

اَشْيَاكُ الطَّالِبِ

فِي شَرَحِ الْمَكَايِبِ

كُتَابُ الْخِيَارَاتِ

الْمَجْمُوعُ السَّابِعُ

تَأْلِيْفُ

سَيِّدِ آيَةِ اللَّهِ الْمُعْظَمِ
السَّيِّدِ الْبَهِرِ زُلْجَوَائِدِ الْبَرْزِي

المؤسسة الفقهيّة للميزان النّبويّ (قدس)

إِشْطَاكُ الطَّالِبِ

في شرح المكاسب

كتاب الخيارات



المجلد السابع

تأليف

سميّة آية الله العظمى
الشيخ الميرزا جواد النّبويّ
(قدس)

سرشناسه	: نیریزی، جواد، ۱۳۰۵ - ۱۳۸۵.
عنوان فراردا دی	: المکاسب، شرح
عنوان و نام پدیدآور	: ارشاد الطالب فی شرح المکاسب / تالیف جواد نیریزی.
وضعیت ویراست	: ویراست ۲.
مشخصات نشر	: قم: دارالتفسیر، ۱۴۳۲ ق. = ۲۰۱۱ م. = ۱۳۹۰ -
مشخصات ظاهری	: ۷ ج.
شابک	: دوره : 7-289-964-978 : ج. ۷ : 5-296-964-978
وضعیت فهرست نویسی	: فیا
یادداشت	: عربی.
یادداشت	: کتابنامه.
مندرجات	: ج. ۱. کتاب المکاسب المحرمه
موضوع	: انصاری، مرتضی بن محمد امین، ۱۲۸۱-۱۳۱۴ ق. المکاسب -- نقد و تفسیر
موضوع	: معاملات (فقه)
شناسه افزوده	: انصاری، مرتضی بن محمد امین، ۱۲۸۱-۱۳۱۴ ق. المکاسب
رده بندی کنگره	: ۱۹۰/۱۸۲ الف ۸ م ۷۰۲۱۲۸ ۱۳۹۰
رده بندی دیویی	: ۲۹۷/۳۷۲
شماره کتابشناسی ملی	: ۲۴۵۷۵۵۹



منشورات دارالتفسیر

أرشاد الطالب

فی شرح المکاسب / ۷

آية الله العظمى الميرزا جواد التبریزی (رحمته)

الطبعة: الاولى / ۱۳۹۰ هـ = ۱۴۳۲ هـ ق

المطبعة : نغین

ردمک الدورة : ۷-۲۸۹-۵۳۵-۹۶۴-۹۷۸

ردمک ج/ ۷ : ۵-۲۹۶-۵۳۵-۹۶۴-۹۷۸

عدد المطبوع : ۱۰۰۰ نسخه

قم - خیابان معلم - میدان روح ا... - تلفن: ۷۷۴۴۲۱۲ - تلفاکس: ۷۷۴۱۶۲۱

القول في الارش

وهو لغة [١] كما في الصحاح وعن المصباح -: دية الجراحات، وعن القاموس: أنه الدية. ويظهر من الأولين أنه في الأصل اسم للفساد. ويطلق في كلام الفقهاء على مال يؤخذ بدلاً عن نقص مضمون في مال أو بدن، لم يقدر له في الشرع مقدّر. وعن حواشي الشهيد^(٢): أنه يطلق بالاشتراك اللفظي على معان:

[١] ذكر^(١) أن الأرش، كما عن الصحاح^(١) والمصباح^(٢): دية الجراحات، وعن القاموس^(٣): أنه بمعنى الدية. ويظهر عن الصحاح والمصباح أنه لغة بمعنى الفساد. ويطلق الأرش في اصطلاح الفقهاء على مال يؤخذ بدلاً عن نقص في مال أو بدن مع عدم تقدير ذلك البدل.

وعن حواشي الشهيد^(٤): أن الارش يطلق بالاشتراك اللفظي على معانٍ منها: ما يأخذ المشتري بدلاً عن وصف لصحة المضمونة على البائع وكذلك أرش عيب الثمن.

(١) الصحاح ٣: ٩٩٥، مادة «أرش».

(٢) المصباح المنير: ١٢، مادة «أرش».

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

(٤) حكاة السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ٦٣٢.

منها: ما نحن فيه.

ومنها: نقص القيمة لجناية الإنسان على عبد غيره في غير المقدّر الشرعي.

ومنها: ثمن التالف المقدّر شرعاً بالجناية، كقطع يد العبد.

ومنها: أكثر الأمرين من المقدّر الشرعي والأرث، وهو ما تلف بجناية الغاصب، انتهى. وفي جعل ذلك من الاشتراك اللفظي إشارة إلى أنّ هذا اللفظ قد اصطلاح في خصوص كلّ من هذه المعاني عند الفقهاء بملاحظة مناسبتها للمعنى اللغوي مع قطع النظر عن ملاحظة العلاقة بين كلّ منها وبين الآخر، فلا يكون مشتركاً معنوياً بينهما، ولا حقيقة ومجازاً، فهي كلّها منقولات عن المعنى اللغوي بعلاقة الإطلاق والتقييد. وما ذكرناه في تعريف الأرث فهو كلّياً انتزاعياً عن تلك المعاني، كما يظهر بالتأمل.

ومنها: نقص قيمة العبد المملوك للغير بجناية إنسان عليه مع عدم تقدير تلك الجناية.

ومنها: قيمة التالف بالجناية المقدرة شرعاً كما في قطع يد العبد فإن على الجاني نصف قيمة العبد.

ومنها: أكثر الأمرين من المقدّر الشرعي والأرث وهو ما تلف بجناية الغاصب. وظاهر هذا الكلام أن لفظ الأرث يطلق في اصطلاح الفقهاء على كل من هذه المعاني من غير أن يكون إطلاقه عليها من قبيل الاشتراك المعنوي أو الحقيقة والمجاز بل اللفظ في كل منها منقول عن معناه اللغوي بأن يكون اللفظ الموضوع للمطلق لغة منقولاً إلى المقيد الخاص، وما ذكر من أنه في اصطلاح الفقهاء يطلق على مال يؤخذ بدلاً عن نقص مضمون متزع عن تلك المعاني.

وفيه: أن الاشتراك اللفظي بعيد غايته بالإضافة إلى جميع ما ذكر، بل الظاهر أنّ الأرث هو بدل التالف سواء كان له تقدير أم لا، بخلاف الدية فإنه يطلق على بدل التالف

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

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

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

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

في الضمان، ولذا عرّف جماعة الأرض في عيب المثلثن فيما نحن فيه: بأنه جزء من المثلثن نسبته إليه كنسبة التفاوت بين الصحيح والمعيب إلى الصحيح، وذلك لأنّ ضمان تمام المبيع الصحيح على البائع ضمان المعاوضة، بمعنى أنّ البائع ضامن لتسليم المبيع تاماً إلى المشتري، فإذا فاته تسليم بعضه ضمّنه بمقدار ما يخصّه من المثلثن لابقيمته. نعم، ظاهر كلام جماعة من القدماء - كأكثر النصوص - يوهّم إرادة قيمة العيب كلّها، إلّا أنّها محمولة على الغالب من مساواة المثلثن للقيمة السوقية للمبيع، بقرينة ما فيها: من أنّ البائع يردّ على المشتري، وظاهره كون المردود شيئاً

مع أنّ المذكور في بعض الروايات^(١) أنّه يردّ على المشتري، وظاهره كون المردود أنقص من المثلثن ولو كان وصف الصحة مضموناً بضمان اليد لما كانت المال الذي يعطيه البائع مردوداً دائماً، وما في عبارته عليه السلام في الفرض من لزوم اخذ المشتري مئة دينار سهو من قلمه الشريف.

نعم ظاهر كلمات جماعة من الأصحاب بل ظاهر بعض الروايات^(٢) أنّ للمشتري قيمة العيب وظاهرها ضمان اليد ولكنها كبعض الروايات^(٣) المشار إليها محمولة على عدم اختلاف المثلثن المسمّى مع القيمة السوقية كما هو الغالب.

والحاصل: أنّ الأرض في المقام هو مقدار من المال نسبته إلى المثلثن المسمّى كنسبة التفاوت بين قيمتي الشيء صحيحاً ومعيباً، كما إذا كان قيمة الشيء معيباً خمسين وقيمته صحيحاً بمئة فالتفاوت بينهما بالنصف فيؤخذ من البائع نصف المثلثن المسمّى.

(١) وسائل الشريعة ١٨: ١٠٢ و ١٠٣، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ١ و ٥.

(٢) وسائل الشريعة ١٨: ١٠٢ و ١٠٣ و ١٠٤، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٢ و ٣ و ٤ و ٦ و ٨.

(٣) وسائل الشريعة ١٨: ١٠٤، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٧ وذيله.

من الثمن، الظاهر في عدم زيادته عليه بل في نقصانه. فلو كان اللازم هو نفس التفاوت لزاد على الثمن في بعض الأوقات، كما إذا اشترى جارية بدينارين وكانت معيها تسوي مئة وصحيحها تسوي أزيد، فيلزم استحقاق مئة دينار، فإذا لم يكن مثل هذا الفرد داخلاً - بقرينة عدم صدق الرد والاسترجاع - تعين كون هذا التعبير لأجل غلبة عدم استيعاب التفاوت للثمن، فإذا بني الأمر على ملاحظة الغلبة فمقتضاها الاختصاص بما هو الغالب من اشتراء الأشياء من أهلها في أسواقها بقيمتها المتعارفة.

أقول: ما ذكره رحمته في الاستدلال على كون ضمان الصحة ضماناً معاوضياً بالمعنى الذي ذكرنا في ما ذكر في حمل كلمات بعض الأصحاب وبعض النصوص من حملها على الغالب من تساوى الثمن المسمى وعدم اختلافه مع القيمة السوقية للشيء صحيحاً، فإن مقتضاه حمل ما ذكر في بعض الروايات مع رد البائع أيضاً على الغالب. أضف إلى ذلك أن مقتضى ما ذكر في معنى الضمان المعاملي أن يكون الأرش جزء من الثمن مع أنه لا يلتزم بذلك.

وأضف إلى ذلك أنه لا فرق في ضمان الوصف بضمان معاملي بين وصف الصحة أو الكمال ولو كان معنى ضمان الوصف عود ما قبله من الثمن إلى ملك المشتري لكان الأمر في وصف الكمال المشروط كذلك مع أنه رحمته قد صرح فيما سبق بأن الأرش تغريم لا يكون جزءاً من الثمن ولا على البائع دين بدون مطالبة المشتري. وقد كان رحمته ملتفتاً إلى ذلك.

ولذا ذكر في آخر كلامه أن الثمن في البيع لا يقع إلا بازاء العين ولا يقسط على وصف الصحة كما لا يقسط على وصف الكمال، والأرش في المقام خارج عن ضمان اليد والضمان المعاملي بل هو نظير أرش الجناية للنقص الحاصل في المبيع ليساوي

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

الثمن لا لتقصيص الثمن المسمى ليساوي المبيع الموجود.

ولا يخفى أن هذا الكلام هدم لما ذكره رحمته في وجه كون الأرض مقداراً من المال نسبته إلى الثمن المسمى كنسبة تفاوت قيمة معيب الشيء إلى صحيحة، لأنه مع الاعتراف بعدم كون الأرض داخلاً في ضمان معاملي يرد ما تقدم من احتمال كون الأرض قيمة العيب لا مقدار من المال يلاحظ فيه النسبة.

وذكر السيد اليزدي ^(١) رحمته في وجه كون الأرض هو المقدار الذي يلاحظ فيه النسبة لا نفس التفاوت بين القيمتين أن للمعاملة مقامين مقام الإنشاء والقرار، ومقام اللب والقصد.

والثمن في المقام الأول يقع بازاء نفس العين ولا يقسط على الموصوف والوصف ولذا لو فقد الوصف لم تنحل المعاملة بالاضافة إلى بعض الثمن وانه لو باع المعيب بأقل فيما إذا كانا من جنس واحد لزم الربا كما إذا باع كراً من الحنطة المعيبة بنصف كراً من الحنطة ولو كان مقدار من العوض في مقابل وصف الصحة لم يلزم في الفرض ربا، ولأن النصف الناقص في ناحية العوض بازاء وصف الصحة المفقودة في المبيع.

(١) حاشية كتاب المكاسب ٣: ٢٢٣.

وكيف كان، فالظاهر أنه لا إشكال ولا خلاف في ذلك وإن كان المتراءى من الأخبار خلافه، إلا أن التأمل فيها قاض بخلافه. نعم، يشكل الأمر في المقام من جهة أخرى، وهي: أن مقتضى ضمان وصف الصحة بمقدار ما يخصه من الثمن لا بقيمته انفساخ العقد في ذلك المقدار، لعدم مقابل له حين العقد كما هو شأن الجزء المفقود من المبيع، مع أنه لم يقل به أحد، ويلزم من ذلك أيضاً تعيين أخذ الأرض من الثمن، مع أن ظاهر جماعة عدم تعيينه منه معللاً بأنه غرامة.

وهذا بخلاف مقام اللب فانه يقسط الثمن فيه على الموصوف والوصف حيث يوجب الوصف زيادة العوض، وحيث إن العبرة في استحقاق العوضين والنقل والانتقال بالمقام الأول يكون تمام الثمن حتى في فرض عيب المبيع للبائع، غاية الأمر حيث إن البائع تعهد بالوصف وأوجب أن يبذل المشتري الثمن الزائد فللمشتري المطالبة بما بذل من الزيادة.

أقول: قد تقدم انه لا معنى للّب في المعاملة فانها أمر إنشائي يكون بيعاً أو إجارة أو غيرهما ويصدق عليها عنوان العقد ويترتب عليها الاحكام والآثار المترتبة على عنوان العقد مطلقاً أو على المعاملة بعنوانها الخاص ومن الظاهر عدم تحقق المعاملة إلا بالقصد.

وعليه فان كان شيء داعياً إلى المعاملة أو شرطاً فيها يترتب على الشرط ما يأتي. وأما الداعي فلا أثر لتخلفه وقد تقدم أن شرط الوصف لا يترتب عليه إلا جواز الفسخ نظير شرط وصف الكمال لا جواز أخذ الأرض، وجواز أخذه تعبد قد دلّ عليه الروايات.

وظاهر جملة منها استحقاق المشتري التفاوت بين قيمتي الصحيح والمعيب كموثقة طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل

وتوضيحه: أن الأرض لتتميم المعيب حتى يصير مقابلاً للثمن، لالتقص الثمن حتى يصير مقابلاً للمعيب، ولذا سميّ أرشاً كسائر الأروش المتدركة للنقائص، ف ضمان العيب على هذا الوجه خارج عن الضمانين المذكورين، لأنّ ضمان المعاوضة يقتضي انفساخ المعاوضة بالنسبة إلى الفئات المضمون ومقابله، إذ لا معنى له غير ضمان الشيء وأجزائه بعوضه المسمّى وأجزائه، والضمان الآخر يقتضي ضمان الشيء بقيمته الواقعية. فلا أوثق من أن يقال: إنّ مقتضى المعاوضة عرفاً هو عدم مقابلة وصف الصحة بشيء من الثمن، لأنّه أمر معنويّ كسائر الأوصاف، ولذا لو قابل المعيب بما هو أنقص منه قدرأ حصل الربا من جهة صدق

اشترى جارية فوطأها ثم وجد فيها عيباً قال: تقوم وهي صحيحة وتقوم وبها الداء ثم يرد البائع على المبتاع فضل ما بين الصحة والداء»^(١).

وفي معتبرة عبدالرحمن بن أبي عبدالله قال سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: «أيما رجل اشترى جارية فوق عليها فوجد بها عيباً لم يردّها ورد البائع عليه قيمة العيب»^(٢).

فلا يبقى في البين إلا التسالم بين الأصحاب على كون الأرش مقداراً من المال يكون نسبته إلى الثمن لمسمى كنسبة قيمة معيب الشيء إلى صحيحة.

وربما يستدل على كون الأرش يلاحظ فيه النسبة لأنه قيمة العيب نظير موارد ضمان اليد، بأنه لو كان المراد بالأرش في المقام هو الثاني لزم الجمع بين العوض والمعوض كما إذا اشترى فرساً بمئة وظهر في أحد عينيه عمى وكان قيمته معيباً بخمسين وصحيحاً بمئة وخمسين ولو استرد المئة أو سقط عن عهده كما إذا كان

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

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

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

الثمن على عهدة المشتري بمطالبة الأرض يكون كل من العوض والمعوض للمشتري، وهذه قرينة قطعية على أن المراد بالأرض هو ما يلاحظ فيه النسبة، وظهور ما تقدم من الروايات باعتبار الغالب من كون الثمن المسمى مساوياً للقيمة السوقية للشيء صحيحاً.

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

[١] ثم إنه يبقى في الأرض بعض الجهات مما ينبغي الكلام فيها:

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

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

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

وبتعبير آخر: تكليفه بالدفع من الثمن لم يقدّم عليه دليل والأصل عدم وجوبه. لا يقال: تكليفه بالجامع أي الدفع الشامل للدفع عن النقدين أيضاً مجهولة. فانه يقال: لا يجري الأصل في ناحية عدم تعلق التكليف بالجامع فانه محرز وإن الحكم المزبور خلاف الامتنان.

(١) التذكرة ١: ٥٢٨.

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

(٣) جامع المقاصد ٤: ١٩٤.

فالرد باعتبار النوع، لا الشخص. ومن ذلك يظهر أن قوله عليه السلام في رواية ابن سنان: «ويوضع عنه من ثمنها بقدر العيب إن كان فيها» محمول على الغالب: من كون الثمن كلياً في ذمة المشتري، فإذا اشتغلت ذمة البائع بالأرث حسب المشتري عند أداء الثمن ما في ذمته عليه. ثم على المختار من عدم تعيينه من عين الثمن، فالظاهر تعيينه من النقدين، لأنهما الأصل في ضمان المضمونات، إلا أن يتراضى على غيرهما من باب الوفاء أو المعاوضة. واستظهر المحقق الثاني من عبارة القواعد والتحرير بل الدروس عدم تعيينه منهما، حيث حكموا في باب الصرف بأنه لو وجد عيب في أحد العوضين المتخالفين بعد التفرق جاز أخذ الأرث من غير النقدين ولم يجز منهما، فاستشكل ذلك بأن الحقوق المالية إنما يرجع فيها إلى النقدين، فكيف الحق الثابت باعتبار نقصان في أحدهما؟

لا يقال: ظاهر ما دل على رد التفاوت إلى المشتري كون المردود من الثمن. فانه يقال: يصدق الرد فيما إذا كان المدفوع إلى المشتري ثانياً من نوع ما اخذ من المشتري ثمناً، وكذلك لا دلالة لمثل قوله عليه السلام: «ويوضع عنه من ثمنها بقدر العيب إن كان فيها» على اعتبار كون الأرث من الثمن فإن الثمن إذا كان كلياً على العهدة وأراد المشتري أخذ الأرث يسقط عن عهده مقدار الأرث كما لا يخفى.

ثم إنه بناءً على جواز الدفع من النقدين وعدم تعيين الدفع من الثمن هل يجوز الدفع من غير النقدين من سائر الأموال مما يكون له مالية الوصف أو يتعين الدفع من الثمن أو النقدين إلا إذا رضي المشتري بذلك فيكون الدفع به معاوضة لا وفاء لما على البائع من الأرث.

فالأظهر الثاني لأن الضمانات في سائر الموارد كما يكون بالمثل أو القيمة المتعينة بالنقود كذلك الحال في المقام.

ويمكن رفع هذا الإشكال: بأن المضمون بالنقدين هي الأموال المتعينة المستقرة، والثابت هنا ليس مالا في الذمة، وإلا بطل البيع فيما قابله من الصحيح [١]، لعدم وصول عوضه قبل التفرق، وإنما هو حق لو أعمله جاز له مطالبة

ما عن العلامة^(١) والشهيد^(٢) من جواز اعطاء الأرض من غير النقدين حيث ذكرا بأنه لو ظهر في أحد العوضين المتخالفين عيب في بيع الصرف يجوز أخذ الأرض من غير النقدين لا يمكن المساعدة عليه.

[١] يعني لو كانت ذمة البائع مشغولة للمشتري بالوصف بأن قيل: أنه قد أخذ من المشتري عوض المبيع المقسط على الوصف المفقود والموصوف فيكون مديوناً للمشتري بالوصف فيلزم الحكم بطلان البيع بالاضافة إلى المقدار المقابل للوصف المفقود لعدم التقابض في المجلس بالاضافة إليه.

أقول: ما ذكره رحمته من أن الضمان بالنقدين يختص بالأموال المعينة المستقرة على العهدة قبل المطالبة لا في مثل المقام الذي لم يثبت على العهدة مال من الأول لا يمكن المساعدة عليه، فإن الشيء في مورد ضمان التغيريم أيضاً كاللقطة التي تصدق بها واجدها إن كان مثلياً فيضمن بالمثل وإن كان قيمياً يضمن بالقيمة المتعينة بالنقود المتعارفة في كل بلد وعصر كما هو منصرف ما ورد في قيمة العيب وقيمة النقص ونحوهما من روايات الأرض.

ويشهد على ضمان الأرض ولو بعد المطالبة بالنقود أن المشتري لو طالب النقد لم يجب على البائع الإجابة ولو طالب النقد لوجبت الإجابة فيكون الأرض بغير النقد

(١) القواعد ٢: ٣٩، والتحرير ١: ١٧٢.

(٢) الدروس ٣: ٣٠٤.

المال، فإذا اختار الأرض من غير النقيدين ابتداءً ورضي به الآخر فالمختار نفس الأرض، لا عوض عنه. نعم، للآخر الامتناع منه، لعدم تعينه عليه، كما أن لذي الخيار مطالبة النقيدين في غير المقام [١] وإن لم يكن للآخر الامتناع حينئذ.

وبالجملة، فليس هنا شيء معين ثابت في الذمة، إلا أن دفع غير النقيدين يتوقف على رضا ذي الخيار ويكون نفس الأرض، بخلاف دفع النقيدين، فإنه إذا اختير غيرهما لم يتعين للأرضية.

ثم إنه قد تبين مما ذكرنا في معنى الأرض [٢] أنه لا يكون إلا مقداراً مساوياً

بالمراضاة التي كالمعاوضة أو إسقاط ما على العهدة بتملك غيره.

وقد تحصل مما ذكرنا: أنه لو قيل باشتغال ذمة البائع بعد المطالبة بقيمة الوصف لم يلزم محذور فان الأرض وان كان بالنقود إلا أنه غير داخل في العوضين ليعتبر قبضه في مجلس العقد.

[١] قيد (في غير المقام) زائد ومراده أن للمشتري الذي يكون له خيار العيب مطالبة الأرض من النقيدين ولا يكون رضا البائع دخیلاً في لزوم الإجابة كما تقدم ويحتمل كون غير المقام إشارة إلى غير مسألة الصرف حيث لا يجوز في تلك المسألة مطالبة الأرض من النقيدين على ما ظاهر^(١) القواعد^(٢) والتحرير^(٣) والدروس^(٤).

[٢] ذكره رحمته أن أرش العيب لا يستوعب الثمن فانه لو فرض أن معيب الشيء لا قيمة له ويبذل بازائه مال يكون أخذ العوض بازائه من الأكل بالباطل فلا يتحقق

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

(٢) القواعد ٢: ٣٩.

(٣) التحرير ١: ١٧٢.

(٤) الدروس ٣: ٣٠٤.

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

عنوان البيع على ما ذكرنا في اعتبار مالية العوضين.

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

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

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

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

هذا، إلا أن العلامة رحمته الله في القواعد والتذكرة والتحرير ومحكي النهاية [١] يظهر منه الأرش المستوعب في العيب المتقدم على العقد الذي ذكرنا أنه لا يعقل فيه

[١] إذا جنى العبد خطأً فإن للمجنّي عليه أو وليه أخذ أقل الأمرين من قيمة العبد وأرش الجناية عن مولاه ولو كان المولى معسراً أو امتنع عن دفع القيمة أو الأرش يجوز للمجنّي عليه أو وليه استرقاق العبد أو بيعه وأخذ قيمته فيما إذا كان أرش الجناية مستوعباً لقيمة العبد، وإلا يسترَق العبد بمقدار الأرش ويباع العبد ويستوفي المجنّي مقدار الأرش ويدفع باقي الثمن إلى مولاه.

وإذا جنى العبد عمداً يكون للمجنّي عليه أو وليه حق القصاص وإن رضى بفداء المولى بقيمة العبد أو أرش الجناية وفداه المولى فهو، وإلا يجري ما تقدم في الجناية خطأً من جواز استرقاقه أو بيعه لأخذ أقل الأمرين من قيمته وأرش الجناية.

وفي صحيحة الفضيل بن يسار، عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: «في عبد جرح حرّاً فقال: إن شاء الحر اقتص منه، وإن شاء أخذه إن كانت الجراحة تحيط برقبته. وإن كانت لا تحيط برقبته افتداه مولاه، فإن أبي مولاه أن يفتديه كان للحر المجروح من العبد بقدر

استيعاب الأرض للثمن. قال في القواعد: لو باع العبد الجاني خطأ ضمن أقلّ الأُمَرين على رأي، والأرض على رأي، وصحّ البيع إن كان موسراً، وإلاّ تخيّر المجني عليه. ولو كان عمداً وقف على إجازة المجني عليه، ويضمن الأقل من الأرض والقيمة لا الثمن معها، وللمشتري الفسخ مع الجهل، فيرجع بالثمن أو الأرض. فإن استوعبت الجناية القيمة فالأرض ثمنه أيضاً، وإلاّ فقدّر الأرض. ولا يرجع لو كان عالماً، وله أن يفديه كالمالك ولا يرجع به عليه. ولو اقتص منه فلا ردّ وله الأرض، وهو نسبة تفاوت ما بين كونه جانياً وغير جان من الثمن، انتهى. وذكر في التذكرة هذه العبارة بعينها في باب العيوب. وقال في أوائل البيع من التذكرة في مسألة بيع العبد الجاني: ولو كان المولى معسراً لم يسقط حقّ المجني عليه من الرقبة ما لم يجز البيع أولاً، فإنّ البائع إنّما يملك نقل حقّه عن رقبته بفدائه، ولا يحصل من ذمّة المعسر، فيبقى حقّ المجني عليه مقدّماً على حقّ المشتري،

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

وفي رواية أبي محمد الواشبي - ولا يبعد كونه ثقة - قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قوم ادعوا على عبد جنّاية تحيط برقبته فأقرّ العبد بها قال: لا يجوز إقرار العبد على سيده، فإن أقاموا البيّنة على ما ادعوا على العبد أخذ العبد بها أو يفديه مولاه»^(٢) إلى غير ذلك.

ثم إن المقرر في محله: أنه يجوز للمولى بيع العبد الجاني خطأً لانه بالجنّاية لا يسقط عن ملكه وماله وإذا انتقل إلى المشتري يتعلّق بالعبد المزبور حقّ المجني

(١) وسائل الشيعة ٢٩: ١٦٦-١٦٧، الباب ٣ من أبواب قصاص الطرف، الحديث ١.

(٢) وسائل الشيعة ٢٩: ١٠٠، الباب ٤١ من أبواب القصاص في النفس.

ويتخير المشتري الجاهل في الفسخ، فيرجع بالثمن معه أو مع الاستيعاب، لأنَّ أرش مثل هذا جميع ثمنه. وإن لم يستوعب يرجع بقدر أرشه. ولو كان عالماً بتعلق الحق به فلا رجوع - إلى أن قال: - وإن أوجبت الجناية قصاصاً تخير المشتري الجاهل بين الردّ والأرش، فإن اقتصر منه احتمل تعيين الأرش، وهو قسط قيمة ما بينه جانياً وغير جان. ولا يبطل البيع من أصله، لأنَّه تلف عند المشتري بالعيب الذي كان فيه، فلم يوجب الرجوع بجميع الثمن كالمریض والمرتد. وقال أبو حنيفة والشافعي: يرجع بجميع ثمنه، لأنَّ تلفه لمعنى استحَقَّ عليه عند البائع، فجرى إتلافه، انتهى. وقال في التحرير في بيع الجاني خطأ: ولو كان السيد معسراً لم يسقط حق المجنى عليه من رقة العبد، فيتخير المشتري مع عدم علمه، فإن فسخ يرجع بالثمن، وكذا إن كانت الجناية مستوعبة، وإن لم يستوعب رجع بالأرش، انتهى.

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

وأما بيع العبد الجاني عمداً فالظاهر جوازه لعين ما تقدم من أنَّ تعلق القصاص لا يوجب سقوطه عن الملك والمالية.

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

ومشتري العبد مع جهله الحال له خيار العيب، وإن كان علمه بالحال بعد القصاص أو الاسترقاق فله الرجوع إلى البائع بالتفاوت ما بين كونه جانياً وغير جان. ثم إن المصنف رحمته الله قد فهم من عبارات العلامة أن مع استيعاب أرش الجناية قيمة

وقال في أوائل البيع في هذه المسألة: ولو كان السيد معسراً لم يسقط حق المجني عليه عن رقة العبد، وللمشتري الفسخ مع عدم العلم، فإن فسخ رجع بالثمن، وإن لم يفسخ واستوعبت الجناية قيمته وانتزعت يرجع المشتري بالثمن أيضاً، وإن لم يستوعب رجع بقدر الأرض. ولو علم المشتري بتعلق الحق برقة العبد لم يرجع بشيء. ولو اختار المشتري أن يفديه جاز ورجع به على البائع مع الإذن، وإلا فلا، انتهى.

قوله: «وانتزعت» إما راجع إلى رقة العبد، أو إلى القيمة إذا باعه المجني عليه وأخذ قيمته، وهذا القيد غير موجود في باقي عبارات العلامة في كتبه الثلاثة. وكيف كان: فالعبد المتعلق برقبته حق للمجني عليه يستوعب قيمته، إما أن يكون له قيمة تبذل بإزائه، أو لا، وعلى الأول: فلا بد أن يبقى شيء من الثمن للبائع بإزائه، فلا يرجع بجميع الثمن عليه. وعلى الثاني: فينبغي بطلان البيع. ولو قيل: إن انتزاعه

العبد يكون ارش عيبه تمام الثمن فيرجع المشتري الجاهل بالحال بتمام الثمن هذا في الجناية خطأ ومع الجناية عمداً يكون ارش العيب بعض الثمن وهو تفاوت قيمة العبد بين كونه جان أو غير جان.

ولذا ورد عليه أولاً: بأن الأرض لا يستوعب القيمة ولا بطل البيع. وثانياً: على تقدير جواز كون الأرض كذلك فالفرق بين الجناية خطأ وعمداً بالاستيعاب في الأول وعدم الاستيعاب في الثاني بلا وجه.

أقول: لم يظهر التفرقة في الكلمات المتقدمين بين الجناية خطأ والجناية عمداً بإمكان كون الأرض تمام الثمن على الأول ويكون الأرض بعض الثمن على الثاني.

نعم، ما ذكره رحمه الله من عدم إمكان صحة البيع مع كون الأرض تمام الثمن بحيث لا يكون للمعيب قيمة صحيح والله سبحانه هو العالم.

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

مسألة: يعرف الأرش بمعرفة قيمتي الصحيح والمعيّب [١] ليعرف التفاوت بينهما، فيؤخذ من البائع بنسبة ذلك التفاوت. وإذا لم تكن القيمة معلومة فلا بدّ من الرجوع إلى العارف بها. وهو قد يخبر عن القيمة المتعارفة المعلومة المضبوطة عند أهل البلد أو أهل الخبرة منهم لهذا المبيع المعين أو لمثله في الصفات المقصودة،

[١] تعيين الأرش كما ذكره رحمته الله بمعرفة قيمة الشيء صحيحاً وقيّمته معيّباً وبملاحظة نسبة التفاوت بين القيمتين، بمعنى أن يلاحظ نقصان قيمة معيّب الشيء عن قيمة صحيحه بأي نسبة من نصف أو ثلث أو ربع إلى غير ذلك، ويؤخذ بتلك النسبة من الثمن أي ينقص عن الثمن المسمى أو مقداره تلك النسبة. ولو كان الثمن المسمى بمئة وعشرين وقيمة الشيء صحيحاً بمئة وخمسين ومعيباً بمئة فالتفاوت بين القيمتين بالثلث فينقص عن الثمن المسمى أو مقداره ثلثه أي الأربعون.

ثم إنه إذا أمكن تعيين قيمة الشيء صحيحاً وقيّمته معيّباً كما إذا كان المتبايعان قريبين من السوق ومطلعين على قيمته أو لم يكونا مطلعين بالقيمة السوقية لبعدهما عن السوق ولكن أمكن قيام البينة على القيمة صحيحاً ومعيباً فالأمر ظاهر.

ثم إن البينة في الفرض لا تدخل في قول أهل الخبرة فإن قيمة الشيء مما يعرف بالحس ولا يحتاج إلى الحدس والنظر من بعض الناس خاصة، بل يظهر لكل من دخل السوق.

كمن يخبر: بأنّ هذه الحنطة أو مثلها يباع في السوق بكذا، وهذا داخل في الشهادة يعتبر فيها جميع ما يعتبر في الشهادة على سائر المحسوسات: من العدالة، والإخبار عن الحس، والتعدّد. وقد يخبر عن نظره وحده من جهة كثرة ممارسته أشباه هذا الشيء وإن لم يتفق اطلاعه على مقدار رغبة الناس في أمثاله، وهذا يحتاج إلى الصفات السابقة وزيادة المعرفة والخبرة بهذا الجنس، ويقال له بهذا الاعتبار: أهل الخبرة. وقد يخبر عن قيمته باعتبار خصوصيّات في المبيع يعرفها هذا المخبر مع كون قيمته على تقدير العلم بالخصوصيّات واضحة، كالصائع العارف بأصناف الذهب والفضّة من حيث الجودة والرداءة، مع كون قيمة الجيد والرديء محفوظة عند الناس معروفة بينهم، فقوله: «هذا قيمته كذا» يريد به أنّه من جنس قيمته كذا،

نعم ربما لا يمكن معرفة قيمة الشيء إلا بالحدس والنظر المختص ببعض الناس وذلك في الموردين:

أحدهما: ما إذا لا يعرف وصف الشيء الدخيل في قيمته إلا بالحدس والنظر ممن يعد خبرة لذلك الشيء كالصائع حيث يعرف الذهب وأنه من أي أصنافه وإن فيه أي مقدار من الخلط مع أن قيمة اصنافه معلومة لكل من يدخل السوق ويطلع عليها جميع الناس.

وثانيهما: ما إذا لا يعرف قيمة الشيء إلا بالحدس لأن الشيء لا يكون له في السوق مثل فعلاً ليعلم رغبة الناس به كبعض الأحجار النفيسة ولكن يحدس بأنه لا بد من أن يباع في السوق بكذا.

وقد يقال: إن مورد الرجوع إلى أهل الخبرة يختص بالأخير ولا يجري في غيره بل يتعيّن في الأول من الفرضين التعدد والعدالة لأن الاعتبار فيهما بالبيئة. وفيه: أنه لا فرق في اعتبار العقلاء قول المقوم لكونه من أهل الخبرة بين الفرض

وهذا في الحقيقة لا يدخل في المقوم، وكذا القسم الأول، فمرادهم بالمقوم هو الثاني. لكن الأظهر عدم التفرقة بين الأقسام من حيث اعتبار شروط القبول وإن احتمل في غير الأول الاكتفاء بالواحد، إمّا للزوم الحرج لو اعتبر التعدد، وإما لاعتبار الظن في مثل ذلك ممّا انسَدَّ فيه باب العلم ويلزم من طرح قول العادل الواحد والأخذ بالأقلّ - لأصالة براءة ذمّة البائع - تضييع حقّ المشتري في أكثر المقامات، وإمّا لعموم ما دلّ على قبول قول العادل، خرج منه ما كان من قبيل الشهادة كالقسم الأول، دون ما كان من قبيل الفتوى كالثاني، لكونه ناشئاً عن حدس واجتهاد وتتبع الأسباب والأنظار وقياسه عليها حتّى أنّه يحكم لأجل ذلك بأنّه ينبغي أن يبذل بإزائه كذا وكذا وإن لم يوجد راغب يبذل له ذلك.

الأول والفرض الثاني ولا يعتبرون في اعتبار قوله إلّا الوثاقة.
وما في صحيحة أبي ولاد الحنّاط من قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل»^(١) ظاهره القسم السابق على الفرضين.
بقي في المقام أمر وهو أن اعتبار قول أهل الخبرة يختص بما إذا لم يمكن معرفة الشيء بالحس من عامة الناس ولو أمكن معرفته بالحس مع إمكان معرفته أيضاً بالحدس المختص ببعض الناس فلا يدخل الشيء المزبور ممّا يعتبر فيه قول أهل الحدس كما ذكرنا تفصيل ذلك في عدم اعتبار قول المنجم في اخباره عن رؤية الهلال وآخر الشهر من المكاسب المحرمة.

(١) وسائل الشريعة ١٩ و ٢٥ و ١٢٠ و ٣٩١، الباب ١٧ و ٧، الحديث ١.

ثمّ لو تعدّز معرفة القيمة [١] - لفقد أهل الخبرة أو توقّفهم - ففي كفاية الظنّ أو الأخذ بالأقلّ وجهان ويحتمل ضعيفاً الأخذ بالأكثر، لعدم العلم بتدراك العيب المضمون إلّا به.

مسألة: لو تعارض المقومون، فيحتمل: تقديم بينة الأقلّ [٢] للأصل؛ وبينة الأكثر، لأنها مثبتة؛ والقرعة، لأنها لكل أمر مشتبه؛ والرجوع إلى الصلح، لتثبت كلّ من المتبايعين بحجّة شرعية ظاهرة، والمورد غير قابل للحلف، لجهل كلّ منهما بالواقع؛ وتخيير الحاكم، لامتناع الجمع وفقد المرجّح.

[١] ولو لم يمكن تعيين قيمة الشيء صحيحاً وقيّمته معيماً بوجه فهل يكتفى بالأرش بالأقلّ لأنه المتيقن من استحقاق المشتري على البائع، أو يكتفى بمقدار المظنونّ لأنه يتنزل إلى الظن مع عدم التمكن من العلم. ويحتمل ضعيفاً تعيين الأكثر لأن البائع يدفع الأكثر يخرج عن عهدة عيب الشيء قطعاً.

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

[٢] إن كان التعارض في أقوال المقومين بحيث يكون الرجوع اليهم من الرجوع إلى أهل الخبرة فاللازم اتباع تقويم من خبريته أقوى كما هو مقتضى السيرة العقلانية في موارد الرجوع إلى أهل الخبرة.

ومع عدم الأولوية في خبرويتهم يسقط اعتبار قولهم، لأنّ اعتبار قول بعضهم بلامعين، واعتبار كل في بعض ما يقوله خارج عن مقتضى دليل الاعتبار كما هو الحال في جميع الطرق المعتمدة سواء قبل باعتبارها بخطاب لفظي أو للسيرة العقلانية الممضاة شرعاً.

لكن الأقوى من الكل ما عليه المعظم: من وجوب الجمع بينهما بقدر الإمكان، لأنّ كلاً منهما حجة شرعية، فإذا تعدّر العمل به في تمام مضمونه وجب العمل به في بعضه، فإذا قومه أحدهما بعشرة فقد قوم كلاً من نصفه بخمسة، وإذا قومه الآخر بثمانية فقد قوم كلاً من نصفه بأربعة، فيعمل بكلّ منهما في نصف المبيع. وقولهما وإن كانا متعارضين في النصف أيضاً كالكل، فيلزم ممّا ذكر طرح كلا القولين في النصفين، إلّا أنّ طرح قول كلّ منهما في النصف مع العمل به في النصف الآخر أولى في مقام امتثال أدلة العمل بكلّ بيئة من طرح كليهما أو أحدهما رأساً، وهذا معنى قولهم: «إنّ الجمع بين الدليلين والعمل بكلّ منهما

ولو كان التعارض في المقومين باعتبار أن قولهم يكون من البيئة وشهادة العدلين فالأمر أيضاً كما تقدم ويكتفى في الأرض بمقدار الأقل اخذاً في غيره بأصالة عدم الاشتغال وليعلم أن المراد بالأقل ليس الأخذ بالبيئة الدالة على الأقل فإنها كما ذكرنا لا تعتبر لتعارضها بالدالة على الأكثر بل المراد المقدار المقطوع كما لا يخفى.

ولكن مع ذلك قد يقال في تعارض المقومين وجوه أخرى:

الأول: الأخذ بالبيئة الدالة على الأقل لأنه المتسالم عليه ويرجع في الزائد إلى أصالة النفي.

الثاني: الأخذ بالأكثر لأنّ بيئة الأقل تثبت الأقل ولا ينفي الأكثر وبيئة الأكثر تثبت الأقل في ضمن الأكثر.

الثالث: القرعة في تعيين الأرض على طبق إحدى البيّتين لأنّ القرعة لكل أمر مشتبّه ومنه الأرض في المقام.

الرابع: تعين المصالحة على الأرض لأنّ كل من المتبايعين متمسك بحجة شرعية ولا يمكن لاحدهما الحلف على الواقع نفيّاً أو إثباتاً لعدم العلم به بل لا يجوز الحلف

- ولو من وجه - أولى من طرح أحدهما رأساً، ولذا جعل في تمهيد القواعد من فروع هذه القاعدة: الحكم بالتنصيف فيما لو تعارضت البيّتان في دار في يد رجلين يدّعيها كلّ منهما. بل ما نحن فيه أولى بمراعاة هذه القاعدة من الدليلين المتعارضين في أحكام الله تعالى، لأنّ الأخذ بأحدهما كليّةً وطرح الآخر كذلك في التكليف الشرعيّة الإلهيّة لا يتقص عن التبعض من حيث مراعاة حق الله سبحانه، لرجوع الكلّ إلى امتثال أمر الله سبحانه، بخلاف مقام التكليف بإحقاق حقوق الناس، فإنّ في التبعض جمعاً بين حقوق الناس ومراعاةً للجميع ولو في الجملة، ولعلّ هذا هو السرّ في عدم تخيير الحاكم عند تعارض أسباب حقوق الناس في شيء من موارد الفقه.

مستنداً إلى التقويم المفروض لتعارض التقويمين.

الخامس: تخيير الحاكم في الحكم بالأرش بالمقدار الأقل أو الأكثر نظير تخييره في الحكم بمضمون أحد الخبرين المتعارضين أو بالحكم بأحد طرفي المحذورين لقطع المنازعة والمخاصمة.

السادس: ما ذكر المصنف رحمته الله من أنّه أقوى الوجوه وعليه معظم الأصحاب ^(١) من العمل بالبينتين في بعض مدلول كل منهما، كما لو ذكر مثلاً أحدهما: أنّ صحيح الشيء يساوي عشرة وقالت الأخرى: أنّه يساوي ثمانية يؤخذ قيمة صحيحه تسعة حيث يعمل في نصفه بالبينة الأولى وفي نصفه الآخر بالبينة الثانية.

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

(١) كالشيخ المفيد في المقنعة: ٥٩٧، والمحقّق في الشرائع ٢: ٢٨، والعلامة في القواعد ٢: ٧٥.

وقد يُستشكل ما ذكرنا: تارةً بعدم التعارض بينهما عند التحقيق، لأن مرجع بينة النفي إلى عدم وصول نظرها وحدها إلى الزيادة، فبيّنة الإثبات المدّعية للزيادة سليمة. وأخرى بأنّ الجمع فرع عدم اعتضاد إحدى البيّتين بمَرَجَح، وأصالة البراءة هنا مَرَجَحة للبيّنة الحاكمة بالأقلّ. وثالثة بأنّ في الجمع مخالفة قطعية وإن كان فيه موافقة قطعية، لكن التخيير الذي لا يكون فيه إلا مخالفة احتمالية أولى منه. ويندفع الأول بأنّ المفروض أنّ بيّنة النفي تشهد بالقطع على نفي الزيادة واقعاً، وأنّ بذل الزائد في مقابل المبيع سفه. ويندفع الثاني بما قرّرناه في الأصول: من أنّ الأصول الظاهرية لا تصير مَرَجَحة للأدلة الاجتهادية، بل تصلح مرجعاً في المسألة لو تساقط الدليلان من جهة ارتفاع ما هو مناط الدلالة فيهما لأجل التعارض، كما في الظاهرين المتعارضين كالعامين من وجه المطابق أحدهما للأصل، وما نحن فيه ليس من هذا القبيل. والحاصل: أنّ بيّنة الزيادة تثبت أمراً مخالفاً للأصل،

التي تكون من حقوق الله حيث إنّ الامتثال الاحتمالي للتكليف الواقعي في حقوق الله لا يقصر عن التبعض، بل يكون أولى منه كما في دوران الأمر بين المحذورين مع تكرار الواقعة، فأنّه لا يبعد أن يقال: الأخذ بالموافقة الاحتمالية أولى من الأخذ بأحد الاحتمالين في واقعة والأخذ بالاحتمال الآخر في واقعة أخرى لأن الموافقة القطعية الملازمة للعلم بالمخالفة القطعية لا تعتبر في الأحكام، بخلاف حقوق الناس فإنّ رعايتها في الجملة أولى من ترك بعضها رأساً.

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

وعليه فلا يعم دليل الاعتبار لا أحدهما تعييناً ولا تخييراً، فإن قام في مورد دليل

ومعارضتها بالأخرى النافية لها لا يوجب سقوطها بالمرّة لفقد المرجّح، فيجمع بين النفي والإثبات في النصفين. ويندفع الثالث بأنّ ترجيح الموافقة الاحتمالية الغير المشتملة على المخالفة القطعية على الموافقة القطعية المشتملة عليها إنّما هو في مقام الإطاعة والمعصية الراجعتين إلى الانقياد والتجرّي، حيث إنّ ترك التجري أولى من تحصيل العلم بالانقياد، بخلاف مقام إحقاق حقوق الناس، فإنّ مراعاة الجميع أولى من إهمال أحدهما رأساً وإن اشتمل على إعمال الآخر، إذ ليس الحقّ فيهما لواحد كما في حقوق الله سبحانه. ثمّ إنّ قاعدة الجمع حاكمة على دليل القرعة، لأنّ المأمور به هو العمل بكلّ من الدليلين لابلواقع المردّد بينهما، إذ قد يكون كلاهما مخالفاً للواقع، فهما سببان مؤثّران بحكم الشارع في حقوق الناس، فيجب مراعاتها وإعمال أسبابها بقدر الإمكان، إذ لا ينفع توفية حقّ واحد مع إهمال حقّ الآخر رأساً.

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

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

[١] ثمّ إن المعروف في الجمع بين التقويمات جمع القيم الصحيحة وكذا القيم المعيبة ويؤخذ من القيمتين للصحيح نصفهما وكذا من القيمتين للمعيب ويلاحظ نسبة التفاوت بين النصفين، وإن كان القيم للصحيح ثلاثة يؤخذ بثلث المجموع وبهذا يظهر ما إذا كانت القيم أزيد.

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

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

ملاحظة نسبة تفاوت مجموع القيم للمعيب إلى مجموع القيم للصحيح ليؤخذ الثمن المسمى بتلك النسبة، لأن نسبة المجموع إلى المجموع لا تختلف عن نسبة نصف أحد المجموعين إلى نصف المجموع الآخر.

وإذا قال أحدهما: أن صحيحه يساوي اثني عشر ومعيبه ستة، وقال الآخر: صحيحه يساوي ثمانية ومعيبه أربعة، فإن نسبة العشرة إلى العشرين يساوي نسبة الخمسة إلى العشرة.

ويمكن أن لا يلاحظ مجموع قيمتي الصحيح ومجموع قيمتي المعيب، بل يلاحظ التفاوت بين القيمتين للصحيح ويعمل بكل من التقويمين في ذلك التفاوت ولو قال أحدهما: إن الصحيحة يساوي اثني عشر، وقال الآخر: إنه يساوي ثمانية فالتفاوت وهي أربعة يؤخذ في نصفها بالتقويم الأكثر وفي نصفها الآخر بالتقويم الأقل فيكون قيمة الصحيح عشرة، وكذا الحال في ناحية قيمتي المعيب وذكر المصنف رحمته الله: لكن الأظهر هو الجمع على النهج الأول.

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

وذكر الكمباني ^(١) رحمته الله أنه لا تعارض في اختلاف المقومين فيما إذا لم تختلف النسبة في التفاوت بين قيمة المعيب والصحيح على كلا التقويمين كما إذا قال أحدهما:

(١) حاشية كتاب المكاسب ٥: ٩٨.

ويحتمل الجمع بطريق آخر [١] وهو: أن يرجع إلى البيّنة في مقدار التفاوت ويجمع بين البيّنات فيه من غير ملاحظة القيم. وهذا منسوب إلى الشهيد عليه السلام في الروضة. وحاصله: قد يتحدّد مع طريق المشهور كما في المثال المذكور، فإنّ التفاوت بين الصحيح والمعيب على قول كل من البيّتين بالثلثين كما ذكرنا في الطريق الأول. وقد يختلفان، كما إذا كانت إحدى قيمتي الصحيح اثني عشر والأخرى ثمانية، وقيمة المعيب على الأوّل عشرة وعلى الثاني خمسة.

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

وفيه: أن ما ذكر من النسبة مدلول التزامي لكل من البيّتين ومع تعارضهما في مدلولهما المطابق لا تصل النوبة إلى الأخذ بمدلولها الالتزامي.

[١] وقد يذكر في المقام طريق آخر للجمع بين البيّتين منسوب إلى الشهيد عليه السلام في الروضة^(١). وحاصله: ملاحظة النسبة في التفاوت بين القيمة المعيب إلى الصحيح في كلّ من التقويمين ويعمل بكلّ منهما بالاضافة إلى نصف الثمن المسمى، كما إذا قال أحدهما: صحيحه يساوي اثني عشر ومعيبه ستة فالنسبة في هذا التفاوت النصف، وقال الآخر: إنّ صحيحه يساوي ثمانية ومعيبه ستة فالنسبة في هذا التفاوت هو الربع. فالأرش على الطريق الأوّل خمسين من الثمن المسمى وإذا فرض أنّ الثمن المسمى كان عشرة فالأربعة هي الأرش، وعلى الطريق المنسوب إلى الشهيد في نصف الثمن المسمى اثنين ونصف وفي نصفه الآخر واحد وربع الواحد فيكون المجموع أربعة إلا ربع الدرهم.

فعلى الأول: يؤخذ نصف مجموع قيمتي الصحيح أعني العشرة، ونصف قيمتي المعيب وهو سبعة ونصف، فالتفاوت بالربع، فالأرش ربع الثمن، أعني ثلاثة من اثني عشر لو فرض الثمن اثني عشر. وعلى الثاني: يؤخذ التفاوت بين الصحيح والمعيب على إحدى البيّتين بالسدس وعلى الأخرى ثلاثة أثمان، وينصف المجموع - أعني ستة ونصف من اثني عشر جزءاً - ويؤخذ نصفه وهو ثلاثة وربع، وقد كان في الأول ثلاثة.

وقد ينقص عن الأول [١] كما إذا اتفقا على أن قيمة المعيب ستة، وقال أحدهما: قيمة الصحيح ثمانية، وقال الأخرى: عشرة. فعلى الأول: يجمع القيمتان ويؤخذ نصفهما تسعة، ونسبته إلى الستة بالثلث. وعلى الثاني: يكون التفاوت على إحدى البيّتين ربعاً وعلى الأخرى خمسين فيؤخذ نصف الربع ونصف الخمسين، فيكون ثمناً وخمساً، وهو ناقص عن الثلث بنصف خمس.

[١] قد يكون الأرش على الطريق المنسوب إلى الشهيد عليه السلام أقل منه على طريق

المشهور.

كما إذا قال أحدهما: إن صحيحه عشرة، وقال الآخر: إن صحيحه يساوي ثمانية مع اتفاقهما على أن معييه ستة، فتكون القيمة المنتزعة للصحيح على طريق المشهور تسعة والتفاوت بين الستة وبينه بالثلث وإذا فرض الثمن المسمى اثني عشر يكون ثلثه أربعة دنائير.

وأما على طريق الشهيد تكون نسبة التفاوت الستة إلى الثمانية بالربع فيؤخذ بنصف الربع أي ثمن الثمن المسمى المفروض الاثنى عشر فيساوي واحداً ونصفاً، ونسبة تفاوت الستة إلى العشرة بخمسين فيؤخذ بنصفه وهو خمس الاثنى عشر فخمس العشرة اثنان وخمس الاثنى الباقي من الثمن المسمى أربعة اعشار من اعشار

توضيح هذا المقام: أنَّ الاختلاف إمَّا أن يكون في الصحيح فقط مع اتفاقهما على المعيب، وإمَّا أن يكون في المعيب فقط، وإمَّا أن يكون فيهما. فإن كان في الصحيح فقط - كما في المثال الأخير - فالظاهر التفاوت بين الطريقتين دائماً، لأنَّك قد عرفت أنَّ الملحوظ على طريق المشهور نسبة المعيب إلى مجموع نصفي قيمتي الصحيح المجعول قيمة منتزعة، وعلى الطريق الآخر نسبة المعيب إلى كلِّ من القيمتين المستلزمة لملاحظة أخذ نصفه مع نصف الآخر ليجمع بين البيّتين في العمل، والمفروض في هذه الصورة أنَّ نسبة المعيب إلى مجموع نصفي قيمتي الصحيح - التي هي طريقة المشهور - مخالفة لنسبة نصفه إلى كل من النصفين،

كل من الاثنين، فيكون المجموع ثلاثة دنانير وتسعة اعشار الدينار الواحد، لان الدينار يساوي خمسة اعشار من عشرة دينار واحد.

وبتعبير آخر: يجمع بين الواحد والنصف وهو نصف الأرض على أحد التقويمين وبين الاثنين واربعة اعشار الواحد وهو النصف الآخر من الارش على التقويم الآخر، فيكون المجموع ثلاثة دنانير وتسعة اعشار من عشرة الواحد، فينقص أرض على هذا الطريق عن طريق المشهور بنصف خمس، أي عُشر واحد من عشرة اعشار الدينار الواحد.

وذكر المصنف رحمته الله: أنَّه إذا اختلف المقومون في قيمة صحيح الشيء مع اتفاقهم على قيمة معيبة يختلف طريق المشهور عن طريق الشهيد دائماً، وعَلَّله بأن نسبة تفاوت قيمة معيب الشيء إلى صحيحه تكون متعددة على طريق الشهيد، بخلاف طريق المشهور، فان الأرض عليه نسبة واحدة مأخوذة من تفاوت قيمة معيب الشيء إلى القيمة الصحيحة المنتزعة من القيمتين وهذه النسبة لا تختلف في أجزاء القيمة المنتزعة مع تساوي الأجزاء، ويتعدّد مع عدم تساويها كما هو الحال على طريق الشهيد.

لأن نسبة الكلّ إلى الكلّ تساوي نسبة نصفه إلى كل من نصفي ذلك الكل، وهو الأربعة والنصف في المثال، لا إلى كل من النصفين المركّب منهما ذلك الكل كالأربعة والخمسة، بل النصف المنسوب إلى أحد بعضي المنسوب إليه كالأربعة نسبة مغايرة لنسبته إلى البعض الآخر، أعني الخمسة، وهكذا غيره من الأمثلة. وإن كان الاختلاف في المعيب فقط فالظاهر عدم التفاوت بين الطريقين أبداً، لأن نسبة الصحيح إلى نصف مجموع قيمتي المعيب - على ما هو طريق المشهور - مساوية لنسبة نصفه إلى نصف إحدهما ونصفه الآخر إلى نصف الأخرى، كما إذا اتّفقا على كون الصحيح اثني عشر وقالت إحدهما: المعيب ثمانية، وقالت الأخرى: ستة، فإنّ تفاوت السبعة والاثني عشر - الذي هو طريق المشهور - مساو لنصف مجموع

ثم ذكره رحمه الله: أنه إذا كان الاختلاف في المعيب مع الاتفاق على قيمة الصحيح فيتحد الطريقان دائماً، وعَلَّله بأن نسبة قيمة الصحيح إلى نصف القيمة الحاصلة من القيمتين للمعيب التي طريقة المشهور مساوية لنسبة نصف قيمة الصحيح إلى نصف إحدى القيمتين المذكورتين للمعيب ونسبة نصفه الآخر إلى نصف القيمة الأخرى من القيمتين للمعيب، كما إذا اتّفقا على أن الصحيح الشيء يساوي اثني عشر مع كون الثمن المسمى اثني عشر وقال احدهما: إن معيبه ثمانية، وقال الآخر: إنه ستة، فانه على المشهور يؤخذ للمعيب قيمة منتزعة وهو سبعة، والتفاوت بين السبعة واثني عشر خمسة، وهذا يساوي مع تفاوت ثلاثة مع ستة تفاوت أربعة مع ستة.

أقول: ما ذكره رحمه الله وإن كان صحيحاً لا يختلف الطريقان مع الاتفاق على القيمة للصحيح، إلا أن الوجه الذي ذكره لاختلاف الطريقين فيما إذا كان الاختلاف في قيمة الصحيح مع اتفاقهما على قيمة المعيب يجري في هذا الفرض أيضاً. والظاهر أن الوجه في اختلاف الطريقين مع الاختلاف في قيمة الصحيح

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

والحاصل: أن كل صحيح ضِعْفُ المعيب، فيلزمه كون نصف الصحيحين ضِعْفُ نصف المعيبين. وإن اختلفت النسبة، فقد يختلف الطريقتان وقد يتحدان، وقد تقدّم مثالهما في أول المسألة.

ثم إن الاظهر بل المتعين هو الطريق الثاني [١] المنسوب إلى الشهيد رحمته الله وفاقاً

والاتفاق على المعيب الاختلاف في العدد الأكبر وعدم اختلاف الطريقتين عند الاختلاف في معيب الشيء الاتفاق على العدد الأكبر.

وذكر رحمته الله: أنه إذا كان الاختلاف بين المقومين في قيمة الشيء صحيحاً ومعيباً إن اتحد نسبة قيمة معيب الشيء إلى قيمة صحيحه في كل تقويم مع نسبتها في التقويم الآخر فلا يختلف الطريقتان، وإن لم يتحدا فقد يتحد الطريقتان وقد يختلفان.

أقول: مع عدم اتحاد نسبة التفاوت في أحد التقويمين مع النسبة في التقويم الآخر يختلف الطريقتان لا محالة ولم يتقدم منه رحمته الله مثال ما إذا اختلفت النسبتان وتحد نتيجة الطريقتين فتأمل جيداً.

[١] ذكر رحمته الله: أن المتعين من الطريقتين المنسوب إلى المشهور والمنسوب إلى الشهيد هو الثاني سواء كان المدرك للعمل بالبيئتين أولوية الجمع بينهما في العمل، بأن

للمحكي عن إيضاح النافع، حيث ذكر أن طريق المشهور ليس بجيد، ولم يذكر وجهه. ويمكن إرجاع كلام الأكثر إليه، كما سيجيء. ووجه تعيين هذا الطريق: أن أخذ القيمة من القيمتين على طريق المشهور أو النسبة المتوسطة من النسبتين على الطريق الثاني، إما للجمع بين البيئتين بإعمال كل منهما في نصف العين كما ذكرنا، وإما لأجل أن ذلك توسط بينهما لأجل الجمع بين الحقيقتين بتنصيف ما به التفاوت نفيًا وإثباتًا على النهج الذي ذكرناه أخيرًا في الجمع بين البيئتين، كما يحكم بتنصيف الدرهم الباقي من الدرهمين المملوكين لشخصين إذا ضاع أحدهما المردّد بينهما من عند الودعي ولم تكن هنا بيّنة تشهد لأحدهما بالاختصاص، بل ولا ادعى أحدهما اختصاصه بالدرهم الموجود. فعلى الأول فاللازم وإن كان هو جمع نصفي قيمتي الصحيح والمعيب - كما فعله المشهور - بأن يجمع الاثنا عشر والثمانية المفروضتان قيمتين للصحيح في المثال المتقدم، ويؤخذ نصف أحدهما

يعمل بكل من البيئتين في نصف المبيع أو كان العمل بكل منهما للجمع بين حقي البائع والمشتري، نظير ما يذكر من تنصيف الدرهم في مسألة ما إذا أودع عنده أحد درهمين والآخر درهماً وتلف أحد الدراهم، فإن الدرهم من الدرهمين الباقيين لصاحب الدرهمين والآخر ينصف بينهما ليذهب من كل منهما نصف درهم.

والوجه في تعيين الطريق الثاني بناءً على أولوية الجمع أن مقتضى الجمع وإن كان تعيين قيمة نصف الشيء صحيحاً ومعيباً على طبق أحد البيئتين وتعيين قيمة أخرى لنصفه الآخر على طبق البيئة الأخرى فيكون قيمة الشيء صحيحاً ومجموع قيمتي النصفين صحيحاً ومجموع قيمتي النصفين معيباً.

وإذا قال أحدهما: إن صحيحه يساوي اثني عشر ومعيبه عشرة، وقال الآخر: إن صحيحه يساوي ثمانية وعشرين ومعيبه خمسة، فليس بينهما اختلاف، بل هما متساويان.

قيمة نصف المبيع صحيحاً، ونصف الأخرى قيمة للنصف الآخر منه، ولازم ذلك كون تمامه بعشرة، ويجمع قيمتا المعيب - أعني العشرة والخمسة - ويؤخذ لكل نصف من المبيع المعيوب نصف من أحدهما، ولازم ذلك كون تمام المبيع بسبعة ونصف، إلا أنه لا ينبغي ملاحظة نسبة المجموع من نصفي إحدى القيمتين - أعني العشرة - إلى المجموع من نصف الأخرى - أعني سبعة ونصفاً - كما نسب إلى المشهور، لأنه إذا فرض لكل نصف من المبيع قيمة تغاير قيمة النصف الآخر وجب ملاحظة التفاوت بالنسبة إلى كل من النصفين صحيحاً ومعياً وأخذ الأرض لكل نصف على حسب تفاوت صحيحه ومعيه. فالعشرة ليست قيمة لمجموع الصحيح إلا باعتبار أن نصفه مقوم، بستة ونصفه الآخر بأربعة، وكذا السبعة ونصف ليست قيمة لمجموع المعيب إلا باعتبار أن نصفه مقوم بخمسة ونصفه الآخر باثنين ونصف، فلا وجه لأخذ تفاوت ما بين مجموع العشرة والسبعة ونصف، بل لا بد من

فيكون المجموع عشرة وقيمة نصفه معياً خمسة وقيمة نصفه الآخر باثنين ونصف فيكون المجموع سبعة ونصف، إلا أنه لا موجب لملاحظة النسبة بين سبعة ونصف وعشرة بل يعتبر ملاحظة النسبة في نصف الشيء بإحدى البينتين وفي نصفه الآخر بالأخرى ليعمل بهما في نصفي الشيء.

