك السلعه لم يكن للبائع إلماً أقل الثمنين، لإجازته البيع به، و كان للمشتري الخيار فى

ص: ٢٠٦

١- ١) المقنعه: ٥٩٥.

٢- ٢) فى «ش» و محتمل «ق»: «بالأقل».

٣- ٣) فى «ش»: «لأنه».

٤- ٤) حكاه فى الجواهر ١٠٦: ٢٣، و راجع الناصريات: ٣٦٥، المسأله ١٧٢.

تأخير الثمن الأقل إلى المدّة التي ذكرها البائع بالثمن الأوفى من غير زياده على الثمن الأقل (١).

و في النهايه: فإن ذكر المتاع بأجلين و نقدين على التخيير، مثل أن يقول: «بعتك هذا بدينارٍ أو درهم عاجلاً أو إلى شهرٍ أو سنه، و بدينارين أو درهمن إلى شهرٍ أو شهرين أو سنتين» كان البيع باطلاً، فإن أمضى البيعان ذلك بينهما كان للبائع أقل الثمنين في آخر الأجلين (٢)، انتهى.

و عن موضع من الغنيه: قد قدّمنا أنّ تعليق البيع بأجلين و ثمنين، كقوله: «بعت إلى مدّه بكذا (٣) و إلى اخرى بكذا» يفسده، فإن تراضيا بإنفاذه كان للبائع أقل الثمنين في أبعد الأجلين بدليل إجماع الطائفة (٤).

و عن سلّار: ما علّق بأجلين، و هو أن يقول: «بعتك هذه السلعه إلى عشره أيام بدرهم و إلى شهرين بدرهمن» كان باطلاً غير منعقد (٥)، و هو المحكّي عن أبي الصلاح (٦).

و عن القاضي: من باع شيئاً بأجلين على التخيير، مثل أن يقول:

«أبيعتك هذا بدينارٍ أو بدرهم عاجلاً و بدرهمن أو دينارين إلى شهرٍ أو

ص: ٢٠٧

١-١ (١) حكاة في المختلف ١٢٢: ٥-١٢٣.

٢-٢ (٢) النهايه: ٣٨٧-٣٨٨.

٣-٣ (٣) في «ق»: «كذا»، و في المصدر: «كذا بكذا».

٤-٤ (٤) الغنيه: ٢٣٠.

٥-٥ (٥) المراسم: ١٧٦.

٦-٦ (٦) الكافي في الفقه: ٣٥٧.

شهورٍ أو سنهٍ أو سنتين» كان باطلاً، فإن أمضى البيعان ذلك بينهما كان للبائع أقل الثمنين في آخر الأجلين (١).

وقال في المختلف-بعد تقوية المنع-:و يمكن أن يقال:إنه رضى بالثمن الأقل فليس له الأكثر في البعيد، وإلا لزم الربا؛ إذ يبقى الزيادة في مقابل تأخير الثمن لا غير، فإذا صبر إلى البعيد لم يجب له الأكثر من الأقل (٢)، انتهى.

و في الدروس: أن الأقرب الصحه و لزوم الأقل، و يكون التأخير جائزاً من طرف المشتري لازماً من طرف البائع، لرضاه بالأقل، فالزيادة رباً؛ و لذا ورد النهي عنه، و هو غير مانع من صحه البيع (٣)، انتهى.

أقول:لكنه مانع من لزوم الأجل من طرف البائع؛ لأنه في مقابل الزيادة الساقطه شرعاً، إلما أن يقال:إن الزيادة ليست في مقابل الأجل، بل هي في مقابل إسقاط البائع حقه من التعجيل الذي يقتضيه العقد لو خلى و طبعه، فالزيادة و إن كانت (٤) رباً-كما سيجيء-إلا أن فساد المقابلة لا يقتضى فساد الإسقاط، كما احتمل ذلك في مصالحه حق القصاص بعد يعلمان استحقاق الغير له (٥) أو حرّيته، بل قال في

ص: ٢٠٨

١-١) حكاه عنه في المختلف ١٢٣:٥، و لكن لم نعر عليه في كتبه.

٢-٢) المختلف ١٢٥:٥.

٣-٣) الدروس ٢٠٣:٣.

٤-٤) في «ش» زياده:«لكنه».

٥-٥) لم يرد في «ق».

التحرير بالرجوع إلى الديه (١). وحينئذ فلا يستحق البائع الزيادة ولا المطالبه قبل الأجل، لكن المشتري لو أعطاه وجب عليه القبول؛ إذ لم يحدث له بسبب المقابله الفاسده حق في التأجيل حتى يكون له الامتناع من القبول قبل الأجل، وإنما سقط حقه من التعجيل.

و يمكن أيضاً حمل الروايه (٢) على أنّ الثمن هو الأقل، لكن شرط عليه أن يعطيه على التأجيل شيئاً زائداً. وهذا الشرط فاسد؛ لما سيجيء: من أنّ تأجيل الحالّ بزياده رباً محرّم، لكن فساد الشرط لا يوجب فساد المشروط، كما عليه جماعه (٣). و حينئذٍ فللبائع الأقلّ وإن فرض أنّ المشتري أخره إلى الأجل، كما يقتضيه قوله في روايه محمّد بن قيس: «و إن كانت نَظَرَةً» (٤) لفرض تراضيها على ذلك بزعم صحّحه هذا الشرط، أو البناء عليها تشريعاً. ولعلّ هذا مبني قول الجماعه -قدّس الله أسرارهم-: «فإن أمضيا البيع بينهما كذلك -بمعنى أنّهما تراضيا على هذه المعامله- لم يجب في مقابل التأخير الواقع برضاها شيء زائد على الأقلّ، لفساد المقابله» و مرادهم من بطلان البيع الذي حكموا به أولاً بطلانه بهذه الخصوصيه و عدم ترتّب الأثر المقصود عليه.

و قد تلخّص من جميع ما ذكرنا: أنّ المعامله المذكوره في ظاهر

ص: ٢٠٩

١-١) التحرير ٢٣٠:١.

٢-٢) يعنى روايه السكوني المتقدّمه في الصفحه ٢٠٥.

٣-٣) تقدّم عنهم في الصفحه ٩٠.

٤-٤) المتقدّمه في الصفحه ٢٠٥.

متن الروایتین لا- إشکال و لا- خلاف فی بطلانها، بمعنی عدم مزیّتها علی ما تعاقدنا علیه. و أمّا الحكم بامضائهما كما فی الروایتین، فهو حکمٌ تعیّدیّ مخالفٌ لأدله توقّف حیل المال علی الرضا و طیب النفس و کون الأکل لا- عن تراضٍ أكلاً بالباطل، فیقع الإشکال فی نهوض الروایتین لتأسیس هذا الحكم المخالف للأصل.

ثمّ إنّ الثابت منهما علی تقدیر العمل بهما هی مخالفه القاعده فی موردهما.

و أمّا ما عدها، كما إذا جعل له الأقلّ فی أجلّ و الأكثر فی أجلّ آخر، فلا ینبغی الاستشکال فی بطلانه؛ لحرمة القیاس، خصوصاً علی مثل هذا الأصل.

و فی التحریر: البطلان هنا قولاً واحداً (١). و حکمی من غیر واحدٍ (٢) ما یلوح منه ذلك.

إلّا أنّک قد عرفت عموم کلمات غیر واحدٍ ممّن تقدّم للمسألتین (٣) و إن لم ینسب ذلك فی الدروس إلّا إلى المفید قدّس سرّه (٤)، لكن عن الریاض: أنّ ظاهر الأصحاب عدم الفرق فی الحكم بین المسألتین (٥)،

ص: ٢١٠

١- (١) التحریر ١٧٣: ١.

٢- (٢) حکاه السیّد العاملی فی مفتاح الکرامه (٤: ٤٢٩) عن المحقّق و الفاضل الآبی، راجع المختصر النافع: ١٢٢، و الشرائع ٢٦: ٢، و کشف الرموز ٤٦٣: ١.

٣- (٣) راجع کلماتهم المتقدّمه فی الصفحه ٢٠٦-٢٠٨.

٤- (٤) راجع الدروس ٢٠٣: ٣.

٥- (٥) الریاض ٢١٦: ٨.

و هو ظاهر الحدائق أيضاً (١)و ما أبعد ما بينه و بين ما تقدّم عن التحرير.

ثم إنَّ العلامه في المختلف ذكر في تقريب صحّحه المسأله:أنّه مثل ما إذا قال المستأجر لخياطه الثوب:«إن خطته فارسياً فبدرهم،و إن خطته رومياً فبدرهمين»و أجاب عنه بعد تسليم الصحّحه برجوعها إلى الجعاله (٢).

ص: ٢١١

---

١-١) راجع الحدائق ١٢٢:١٩-١٢٣.

٢-٢) المختلف ١٢٤:٥-١٢٥.



## مسأله لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل

و إن طوّل إجماعاً؛ لأنّ ذلك فائده اشتراط التأجيل. و لو تبرّع بدفعه لم يجب على البائع القبول بلا- خلاف، بل عن الرياض: الإجماع عليه (١).

و في جامع المقاصد في باب السّلم-نسبه الخلاف إلى بعض العامّة (٢)، و علّل الحكم في التذكرة في باب السلم:- بأنّ التعجيل كال تبرّع بالزيادة، فلا يكلف تقليد المنة (٣)، و فيه تأمل.

و يمكن تعليل الحكم: بأنّ التأجيل كما هو حقّ للمشتري يتضمّن حقّاً للبائع من حيث التزام المشتري لحفظ ماله في ذمّته و جعله إياه كالودعي؛ فإنّ ذلك حقّ عرفاً.

و بالجملة، ففي الأجل حقّ لصاحب الدين بلا خلاف ظاهر.

و ممّا ذكرنا يظهر الفرق بين الحالّ و المؤجلّ، حيث إنّه ليس

ص: ٢١٢

١-١) الرياض ٢١٩:٨.

٢-٢) جامع المقاصد ٢٤٩:٤.

٣-٣) التذكرة ٥٥٩:١.

لصاحب الدين الحالّ حقّ على المديون. و اندفع أيضاً ما يتخيّل: من أنّ الأجل حقّ مختصّ بالمشتري، و لذا يزداد الثمن من أجله، و له طلب النقصان في مقابل التعجيل، و أنّ المؤجّل كالواجب الموسّع في أنّه يجوز فيه التأخير و لا يجب.

ثمّ إنّ لو أسقط المشتري أجل الدين، ففي كتاب الدين من التذكرة و القواعد: أنّه لو أسقط المديون أجل الدين [مما (1)] عليه لم يسقط، و ليس لصاحب الدين مطالبته في الحال (2)، و علّله في جامع المقاصد: بأنّه قد ثبت التأجيل في العقد اللازم، [لأنّه المفروض] (3) فلا يسقط [بمجرد الإسقاط] (4)، و لأنّ في الأجل حقّاً لصاحب الدين، و لذا لم يجب عليه القبول قبل الأجل. أمّا لو تقايلا في الأجل فإنّه يصحّ، أمّا لو (5) نذر التأجيل فإنّه يلزم و ينبغي أن لا يسقط بتقايلهما، لأنّ التقايل في العقود لا في النذور (6)، انتهى.

و فيه: أنّه الحقّ المشترط في العقد اللازم يجوز لصاحبه إسقاطه، و حقّ صاحب الدين لا يمنع من مطالبته (7) من أسقط حقّ نفسه.

و في باب الشروط من التذكرة: لو كان عليه دينٌ مؤجّلاً فأسقط

ص: ٢١٣

١-١ (١) لم يرد في «ق».

٢-٢ (٢) التذكرة ٢:٤، و القواعد ١٠٧:٢.

٣-٣ (٣) من «ش» و المصدر.

٤-٤ (٤) من «ش» و المصدر.

٥-٥ (٥) في «ش» و المصدر: «و لو».

٦-٦ (٦) جامع المقاصد ٤١:٥.

٧-٧ (٧) في محتمل الأصل: «مطالبه».

المديون الأجل لم يسقط، وليس للمديون (١) مطالبته [في الحال (٢)]؛ لأن الأجل صفة تابعة، و الصفة لا تُفرد بالإسقاط؛ و لهذا لو أسقط مستحقّ الحنطه الجيده أو الدنانير الصحيحه الجوده أو الصّحه لم يسقط، و للشافعي وجهان (٣)، انتهى.

و يمكن أن يقال: إن مرجع التأجيل في العقد اللازم إلى إسقاط حقّ المطالبة في الأجل، فلا يعود الحقّ بإسقاط التأجيل، و الشرط القابل للإسقاط ما تضمّن إثبات حقّ قابلٍ لإسقاطه بعد جعله، أ لا ترى أنّه لو شرط في العقد التبرّي من عيوب المبيع لم يسقط هذا الشرط بإسقاطه بعد العقد و لم تعد العيوب مضمونه كما (٤) كانت بدون الشرط! و أمّا ما ذكره: من أنّ لصاحب الدين حقًا في الأجل، فدلالته على المدعى موقوفة على أنّ الشرط الواحد إذا انحلّ إلى حقّ لكلّ من المتبايعين لم يجر لأحدهما إسقاطه؛ لأنّ الفرض اشتراكهما فيه، و لم يسقط الحقّ بالنسبه إلى نفسه، لأنّه حقّ واحدٌ يتعلّق بهما، فلا يسقط إلّا باتفاقهما الذي عبّر عنه بالتقاييل، و معناه: الاتّفاق على إسقاط الشرط الراجع إليهما، فلا- يرد عليه منع صحّه التقاييل في شروط العقود لا- في أنفسها. نعم، لو صار التأجيل حقًا لله تعالى بالنذر لم ينفع اتّفاقهما على

ص: ٢١٤

---

١-١) في «ش» و المصدر بدل «المديون»: «للمستحق».

٢-٢) من «ش» و المصدر.

٣-٣) التذكرة ٤٩١: ١.

٤-٤) في «ش» زياده: «لو».

سقوطه؛ لأنَّ الحقَّ معلقٌ بغيرهما.

و ما ذكره حسنٌ لو ثبت اتّحاد الحقّ الثابت من اشتراط التأجيل أو لم يثبت التعدّد، فيرجع إلى أصاله عدم السقوط، لكنّ الظاهر تعدّد الحقّ، فتأمل (١).

ص: ٢١٥

---

١ - ١) في «ش» زياده ما يلي: «ثمَّ إنّ المذكور في باب الشروط عن بيع التذكرة تعليل عدم سقوط أجل الدين بالإسقاط: بأنَّ الأجل صفةٌ تابعةٌ لا يفرد بالإسقاط، و لذا لو أسقط مستحقّ الحنطة الجيده أو الدنانير الصحاح الجوده أو الصّحه لم يسقط، انتهى». و هذا لا دخل له بما ذكره جامع المقاصد.

## مسأله إذا كان الثمن - بل كل دين - حالاً أو حلّ، وجب على مالكة قبوله عند دفعه إليه

؛ لأنّ في امتناعه إضراراً و ظلماً؛ إذ لا حقّ له على من في ذمّته في حفظ ماله في ذمّته، و الناس مسلّطون على أنفسهم.

و توهم: عدم الإضرار و الظلم؛ لارتفاعه بقبض الحاكم مع امتناعه أو عزله و ضمانه على مالكة، مدفوع: بأنّ مشروعته قبض الحاكم أو العزل إنّما هي (1) لدفع هذا الظلم و الإضرار المحرّم عن المديون، و ليس بدلاً اختيارياً عن قبض الحاكم أو العزل حتّى يسقط الوجوب عن المالك لتحقّق (2) البديل (3)، ألا- ترى أنّ من يجب عليه بيع ماله لنفقه عياله لا يسقط عنه الوجوب لقيام الحاكم مقامه في البيع.

و كيف كان، فإذا امتنع بغير حقّ سقط اعتبار رضاه؛ لحديث نفي الضرار، بل مورده كان من هذا القبيل، حيث إنّ سمره بن جندب امتنع من الاستئذان للمرور إلى عدّقه الواقع في دار الأنصاري و عن

ص: ٢١٦

---

١-١) في «ش» بدل «هي»: «يثبت».

٢-٢) في محتمل «ق»: «بتحقّق».

٣-٣) في ظاهر «ق»: «المبديل».

بيعه (١)، فقال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «أذهب فاقطعها (٢) و ارم بها وجه صاحبها» (٣) فأسقط ولايته على ماله. و مقتضى القاعده إجبار الحاكم له على القبض؛ لأن امتناعه أسقط اعتبار رضاه في القبض الذي يتوقف ملكه عليه، لا أصل القبض الممكن تحقّقه منه كرهاً، مع كون الإكراه بحق بمنزله الاختيار، فإن تعدّر مباشرته -و لو كرهاً- تولّاه الحاكم؛ لأن السلطان وليّ الممتنع بناءً على أنّ الممتنع من يمتنع و لو مع الإكراه. و لو قلنا: إنّه من يمتنع بالاختيار، جاز للحاكم تولّي القبض عنه من دون الإكراه، و هو الذي رجّحه في جامع المقاصد (٤).

و المحكّي عن إطلاق جماعه عدم اعتبار الحاكم (٥).

و ليس للحاكم مطالبه المديون بالدين إذا لم يسأله؛ لعدم ولايته عليه مع رضا المالك بكونه في ذمّته. و عن السرائر: وجوب القبض على الحاكم عند الامتناع و عدم وجوب الإكراه (٦). و استبعده [غيره (٧)] (٨)،

ص: ٢١٧

١-١ (١) كذا، و المناسب: «بيعه».

٢-٢ (٢) تأنيث الضمير باعتبار «النخلة» الواقعة في الحديث.

٣-٣ (٣) راجع الوسائل ٣٤٠:١٧-٣٤١، الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات، الحديث ١ و ٣.

٤-٤ (٤) جامع المقاصد ٢٤٨:٤.

٥-٥ (٥) نسبه في الجواهر (١١٦:٢٣) بلفظ: «بل قد يظهر من إطلاق الشيخين و ابن حمزه...»، و قال نحوه في مفتاح الكرامه ٤٨٣:٤.

٦-٦ (٦) السرائر ٢٨٨:٢.

٧-٧ (٧) لم يرد في «ق».

٨-٨ (٨) استبعده الشهيد في الدروس ٢٠٥:٣، و قرّره صاحب الجواهر، انظر الجواهر ١١٧:٢٣.

و هو فى محلّه.

و لو تعدّر الحاكم، فمقتضى القاعده إجبار المؤمنين له، عدولاً كانوا أم لا؛ لأنّه من المعروف الذى يجب الأمر به على كلّ أحد.

فإن لم يمكن إجباره، ففى وجوب قبض العدول عنه نظراً، أقواه العدم. و حينئذٍ فطريق براءه ذمّه المديون أن يعزل حقه و يجعله أمانه عنده، فإن تلف فعلى ذى الحق؛ لأنّ هذه فائده العزل و ثمره إلغاء قبض ذى الحق. و لكن لم يخرج عن ملك مالكه، لعدم الدليل على ذلك، فإنّ اشتراط القبض فى التملك لا يسقط بأدله نفي الضرر، و إنّما يسقط بها ما يوجب التضرر و هو الضمان، و حينئذٍ فناء المعزول له، و قاعده مقابله الخراج بالضمان غير جاريه هنا.

و قد يستشكل فى الجمع بين الحكم ببقاء ملكيه الدافع و كون التلف من ذى الحق، و وجهه: أنّ الحق المملوك لصاحب الدين إن تشخص فى المعزول كان ملكاً له، و إن بقى فى ذمّه الدافع لم يمكن تلف المعزول منه؛ إذ لم يتلف ماله.

و يمكن أن يقال: إنّ الحق قد سقط من الذمّه و لم يتشخص بالمعزول، و إنّما تعلق به تعلق حق المجنى عليه برقبه العبد الجانى، فبتلفه يتلف الحق، و مع بقاءه لا يتعين الحق فيه، فضلاً عن أن يتشخص به.

و يمكن أن يقال: بأنّه يقدر أنّ ما قبل التلف فى ملك صاحب الدين.

ثمّ إنّ الظاهر جواز تصرفه فى المعزول، فينتقل المال إلى ذمته لو أتلفه. و مقتضى القاعده عدم وجوب حفظه من التلف؛ لأنّ شرعيه عزله و كون تلفه من مال صاحب الدين إنّما جاء من جهة تضرر المديون ببقاء ذمته مشغولاً، و تكليفه بحفظ المعزول أضّر عليه من حفظ

أصل المال في الذمه.

و عن المحقق الثاني: أنه يتَّجه الفرق بين ما إذا عرضه على المالك بعد تعيينه و (١) لم يأت به لكن أعلم بالحال، و بين ما إذا أتاه و طرحه عنده، فيلغى (٢) و جوب الحفظ في الثاني دون الأول (٣).

و لعل وجهه: أن المبرىء للعهد التخليه و الإقباض المتحقق في الثاني دون الأول، و سيجىء في مسأله قبض المبيع ما يؤيده (٤).

و عن المسالك: أنه مع عدم الحاكم يخلى بينه و بين ذى الحق و تبرأ ذمته و إن تلف، و كذا يفعل الحاكم لو قبضه إن لم يمكن إلزامه بالقبض (٥).

ثم إنَّ المحقق الثاني ذكر في جامع المقاصد - بعد الحكم بكون تلف المعزول من صاحب الدين الممتنع من أخذه -: أن في انسحاب هذا الحكم في من أجبره الظالم على دفع نصيب شريكه الغائب في مالٍ على جهه الإشاعه بحيث يتعين المدفوع للشريك و لا يتلف منهما تردداً. و مثله ما لو تسلط الظالم بنفسه و أخذ قدر نصيب الشريك.

لم أجد للأصحاب تصريحاً بنفي و لا إثبات، مع أن الضرر هنا قائم أيضاً، و المتَّجه عدم الانسحاب (٦)، انتهى. و حكى نحوه عنه في حاشيه

ص: ٢١٩

١- ١) في «ق»: «أو».

٢- ٢) في «ش» و المصدر: «فينتفى».

٣- ٣) جامع المقاصد ٤١: ٥.

٤- ٤) انظر الصفحه ٢٦٦.

٥- ٥) المسالك ٤٢٥: ٣.

٦- ٦) جامع المقاصد ٤٠: ٤١-٤١.



أقول: أمّا الفرع الثاني، فلا- وجه لإلحاقه بما نحن فيه؛ إذ دليل الضرر بنفسه لا يقضى بتأثيره الظالم في التعيين، فإذا أخذ جزءاً خارجياً من المشاع فتوجيه هذا الضرر إلى من نواه الظالم دون الشريك لا وجه له، كما لو أخذ الظالم من المديون مقدار الدين بتيه أنه مال الغريم.

و أمّا الفرع الأوّل، فيمكن أن يقال: بأنّ الشريك لما كان في معرض التضرّر لأجل مشاركة شريكه جعل له ولاية القسمه. لكن فيه: أنّ تضرّره إنّما يوجب ولايته على القسمه حيث لا يوجب القسمه تضرّر شريكه، بأن لا يكون حصّه الشريك بحيث تتلف بمجرد القسمه، كما في الفرض، وإلّا فلا ترجيح لأحد الضررين، مع أنّ التمسك بعموم «نفي الضرر» في موارد الفقه من دون انجباره بعمل بعض الأصحاب يؤسس فقهاً جديداً.

ص: ٢٢٠

## مسأله لا خلاف-على الظاهر من الحدائق

مسأله لا خلاف-على الظاهر من الحدائق (١)المصرّح به في غيره (٢)-في عدم جواز تأجيل الثمن الحال، بل مطلق الدين، بأزيد منه؛

لأنّ ربا، لأنّ حقيقه الربا في القرض راجعهُ إلى جعل الزيادة في مقابل إمهال المقرض و تأخيره المطالبه إلى أجل، فالزيادة الواقعه بإزاء تأخير المطالبه رباً عرفاً، فإنّ أهل العرف لا يفوّقون في إطلاق الربا بين الزيادة التي تراضيا عليها في أوّل المدايينه-كأن يقرضه عشرةً بأحد عشر إلى شهر-و بين أن يتراضيا (٣)بعد الشهر إلى تأخيره شهراً آخر بزيادة واحد، وهكذا...، بل طريقه معامله الربا مستقرّة على ذلك، بل الظاهر من بعض التفاسير: أنّ صدق الربا على هذا التراضى مسلّم في العرف، و أنّ مورد نزول قوله تعالى في مقام الردّ على من قال: **إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا** (٤)هو التراضى بعد حلول

ص: ٢٢١

١-١) راجع الحدائق ١٣٤:١٩.

٢-٢) كما في السرائر ٢٨٩:٢، و الجواهر ١٢٠:٢٣.

٣-٣) في «ق»: «يتراضون».

٤-٤) البقره: ٢٧٥.

الدين على تأخيرهِ إلى أجلٍ بزيادِهِ فيه.

فعن مجمع البيان عن ابن عباس: أنه كان الرجل من أهل الجارية (١) إذا حلّ دينه على غريمه فطالبه، قال المطلوب منه: زدنى فى الأجل أزيدك فى المال، فيتراضيان عليه و يعملان به، فإذا قيل لهم:

ربا، قالوا (٢): هما سواء، يعنون بذلك: أن الزيادة فى الثمن حال البيع و الزيادة فيه بسبب الأجل عند حلول الدين سواء، فذمهم الله و ألحق بهم الوعيد و خطأهم فى ذلك بقوله تعالى: وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا (٣).

و يؤيده بل يدلّ عليه حسنه ابن أبى عمير أو صحيحته عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «سئل عن الرجل يكون له دينٌ إلى أجلٍ مسمى، فيأتيه غريمه فيقول له: أنقذنى كذا و كذا و أضع عنك بقيته، أو: أنقذنى بعضه و أمدّ لك فى الأجل فيما بقى عليك؟ قال: لا أرى به بأساً، إنّه لم يزد على رأس ماله، قال الله تعالى: فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَ لَا تُظْلَمُونَ « (٤) علل جواز التراضى على تأخير أجل البعض بنقد

ص: ٢٢٢

١ - ١) كذا فى «ق» - ظاهراً - و «ف» و «ن» و «و فى «ش»: «كان الرجل من أهل الجاهلية»، و فى المصدر: «كان الرجل منهم...»، و على فرض عدم السهو، فالمعنى المناسب ل«الجارية» هنا هو «النعمة»، راجع القاموس المحيط ٣: ٣١٢، مادّه «جرى».

٢ - ٢) فى «ق»: «قال».

٣ - ٣) مجمع البيان ١: ٣٨٩.

٤ - ٤) الوسائل ١٦٨: ١٣، الباب ٧ من أبواب أحكام الصلح، الحديث الأول. و آيّه من سوره البقره: ٢٧٩.

البعض بعدم الازدياد على رأس ماله، فيدلّ على أنّه لو ازداد على رأس ماله لم يجز التراضى على التأخير، وكان رباً بمقتضى استشهاده بذيل آيه الربا، وهو قوله تعالى: فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلُمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ .

و يدلّ عليه بعض الأخبار الواردة فى تعليم طريق الحيله فى جواز تأخير الدين بزياده باشتراط التأخير فى ضمن معاوضه غير مقصوده للفرار عن الحرام (١)، فلو جاز التراضى على التأجيل بزياده لم يكن داع إلى التوصل بأمثال تلك الحيل حتى صاروا عليهم السلام مورداً لاعتراض العامه فى استعمال بعضها، كما فى غير واحد من الأخبار (٢) الواردة فى بعضها (٣).

و يدلّ عليه أيضاً أو يؤيدّه بعض الأخبار الواردة فى باب الدين، فيما إذا أعطى المديون بعد الدين شيئاً مخافه أن يطلبه الغريم بدينه (٤).

و ممّا ذكرنا- من أنّ مقابله الزيادة بالتأجيل ربا- يظهر عدم الفرق بين المصالحه عنه بها و المقاوله عليها من غير عقد. و ظهر أيضاً أنّه يجوز المعاوضه اللازمه على الزيادة بشيء و اشتراط تأخير الدين

ص: ٢٢٣

١-١) راجع الوسائل ١٢:٣٨٠، الباب ٩ من أبواب أحكام العقود، الأحاديث ٤ و ٥ و ٦.

٢-٢) راجع الوسائل ١٢:٤٦٦-٤٦٧، الباب ٦ من أبواب الصرف، الحديثين ١ و ٢.

٣-٣) فى «ش»: «فى ذلك».

٤-٤) راجع الوسائل ١٣:١٠٤، الباب ١٩ من أبواب الدين، الحديث ٣.

عليه في ضمن تلك المعاوضه. وظهر أيضاً من التعليل المتقدم (1) في روايه ابن أبي عمير جواز نقص المؤجل بالتعجيل. و  
سيجيء تمام الكلام في هاتين المسألتين في باب الشروط أو كتاب القرض إن شاء الله تعالى.

ص: ٢٢٤

---

١-١) تقدم في الصفحه ٢٢٢.

## مسأله إذا ابتاع عيناً شخصياً بثمنٍ مؤجلٍ جاز بيعه من بئعه و غيره قبل حلول الأجل و بعده بجنس الثمن و غيره،

مساوياً له أو زائداً عليه أو ناقصاً، حالاً أو مؤجلاً، إلّا إذا اشترط أحد المتبايعين على صاحبه في البيع الأوّل قبوله منه بمعامله ثانياً.

أمّا الحكم في المستثنى منه، فلا خلاف فيه إلّا بالنسبة إلى بعض صور المسأله—فمنع منها الشيخ في النهايه و التهذيبن (١)، و عن الشهيد:

أنّه تبع الشيخ جماعه (٢)—و هي: بيعه من البائع بعد الحلول بجنس الثمن لا مساوياً.

قال في النهايه: إذا اشترى نسيهً فحلّ الأجل و لم يكن معه

ص: ٢٢٥

---

١- ١) ستجىء عبارته النهايه، و راجع التهذيب ٧:٣٣، ذيل الحديث ١٣٧، و الاستبصار ٣:٧٧، ذيل الحديث ٢٥٦.

٢- ٢) غايه المراد ٢:٨٠، و قال السيّد العاملى في مفتاح الكرامه (٤:٤٣٤) بعد نقل هذا عن الشهيد: «و لم نظفر بهم»، هذا و قد ورد قوله: «و عن الشهيد.. إلخ» في «ش» بعد المنقول عن النهايه.

ما يدفعه إلى البائع جاز للبائع أن يأخذ منه ما كان باعه إياه من غير نقصانٍ من ثمنه، فإن أخذه بنقصانٍ ممّا باع لم يكن ذلك صحيحاً و لزمه ثمنه الذي كان أعطاه به، فإن أخذ من المبتاع متاعاً آخر بقيمته في الحال لم يكن بذلك بأس (١)، انتهى.

و ظاهر الحدائق: أنّ محلّ الخلاف أعمّ ممّا بعد الحلول و أنّه قصر بعضهم التحريم بالطعام (٢).

و كيف كان، فالأقوى هو المشهور؛ للعمومات المجوّزه كتاباً و سنّه (٣)، و عموم ترك الاستفصال في صحيحه بشار بن يسار، قال:

□  
«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع بنسأ، فيشتريه من صاحبه الذي يبيعه منه؟ فقال: نعم، لا بأس به. فقلت له: أشتري متاعى و غنمى! قال: ليس هو متاعك و لا غنمك و لا بقرك (٤)».

□  
و صحيحه ابن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام: «رجلٌ كان له على رجلٍ دراهم من ثمن غنمٍ اشتراها منه، فأتى الطالب المطلوب يتقاضاه، فقال له المطلوب: أبيعك هذه الغنم بدراهمك التى لك عندى، فرضى؟»

ص: ٢٢٦

١-١) النهاية: ٣٨٨، مع تفاوت في بعض الألفاظ.

٢-٢) الحدائق ١٩: ١٢٥.

٣-٣) أمّا الكتاب فمثل قوله تعالى: «وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا» البقره: ٢٧٥ و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» المائده: ١، و غيرهما من الآيات، و أمّا السنّه فتعرض لذكرها المؤلف، و راجع تفصيل ذلك في الوسائل ١٢: ٣٧٠-٣٧٣، الباب ٥ و ٦ من أبواب أحكام العقود.

٤-٤) الوسائل ١٢: ٣٧٠، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٣.

قال: لا بأس بذلك» (١).

و روايه الحسين بن منذر، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام:

الرجل يجيئني فيطلب العينه فأشترى له المتاع من أجله (٢) ثم أبيعته إياه ثم أشتريه منه مكانى؟ قال: فقال: إذا كان هو بالخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبع، و كنت أنت بالخيار إن شئت اشتريت و إن شئت لم تشتري فلا بأس. قال: فقلت: إن أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسدٌ و يقولون: إنه إن جاء به بعد أشهرٍ صحَّ، قال: إنما هذا تقديمٌ و تأخيرٌ و لا بأس (٣)».

و فى المحكى عن قرب الإسناد عن علي بن جعفر عن أخيه عليهما السلام قال: «سألته عن رجلٍ باع ثوباً بعشره دراهم اشتراه منه بخمسه دراهم، أ يحلُّ؟ قال: إذا لم يشترط و رضيا فلا بأس» (٤).

و عن كتاب علي بن جعفر قوله: «باعه بعشره إلى أجلٍ ثم اشتراه بخمسه بنقده» (٥)، و هو أظهر فى عنوان المسأله.

ص: ٢٢٧

١- (١) الوسائل ٣٧٠: ١٢، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث الأول.

٢- (٢) كذا فى «ق»، و الظاهر زياده إحدى الكلمتين: «إمّا له»، و «إمّا من أجله»، و قد ورد الأوّل فى الوسائل، و الثانى فى التهذيب.

٣- (٣) الوسائل ٣٧٠: ١٢، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤.

٤- (٤) قرب الإسناد: ٢٦٧، الحديث ١٠٦٢، و عنه فى الوسائل ٣٧١: ١٢، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٦.

٥- (٥) مسائل علي بن جعفر: ١٢٧، المسأله رقم ١٠٠، و عنه فى الوسائل ١٢: ٣٧١، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، ذيل الحديث

٦.



و ظاهر هذه الأخبار كما ترى يشمل صور الخلاف.

□  
و قد يستدل أيضاً بروايه يعقوب بن شعيب و عبيد بن زراره، قالاً: «سألنا أبا عبد الله عليه السلام عن رجلٍ باع طعاماً بدرهم (١) إلى أجل، فلمَّا بلغ ذلك تقاضاه، فقال: ليس لي درهم خذ منِّي طعاماً، فقال: لا بأس به، فإنَّما له دراهمه يأخذ بها ما شاء» (٢) و في دلالتها نظر.

□  
و فيما سبق من العمومات كفاية؛ إذ لا معارض لها عدا ما ذكره الشيخ قدس سره: من روايه خالد بن الحجاج، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلٍ بعته طعاماً بتأخير إلى أجلٍ مسمّى، فلمَّا جاء الأجل أخذته بدراهمي، فقال: ليس عندي درهم، و لكن عندي طعام، فاشتره منِّي؟ فقال: لا تشتريه منه، فإنَّه لا خير فيه» (٣).

□  
و روايه عبد الصمد بن بشر- المحكيه عن الفقيه- قال: «سأله محمد ابن قاسم الحنّاط فقال: أصلحك الله! أبيع الطعام من رجلٍ إلى أجل، فأجىء و قد تغير الطعام من سعره فيقول ليس (٤) عندي درهم؟ قال:

□  
خذ منه بسعر يومه. فقال: أفهم- أصلحك الله- أنه طعامي الذي

ص: ٢٢٨

- 
- ١- ١) في «ق»: «بمائه درهم». و ما أثبتناه موافق للمصادر الحديثيه، و الظاهر أنّ الشيخ نقلها عن الجواهر، راجع الجواهر ١١٢: ٢٣.  
٢- ٢) الوسائل ١٣: ٧١، الباب ١١ من أبواب السلف، الحديث ١٠.  
٣- ٣) راجع التهذيب ٧: ٣٣، الحديث ١٣٧، و الوسائل ١٣: ٧٤، الباب ١٢ من أبواب السلف، الحديث ٣.  
٤- ٤) في «ق» زياده: «لك»، و لم ترد في المصادر الحديثيه.

اشتراه مني، فقال: لا تأخذ منه حتى يبيعه و يعطيك، فقال: أرغم الله أنفي! رخص لي، فرددت عليه فشدد عليّ» (١).

و حكى عن الشيخ قدس سره: أنه أوردها في الاستبصار دليلاً على مختاره (٢). و حكى عن بعض (٣) ردها بعدم الدلالة بوجه من الوجوه.

أقول: لا يظهر من روايه خالد دلالة على مذهب الشيخ، و على تقدير الدلالة فتعليل المنع بأنه: «لا خير فيه» من أمارات الكراهه.

و اعلم أنه (٤) حكى في المختلف عن الخلاف: أنه إذا باع طعاماً قفيزاً بعشره دراهم مؤجله، فلما حلّ الأجل أخذ بها طعاماً جاز إذا أخذ مثل ذلك (٥)، فإن زاد عليه لم يجوز. و احتج بإجماع الفرقه [و أخبارهم (٦)]

ص: ٢٢٩

١- ١) الفقيه ٣: ٢٠٧، الحديث ٣٧٧٧، و الوسائل ١٣: ٧٤-٧٥، الباب ١٢ من أبواب السلف، الحديث ٥.

٢- ٢) حكاة المحدث البحراني في الحدائق ١٩: ١٣٠، و راجع الاستبصار ٣: ٧٧، الحديث ٢٥٧. □

٣- ٣) حكاة أيضاً المحدث البحراني في الحدائق ١٩: ١٣٠ عن بعض مشايخه، فقال رحمه الله في تعليقه منه: «هو شيخنا الشيخ علي بن سليمان القدسي البحراني في حواشيه على الكتاب».

٤- ٤) في «ش» زياده ما يلي: «قال الشيخ قدس سره في المبسوط: إذا باع طعاماً بعشره مؤجله، فلما حلّ الأجل أخذ بها طعاماً جاز إذا أخذ ما أعطاه، فإن أخذ أكثر لم يجوز. و قد روى أنه يجوز على كل حال و». راجع المبسوط ٢: ١٢٣.

٥- ٥) العبارة في «ش» و المصدر: «جاز ذلك إذا أخذ مثله».

٦- ٦) لم يرد في «ق».

و بأنه يؤدى إلى بيع الطعام بالطعام (١). ثم حكى عن بعض أصحابنا الجواز مطلقاً، و عن بعضهم المنع مطلقاً. ثم حكى عن الشيخ فى آخر كلامه، أنه قال: و القول الآخر الذى لأصحابنا قوئى؛ و ذلك أنه بيع طعام بدراهم، لا بيع طعام بطعام، فلا يحتاج إلى اعتبار المثلثه (٢)، انتهى.

أقول: الظاهر أنّ الشيخ قدس سرّه جرى فى ذلك و فيما تقدّم عنه فى النهايه- من عدم جواز بيع ما اشترى بجنس الثمن متفاضلاً- على قاعده كليه تظهر من بعض الأخبار: من أنّ عوض الشئ الربوى لا يجوز أن يعوّض بذلك الشئ بزياده، و أنّ عوض العوض بمنزله العوض، فإذا اشترى طعاماً بدراهم لا يجوز أن يأخذ بدل الطعام دراهم بزياده، و كذلك إذا باع طعاماً بدراهم لا يجوز (٣) أن يأخذ عوض الدرهم طعاماً. و عوّل فى ذلك على التعليل المصرّح به فى روايه على بن جعفر عن أخيه عليهما السلام- المعتضد ببعض الأخبار المانعه (٤) عن بعض أفراد هذه القاعده هنا و فى باب السلم (٥)- قال: «سألته عن رجل له على آخر تمرّ أو شعير أو حنطه، أ يأخذ قيمتها (٦) دراهم؟» قال (٧): إذا

ص: ٢٣٠

- 
- ١- ١) فى «ش» و المصدر: «طعام بطعام».
  - ٢- ٢) المختلف ٥: ٢٨٩، و راجع الخلاف ٣: ١٠١، المسأله: ١٦٦ من كتاب البيوع.
  - ٣- ٣) فى «ش» زياده: «له».
  - ٤- ٤) المتقدمه فى الصفحه ٢٢٨ التى ذكرها الشيخ لمذهبه.
  - ٥- ٥) مثل روايه محمّد بن قيس الوارده فى الوسائل ١٣: ٧٢، الباب ١١ من أبواب السلف، الحديث ١٥، و غيرها من الروايات الداله فى الباب.
  - ٦- ٦) فى «ش» و الوسائل: «بقيمته».
  - ٧- ٧) من المصدر.

قَوْمَهَا (١) دراهم فسد؛ لأنَّ الأصل الذي يشتري به دراهم، فلا يصلح دراهم بدراهم» (٢)، قال في محكّي التهذيب: الذي افتى به [ما تضمّنه (٣)] هذا الخبر الأخير: من أنه إذا كان الذي أسلف فيه دراهم لم يجوز أن يبيعه بدراهم؛ لأنه يكون قد باع دراهم بدراهم، وربما كان فيه زياده أو نقيصه (٤) [و ذلك رباً] (٥) انتهى (٦).

و هنا يقول أيضاً قبلاً لمسأله السّلم التي هي عكس مسألتنا: إنّه إذا كان الذي باعه طعاماً لم يجوز أن يشتري بثمانه طعاماً؛ لأنه يكون باع طعاماً بطعام.

و بالجمله، فمدار فتوى الشيخ قدّس سرّه على ما عرفت من ظهور بعض الأخبار بل صراحته فيه: من أنّ عوض العوض في حكم العوض في عدم جواز التفاضل مع اتّحاد الجنس الربوي، فلا فرق بين اشتراء نفس ما باعه منه، و بين اشتراء مجانسه منه، و لا فرق أيضاً بين اشتراؤه قبل حلول الأجل أو بعده، كما أطلقه في الحدائق (٧).

و تقييده بما بعد الحلول في عبارته النهايه المتقدّمه (٨) لكون الغالب وقوع المطالبه و الإيفاء بعد الحلول، و إن قصير المشهور خلافه به. لكنّ

ص: ٢٣١

١- ١) في «ش» و الوسائل: «قومه».

٢- ٢) الوسائل ١٣: ٧١، الباب ١١ من أبواب السلف، الحديث ١٢.

٣- ٣) من المصدر.

٤- ٤) في «ش» و المصدر: «نقصان».

٥- ٥) من المصدر.

٦- ٦) التهذيب ٣٠: ٧-٣١، ذيل الحديث ١٢٩.

٧- ٧) الحدائق ١٩: ١٢٥.

٨- ٨) تقدّمت في الصفحه ٢٢٥.

الأظهر هو الإطلاق. كما أنّ تقييد المنع في كلامه بأخذ ما باعه بالناقص؛ لأنّ الغالب، لأنّ الغالب في ردّ نفس ما اشتراه ردّه بالناقص، لا- لخصوصيّته في النقص لا- تجرى في الزيادة؛ ولذا ذكر (١) جواز أخذ المتاع الآخر بقيمته في الحال زادت أو نقصت، فيعلم منه:

أنّ أخذ ما باعه بقيمته في الحال غير جائز زادت أو نقصت.

و يؤيد الحمل على الغالب: أنّه قدّس سرّه ذكر في مسأله السّلم- التي هي عكس المسأله-: أنّه لا يجوز له أخذ جنس (٢) الثمن زائداً على ما أعطاه (٣)، فإنّ الغالب مع إعطاء الطعام بدل الدراهم النقص ممّا اشترى، و مع العكس العكس.

و ظهر أيضاً ممّا ذكرنا: أنّ الحكم مختصّ في كلام الشيخ قدّس سرّه بالجنس الربوي، لا مطلق المتاع و لا خصوص الطعام.

و أمّا الحكم في المستثنى- و هو ما إذا اشترط في البيع الأوّل نقله إلى من انتقل عنه- فهو المشهور، و نصّ عليه الشيخ في باب المربحه (٤) و استدلّوا عليه أولاً بالدور، كما في التذكرة.

قال في باب الشروط: لو باعه شيئاً بشرط أن يبيعه إياه لم يصحّ، سواء اتّحد الثمن قدرّاً و وصفاً و عيناً أم لا، و إلّا جاء الدور؛ لأنّ يبيعه له يتوقّف على ملكيته له المتوقّفه على بيعه [فيدور (٥)]، أمّا لو

ص: ٢٣٢

١- ١) أي ذكر الشيخ في عبارته النهاية المتقدّمة في الصفحة ٢٢٦.

٢- ٢) في «ش» بدل «جنس»: «مثل».

٣- ٣) ذكره في النهاية: ٣٩٧، و راجع المبسوط ١٨٧: ٢.

٤- ٤) المبسوط ١٤٢: ٢.

٥- ٥) لم يرد في «ق».

شرط أن يبيعه على غيره صحَّ عندنا حيث لا - منافاه فيه للكتاب و السنه. لا يقال: ما التزتموه من الدور آت هنا؛ لأننا نقول: الفرق ظاهر؛ لجواز أن يكون جارياً على حدّ التوكيل أو عقد الفضولي، بخلاف ما لو شرط البيع على البائع (١)، انتهى.

أقول: ظاهر ما ذكره من النقض أنه يعتبر في الشرط أن يكون معقولاً في نفسه مع قطع النظر عن البيع المشروط فيه، و بيع الشيء على غير مالكة معقول و لو من غير المالك كالوكيل و الفضولي، بخلاف بيعه على مالكة، فإنه غير معقول أصلاً. فاندفع عنه نقض جماعه ممن تأخر عنه باشتراط بيعه على غيره أو عتقه.

نعم، ينتقض ذلك باشتراط كون المبيع رهناً على الثمن، فإن ذلك لا يعقل مع قطع النظر عن البيع، بل يتوقف عليه. وقد اعترف قدس سره بذلك في التذكرة، فاستدلّ بذلك لأكثر الشافعيه المانعين عنه، وقال: إن المشتري لا يملك رهن المبيع إلا بعد صحه البيع، فلا يتوقف عليه صحه البيع و إلا دار (٢). لكنّه قدس سره مع ذلك جوّز هذا الاشتراط.

إلما أن يقال: إن أخذ الرهن على الثمن و التضمين عليه و على دركه و درك المبيع من توابع البيع و من مصالحه، فيجوز اشتراطها، نظير وجوب نقد الثمن أو عدم تأخيره عن شهر مثلاً و نحو ذلك، فتأمل (٣).

و قرّر الدور في جامع المقاصد: بأن انتقال الملك موقوف على

ص: ٢٣٣

١- (١) التذكرة ٤٩٠: ١.

٢- (٢) التذكرة ٤٩١: ١.

٣- (٣) في «ش» بدل «فتأمل»: «لكن ينتقض حينئذ بما اعترف بجوازه في التذكرة: من اشتراط وقف المشتري المبيع عن البائع و ولده».

حصول الشرط، و حصول الشرط موقوفٌ على الملك (١). وهذا بعينه ما تقدّم عن التذكرة بتفاوتٍ في ترتيب المقدمتين.

و أُجيب (٢) عنه تارةً: بالنقض باشتراط بيعه من غيره. وقد عرفت أنّ العلامة قدس سرّه تفتّن له في التذكرة، و أجاب عنه بما عرفت انتقاضه بمثل اشتراط رهنه على الثمن، و عرفت تفتّنه لذلك أيضاً في التذكرة.

و أخرى: بالحلّ، و هو أنّ انتقال الملك ليس موقوفاً على تحقّق الشرط، و إنّما المتوقّف عليه لزومه.

و ثالثه: بعدم جريانه فيما لو شرط بيعه منه بعد أجل البيع الأوّل، فإنّ ملك المشتري متخلّل بين البيعين.

و مبنى هذين الجوابين على ما ذكره العلامة في الاعتراض على نفسه و الجواب عنه بما حاصله: أنّ الشرط لا بدّ من صحّته مع قطع النظر عن البيع، فلا يجوز أن يتوقّف صحّته على صحّحه البيع.