لا يقال: يشبه ما نحن فيه بما إذا بيع الشئان المختلفان قيمة بصفقة واحدة كما إذا باع العبد والأمة باثني عشر درهماً وظهر كل من العبد والأمة معياً وكان قيمة العبد صحيحاً أربعة ومعياً باثنين ونصف والأمة تساوي صحيحه ستة ومعيبة بالخمسة فانه لا شبهة في أنه تلاحظ النسبة في الفرض بين العشرة التي قيمة متزعة لمجموع صحيح العبد والأمة وبين السبعة والنصف التي قيمة لمجموعها معيين، فيكون التفاوت ربعاً فيؤخذ من الثمن المسمى رבעه أي ثلاثة دنانير.

أخذ تفاوت ما بين الأربعة والاثنين ونصف لنصف منه، وتفاوت ما بين الستة والخمسة للنصف الآخر. وتوهم: أن حكم شراء شيء تغاير قيمتا نصفه حكم ما لو اشترى بالثمن الواحد مالين معيين مختلفين في القيمة صحيحاً ومعيباً، بأن اشترى عبداً وجاريةً باثني عشر فظهماً معيين، والعبد يسوي أربعة صحيحاً واثنين ونصف معيباً، والجارية يسوي ستة صحيحة وخمسة معيبة، فإنه لاشك في أن اللازم في هذه الصورة ملاحظة مجموع قيمتي الصفقة صحيحةً ومعيبة - أعني العشرة والسبعة ونصف - وأخذ التفاوت وهو الربع من الثمن، وهو ثلاثة إذا فرض الثمن اثني عشر كما هو طريق المشهور فيما نحن فيه. مدفوع: بأن الثمن في المثال لما كان موزعاً على العبد والجارية بحسب قيمتهما، فإذا أخذ المشتري ربع الثمن أرشاً فقد أخذ للعبد ثلاثة أثمان قيمته وللجارية سدسه كما هو الطريق المختار، لأنه أخذ من مقابل الجارية - أعني سبعة وخمساً - سدسه وهو واحد وخمس، ومن مقابل العبد - أعني أربعة وأربعة أخماس - ثلاثة أثمان وهو واحد وأربعة أخماس،

فانه يقال: إذا اشترى الأمة والعبد باثني عشر درهماً فقد اشترى كلاهما بثمن يخالف الآخر ويقسط ذلك الثمن على كل من العبد والأمة بحسب قيمة كل منهما. وبتعبير آخر: كما يقسط الثمن الواحد على الشيئين بحسب قيمة كل منهما فيما احتيج إلى التقسيط، كما إذا ظهر أحدهما ملك الغير أو لغير ذلك كذلك الأرش يقسط عليهما بحسب قيمة كل منهما، فيقسط ربع الثمن أي ثلثه دنانير على كل من العبد والأمة حيث إن ما يقع بازاء الجارية من الاثني عشر سبعة وخمس وما يقع بازاء العبد والأمة أربعة أخماس والسدس من ربع الثمن المسمى أرش للجارية أي واحد وخمس والباقي من ثلاثة دنانير وهو دينار وأربعة أخماس أرش للعبد وهو ثلاثة أثمان قيمته كما لا يخفى.

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

وقد ظهر ممّا ذكرنا: أنّه لا فرق بين شهادة البيّنات بالقيم أو شهادتهم بنفس النسبة بين الصحيح والمعيب وإن لم يذكروا القيم. هذا كلّ إذا كان مستند المشهور في أخذ القيمة الوسطى إلى العمل بكلّ من البيّتين في جزء من المبيع. أمّا إذا كان المستند مجرد الجمع بين الحقّين، بأن تنزّل القيمة الزائدة وترفع الناقصة على حد سواء، فالمتعين هو الطريق الثاني أيضاً [١] سواء شهدت البيّتان بالقيمتين أم شهدتا بنفس النسبة بين الصحيح والمعيب. أمّا إذا شهدتا بنفس التفاوت، فلاّنه إذا شهدت إحدهما بأنّ التفاوت بين الصحيح والمعيب بالسدس وهو الاثنان من اثني عشر،

وهذا بخلاف ما نحن فيه فإنّ الثمن المسمّى المبذول بازاء الشيء كان بنسبة واحدة بالاضافة إلى نصف الشيء، وإذا أريد العمل بإحدى البيّتين في نصف ذلك الشيء وبالأخرى في نصفه الآخر فلا بد من تعيين الأرش نصفين بنسبتين.

[١] وحاصله: أنّه لو كانت البيّتان مختلفتين - سواء كان مفادهما المطابقي بيان تلك النسبة أو تعيين القيمة لصحيحه ومعيبه - يكون الجمع بين حقي البائع والمشتري هو الأخذ بالنسبتين بالاضافة إلى نصف الثمن المسمّى وبالبيّنة الأخرى في نصفه الآخر ويحصل لأخذ النسبة تكون منه قطعة من النسبة الزائدة والناقصة، كما إذا شهدت

وشهدت الأخرى بأنّه بثلاثة أثمان وهو الثلاثة من ثمانية، زدنا على السدس ما تنقص من ثلاثة أثمان صار كل واحد سدساً ونصف سدس وثمانه، وهو من الثمن المفروض اثني عشر ثلاثة وربع، كما ذكرنا سابقاً. وإن شهدت البيّتان بالقيمتين، فمقتضى الجمع بين الحقيّن في هذا المقام تعديل قيمتي كلّ من الصحيح والمعيب بالزيادة والنقصان بأخذ قيمة نسبته إلى المعيب دون نسبة القيمة الزائدة وفوق نسبة الناقصة، فيؤخذ من الاثني عشر والعشر ومن الثمانية والخمسة قيمتان للصحيح والمعيب نسبة إحداهما إلى الأخرى يزيد على السدس بما ينقص من ثلاثة أثمان، فيؤخذ قيمتان يزيد صحيحهما على المعيب بسدس ونصف سدس وثمان سدس.

إحداهما: بأن التفاوت بين قيمتي الصحيح والمعيب بالسدس، فالأرض على هذه النسبة من الثمن المسمّى المفروض كونه اثني عشر اثنان، وشهدت الأخرى: بأنّ التفاوت بينهما بثلاثة اثمان، فالأرض على هذه النسبة أربعة ونصف، فيؤخذ من كل الأرضين نصفه ويجمع فيكون ثلاثة وربع، فيكون الأرض سدس الثمن المسمّى ونصفه وثمان السدس ونصفه وثمان السدس، حيث إنّ السدس من الثمن المسمّى اثنان ونصفه واحد وثمانه أي ثمن الاثني عشر يكون ربع الواحد.

ولو شهدت إحدى البيّتين: أن صحيحه اثنا عشر ومعيبه عشرة، وشهدت الأخرى: أن صحيحه ثمانية ومعيبه خمسة فلا بد من جعل قيمة لصحيحه تكون متوسطة بالإضافة إلى نسبة قيمة الشيء صحيحاً إلى قيمته معيباً التي تذكرها إحدى البيّتين، وبالإضافة إلى نسبة أخرى في قيمة الشيء صحيحاً إلى قيمته معيباً التي تذكرها البيّة الأخرى.

أقول: لا ينبغي الريب في أنّ كلّاً من الطريق المنسوب إلى المشهور والطريق المنسوب إلى الشهيد خروج عن الأصل، وفيهما جمع بين الحقيّن أي لحاظهما.

ومن هنا يمكن إرجاع كلام الأكثر إلى الطريق الثاني، بأن يريدوا من «أوسط القيم المتعددة للصحيح والمعيب» القيمة المتوسطة بين القيم لكل منهما من حيث نسبتتهما إلى قيمة الآخر، فيكون مرادهم من أخذ قيمتين للصحيح والمعيب قيمة متوسطة من حيث نسبة إحداهما إلى الأخرى بين أقوال جميع البيّنات المقومين للصحيح والفاسد. وليس في كلام الأكثر أنه تجمع قيم الصحيح وتنتزع منها قيمة - وكذلك قيم المعيب - ثم تنسب إحدى القيمتين المتزعتين إلى الأخرى. قال في المقنعة: فإن اختلف أهل الخبرة عمل على أوسط القيم ونحوه في النهاية. وفي الشرائع عمل على الأوسط.

ولا ينبغي التأمل أيضاً في أن الطريق الثاني أكثر جمعاً بينهما حيث إنّ المؤلف في مقامات الاختلاف في الدعاوى المالية المرددة بين الأقل والأكثر أن يلاحظ ما به التفاوت ويؤخذ بنصفه في مقام المصالحة، إلّا أنّ الكلام في تعيين ذلك في المقام وسائر المقامات التي تشبه المقام.

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

ولو كان الجمع بين الحقيّين في المقام متعيّناً لتعيّن في مسألة الدين المردد بين الأقل والأكثر كما لا يخفى.

وقد تقدّم أيضاً أن دليل اعتبار أي طريق ومنه ما دل على اعتبار البيّنة لا يعم صورة التعارض سواء كان التعارض في تمام المدلول أو في بعضه، كما إذا ذكر كل بينه لصحيح الشيء قيمة ولمعيّبه أخرى سواء فرع على ذلك نسبة الأرّش أم لا، أو ذكر كل بينه للأرّش نسبة من غير تعرض لقيمة صحيح الشيء ومعيّبه، بحيث تكون النسبة في

وبالجملة، فكلّ من عبر بالأوسط يحتمل أن يريد الوسط من حيث النسبة
لا من حيث العدد.

في الشروط التي يقع عليها العقد وشروط صحتها وما يترتب على
صحتها وفاسدها

الشرط يطلق في العرف على معنيين [١]:

إحدهما غير النسبة في الأخرى، وإلّا لم يكن بينهما تعارض أصلاً فتدبر جيداً.

[١] ذكره رحمته الله أن الشرط يطلق على معنيين لغة:

أحدهما: معناه المصدري أي الإلزام والالتزام بأمر ويكون الإلزام من الشروط
له والالتزام من المشروط عليه، وذكر في القاموس^(١) كون الإلزام والالتزام في البيع
ونحوه، وظاهره عدم إطلاق الشرط حقيقة أو عدم صحته على الإلزام والالتزام
الابتدائيين.

ولكن لا يمكن الالتزام بعدم صحّة الإطلاق، حيث إنّ إطلاقه في الأخبار على
الإلزام الابتدائي أو الالتزام كذلك شائع، كما يفصح عن ذلك ما ورد في حكاية بيع بريرة
من قوله عليه السلام: «قضاء الله أحقّ وشرطه أوثق والولاء لمن اعتق»^(٢)، حيث إنّ المراد من
شرط الله حكمه فلا يثبت ذلك الولاء لغير المعتق كالبائع ولو بالاشتراط في بيع العبد.
وقوله عليه السلام في الرد على مشترط عدم التزوّج بامرأة أخرى في النكاح إنّ «شرط الله
قبل شرطكم»^(٣)، حيث إنّ المراد بشرط الله تجويز التزوّج بامرأة أخرى متعة مطلقاً

(١) القاموس المحيط ٢: ٣٦٨، مادة «شرط».

(٢) سنن البيهقي ١٠: ٢٩٥، وكنز العمال ١٠: ٣٢٢، الحديث ٢٩٦١٥، وأورد بعضه في الوسائل ٢٣: ٦٤-٦٥.

الباب ٣٧ من كتاب العتق، الحديث ١ و ٢.

(٣) وسائل الشيعة ٢١: ٢٧٧، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٦.

أحدهما: المعنى الحدتي، وهو بهذا المعنى مصدر «شَرَطَ» فهو شرط للأمر الفلاني، وذلك الأمر مشروط، وفلان مشروط له أو عليه.
وفي القاموس: «أنَّه إلزام الشيء والتزامه في البيع وغيره»، وظاهره كون استعماله في الإلزام الابتدائي مجازاً أو غير صحيح.

ودواماً إلى أربع.

وفي صحيحة عاصم بن حميد عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام «في رجل تزوج امرأة وشرط لها إن هو تزوج عليها امرأة أو هجرها أو اتخذ عليها سرية فهي طالق، فقضى في ذلك أن شرط الله قبل شرطكم، فإن شاء وفي لها بالشرط» الحديث ^(١).
وما في بعض روايات خيار الحيوان «ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثة أيام» ^(٢).
وفي غيره «إلى أن يتفرقا» ^(٣)، فإنَّ كلاً من خيارى الحيوان والمجلس تأسيسي من الشارع فيدخل في حكمه.

وقد أطلق الشرط على النذر والعهد والوعد في بعض أخبار الشرط في النكاح وفي صحيحة منصور بن بزرج أو موثقته عن عبد صالح عليه السلام قال: «قلت له: رجلاً من مواليك تزوج امرأة ثم طلقها فبانت منه فأراد أن يراجعها فابت عليه إلا أن يجعل الله عليه أن لا يطلقها ولا يتزوج عليها، فأعطاها ذلك، ثم بداله في التزوج بعد ذلك، فكيف يصنع؟ فقال: بئس ما صنع، وما كان يدرى ما يقع في قلبه بالليل والنهار، قل له: فليف للمرأة بشرطها، فإنَّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال: المؤمنون عند شروطهم» ^(٤).

(١) وسائل الشيعة ٢٢: ٣٥، الباب ١٣ من أبواب مقدمات الطلاق وشرايطه، الحديث ١.

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

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

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

لكن لإشكال في صحته لوقوعه في الأخبار كثيراً مثل قوله ﷺ في حكاية بيع بريرة: «إن قضاء الله أحقّ وشرطه أوثق والولاء لمن اعتق» وقول أمير المؤمنين عليه السلام في الردّ على مشترط عدم التزوّج بامرأة أخرى في النكاح: «إن شرط الله قبل شرطكم». وقوله: «ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثة أيام للمشتري. قلت: وفي غيره؟ قال: هما بالخيار حتى يفترقا» وقد أطلق على النذر أو العهد أو الوعد في بعض أخبار الشرط في النكاح، وقد اعترف في الحدائق: بأن إطلاق

وقد ذكر في الحدائق: ^(١) أن إطلاق الشرط على البيع في الأخبار كثير. والحاصل: أنه لا شبهة في استعمال الشرط في الحكم والالتزام الابتدائي ولا يبعد كونه حقيقة بأن يكون المعنى الظاهر من الشرط هو الإلزام والالتزام سواء كان في ضمن عقد أو كان ابتدائياً فإن أولوية الاشتراك المعنوي على المجاز يقتضى ذلك، ولا يتبادر من قوله شرط فلان على نفسه كذا إلّا الالتزام على نفسه ولو كان ابتدائياً، ولذا استدلل عليه بالنبوي المزبور «المؤمنون عند شروطهم» على لزوم الوفاء بالنذر والعهد عند إرادة نكاح المرأة.

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

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

أقول: ما ذكره من أولوية الاشتراك المعنوي عن المجاز ثبت في محله أن مثل

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

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

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

مع أنّ استعمال الشرط في قضية حكاية بريرة كذا في قول علي عليه السلام لمشترط عدم التزوج على امرأة أخرى من قبيل المعاملة والاطلاق بالمشاكلة نظير قوله تعالى ﴿فَصْنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ﴾^(١) وقوله عليه السلام «لا تنقض اليقين بالشك... ولكنّه تنقض الشك باليقين»^(٢) إلى غير ذلك.

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

(١) سورة البقرة: الآية ١٩٤.

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

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

ولذا لم يرد في شيء من الأخبار الواردة في الأمر بالعمل بالوعد أو العهد التعليل بالعموم المزبور، نعم علّل الأمر في بعضها بالأمر بالوفاء بالعقود ويقول سبّحانه ﷻ **تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ**^(١) فراجع.

ثم إنّه بعد البناء على أنّه يعتبر في الشرط تحقّقه في ضمن معاملة يقع الكلام في أنّ ارتباطه بالمعاملة بمجرّد الظرفية كما هو ظاهر القاموس أو أنّه نحو آخر نتعرض لذلك عن قريب إنشاء الله تعالى.

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

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

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

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

إفادة تلك الجملة لكون مضمونها شرطاً بالمعنى الثاني، كما أن استعماله في السنة أهل المعقول والأصول في «ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده الوجود» مأخوذ من ذلك المعنى، إلا أنه أضيف إليه ما ذكر في اصطلاحهم مقابلاً للسبب. فقد تلخص مما ذكرنا: أن للشرط معنيين عرفيين وآخرين اصطلاحيين لا يحل عليهما الإطلاقات العرفية، بل هي مرددة بين الأوليين فإن قامت قرينة على إرادة المصدر تعين الأول أو على إرادة الجامد تعين الثاني وإلا حصل الإجمال.

وذكر^(١) أن الشرط بهذا المعنى اسم جامد لا يشتق منه شيء بالأصل - أي إذا لم يؤول الشرط بهذا المعنى إلى معنى حدثي - نعم لو أول إلى معنى حدثي كجعل الشيء بحيث لا يحصل الشيء الآخر بدونه فيقال للجاعل: الشارط وللشيء الآخر كالصلاة بالإضافة إلى الوضوء والاستقبال ونحوهما: المشروط وهذا الإطلاق ليس بنحو التضاف في الفعل والانفعال، وإلا فلا بد من إطلاق الشارط على الجاعل والمشروط على مجعوله أي نفس الوضوء أو الحكم المتعلق بالصلاة المتقيدة بالوضوء وغيره. وبتعبير آخر: الشرط بهذا المعنى كالسبب اسم جامد، واشتقاق الشارط والمشروط منه كاشتقاق المسبب بالكسر والفتح من لفظ السبب حيث يطلق المسبب بالكسر على جاعل السبب كما في الدعاء: «يا مسبب الأسباب»^(١) والمسبب بالفتح يطلق على الحاصل من السبب.

وهذا الإطلاق أيضاً ليس بنحو التضاف فلا يكون اشتقاقاً على الأصل لأن المسبب بالكسر جاعل السببية للشيء فيكون المسبب بالفتح على التضاف نفس السبب لا الأمر الحاصل عن السبب.

(١) وردت في كثير من كتب الأدعية منها المجتبي من دعاء المجتبي: ١١١.

وظهر أيضاً أنَّ المراد بـ«الشرط» في قولهم لَا يَجُوزُ: «المؤمنون عند شروطهم» هو الشرط باعتبار كونه مصدراً، إمّا مستعملاً في معناه - أعني إلزاماتهم على أنفسهم - وإمّا مستعملاً بمعنى ملتزماتهم، وإمّا بمعنى جعل الشيء شرطاً بالمعنى الثاني بمعنى التزام عدم شيء عند عدم آخر، وسيجيء الكلام في ذلك.

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

وأما إطلاق الشرط في اصطلاح علماء الادب على الجملة التي تقع تلواذة الشرط فهو مأخوذ من المعنى الثاني أي ما يلزم من عدمه العدم، كما أن ما يطلق عليه الشرط في اصطلاح أهل المعقول مأخوذ من هذا المعنى غاية الأمر أضيف إليه قيود ليمتاز الشرط عن السبب والمانع باصطلاحهم، فيكون كل من الاصطلاحين من نقل اللفظ عن معناه العام إلى بعض أفراده.

ولا يحمل الشرط في الاستعمالات العرفية إلا على أحد الأولين، فان كان في البين قرينة على تعيين أحدهما فهو وإلا يكون الخطاب مجملاً.

أقول: الظاهر أنَّ الشرط يطلق على الالتزام بالعمل أو ثبوت الحق لكن لا مطلقاً بل فيما كان داخلياً في التزام معاملي، وإذا قال «بعت مالي بكذا واشترطت عليه خياطة ثوبي» فظاهره إدخال التزام الطرف بخياطة ثوبه في البيع، والإدخال ليس بمعنى الظرفية كما هو ظاهر القاموس بل بنحو تعليق نفس الالتزام المعاملي على التزام الطرف بذلك العمل أو ثبوت الحق، وقد تقدم تفصيل الكلام في ذلك في باب شرط الخيار.

وأما الإلزام فهو خارج عن معنى الشرط، بل جوازه امر مترتب على صحة الشرط في المعاملة ونفوذه حيث يكون للمشروط له إلزام الآخر بالعمل أو رعاية الحق كما لا يخفى.

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

ولا ريب في أن المراد من قوله ﷺ «المسلمون عند شروطهم» هذا المعنى بقرينة تطبيقه في بعض الروايات على الشرط في المعاملة حتى في رواية منصور بن بزرج حيث ذكر فيها ما يدل على أن المراد الالتزام بالعمل وإعطاء هذا الالتزام للمرأة في نكاحها، ولذا ذكر سلام الله عليه فيها «فليف للمرأة بشرطها».

وأما الشرط بالمعنى الآخر الذي ذكره أي ما يلزم من عدمه عدم شيء آخر فلم يظهر أن هذا معناه لغة، والشاهد صدق الشرط على موارد قيام البدل سواء كان البدل اختيارياً أو اضطرارياً.

ولا يبعد أن يكون معنى الشرط لغة الدخيل في حصول شيء آخر سواء كانت دخالته جعلية كما في قيود المأمور به أو الموضوع أو نفس الحكم أو كانت واقعية. وبهذا الاعتبار يطلق الشرط على الجملة الواقعة في تلوادة الشرط وما هو من أجزاء العلة التامة للشيء عند أهل المعقول.

مسألة: في شروط صحة الشرط، وهي أمور قد وقع الكلام أو الخلاف فيها:
 الأول: أن يكون داخلاً تحت قدرة المكلّف [١] فيخرج ما لا يقدر العاقد على تسليمه الى صاحبه سواء كان صفة لا يقدر العاقد على تسليم العين موصوفاً بها، مثل صيرورة الزرع سنبلًا وكون الأمة والدابة تحمل في المستقبل أو تلد كذا، أو كان عملاً كجعل الزرع سنبلًا والبسر تمرًا كما مثل به في القواعد. لكن الظاهر أن المراد به جعل الله الزرع والبسر سنبلًا وتمرًا، والغرض الاحتراز عن اشتراط فعل

[١] ذكره رحمه الله بما حاصله: أنه يعتبر في نفوذ الشرط وصحته كونه أي المشروط مقدوراً للمشروط عليه بأن يمكن له تسليم المشروط إلى المشروط له سواء كان الشرط غير المقدور صفة في أحد العوضين، والمراد بالصفة الأمر الاستقبالي في ذلك العوض، كما إذا قال «بعت هذه الدابة على أن تحمل مستقبلاً أو هذه الأمة على أن تلد مستقبلاً ذكراً» أو كان المشروط عملاً أي فعلاً لا يتمكن منه المشروط عليه كما إذا قال «بعتك هذا الزرع على أن يجعل سنبلًا أو بعت البسر على أن يجعل تمرًا».

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

ويبعد من الفقهاء أن يتعرضوا لأمر خارج في المعاملات عن بناء العقلاء، بخلاف ما إذا اشترط في المعاملة فعل الغير فان تعليق التراضي بالمعاملة على حصول فعل الغير يقع من العقلاء.

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

غير العاقد ممّا لا يكون تحت قدرته كأفعال الله سبحانه، لا عن اشتراط حدوث فعل محال من المشروط عليه، لأن الإلزام والالتزام بمباشرة فعل ممتنع عقلاً أو عادة ممّا لا يرتكبه العقلاء والاحتراز عن مثل الجمع بين الضدين أو الطيران في الهواء ممّا لا يرتكبه العقلاء. والإتيان بالقيّد المخرج لذلك والحكم عليه بعدم الجواز والصحة بعيد عن شأن الفقهاء، ولذا لم يتعرضوا لمثل ذلك في باب الإجارة والجمالة، مع أن اشتراط كون الفعل سائغاً يغني عن اشتراط القدرة.

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

الاشتراط في بابي الإجارة والجمالة ويغني عن هذا الاشتراط اشتراط جواز المشروط وإباحته، بل المراد كما ذكرنا الاحتراز عن اشتراط فعل الغير، فإن اشتراط فعل الغير أولى من اشتراط الوصف الحالي في المبيع، فإن الوصف المزبور خارج عن قدرة البائع حيث لا يمكن تحصيله إن لم يكن حاصلاً، بخلاف فعل الغير يمكن أن يتوصل إلى حصوله بالاستدعاء وغيره، فيكون قوله «بعت الزرع على أن يجعل سنبلًا» ظاهراً في اشتراط أن يجعله الله سنبلًا.

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

ويدل على ما ذكرنا تعبير أكثرهم بـ«بلوغ الزرع والبسر سنبلًا وتمرًا» أو لـ«صيرورتهما كذلك» وتمثيلهم لغير المقدور بـ«انعقاد الثمرة وإيناعها» و«حمل الدابة فيما بعد» و«وضع الحامل في وقت كذا» وغير ذلك.

وقال في القواعد: يجوز اشتراط ما يدخل تحت القدرة: من منافع البائع دون غيره كـ«جعل الزرع سنبلًا والبسر تمرًا». قال الشهيد رحمته الله في محكي حواشيه على القواعد: إن المراد جعل الله الزرع سنبلًا والبسر تمرًا، لأننا إنما نفرض ما يجوز أن يتوهمه عاقل، لا امتناع ذلك من غير الإله - جلّت عظمتة - انتهى.

لكن قال في الشرائع: ولا يجوز اشتراط ما لا يدخل في مقدوره، كبيع الزرع على أن يجعله سنبلًا والرطب على أن يجعله تمرًا، انتهى. ونحوها عبارة التذكرة. لكن لا بد من إرجاعها الى ما ذكر إذ لا يتصور القصد من العاقل إلى الإلزام والالتزام بهذا الممتنع العقلي، اللهم إلا أن يراد إعمال مقدّمات الجعل على وجه توصل اليه مع التزام الإيصال، فأسند الجعل الى نفسه بهذا الاعتبار، فافهم.

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

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

وعليه فلو كان الشرط بمعنى المشروط فعلاً فلا بد من كونه مقدوراً للمشروط عليه وإن كان وصفاً سواء كان حالياً أو استقبالياً، فلامعنى لاشتراطه إلا الالتزام بثبوت حق الخيار لصاحبه على تقدير عدم ذلك الوصف فإن الخيار لكونه حقاً يكفي في ثبوته نفس الاشتراط لا يكون من شرط غير المقدور.

[١] استدلل رحمته الله على اعتبار كون الشرط مقدوراً للمشروط عليه مع عدم الخلاف

فيه بانه مع عدم كونه مقدوراً لا يتمكن من تسليم الشرط فيما كان فعلاً كما لا يتمكن

فيه - عدم القدرة على تسليمه، بل ولا على تسليم المبيع إذا أخذ متصفاً به، لأنَّ تحقق مثل هذا الشرط بضرب من الاتفاق ولا ينافي بإرادة المشروط عليه فيلزم الغرر في العقد، لارتباطه بما لا وثوق بتحقيقه، ولذا نفى الخلاف في الغنية عن بطلان العقد باشتراط هذا الشرط استناداً إلى عدم القدرة على تسليم المبيع كما يظهر بالتأمل في آخر كلامه في هذه المسألة. ولا ينقض ما ذكرنا بما لو اشترط وصفاً حالياً لا يعلم تحقيقه في المبيع، كاشتراط كونه كاتباً بالفعل أو حاملاً للفرق بينهما - بعد الاجماع - : بأنَّ التزام وجود الصفة في الحال بناء على وجود الوصف الحالي ولو لم يعلم بما به فاشتراط كتابة العبد المعين الخارجي بمنزلة توصيفه بها، وبهذا المقدار يرتفع الغرر بخلاف ما سيتحقق في المستقبل، فإنَّ الارتباط به لا يدلُّ على البناء على تحقيقه. وقد صرح العلامة - فيما حكى عنه - ببطلان اشتراط أن تكون الأمة تحمل في المستقبل، لأنَّه غرر. خلافاً للمحكي عن الشيخ والقاضي

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

لا يقال: ما ذكر من كون حصول الوصف بضرب من الاتفاق ولا ينافي بإرادة المشروط عليه يجري في اشتراط الوصف الحالي أيضاً مع أنه لا ينبغي الرب في جواز اشتراط الوصف الحالي في المبيع كاشتراط كون العبد كاتباً فعلاً أو الدابة حاملاً كذلك.

فانه يقال: بالفرق بينهما للاجماع على جواز الثاني دون الاول، وبأنَّ اشتراط الوصف الحالي مبني على وجود الوصف حال البيع، فيكون من اخبار البائع بوصف المبيع وان لم يكن وجوده معلوماً بالوجدان للبائع المخبر فضلاً عن المشتري، حيث

فحكماً بلزوم العقد مع تحقق الحمل، وبجواز الفسخ إذا لم يتحقق، وظاهرهما - كما استفاده في الدروس - تزلزل العقد باشتراط مجهول التحقق، فيتحقق الخلاف في مسألة اعتبار القدرة في صحة الشرط. ويمكن توجيه فتوى الشيخ بإرجاع اشتراط الحمل في المستقبل إلى اشتراط صفة حالية موجبة للحمل فعدمه كاشف عن فقدانها. وهذا الشرط وإن كان للتأمل في صحته مجال إلا أن إرادة هذا المعنى يُخرج اعتبار كون الشرط ممّا يدخل تحت القدرة عن الخلاف. ثم إن عدم القدرة على الشرط: تارة لعدم مدخليته فيه أصلاً كاشتراط أن الحامل تضع في شهر كذا، وأخرى لعدم استقلاله فيه كاشتراط بيع المبيع من زيد، فإن المقدور هو الإيجاب فقط لا العقد المركّب، فإن أراد اشتراط المركّب، فالظاهر دخوله في اشتراط غير المقدور، إلا أن العلامة رحمته في التذكرة - بعد جزمه بصحة اشتراط بيعه على زيد - قال: لو اشترط بيعه على زيد فامتنع زيد من شرائه احتُمل ثبوت الخيار بين الفسخ والإمضاء والعدم إذ تقديره: بعه على زيد إن اشتراه، انتهى.

يكفي في توصيف المبيع بالوصف كونه مقتضى الأصل أو موثقاً حصوله، بخلاف اشتراط الوصف الاستقبالي فإنه لا يبتني على وجود الوصف فيكون البيع معه غريباً. ثم ذكر أنه يظهر من الشيخ رحمته والقاضي رحمته جواز اشتراط الوصف الاستقبالي وأنه لو تحقق الأمر الاستقبالي كحمل الدابة فالبيع لازم وإن لم يحصل يثبت للمشتري الخيار، فيكون اشتراط القدرة على الشرط مورد الخلاف إلا أن يكون مرادهما من اشتراط كون الدابة تحمل مستقبلاً اشتراط أمر حالي في الدابة فلا يكون معه اشتراط القدرة في الشرط محل الخلاف.

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

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

ومن أفراد غير المقدور: ما لو شرط حصول غاية متوقفة شرعاً على سبب خاص بحيث يعلم من الشرع عدم حصولها بنفس الاشتراط كاشتراط كون امرأة زوجة أو الزوجة مطلقة من غير أن يراد من ذلك إيجاد الأسباب. أما لو أراد إيجاد الأسباب أو كان الشرط مما يكفي في تحقيقه نفس الاشتراط فلا إشكال ولو شك في حصوله بنفس الاشتراط - كملكية عين خاصة - فسيأتي الكلام فيه في حكم الشرط.

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

وبتعبير آخر: العين تعلق بها البيع مطلقاً، غاية الأمر لا لزوم له مع عدم الوصف. ومما ذكر يعلم انه لو اشترط في المعاملة فعل ثالث فمرجهه إلى اعتبار الخيار لمن تخلف عليه ذلك الفعل فلا يكون الشرط محكوماً بالبطلان.

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

الثاني: أن يكون الشرط سائغاً [١] في نفسه، فلا يجوز اشتراط جعل العنب خمراً ونحوه من المحرمات، لعدم نفوذ الالتزام بالمحرم. ويدل عليه ما سيجيء من

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

هذا كله في شرط غير الفعل الاختياري للمشروط عليه وأما فيه فيأتي أنه يثبت فيه الحكم التكليفي ولا يكون اشتراطه مجرد اعتبار الخيار.

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

ويظهر الثمرة فيها لم يرغب ذلك الثالث بشراء المتاع مع تصدى المشتري الأول لبيعه منه فإنه يحكم بلزوم البيع على الأول وبجوازه على الثاني. ومن هذا القبيل لو اشترط على البائع الكفيل على عهدة المبيع ولم يجد البائع الكفيل.

ولا يبعد أن يقال: إنه يختلف الحال بحسب المقامات وقرائن الأحوال، ومع عدم القرائن فهو من اشتراط الأمر لغير المقدور، فإن المركب كالوصف ومرجعه إلى اشتراط الخيار.

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

[١] يظهر من عنوان الشرط الثاني بقرينة التمثيل أن الفرق بين هذا الاعتبار وبين اعتبار عدم كون الشرط مخالفاً للكتاب والسنة أن المراد بالمشروط في هذا الشرط الفعل الذي يعد عصياناً كفعل الحرام أو ترك الواجب، والمراد بالشرط الرابع كون

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

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

والحاصل: أن المراد في المقام أن لا يكون العمل المشروط عصياناً كما إذا اشترط فعل محرم أو ترك واجب والمراد بالشرط الرابع أن يكون المشروط حكماً واعتباراً يخالف الحكم الشرعي والاعتبار، كما إذا باع المال وشرط أن لا يجوز للمشتري بيع ذلك الكتاب بأن لا يكون له حق البيع أو تزويج امرأة وشرط لها أن يجوز له الزواج بامرأة أخرى.

واستدل عليه السلام على اعتبار كون الشرط سائغاً بموثقة إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه: «أن علي بن أبي طالب عليه السلام كان يقول: من شرط لامراته شرطاً فليف لها به، فإن المسلمين عند شروطهم، إلا شرطاً حرّم حلالاً أو أحلّ حراماً»^(١).

وذكر الإيرواني رحمته أنه لا مجال للاستدلال على كون الشرط سائغاً بالموثقة المزبورة، فإن ظاهر تحليل الحرام وتحريم الحلال كونهما اعتباريين ولو بنحو التشريع لا التحليل أو التحريم عملاً فتكون دليلاً على الشرط الرابع. واستدل عليه السلام على هذا الاعتبار بالاطلاق أو العموم في خطاب وجوب الفعل أو حرمة.

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

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

(٢) حاشية كتاب المكاسب ٣: ٢٦٨.

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

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

وذكر النائي^(١) أن هذا الاعتبار مستدرك لرجوعه إلى اشتراط القدرة على الشرط فان المحرم لا يكون مقدوراً على المكلف تشريعاً فلا يصح شرطه.

وفيه: أن شرط العمل غير المقدور لم يكن صحيحاً لأن مثل قوله ﷺ «المؤمنون عند شروطهم» لم يكن شاملاً له لأن التكليف بغير مقدور غير صحيح.

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

وذكر السيد اليزدي^(٢) أن هذا الاعتبار يرجع إلى اعتبار أن لا يكون الشرط مخالفاً للكتاب والسنة حيث إن المراد بمخالفته للكتاب والسنة مخالفته لهما عملاً أو اعتباراً.

واما التفرقة بين الشرط الثاني والشرط الرابع الآتي بأن المراد بالشرط يختلف، فان المراد به في المقام نفس الالتزام والمراد به في الشرط الرابع المشروط والملتزم به، فيعتبر في نفوذ الشرط بأن يكون نفس الالتزام جازياً فلا يصح الالتزام بالمحرم فلا يمكن المساعدة عليه، فان الالتزام بالآتيان بالحرام كالالتزام بالآتيان بالمحلل غير

(١) منية الطالب في شرح المكاسب ٣: ١٩٣.

(٢) حاشية كتاب المكاسب ٣: ٢٥٦.

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

متعلق للحرمة سواء كان الالتزام حقيقياً أم إنشائياً، وانما المتعلق للتحريم نفس العمل كما ذكر تفصيل ذلك في بحث المخالفة الالتزامية.

وعلى ذلك فلا مورد لكون نفس الالتزام في ضمن معاملة محرماً وعلى تقديره فلا تقتضى ذلك التحريم عدم نفوذه وصحته، فان الشرط بمعنى الالتزام قسمٌ من المعاملة ولا يقتضي النهي عن المعاملة فسادها.

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

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

وذلك فإن حرمة المحرمات لو كانت مرفوعة بالشرط في المعاملة أو بالإجارة ونحو ذلك لكان تحريمها لغواً حيث يمكن التوصل إلى ارتكابه بالشرط في معاملة أو الاجارة ولا يقاس ذلك بموارد الفرار عن الحرام إلى الحلال بالاحتتيال في رفع الموضوع فتدبر.

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

وقد صرح جماعة: بأن اشتراط الكيل أو الوزن بمكيال معيّن أو ميزان معيّن من أفراد المتعارف لغو سواء في السلم وغيره، وفي التذكرة: لو شرط ما لا غرض للعقلاء فيه ولا يزيد به المائيّة فإنّه لغو لا يوجب الخيار. والوجه في ذلك: أنّ مثل ذلك لا يُعدّ حقّاً للمشروط له حتى يتضرّر بتعذّره فيثبت له الخيار أو يعتني به الشارع فيوجب الوفاء به ويكون تركه ظلماً، ولو شكّ في تعلّق غرض صحيح به حمل عليه.

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

وقد ذكر جماعة^(١): أنّ اشتراط الكيل بمكيال معيّن أو بميزان معيّن مع تساويه مع الافراد المتعارفة من الكيل والميزان لغو لعدم تعلّق غرض للتعين المزبور من غير فرق بين بيع السلم وغيره.

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

وقد ذكر في التذكرة^(٢): أنّ كل شرط لا يكون فيه غرض للعقلاء ولا يوجب ذلك الشرط زيادة المالية في ناحية أحد العوضين يكون لغواً ولا يوجب تخلفه الخيار.

وعلّل المصنف رحمه الله الحكم بأن الشرط المزبور لا يعد حقّاً للمشروط له حتى يتضرر بعدم حصوله فيرتفع لزوم المعاملة بقاعدة «نفي الضرر»^(٣) كما أن الشرط

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

(٢) التذكرة ١: ٥٢٤.

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

ومن هنا اختار في التذكرة صحة اشتراط: أن لا يأكل إلا الهريسة ولا يلبس إلا الخبز. ولو اشترط كون العبد كافراً ففي صحته أو لغويته قولان للشيخ والحلي:

المزبور لا يوجب أن يعتني الشارع به فيوجب الوفاء به فيما لو كان عملاً، ويكون ترك العمل ظلماً، فالشرط المزبور يشبه إعطاء المال بازاء عين لها منفعة لا يعتد بها العقلاء. ولو شك في كون الشرط ممّا فيه غرض عقلائي أم لا، يحمل على الصحة. وعلى هذا الحمل يبتني ما ذكر العلامة^(١) في مسألة بيع العبد واشترط بايعه على المشتري أن لا يأكل إلا الهريسة، ولا يلبس إلا الخبز.

ولو اشترى العبدو شرط كونه كافراً ففي صحة الشرط، قولان فقيّل بصحة الشرط، وأنه يثبت للمشتري الخيار مع ظهور إسلامه كما عن العلامة^(٢)، لأن كفر العبد يتعلق به الغرض لتمكّن مشتريه على بيعه من الكافر والمسلم، بخلاف العبد المسلم، فإنه لا يجوز بيعه من الكفار، وإن العبد الكافر يستغرق أوقاته بخدمة مولاه بخلاف المسلم. وقيل كما عن الشيخ^(٣) ببطلان الشرط المزبور، وأنه يحكم بلزوم البيع ولو مع ظهور إسلامه، لأن إثبات الخيار في الفرض يوجب أن يحسب إسلام العبد نقصاً فيه وكفراه مزية، و«الإسلام يعلو ولا يعلى عليه»^(٤)، ولأن في تملك العبد المسلم غرض أخروي وهي المصاحبة مع المؤمن والإنفاق عليه، والغرض الدنيوي لا يزاحم الأخروي، كما جزم بذلك في الدروس^(٥).

(١) التذكرة ١: ٤٩٣.

(٢) المختلف ٥: ١٨٩.

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

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

(٥) الدروس ٣: ٢١٥.

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

وتفصيل الكلام في هذا المقام وبيان معنى مخالفة الشرط للكتاب والسنة موقوف على ذكر الأخبار الواردة في هذا الشرط، ثم التعرّض لمعناها فنقول: إنّ الأخبار في هذا المعنى مستفيضة، بل متواترة معنى:

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

[١] ذكره رحمته أنه لو احرز أن الحكم الوارد في الكتاب والسنة ثابت مع الشرط أيضاً فلا ينبغي الريب في بطلان الشرط المزبور، لأن مخالفة الكتاب والسنة لا يجوز بحال. نعم يحتمل أن يقال: إنّ ثبوت الحكم الوارد فيهما مع الشرط غير محرز لحكومة «المؤمنون عند شروطهم»^(١) على إطلاق الكتاب والسنة أو عمومهما فيختص الحكم الوارد فيهما بغير حال الشرط، بل التزم بعض بهذا الاحتمال، وبأنّ ما ورد في الروايات من استثناء الشرط المخالف للكتاب عن الشرط النافذ يحمل على صورة المخالفة بالتباين، ويرفع عن إطلاق الاستثناء وعمومه بالإضافة الى غير موارد التباين، وغير موارد قيام النص الخاص على جواز الشرط.

أقول: توضيح الحال في المقام يحتاج الى التكلم في مدلول أخبار الباب: منها: صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام «أنّه سئل عن رجل قال لامرأته إن

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

الرابع: أن لا يكون مخالفاً للكتاب والسنة [١] فلو اشترط رقية حرّ أو توريث أجنبي كان فاسداً، لأن مخالفة الكتاب والسنة لا يسوغهما شيء. نعم، قد يقوم احتمال تخصيص عموم الكتاب والسنة بأدلة الوفاء، بل قد جَوَّز بعض تخصيص عموم ما دلّ على عدم جواز الشرط المخالف للكتاب والسنة لكأنه ممّا لا يرتاب في ضعفه.

وتفصيل الكلام في هذا المقام وبيان معنى مخالفة الشرط للكتاب والسنة موقوف على ذكر الأخبار الواردة في هذا الشرط، ثم التعرّض لمعناها فنقول: إنّ الأخبار في هذا المعنى مستفيضة، بل متواترة معنى:

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

[١] ذكر عليه السلام أنه لو احرز أن الحكم الوارد في الكتاب والسنة ثابت مع الشرط أيضاً فلا ينبغي الريب في بطلان الشرط المزبور، لأن مخالفة الكتاب والسنة لا يجوز بحال. نعم يحتمل أن يقال: إن ثبوت الحكم الوارد فيهما مع الشرط غير محرز لحكومة «المؤمنون عند شروطهم»^(١) على إطلاق الكتاب والسنة أو عمومهما فيختص الحكم الوارد فيهما بغير حال الشرط، بل التزم بعض بهذا الاحتمال، وبأنّ ما ورد في الروايات من استثناء الشرط المخالف للكتاب عن الشرط النافذ يحمل على صورة المخالفة بالتباين، ويرفع عن إطلاق الاستثناء وعمومه بالإضافة الى غير موارد التباين، وغير موارد قيام النص الخاص على جواز الشرط.

أقول: توضيح الحال في المقام يحتاج الى التكلم في مدلول أخبار الباب: منها: صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام «أنه سئل عن رجل قال لامرأته إن

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

ففي النبوي المروي صحيحاً عن أبي عبد الله عليه السلام: «من اشترط شرطاً سوى كتاب الله عز وجل فلا يجوز ذلك له لا عليه» والمذكور في كلام الشيخ والعلامة رحمتهما المروي من طريق العامة قوله عليه السلام في حكاية بريرة لما اشترتها عائشة وشرط مواليها عليها ولاءها: «ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله! فما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل، قضاء الله أحق وشرطه أوثق والولاء لمن اعتق».

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

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

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

وعلى ذلك فإن كان السؤال في الرواية عن شرط الطلاق بنحو النتيجة في نكاح المرأة كما هو ظاهر الشرط فلا ريب في أنه لا بد من أن يكون المراد من شرط سوى كتاب الله المشروط الذي لم يذكر في كتاب الله أي القرآن، ويقيد بما إذا لم يذكر مشروعية في السنة أيضاً.

أو أن يراد بكتاب الله الحكم المكتوب من قبل الله سبحانه، فيعم ما ورد في السنة أيضاً، ولكن الأول أنسب لإعطاء الضابطة لصحيح الشرط وفاسده.

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

وفي المروي موثقاً عن أمير المؤمنين عليه السلام: «من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حرماً حلالاً أو أحلّ حراماً». وفي صحيحة الحلبي: «كل شرط خالف كتاب الله فهو ردٌّ».

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

وأما ما رواه الشيخ ^(١) والعلامة ^(٢) من طريق العامة في حكاية بريرة لما اشترتها عائشة، وشرط عليها مواليتها ولائها: «ما بال أقوام يشترطون شرطاً ليست في كتاب الله فما كان في شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، قضاء الله أحق وشرطه أوثق والولاء لمن اعتق» ^(٣)، فظاهره وإن يقتضي أن يكون المراد بكتاب الله ما كتب الله إلا أنه لضعف السند لا يمكن الاعتماد عليه، مع احتمال أن يراد منه أن المشروط المزبور غير وارد في الكتاب فمن أين يصح لهؤلاء الأقوام الشرط المزبور، ولا ينافي ذلك الحكم بصحته لو كان المشروط وارداً في السنة أخذاً بغيره.

ومنها: موثقة إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه «أن علي بن أبي طالب عليه السلام كان يقول: من شرط لامرأته شرطاً، فليف لها به فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حرماً حلالاً أو أحلّ حراماً» ^(٤).

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

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

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

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

وفي رواية محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام فيمن تزوج امرأة وأصدقها واشترطت عليه أن يبدها الجماع والطلاق، قال: «خالفت السنة ووليت حقاً ليست أهلاً له، ففضى أن عليه الصداق وببده الجماع والطلاق، وذلك السنة»، وفي معناها مرسله ابن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام ومرسله مروان بن مسلم إلا أن فيهما عدم جواز هذا النكاح.

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

ومنها: صحيحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: سمعته يقول: من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا يجوز له ولا يجوز على الذي اشترط عليه. والمسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله»^(٢).

وفي صحيحة الأخرى عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: المسلمون عند شروطهم إلا كل شرط خالف كتاب الله عز وجل فلا يجوز»^(٣).

ومنها: صحيحة محمد بن قيس على رواية الشيخ رحمته الله عن أبي جعفر عليه السلام «قال: قضى علي عليه السلام في رجل تزوج امرأة وأصدقته هي واشترطت عليه أن يبدها الجماع والطلاق قال: خالفت السنة ووليت حقاً من ليست بأهله قال: ففضى أن على الرجل النفقة وببده الجماع والطلاق وذلك السنة»^(٤).

ورواية إبراهيم بن محرز قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل قال لامرأته: أمرك ببدك فقال عليه السلام: أتى يكون هذا! وقد قال الله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾»^(٥).

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

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

(٣) المصدر: الحديث ٢.

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

(٥) وسائل الشيعة ٢٢: ٩٣-٩٤، الباب ٤١ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه، الحديث ٦.

وفي رواية ابراهيم بن محرز قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل قال لامرأته أملك بيدك، فقال عليه السلام: أنى يكون هذا، وقد قال الله تعالى: ﴿الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾».

وعن تفسير العياشي عن ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة تزوجها رجل وشرط عليها وعلى أهلها: إن تزوج عليها أو هجرها أو أتى عليها سرية فهي طالق، فقال عليه السلام: شرط الله قبل شرطكم إن شاء وفي بشرطه وإن شاء أمسك امرأته وتزوج عليها وتسرى وهجرها إن أتت بسبب ذلك، قال الله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ﴾ وقال: (أحل لكم ما ملكت أيما نكحتم) ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ﴾ الآية. ثم الظاهر أن المراد بـ«كتاب الله»

وفي تفسير العياشي عن ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة تزوجها رجل وشرط عليها وعلى أهلها إن تزوج عليها امرأة أو هجرها أو أتى عليها سرية فإنها طالق، فقال: شرط الله قبل شرطكم، إن شاء وفي بشرطه وإن شاء أمسك امرأته ونكح عليها وتسرى عليها وهجرها إن أتت بسبب ذلك، قال الله تعالى في كتابه: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرَبَاعَ﴾^(١) وقال: (أحل لكم ما ملكت أيما نكحتم)^(٢)، وقال: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ﴾^(٣)»، ورواه الشيخ^(٥) بسند موثق إلى قوله عليه السلام ونكح عليها.

وذكر المصنف رحمته الله أن المراد بالكتاب في بعض الروايات الظاهرة في بطلان

(١) سورة النساء: الآية ٣.

(٢) سورة النساء: الآية ٣، والآية في المصحف الكريم هكذا: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾.

(٣) سورة النساء: الآية ٣٤.

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

(٥) التهذيب ٧: ٣٧٠ / ١٥٠٠.

هو ما كتب الله على عباده من أحكام الدين وإن بيّنه على لسان رسوله ﷺ فاشتراط ولاء المملوك لبائعه إنما جعل في النبوي مخالفاً لكتاب الله بهذا المعنى. لكن ظاهر النبوي وإحدى صحيحتي ابن سنان اشتراط موافقة كتاب الله في صحة الشرط، وأن ما ليس فيه أو لا يوافقه فهو باطل. ولا يبعد أن يراد بالموافقة عدم المخالفة، نظراً إلى موافقة ما لم يخالف كتاب الله بالخصوص لعموماته المرخصة للتصرفات الغير المحرمة في النفس والمال، فخيطة ثوب البائع - مثلاً - موافق للكتاب بهذا المعنى.

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

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

أقول: قد تقدم أن حمل الكتاب في روايات الباب على حكم الله على عباده يبعد غايته، فانه مع كونه خلاف ظاهر كتاب الله لا يناسب جعل الضابطة للشرط الفاسد. وأيضاً الوجه في حمل الموافق للكتاب على عدم كون الشرط مخالفاً له هو أنه لو اعتبر الموافقة بنفسها لكان ذكر عدم المخالفة في الروايات المتعددة بلاوجه، ولزم أن لا يكون الحكم مناسباً لإعطاء الضابطة فإن أكثر الشروط لا يستفاد موافقتها للكتاب. ودعوى أنها موافقة لبواطنه لا يمكن المساعدة عليها، فإن الاحالة على بواطن

(١) سورة المائدة: الآية ٥.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٩.

(٣) سورة المائدة: الآية ١.

ثم إنَّ المتَّصف بمخالفة الكتاب [١] إما نفس المشروط والملتزم - ككون الأجنبي وارثاً وعكسه وكون الحرَّ أو ولده رقاً وثبوت الولاء لغير المعتق ونحو ذلك - وإما أن يكون التزامه مثلاً مجرد عدم التسري والتزوج على المرأة ليس مخالفاً للكتاب، وإنما المخالف الالتزام به، فإنَّه مخالف لإباحة التسري والتزويج الثابتة بالكتاب.

للكتاب لا يناسب إعطاء الضابطة، بل يناسبها ظواهر الكتاب كما لا يخفى.
ثم إن الجمع بين كون المراد بكتاب الله مطلق ما كتب الله وبين كون المراد من الموافقة عدم المخالفة للقرآن المجيد متهاافت.

[١] ذكره رحمته أنَّ الشرط بمعنى المشروط فيما إذا كان من الاعتباريات كشبوت الإرث للأجنبي أو كون الطلاق بيد المرأة ونحو ذلك يكون مخالفته للكتاب أو السنة ظاهرة.

وأما إذا كان الشرط بمعناه المصدري أي الالتزام فقد يدعى أن الالتزام بفعل الحرام وترك المباح أيضاً مخالف للكتاب والسنة فإن ترك المباح وإن لم يكن فيه محذور إلا أن الالتزام بتركه فيه محذور بل الالتزام بترك المباح وإن قيل لا محذور فيه أصلاً إلا أن التزام بفعل الحرام فيه محذور المخالفة للكتاب والسنة.

ويشهد لكون الالتزام بترك ما رخص فيه الشارع مخالفة للكتاب والسنة رواية العياشي المتقدمة التي رواها الشيخ بسند موثق على ما تقدم، فإن المذكور في النكاح في الرويتين الالتزام بترك المباح.

والتوجيه بما يأتي ضعيف بأن يراد من المذكورات فيهما عدم الحق في ارتكاب تلك المباحات فيكون المشروط مخالفاً لما دل على إباحتها.

ثم ذكر رحمته أنَّ موثقة اسحاق ابن عمار المتقدمة أيضاً ظاهرة في عدم جواز الالتزام

وقد يقال: إنَّ التزام ترك المباح لا ينافي لإباحته، فاشتراط ترك التزويج والتسري لا ينافي الكتاب فينحصر المراد في المعنى الأول.

بترك المباح أو فعل الحرام، فإنَّ قوله ﷺ فيها «إلا شرطاً حرماً حلالاً أو أحلَّ حراماً» مقتضاه أن الإحلال والتحريم فعل الشارط، لأنه باشتراطه يمنع الحلال ويرخص في الحرام.

وأوضح من ذلك كله المرسل المروي في الغنية^(١): «الشرط جازٍ بين المسلمين ما لم يمنع عنه كتاب أو سنة»، فإن الالتزام بارتكاب الحرام يمنع عنه الكتاب والسنة انتهى. أقول: لا يمنع الكتاب والسنة عن التزام بفعل الحرام منعاً تكليفاً بل يمنعان عن نفس ارتكاب الحرام، ومعه لا يمكن أن يعمه «المؤمنون عند شروطهم»^(٢).

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

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

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

(١) الغنية: ٣١٥.

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

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

وأما الاستدلال على عدم جواز الالتزام بمثل رواية العياشي ففيه: أن المراد بشرط الله فيه حكمه وقد اطلق عليه الشرط للمقابلة وأن المراد بحكم الله عدم صحة الطلاق بغير الوجه المعتبر، وليس الشرط المزبور الوجه المعتبر وكذا الحلف عليه فانه أيضاً باطل لأنه أيضاً من شرط الله قبل الحالف.

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

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

نعم ما في ذيل رواية العياشي من الاستشهاد على بطلان الشرط بأنّ الكتاب قد أباح الشرط أي ارتكاب المشروط لا يناسب الحمل المذكور، ولكن ليس الذيل في

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

كالصريحة في هذا المعنى وما سيجيء من تأويل الرواية بعيد مع أن قوله عليه السلام في رواية إسحاق بن عمار: «المؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً» ظاهر بل صريح في فعل الشارط، فإنه الذي يرخص باشرطه الحرام

موثقة محمد بن قيس ورواية العياشي ضعيفة سنداً كما تقدم، مع احتمال كون الاستشهاد فيها جديلاً.

وما ذكره عليه السلام من دلالة موثقة إسحاق بن عمار^(١) على فساد الشرط فيما تعلق بفعل الحرام أو ترك المباح، حيث إن الشرط مع تعلقه بأحدهما يكون محللاً للحرام أو محرماً للحلال فالشارط بشرطه يرخص في ارتكاب الحرام أو يمنع عن ارتكاب المباح لا يمكن المساعدة عليه، فإن الشرط كما تقدم هو اخذ الالتزام أو إعطائه والأخذ يكون من المشروط له المعبر عنه بالشارط، والإعطاء من المشروط عليه وإذا فرض تعلق الشرط بفعل الحرام أو ترك المباح فلا يكون نفس الالتزام أخذاً أو إعطاءً محللاً للحرام إلا من حيث العمل.

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

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

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

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

الشرعي ويمنع باشتراطه عن المباح الشرعي، إذ المراد من التحريم والإحلال ما هو من فعل الشارط لا الشارع. وأصرح من ذلك كله المرسل المروي في الغنية: «الشرط جائز بين المسلمين ما لم يمنع منه كتاب أو سنة».

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

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

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

واحتمال ان يكون المراد من كون الشرط محللاً ومحرمًا كونه كذلك بلحاظ حكمه أي وجوب الوفاء، به فيعم الاستثناء شرط ترك المباح أيضاً ضعيف لظهور الموثقة في كون الشرط في نفسه محللاً للحرام أو محرماً للحلال لا بلحاظ وجوب الوفاء به.

والحاصل: أن غاية ما يستفاد من هذه الموثقة ما استفدناه من الاستثناء في الاخبار الواردة في وجوب الوفاء بالشرط إلا ما خالف الكتاب أو السنة من أن الالتزام بالفعل الحرام يدخل في الاستثناء لكون فعل الحرام مخالفاً للكتاب أو السنة عملاً فيكون ارتكابه من تحليل الحرام عملاً.

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

توضيح ذلك: أنَّ حكم الموضوع قد يثبت له من حيث نفسه ومجرداً عن ملاحظة عنوان آخر طار عليه، ولازم ذلك عدم التنافي بين ثبوت هذا الحكم وبين ثبوت حكم آخر له إذا فرض عروض عنوان آخر لذلك الموضوع. ومثال ذلك أغلب المباحات والمستحبات والمكروهات بل جميعها حيث إنَّ تجوُّز الفعل

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

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

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

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

والترك إنما هو من حيث ذات الفعل فلا ينافي طرؤ عنوان يوجب المنع عن الفعل أو الترك كأكل اللحم، فإنَّ الشرع قد دلَّ على إباحته في نفسه بحيث لا ينافي عروض التحريم له إذا حلف على تركه أو أمر الوالد بتركه، أو عروض الوجوب له إذا صار مقدّمة لواجب أو نذر فعله مع انعقاده. وقد يثبت له لامع تجرّده عن ملاحظة العنوانات الخارجة الطارئة عليه، ولازم ذلك حصول التنافي بين ثبوت هذا الحكم وبين ثبوت حكم آخر له. وهذا نظير أغلب المحرّمات والواجبات فإنَّ الحكم بالمنع عن الفعل أو الترك مطلق لا مقيّد بحيثية تجرّد الموضوع إلا عن بعض العنوانات كالضرر والحرّج، فإذا فرض ورود حكم آخر من غير جهة الحرّج والضرر فلا بدّ من وقوع التعارض بين دليلي الحكمين فيعمل بالراجح بنفسه أو بالخارج.

الشرط باطلاً فلا يبقى للالتزام بالعمل مورد الاشراف فعل الواجب أو ترك الحرام. وتصدى لدفع الإشكال بأنّ مجرد شرط ترك المباح أو فعله بل فعل الحرام لا يكون مخالفاً للكتاب والسنة بل تحقّق مخالفة الشرط لهما فيما إذا لم يكن الحرمة أو الإباحة الثابتة للفعل اقتضائية بحيث يمكن انتفائهما بطرؤ عنوان على الفعل. وأما إذا كان الحكم اقتضائياً كذلك بحيث لم يكن لخطاب حرمة الفعل أو إباحته دلالة إلا على الحكم لنفس الفعل مع قطع النظر عن طرؤ عنوان فلا بأس بالحكم بصحة الشرط المزبور، فإنّ الالتزام بوجوده في الفرض لا ينافي الكتاب.

وقال رحمته: إنّ الخطابات الواردة في إباحة الأشياء والمباحات الشامل للمستحبات والمكروهات من هذا القبيل، وإن الحكم فيها بإباحة الفعل من حيث ذات الفعل فلا ينافي طرؤ عنوان يوجب المنع عن الفعل أو الترك كما في خطاب حلية أكل اللحم فانه لا تنافي مع الحرمة الثابتة له بالحلف أو أمر الوالد بتركه أو عروض الوجوب له

إذا عرفت هذا فنقول: الشرط إذا ورد على ما كان من قبيل الأول لم يكن الالتزام بذلك مخالفاً للكتاب، إذ المفروض أنه لا تنافي بين حكم ذلك الشيء في الكتاب والسنة وبين دليل الالتزام بالشرط ووجوب الوفاء به. وإذا ورد على ما كان من قبيل الثاني كان التزامه مخالفاً للكتاب والسنة.

بمعنا كونه مقدمة الواجب أو تعلق النذر به، وإن الخطابات الواردة الواجبات والمحرمات من قبيل الحكم المطلق بحيث لا يتغير إلا بالعناوين الرافعة للتكاليف كالاضرار إلى ارتكاب أو الحرج أو الضرر.

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

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

ثم أورد عليه السلام ما ذكره من عدم البأس باشتراط ترك المباح لأن الخطابات المباحات ظاهرة في الإباحة الاقتضائية، بأن مقتضى بعض الأخبار المتقدمة الحكم ببطلان شرط ترك المباح مع أن خطابه أيضاً كخطاب سائر المباحات اقتضائية، كاشتراط ترك الزوج بامرأة أخرى أو عدم اتخاذ السرية ونحوهما. وأجاب عن الإيراد بوجهين: .

الأول: أنه يعلم من الرواية المتقدمة أن الإباحة في التزويج بامرأة أخرى أو اتخاذ السرية مطلقة وإن كانت في أنظارنا كإباحة أكل اللحم والتمر غيرهما مما تتغير إباحتهما بالعناوين الثانية وهذا الوجه لا يناسب الاستشهاد لبطلان الشرط المزبور بأن إباحة التزويج بامرأة أخرى مذكورة في الكتاب كما لا يخفى.

ولكن ظاهر مورد بعض الأخبار المتقدمة من قبيل الأول كترك التزويج وترك التسري فإنهما مباحان من حيث أنفسهما فلا ينافي ذلك لزومهما بواسطة العنوانات الخارجة كالحلف والشرط وأمر السيد والوالد. وحينئذ فيجب إماماً جعل ذلك الخبر كاشفاً عن كون ترك الفعلين في نظر الشارع من الجائز الذي لا يقبل اللزوم بالشرط وإن كان في أنظارنا نظير ترك أكل اللحم والتمر وغيرهما من المباحات القابلة لطرو عنوان التحريم، وإماماً الحمل على أن هذه الأفعال ممّا لا يجوز تعلق وقوع الطلاق عليها وأنها لا توجب الطلاق كما فعله الشارع، فالمخالف للكتاب هو ترتب طلاق المرأة إذ الكتاب دالّ على إباحتها وأنه ممّا لا يترتب عليه حرج ولو من حيث خروج المرأة بها عن زوجية الرجل. ويشهد لذا الحمل - وإن بُعد - بعض الأخبار

والوجه الثاني: أن الطلاق المعلق على مثل هذه الأفعال باطل وأن هذه الأفعال لا توجبه، لأن في شرط مجرد ترك التزويج بامرأة أخرى محذوراً، بل لا بأس بشرطه كما يفصح عن ذلك صحيحة منصور بن برزج المتقدمة.

أقول في ما أفاده موارد للنظر: منها ما ذكره من أن الخطابات المباحات كلها اقتضائية وظاهرة في ثبوت الحلية لها في نفسها، ولا دلالة لها على ثبوتها لها عند طرو عناوين آخر عليها، فإن الالتزام بذلك يوجب أن لا يصح لنا التمسك بإطلاق تلك الخطابات عند الشك في ثبوت الحلية للفعل مع طرو عنوان يحتمل كونه مغيراً لإباحته.

وقد ذكرنا سابقاً أن مقتضى السيرة العقلانية في الخطاب المتضمن لحكم على موضوع كون المتكلم في مقام البيان من جهة قيود الموضوع والمتعلق ونفس الحكم، فيرفع اليد عن ذلك بقيام قرينة معتبرة أنه في مقام بيان الحكم من جهة دون الأخرى، كما في خطاب تجويز الأكل من صيد أمسكه الكلب المعلم، فإنه قد ذكر في محلّه انه

الظاهرة في وجوب الوفاء بمثل هذا الالتزام مثل رواية منصور بن يونس قال: «قلت لأبي الحسن عليه السلام: إن شريكاً لي كان تحته امرأة فطلّقها فبانت منه فأراد مراجعتها فقالت له المرأة: لا والله لا أتزوّجك أبداً حتّى يجعل الله لي عليك أن لا تطلّقني ولا تتزوّج عليّ قال: وقد فعل قلت: نعم جعلني الله فداك! قال: بنس ما صنع! ما كان يدري ما يقع في قلبه بالليل والنهار، ثم قال: أمّا الآن فقل له: فليتمّ للمرأة شرطها فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: المسلمون عند شروطهم» فيمكن حمل رواية محمّد بن قيس على إرادة عدم سببته للطلاق بحكم الشرط، فتأمّل.

في مقام تجويز الأكل من حيث عدم كونه ميتة فلا يقتضي عدم وجوب تطهير موضع العقر.

نعم إذا ورد في مقابل خطاب حلية فعل حرمة أو وجوبه بعنوان ثانوي يقدم الخطاب الثاني على الأول، حيث إن الخطاب المتضمن للحكم بالعنوان الثانوي قرينة عرفية على تقييد الحكم في الخطاب الأول.

وهذا يجري في غير خطابات المباحات أيضاً، غاية الأمر أن الخطابات المتكلفة للأحكام بالعناوين الثانوية مقيدة في نوعها بقيود تمنع عن حكومتها بالاضافة إلى خطابات المحرمات، نظير ما ورد في عدم الطاعة لمخلوق في معصية الخالق المانعة من حكومة خطاب وجوب طاعة الوالدين على خطابات التحريم أو الواجبات فيما إذا أمر بارتكاب الحرام أو ترك الواجب، وما دل على عدم انعقاد الحلف فيما إذا كان المحلوف عليه مرجوحاً، فإن مقتضى إطلاق خطاب التحريم عدم انعقاد الحلف على ارتكاب الحرام أو ترك الواجب إلى غير ذلك فانه قد اخذ في خطاب.

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

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

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

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

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

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

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

ومنها: أنهم اتفقوا على جواز اشتراط الضمان في العارية واشتهر عدم جوازه في عقد الإجارة، فيشكل أن مقتضى أدلة عدم ضمان الأمين عدم ضمانه في نفسه

من جهة واقتضائياً من جهة أخرى.

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

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

ونظير ما ذكر اشتراط الضمان في العين المستعارة، فانهم اتفقوا على جوازه ولكن المشهور على عدم صحة شرط ضمان في العين المستأجرة، فيقع الكلام في أن عدم ضمان الأمين لو كان حكماً اقتضائياً لصح الاشتراط في كلا الموردين وإن كان حكماً فعلياً لا يتغير فكيف يصح في العارية.

ونظير ذلك شرط الزوجة على الزوج أن لا يخرجها إلى بلد آخر، فانهم وإن

من غير إقدام عليه بحيث لا ينافي إقدامه على الضمان من أوّل الأمر أو عدم مشروعية ضمانه وتضمينه ولو بالأسباب كالشرط في ضمن ذلك العقد الأمانة أو غير ذلك.

ومنها: اشتراط أن لا يخرج بالزوجة الى بلد آخر فإنهم اختلفوا في جوازه والأشهر على الجواز، وجماعة على المنع من جهة مخالفته للشرع من حيث وجوب إطاعة الزوج وكون مسكن الزوجة ومنزلها باختياره، وأورد عليهم بعض المجوّزين بأنّ هذا جارٍ في جميع الشروط السائغة من حيث إنّ الشرط ملزم لما ليس بلازم فعلاً أو تركاً.

اختلفوا في جواز هذا الاشتراط إلا أن المشهور على جوازه^(١)، وذكر بعض^(٢) بطلانه لأن هذا الشرط مخالف لوجوب طاعة الزوجة لزوجها وإن اختيار المسكن بيده لا يبدها. وأورد بعض المجوزين^(٣) لهذا الاشتراط على الاستدلال على المنع بما ذكر من جريان دليل المنع في اشتراط جميع الشروط السائغة لأن الشرط ملزم لما كان غير لازم قبل ذلك.

ثم ذكره رحمه الله: أنه على الفقيه ملاحظة الخطابات والأحكام الواردة فيها بأنها مما يتغير بالعناوين الطارئة بمعنى كونها اقتضائياً أو أنها مطلقة ولو أحرز إحداها فهو وإلا فيمكن البناء على كونها اقتضائياً باستصحاب عدم كون الشرط مخالفاً للكتاب.

(١) كما في نهاية المرام ١: ٤٠٦، والنهاية: ٤٧٤، والمهذب ٢: ٢١٢، والوسيلة: ٢٩٧، والمختصر النافع: ١٩٠، والمختلف ٧: ١٥٣، وكشف اللثام (الطبعة الحجرية) ٢: ٨٢، والحدائق ٢٤: ٥٣٧.

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

(٣) وهو السيّد العاملي في نهاية المرام ١: ٤٠٧، والسيّد الطباطبائي في الرياض (الطبعة الحجرية) ٢: ١٤٧.

وبالجملة: فموارد الإشكال في تميّز الحكم الشرعي القابل لتغيّره بالشرط بسبب تغيّر عنوانه عن غير القابل كثيرة يظهر للمتبع، فينبغي للمجتهد ملاحظة الكتاب والسنة الدالّين على الحكم الذي يراد تغيّره بالشرط والتأمل فيه حتّى يحصل له التميّز ويعرف أنّ المشروط من قبيل ثبوت الولاء لغير المعنى المنافي لقوله ﷺ: «الولاء لمن أعتق» أو من قبيل ثبوت الخيار للمتبايعين الغير المنافي لقوله ﷺ: «إذا افترقا وجب البيع» أو عدمه لهما في المجلس مع قوله ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» الى غير ذلك من الموارد المتشابهة صورة المخالفة حكماً.

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

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

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

واما إذا كان المشروط مخالفاً لإطلاق الكتاب أو عموميه وكذا مع إطلاق السنة وعمومها فلا بأس بقيام دليل خاص على صحة ذلك الشرط ويكون الدليل الخاص مقيداً للاستثناء في قولهم «المسلمون عند شروطهم» إلّا فيما خالف الكتاب والسنة^(٢). ونظير الدليل الخاص ما إذا كان المشروط مخالفاً للحكم الوارد في الكتاب والسنة ولكن ثبت أنّ المذكور في الكتاب أو السنة من قبيل الحق القابل للاسقاط

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

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

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

كاشتراط الخيار مع لزوم المعاملة بدونه.

ومثله اشتراط سقوط وجوب الوطئ عنه في أربعة أشهر ونحوهما.

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

[١] أقول: ما ذكره رحمته من الرجوع إلى أصالة عدم كون الشرط مخالفاً للكتاب فلا بد

في تقريرها على تقدير كون المراد بالكتاب الحكم الشرعي الواقعي من أن المشروط لم يكن مخالفاً للكتاب ولو قبل جعل الكتاب والحكم الشرعي والآن كما كان.

وأما تقريرها بأن المشروط لم يكن مخالفاً قبل الاشتراط وبعد الاشتراط أيضاً كما

كان فغير صحيح، لأن مخالفة المشروط لا تتوقف على فعالية الاشتراط، بل المشروط يتصف بها بفرض الاشتراط كما لا يخفى.

ولو أريد بالكتاب ظواهر آيات الاحكام ومن السنة ظواهر الأخبار فلا يبقى مورد

يشك فيه في مخالفة المشروط لهما، بل يحرز المخالفة أو عدمها بالوجدان دائماً.

وبتعبير آخر: استصحاب نفي المخالفة وبأن الشرط لم يكن يخالف الكتاب

لا يدخل في الاستصحاب لعدم الأذلي كما لا يخفى.

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

ولم يثبت في صورة إلزام الزوج على نفسه بعض خصوصيات المسكن. لكن هذا الأصل إنما ينفع بعد عدم ظهور الدليل الدالّ على الحكم في إطلاقه بحيث يشمل صورة الاشتراط كما في أكثر الأدلة المتضمنة للأحكام المتضمنة للرخصة والتسليط، فإنّ الظاهر سوقها في مقام بيان حكم الشيء من حيث هو الذي لا ينافي طرؤ خلافه لملمزم شرعي كالنذر وشبهه من حقوق الله، والشرط وشبهه من حقوق الناس. أمّا ما كان ظاهره العموم كقوله: «لا يملك ولد حرّ» فلا مجرى فيه لهذا الأصل. ثمّ إنّ بعض مشايخنا المعاصرين - بعد ما خصّ [١] الشرط المخالف

حرّم الحلال»^(١) وعليه فإذا شك في حلية فعل أو حرّمته تكليفاً فيكون اشتراط ارتكابه من الشك في تحليل الحرام ولو عملاً كما تقدم.

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

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

وتقدّم سابقاً أيضاً أنّ في الشك في حلية شيء وضعاً كما إذا كان من قبيل المعاملة يكون الأمر بالعكس فمع عدم إحراز مشروعيتها يكون الأصل عدم إمضاءها فيثبت كون المشروط محللاً للحرام كما لا يخفى.

[١] قد خصّ النراقي^(٢) الشرط المخالف للكتاب والسنة والمحلّل للحرام والمحزّم للحلال بما كان المشروط أمراً اعتبارياً مخالفاً للمعتبر في الكتاب والسنة،

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

(٢) العوائد: ١٥١.

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

لأنّ كلاً من الكتاب والسنة حكم يدخل في الأمر الاعتباري تكليفاً أو وضعاً. وبتعبير آخر: شرط ارتكاب المباح أو تركه أو ارتكاب الحرام وتركه أو فعل الواجب وتركه كل ذلك من الشرط الخارج عن الأمر الاعتباري، وربما يكون مقتضى عموم «المؤمنون عند شروطهم» فيها مخالفاً لما دل على حرمة الفعل فيرجع إلى المرحّح في ترجيح أحد المتعارضين، كما في شرط شرب الخمر فإن الإجماع على حرّمته مطلقاً مرجّح للتحريم، ومع عدمه يحكم بمقتضى القواعد والأصول. وأورد المصنّف على ذلك: بأنّ مقتضى الرجوع إلى الأصول مع فقد المرجّح هو الحكم بعدم وجوب الوفاء بالشرط فيما كان المشروط أمراً قد ورد في خطاب الشرع بإباحته، فلا يحكم بالصحة ونفوذ الشرط فيه مع كون المشروط أمراً مباحاً بعنوانه الأوّل.

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

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

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

الثانوي، ولا تصل النوبة إلى ملاحظة المرجح والرجوع إلى الأصول. ولكن قد تقدم أن هذا التقدّم بالاضافة إلى ما دلّ على إباحة الشيء، وأما خطابات المحرمات فقد تقدم ان خطاب الوفاء بالشرط لو كان مقدماً عليها لكان تحريم تلك المحرمات كاللغو حيث يمكن التوصل إلى ارتكاب الحرام باشتراطه في ضمن معاملة. ثم إنه إذا شك في شرط فعل نحتمل حرمة في نفسه فيحكم على ما ذكر النراقي رحمته الله بوجوبه بالشرط أخذاً بعموم قوله عليه السلام «المسلمون عند شروطهم» من غير حاجة إلى الرجوع باستصحاب عدم جعل الحرمة له في نفسه، بل ربما يتوهم أنه يحكم مع وجوب الوفاء بالشرط بإباحة ذلك الفعل في نفسه، بدعوى أن إباحته في نفسه من لازم وجوب الوفاء به مع الشرط، وإثبات اللازم بالأصل اللفظي لا بأس به. وفيه: أنه لم يثبت كون إباحته في نفسه لازماً لإمكان أن يختص حرمة فعل بغير صورة اشتراطه، وما تقدم من عدم إمكان اختصاص الحرمة في المحرمات بغير صورة الاشتراط راجع إلى عامة المحرمات، وأما كون الأمر في محرم كذلك فلا نمنعه هذا. مع أن الدليل على اعتبار الأصول اللفظية أي الظهورات السيرة العقلانية ولم يحرز أن السيرة جارية على اعتبار الظهور في مثل المورد.

فالتحقيق ما ذكرنا: من أن من الأحكام المذكورة في الكتاب والسنة ما يقبل التغيير بالشرط لتغيير عنوانه كأكثر ما رُخص في فعله وتركه، ومنها ما لا يقبله كالتحريم وكثير من موارد الوجوب. وأدلة الشروط حاکمة على القسم الأول دون الثاني، فإن اشتراطه مخالف لكتاب الله كما عرفت وعرفت حكم صورة الشك. وقد تفتن ﷺ لما ذكرنا في حكم القسم الثاني، وأن الشرط فيه مخالف للكتاب بعض التفطن بحيث كاد أن يرجع عما ذكره أولاً من التعارض بين أدلة وجوب الوفاء بالشرط وأدلة حرمة شرب الخمر، فقال: ولو جعل هذا الشرط من اقسام الشرط المخالف [١] للكتاب والسنة - كما يطلق عليه عرفاً - لم يكن بعيداً، انتهى.

[١] يعني^(١) لو جعل شرط ارتكاب الحرام شرطاً مخالفاً للكتاب والسنة لم يكن بعيداً.

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

أضف إلى ذلك أن إرادة المشروط من الشرط فيما إذا كان المشروط أمراً اعتبارياً يخالف الكتاب، وإرادة نفس الالتزام فيما كان الالتزام بارتكاب الحرام من الجمع بين إرادة المعنى والمجازي من اللفظ، اللهم إلا أن يراد من الشرط معناه المصدرى فقط، ويراد من مخالفته الكتاب والسنة الأعم من أن يكون الوصف أي المخالفة من قبيل الوصف بحال نفسه أو حال متعلقه فتدبر.

(١) توضيحاً لكلام النراقي، عوائد الأيام: ١٥١.

ومما ذكرنا: من انقسام الأحكام الشرعية المدلول عليها في الكتاب والسنة على قسمين يظهر لك معنى قوله عليه السلام - في رواية إسحاق بن عمار المتقدمة -: [١]

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

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

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

وعن السيد اليزدي (عليه السلام): الالتزام بترك المباح إلى الأبد تحريم الحلال، ولذا ورد في بعض الروايات أن الالتزام بترك شرب العصير بالحلف عليه لا ينعقد، لأن هذا الحلف محرم للحلال.

وفي خبر العياشي عن عبدالله بن سنان قال: «سأله عن رجل قال: امرأته طالق أو مملوكه أحرار إن شربت حراماً ولا حلالاً قط، فقال: أما الحرام فلا يقربه حلف أو لم يحلف، وأما الحلال فلا يتركه فانه ليس لك أن تحرم ما أحل الله، لأن الله يقول: ﴿لَا تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتٍ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ﴾» (١).

وفيه: أن الرواية ضعيفة سنداً ودلالة فإن الحلف بالطلاق باطل عندنا وعبر الامام عليه السلام عن بطلانه بما ذكر جديلاً.

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

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

«المؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً حَرَمَ حلالاً أو أحلَّ حراماً» فإنَّ المراد بـ«الحلال» و«الحرام» فيها ما كان كذلك بظاهر دليله حتَّى مع الاشتراط نظير شرب الخمر وعمل الخشب صنماً أو صورة حيوان، ونظير مجامعة الزوج التي دلَّ بعض الأخبار السابقة على عدم ارتفاع حكمها - أعني الإباحة متى أراد الزوج - باشتراط كونها بيد المرأة ونظير التزويج والتسرِّي والهجر، حيث دلَّ بعض تلك الأخبار على عدم ارتفاع إباحتها باشتراط تركها معللاً بورود الكتاب العزيز بإباحتها. أمَّا ما كان حلالاً لو خلِّي وطبعه بحيث لا ينافي حرمة أو وجوبه بملاحظة طرؤ عنوان خارجي عليه أو كان حراماً، كذلك فلا يلزم من اشتراط فعله أو تركه إلّا تغيير عنوان الحلال والحرام الموجب لتغيّر الحلِّ والحرمة فلا يكون حينئذٍ تحريم حلال ولا تحليل

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

لا يقال: قد ورد في بعض الروايات المعتبرة كمعتبرة عبد الله بن سنان عدم جواز اليمين في تحليل الحرام أو تحريم الحلال، قال سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «لا تجوز اليمين في تحليل حرام ولا تحريم حلال ولا قطيعة الرحم»^(١).

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

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

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

وبالجملة: فتحريم الحلال وتحليل الحرام إنّما يلزم مع معارضة أدلة الوفاء بالشرط لأدلة أصل الحكم حتى يستلزم وجوب الوفاء مخالفة ذلك وطرح دليله. أمّا إذا كان دليل الحكم لا يفيد إلا ثبوته لو خُلّي الموضوع وطبعه فإنّه لا يعارضه ما دل على ثبوت ضد ذلك الحكم إذا طرأ على الموضوع عنوان آخر لم يثبت ذلك الحكم له إلا مجرداً عن ذلك العنوان. ثم إنّ يشكّل الأمر في استثناء الشرط المحرّم للحلال على ما ذكرنا في معنى الرواية: بأنّ أدلة حلية أغلب المحللات - بل كلّها - إنّما تدل على حليتها في أنفسها لو خُلّي وأنفسها، فلا تنافي حرمتها من أجل الشرط كما قد تحرم من أجل النذر وأخويه، ومن جهة إطاعة الوالد والسيد، ومن جهة صيرورتها علّة للمحرّم وغير ذلك من العناوين الطارئة لها.

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

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

أو دلّ من الخارج على كون ذلك الحلال كذلك - كما دلّ بعض الأخبار بالنسبة إلى بعض الأفعال كالتزويج والتسرّي وترك الجماع من دون إرادة الزوجة - كان مقتضاه فساد اشتراطه خلافه. لكن دلالة نفس دليل الحلية على ذلك لم توجد في مورد، والوقوف مع الدليل الخارجي الدالّ على فساد الاشتراط يُخرج الرواية عن سوقها لبيان ضابطة الشروط عند الشكّ، إذ مورد الشكّ حينئذٍ محكومٌ بصحة الاشتراط. ومورد ورود الدليل على عدم تغيّر حلّ الفعل باشتراط تركه مستغنٍ عن الضابطة، مع أنّ الإمام علّل فساد الشرط في هذه الموارد بكونه محرّماً للحلال، كما عرفت في الرواية التي تقدّمت في عدم صحة اشتراط عدم التزويج والتسرّي، معللاً بكونه مخالفاً للكتاب الدالّ على لياحتها.

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

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

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

كقوله: «تَحَلَّ كَذَا وَتَبَاحَ كَذَا»، أَمَّا الْحَلْيَةُ الَّتِي تَضَمَّنَهَا الْأَحْكَامُ الْوَضْعِيَّةُ - كَالْحَكْمِ بِثُبُوتِ الزَّوْجِيَّةِ أَوْ الْمِلْكِيَّةِ أَوْ الرِّقَّةِ أَوْ أَضْدَادِهَا - فَهِيَ أَحْكَامٌ لَا تَتَغَيَّرُ لِعُنْوَانِ أَصْلًا، فَإِنَّ الْإِنْتِفَاعَ بِالْمَلِكِ فِي الْجُمْلَةِ وَالِاسْتِمْتَاعَ بِالزَّوْجَةِ وَالنَّظَرَ إِلَى أُمِّهَا وَبَنَتِهَا مِنْ الْمُبَاحَاتِ الَّتِي لَا تَقْبَلُ التَّغْيِيرَ، وَلِذَا ذَكَرَ فِي مِثَالِ الصَّلَحِ الْمَحْرَمِ لِلْحَلَالِ أَنْ لَا يَنْتَفِعَ بِمَالِهِ أَوْ لَا يَطْأُ جَارِيَتَهُ.

وَبِعِبَارَةٍ أُخْرَى: تَرْتَّبَ آثَارُ الْمِلْكِيَّةِ عَلَى الْمَلِكِ فِي الْجُمْلَةِ وَآثَارُ الزَّوْجِيَّةِ عَلَى الزَّوْجِ كَذَلِكَ مِنَ الْمُبَاحَاتِ الَّتِي لَا تَتَغَيَّرُ عَنْ لِاحْتِهَا، وَإِنْ كَانَ تَرْتَّبُ بَعْضِ الْآثَارِ قَابِلًا لِتَغْيِيرِ حَكْمِهِ إِلَى التَّحْرِيمِ كَالسَّكْنَى فِيمَا لَوْ اشْتَرَطَ إِسْكَانُ الْبَائِعِ فِيهِ مَدَّةً وَإِسْكَانُ الزَّوْجَةِ فِي بِلَدٍ اشْتَرَطَ أَنْ لَا يُخْرِجَ إِلَيْهِ أَوْ وَطْأَهَا مَعَ اشْتِرَاطِ عَدَمِ وَطْئِهَا أَصْلًا كَمَا هُوَ الْمَنْصُوصُ.

وَبِتَعْبِيرٍ أُخْرَى: بَعْضُ آثَارِ الْمَلِكِ وَإِنْ يَتَغَيَّرُ بِالْعُنْوَانِ الثَّانَوِيِّ، وَكَذَا بَعْضُ آثَارِ الزَّوْجِيَّةِ وَلِذَا لَا يَجُوزُ سَكْنَى الْمُشْتَرِي فِي الْمَبِيعِ مَعَ اشْتِرَاطِ إِسْكَانِ الْبَائِعِ فِيهِ فِي تِلْكَ الْمَدَّةِ، وَكَذَا لَا يَجُوزُ لَهُ إِسْكَانُ زَوْجَتِهِ فِي بِلَدٍ اشْتَرَطَ فِي عَقْدِ الزَّوْاجِ أَوْ غَيْرِهِ عَدَمَ إِخْرَاجِ الزَّوْجَةِ إِلَيْهِ أَوْ وَطْئِهَا فِيمَا إِذَا اشْتَرَطَ كَمَا ذَكَرَ عَدَمَ وَطْئِهَا كَمَا فِي الرَّوَايَةِ، إِلَّا أَنْ يُبَاحَ التَّصَرُّفُ لَا تَرْتَفَعُ مَطْلَقًا عَنِ الْمَلِكِ وَإِبَاحَةُ الْإِسْتِمْتَاعِ عَنِ الزَّوْجِيَّةِ.

وَأَجَابَ ۞: بِأَنَّ هَذَا الْجَوَابَ أَيْضًا غَيْرُ مَنْضَبُطٍ، فَانْهَ كَمَا أَنَّ بَعْضَ الْأَحْكَامِ التَّكْلِيفِيَّةِ الْمُرْتَبَةِ عَلَى الْحَكْمِ الْوَضْعِيِّ يَتَغَيَّرُ بِأَنْ لَا يَجُوزَ بَعْضُ التَّصَرُّفِ الْمُرْتَبِّ عَلَى الْمَلِكِ أَوْ الزَّوْجِيَّةِ كَمَا ذَكَرَ، كَذَا يُمْكِنُ أَنْ يَرْتَفِعَ مَطْلَقُ التَّصَرُّفِ الْمُرْتَبِّ عَلَى الْمَلِكِ وَمَطْلَقُ الْإِسْتِمْتَاعِ الْمُرْتَبِّ عَلَى الزَّوْجِيَّةِ بِالْشَّرْطِ.

وَدَعَوَى عَدَمَ الِارْتِفَاعِ فِي الثَّانِي أَمَّا لِلْإِجْمَاعِ أَوْ لِمَجْرَدِ الْإِسْتِعْدَادِ كَمَا تَرَى، فَانِ الْإِسْتِعْدَادَ لَا يَعْتَمِدُ عَلَيْهِ، وَالْإِعْتِمَادَ عَلَى الْأَوَّلِ يُوجِبُ مَا تَقْدَمُ مِنْ عَدَمِ الْفَائِدَةِ فِي

ولكنّ الإنصاف: أنّه كلام غير منضبط فإنّه كما جاز تغيّر إباحة بعض الانتفاعات - كالوطء في النكاح والسكنى في البيع - الى التحريم لأجل الشرط كذلك يجوز تغيّر إباحة سائرهما الى الحرمة. فليس الحكم بعدم إباحة مطلق التصرف في الملك والاستمتاع بالزوجة لأجل الشرط إلا لإجماع أو لمجرد الاستبعاد، والثاني غير معتدّ به، والأوّل يوجب ما تقدّم: من عدم الفائدة في بيان هذه الضابطة، مع أنّ هذا العنوان - أعني تحريم الحلال وتحليل الحرام - إنّما وقع مستثنى في أدلّة انعقاد اليمين وورد: أنّه لا يمين في تحليل الحرام وتحريم الحلال، وقد ورد بطلان الحلف على ترك شرب العصير المباح دائماً معللاً بأنّه ليس لك أن تحرم ما أحلّ الله. ومن المعلوم أنّ إباحة العصير لم تثبت من الأحكام الوضعيّة بل هي من الأحكام التكليفيّة الابتدائية.

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

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

ضابطة كون الشرط محرماً للحلال.

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

(١) أي حاصل ما أفاده النراقي، العوائد: ١٤٨ - ١٥٠.

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

لا يصح شرط عدم الطلاق وترك التزوج بامرأة أخرى. وبتعبير آخر: يلزم انحصار شرط الفعل باشتراط ترك الحرام وفعل الواجب، فتعيّن أن يكون المراد محلّلية نفس الشرط أو محرّميته، وهذا لا يتحقّق إلا بكون المشروط حلية الحرام أو ممنوعة الحلال.

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

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

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

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

وبتعبير آخر: عدم رضى المشترط غير عدم رضى الشارع.

لا يقال: لا يوجد مورد يكون نفس الشرط فيه محللاً شرعاً للشيء الحرام أو محرماً كذلك، وإنما يكون محللاً ومحرماً بلحاظ وجوب الوفاء من الشارع. فانه يقال: إن كان المراد إن نفس الشرط لا يكون محللاً ومحرماً بالنظر إلى نفس الشرط فقد تقدم أن الشرط مقتضاه ذلك أي بأن كان الحرام الشرعي أو حلاله محللاً شرعاً أو محرماً كذلك بنفس الاشتراط.

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

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

والعجب منه عليه السلام حيث لاحظ ظهور الكلام في كون المحرّم والمحلّل نفس الشرط، ولم يلاحظ كون الاستثناء من الأفعال التي يعقل الوفاء بالتزامها، وحرمة الشيء شرعاً لا يعقل فيها الوفاء والنقض. وقد مثل جماعة للصالح المحلل للحرام بالصالح على شرب الخمر والمحرّم للحلال بالصالح على أن لا يبطأ جاريته ولا ينتفع بماله.

ولا يمكن أن يقال بأن الاستثناء في موثقة إسحاق بن عمار ناظر إلى هذا الاشتراط الذي لا يصدر عن عاقل.

وبتعبير آخر: الاستثناء في الموثقة^(١) وارد على الشرط الذي يجب الوفاء به غير المقدور أي فعل الغير لا يمكن الوفاء به، وحتى يرد على وجوب الوفاء به استثناء. أقول: لو كان المراد بالشرط المحلل أو المحرم للحلال اشتراطه الإباحة الشرعية في الحرام والحرمة الشرعية في الحلال، فيرد عليه أن حمل الاستثناء في الموثقة على ذلك غير ممكن لما ذكر من أن المشروط من فعل الشارع ولا يدخل في اختيار المتعاقدين.

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

واشتراط حق الارتكاب والممنوعة في اعتبارهما وإن يكون نادراً في الأفعال الخارجية، ولكنه متعارف في الأفعال الاعتبارية فتشترط المرأة للرجل أن لا يحق له التزوج بامرأة أخرى أو أن لا يحق له طلاقها إلى غير ذلك.

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

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

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

التزوّج بلحاظ الحكم المترتب عليه بلحاظ الشرط ولا ينافي متعلّق الشرط - أي المشروط - الكتاب والسنة كما لا يكون المشروط حرمة الحلال، بخلاف الثاني فإن المشروط فيه مخالف للكتاب لاعتبار الحرمان فيما لا يحرمه الشرع، وكذا الحال في اشتراط ترك فعل خارجي واشتراط عدم الحق في ارتكابه فإن عدم الجواز في الأول يترتب بعنوان الشرط وفي الثاني يكون متعلق الشرط عدم الحق والحرمان. وذكر بعض الأعلام رحمته الله تفصيلاً آخر في شرط ترك الحلال وهو أنه إذا كان الشيء حلالاً مع قطع النظر عن العقد والشرط فيه يكون اشتراط تركه محكوماً بالفساد كما في شرط عدم الحق في ارتكابه لأن الشرط على كلا التقديرين محرم للحلال ومن هذا القبيل شرط ترك الزوج بامرأة أخرى أو التسريّ بأمة.

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

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

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

أقول: الفرق لا يرجع إلى محصل فإن ما يوجب الحكم ببطلان شرط ترك الفعل فيما كان مباحاً مع قطع النظر عن العقد والشرط بعينه يجري فيما كان إباحة الشيء بالعقد.

والموجب المزبور اطلاق خطاب إباحة ذلك الفعل مثلاً قوله سبحانه: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ يَفْرُوْهُمْ حَافِظُونَ﴾ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ^(١) أو المستثنى فيه يعم الزوجة التي اشترط في عقدها ترك وطئها، فيكون شرط ترك وطئها محرماً للحلال الوارد في الكتاب. ويشهد لعدم الفرق أيضاً قولهم ببطلان اشتراط ترك الزوج بامرأة أخرى وقد ورد في صحيحة منصور بن برزج وجوب الوفاء به مع أن إباحتها تثبت قبل العقد والشرط.

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

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

(١) سورة المؤمنين: الآية ٥ و ٦.

(٢) رسالة الشروط المطبوعة مع غنائم الأيام: ٧٣٢.

الذي تكلمنا عليه، ذكره المحقق القمي صاحب القوانين في رسالته التي ألفها في هذه المسألة، فإنه - بعد ما ذكر من أمثلة الشرط الغير الجائز في نفسه مع قطع النظر عن اشتراطه والتزامه شرب الخمر والزنا ونحوهما من المحرمات، أو فعل المرجوحات وترك المباحات وفعل المستحبات كأن يشترط تغليم الأظفار بالسنّ أبداً، أو أن لا يلبس الخنز أبداً ولا يترك النوافل، فإن جعل المكروه أو المستحب واجباً وجعل المباح حراماً حراماً إلا برخصة شرعية حاصلة من الاسباب الشرعية كالنذر وشبهه فيما ينعقد فيه، ويستفاد ذلك من كلام علي عليه السلام في رواية اسحاق بن عمار: «من اشترط لامرأته شرطاً، فليف لها به، فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حرماً حلالاً أو أحلّ حراماً» - قال الله:

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

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

وأما إذا لم يكن بنحو العموم والاستمرار أصلاً كان يشترط بأن لا يلبس هذا الخنز مدة أو لا يتزوج بالمرأة الفلانية إلى زمان فلا إشكال في صحة الشرط حيث لا يحصل بالشرط حكم كلي على المشروط عليه ليكون الحادث من تحريم الحلال. ووجوب الوفاء بمثل هذا الشروط وإن كان حكماً كلياً إلا أنه مجعول من قبل

الشارع لا من قبلنا.

ولو اشترط أن لا يتزوج بهذا المرأة أبداً أو أن لا يبيع هذا الشيء الخارجي أبداً

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

قلت: الظاهر من «تحليل الحرام وتحريم الحلال» هو تأسيس القاعدة، وهو تعلّق الحكم بالحِلِّ أو الحرمة ببعض الأفعال على سبيل العموم من دون النظر إلى خصوصية فرد، فتحريم الخمر معناه: منع المكلف عن شرب جميع ما يصدق عليه هذا الكلّي، وكذا حليّة المبيع، فالتزويج والتسري أمر كلّي حلال، والتزام تركه مستلزم لتحريمه، وكذلك جميع أحكام الشرع - من التكاليفيّة والوضعيّة وغيرها - إنّما يتعلّق بالجزئيات باعتبار تحقّق الكلّي فيها، فالمراد من «تحليل الحرام وتحريم

ففي صحة الشرط إشكال، ووجه الإشكال شباهته بتحريم الحلال من حيث العموم في الزمان، ووجه صحته أنّ التحليل راجع إلى شخص خارجي لا إلى الطبيعي. والمتحصّل: أنّ تحريم الحلال بوجه الكلّي بالالتزام بترك الطبيعي المباح دوماً يحتاج إلى سبب شرعيّ ورخصة شرعية، وقد ثبتت هذه الرخصة في موارد النذر وشبهه بالأمر بالوفاء بالنذور وعدم جواز حنث الحلف والعهد، وأما الشرط فليس كذلك كما يدل عليه موثقة إسحاق بن عمّار المتقدّمة انتهى كلامه ملخصاً.

أقول: يرد على المصنف عليه السلام أنّه قد ذكر قرب هذا التفسير من التفسير المتقدّم، مع أنّ هذا التفسير لا يرتبط بما تقدم أصلاً فإنّه على التفسير المتقدّم لم يكن الالتزام بترك المباح شرطاً حراماً وباطلاً أصلاً، بخلاف هذا التفسير كما تقدم.

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

الحلال» المنهَى عنه هو أن يُحدِث المشترط قاعدة كليّة ويُدع حكماً جديداً، فقد أُجيز في الشرع البناء على الشروط إلّا شرطاً أو جب إيداع حكم كليّ جديد مثل تحريم التزوُّج والتسرّي وإن كان بالنسبة الى نفسه فقط، وقد قال الله تعالى: ﴿فَانكُحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ وكجعل الخيرة في الجماع والطلاق بيد المرأة. وقد قال الله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾. وفيما لو شرطت عليه أن لا يتزوَّج أو لا يتسرّي بفلانة خاصّة إشكال. فما ذكر في السؤال: من وجوب البيع الخاصّ الذي يشترطانه في ضمن عقد، ليس ممّا يوجب إحداث حكم للبيع ولا تبديل حلال الشارع وحرامه، وكذا لو شرط نقص الجماع عن الواجب - الى أن قال ﷺ: -

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

كذلك، فلا يكون بأس باشتراط شرب هذا الخمر يوماً أو شهراً كما لا يخفى.
وثانياً: أنّ الالتزام بترك المباح دوماً وأبداً لا محذور فيه ولا يدخل في الشرط المحرم للحلال.

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

الشرط الخامس: أن لا يكون منافعاً لمقتضى العقد [١] وإلا لم يصح، لوجهين: أحدهما: وقوع التنافي في العقد المقيّد بهذا الشرط بين مقتضاه الذي لا يتخلف عنه وبين الشرط الملزم لعدم تحقّقه، فيستحيل الوفاء بهذا العقد مع تقيّده بهذا الشرط، فلا بدّ إمّا أن يحكم بتساقط كليهما، وإمّا أن يقدّم جانب العقد، لأنّه المتبوع المقصود بالذات، والشرط تابع، وعلى كلّ تقدير لا يصح الشرط.

[١] المعروف أنه يعتبر في نفوذ الشرط أن لا يكون المشروط منافعاً للعقد، وإلا يحكم ببطالان الشرط. ويستدل على ذلك تارة: بأنّه لا يمكن تحقّق العقد مع الشرط المزبور، لأنّ مقتضى العقد لا يتخلف عن العقد، ومع الشرط الموجب لعدم تحقّقه اما لا يتحقّق شيء من العقد والشرط، أو لا يتحقّق الشرط خاصّة لكونه تابعاً وعلى كلّ تقدير فلا شرط.

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

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

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

(١) التذكرة ١: ٤٨٩، وراجع الحديث في عوالي اللآلي ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩ و ٤٥٧، الحديث ١٩٨، و ٣:

الثاني: أنَّ الشرط المنافي مخالف للكتاب والسنة الدالِّين على عدم تخلف العقد عن مقتضاه، فاشتراط تخلفه عنه مخالف للكتاب، ولذا ذكر في التذكرة: أنَّ اشتراط عدم بيع المبيع منافع لمقتضى ملكيته، فيخالف قوله ﷺ: «الناس مسلطون على أموالهم». ودعوى: أنَّ العقد إنَّما يقتضي ذلك مع عدم اشتراط عدمه فيه لا مطلقاً، خروج عن محل الكلام، إذ الكلام فيما يقتضيه مطلق العقد وطبيعته السارية في كل فرد منه لا ما يقتضيه العقد المطلق بوصف اطلاقه وخلوه عن الشرائط والقيود حتى لا ينافي تخلفه عنه لقيد يقيدده وشرط يشترط فيه. هذا كله مع تحقُّق الإجماع على بطلان هذا الشرط، فلا إشكال في أصل الحكم. وإنَّما الإشكال في تشخيص آثار العقد التي لا يتخلف عن مطلق العقد في نظر العرف أو الشرع

ولكن لا يخفى أنَّ الكلام في اشتراط أمر يكون ذلك الأمر منافعاً لمقتضى نفس العقد بأن لا ينفك عنه لا في اشتراط أمر يكون ذلك الأمر منافعاً لمقتضى إطلاق العقد وعدم تقيدده بشرط، وإلا فلا منافاة.

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

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

فانه قيل^(١) في بعض الموارد ببطلان الشرط لكونه خلاف مقتضى نفس العقد وبصحته في بعضها الآخر مع عدم الفرق بينهما، مثلاً قيل: بعدم جواز شرط ترك البيع أو الهبة على المشتري، فانه يخالف مقتضى الشراء ويجواز شرط العتق والوقف على

(١) أنظر العناوين ٢: ٣٠٧.

وتمييزها عما يقبل التخلف لخصوصية تعتري العقد وإن اتضح ذلك في بعض الموارد لكون الأثر كالمقوم العرفي للبيع أو غرضاً أصلياً، كاشتراط عدم التصرف أصلاً في المبيع وعدم الاستمتاع أصلاً بالزوجة حتى النظر ونحو ذلك. إلا أن الإشكال في كثير من المواضع خصوصاً بعد ملاحظة اتفاقهم على الجواز في بعض المقامات واتفاقهم على عدمه فيما يشبهه ويصعب الفرق بينهما وإن تكلف له بعض. مثلاً: المعروف عدم جواز المنع عن البيع والهبة في ضمن عقد البيع وجواز اشتراط عتقه بعد البيع بلا فصل أو وقفه حتى على البائع وولده كما صرح به في التذكرة، وقد اعترف في التحرير: بأن اشتراط العتق مما ينافي مقتضى العقد وإنما جاز لبناء العتق على التغليب. وهذا لو تم لم يجز في الوقف خصوصاً على البائع وولده، فإنه شرط مناف كالعتق ليس مبنياً على التغليب، ولأجل ما ذكرنا وقع في موارد كثيرة الخلاف والإشكال في أن الشرط الفلاني مخالف لمقتضى العقد.

المشتري حتى فيما كان الموقوف عليه البائع وولده^(١).

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

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

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

(١) التذكرة ١: ٤٩٣.

(٢) التحرير ١: ١٨٠.

(٣) التذكرة ١: ٤٨٩.

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

ومنها: ما ذكره في الدروس في بيع الحيوان: من جواز الشركة فيه إذا قال: «الربح لنا ولا خسران عليك» لصحيحة رفاة في شراء الجارية، قال: ومنعه ابن ادریس لأنه منافٍ لقضية الشركة. قلنا: لأنسلم أن تبعية المال لازمة لمطلق الشركة بل للشركة المطلقة والأقرب تعدي الحكم الى غير الجارية من المبيعات، انتهى.

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

ومنها: ما ذكره في الدروس^(١): من انه لو اشترى حيواناً وشرك فيه الآخر على ان يكون الربح بينهما ولا خسران عليه، فمقتضى صحيحة رفاة جواز الشرط، قال: «سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل شارك رجلاً في جارية له وقال: إن ربحنا فيها فلك نصف الربح، وإن كانت وضیعة فليس عليك شيء فقال: لا أرى بهذا بأساً إذا طابت نفس صاحب الجارية»^(٢). ونحوها، ولكن عن ابن ادریس^(٣) عدم جواز الشرط لانه مخالف لمقتضى الشركة.

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

(١) الدروس ٣: ٢٢٣-٢٢٤.

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

(٣) السرائر ٢: ٣٤٩.

ومنها: اشتراط عدم إخراج الزوجة من بلدها، فقد جَوَّزه جماعة لعدم المانع وللنص ومنعه آخرون، منهم فخر الدين في الإيضاح مستدلاً: بأن مقتضى العقد تسلط الرجل على المرأة في الاستمتاع والإسكان، وقد بالغ حتى جعل هذا قرينة على حمل النص على استحباب الوفاء.

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

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

المزبور، ولا بد من أن يراد بالشرط شرط تدارك الخسارة، نظير ما ذكره في شرط الخسران الشركة في عقد على العامل.

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

الأولى: أن يكون المشروط انتقال المقدار المساوي لرأس مال صاحبه من الثمن إليه بمجرد البيع كما إذا اشترى المتاع بعشرين بالمنصفة وباعا بعشرة، فينتقل تمام العشرة إلى ملك المشروط.

والاشتراط بهذا النحو محكوم بالبطلان، فإن العشرة التي بيع المتاع بها بدل لتمام

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

ومرجع القولين إلى أن عدم الإرث من مقتضى إطلاق العقد أو ماهيته، واختار هو هذا القول الرابع تبعاً لجده ووالده رحمتهما واستدل عليه أخيراً بما دلّ على أن من حدود المتعة أن لا ترثها ولا ترثك قال: فجعل نفي الإرث من مقتضى الماهية. ولأجل صعوبة دفع ما ذكرنا من الإشكال في تميز مقتضيات ماهية العقد من مقتضيات إطلاقه، التجأ المحقق الثاني - مع كمال تبخره في الفقه حتى ثني به المحقق - فأرجع هذا التمييز عند عدم اتّضح المنافات وعدم الإجماع على الصحة أو البطلان إلى نظر الفقيه فقال أولاً:

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

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

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

فإنه يقال: المضاربة تتضمن التوكيل في التجارة وجعل بعض الربح بنحو الإشاعة أجرة للعامل.

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

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

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

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

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

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

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

منها: ما انعقد الإجماع على حكمه من صحة أو فساد.
ومنها: ما وضع فيه المنافاة للمقتضى - كاشتراط عدم ضمان المقبوض بالبيع - أو وضع مقابله ولا كلام فيما وضع.
ومنها: ما ليس واحداً من النوعين فهو بحسب نظر الفقيه، انتهى كلامه رفع مقامه.

أقول: وضوح المنافاة إن كان بالعرف - كاشتراط عدم الانتقال في العوضين وعدم انتقال المال الى ذمة الضامن والمحال عليه - فلا يتأتى معه إنشاء مفهوم العقد العرفي، وإن كان بغير العرف فمرجهه إلى الشرع من نص أو إجماع على صحة الاشتراط وعدمه. ومع عدمهما وجب الرجوع إلى دليل اقتضاء العقد لذلك الأثر المشترط عدمه، فإن دلّ عليه على وجه يعارض بإطلاقه أو عمومه دليل وجوب

للمشروط له عمل زائد بحيث تكون الزيادة بازاء عمله، فيشبه المضاربة هذا كله في ربح التجارة وخسرتها.

وأما إذا كان الاشتراط راجعاً إلى اختصاص أحد الشريكين بنماء العين المشتركة فهذا لا بأس به سواء كان الاشتراط في عقد الشركة أو غيره، لأن ما ذكر في ربح التجارة في الصورة الأولى لا يجري في هذا الفرض، ولكن الشرط المزبور أيضاً لا يخلو عن التأمل.

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

وربما يقال كما عن الأردبيلي^(٢) بجواز شرط الضمان في الإجارة أيضاً لأن

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

(٢) مجمع الفائدة ١٠: ٦٩.

الوفاء به بحيث لو أوجبنا الوفاء به وجب طرح عموم ذلك الدليل وتخصيصه حكم بفساد الشرط لمخالفته حينئذ للكتاب والسنة. وإن دلّ على ثبوته للعقد لو خُلّي وطبعه بحيث لا ينافي تغيير حكمه بالشرط حكم بصحة الشرط. وقد فهم من قوله تعالى: «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ» أَنَّ السلطنة على الزوجة من آثار الزوجية التي لا تتغير، فجعل اشتراط كون الجماع بيد الزوجة في الرواية السابقة منافياً لهذا الأثر ولم يجعل اشتراط عدم الإخراج من البلد منافياً. وقد فهم الفقهاء من قوله: «البيعان بالخيار حتى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع» عدم التنافي، فأجمعوا على صحة اشتراط سقوط الخيار الذي هو من الآثار الشرعية للعقد، وكذا على صحة اشتراط الخيار بعد الافتراق. ولو شك في مؤدى الدليل وجب الرجوع الى أصالة ثبوت ذلك الأثر على الوجه الثاني فيبقى عموم أدلة الشرط سليماً عن المخصص وقد ذكرنا هذا في بيان معنى مخالفة الكتاب والسنة.

عدم ضمانها فيها مقتضى إطلاق عقد الإجارة نظير العارية.

ومنها: التوارث في عقد الانقطاع فإن فيه وجوه أربعة: الأول: التوارث مطلقاً ولو مع عدم الاشتراط. الثاني: التوارث مع الاشتراط فقط. الثالث: عدم التوارث مع اشتراط العدم. الرابع: عدم التوارث مطلقاً.

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

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

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

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

وقد سبق ما يدل على اعتبار تعيين الأجل المشروط في الثمن، بل لو فرضنا عدم سراية الغرر في البيع كفى لزومه في أصل الشرط بناءً على أن المثني مطلق الغرر حتى في غير البيع، ولذا يستندون إليه في أبواب المعاملات حتى الوكالة، فبطلان الشرط المجهول ليس لإبطاله البيع المشروط به، ولذا قد يجزم ببطلان هذا الشرط مع الاستشكال في بطلان البيع، فإن العلامة في التذكرة ذكر في اشتراط عمل مجهول في عقد البيع: أن في بطلان البيع وجهين مع الجزم ببطلان الشرط.

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

وأما إذا أريد من مقتضى العقد حكمه سواء كان ذلك الحكم إمضائياً أو تأسيسياً، فإن كان المشروط عدم ذلك الحكم، فلا يصح الشرط لكونه يخالف الكتاب أو السنة. نعم إذا كان ذلك المقتضى من قبيل الحق لا الحكم فلا بأس باشتراط عدمه، وأما اشتراط الفعل أو الترك لحكم المعاملة فقد تقدم الكلام فيه سابقاً فلا نعيد.

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

ولذاذكروا أنه يعتبر في بيع السلم والنسيئة تعيين المدة التي يستحق فيها المشتري تسلم المبيع والبايع تسلم الثمن، مع أن في السلم اشتراط تأخير تسليم

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

المبيع على العهدة وفي النسبة اشتراط التأخير في الثمن كذلك. ولو أغمض عن ذلك - بأن بنى على أن الشرط لا ينضم إلى أحد العوضين مطلقاً، بل في خصوص ما كان المشروط وصفاً في أحد العوضين أو تعيين زمان أو مكان لتسليمهما.

وأما إذا كان عملاً خارجياً أو اعتبارياً فلا تكون الجهالة في هذا الشرط موجباً للغرر في البيع يحكم بطلان الشرط المجهول لما رواه العلامة^(١) عن النبي ﷺ من نهيه عن الغرر^(٢)، وهذا النهى يعم المعاملة التي تكون فيها الجهل كذا الشرط المجهول فيها. ولا بأس بإرساله في الاعتماد عليه لانجبار ضعفه بعمل المشهور، حيث يحكمون بفساد المعاملة التي فيها جهل حتى في مثل الوكالة وغيرها من المعاملات الجائزة. نعم بطلان الشرط لا يوجب بطلان البيع على الأظهر فيما يأتي مسألة كون الشرط الفساد مفسداً للعقد أم لا.

ثم ذكر ﷺ أن جهالة الشرط يوجب الجهالة في أحد العوضين، ولذلك يكون البيع غررياً، وفرع على ذلك عدم المساعدة على ما ذكر العلامة^(٣) في حمل الحيوان

(١) التذكرة ١: ٤٦٦، ٤٨٨، ٤٩١.

(٢) وسائل الشريعة ١٧: ٤٤٨، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة، الحديث ٣.

(٣) التذكرة ١: ٤٩٣ و ٤٩٩.

الجزئية، بأن يقول: «بعتكها وحملها» فصَحَّ الأوَّل لأنه تابع، وأبطل الثاني لأنه جزء. لكن قال في الدروس: لو جعل الحمل جزءاً من المبيع فالأقوى الصحة لأنه بمنزلة الاشتراط، ولا يضر الجهالة لأنه تابع. وقال في باب بيع المملوك: ولو اشتراه وماله صحَّ ولم يُشترط علمه ولا التفصِّي من الربا إن قلنا: إنه يملك وإن أحلناه اشتراطاً، انتهى.

وبيض الدجاجة ومال العبد فيما إذا جهل مقداره وانه لو وقع البيع واشترط فيه الحمل أو البيض للمشتري صحَّ البيع، لأنَّ الشرط تابع ولا يضر جهالة التابع، بخلاف ما إذا قال «بعت الدابة مع حملها بكذا»، فإنه يحكم ببطلان البيع للجهالة في أحد العوضين. وعن الدروس^(١): لو جعل الحمل جزءاً يصحَّ البيع أيضاً، لأنَّ الحمل تابع وكذا مال العبد بناءً على أنه يملك، فان ماله لكونه تابعاً للعبد لا يضر فيه الجهالة ولا يجري فيه الربا، بخلاف ما إذا قيل: بأنه لا يملك، فان المال على ذلك لا يتبع العبد فيعتبر في بيعه مع ماله أو بشرط ماله العلم بمقدار المال وعدم لزوم الربا.

لكن الأظهر مع اختلاف الكلمات اعتبار عدم الجهالة في الشرط مطلقاً، إلا فيما إذا كان الشرط بحيث يعد في العرف تابعاً غير مقصود بالبيع كببيض الدجاجة. والوجه في ذلك عموم النهي عن الغرر وكون التراضي بالبيع منوطاً بالشرط على ما في كلماتهم دخیلاً في تحقق نفس البيع. والجهالة فيه موجبة للجهالة في البيع.

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

والمسألة محل إشكال، وكلماتهم لا يكاد يعرف الثامها حيث صرّحوا: بأنّ للشرط قسماً من أحد العوضين، وأنّ التراضي على المعاوضة وقع منوطاً به، ولازمه كون الجهالة فيه قاذحة.

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

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

ولو كان المشروط أمراً خارجاً عن العوضين كما إذا كان عملاً خارجياً واعتبارياً فلا يوجب جهالته في البيع، والنهي عن الغرر غير ثابت.

واعتبار التعيين في غير البيع من المعاملات المبتنية على المداقة والمغابنة مستفاد مما ورد في البيع حيث لا فرق بحسب المتفاهم العرفي بينه وبينها من تلك الجهة. ثم إنّ مسألة التابع لأحد العوضين لا يجري في هذا الفرض، بل يجري في الفرض الأول فلاحظ وتدبر.

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

وعن السيد اليزدي^(١) أنّه لا بأس بالشرط المجهول كان له واقع معين كما إذا باع المال بكذا على أن يفعل المشتري ما يقوله زيد.

(١) حاشية كتاب المكاسب ٣: ٢٨٧، الرقم ٤١٠.

الشرط السامع: أن لا يكون مستلزماً لمحال [١] كما لو شرط في البيع أن يبيعه على البائع، فإن العلامة قد ذكر هنا: أنه مستلزم للدور. قال في التذكرة: لو باعه شيئاً بشرط أن يبيعه إياه لم يصح سواء اتحد الثمن قدراً وجنساً ووصفاً أو لا، وإلا جاء الدور، لأن يبيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقفة على بيعه، فيدور. أمّا لو شرط أن يبيعه على غيره، فإنه يصح عندنا حيث لامنافاة فيه للكتاب والسنة. لا يقال: ما التزمه من الدور آتٍ هنا، لأننا نقول: الفرق ظاهر، لجواز أن يكون جارياً على حد التوكيل أو عقد الفضولي، بخلاف ما لو شرط البيع على البائع، انتهى. وقد تقدم تقرير الدور مع جوابه في باب النقد والنسيئة. وقد صرح في الدروس: بأن هذا الشرط باطل لا للدور، بل لعدم القصد إلى البيع.

وأما إذا لم يكن له واقع معين فلا يصح، كما إذا قال: «بعثك المال بكذا» على أن يفعل شيئاً.

والوجه في الفرق أن البيع في الصورة الثانية يكون غريباً، بخلاف الصورة الأولى فإنه لا ينطبق الغرر على البيع.

ولكن لا يخفى أن التفرقة بين الصورتين غير وجيه فإن البيع هو تملك عين بعوض، فإن كان المشروط المجهول لاحقاً بأحد العوضين فيحكم ببطلانه في الصورتين، وإلا فلا يكون البيع غريباً ولا يحكم ببطلانه.

وبتعبير آخر: عنوان العقد وإن يعم المعاملة بشرطها، ولذا يحكم بلزوم الشرط كنفس المعاملة، إلا أن عنوان البيع لا يعم الشرط ولا يكون الغرر فيه غريباً في البيع.

[١] إذا كان تحقق المشروط مستلزماً لمحال يكون ذلك من شرط المحال غير

المقدور، وقد تقدم عدم تعلق الالتزام بغير المقدور فضلاً عن المحال، وأما ما يذكر في المقام مثلاً لذلك بأن باع منه شيئاً واشترط عليه أن يبيعه منه ثانياً فلا يخفى ما فيه، فإن

ويرد عليه وعلى الدور: النقض بما إذا اشترط البائع على المشتري أن يقف المبيع عليه وعلى عقبه، فقد صرح في التذكرة بجوازه، وصرح بجواز اشتراط رهن المبيع على الثمن مع جريان الدور فيه.

الاشتراط المزبور في نفسه لا بأس به ولا يستلزم دوراً ولا غيره حتى فيما إذا كان المشروط بيع المتاع من بايعه بنحو شرط النتيجة، لأن البائع يدخل المبيع في ملك المشتري وبالشرط يخرج من ملكه إلى ملك بايعه، لأن المراد بالشرط في المقام الشرط في المعاملة، لا الشرط من أجزاء العلة.

ولو امتنع اشتراط أن يبيعه منه ثانياً لامتنع اشتراط أن يبيعه من غيره بعد شرائه، لأن المراد من بيعه من غيره البيع عن نفسه بحيث يدخل الثمن في ملكه كما يخرج المثل من ملكه أيضاً، والبيع فضولاً أو بنحو الوكالة لا يدخل في شرط البيع المزبور. ولكن يرفع اليد عن الجواز بالإضافة إلى اشتراط بيع المال من بايعه ثانياً ويحكم ببطلان الشرط بل البطلان البيع المشروط أخذاً بظاهر صحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: «سألته عن رجل باع ثوباً بعشرة دراهم إلى أجل، ثم اشتراه بخمسة دراهم بنقد أيحل؟ قال: إذا لم يشترط ورضيا فلا بأس»^(١). وقريب منها غيرها وهذا مع اختلاف الثمنين.

وذكر السيد اليزدي رحمته الله (٢) مثلاً آخر لهذا الاشتراط، كما إذا نذر إن ماله المعين لزيد على تقدير وجوب الكنس عليه، ثم باع ذلك المال من عمرو واشترط عمرو عليه كنس المسجد، فانه إذا صح هذا الشرط ووجب عليه الكنس للزوم دخول المبيع في

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٤٢، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٦، ومسائل علي بن جعفر:

١٢٧/١٠٠.

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

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 خلاف، عدا ما يتوهم من ظاهر الخلاف والمختلف، وسيأتي. لأنَّ المشروط عليه إن أنشأ إلزام الشرط على نفسه قبل العقد كان إلزاماً ابتدائياً لا يجب الوفاء به قطعاً وإن كان أثره مستمراً في نفس الملزم إلى حين العقد، بل إلى حين حصول الوفاء وبعده - نظير بقاء أثر الطلب المنشأ في زمانٍ إلى حين حصول المطلوب - وإن وعد بإيقاع العقد مقروناً بالتزامه، فإذا ترك ذكره في العقد فلم يحصل ملزم له. نعم، يمكن أن يقال: إنَّ العقد

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

وعلى ذلك فيلزم من صحة الشرط انتفاء المعاملة التي وقع الشرط المزبور في ضمنها.

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

والحاصل: أنه لا ندعي ان انتقال المال إلى زيد متأخر عن انتقاله إلى عمرو رتبة، ومع انتقاله إلى عمرو في رتبة سابقة لا يبقى مجال للمتأخر ليقال: إن انتقال المال إلى زيد إنما يتأخر عن وجوب الكنس، لا عن انتقال المال إلى عمرو، وانتقال المال إلى عمرو وإن كان في رتبة وجوب الكنس إلا أن المتأخر عن أحد الشئيين في رتبة واحدة لا يتأخر عن الآخر منهما أيضاً لأن ملاك التأخر رتبة وهي العلية والمعلولية يختص بأحد الشئيين.

إذا وقع مع تواطيهما على الشرط كان قيداً معنوياً له، فالوفاء بالعقد الخاص لا يكون إلا مع العمل بذلك الشرط، ويكون العقد بدونه تجارة لا عن تراض، إذ التراضي وقع مقيداً بالشرط، فإنهم قد صرّحوا بأن الشرط كالجُزء من أحد العوضين، فلا فرق بين أن يقول: «بعتك العبد بعشرة وشرطت لك ماله» وبين تواطيهما على كون مال العبد للمشتري، فقال: «بعتك العبد بعشرة» قاصدين العشرة المقرونة بكون مال العبد للمشتري. هذا، مع أن الخارج من عموم «المؤمنون عند شروطهم» هو ما لم يقع العقد مبنياً عليه، فيعم محل الكلام. وعلى هذا فلو تواطيا على شرط

بل المدعى أن نذر المال لزيد مشروطاً بوجوب كنس المسجد عليه بنحو القضية الشرطية مقتضاه تحقق انتقال المال إلى زيد على تقدير بقاء المال في ملك الناذر عند وجوب الكنس على ذلك الناذر، كما في سائر النذور المعلقة أي المشروطة. ومن الظاهر أن القضية الشرطية لا تتكفل لإثبات الشرط الوارد فيها، كما أنها لا تنفيه.

ونظيرها القضية الحملية التي بمفاد القضية الشرطية أو الحقيقية، فإن هذه لا تتكفل لإثبات موضوعها أو نفيها ولذا لا تنافي القضية الشرطية أو الحقيقة الأخرى النافية لتحقيق الشرط أو نفي تحقيق الموضوع.

وعلى ذلك فإذا باع الناذر المال من عمرو على شرط وجوب الكنس على البائع فيعمّه «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» فيخرج المال المزبور عن ملك الناذر، ولا يبقى لرجوع المال إلى زيد موضوع أي شرطه وهو بقاء المال على ملك الناذر.

نعم يبقى الكلام في أن هذا الانتقال حث للنداء لا، والصحيح كما ذكرنا في محله أنه لو كان النذر بمجرد مفاد القضية الشرطية فقط فلا حث، لأن نذر الانتقال كما هو معلق على وجوب الكنس كذلك معلق على بقاء المال على ملك الناذر، ومع

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

خروج المال عن ملكه كعدم وجوب الكنس لا نذر.

وأما إن كان مع الالتزام بإبقاء المال إلى زمان يحتمل فيه حصول الشرط كما هو المتفاهم مثل قول الناذر «الله عليّ التصدق بهذا المال» على تقدير مجيء مسافري أو شفاء مريض ونحو ذلك فاللزام بإبقاء المال.

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

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

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

(١) راجع الرياض (الحجربة) ١١٦: ٢.

للشروط إذا كانت قبل عقد النكاح. وتتبع كلماتهم في باب البيع والنكاح يكشف عن صدق ذلك المحكي، فتراهم يجوزون في باب الربا والصرف الاحتيال في تحليل معاوضة أحد المتجانسين بأزيد منه ببيع الجنس بمساويه ثم هبة الزائد من دون أن يشترط ذلك في العقد، فإن الحيلة لا تتحقق إلا بالتواطي على هبة الزائد بعد البيع والتزام الواهب بها قبل العقد مستمراً إلى ما بعده. وقد صرح المحقق والعلامة في باب المراجعة: بجواز أن يبيع الشيء من غيره بثمان زائد مع قصدهما نقله بعد ذلك الى البائع ليخبر بذلك الثمن عند بيعه مرابحة إذا لم يشترط ذلك لفظاً. ومعلوم أن المعاملة لأجل هذا الغرض لا يكون إلا مع التواطي والالتزام بالنقل ثانياً. نعم، خص في المسالك ذلك بما إذا وثق البائع بأن المشتري ينقله إليه من دون التزام ذلك وإيقاع العقد على هذا الالتزام. لكنّه تقييد لإطلاق كلماتهم، خصوصاً مع قولهم: إذا لم يشترط لفظاً.

وان لم يلتزم بذلك الشيء قبل العقد بل وعد بالتزامه في ضمن العقد فمع عدم ذكره في متن العقد لم يتحقق الالتزام بذلك الشيء لا قبل العقد ولا فيه. وربما يؤيد ذلك بما ذكروا في باب الربا في الاحتيال للتخلص من الربا من أنه لو عاوض أحد المتجانسين بأزيد منه وكان من قصدهما المبادلة مثلاً بمثل وهبة المقدار الزائد فلا بأس فيما إذا لم يشترط الهبة في البيع. ووجه التأييد أنه لا يكون هذا التخلص عادة إلا بالتواطي عليه قبل المعاملة ولو كان التوافق بشيء قبل المعاملة بمنزلة الاشتراط لكان هبة الزائد شرطاً لا محالة، فتدخل المعاملة في الربا حيث إن الربا تعم الزيادة العينية والحكمية وشرط هبة المقدار الزائد من الزيادة الحكمية.

وبالجملة: فظاهر عبارتي الشرائع والتذكرة: أنَّ الاشتراط والالتزام من قصدهما ولم يذكرهما لفظاً، لأنَّ النقل من قصدهما، فراجع.

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

وكذا يؤيد بما ذكر العلامة^(١) وقبله المحقق^(٢) في بيع المرابحة بأنّه: يجوز للبائع عند إرادته الإخبار برأس ماله أن يبيع ذلك المال من آخر بمقدار يريد الإخبار بذلك المقدار، ويشتري منه ثانياً بذلك المقدار، ويخبر عند إرادته البيع مرابحة برأس ماله وأنه ذلك المقدار، وهذا كاشف عن أنّه لا يجري على المذكور قبل العقد. وبناء العقد عليه حكم الشرط لما تقدم من بطلان البيع بشرط بيع المشتري المال من بايعه ثانياً.