و لا فرق في ذلك بين اشتراط بيعه قبل الأجل أو بعده؛ لأنّ بيع الشيء على مالكة غير معقولٍ مطلقاً. و لو قيّد بما بعد خروجه عن ملك مالكة لم يفرق أيضاً بين ما قبل الأجل و ما بعده.

و استدلّ عليه أيضاً (٣) بعدم قصد البائع بهذا الشرط إلى حقيقه الإخراج عن ملكه، حيث لم يقطع علاقه الملك عنه.

و جعله في غايه المراد أولى من الاستدلال بالدور بعد دفعه

ص: ٢٣٤

١-١) جامع المقاصد ٢٠٤:٤.

٢-٢) أجاب صاحب الجواهر في الجواهر ١١٠:٢٣.

٣-٣) عطف على قوله: «و استدّلوا عليه أوّلاً بالدور»، المتقدّم في الصفحة ٢٣٢.

بالجوابين الأولين، ثم قال: وإن كان إجماعٌ على المسألة فلا بحث (١).

و ردّ عليه المحقّق و الشهيد الثانيان: بأنّ الفرض حصول القصد إلى النقل الأول لتوقّفه عليه، وإلّا لم يصحّ ذلك إذا قصدا ذلك و لم يشترطاه مع الاتّفاق على صحّته (٢)، انتهى.

و استدللّ عليه في الحدائق بقوله عليه السلام- في روايه الحسين بن المنذر المتقدّمه [في (٣)] السؤال عن بيع الشيء و اشتراؤه ثانياً من المشتري-: «إن كان هو بالخيار إن شاء باع و إن شاء لم يبع، و كنت أنت بالخيار إن شئت اشتريت و إن شئت لم تشتري، فلا بأس» (٤) فإنّ المراد بالخيار هو الاختيار عرفاً في مقابل الاشتراط على نفسه بشرائه ثانياً، فدلّ على ثبوت البأس إذا كان أحد المتبايعين غير مختارٍ في النقل من جهه التزامه بذلك في العقد الأوّل.

و ثبوت «البأس» في الروايه، إمّا راجعٌ إلى البيع الأوّل فثبت المطلوب، و إن كان راجعاً إلى البيع الثاني فلا وجه له إلّا بطلان البيع الأوّل، إذ لو صحّ البيع الأوّل و المفروض اشتراطه بالبيع الثاني لم يكن بالبيع الثاني بأس، بل كان لازماً بمقتضى الشرط الواقع في متن العقد الصحيح.

هذا، و قد يُردّ (٥) دلالتها بمنع دلالة «البأس» على البطلان. و فيه

ص: ٢٣٥

١- ١) غايه المراد ٢:٧٨.

٢- ٢) جامع المقاصد ٤:٢٠٤، و المسالك ٣:٢٢٥.

٣- ٣) لم يرد في «ق».

٤- ٤) الحدائق ١٢٨:١٩-١٢٩، و تقدّمت الروايه في الصفحه ٢٢٧.

٥- ٥) هذا الردّ و الردّان الآتيان من صاحب الجواهر قدّس سرّه، راجع الجواهر ٢٣: ١١١.



و قد تُردّ أيضاً بتضمّنها لاعتبار ما لا يقول به أحد: من عدم اشتراط المشتري ذلك على البائع.

و فيه: أنّ هذا قد قال به كلّ أحدٍ من القائلين باعتبار عدم اشتراط البائع، فإنّ المسألتين من وادٍ واحد، بل الشهيد قدّس سرّه فى غايه المراد عنون المسأله بالاشترء بشرط الاشترء (١).

و قد يُردّ أيضاً: بأنّ المستفاد من المفهوم لزوم الشرط و أنّه لو شرطاه يرتفع الخيار عن المشروط عليه و إن كان يحرم البيع الثانى أو هو و البيع الأوّل مع الشرط و يكون الحاصل حينئذٍ حرمة الاشترط و إن كان لو فعل التزم به، و هو غير التزم المحرّم الذى يفسد و يفسد العقد.

و فيه: أنّ الحرمة المستفاده من «البأس» ليس إلّا الحرمة الوضعيّة أعنى الفساد، و لا يجمع ذلك صحّه الشرط و لزومه.

نعم، يمكن أن يقال- بعد ظهور سياق الروايه فى بيان حكم البيع الثانى مع الفراغ عن صحّه الأوّل، كما يشهد به أيضاً بيان خلاف أهل المسجد المختصّ بالبيع الثانى-: إنّ المراد أنّه إن وقع البيع الثانى على وجه الرضا و طيب النفس و الاختيار فلا بأس به، و إن وقع لا- عن ذلك بل لأجل الالتزام به سابقاً فى متن العقد أو قبله و إلزامه عرفاً بما التزم كان الشراء فاسداً، لكن فساد الشراء لا يكون إلّا لعدم طيب النفس فيه و عدم وجوب الالتزام بما التزم على نفسه، إمّا لعدم ذكره فى

متن العقد، وإما لكون الشرط لغواً لا يجب الوفاء به، وإما فساده لأجل فساد العقد الأول من جهة فساد الالتزام المذكور في متنه حتى لو وقع عن طيب النفس فهو مخالفٌ (١) لما عرفت من ظهور اختصاص حكم الرواية منعاً و جوازاً بالعقد الثاني.

و أما روايه عليّ بن جعفر (٢) فهي أظهر في اختصاص الحكم بالشراء الثاني، فيجب أيضاً حمله على وجه لا يكون منشأ فساد البيع الثاني فسادُ البيع الأول، بأن يكون مفهوم الشرط: أنه إذا اشترط ذلك في العقد أو قبله و لم يرضيا بوقوع العقد الثاني بل وقع على وجهه (٣) الإلجاء من حيث الالتزام به قبل العقد أو فيه فهو غير صحيح، لعدم طيب النفس فيه و وقوعه عن إلهاء، وهذا لا يكون إلّا مع عدم وجوب الوفاء، وإما لعدم ذكره في العقد، وإما لكونه لغواً فاسداً مع عدم تأثير فسادَه في العقد.

و بالجملة، فالحكم بفساد العقد الثاني في الروايتين لا يصحّ أن يستند إلى فساد الأول؛ لما ذكرنا: من ظهور الروايتين في ذلك، فلا بدّ

ص: ٢٣٧

١- ١) وردت العبارة من قوله: «و إما لكون الشرط لغواً- إلى فهو مخالفٌ» في «ش» هكذا: «و إما لكون الشرط بالخصوص فاسداً لا يجب الوفاء به، ولا- يوجب فساد العقد المشروط به، كما هو مذهب كثير من القدماء لأجل فساد العقد الأول من جهة فساد الالتزام المذكور في متنه حتى لو وقع عن طيب النفس؛ لأنّ هذا مخالفٌ».

٢- ٢) المتقدّمه في الصفحه ٢٣٠-٢٣١.

٣- ٣) في «ش»: «علي وجهه».

من أن يكون منشؤه عدم طيب النفس بالعقد الثانى، و عدم طيب النفس لا يقدح إلّا مع عدم لزوم الوفاء شرعاً بما التزم، و عدم اللزوم لا يكون إلّا لعدم ذكر الشرط فى العقد، و إمّا لكونه لغواً (١) غير مفسد (٢).

ثمّ إنّه قال فى المسالك: إنهما لو شرطاه قبل العقد لفظاً، فإن كانا يعلمان أنّ الشرط المتقدّم لا حكم له فلا أثر له، و إلّا أتجه بطلان العقد به كما لو ذكراه فى متنه؛ لأنهما لم يقدا إلاً على الشرط و لم يتمّ لهما (٣).

و يمكن أن يقال: إنّ علمهما بعدم حكم للشرط لا يوجب عدم إقدامهما على الشرط.

فالأولى بناء المسألة على تأثير الشرط المتقدّم فى ارتباط العقد به و عدمه، و المعروف بينهم عدم التأثير كما تقدّم (٤)، إلّا أن يفرّق بين الشرط الصحيح فلا- يؤثّر و بين الفاسد فيؤثّر فى البطلان. و وجهه غير ظاهر، بل ربّما حكى العكس عن بعض المعاصرين (٥)، و قد تقدّم توضيح الكلام فى ذلك (٦).

ص: ٢٣٨

١- ١) فى «ش» بدل «و إمّا لكونه لغواً»: «أو لكونه فاسداً».

٢- ٢) من هنا إلى قوله: «فإن استند..» الآتى فى الصفحة ٢٤٥ ساقط من نسخه «ق».

٣- ٣) المسالك ٣: ٢٢٤.

٤- ٤) تقدّم فى الصفحة ٥٤.

٥- ٥) لم نعثر عليه.

٦- ٦) تقدّم فى الصفحة ١٠٤ فى الأمر الثالث من الأمور المنعقدة ذيل حكم الشرط الفاسد.

القول في القبض

اشاره

ص: ٢٣٩



**[القبض لغه]**

و هو لغه: الأخذ مطلقاً، أو باليد، أو بجميع الكفّ، على اختلاف عبارات أهل اللغه (١).

**و النظر فى ماهيته، و وجوبه، و أحكامه يقع فى مسائل:**

**مسأله اختلفوا فى ماهيه القبض فى المنقول**

**اشاره**

-بعد اتفاقهم على أنّها «التخليه» فى غير المنقول-على أقوال:

**أحدها: أنّها التخليه أيضاً،**

صرّح به المحقّق فى الشرائع (٢)، و حكى عن تلميذه كاشف الرموز (٣). و عن الإيضاح نسبته إلى بعض متقدّمى

ص: ٢٤١

- 
- ١-١) فقد فسّره فى الصحاح ب«الأخذ مطلقاً» و فى القاموس ب«الأخذ باليد» و فى مجمع البحرين ب«الأخذ بجميع الكفّ»، انظر الصحاح ١١٠٠:٣، و القاموس المحيط ٣٤١:٢، و مجمع البحرين ٢٢٥:٤-٢٢٦.
  - ٢-٢) الشرائع ٢:٢٩.
  - ٣-٣) كشف الرموز ١:٤٧١.

أصحابنا (١).و عن التنقيح نسبته إلى المبسوط (٢).

### الثاني:أنه في المنقول:النقل،

و فيما يعتبر كيله أو وزنه:الكيل أو الوزن.

### الثالث:ما في الدروس:من أنه في الحيوان:نقله،

و في المعبر (٣):

كيله أو وزنه أو عدّه أو نقله،و في الثوب:وضعه في اليد (٤).

### الرابع:ما في الغنيه و عن الخلاف و السرائر و اللمعه:أنه التحويل و النقل

(٥)

### الخامس:ما في المبسوط:من أنه إن كان مثل الجواهر و الدراهم و الدنانير و ما يتناول باليد فالقبض فيه هو تناول باليد،

و إن كان مثل الحيوان-كالعبد و البهيمة-فالقبض في البهيمة أن يمشى بها إلى مكانٍ آخر،و في العبد أن يقيمه إلى مكانٍ آخر.و إن كان اشتراه جزافاً كان القبض فيه أن ينقله من مكانه.و إن كان اشتراه مكايلهً فالقبض فيه أن يكيه (٦).و زاد في الوسيله:أنه في الموزون:وزنه،و في المعدود:عدّه (٧).

ص: ٢٤٢

١- (١) إيضاح الفوائد ٥٠٦:١.

٢- (٢) التنقيح الرائع ٢:٦٥،و انظر المبسوط ١٢٠:٢.

٣- (٣) أي:فيما يعتبر كيله أو وزنه.

٤- (٤) الدروس ٢١٣:٣.

٥- (٥) الغنيه:٢٢٩،و حكاه عن الثلاثه في مفتاح الكرامه ٧٠٤:٤،و راجع الخلاف ٣:٩٨،المسأله ١٥٩ من البيوع،و السرائر ٣٦٩:٢،و اللمعه:١٣٢.

٦- (٦) المبسوط ١٢٠:٢.

٧- (٧) الوسيله:٢٥٢.

و نُسب عباره الشرائع الراجعه إلى ما فى المبسوط إلى المشهور (١).

### السادس: أنه الاستقلال و الاستيلاء عليه باليد،

حكى عن المحقق الأردبيلي و صاحب الكفايه (٢)، و اعترف [به (٣)] فى المسالك (٤) - تبعاً لجامع المقاصد (٥) - لشهاده العرف بذلك، إلا أنه أخرج عن ذلك المكيل و الموزون، مستنداً إلى النصّ الصحيح. و فيه ما سيجىء.

### السابع: ما فى المختلف: من أنه إن كان منقولاً فالقبض فيه النقل أو الأخذ باليد،

و إن كان مكيلاً أو موزوناً فقبضه ذلك أو الكيل أو الوزن (٦).

### الثامن: أنه التخليه مطلقاً بالنسبه إلى انتقال الضمان إلى المشتري، دون النهى عن بيع ما لم يقبض.

نفى عنه البأس فى الدروس (٧).

### [رأى المؤلف فى المسأله]

أقول: لا - شكّ أن القبض للمبيع هو فعل القابض و هو المشتري، و لا شكّ أن الأحكام المترتبه على هذا الفعل لا تترتب على ما كان من فعل البائع من غير مدخلٍ للمشتري فيه، كما أن الأحكام المترتبه

ص: ٢٤٣

- 
- ١ - ١) نسبه فى المهذب البارع ٢:٣٩٨، و غايه المرام (مخطوط) ١:٣٠١، و راجع مفتاح الكرامه ٤:٧٠٤ - ٧٠٥.
  - ٢ - ٢) حكاها عنهما السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٧٠٥، و راجع مجمع الفائده ٨:٥١٢، و كفايه الأحكام: ٩٦.
  - ٣ - ٣) الزيادة اقتضاها السياق.
  - ٤ - ٤) المسالك ٣:٢٣٩.
  - ٥ - ٥) راجع جامع المقاصد ٤:٣٩١ - ٣٩٢.
  - ٦ - ٦) المختلف ٥:٢٧٩.
  - ٧ - ٧) الدروس ٣:٢١٣.



على فعل البائع - كالجوب على البائع و الراهن فى الجملة، و اشتراط القدره على التسليم - لا - يحتاج فى ترتبها إلى فعلٍ من المشتري، فحينئذٍ نقول:

### [المناقشات فى الأقوال المذكوره و بيان قول الأوى]

أما ما اتفق عليه: من كفايه التخليه فى تحقق القبض فى غير المنقول، إن أُريد ب«القبض» ما هو فعل البائع بالنسبه إلى المبيع، و هو جميع ما يتوقف عليه من طرفه وصوله إلى المشتري، و يعبر عنه مسامحةً بالإقباض و التسليم - و هو الذى يحكمون بوجوبه على البائع و الغاصب و الراهن فى الجملة، و يفسرونه ب«التخليه» التى هى فعله (١) - فقد عرفت أنه ليس قبضاً حقيقياً حتى فى غير المنقول و إن فسرت برفع جميع الموانع و إذن المشتري فى التصرف.

قال كاشف الرموز فى شرح عبارته النافع: القبض مصدرٌ يستعمل بمعنى التقييض و هو التخليه، و يكون من طرف البائع و الواهب بمعنى التمكين من التصرف (٢)، انتهى.

بل التحقيق (٣): أن القبض مطلقاً هو استيلاء المشتري عليه و تسلطه عليه الذى يتحقق به معنى «اليد» و يتصور فيه الغصب.

نعم، يترتب على ذلك المعنى الأول، الأحكام المترتبة على الإقباض و التسليم الواجبين على البائع، فينبغى ملاحظه كل حكم من الأحكام المذكوره فى باب القبض و أنه مترتب على القبض الذى هو

ص: ٢٤٤

١ - ١) فى «ش»: «فعل البائع».

٢ - ٢) كشف الرموز ١: ٤٧١، و فيه: «التمكين من حيث التصرف».

٣ - ٣) عطف على قوله: «إنه ليس قبضاً حقيقياً».

فعل المشتري بعد فعل البائع أو (١) على الإقباض الذى هو فعل البائع، مثلاً إذا فرض أن أدله اعتبار القبض فى الهبة دلت على اعتبار حيازه المتهب الهبة، لم يكتف فى ذلك بالتخليه التى هى من فعل المواهب (٢) وهكذا....

و لعلّ تفصيل الشهيد فى البيع بين حكم الضمان و غيره (٣) من حيث إنّ الحكم الأوّل منوطٌ بالإقباض و غيره منوطٌ بفعل المشتري.

و كيف كان، فلا بدّ من مراعاة أدلّه أحكام القبض، فنقول:

أمّا رفع الضمان، فإن استند فيه إلى النبوى: «كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» (٤) فالمناط فيه حصول الفعل من المشتري.

و إن استند إلى قوله عليه السلام فى روايه عقبه بن خالد: «حتّى يقبض المتاع و يخرجه من بيته» (٥) احتمل فيه إناطه الحكم بالتخليه، فيمكن حمل النبوى على ذكر ما هو مقارنٌ غالبٌ للتخليه. و احتمال وروده (٦) مورد الغالب: من ملازمه الإخراج للوصول إلى المشتري بقريته ظاهر النبوى؛ و لذا قال فى جامع المقاصد - بعد ما نقل ما فى الدروس -: إنّ الخبر دالٌّ على خلافه (٧). و هو حسنٌ إن أراد به ظاهر النبوى، لا ظاهر

ص: ٢٤٥

١- ١) فى «ش»: «و على».

٢- ٢) فى «ف» بدل «المواهب»: «المشتري».

٣- ٣) تقدّم التفصيل عنه فى الصفحة ٢٤٣.

٤- ٤) المستدرک ١٣:٣٠٣، الباب ٩ من أبواب الخيار، و فيه حديث واحد.

٥- ٥) الوسائل ١٢:٣٥٨، الباب ١٠ من أبواب الخيار، و فيه حديث واحد.

٦- ٦) فى «ش»: «ورود الروايه»، و كتب فى «ف» فوق «وروده»: «الروايه».

٧- ٧) جامع المقاصد ٤:٣٩٢.

روايه عقبه أو غيرها.

و الإنصاف: أن ما ذكره الشهيد قريبٌ بالنسبه إلى ظاهر روايه عقبه.

و ربما يُخدش (1) فيها بظهورها في اعتبار الإخراج من البيت مع أنه غير معتبر في رفع الضمان اتفاقاً.

و فيه: أن الإخراج عن البيت كناية عن الإخراج عن السلطنه و رفع اليد، و لا ينبغي خفاء ذلك على المتأمل في الاستعمال العرفي. و ما ذكره الشهيد من رفع الضمان بالتخليه يظهر من بعض فروع التذكرة حيث قال: لو أحضر البائع السلعه، فقال المشتري: ضعه، تم القبض؛ لأنه كالتوكيل في الوضع. و لو لم يقل المشتري شيئاً، أو قال: لا أريد شيئاً (2)، حصل القبض، لوجود التسليم، كما لو وضع الغاصب المغضوب بين يدي المالك، فإنه يبرء من الضمان (3)، انتهى.

و ظاهره: أن المراد من التسليم المبحوث عنه ما هو من فعل البائع و لو امتنع المشتري.

[لكنه قدس سره صرح في عنوان المسأله (4) و في باب الهبه (5) بضعف هذا القول بعد نسبه إلى بعض الشافعيه.

ص: ٢٤٦

١- ١) أورد الخدشه فيها السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٦٩٨.

٢- ٢) لم يرد «شيئاً» في «ش» و المصدر.

٣- ٣) التذكرة ١:٤٧٢.

٤- ٤) التذكرة ١:٤٧٢.

٥- ٥) التذكرة ٢:٤١٨، و سيجيء في الصفحه ٢٥٢-٢٥٣.

فالظاهر أنّ مراده-بل مراد الشهيد قدّس سرّه-رفع الضمان بهذا وإن لم يكن قبضاً، بل عن الشهيد فى الحواشى: أنّه نقل عن العلامة قدّس سرّه: أنّ التخليه فى المنقول وغيره يرفع الضمان؛ لأنّه حقٌّ على البائع وقد أدى ما عليه (١).

أقول: وهذا كما أنّ إتلاف المشتري يرفع ضمان البائع، وسيجىء من المحقّق الثانى: أنّ النقل فى المكيل والموزون يرفع الضمان وإن لم يكن قبضاً (٢)(٣).

هذا، ولكنّ الجمود على حقيقه اللفظ فى الروايه يقتضى اعتبار الوصول إلى يد المشتري، لأنّ الإقباض والإخراج وإن كانا من فعل البائع، إلّا أنّ صدقهما عليه يحتاج إلى فعلٍ من غير البائع؛ لأنّ الإقباض والإخراج بدون القبض والخروج محال. إلّا أن يستفاد من الروايه تعلّق الضمان على ما كان من فعل البائع، والتعبير بـ«الإقباض» و«الإخراج» مسامحةً مسّت الحاجه إليها فى التعبير (٤).

وقد ظهر ممّا ذكرنا: أنّ لفظ «القبض» الظاهر بصيغته فى فعل المشتري يراد به الاستيلاء على المبيع، سواء فى المنقول وغيره؛ لأنّ القبض-لغّه-الأخذ مطلقاً، أو باليد، أو بجميع الكفّ، على

ص: ٢٤٧

١-١) نقله السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٦٩٦.

٢-٢) جامع المقاصد ٤:٣٩٠، وسيجىء فى الصفحه ٢٥٥-٢٥٦.

٣-٣) ما بين المعقوفتين من «ف» و«ش».

٤-٤) من قوله: «هذا و لكن الجمود-إلى-فى التعبير» ورد فى «ش» قبل قوله: «و ما ذكره الشهيد... إلخ» فى الصفحه المتقدمه.

فإن أريد الأخذ حساً باليد، فهو لا يتأتى في جميع المبيعات، مع أن أحكامه جارية في الكل، فاللزام أن يراد به في كلام [أهل (٢)] اللغة أو في لسان الشرع الحاكم عليه بأحكام كثيره في البيع و الرهن و الصدقه و تشخيص ما في الذمه أخذ كل شىء بحسبه، و هو ما ذكرنا من الاستيلاء و السلطنه.

و أمّا ما ذكره بعضهم: من اعتبار النقل و التحويل فيه (٣) - بل ادعى في الغنيه الإجماع على أنه القبض في المنقول (٤) الذي لا يكتفى فيه بالتخليه فهو لا- يخلو عن تأييل و إن شهد من عرفت بكونه موافقاً للعرف في مثل الحيوان؛ لأن مجرد إعطاء المقود للمشتري أو مع ركوبه عليه قبض عرفاً على الظاهر.

ثم المراد من «النقل» في كلام من اعتبره هو نقل المشتري له، لا- نقل البائع، كما هو الظاهر من عبارته المبسوط المتقدمه (٥) المصرح به في جامع المقاصد (٦).

و أما روايه عقبه بن خالد المتقدمه (٧) فلا دلالة فيها على

ص: ٢٤٨

١-١) كما تقدّم في الصفحه ٢٤١.

٢-٢) من «ش».

٣-٣) تقدّم عن الغنيه و الخلاف و غيرهما في الصفحه ٢٤٢.

٤-٤) الغنيه: ٢٢٩.

٥-٥) تقدّمت في الصفحه ٢٤٢.

٦-٦) جامع المقاصد ٣٨٩: ٤.

٧-٧) تقدّمت في الصفحه ٢٤٥.

اعتبار النقل في المنقول وإن استدلل بها عليه في التذكرة (١)؛ لما عرفت (٢):

من أن الإخراج من البيت في الرواية نظير الإخراج من اليد - كناية عن رفع اليد و التخليه للمشتري حتى لا يبقى من مقدمات الوصول إلى المشتري إلا ما هو من فعله.

و أما اعتبار الكيل أو الوزن أو كفايته في قبض المكيل و الموزون، فقد اعترف غير واحد (٣) بأنه تعبد؛ لأجل النص الذي ادعى دلالة عليه.

□  
مثل صحيحه معاوية بن وهب، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام:

عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه، فقال: ما لم يكن كيلاً أو وزنٌ فلا تبعه حتى تكيه أو ترنه إلا أن توليه [الذي قام عليه]» (٤).