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

أقول: لعل مرادهما من الجواز الحكم بصحة البيع وحليته نفسه تكليفاً، لا الإخبار برأس المال اعتماداً على ذلك البيع، فإن الإخبار المزبور يكون غشاً في بيع المرابحة، فيحكم بحرمة تكليفاً.

هذا مع عدم التأييد فيما ذكره خصوصاً في مسألة نسيان ذكر المدة، فإن الحكم بانقلاب العقد مع نسيان ذكره على تقديره حكم تعدي.

(١) القواعد ٥٨: ٢، والتذكرة ٥٤٢: ١.

(٢) الشرائع ٤١: ٢.

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

ولكن قد ذكرنا في المسألة أن ذكر الأجل ولو إجمالاً مقوم لعقد المتعة فمع عدم ذكره لا متعة، لأنه ينقلب دائماً والنص الوارد ناظر إلى التفرقة بين العقدين في الإنشاء، لا إلى الحكم بالدوام ولو مع عدم قصد.

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

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

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

وقد يتوهم هنا شرط تاسع [١] وهو: تنجيز الشرط، بناءً على أن تعليقه يسري إلى العقد بعد ملاحظة رجوع الشرط إلى جزء من أحد العوضين، فإن مرجع قوله: «بعتك هذا بدرهم على أن تخط لي إن جاء زيد» على وقوع المعاوضة بين المبيع وبين الدرهم المقرون بخياطة الثوب على تقدير مجيء زيد، بل يؤدي إلى البيع بثمانين على تقديرين، فباعه بالدرهم المجرد على تقدير عدم مجيء زيد، وبالدرهم المقرون مع خياطة الثوب على تقدير مجيئه.

أضف إلى ذلك عدم اعتبار طيب النفس في المعاملة. وأما الاستدلال على اعتبار ذكر الشرط في متن العقد وعدم الاكتفاء بذكره قبله وبناء العقد عليه بأن الشرط كالجزء من أحد العوضين، فيكون ركناً في البيع فيعتبر ذكره فيه، ولا يستغنى بذكره قبله كما هو الحال في العوضين فلا يمكن المساعدة عليه، فلأن الشرط لا يكون جزءاً ولا كالجزء من أحد العوضين هذا أولاً. وثانياً: لا يعتبر ذكر العوضين في إنشاء البيع، فان نفس البيع أمر إنشائي والإبراز مقوم له، ولكن العوضين فلا بد من معلومية وهو يحصل بتعيينهما وذكرهما ولو قبل البيع كما لا يخفى.

[١] ذكره ما حاصله: أنه قد يتوهم في نفوذ الشرط اعتبار عدم تعليقه، وإلا بطل الشرط بل العقد أيضاً.

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

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

ويندفع: بأن الشرط هو الخياطة على تقدير المجيء لالخياطة المطلقة ليرجع التعلق إلى أصل المعاوضة الخاصة. ومجرد رجوعهما في المعنى إلى أمر واحد لا يوجب البطلان، ولذا اعترف أن مرجع قوله: «أنت وكيلتي إذا جاء رأس الشهر في أن تبيع» و«أنت وكيلتي في أن تبيع إذا جاء رأس الشهر» إلى واحد، مع الاتفاق على صحة الثاني وبطلان الأول.

يكون مبادلة المال المزبور بالدرهم المنضم إليه خياطة ثوبه على تقدير مجيء زيد لا على كل تقدير، بل يجري البيع على تقدير عدم مجيئه بالدرهم المجرد، فيدخل بذلك الفرض في بيع الشيء بثمنين المحكوم بالبطلان بلاريب كما يأتي في مسألة بعته حالاً بكذا ونسبة بكذا.

ويندفع الوهم ووجهه بأن التقدير يرجع إلى الشرط بمعنى المشروط، ولا يكون قيماً للشرط بالمعنى المصدري ولا لأصل المعاوضة، ليكون مقتضى ذلك وقوع المعاوضة بين المال المزبور والدرهم المنضم إليه الخياطة المطلقة في فرض مجيء زيد من سفره، ووقوعها بينه وبين الدرهم المجرد على تقدير عدم مجيئه.

وبتعبير آخر: لو كان مجيء زيد قيماً للمشروط أي الخياطة فلا يكون في البين إلا معاوضة واحدة وهي بيع المال المزبور بالدرهم المنضم إليه الخياطة الخاصة أي الخياطة على تقدير مجيء زيد من غير أن يكون تعليق في الشرط بمعنى الالتزام بالخياطة، ولا في الالتزام بالنقل، ولإنشاء المعاوضتين على تقديرين، بل المنشأ مبادلة واحدة وهي بيع المال بازاء الدرهم المنضم إليه الخياطة الخاصة وهي الخياطة على تقدير مجيء زيد.

وهذا الفرق وإن لا يوجب الاختلاف مع ما سبق في النتيجة إلا أنه يوجهه في الإنشاء، فيمكن كونه وجهاً في فساد المعاملة وصحتها لكون المعاملة من الإنشاءات،

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

نظير ما يقال: في الفرق بين قول القائل «إذا جاء أول الشهر فأنت وكيل في بيع داري» وقول الآخر «أنت وكيل في بيع داري أول الشهر الآتي»، فانهم ذكروا بطلان الأول لتعليق الوكالة، وصحة الثاني لأن القيد عليه راجع إلى متعلق الوكالة لالنفسها على ما هو المعروف في الفرق بين الواجب المشروط والواجب المعلق.

ثم إن العلامة قد اشكل في اشتراط البائع على المشتري كونه أحق بالمبيع لو باعه. وقد توهّم أن الاشكال لا اعتبار التنجيز في الشرط، ولكنه فاسد بل إشكاله لعدم جواز اشتراط بيع المال من بائه ثانياً كما يأتي، والاشتراط المزبور يدخل في الشرط المزبور ولو على تقدير إرادة المشتري بيع المال.

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

ووجه المحقق الايرواني رحمه الله كلام المصنف في المقام بأن المنضم إلى أحد العوضين ليس الشرط بمعنى المشروط، بل الشرط بالمعنى المصدري، وعليه فلا يكون في البيع تعليق وتقدير، ولا بيعين على تقديرين.

والحاصل: أن المال المزبور بعوض بالدرهم المنضم إليه التعهد بالخياطة على تقدير مجيء زيد على كل تقدير سواء حصلت الخياطة خارجاً أم لا، ومجيء زيد

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

يتوقف عليه الملتزم به الذي لا يكون جزءاً من العوضين أصلاً.
أقول: قد تقدّم سابقاً أنّ الشرط لا يكون جزءاً من أحد العوضين لا بمعنى المشروط ولا بالمعنى المصدري، فإن البيع في حقيقته تمليك المال بالعوض بحيث يدخل العوض في ملك مالك المعوض، والشرط بمعنى المشروط ولو كان عملاً لا يدخل في ملك البائع، ولذا لا يكون له مع تخلف الشرط المطالبة بالبدل. ولو كانت الخياطة ملكاً للبائع لكان له مع عدمها المطالبة ببدلها لإتلاف المشتري بتركه العمل.

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

وذكرنا أنّ التعهد وهو الشرط بالمعنى المصدري قيد لنفس المعاملة فإنها على تقديره يحصل عند المعاملة، وأمّا المتعهد به عملاً كان أو غيره فلا يكون قيداً لا للمعاملة ولا لأحد العوضين.

وعليه فلا يحصل من تعليق المتعهد به تعليق في ناحية أصل المعاملة والعقد كما لا يخفى.

ثم إنه لا يبعد أن يكون التعليق في الشرط راجعاً إلى نفس الالتزام الشرطي بمعنى أنّه لا يكون التزام بالخياطة على تقدير عدم المجيء.

وهذا التعليق لا يرجع إلى نفس العقد بل العقد يكون معلقاً على الالتزام بالخياطة المشروطة.

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

المقدار الثابت بطلان العقود والإيقاعات بالتعليق على ما ذكرنا في محله.
ولو كان أصل المعاملة غير مكره عليه، وكان الإكراه على الاشتراط فقط كما إذا
قال «إذا بعت فاشترط على نفسي كذا» فالشرط غير صحيح بمعنى أنه موقوف على
الإجارة بعد ارتفاع الإكراه.

أقول: ظاهر كلامه أن المحتاج إلى الإجازة الشرط لأصل العقد ونفس المعاملة،
وأنه إذا لم يلحقه الإجازة يثبت أصل المعاملة لا الشرط فيها، ولا يرد عليه عدم جريان
الإجازة في الإيقاعات، لأن الشرط في العقود غير داخل في الإيقاعات.
نعم لا بد من إقامة الدليل على نفوذ الإجازة في كل أمر إنشائي مكره عليه لا يكون
من الإيقاعات، وقد تعرضنا لذلك في إجازة العقد المكره عليه.

ولا يفرق في نفوذ الإجازة بين القول بأن الشرط التزام في التزام كما هو ظاهر
القاموس^(١)، أو أن معنى الاشتراط تعليق على الالتزام بأمر من عمل اعتباري أو
خارجي أو وضعي، فإن مقتضى حديث رفع الإكراه عدم الحكم للالتزام أو التعليق إذا
كان عن إكراه فتدبر جيداً، فإن صدق الإكراه على الاشتراط مع الاختيار في المعاملة
لا يخلو عن تأمل.

ثم إنه ذكره^٢ شرطاً آخر لنفوذ الشرط وهو أن لا يكون الشرط في المعاملة
خلاف الشرع وإن كان المشروط في نفسه عملاً مشروعاً ومباحاً، كما إذا اشترط في بيع
أحد الربويين بمثله شرطاً كخياطة الثوب، فإن الخياطة في نفسها عمل مشروع، لكن
اشتراطها يوجب كون البيع داخلاً في عنوان الربا الذي خلاف الشرع.

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

مسألة: في حكم الشرط الصحيح، وتفصيله: أن الشرط إما أن يتعلق بصفة من صفات المبيع الشخصي [١] ككون العبد كاتباً، والجارية حاملاً، ونحوهما. وإما أن يتعلق بفعل من أفعال أحد المتعاقدين أو غيرهما [٢] كاشتراط إعتاق العبد، وخياطة

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

أقول: ما ذكر إنما يتم بالإضافة إلى الحكم التكليفي يعني حرمة الربا تكليفاً، وأما بالإضافة إلى الوضع أي الفساد فالفساد في الفرض هو الشرط فقط بناءً على ما تقدم من أن الشرط في المعاملة أمر زائد عليها ولا ينضم إلى أحد العوضين، حيث إن الفرض إنشاء مبادلة الشيء بمثله حاصلة والاشتراط على المشروط عليه أمر زائد عليها فيكون سحتاً، نظير ما ذكر في اشتراط الزيادة في القرض فتدبر.

[١] بخلاف ما إذا كان المبيع كلياً فإنه يكون للمشتري استرداد فاقد الوصف، ومطالبة البايع بواجده لا الخيار في فسخ العقد.

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

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

وذكر السيد البيزدي ^(١) لا يناقش في هذا الاشتراط بأنه يعتبر في شرط الفعل على المشتري تمكنه على ذلك الفعل، وفعل الثالث غير مقدور للمشتري.

وذلك فإن المعتبر في شرط الفعل تمكن المشروط عليه وهو في الفرض هو الثالث القادر على فعله، ولذا يعتبر قبوله لأنه طرف في المعاملة المفروضة المشروط. ولا بعد في أن يكون المشروط عليه في المعاملة متعدداً بأن يكون المعاملة المفروضة المشروط عليه كل من المشتري والثالث فيعتبر قبول كل منهما.

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

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

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

الثوب. وإما أن يتعلق بما هو من قبيل الغاية للفعل، كاشتراط تملك عين خاصّة، وانعتاق مملوك خاص، ونحوهما. ولا إشكال في أنّه لا حكم للقسم الأوّل إلّا الخيار [١] مع تبين فقد الوصف المشروط، إذ لا يعقل تحصيله هنا، فلا معنى

[١] ذكره أنّه لا حكم للشرط في القسم الأوّل أي اشتراط وصف في المبيع غير الخيار على تقدير عدم ذلك الوصف، وأن عموم «المؤمنون عند شروطهم»^(١) لا يعم هذا القسم لعدم إمكان تحصيل الوصف ليجب الوفاء به.

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

ولا مانع عن كون وجوب الوفاء بالاضافة إلى بعض الشروط تكليفاً فيعتبر في متعلقه التمكن، وبالإضافة إلى البعض الآخر إرشاداً إلى الوضع كما ذكره في شرط النتيجة يعني الإرشاد إلى إمضاءها فلا يعتبر في متعلقه التمكن.

ولا يكون استعمال صيغة الأمر في موارد الانحلال بالإرشاد إلى الوضع في البعض وبالتكليف في البعض الآخر من استعمال اللفظ في أكثر من معنى، لأن الإرشاد والتكليف غير داخل في مدلول الصيغة، بل يختلف الطلب إرشاداً أو تكليفاً باختلاف الداعي إلى إنشاء الطلب، فيكون وجوب الوفاء في شرط الوصف إرشاداً إلى إمضاء الخيار المجعول على تقدير فقده.

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

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

لوجوب الوفاء فيه، وعموم «المؤمنون» مختص بغير هذا القسم. وأمّا القسم الثالث: فإن أريد باشتراط الغاية [١] - أعني الملكية، والزوجية، ونحوهما - اشتراط تحصيلهما بأسبابهما الشرعية، فيرجع إلى الثاني، وهو اشتراط الفعل. وإن أريد حصول الغاية بنفس الاشتراط، فإن دل الدليل الشرعي على عدم تحقق تلك الغاية إلا بسببها الشرعي الخاص كالزوجية، والطلاق، والعبودية، والانعقاد، وكون المرهون مبيعاً عند انقضاء الأجل، ونحو ذلك - كان الشرط فاسداً، لمخالفته للكتاب والسنة. كما أنه لو دل الدليل على كفاية الشرط فيه - كالوكالة، والوصاية،

وثانياً: على تقدير الإغماض عن ذلك والالتزام بأن وجوب الوفاء بالشرط تكليف يستفاد منه الوضع بحسب الموارد، إلا أنّ متعلق التكليف ليس إيجاد المشروط فقط، بل يعم الفعل المترتب على النتيجة والمشروط، كما يصرح عليه السلام في شرط الغاية.

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

[١] القسم الثالث من الشرط ما إذا كان المشروط أمراً وضعياً أي جعلياً سواء كان ذلك الأمر الوضعي من قبيل نتيجة العقد أو الإيقاع أو غيرهما، كاشتراط الخيار لأحد المتعاقدين في ضمن العقد، فتخصيص القسم الثالث بأحد الأولين كما هو ظاهر المصنف عليه السلام حيث عبّر عن هذا القسم بكون المشروط غاية أي نتيجة العقد أو الإيقاع بلا وجه.

وكون مال العبد وحمل الجارية وثمر الشجرة ملكاً للمشتري - فلا إشكال. وأمّا لو لم يدلّ دليل على أحد الوجهين، كما لو شرط في البيع كون مال خاص غير تابع لأحد العوضين - كالأمثلة المذكورة - ملكاً لأحدهما، أو صدقة، أو كون العبد الفلاني حراً، ونحو ذلك، ففي صحة هذا الشرط إشكال: من أصالة عدم تحقّق تلك الغاية إلّا بما علم كونه سبباً لها، وعموم «المؤمنون عند شروطهم» ونحوه لا يجري هنا، لعدم كون الشرط فعلاً ليجب الوفاء به. ومن أنّ الوفاء لا يختص بفعل ما شرط

وذكره: إن كان المراد باشتراط الملكية أو الزوجية اشتراط تحصيلهما بأسبابهما الشرعية، فهذا يدخل في القسم الثاني أي ما إذا كان المشروط فعلاً، حيث لا يفرق في القسم الثاني بين كون الفعل المشروط خارجياً أو كان من قبيل الإنشائيات.

وأما إن كان المراد حصول الملكية أو الزوجية بنفس الاشتراط كما إذا باع العين منه بكذا على أن تكون بنته زوجة للبائع بمهر كذا وقبله المشتري بناءً على ولاية الأب في نكاح بنته الباكّة، فإن كانت الغاية مما تحصّل بسبب خاص كالزوجية بناءً على اعتبار الصيغة الخاصة في النكاح كالطلاق، فيحكم ببطالان ذلك الشرط أي المشروط، حيث إن حصوله بالشرط خلاف الكتاب أو السنة، لأن المفروض دلالتهما على اعتبار صيغة خاصة في حصوله.

وبذلك يظهر الحال في اشتراط كون حرّ عبداً أو اعتناق العبد حيث إنّ العبوديّة لا تحصل إلّا بالغلبة والاستيلاء والاعتناق بالعتق، وكذا اشتراط كون المرهون مبيعاً عند انقضاء الأجل حيث إنّ الشرط المزبور بمعناه المصدري يدخل في البيع تعليقاً، والتعليق في البيع مبطل حتى ما إذا كان بصورة الاشتراط في عقد.

كما انه إذا قام الدليل على حصول الغاية بالشرط أيضاً كالوكالة والوصاية أو كون مال تابع للمبيع ملكاً للمشتري، كمال العبد في بيعه أو حمل الدابة في بيعها أو الثمرة

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

في بيع الشجرة فلا إشكال.

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

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

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

وعلى ذلك فلا تصل النوبة إلى أصالة عدم تحقق الشرط بمعنى المشروط فيحكم بصحته.

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

(١) سورة المائدة: الآية ١.

إلى كفاية دليل الوفاء بالعقود في ذلك بعد صيرورة الشرط جزءاً للعقد. وأما توقف الملك وشبهه على أسباب خاصة فهي دعوى غير مسموعة مع وجود أفراد اتفق على صحتها، كما في حمل الجارية ومال العبد وغيرهما.

ثم ذكر رحمته ويشهد لعموم «المؤمنون عند شروطهم»^(١) القسم الثالث تمسك الإمام عليه السلام بهذا العموم في موارد كلها من قبيل شرط الأمر الوضعي كعدم الخيار للأمة في نكاحهما فيما أعانها ولد زوجها في اداء المال واشترط عدم الخيار المزبور في إعانتها.

ودعوى أن شرط الملكية بنحو الغاية غير صحيح، لأن الملكية تتوقف على أسباب خاصة مدفوع بأنه يكفي فيها مطلق التملك ولو كان ذلك بالاشتراط، كما يظهر ذلك من اتفاقهم على اشتراط ملكية حمل الدابة للمشتري في بيعها، وكذا ملكية مال العبد لمشتريه في بيعه.

ودعوى أن ذلك لكون الحمل ومال العبد من توابع الأم والعبد، ولا يعم ما إذا اشترط ملكية شيء غير تابع لا يمكن المساعدة عليها، فإنه لا فرق في عدم توقف الملكية على سبب خاص بين التابع وغيره، كما يظهر ذلك ممن ذكر أنه لا فرق في اشتراط ملكية الحمل بين كونه في بيع الأم أو غيره.

أقول: قد يقال: إنه لا يمكن الأخذ بعموم «المؤمنون عند شروطهم»^(٢) فيما إذا احتمل دخالة سبب خاص في تحقق ذلك الأمر الوضعي بحيث لا يكون ذلك السبب بالشرط.

وبتعبير آخر: لو كان في مورد الأمر الوضعي ما يكون مثبتاً لحصوله بلا حاجة إلى

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

(٢) مرأعاه.

ودعوى: تسويغ ذلك لكونها توابع للمبيع، مدفوعة، لعدم صلاحية ذلك للفرق، مع أنه يظهر من بعضهم جواز اشتراط ملك حمل دابة في بيع أخرى، كما يظهر من المحقق الثاني في شرح عبارة القواعد في شرائط العوضين: «وكل مجهول مقصود بالبيع لا يصح بيعه وإن انضم إلى معلوم».

سبب خاص ولو كان ذلك المثبت العموم أو الإطلاق في دليل اعتباره فضلاً عن الدليل الخاص، فيكون شرط ذلك الأمر بنحو النتيجة بلا إشكال حيث يعمه «المؤمنون عند شروطهم» ويثبت حصوله بالشرط أيضاً، ولا يحتاج إلى إنشائه استقلالاً كما في ملكية المال بعوض، فإنه لو كان المنشأ أمراً استقلالياً لا يدخل في قوله سبحانه ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(١) و﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢) وإذا اشترط في ضمن عقد كما إذا زوجت المرأة نفسها على مهر واشترطت على زوجها كون داره لها بازاء المهر وقبله الزوج، فإن المشروط لو لم يدخل بالشرط في عنوان البيع لعدم انشاء مستقل فلاريب في أنه يعمه ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و«المؤمنون عند شروطهم».

وأما إذا لم يكن في البين مثبت لذلك لعدم العموم أو الإطلاق في دليل اعتباره بحيث وصلت النوبة إلى الأصل العملي فالأصل عدم تحقق ذلك الأمر بالشرط ونحوه. وعموم «المؤمنون عند شروطهم» لا يعمه لأنه مخصص بما إذا لم يكن الشرط مخالفاً للشرع فيحرز بالأصل المستثنى.

نعم لو كان الفعل المشروط فعلاً خارجياً وشك في حرمة وحليته وجرى فيه أصالة الحلية يكون بالشرط في العقد واجب الوفاء، لأن أصالة الحلية يخرجها عن كونه مخالفاً للشرع.

(١) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

وقد أجاب الله ﷻ فيما تقدّم من كون التمسك بعموم «المؤمنون عند شروطهم» في المشكوك في حاجته إلى سبب خاصّ أو أنّه يحصل بالشرط أيضاً من التمسك بالعام في شبهته المصادقية بأنّ أصالة عدم مخالفة المشروط للكتاب أو السنة مدخلة المشكوك المزبور في المستثنى منه.

وناقش في الجواب جملة من الأعلام منهم المحقّق النائيّ بالله ﷻ (١) بأنّ استصحاب عدم مخالفة الشرط لهما من استصحاب العدم الأزلّي، وهذا الاستصحاب لا يفيد في إثبات العدم المحمولي أي السالبة بانتفاء المحمول. وذكر النائيّ بالله ﷻ في توجيه أنّه إذا لم يكن الموضوع موجوداً فعرضه لا يتصف بالوجود ولا بالعدم، حيث يكون تقابل وجود العرض وعدمه من تقابل العدم والملكة، لا من تقابل الإيجاب والسلب.

نعم اتصاف الماهية بالوجود والعدم بنفسها فلا يمكن اجتماعهما ولا ارتفاعهما. وما اشتهر في الألسنة بأن السالبة محصلة صادقة بانتفاء الموضوع تارة وبعدم المحمول أخرى، بخلاف القضية المعدولة فإنها تصدق مع وجود الموضوع خاصة من الأغلاط بل كل منهما يحتاج إلى المحمول عن موضوعه، وإنّما الفرق بينهما أنّ المحمول في المعدولة عنوان بسيط يتنزع عن سلب المحمول عن موضوعه وإذا قيل: «ليس زيد بقائم» يتنزع عنه عنوان لا قائم له، وإذا كانت السالبة المحصلة لها حالة سابقة فلا يفيد استصحابها في إثبات ذلك العنوان البسيط.

والسر في جميع ذلك أن العرض له وجود واحد فيه اعتباران كونه موجوداً وقيامه بمعرّوضه، وكونه حالاً فيه، لأنّه وجودان وجود في نفسه ووجود في غيره،

.....

فإن القيام بالموضوع لو كان وجوداً آخر لكان له مهية.

وعلى ذلك فلا يكون مع عدم الموضوع اعتبار قيامه وعدم قيامه كما تقدم، فقد تحصل أنه لا مجال لاستصحاب عدم مخالفة الشرط الكتاب والسنة.

نعم مع ذلك فيما إذا شك في صحة الشرط وعدمها يمكن التمسك بقوله عاشراً «المؤمنون عند شروطهم»^(١) الذي ليس فيه الاستثناء المزبور، فإنه ذكر أولاً أن الشك في شرط ملكية عين غير تابعة لأحد العوضين ليس من أجل احتمال حاجة ملكيتها إلى سبب خاص كما هو الظاهر من المصنف، وإلا لما حصلت بالمصالحة فانها انشاء التراضي لا الملكية فالملكية يتعلّق بها التراضي، بل من أجل أن ملكية العين بالشرط لا تكون مجاناً كما في الهبة ولا بالعوض كما في البيع.

وكان احتمال كونها لا مجاناً ولا مع العوض مخالفاً للكتاب والسنة من هذه الجهة لأن الشرط لا ينضم إلى أحد العوضين ومع ذلك لا يكون التملك مجاناً.

وذكر ثانياً: أن عنوان مخالفة الكتاب عنوان انتزاعي عن الالتزامات التي مخالفة للكتاب ومنافية للحكم المجعول في الشريعة، ولو شك في مورد أن الحكم المجعول فيها أيضاً مخالفاً للالتزام المفروض يكون الشك من الشبهة الحكمية والتخصيص الزايد ولا مساس بذلك بالشبهة المصادقية.

وعلى ذلك فلا يمكن التمسك في الالتزام المزبور بالعموم الوارد فيه الاستثناء، لإجماله ويرجع إلى العام الذي ليس فيه هذا الذيل.

أقول: ما ذكره من عدم جريان الاستصحاب في العدم الأزلي بمنع كون القضية

(١) مرّ آنفاً.

السالبة صادقة مع انتفاء الموضوع، أو دعوى بعض آخر أنها وإن كانت صادقة مع انتفائه، إلا أن استصحاب تلك القضية لا يثبت السالبة بانتفاء المحمول لا يمكن المساعدة عليهما لما تقدم سابقاً من أن قيام العرض مقتضاه أن العرض في وجوده يحتاج إلى وجود الموضوع، وأما عدم العرض فيكفي فيه عدم وجود الموضوع.

وبتعبير آخر: أن العرض وإن لا يكون له وجودان كما أوضحه، وإن العدم لا يكون طارياً لوجوده، بل لنفس مهية العرض إلا أن مهية العرض لا يحتاج في عدمه إلى وجود المعروض، بل عند عدم المعروض كما يضاف العدم إلى مهية المعروض كذلك يضاف إلى مهية عرضه.

وإذا قيل: «ليس زيد بقائم» يكون العدم مع انتفاء الموضوع مضافاً إلى زيد وإلى عرضه، وإذا وجد زيد واحتمل بقاء عدم عرضه على حاله فيستصحب وتصبح القضية المزبورة سالبة بانتفاء المحمول، حيث ليس القضية السالبة بانتفاء المحمول إلا وجود المعروض وعدم تحقق عرضه.

نعم إذا كانت القضية المعدولة ذات أثر فلا يفيد استصحاب السالبة في اثباتها، لأن اتّصاف المعروض بعدم عرضه أمر انتزاعي يلزم لسلب المحمول كما أوضحنا ذلك فيما تقدم.

هذا كلّه في جريان الاستصحاب في العدم الأزلي لترتيب الأثر المترتب على السالبة بانتفاء المحمول.

وأما في المقام فلا مجال لاستصحاب عدم مخالفة الشرط للكتاب والسنة، لأن المراد أن يكون المشروط أمراً يخالف في تحققه ظاهر الكتاب ولو كان ذلك الظهور

هو إطلاقه أو عمومه، إذ إعطاء الضابطة لا يناسب غير ذلك بأن يكون المراد منه المراد الواقعي من الكتاب أو السنة.

وهذه المخالفة لا يتصور لها مورد الشك لأن الأصل لا يعتبر في الشبهة الحكمية إلا بعد الفحص، وبعد الفحص فيظهر المخالفة أو عدمها، بل إذا شك في كون المشروط أمر غير ممضى في نفسه شرعاً مع إحراز أن إمضاء أو عدمه لا يدل عليه الكتاب والسنة، فلا يمكن التمسك بالعموم المزبور، لأن استصحاب عدم إمضائه يدخله في الاستثناء في قوله ﷺ «المسلمون عند شروطهم إلا إذا كان محللاً للحرام أو محرماً للحلال»^(١)، بناءً على ما تقدم من شمول المستثنى للحرام الوضعي المحرز بأصالة عدم الإمضاء كما لا يخفى.

ثم لا يخفى ما في قوله ﷺ من أنه لا يبعد لزوم الإنشاء المستقل في جميع الإيقاعات، وانها لا يصح بالاشتراط في عقد فتدبر.

بقي الكلام في أمرين: الأول: أن النائي^(٢) جعل المقام أي كون الشرط مخالفاً للكتاب والسنة من الشبهة الحكمية التي تدخل في الشبهة المفهومية من المستثنى المتصل بخطاب العام، ولذا يؤخذ فيه بالعام الذي لم يرد فيه الاستثناء المزبور.

ولا يخفى ما فيه، فإن الشبهة في المقام وإن كانت حكمية حيث إن الشك في كون المشروط ممضى أم لا، إلا أن الشبهة الحكمية في المقام لا تدخل في الشبهة المفهومية، فإن منشأ الشك في المقام ليس سعة نفس معنى المستثنى الوارد في خطاب

(١) وسائل الشريعة ١٨: ١٧، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٥، باختلاف يسير بالألفاظ.

(٢) منية الطالب في شرح المكاسب ٣: ٢٤٣.

العام، بل منشأه الشك في الخارج وإن الحكم المجعول للصدقة المشروطة بشرط النتيجة ما هو.

ودعوى أن عنوان المخالفة عنوان انتزاعي ينتزع عن الشروط التي يخالف الحكم المستفاد من الكتاب كما ترى، فإنه لا يوجب أن يدخل المقام في الشبهة المفهومية بأن لا يكون الشك في المنشأ الذي يجرز وجوده بالأصل كما تقدم.

والحاصل: كما لا يدخل المقام في الشبهة المفهومية لا يدخل في الشبهة المصادقية التي يكون الشك فيها ناشئاً عن الخارج عن حكم الشارع وخطابه.

ونتيجة ذلك: أن يجري في المقام حكم الشبهة الحكمية، فيلتزم الفحص في الرجوع إلى الأصل العملي من غير أن يدخل في الشبهة المفهومية التي نتيجتها كما ذكره الرجوع في مورد الشك إلى العام الذي لم يذكر فيه المخصّص المتصل.

لا يقال: الرجوع إلى العام المزبور لا يتوقف على كون الشبهة في المقام الشبهة المفهومية، بل يرجع إليه مع كون الشبهة حكمية مطلقاً ولا تصل النوبة إلى الأصل العملي.

فانه يقال: كلاً إنما يرجع إلى خطاب العام في الشبهة الحكمية فيما إذا كان الشك في تخصيص زائد، بأن يرجع إليه مع الشك في خروج أمر آخر بعنوان نفسه أو بخروج عنوان آخر يدخل فيه، وما نحن فيه ليس كذلك ولذا عد المقام من الشبهة المصادقية بالاضافة إلى خطاب العام وإن لم يكن من الشبهة المصادقية التي يكون منشأ الشك فيها الخارج عن خطاب الشارع وحكمه والله سبحانه هو العالم.

الأمر الثاني: أن مقتضى عموم «المؤمنون - أو المسلمون - عند شروطهم»^(١)

بمعنى أوفوا بالشروط فيما كان المشروط أمراً وضعياً انه إذا كان نفس المشروط مما يحصل بغير الشرط من الإنشاء استقلالاً أو تبعاً يحصل بالشرط أيضاً، وأنه يكون حصوله بالشرط بنحو اللزوم كما هو ظاهر الوجوب الوفاء سواء كان اللزوم مفاده الأولي أو مستفاداً من التكليف بالفعل المترتب على ذلك المشروط.

وإذا لم يكن المشروط ممّا يحصل بغير الشرط أصلاً أو شكّ في حصوله بغيره أو كان يحصل بسبب خاص فلا مجال فيه للتمسك بعموم أوفوا بالشروط كما تقدم.

وإذا كان مما يحصل بغير الشرط كملكية عين بعوض أو مجاناً فانه يحصل بالشرط أيضاً، ويحكم بلزومه معه وان لم يكن مشروعيته بغير الشرط بنحو اللزوم، كما في شرط الوكالة في أمر في عقد آخر، فإنّ الوكالة كالوصاية تحصل مع إنشائه مستقلاً.

فكل إنشاء يستفاد منه الوكالة أو الوصاية محكوم بالصحة مع جواز رجوع الموكل والموصي فيهما، ولكن مع حصولهما بالشرط يحكم بلزومهما، فلا يكون رجوع الموكل أو الموصي موجباً لانتفاء الوكالة أو الوصايا المشروطتين في عقد بنحو الشرط النتيجة.

وذلك، فان ما دل على جواز الرجوع في الوكالة أو الوصاية لو لم يكن منصرفاً إلى ما إذا كان بإنشائهما مستقلاً فلا أقل من أنّه لا يمكن الأخذ بإطلاق دليل الرجوع، لأنّ ما دل على لزومهما بالشرط تكون دلالته على لزومها بالعنوان الثاني.

نعم إذا كان المشروط في نفسه مما لا يتحقق عرفاً ولو بشرط النتيجة مع حصول أمر فيحكم بانتفائه بحصول ذلك الأمر.

وكيف كان، فالأقوى صحة اشتراط الغايات التي لم يُعلم من الشارع إلتاؤها بأسباب خاصّة، كما يصح نذر مثل هذه الغايات، بأن ينذر كون المال صدقة، أو الشاة أنضحية، أو كون هذا المال لزيد. وحينئذ فالظاهر عدم الخلاف في وجوب الوفاء بها بمعنى ترتّب الآثار، وإنّما الخلاف والإشكال في القسم الثاني [١] وهو ما تعلّق فيه الاشتراط بفعل. والكلام فيه يقع في مسائل:

ومن هنا تنتهي الوكالة المشروطة بشرط النتيجة مع موت الموكل لا مع عزله، فإنّ الوكالة عرفاً النيابة عن الحي بخلاف الوصايا فإنّها إعطاء ولاية التصرف للوصي، ولذا لا تبطل بموت الموصي فيحكم بلزومها ولو مع كونها بشرط النتيجة.

[١] القسم الثاني: ما إذا كان المشروط عملاً سواء كان خارجياً كالخياطة، أو اعتبارياً كالعقد والإيقاع أي إنشائهما، ويقع الكلام في هذا القسم في مسائل:

الأولى: أنّ المشهور على أنّ العمل المشروط يجب على المشروط عليه تكليفاً كما يشهد لذلك ظاهر النبوي الوارد في عدة روايات بعضها معتبرة سنداً كما تقدم. ووجه الظهور أنّه إذا كان المشروط عملاً فالوفاء به عبارة أخرى عن الإتيان به كما في وجوب الوفاء بالنذر والحلف.

لا يقال: هذا فيما كان المشروط عملاً خارجياً، وأمّا إذا كانت معاملة فظاهر الأمر بها الإرشاد إلى صحّتها.

فأنّه يقال: هذا فيما إذا كانت المعاملة بعنوانها الخاصّ متعلّق الأمر بالأمر بالنكاح وغيره، وأمّا إذا كان بعنوان آخر كالوفاء بالنذر والشرط فظاهر الأمر بها كظاهر الأمر بالفعل الخارجي هو التكليف.

وأيد هذا التكليف في هذا القسم وظهور النبوي فيه بما في ذيله في بعض الكتب إلا من عصى الله بناءً على أنّه استثناء من المشروط عليه لا من الشارط.

الأولى: في وجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعي، ظاهر المشهور: هو الوجوب، لظاهر النبوي: «المؤمنون عند شروطهم» والعلوي: «من شرط لامراته شرطاً فليف لها به، فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو حلالاً حراماً». ويؤكد الوجوب ما أرسل في بعض الكتب من زيادة قوله: «إلا من عصى الله» في النبوي، بناءً على كون الاستثناء من المشروط عليه، لا من الشارط.

ووجه التأييد: أن ظاهر العصيان مخالفة التكليف بترك الواجب أو فعل الحرام، وحمله على العصيان الوضعي أي بطلان إلزام والالتزام وعدم الأثر لهما خلاف الظاهر. ولو كان الاستثناء راجعاً إلى المشروط عليه لكان مفاده أن المشروط عليه فيما إذا كان عاصياً بالعمل المشروط لا يجب عليه ذلك العمل، فيحكم ببطلان شرطه كما إذا كان المشروط عملاً محرماً في نفسه أو تركاً للواجب، وفي غيره يجب العمل فيكون الاستثناء المزبور قرينة على وجوب الفعل.

وأما إذا كان راجعاً إلى الشارط فيكون عصيانه وضعياً أي إرشاداً إلى بطلان إلزامه، حيث لا يناسب الإلزام والالتزام إلا العصيان الوضعي، كما إذا شرط على صاحبه أمراً مخالفاً للكتاب أو السنة.

ولكن لا يخفى عدم ثبوت الاستثناء بالنقل المعتبر، مع احتمال رجوعه إلى الشارط، ولكن ظهور النبوي في نفسه كاف.

ويشهد أيضاً لوجوب الفعل على المشروط عليه موثقة إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليه السلام: «إن علي بن أبي طالب عليه السلام كان يقول: من شرط لامراته شرطاً فليف لها به، فإن المسلمين عند شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً»^(١).

(١) وسائل الشيعة ١٨: ١٧، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٥.

هذا كله، مضافاً إلى وجوب الوفاء بالعقد [١] بعد كون الشرط كالجزء من ركن العقد. خلافاً لظاهر الشهيد في اللمعة - وربما ينسب إلى غيره - حيث قال: إنه لا يجب على المشروط عليه فعل الشرط، وإنما فائدته جعل البيع عرضةً للزوال. ووجهه - مع ضعفه - يظهر مما ذكره عليه السلام في تفصيله المحكي في الروضة عنه عليه السلام في بعض تحقيقاته، وهو: أن الشرط الواقع في العقد اللازم إن كان العقد كافياً في تحققه ولا يحتاج بعده إلى صيغة فهو لازم لا يجوز الإخلال به كشرط

وفي سندها غياث بن كلوب الراوي عن إسحاق، وقد وثقه الشيخ في العدة ^(١) في ذكره بعض العامة الذين عمل الأصحاب برواياتهم فيما لم يعارضها رواية أصحابنا فراجع. ودلالاتها أيضاً لا بأس بها فإن ظاهر قوله عليه السلام «فليف به» هو التكليف فيما كان المشروط عملاً، وتعليل الأمر بالوفاء قرينة جلية على عدم اختصاص الحكم بالشرط للمرأة في النكاح أو غيره.

ويدل على وجوب العمل بالمشروط في الجملة بعض الروايات كصحيحة أبي العباس عن أبي عبد الله عليه السلام «في الرجل يتزوج المرأة ويشترط أن لا يخرجها من بلدها قال: يفي لها بذلك أو قال: يلزمه بذلك» ^(٢)، ونحوها غيرها.

[١] مراده عليه السلام خطاب وجوب الوفاء بالعقد كما يقتضي العمل بأصل العقد كذلك يقتضي لزوم العمل بالشرط بعد كون الشرط كالجزء من العوضين.

أقول: قد تقدم سابقاً أن خطاب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ^(٣) في مثل البيع من المعاملات إرشاد إلى لزومها، فمع شرط الفعل والحكم بصحة شرطه يخرج المعاملة عن اللزوم

(١) العدة ١: ١٤٩.

(٢) وسائل الشريعة ٢١: ٢٩٩، الباب ٤٠ من أبواب المهور، الحديث ١.

(٣) سورة المائدة: الآية ١.

الوكالة، وإن احتاج بعده إلى أمر آخر وراء ذكره في العقد - كشرط العتق - فليس بلام، بل يقلب العقد اللازم جائزاً. وجعل السرفيه: أنْ اشترط ما العقد كافٍ في تحقّقه كجزء من الإيجاب والقبول فهو تابع لهما في اللزوم والجواز، واشترط ما سيوجد أمر منفصل عن العقد وقد علّق عليه العقد، والمعلّق على الممكن ممكن، وهو معنى قلب اللازم جائزاً، انتهى. قال في الروضة - بعد حكاية هذا الكلام -: والأقوى اللزوم مطلقاً وإن كان تفصيله أجود ممّا اختاره هنا.

والخطاب المزبور حيث يكون البيع خيارياً مع عدم تحقّق ذلك الفعل. أضف إلى ذلك أن الشرط لا ينضم إلى أحد العوضين كما مرّ تفصيله فلا نعيد. نعم يمكن أن يدعى أن الشرط في نفسه عهد مشدود، فيعمّه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، وبما أن المشروط في الفرض عمل، فلا بأس بكون وجوب الوفاء به - كما هو ظاهر الأمر بالعمل - تكليفاً. بل يمكن تقريب التمسك بوجه آخر يأتي في تقريب عدم ثبوت الخيار للمشروط مع التمكن على إجبار الممتنع فانتظر. وعن الشهيد^(١) رحمه الله: أنه لا يجب على المشروط عليه الفعل وإنما فائدة شرطه تزلزل العقد وعدم لزومه على المشروط له.

ويظهر دليله على ذلك من التفصيل الذي حكى الشهيد الثاني في بعض تحقیقاته، حيث قال: إذا كان المشروط ما يحصل بنفس الاشتراط في العقد كاشتراط الوكالة يكون الشرط لازماً، لأن المفروض تحقّق العقد الكافي في تحقق المشروط. وأما إذا لم يحصل المشروط بنفس العقد وتمامه، بل يحتاج في تحقّقه إلى صيغة

أقول: ما ذكره رحمته في بعض تحقیقاته ليس تفصيلاً في محلّ الكلام مقابلاً لما اختاره في اللمعة، لأنّ الكلام في اشتراط فعل سائغ وأنّه هل يصير واجباً على المشروط عليه أم لا؟ كما ذكره الشهيد في المتن، فمثل اشتراط كونه وكيلاً ليس إلّا كاشتراط ثبوت الخيار أو عدم ثبوته له، فلا يقال: إنّه يجب فعله أو لا يجب. نعم، وجوب الوفاء بمعنى ترتّب آثار ذلك الشرط المتحقّق بنفس العقد ممّا لا خلاف فيه، إذ لم يقل أحد بعدم ثبوت الخيار أو آثار اللزوم بعد اشتراطهما في العقد.

بعده كاشتراط العتق فلا يلزم الشرط، وإنّما يقلب العقد اللازم جازياً لأنّ الفعل المزبور ممكن فالعقد المعلق على الممكن يكون ممكناً.

وقال في الروضة^(١) بعد حكاية ذلك: إنّ الأقوى اللزوم مطلقاً وإن كان ما ذكره من التفصيل أولى مما ذكره في اللمعة من إطلاق عدم لزوم الشرط انتهى. وذكر المصنّف رحمته في الإيراد على كلام الروضة بأن شرط أمر بنحو شرط النتيجة خارج عن مورد الكلام، والمحكي عن الشهيد نفي وجوب الفعل المشروط مطلقاً فلا يصحّ جعله مقابلاً لما ذكر في اللمعة.

نعم كلامه في اللمعة أعم من جهة أخرى، وهو أنّ الفعل المشروط يوجب تزلزل العقد بمعنى ثبوت الخيار للمشروط له سواء كان عدم تحقّق ذلك الفعل لتركه أو تعذره، حيث إنّ المراد من قوله «وكذا كل شرط لم يسلم لمشرطه» هو التعذر. والحاصل: أنّه لا خلاف في لزوم ترتيب آثار المشروط فيما إذا كان أمراً اعتبارياً قد أخذ في العقد بنحو شرط النتيجة وأنه يجبر الممتنع عن ترتيب الآثار على الترتيب كما هو مقتضى تحقّق المشروط ولزومه.

(١) الروضة البهية ٣: ٥٠٧-٥٠٨.

وبالجملة، فالكلام هنا في اشتراط فعل يوجد بعد العقد. نعم، كلام الشهيد في اللعة أعمّ منه ومن كلّ شرط لم يُسلم لمشترطه، ومراده تعذّر الشرط. وكيف كان، فمثل اشتراط الوكالة أو الخيار وعدمه خارج عن محلّ الكلام، إذ لا كلام ولا خلاف في وجوب ترتّب آثار الشرط عليه، ولا في عدم انفساخ العقد بعدم ترتيب الآثار، ولا في أنّ المشروط عليه يجبر على ترتيب الآثار. وإن شئت قلت: اشتراط الوكالة من اشتراط الغايات، لا المبادئ.

والكلام فعلاً في القسم الثاني فإنّ المشروط فيه فعل يصحّ تعلّق الوجوب به بخلاف شرط النتيجة فإنّه غير قابل للتكليف وهذا ظاهر.

أقول: ما ذكر في الروضة من الوجه لعدم الوجوب موهوم، فإن العقد لا يكون معلقاً على الممكن أي الفعل، بل على الالتزام بذلك الفعل، والالتزام قد حصل من حين إنشاء العقد هذا أولاً.

وثانياً: على تقدير الإغماض من ذلك بتسليم التعليق المزبور والالتزام بعدم ايجابه بطلان العقد أنّ ما ذكر يمنع عن وجوب الفعل بالتمسك به «أَوْقُوا بِالْعُقُودِ»^(١) ولكن لا يمنع وجوبه أخذاً بقوله ﷺ «المؤمنون عند شروطهم»^(٢)، وقوله ﷺ «من شرط لأمراته شرطاً فليف لها به»^(٣)، إلى غير ذلك فتدبر.

أضف إلى ذلك أنّه على تقدير التعليق المزبور يكون نتيجة عدم حصول الفعل المشروط بطلان العقد، لا كونه خيارياً.

ويبقى الكلام في أنّ ما يذكر من الأحكام لشرط الفعل ومنه وجوب الإتيان

(١) سورة المائدة: الآية ١.

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

(٣) وسائل الشيعة ١٨: ١٧، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٥.

ومما ذكرنا يظهر: أن تأييد القول المشهور أو الاستدلال عليه بما في الغنية: من الإجماع على لزوم الوفاء بالعقد غير صحيح، لأنه إنما ذكر ذلك في مسألة اشتراط الخيار، وقد عرفت خروج مثل ذلك عن محل الكلام. نعم، في التذكرة: لو اشترى عبداً بشرط أن يعتقه المشتري صحّ البيع ولزم الشرط عند علمائنا أجمع. ثم إن ما ذكره الشهيد^(١): من أن «اشتراط ما سيوجد أمر منفصل وقد علّق عليه العقد... الخ»

يختص بما إذا كان شرطه في ضمن عقد لازم، أو يعم ما إذا كان في ضمن عقد جائز، سواء كان جوازه من الطرفين كالوكالة والشركة والمضاربة، أم من طرف واحد كالرهن. فقد يقال: إن الشرط في ضمن عقد جائز لا أثر له، فإن العقد في نفسه لا يجب الوفاء به فكيف يجب الوفاء بالشرط.

وعن صاحب الجواهر^(٢): أن عموم «المؤمنون عند شروطهم» لا يقتضى وجوب الفعل المشروط، وإنما يدل على صحة الشرط، ووجوبه مستفاد من عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، وإذا كان العقد جائزاً فلا يكون في البين استفادة.

ويستدل أيضاً بأنه إذا كان شرط الفعل في عقد جائز لازماً للزم شرط الغاية، وسائر الأمور الاعتبارية في ضمنه أيضاً. مع أن ظاهر الأصحاب التسالم بعدم لزوم شرط الغاية والأمر الاعتباري، كما إذا شرط في ضمن عقد الوكالة أو الشركة أو المضاربة الأجل أو غيره من الأمور الاعتبارية.

أقول: الأظهر عدم الفرق في شرط الفعل بين العقد اللازم والجائز حتى ما إذا كان جائزاً من الطرفين، فإن قوله عليه السلام «من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به، فإن المسلمين عند شروطهم»^(٣) يعم ما إذا كان الشرط لها في ضمن عقد النكاح أو غيره لازماً أو جائزاً.

(١) جواهر الكلام ٢٦: ٣٤٣.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ١٧، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٥.

لا يخلو عن نظر، إذ حاصله: أنَّ الشرط قد عُلّق عليه العقد في الحقيقة وإن كان لا تعليق صورة، فحاصل قوله: «بعثك هذا العبد على أن تعتقه» أنَّ الالتزام بهذه المعاوضة معلق على التزامك بالعتق، فإذا لم يلتزم بالإعتاق لم يجب على المشروط له الالتزام بالمعاوضة.

نعم، الشرط في العقد اللازم يفترق عن الشرط في العقد الجائز في جهة أخرى وهي أنَّ الشرط في العقد الجائز يرتفع عنوانه بفسخ العقد، ولا يكون بعده معنوياً بعنوان الشرط حيث إنَّه الالتزام المرتبط لا الالتزام الابتدائي، ففي فرض فسخ العقد من أحدهما أو ممن يكون جواز العقد من طرفه، فلا يجب الوفاء بشرط لانتهاء الشرط، لا لارتفاع حكمه مع بقاء موضوعه، بل يجري ذلك في العقد اللازم أيضاً فيما إذا فسخ بإقالة أو خيار فسخ.

وبكلمة أخرى: وجوب الوفاء مادام الفعل مصداق الشرط ويرتفع بارتفاع عنوانه.

وأما دعوى التسالم على عدم لزوم شرط الغاية والأمر الاعتباري في ضمن العقد الجائز فلا يمكن المساعدة عليها، فإنَّ اشتراط الأجل في ضمن عقد الشركة أو المضاربة بمعنى لزومها إلى تلك المدة محكوم بالفساد لمخالفة شرط اللزوم في المدة المعينة أو إلى الأبد فيهما للسنة الدالة على جوازهما حكماً. ولذا لو اشترط لزومها في عقد لازم يحكم أيضاً بالفساد.

نعم إذا كان نفس الشركة أو المضاربة شرطاً في ضمن عقد لازم لحكم بلزومها بلزوم ذلك العقد، ولا ينافيه ما دل على جوازهما كما ذكرنا سابقاً في شرط الوكالة في ضمن عقد لازم آخر.

ومما ذكر يظهر أنه لو كان المشروط في ضمن عقد جائز عدم فسخه أو شرط عدم

وفيه - مع أنّ المعروف بينهم: أنّ الشرط بمنزلة الجزء من أحد العوضين، وأنّ مقتضى القاعدة اللفظيّة في العقد المشروط لا يقتضي هذا المعنى أيضاً، وأنّ رجوعه إلى التعليق على المحتمل يوجب عدم الجزم المفسد للعقد وإن لم يكن في صورة التعليق -: أنّ لازم هذا الكلام - أعني دعوى تعليق العقد على الممكن - ارتفاعه من رأس عند فقد الشرط لا انقلابه جائزاً.

فسخه في ضمن عقد لازم بنحو شرط الفعل يحكم بصحته لعدم كونه مخالفاً للسنة. ولو فسخه بعد هذا الاشتراط صحّ الفسخ وإن فعل حراماً، لأنّ وجوب الوفاء تكليفاً لا يقتضي فساد الفسخ، فانه من قبيل المعاملة كما لا يخفى. وقد ظهر مما ذكر أيضاً انحلال شرط الغاية في العقد الجائز بانحلال نفس العقد، فلا يترتب على الغاية بعد ذلك حكم، لا لارتفاع حكمه، بل بارتفاع نفس الغاية التي كانت معنونة بعنوان الشرط، بل العقد على ما تقدم. لا يقال: إذا كان الشرط نتيجة الإيقاع كما إذا أعطى المال مضاربة على أن يسقط الدين الذي كان له على العامل، وقبلها العامل فإن يقبوله يسقط الدين عن عهده وإذا فسخ ربّ المال أو العامل المضاربة بعد ذلك، فكيف يعود الدين على عهدة العامل مع أنّ الزائل لا يعود.

فإنّه يقال: لا مانع عن عوده نظير ما إذا باع متاعه بدين للمشتري على عهده، ثم فسخ البيع بإقالة أو خيار، فإنّه لا ينبغي الرب في عود الثمن أي الدين إلى عهدة البائع. وبتعبير آخر: مقتضى فسخ العقد انحلال الشرط الذي كان من قبيل شرط النتيجة سواء كانت من نتيجة العقد أو الإيقاع، وعدم العود في الإيقاعات وغيرها لزوم الشرط بقاءً، وإذا زال الشرط عاد الساقط سابقاً.

ومن ذلك ما لو اشترى حيواناً ثم اشترى من بائع الحيوان متاعاً آخر على أن

الثانية: في أنه لو قلنا بوجوب الوفاء به [١] من حيث التكليف الشرعي، فهل يجبر عليه لو امتنع؟ ظاهر جماعة ذلك. وظاهر التحرير خلافه، قال في باب الشروط: إن الشرط إن تعلّق به مصلحة المتعاقدين - كالأجل، والخيار، والشهادة، والتضمين، والرهن، واشترط صفة مقصودة كالكتابة - جاز ولزم الوفاء. ثم قال: إذا باع بشرط العتق صح البيع والشرط، فإن أعتقه المشتري، وإلا ففي إجباره وجهان: أقربهما عدم الإجبار، انتهى. وفي الدروس: يجوز اشتراط سائغ في العقد، فيلزم الشرط في طرف المشتري عليه، فإن أخلّ به فللمشتري الفسخ، وهل يملك إجباره

يسقط خياره الحيوان في الشراء الأول، ثم فسخ الشراء الثاني بإقالة أو خيار، فإن خيار الحيوان الساقط في شرائه يعود فتدبر جيداً.

[١] ذكره رحمته أنه بعد البناء على وجوب الفعل على المشروط عليه يجبر بذلك الفعل على تقدير امتناعه عنه أم يثبت الخيار للمشروط له بمجرد امتناعه، فعن جماعة^(١) أنه يجبر بالفعل، ومع عدم إمكانه فيثبت الخيار للمشروط له. ولكن ظاهر العلامة في التحرير^(٢) خلافه وأنه لا يجبر على الفعل، حيث قال فيه: إن الشرط فيما تعلق بمشروط فيه صلاح المتعاقدين كاشتراط الأجل في الثمن أو الخيار، أو باع متاعه بكذا على شرط الشهادة بأن يحضر الشاهدين ليشهدا بأن المتاع المزبور لبائعه، أو على شرط التضمين بأن يضمن ثالث للمشتري درك المبيع وأنه لو ظهر ملك الغير لكان على ذلك الثالث ضمان الثمن للمشتري، أو باع متاعه بثمن مؤجل على أن يعطي المشتري الرهن لذلك الثمن أو اشتراطاً وصفاً في المبيع كالكتابة

(١) منهم المحقق الثاني في جامع المقاصد ٤: ٤٢٣، والشهيد الثاني في المسالك ٣: ٢٧٤، وصاحب الجواهر في الجواهر ٢٣: ٢١٨.

(٢) التحرير ١: ١٨٠.

عليه؟ فيه نظر، انتهى. ولا معنى للزوم الشرط إلا وجوب الوفاء. وقال في التذكرة - في فروع مسألة العبد المشترط عتقه - : إذا اعتقه المشتري فقد وفى بما وجب عليه - إلى أن قال: - وإن امتنع أجبر عليه إن قلنا: إنه حق لله تعالى، وإن قلنا: إنه حق للبائع لم يُجبر، كما في شرط الرهن والكفيل، لكن يتخير البائع في الفسخ، لعدم سلامة ما شرط. ثم ذكر للشافعي وجهين في الإجبار وعدمه - إلى أن قال - : والأولى عندي الإجبار في شرط الرهن والكفيل لو امتنع، كما لو شرط تسليم الثمن

جاز ولزم الوفاء به.

ثم قال: لو باع العبد على شرط عتقه فإن أعتقه المشتري فلا كلام، وإن لم يعتقه فهل يجبر المشتري بعتقه الأقرب عدم الإجبار.

وقال الشهيد في الدروس^(١): إن في إجبار المشروط عليه بالفعل إشكال.

وقال العلامة في التذكرة^(٢) أولاً: أنه لا يجبر المشروط عليه بالفعل فيما كان الفعل المزبور حقاً لآدمي، كاشتراط الرهن للثمن المؤجل أو الكفيل له، وإن كان من حقوق الله كالعتق على وجه يجبر عليه.

ثم ذكر أخيراً: أنه يجبر بالفعل حتى في حقوق الناس، نظير ما إذا باع متاعه بثمن حال فاهمل في تسليم الثمن، فانه يجبر بالتسليم مع انه تسليمه من حق الناس.

ثم قال رحمه الله: إنه يمكن ان ينسب القول بوجوب الفعل على المشروط عليه مع عدم إجباره عليه إلى كل من استدل على صحة الشرط بعموم «المؤمنون عند شروطهم»^(٣)، ومع ذلك التزم بعدم الإجبار.

(١) الدروس الشرعية ٣: ٢١٤.

(٢) التذكرة ١: ٤٩٢.

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

معجلاً فأهمل، انتهى. ويمكن أن يستظهر هذا القول - أعني الوجوب تكليفاً مع عدم جواز الإيجاب - من كل من استدل على صحة الشرط بعموم «المؤمنون» مع قوله بعدم وجوب الإيجاب، كالشيخ في المبسوط، حيث استدل على صحة اشتراط عتق العبد المبيع بقوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم». ثم ذكر: أن في إجباره على الإعتاق لو امتنع قولين: الوجوب، لأن عتقه قد استحق بالشرط، وعدم الوجوب وإنما يجعل له الخيار. ثم قال: والأقوى هو الثاني انتهى.

ووجه النسبة أن ظاهر «المؤمنون عند شروطهم» في نفسه وجوب الفعل المشروط، وكذا ظهوره فيه بقرينة خارجية كقوله ﷺ في موثقة إسحاق بن عمار «فليف لها به فإن المسلمين عند شروطهم»^(١) مما لا ينبغي الريب فيه، بل لا معنى لصحة شرط الفعل عند من لا يرى بطلان العقد بالشرط الفاسد كالشيخ^(٢) وأتباعه إلا وجوب الفعل المشروط، لأن استحباب الفعل لا ينافي بطلان الشرط، لأن الشرط الفاسد يدخل في الوعد، والوفاء بالوعد مستحب فلا يمكن للمستدل بالصحة الالتزام بأن الفعل المشروط يستحب الإتيان به ولا يجب.

أقول: لا يمكن هذا النسبة حيث يمكن أن يكون معنى صحة شرط الفعل عند المستدل بعموم «المؤمنون عند شروطهم»^(٣) ترتب الخيار للمشروط على تقدير عدم الفعل، فيكون فساد الشرط بمعنى عدم ترتب هذا الخيار كما لا يخفى.

أقول: الأظهر في المقام جواز الإيجاب بالفعل، لان الالتزام المشروط عليه بالفعل في ارتكاز المتعاملين يكون بنحو الحق للمشروط له، ولذا لا يجب الفعل مع رفع يده

(١) مرّ آنفاً.

(٢) المبسوط ٢: ١٤٩، وراجع حاشية كتاب المكاسب للسيد اليزدي ٣: ٣٢٦، الرقم ٤٥٩.

(٣) مرّ آنفاً.

فإن ظهور النبويّ في الوجوب من حيث نفسه ومن جهة القرائن المتصلة والمنفصلة مما لا مساغ لإنكاره، بل الاستدلال به على صحة الشرط عند الشيخ ومن تبعه في عدم إفساد الشرط الفاسد يتوقّف ظاهراً على إرادة الوجوب منه، إذ لا تنافي حينئذٍ بين استحباب الوفاء بالشرط وفساده، فلا يبدل استحباب الوفاء بالعتق المشروط في المبيع على صحته. ثم إن الصيمري في غاية المرام قال: لا خلاف بين علمائنا في جواز اشتراط العتق، لأنّه غير مخالف للكتاب والسنة،

عن شرطه، فيكون إجباره بالفعل كإجبار الأجير على العمل، وإن كان بينهما فرق من جهة أخرى وهي كون الفعل ملكاً للمستأجر ولا يدخل في الملك في الاشتراط. وما عن السيد اليزدي^(١) من إمكان الالتزام بدخول الفعل المشروط في ملك الشارط فيما كان نفعه عائداً إليه كخيطة ثوبه لا يمكن المساعدة عليه، فإنّ الفعل لا يدخل في ملك الشارط ضرورة عدم الفرق في شرط الخيطة أو إعطاء الدرهم والعتق.

مع أنّه على الملك يلزم مطالبة المشروط عليه بقيمة الفعل مع فوته نظير الفوت في باب الإجارة.

ونظير الإجبار على الفعل الإجبار على تسليم الثمن أو المبيع، ولكن جواز الإجبار يجتمع مع خيار الفسخ، لأنّ الخيار المترتب على ترك الفعل خيار جعلي من المتعاقدين، والمجعول ارتكازهما من الخيار يعم حال التمكن على الإجبار. نعم مع الإغماض عن عموم الارتكاز والالتزام بأنّ الخيار في المقام مستفاد من قاعدة نفي الضرر، فمقتضى عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢) في فرض التمكن على إجبار

(١) حاشية كتاب المكاسب ٣: ٣٣٠، الرقم ٤٦٣.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

فيجب الوفاء به، قال: وهل يكون حقاً لله تعالى، أو للعبد، أو للبائع؟ يحتمل الأول - إلى أن قال -: ويحتمل الثالث، وهو مذهب العلامة في القواعد والتحرير، لأنه استقر فيهما عدم إجبار المشتري على العتق، وهو يدل على أنه حق للبائع. وعلى القول: بأنه حق لله، يكون المطالبة للحاكم ويجبره مع الامتناع، ولا يسقط باسقاط البائع. وعلى القول: بكونه للبائع، يكون المطالبة له ويسقط بإسقاطه، ولا يجبر المشتري، ومع الامتناع يتخير المشتري بين الإمضاء والفسخ. وعلى القول: بأنه للعبد، يكون هو المطالب بالعتق، ومع الامتناع يرافعه إلى الحاكم ليجبره على ذلك، وكسبه قبل العتق للمشتري على جميع التقادير، انتهى. وظاهر استكشافه مذهب العلامة رحمته عن حكمه بعدم الإجبار: أن كل شرط يكون حقاً مختصاً للمشتري لا كلام ولا خلاف في عدم الإجبار عليه، وهو ظاهر أول الكلام السابق في التذكرة. لكن قد عرفت قوله أخيراً: والأولى أن له إجباره عليه وإن قلنا: إنه حق للبائع. وما أبعد ما بين ما ذكره الصيمري وما ذكره في جامع المقاصد والمسالك: من أنه إذا قلنا بوجوب الوفاء فلا كلام في ثبوت الإجبار، حيث قال: واعلم أن في إجبار المشتري على الإعتاق وجهين: أحدهما: العدم، لأن للبائع طريقاً آخر للتخلص

المشروط عليه لزوم العقد وعدم كونه خيارياً.

ومراد المصنف رحمته في الاستدلال على جواز الإجبار بعموم وجوب الوفاء بالعقد والشرط كون الوجوب المستفاد منها في المقام حقاً نظير وجوب تسليم العوضين، لأن مجرد وجوب شيء على أحد يقتضي من جواز إجباره عليه.

وقوله «إنَّ المشروط له قد ملك الشرط على المشروط عليه» أي استحقه عليه شاهد لكون الوجوب في المقام حقاً لا حكماً، وليس المراد الملك في باب الإجارة كما يأتي الإشارة إلى ذلك في ذيل كلامه في المسألة الثالثة.

وهو الفسخ. والثاني: له ذلك، لظاهر قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و«المؤمنون عند شروطهم إلّا من عصى الله» وهو الأوجه، انتهى. وفي المسالك جعل أحد القولين ثبوت الخيار وعدم وجوب الوفاء، مستدلاً له بأصالة عدم وجوب الوفاء، والقول الآخر وجوب الوفاء بالشرط، واستدل له: بعموم الأمر بالوفاء بالعقد «والمؤمنون عند شروطهم إلّا من عصى الله»، انتهى. وظاهره: وحدة الخلاف في مسألتين وجوب الوفاء والتسلط على الإجبار. كما أنّ ظاهر الصيمري: الاتفاق على وجوب الوفاء، بل وعلى عدم الإجبار فيما كان حقّاً مختصّاً للبائع. والأظهر في كلمات الأصحاب وجود الخلاف في المسألتين.

وكيف كان، فالأقوى ما اختاره جماعة: من أنّ للمشروط له إجبار المشروط عليه، لعموم وجوب الوفاء بالعقد والشرط، فإنّ العمل بالشرط ليس إلّا تسليم العوضين، فإنّ المشروط له قد ملك الشرط على المشروط عليه بمقتضى العقد المقرون بالشرط، فيجبر على تسليمه. وما في جامع المقاصد: من توجيه عدم الإجبار: بأنّ له طريقاً إلى التخلص بالفسخ، ضعيف في الغاية، فإنّ الخيار إنّما شرّع بعد تعذّر الإجبار دفعاً للضرر.

وقد يتوهم أنّ ظاهر الشرط هو فعل الشيء اختياراً [١] فإذا امتنع المشروط عليه فقد تعذّر الشرط، وحصول الفعل منه كرهاً غير ما شرط عليه، فلا ينفع في الوفاء بالشرط.

[١] وقد يتوهم أنّ ظاهر الشرط هو الفعل اختياراً وعليه فلا يكون لإجباره مورد. وأجاب المصنف رحمه الله: بأنّ الاستفادة من الشرط أنّه إذا فعله المشروط عليه ولو بالإجبار حصل المشروط، ولا يكون للبائع خيار تخلف الشرط.

نعم إذا قيّد في العقد كون المشروط الفعل باختياره وبطبيب نفسه لما كان في

البين جواز الإيجاب، بل كان للبائع مع امتناعه خيار تخلف الشرط. وذكر الإيرواني^(١): أنه نعم التوهم المزبور، وقال في وجه تحسينه: إنَّ المراد بالإيجاب، إمَّا الإكراه أو فعل ما يوجب صدور الفعل ولو بلا إرادة من المشروط عليه، أو تصدي الحاكم بالفعل المزبور فيما كان من الاعتباريات الصالحة للوكالة وصدورها بالولاية.

وعلى ذلك فليس المراد بالإيجاب المعنى الثالث، فإنه لا يعد إجباراً، وكذا لا يمكن الالتزام بالثاني فإن الالتزام يتعلق بالفعل الاختياري، ولا يعمّه بأن يلتزم بالأعم من فعل نفسه والفعل غير الاختياري.

وأما المعنى الأول فلا يمكن الالتزام بجوازه لظهور الشرط في التزام المشروط عليه بالفعل بلامؤنة خارجية، فالإكراه إلزام ومؤنه خارجية، فيكون الإكراه ظلماً وعدواناً على المشروط عليه.

ولكن لا يخفى أنه لا موجب للانصراف في اشتراط الفعل، فالالتزام يتعلق بما يتعلق به التكليف في باب الأمر والطلب، وكما يكره الشخص على الإتيان به من باب الأمر بالمعروف كذلك في الالتزام بالفعل وشرطه.

مع أن ما ذكر من عدم إمكان الالتزام بالجامع بين المقدور وغيره، فيه كلام فإنه لو كان الإطلاق بمعنى رفض القيد لا الجمع بين القيود فلا موجب لامتناعه كما لا يخفى. ذكره في هذه المسألة جواز الإيجاب على الفعل مع ثبوت الخيار للبائع، وذكر في وجهه أن امتناع المشروط عليه عن الوفاء رضى منه بفسخ البيع، وإذا رضى البائع

(١) حاشية كتاب المكاسب ٣: ٢٩٦، الرقم ٦٥٤.

ويندفع: بأنَّ المشروط هو نفس الفعل مع قطع النظر عن الاختيار، والإجبار إنما يعرض له من حيث إنَّه فعل واجب عليه، فإذا أُجبر فقد أُجبر على نفس الواجب. نعم، لو صرَّح باشتراط صدور الفعل عنه اختياراً وعن رضئ منه لم ينفع إجباره في حصول الشرط.

بفسخه بترك إجباره المشروط عليه يكون فسخه داخلاً في الإقالة.

ثمَّ ذكر الفرق بين امتناع المشروط عليه عن الفعل وبين امتناع المتعاقدين عن تسليم العوض، فانه يجبر على التسليم في الثاني ومع إمكانه لا يكون للآخر خيار، بخلاف صورة الامتناع عن الفعل المشروط عليه، فانه يجوز المشروط له الفسخ ولو مع إمكانه الاجبار.

والفارق أنَّ العوض قد دخل في ملك العاقد الآخر فلا يخرج عن ملكه بامتناع الآخر عن تسليمه، بخلاف الفعل المشروط، فأنَّه كالإعتاق لا يكون ملكاً للآخر، فإذا امتنع المشروط عليه فقد نقض العقد، فيجوز للمشروط له أيضاً نقضه.

وفيه: أنَّ الفعل قد صار بالاشتراط حقاً للمشروط له على المشروط عليه، ومجرد امتناع المشروط عليه لا يوجب سقوط هذا الحق، كما لا يكون رضئ بالفسخ ليكون فسخ الآخر معه بعنوان الإقالة، ولعلَّه إلى ذلك أشار بأمره بالتأمل.

والحاصل: أنَّ العمدة في ثبوت الخيار مع ترك التسليم هو الشرط الارتكازي، فيجتمع الخيار مع جواز الإجبار فتدبر.

وأما ما ذكره رحمته في وجه ثبوت الخيار مع عدم التمكن على الإجبار فقط من أن الاختصاص مقتضى قاعدة نفي الضرر ولا ضرر مع التمكن على الإجبار، فيكون مقتضى وجوب الوفاء بالعقود لزومه مع التمكن على الإجبار. ففيه: أنَّ اللزوم في العقد لا يكون ضررياً دائماً ولو مع عدم التمكن على الإجبار أيضاً، كما إذا باع المال بثمن

الثالثة: في أنه هل للمشروط له الفسخ مع التمكّن من الإيجابار [١] فيكون مخيراً بينهما، أم لا يجوز له الفسخ إلا مع تعذّر الإيجابار؟ ظاهر الروضة وغير واحد هو الثاني. وصريح موضع من التذكرة هو الأول، قال: لو باعه شيئاً بشرط أن يبيعه آخر أو يقرضه بعد شهر أو في الحال لزمه الوفاء بالشرط، فإن أخلّ به لم يبطل البيع، لكن يتخيّر المشتري بين فسخه للبيع وبين إلزامه بما شرط، انتهى. ولا نعرف مستنداً للخيار مع التمكّن من الإيجابار، لما عرفت: من أنّ مقتضى العقد المشروط

يساوي قيمته السوقية، فإن تضرّر الشارط بترك المشروط عليه العمل بالشرط حاصل سواء فسخ البيع أم لا، وفيما إذا باع بالأقل من قيمته السوقية يكون نفي اللزوم تداركاً للضرر، وأمّا الضرر فهو ناش من صحة البيع المزبور في فرض عدم عمل المشروط عليه بالشرط كما لا يخفى.

[١] كل ما ذكر في المسألة الثالثة تعرضنا لها في المسألة الثانية ويبقى أمر واحد لم يسبق التعرض له، وهو أنه للحاكم إيقاع الفعل المشروط فيما إذا كان من الإنشائيات مع امتناع المشروط عليه عن التصدي ومطالبة الشارط به، بلافق بين القول بأن الخيار يثبت للمشروط له حتى مع تمكّنه على الإيجابار، أو قيل^(١): بأنّ الخيار لا يثبت مع تمكّنه.

وما في كلام المصنف^(٢) من أنّ الكلام في جواز إيقاع الحاكم مبنياً على المختار من عدم الخيار مع التمكّن على الإيجابار لا يمكن المساعدة عليه، كما يشهد بذلك الاستدلال على جواز تصدّي الحاكم بعموم^(٢) ولاية السلطان على الممتنع من أداء مال الغير أو حقه.

(١) راجع الروضة ٣: ٥٠٦، والكفاية ٩٧، والعوائد ١٣٧، والجواهر ٢٣: ٢١٩.

(٢) مرّ سابقاً ومفصّلاً في بحث «ولاية الفقيه» في الجزء الرابع، فراجع.

هو العمل على طبق الشرط اختياراً أو قهراً. إلا أن يقال: إنَّ العمل بالشرط حق لازم على المشروط عليه، يجبر عليه إذا بنى المشروط له على الوفاء بالعقد، وأمّا إذا أراد الفسخ لامتناع المشروط عليه عن الوفاء بالعقد على الوجه الذي وقع عليه، فله ذلك، فيكون ذلك بمنزلة تقايل من الطرفين عن تراض منهما. وهذا الكلام لا يجري مع امتناع أحدهما عن تسليم أحد العوضين ليجوز للآخر فسخ العقد، لأنَّ كلاً منهما قد ملك ما في يد الآخر، ولا يخرج عن ملكه بعدم تسليم صاحبه.

ولكن ناقش في الاستدلال النائي^(١) بما توضحه: أنَّ الولاية للحاكم تثبت مع عدم حياة المولى عليه، كما إذا لم يكن للميت وصي، أو مع عدم حضوره كالولاية على الغائب، أو مع صغر المولى عليه أو جنونه على تفصيل مذكور في محله، والمشروط عليه في المقام لا يدخل في شيء من العناوين، ولا دليل على ولاية الحاكم في غيرها.

أقول: إذا فرض الزوج ممتنعاً عن الإنفاق على زوجته أو الأب على أولاده فلا ينبغي الريب في جواز التصدي الحاكم للإنفاق بمال الزوج مع أنَّهما لا يدخلان في شيء من العناوين المزبورة.

والحاصل: أنَّ الفرق بين تصدي الحاكم فيما إذا كان العمل من آثار شرط النتيجة وبين كون المشروط نفس العمل يحتاج إلى التوضيح.

وأما ما أشار إليه المصنف رحمته فلا نعرفه. نعم، نُقل: «السلطان ولي لمن لا ولي له» على ما اشتهر في بعض الألسنة، ولكن لا يعم شرط الفعل ولا العمل المترتب على الأمر الوضعي فإنَّ عمل السلطان في الفرضين مع امتناع الشخص ولاية عليه لاله كما

فيجبران على ذلك. بخلاف الشرط، فإنَّ المشروط حيث فرض فعلاً - كالإعتاق - فلا معنى لتملّكه، فإذا امتنع المشروط عليه عنه فقد نقض العقد، فيجوز للمشروط له أيضاً نقضه، فتأمل. ثم على المختار: من عدم الخيار إلّا مع تعذّر الإيجاب، لو كان الشرط من قبيل الإنشاء القابل للنيابة، فهل يوقعه الحاكم عنه إذا فرض تعذّر إجباره؟ الظاهر ذلك، لعموم ولاية السلطان على الممتنع، فيندفع ضرر المشروط له بذلك.

لا يخفى أضف إلى ذلك عدم ثبوته بنقل معتبر.

نعم الحكام والقضاة في زمان الأئمة عليهم السلام كان لهم الولاية باستيفاء الحقوق قضاءً أو عملاً بحسب نصبهم ولكن الروايات^(١) الواردة في المراجعة إلى قضاة العدل والعاملين بالأحكام وعدم جواز الرجوع إلى الحكام وقضاة الجور يمكن دعوى عدم عمومها للمراجعة للاستيفاء عملاً للقرينة العامة على عدم بسط يدهم في ذلك الزمان وكون الرجوع اليهم كان لرفع المنازعة وقطع المناخصة في الحكم أو موضوعه كما هو المفروض في تلك الروايات.

ومع ذلك قد يقال: الدليل على وجوب التصدي للقضاء على نحو الواجب الكفائي يجري في التصدي لاستيفاء الحقوق وأخذ حقوق بعضهم من بعض آخر حفظاً للنظام ويتعين المراجعة إلى المتصدي فيما كان في استيفاء ذي الحق حقّه بالمباشرة محذور، ومن الظاهر أنّ المتيقّن من المتصدي الحاكم العدل والمأذون من قبله وبما أنّه ليس في البين خطاب لفظي يؤخذ في إثبات الولاية للمتصدي على الإطلاق فيؤخذ بالقدر اليقين فلا يحكم بنفوذ تصرف المتصدي مع إمكان إجبار من

(١) وسائل الشريعة ٢٧: ١٣٦، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي.

الرابعة: لو تعذر الشرط فليس للمشتري الا الخيار [١] لعدم دليل على الأرض، فإن الشرط في حكم القيد لا يقابل بالمال، بل المقابلة عرفاً وشرعاً إنما هي بين المالكين، والتقييد أمر معنوي لا يُعدّ مالاً وإن كانت مالية المال تزيد وتنقص بوجوده وعدمه، وثبوت الأرض في العيب لأجل النص. وظاهر العلامة رحمته: ثبوت الأرض إذا اشترط عتق العبد فمات العبد قبل العتق. وتبعه الصيمري فيما إذا اشترط تدبير العبد، قال: فإن امتنع من تدبيره تخير البائع بين الفسخ واسترجاع العبد وبين الإمضاء، فيرجع بالتفاوت بين قيمته لو بيع مطلقاً وقيمه بشرط التدبير، انتهى.

عليه الحق على أداء ما عليه من حق الغير لأنه يجوز إجبار المتصدي من عليه الحق تأديباً ومنعاً عن المنكر كما هو مقتضى لزوم حفظ النظام.

وأما مباشرة المتصدي بالاستيفاء مع إمكان الإجبار كما إذا اعتق العبد الذي باعه على أن يعتقه المشتري أو باع ماله للإتفاق مع إمكان إجباره على الإتفاق بنفسه فالأصل عدم نفوذ ذلك العتق وعدم صحة البيع المزبور.

نعم مع عدم إمكان الإجبار للفرار ونحوه يكون محكوماً بالصحة.

ومن هنا يظهر الحال في إعطاء الحاكم الأجرة من مال المشتري على الخياطة المشروطة عليه مع امتناع المشتري عن الخياطة، فإنه يجوز مع عدم إمكان الإجبار لا مع إمكانه.

هذا فيما إذا كان العمل المشروط عليه الطبيعي لا العمل المباشري، كما إذا باع المال واشترط على المشتري أن لا يترك ما عليه من الفرائض اليومية، فإنه مع عدم التمكن على إجباره بالعمل والإتيان بفرائضه لا يكون مورداً لتصدي الحاكم فندبر.

[١] ذكره رحمته في تعذر الشرط فرضين: الأول: ما إذا كان الفعل المشروط ما لا مالية

له كاشتراط العتق والتدبير. الثاني: ما إذا كان الفعل له مالية كخياطة الثوب وصبغه.

ومراد به «التفاوت» مقدار جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة التفاوت إلى القيمة، لا تمام التفاوت، لأن للشرط قسطاً من الثمن، فهو مضمون به لا بتمام قيمته، كما نصّ عليه في التذكرة. وضعف في الدروس قول العلامة بما ذكرنا: من أن الثمن لا يقسّم على الشروط. وأضعف منه ثبوت الأرض بمجرد امتناع المشتري عن الوفاء بالشرط وإن لم يتعذر، كما عن الصيمري.

وذكر في القسم الأول: أنه يثبت للمشروط له خيار الفسخ ولا يجوز له المطالبة بالأرض، وعلل ذلك بأن الشرط لا يكون جزءاً من أحد العوضين، بل يكون تقييداً لأحدهما، والتقييد أمر معنوي أي ليس جزءاً لا يقابل بالمال في المعاملة. وإذا باع بمئة على أن يعتقه فقد قيد المبيع بالعقد، فيكون التقييد المزبور كسائر الأوصاف في المبيع في أنه لا يقابل بشيء من الثمن، بل يكون كالوصف مما تزيد وتنقص به قيمة الشيء، والأرض في مورد خيار العيب ثبت بالنصّ لأنه على القاعدة.

وعن ظاهر العلامة^(١): ثبوت الأرض في المقام، وتبعه الصيمري^(٢) في مسألة بيع العبد واشترط تدبيره، حيث قال: لو امتنع المشتري عن تدبيره تخير البائع بين فسخ البيع أو الإمضاء والرجوع إلى تفاوت قيمة العبد مشروطاً بتدبيره وبيعه مطلقاً بل يظهر من الصيمري جواز المطالبة بالأرض بمجرد امتناع المشتري عن العمل بالشرط، وعدم تعذره.

وحيث لا يمكن أن يكون المراد بالرجوع بتمام التفاوت كما إذا باع الثوب مع اشتراط خياطته بمئة وكانت قيمته بدون الشرط المزبور مئتين، فانه لا يمكن الالتزام

(١) راجع التذكرة ١: ٤٩٢.

(٢) غاية المرام (مخطوط) ١: ٣٠٥.

ولو كان الشرط عملاً من المشروط عليه يُعدّ مალًا ويقابل بالمال - كخياطة الثوب - فتعذر، ففي استحقاق المشروط له لأجرته أو مجرد ثبوت الخيار له، وجهان. قال في التذكرة: لو شرط على البائع عملاً سائغاً تخير المشتري بين الفسخ والمطالبة به أو بعوضه إن فات وقته وكان ممّا يتقوّم، كما لو شرط تسليم الثوب

بجواز الرجوع إلى تمام المنة، لأنّ للشرط جزءاً وقسطاً من الثمن يكون المراد من الأرض نسبة التفاوت لإتمامه.

وذكره في القسم الثاني أيضاً تخير المشروط بين الفسخ والإمضاء مجاناً، وأنه لا يجوز له المطالبة ببدل الفعل المشروط أي أجره المثل وإن كان يحتمل استحقاقها، كما ذهب إليه العلامة في التذكرة^(١) حيث قال: إنّ الشرط أي المشروط إن كان ممّا يتقوّم كما شرط صيغ الثوب وتسليمه مصبوغاً، وتلف الثوب بيد المشتري قبل صبغه يكون للمشتري المطالبة بقيمة الفائت، وإن لم يكن المشروط ممّا يتقوّم تخيير بين الفسخ والإمضاء مجاناً.

ومراده ممّا يتقوّم ما كان للمشروط مالية في نفسه، لا ما يزيد وينقص به قيمة الشيء كالوصف، فيعم بيع العبد واشترط ماله.

ولكن الاحتمال أي المطالبة بأجرة المثل ضعيف لأنّ الثمن في المعاملة يقع بازاء نفس المبيع ولا ينضم المشروط إلى أحد العوضين، ولذا لا يجري على المشروط حكمهما.

ولو كان المشروط كالثمن من أحد النقيدين كما إذا باع العبد مع اشتراط ماله الذي يكون من أحد النقيدين بثمن من النقود لا يعتبر التقابض في المجلس، ولو كان مال

مصبوغاً فأثابه به غير مصبوغ وتلف في يد المشتري، ولو لم يكن ممّا يتقوّم تخيّر بين الفسخ والإمضاء مجاناً، انتهى. وقال أيضاً: لو كان الشرط على المشتري مثل أن باعه داره بشرط أن يصبغ له ثوبه فتلف الثوب، تخيّر البائع بين الفسخ والإمضاء بقيمة الفائت إن كان ممّا له قيمة، وإلاّ مجاناً، انتهى.

العبد منضمّاً إلى المبيع لزم التقابض بالاضافة إليه وعوضه.

نعم يجري على بعض الشروط وهو شرط الكم حكم الجزء في تقسيط الثمن ويأتي الكلام فيه في الأمر السابع.

وذكر السيداليزدي^(١) في المقام كلاماً طويلاً، وملخصه: أنّ للمعاملة مقامين: مقام الإنشاء ومقام اللب. والمشروط في مقام الإنشاء لا يدخل في أحد العوضين، بل تجري المعاملة انشاءً على نفس المالكين، ولكنه في مقام اللب يدخل في أحد العوضين حتى شروط الأوصاف.

وحيث لا يدخل المشروط وصفاً كان أو غيره في أحدهما ولا يقابل في الإنشاء بشيء لا يكون فقد الوصف أو تعدّر الشرط حال العقد موجباً لانحلال البيع، بل يجوز لمن تخلف عليه الشرط أخذ صاحبه بالمعاملة في مقام اللب بأن يطالب مع عدم فسخها باسترداد ما وقع بازاء المشروط في مقام اللب، بخلاف الجزء حيث إنّه في مقام الإنشاء أيضاً داخل في أحد العوضين، ولذا يكون فقده موجباً لانحلال المعاملة انشاءً أيضاً بالاضافة إليه.

هذا كله: من غير فرق بين شرط الفعل والوصف، وسواء كان الفعل ممّا يتقوّم في نفسه كخياطة الثوب وصبغه، أو لم يكن ممّا يتقوّم كعتق العبد واشتراط بيع المال.

(١) حاشية كتاب المكاسب ٣: ٣٣٨ - ٣٤١.

والظاهر أن مراده بـ«ما يتقوّم» ما يتقوّم في نفسه، سواء كان عملاً محضاً كالخياطة، أو عيناً كمال العبد المشترط معه، أو عيناً وعملاً كالصبغ، لا ما له مدخل في قيمة العوض، إذ كل شرط كذلك. وما ذكره رحمته لا يخلو عن وجه وإن كان مقتضى المعاوضة بين العوضين بأنفسهما كون الشرط - مطلقاً - قيداً غير مقابل

ولكن مع التعذر في حال العقد في الفعل المتقوّم في نفسه لا يكون شرطه محكوماً بالصحة لعدم تمكن المشروط عليه، فلا يدخل الفعل في ملك المشتري، وبناءً على القول بأن الشرط الفاسد لا يفسد العقد يكون للمشروط له الفسخ وإمضاء العقد مجاناً أو مع المطالبة بالأرش كما ذكره العلامة.

وأما إذا كان المشروط ممّا له قيمة وكان التعذر طارئاً بعد العقد ففي مثل ذلك يكون الفعل مملوكاً على عهدة المشروط عليه فللشارط المطالبة ببطل ذلك الفعل لتلفه عليه في ضمان الغير إلا أن يقال: أن تعذر الفعل كالتلف قبل القبض يوجب انحلال الملك بالإضافة إلى الفعل، ولا يكون للمشروط له إلا المطالبة بالأرش كما في صورة التعذر من الأول، وعلى ذلك فلا يكون الارش في خيار العيب أمراً تعديداً.

نعم لا يجوز إجبار المشروط عليه بالأرش حيث يجوز له أن يقول: بأنك إذا أردت الارش افسخ المعاملة لوقوع الثمن في المعاملة انشاءً بازاء نفس العين. نعم في خيار العيب يجوز الإجبار على الأرّش، كما هو ظاهر الروايات، والأرّش فيه من هذا الجهة يكون أمراً تعديداً.

أقول: المعاملة لكونها من الإنشائيات فليس لها واقع غير الإنشاء، وبتعبير آخر: ليس للبيع غير ما يعتبره المتعاقدان بحسب إنشائهما وإبرازهما وليس البيع إلا تملك أحد المالكين بازاء الآخر وتملكه بازائه.

وقد ذكرنا أن شرط الوصف فيما كان موصوفه عيناً خارجية أو كالعين الخارجية

بالمال، فإنّ المبيع هو الثوب المخيط والعبد المصاحب للمال لا الثوب والخياطة والعبد وماله، ولذا لا يشترط قبض ما بإزاء المال من النقيدين في المجلس لو كان من أحدهما. وسيجيء في المسألة السابعة المعاملة مع بعض الشروط معاملة الأجزاء.

الكلي في المعين لا يمكن ان يكون قيداً أي تضييقاً لأحد العوضين ولا لنفس البيع، فإنّ تضييق البيع بالشرط بمعناه المصدري وتعليق البيع على الالتزام أمر حاصل. وأما تعليقه على الشرط بمعنى المشروط فلا، لأنّ تعليقه به يوجب التعليق المبطل فحسب، بل لأنّ العقد في بناء المتعاقدين واعتبار العقلاء لا يكون معلقاً على حصوله حتّى في الموارد التي يكون المشروط أمراً وضعياً كالخيار واشتراط الوكالة فضلاً عما يكون من الأفعال الخارجية، ولذا لو حكم بفساد الأمر الوضعي لبطلان شرطه فلا يحكم بفساد البيع.

وأما عدم كون المشروط قيداً لأحد العوضين فالأثر الثمن في اعتبارهم يقع بازاء نفس المبيع والمبيع بازاء نفس الثمن، وإنما يكون الشرط وصفاً كان أو غيره داعياً إلى زيادة الثمن أو نقصه.

وكذا لا ينضم نفس الشرط بمعنى الالتزام لأحد العوضين، لأنّ الالتزام بنفسه لا يدخل في ملك الآخر وليس له مالية والبيع تملك بالعوض.

وعلى ذلك فلا شيء في المعاملات مع تعذّر الشرط وصفاً كان أو غيره إلا ثبوت الخيار حيث لا معنى للالتزام بالوصف إلا اعتبار الخيار على تقدير فقده، كما لا معنى لاشتراط الفعل إلا ثبوت الالتزام الحقيقي بالاضافة إلى الفعل وثبوت الخيار مع عدم تحققه للتعذّر أو غيره.

وإذا كان الفعل متعذراً حال العقد أو طرأ فيما بعد ذلك يثبت الخيار وليس الفعل

الخامسة: لو تعذر الشرط وقد خرج العين عن سلطنة المشروط عليه [١] بتلف أو بنقل أو رهن أو استيلاء، فالظاهر عدم منع ذلك عن الفسخ. فإذا فسخ ففي رجوعه عليه بالقيمة، أو بالعين مع بقائها بفسخ العقد الواقع عليه من حينه، أو من أصله، وجوه تقدّمت في أحكام الخيار، وتقدّم: أنّ الأقوى الرجوع بالبدل، جمعاً بين الأدلة. هذا كله مع صحة العقد الواقع، بأن لا يكون منافياً للوفاء بالشرط. وأما لو كان منافياً - كبيع ما اشترط وقفه على البائع - ففي صحته مطلقاً أو مع إذن المشروط

فيما يتقوم ملكاً للمشروط له، لأنّ المشروط عليه لم يملكه، بل التزام به نظير التزامه في مورد النذر والحلف، غاية الأمر أنّ الملتزم له في النذر هو الله سبحانه، وفي الشرط في المعاملة هو المشروط له كما تقدم.

نعم قد تقدم أنّ للمشروط له إلزام المشروط عليه بالفعل مع التمكن على الإيجاب، ولا ينافي ذلك ثبوت الخيار معه.

[١] مراده ﷺ أنه لو لم تبقى العين المنتقلة إلى المشروط عليه في ملكه لتلفها، أو أنّ المشروط عليه نقلها إلى الغير أو بقى تلك العين في ملكها ولكن تعلق بها حق الغير كما إذا رهنها أو استولدها، وفرض أنّ الفعل المشروط عليه قد تعذر كتلف الثوب الذي اشترط عليه خياطته فلا تكون عدم بقاء العين المنتقلة إلى المشروط عليه أو نقلها أو تعلق حق الغير بها مانعاً عن فسخ المشروط له البيع الأول لتعذر الشرط.

وإذا فسخ فهل يرجع ببدل المبيع مطلقاً أو مع بقائها، وفسخه نقل المشروط عليه أو رهنه من أصله أو من حين فسخ العين؟ وجوه يأتي الكلام فيها، وأنّ الصحيح منها هو الرجوع إلى البدل جمعاً بين الخيار الثابت للمشروط بتعذر شرطه وبين ما دل على نفوذ نقل مالك العين أو رهنه حيث إنّ التصرفات من المشروط عليه حلت زمان مالكيته.

هذا كله فيما لم يكن تصرف المشروط عليه في العين المباعة منافياً لعمله

له أو إجازته، أو بطلانه، وجوه خيرها أوسطها. فلو باع بدون إذنه كان للمشروط له فسخه وإلزامه بالوفاء بالشرط. نعم، لو لم نقل بإجبار المشروط عليه فالظاهر صحة العقد الثاني. فإذا فسخ المشروط له، ففي انفساخ العقد من حينه، أو من أصله، أو الرجوع بالقيمة، وجوه، رابعها: التفصيل بين التصرف بالعتق فلا يبطل - لبنائه على

بالشرط، كما فرضنا أن الشرط في البيع كانت خياطة ثوب مخصوص آخر. وأما إذا كان تصرفه منافياً للعمل بالشرط، كما إذا باع العين منه على أن يجعلها المشتري وفقاً على البائع وأولاده وبعد البيع باعها المشتري من ثالث، فيكون البيع الثاني منافياً للعمل بالشرط.

وفي الفرض هل يحكم بصحة البيع الثاني مطلقاً أي بلا حاجة إلى إذن المشروط له وإجازته، أو مع إذنه وإجازته، أو يبطل مطلقاً أي لا يفيد البيع الثاني إذن المشروط له وإجازته، حيث إن البيع الثاني لا يكون من قبيل البيع فضولاً ليصح بإجازة مالك المبيع وجوه: خيرها عند المصنف رحمته صحته بإذن المشروط له أو إجازته.

وهذا بناءً على أن للمشروط له إجبار المشروط عليه بالشرط، فإن صحة التصرفات تنافي حق المشروط له في تلك العين.

وأما بناءً على عدم جواز الإجبار فيصح التصرفات المنافية، ولكن إذا فسخ المشروط له البيع الأول فهل يبطل التصرفات المزبورة من أصلها، أو من حين فسخ البيع الأول، أو لا تبطل أصلاً بل يرجع المشروط له إلى بدل العين مثلاً أو قيمة، لأن التصرفات المزبورة من تلف العين حقيقة أو حكماً.

وعن العلامة في التذكرة^(١) تفصيل رابع: وهو التفصيل في التصرف المنافي بين العتق وغيره، فإن كان التصرف المنافي عتقاً فيصح مطلقاً لبناء العتق على التغليب، وإن

التغليب - فيرجع بالقيمة، وبين غيره فيبطل، اختاره في التذكرة والروضة. قال في فروع مسألة العبد المشترط عتقه بعد ما ذكر: أن إطلاق اشتراط العتق يقتضي عتقه مجاناً، فلو أعتقه بشرط الخدمة مدّة، تخيّر المشروط له بين الإمضاء والفسخ فيرجع

كان غير العتق فيبطل بفسخ البيع الأول.

وعلى ذلك ففي فرض العتق لو فسخ المشروط له البيع الأول فيرجع إلى المشروط عليه بقيمة العبد المبيع فقد اختار هذا التفصيل الشهيد الثاني^(١) أيضاً في الروضة.

أقول: قد تقدم سابقاً أنّ الخيار حق لذي الخيار يتعلّق بالعقد لا بالعين المنتقلة إلى من اشترط عليه الخيار، فشرط الفعل بالاضافة إلى ثبوت الخيار ليس حقاً في العين المزبورة، واما بالاضافة إلى الفعل فأيضاً كذلك، فإن شرطه لا يوجب إلا استحقاق المشروط له نفس الفعل لا بنحو الملك ولا بالتكليف المحض.

والمراد باستحقاق الفعل بنحو الحق أن وجوبه على المشروط عليه مع عدم رفع المشروط له يده عنه بأن يطالبه، لأن يسقطه عن عهدة المشروط عليه.

ولكن العين التي يتعلّق بها الفعل فهي باقية على حالها التي كانت بدون ذلك الشرط، حيث إنّها لو كانت مملوكة للمشروط له، كما إذا باع متاعه بثمن واشترط على المشتري خياطة الثوب المعين تكون تلك العين على حالها من ملك المشروط له من غير أن يتعلّق بها زائداً على ملكها حق وأن كانت مملوكة للمشروط عليه تكون ملكاً له من غير أن يتعلّق بنفس العين حق للمشروط له.

وعلى ذلك فإن تصرف المشتري في العين المنتقلة إليه بالبيع تصرفاً ينافي الفعل

(١) راجع الروضة البهية ٣: ٥٠٦.

بقيمة العبد. قال بعد ذلك: ولو باعه المشتري أو وقفه أو كاتبه تخير البائع بين الفسخ والإمضاء، فإن فسخ بطلت العقود، لوقوعها في غير ملك تام، وتفارق هذه العتق بشرط الخدمة، لأن العتق مبني على التغليب، فلا سبيل إلى فسخه.

المشروط، فإنه وإن ارتكب محرماً مع عدم رفع المشروط له يده عن الفعل المشروط قبل التصرف المزبور، إلا أن العين لكونها ملكاً للمشروط عليه يعمه ما دل على نفوذ تصرف المالك ومعاملته، فبتعذر الشرط يثبت للمشروط له خيار الفسخ، قيل بجواز الإيجاب أو عدم جوازه، فإن جواز الإيجاب مع امتناعه عن العمل المشروط وعدم تعذر ذلك العمل.

وإذا كان التصرف المزبور لازماً يتعذر الفعل المشروط بشمول أدلة نفوذ التصرف ولزومه لذلك التصرف، ولا يجوز هذا الإيجاب بناءً على أن ليس للمشروط له مع هذا الامتناع إلا الخيار.

وبالجملة: عدم جواز التصرف المنافي لكونه ملازماً لترك الواجب أو حرمة نفس التصرف لا يوجب فساد ذلك التصرف ما لم يثبت أن للمشروط له حق في العين المنتقلة إلى المشروط عليه.

ولا يمكن إثبات هذا الحق بجواز الإيجاب أو عدم جواز ذلك التصرف تكليفاً، فإن النهي عن معاملة لا يوجب فسادها فضلاً عما إذا كان عدم ذلك التصرف لاستلزامه ترك الواجب الذي من قبيل الحق للغير أو حق الله سبحانه فقط.

فتحصل: أنه مع تلف العين أو التصرف المنافي اللازم ليس للمشروط له إلا خيار الفسخ في بيعه، ومع فسخه يرجع إلى بدل العين مثلاً أو قيمة.

ثم إن الالتزام بصحة التصرف وأنه مع فسخ البيع الأول يبطل تلك التصرفات من أصلها أو من حين فسخ البيع الأول غير ممكن، فإنه لا موجب لانفاسخها من الأصل أو

وهل له إمضاء البيع مع طلب [١] فسخ ما نقله المشتري؟ فيه احتمال، انتهى. ومثله ما في الروضة. وقال في الدروس في العبد المشروط عتقه: ولو أخرجه عن ملكه بيع أو هبة أو وقف، فللبائع فسخ ذلك كله، انتهى. وظاهره ما اخترناه، ويحتمل ضعيفاً غيره. وفي جامع المقاصد: الذي ينبغي، أن المشتري ممنوع من كل تصرف ينافي العتق المشترط. ثم إن هذا الخيار كما لا يسقط بتلف العين [٢] كذلك لا يسقط بالتصرف فيها، كما نبه عليه في المسالك في أول خيار العيب فيما لو اشترط الصحة على البائع. نعم، إذا دلّ التصرف على الالتزام بالعقد لزم العقد وسقط الخيار نظير خيار المجلس والحيوان بناءً على ما استفيد من بعض أخبار خيار الحيوان المشتمل على سقوط خياره بالتصرف معللاً بحصول الرضا بالعقد. وأما مطلق التصرف فلا.

من حين فسخ البيع الأول، بل يلزم من انفساخها عدم تعذر الشرط الموجب لعدم الخيار في فسخ البيع الأول عند المصنف وأتباعه ممن جعل الخيار في فرض تعذر الشرط خاصة.

ويجري مثل هذا الكلام في تصرف الناذر في العين التي نذر تصرفاً خاصاً فيها مطلقاً أو مشروطاً فتدبر جيداً.

[١] يعني هل للمشروط له إمضاء البيع الأول وعدم فسخه، ومع ذلك أن يطلب من المشروط عليه - يعني المشتري - أن يفسخ نقله العين من ثالث؟ فيه احتمال. أقول: لو كان التصرف المنافي غير لازم فله ذلك فانه من الإيجابار على الشرط وإلا فلا مورد للطلب كما لا يخفى.

[٢] يعني ^(١) كما لا يسقط خيار المشروط له بتلف العين المنتقلة إليه كذلك

السادسة: للمشروط له إسقاط شرطه إذا كان ممّا يقبل الإسقاط [١] لا مثل اشتراط مال العبد، أو حمل الدابة، لعموم ما تقدّم في إسقاط الخيار وغيره من الحقوق. وقد يستثنى من ذلك ما كان حقاً لغير المشروط له كالعتق، فإنّ المصرّح به في كلام جماعة - كالعلامة وولده والشهيد وغيرهم -: عدم سقوطه بإسقاط المشروط له. قال في التذكرة: الأقوى عندي أنّ العتق المشروط اجتمع فيه حقوق:

لا يسقط خياره بتصرفه في تلك العين بنقل أو غيره فيما إذا لم يكن تصرفه ظاهراً في إغماضه عن خيار تعذر الشرط، وإلاّ فيسقط كما في تصرف ذي الخيار في خيار المجلس أو الشرط أو نحوهما على ما تقدم في خيار الحيوان.

[١] ذكروا أنّ للمشروط له إسقاط شرطه فيما كان المشروط قابلاً للإسقاط دون ما لا يقبل، كاشتراط ملكية مال العبد أو حمل الدابة للمشتري.

وقد يقال في ضابط ما يقبل الإسقاط وما لا يقبله: أنّ المشروط إذا كان أمراً وضعياً يكفي في حصوله نفس الاشتراط في العقد فلا يقبل الإسقاط بخلاف ما إذا كان فعلاً سواء كان لذلك الفعل مالية أم لا، فإنّ هذا قابل للإسقاط حتى بناءً على أنّ الفعل فيما كان له مالية مملوك للمشروط له، فإن ملكية الفعل على العهدة نظر الدين يقبل الإسقاط.

ولكن لا يخفى أنّ مجرد كون المشروط أمراً وضعياً يحصل بنفس الاشتراط لا يقتضى عدم جواز إسقاطه، فإنّ الخيار المشروط أمر وضعي يحصل بنفس الاشتراط فيما لم يعين له زمان منفصل مع أنّه يقبل الإسقاط منفصلاً أو متصلاً.

ولا يبعد أن يقال: إنّ المشروط فيما كان من قبيل الشيء على عهدة المشروط عليه أو كان أمراً يكفي في زواله مجرد الإلغاء كالخيار ومنه اشتراط الوصف في أحد العوضين يقبل الإسقاط، بخلاف ما إذا كان زواله يحتاج إلى سبب خاصّ، فإنّه لا يزول إلاّ بذلك السبب كملكية العين فإنّه لا يزول إلاّ بالمعاملة والإرث لا بمجرد الإسقاط الإنشائي.

حقّ الله، وحقّ للبائع، وحقّ آخر للعبد. ثم استقرب -بناءً على ما ذكره- مطالبة العبد بالعتق لو امتنع المشتري. وفي الإيضاح: الأقوى أنّه حقّ للبائع والله تعالى، فلا يسقط بالإسقاط، انتهى. وفي الدروس: لو أسقط البائع الشرط جاز إلا العتق، لتعلّق حقّ العبد وحقّ الله تعالى به، انتهى. وفي جامع المقاصد: أنّ التحقيق أنّ العتق فيه معنى القرية والعبادة وهو حقّ الله تعالى، وزوال الحجر وهو حقّ للعبد، وفوات المالية على الوجه المخصوص للقرية وهو حقّ البائع، انتهى.

لا يقال: نفس الاشتراط في نفسه أمر اعتباري يقبل الاسقاط والإلغاء، ولا يفرق في ذلك بين كون المشروط قابلاً للإسقاط أم لا، فبالإلغاء نفس الاشتراط يسقط اعتبار المشروط وضعياً كان أو فعلاً خارجياً أو غيرهما.

فانه يقال: نعم، ولكن كما أنّ الاشتراط في تحقّقه يتبع العقد ويعتبر الالتزام المزبور شرطاً كذلك في زواله يحتاج إلى زوال ذلك العقد، ولذا ينحل تمام الشروط من غير فرق بين مشروط ومشروط آخر بانحلال العقد.

وعلى ذلك فلو شك في كون المشروط ممّا يقبل الإسقاط والإلغاء فمقتضى الاستصحاب بقاء ذلك المشروط وعدم زواله بناءً على اعتباره في الشبهات الحكمية. وأمّا بناءً على عدم اعتباره فالأصل عدم اعتبار المشروط بقاءً، ولكن هذا مجرد فرض فان الخطاب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(١) و«المؤمنون عند شروطهم»^(٢) مقتضاهما بقاء المشروط وعدم انحلاله كما لا يخفى.

ثم إنّه يستثنى عن جواز إسقاط شرط الفعل اشتراط العتق، فانه لا يقبل الإسقاط لعدم انحصار الحق فيه لمشرطه بل فيه حقّ الله تعالى وحقّ العبد.

(١) سورة المائدة: الآية ١.

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

أقول: أما كونه حقاً للبائع من حيث تعلّق غرضه بوقوع هذا الأمر المطلوب للشارع، فهو واضح. وأما كونه حقاً للعبد، فإن أُريد به مجرد انتفاعه بذلك فهذا لا يقتضي سلطنة له على المشتري، بل هو متفرّع على حقّ البائع دائر معه وجوداً وعدمًا. وإن أُريد به ثبوت حقّ على المشتري يوجب السلطنة على المطالبة فلا دليل عليه، ودليل الوفاء لا يوجب إلّا ثبوت الحق للبائع.

وبالجملة، فاشتراط عتق العبد ليس إلّا كاشتراط أن يبيع المبيع من زيد بأدون من ثمن المثل أو يتصدّق به عليه، ولم يذكر أحد أنّ لزيد المطالبة. ومما ذكر يظهر الكلام في ثبوت حق الله تعالى، فإنّه إن أُريد به مجرد وجوبه عليه لأنّه وفاء بما

وناقش المصنف رحمه الله في الاستثناء بأنّه إن أُريد من حق العبد انتفاع العبد بعتقه فهذا لا يوجب استحقاقه المطالبة به وإجبار المشروط عليه به، فيكون نظير ما إذا باع متاعه واشترط على المشتري بيعه من آخر بأقلّ من القيمة السوقية، فإنّه لا يجوز لذلك الآخر المطالبة بالبيع والإجبار عليه.

ومما ذكر يظهر الكلام في حق الله فإنّه إن أُريد بحق الله سبحانه إيجاب الوفاء بالشرط فيجري في جميع شروط الأفعال، ولو كان المراد بأن العتق في نفسه مستحب يعتبر فيه القرية فهذا يجري في سائر الأفعال المستحبة كشرط التصدّق للفقير بمال كذا.

وعلى الجملة: لو لم يكن المشروط في نفسه عملاً واجباً كإتيان الفرائض اليومية فلا يكون فيه حق الله بحيث يجبره الحاكم على الإتيان من باب المنع عن المنكر - أي ترك الواجب -.

أقول: لو كان المشروط في نفسه عملاً واجباً كما ذكرنا يصح إسقاطه أيضاً، فلا يترتّب على تركه خيار الامتناع أو تعذّر الشرط كما لا يخفى.

شرط العباد بعضهم لبعض فهذا جار في كل شرط، ولا ينافي ذلك سقوط الشروط بالإسقاط. وإن أريد ما عدا ذلك من حيث كون العتق مطلوباً لله - كما ذكره جامع المقاصد - ففيه: أن مجرد المطلوبة إذا لم يبلغ حد الوجوب لا يوجب الحق لله على وجه يلزم به الحاكم، ولا وجوب هنا من غير جهة وجوب الوفاء بشروط العباد والقيام بحقوقهم. وقد عرفت أن المطلوب غير هذا، فافهم.

السابعة: قد عرفت أن الشرط من حيث هو شرط لا يقسّط عليه الثمن [١] عند انكشاف التخلف على المشهور، لعدم الدليل عليه بعد عدم دلالة العقد عرفاً على

[١] وحاصل ما ذكره في المقام: أن الشرط في المعاملات وأن لا يقسط عليه العوض بل الثمن في البيع يقع بازاء نفس المبيع، فلا يكون الشرط جزءاً من المبيع ولا من الثمن، إلا أن عدم التقسيط لجريان ابناء المعاملات في اعتبارهم وقرارهم على كون الشرط التزاماً زائداً على الالتزام بأصل المعاملة، وأن الشارع قرّر المعاملات والشروط فيها على ما هي عليه عندهم.

ومن الظاهر أن عدم تقسيط الثمن منهم غير شرط المقدار للمبيع أو الثمن. وأما إذا كان المشروط هو الكم في المبيع الشخصي أو الثمن الشخصي وظهر عدم كونه بذلك المقدار فان جماعة من القدماء والمتأخرين وان ذهبوا إلى أن شرط الكم كسائر الشروط في عدم التقسيط إلا أن الأظهر هو التقسيط كما عليه اعتبار ابناء المعاملات، فانه إذا باع صبرة على أنها مئة من وظهرت تسعين، فانه لا ينبغي الريب في أن الفرض عندهم من ظهور عدم بعض المبيع، فيستحق المشتري من الثمن ما يقع بازاء عشرة أمان، فان الثمن ثمن لمئة من خارجي.

وبتعبير آخر: يكون البيع المزبور بالإضافة إلى عشر الثمن غير متحقق، ويجوز للمشتري فسخه في الباقي لتبعض الصفقة عليه، كما أن له الإمضاء باسترداد الثمن

مقابلة أحد العوضين إلا بالآخر، والشرع لم يزد على أن أمر بالفداء بذلك المدلول العرفي، فتخلّف الشرط لا يقدح في تملك كلّ منهما لتماّم العوضين. هذا، ولكن قد يكون الشرط تضمّن المبيع لما هو جزء له حقيقةً، بأن يشتري مركباً ويشترط كونه كذا وكذا جزءاً، كأن يقول: «بعثك هذه الأرض أو الثوب أو الصبرة على أن يكون كذا ذراعاً أو صاعاً»، فقد جعل الشرط تركّبه من أجزاء معينة. فهل يلاحظ حينئذٍ جانب القيدية ويقال: إن المبيع هو العين الشخصية المتصّفة بوصف كونه كذا

الزائد وفاقاً لجماعة كالشيخ في المبسوط^(١) والمحقّق في الشرايع^(٢) والعلامة في جملة من كتبه^(٣) والشهيد^(٤) وغيرهما^(٥).

ودعوى أن الثمن المزبور يقع في انشاء المعاملة بازاء الموجود خارجاً، وإنما يعتبر وصف في المبيع وهو كونه بمقدار كذا، فيكون من تخلف الوصف المشروط ويثبت فيه ما يثبت في فقد سائر الأوصاف المشروطة، ولذا يقال بتقديم الإشارة على الوصف لا يمكن المساعدة عليها، فإن شرط الكم من ذكر عنوان للمبيع، وذلك العنوان موجود بعضه حقيقة وبعضه وهماً كما عليه اعتبارهم.

وهذا كلّ فيما كان المبيع متساوياً الأجزاء بأن كان مثلياً، وأمّا إذا كان أجزاءه مختلفة فالأمر فيه وإن كان كذلك أيضاً، كما يدلّ عليه خبر ابن حنظلة^(٦) ولا يضر بدلالة اشتمال ذيله على حكم لم يعمل به الأصحاب ولا يمكن إرجاعه إلى القاعدة،

(١) المبسوط ٢: ١٥٥.

(٢) الشرايع ٢: ٣٥.

(٣) التحرير ١: ١٧٧، والتبصرة: ١٠٠، الفصل الثامن في التسليم، والمختلف ٥: ٢٦٧-٢٦٨.

(٤) الدروس ٣: ١٩٨، الروضة ٣: ٢٦٧.

(٥) السرائر ٢: ٣٧٧، والتفقيح الرائع ٢: ٧٦، وراجع مفتاح الكرامة ٤: ٧٤٤.

(٦) وسائل الشيعة ١٨: ٢٧-٢٨، الباب ١٤ من أبواب الخيار، الحديث ١.

جزءاً، فالمتخلف هو قيد من قيود العين - كالكتابة ونحوها في العبد - لا يوجب فواتها إلا خياراً بين الفسخ والإمضاء بتمام الثمن؟ أو يلاحظ جانب الجزئية، فإن المذكور وإن كان بصورة القيد إلا أن منشأ انتزاعه هو وجود الجزء الزائد وعدمه، فالمبيع في الحقيقة هو كذا وكذا جزءاً، إلا أنه عبّر عنه بهذه العبارة، كما لو أخبره بوزن المبيع المعين فباعه اعتماداً على إخباره، فإن وقوع البيع على العين الشخصية لا يوجب عدم تقسيط الثمن على الفائت. وبالجمله، فالفائت عرفاً وفي الحقيقة هو الجزء وإن كان بصورة الشرط، فلا يجري فيه ما مر: من عدم التقابل إلا بين نفس العوضين؟

وهو إعطاء غير المبيع عوضاً عن الجزء المعدوم، إلا أنه قد يقال: إن شرط المقدار في مختلف الأجزاء لا يوجب إلا ثبوت الخيار، فإن شرط الكم فيه كبيع الحيوان بثمن واشتراط حملة فيه، أو بيع العبد بثمن واشتراط ماله فيه في أن ظهور عدم الحمل أو المال لا يوجب إلا الخيار.

وزاد بعض هؤلاء^(١) على هذا الاستدلال ما ذكر الشيخ رحمته في الفرق بين صورتين: من أن الثمن في صورة اختلاف الأجزاء لا يمكن تقسيطه على المقدار الموجود والمقدار المفقود، فإنه إذا باع أرضاً بثمن على أنها عشرة أجرة وظهرت بعد المسح كونها خمسة فالخمس المفقود لا يمكن فيها تعيين الوصف بأنها سهلة مثلاً أو غير سهلة ليتمكن تقسيط الثمن على ذلك المفقود والموجود، بخلاف فرض متساوية الأجزاء لأن المفقود فيه يفرض على وصف الموجود.

وأجاب المصنف رحمته عن الفرق المزبور: بأن عدم إحراز ما يقع من الثمن بازاء المفقود لا يوجب عدم استحقاق المشتري القسط الذي لو فرض العلم بذلك القسط

(١) كالمحقق الثاني في جامع المقاصد ٤: ٤٢٨، والشهيد الثاني في المسالك ٣: ٢٧٨.

ولأجل ما ذكرنا وقع الخلاف فيما لو باعه أرضاً على أنها جُربانٌ معيّنة، أو صبرة على أنها أصوع معيّنة. وتفصيل ذلك: العنوان الذي ذكره في التذكرة بقوله: لو باعه شيئاً وشرط فيه قدرًا معيّنًا فتبيّن الاختلاف من حيث الكمّ، فأقسامه أربعة: لأنّه إمّا أن يكون مختلف الأجزاء أو متّفقها، وعلى التقديرين: فإمّا أن يزيد وإمّا أن ينقص.

فالأول: تبين النقص في متساوي الأجزاء. ولا إشكال في الخيار، وإنّما الإشكال والخلاف في أنّ له الإمضاء بحصته من الثمن، أو ليس له الإمضاء إلّا بتمام الثمن. فالمشهور - كما عن غاية المرام - هو الأول، وقد حكى عن المبسوط

كان له الأخذ بذلك القسط، وإذا لم يعلم ذلك القسط يلزم المتبايعين بالمصالحة عليه، إلّا أن يقال: إنّ الحكم بصحة البيع في البعض والانحلال في البعض الآخر ينحصر بما إذا كان التقسيط عند الحاجة إليه ممكنًا وإن لم يعلم ذلك القسط ابتداءً.

وأما إذا لم يكن كما فيما نحن فيه فلا بد من الحكم ببطلان أصل البيع بظهور المبيع على غير المقدار المشروط، أو الحكم بالصحة بلا تقسيط الثمن بأن يشبّه للمشروط له خيار الفسخ خاصّة.

ولكن يمكن الجواب عن هذه الدعوى بإمكان التقسيط عند الحاجة في الفرض أيضاً، فانه لو كانت القطعة المزبورة مع اختلاف أجزائها متفقة في القيمة فالأمر واضح، لأنه يكون الفرض كفرض متساوية الأجزاء فيفرض كون خمسة أجرة عشرة، أو كون ثلاثة من الخمسة الموجودة ثمانية فالثمانية مع الاثنين الباقيين من الخمسة عشرة، أو يفرض أربعة من الخمسة الموجودة تسعة فتكون التسعة مع الواحد الباقي من الخمسة عشرة أو يفرض الواحد من الخمسة والسته مع الأربعة الباقية تكون عشرة. وأمّا إذا كانت الأجزاء مختلفة في القيمة وقد رأى المشتري الخمسة الموجودة،

والشرائع وجملة من كتب العلامة والدروس والتنقيح والروضة وظاهر السرائر وإيضاح النافع حيث اختاراً ذلك في مختلف الأجزاء، فيكون كذلك في متساوي الأجزاء بطريق أولى. ويظهر من استدلال بعضهم على الحكم في مختلف الأجزاء كونه في متساوي الأجزاء مفروغاً عنه. وعن مجمع البرهان: أنه ظاهر القوانين الشرعية.

ووجهه - مضافاً إلى فحوى الرواية الآتية في القسم الثاني - ما أشرنا إليه: من أن كون المبيع الشخصي بذلك المقدار وإن كان بصورة الشرط، إلا أن مرجعه إلى كون المبيع هذا القدر، كما لو كالا طعاماً فاشتره فتبين الغلط في الكيل، ولا يرتاب أهل العرف في مقابلة الثمن لمجموع المقدار المعين المشترط هنا. خلافاً لصريح القواعد ومحكي الإيضاح. وقوّاه في محكي حواشي الشهيد والميسية والكفاية.

أو وصفها له البائع وتخيل أنها عشرة بأن كانت الأرض جريبان منها سهلة وثلاثة أجربتها غير سهلة واشترها بزعم أنها عشرة أجربة، فيفرض السهل أربعة أجربة وغير السهلة ستة فتكون الثمن موزعة على العشرة كذلك، فيأخذ المشتري من الثمن المسمى نصفها، لأنّ الموجود خارجاً نصف المبيع.

وهذا الفرض كفرض متساوي القيمة وإن لم يمكن تحقيقه خارجاً ضرورة أن الخمسة لا تكون عشرة وثلاثة لا تكون ثمانية، إلا أن فرضه طريق صحيح إلى تقسيط الثمن المبذول بازاء العشرة.

فقد تحصل أن التقسيط في الصورة الثانية أيضاً هو الأظهر وأنه كالصورة الأولى ممكن.

وذكر السيد اليزدي^(١) في المقام ما حاصله: أن ذكر المقدار للمبيع الشخصي

واستوجهه في المسالك. ويظهر من جامع المقاصد أيضاً، لأنّ المبيع هو الموجود الخارجي كائناً ما كان، غاية الأمر أنّه التزم أن يكون بمقدار معيّن، وهو وصف غير موجود في المبيع، فأوجب الخيار، كالكتابة المفقودة في العبد. وليس مقابل الثمن نفس ذلك المقدار، لأنّه غير موجود في الخارج، مع أنّ مقتضى تعارض الإشارة والوصف غالباً ترجيح الإشارة عرفاً، فأرجاع قوله: «بعتك هذه الصبرة على أنّها عشرة أصوع» إلى قوله: «بعتك عشرة أصوع موجودة في هذا المكان» تكلف.

على نحوين: فتارة يؤخذ شرط المقدار على حقيقة الشرط بأن يكون المبيع هو الموجود الخارجي كيف ما اتفق، ويكون الثمن بازاء نفس الموجود الخارجي، ويكون اشتراط المقدار كاشتراط الوصف فيه، ومنه اشتراط حمل الحيوان المبيع للمشتري في كون تخلفه موجباً للخيار.

ولا يضر في ذلك أنّه على تقدير تحقّق المقدار المزبور يكون الثمن بازاء تمام المقدار لأنّ المقدار، على تقدير تحقّقه من الموجود الخارجي الذي بيع بالثمن المزبور، بخلاف صورة عدم تحقّقه.

وأخرى يكون ذكر المقدار لا بعنوان الاشتراط حقيقة، بل باعتبار أنّه عنوان المبيع الذي يكون بذل الثمن للموجود خارجاً بذلك العنوان، ويجري ذلك في حمل الدابة أيضاً ببذل الثمن بازاء الدابة وحملها.

وفي هذا الفرض يقسّط الثمن، ويتم البيع بالاضافة إلى المقدار الموجود فقط. وما ورد في رواية عمر بن حنظلة^(١) يحمل على البيع بالنحو الثاني بأن يراد بذكر عشرة أجرة أن العشرة يعطى لها الثمن، نظير صورة أخبار البائع بوزن المبيع أو كيله،

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٢٧-٢٨، الباب ١٤ من أبواب الخيار، الحديث ١.

والجواب: أن كونه من قبيل الشرط مسلّم، إلا أن الكبرى وهي: «أن كل شرط لا يوزع عليه الثمن» ممنوعة، فإن المستند في عدم التوزيع عدم المقابلة عرفاً، والعرف حاكم في هذا الشرط بالمقابلة، فتأمل.

الثاني: تبين النقص في مختلف الأجزاء. والأقوى فيه ما ذكر من التقسيط مع الإمضاء، وفاقاً للأكثر، لما ذكر سابقاً: من قضاء العرف بكون ما انتزع منه الشرط جزءاً من المبيع، مضافاً إلى خبر ابن حنظلة: «رجل باع أرضاً على أنها عشرة أجربة، فاشترى المشتري منه بحدوده ونقد الثمن وأوقع صفقة البيع وافترقا، فلما مسح الأرض فإذا هي خمسة أجربة؟ قال: فإن شاء استرجع فضل ماله وأخذ الأرض، وإن شاء رد المبيع وأخذ المال كله، إلا أن يكون له إلى جنب تلك الأرض أرضون فليوفيه، ويكون البيع لازماً، فإن لم يكن له في ذلك المكان غير الذي باع،

أو تحمل الرواية على ثبوت الأرض في الوصف المشروط المفقود على ما تقدم. وعلى الجملة: فالمتبع صورة العقد وإنشائه مع عدم القرينة على خلافه من كون شرط المقدار كاشتراط سائر الأوصاف.

أقول: إنما يتبع ظاهر الإنشاء فيما إذا أمكن جعل شيء جزءاً من المبيع، وجعله شرطاً في بيع ذلك المبيع.

وأما إذا لم يمكن إلا جعله شرطاً كشروط الوصف الغير المقوم فلا معنى لجعله جزءاً وإن أتى بذلك بنحو لو أمكن مقابله بالمال لكان جزءاً كما إذا قال: بعت هذا العبد مع وصفه الكتابة بكذا، حيث إن الثمن يقع بازاء العبد ولا يترتب على تخلف الوصف إلا خيار الفسخ، فانه لا معنى لاشتراط وصف الكتابة إلا جعل الخيار كما أنه إذا لم يكن جعل شيء شرطاً والتزاماً بأمر آخر غير الالتزام البيعي فلا يحمل على الاشتراط ولو كان في صورة العقد بصورة الاشتراط، كما في الوصف المقوم بأن قال: بعت هذا

فإن شاء المشتري أخذ الأرض واسترجع فضل ماله، وإن شاء ردّ الأرض وأخذ المال كله... الخبر». ولا بأس باشتماله على حكم مخالف للقواعد، لأن غاية الأمر على فرض عدم إمكان إرجاعه إليها ومخالفة ظاهره للإجماع طرح ذيله الغير المسقط لصدوره عن الاحتجاج. خلافاً للمحكّي عن المبسوط وجميع من قال في الصورة الأولى بعدم التقسيط، لما ذكر هناك: من كون المبيع عيناً خارجياً لا يزيد ولا ينقص لوجود الشرط وعدمه، والشرط التزام من البائع بكون تلك العين بذلك المقدار، كما لو اشترط حمل الدابة أو مال العبد فتبيّن عدمهما. وزاد بعض هؤلاء على ما فُرق به في المبسوط بين الصورتين: بأنّ الفاتئ هنا لا يعلم قسطه من الثمن،

الموجود بكذا على أنّه ذهب فظهر كونه نحاساً.

وعلى ذلك فنقول لا ينبغي الرب في أنّ اشتراط المقدار فيما كان البيع من المثلي عنوان مقوّم، لما تقدم من انحلال البيع فيه بالاضافة إلى أجزائه الخارجية، كانحلاله بالاضافة إلى أجزائه المشاعة.

ولو قال: «بعت هذه الصبرة من الحنطة على أنّها مئة كر بألف دينار» فالمتفاهم منها أنّ كلّ كر منها قد يبيع بعشرة دنانير وهذا ظاهر عند ابناء الأسواق، وأنّه لو ظهر أن الصبرة المزبورة تسعون فلا يستحق البائع إلّا ما يقع الثمن بازاء التسعين حتى ما لو كان الاشتراط بصورة إخبار البائع بالوزن.

وإنّما الكلام فيما إذا كان المقدار لا ينحل البيع فيه إلى أبعاضه الخارجية ولم يكن البيع فيه وتعيين الثمن فيه بحسب المقدار والكم، مثلاً لو قال: «بعت هذه الأرض التي عشرة أجربة كل جريب منه بكذا» فانه لا إشكال في بطلان البيع بالاضافة إلى خمسة أجربة لو ظهرت أنّها تكون خمسة أجربة.

والحاصل: ينبغي الكلام فيما إذا قال: «بعت هذه الأرض التي عشرة أجربة بألف»

لأن المبيع مختلف الأجزاء، فلا يمكن قسمته على عدد الجُربان. وفيه - مضافاً إلى أن عدم معلومية قسطه لا يوجب عدم استحقاق المشتري ما يستحقه على تقدير العلم، فيمكن التخلص بصلح أو نحوه، إلا أن يدعى استلزام ذلك جهالة ثمن المبيع في ابتداء العقد، مع عدم إمكان العلم به عند الحاجة إلى التقسيط، وفيه نظر: - منع عدم المعلومية، لأن الفئات صفة كون هذه الأرض المعينة المشخصة عشرة أجربة، ويحصل فرضه - وإن كان المفروض مستحيل الوقوع - بتضاعف كل جزء من الأرض، لأنه معنى فرض نفس الخمسة عشرة. وفرضه أيضاً بصيرورة ثلاثة منها ثمانية أو أربعة تسعة أو واحد ستة أو غير ذلك وإن كان ممكناً، إلا أنه لا يقدح مع فرض تساوي قطاع الأرض، ومع اختلافها فظاهر التزام كونها عشرة مع رؤية قطاعها المختلفة أو وصفها له يقضي بلزوم كون كل جزء منها مضاعفاً على ما هو عليه من الصفات المرئية أو الموصوفة. ثم إن المحكي عن الشيخ العمل بذيل الرواية المذكورة، ونفى عنه البعد في التذكرة معللاً: بأن القطعة المجاورة للمبيع أقرب إلى المثل من الأرض. وفيه - مع منع كون نحو الأرض مثلياً: - أن الفئات لم يقع المعاوضة عليه في ابتداء العقد، وقسطه من الثمن باق في ملك المشتري، وليس مضموناً على البائع حتى يقدم مثله على قيمته. وأما الشيخ رحمته فالظاهر استناده في ذلك إلى الرواية.