و صحيحه منصور بن حازم: «إذا اشترت متاعاً فيه كيلٌ أو وزنٌ، فلا تبعه حتى تقبضه، إلا أن توليه» (٥).

و في صحيحه علي بن جعفر عن أخيه: «عن الرجل يشتري الطعام، أ يصلح بيعه قبل أن يقبضه؟ قال: إذا لم يربح عليه فلا بأس، و إن ربح فلا يبعه حتى يقبضه» (٦).

ص: ٢٤٩

١- (١) التذكرة ٤٧٢: ١.

٢- (٢) في الصفحة ٢٤٦.

٣- (٣) راجع جامع المقاصد ٣٩٢: ٤، و المسالك ٢٣٩: ٣ و ٢٤١.

٤- (٤) الوسائل ٣٨٩: ١٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١١.

٥- (٥) الوسائل ٣٨٧: ١٢، نفس الباب، الحديث الأول.

٦- (٦) الوسائل ٣٨٩: ١٢، نفس الباب، الحديث ٩.

و روايه أبى بصير: «عن رجلٍ اشترى طعاماً ثم باعه قبل أن يكيّله؟ قال: لا يعجبني أن يبيع كيلاً أو وزناً قبل أن يكيّله أو يزنه، إلّا أن يولّيه كما اشتراه» (١).

إلى غير ذلك ممّا دلّ على اعتبار الكيل و الوزن لا من حيث اشتراط صحّحه المعامله بهما، و إلّا لم يفرق بين التوليه و غيرها، فتعيّن لأمرٍ آخر، و ليس إلّا لكون ذلك قبضاً؛ للإجماع - كما فى المختلف (٢) - على جواز بيع الطعام بعد قبضه.

و منه يظهر ما فى المسالك، حيث إنّه - بعد ذكر صحيحه ابن وهب - قال: و التحقيق: أنّ الخبر الصحيح دلّ على النهى عن بيع المكيل و الموزون قبل اعتباره بهما، لا على أنّ القبض لا يتحقّق بدونهما.

و كون السؤال فيه وقع عن البيع قبل القبض لا - ينافى ذلك؛ لأنّ الاعتبار بهما قبضٌ و زياده، و حينئذٍ فلو قيل بالاكْتفاء فى نقل الضمان فيهما بالنقل عملاً - بالعرف و الخبر الآخر، و بتوقّف البيع ثانياً على الكيل و الوزن، أمكن إن لم يكن إحداث قول (٣)، انتهى.

و الظاهر أنّ مراده بالخبر، خبر «عقبه بن خالد» و قد عرفت

ص: ٢٥٠

---

١ - (١) الوسائل ١٢: ٣٩٠، نفس الباب، الحديث ١٦.

٢ - (٢) المختلف ٥: ٢٨٠.

٣ - (٣) العبارة وردت فى المبحث الثامن من المباحث المنعقدة ذيل البحث عن القبض، و لكن وقع السهو و الخطأ فى ضبط العبارة فى المسالك الجديده حيث وقعت العبارة من كلمه «و التحقيق إلى وقع عن البيع» فى الجزء الثالث: ٢٤٣-٢٤٤، و من كلمه «قبل القبض» إلى آخر العبارة فى أوّل الصفحه ٢٤٣.

عدم ظهوره في اعتبار النقل (١).

ثم إنَّ ظاهر غير واحدٍ كفايه الكيل و الوزن في القبض من دون توقّفٍ على النقل. و الظاهر أنَّه لا بدّ مع الكيل و الوزن من رفع يد البائع، كما صرّح به في جامع المقاصد (٢)؛ و لذا تبّه في موضع من التذكرة: بأنّ الكيل شرطٌ في القبض (٣).

و كيف كان، فالأولى في المسألة ما عرفت: من أنّ القبض له معنًى واحدٌ يختلف باختلاف الموارد، و أنّ كون القبض هو الكيل أو الوزن -خصوصاً في باب الصدقة و الرهن و تشخيص ما في الذمّه- مشكلاً جداً؛ لأنّ التعبّد الشرعي على تقدير تسليمه مختصٌّ بالبيع، إلّا أن يكون إجماعٌ على اتّحاد معنى القبض في البيع و غيره، كما صرّح به العلّامة (٤) و الشهيدان (٥) و المحقّق الثاني (٦) و غيرهم (٧) في باب الرهن و الهبة،

ص: ٢٥١

١- (١) في الصفحة ٢٤٨-٢٤٩.

٢- (٢) جامع المقاصد ٣٩٠:٤.

٣- (٣) التذكرة ٥٦٠:١-٥٦١، و راجع الصفحة ٤٧٢ أيضاً.

٤- (٤) ظاهر العبارة يدلّ على أنّ العلّامة و من بعده ادّعوا الإجماع على الاتّحاد، لكن لم نعثر عليه في كلامهم و لا على من حكاه عنهم، نعم ادّعوا أصل الاتّحاد، راجع التذكرة ٢٥:٢ و ٤١٨.

٥- (٥) الدروس ٣٨٤:٣، و المسالك ٢٦:٦.

٦- (٦) جامع المقاصد ١٠٢:٥، و ١٥٣:٩.

٧- (٧) مثل المحدّث البحراني في الحقائق ٢٣٢:٢٠، و ٣١٨:٢٢، و صاحب الجواهر في الجواهر ١٧٦:٢٨-١٧٧، و السيّد المجاهد في المناهل: ٤٠١، و استظهر اتّفاق الأصحاب عليه.



و حكى فيها الاتفاق على الاتحاد عن ظاهر المسالك (١) و استظهره الحاكي (٢) أيضاً. و (٣) ظاهر المبسوط فى باب الهبه: أن القبض هى التخليه فيما لا ينتقل، و النقل و التحويل فى غيره (٤). لكن صرح فى باب الرهن:

بأن كل ما كان قبضاً فى البيوع كان قبضاً فى الرهن و الهبات و الصدقات، لا يختلف ذلك (٥).

و عن القاضى: أنه لا يكفى فى الرهن التخليه و لو قلنا بكفايته فى البيع؛ لأن البيع يوجب استحقاق المبيع فيكفى التمكين منه، و هنا لا استحقاق، بل القبض سبب فى الاستحقاق (٦). و مقتضى هذا الوجه لحوق الهبه و الصدقه بالرهن.

و هذا الوجه حكاه فى هبه التذكره عن بعض الشافعيه، فقال قدس سره:

القبض هنا كالقبض فى البيع، ففىما لا ينقل و لا يحول: التخليه، و فيما ينقل و يحول: النقل و التحويل، و فيما يكال أو يوزن: الكيل و الوزن. ثم حكى عن بعض الشافعيه عدم كفايه التخليه فى المنقول لو قلنا به فى البيع، مستنداً إلى أن القبض فى البيع مستحق و فى الهبه غير مستحق، فاعتبر تحققه و لم يكتف بالوضع بين يده؛ و لذا لو أتلّف المتّهب الموهوب

ص: ٢٥٢

---

١- ١) المسالك ٦: ٢٦، حيث نسب الخلاف إلى بعض الشافعيه.

٢- ٢) لم نعثر عليه.

٣- ٣) فى «ش» زياده: «عن».

٤- ٤) المبسوط ٣: ٣٠٦.

٥- ٥) المبسوط ٢: ٢٠٣.

٦- ٦) حكاه الشهيد الثانى فى حاشيه الإرشاد المطبوع ضمن (غايه المراد) ١٨٢: ٢.

لم يصِر قابضاً، بخلاف المشتري. ثم ضَعفه: بأنه ليس بشيء؛ لا اتحاد القبض في الموضوعين و اعتبار العرف فيهما (١)، انتهى.

و ظاهر عدم اكتفائه هنا بالوضع بين يديه مخالف للفرع المتقدم عنه، إلا أن يلتزم بكفايه التخليه في رفع الضمان و إن لم يكن قبضاً، كما أشرنا إليه سابقاً (٢).

**فروع**

**اشاره**

(٣)

:

**الأول: قال في التذكرة: لو باع داراً أو سفينة مشحونه بأمته البائع و مكنه منها**

بحيث جعل له تحويلها من مكانٍ إلى مكانٍ كان قبضاً.

و قال أيضاً: إذا كان المبيع في موضع لا يختص بالبائع كفي في المنقول النقل من حيزٍ إلى حيزٍ، و إن كان في موضع يختص به فالنقل من زاويه إلى أخرى بغير إذن البائع لا يكفي لجواز التصرف، و يكفي لدخوله في ضمانه. و إن نقل بإذنه حصل القبض، و كأنه استعار البقعه المنقول إليها (٤).

**الثاني: قال في المسالك: لو كان المبيع مكيلاً أو موزوناً**

فلا يخلو

ص: ٢٥٣

١-١) التذكرة ٤١٨:٢.

٢-٢) راجع الصفحه ٢٤٦.

٣-٣) كذا بخطه الشريف قدس سره في «ق»، و لكن لم يعنون إلا فرعين، و لذا بدله مصحح «ش» ب«فرعان».

٤-٤) التذكرة ٤٧٢:١.

إمّا أن يكون قد كيل قبل البيع أو وزن، أو لا، بأن أخير البائع بكيّله أو وزنه أو باعه قدرًا معيّنًا من صبره مشتملًا عليه. فإن كان الآخر (١) فلا بدّ في تحقّق قبضه من كيّله أو وزنه؛ للنصّ المتقدّم. وإن كان الأوّل، ففي افتقاره إلى الاعتبار ثانياً لأجل القبض أو الاكتفاء بالاعتبار الأوّل وجهان: من إطلاق توقّف الحكم على الكيل و الوزن و قد حصل، و قوله عليه السلام في النصّ «حتّى تكيله أو تزنه» (٢) لا يدلّ على اعتبار أزيد من اعتبار الكيل [أو الوزن (٣)] الشامل لما وقع قبل البيع. و من أنّ الظاهر أنّ ذلك لأجل القبض لا لتحقّق شرط صحّحه البيع، فلا بدّ له من اعتبارٍ جديدٍ بعد العقد، و به صرح العلامة (٤) و الشهيد (٥) و جماعه.

و هو الأقوى، و يدلّ عليه قوله عليه السلام: «إلّا أن تولّيه» (٦)، فإنّ الكيل السابق شرطٌ لصحّحه البيع، فلا بدّ منه في التولّيه و غيرها، فدلّ على أنّ ذلك لأجل القبض، لا لصحّحه البيع (٧)، انتهى المهمّ من كلامه رحمه الله.

أقول: يبعد التزام القائلين بهذا القول ببقاء المكيل و الموزون بعد الكيل و الوزن و العقد عليه و الأخذ و التصرّف في بعضه في ضمان البائع

ص: ٢٥٤

١-١) كذا، و في المصدر: «الأخير».

٢-٢) الوارد في صحيحه معاويه بن وهب المتقدّمه في الصفحة ٢٤٩.

٣-٣) لم يرد في «ق».

٤-٤) القواعد ٨٥:٢.

٥-٥) الدروس ٢١٣:٣.

٦-٦) الوارد في صحيحه معاويه المتقدّمه في الصفحة ٢٤٩.

٧-٧) المسالك ٢٤١:٣.

حتى يكيّله ثانياً أو يزنه و إن لم يرد بيعه (١)؛ وكذا لو كاله و قبضه ثم عقد عليه.

□  
و قد تفتّن لذلك المحقّق الأردبيلي رحمه الله فيما حكى (٢) من حاصل كلامه، حيث نزل ما دلّ على اعتبار الكيل و الوزن في البيع الثاني على ما إذا لم يعلم كيّله أو وزنه، بل وقع البيع الأوّل من دون كيل، كما إذا اشترى أصوعاً من صبره مشتمله عليها أو اشترى بإخبار البائع. أمّا إذا كاله بحضور المشتري ثم باعه إياه فأخذه و حمّله إلى بيته و تصرّف فيه بالطحن و العجن و الخبز، فلا شكّ في كونه قبضاً مسقطاً للضمان مجوّزاً للبيع، ولا يلزم تكلفّ البائع بكيّله مرّةً أخرى للإقباض -إلى أن قال ما حاصله-: إنّ كون وجوب الكيل مرّةً أخرى (٣) للقبض مع تحقّقه أولاً -عند الشراء- كما نقله في المسالك عن العلّامة و الشهيد و جماعه (قدّس الله أسرارهم) و قوّاه -ليس بقوى (٤)، انتهى.

و قال في جامع المقاصد -عند شرح قول المصنّف: إنّ التسليم بالكيل و الوزن فيما يكال أو يوزن على رأي-: إنّ (٥) المراد (٦) الكيل

ص: ٢٥٥

١- ١) في «ش» زياده: «ثانياً».

٢- ٢) حكاة السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٧٠١.

٣- ٣) في «ق» بدل «...وجوب الكيل مرّةً أخرى للقبض»: «وجوب القبض مرّةً للقبض»، و الظاهر أنّه من سهو القلم.

٤- ٤) مجمع الفائدة ٨:٥٠٨-٥٠٩.

٥- ٥) لم يرد في «ش»: «إنّ».

٦- ٦) في «ش» زياده: «به».

الذى يتحقق به اعتبار البيع، ولا بد من رفع البائع يده (١)، فلو وقع الكيل و لم يرفع (٢) يده، فلا تسليم ولا قبض، ولو أخبره البائع بالكيل أو الوزن فصدقه و أخذه على ذلك حصل القبض، كما نصّ عليه في التذكرة (٣). ثم قال: ولو أخذ المبيع جزافاً أو أخذ ما اشتراه كيلاً وزناً أو بالعكس، فإن تيقن حصول الحقّ فيه صحّ، وإلّا فلا، ذكره في التذكرة (٤). و الذى ينبغي أن يقال: إنّ هذا الأخذ بإعطاء البائع موجباً لانتقال ضمان المدفوع إلى المشتري و انتفاء سلطنه البائع لو أراد حبسه لدفع (٥) الثمن، لا التسلّط على بيعه؛ لأنّ بيع ما يكال أو يوزن قبل كيله أو وزنه على التحريم أو الكراهه، و لو كيل قبل ذلك فحضر كيله أو وزنه، ثمّ اشتراه أخذه بذلك فهو كما لو أخبره بالكيل أو الوزن، بل هو أولى (٦)، انتهى.

ثمّ الظاهر أنّ مراد المسالك ممّا نسبه إلى العلماء و الشهيد و جماعه - من وجوب تجديد الاعتبار لأجل القبض - ما ذكره فى القواعد تفريعاً على هذا القول: «أنّه لو اشترى مكايلاً و باع مكايلاً فلا بدّ لكلّ بيع من كيلٍ جديدٍ ليتمّ القبض» (٧). قال جامع المقاصد فى شرحه: إنّّه لو

ص: ٢٥٦

- ١-١ فى «ش» زياده: «عنه».
- ٢-٢ فى «ش» زياده: «البائع».
- ٣-٣ التذكرة ٥٦١: ١.
- ٤-٤ التذكرة ٥٦٤: ١.
- ٥-٥ فى «ش» و المصدر بدل «للدفع»: «ليقبض».
- ٦-٦ جامع المقاصد ٣٩٠: ٤.
- ٧-٧ القواعد ٨٥: ٢.

اشترى ما لا يُباع إلّا مكيلهً و باع كذلك لا بدّ لكلّ بيع من هذين من كيلٍ جديد؛ لأنّ كلّ بيع لا بدّ له من قبض. قال بعد ذلك: و لو أنّه حضر الكيل المتعلّق بالبيع الأوّل فاكتفى به أو أخبره البائع فصدّقه كفى نقله و قام ذلك مقام كيله (١).

و فى الدروس -بعد تقويه كفايه التخليه فى رفع الضمان لا- فى زوال تحريم البيع أو كراهته قبل القبض -قال: نعم لو خلّى بينه و بين المكيل فامتنع حتّى يكتاله لم ينتقل إليه الضمان، و لا يكفى الاعتبار الأوّل عن اعتبار القبض (٢)، انتهى.

هذا ما يمكن الاستشهاد به من كلام العلّامه و الشهيد و المحقّق الثانى لاختيارهم و جوب تجديد الكيل و الوزن لأجل القبض و إن كيل أو وزن قبل ذلك.

لكن الإنصاف: أنّه ليس فى كلامهم و لا غيرهم ما يدلّ على أنّ الشىء الشخصى المعلوم كيله أو وزنه قبل العقد إذا عقد عليه و جب كيله مرّة أخرى لتحقّق القبض، كما يظهر من المسالك (٣). فلا يبعد أن يكون كلام الشيخ قدّس سرّه و من تبعه (٤) فى هذا القول، و كلام العلّامه (٥).

ص: ٢٥٧

١-١ (١) جامع المقاصد ٣٩٣:٤.

٢-٢ (٢) الدروس ٢١٣:٣.

٣-٣ (٣) راجع كلام المسالك فى الصفحة ٢٥٤.

٤-٤ (٤) لم يتقدّم عن الشيخ و من تبعه كلامٌ فى المسألة، نعم تقدّم كلامهم فى القبض، راجع الصفحة ٢٤٢ و ما بعدها.

٥-٥ (٥) المتقدّم فى الصفحة المتقدّمه.

و من ذكر فروع هذا القول (١) مختصاً بما إذا عقد على كيلٍ معلوم [من (٢)] كلياً أو من صُبره معينه أو على جزئى محسوسٍ على أنه كذا و كذا، فيكون مراد الشيخ و الجماعه من قولهم: «اشترى مكايله» (٣): أنه اشترى بعنوان الكيل و الوزن، فى مقابل ما إذا اشترى ما علم كيله سابقاً من دون تسميه الكيل المعين فى العقد، لكونه لغواً.

و الظاهر أنّ هذا هو الذى يمكن أن يعتبر فى القبض فى غير البيع أيضاً من الرهن و الهبه، فلو رهن إناءً معيناً من صفر مجهول الوزن أو معلوم الوزن أو وهبه - خصوصاً على القول بجواز هبه المجهول - فالظاهر أنه لا - يقول أحد: بأنه يعتبر فى قبضه وزنه، مع عدم تعلق غرض فى الهبه بوزنه أصلاً.

نعم، لو رهن أو وهب مقداراً معيناً من الكيل أو الوزن أمكن القول باشتراط اعتباره فى قبضه، و أنّ قبضه جزافاً ك: لا قبض.

فظهر أنّ قوله فى القواعد: «اشترى مكايله» - و هو العنوان المذكور فى المبسوط لهذا القول، كما عرفت عند نقل الأقوال - يراد به ما ذكرنا، لا ما عرفت من جامع المقاصد.

و يؤيده تكرار المكايله فى قوله: «و باع مكايله». [و يشهد له أيضاً (٤)] قول العلّامة فى غير موضع من التذكرة: لو قبض جزافاً ما

ص: ٢٥٨

---

١ - ١) كالمحقق الثانى فى جامع المقاصد ٣٩٣: ٤.

٢ - ٢) شُطب عليه فى «ق».

٣ - ٣) راجع الصفحه ٢٤٢ و ما بعدها.

٤ - ٤) لم يرد فى «ق».

اشتراه مكايله (١). ويشهد له أيضاً قوله في موضع آخر: لو أخذ ما اشترى كَيْلاً وزناً و بالعكس، فإن تيقن حصول الحق فيه.. إلخ (٢).

و أظهر من ذلك فيما ذكرنا ما في المبسوط، فإنه بعد ما صرح باتّحاد معنى القبض في البيع و الرهن و غيرهما ذكر: أنه لو رهن صبرةً على أنه كيل كذا فقبضه بكيله (٣)، و لو رهنها جزافاً فقبضه بنقله (٤) من مكانه (٥). مع أنه اختار عدم جواز بيع الصبره جزافاً (٦)، فافهم.

و أمّا قوله في الدروس: «و لا يكفي الاعتبار الأوّل عن اعتبار القبض» فلا يبعد أن يكون تتمّة لما قبله من قوله: «نعم، لو خلى بينه و بينه فامتنع حتّى يكتبه» (٧) و مورده بيع كيلٍ معيّن كليّ، فلا يدلّ على وجوب تجديد اعتبار ما اعتبر قبل العقد.

ثم إن ما ذكره في المسالك (٨) في صحيحه ابن وهب أولاً: من أنّ

ص: ٢٥٩

١- ١) التذكرة ٤٧٢:١، و فيه: «فروع: الأوّل لو قبض جزافاً ما اشتراه مكايله...» و لم نعثر على العبارة بعينها في غير هذا الموضع، نعم يوجد ما يدلّ عليها، راجع التذكرة ٤٦٩:١ في أقسام بيع الصبره، و ٤٧٢-٤٧٣ في بيان ماهيّة القبض و أحكامه، و ٥٦٠ و ما بعدها في أحكام القبض في السّلم.

٢- ٢) التذكرة ٥٦٤:١، و تقدّم في الصفحة ٢٥٦.

٣- ٣) في «ش»: «أن يكيّله».

٤- ٤) في «ش»: «أن ينقله».

٥- ٥) المبسوط ٢٠٣:٢.

٦- ٦) المبسوط ١٥٢:٢.

٧- ٧) تقدّم القول المتّم و المتّم في الصفحة ٢٥٧.

٨- ٨) راجع ما ذكره المسالك في الصفحة ٢٥٤.



قوله: «لا تبعه حتى تكيله» يصدق مع الكيل السابق، ثم استظهاره ثانياً-بقرينه استثناء بيع التوليه-: أن المراد غير الكيل المشترط في صحه العقد، لم يعلم له وجه؛ إذ المراد من الكيل و الوزن في تلك الصحيحه و غيرها هو الكيل المتوسيط بين البيع الأول و الثانى، و هذا غير قابل لإرادته الكيل المصحح للبيع الأول، فلا وجه لما ذكره أولاً أصلاً، و لا وجه لإرادته المصحح للبيع الثانى حتى يكون استثناء التوليه قرينه على عدم إرادته؛ لاشتراك التوليه مع غيرها فى توقّف صحتهما على الاعتبار، لأنّ السؤال عن بيع الشىء قبل قبضه. ثمّ الجواب بالفرق بين المكيل و الموزون لا- يمكن إرجاعهما (1) إلى السؤال و الجواب عن شرائط البيع الثانى، بل الكلام سؤالاً و جواباً نصّ فى إرادته قابليته المبيع قبل القبض للبيع و عدمها.

فالأولى أنّ استثناء التوليه ناظرٌ إلى الفرق بين البيع مكايله- بأن يبيعه ما اشتراه على أنّه كيلٌ معيّن، فيشترط قبضه بالكيل و الوزن ثمّ إقباضه- و بين أن يوليه البيع الأول من غير تعرّضٍ فى العقد لكيله و وزنه، فلا- يعتبر توسيط قبض بينهما، بل يكفى قبض المشتري الثانى عن الأول.

و بالجمله، فليس فى الصحيحه تعرّضٌ لصوره كيل الشىء أولاً قبل البيع ثمّ العقد عليه و التصرف فيه بالنقل و التحويل، و أنّ بيعه ثانياً بعد التصرف هل يحتاج إلى كيلٍ جديد لقبض البيع الأول، لا لاشرط معلوميه المبيع فى البيع الثانى، أم لا؟ بل ليس فى كلام المتعرّضين لبيع ما لم يقبض تعرّضٌ لهذه الصوره.

ص: ٢٦٠

---

(١- ١) كذا فى ظاهر «ق» و مصحّحه «ن»، و فى «ف» و «ش»: «إرجاعها».

مسأله يجب على كل من المتبايعين تسليم ما استحقه الآخر بالبيع؛

لاقتضاء العقد لذلك.

فإن قال كلُّ منهما: لا أدفع حتى أقبض، فالأقوى إجبارهما معاً، وفاقاً للمحكى عن السرائر (١) و الشرائع (٢) و كتب العلماء (٣) و الإيضاح (٤) و الدروس (٥) و جامع المقاصد (٦) و المسالك (٧) و غيرها (٨)، و عن ظاهر

ص: ٢٦١

١- (١) السرائر ٢:٣٠٦، و فيه بعد احتمال القرعه: «و الأول أقوى».

٢- (٢) الشرائع ٢:٢٩.