فظهر كونه خمسة أجربة مثلاً أو يقول: «بعت هذه الأرض بكذا على أنها عشرة أجربة». فنقول: ففي مثل هذه الموارد لو كانت تعيين المبيع عرفاً بحسب المقدار بحيث يكون البيع مع عدم ذكر الكم من بيع الغرر فلا ينبغي الإشكال في أن ذكر الكم عنوان مقوم أتى بصورة الشرط أم لا.

وان لم يكن تعيينه بالكم خاصة بل يكفي في بيعه المشاهدة أيضاً يكون ذكر الكم

الثالث: أن تتبين الزيادة عما شرط على البائع. فإن دلت القرينة على أن المراد اشتراط بلوغه هذا المقدار لا بشرط عدم الزيادة [١]. فالظاهر أن الكل للمشتري ولا خيار. وإن أريد ظاهره - وهو كونه شرطاً للبائع من حيث عدم الزيادة وعليه من حيث عدم النقيصة - ففي كون الزيادة للبائع وتخير المشتري للشركة، أو تخير البائع بين الفسخ والإجازة لمجموع الشيء بالثمن، وجهان: من أن مقتضى ما تقدم - من أن اشتراط بلوغ المقدار المبيّن بمنزلة تعلّق البيع به فهو شرط صورة وله حكم الجزء عرفاً - : أن اشتراط عدم الزيادة على المقدار المبيّن هنا بمنزلة الاستثناء وإخراج الزائد عن المبيع. ومن الفرق بينهما: بأن اشتراط عدم الزيادة شرط عرفاً، وليس بمنزلة الاستثناء، فتخلّفه لا يوجب إلّا الخيار. ولعل هذا هو أظهر [٢] مضافاً إلى إمكان الفرق بين الزيادة والنقيصة - مع اشتراكهما لكون مقتضى القاعدة فيهما كونهما من تخلف الوصف لانقاص الجزء أو زيادته - : بورود النصّ المتقدّم في النقيصة، ويبقى الزيادة على مقتضى الضابطة، ولذا اختار الاحتمال الثاني بعض من قال بالتقييد في طرف النقيصة. وقد يحكى عن المبسوط القول بالبطلان هنا، لأنّ البائع لم يقصد بيع الزائد والمشتري لم يقصد شراء البعض. وفيه تأمل.

الرابع: أن تتبين الزيادة في مختلف الأجزاء، وحكمه يعلم مما ذكرنا.

شرطاً أتى بصورة الاشتراط أو بنحو الاخبار.

[١] بأن يكون في البين شرط آخر وهو أن الموجود على تقدير اشتماله للزيادة فتلك الزيادة للمشتري مجاناً.

[٢] لم يعلم وجه أظهرته بل شرط المقدار إذا كان عنواناً يتعلّق البيع بالموجود بذلك العنوان يكون الزيادة للبائع لا محالة.

مسألة: في حكم الشرط الفاسد، والكلام فيه يقع في أمور [١]:

[١] ذكر عليه السلام أنه إذا كان الشرط في المعاملة محكوماً بالفساد فلا ينبغي الإشكال في أنه لا يجب الشرط فيما كان فعلاً، وإنما يجب مع صحة الشرط، فإن لزوم الإتيان بالفعل كان مستفاداً من قوله عليه السلام «المؤمنون عند شروطهم»^(١) والمفروض عدم جريانه مع فساد الشرط.

كما لا ينبغي التأمل في أنه يستحب الإتيان بذلك المشروط فيما كان المشروط عملاً مباحاً وقلنا بأن فساد الشرط لا يسري إلى أصل المعاملة، فإن الشرط مع فساده يدخل في عنوان الوعد فيستحب الوفاء به.

ثم إن فساد الشرط يسري إلى أصل المعاملة فيما كان فساده لجهالة المشروط، لأن الشرط على ما تقدم قيد لأحد العوضين فيكون البيع مع جهالته غريباً.

وكذا يحكم بفساد أصل المعاملة فيما كان الشرط استيفاء المنفعة المحرمة من المبيع، كما إذا باعه الخشب على أن يعمله صنماً أو صليباً، فإن المنفعة المحللة للخشب وإن كانت كثيرة وباعتبارها يحسب مالا يصح المعاوضة عليه، إلا أنه مع اشتراط صنعه صنماً أو صليباً يقتصر منفعته بالمحرم، فيكون أخذ المال بازائه أكلاً له بالباطل، لأن من شرط البيع مالية المبيع.

ولو لم يتم هذا يكفي في المقام دلالة بعض الروايات^(٢) الواردة في النهي عن بيع الخشب ممن يعمله صنماً أو صليباً.

وكذا لا يصح البيع فيما كان وقوعه مع الشرط المزبور دورياً كما إذا باع متاعاً

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

(٢) وسائل الشيعة ١٧: ١٧٦-١٧٧، الباب ٤١ من أبواب ما يكتسب به.

الأول: [أنَّ الشرط الفاسد] لا تأمل في عدم وجوب الوفاء به، بل هو داخل في الوعد، فإن كان العمل به مشروعاً استحَبَّ الوفاء به على القول بعدم فساد أصل العقد. ولا تأمل أيضاً في أنَّ الشرط الفاسد لأجل الجهالة يفسد العقد، لرجوع الجهالة فيه إلى جهالة أحد العوضين، فيكون البيع غرراً. وكذا لو كان الاشتراط موجباً لمحدور آخر في أصل البيع، كاشتراط بيع المبيع من البائع ثانياً، لأنَّه موجب للدور، أو لعدم القصد إلى البيع الأول، أو للتعبّد من أجل الإجماع أو النصّ.

واشترط على المشتري بيعه منه ثانياً، فانه قد ذكر العلامة^(١) بطلان البيع في الفرض لكون وقوعه دورياً، لأنَّ تحقّق البيع الموقوف على حصول الشرط توقف المشروط على شرطه، وتحقّق الشرط أي بيعه من بائعه ثانياً موقوف على تحقّق البيع، لأنَّ من شرط البيع كون بائعه مالِكاً للمبيع.

وبما أنَّ هذا التعليل عليل - لأنَّ الشرط في المعاملات لا يدخل في أجزاء العلّة ليتوقّف البيع على حصول الشرط، وإلا لما صحَّ اشتراط بيعه من غير بائعه أيضاً - ذكر وجهاً ثانياً لبطلان البيع، وهو عدم قصد البائع للبيع مع الشرط المزبور.

وبما أنَّ هذا الوجه أيضاً غير صحيح - لأنَّ القصد إلى البيع خصوصاً مع اختلاف الثمن ظاهر - ذكر وجهاً ثالثاً وهي دلالة النصّ على بطلان البيع مع الشرط المزبور.

والحاصل: أنَّ الكلام في إفساد الشرط فساد أصل المعاملة يختص بما لم يكن فساد الشرط موجباً للخلل في المعاملة بأن يوجب فقد شرطها انتهى محصل كلامه.

أقول: يأتي أنَّ الملتزم بسراية فساد الشرط إلى العقد يدعى أنَّ التراضي المعتبر في صحة المعاملة ينتفي مع فساد الشرط حيث إنَّ التراضي بالمعاملة منوط بحصول الشرط أي نفوذه.

(١) تذكرة الفقهاء [تحقيق آل البيت] ١٠: ٢٥١.

وكاشتراط جعل الخشب المبيع صنماً، لأنَّ المعاملة على هذا الوجه أكل للمال بالباطل، ولبعض الأخبار. وإنَّما الإشكال فيما كان فساد لا لأمر مغلَّ بالعقد، فهل يكون مجرد فساد الشرط موجباً لفساد العقد أم يبقى العقد على الصحة؟ قولان:

فالقول بأنَّ مورد الكلام فيما لم يكن فساد الشرط للإخلال بما يعتبر في المعاملة بلاوجه، بل الصحيح في المقام بعد التسالم على الكبرى وهي فساد أصل المعاملة بفساد شرطه فيما كان فساد الشرط موجباً للإخلال بما يعتبر فيها هو البحث في الصغرى. وهي أنَّ فساد الشرط يوجب فقد ما يعتبر في المعاملة مطلقاً، أو لا يوجب مطلقاً، أو يوجبه في بعض الموارد دون البعض الآخر، اللهم إلا أن يكون مراد المصنف عليه السلام أنَّ المعاملة التي يختل فيها مع الشرط ما يعتبر مع قطع النظر عن فساد الشرط خارج عن مورد الكلام.

ثم إنَّ البحث في الصغرى كما ذكرنا مع قطع النظر عن قيام النص في مورد خاص ببطلان المعاملة بذلك الشرط، فانه يؤخذ بالنص في ذلك المورد.

ومن ذلك ما إذا باع متاعاً بشرط أن يبيعه منه ثانياً أو اشترى متاعاً بشرط أن يشتري بئنه ثانياً، ولكن مدلول النص كما يأتي ما إذا كان في البين اختلاف الثمنين في البيع الأول والبيع المشروط، فلا بأس باشتراط بيع المتاع منه ثانياً مع عدم الاختلاف المزبور. وأمَّا بيع الخشب على أن يعمل صنماً أو صليباً فقد ذكرنا في المكاسب المحرمة أنه لا يجوز بيعه ممن يعمل صنماً أو صليباً للنص^(١)، والنص لا يعم ما إذا اشترط البائع على مشتري الخشب صنعه صنماً أو صليباً مع عدم عمل المشتري بالشرط. وكذا لا يمكن استفادة عدم الجواز فيما كان شرط المشتري على البائع أن يصنعه

(١) وسائل الشيعة ١٧: ١٧٦ - ١٧٧، الباب ٤١ من أبواب ما يكتسب به.

حكى أولهما عن الشيخ والإسكافي وابن البراج وابن سعيد، وثانيهما للعلامة
والشهيدين والمحقق الثاني وجماعة ممن تبعهم.

البائع صلياً أو صنماً مع عدم وفاء البائع بالشرط.

ودعوى أن الخشب مع اشتراط المنفعة المحرمة يخرج عن المالية، فيكون أكل
الثلث بازائه أكلاً له بالباطل لا يمكن المساعدة عليها، لأن الشرط المنفعة المحرمة مع
فساد الشرط لا يوجب خروج الخشب عن المالية لا عقلاً ولا شرعاً، فكيف يكون أخذ
الثلث بازائه من أكله بالباطل.

وأما جهالة الشرط فقد تقدم أن الشرط لا ينضم إلى أحد العوضين لا قيداً
ولا جزءاً لا بمعناه المصدري ولا بمعناه المشروط، وإن جهالته لا يوجب فساده فضلاً
عن إيجابه فساد أصل المعاملة، إلا إذا كان المشروط خصوصية في أحد العوضين،
كاشتراط النسبة في الثمن أو كون المبيع بيد بائعه إلى مدة مجهولة يكون البيع فاسداً
للغرر فيه.

واما ما ذكره رحمته من عدم التأمل في استحباب العمل بالشرط مع كونه عملاً مباحاً
في نفسه بناءً على عدم فساد المعاملة بالشرط الفاسد فقد يقال - كما عن
النائني ^(١) - : أن الشرط الفاسد لا يدخل في عنوان الوعد، فإن الوعد إخبار
والاشتراط أمر إنشائي.

وقد يقال - كما عن اليزدي ^(٢) - : بأن الاستحباب لا يختص بصورة عدم فساد
العقد به، بل على القول بالإفساد أيضاً يستحب الإتيان بذلك الفعل للوفاء بالوعد.
ولكن شيء من الأمرين غير تام، أما الأول: فلما ذكرنا في بحث حرمة الكذب أن

(١) منية الطالب في شرح المكاسب ٣: ٢٧١.

(٢) حاشية كتاب المكاسب ٣: ٣٧٤، الرقم ٥١٧.

وظاهر ابن زهرة في الغنية: التفصيل بين الشرط الغير المقدور كصيرورة الزرع سنبلًا والبسر تمرًا، وبين غيره من الشروط الفاسدة، فادعى في الأول عدم الخلاف في الفساد والإنساد. ومقتضى التأمل في كلامه: أن الوجه في ذلك [١] صيرورة المبيع غير مقدور على تسليمه، ولو صح ما ذكره من الوجه خرج هذا القسم من الفاسد عن محل الخلاف، لرجوعه - كالشرط المجهول - إلى ما يوجب اختلال بعض شروط العوضين. لكن صريح العلامة في التذكرة: وقوع الخلاف في الشرط الغير المقدور، ومثله بالمثاليين المذكورين، ونسب القول بصحة العقد إلى بعض علمائنا.

والحق: أن الشرط الغير المقدور من حيث هو غير مقدور لا يوجب تعذر

الوعد قسم منه إخبار وقسم منه إنشاء، فإن الالتزام بالفعل للغير مستقبلاً وإبراز ذلك الالتزام لا بمعنى الحكاية وعد، فيدخل فيه الشرط في المقام.

وأما الثاني: فلان الالتزام بالفعل للغير إنشاء لا يكون مطلقاً، بل على تقدير حصول المعاملة، حيث إن الالتزام الشرطي قسم من الوعد الإنشائي منوط بالمعاملة، وعلى تقدير عدم المعاملة فلا التزام كما لا يخفى.

[١] بأن يكون المشروط تسليم المبيع أي الزرع سنبلًا فانه لا ينبغي في الفرض بطلان البيع لعدم إحراز التمكن من هذا التسليم، فيكون نظير اشتراط كون المبيع بيد بائعه إلى مدة مجهولة في إيجابه الغرر في البيع.

فانه يعتبر في البيع التمكن على التسليم ولو بالتسبيب بنحو الوثوق والعادة. واما إذا كان الشرط صيرورة الزرع سنبلًا ولو بعد تسليم المبيع إلى مشتريه فبطلان الشرط المزبور مسلم، ولكن في كونه موجباً لبطلان البيع مورد الكلام في المقام. ثم لا يخفى أن المصنف رحمه الله قد نسب إلى الشيخ رحمه الله ومن تبعه فيما سبق عدم كون

التسليم في أحد العوضين. نعم، لو أوجبه فهو خارج عن محل النزاع، كالشرط المجهول حيث يوجب كون المشروط بيع الغرر. وربما ينسب إلى ابن المتوَجَّج البحراني^(١). التفصيل بين الفاسد لأجل عدم تعلُّق غرض مقصود للعقلاء به فلا يوجب فساد العقد - كأكل طعام بعينه أو لبس ثوب كذلك - وبين غيره. وقد تقدم في اشتراط كون الشرط ممَّا يتعلَّق به غرض مقصود للعقلاء عن التذكرة وغيرها: أنَّ هذا الشرط لغو لا يؤثر الخيار، والخلاف في أنَّ اشتراط الكفر صحيح أم لا، وعدم الخلاف ظاهراً في لغوية اشتراط كيل المسلم فيه بمكيال شخصيٍّ معيَّن. وظاهر ذلك كله التسالم على صحة العقد ولو مع لغوية الشرط. ويؤيد الاتفاق على [عدم] الفساد استدلال القائلين بالإفساد: بأنَّ للشرط قسطاً من الثمن، فيصير الثمن مع فساد الشرط مجهولاً. نعم، استدلالهم الآخر على الإفساد بعدم التراضي مع انتفاء الشرط ربما يؤيد عموم محل الكلام لهذا الشرط، إلَّا أنَّ الشهيدين ممن استدلَّ بهذا الوجه وصرَّح بلغوية اشتراط الكفر والجهل بالعبادات، بحيث يظهر منه صحة العقد، فراجع.

فساد الشرط موجباً لفساد العقد^(١)، ونسب إليه في المقام كون فساده موجباً له.

والظاهر أنَّ النسبة في المقام سهو من قلمه الشريف.

[١] وربما يقال: إنَّ الخلاف في كون الشرط الفاسد مفسداً للعقد أم لا فيما لم يكن فساد الشرط للغويته كما إذا باع المتاع واشترط على المشتري لبس ثوب مخصوص أو أكل طعام خاص فانه لا خلاف في الفرض في صحة العقد ولزومه مع بطلان الشرط. وقد تقدَّم عن التذكرة^(٢) قوله: إنه يعتبر في الشرط كونه مقصوداً للعقلاء، وما

(١) المبسوط ٢: ١٤٩، والمهذب ١: ٣٨٩، والجامع للشرائع: ٢٧٢، وحكى العلامة عن ابن البراج

والإسكافي في المختلف ٥: ٢٩٨.

(٢) التذكرة ١: ٥٢٤.

وكيف كان، فالقول بالصحة في أصل المسألة لا يخلو عن قوة، وفاقاً لمن تقدم، لعموم الأدلة السالم عن معارضة ما يخصّصه، عدا وجوه:
أحدها: ما ذكره الشيخ في المبسوط للمانعين [١]: من أن للشرط قسطاً من العوض مجهولاً، فإذا سقط لفساده صار العوض مجهولاً.

لا يتعلق به غرضهم لغو يؤثر في الخيار، ومنه اشتراط الكيل بمكيال معين في بيع السلم. نعم قد وقع الكلام في بعض الموارد بأن الشرط فيه غرض عقلائي أم لا كاشتراط كفر العبد المبيع.

ويؤيد أن ما لا غرض فيه من الشرط خارج عن مورد الكلام في المقام استدلال القائل بفساد العقد بفساد شرطه بأن للشرط قسطاً من الثمن، ومع فساده يكون القسط الواقع بازاء المبيع مجهولاً.
ووجه التأيد أن شرط اللغو لا يكون له قسط من الثمن.

نعم الاستدلال الآخر على الإفساد بأن التراضي منوط بحصول شرطه، ومع عدم حصوله لا تراضي يجري في الشرط اللغو أيضاً، إلا أن الشهيدين^(١) مع استدلالهما بهذا الوجه قد صرحا: بأن اشتراط كفر العبد وجهله بالعبادات لغو أي لا يترتب عليه أي أثر، ومنه فساد العقد به كما لا يخفى.

[١] استدلل الشيخ^(٢) في مبسوطه على سريّة الفساد إلى أصل المعاملة بأن للشرط قسطاً مجهولاً من الثمن بمعنى أن الشرط على البائع ينضم إلى المبيع، ويقع الثمن بازاء المبيع والشرط.

وإذا فرض فساد الشرط وجهالة القسط الواقع بازائه يكون القسط الواقع بازاء

(١) الدروس ٣: ٢١٥.

(٢) المبسوط ٢: ١٤٩.

وفيه - بعد النقض بالشرط الفاسد في النكاح الذي يكون بمنزلة جزء من الصداق فيجب على هذا سقوط المسمى والرجوع إلى مهر المثل - : أولاً: منع مقابلة شيء من العوضين عرفاً ولا شرعاً، لأن مدلول العقد هو وقوع المعاوضة بين الثمن والمثمن، غاية الأمر كون الشرط قيداً لأحدهما يكون له دخل في زيادة العوض ونقصانه، والشرع لم يحكم على هذا العقد إلا بإمضائه على النحو الواقع عليه، فلا يقابل الشرط بجزء من العوضين، ولذا لم يكن في فقده إلا الخيار بين الفسخ والإمضاء مجاناً، كما عرفت. وثانياً: منع جهالة ما بإزاء الشرط من العوض،

المبيع مجهولاً، فيبطل البيع بالإضافة إليه أيضاً.

وأورد المصنف رحمته الله على الاستدلال المزبور بعد النقض عليه بطلان الشرط في النكاح بأمور.

وجه النقض أن فساد الشرط في النكاح وأن لا يوجب بطلان النكاح لدلالة الروايات ^(١) على بقاء النكاح ببطلان الشرط فيه، إلا أنه يلزم على القائل (بطلان العقد ببطلان شرطه لأن للشرط قسطاً من الثمن) الحكم ببطلان المهر المسمى ببطلان الشرط على الزوج.

وذلك فإن المهر المسمى في النكاح لو كان مالاً متعدداً كما إذا جعل شاتان مهراً وظهر أن إحدى الشاتين ملك لغير الزوج يبطل المهر المسمى، ويتعين مهر المثل. والشرط على الزوج جزء المهر بناءً على القول بأن للشرط قسطاً من الثمن، فيلزم من بطلان الشرط المزبور بطلان المهر المسمى.

والأمور التي ذكرها في الإيراد كما تلي:

الأول: أن مدلول عقد البيع مثلاً وقوع الثمن بازاء نفس المبيع فلا يكون الشرط

(١) وسائل الشريعة ٢١: ٢٨٩، الباب ٢٩ من أبواب المهور.

إذ ليس العوض المنضمّ إلى الشرط والمجرد عنه إلا كالمتصف بوصف الصحة والمجرد عنه، في كون التفاوت بينهما مضبوطاً في العرف، ولذا حكم العلامة فيما تقدّم بوجوب الأرش لو لم يتحقّق العتق المشروط في صحة بيع المملوك، وبلزوم قيمة الصبغ المشروط في بيع الثوب. وثالثاً: منع كون الجهالة الطارئة على العوض قادحة، إنّما القادح هو الجهل به عند إنشاء العقد.

أي المشروط جزءاً من الثمن ولا من المثلث، غاية الأمر يكون الشرط قيداً لأحدهما بحيث يكون بالقيد المزبور زيادة مالية أحد العوضين ونقصها. والشاهد بعدم كون المشروط جزءاً أنّه لا يثبت للمشروط له عند تخلف الشرط إلا الخيار، لا المطالبة ببديل الشرط.

الثاني: أنّه على تقدير أن الشرط على البائع قسماً من الثمن فلا نسلم جهالة ذلك القسط.

وكما أن القسط الواقع بازاء المبيع الموصوف بوصف وفاقده مضبوط عرفاً كذلك المبيع المشروط معه فعل على البائع والخالي عن الشرط مضبوط عندهم. وبتعبير آخر: يكون المقام من بيع شيئين بثمن ثم ظهر فساد به بالإضافة إلى أحدهما. والثالث: أنّه لا يعتبر في المعاملة إلا كون الثمن الواقع في الإنشاء معلوماً، وأمّا الجهالة الطارئة بعد إنشائها فلا يضر لصحتها.

أقول: الصحيح في الجواب هو أن الشرط لا يقسّم الثمن عليه في المعاملة ولا يكون قيداً لأحد العوضين أيضاً لا بمعناه المصدري ولا بمعناه المشروط.

والوجه في صحته التزام القائل بعدم السراية بانتقال كل الثمن إلى البائع، وانتقال تمام المبيع إلى المشتري مع فساد الشرط، بلافق بين الشرط على البائع أو المشتري كما لا يخفى.

الثاني: أن التراضي [١] إنما وقع على العقد الواقع على النحو الخاص، فإذا تعذرت الخصوصية لم يبق التراضي، لانتفاء المقيّد بانتفاء القيد، وعدم بقاء الجنس مع ارتفاع الفصل، فالمعاوضة بين الثمن والمثمن بدون الشرط معاوضة أخرى محتاجة إلى تراض جديد وإنشاء جديد، وبدونه يكون التصرف أكلاً للمال لا عن تراض. وفيه: منع كون ارتباط الشرط بالعقد على وجه يحوج انتفاؤه إلى معاملة جديدة عن تراض جديد. ومجرد الارتباط لا يقتضي ذلك، كما إذا تعذر بعض أحد العوضين، أو انكشف فقد بعض الصفات المأخوذة في البيع، كالكتابة والصحة،

[١] وقد يستدل على بطلان العقد ببطلان شرطه. بانتفاء التراضي المعتبر في المعاملة بفساد الشرط.

وبيانه: أن التراضي قد تعلّق بالعقد بنحو خاص، ومع عدم حصول الخصوصية ينتفي التراضي، كما هو مقتضى انتفاء المقيّد بانتفاء القيد وعدم بقاء الجنس بانتفاء الفصل.

والمعاوضة بين نفس المثلث والثمن بلا شرط معاوضة أخرى تحتاج إلى إنشاء آخر وتراض جديد، وحيث إنه لم تنشأ تلك المعاوضة، ولم يحصل التراضي الجديد يكون أكل الثمن بازاء نفس المبيع من أكله بالباطل وبغير تراض.

وأجاب رحمته: بأن ارتباط الشرط بالعقد ليس بنحو يحتاج مع عدم صحة الشرط إلى إنشاء عقد آخر بتراض جديد، ولا يكون مطلق الارتباط مقتضياً لذلك، فإنه قد ثبت صحة العقد مع عدم حصول جزء المبيع كما في مورد تبعض الصفقة.

وكذا مع انتفاء وصفه المشروط كما إذا باع بوصف كونه كاتباً فظهر غير كاتب وكما في النكاح فإنه يبطل النكاح ببطلان الشرط فيه كما هو مورد النص والفتوى.

وقد تقدّم أن ظاهرهم التسالم في الشرط اللغو على صحة العقد مع أن اناطة

وكالشروط الفاسدة في عقد النكاح، فإنه لا خلاف نصاً وفتوى في عدم فساد النكاح بمجرد فساد شرطه المأخوذ فيه. وقد تقدّم: أن ظاهرهم في الشرط الغير المقصود للعقلاء في السلم وغيره عدم فساد العقد به، وتقدّم أيضاً: أن ظاهرهم أن الشرط الغير المذكور في العقد لا حكم له، صحيحاً كان أو فاسداً.

التراضي بالعقد بالشرط يجري فيه أيضاً.

وأيضاً ذكروا أنه لا أثر للتواطي على الشرط مع عدم ذكره في العقد مع جريان الاناطة فيه أيضاً.

والغرض من ذكر هذه الموارد إثبات إمكان التفكيك بين العقد والشرط فيه في الحكم بالصحة في العقد والفساد في شرطه، لأن الحكم في هذه الموارد دليل على أن فساد الشرط لا يوجب بطلان العقد، بل المراد إثبات أن ارتباط الشرط بالعقد ليس بنحو يوجب بطلانه انتفاء التراضي بالعقد، حيث لا يمكن الالتزام في الموارد المزبورة بأن الأكل فيها باطل عرفاً، ولكن قد جوزه الشارع تعبداً وقهراً على المتعاقدين.

والحاصل: أن التوجيه في هذه الموارد بعدم انتفاء التراضي بالعقد فيها يجري في جميع موارد الشروط الفاسدة، ولذا ذكر في جامع المقاصد^(١): بأن التفصيل بين الجزء والشرط - بالالتزام بصحة المعاملة بالاضافة إلى بعض المبيع بعد بطلانه بالاضافة إلى بعضه الآخر، وعدم الالتزام بعدم صحة المعاملة بعد بطلان شرطها - مشكل.

والحاصل: يمكن دعوى أن فساد الشرط لا يوجب انتفاء التراضي بأصل العقد أخذاً بالموارد المزبورة.

(١) جامع المقاصد ٤: ٤٣١-٤٣٢.

ودعوى: أنَّ الأصل في الارتباط هو انتفاء الشيء بانتفاء ما ارتبط به، ومجرد عدم الانتفاء في بعض الموارد لأجل الدليل لا يوجب التعدي.
مدفوعة: بأنَّ المقصود من بيان الأمثلة: أنَّه لا يستحيل التفكيك بين الشرط والعقد، وأنَّه ليس التصرف المترتب على العقد بعد انتفاء ما ارتبط به في الموارد

وتوضيح الدعوى: أنَّ القيود المأخوذة في المطلوبات الشرعية والعرفية على
نحوين:

الأول: ما يكون ركناً في المطلوب بحيث لا يكون مطلوباً بدونه، كما إذا باع الموجود على أنه عبد فظهر كونه حماراً، أو تعلق طلب المولى بالإتيان بتتن الشطب، فانه لا يكفي الإتيان بالأصفر أي التتن الذي يستعمل في النارجيل المعروف في لغة الفرس بـ(قليان)، أو تعلق بالغسل للزيادة تنظيفاً فانه لا يكفي التيمم ولا يقوم مقامه، حيث لا تنظيف في التيمم، بخلاف ما إذا باع الموجود بشرط أنه عبد صحيح فظهر معيباً، أو أمره بالإتيان بالتتن الجيد فأتى بالرديء، وبالغسل بماء الفرات فاغتسل بغيره، فإنَّ العرف في هذه الموارد يحكم بأنَّ الموجود نفس المطلوب، غاية الأمر أنه فاقد لجهة أخرى مطلوبة أيضاً ويعبر عن ذلك بموارد تعدد المطلوب.

والظاهر أن الشرط في المعاملات من القبيل الثاني: ويكون قيداً لأحد العوضين بنحو لا يكون ركناً في المعاوضة.

وعليه فلو كان المشروط له جاهلاً بفساد الشرط يمكن أن يقال بثبوت الخيار له لكون لزوم العقد بدون الشرط ضرورياً عليه، بخلاف ما إذا كان عالماً بفساده ومع ذلك قد أقدم على المعاملة مع الشرط، فإنَّه بإقدامه على الضرر يكون العقد لازماً عليه، وهذا الخيار غير مصرح به في كلماتهم انتهى ما أفاده الله في المقام.

أقول: قد تقدّم أنَّ المعاملة تكون معلقة على الشرط بمعناه المصدري أي الالتزام

المذكورة تصرفاً لا عن تراض جَوَّزه الشارع تعبداً وقهراً على المتعاقدين، فما هو التوجيه في هذه الأمثلة هو التوجيه فيما نحن فيه، ولذا اعترف في جامع المقاصد: بأن في الفرق بين الشرط الفاسد والجزء الفاسد عسراً.

سواء كان المشروط فعلاً أو أمراً وضعياً، وأن التراضي المعاملي المعتبر في المعاملات نفس إنشاء المعاملة لا بالإكراه عليها، ولا يعتبر فيها طيب النفس الباطني.

وعليه فالالتزام المعلق عليه حاصل فتكون المعاملة وإنشاءها حاصلًا، غاية الامر لا يكون الشرط المزبور نافذاً بمعنى أن المشروط على تقدير كونه فعلاً لا يجب الاتيان به، وعلى تقدير كونه أمراً وضعياً لا يكون ممضى شرعاً.

ومن الظاهر لا تعليق للعقد على المشروط أصلاً، بل عدم حصول المشروط في مورد اشتراط الفعل بل وغيره يكون من شرط الخيار المشروط، وينبت هذا الخيار للمشروط سواء علم فساد الشرط أم لا، فإن شرط الخيار شرط آخر غير الشرط الباطل، وليس لقاعدة «نفي الضرر»^(١) لينحصر ثبوته بصورة جهل المشروط له بالفساد.

ومما ذكرنا أن قضية تعدد المطلوب لا ترتبط بالمقام، حيث إنه قد بينا فيما سبق أن الاشتراط لا يكون قيداً ليقال أنه غير ركن.

أضف إلى ذلك أن ما ذكره رحمته من تعدد المطلوب ضعيف جداً في موارد الطلب الإلزامي، ولا يساعد عليه الظهور العرفي.

نعم ذكروا ذلك في باب المستحبات وهو أيضاً لا يخلوا عن تأمل، إلا في موارد قيام قرينة عامة، أو خاصة على ما ذكر تفصيله في باب المطلق والمقيّد.

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

والحاصل: أنه يكفي للمستدل بالعمومات منع كون الارتباط مقتضياً لكون العقد بدون الشرط تجارة لا عن تراض، مستنداً إلى النقض بهذه الموارد. وحل ذلك: أن القيود المأخوذة^[١] في المطلوبات العرفية والشرعية:

منها: ما هو ركن للمطلوب، ككون المبيع حيواناً ناطقاً لاناهاقاً، وكون مطلوب المولى إتيان ثنتين الشطب لا الأصفر الصالح للنارجيل، ومطلوب الشارع الغسل بالماء للزيارة، فإن العرف يحكم في هذه الأمثلة بانتفاء المطلوب لانتفاء هذه القيود، فلا يقوم الحمار مقام العبد، ولا الأصفر مقام التين، ولا التيمم مقام الغسل. ومنها: ما ليس كذلك، ككون العبد صحيحاً، والتين جيداً، والغسل بماء الفرات، فإن العرف يحكم في هذه الموارد بكون الفاقد نفس المطلوب. والظاهر أن الشرط من هذا القبيل، لا من قبيل الأول، فلا يعد التصرف الناشئ عن العقد بعد فساد الشرط تصرفاً لا عن تراض. نعم، غاية الأمر أن فوات القيد هنا موجب للخيار لو كان المشروط له جاهلاً بالفساد، نظير فوات الجزء والشرط الصحيحين. ولا مانع من التزامه وإن لم يظهر منه أثر في كلام القائلين بهذا القول.

الثالث رواية عبد الملك بن عتيبة^[١] عن الرضا^(عليه السلام): «عن الرجل ابتاع منه

[١] استدل على فساد العقد بفساد شرطه بروايات:

منها: رواية عبد الملك بن عتيبة رواها الشيخ^(١) بإسناده عن أحمد بن محمد بن عيسى عن علي بن حكيم عنه قال: سألت أبا الحسن^(عليه السلام)، وسند الشيخ إلى أحمد بن محمد بن عيسى وإن كان فيه كلام لا يسعه المجال إلا أنه معتبر، ولكن عبد الملك بن عتيبة لم يوثق فإنه الهاشمي لا النخعي الثقة بقرينة رواية علي بن الحكم.

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٩٥، الباب ٣٥ من أبواب أحكام العقود، والتهذيب ٧: ٥٩ / ٢٥٣.

طعاماً أو متاعاً على أن ليس منه عليّ وضیعة، هل يستقيم ذلك؟ ما حد ذلك؟ قال: لا ينبغي» والظاهر أن المراد الحرمة لا الكراهة كما في المختلف، إذ مع صحة العقد لا وجه لكراهة الوفاء بالوعد. ورواية الحسين بن المنذر: «قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يجيئي فيطلب مني العينة، فأشتري المتاع من أجله، ثم أبيعهُ إياه، ثم أشتريه منه مكاني؟ فقال: إذا كان هو بالخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبع، وكنت أنت بالخيار إن شئت اشتريت وإن شئت لم تشتري فلا بأس، فقلت: إن أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسد، ويقولون: إنه إن جاء به بعد أشهر صحَّ، قال: إنما هذا تقديم وتأخير لا بأس» فإنَّ مفهومه ثبوت البأس إذا لم يكونا أو أحدهما مختاراً

ووجه الاستدلال بها رجوع الضمير في «لا ينبغي» إلى العقد وأنَّ المراد به الحرمة الوضعية يعني العقد المشروط فيه ضمان الضرر على البائع فاسد.

ولا يمكن إرجاعه إلى الشرط والأخذ بظهور «لا ينبغي» في الكراهة، حيث لا معنى لصحة البيع وكراهة الوفاء بالشرط إذ لو كان البيع صحيحاً لوجب الوفاء بالشرط على تقدير صحة الشرط أو استحباب على تقدير فساد.

وأجاب عليه السلام عن الاستدلال: برجوع «لا ينبغي» إلى العقد والمراد به الكراهة بمعنى أن العقد المشروط فيه الضرر على البائع مكروه، وإن كان يجب العمل بالشرط على تقديره.

أقول: لو كان اشتراط الضرر على البائع بنحو شرط الفعل تمَّ ما ذكره، وأمّا لو كان بنحو شرط النتيجة فلا يمكن الالتزام بصحة الشرط، فإنَّ كون الضرر على البائع شرط ينافي مقتضى العقد، فإنَّ النفع أو الضرر يتبع الأصل كما لا يخفى.

وكيف كان: فلا يبعد أن يكون المراد بـ«لا ينبغي» الفساد، وأنَّ الفساد يرجع إلى الشرط لا إلى أصل البيع.

في ترك المعاملة الثانية، وعدم الاختيار في تركها إنما يتحقق باشتراط فعلها في ضمن العقد الأول، وإلا فلا يلزم له عليها، فيصير الحاصل: أنه إذا باعه بشرط أن يبيعه منه أو يشتريه منه لم يصح البيع الأول فكذا الثاني، أو لم يصح الثاني لأجل فساد الأول، إذ لا مفسد له غيره. ورواية علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: «سألته عن رجل باع ثوباً بعشرة دراهم إلى أجل، ثم اشتراه بخمسة نقداً، أيحل؟ قال: إذا لم يشترطاً ورضياً فلا بأس» ودلالتها أوضح من الأولى.

والجواب أما عن الأولى: فبظهور «لا ينبغي» في الكراهة، ولامانع من كراهة البيع على هذا النحو، لأن البيع صحيح غير مكروه والوفاء بالشروط مكروه.

ومنها: رواية الحسين بن المنذر قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: يجيئني الرجل فيطلب العينة فأشتري له المتاع مرابحة ثم أبيع له إياه ثم أشتريه منه مكاني، قال: إذا كان بالخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبع، وكنت أنت بالخيار إن شئت اشتريت وإن شئت لم تشتري فلا بأس، فقلت: إن أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسد، ويقولون: إن جاء به بعد شهر صلح، قال: إنما هذا تقديم وتأخير فلا بأس»^(١).

الرواية ضعيفة سنداً بالحسين بن المنذر.

ومنها: صحيحة علي بن جعفر عليه السلام قال: «سألته عن رجل باع ثوباً بعشرة دراهم ثم اشتراه بخمسة دراهم أيحل؟ قال: إذا لم يشترطاً ورضياً فلا بأس»^(٢).

ووجه الاستدلال أن مقتضى نفي البأس عن بيع الشيء ثم شرائه بعدم اشتراط الشراء في البيع الأول عدم جواز البيع المزبور مع اشتراط الشراء فيه، والبأس في البيع ظاهر في الفساد.

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٤١-٤٢، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤.

(٢) المصدر: ٤٢، الحديث ٦.

وأما عن الروایتین: فأولاً: بأن الظاهر من الرواية - بقرينة حكاية فتوى أهل المسجد على خلاف قول الإمام عليه السلام في الرواية الأولى - هو رجوع البأس في المفهوم إلى الشراء، ولا ينحصر وجه فساد فيه في فساد البيع، لاحتمال أن يكون من جهة عدم الاختيار فيه الناشيء عن التزامه في خارج العقد الأول، فإن العرف لا يفرقون في إلزام المشروط عليه بالوفاء بالشرط بين وقوع الشرط في متن العقد أو في الخارج، فإذا التزم به أحدهما في خارج العقد الأول كان وقوعه للزومه عليه عرفاً، فيقع لا عن رضا منه فيفسد. وثانياً: بأن غاية مدلول الرواية فساد البيع المشروط فيه بيعه عليه ثانياً، وهو ممّا لا خلاف فيه حتّى ممّن قال بعدم فساد العقد بفساد شرطه - كالشيخ في المبسوط - فلا يتعدّى منه إلى غيره، فلعلّ البطلان فيه للزوم الدور كما ذكره العلامة، أو لعدم قصد البيع كما ذكره الشهيد رحمته الله، أو لغير ذلك.

وأجاب رحمته الله عن ذلك بوجهين: الأول: أنّ البأس في الروایتین مع الاشتراط راجع إلى الشراء ثانياً وأن الشراء ثانياً لا بأس به مع عدم اشتراطه في البيع الأول، وإلا يكون الشراء ثانياً باطلاً، ولا بأس بالالتزام بذلك فإن اشتراطه في البيع الأول يوجب أن يقع الشراء ثانياً بلا تراض وبنحو الإلزام على المشروط عليه.

وذكر رحمته الله: أنّه يؤيد ذلك ما في رواية الحسين بن المنذر من نقل الراوي ما يذكر أهل المسجد من بطلان الشراء ثانياً مع عدم الاشتراط أيضاً، وأنّه لو وقع الشراء بعد شهر صح لا قبله.

ثم قال: لو فرض رجوع البأس مع الاشتراط إلى البيع الأول فلا يدل على سراية فساد الشرط إلى العقد، فإنّ الكلام في المقام في سراية فساد الشرط إلى العقد، لا فيما أوجب الاشتراط الخلل في العقد.

بل التحقيق: أن مسألة اشتراط بيع المبيع خارجة عما نحن فيه، لأن الفساد ليس لأجل كون نفس الشرط فاسداً، لأنه في نفسه ليس مخالفاً للكتاب والسنة، ولا منافياً لمقتضى العقد، بل الفساد في أصل البيع لأجل نفس هذا الاشتراط فيه للفساد ما اشترط. وقد أشرنا إلى ذلك في أول المسألة، ولعلّه لما ذكرنا لم يستند إليهما أحد في مسألتنا هذه.

وما في الروایتين من قبيل الثاني، حيث إن فساد البيع بالاشتراط المزبور لكون صحته مع الشرط المزبور دوري كما ذكره العلامة^(١)، لأنّ البائع لا يقصد البيع مع الشرط المزبور كما عن الشهيد^(٢)، أو لغير ذلك.

وكيف ما كان فاشتراط شراء المال ثانياً لا يكون في نفسه باطلاً، لأنه غير مخالف للكتاب والسنة، ولا منافياً لمقتضى العقد ففساد العقد مع الاشتراط المزبور يكون للخلل في العقد لا للفساد في شرطه.

أقول: ظاهر الروایتين أن بيع العينة مع الاشتراط لا يصح، وإن بيع المتاع بشرط شرائه ثانياً محكوم بالبطلان ولا بأس بالالتزام به.

وهذا كما ذكره الله أخيراً لا بأس بالالتزام به تعبداً، لا للدور وعدم قصد البيع كما تقدّم.

وأما إرجاع البأس إلى الشراء الثاني، وإن بطلانه لعدم التراضي به ففيه ما لا يخفى، فإنّ لازم ذلك بطلان البيع بشرط بيع المتاع ولو من ثالث، ولا أظنّ أن يلتزم به أحد فإنّ التراضي المعتبر في المعاملة هو عدم الإكراه عليها بلا حقّ على ما تقدّم في بيع المكروه، وإن طيب النفس بمعنى ابتهاجها غير معتبر في المعاملات أصلاً.

(١) التذكرة ١: ٤٩٠.

(٢) الدروس ٣: ٢١٦.

والحاصل: أنني لم أجد لتخصيص العمومات في هذه المسألة ما يطمئن به النفس.

ويدلّ على الصحة جملة من الأخبار: [١]

[١] استدللْتُ على صحة المعاملة مع فساد الشرط فيها بروايات:

منها: ما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح عن عبيد الله بن علي الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه ذكر أن بريرة كانت عند زوج لها وهي مملوكة فاشتريتها عائشة فأعتقها، فخيرها رسول الله ﷺ وقال: إن شاءت أن تقرّ عند زوجها وإن شاءت فارقتها، وكان مواليها الذين باعوها اشترطوا ولاءها على عائشة، فقال رسول الله ﷺ: الولاء لمن اعتق^(١).

فإنّ الحكاية ظاهرة تمام الظهور في أنّ شرط الولاء المحكوم بالفساد لا يوجب بطلان البيع وإنّ كان عتقها في ملك الغير، وحملها على الاشتراط خارج العقد مع كونه خلاف الظاهر ينفيه تعليل الحكم - في هذه الرواية إشارة وفي غيرها صراحة - بأنّ شرط الولاء لغير المعتق مخالف للكتاب والسنة.

ومنها: مرسلة جميل وصحيحة الحلبي:

وفي الأولى - أي المرسلة - عن أحدهما عليه السلام «في رجل اشترى جارية وشرط لأهلها أن لا يبيع ولا يهب، قال: يفي بذلك إذا شرط لهم»^(٢).

رواها الشيخ باسناده عن أحمد بن عيسى عن علي بن حديد عن جميل بن دراج

(١) الكافي ٥: ٤٨٦، الحديث ١، والفتاوى ٣: ١٣٤، الحديث ٣٤٩٧، والتهذيب ٧: ٣٤١، الحديث ١٣٩٦،

وراجع الوسائل ٢١: ١٦١ - ١٦٢، الباب ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ٢، و ١٦: ٦٥، الباب

٣٧ من كتاب العتق، الحديث ٢.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٣٠٠، الباب ٤٠ من أبواب المهور، الحديث ٣.

منها: ما عن المشايخ الثلاثة - في الصحيح - عن الحلبي عن الصادق عليه السلام: «أنه ذكر أن بريرة كانت عند زوج لها وهي مملوكة، فاشتريتها عائشة فأعتقتها، فخيرها رسول الله ﷺ فقال: إن شاءت فعدت عند زوجها وإن شاءت فارقتها، وكان مواليها الذين باعوها اشترطوا على عائشة أن لهم ولأهلهما، فقال عليه السلام: الولاء لمن أعتق». وحملها على الشرط الخارج عن العقد مخالف لتعليل فساد في هذه الرواية إشارة وفي غيرها صراحة بكونه مخالفاً للكتاب والسنة. فالإنصاف: أن الرواية في غاية الظهور.

ومنها: رسالة جميل وصحيحة الحلبي: الأولى عن أحدهما عليه السلام: «في الرجل يشتري الجارية ويشترط لأهلها أن لا يبيع ولا يهب ولا يورث، قال: يفي بذلك إذا شرط لهم، إلا الميراث». فإن الحكم بوجوب الوفاء بالأولين دون الثالث مع اشتراط الجميع في العقد لا يكون إلا مع عدم فساد العقد بفساد شرطه. ولو قلنا بمقالة المشهور: من فساد اشتراط عدم البيع والهبة - حتى أنه حكى عن كاشف الرموز:

عن بعض أصحابنا^(١).

ورواها أيضاً بإسناده عن علي بن اسماعيل الميثمي وزاد في الثاني إلا الميراث، وسنده إلى علي بن إسماعيل غير مذكور^(٢).

وكيف ما كان فالأمر بالشرط في عدم البيع والهبة دون الميراث شاهد بعدم سريّة فساد الشرط إلى العقد، فإن شرط عدم الميراث بأن لا يثبت في ملك المشتري عند موته باطل كما تقدّم.

ولو كان العقد مع بطلان شرط فاسداً لما أمر عليه السلام بالوفاء بشرط عدم البيع والهبة،

(١) التهذيب ٧: ٢٥، الحديث ١٠٦.

(٢) التهذيب ٧: ٣٧٣، الحديث ١٥٠٩.

أني لم أجد عاملاً بهذه الرواية - كان الأمر بالوفاء محمولاً على الاستحباب ويتم المطلوب أيضاً، ويكون استثناء اشتراط الإرث، لأن الملك فيه قهري للوارث، لا معنى لاستحباب وفاء المشتري به. مع أن تحقق الإجماع على بطلان شرط عدم البيع والهبة ممنوع، كما لا يخفى. والثانية عن أبي عبد الله عليه السلام: «عن الشرط في الإماء، لا تباع ولا توهب؟ قال: يجوز ذلك غير الميراث، فإنها تورث، وكل شرط خالف كتاب الله فهو رد... الخبر» فإن قوله عليه السلام: «فإنها تورث» يدل على بقاء البيع الذي شرط فيه أن لا تورث على الصحة، بل يمكن أن يستفاد من قوله بعد ذلك: «كل شرط خالف كتاب الله عز وجل فهو رد» - أي لا يعمل به - : أن جميع ما ورد في بطلان الشروط المخالفة لكتاب الله جل ذكره يراد بها عدم العمل بالشرط، لا بطلان أصل البيع. ويؤيده ما ورد في بطلان الشروط الفاسدة في ضمن عقد النكاح.

بل لو كان شرط عدم البيع والهبة فاسداً أيضاً كما نسب إلى المشهور لكان الأمر بالوفاء بهما استحباباً وفاءً للوعد دليلاً على عدم بطلان البيع.

والوجه في استثناء الميراث عن استحباب الوفاء لكون الإرث لا يقبل الاستحباب أو الوجوب كما لا يخفى.

وفي الثانية - أي صحيحة الحلبي - : عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال سألت عن الشرط في الإماء لا تباع ولا توهب ولا تورث، فقال: يجوز غير الميراث، فإنها تورث، وكل شرط خالف كتاب الله فهو رد»^(١).

وظاهر قوله عليه السلام: «فإنها تورث» شاهد لثبوت البيع وسقوط عدم الإرث، بل في قوله عليه السلام: «كل شرط خالف كتاب الله فهو رد» ان الشرط لا يعمل به مع كونه مخالفاً

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

وقد يستدل على الصحة: بأن صحة الشرط [١] فرع على صحة البيع، فلو كان الحكم بصحة البيع موقوفاً على صحة الشرط لزم الدور. وفيه ما لا يخفى. والإنصاف: أن المسألة في غاية الإشكال، ولذا توقّف فيها بعض تبعاً للمحقق رحمته الله. ثم على تقدير صحة العقد، ففي ثبوت الخيار للمشروط له مع جهله بفساد الشرط [٢] وجه، من حيث كونه في حكم تخلف الشرط الصحيح، فإن المانع الشرعي كالعقلي، فيدل عليه ما يدل على خيار تخلف الشرط. ولا فرق في الجهل

لكتاب الله، وأن العقد يبقى في جميع موارد عدم العمل بالشرط لمخالفته كتاب الله. ويؤيد أيضاً صحة المعاملة مع بطلان الشرط ما ورد في الشرط الفاسد في النكاح.

[١] وقد يستدل على صحة العقد مع بطلان شرطه بأن صحة الشرط متوقفة على صحة العقد، ولو كان صحة العقد متوقفاً على صحة الشرط لدار. وفيه ما لا يخفى، فإن مدعي سراية الفساد إلى العقد يدعي الملازمة بين الحكمين أي الحكم بصحة العقد وإمضائه، والحكم بصحة الشرط وإمضائه، نظير الملازمة بين وجوب القصر ولزوم الإفطار، والملازمة بين الحكمين لا يرتبط على كون كل من الحكمين علّة لحدوث الحكم الآخر كما هو واضح.

[٢] ذكر رحمته الله أنه بناءً على صحة المعاملة مع فساد الشرط فيها يثبت للمشروط له خيار الفسخ مع جهله بطلان الشرط، لأن عدم حصول الشرط المزبور من تخلف الشرط، لأن المانع الشرعي وتحريم الشارع الفعل المشروط في المعاملة كتعذر ذلك الفعل عقلاً في عدم حصول الشرط وتخلّفه، فيدل على ثبوت الخيار مع بطلان الشرط ما دل على ثبوته عند تخلف الشرط.

ثم لا فرق في ثبوت الخيار للمشروط له مع الجهل بفساد الشرط بين جهله

المعتبر في الخيار بين كونه بالموضوع أو بالحكم الشرعي، ولذا يعذر الجاهل بثبوت الخيار أو بفوريته. ولكن يشكل: بأنَّ العمدة في خيار تخلف الشرط هو الإجماع، وأدلة نفي الضرر قد تقدّم - غير مرّة - أنّها لا تصلح لتأسيس الحكم الشرعي إذا لم يعتضد بعمل جماعة، لأنَّ المعلوم إجمالاً أنّه لو عمل بعمومها لزم منه تأسيس فقه جديد خصوصاً إذا جعلنا الجهل بالحكم الشرعي عذراً، فتربّ ضرر يترتب على المعاملات من أجل الجهل بأحكامها، خصوصاً الصحة والفساد، فإنّ

بالحكم، كما إذا لا يعلم بأنّ شرط كنس المسجد على الحائض باطل، أو جهله بالموضوع بأن لا يعلم بأنّ المشروط عليها الكنس حائض. والشاهد لثبوت الخيار ولو مع الجهل بالحكم تقصيراً ذكرهم ثبوت خيار الغبن للجاهل به أو بفوريته.

ولكن يمكن القول بأنّ الجاهل بفساد الشرط كالعالم بفساده في عدم ثبوت الخيار له - سواء كان بطلان الشرط مع جهله بالحكم أو الموضوع - لأنّ الدليل على ثبوت الخيار مع تخلف الشرط الإجماع وقاعدة «نفي الضرر»^(١)، وشيء منهما غير جار في المقام.

فإنّ الإجماع على الخيار مع بطلان الشرط غير محرز، بل تقدم عدم الإشارة إلى ذلك في كلماتهم فضلاً عن التصريح.

وأما قاعدة «نفي الضرر»^(٢) فقد ذكرنا في التكمّل في القاعدة أنّه لا يعمل بها في غير مورد عمل المشهور بها للعلم بأنّه كان لها قيد لم يصل إلينا، وعمل المشهور بها في مورد كاشف عن عدم شمول القيد لذلك المورد.

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

(٢) المصدر السابق.

ضرورة الشرع قاضية في أغلب الموارد بأن الضرر المترتب على فساد معاملة مع الجهل به لا يتدارك، مع أن مقتضى تلك الأدلة نفي الضرر الغير الناشئ عن تقصير المتضرر في دفعه، سواء كان الجهل متعلقاً بالموضوع أم بالحكم، وإن قام الدليل في بعض المقامات على التسوية بين القاصر والمقصر. فالأقوى في المقام عدم الخيار وإن كان يسبق خلافه في بوادي الأنظار.

والوجه في العلم الإجمالي المزبور استلزام إطلاقها تأسيس فقه جديد خصوصاً لو جعل الجهل بالحكم عذراً بحيث تنفي بالقاعدة الحكم الضرري المتعلق بالمكلف ولو لجهله بالحكم الشرعي الآخر، كنفي لزوم المعاملة في صورة الجهل بخيار الغبن أو جهله بفوريته.

والوجه في استلزام العمل بعموم القاعدة تأسيس فقه جديد أنه يثبت المعاملات من جهة الجهل بأحكامها خصوصاً الجهل بصحتها أو فسادها ضرر لا يتدارك، فيلزم أن لا يثبت صحتها أو فسادها لثلا يقع الضرر، كما إذا اشترى مالا نسية مع عدم تعيين المدة في ناحية الثمن للجهل باشتراط التعيين وتسلم المبيع ثم علم بطلان البيع، فإن بطلانه يوجب تضرر البائع لو قيل بأن أجرة حمل المتاع إليه ثانياً على البائع، وتضرر المشتري لو قلنا بأن أجرته عليه فيلزم أن ينفي فساد المعاملة بقاعدة «نفي الضرر»^(١) لثلا يقع الضرر.

والحاصل: أن العمل بقاعدة «نفي الضرر» في لزوم البيع مع فساد الشرط فيه غير محرز، فلا يمكن نفيه ولو مع جهل المشروط له بفساد الشرط حكماً أو موضوعاً. أقول: قد تقدّم أن الخيار في المعاملات لا يثبت بقاعدة «نفي الضرر»، ولو جرت

الثاني: لو أسقط المشروط له الشرط الفاسد على القول بإفساده، لم يصح بذلك العقد، لانعقاده بينهما على الفساد، فلا ينفع إسقاط المفسد. ويحتمل الصحة بناءً على أنَّ التراضي إنما حصل على العقد المجرد عن الشرط، فيكون كتراضيهما عليه حال العقد. وفيه: أنَّ التراضي إنما ينفع إذا وقع عليه العقد أو لحق العقد السابق، كما في بيع المكّره والفضولي، أمّا إذا طرأ الرضا على غير ما وقع عليه العقد فلا ينفع، لأنَّ متعلّق الرضا لم يُعقد عليه ومتعلّق العقد لم يُرض به. ويظهر من بعض مواضع التذكرة التردّد في الفساد بعد إسقاط الشرط، قال: يشترط في العمل المشروط على البائع أن يكون محللاً، فلو اشترى العنب على شرط أن يعصره البائع خمرًا لم يصح الشرط والبيع على إشكال، ينشأ من جواز إسقاط المشتري الشرط

القاعدة فيها لكان مقتضاها فسادها لا ثبوت الخيار، وإن المدرك للخيار في المقام ونظيره هو الشرط الارتكازي الثابت في المعاملات.

وهذا الشرط مشمول لقوله ﷺ «المسلمون عند شروطهم»^(١)، بل لا يبعد أن يثبت الخيار فيما كان المشروط المحكوم بالفساد أمراً وضعياً، فإنَّ عدم حصوله أيضاً موضوع للخيار المشروط في ارتكازهم.

ويشهد لذلك موت المشروط عليه بعد العقد مع شرط الوكالة بنحو شرط النتيجة عليه.

وأما ما ذكره ﷺ: من أنَّ الأخذ بعموم القاعدة يوجب تأسيس فقه جديد فقد ذكرنا في محله أن الحكم الضرري منفي، لا الناشئ من عدم الحكم أو الناشئ من غير الحكم، وهذا لا يستلزم محذوراً والتفصيل في محله.

(١) وسائل الشريعة ١٨: ١٦، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٥.

عن البائع والرضا به خالياً عنه وهو المانع من صحة البيع [١] ومن اقتران البيع بالمبطل.

وبالجملة، فهل يُثمر اقتران مثل هذا الشرط بطلان البيع من أصله. بحيث لو رضي صاحبه بإسقاطه لا يرجع البيع صحيحاً، أو إيقاف البيع بدونه بطل وإلا صح؟ نظر، انتهى. ولا يُعرف وجهٌ لما ذكره من احتمال الإيقاف.

الثالث: لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد لفظاً ولم يذكر في العقد، فهل يبطل العقد بذلك بناءً على أنّ الشرط الفاسد مفسد أم لا؟ وجهان، بل قولان مبنيان على تأثير الشرط قبل العقد.

فإن قلنا: بأنه لا حكم له - كما هو ظاهر المشهور، وقد تقدّم في الشروط - لم يفسد، وإلا فسد. ويظهر من المسالك هنا قول ثالث، قال في مسألة اشتراط بيع المبيع من البائع: المراد باشتراط ذلك شرطه في متن العقد، فلو كان في أنفسهما ذلك ولم يشترطاه لم يضر. ولو شرطاه قبل العقد لفظاً، فإن كانا يعلمان بأنّ الشرط المتقدم لا حكم له، فلا أثر له، وإلاّ اتّجه بطلان العقد كما لو ذكراه في متنه، لأنّهما لم يقدمّا إلاّ على الشرط ولم يتمّ لهما، فيبطل العقد، انتهى.

[١] أي الشرط مانع عن صحة البيع ومع إسقاط الشرط يصح البيع.

ثم ذكر وبالجملة فهل يترتب على مثل شرط تخمير العنب فساد بيعه من أصله بحيث لو رضي المشتري بإسقاط شرطه لم يصح البيع أيضاً، أو أن البيع بدون إسقاط الشرط موقوف، فإن أسقط صح؟

ووجه الإيقاف: أنّ التراضي بأصل العقد كالتراضي في عقد المكروه والفضولي. ولكن الجواب ما قيل في وجه بطلان العقد ببطلان شرطه ومقتضاه عدم كفاية إسقاط الشرط حيث إنّ العقد المطلق غير منشأ كما لا يخفى.

وفي باب المراجعة بعد ذكر المحقق [١] في المسألة المذكورة: أنه «لو كان من قصدهما ذلك ولم يشترطه لفظاً كره» قال في المسالك: أي لم يشترط في نفس العقد فلا عبرة بشرطه قبله. نعم، لو توهم لزوم ذلك أو نسي ذكره فيه مع ذكره قبله، أتجه الفساد، انتهى. ثم حكى اعتراضاً على المحقق رحمته وجواباً عنه بقوله: قيل عليه: إن مخالفة القصد للفظ تقتضي بطلان العقد، لأن العقود تتبع القصود، فكيف يصح العقد مع مخالفة اللفظ للقصد. وأجيب: بأن القصد وإن كان معتبراً في الصحة

[١] ذكر المحقق رحمته (١) في مسألة «اشتراط بيع المبيع من بئعه ثانياً» أنه لو لم يشترط البيع الثاني بذكره في البيع الأول شرطاً، بل كان ذلك من قصدهما من غير أن يشترط لفظاً كان البيع مكروهاً.

ثم إنه ذكر في المسالك (٢) في المسألة «اشتراط البيع من البائع ثانياً»: أن المراد من اشتراط بيعه من بئعه ذكر هذا الشرط في عقد البيع، ولو لم يذكر في العقد بل كان بيعه من بئعه ثانياً في قصد المتبايعين فقط لم يضر هذا القصد بصحة البيع ولا بصحة الشراء من مشتريه ثانياً.

وأما لو ذكر هذا الشرط قبل العقد وترك ذكره في العقد فإن كانا عالمين بأن الشرط المذكور قبل العقد لا أثر له فيحكم أيضاً بصحة البيع والشراء ثانياً، وأما لو جهلا ذلك وتخيل أن المذكور قبل العقد كالمذكور في العقد يحكم ببطلان البيع، نظير الحكم ببطلانه مع ذكر الشرط في نفس العقد.

والوجه في التفصيل أنه مع علمهما بعدم الأثر للشرط المذكور قبل العقد يكون إقدامهما مطلقاً، بخلاف ما إذا جهلا وتخيل لزوم الشرط، فإن إقدامهما على ملكية المبيع

(١) شرائع الإسلام ٢: ٤١، في المراجعة (دار الأضواء - بيروت).

(٢) المسالك ٣: ٣٠٨ - ٣٠٩.

فلا يعتبر في البطلان، لتوقّف البطلان على اللفظ والقصد، وكذلك الصحة، ولم يوجد في الفرض. ثم قال ﷺ: وفيه منع ظاهر، فإنّ اعتبارهما معاً في الصحة يقتضي كون تخلف أحدهما كافياً في البطلان، ويرشد إليه عبارة الساهي والثائم والمكره، فإنّ المتخلف الموجب للبطلان هو القصد خاصّة، وإلا فاللفظ موجود ثمّ قال: والذي ينبغي فهمه أنّه لا بدّ من قصدهما إلى البيع المترتب عليه أثر الملك للمشتري على وجه لا يلزمه رده، وإنّما يفتقر قصدهما لردّه بعد ذلك بطريق الاختيار، نظراً إلى وثوق البائع بالمشتري أنّه لا يمتنع من ردّه إليه بعقد جديد بمحض اختياره ومروّته، انتهى كلامه.

يكون مقيداً.

وذكر أيضاً في المسالك^(١) في ذيل كلام المحقّق في باب المراجعة: أنّه لو لم يشترط بيع المتاع من بائعه ثانياً في متن عقد البيع، بل اشترط ذلك قبل البيع فلا يوجب بطلان البيع، إلا إذا توهم لزوم رعاية المذكور قبل العقد أيضاً، أو علماً عدم لزومه ولكن كان عدم ذكره في متن العقد لنسيانهما.

ثمّ تعرض^(٢) لما يورد على كلام المحقّق من حكمه بصحة البيع من عدم ذكر الشرط في عقد البيع وكونه في قصدهما فقط، ولما يجاب عن الإيراد. أمّا الإيراد فهو أنّ العقود في صحتها تتبع القصد وإذا لم يكن العقد بحسب القصد مطلقاً، كما هو فرض قصدهما بيع المتاع من بائعه ثانياً، فكيف يحكم بصحة البيع.