٣- (٣) القواعد ٢:٨٧، و المختلف ٥:٢٩١، و التذكرة ١:٤٧٣، ٥٦٤، و التحرير ١:١٧٥.

٤- (٤) لم نعثر على التصريح به، نعم يظهر الارتضاء به حيث لم يعلق على كلام القواعد، راجع الإيضاح ١:٥٠٩.

٥- (٥) الدروس ٣:٢١٠.

٦- (٦) جامع المقاصد ٤:٤٠٣.

٧- (٧) المسالك ٣:٢٣٨.

٨- (٨) مثل الروضه ٣:٥٢٢، و مجمع الفائده ٨:٥٠٤، و راجع تفصيل ذلك فى مفتاح الكرامه ٤:٧١٩.

التنقيح: الإجماع عليه (١)؛ لما في التذكرة: من أن كلا منهما قد وجب له حقُّ على صاحبه (٢).

و عن الخلاف: أنه يجبر البائع أولاً على تسليم المبيع، ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن، سواء كان الثمن عيناً أو في الذمّه؛ لأنَّ الثمن إنّما يستحقُّ على المبيع، فيجب أولاً تسليم المبيع ليستحقَّ الثمن (٣).

و لعلَّ وجهه دعوى انصراف إطلاق العقد إلى ذلك؛ و لذا استقرَّ العرف على تسميه الثمن عوضاً و قيمه، و لذا يقبَّحون مطالبه الثمن قبل دفع المبيع، كما يقبَّحون مطالبه الأجره قبل العمل أو دفع العين المستأجره. و الأقوى ما عليه الأكثر.

ثمَّ إنّ ظاهر جماعه أنّ محلَّ الخلاف في هذه المسأله بين الخاصّه و العامه: ما لو كان كلُّ منهما باذلاً و تشاحاً في البدأه بالتسليم، لا ما إذا امتنع أحدهما عن البذل.

قال في المبسوط - بعد اختياره أولاً إجبارهما معاً على التقابض ثمَّ الحكم بأنَّ تقديم البائع في الإيجاب أولى - قال: هذا إذا كان كلُّ منهما باذلاً و أمياً إذا كان أحدهما غير باذل أصلاً، و قال: لا أسلم ما على، أجبره الحاكم على البذل، فإذا حصل البذل حصل الخلاف

ص: ٢٦٢

---

١ - ١) حكاه السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤: ٧١٩، و راجع التنقيح الرائع ٢: ٦٤-٦٥.

٢ - ٢) التذكرة ١: ٤٧٣.

٣ - ٣) الخلاف ٣: ١٥١، المسأله ٢٣٩ من كتاب البيوع.

فى أئهما ىدفع. هذا إذا كان موسراً قادراً على إحضار الثمن، فإن كان معسراً كان للبائع الفسخ و الرجوع إلى عين ماله كالمفلس (١)، انتهى.

قال فى التذكرة: توهم قوم أن الخلاف فى البدأ بالتسليم خلاف فى أن البائع هل له حق الحبس أم لا؟ إن قلنا بوجوب البدأ للبائع فليس له حبس المبيع إلى استيفاء الثمن، وإلما فله ذلك. و نازع أكثر الشافعية فيه و قالوا: هذا الخلاف مختص بما إذا كان نزاعهما فى مجرد البدأ و كان كل منهما يبذل ما عليه و لا يخاف فوت ما عند صاحبه، فأما إذا لم يبذل البائع المبيع و أراد حبسه خوفاً من تعذر تحصيل الثمن، فله ذلك بلا خلاف، و كذا للمشتري حبس الثمن خوفاً من تعذر تحصيل المبيع (٢)، انتهى.

و قد صرح أيضاً بعدم الخلاف فى جواز الحبس لامتناع الآخر من التسليم بعض آخر (٣).

و لعل الوجه فيه: أن عقد البيع مبنى على التقابض و كون المعامله يداً بيد، فقد التزم كل منهما بتسليم العين مقارناً لتسليم صاحبه، لا بدونه (٤)، فقد ثبت بإطلاق العقد لكل منهما حق الامتناع مع امتناع صاحبه. فلا ىرد أن وجوب التسليم على كل منهما ليس مشروطاً

ص: ٢٦٣

١- ١) المبسوط ١٤٨: ٢.

٢- ٢) التذكرة ٥٦٤: ١.

٣- ٣) صرح به فى مفتاح الكرامه ٧٢٠: ٤.

٤- ٤) فى «ش» بدل «لا بدونه»: «و التزم على صاحبه أن لا يسلمه مع الامتناع».

بتحقّقه من الآخر، فلا يسقط التكليف بأداء مال الغير عن أحدهما بمعصيه الآخر، وأنّ ظلم أحدهما لا يسوّغ ظلم الآخر.

هذا كلّه مع عدم التأجيل في أحد العوضين، فلو كان أحدهما [مؤجلاً (١)] لم يجر حبس الآخر.

قال في التذكرة: ولو لم يتفق تسليمه حتّى حلّ المؤجل (٢) لم يكن له الحبس أيضاً (٣).

و لعلّ وجهه: أنّ غير المؤجل قد التزم بتسليمه من دون تعليقٍ على تسليم المؤجل أصلاً. وهذا ممّا يؤيّد أنّ حقّ الحبس ليس لمجرد ثبوت حقّ للحابس على الآخر، فيكون الحبس بإزاء الحبس.

ثمّ مقتضى ما ذكرنا- من عدم وجوب التسليم مع امتناع الآخر و عدم استحقاق الممتنع لقبض ما في يد صاحبه-: أنّه لو قبضه الممتنع بدون رضا صاحبه لم يصحّ القبض.

فصحّ القبض بأحد أمرين: إمّا إقباض ما في يده لصاحبه، فله حينئذٍ قبض ما في يد صاحبه و لو بغير إذنه. و إمّا إذن صاحبه سواء أقبض ما في يده أم لا، كما صرّح بذلك في المبسوط (٤) و التذكرة (٥)، و صرّح فيهما: بأنّ له مطالبه القابض برّد ما قبض بغير إذنه؛ لأنّ له

ص: ٢٦٤

١-١) لم يرد في «ق».

٢-٢) في «ش» و المصدر: «حلّ الأجل».

٣-٣) التذكرة ١:٤٧٣.

٤-٤) راجع المبسوط ٢:١٢٠.

٥-٥) راجع التذكرة ١:٤٧٢ و ٥٦٢.

حقّ الحبس و التوثق إلى أن يستوفى العوض.

و فى موضعٍ من التذكرة: أنه لا ينفذ تصرّفه فيه (١). و مراده التصرف المتوقف على القبض، كالبيع أو مطلق الاستبدال.

ثمّ إذا ابتداء أحدهما بالتسليم-إما لوجوبه عليه كالبائع على قول الشيخ (٢)، أو لتبرّعه بذلك-أجبر الآخر على التسليم، و لا يحجر عليه فى ما عنده من العوض و لا فى مالٍ آخر؛ لعدم الدليل.

ص: ٢٤٥

---

١- (١) التذكرة ٤٧٢: ١.

٢- (٢) تقدّم قول الشيخ فى الصفحة ٢٤٢.

## مسأله يجب على البائع تفرغ المبيع من أمواله مطلقاً و من غيرها فى الجملة.

و هذا الوجوب ليس شرطياً بالنسبه إلى التسليم و إن أوهمه بعض العبارات، ففي غير واحدٍ من الكتب: أنه يجب تسليم المبيع مفرغاً (١). و المراد إرجاع الحكم إلى القيد، و إلّا فالتسليم يحصل بدونه، و قد تقدّم عن التذكرة (٢).

و كيف كان، فيدلّ على وجوب التفرغ ما دلّ على وجوب التسليم، فإنّ إطلاق العقد كما يقتضى أصل التسليم كذلك يقتضى التسليم مفرغاً، بل التسليم من دون التفرغ (٣) كالعدم بالنسبه إلى غرض المتعاقدين و إن ترتّب عليه أحكامٌ تعبديةٌ، كالدخول فى ضمان المشتري و نحوه.

ص: ٢٦٦

---

١-١) كما فى الشرائع ٢:٣٠، و المختصر: ١٢٤، و القواعد ٢:٨٥، و الإرشاد ١: ٣٨٢، و الدروس ٣:٢١٣، و راجع تفصيل ذلك فى مفتاح الكرامه ٤:٧٠٦.

٢-٢) تقدّم فى الصفحه ٢٥٣.

٣-٣) العبارة فى «ش»: «فإنّ التسليم بدونه».

فلو كان فى الدار متاعٌ وحب نقله فوراً، فإن تعذر ففى أوّل أزمته الإمكان. و لو تراخى زمان الإمكان و كان المشتري جاهلاً كان له الخيار لو تضرر بفوات بعض منافع الدار عليه. و فى ثبوت الأجره لو كان لبقائه أجره إلى زمان الفراغ وجهه. و لو كان تأخير التفريغ بتقصيره فينبغى الجزم بالأجره، كما جزموا بها مع امتناعه من أصل التسليم.

و لو كان فى الأرض زرعٌ قد أُحصد وحب إزالته؛ لما ذكرنا. و إن لم يُحصد وحب الصبر إلى بلوغ أوانه؛ للزوم تضرر البائع بالقلع، و أمّا ضرر المشتري فينجبر بالخيار مع الجهل، كما لو وجدها مستأجره.

و من ذلك يُعلم عدم الأجره؛ لأنه اشترى أرضاً تبين أنّها مشغولة، فلا يثبت أكثر من الخيار. و يحتمل ثبوت الأجره؛ لأنه اشترى أرضاً لا يستحقّ عليها الاشتغال بالزرع، و البائع (1) قد ملك الزرع غير مستحقّ للبقاء، فيتخير بين إبقائه بالأجره و بين قلعه؛ لتقديم ضرر القلع على ضرر فوات منفعه الأرض بالأجره. و يحتمل تخيير المشتري بين إبقائه بالأجره و قلعه بالأرض. و يحتمل ملاحظه الأكثر ضرراً.

و لو احتاج تفريغ الأرض إلى هدم شىءٍ هدمه بإذن المشتري، و عليه طمّ ما يطمّ برضا المالك و إصلاح ما استهدم أو الأرش، على اختلاف الموارد، فإنّ مثل قلع الباب أو قلع ساجه منه إصلاحه إعادته، بخلاف هدم حائطٍ، فإنّ الظاهر لحوقه بالقيمي فى وجوب الأرش له. و المراد بالأرش نفس قيمه الهدم لا أرش العيب.

ص: ٢٦٧

---

١- ١) فى «ش» بدل «البائع»: «المالك».



و بالجمله، فمقتضى العرف إلحاق بعض ما استهدم بالمثلى و بعضه بالقيمى، و لو الحق مطلقاً بالقيمى كان له وجهه.

و يظهر منهم فيما لو هدم أحد الشريكين الجدار المشترك بغير إذن صاحبه أقوال ثلاثة:

الإعاده مطلقاً كما فى الشرائع (١) و عن المبسوط (٢).

و الأرش كذلك كما عن العلامة (٣) و المحقق و الشهيد الثانين (٤).

و التفصيل بين ما كان مثلثا كحائط البساتين و المزارع و إلّا فالأرش كما عن الدروس (٥).

و الظاهر جريان ذلك فى كسر الباب و الشبايك. و فتق الثوب من هذا القبيل.

ص: ٢٤٨

---

١-١) الشرائع ١٢٥:٢.

٢-٢) المبسوط ٣٠٣:٢.

٣-٣) القواعد ١٧٤:٢-١٧٥.

٤-٤) جامع المقاصد ٤٢٤:٥، و المسالك ٢٩١:٤.

٥-٥) الدروس ٣٤٥:٣، و حكاة عنه الشهيد الثانى فى المسالك ٤٩١:٤.

فإن كان لحقٌ - كما لو امتنع المشتري عن تسليم الثمن - فلا إثم.

و هل عليه اجره مدّه الامتناع؟ احتمله فى جامع المقاصد، إلا أنّ منافع الأموال الفائته بحقّ لا دليل على ضمانها، و على المشتري نفقه المبيع. و فى جامع المقاصد: ما أشبه هذه بمثل منع الزوجه نفسها حتّى تقبض المهر، فإنّ فى استحقاقها النفقه تردّدًا، قال: و يحتمل الفرق بين الموسر و المعسر (1)، انتهى.

و يمكن الفرق بين النفقه فى المقامين.

و لو طلب من البائع الانتفاع به فى يده، ففى وجوب إجابهته و جهان.

و لو كان امتناعه لا لحقٌ، و جب عليه الأجره؛ لأنّه عادٍ، و مقتضى القاعده أنّ نفقته على المشتري.

ص: ٢٦٩

## الكلام فى أحكام القبض و هى التى تلحقه بعد تحقّقه.

### مسأله من أحكام القبض انتقال الضمان ممّن نقله إلى القابض،

فقبله يكون مضموناً عليه بعوضه إجماعاً مستفيضاً، بل محققاً، و يسمى ضمان المعاوضه.

و يدلّ عليه-قبل الإجماع-النّبوى المشهور: «كلُّ مبيعٍ تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» (١) و ظاهره-بناءً على جعل «من» للتبعيض-:

أنّه بعد التلف يصير مالاً للبائع، لكن إطلاق المال على التالف إنّما هو باعتبار كونه مالاً عند التلف. و بهذا الاعتبار يصحّ أن يقع هو المصالح عنه إذا أتلفه الغير لا قيمته-كما صرّح به فى باب الصلح من الشرائع (٢)

ص : ٢٧٠

---

١-١) المستدرک ١٣:٣٠٣، الباب ٩ من أبواب الخيار، و فيه حديث واحد.

٢-٢) الشرائع ٢:١٢٢.

و التحرير (١)-و حينئذٍ فلا- بدّ من أن يكون المراد بالنبوى: أنّ المبيع يكون تالفاً من مال البائع، و مرجع هذا إلى انفساخ العقد قبيل التلف آنأ ما، ليكون التالف مالاً للبائع.

و الحاصل: أنّ ظاهر الروايه صيروره المبيع مالاً للبائع بعد التلف، لكن لما لم يتعلّق ذلك تعيّن إرادته وقوع التلف على مال البائع، و مرجعه إلى ما ذكره في التذكرة (٢)-و تبعه من تأخّر عنه (٣)-: من أنّه يتجدّد انتقال الملك إلى البائع قبل الهلاك بجزء لا يتجزأ من الزمان.

و ربّما يقال-تبعاً للمسالك-: إنّ ظاهر «كون المبيع التالف قبل القبض من مال البائع» يوهّم خلاف هذا المعنى (٤). و لعلّه لدعوى: أنّ ظاهر كونه من ماله كون تلفه من ماله، بمعنى كون دركه عليه، فيوهّم ضمانه بالمثل و قيمه.

و ممّا ذكرنا من أنّ معنى الضمان هنا يرجع إلى انفساخ العقد بالتلف و تلف المبيع في ملك البائع و يسمّى «ضمان المعاوضه» لا ضمانه عليه مع تلفه من المشتري، كما في المغصوب و المستام و غيرهما و يسمّى

ص: ٢٧١

١-١) التحرير ٢٣٠:١.

٢-٢) التذكرة ٥٦٢:١، و فيه: «و يتجدّد انتقال الملك إلى البائع قبل الهلاك بجزء لا يتجزأ من الزمان».

٣-٣) مثل المحقّق الثانی فی جامع المقاصد ٤٠٣:٤، و الشهيد الثانی فی المسالك ٣: ٢١٦، و المحدث البحرانی فی الحدائق

١٩:٧٦، و السيّد الطباطبائي فی الرياض ٢٠٨:٨.

٤-٤) قاله السيّد العاملی فی مفتاح الكرامه ٥٩٦:٤.

«ضمان اليد» يعلم أنّ الضمان فيما نحن فيه حكمٌ شرعيٌّ لا حقٌّ مالى، فلا يقبل الإسقاط؛ ولذا لو أبرأه المشتري من الضمان لم يسقط، كما نصّ عليه في التذكرة (١) و الدروس (٢). وليس الوجه في ذلك: أنّه «إسقاط ما لم يجب»، كما قد يتخيل.

□  
و يدلّ على الحكم المذكور أيضاً روايه عقبه بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل اشترى متاعاً من رجلٍ و أوجهه، غير أنّه ترك المتاع عنده و لم يقبضه، فسرق المتاع، من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتّى يقبض المتاع (٣)» أو يخرج من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامنٌ لحقّه حتّى يردّ إليه ماله» (٤) و لعلّ الروايه أظهر دلالةً على الانفساخ قبل التلف من النبوى.

و كيف كان، فلا- خلاف في المسألة، أعنى بطلان البيع عند التلف لا من أصله؛ لأنّ تقدير ماله البائع قبل التلف مخالفٌ لأصالة بقاء العقد، و إنّما احتيج إليه لتصحيح ما في النصّ: من الحكم بكون التالف من مال البائع، فيرتكب بقدر الضروره.

و يترتب على ذلك كون النماء قبل التلف للمشتري.

و فى معناه الركاز الذى يجده العبد، و ما وهب منه فقبل (٥)، أو

ص: ٢٧٢

١-١) التذكرة ٤٧٣:١.

٢-٢) الدروس ٢١٢:٣.

٣-٣) لم يرد فى «ق».

٤-٤) الوسائل ٣٥٨:١٢، الباب ١٠ من أبواب الخيار، و فيه حديث واحد.

٥-٥) فى «ش»: «فقبله و قبضه».

أوصى له به فقبل (١)، كما صرح به في المبسوط و التذكرة (٢). و صرح العلامة: بأن مثونه تجهيزه لو كان مملوكاً على البائع (٣)، و هو مبني على ثبوت الملك الحقيقي قبل التلف، لا مجرد تقدير الملك الذي لا بد فيه من الاقتصار على الحكم الثابت المحجوج إلى ذلك التقدير، دون ما عداه من باقى آثار المقدّر [إلا أن يقال: بأن التلف من البائع يدلّ التزاماً على الفسخ الحقيقي (٤)].

ثمّ إنّه يلحق بالتلف تعذر الوصول إليه عادةً، مثل سرقة على وجه لا يرجى عوده، و عليه تحمل روايه عقبه المتقدّمه (٥).

قال فى التذكرة: و وقوع الدرّه فى البحر قبل القبض كالتلف، و كذا انفلات الطير و الصيد المتوحّش. و لو غرق البحر الأرض المبيعه أو وقع عليها صخورٌ عظيمةٌ من جبلٍ أو كساها رملٌ، فهى بمثابة التلف، أو يثبت به الخيار؟ للشافعيه وجهان: أقواهما الثانى. و لو أبق العبد قبل القبض أو ضاع فى انتهاب العسكر لم يفسخ البيع، لبقاء المائيه و رجاء العود (٦)، انتهى.

و فى التذكرة أيضاً: لو هرب المشتري قبل وزن الثمن و هو معسرٌ

ص: ٢٧٣

١- ١) فى «ش»: «فقبله».

٢- ٢) المبسوط ١: ١٢٤، و التذكرة ١: ٥٦٢.

٣- ٣) التذكرة ١: ٤٧٤.

٤- ٤) لم يرد فى «ق».

٥- ٥) فى الصفحه ٢٧٢.

٦- ٦) التذكرة ١: ٥٦٢، و فيه: «أقربهما الثانى».

مع عدم الإقباض احتمال أن يملك البائع الفسخ في الحال لتعدّر استيفاء الثمن، و الصبر ثلاثة أيام للروايه. و الأول أقوى؛ لورودها في البازل.

و إن كان موسراً أثبت البائع ذلك عند الحاكم، ثم إن وجد له مالاً قضاه و إلّا باع المبيع و قضى منه، و الفاضل للمشتري و المعوز عليه (١)، انتهى.

و في غير موضعٍ ممّا ذكره تأمل.

ثم إن ظاهر كثيرٍ من الأصحاب: أنه لا يعتبر في القبض المسقط لضمان البائع (٢) وقوعه صحيحاً جامعاً لما يعتبر فيه، فلو وقع بغير إذن ذي اليد كفى في رفع الضمان، كما صرح به في التذكرة (٣) و الدروس (٤) و غيرهما (٥). و لو لم يتحقق الكيل و الوزن بناءً على اعتبارهما في قبض المكيل، ففي سقوط الضمان بمجرد نقل المشتري قولان.

قال في التذكرة - في باب بيع الثمار -: إنه لو اشترى [طعاماً (٦) مكايلاً فقبض جزافاً فهلك في يده، فهو من ضمان المشتري] [لحصول القبض] (٧) و إن جعلنا الكيل شرطاً فيه فالأقرب أنه من ضمان البائع (٨)، انتهى.

ص: ٢٧٤

١-١) التذكرة ٤٧٣:١.

٢-٢) في «ش» بدل «الضمان البائع»: «للضمان».

٣-٣) التذكرة ٥٦٢:١.

٤-٤) الدروس ٢١٤:٣.

٥-٥) مثل مجمع الفوائد ٥١٣:٨-٥١٤، و الجواهر ١٥٢:٢٣.

٦-٦) من «ش» و المصدر.

٧-٧) من «ش» و المصدر.

٨-٨) التذكرة ٥٠٨:١.

و قد تقدّم عن جامع المقاصد سقوط الضمان هنا بناءً على اشتراط الكيل في القبض (١). و لا يخلو عن قوّه.

و هل يكتفى بالتخليه على القول بعدم كونها قبضاً في سقوط الضمان؟ قولان: لا يخلو السقوط من قوّه [و إن لم نجعله قبضاً (٢)].

و كذا الكلام فيما لو وضع المشتري يده عليه و لم ينقله بناءً على اعتبار النقل في القبض.

هذا كلّه حكم التلف السماوى.

و أما الإتلاف: فإما أن يكون من المشتري، و إما أن يكون من البائع، و إما أن يكون من الأجنبى.

فإن كان من المشتري، فالظاهر عدم الخلاف في كونه بمنزله القبض في سقوط الضمان؛ لأنّه قد ضمن ماله بإتلافه. و حجّته الإجماع لو تمّ، و إلّا فانصراف النصّ إلى غير هذا التلف، فيبقى تحت القاعده.

قال في التذكرة: هذا إذا كان المشتري عالماً، و إن كان جاهلاً، بأن قدّم البائع الطعام المبيع إلى المشتري فأكله، فهل يجعل قابضاً؟ الأقرب أنّه لا يصير قابضاً، و يكون بمنزله إتلاف البائع (٣). ثمّ مثل له بما إذا قدّم المغصوب إلى المالك فأكله.

أقول: هذا مع غرور البائع لا بأس به، أمّا مع عدم الغرور ففي كونه كالتلف السماوى وجهان.

ص: ٢٧٥

١-١ (١) تقدّم في الصفحه ٢٥٥-٢٥٦.

٢-٢ (٢) شُطب عليه في «ق».

٣-٣ (٣) التذكرة ٥٦٢: ١.



و لو صال العبد على المشتري فقتله دفعاً، ففي التذكرة: أن الأصح أنه لا يستقرّ عليه الثمن. و حكى عن بعض الشافعيّ: الاستقرار؛ لأنه قتله في غرض نفسه (١).

و لو أتلفه البائع، ففي انفساخ البيع، كما عن المبسوط و الشرائع و التحرير (٢)؛ لعموم التلف في النصّ - لما كان بإتلاف حيوانٍ أو إنسانٍ أو كان بآفه.

أو ضمان البائع للقيمة؛ لخروجه عن منصرف دليل الانفساخ فيدخل تحت قاعده «إتلاف مال الغير».

أو التخيير بين مطالبته بالقيمة أو بالثمن، إمّا لتحقق سبب الانفساخ و سبب الضمان فيتخيّر المالك في العمل بأحدهما، و إمّا لأنّ التلف على هذا الوجه إذا خرج عن منصرف دليل الانفساخ لحقه حكم تعذّر تسليم المبيع، فيثبت الخيار للمشتري، لجريان دليل تعذّر التسليم هنا.