أما الجواب فلأنّ صحة الشرط وإن يحتاج إلى قصده وذكره في العقد، ولكن فساد الشرط لا يتوقّف على قصده، بل يكفي فيه عدم ذكره في العقد، كما أنّ بطلان

أقول: إذا أوقعا العقد المجرد على النحو الذي يوقعانه مقترناً بالشرط وفرض عدم التفاوت بينهما في البناء على الشرط والالتزام به إلا بالتلفظ بالشرط وعدمه، فإن قلنا بعدم اعتبار التلفظ في تأثير الشرط الصحيح والفساد، فلا وجه للفرق بين من يعلم فساد الشرط وغيره، 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 وعدم ترتب أثر شرعي عليه، وغيره.

العقد بالشرط يتوقف على قصد ذلك الشرط وذكره في العقد، وكذلك صحة الشرط فإنه يتوقف على القصد وذكره في العقد والمفروض عدم حصول الشرط كذلك. ثم أورد^(١) على هذا الجواب: بأن توقف صحة العقد على اللفظ والقصد لازمه الحكم ببطالان العقد مع عدم القصد كما هو مقتضى الإيراد، فإن اللفظ يحصل من الساهي والغالط والمكره، ولكن لا يصح عقدهم لعدم القصد.

وعلى ذلك فانما يحكم بصحة البيع مع عدم ذكرهما الشرط في متن العقد فيما لو قصد بيع المتاع من المشتري بحيث يكون ملكاً له على وجه لا يكون للبائع إلزامه ببيعه منه ثانياً، بل يكون هذا البيع باختيار المشتري وإرادته، وإقدام البائع على بيع المتاع لوثوقه بالمشتري، وأنه لا يمتنع عن تملك المتاع منه ثانياً بمحض اختياره ووعده.

وأورد المصنف رحمه الله على المسالك بأنه لو فرض الحكم بفساد العقد فيما إذا شرطاً بيع المتاع من بائعه ثانياً قبل العقد مع جهلها بفساد الشرط المذكور قبل العقد لزم

وبالجملة، فالإقدام على العقد مقيداً أمر عرفي يصدر من المتعاقدين وإن علما بفساد الشرط. وأما حكم صورة 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 محل ذكر الشرط كان كتارك ذكر الشرط عمداً تعويلاً على توأطئهما السابق.

الحكم بفساد الحكم بفساد العقد مع علمهما بفساده أيضاً، فإن العلم بالفساد شرعاً لا ينافي قصدهما ملك المتاع للمشتري بنحو يتحقق للبائع إلزامه ببيعه منه ثانياً بأن لا يقصد ملك المتاع للمشتري بالملك المطلق كما أن العلم بفساد بيع لا ينافي قصد بيع المتاع من المشتري لا مجاناً، نظير ما إذا باع المكيل من المشتري بغير كيل. وعلى الجملة: كون تملك المتاع من المشتري مقيداً أو مطلقاً أمر عرفي يحصل بالعقد من المتعاقدين، وقصد المتعاقدين لا يتبع الفساد الشرعي.

أقول: لو كان الوجه في فساد البيع مع ذكر شرط بيع المتاع من بائعه ثانياً في متن العقد عدم قصد المتعاقدين ملك المتاع بنحو الإطلاق، فالظاهر عدم الفرق في بطلان البيع بين ذكره في متن العقد وبين ذكره سابقاً وإيقاع العقد مبنياً عليه، لعدم الفرق بين عدم قصد الملك المطلق في الصورتين.

وكذا لو قلنا بفساد البيع المشروط فيه بيع المتاع من بائعه ثانياً للتباعد، فانه أيضاً يحكم ببطلان البيع في الصورتين، لأن العقلاء لا يفرقون في معاملاتهم بين ذكر الشرط في متن العقد أو ذكره سابقاً وإيقاع العقد مبنياً عليه، ففي الصورتين مع الشرط المزبور ليس المشتري - بحسب بنائهم - أن يبيع أو يترك البيع من بائعه ثانياً.

كما أنه ليس للبائع أن يأخذ المبيع ثانياً أو أن يتركه، وقد ذكر في رواية الحسين بن

الرابع: لو كان فساد الشرط لأجل عدم تعلّق غرض معتدّ به عند العقلاء فظاهر كلام جماعة من القائلين بإفساد الشرط الفاسد كونه لغواً غير مفسد للعقد. قال في التذكرة في باب العيب: لو شرط ما لا غرض فيه للعقلاء ولا يزيد به المالية، فإنه لغو لا يوجب الخيار. وقد صرح في مواضع أخر - في باب الشروط - بصحة العقد ولغوية الشرط. وقد صرح الشهيد بعدم ثبوت الخيار إذا اشترط كون العبد كافراً فبان مسلماً. ومرجعه إلى لغوية الاشتراط.

وقد ذكروا في السلم لغوية بعض الشروط، كاشتراط الوزن بميزان معيّن. ولعل وجه عدم قدح هذه الشروط: أنّ الوفاء بها لمّا لم يجب شرعاً ولم يكن في تخلّفها أو تعذّرها خيار خرجت عن قابلية تقييد العقد بها، لعدم عدّها كالجزء من أحد العوضين. ويشكل: بأنّ لغويّتها لاتنافي تقييد العقد بها في نظر المتعاقدين، فاللازم إمّا بطلان العقد وإما وجوب الوفاء، كما إذا جعل بعض الثمن مما لا يعدّ مالاً في العرف.

في أحكام الخيار

الخيار موروث بأنواعه [١] بلاخلاف بين الأصحاب، كما في الرياض وظاهر

منذر^(١) وصحيحة علي بن جعفر^(٢) هذا الاختيار شرطاً في صحة البيع، وليس المراد خصوص الاختيار شرعاً، وإلا فالاختيار شرعاً حاصل حتّى مع ذكره في العقد أيضاً لبطلانه كما لا يخفى.

[١] الخيار موروث بأنواعه بلاخلاف كما عن جماعة^(٣)، وفي التذكرة: أنّ الخيار

(١) وسائل الشريعة ١٨: ٤١-٤٢، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤.

(٢) المصدر: ٤٢، الحديث ٦.

(٣) الرياض ٨: ٢٠٢، والحدائق ١٩: ٧٠، ومصباح الفقاهة ٥: ٤٠٣.

الحدائق. وفي التذكرة: إنَّ الخيار عندنا موروث، لأنَّه من الحقوق كالشفعة والقصاص في جميع أنواعه، وبه قال الشافعي إلَّا في خيار المجلس. وادَّعى في الغنية: الإجماع على إرث خياري المجلس والشرط. واستدلَّ عليه - مع ذلك - : بأنَّه حقٌّ للميت، فيورث لظاهر القرآن. وتبعه بعض من تأخَّر عنه، وزيد عليه الاستدلال بالنبوي: «ما ترك الميت من حقٍّ فلوارثه».

عندنا موروث بجميع أنواعه لأنَّه من الحقوق كالشفعة والقصاص ووافقنا في الحكم الشافعي إلَّا في خيار المجلس^(١).

وعن الغنية^(٢): الإجماع على إرث خيار المجلس والشرط.

ويستدل على إرث الخيار مضافاً إلى الإجماع: بأنَّ الخيار حقٌّ للميت فيعمِّه قوله سبحانه ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ﴾^(٣) وبالنبوي المعروف «ما ترك الميت من حقٍّ لوارثه»^(٤).

وذكر المصنف رحمته الله: أنَّ الاستدلال على هذا الحكم بالكتاب العزيز والأخبار الواردة في إرث تركه الميت يتوقَّف على ثبوت أمرين:

الأول: كون الخيار حقّاً لا حكماً نظير حق المالك أن يجيز البيع الجاري على ماله فضولاً، وجواز أن يرجع الواهب في هبته، وجواز الفسخ في العقود الجائزة، فإن الجواز في هذه الموارد حكم شرعيّ والحكم الشرعي يتبع موضوعه ولا يدخل في الإرث. وكذا لا يحكم بالإرث فيما إذا تردّد كون شيء حقّاً أو حكماً فإنَّ الأصل عدم

(١) التذكرة ١: ٥٣٦.

(٢) الغنية: ٢٢١.

(٣) سورة النساء: الآية ٧.

(٤) نقله صاحب المسالك ١٢: ٣٤١، والرياض ٢: ٢٠٢.

أقول: الاستدلال على هذا الحكم بالكتاب والسنة الواردين في إرث ما ترك الميّت يتوقف على ثبوت أمرين:

ثبوته للوارث، أو عدم انتقاله إلى غيره.

وليس في البين ما يدل على كون الخيار حقاً أي قابلاً للإسقاط في مقابل الحكم غير ما دل على انتهاء الخيار بالتصرّف في المبيع الحيوان معللاً بأن التصرّف ورضي بقرار البيع.

واستفادة كون الخيار في جميع موارد حقه قابلاً للإسقاط لا يخلو عن إشكال، والتمسك على كونه مطلقاً قابلاً للإسقاط بالإجماع فيكون حقاً مستغنى منه بقيام الإجماع على نفس إرث الخيار كما تقدّم.

الثاني: بعد كون الخيار حقاً قابلاً للإسقاط ثبوت كونه من الحقوق التي تقبل النقل ليثبت للوارث، ويصدق أنه ممّا تركه بأن لا يكون من له الحق مقوماً للحق، كما في حق الجلوس للمسجد أو السوق، فانه يثبت للجالس ولا ينتقل إلى غيره.

وكذا حق التولية أو النظارة، فإنه يثبت لمن يجعله الواقف أو الحاكم متولياً أو ناظراً ولا يثبت لوارثه إلا أن يجعل الواقف أو الحاكم وارثه أيضاً متولياً أو ناظراً.

وابتات هذا الأمر في الخيار بغير الإجماع مشكل، والتمسك باستصحاب بقاء الحق بعد موت من له الحق غير ممكن لعدم إحراز بقاء الموضوع، واحتمال أن لا يكون عدم ثبوت الحق للوارث من عدم بقاء الحق بل من عدم ثبوته من الاول كما لا يخفى.

أقول: قد تقدم في البحث في حقيقة الخيار أنه سلطنة على المعاملة المنشأة، ويكون لمن له الخيار سلطنة قرار العقد والغائه.

وهذه السلطنة تأسيسه كخيارى المجلس والحيوان، وإمضاء كخيارى الشرط

أحدهما: كون الخيار حقاً لاحكماً شرعياً، كالأجازة لعقد الفضولي، وجواز الرجوع في الهبة وسائر العقود الجائزة، فإنَّ الحكم الشرعي ممَّا لا يورث، وكذا ما تردَّد بينهما، للأصل. وليس في الأخبار ما يدلُّ على ذلك، عدا ما دلَّ على انتفاء الخيار بالتصرّف معللاً بأنَّه رضاً، كما تقدّم في خيار الحيوان. والتمسك بالإجماع على سقوطه بالإسقاط فيكشف عن كونه حقاً لاحكماً، مستغنى عنه بقيام الإجماع على نفس الحكم.

والغبن وغيرهما، وبما أنَّ الخيار المشترط في اعتبار المتعاقدين حقي ووقع الإمضاء الشرعي بما هو عند المتبائعين بحسب اعتبارهم، فلا ينبغي التأمل في كون الخيارات الإمضائية من الحقوق وكذا الخيار التأسيسي، فإنَّ قوله «إلا» «الخيار في الحيوان ثلاثة أيام وفي غيره إلى أن يفترقا»^(١) ظاهر في عدم اختلاف الخيار في المجلس والثابت إلى ثلاثة أيام وأنه سنخ واحد.

ومع ملاحظة ما دلَّ على كون الخيار في الحيوان إلى ثلاثة أيام بنحو الحق كالحكم بسقوطه بالرضا ببقاء العقد والإغماض عن فسخه يكون خيار المجلس أيضاً كذلك.

أضف إلى ذلك أنَّ المتبادر من الخيار في قوله: «البيعان بالخيار»^(٢) انه من سنخ ما يشترطه المتبائع لأحدهما أو كليهما، ولذا عبر عن خيار الحيوان بالشرط في الحيوان.

وكيف ما كان فالعمدة في المقام ما ذكر من اعتباره في بناء أرباب المعاملات بنحو الحق وإمضاء الشارع ظاهره كجعله أنه على ما هو عليه عند إبناء المعاملات، والآ

(١) وسائل الشريعة ١٨: ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٥.

(٢) وسائل الشريعة ١٨: ٥ و ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٣.

الثاني: كونه حقاً قابلاً للانتقال ليصدق أنه ممّا تركه الميت، بأن لا يكون وجود الشخص وحياته مقوماً له، وإلا فمثل حقّ الجلوس في السوق والمسجد وحق الخيار المجمعول للأجنبي وحقّ التولية والنظارة غير قابل للانتقال، فلا يورث.

فالإجماع في المقام مدركي لا يصلح للاعتماد عليه.

وفي صحيحة الحلبي: «في الحيوان كلّ شرط ثلاثة أيام للمشتري، وهو بالخيار فيها إن شرط أو لم يشترط»^(١)، وفيها دلالة واضحة على أنّ خيار الحيوان لا يختلف عن الخيار المشروط إلى ثلاثة أيام في سنخه.

وأما بالإضافة إلى الأمر الثاني وإن الالتزام بالإرث في الخيار يحتاج إلى إثبات كونه قابلاً للنقل، فإن أريد بالنقل، النقل الاختياري فلا حاجة إلى إثباته، فإنّ بعض الحقوق لا يقبل النقل الاختياري كحق القصاص، بل الشفعة مع أنّهما يورثان، وإن أريد النقل القهريّ فالنقل القهري أي الإرث بنفسه مورد الكلام في المقام.

فالصحيح أنّ الالتزام بالإرث يتوقف على اعتبار النبوي المعروف من قوله ﷺ «ما ترك الميت من حق فلوارثه»^(٢)، أو إثبات كون الخيار مما ترك ليعمّه بعض آيات الإرث وإن لم يثبت اعتبار النبوي كما لا يخفى.

والحاصل: أنّ ثبوت الحق لشخص، تارة يكون بعنوان مقوم للحق عرفاً كثبوت حقّ الحضانة للأُمّ وحقّ القسم للزوجة وحقّ السبق إلى المسجد والمشهد للجالس، ومثل هذه الحقوق لا يدخل في الإرث لانتهاء العنوان المقوم بانتهاء حياة الشخص، وقد يكون العنوان غير مقوم له، ويقال: من هذه الحقوق ما يكون الغرض منه جلب المال كثبوت حقّ التحجير وحق الصيد بنصب الشبكة، والخيار من هذا القبيل.

(١) وسائل الشيعة ٨: ١٠، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٢) نقله صاحب المسالك ١٢: ٣٤١، والرياض ٢: ٢٠٢.

وإثبات هذا الأمر بغير الإجماع أيضاً مشكل، والتمسك في ذلك باستصحاب بقاء الحق وعدم انقطاعه بموت ذي الحق أشكل، لعدم إحراز الموضوع، لأن الحق لا يتقوم إلا بالمستحق. وكيف كان، ففي الإجماع المنعقد على نفس الحكم كفاية إن شاء الله تعالى.

بقي الكلام: في أن إرث الخيار ليس تابعاً لإرث المال [١] فعلاً، فلو فرض

ولكن إثبات هذه الضابطة لا يخلو من صعوبة، فانه لا فرق في اعتبار ابناء المعاملات بين الخيار المشترط لأحد المتعاقدين أو لأجنبي، مع أن الثاني لا يورث بلاكلام. فلا يبعد أن يكون العمدية في مسألة إرث الخيار هو الإجماع، أو يدعى أن الخيار المجعول للأجنبي من قبيل ثبوت الحق لشخص بعنوان مقوم، بخلاف الثابت لأحد المتعاقدين تأسيساً أو إمضاءً، بمعنى أنه يثبت الخيار لأحد المتعاقدين بعنوان يكون ذلك العنوان دخيلاً في حدوث الخيار، ولكن لا يكون حياة الشخص بقاءً دخيلاً في بقاء ذلك الحق، فينتقل إلى الوارث بأدلة الإرث.

ويكشف عن عدم كون الحياة لمن له الخيار مقوماً له مثل قوله عليه السلام عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول الله ﷺ: البيعان بالخيار حتى يفترقا وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام»^(١)، فإن المراد من صاحب الحيوان مالكة المشتري، ومن الظاهر أن الحياة لا تكون مقوماً للملكية في المال والرواية دالة على أن الخيار يثبت للمالك فيكون كأمواله فيرثه من يرثه ماله.

[١] إرث الخيار لا يتبع إرث المال وإذا كان دين الميت مستغرقاً لجميع تركته فلا إرث بالإضافة إلى المال.

ولكن لو كان العقد على بعض تركته متعلقاً للخيار للميت فينتقل ذلك الخيار إلى

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٥، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١.

استغراق دين الميت لتركته لم يمنع انتقال الخيار إلى الوارث. ولو كان الوارث ممنوعاً لنقصان فيه - كالرقبة أو القتل للمورث أو الكفر - فلا إشكال في عدم الإرث، لأنَّ الموجب لحرمانه من المال موجب لحرمانه من سائر الحقوق. ولو كان حرمانه من المال لتعبّد شرعي - كالزوجة غير ذات الولد، أو مطلقاً بالنسبة إلى العقار، وغير الأكبر من الأولاد بالنسبة إلى الحبة - ففي حرمانه من الخيار المتعلّق بذلك المال مطلقاً، أو عدم حرمانه كذلك، وجوه، بل أقوال:

ورثته، لأنَّ إرث المال من بعد الدين فلو لم يكن المال من تركته زائداً على الدين فلا إرث، بخلاف الحقوق للميت مما لا تقبل المعاوضة عليها لعدم كونها مالاً فيدخل تلك الحقوق في الإرث.

وبهذا يظهر أنَّ الخيار للوارث من قبيل إرثه استقلالاً لا تبعاً لإرث المال حتّى لا يكون الخيار موروثاً في فرض استغراق الدين للتركة.

نعم الموانع عن إرث المال مانعة عن إرث الحق أيضاً ولو لم يكن الحق مالاً يبذل بازائه المال كقتل الوارث مورثه أو كفره أو كونه رقاً، فإن ما ورد في أنّه لا يرث القاتل أو الكافر والرق يعم ما إذا كان الموروث مالاً أو حقاً.

وفي صحيحة هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: قال رسول الله ﷺ: لا ميراث للقاتل»^(١)، وصحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سمعتة يقول: لا يرث اليهودي والنصراني المسلمين، ويرث المسلمون اليهود والنصارى»^(٢)، وفي صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: «لا يتوارث الحر والمملوك»^(٣) إلى

(١) وسائل الشريعة ٢٦: ٣٠، الباب ٧ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١.

(٢) وسائل الشريعة ٢٦: ١٣، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ٧.

(٣) وسائل الشريعة ٢٦: ٤٣، الباب ١٦ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١.

ثالثها: التفصيل بين كون ما يحرم الوارث عنه منتقلاً إلى الميِّت [١] أو عنه، فيرث في الأول، صرَّح به فخر الدين في الإيضاح، وفسَّر به عبارة والده، كالسيد العميد وشيخنا الشهيد في الحواشي.

ورابعها: عدم الجواز في تلك الصورة والإشكال في غيرها، صرَّح به في جامع المقاصد.

غير ذلك.

وأما إذا كان الوارث محروماً عن إرث بعض المال فالأظهر عدم حرمانه من إرث الخيار المتعلق بالعقد على ذلك المال.

والوجه في ذلك: أنَّ حرمان غير الولد الأكبر عن الحبوَّة أو حرمان الزوجة غير ذات الوالد أو مطلقاً من العقار تخصيص في أدلة الإرث، وقد تقدَّم أنَّ التوارث في الحق المتعلق بالعقد على المال لا يتبع ذلك المال بل الحق بنفسه داخل في خطابات الإرث، بل لوقلنا بأنَّ الخيار حقٌّ متعلق بنفس المال لا بالعقد على ذلك المال يكون الأمر أيضاً كذلك، فإنَّ الحقَّ المتعلِّق بالمال غير ذلك المال.

وما دل على اختصاص الولد الأكبر بالحبوة أو حرمان الزوجة عن العقار مقتضاه أنَّ نفس الحبوة لا يكون ميراثاً لغير الولد الأكبر وكذا الزوجة محرومة عن نفس العقار لا عن الحق المتعلق بها كما لا يخفى.

[١] ثم إنَّ المصنف رحمته الله قد ذكر في المسألة أقوالاً أربعة:

الأول: الإرث مطلقاً، الثاني: عدم الإرث مطلقاً، وثالثها: التفصيل بأنَّ يثبت الخيار للمحروم فيما إذا انتقل إلى الميِّت المال الذي يحرم الوارث عنه ولا يثبت ما إذا كان منتقلاً عنه، وبهذا صرَّح فخر الدين في الإيضاح ^(١) وفسَّر به عبارة والده، والرابع عكس

ولم أجد من جزم بعدم الإرث مطلقاً، وإن أمكن توجيهه: بأن ما يحرم منه هذا الوارث إن كان قد انتقل عن الميت فالفسخ لا معنى له، لأنه لا ينتقل إليه بإزاء ما ينتقل عنه من الثمن شيء من المثلث. وبعبارة أخرى: الخيار علاقة لصاحبه فيما انتقل عنه توجب سلطته عليه، ولا علاقة هنا ولا سلطنة. وإن كان قد انتقل إلى الميت فهو لباقي الورثة، ولا سلطنة لهذا المحروم، والخيار حق فيما انتقل عنه بعد إحراز تسلطه على ما وصل بإزائه. ولكن يرد ذلك بما في الإيضاح: من أن الخيار لا يقتضي الملك - كخيار الأجنبي - فعمومات الإرث بالنسبة إلى الخيار لم يخرج عنها الزوجة وإن خرجت عنها بالنسبة إلى المال.

ذلك: بأن يثبت الخيار للمحروم فيما إذا انتقل المال المزبور عن الميت والإشكال فيما إذا انتقل إليه.

وقال [أي المصنّف]: لم أجد من جزم بالقول بعدم الإرث مطلقاً، ولكن يمكن توجيهه بأن ما يحرم عنه الوارث لو كان منتقلاً عن الميت كالحبوة فلا معنى لثبوت لخيار لسائر الورثة لعدم إمكان الفسخ منهم، فإنّ الفسخ عبارة عن إخراج ذي الخيار ما يملكه فعلاً إلى ملك الآخر بإرجاع ملك الآخر إلى نفسه.

ومن الظاهر أن ما يملكه سائر الورثة من ثمن بعض الحبوة لا يمكن لهم إخراجها عن ملكهم وإرجاع ما بازائه من المثلث أي بعض الحبوة إلى ملكهم.

وكذا لا يمكن أن يثبت الخيار لهم فيما إذا انتقل الحبوة إلى ملك الميت، فإن سائر الورثة لا يملكون شيئاً من الحبوة ليخرجوها إلى ملك الآخر ويملكون ما بازائها من المثلث.

والحاصل: أن الخيار حق لاسترداد ما انتقل من ماله بعد تسلطه على ما وصل إليه، والمفروض عدم تحقق ذلك بالإضافة إلى المحروم عن الحبوة.

والحاصل: أن حق الخيار ليس تابعاً للملكية، ولذا قوى بعض المعاصرين ثبوت الخيار في صورتين.

ولكن قد يورد على ذلك - كما في الإيضاح^(١) - أن ثبوت الخيار لا يقتضى ما ذكر، ولذا يصح جعل الخيار للأجنبي مع أنه لا يتمكن على إرجاع المال إلى نفسه، أو إخراجه عن ملكه.

وبتعبير آخر: حق الخيار ليس تابعاً لملكية المال في الإرث، ومقتضى ما دل على اختصاص الحبة بالولد الأكبر أو حرمان الزوجة عن العقار تخصيص الإرث بالإضافة إلى نفس المال لا بالإضافة إلى الخيار.

وأجاب الله عن النقض باشتراط الخيار للأجنبي بأن الأجنبي منصوب من قبل أحد المتعاقدين ويكون فسخه كالفسخ من أحدهما، والخيار عبارة عن سلطنة ذي الخيار إلى إرجاع المال إلى نفسه أو إلى من نصبه بعد تسلطه على إخراج ما هو ملكه أو ملك من نصبه فعلاً.

وهذا لا يجري في حق المحروم عن بعض المال في الميراث، فلا ينتقل الخيار إلا إلى وارث يكون له السلطنة على ما ذكر.

ودعوى: أنه لو انتقل إلى الميت ما يحرم عنه كان الثمن المدفوع إلى الطرف الآخر متزلزلاً، فيكون في معرض العود إلى جميع الورثة ومنهم المحروم، فيكون لجميع الورثة حقاً في ذلك الثمن، فيثبت لهم الخيار في هذه الصورة يمكن دفعها بأن الخيار عبارة عن السلطنة على الثمن المزبور بعد السلطنة على ما وصل بازائه فعلاً إليه إلى من نصبه، والالتزام بثبوت الخيار للمحروم يستلزم سلطنة جميع الورثة على

(١) الإيضاح ١: ٤٨٧.

ويضعفه: أن حق الخيار علقه في الملك المنتقل إلى الغير من حيث التسلّط على استرداده إلى نفسه أو من هو منصوب من قبله، كما في الأجنبي. وبعبارة أخرى: ملك لتملك المعوّض لنفسه أو لمن نصب عنه. وهذه العلاقة لا تنتقل من الميت إلا إلى وارث يكون كالميت في كونه مالكا لأن يملك، فإذا فرض أن الميت باع أرضاً بثمن، فالعلاقة المذكورة إنما هي لسائر الورثة دون الزوجة، لأنها بالخيار لا ترد شيئاً من الأرض إلى نفسها ولا إلى آخر هي من قبله لتكون كالأجنبي المجموع له الخيار. نعم، لو كان الميت قد انتقلت إليه الأرض كان الثمن المدفوع إلى البائع متزلاً في ملكه، فيكون في معرض الانتقال إلى جميع الورثة ومنهم الزوجة، فهي أيضاً مالكة لتملك حصتها من الثمن. لكن فيه: ما ذكرنا سابقاً: من أن الخيار حق فيما انتقل عنه بعد إحراز التسلّط على ما وصل بإزائه، وعبر عنه في جامع المقاصد بلزوم تسلّط الزوجة على مال الغير.

وحاصله: أن الميت إنما كان له الخيار [١] والعلاقة فيما انتقل عنه من حيث

الجبوة، وهذا من تسلّط الشخص على مال الغير كما ذكر في جامع المقاصد^(١).

[١] يعني حاصل ما ذكر في وجه عدم إرثها من الخيار هو أنه يكون الخيار للميت حيث كان له علقه فيما انتقل عنه لتسلّطه على رد ما بيده من الأرض إلى صاحبه ليمتلك بازاء تلك الأرض الثمن الذي بيد صاحبه، ولا ينتقل الخيار عن الميت إلا إلى ورثة تكون كالميت في هذا التسلّط.

ومن الظاهر أنه لا تكون الزوجة كذلك لعدم تسلّطه على رد الأرض وأن يكون لها حصة من الثمن على تقدير فسخ سائر الورثة المعاملة الجارية على الأرض.

وقد تقدّم نظير ذلك في عكس هذه الصورة أي فيما انتقل الأرض عن الميت،

تسلّطه على ردّ ما في يده لتملّك ما انتقل عنه بإزائه، فلا تنتقل هذه العلاقة إلّا إلى من هو كذلك من ورثته - كما مرّ نظيره في عكس هذه الصورة - وليست الزوجة كذلك. وقد تقدّم في مسألة ثبوت خيار المجلس للوكيل: أن أدلة الخيار مسوقة لبيان تسلّط ذي الخيار على صاحبه، من جهة تسلّطه على تملك ما في يده، فلا يثبت بها تسلّط الوكيل على ما وصل إليه لموكّله، وما نحن فيه كذلك. ويمكن دفعه: بأنّ ملك بائع الأرض للثمن لما كان متزلزلاً وفي معرض الانتقال إلى جميع الورثة، اقتضى بقاء هذا التزلزل بعد موت ذي الخيار ثبوت حقّ للزوجة وإن لم

فإنّ الزوجة وإن تملك حصتها من الثمن إلّا أنّه لا يمكن لها تملك ما بازائها من الأرض برد تلك الحصة.

وقد تقدّم في خيار المجلس عدم ثبوته للوكيل لأنّ الوكيل لا يكون مسلّطاً على ردّ ما وصل إلى موكّله ليتمكن له تملك ما بازائه مما انتقل عن موكّله، وهذا الكلام يجري في حقّ الزوجة أيضاً فيما انتقل الأرض إلى الميت.

لهم إلّا أن يقال بالفرق بين الوكيل في خيار المجلس وبين الزوجة فيما انتقلت الأرض إلى الميت.

ووجه الفرق أن تزلزل ملك صاحب الوكيل في المعاملة كان متوقفاً على تسلّط الوكيل على ردّ ما وصل إلى موكّله وهذا السلطنة لم تكن ثابتة، بخلاف ما نحن فيه فإنّ ملك المشتري ثمن الأرض التي باعه من الميت متزلزل على كل تقدير سواء كان للزوجة خيار أم لا لثبوت الخيار لسائر الورثة، فيكون للزوجة علة في ذلك الثمن بإرجاعه إلى ملك الميت لترث منه.

نعم فيما إذا انتقل الأرض إلى الميت فلا يكون لها علة في الأرض المنتقلة إلى الميت ولو لم تكن للزوجة خيار الفسخ فيما إذا انتقلت الأرض إلى الميت بدعوى أنّها لا تتمكن على ردّ الأرض إلى بائعها لتملّك حصتها من الثمن لا يكون لسائر الورثة

يكن لها تسلّط على نفس الأرض. والفرق بين ما نحن فيه وبين ما تقدّم في الوكيل: أنّ الخيار هناك وتزلزل ملك الطرف الآخر وكونه في معرض الانتقال إلى موكل الوكيل كان متوقّفاً على تسلّط الوكيل على ما في يده، وتزلزل ملك الطرف الآخر هنا وكونه في معرض الانتقال إلى الورثة ثابت على كل حال ولو لم نقل بثبوت الخيار للزوجة، فإنّ باقي الورثة لو ردوا الأرض واستردوا الثمن شاركتهم الزوجة فيه، فحقّ الزوجة في الثمن المنتقل إلى البائع ثابت، فلها استيفاءه بالفسخ. ثم إنّ ما ذكر وارد على فسخ باقي الورثة للأرض المبيعة بثمن معيّن تشترك فيه الزوجة، إلّا أن يلتزم عدم تسلّطهم على الفسخ إلّا في مقدار حصّتهم من الثمن، فيلزم تبعض الصفقة، فما اختاره في الإيضاح: من التفصيل مفسّراً به عبارة والده في القواعد لا يخلو عن قوة. قال في القواعد: الخيار موروث بالحصص كالمال في أيّ أنواعه

أيضاً خيار الفسخ، فإنّهم لا يتملّكون تمام الثمن بازاء الأرض التي يرّدونها على بائع الأرض اللهمّ إلّا أن يقال لهم خيار الفسخ بالإضافة إلى حصصهم من الثمن. ولازم ذلك تبعض المعاملة الجارية على الأرض في الفسخ ولكن يأتي أنّ تبعض في الفسخ مشكل.

وعلى ذلك فيقوى ثبوت الخيار في شراء الميت الأرض للزوجة أيضاً على ما ذكر في الإيضاح^(١) وفسر به عبارة والده.

قال في القواعد^(٢): الخيار موروث بالحصص كالمال من أيّ أنواع الخيار إلّا في الزوجة غير ذات الولد في الأرض على إشكال أقربه ذلك إن اشترى بخيار لثرت من الثمن، يعني الأقرب كون الخيار موروثاً للزوجة، ونتيجة هذا الخيار أن ترث من ثمنها.

(١) إيضاح الفوائد ١: ٤٨٧.

(٢) القواعد ٢: ٦٨.

كان، إلا الزوجة غير ذات الولد في الأرض على إشكال، أقربه ذلك إن اشترى بخيار لثرت من الثمن، انتهى. وقال في الإيضاح: ينشأ الإشكال: من عدم إرثها منها فلا يتعلق بها فلا ترث من خيارها، ومن أن الخيار لا يتوقف على الملك كالأجنبي، ثم فرّع المصنّف: أنه لو اشترى المورث بخيار فالأقرب إرثها من الخيار، لأن لها حقاً في الثمن. ويحتمل عدمه، لأنها لا ترث من الثمن إلا بعد الفسخ، فلو علّل بإرثها دار. والأصح اختيار المصنّف، لأنّ الشراء يستلزم منعها من شيء نزله الشارع منزلة جزء من التركة، وهو الثمن، فقد تعلّق الخيار بما ترث منه، انتهى. وقد حمل العبارة على هذا المعنى السيّد العميد الشارح للكتاب. واستظهر خلاف ذلك من العبارة جامع المقاصد، فإنه -بعد بيان منشأ الإشكال على ما يقرب من الإيضاح- قال: والأقرب من هذا الإشكال عدم إرثها إن كان الميت قد اشترى أرضاً بخيار، فأرادت الفسخ لثرت من الثمن. وأمّا إذا باع أرضاً بخيار فالإشكال حينئذٍ بحاله، لأنها إذا فسخت في هذه الصورة لم ترث شيئاً، وحمل الشارحان العبارة على أن الأقرب إرثها إذا اشترى بخيار، لأنها حينئذٍ تفسخ فترث من الثمن، بخلاف

وقال في الإيضاح^(١) في توضيح الاشكال: إن الزوجة لا ترث من الأرض فلا ترث من خيار المتعلّق بالأرض، ووجه ثبوته لها أن الخيار لا يتوقف على ملك المال كثبوت الخيار للأجنبي. ولكن عن المصنّف الوالد أنه لو كان المورث أي الميت قد اشترى حال حياته الأرض بخيار فالأقرب إرثها من الخيار لأنّ للزوجة حقاً في الثمن. ويحتمل أن لا يثبت لها الخيار لأنها لا ترث من الثمن إلا بعد فسخ المعاملة، فملكها للثمن يتوقف على الفسخ ولو علّل الفسخ بملكها للثمن لدار. ومع ذلك الأصح اختيار المصنّف لأنّ شراء الأرض يستلزم منعها عن جزء الثمن الذي انتقل إلى بائع الأرض،

ما إذا باع بخيار. وهو خلاف الظاهر، فإن المتبادر أن المشار إليه بقوله: «ذلك» هو عدم الإرث الذي سبقت لأجله العبارة، مع أنه من حيث الحكم غير مستقيم أيضاً، فإن الأرض حقّ لباقي الوراث استحقّوها بالموت، فكيف تملك الزوجة إبطال استحقاقهم لها وإخراجها عن ملكهم؟ نعم، لو قلنا: إن ذلك يحصل بانقضاء مدة الخيار استقام ذلك. وأيضاً فإنها إذا ورثت في هذه الصورة وجب أن ترث فيما إذا باع الميت أرضاً بخيار بطريق أولى، لأنها ترث حيثنّذ من الثمن. وأقصى ما يلزم من إرثها من الخيار أن يبطل حقّها من الثمن، وهو أولى من إرثها حقّ غيرها من الأرض التي اختصّوا بملكها. ثم قال: والحقّ أن إرثها من الخيار في الأرض المشتركة مستبعد جداً، وإبطال حقّ قد ثبت لغيرها يحتاج إلى دليل. نعم قوله:

والثمن المزبور منزل منزلة تركة الميت باعتبار الخيار.

ولكن ذكر في جامع المقاصد^(١) في قوله «الأقرب ذلك» أي الأقرب من ثبوت الإشكال عدم إرثها فيما إذا اشترى الميت الأرض وأراد الزوجة من خيارها أن ترث من الثمن، وأما إذا باع الميت الأرض فلا إشكال في ثبوت الخيار لها بحاله، لأنها لو فسخت المعاملة لم ترث شيئاً من الأرض التي ترجع إلى ملك الميت.

أقول: قد تقدّم أن الخيار حقّ يتعلّق بالعقد لا بالعوض في المعاملة ولذا يجوز لمن انتقل إليه العوض في المعاملة التصرف فيه إلّا مع اشتراط إبقائه في تلك المعاملة أو غيرها.

وعود المالكين إلى ما كانا عليه من حين الفسخ لا يكون بالفسخ، فان شأن الفسخ انتفاء العقد الناقل لا العود، بل عودهما يكون بالسبب الذي كان قبل العقد الملغى، فلا يكون حرمان الورثة عن المال العائد إلى ملك الميت موجباً لعدم ثبوت الخيار لهم

(١) جامع المقاصد ٤: ٣٠٦-٣٠٧.

«لترث من الثمن» على هذا التقدير يحتاج إلى تكلف زيادة تقدير [١] بخلاف ما حملاً عليه، انتهى. وقد تقدّم ما يمكن أن يقال على هذا الكلام. ثم إن الكلام في ثبوت الخيار لغير مستحقّ الحبة من الورثة إذا اشترى الميت أو باع بعض أعيان الحبة بخيار، هو الكلام في ثبوته للزوجة في الأرض المشتراة أو المباعة. مسألة: في كيفية استحقاق كلّ من الورثة للخيار - مع أنّه شيء واحد غير قابل للتجزئة والتقسيم - وجوه:

الأول: ما اختاره بعضهم: [٢] من استحقاق كلّ منهم خياراً مستقلاً كمورثه،

فضلاً عن حرمان بعضهم.

وتشريع الخيار في المعاملات للتروي في صلاح عود المال على تقديره حكمة لا علة لتدور مدار عود المال فلاحظ ثبوته مع تلف المال كما لا يخفى.

[١] يعني إذا كان ذلك في كلام العلامة «أقربه ذلك» إشارة إلى عدم الإرث يحتاج قوله لترث من الثمن إلى تقدير.

أقول: يمكن أن يكون لترث غاية للمنفى، فلا يحتاج إلى التقدير سواء كان ذلك إشارة إلى الإرث أو عدمه.

[٢] قيل في كيفية إرث الورثة الخيار وجوه أربعة:

الأول: أن يثبت الخيار لكلّ من أفراد الورثة مستقلاً بالإضافة إلى العقد الجاري على تمام المال بحيث لو فسخ أحدهم ولو بعد إجازة الآخرين ينفسخ العقد في تمام المال، نظير ما في حق القذف الثابت للمتعدد كالأخوين فيما إذا عفا أحدهما القاذف لأمّها يثبت للآخر منهما حق القذف.

ومثل ذلك ما عليه المشهور في حقّ الشفعة من أنّه إذا كان للمورث حقّ الشفعة فلكلّ من ورثته الأخذ بذلك الحق في تمام الحصة المباعة بدعوى أن مقتضى النبوي

بحيث يكون له الفسخ في الكل وإن أجاز الباقيون، نظير حدّ القذف الذي لا يسقط بعفو بعض المستحقين، وكذلك حقّ الشفعة على المشهور. واستند في ذلك إلى أنّ ظاهر النبوّي المتقدّم وغيره ثبوت الحقّ لكلّ وارث، لتعقّل تعدّد من لهم الخيار، بخلاف المال الذي لا بدّ من تنزيل مثل ذلك على إرادة الاشتراك، لعدم تعدّد الملاك شرعاً لمال واحد، بخلاف محلّ البحث.

الثاني: استحقاق كلّ منهم خياراً مستقلاً في نصيبه، فله الفسخ فيه، دون باقي الحصص، غاية الأمر مع اختلاف الورثة في الفسخ والإمضاء تُبعض الصفقة على من عليه الخيار فيثبت له الخيار. ووجه ذلك: أنّ الخيار لمّا لم يكن قابلاً للتجزئة، وكان مقتضى أدلّة الإرث - كما سيجيء - اشتراك الورثة فيما ترك مورّثهم، تعيّن تبعضه بحسب متعلّقه، فيكون نظير المشتريين لصفقة واحدة إذا قلنا بثبوت الخيار لكلّ منهما.

المتقدّم: «من أنّ ما ترك الميّت من حقّ فلوارثه»^(١) ثبوت الخيار لكلّ من الورثة، فإنّ الخيار يقبل التعدّد بخلاف المال، فإنّ المال الواحد لا يعقل كونه مملوكاً لكل واحد واحد من الورثة مستقلاً فلا بدّ من الالتزام فيه بالاشاعة.

وأورد المصنّف على هذا الوجه أنّه لا دلالة للنبوّي على إرث الخيار لكل واحد من الورثة استقلالاً، لأنّ المراد بالوارث الجنس الصادق على الواحد والكثير، وقيام الخيار بجنس الوارث يتصوّر بوجوه أربعة.

وما ورد فيه لفظ الورثة بصيغة الجمع فالأمر فيه أيضاً كذلك، فإنّ المراد إمّا جنس الجمع أو جنس الفرد المفرد أو الاستغراق الافرادي أو الاستغراق المجموعي. ولكن الظاهر هو الثاني أي جنس الفرد، فيكون مساوياً لما تقدم من صيغة

(١) نقله صاحب المسالك ١٢: ٣٤١، والرياض ٢: ٢٠٢.

الثالث: استحقاق مجموع الورثة لمجموع الخيار، فيشتركون فيه من دون ارتكاب تعدّده بالنسبة إلى جميع المال، ولا بالنسبة إلى حصة كلّ منهم، لأن مقتضى أدلة الإرث في الحقوق الغير القابلة للتجزئة والأموال القابلة لها أمراً، وهو ثبوت مجموع ما ترك لمجموع الورثة، إلا أن التقسيم في الأموال لما كان أمراً ممكناً كان مرجع اشتراك المجموع في المجموع إلى اختصاص كل منهم بحصة مشاعة، بخلاف الحقوق فإنّها تبقى على حالها من اشتراك مجموع الورثة فيها، فلا يجوز لأحدهم الاستقلال بالفسخ لا في الكل ولا في حصته، فافهم. وهنا معنى آخر لقيام الخيار بالمجموع، وهو: أن يقوم بالمجموع من حيث تحقّق الطبيعة في ضمنه، لا من حيث كونه مجموعاً، فيجوز لكلّ منهم الاستقلال بالفسخ ما لم يُجز الآخر، لتحقّق الطبيعة في الواحد، وليس له الإجازة بعد ذلك. كما أنه لو أجاز

المفرد، مع أن الاستغراق الفردي لا يمكن في ارث الخيار للقرينة العقلية واللفظية، فالقرينة العقلية هو عدم امكان الخيار الواحد الذي كان للميت لكل من الورثة على سبيل الاستغراق.

مع أن المراد من العموم بالاضافة إلى المال المجموعي، ولو كان بالاضافة إلى الحق الافرادي لزم الاستعمال في المعنيين، وهذه هي القرينة اللفظية.

ولو ثبت الخيار في المقام لكل من الورثة فتكون الورثة كالوكلاء المتعدّدين في أن أيّهم سبق إلى إجازة العقد أو فسخه نفذ تصرف السابق، ولا يتقدّم الفسخ ولو مع تأخّره عن إجازة الآخرين كما ذكر القائل المزبور.

أقول: ارادة الاستغراق المجموعي أو الافرادي من كيفية تعلّق الحكم أو الحق، فان كان الحق المتعلّق للمتعدّد انحلالياً يكون الاستغراق أفرادياً، وان كان غير انحلالياً بل واحداً يكون بنحو الاستغراق المجموعي.

الآخر لم يجز الفسخ بعده، لأنَّ الخيار الواحد إذا قام بماهية الوارث، واحداً كان أو متعدداً، كان إمضاء الواحد كفسخه ماضياً، فلا عبرة بما يقع متأخراً عن الآخر، لأنَّ الأوَّل قد استوفاه. ولو اتَّحدا زماناً كان ذلك كالإمضاء والفسخ من ذي الخيار بتصرّف واحد، لا أنَّ الفاسخ متقدِّم، كما سيجيء في أحكام التصرّف. ثمَّ إنَّه لا ريب في فساد مستند الوجه الأوَّل المذكور له، لمنع ظهور النبويّ وغيره في ثبوت ما ترك لكلِّ واحد من الورثة، لأنَّ المراد بالوارث في النبويّ وغيره ممَّا أفرد فيه لفظ «الوارث» جنس الوارث المتحقّق في ضمن الواحد والكثير، وقيام الخيار بالجنس يتأتّى على الوجوه الأربعة المتقدّمة، كما لا يخفى على المتأمِّل. وأمّا ما ورد فيه لفظ «الورثة» بصيغة الجمع، فلا يخفى أنَّ المراد به أيضاً إمّا جنس الجمع، أو جنس الفرد، أو الاستغراق القابل للحمل على المجموعي والأفرادي. والأظهر هو الثاني، كما في نظائره. هذا كلّهُ، مع قيام القرينة العقلية واللفظية على عدم إرادة ثبوته لكلِّ واحد مستقلاً في الكلِّ.

وإذا كان الحق الذي تركه الميّت واحداً فتعلّقه بالمتعدّد يكون بنحو العام المجموعي لا محالة.

وعلى ذلك فلا بد من الالتزام في المقام بثبوت خيار واحد لمجموع الورثة، فلا ينفذ الفسخ من بعضهم بدون اتفاق الآخرين ورضاهم والأمر في إرث حقّ الشفعة أيضاً ذلك.

وأما حقّ القذف فليس لدليل الإرث، بل ثبوت حقّ القذف لمثل أحد الأخوين مع عفو الآخر، أو عدم مطالبته مورد النصّ، كثبوت حقّ القصاص لكلِّ من أولياء المقتول.

ويظهر ممَّا ذكرنا أنَّه لا وجه لثبوت الخيار لكلِّ واحد من الورثة بالإضافة إلى

أما الأولى: فلأن المفروض أن ما كان للميت وتركه للوارث حق واحد شخصي، وقيامه بالأشخاص المتعديين أوضح استحالة وأظهر بطلاناً من تجزيه وانقسامه على الورثة، فكيف يدعى ظهور أدلة الإرث فيه؟

وأما الثانية: فلأن مفاد تلك الأدلة بالنسبة إلى المال المتروك والحق المتروك شيء واحد، ولا يستفاد منها بالنسبة إلى المال الاشتراك وبالنسبة إلى الحق التعدد، إلا مع استعمال الكلام في معنيين. هذا، مع أن مقتضى ثبوت ما كان للميت لكل من الورثة أن يكونوا كالكلاء المستقلين، فيمضي السابق من إجازة أحدهم أو فسخه، ولا يؤثر اللاحق، فلا وجه لتقدم الفسخ على الإجازة على ما ذكره.

وأما الوجه الثاني: فهو وإن لم يكن منافياً لظاهر أدلة الإرث: من ثبوت مجموع المتروك لمجموع الوارث، إلا أن تجزئة الخيار بحسب متعلقه - كما تقدم - مما لم تدل عليه أدلة الإرث. أما ما كان منها - كالنبوي - غير متعرض للقسمة فواضح، وأما ما تعرض فيه للقسمة - كآيات قسمة الإرث بين الورثة - فغاية ما يستفاد منها في المقام بعد ملاحظة عدم انقسام نفس المتروك هنا ثبوت القسمة فيما يحصل بإعمال هذا الحق أو إسقاطه، فيقسم بينهم العين المستردة بالفسخ،

حصّة من المال.

ووجه الظهور أن الخيار حق متعلق بالعقد على المال لا بنفس المال، وأن الخيار المنتقل إلى الورثة ميراث من ميتهم.

ومن الظاهر أن الخيار الثابت للميت لم يكن انحلالياً بالاضافة إلى الأجزاء المشاعة للمال، وهذا بخلاف إرث المال كما لا يخفى.

كما ظهر أنه لا وجه لثبوت الخيار لطبيعي الوارث بمعنى أن أيهم سبق إلى إجازة العقد أو فسخه نفذ التصرف من السابق.

أو ثمنها الباقي في ملكهم بعد الإجازة على طريق الإرث. وأما ثبوت الخيار لكلّ منهم مستقلاً في حصته، فلا يستفاد من تلك الأدلة، فالمتيقن من مفادها هو ثبوت الخيار الواحد الشخصي للمجموع، فإن اتفق المجموع على الفسخ انفسخ في المجموع، وإلا فلا دليل على الانفساخ في شيء منه.

ومن ذلك يظهر: أنّ المعنى الثاني للوجه الثالث - وهو قيام الخيار بالطبيعة المتحققة في ضمن المجموع - أيضاً لا دليل عليه، فلا يؤثر فسخ أحدهم وإن لم يجز الآخر، مع أنّ هذا المعنى أيضاً مخالف لأدلة الإرث، لما عرفت من أنّ مفادها بالنسبة إلى المال والحق واحد، ومن المعلوم: أنّ المالك للمال ليس هو الجنس المتحقق في ضمن المجموع. ثم إنّ ما ذكرنا جارٍ في كلّ حق ثبت لمتعدد لم يُعلم من الخارج كونه على خصوص واحد من الوجوه المذكورة. نعم، لو علم ذلك من دليل خارج اتّبع، كما في حدّ القذف، فإنّ النصّ قد دلّ على أنّه لا يسقط بعفو أحد الشريكين، وكحقّ القصاص، فإنّه لا يسقط بعفو أحد الشريكين، لكن مع دفع الآخر مقدار حصة الباقي من الدية إلى أولياء المقتص منه جمعاً بين الحقيّن. لكن يبقى الإشكال في حكم المشهور من غير خلاف يعرف بينهم - وإن احتمله في

ووجه الظهور أنّه مع تعدّد الوارث كما هو الفرض لا يفترق إرث المال عن إرث الحق. وكما أنّ المال يكون ملكاً لمجموعهم كذلك الحق.

فانصراف الحق إلى كونه ملكاً لطبيعي الوارث لا لأفراده تفكيك مخالف ظاهر طبقات الإرث، فإنّ ظاهر ما دلّ على الطبقات أنّ كلّ أفراد طبقة يشترك في الميراث مالمّا كان أو حقاً، لأنّ الحق يكون ملكاً لطبيعي الوارث نظير ملكية الزكاة ونحوها لعنوان الفقراء أو عنوان الحكومة، فيصير كلّ من الأفراد المنطبق عليهم عنوان الحكومة ولياً في التصرف من ذلك المال.

الدروس:- من أن أحد الورثة إذا عفا عن الشفعة كان للآخر الأخذ بكل المبيع، فإن الظاهر أن قولهم بذلك ليس لأجل دليل خارجي، والفرق بينه وبين ما نحن فيه مشكل [١] ويمكن أن يفرق بالضرر، فإنه لو سقطت الشفعة بعفو أحد الشريكين تضرر الآخر بالشركة. بل لعل هذا هو السر في عدم سقوط حدي القذف والقصاص بعفو البعض، لأن الحكمة فيهما التشفي، فيبطلهما بعفو أحد الشركاء إضرار على غير العافي، وهذا غير موجود فيما نحن فيه، فتأمل.

ثم إن ما اخترناه من الوجه الأول هو مختار العلامة في القواعد - بعد أن احتمل الوجه الثاني - وولده في الإيضاح والشهيد في الدروس والشهيد الثاني في المسالك، وحكي عن غيرهم.

[١] قد تقدم عدم الفرق بين إرث الخيار وإرث حق الشفعة، وكما أنه لا ينفذ الفسخ من أحد الورثة من غير اتفاق الآخرين كذلك الأمر في الأخذ بالشفعة. وأما ما ذكر المصنف رحمته الله من أن ثبوت حق الشفعة للوارث الواحد مع عدم أخذ باقي الورثة بها لكون الشركة الحاصلة بين مشتري الحصة المبيعة والورثة ضرورية لكل واحد من الورثة ففيه ما لا يخفى، فإن الضرر قد حصلت ببيع الحصة ولو جرت قاعدة «نفي الضرر»^(١) كان مقتضاها بطلان ذلك البيع، مع أن بطلانه أيضاً ضرري على شريك الميت البائع.

والحاصل: أن ثبوت حق الشفعة لكل من الورثة مع امتناع الآخرين عن الأخذ بالشفعة الموروثة حق آخر غير موروث وهي حق بالسيرة العقلانية ويتدارك به الضرر، وقد ذكرنا مراراً «أن قاعدة نفي الضرر» لا يثبت حكماً أو حقاً يتدارك به الضرر والله سبحانه هو العالم.

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

قال في القواعد: وهل للورثة التفريق؟ فيه نظر، أقربه المنع، وإن جَوَّزناه مع تعدّد المشتري. وزاد في الإيضاح - بعد توجيه المنع بأنّه لم يكن لمورّثهم إلّا خيار واحد -: أنّه لا وجه لاحتمال التفريق. وقال في الدروس في باب خيار العيب: لو جَوَّزنا لأحد المشتريين الردّ لم نجوّزه لأحد الوارثين عن واحد، لأنّ التعدّد طار على العقد سواء كان الموروث خيار العيب أو غيره، انتهى. وقال في المسالك بعد المنع عن تفرّق المشتريين في الخيار: هذا كلّ فيما لو تعدّد المشتري، أمّا لو تعدّد مستحقو المبيع مع اتّحاد المشتري ابتداءً - كما لو تعدّد وارث المشتري الواحد - فإنّه ليس لهم التفرّق لاتّحاد الصفقة، والتعدّد طار، مع احتماله، انتهى. وظاهر التذكرة - في خيار المجلس - الوجه الأول من الوجوه المتقدّمة، قال: لو فسخ بعضهم وأجاز الآخر فالأقوى أنّه يفسخ في الكل، كالمورث لو فسخ في حياته في البعض وأجاز في البعض، انتهى. ويحتمل أن لا يريد بذلك أن لكلّ منهما ملك الفسخ في الكل، كما هو مقتضى الوجه الأول، بل يملك الفسخ في البعض ويسري في الكل، نظير فسخ المورث في البعض.

وكيف كان، فقد ذكر في خيار العيب: أنّه لو اشترى عبداً فمات وخلف وارثين فوجدا به عيباً لم يكن لأحدهما ردّ حصّته خاصّة للتشقيص، انتهى. وقال في التحرير: لو ورث اثنان عن أبيهما خيار عيب، فرضي أحدهما، سقط حقّ الآخر من الرد دون الأرش. والظاهر أنّ خيار العيب وخيار المجلس واحد، كما تقدم عن الدروس. فلعلّه رجوع عما ذكره في خيار المجلس.

ثم إنّّه ربما يحمل ما في القواعد [١] وغيرها: من عدم جواز التفريق، على أنّه

[١] ظاهر القواعد^(١): عدم نفوذ فسخ بعض الورثة مع عدم اتّفاق الآخرين،

لا يصح تبعض المبيع من حيث الفسخ والإجازة، بل لابد من الفسخ في الكل أو الإجازة، فلا دلالة فيها على عدم استقلال كلّ منهم على الفسخ في الكل، وحينئذ فإن فسخ أحدهم وأجاز الآخر قُدّم الفسخ على الإجازة.

ويُنسب تقديم الفسخ إلى كلّ من منع من التفريق، بل في الحدائق تصريح الأصحاب بتقديم الفاسخ من الورثة على المجيز. ولازم ذلك الاتفاق على أنّه متى فسخ أحدهم انفسخ في الكل. وما أبعد بين هذه الدعوى وبين ما في الرياض، من قوله: ولو اختلفوا - يعني الورثة - قيل: قُدّم الفسخ، وفيه نظر. لكن الأظهر في معنى عبارة القواعد ما ذكرنا، وأنّ المراد بعدم جواز التفريق: أنّ فسخ أحدهم ليس ماضياً مع عدم موافقة الباقيين، كما يدلّ عليه قوله فيما بعد ذلك في باب خيار العيب:

ولكن قد يقال: إنّ المراد عدم نفوذ فسخ الورثة في سهمه من المال لا عدم نفوذ فسخه في الجميع.

وعلى ذلك فلو فسخ بعضهم العقد في جميع المال وأجاز الآخرون قدم الفسخ. وينسب ذلك إلى كلّ من منع عن تفريق الورثة، وفي الحدائق^(١): أنّ تصريح الأصحاب بتقديم الفسخ في الكل على إجازة المجيز، ولكن نسب في الرياض^(٢) هذا التقديم إلى قيل، وناقش فيه بقوله: «وفي تقديم الفسخ على الإجازة إشكال».

ثم إنّ ظاهر المصنف وغيره أنّ إجازة بعض الورثة يوجب عدم نفوذ الفسخ من الآخرين حتّى فيما توافق الكل على ذلك الفسخ فيما بعد بمعنى أنّ إجازة أحدهم يوجب سقوط الخيار وانتفائه، حيث ذكر في ذيل حكاية كلام القواعد في خيار العيب «من أنه فلا إشكال في وجوب توافقهما» والمراد بوجوب التوافق الوجوب الشرطي

(١) الحدائق ١٩: ٧١.

(٢) الرياض ٨: ٢٠٣.

إنه «إذا ورثا خيار عيب، فلا إشكال في وجوب توافقهما» فإنَّ المراد بوجوب التوافق وجوبه الشرطي، ومعناه: عدم نفوذ التخالف، ولا ريب أنَّ عدم نفوذ التخالف ليس معناه عدم نفوذ الإجازة من أحدهما مع فسخ صاحبه، بل المراد عدم نفوذ فسخ صاحبه من دون إجازته، وهو المطلوب. وأصرح منه ما تقدّم من عبارة التحرير ثم التذكرة. نعم، ما تقدّم من قوله في الزوجة غير ذات الولد: «أقربه ذلك إن اشترى بخيار لثرت من الثمن» قد يدلّ على أنَّ فسخ الزوجة فقط كافٍ في استرجاع تمام الثمن لثرت منه، إذ استرداد مقدار حصّتها موجب للتفريق الممنوع عنده وعند غيره.

وكيف كان، فمقتضى أدلة الإرث ثبوت الخيار للورثة على الوجه الثالث الذي اخترناه. وحاصله: أنّه متى فسخ أحدهم وأجاز الآخر لغى الفسخ. وقد يتوهم استلزام ذلك بطلان حقّ شخص، لعدم إعمال الآخر حقه. ويندفع: بأنَّ الحقّ إذا كان مشتركاً لم يجز إعماله إلّا برضا الكلّ، كما لو جعل الخيار لأجنبيّين على سبيل التوافق.

فرع: إذا اجتمع الورثة كلّهم [١] على الفسخ فيما باعه مورّثهم، فإن كان عين

ومعناه عدم نفوذ التخالف، ولا ريب أنَّ عدم نفوذ التخالف ليس معناه عدم نفوذ إجازة أحدهما مع فسخ الآخر، بل المراد عدم نفوذ فسخ صاحبه من دون إجازته الفسخ المزبور.

ولكن يمكن أن يقال: مقتضى كون الخيار حقّاً للجميع أن يكون سقوطه أيضاً بإسقاط الجميع، لا بإسقاط واحد منهم ولو مع عدم رضا الآخرين كما هو الفرض.

[١] ذكره في هذا الفرع أموراً:

الأول: أنّه إذا اجتمع الورثة كلّهم على فسخ العقد الجاري على العين المنتقلة عن

الثلث موجوداً في ملك الميت دفعوه إلى المشتري، وإن لم يكن موجوداً أُخرج من مال الميت ولا يمنعون من ذلك وإن كان على الميت دين مستغرق للتركة، لأنَّ المحجور له الفسخ بخياره. وفي اشتراط ذلك بمصلحة الديان وعدمه وجهان. ولو كان مصلحةهم في الفسخ لم يجبروا الورثة عليه لأنَّه حقَّ لهم، فلا يجبرون على إعماله. ولو لم يكن للميت مال ففي وجوب دفع الثمن من مالهم بقدر الحصة وجهان: من أنَّه ليس لهم - كالأجنبي المجهول له الخيار، أو الوكيل المستتاب في الفسخ والإمضاء - إلاَّ حقَّ الفسخ وانحلال العقد المستلزم لدخول المبيع في ملك

ملك الميت فإن كان الثمن بعينه باقياً فللمشتري استرداده، وإن لم يكن باقياً يصير ذلك الثمن التالف ديناً من ديون الميت فيخرج من تركته.

الثاني: أنَّه لا يمنع عن فسخ العقد ولو كان على الميت دين مستغرق لتركته، لأنَّ الورثة وإنَّ يكونوا محجورين بالإضافة إلى إرث المال إلاَّ أنَّ لهم حقَّ الخيار الذي تركه ميتهم.

وعلى ذلك فيجوز في الفرض للورثة فسخ العقد الجاري على العين المنتقلة عن ميتهم أو إلى ميتهم.

وهل يجوز لهم الفسخ وإن لم يكن صلاحاً للديان - كما إذا كان الثمن بعينه باقياً على ملك الميت، وكان قسمته للغرماء - أصلح من قسمة العين المفروضة مثنياً لذلك الثمن.

وعلى تقدير جواز الفسخ مطلقاً أو فيما كان صلاحاً للغرماء فلا يجبر الورثة على الفسخ، لأنَّ الفسخ حق لهم لا عليهم، ولا يجبر ذوالحق على الانتفاع بحقه.

الثالث: لو لم يكن للميت تركة وفرض تلف الثمن الذي أخذ مورثهم من مشتري العين فقد تقدَّم أنَّ للورثة فسخ العقد، فهل مع فسخه يكون الثمن على الورثة

الميت يوفى عنه ديونه وخروج الثمن عن ملكه في المعين واشتغال ذمته ببذله في الثمن الكلّي، فلا يكون مال الورثة عوضاً عن المبيع إلا على وجه كونه وفاءً لدين الميت، وحينئذٍ فلا اختصاص له بالورثة على حسب سهامهم، بل يجوز للغير أداء ذلك الدين، بل لو كان للميت غرماء ضرب المشتري مع الغرماء. وهذا غير اشتغال ذم الورثة بالثمن على حسب سهامهم من المبيع. ومن أنهم قائمون مقام الميت

على حسب سهامهم من العين، أو يصير الثمن ديناً على الميت، فيلزم وفاء من العين المرجوعة إلى ملك الميت.

فان كان فسخ الورثة من قبيل فسخ الوكيل أو الأجنبي المشروط له الخيار فيرجع العين إلى ملك الميت، فيوفي بها دينه بل لو كان للميت غرماء ضرب المشتري مع الغرماء في الثمن المزبور.

والحاصل: أن مقتضى خروج الثمن المعين عن ملك المورث وثبوت الثمن أي كلفة بذمته أن لا يكون ما يدفعه الوارث عوضاً عن المبيع بل يكون وفاءً لدين الميت لتلف عين الثمن.