و هذا هو الأقوى، و اختاره في التذكرة (٣) و الدروس (٤) و جامع المقاصد (٥) و المسالك (٦) و غيرها (٧)، و عن حواشى الشهيد نسبته إلى

ص: ٢٧٦

١- (١) التذكرة ٥٦٢:١.

٢- (٢) المبسوط ١١٧:٢، و الشرائع ٥٣:٢، و التحرير ١٧٥:١، و حكاة عنهم في مفتاح الكرامه ٥٩٧:٤.

٣- (٣) راجع التذكرة ٥٠٨:١.

٤- (٤) الدروس ٢١٢:٣.

٥- (٥) جامع المقاصد ٤٠٤:٤.

٦- (٦) المسالك ٢١٧:٣ و ٣٦١.

٧- (٧) مثل مجمع الفوائد ٤١٩:٨، و الحدائق ٧٦:١٩.

فإن اختار المشتري قيمه، فهل للبائع حبس قيمه على الثمن؟ وجهان (٢)، أقواهما عدم.

و لو قبض المشتري بغير إذن البائع - حيث يكون له الاسترداد - فأتلفه البائع في يد المشتري، ففي كونه كإتلافه قبل القبض فيكون في حكم الاسترداد، كما أنّ إتلاف المشتري في يد البائع بمنزله القبض، أو كونه إتلافاً له بعد القبض موجباً للقيمة؛ لدخول المبيع في ضمان المشتري بالقبض وإن كان ظالماً فيه، وجهان. اختار أولهما في التذكرة (٣).

و لو أتلفه أجنبيّ جاء الوجوه الثلاثة المتقدمه، إلا أنّ المتعين منها هو التخيير؛ لما تقدّم، و لو لا شبهه الإجماع على عدم تعيين القيمة تعيّن الرجوع إليها بعد فرض انصراف دليل الانفساخ إلى غير ذلك.

ص: ٢٧٧

---

١- ١) حكاة السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٥٩٧:٤.

٢- ٢) فى «ش» زياده ما يلى: «من أنّها بدل عن العين، و من أنّ دليل الحبس و هو الانفهام من العقد يختصّ بالمبدل».

٣- ٣) التذكرة ٥٦٢:١.

## مسأله تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين في جميع ما ذكر،

كما صرح به في التذكرة (١)، وهو ظاهر عبارته الدروس، حيث ذكر: أن بالقبض ينتقل الضمان إلى القابض (٢)، بل الظاهر أنه مما لا خلاف فيه.

قال في المبسوط: لو اشترى عبداً بثوبٍ و قبض العبد و لم يسلم الثوب، فباع العبد صحَّ بيعه، و إذا باعه و سلّمه ثم تلف الثوب انفسخ البيع و لزمه قيمة العبد لبائعه؛ لأنه لا يقدر على ردّه (٣)، انتهى.

و في باب الصرف من السرائر نظير ذلك (٤). و قد ذكر هذه المسأله أيضاً في الشرائع (٥) و كتب العلامة (٦) و الدروس (٧) و جامع

ص: ٢٧٨

١-١ (١) التذكرة ١:٤٧٤.

٢-٢ (٢) الدروس ٣:٢١٠-٢١١.

٣-٣ (٣) المبسوط ٢:١٢٤.

٤-٤ (٤) راجع السرائر ٢:٢٦٨.

٥-٥ (٥) الشرائع ٢:٣٢.

٦-٦ (٦) مثل القواعد ٢:٨٧، و التحرير ١:١٧٦، و التذكرة ١:٤٧٤ و ١:٥٦١، و الإرشاد ١:٣٨١.

٧-٧ (٧) الدروس ٣:٢١١.

المقاصد (١) والمسالك (٢) وغيرها (٣) - أعنى مسأله من باع شيئاً معيناً بشيءٍ معينٍ ثمَّ بيع أحدهما ثمَّ تلف الآخر - و حكموا بانفساخ البيع الأول، و قد صرّحوا بنظير ذلك في باب الشفعه أيضاً (٤).

و بالجمله، فالظاهر عدم الخلاف في المسأله.

و يمكن أن يستظهر من روايه عقبه المتقدمه (٥) حيث ذكر في آخرها: «أنَّ المبتاع ضامنٌ لحقّه حتّى يردّ إليه ماله» بناءً على عود ضمير ال «حق» إلى «البائع» بل ظاهر بعضهم شمول النبويّ له بناءً على صدق المبيع على الثمن.

قال في التذكرة: لو أكلت الشاه ثمنها المعين قبل القبض، فإن كانت في يد المشتري فكإتلافه، و إن كانت في يد البائع فكإتلافه، و إن كانت في يد أجنبيّ فكإتلافه، و إن لم تكن في يد أحد انفسخ البيع، لأنَّ المبيع هلك قبل القبض بأمرٍ لا ينسب إلى آدمي فكان كالسماويه (٦)، انتهى.

ثمَّ إنّه هل يلحق العوضان في غير البيع من المعاوضات به في

ص: ٢٧٩

١-١) جامع المقاصد ٤:٤٠٢.

٢-٢) المسالك ٣:٢٥٧.

٣-٣) مثل الحدائق ١٨٩:١٩، و الجواهر ١٨٢:٢٣، و راجع مفتاح الكرامه ٤:٧١٨.

٤-٤) انظر مفتاح الكرامه ٤:٧١٩ و ٦:٣٩١، و القواعد ٢:٢٥٦.

٥-٥) تقدّمت في الصفحه ٢٧٢.

٦-٦) التذكرة ١:٤٧٤.

هذا الحكم؟ لم أجد أحداً صرّح بذلك نفيًا أو إثباتًا. نعم، ذكروا في الإجاره (١) و الصداق (٢) و عوض الخلع (٣) ضمانها لو تلف قبل القبض، لكن ثبوت الحكم عموماً مسكوتٌ عنه في كلماتهم.

إلّا أنّه يظهر من بعض مواضع التذكرة عموم الحكم لجميع المعاوضات على وجهٍ يظهر كونه من المسلّمات. قال في مسأله البيع قبل القبض و جواز بيع ما انتقل بغير البيع، قال (٤): و المال المضمون في يد الغير بالقيمه كالعاريه المضمونه أو بالتفريط - و يسمّى ضمان اليد - يجوز بيعه قبل قبضه؛ لتمام الملك فيه - إلى أن قال -: أمّا ما هو مضمونٌ في يد الغير بعوضٍ في عقد معاوضه، فالوجه جواز بيعه قبل قبضه ك: مال الصلح، و الأجره المعينه (٥). و قال الشافعي: لا يصحّ، لتوهم الانفساخ بتلفه كالبيع (٦)، انتهى.

و ظاهر هذا الكلام كونه مسلماً بين الخاصه و العامه.

ص: ٢٨٠

- 
- ١-١) راجع المبسوط ٢٢٢-٣:٢٢٣ و غيرهما من الصفحات، و الشرائع ١٨٣:٢، و راجع تفصيل ذلك في مفتاح الكرامه ٧:٩١.
  - ٢-٢) المبسوط ٢٧٦:٤، و الشرائع ٣٢٥:٢، و المسالك ١٨٧:٨، و الجواهر ٣١:٣٩.
  - ٣-٣) المبسوط ٣٥٥:٤، و الشرائع ٥١:٣، و المسالك ٣٩٨:٩، و الجواهر ٣٣:٣١.
  - ٤-٤) العبارة في «ش» هكذا: «قال في مسأله جواز بيع ما انتقل بغير البيع قبل القبض: و المال...».
  - ٥-٥) في «ش» و المصدر زياده: «لما تقدّم».
  - ٦-٦) التذكرة ٤٧٥:١.

## مسأله لو تلف بعض المبيع قبل قبضه،

فإن كان ممّا يقسّط الثمن عليه انفسخ البيع فيه فيما يقابله من الثمن؛ لأنّ التالف مبيعٌ تلف قبل قبضه، فإنّ البيع يتعلّق بكلّ جزء، إذ البيع عرفاً ليس إلّا التمليك بعوض، وكلّ جزءٍ كذلك. نعم، إسناد البيع إلى جزءٍ واحدٍ مقتصرًا عليه يوهّم انتقاله بعقد (١) مستقل، [و لذا (٢)] لم يطلق على بيع الكلّ «البيع المتعدّده».

و كيف كان فلا إشكال و لا خلاف في المسأله.

و إن كان الجزء ممّا لا يتقسّط عليه الثمن كيد العبد، فالأقوى أنّه كالوصف الموجب للتعيب. فإن قلنا بكونه كالحادث قبل العقد، فالمشترى مخيّرٌ بين الردّ و الأرش، و إلّا كان له الردّ فقط، بل عن الإيضاح: أنّ الأرش هنا أظهر؛ لأنّ المبيع هو مجموع بدن العبد، و قد نقص بعضه، بخلاف نقصان الصفه (٣). و فيه تأمّل.

ص: ٢٨١

١- ١) ظاهر «ق»: «لعقد».

٢- ٢) لم يرد في «ق».

٣- ٣) إيضاح الفوائد ٥١٠: ١.

بل ظاهر الشرائع عدم الأرش هنا (١) مع قوله به في العيب (٢)، فتأمل.

و كيف كان، فالمهمّ نقل الكلام إلى حكم العيب الحادث قبل القبض.

و الظاهر المصرّح به في كلام غير واحد: أنه لا خلاف في أنّ للمشتري الردّ (٣).

و أما الخلاف في الأرش، ففي الخلاف عدمه، مدّعياً عدم الخلاف فيه (٤)، و هو المحكى عن الحلّي (٥) و ظاهر المحقّق و تلميذه كاشف الرموز (٦)؛ لأصاله لزوم العقد و إنّما ثبت الردّ لدفع تضرّر المشتري به.

و عن النهاية: ثبوته (٧)، و اختاره العلّامة (٨) و الشهيدان (٩) و المحقّق

ص: ٢٨٢

١-١) الشرائع ٢:٣٠ و ٣٥-٣٦، و تردّد في العيب الحادث بعد العقد و قبل القبض، راجع الشرائع ٢:٣٩.

٢-٢) الشرائع ٢:٣٠ و ٣٥-٣٦، و تردّد في العيب الحادث بعد العقد و قبل القبض، راجع الشرائع ٢:٣٩.

٣-٣) منهم الأردبيلي في مجمع الفائدة ٨:٤٣٥، و المحقّق السبزواري في الكفاية: ٩٣، و المحدث البحراني في الحدائق ١٩:٨٨، و السيد الطباطبائي في الرياض ٨: ٢٧٥، و راجع تفصيل ذلك في مفتاح الكرامه ٤:٦٢٨.

٤-٤) الخلاف ٣:١٠٩، المسألة ١٧٨ من كتاب البيوع.

٥-٥) السرائر ٢:٢٩٨.

٦-٦) لم نعثر على هذه الحكاياه، أمّا المحقّق فقد تردّد في الشرائع ٢:٣٩، و قال في المختصر: ١٢٦: «و في الأرش قولان، أشبههما الثبوت» نعم قوّى في نكت النهاية عدم الأرش، راجع النهاية و نكتها ٢:١٦٢، و أمّا تلميذه فقد اختار في كشف الرموز ١:٤٨٤ عدم الأرش.

٧-٧) النهاية: ٣٩٥.

٨-٨) القواعد ٢:٧٨، و التذكرة ١:٥٢٤.

٩-٩) غايه المراد ٢:٦١، و حاشيه الشهيد الثاني نفس الموضوع، و المسالك ٣:٢٨٤ و ٣:٣٠٣.

الثانى (١) وغيرهم (٢)، و عن المختلف: نقله عن القاضى و الحلبي (٣)، و عن المسالك: أنه المشهور (٤).

و استدلوا (٥) عليه: بأنّ الكلّ مضمونٌ قبل القبض، فكذا أبعاضه و صفاته.

و أُورد عليه: بأنّ معنى ضمان الكلّ انفساخ العقد و رجوع الثمن إلى المشتري و المبيع إلى البائع، و هذا المعنى غير متحققٍ فى الوصف؛ لأنّ انعدامه بعد العقد فى ملك البائع [لا (٦)] يوجب رجوع ما قبله من عين الثمن، مع أن الأرش لا يتعين كونه من عين الثمن.

و يدفع: بأنّ وصف الصحّة لا يقابل بجزء عينٍ من الثمن؛ و لذا يجوز دفع بدله من غير الثمن مع فقده، بل يقابل بالأعم منه و ممّا يساويه من غير الثمن (٧)، و حينئذٍ فتلفه على المشتري لا يوجب

ص: ٢٨٣

١- (١) جامع المقاصد ٣:٣٥٦.

٢- (٢) مثل الفاضل المقداد فى التنقيح ٢:٨٥، و المحقق الأردبيلي فى مجمع الفائده ٨: ٤٣٥، و راجع تفصيل ذلك فى مفتاح الكرامه ٤:٦٢٨.

٣- (٣) المختلف ٥:١٨٢، و لم نعثر عليه فى المهذب، و راجع الكافى فى الفقه: ٣٥٥.

٤- (٤) المسالك ٣:٢٨٤.

٥- (٥) راجع للاستدلال و ما يورد عليه الرياض ٨:٢٧٦-٢٧٧، و مفتاح الكرامه ٤:٦٢٨، و راجع ٣٢٩ أيضاً.

٦- (٦) لم يرد فى «ق»، و الظاهر سقوطه من قلمه الشريف.

٧- (٧) العبارة فى «ش» من قوله: «مع أنّ الأرش - إلى - من غير الثمن» هكذا: «بل يقابل بالأعم منه و ممّا يساويه من غير الثمن، لأنّ الأرش لا يتعين كونه من عين الثمن، و يدفع: بأنّ وصف الصحّة لا يقابل ابتداءً بجزءٍ من عين الثمن؛ و لذا يجوز دفع بدله من غير الثمن مع فقده، بل لا يضمن بمالٍ أصلاً، لجواز إمضاء العقد على المعيب بلا شيء».



رجوع (١) جزءٍ من عين الثمن، بخلاف الكلّ و الأجزاء المستقلّة في التقويم، فحاصل معنى الضمان في المقامين هو: تقدير التلف المتعلّق بالعين أو الوصف في ملك البائع (٢) و أنّ العقد من هذه الجهة كأن لم يكن، و لازم هذا انفساخ العقد رأساً إذا تلف تمام المبيع، و انفساخه بالنسبه إلى بعض أجزائه إذا تلف البعض، و انفساخ العقد بالنسبه إلى الوصف بمعنى فواته في ملكه و تقدير العقد كأن لم يكن بالنسبه إلى حدوث هذا العيب، فكأنّ العيب حدث قبل العقد و العقد قد وقع على عينٍ معييه، فيجرى فيه جميع أحكام العيب: من الخيار، و جواز التبرّي منه في العقد، و جواز إسقاط الخيار بعده ردّاً و أرشاً.

و يؤيد ما ذكرنا: من اتّحاد معنى الضمان بالنسبه إلى ذات المبيع و وصف صحّته، الجمعُ بينهما في تلف الحيوان في أيام الخيار و تعييه في صحيح ابن سنان: «عن الرجل يشتري الدابّه أو العبد فيموت أو يحدث فيه حدثٌ، على من ضمان ذلك؟ قال: على البائع حتّى يمضى الشرط» (٣)(٤).

ص: ٢٨٤

١- ١) في «ش» زياده: «شيءٍ إلى المشتري، فضلاً عن».

٢- ٢) العبارة في «ش» من قوله: «فحاصل معنى الضمان- إلى- في ملك البائع» هكذا: «فحاصل معنى الضمان إذا انتفى وصف الصحّة قبل العقد أو انعدم بعد العقد و قبل القبض: هو تقدير التلف المتعلّق بالعين أو الوصف في ملك البائع في المقامين».

٣- ٣) الوسائل ١٢: ٣٥٢، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

٤- ٤) في «ش» زياده ما يلي: «فقوله عليه السلام: "على البائع حكمٌ بالضمان لموت العبد و حدوث حدثٍ فيه بفوات جزءٍ أو وصف، و معناه تقدير وقوعه في ملك البائع».

نعم، قد يشكل الحكم المذكور؛ لعدم الدليل على ضمان الوصف، لأنّ الضمان بهذا المعنى حكمٌ مخالفٌ للأصل يقتصر فيه على محلّ النصّ والإجماع، وهو تلف الكلّ أو البعض. ولو لا الإجماع على جواز الردّ لأشكل الحكم به أيضاً، إلّا أنّه لمّا استندوا في الردّ إلى نفي الضرر [قالوا (١)] إنّ الضرر المتوجّه إلى المبيع قبل القبض يجب تداركه على البائع.

و حينئذٍ فقد يستوجه ما ذكره العلّامة: من أنّ الحاجه قد تمسّ إلى المعاوضه، فيكون في الردّ ضرر (٢)، وكذلك في الإمساك بغير أورش، فيوجب التخيير بين الردّ و الأورش، لنفي الضرر.

لكن فيه: أنّ تدارك ضرر الصبر على المعيب يتحقّق بمجرّد الخيار في الفسخ و الإمضاء، كما في سائر موارد الضرر الداعي إلى الحكم بالخيار.

هذا، و مع ذلك فقول المشهور لا يخلو عن قوّه.

هذا كلّه مع تعيبه بآفه سماويه.

و أمّا لو تعيّب بفعل أحد، فإن كان هو المشتري فلا ضمان بأرشه، و إلّا كان له على الجاني أورش جنائته؛ لعدم الدليل على الخيار في العيب المتأخّر إلّا أن يكون بآفه سماويه. و يحتمل تخيير المشتري بين الفسخ و الإمضاء، مع تضمين الجاني لأورش جنائته بناءً على جعل العيب قبل القبض مطلقاً موجباً للخيار، و مع الفسخ يرجع البائع على الأجنبي بالأورش.

ص: ٢٨٥

---

١-١) لم يرد في «ق».

٢-٢) ذكره في المختلف ١٨٢: ٥.

لصحيحه ابن حازم المرويه في الفقيه: «إذا اشتريت متاعاً فيه كيلٌ أو وزنٌ فلا تبعه حتى تقبضه، إلّا أن تولّيه، فإن لم يكن فيه كيلٌ أو وزنٌ فبعه» (١).

□  
و صحيحه الحلبي في الكافي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «في الرجل يبتاع الطعام، ثم يبيعه قبل أن يكتاله؟ قال: لا يصلح له ذلك» (٢).

□  
و صحيحته الأخرى في الفقيه، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام:

عن قوم اشتروا بزّاً، فاشتركوها فيه جميعاً، ولم يقتسموا، أ يصلح لأحد منهم بيع بزّه قبل أن يقبضه و يأخذ ربحه؟ قال: لا بأس به، و قال:

ص: ٢٨٦

---

١- ١) الفقيه ٣: ٢٠٦، الحديث ٣٧٧٢، و الوسائل ١٢: ٣٨٧، الباب ١٦ من أبواب العقود، الحديث الأوّل.

٢- ٢) الكافي ٥: ١٧٨، الحديث ٢، و الوسائل ١٢: ٣٨٨، الباب ١٦ من أبواب العقود، الحديث ٥.

لأنَّ (١) هذا ليس بمنزله الطعام، لأنَّ الطعام يكال» (٢) بناءً على أنَّ المراد ما قبل أن يقبضه من البائع، أمَّا إذا أريد من ذلك عدم قبض حصته من يد الشركاء فلا يدلُّ على ما نحن فيه؛ لتحقُّق القبض بحصوله في يد أحد الشركاء المأذون عن الباقي.

□  
و روايه معاويه بن وهب، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه؟ فقال: ما لم يكن كيلاً أو وزنً فلا يبعه حتَّى يكيه أو يزنه، إلَّا أن يولِّيه بالذى قام عليه» (٣).

□  
و صحيحه منصور فى الفقيه، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى مبيعاً ليس فيه كيلٌ ولا وزنٌ، إله أن يبيعه مرابحةً قبل أن يقبضه و يأخذ ربحه؟ قال: لا بأس بذلك ما لم يكن كيلاً أو وزنً، فإن هو قبضه كان أبرأ لنفسه» (٤).

و صحيح الحلبي: «فى الرجل (٥) يبتاع الطعام أ يصلح (٦) يبعه قبل أن يقبضه؟ قال: إذا ربح لم يصلح حتَّى يقبضه و إن كان توليّه

ص: ٢٨٧

١- ١) فى «ش» و المصدر: «إن».

٢- ٢) الفقيه ٣: ٢١٧، الحديث ٣٨٠٥، و الوسائل ١٢: ٣٨٩، الباب ١٦ من أبواب العقود، الحديث ١٠.

٣- ٣) الوسائل ١٢: ٣٨٩، الباب ١٦ من أبواب العقود، الحديث ١١.

٤- ٤) الفقيه ٣: ٢١٧، الحديث ٣٨٠٤، و الوسائل ١٢: ٣٩٠، الباب ١٦ من أبواب العقود، الحديث ١٨.

٥- ٥) من هنا إلى قوله: «و أمَّا إذا لم يرض المسلم إليه...» فى الصفحة ٣١١ ساقط من «ق».

٦- ٦) فى «ف» بدل «أ يصلح»: «أ يصلح».

و خبر حزام المروى عن مجالس الطوسى، قال: «ابتعت طعاماً من طعام الصدقة، فأربحت فيه قبل أن أقبضه، فأردت بيعه فسألت النبى صلى الله عليه وآله، فقال: لا تبعه حتى تقبضه» (٢).

و مفهوم روايه خالد بن حجاج الكرخى قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: أشتري الطعام إلى أجلٍ مسمى، فيطلبه التجار منى بعد ما اشتريت قبل أن أقبضه؟ قال: لا- بأس أن تبيع إلى أجلٍ، كما اشتريت (٣)» (٤) والمراد تأجيل الثمن، وقوله: «كما اشتريت» إشارة إلى كون البيع توليةً فيدلّ على ثبوت البأس فى غير التولية.

و مصححه على بن جعفر عن أخيه: «عن الرجل يشتري الطعام أ يصلح (٥) بيعه قبل أن يقبضه؟ قال: إذا ربح لم يصلح حتى يقبض، وإن كان توليةً فلا بأس» (٦) و فى معناها روايته الأخرى (٧).

ص: ٢٨٨

١- ١) ما ذكره المصنّف بعنوان صحيح الحلبي لم نعثر عليه، بل هو تركيب من روایتين، فقوله: «فى الرجل يبتاع الطعام» من صحيحه الحلبي المتقدمه فى الصفحة ٢٨٦، و الباقي من مصححه على بن جعفر الآتية بعد أسطر.

٢- ٢) الأمالى للطوسى: ٣٩٩، الحديث ٨٩١، و الوسائل ١٢: ٣٩١، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢١.

٣- ٣) فى «ش» زياده: «إليه، الخبر».

٤- ٤) الوسائل ١٢: ٣٩١، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٩.

٥- ٥) فى «ف» بدل «أ يصلح»: «أ يصح».

٦- ٦) الوسائل ١٢: ٣٨٩، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٩.

٧- ٧) فى «ش»: «روايةً أخرى»، و راجع قرب الإسناد: ٢٦٥، الحديث ١٠٥٢، و الوسائل ١٢: ٣٨٩، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، ذيل الحديث ٩.

خلافاً للمحكى عن الشيخين- فى المقنعه (١) و النهايه (٢)- و القاضى (٣) و المشهور بين المتأخرين (٤)، فالكراهه، لرواياتٍ صارفٍ لظواهر الروايات المتقدمه إلى الكراهه، مثل ما فى الفقيه فى ذيل روايه الكرخى -المتقدمه-: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: أشتري الطعام من الرجل، ثم أبيع من رجلٍ آخر قبل أن أكتاله، فأقول له: ابعث و كيلك حتى يشهد كيله إذا قبضته؟ قال: لا بأس» (٥).

□  
و روايه جميل بن دراج عن أبى عبد الله عليه السلام «فى الرجل يشتري الطعام ثم يبيعه قبل أن يقبضه؟ قال: لا- بأس، و يوكل الرجل المشتري من يكيله و يقبضه» (٦).

و هذه الروايات مطلقه يمكن حملها على التوليه، و هو أولى من حمل تلك الأخبار على الكراهه، مع أن استثناء التوليه حينئذٍ يوجب

ص: ٢٨٩

١- (١) المقنعه: ٥٩٦.

٢- (٢) النهايه: ٣٩٨.

٣- (٣) حكاة العلامه فى المختلف ٥: ٢٨١، و ولده فى الإيضاح ١: ٥٠٨، و الشهيد فى غايه المراد ٢: ١٣٧ عن القاضى فى الكامل. و لا يوجد الكامل عندنا.

٤- (٤) حكاة المحدث البحرانى فى الحقائق ١٩: ١٦٨.

٥- (٥) الفقيه ٣: ٢٠٩، ذيل الحديث ٣٧٨٠، و الوسائل ١٢: ٣٨٨، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٣.

٦- (٦) آخر الحديث فى «ش» و الوسائل هكذا: «و يوكل الرجل المشتري منه بقبضه و كيله، قال: لا- بأس»، راجع الوسائل ١٢: ٣٨٨، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٦.

نفى الكراهه فيها، مع أنّ الظاهر عدم الخلاف في الكراهه فيها أيضاً بين أرباب هذا القول و إن كانت أخفّ.

و من ذلك يعلم ما في الاستيناس للجمع بالكراهه بخبر أبي بصير:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلٍ اشترى طعاماً، ثم باعه قبل أن يكيّله؟ قال: لا يعجبني أن يبيع كيلاً أو وزناً قبل أن يكيّله أو يزنه، إلّا أن يولّيه [كما اشتراه (١)] فلا بأس أن يولّيه كما اشتراه إذا لم يربح به أو يضع، و ما كان عنده من شيءٍ ليس بكيّلٍ و لا وزنٍ فلا بأس أن يبيعه قبل أن يقبضه» (٢).

بناءً على أنّ قوله: «لا- يعجبني» ظاهرٌ في الكراهه، فإنّ ذلك يوجب رفع الكراهه رأساً في التوليه؛ لأنّه في قوّه: «إنّ ذلك في التوليه ليس ممّا لا يعجبني» مع أنّ القائلين بالكراهه لا يفرّقون بين التوليه و غيرها في أصل الكراهه و إن صرّح بعضهم بكونها في التوليه أخفّ (٣).

و ربّما يستدلّ على الجواز بصحیحتی الحلبي و ابن مسلم في جواز بيع الثمره المشتراه قبل قبضها (٤). لكن لا يبعد إرادته الثمره على الشجره، فيخرج عن المكيّل و الموزون.

ص: ٢٩٠

١- ١) لم يرد في «ف».

٢- ٢) الوسائل ١٢: ٣٩٠، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٦.

٣- ٣) صرّح به صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣: ١٦٩.

٤- ٤) استدللّ بهما في الجواهر ٢٣: ١٦٦، و راجع الوسائل ١٣: ١٣، الباب ٧ من أبواب بيع الثمار، الحديث ٢ و ٣.

و ربما يستأنس للجواز بالأخبار الواردة في جواز بيع السِّلْم على من هو عليه (١) بناءً على عدم الفرق بين المسألتين. وفيه تأمل؛ لعدم ثبوت ذلك، بل الظاهر أنّ محلّ الخلاف هنا هو بيع غير المقبوض على غير البائع، كما يستفاد من ذكر القائلين بالجواز في تلك المسألة و القائلين بالتحريم هنا.

و قد جعل العلامة بيع غير المقبوض على بائعه مسألةً أُخرى ذكرها بعد مسألتنا و فروعها، و ذكر: أنّ المجوّزين في المسألة الأولى جزموا بالجواز هنا، و اختلف المانعون [فيها هنا (٢)]. و من العجيب (٣) ! ما عن التنقيح: من الإجماع على جواز بيع السِّلْم على من هو عليه (٤) مع إجماع المبسوط على المنع عن بيع السِّلْم قبل القبض، مصرّحاً بعدم الفرق بين المسلم إليه و غيره (٥).

ثمّ إنّ صريح التحرير (٦) و الدروس (٧): الإجماع على الجواز في غير المكيل و الموزون، مع أنّ المحكى في التذكرة عن بعض علمائنا القول

ص: ٢٩١

---

١- ١) استأنس بها في الجواهر ٢٣:١٦٦، و راجع الوسائل ١٢:٣٧٤-٣٧٥، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود، و ١٣:٦٨-٧٣، الباب ١١ من أبواب السلف.

٢- ٢) لم يرد في «ف»، و راجع التذكرة ١:٤٧٥.

٣- ٣) في «ش»: «العجب».

٤- ٤) التنقيح الرائع ٢:١٤٥.

٥- ٥) المبسوط ٢:١٢١.

٦- ٦) التحرير ١:١٧٦.

٧- ٧) الدروس ٣:٢١١.



بالتحريم مطلقاً (١)، و نسبه في موضع آخر إلى جماعه منياً (٢). و صريح الشيخ في المبسوط اختيار هذا القول، قال في باب السلم: إذا أسلف في شيء فلا يجوز أن يشرك فيه غيره و لا أن يوكله؛ لأن النبي صلى الله عليه و آله نهى عن بيع ما لم يقبض، و قال: «من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره» (٣) إلى أن قال: و بيوع الأعيان مثل ذلك إن لم يكن قبض المبيع، فلا- يصح الشركه و لا التولية، و إن كان قد قبضه صحت الشركه و التولية فيه بلا خلاف. و قد روى أصحابنا جواز الشركه فيه و التولية قبل القبض (٤).

ثم إن المحكي عن المهذب البارع عدم وجدان العامل بالأخبار المتقدمه المفصّله بين التولية و غيرها (٥). و هو عجيب؛ فإن التفصيل حكاه في تذكره قولاً خامساً في المسأله لأقوال علمائنا، و هي الكراهه مطلقاً [و المنع مطلقاً (٦)] و التفصيل بين المكيل و الموزون و غيرهما، و التفصيل بين الطعام و غيره بالتحريم و العدم (٧)- و هو قول الشيخ في المبسوط مدّعياً

ص: ٢٩٢

١- (١) التذكرة ٤٧٤: ١.

٢- (٢) التذكرة ٥٦٠: ١.

٣- (٣) السنن الكبرى ٦: ٣٠، و كنز العمال ٦: ٢٤١، الحديث ١٥٥٢٧ و الصفحه ٢٤٢، الحديث ١٥٥٢٩.

٤- (٤) المبسوط ١٨٧: ٢.

٥- (٥) المهذب البارع ٢: ٤٠٠-٤٠١.

٦- (٦) لم يرد في «ف».

٧- (٧) التذكرة ٤٧٤: ١.

عليه الإجماع (١)-و بالكراهه و العدم.

و هنا سادسٌ اختاره في التحرير (٢) و هو: التفصيل في خصوص الطعام بين التوليه و غيرها بالتحريم و الكراهه في غيره من المكيل و الموزون.

و المراد بالطعام يحتمل أن يكون مطلق ما أُعدّ للأكل، كما قيل:

إنّه موضوعٌ له (٣) لغه (٤).

و يحتمل أن يكون خصوص الحنطه و الشعير، بل قيل: إنّه معناه شرعاً (٥)، و حكى عن فخر الدين نقله عن والده (٦)، و حكى اختياره عن بعض المتأخرين (٧).

و عن الشهيد: أنّه حكى عن التحرير أنّه الحنطه خاصّه (٨)، و حكى عن بعض أهل اللغه (٩).

ص: ٢٩٣

١-١ (١) المبسوط ١١٩:٢-١٢٠.

٢-٢ (٢) التحرير ١٧٦:١.

٣-٣ (٣) في «ف»: «موضوعه».

٤-٤ (٤) قاله الشهيد الثاني في المسالك ٣:٢٤٨، و المحدث البحراني في الحقائق ١٩: ١٧٩.

٥-٥ (٥) قاله السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٤٧٦.

٦-٦ (٦) الموجود في المصادر المتوفّره لدينا نقله عن فخر الدين نفسه، و لم نعثر على نقله عن والده راجع جامع المقاصد ٤:٣٩٨، و

المسالك ٣:٢٤٨، و مفتاح الكرامه ٤:٤٧٦.

٧-٧ (٧) حكاه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٤٧٦.

٨-٨ (٨) حكاه أيضاً السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٤٧٦.

٩-٩ (٩) حكاه أيضاً في مفتاح الكرامه ٤:٤٧٦، و راجع الصحاح ٥:١٩٧٤ مادة «طعم»، و مجمع البحرين ٦:١٠٥ نفس المادّه، و

فيهما: «و ربما خصّ بالبرّ».

ثم إنَّ الظاهر أنَّ أصل عنوان المسألة مختصُّ بالمبيع الشخصي، كما يظهر من الاستدلال في التذكرة للمانعين بضعف الملك قبل القبض؛ لانفساخه بالتلف وكون المبيع مضموناً على البائع، فولايه المشتري على التصرف ضعيفه (١).

وذكر في التذكرة الكليّ الغير المقبوض في فروع المسألة، وقال:

المبيع إن كان ديناً لم يجز بيعه قبل قبضه عند المانعين؛ لأنَّ المبيع مع تعيينه لا يجوز بيعه قبل قبضه، فمع عدمه أولى، فلا يجوز بيع السَّلْم قبل قبضه، ولا الاستبدال به، وبه قال الشافعي (٢)، انتهى.

و كيف كان، فلا فرق في النصِّ و الفتوى بناءً على المنع بين المبيع المعين و الكليّ، بل و لا بناءً على الجواز.

ثم إنَّ ظاهر أكثر الأخبار المتقدِّمه المانع بطلان البيع قبل القبض، و هو المحكي عن صريح العماني (٣)، بل هو ظاهر كلِّ من عبّر بعدم الجواز (٤) الذي هو معقد إجماع المبسوط في خصوص الطعام (٥)؛ فإنَّ جواز البيع و عدمه ظاهران في الحكم الوضعي. إلا أنَّ المحكي عن المختلف: أنه لو قلنا بالتحريم لم يلزم بطلان البيع (٦). لكن صريحه في

ص: ٢٩٤

١-١) التذكرة ٤٧٤:١.

٢-٢) التذكرة ٤٧٤:١-٤٧٥.

٣-٣) حكاة عنه العلامة في المختلف ٢٨١:٥.

٤-٤) مثل الصدوق في المقنع: ٣٦٧، والقاضي في المهذب ٣٨٥:١، والطوسي في الوسيله: ٢٥٢.

٥-٥) المبسوط ١١٩:٢.

٦-٦) المختلف ٢٨٢:٥.

مواضع من التذكرة (١) وفي القواعد: أنّ محلّ الخلاف الصّحّه و البطلان (٢).

و بالجمله، فلا ينبغي الإشكال في أنّ محلّ الخلاف في كلمات الأصحاب (٣) هو الحكم الوضعي.

**و ينبغي التنبيه على أمور:**

**الأول أنّ ظاهر جماعه عدم لحوق الثمن بالمبيع في هذا الحكم، فيصحّ بيعه قبل قبضه.**

قال في المبسوط: أمّا الثمن إذا كان معيناً فإنّه يجوز بيعه قبل قبضه، وإن كان في الذمّه فكذلك يجوز؛ لأنّه لا مانع منه ما لم يكن صرّفًا، فأما إذا كان صرّفًا لا يجوز بيعه قبل القبض (٤).

و في موضعين من التذكرة قوى الجواز إذا كان الثمن كلياً في الذمّه (٥). و هو ظاهر جامع المقاصد في شرح قول المصنّف قدّس سرّه: و لو أحال من له طعامٌ من سلم... إلخ (٦).

ص: ٢٩٥

- 
- ١- ١) منها ما قاله في التذكرة ١:٥٦١: «مسأله: قد تقدّم الخلاف في أنّ بيع المبيع قبل القبض هل يصحّ أم لا...».
  - ٢- ٢) راجع القواعد ٢:٨٧، وفيه: «و على التحريم يبطل».
  - ٣- ٣) في «ش»: «كلمات الأكثر».
  - ٤- ٤) المبسوط ٢:١٢٠.
  - ٥- ٥) التذكرة ١:٤٧٥ و ١:٥٦٣.
  - ٦- ٦) جامع المقاصد ٤:٣٩٩.

و استدللّ عليه في التذكرة بقول الصادق عليه السلام - وقد سئل عن الرجل باع طعاماً بدراهم إلى أجل، فلمّا بلغ الأجل تقاضاه، فقال:

ليس عندي دراهم خذ منّي طعاماً - قال: «لا بأس إنّما له دراهمه يأخذ بها ما شاء» (١).

و يمكن أن يقال: إنّ المطلوب جعل الثمن مبيعاً في العقد الثاني، لا ثمناً أيضاً كما هو ظاهر الرواية، مع اختصاصها بالبيع مّمن هو عليه، فلا يعمّ إلّا بعدم الفصل لو ثبت. و صرح في أواخر باب السّلم بإلحاق الثمن المعين بالمبيع (٢). و يؤيدّه تعليل المنع في طرف المبيع بقصور ولايه المشتري لانفساخ العقد بتلفه (٣) فإنّه جارٍ في الثمن المعين.

### **الثاني هل البيع كناية عن مطلق الاستبدال فلا يجوز جعله ثمناً و لا عوضاً في الصلح و لا اجرة و لا وفاء عمّا عليه، أم يختصّ بالبيع؟**

ظاهر عنواناتهم الاختصاص بالبيع (٤). و أظهر منها في الاختصاص قوله في التذكرة: الأقرب عندي أنّ النهي به متعلّق بالبيع لا بغيره من المعاوضات (٥). و أظهر من الكلّ قوله في موضع آخر: لو كان لزيد عند

ص: ٢٩٦

١- (١) الوسائل ١٣: ٧١، الباب ١١ من أبواب السلف، الحديث ١٠.

٢- (٢) التذكرة ٥٦٠: ١.

٣- (٣) راجع التذكرة ٤٧٤: ١.

٤- (٤) في «ف»: «بالمبيع».

٥- (٥) التذكرة ٤٧٥: ١.

عمرو طعاماً من سَلِم، فقال لزيد: خذ هذه الدراهم عن الطعام الذي لك عندي، لم يجز عند الشافعي؛ لأنه يبيع المسلم فيه قبل القبض، والأولى عندي الجواز، وليس هذا بيعاً وإنما هو نوع معاوضه (١)، انتهى.

و أصرح من الكلّ تصريحه في موضع ثالث بجواز الصلح عن المسلم فيه قبل القبض؛ لأنه عقدٌ مستقلٌّ لا يجب مساواته للبيع في أحكامه (٢).

وقد صرّح جامع المقاصد أيضاً في غير موضع باختصاص الحكم بالبيع دون غيره (٣). وقد تقدّم في كلامه: أنه لا يجوز بيع السَلَم قبل قبضه، ولا الاستبدال به (٤).

لكنّ العلّامة قد عبّر بلفظ «الاستبدال» في كثيرٍ من فروع مسأله البيع قبل القبض (٥)، مع أنّ ما استدللّ به للمانعين: من قصور ولايه المشتري في التصرف لانفساخ العقد بالتلف (٦)، جارٍ في مطلق التصرف فضلاً عن المعاوضه.

وقد صرّح الشيخ في المبسوط في باب الحواله: بأنّها معاوضه، و المعاوضه على المسلم فيه قبل القبض غير جائزه (٧) [٨]. وهو وإن

ص: ٢٩٧

١-١ (١) التذكرة ٥٦٠:١.

١-٢ (٢) التذكرة ٥٥٩:١.

٣-٣ (٣) لم نعثر على تصريحه بذلك، نعم يظهر منه ذلك، راجع جامع المقاصد ٣٩٩:٤-٤٠١:٤.

٤-٤ (٤) لم نعثر عليه فيما تقدّم من كلامه، و لم نعثر عليه في جامع المقاصد، نعم تقدّم في كلام العلّامة المتقدم في الصفحه ٢٩٤.

١-٥ (٥) راجع التذكرة ٤٧٥:١.

١-٦ (٦) استدللّ به في التذكرة ٤٧٤:١، و تقدّم في الصفحه السابقه أيضاً.

٧-٧ (٧) الزيادة منّا.

١-٨ (٨) المبسوط ٣١٣:٢.

رجع عن الصغرى فيما بعد ذلك (١)، لكنه لم يرجع عن الكبرى.

و صرح في الإيضاح بابتناء الفرع الآتى - أعنى إحاله من عليه طعامً لغريمه على من له عليه طعام - على أنّ الحواله معاوضه (٢) أو استيفاء، و أنّ المعاوضه قبل القبض حرامٌ أو مكروه (٣).

و إرادته خصوص البيع من المعاوضه ليست بأولى من إرادته مطلق المعاوضه من البيع فى قولهم: «إنّ الحواله بيعٌ أو ليست بيعاً» بل هذه أظهر فى كلماتهم، و قد صرح الأ-كثر: بأنّ تراضى المسلم و المسلم إليه على قيمه المسلم فيه من بيع الطعام قبل القبض (٤)، فاستدلوا بأخباره (٥) على جوازه.

و يؤيده أيضاً قوله فى التذكرة: لو كان لزید طعامٌ على عمرو سَلَمًا، و لخالد مثله على زيد، فقال زيد: «أذهب إلى عمرو و اقبض لنفسك مالى عليه» لم يصحّ لخالد عند أكثر علمائنا، و به قال الشافعى و أحمد؛ لأنّ النبىّ صلّى الله عليه و آله نهى عن بيع الطعام بالطعام حتى يجرى فيه صاعان: صاع البائع و صاع المشتري (٦).

ص: ٢٩٨

١- ١) راجع المبسوط ٢:٣١٧ و فيه: «و يقوى فى نفسى أنّها ليست ببيع».

٢- ٢) فى «ش» زياده: «مستقله».

٣- ٣) إيضاح الفوائد ١:٥٠٨.

٤- ٤) منهم المحدّث البحرانى فى الحدائق ٢٠:٤٤، و الجواهر ٢٤:٣٢١.

٥- ٥) راجع الوسائل ١٢:٣٨٧، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، و ١٣:٦٨، الباب ١١ من أبواب السلف.

٦- ٦) التذكرة ١:٤٧٣، و راجع الحديث فى السنن الكبرى ٥:٣١٦.

و سيأتى ابتداء هذا الفرع فى كلام جماعه على مسأله البيع قبل القبض (١).

نعم، ذكر الشهيد: أنه كالبيع قبل القبض، و صرح بابتداء الحكم فيما لو قال للمسلم: «اشتر لى بهذه الدراهم طعاماً و اقبضه لنفسك» على حكم البيع قبل القبض (٢).

و كيف كان، فالمسأله محل إشكالٍ من حيث اضطراب كلماتهم، إلا أن الاقتصار فى مخالفه الأصل على المتيقن هو المتعين.

و منه يظهر جواز بيع ما انتقل بغير البيع من المعاوضات كالصلح و الإجاره و الخلع - كما صرح به فى الدروس (٣) - فضلاً عن مثل الإرث و القرض و مال الكتابه و الصداق و غيرها. نعم، لو ورث ما اشترى و لم يقبض أو صدقه أو عوض عن الخلع جرى الخلاف فى بيعه.

### الثالث هل المراد من البيع المنهى إيقاع عقد البيع على ما لم يقبض، أو ما يعمّ تشخيص الكلّى المبيع به؟

فيكون المنهى عنه نقل ما لم يقبض بسببٍ خاصّ هو البيع، كما لو نهى عن بيع أمّ الولد، أو حلف على أن لا يبيع مملوكه، حيث لا فرق بين إيقاع البيع عليه أو دفعه عن الكلّى المبيع.

ص: ٢٩٩

١-١) راجع الصفحه ٣٠١ و ما بعدها.

٢-٢) الدروس ٣:٢١١.

٣-٣) الدروس ٣:٢١١.



ظاهر النصّ و الفتوى و إن كان هو الأوّل، بل هو المتعيّن في الأخبار المفصّله بين التولية و غيرها (١). إلّا أنّ المعنى الثاني لا يبعد عن سياق مجموع الأخبار.

و عليه، فلو كان عليه سلّم لصاحبه، فدفع إليه دراهم و قال:

«اشتر لي بها طعاماً و اقبضه لنفسك» جرى فيه الخلاف في بيع ما لم يقبض، كما صرح به في الدروس (٢). و لكن في بعض الروايات دلالة على الجواز، مثل صحيحه يعقوب بن شعيب قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له على الآخر أحمالٌ من رطبٍ أو تمرٍ فيبعث إليه بدنانير، فيقول: اشتر بهذه و استوف منه الذي لك، قال: لا بأس إذا ائتمنه» (٣).

□  
لكن في صحيحه الحلبي قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أسلفته دراهم في طعام فلما حلّ طعامي عليه بعث إليّ بدراهم، فقال: اشتر لنفسك طعاماً و استوف حقّك، قال: أرى أن يولّى ذلك غيرك و تقوم معه حتّى تقبض الذي لك، و لا تتولّى أنت شراءه» (٤).

و في موثقه عبد الرحمن: «يكون معه غيره يوفيه ذلك» (٥).

ص: ٣٠٠

١- (١) راجع الوسائل ٣٨٧: ١٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود.

٢- (٢) الدروس ٢١١: ٣.

٣- (٣) التهذيب ٧: ٤٢، الحديث ١٨٠، و الوسائل ٧٣: ١٣، الباب ١٢ من أبواب السلف ذيل الحديث الأوّل، و السائل - كما نقله الشيخ في التهذيب - هو يعقوب ابن شعيب، و ظاهر الوسائل يوهم أنّ السائل هو الحلبي.

٤- (٤) الوسائل ٧٣: ١٣، الباب ١٢ من أبواب السلف، الحديث الأوّل.

٥- (٥) الوسائل ٧٤: ١٣، الباب ١٢ من أبواب السلف، الحديث ٢.

لكن ظاهر الخبرين كراهه مباشرة الشراء من جهة كونه في معرض التهمة، والمطلوب صحه الشراء و عدم جواز الاستيفاء.

ثم إن هذا كله إذا كان الطعام المشتري شخصياً.

و أما إذا وكله في شراء الكلّي فلا يجرى فيه ذلك؛ لأنّ تشخيص ما باعه سَلَمًا في الطعام الكلّي المشتري موقوفٌ على قبضه ثم إقباضه، و بدون ذلك لا- يمكن الإيفاء إلّا بالحواله أو التوكيل، فتدخل المسأله فيما ذكره في الشرائع (١) و غيرها (٢)- تبعاً للمبسوط (٣) بل نسب إلى المشهور (٤):-

من أنه لو كان له على غيره طعامٌ من سَلَمٍ و عليه مثل ذلك، فأمر غريمه أن يكتال لنفسه من الآخر، فإنّه يكره أو يحرم على الخلاف.

و قد علل ذلك في الشرائع: بأنّه قبضه عوضاً عن ماله قبل أن يقبضه صاحبه (٥).

و ذكر المسأله في القواعد بعنوان الحواله، قال: لو أحال من عليه طعامٌ من سَلَمٍ بقبضه على من له عليه مثله من سَلَمٍ، فالأقوى الكراهه، و على التحريم يبطل، لأنّه قبضه عوضاً عن ماله قبل أن يقبضه صاحبه (٦).

ص: ٣٠١

١-١ الشرائع ٢:٣١.

٢-٢ مفتاح الكرامه ٤:٧١٤، و الجواهر ٢٣:١٧٠.

٣-٣ المبسوط ٢:١٢٢.

٤-٤ الحدائق ١٩:١٨٠.

٥-٥ الشرائع ٢:٣١.

٦-٦ القواعد ٨٦:٢ ٨٧.

و بنى فى الإيضاح جريان الخلاف فى المسأله على أن الحواله معاوضه أو استيفاء، و أن المعاوضه على مال السّلم قبل القبض حراماً أو مكروه (١).

و أنكر جماعه ممن تأخر عن العلامه (٢) كون هذه المسأله من محلّ الخلاف فى بيع ما لم يقبض؛ بناءً على أن الحواله ليست معاوضه فضلاً عن كونها بيعاً، بل هى استيفاء.

أقول: ذلك إمّا وكالّه و إمّا حواله، و على كلّ تقدير يمكن تعميم محلّ الخلاف لمطلق المعاوضه و يكون البيع كنايةً عنها؛ و لذا نسب فيما عرفت من عبارته التذكره المنع فى هذه المسأله إلى أكثر علمائنا و جماعه من العامه محتجين بالنبوى المانع عن بيع ما لم يقبض (٣)، و استند الشيخ رحمه الله أيضاً فى المنع إلى الإجماع على عدم جواز بيع ما لم يقبض (٤).

و قد عرفت ما ذكره الشيخ فى باب الحواله (٥). و لعله لذا قال الشهيد فى الدروس فى حكم المسأله: إنه كالبيع قبل القبض (٦).

ص: ٣٠٢

- 
- ١-١) الإيضاح ٥٠٨: ١.
  - ٢-٢) مثل المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٣٩٩: ٤، و الشهيد الثانى فى المسالك ٣: ٢٥٠، و المحقق السبزوارى فى الكفايه: ٩٦، و صاحب الجواهر فى الجواهر ٢٣: ١٧٠.
  - ٣-٣) راجع الصفحه ٢٩٨.
  - ٤-٤) المبسوط ١٢٢: ٢، و راجع الصفحه ١١٩ أيضاً.
  - ٥-٥) راجع الصفحه ٢٩٧.
  - ٦-٦) الدروس ٢١١: ٣.

لكنه رحمه الله تعرّض في بعض تحقيقاته لتوجيه إدراج المسألة في البيع: بأنّ مورد السّلم لمّا كان ماهيّة كليّة ثابتة في الذمّة منطبقه على أفرادٍ لا نهايه لها، فأى فردٍ عينه المسلم إليه تشخّص بذلك الفرد و انصبّ العقد عليه، فكأنه لمّا قال الغريم: «اكتل من غريمي فلان» قد جعل عقد السلم معه وارداً على ما في ذمّه المستلف منه (١) و لمّا يقبضه بعد، و لا ريب أنّه مملوكٌ له بالبيع، فإذا جعل مورداً للسّلم الذي هو بيعٌ يكون بيعاً للطعام قبل قبضه، فيتحقّق الشرطان و يلحق بالباب، و هذا من لطائف الفقه (٢)، انتهى.

و اعترضه في المسالك: بأنّ مورد السّلم و نظائره (٣) - من الحقوق الثابتة في الذمّة - لمّا كان أمراً كلياً كان البيع المتحقّق به هو الأمر الكلي، و ما يتعيّن لذلك من الأعيان الشخصيّة بالحواله و غيرها ليس هو نفس المبيع و إن كان الأمر الكليّ إنّما يتحقّق في ضمن الأفراد الخاصّة، فإنّها ليست عينه؛ و من ثمّ لو ظهر المدفوع مستحقّاً أو معيباً يرجع الحقّ إلى الذمّة، و المبيع المعين ليس كذلك، و حينئذٍ فانصباب العقد على ما قبض و كونه حينئذٍ مبيعاً غير واضح، فالقول بالتحريم به عند القائل به في غيره غير متوجّه (٤)، انتهى.

أقول: ما ذكره من منع تشخيص المبيع في ضمن الفرد الخاصّ

ص: ٣٠٣

١- ١) في «ش»: «المسلف منه».

٢- ٢) نقله عنه الشهيد الثاني في المسالك ٣: ٢٥٠.

٣- ٣) في «ف» بدل «نظائره»: «غيره».

٤- ٤) المسالك ٣: ٢٥١.

المدفوع و إن كان حقًا من حيث عدم انصباب العقد عليه، إلّا أنّه يصدق عليه انتقاله إلى المشتري بعقد البيع، فإذا نهى الشارع عن بيع ما لم يقبض نظير نهيه عن بيع أمّ الولد و عن بيع ما حلف على ترك بيعه، فإنّه لا فرق بين إيقاع العقد عليه و بين دفعه عن الكلّي المبيع.

لكن يرد على ما ذكره الشهيد عدم تشخيص الكلّي بالكلّي إلّا بالحواله الراجعة إلى الاستيفاء أو المعاوضه، و هذا لا يسوّغ إطلاق البيع على الكلّي المتشخص به بحيث يصدق أنّه انتقل إلى المحال بناقل البيع.

نعم، هذا التوجيه إنّما يستقيم في الفرع المتقدم (1) عن الدروس و هو: ما إذا أمره بقبض الطعام الشخصيّ الذي اشتراه للمشتري، فإنّ مجرد قبضه بإذن البائع مشخّص للكلّي المبيع في ضمنه، فيصدق أنّه انتقل بالبيع قبل أن يقبض.

و يمكن أن يقال: إنّ تشخيص الكلّي المبيع في الكلّي المشتري يكفي فيه إذن البائع في قبض بعض أفراد الكلّي المشتري من دون حاجه إلى حواله، فإذا وقع فردٌ منه في يد المشتري صدق أنّه انتقل بالبيع قبل القبض.

و كيف كان، فالأظهر في وجه إدخال هذه المسأله في محلّ الخلاف تعميم مورد الخلاف لمطلق الاستبدال حتّى المتحقّق بالحواله و إن لم نقل بكونها بيعاً. و المسأله تحتاج إلى فضل تتبع، و الله الموفّق.

و استدلّ في الحدائق (2) على الجواز بما عن المشايخ الثلاثة بطريق

ص: ٣٠٤

١-١) تقدّم في الصفحه ٢٩٩.

٢-٢) الحدائق ١٨١:١٩.

صحيح و موثق عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلٍ عليه كُرٌّ من طعام، فاشترى كُرّاً من رجلٍ آخر، فقال للرجل: انطلق فاستوف كُرّك، قال: لا بأس به» (١).

و فيه: أنّه لا- دلالة لها على محلّ الكلام؛ لأنّ الكلام فيما إذا كان المالان سَيَلَمين، و مورد الروايه إعطاء ما اشترى به قبل قبضه وفاءً عن دينٍ لم يعلم أنّه سَيَلَمٌ أو قرضٌ أو غيرهما. و قد استدلّ به في التذكرة على جواز إيفاء القرض بمال السَلَم (٢)؛ و لذا قال جامع المقاصد في شرح قوله رحمه الله: «و لو أحوال من له عليه طعامٌ من سَلَمٍ بقبضه على من عليه مثله من سَلَمٍ... إلخ» فإن قلت: لم اعتبر كون المالكين معاً سَيَلَمين؟ قلت: لأنّ المنع إنّما هو من بيع ما لم يقبض، و إذا كان أحد المالكين سَيَلَماً دون الآخر لم يتعيّن لكونه مبيعاً؛ لإمكان اعتباره ثمناً، إذ لا معيّن (٣) لأحدهما (٤)، انتهى.

و يمكن أن يقال: إنّ ظاهر الحوالة بناءً على كونها معاوضةً كون المحيل مملّكاً ماله في ذمّه غريمه بإزاء ما لغريمه عليه، فماله معوّضٌ و مالٌ غريمه عوض، فإذا كان ما له على غريمه سَلَماً كفى في المنع عن تمليكه

ص: ٣٠٥

- 
- ١-١) الكافي ٥: ١٧٩، الحديث ٥، و الفقيه ٣: ٢٠٦، الحديث ٣٧٧٣، و التهذيب ٧: ٣٧، الحديث ١٥٦، و الوسائل ١٢: ٣٨٧، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢.
- ٢-٢) التذكرة ١: ٥٦٠.
- ٣-٣) العبارة في «ف» هكذا: «لا احتمال كونه ثمناً، إذ لا يتعيّن».
- ٤-٤) جامع المقاصد ٤: ٣٩٩.

بإزاء ما لغريمه عليه، لأنه من بيع ما لم يقبض، وحينئذٍ فيتم الاستدلال بالرواية. نعم، لو كان ما عليه سَلَمًا دون ما له أمكن خروجه عن المسألة؛ لأنَّ الظاهر هنا كون المسلم ثمنًا و عوضاً. و إلى هذا ينظر بقوله (١) في القواعد و التحرير- تبعاً للشرائع (٢)-: و لو كان المالان أو المحال به قرضاً صحَّ (٣).

و لا- وجه لا- اعتراض جامع المقاصد عليه: بأنَّه لا- وجه لتخصيص المحال به بالذكر مع أنَّ العكس كذلك، و استحسان تعبير الدروس بلفظ «أحدهما» (٤). ثم قال: و ليس له أن يقول: إنَّ المحال به شبيه بالمبيع من حيث تخيل كونه (٥) مقابلاً بالآخر، إذ ربما يقال: إنَّ شبهه بالثمن أظهر؛ لاقترانه بالباء. و كل ذلك ضعيف (٦)، انتهى.

و فيه ما لا- يخفى، فإنَّ الباء هنا ليس للعوض، و ظهور الحوالة في كون إنشاء التمليك من المحيل لا ينكر. و احتمال كونه متمكناً مال غريمه بمال نفسه- كما في المشتري المقدم لقبوله على الإيجاب- بعيد. و يدل على هذا أيضاً قولهم: إنَّ الحوالة بيع (٧)، فإنَّ ظاهره كون المحيل بائعاً.

ص: ٣٠٦

١- ١) في «ف»: «قوله».

٢- ٢) الشرائع ٢: ٣٢.

٣- ٣) القواعد ٢: ٨٧، و التحرير ١: ١٧٦.

٤- ٤) الدروس ٣: ٢١١.

٥- ٥) في «ف» بدل «من حيث تخيل كونه»: «من حيث إنه يجعل».

٦- ٦) جامع المقاصد ٤: ٤٠١.

٧- ٧) راجع المبسوط ٢: ٣١٦ و ٣١٨، و التذكرة ١: ٤٧٥ و ٥٦٠ و ٥٦٣، و جامع المقاصد ٥: ٣٥٩ و ٣٦٧.

ثم إنَّ المفروض في المسأله المذكوره ما لو أذن المحيل للمحال عليه (١) في اكتياله لنفسه، بأن يأتي بلفظ الإحاله- كما في عبارته القواعد (٢)- أو يقول له: «اكتل لنفسك» كما في عبارتي المبسوط و الشرائع (٣). أمّا لو وَّكَّله في القبض عن الآذن ثمَّ القبض لنفسه فيكون قابضاً مقبضاً، فيبني (٤) على جواز تولّي طرفي القبض، و الأقرب صحّته، لعدم المانع.

## الرابع ذكر جماعه

الرابع ذكر جماعه (٥): أنه لو دفع إلى من له عليه طعامٌ دراهمٌ و قال:

«اشتر بها لنفسك طعاماً» لم يصحّ؛

لأنّ مال الغير يمتنع شراء شيء به لنفسه. و وجهه: أنّ قضيّه المعاوضه انتقال كلّ عوضٍ إلى ملكٍ من خرج عن ملكه العوض الآخر، فلو انتقل إلى غيره لم يكن عوضاً.

و يمكن نقض هذا بالعوض المأخوذ بالمعاطاه على القول بإفادتها للإباحه، فإنّه يجوز أن يشتري به شيئاً لنفسه، على ما في المسالك: من

ص: ٣٠٧

١- ١) في «ش»: «أذن المحيل للمحال».

٢- ٢) القواعد ٨٦: ٢.

٣- ٣) المبسوط ١٢١: ٢، و الشرائع ٣١: ٢.

٤- ٤) في «ش»: «مبني»، و في نسخه بدله ما أثبتناه.

٥- ٥) مثل الشيخ في المبسوط ١٢١: ٢، و القاضي في المهذب ٣٨٧: ١، و المحقّق في الشرائع ٣٢: ٢، و غيرهم، راجع مفتاح الكرامه ٧١٥: ٤.



جواز جميع التصرفات بإجماع القائلين بصحة المعاطاه (١).

و أيضاً فقد ذكر جماعه-منهم العلامه فى المختلف (٢) وقطب الدين و الشهيد على ما حكى عنهما (٣):- أن مال الغير المنتقل عنه بإزاء ما اشتراه عالماً بكونه مغصوباً باقى على ملكه، و يجوز لبائع ذلك المغصوب التصرف فيه بأن يشتري به شيئاً لنفسه و يملكه بمجرد الشراء.

قال فى المختلف-بعد ما نقل عن الشيخ فى النهايه: أنه لو غصب مالاً و اشتري به جاريه كان الفرج له حلالاً، و بعد ما نقل مذهب الشيخ فى ذلك فى غير النهايه و مذهب الحلّى:- إن كلام النهايه يحتتمل أمرين:

أحدهما: اشتراء الجاريه فى الذمه، كما ذكره فى غير النهايه.

الثانى: أن يكون البائع عالماً بغصب المال، فإن المشتري حينئذٍ يستبيح و طء الجاريه و عليه وزر المال (٤)، انتهى.

و قد تقدّم (٥) فى فروع بيع الفضولى و فى فروع المعاطاه نقل كلام القطب و الشهيد و غيرهما.

و يمكن توجيه ما ذكر فى المعاطاه بدخول المال آناً ما قبل

ص: ٣٠٨

---

١-١) راجع المسالك ٣:١٤٩، و لم نعثر فيه على الإجماع، نعم فيه: «من أجاز المعاطاه سوغ أنواع التصرفات».

٢-٢) ستأتى عبارته.

٣-٣) حكاه عنهما السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:١٩٢.

٤-٤) المختلف ٥:٢٥٨-٥:٢٥٩، و راجع النهايه: ٤٠٤، و المسائل الحائريّات (الرسائل العشر) ٢٨٧-٢٨٨، و السرائر ٢:٣٢٩.

٥-٥) فى الجزء الثالث: ٣٨٧، ٨٩، و ٤٧٢.

التصرّف فى ملك المتصرّف، كما يلزمهم القول بذلك فى وطء الجارىه المأخوذه بالمعاطاه. و توجيه الثانى: بأنّه فى معنى تمليك ماله مجاناً بغير عوض.

و كيف كان، فالمعاوضه لا تعقل بدون قيام كلّ عوضٍ مقام معوّضه، و إذا ثبت على غير ذلك فلا بدّ من توجيهه، إمّا بانتقال أحد العوضين إلى غير مالكه قبل المعاوضه، و إمّا بانتقال العوض الآخر إليه بعدها.

و من هنا يمكن أن يحمل قوله فيما نحن فيه: «اشتر بدراهمى طعاماً لنفسك» على إرادته كون اللام لمطلق النفع لا للتمليك، بمعنى: اشتر فى ملكى و خذه لنفسك، كما ورد فى مورد بعض الأخبار السابقه:

«اشتر لنفسك طعاماً و استوف حقّك» (١).

و يمكن أن يقال: إنّه إذا اشترى لنفسه بمال الغير وقع البيع فضولاً كما لو باع الغير لنفسه فإذا قبضه فأجاز المالك الشراء و القبض تعيّن له، و حيث كان استمراره بيد المشتري قبضاً فقد قبض ماله على مالك الطعام، فافهم.

ص: ٣٠٩

مسأله لو كان له طعامٌ على غيره فطالبه به في غير مكان حدوثة في ذمته،

اشاره

فهنا مسائل ثلاث:

أحدها:

أن يكون المال سلماً

بأن أسلفه طعاماً في العراق و طالبه بالمدينه مع عدم اشتراط تسليمه بالمدينه، فلا إشكال في عدم وجوب أدائه في ذلك البلد. و أولى بعدم الوجوب ما لو طالبه بقيمه ذلك البلد.

و لو طالبه في ذلك البلد بقيمته في بلد وجوب التسليم و تراضيا على ذلك، قال الشيخ: لم يجز؛ لأنه يبيع الطعام قبل قبضه (١). و هو حسنٌ بناءً على إرادته يبيع ما في ذمته بالقيمه، أو إرادته مطلق الاستبدال من البيع المنهى عنه. أمّا لو جعلنا النهى (٢) عن خصوص البيع و لم يحتمل التراضى على خصوص كون القيمه ثمناً، بل احتمال كونه مثنياً و السلم ثمناً، فلا- وجه للتحريم. لكنّ الإنصاف: ظهور عنوان القيمه

ص: ٣١٠

١- (١) المبسوط ١:٢١١.

٢- (٢) في «ش»: «المنهى عنه».

-خصوصاً إذا كان من النقيدين- في الثمّية، فينبى الحكم على انصراف التراضى المذكور إلى السبع أو القول بتحريم مطلق الاستبدال.

و أما إذا لم يرض المسلم إليه، ففي جواز إجباره على ذلك قولان، المشهور- كما قيل- العدم (1)؛ لأنّ الواجب فى ذمّته هو الطعام لا القيمة.

و عن جماعة- منهم العلّامة فى التذكرة- الجواز (2)؛ لأنّ الطعام الذى يلزمه دفعه معدوم، فكان كما لو عدم الطعام فى بلد يلزمه التسليم فيه.

و توضيحه: أنّ الطعام قد حلّ و التقصير من المسلم إليه، حيث إنّه لو كان فى ذلك البلد أمكنه أداء الواجب بتسليم المال إلى المشتري إن حضر، وإلاّ دفعه إلى وليّه و لو الحاكم أو عزله.

و كيف كان فتعدّر البراءة مستندة إلى غيبته، فللغريم مطالبه قيمة بلد الاستحقاق حينئذٍ. و قد يتوهم أنّه يلزم من ذلك جواز مطالبه الطعام و إن كان أزيد قيمةً، كما سيجىء القول بذلك فى القرض.

و لو كان الطعام فى بلد المطالبه مساوياً فى القيمة لبلد الاستحقاق، فالظاهر وجوب الطعام عليه، لعدم تعدّر الحقّ، و المفروض عدم سقوط المطالبه بالغيبه عن بلد الاستحقاق، فيطالبه بنفس الحقّ.

ص: ٣١١

(١-١) راجع الحدائق ١٨٦:١٩.

(٢-٢) التذكرة ٥٦١:١، و لم نعثر على غيره، و نسبه فى المسالك (٣:٢٥٤) إلى بعض الأصحاب، و مثله فى الحدائق ١٨٦:١٩، و العبارة فىهما هكذا: «و ذهب بعض الأصحاب و منهم العلّامة فى التذكرة إلى وجوب دفع القيمة»، نعم يظهر من المحقّق الثانى الميل إليه فى جامع المقاصد ٤٠٨:٤-٤٠٩.

أن يكون ما عليه قرضاً،

و الظاهر عدم استحقاق المطالبة بالمثل مع اختلاف القيمة؛ لأنه (١) إنما يستحقها في بلد القرض، فإلزامه بالدفع في غيره إضرار. خلافاً للمحكى عن المختلف (٢) وقواه جامع المقاصد هنا، لكنه جزم بالمختار في باب القرض (٣). و أما مطالبته بقيمه بلد الاستحقاق، فالظاهر جوازها وفقاً للفاضلين (٤) وحكى عن الشيخ والقاضى (٥)، و عن غايه المرام: نفى الخلاف (٦)؛ لما تقدم (٧): من أن الحق هو الطعام على أن يسلم في بلد الاستحقاق، و قد تعذر بتعذر قيده لا بامتناع ذى الحق، فلا وجه لسقوطه.

غايه الأمر الرجوع إلى قيمته لأجل الإضرار؛ و لذا لو لم تختلف القيمة فالظاهر جواز مطالبته بالمثل؛ لعدم التضرر. لكن مقتضى ملاحظه التضرر إناطه الحكم بعدم الضرر على المقترض أو بمصلحته و لو من غير جهه اختلاف القيمة، كما فعله العلامة في القواعد (٨) و شارحه جامع

ص: ٣١٢

١- ١) في «ش»: «لأنها».

٢- ٢) حكاها عنه في مفتاح الكرامه ٤:٧٢٦، و راجع المختلف ٥:٢٩٠.

٣- ٣) جامع المقاصد ٤:٤٠٩، و ٥:٣٣-٣٤.

٤- ٤) الشرائع ٢:٣٢، و القواعد ٢:٨٨.

٥- ٥) المبسوط ٢:١٢٣، و فيه: «اجبر على دفعها»، و المهذب ١:٣٩٠، و فيه أيضاً بعد الحكم بالجواز: «و صحح أن يجبر على دفعها إليه».

٦- ٦) حكاها عنه في مفتاح الكرامه ٤:٧٢٥، و راجع غايه المرام (مخطوط) ١:٣٠٣.

٧- ٧) تقدم في الصفحه المتقدمه.

٨- ٨) القواعد ٢:١٠٥.

المقاصد (١). ثم إنه اعترف في المختلف بتعيين قيمه بلد القرض مع تعذر المثل في بلد المطالبه (٢). وفيه تأمل، فتأمل.

□  
و ظاهر بعض عدم جواز المطالبه لا بالمثل و لا بالقيمه، و كأنه يتفرع على ما عن الشهيد رحمه الله في حواشيه (٣): من عدم جواز مطالبه المقترض المثل في غير بلد القرض حتى مع عدم تضرره، فيلزم من ذلك عدم جواز مطالبته (٤) بالقيمه بطريق أولى. و لعله لأن مقتضى «اعتبار بلد القرض»: أن ليس للمقرض إلّا مطالبه تسليم ماله في بلد القرض، و مجرد تعذره في وقت من جهه توقفه على مضى زمان لا. يوجب اشتغاله بالقيمه، كما لو أخر التسليم اختياراً في بلد القرض، أو احتاج تسليم المثل إلى مضى زمان، فتأمل.

### الثالث:

أن يكون الاستقرار من جهه الغصب،

فالمحكي عن الشيخ و القاضي:

أنه لا يجوز مطالبته بالمثل في غير بلد الغصب (٥). و لعله لظاهر قوله تعالى: فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ (٦) فَإِنَّ مَا فِي ذَمِّهِ هُوَ

ص: ٣١٣

١-١) جامع المقاصد ٣٣:٥.

٢-٢) المختلف ٢٩٠:٥.

٣-٣) لعله ينظر إلى ما حكاه في جامع المقاصد ٣٤:٥، و فيه: «و ذهب شيخنا الشهيد في حواشيه إلى اعتبار موضع الشرط و الإطلاق في وجوب الدفع و القبول، سواء كان للممتنع مصلحة أم لا».

٤-٤) في «ش»: «المطالبه».

٥-٥) المبسوط ١٢٣:٢، و المهذب ٣٩٠:١، و فيهما: «لم يجبر».

٦-٦) البقره: ١٩٤.

الطعام الموصوف بكونه في ذلك البلد، فإنَّ مقدار مائيه الطعام يختلف باختلاف الأماكن، فإنَّ المالك لمقدارٍ منه في بلدٍ قد يعدّ غنياً، والملك لأضعافه في غيره يعدّ فقيراً، فالمماثله في الصفات موجودة لا في المائيه.

لكنه ينتقض بالمغصوب المختلف قيمته باختلاف الأزمان. فإنَّ اللازم على هذا عدم جواز مطالبته بالمثل في زمان غلائه.

و حله: أنَّ المماثله في الجنس و الصفات هي المناط في التماثل العرفي من دون ملاحظه المائيه، و لو لا قاعده «نفي الضرر» و انصراف إطلاق العقد في مسألتى «القرض» و «السلم» لتعين ذلك فيهما أيضاً.

و لو تعذّر المثل في بلد المطالبه لزم قيمه ذلك البلد، لأنَّ اللازم عليه حينئذٍ المثل في هذا البلد لو تمكّن، فإذا تعذّر قامت قيمه مقامه.

و في المبسوط و عن القاضي: قيمه بلد الغصب (١). و هو حسنٌ بناءً على حكمها في المثل.

و المعتبر قيمه وقت الدفع؛ لوجوب المثل حينئذٍ، فتعين بدله مع تعذّره. و يحتمل وقت التعذر، لأنه وقت الانتقال إلى قيمه.

و في المسأله أقوالٌ مذكوره في باب الغصب، ذكرناها مع مبانيها في البيع الفاسد عند ذكر شروط العقد، فليراجع (٢).

ص: ٣١٤

---

١- ١) حكاها عنهما في المختلف ١٢٧: ٦، و راجع المبسوط ٣: ٧٦، و المهذب ٢: ٤٤٣.

٢- ٢) راجع الجزء الثالث: ٢٢٦، السادس من أحكام المقبوض بالعقد الفاسد.