نعم إذا كان الفسخ تملكاً جديداً من الورثة بالإضافة إلى العين وبازاء ما يدفعون، نظير أخذهم بحق الشفعة الموروثة حيث يتملكون الحصة في الأخذ بالشفعة بازاء الثمن الذي يدفعون من مالهم يلزم عليهم في الفسخ أيضاً الثمن على حسب سهامهم. الرابع: أنه لو قيل بأن لكل واحد من أفراد الورثة خيار الفسخ بالإضافة إلى تمام العقد ففي فرض فسخ بعضهم وامتناع الآخرين يرجع العين إلى ملك جميعهم، أو إلى ملك الفاسخ فقط فيكون الثمن عليه، فهذا أيضاً مبني على أن فسخه من قبيل فسخ الوكيل، أو الأجنبي المشروط له الخيار، أو أنه كالميت يتملك العين بازاء ما يدفعه إلى المشتري.

في الفسخ بردَ الثمن أو بدله وتملّك المبيع، فإذا كان المبيع مردوداً على الورثة من حيث إنهم قائمون مقام الميّت، اشتغلت ذممهم بشئ من حيث إنهم كنفس الميّت، كما أنّ معنى إرثهم لحقّ الشفعة استحقاقهم لتملّك الحصة بثمن من مالهم لا من مال الميّت. ثم لو قلنا بجواز الفسخ لبعض الورثة وإن لم يوافقه الباقي وفسخ، ففي انتقال المبيع إلى الكل أو إلى الفاسخ، وجهان: ممّا ذكرنا من مقتضى الفسخ،

ثم قال عليه السلام: إنّ الفسخ في الفرضين يعني المفروض في الأمر الثالث والمفروض في الأمر الرابع كوقوع الفسخ من المورث في كونه تملّكاً للعين بازاء ما يدفعه الفاسخ من مال نفسه على الأظهر.

واستشهد لذلك بالخيار الثابت للورثة فيما إذا باع مورّثهم العين ببيع الخيار، فإنّه لا ينبغي التأمّل في جريان السيرة على دفع الورثة مثل الثمن من مالهم، ويستردون العين لأنفسهم من غير أن يلزموا باداء دين الميّت من تلك العين فيما إذا اخرجوا ديون الغرماء بحسب تركة الميّت قبل الفسخ.

أقول: يرد عليه عليه السلام أنّ ما اختاره في الفرضين ينافي ما ذكره في الأمر الأوّل من أنّه على تقدير عدم التركة للميّت ووقوع الفسخ بعد تلف عين الثمن يكون ديناً على الميّت فيخرج من تركته، فإنّ مع كون الفسخ من الورثة تملّكاً لأنفسهم لا وجه لكون الثمن ديناً على الميّت هذا أولاً.

وثانياً: قد تقدّم أنّ الفسخ يتعلّق بالعقد، ومعنى فسخ العقد إلغائه، وأمّا عود ملكيته المبيع والثمن فيكون بالسبب الذي كان قبل العقد، ولا يكون الفسخ إنشاء تملّك جديد أصلاً.

وعليه فلا بد من عود المبيع إلى ملك المورث على جميع التقادير، وعود الثمن الذي أخذه مورّثهم إلى ملك المشتري ثانياً سواء كان ذلك الثمن باقياً أو تالفاً، غاية

وما ذكرنا أخيراً من مقتضى النيابة والقيام مقام الميّت. والأظهر في الفرعين هو كون ولاية الوارث لا كولاية الولي والوكيل في كونها لاستيفاء حقٍّ للغير، بل هي ولاية استيفاء حقٍّ متعلّق بنفسه، فهو كنفس الميت لائب عنه في الفسخ، ومن هنا جرت السيرة: بأنّ ورثة البائع يبيع خيار ردّ الثمن يردّون مثل الثمن من أموالهم، ويسترّدون المبيع لأنفسهم من دون أن يلزموا بأداء الديون منه بعد الإخراج. والمسألة تحتاج إلى تنقيح زائد.

الأمر لازم ملكية التالف المضمون رد المثل أو القيمة. والحاصل: أنّه يكون الثمن التالف ديناً على الميّت، فيوفي من العين المرجوعة إلى ملك الميّت، ويجوز للورثة ادائه من مال أنفسهم، فتدخل العين في موضوع الإرث، كما هو الحال فيما إذا كان للميّت تركة بمقدار ديونه، فإن مع أداء الوارث الدين من مالهم تدخل التركة في موضوع الإرث.

وأما قياس الخيار بأخذ الوارث بحقّ الشفعة في دفع الورثة الثمن من أموالهم في الأخذ بحقّ الشفعة غير صحيح، فإنّ الأخذ بحقّ الشفعة لا يوجب انحلال العقد الجاري على الحصّة كي تعود الحصّة إلى ملك الميّت، بل الأخذ بحقّ الشفعة تملك للحصّة بازاء دفع مثل الثمن إلى مشتريها كما لا يخفى.

ومما ذكرنا يظهر الحال في الفسخ ببيع الخيار، فإنّ دفع الوارث مثل الثمن إلى المشتري العين فسخ للبيع، ومبادلة أخرى بين المدفوع وبين الثمن التالف، أو الباقي على ما ذكر في محله.

والحاصل: أنّه يلزم على ما ذكره رحمته أن لا يكون تملك الوارث للعين المنتقلة عن الميت من قبيل الميراث، فلا وجه لتقييد تلك العين بالحصص ولو مع اتّفاقهم على الفسخ فتدبر جيداً.

مسألة: لو كان الخيار لأجنبي فمات [١] ففي انتقاله إلى وارثه كما في التحرير، أو إلى المتعاقدين، أو سقوطه كما اختاره غير واحد من المعاصرين وربما يظهر من القواعد، وجوه: من أنه حق تركه الميت فلو ارثته. ومن أنه حق لمن اشترط له من المتعاقدين، لأنه بمنزلة الوكيل الذي حكم في التذكرة بانتقال خياره إلى موكله دون وارثه. ومن أن ظاهر الجعل أو محتمله مدخلية نفس الأجنبي، فلا يدخل فيما تركه. وهذا لا يخلو عن قوة لأجل الشك في مدخلية نفس الأجنبي.

وفي القواعد: لو جعل الخيار لعبداً أحدهما، فالخيار لمولاه، ولعله لعدم نفوذ فسخه ولا إجازته بدون رضا مولاه، وإذا أمره بأحدهما أجبر شرعاً عليه، فلو امتنع فللمولى فعله عنه، فيرجع الخيار بالآخرة له. لكن هذا يقتضي أن يكون عبد

[١] ذكره الله أنه لو شرط الخيار لأجنبي فمات الأجنبي، ففي انتقال الخيار لو ارثته فانه مقتضى ما دل على أن ما ترك الميت من حق الورثة، أو أنه ينتقل للمشروط له فان ثبوت الخيار للأجنبي حق له، أو أنه ينتهي بموت الأجنبي فلا يثبت للمشروط له ولا لورثته وجوه، أقواها انتهاءه بموته لأن الظاهر من جعل الخيار للأجنبي كون حياته مقوماً لحق الخيار.

أقول: كون حياة الأجنبي مقوماً لحق الخيار باشتراط المتعاقدين ولو ارتكازاً مقتضاه انتهاء الخيار عند موته.

وهذا الشرط الارتكازي لا يكون مخالفاً للكتاب والسنة الداليتين على الإرث، وذلك فان الموضوع للإرث ما ترك الميت، ومع شرط سقوط الخيار ونحوه لا يكون حق الخيار المزبور مما ترك لينتقل إلى ورثة، بل يمكن دعوى أن خيار المجلس ونحوه إذا ثبت للوكيل كما إذا لم يكن وكيلاً في مجرد إجراء العقد لا ينتقل إلى ورثته، لأن الخيار كان من أثر الوكالة المنتهية بموته.

الأجنبي كذلك، مع أنه قال: لو كان العبد لأجنبي لم يملك مولاه ولا يتوقف على رضاه إذا لم يمنع حقاً للمولى، فيظهر من ذلك فساد الوجه المذكور نقضاً وحلاً، فافهم.

مسألة: ومن أحكام الخيار سقوطه بالتصرف [١] بعد العلم بالخيار. وقد مرَّ

[١] ذكره حصول الفسخ بالفعل كحصوله بالقول، ولعل هذا متسالم عليه بينهم في بابي الإجازة والفسخ.

وحيث ذكروا في وجه حصول الإجازة بالفعل ظهوره فيها، فيكون الأمر في الفسخ بالفعل كذلك.

وقد استظهر اعتبار الدلالة على الرضا والإغماض عن الخيار من صحيحة علي بن رئاب عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري اشترط أم لم يشترط، فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل ثلاثة أيام فذلك رضا منه فلا شرط، قيل له: ما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء»^(١).

فان ظاهر تعليقه عليه السلام سقوط الخيار بالحدث دلالة على الرضا.

وكذلك النبوي الوارد في خيار الحيوان أيضاً، وفيه: «قال رسول الله ﷺ في رجل اشترى عبداً بشرط ثلاثة أيام فمات العبد في الشرط، قال: يستحلف بالله ما رضيه ثم هو بريء من الضمان»^(٢).

فان ظاهره أيضاً اعتبار الرضا في سقوط الخيار، واستحلاف المشتري يحمل على سماع دعوى البائع عليه بأنه لعله اغمض عن خياره، فيكون الدعوى بنحو التهمة،

(١) وسائل الشريعة ١٨: ١٣، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٢) وسائل الشريعة ١٨: ١٥، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٤.

بيان ذلك في مسقطات الخيار. والمقصود هنا بيان أنه كما يحصل إسقاط الخيار والتزام العقد بالتصرف فيكون التصرف إجازة فعلية، كذلك يحصل الفسخ بالتصرف، فيكون فسخاً فعلياً. وقد صرح في التذكرة: بأن الفسخ - كالإجازة - قد يكون بالقول وقد يكون بالفعل. وقد ذكر جماعة - كالشيخ وابن زهرة وابن إدريس وجماعة من المتأخرين عنهم كالعلامة وغيره قدس الله أسرارهم -: أن التصرف إن وقع فيما انتقل عنه كان فسخاً، وإن وقع فيما انتقل إليه كان إجازة. وقد عرفت في مسألة الإسقاط: أن ظاهر الأكثر أن المسقط هو التصرف المؤذن بالرضا، وقد دل عليه الصحيحة المتقدمة في خيار الحيوان المعللة للسقوط: بأن التصرف رضاً بالعقد فلا خيار، وكذا النبوي المتقدم. ومقتضى ذلك منهم: أن التصرف فيما انتقل

أو يحمل على دعوى أن المشتري كان قد اغمض عن خياره قبل التلف. ولو فرض من ظهور صحيحة علي بن رثاب في سقوط الخيار بكل فعل لا يجوز ذلك الفعل لغير المالك وإن لم يكن له ظهور في إغماض الفاعل عن حق خياره، وأن هذا السقوط تعبد يبقى اعتبار الظهور في ناحية كون الفعل فسخاً بحاله، إلا أن يدعى الإجماع على عدم الفصل بين الإجازة والفسخ. وهذا الإجماع أي عدم الفصل وإن لم يكن بعيداً إلا أنه يستفاد من أكثرهم اعتبار الدلالة على الرضا في سقوط الخيار بالفعل، بل كلماتهم في المقام يعني حصول الفسخ بالفعل أيضاً كذلك.

قال العلامة في التذكرة^(١) إن عرض ذي الخيار ما باعه للبيع ثانياً أو اذنه أو توكيله الآخر في بيعه أو جعل المبيع المزبور رهناً لم يتم لعدم القبض، وكذلك هبته مع عدم القبض، فسخ كما أنها من المشتري الذي له الخيار إجازة لدالاتها فيما إذا صدرت عن

عنه إنما يكون فسخاً إذا كان مؤذناً بالفسخ ليكون فسخاً فعلياً، وأما ما لا يدل على إرادة الفسخ، فلا وجه لانفساخ العقد به وإن قلنا بحصول الإجازة به، بناءً على حمل الصحيحة المتقدمة على سقوط الخيار بالتصرف تعبدًا شرعياً، من غير أن يكون فيه دلالة عرفية نوعية على الرضا بلزوم العقد، كما تقدّم نقله عن بعض. إلا أن يدعى الإجماع على اتحاد ما يحصل به الإجازة والفسخ، فكل ما يكون إجازة لو ورد على ما في يده يكون فسخاً إذا ورد منه على ما في يد صاحبه. وهذا الاتفاق وإن كان الظاهر تحققه، إلا أن أكثر هؤلاء - كما عرفت - كلماتهم في سقوط خيار الشرط بالتصرف تدل على اعتبار الدلالة على الرضا في التصرف المسقط، فيلزمهم بالمقابلة اعتبار الدلالة على الفسخ في التصرف الفاسخ، ويدل عليه كثير من كلماتهم في هذا المقام أيضاً. قال في التذكرة: أما العرض على البيع والإذن فيه والتوكيل والرهن غير المقبوض - بناءً على اشتراطه فيه - والهبة غير المقبوضة،

البائع الذي له الخيار على طلب المبيع والإغماض عن الثمن وفيما إذا صدرت عن المشتري الذي له الخيار على استيفاء المبيع والإغماض عن خياره.

أقول: قد تقدّم حصول الانشاء بالفعل كحصوله بالقول، ويعتبر في الإنشاء الدلالة سواء كان بالقول أو بالفعل.

وظاهر صحيحة علي بن رثاب بل وغيرها اعتبار إسقاط الخيار في سقوطه، ولا ينافي كون النظر إلى الأمة المشتراة أو لمسها أو تقبيلها مسقطاً تعبدياً، كما لا يبعد كون مطلق إحداث الحدث في الحيوان كذلك، بأن يسقط الخيار به وإن كان مع الغفلة عن الخيار أو مع اعتقاد أنه يجوز لغير المالك أيضاً.

وكيف ما كان فلا يستفاد من الروايات الواردة في خيار الحيوان سقوطه بكل فعل لا يجوز لغير مالك الأمة مع عدم عدّه حدثاً، بل السقوط مع عدم عدّه حدثاً ينحصر بما

فالأقرب أنها من البائع فسخ ومن المشتري إجازة، لدالتها على طلب المبيع واستيفائه، وهذا هو الأقوى، ونحوها في جامع المقاصد. ثم إنك قد عرفت الإشكال في كثير من أمثلتهم المتقدمة للتصرفات الملزمة، كركوب الدابة في طريق الرد ونحوه مما لم يدل على الالتزام أصلاً، لكن الأمر هنا أسهل، بناءً على أن ذا الخيار إذا تصرف فيما انتقل عنه تصرفاً لا يجوز شرعاً إلا من المالك أو بإذنه، دل ذلك بضميمة حمل فعل المسلم على الصحيح شرعاً على إرادة انفساخ العقد قبل هذا التصرف. قال في التذكرة: لو قبل الجارية بشهوة، أو باشر في ما دون الفرج، أو لمس بشهوة، فالوجه عندنا أنه يكون فسخاً، لأن الإسلام يصون صاحبه عن القبيح،

إذا كان بقصد الإغماض عن خياره، كما أن عدّه فسخاً فيما إذا كان بقصده.

ثم قال رحمه الله: إن بعض التصرف من ذي الخيار فيما انتقل إليه مما يحرم على غير المالك وإن يستشكل في دلالة على إرادة العقد والإغماض عن الخيار، إلا أن الأمر في تصرف ذي الخيار بتلك التصرفات فيما انتقل عنه خالية عن الإشكال في دلالتها على الفسخ، لأن المتصرف فيما انتقل عنه يكون غير مالك قبل التصرف، فيكشف تصرفه عن إرادته الفسخ، كما هو مقتضى حمل المسلم على الصحيح أي الحلال وضعاً، أو تكليفاً كركوبه الدابة التي باعها من غيره بخيار.

وكذلك إذا كانت تصرفاته فيما انتقل عنه غير جائزة وضعاً مع عدم قصده الفسخ، كهبته المال الذي باعه من آخر قبل ذلك بخيار، أو بيعه من آخر بعد البيع المزبور، أو إجارته المبيع، أو تزويجه الأمة التي باعها قبل تزويجها بخيار، ففي جميع ذلك يكون مقتضى حمل تصرفه الثاني على النافذ إرادته فسخ المعاملة التي كان له فيها الخيار.

لا يقال: حمل فعل المسلم على الحلال في الفرض الأول لا يثبت إرادته فسخ المعاملة الجارية على الدابة قبل ذلك، كما أن الحمل على الصحة في التصرفات

فلو لم يختَر الإمساك لكان مُقَدِّماً على المعصية، انتهى. ثم نقل عن بعض الشافعية احتمال عدم، نظراً إلى حدوث هذه الأمور عمّن يتردّد في الفسخ والإجازة. وفي جامع المقاصد عند قول المصنف رحمته: «ويحصل الفسخ بوطء البائع وبيعه وعتقه وهبته» قال: لوجوب صيانة فعل المسلم عن الحرام حيث يوجد إليه سبيل، وتنزيل فعله على ما يجوز له مع ثبوت طريق الجواز، انتهى. ثم إن أصالة حمل فعل المسلم على الجائز من باب الظواهر المعتبرة شرعاً، كما صرح به جماعة كغيرها من الأمارات الشرعية، فيدل على الفسخ، لا من الأصول التعبدية حتى يقال: إنها لا تثبت إرادة المتصرف للفسخ، لما تقرر: من أن الأصول التعبدية لا تثبت إلا اللوازم الشرعية لمجاريها، وهنا كلام مذكور في الأصول. ثم إن مثل التصرف الذي يحرم شرعاً إلا على المالك أو مأذونه التصرف الذي لا ينفذ شرعاً إلا من المالك

المعاملية فيما انتقل عنه.

وأصالة عدم الفضولية فيها لا تثبت إرادته الفسخ على ما هو المقرّر في محلّه من عدم الاعتبار بمثبتات الأصول.

ولذا لو شك بعد صلاته في صحتها للشك في طهارته حال الصلاة يحكم بصحة صلاته ولكن عليه الوضوء للصلوات الآتية، لأن أصالة الصحة في الصلاة لا تثبت الوضوء.

ولو طلق زوجته بحضور شخصين، وشك الآخر في صحة طلاقه لعدالتهما يحكم بصحته، ولكن أصالة الصحة لا تثبت عدالتهما بأن يجوز للشاك الاقتداء بهما في الصلاة، أو طلاق زوجته عندهما إلى غير ذلك.

فأنه يقال: كل من أصالة الصحة بمعنى فعل المسلم على الصحة يعني الحلال، وحمل تصرفه على النافذ من قبيل الأمانة، فيثبت بها إرادة المتصرف فسخ المعاملة

أو مأذونه وإن لم يحرم، كالبيع والإجارة والنكاح، فإن هذه العقود وإن حلت لغير المالك لعدم عدّها تصرفاً في ملك الغير، إلّا أنّها تدلّ على إرادة الانفساخ بها بضميمة أصالة عدم الفضولية، كما صرح به جامع المقاصد عند قول المصنف: «والإجارة والتزويج في معنى البيع»، والمراد بهذا الأصل الظاهر، فلا وجه لمعارضته بأصالة عدم الفسخ، مع أنّه لو أُريد به أصالة عدم قصد العقد عن الغير، فهو حاكم على أصالة عدم الفسخ، لكن الإنصاف: أنّه لو أُريد به هذا لم يثبت به إرادة العاقد للفسخ.

التي كان له حق الخيار فيها.

فإنّ الأول من ظهور فعل المسلم في الحلال، والثاني من ظهور تصرف المتصرّف في كونه استقلالياً وعن نفسه، لا عن الغير وكالة أو فضولاً. بل لو كان أصالة عدم القصد الفضولية أصلاً عملياً تكون حاكمة على أصالة عدم الفسخ العقد، لأنّ احتمال عدم قصد الفسخ ناش عن احتمال قصد الفضولية. ولكن الإنصاف عدم ترتّب فسخ العقد على عدم قصد الفضولية في التصرف، بل فسحه مترتب على قصده، فقصده مع قصد التصرف فضولاً من المتضادين، ونفي أحد الضدين لا يثبت ضد الآخر، فيكون أصالة عدم قصد الفضولية معارضة بأصالة عدم إرادة الفسخ وعدم الفسخ.

أقول: لا ينبغي التأمل في أمرين:

الأول: حيث إنّ الفسخ والإجازة من قبيل الإنشاءات، فيحتاج كل منهما زائداً على قصدهما إلى إبرازهما بمبرز، وإذا كان الفعل كالقول في ظهوره ولو بقرينة المقام في إرادة الفسخ أو الإجازة كفى في تحقّقهما.

الثاني: أنّه إذا صدر الفعل الظاهر - ولو بحسب المقام - في إرادة الفسخ أو الإمضاء

وكيف كان، فلا إشكال في إناطة الفسخ عندهم - كالإجازة - بدلالة التصرف عليه. ويؤيده استشكلهم في بعض أفراده من حيث دلالة الالتزام على الالتزام بالبيع أو فسخه، ومن حيث إمكان صدوره عن يتردد في الفسخ، كما ذكره في الإيضاح وجامع المقاصد في وجه إشكال القواعد في كون العرض على البيع والإذن فيه فسخاً. ومما ذكرنا يعلم: أنه لو وقع التصرف فيما انتقل عنه نسياناً للبيع أو مسامحةً في التصرف في ملك الغير أو اعتماداً على شهادة الحال بالإذن، لم يحصل الفسخ بذلك.

عن ذي الخيار يعتبر هذا الظهور، ويستكشف به إرادة الفاعل، كما يؤخذ بظهور القول، وحيث إن التصرف المعاملي من شخص ظاهر في كونه بالأصالة لا عن الغير وكالة أو فضولاً يكون تصرف ذي الخيار فيما انتقل عنه بإجارته العين التي باعها من آخر بخيار أو هبتها وبيعها من آخر ثانياً ظاهراً في كونه بالأصالة، ويكشف عن إرادته الفسخ، وهذا الظهور لا يدخل في الأصل العملي ليستشكل في اعتباره بالاضافة إلى إرادة الفسخ كما لا يخفى.

وأما إذا لم يكن للفعل ظهور في إرادة الفسخ أو الإمضاء، وإنما يحرم ذلك الفعل لغير المالك تكليفاً كركوب الدابة التي باعها، فإن دلّ نص أو تم إجماع على أن الفعل المزبور إجازة أو فسخ حتى فيما إذا لم يكن الفاعل مريداً لهما فيؤخذ به، كما قام الدليل على ذلك في الحدث من المشتري أو تقبيل الجارية المشتراة أو لمسها أو النظر إلى مواضع التحريم لغير مالكةا، وكما في المطلقة الرجعية حيث دل النص على أن مثل تقبيل المطلقة رجوع في الطلاق.

وإن لم يقم على ذلك نص ولم يتم إجماع فيقع الكلام في الفعل المزبور في

مسألة: وهل الفسخ يحصل بنفس التصرف [١] أو يحصل قبله متصلاً به؟
وبعبارة أخرى: التصرف سبب أو كاشف؟ فيه وجهان، بل قولان: من ظهور
كلماتهم في كون نفس التصرف فسخاً أو إجازةً وأنه فسخ فعلي في مقابل القولي،

الأولى: هل يكون ذلك الفعل مع إرادة الفاعل الفسخ أو الإمضاء فسخاً، أو إجازة
مع عدم ظهور الفعل في إرادتهما كما هو الفرض.

الثانية: على تقدير تحقق الفسخ أو الإجازة به هل يكون صدوره عن ذي الخيار
يعتبر في الفسخ والاجازة، وفي كشف ارادته الفسخ والاجازة.

أما الأولى: فلا يبعد الالتزام بتحقيق الإنشاء بالفعل المزبور في الإيقاعات التي
لا يعتبر فيها إلا الاتيان بالمبرز ولو بالاضافة إلى نفس الموقع كإبراء والإسقاط، بخلاف
ما يعتبر فيه الإبراز للغير كما في العقود حيث يعتبر فيها الإبراز بالاضافة إلى القابل
ايضاً.

وأما الثانية: فلا يعتبر لعدم الظهور في الفعل كما هو الفرض، إلا مع قيام دليل في
مورد كما ذكرنا، فإن أصالة الصحة بمعنى عدم صدور القبيح عن الفاعل لا تثبت شيئاً.
وأصالة الصحة بمعنى وقوع الفعل التام فجريانها في مورد يتوقف على احراز أن
الفاعل قد قصد تحقيق الفعل، وشك في الاتيان به تاماً أو ناقصاً بعد احراز اصل الإتيان
به، كما لو شك في أن المصلي على الميت اتى بالصلاة تاماً أو فاسداً.

وأما إذا شك في اصل تحقق الصلاة من الغير فالأصل عدمها.

وعلى ذلك فلو شك في ان بائع الدابة بخيار هل فسخه بركوبها فالأصل عدم
ارادته الفسخ كما لا يخفى.

[١] يقع الكلام في أن عند تصرف ذي الخيار فيما انتقل عنه بتصرف موقوف
على الملك هل يحصل الفسخ وعود الملك إلى المتصرف بنفس ذلك التصرف - سواء

وظهور اتفاقهم على أنَّ الفسخ بل مطلق الإنشاء لا يحصل بالنية، بل لا بد من حصوله بالقول أو الفعل. ومما عرفت من التذكرة وغيرها: من تعليل تحقق الفسخ بصيانة فعل المسلم عن القبيح، ومن المعلوم: أنه لا يُصان عنه إلا إذا وقع الفسخ قبله، وإلا لوقع الجزء الأول منه محرماً. ويمكن أن يحمل قولهم بكون التصرف

كان اعتبارياً كهبة ما باعه بخيار أو تصرفاً خارجياً كوطئ الأمة التي باعها بخيار - أو يحصل الانفساخ سابقاً على التصرف بحيث يكون زمان عود الملك إلى التصرف متصلاً بزمان تصرفه؟

وبتعبير آخر: هل يكون التصرف موجباً للفسخ أو يكون كاشفاً عن سبق الانفساخ؟

وذكره ^(١) في وجه كون التصرف موجباً للفسخ أمرين:

الأول: أنَّ الفسخ الفعلي قسيم للفسخ القولي، وكما أنَّ الانفساخ يحصل بالفسخ القولي فلا بد من أن يكون التصرف الفعلي فسخاً يحصل به الانفساخ.

الثاني: اتفاق كلماتهم على أنَّ الفسخ كالإجازة من قسم الإنشاء، ولا يحصل الإنشاء بالنية فقط، بل يعتبر فيه القول أو الفعل.

وذكر أيضاً في كون التصرف كاشفاً عن الانفساخ وسبق عود الملك إلى المتصرف أمرين:

الأول: ما تقدّم عن التذكرة ^(١) وغيره في وجه كون التصرف فسخاً هو حمل فعل المسلم على الصحة، وإنما يفيد الحمل على الصحة في كون الفعل حلالاً أن يكشف عن سبق الملك على التصرف، وإلا كان الفعل في أول وقوعه حراماً.

(١) التذكرة ١: ٥٣٧.

فسخاً على كونه دالاً عليه وإن لم يتحقق به، وهذا المقدار يكفي في جعله مقابلاً للقول. ويؤيده ما دلّ من الأخبار المتقدمة على كون الرضا هو مناط الالتزام بالعقد وسقوط الخيار، وإن اعتبر كونه مكشوفاً عنه بالتصرف كما اعترف به في الدروس وصرّح به في التذكرة، حيث ذكر: أنّ قصد المتبايعين لأحد عوضي الصرف قبل التصرف رضاً بالعقد. فمقتضى المقابلة هو كون كراهة العقد باطلاً وعدم الرضا به هو الموجب للفسخ إذا كشف عنه التصرف. ويؤيده أنهم ذكروا: أنّه لا تحصل الإجازة بسكوت البائع ذي الخيار على وطء المشتري، معللاً: بأنّ السكوت لا يدل على الرضا، فإنّ هذا الكلام ظاهر في أنّ العبرة بالرضا. وصرّح في المبسوط: بأنّه لو علم رضاه بوطء المشتري سقط خياره، فاقصر في الإجازة على مجرد الرضا.

الثاني: أنّه يستفاد من الروايات^(١) خيار الحيوان أنّ رضا المشتري بشراء الحيوان بقاءً يوجب سقوط خياره، فمقتضى المقابلة بين الفسخ والإجازة أن يحصل الفسخ أيضاً بكراهة ذي الخيار فيما إذا كشف الفعل الرضا أو الكراهة. ويؤيد كون الرضا موجباً لسقوط الخيار ما ذكروا^(٢): من أنّه لا تحصل الإجازة فيما إذا اطلع بائع الأمة بخيار على وطئ المشتري وسكت، معلّلين ذلك بأنّ السكوت لا يكشف عن الرضا، فإنّ مقتضى التعليل أن يكون مسقط الخيار هو الرضا، وصرّح الشيخ^(٣) بأنّه لو علم رضا البائع بوطئ المشتري سقط خياره. والحاصل: أنّه يستفاد من كلماتهم أن الموجب لسقوط الخيار وانفساخ العقد

(١) وسائل الشيعة ١٨: ١٣-١٤، الباب ٤ من أبواب الخيار.

(٢) كما في المبسوط ٢: ٨٣، والغنية: ٢٢١، والقواعد ٢: ٦٩، والتذكرة ١: ٥٣٥، وراجع مفتاح الكرامة ٤:

٦٠١.

(٣) المبسوط ٢: ٨٣.

وأما ما اتفقوا عليه: من عدم حصول الفسخ بالنية، فمرادهم بها نية الانفساخ، أعني الكراهة الباطنية لبقاء العقد والبناء على كونه منفسخاً من دون أن يدل عليها بفعل مقارن له. وأما مع اقترانها بالفعل فلا قائل بعدم تأثيره فيما يكفي فيه الفعل، إذ كل ما يكفي فيه الفعل من الإنشاءات ولا يعتبر فيه خصوص القول فهو من هذا القبيل، لأن الفعل لا إنشاء فيه، فالمنشأ يحصل بإرادته المتصلة بالفعل لا بنفس الفعل، لعدم دلالة عليه. نعم، يلزم من ذلك أن لا يحصل الفسخ باللفظ أصلاً، لأن اللفظ أبداً مسبق بالقصد الموجود بعينه قبل الفعل الدال على الفسخ. وقد ذكر العلامة في بعض مواضع التذكرة: [١] بأن اللازم بناءً على القول بتضمّن الوطاء للفسخ عود الملك إلى الواطئ مع الوطاء أو قبيله، فيكون حلالاً. هذا، وكيف كان، فالمسألة

رضا ذي الخيار بالعقد أو كراهته، ولكن مع تقارنهما بما يدل عليهما.

وما تقدّم من الاتفاق على عدم حصول الإجازة والفسخ بالرضا والكراهة فمقتضاه عدم حصولهما بمجرد الرضا أو الكراهة، وأما عدم حصولهما إذا تقارنا بالفعل الكاشف فلا قائل بخلافه، بل لا يكون في الفعل إنشاءً، فإنه ليس شأن الفعل غير الكشف والظهور.

ولكن أورد على هذا الوجه بأن لازمه أن لا يحصل الفسخ بالقول أيضاً بنحو الإنشاء، فإن القول أيضاً كالفعل مسبق الرضا بالعقد أو كراهته، فيحصل الإجازة أو الفسخ بهما لا بالقول.

[١] وحاصله^(١): أن الالتزام بأن وطئ الأمة المبيعة بخيار تتضمن الفسخ إما بالالتزام بحصول الفسخ مع الوطاء، أو قبله فيكون الوطاء على الثاني حلالاً.

(١) حاصل كلام العلامة في التذكرة ١: ٥٣٤.

ذات قولين: ففي التحرير قوى حرمة الوطاء الذي يحصل به الفسخ، وأنَّ الفسخ يحصل بأوّل جزء منه، فيكشف عن عدم الفسخ قبله. وهو لازم كل من قال بعدم صحة عقد الواهب الذي يتحقق به الرجوع، كما في الشرائع وعن المبسوط والمهذّب والجامع، والحكم في باب الهبة والخيار واحد. وتوقّف الشهيد في الدروس في المقامين مع حكمه بصحة رهن ذي الخيار. وجزم الشهيد والمحقق الثانيان بالحل، نظراً إلى حصول الفسخ قبله بالقصد المقارن. ثم إنّه لو قلنا بحصول الفسخ قبيل هذه الأفعال فلا إشكال في وقوعها في ملك الفاسخ، فيترتب عليها آثارها، فيصح بيعه وسائر العقود الواقعة منه على العين، لمصادفتها للملك. ولو قلنا بحصوله بنفس الأفعال، فينبغي عدم صحّة التصرفات المذكورة كالبيع والعق

ثم إنَّ ظاهر التحرير^(١): حصول الفسخ بنفس الفعل، وعليه فلا يكون فسخ قبل الوطاء، فيكون الفعل في أوّله حراماً، وهذا ظاهر كل من^(٢) حكم ببطلان عقد الواهب فيما إذا رجع عن هبته بذلك العقد، فإنَّ العقد المزبور في أوّله لا يقع في ملك، ولا فرق في هذا الحكم بين الرجوع في الهبة والفسخ بالخيار، فلا يكون تصرف ذي الخيار صحيحاً مع فسخه البيع السابق بذلك التصرف. ولكن الشهيد في الدروس^(٣) مع توقّفه عن الحكم في الرجوع والخيار حكم بصحة رهن ذي الخيار.

وعلى كلّ حال يترتب على القولين الحكم بصحة التصرفات لحصول الانفساخ بالقصد المقارن للتصرف، والحكم ببطلاتها لحصول الانفساخ بالتصرف ولو بأوّل جزء منه.

(١) التحرير ١: ١٦٨.

(٢) الشرائع ٢: ١٣١، والمبسوط ٣: ٣٠٤، والمهذّب ٢: ٩٥، والجامع: ٣٦٧.

(٣) الدروس ٣: ٣٩١.

من حيث عدم مصادفتها لملك العاقد التي هي شرط لصحتها. وقد يقرر المانع بما في التذكرة عن بعض العامة: من أن الشيء الواحد لا يحصل به الفسخ والعقد، كما أن التكبيرة الثانية في الصلاة بنية الشروع في الصلاة يخرج بها عن الصلاة، ولا يشرع بها في الصلاة. وبأن البيع موقوف على الملك الموقوف على الفسخ المتأخر عن البيع. وأجاب في التذكرة عن الأول بمنع عدم صحة حصول الفسخ والعقد بشيء واحد بالنسبة إلى شيئين. وأجاب الشهيد عن الثاني بمنع الدور التوقيفي، وأن الدور معي. وقال في الإيضاح: إن الفسخ يحصل بأول جزء من العقد. وزاد في باب الهبة قوله: فيبقى المحل قابلاً لمجموع العقد، انتهى. وقد يستدل للصحة: بأنه إذا وقع العقد على مال الغير فملكه بمجرد العقد كان كمن باع مال غيره ثم ملكه.

وقد يذكر للمنع عن صحة ذلك التصرف كما عن بعض العامة^(١) بأن الشيء الواحد لا يحصل به شيان، نظير التكبيرة ثانية بقصد الإحرام حيث يخرج بها عن الصلاة، فلا يمكن الدخول بها في الصلاة.

وأيضاً أن صحة التصرف مع حصول الفسخ به دوري، حيث إن بيع المتاع من آخر ثانياً يتوقف على كون بائعه مالكا، فيكون البيع الثاني موقوفاً على ملك المتاع الموقوف على الفسخ، والمفروض أن الفسخ أيضاً موقوف على البيع المزبور. وأجاب في التذكرة عن الأول بأنه لا يمتنع حصول شيئين بشيء واحد^(٢).

وأجاب الشهيد رحمته الله عن الثاني: بأن الدور معي^(٣)، ولعله لحصول الفسخ والبيع بانشاء العاقد، فيكون اتصاف التصرف بكونه فسحاً وبكونه بيعاً في زمان واحد

(١) و(٢) نقله العلامة - مع جوابه عن الأول - في التذكرة ١: ٥٣٨ وانظر ١: ٤٩٠.

(٣) نقله صاحب مفتاح الكرامة ٤: ٦٠١ ص ١٦.

أقول: إن قلنا: بأن المستفاد من أدلة توقف البيع [١] والعق على الملك - نحو قوله: «لا بيع إلا في ملك»، و «لا عتق إلا في ملك» - هو اشتراط وقوع الإنشاء في ملك المنشئ، فلا مناص عن القول بالبطلان، لأن صحة العقد حينئذٍ تتوقف على تقدم تملك العاقد على جميع أجزاء العقد لتقع فيه، فإذا فرض العقد أو جزء من أجزائه فسخاً كان سبباً لتملك العاقد مقدماً عليه، لأن المسبب إنما يحصل بالجزء الأخير من سببه، فكلما فرض جزء من العقد قابل للتجزئة سبباً للتملك، كان التملك متأخراً عن بعض ذلك الجزء، وإلا لزم تقدم وجود المسبب على السبب. والجزء الذي لا يتجزأ غير موجود، فلا يكون سبباً، مع أن غاية الأمر حينئذٍ المقارنة بينه وبين التملك.

وبإنشاء العاقد.

وأجاب في الإيضاح^(١) عن الدور: بأن الفسخ يحصل بأول جزء من التصرف، وقال في باب الهبة بعد هذا، فيبقى المحل قابلاً لمجموع العقد أي يقع العقد مع تمامه في الملك.

وأجيب عن الدور أيضاً: بأن بيع مال الغير مع تملك البائع ذلك المال عند تمام البيع كاف في صحته.

[١] وحاصله: أنه على تقدير حصول الفسخ بالفعل - سواء كان خارجياً أو اعتبارياً - فإن كان الشرط في صحة التصرف العقدي أو الإيقاعي وقوعهما بتمامها في ملك المتصرف فاللازم الحكم بحصول الفسخ بذلك التصرف مع الحكم ببطلان نفس التصرف، لأن المعتبر في وقوعه صحيحاً وقوعه بتمام أجزائه في ملك الفاعل

(١) راجع الإيضاح ٤٨٨: ١، و ٤١٧: ٢.

لكنك عرفت أن الشرط بمقتضى الأدلة سبق التملك على جميع أجزاء العقد قضاء لحق الظرفية. وأما دخول المسألة في «من باع شيئاً ثم ملكه» فهو - بعد فرض القول بصحته - يوجب اعتبار إجازة العاقد ثانياً، بناءً على ما ذكرنا في مسألة الفضولي: من توقّف لزوم العقد المذكور على الإجازة. إلا أن يقال: إن المتوقّف على الإجازة عقد الفضولي وبيعه للمالك، وأما بيعه لنفسه - نظير بيع الغاصب - فلا يحتاج إلى الإجازة بعد العقد. لكن هذا على تقدير القول به والإغماض عما تقدّم في عقد الفضولي لا يجري في مثل العتق.

وإن قلنا: إن الاستفادة من تلك الأدلة هو عدم وقوع البيع في ملك الغير

والمفروض عدم حصول هذا الشرط، لأنّ بعض العقد ممّا يتحقّق به الفسخ يكون سابقاً على عود الملك لا محالة، فكل جزء من العقد يفرض أنّه الجزء الأخير من الفسخ فلا يكون عود الملك إلى المتصرّف قبل ذلك، وإلاّ لزم تقدّم المسبب على سببه.

لا يقال: نفرض عود الملك مع جزء لا يقبل ذلك الجزء التجزي، بحيث لا يكون قبله جزء ليقال إنّه يحصل في غير الملك.

فإنّه يقال: الجزء الذي لا يتجزأ غير موجود، فكلّ جزء يفرض من العقد يكون قبله جزء أيضاً وقع في غير الملك، بل لو فرض انتهاء العقد بجزء لا يتجزأ، فغاية الأمر عود الملك مع الجزء زماناً وأن يتقدم الجزء على عوده رتبة.

ولكن هذا المقدار لا يكفي في صحة العقد أو الإيقاع، فإنّ المعتبر في صحتها سبق ملك المتصرّف على تصرّفه عقداً كان أو إيقاعاً.

وأما إدخال التصرف في المقام في مسألة «من باع شيئاً ثم ملك» فغير صحيح، لأنّ تلك المسألة «ما إذا باع المال من الغير ثم ملك»، فيحتاج الحكم بالصحة إلى إجازة

ليؤثر في نقل مال الغير بغير إذنه، فالممنوع شرعاً تمام السبب في ملك الغير، لا وقوع بعض أجزائه في ملك الغير وتماحه في ملك نفسه ليُنقل بتمام العقد الملك الحادث بيعه، فلا مانع من تأثير هذا العقد لانتقال ما انتقل إلى البائع بأول جزء منه. وهذا لا يخلو عن قوة، إذ لا دلالة في أدلة اعتبار الملكية في المبيع إلا على اعتبار كونه مملوكاً قبل كونه مبيعاً، والحصر في قوله: «لا بيع إلا في ملك» إضافي بالنسبة إلى البيع في ملك الغير، أو في غير ملك كالمباحات الأصلية، فلا يعم المستثنى منه البيع الواقع بيعه في ملك الغير وتماحه في ملك البائع. هذا، مع أنه

المتصرف ثانياً، بل على تقدير عدم الحاجة إليها فيما إذا باع عن نفسه كالغاصب فلازم ذلك الحكم بطلان التصرف فيما كان إيقاعاً كالعتق لعدم جريان الفضولية في الإيقاعات.

نعم بناءً على أن المعتبر في صحة التصرف وقوعه قبل تمامه في الملك بحيث لا ينافي وقوع بعض العقد أو الإيقاع في ملك الغير، فيحكم بحصول الفسخ وصحة التصرف، فإنَّ الممنوع وقوع التصرف إلى تمامه في ملك الغير، فانه الظاهر في مثل قوله ﷺ: «لا تبع ما ليس عندك»^(١)، بل لا يبعد أن يقال: إنَّ المراد بالبيع كما هو ظاهره معناه الاسم المصدري، وأنَّ البيع بهذا المعنى لا يقع في ملك الغير، فالنهي المزبور لا يعم ما يصير فيه المال قبل تمام البيع مالاً لبائعه.

وكذلك الأمر في العتق وغيره مما تعلّق النهي عنه به قبل الملك.

ويبقى الكلام في التصرف الذي من قبيل الفعل الخارجي كوطء الأمة المبيعة بخيار، فان الفعل في أوله يقع محرماً.

لا يقال: إذا أقام الدليل على جواز كل فسخ كما هو ظاهر مثل قوله ﷺ: «البيعان

(١) سنن البيهقي ١: ٢٦٧ و ٢: ٣١٧ و ٣: ٣٣٩، والمعجم الصغير للطبراني ٢: ٤.

يقرب أن يقال: إن المراد بالبيع هو النقل العرفي الحاصل من العقد لانفس العقد، لأنَّ العرف لا يفهمون من لفظ «البيع» إلا هذا المعنى المأخوذ في قولهم: «بعت»، وحينئذٍ فالفسخ الموجب للملك يحصل بأول جزء من العقد، والنقل والتملك يحصل بتمامه، فيقع النقل في الملك. وكذا الكلام في العتق وغيره من التصرفات القولية، عقد أكان أو إيقاعاً. ولعلَّ هذا معنى ما في الإيضاح: من أنَّ الفسخ يحصل

بالخيار ما لم يفترقا^(١)، و«المسلمون عند شروطهم»^(٢) فيعم جواز الفسخ فعل الذي لا يجوز لغير المالك. والنتيجة عدم البأس بوطء البائع الأمة التي باعها بشرط الخيار فيما كان الوطء بقصد الفسخ.

فانه يقال: مقتضى جواز كل فسخ كون جوازه وضعياً يعني يحصل به الفسخ، فلا تنافي حرمة الفعل الفسخي تكليفاً بمقتضى مثل قوله سبحانه ﴿إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾^(٣).

ولو فرض قيام دليل على جواز الفسخ تكليفاً نظير الرجوع في المطلقة الرجعية بوطيها فلا بد من الالتزام بعود الملك كالزوجة إلى الواطي ليقع الفعل في ملكه، نظير الجمع بين ما دل على حلية البيع وما دل على أنَّ الشخص لا يملك أحد عموديه بالالتزام بحصول الملك بالبيع أنا ما بحيث ترتب عليه اعتناق الولد أو الوالد.

وكيف كان: فالأظهر في المقام ما ذكره المحقق والشهيد الثانيان^(٤) من حصول الفسخ بالقصد المقارن للفعل، وعليه فلا إشكال في الفسخ بالفعل، وجوازه تكليفاً

(١) وسائل الشريعة ١٨: ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

(٢) وسائل الشريعة ١٨: ١٦، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٥.

(٣) سورة المؤمنون: الآية ٦.

(٤) راجع جامع المقاصد ٤: ٣١٠، والمسالك ٣: ٢١٦.

بأول جزء، وبتمامه يحصل العتق. نعم، التصرفات الفعلية المحققة للفسخ - كالوطء والأكل ونحوهما - لا وجه لجواز الجزء الأول منها، فإن ظاهر قوله تعالى: ﴿إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ اعتبار وقوع الوطء فيما اتصف بكونها مملوكة، فالوطء المحصل للفسخ لا يكون بتمامه حلالاً. وتوهم أن الفسخ إذا جاز بحكم الخيار جاز كل ما يحصل به قولاً كان أو فعلاً، فاسد، فإن معنى جواز الفسخ لأجل الخيار الجواز الوضعي - أعني الصحة - لا التكليفي، فلا ينافي تحريم ما يحصل به الفسخ،

ووضعاً من غير فرق بين الاعتباري والخارجي.

ويظهر ذلك من الشيخ رحمته الله في مبسوطه حيث ذكر في بيع الصرف أن المتصارفين يجوز لهما تباع النقيدين ثانياً في مجلس العقد، وقال: إن شروعهما في البيع الثاني قطع لخيار المجلس^(١).

ووجه الظهور أن حصول الملك عنده مشروط بانتهاء الخيار، فلا بد من التزامه بسقوط الخيار في البيع الأول وصيرورة المبيع ملكاً للمشتري عند الشروع في البيع الثاني ليجوز للمشتري له من بيعه ثانياً من بائعه.

نعم في باب الهبة لم يصحح البيع الذي يحصل به الرجوع في الهبة معللاً عدم وقوعه في ملك البائع^(٢) انتهى.

أقول: يرد عليه أن اقتران إرادة الفسخ بالفعل، لا يكون إلا بالفعل فتحقق الاقتران وعود الملك إلى المتصرف عنده يوجب أن لا يكون الفعل عند شروعه مصادفاً لملك الفاعل.

ودعوى: أن زمان الاقتران بعينه زمان عود الملك وانما يتقدم الإرادة المقترنة

(١) المبسوط ٢: ٩٦.

(٢) المبسوط ٣: ٣٠٤.

كما لا يخفى. مع أنه لو فرض دلالة دليل الفسخ على إياحة 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.

بالفعل على عود الملك في الرتبة لا في الزمان لا يمكن المساعدة عليها، فإنه يجري مثلها على القول بحصول الفسخ بأول جزء من الفعل، فإن حصول الجزء من الفعل أي جزء فرض منه يتقدم على عود الملك بالرتبة لا في الزمان.

وما ذكره من اعتبار سبق الملك على التصرف بالزمان قضاءً لحق الظرفية ففيه ما لا يخفى، فانه لا يستفاد من أدلة اعتبار الملك في البيع أو العتق أو الوطء إلا تحقق الملك عند كل من هذه الأفعال، لا تقدمه عليها زماناً.

ولكن يلزم على القول بتحقيق الفسخ بالجزء الاول من الفعل أو بالقصد المقارن أن يلتزم بحصول الفسخ بمجرد تحقق الجزء الاول. ولو ندم المتصرف عن فسخه وترك سائر أجزاء الفعل، فإنه من قبيل الندم عن الشيء بعد حصوله، فيبقى في البين الالتزام بأن ملك المتصرف معتبر في البيع مثلاً بمعناه المصدري، أو أنه يكفي حصوله ولو عند تمام العقد.

أما الاول: فقد تقدم في بحث البيع أنه لا اختلاف بين المعنى المصدري والمعنى الاسم المصدري إلا بالاعتبار، لأن البيع بمعناه المصدري فعل والاسم المصدري أثر يترتب عليه، نظير ترتب الانعتاق على العتق، مع أن قوله «لا عتق في ملك» غير كونه لا انعتاق إلا في ملك.

وأما الثاني: ففيه: أنه خلاف ظاهر الظرفية في مثل قوله «لا عتق إلا في ملك»^(١)، حيث إن ظاهرها وقوع التصرف من أوله في الملك، كما في قوله لا علم إلا في الجوع

(١) راجع الوسائل ٢٣: ١٥-١٦، الباب ٥ من أبواب كتاب العتق، الحديث ٢ و ٦.

وبالجملة، فما اختاره المحقق والشهيد الثانيان في المسألة لا يخلو عن قوة، وبه يرتفع الإشكال عن جواز التصرفات تكليفاً ووضعاً. وهذا هو الظاهر من الشيخ في المبسوط، حيث جَوَزَ للمتصارفين تباع النقيدين ثانياً في مجلس الصرف،

ولا عيش إلا في الحضر ولا صلاة إلا في السائر وغير ذلك.

فيبقى الكلام في أن مع الفسخ بالفعل يقتصر التصرف من أوله بالملك أم لا؟ ودعوى: أن المراد بالملك هي السلطنة والتمكن لا ملك الرقبة، والمعتبر في جواز الوطء سلطنة الواطئ، ولذا يجوز مع التحليل والتزويج. يدفعها: أن ما ذكر خلاف الظاهر في أدلة اعتبار الملك في العتق ونحوه، بل الوطء بملك اليمين ظاهره حصول السلطنة بملك الرقبة زمان التصرف والوطء.

وعلى ذلك فنقول: أما الفسخ بالتصرفات الاعتبارية فلا إشكال في كونها فسخاً، ومحكومة بالصحة مع تمام سائر شرائطها.

والوجه في ذلك: أن الفسخ كالأجارة وأن يكون من الأمور الإنشائية في اعتبار العقلاء، ولذا يحصل سقوط الخيار بالإسقاط ولو لم يكن إسقاطه بطيب النفس، بل استحياً أو خجلاً.

وبتعبير آخر: إسقاط الخيار من قبيل إبراز الرضا المعاملي بقاء العقد وعدم حله، إلا أن الإنشاء والمنشأ ليس من قبيل الأسباب والمسببات بأن يكون المنشأ أثراً والإنشاء مؤثراً يقال: إن الأثر وإن يقارن المؤثر زماناً وإنما يتقدم المؤثر على الأثر بالرتبة، ولكن هذا بالبرهان العقلي وأهل العرف يرون للأثر تأخراً زمانياً في الجملة. والعبرة في الأحكام الشرعية بنظر العرف لا بالتدقيق العقلي الناشئ من البرهان، بل المنشأ أمر يعتبره صاحب الإنشاء قبل إنشائه، والإنشاء عبارة عن إبرازه بقصد أن يتم العنوان الإنشائي.

وقال: إنَّ شروعهما في البيع قطع لخيار المجلس. مع أنَّ الملك عنده يحصل بانقطاع الخيار المتحقَّق هنا بالبيع المتوقَّف على الملك. لكنه في باب الهبة لم يصحَّح البيع الذي يحصل به الرجوع فيها معللاً بعدم وقوعه في الملك.

فالمعتبر إبرازه بقصد تحقُّق ذلك العنوان عين وجود ذلك العنوان الذي يرد عليه الإمضاء والحكم من العقلاء والشرع.

وعلى ذلك فكما أنَّ الإجازة في بيع الفضولي اعتباره بنحو الكشف الحكمي، حيث إنَّ العاقد الفضولي يعتبر ملكية المبيع المشتري من حين العقد، فالمالك المجبر يجيز هذه الملكية ولو بعد مدَّة والشارع يمضي الإجازة المزبورة، فيحكم حين الإجازة بأنَّ المبيع ملك للمشتري من حين ذلك العقد، كذلك فيما نحن فيه، فإنَّ المتصرِّف يعتبر انحلال العقد قبل اعتباره ملكية المبيع لثالث.

وإذا أبرز المعتبرين بمبرز واحد يتحقَّق الفسخ من حين تحقُّق المبرز بـ«الكسر»، ولكن معنى تحقُّقه انحلال العقد قبل اعتبار ملكية المال لثالث، لأنَّه المعتبر في نفس المتصرِّف، فيثبت بإمضاء الفسخ موضوع إمضاء التصرف حيث يحكم بوقوعه في الملك.

والعمدة شمول دليل الإمضاء لذلك الفسخ حيث يستفاد ذلك قبل الإجماع من إطلاق دليل الخيارات الشرعية والمشروطة أي «المؤمنون عند شروطهم»^(١).

والحاصل: أنَّ هذا يدخل في الكشف الحكمي، ويفيد في صحة التصرفات الاعتبارية، لا في حلية الفعل الخارجي، حيث لا يستفاد من دليل إمضاء كل فسخ حلية ذلك الفسخ تكليفاً كما هو ظاهر، بل حلية الفعل الخارجي مبنية على انصراف أدلة

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

التحريم عن ذلك الفعل، أو قيام دليل على جهة أخرى تحل بها الفعل كالوطء في عدة المطلقة الرجعية، حيث إن ظاهر الأدلة عدم زوال الزوجية إلا بانقضاء العدة في مورد الطلاق الرجعي.

والحاصل: أن الكشف الحكمي بالاضافة إلى الأحكام التكليفية غير معقول كما أوضحنا في بيع الفضولي.

ودعوى: أن الفعل الخارجي كالصرف الاعتباري بنفسه مصداق للفسخ، فيجوز بجواز الفسخ تكليفاً ووضعا لا يمكن المساعدة عليها.

فإنه إن أريد أن الفعل الخارجي بلا قصد إلغاء العقد مصداق للفسخ. فيدفعه: أن الفسخ كالإمضاء من الأمور الإنشائية، والقصد فيها مقوم. ولا يقاس بالوطء في عدة المطلقة الرجعية، فإن جواز الوطئ وغيره من الاستمتاعات تكليفاً لكون المطلقة الرجعية زوجة تنقضي تلك الزوجية بانقضاء العدة وتام الطلاق. وأما كونه كسائر الاستمتاعات رجوعاً وإن لم يقصد بها الرجوع فلما أشرنا إلى ذلك سابقاً من استفادة ذلك من النص.

وإن أريد أن الفعل الخارجي مع قصد إلغاء العقد في نفسه فسخ، لأن الفسخ مسبب منه فهو صحيح كما ذكرنا، إلا أن كونه فسحاً مقتضاه جوازه وضعا لا تكليفاً فانه لا يستفاد من أدلة الخيار وأدلة جواز الشرط، إلا نفوذ الفسخ لا جواز كل فسخ تكليفاً. ولو بنى على دالتهما على جواز كل فسخ تكليفاً يكون مقتضى الجمع بينهما وبين ما دل على وجوب حفظ الفرج إلا عن الزوجة أو ملك اليمين عدم جواز الفسخ تكليفاً فيما إذا كان بمثل الوطء في غير ملك اليمين في ابتدائه خصوصاً إذا كان الفسخ بخيار الشرط، حيث إن الشرط لا يكون مشرعاً لما لا يجوز تكليفاً أو وضعا، اللهم إلا

فرع: لو اشترى عبداً بجارية [١] مع الخيار فقال: اعتقهما، فربما يقال بانعتاق الجارية دون العبد، لأن الفسخ مقدّم على الإجازة.

وفيه: أنه لا دليل على التقديم في مثل المقام ممّا وقع الإجازة والفسخ من طرف واحد دفعة، سواء اتّحد المجيز والفاسخ كما في المقام، أو تعدّد كما لو وقعا من وكيل ي ذي الخيار دفعة واحدة، إنّما المسلم تقديم الفسخ الصادر من أحد الطرفين على الإجازة الصادرة من الطرف الآخر، لأنّ لزوم العقد من أحد الطرفين

أن يقال بانصراف دليل التحريم عن مثل هذا الفرض.

فتخلّص عما ذكرنا: أنّ التصرف الخارجي أو الاعتباري يكون فسخاً وبيعاً ثانياً أو هبة أو رهناً ونحو ذلك، ويحكم بحصول الفسخ والتصرف ولو كان من شرط التصرف ملك المال من حين وقوع التصرف.

ودعوى: أنّ الشئيين لا يحصلان بشيء واحد - نظير التكبيرة الثانية حيث لا تكون خروجاً عن الصلاة ودخولاً في الأخرى - قد عرفت جوابها من كلام العلامة ^(١) رحمه الله: من أنّه لا مانع عن حصول شيء بشيء منضمّاً إلى قصده أو بدونه وإن يكون ذلك الشيء منضمّاً إلى قصد آخر شيئاً آخر.

وعدم كون التكبيرة الثانية دخولاً في الصلاة وإن قصدها المصلّي لعدم جوازها تكليفاً لكونها قطعاً للصلاة التي شرع فيها، والمحرم لا يصلح لكونها عبادة، لأنّ القطع عين الإتيان بالقاطع والمبطل خارجاً، كما أنّ الإفطار عين الإتيان بالمفطر، لأنّ الإتيان بالقاطع أمر والقطع أمر آخر، والمحرم هو الثاني دون الأول.

[١] وليعلم أنّ الحكم لا يختص بشراء العبد بالجارية وعتقهما، بل يجري فيما إذا وقعت المعاوضة بين المالكين بخيار وتصرف المشتري في كلا المالكين بتصرفين متنافيين

بمقتضى إجازته لا ينافي انفساخه بفسخ الطرف الآخر، كما لو كان العقد جائزاً من أحدهما ففسخ مع لزوم العقد من الطرف الآخر، بخلاف اللزوم والانفساخ من طرف واحد. ونحوه في الضعف القول بعق العبد، لأن الإجازة إبقاء للعقد، والأصل فيه الاستمرار.

في زمان واحد بالمباشرة أو بالتوكيل، كما إذا اشترى كتاباً بفراش ووهبهما من ثالث.

وكيف كان، ففي الفرع صور:

الأولى: ما إذا كان الخيار للمشتري خاصة، ويقال فيها بانعتاق الجارية دون العبد لأن عتق الجارية فسخ للشراء وعتق العبد إجازة له، وكلما دار الامر في المعاملة بين فسخها وامضائها يقدم فسخها.

وفيه: أن تقديم الفسخ على الإجازة يختص بما إذا كان الخيار المستقل لمتعدد، حيث إن إجازته المميز معناها إسقاط خياره فيكفي في انفساخ المعاملة فسخ الآخر. وأما إذا كان الفسخ والإمضاء بالخيار للواحد سواء كان المباشر بهما نفس ذي الخيار أو وكيله فان وقعا في زمان واحد فلا موجب لتقديم الفسخ على الإجازة، بل الموجب لتقديم أحدهما سابقة على الآخر زماناً.

وقد يقال: بتقديم عتق العبد، فإن العبد ملك للمعتق بـ«الكسر» في زمان عتقه فينعتق بخلاف الجارية، فإن صيرورتها ملكاً للمعتق بـ«الكسر» موقوف على انفساخ المعاملة بعقها، والمفروض عدم حصوله لعدم كون عتقها إنشاء الفسخ مع اقترانه بعق العبد، ولا أقل من الشك فيكون مقتضى الأصل بقاء العقد واستمراره.

أقول: لا ينبغي الرب في الفرض في بطلان كلا العتقين لعدم المعين في البين، نظير تزويج الأم والبنت دفعة واحدة بلافق بين صدور نكاحهما عن شخص واحد أو صدورهما عنه وعن وكيله في زمان واحد.

وعلى الجملة، فبما إن أعتق كل من العبد والجارية أمر جائز للمشتري، ولكن

وفيه: أن عتق العبد موقوف على عدم عتق الجارية كالعكس. نعم، الأصل استمرار العقد وبقاء الخيار وعدم حصول العتق أصلاً. وهو الأقوى، كما اختاره جماعة، منهم: العلامة في التذكرة والقواعد والمحقق الثاني في جامع المقاصد، لأن عتقهما معاً لا ينفذ، لأن العتق لا يكون فضولياً، والمعتق لا يكون مالكاً لهما بالفعل، لأن ملك أحدهما يستلزم خروج الآخر عن الملك. ولو كان الخيار في الفرض المذكور لبائع العبد بُني عتق العبد على جواز التصرف من غير ذي الخيار في مدة الخيار، وعتق الجارية على جواز عتق الفضولي. والثاني غير صحيح اتفاقاً، وسيأتي الكلام في الأول وإن كان الخيار لهما.

لا يمكن الجمع بينهما يكون كتزويج الأم والبنت دفعة واحدة.

نعم الظاهر الحكم بالصحة بالإضافة إلى العبد فيما إذا لم يقصد في عتقهما انحلال الشراء السابق، كما إذا نسي شراء العبد بالجارية وتخيل أنهما ملكه فعلاً فأعتقهما ولكن هذا الفرض خارج عن مفروض كلامهم، وفي مفروض كلامهم يحكم ببطالان العتقين وبقاء الخيار لعدم ثبوت المسقط.

لا يقال: مع قصده انحلال الشراء بعتق الجارية يحكم بانحلال الشراء مع فساد العتقين، لأن عدم إمضاء عتق الجارية والعبد لعدم إمكان كونها معاً ملكه في زمان واحد، وصحة العتقين تتوقف على كونهما معاً في ملكه في زمان واحد، وترجيح أحدهما بلامعين.

فانه يقال: إنشاء عتق العبد يمنع عن كون إنشاء عتق الجارية إبرازاً للانحلال، فإن عتق العبد إحداث حدث في المشتري بانفساخ زمان خيار الحيوان أو خيار الشرط فيكون إجازة للشراء، وإذا لم يحرز الفسخ يحكم ببقاء الشراء بل ببقاء الخيار.

الصورة الثانية: ما إذا كان عتق العبد والجارية مع الخيار للبائع فقط، ففي الفرض

ففي القواعد والإيضاح وجامع المقاصد: صحّة عتق الجارية ويكون فسخاً، لأنّ عتق العبد من حيث إنّه إبطال لخيار بائه غير صحيح بدون إجازة البائع، ومعها يكون إجازة منه لبيعه، والفسخ مقدّم على الإجازة. والفرق بين هذا وصورة اختصاص المشتري بالخيار: أنّ عتق كل من المملوكين كان من المشتري صحيحاً لازماً، بخلاف ما نحن فيه. نعم، لو قلنا هنا بصحّة عتق المشتري في زمان خيار البائع كان الحكم كما في تلك الصورة.

مسألة: من أحكام الخيار عدم جواز تصرّف غير ذي الخيار [١] تصرّفاً يمنع من استرداد العين عند الفسخ على قول الشيخ والمحكي عن ابن سعيد في جامع الشرائع وظاهر جماعة من الأصحاب، منهم: العلامة في القواعد والمحقق والشهيد

يحكم بانعتاق العبد بناءً على جواز تصرّف من عليه الخيار فيما انتقل إليه، كما يحكم ببطان عتق الجارية لوقوعه في غير ملكه، ولا يفيد إجازة البائع لعدم جريان الفضولية في العتق.

الصورة الثالثة: ما إذا كان الخيار لهما، وعلى ذلك فعتق المشتري بالإضافة إلى العبد غير صحيح بناءً على تعلّق حق البائع به، فيكون عتقه تصرّفاً في حق الغير فيبطل، وأمّا عتق الجارية فيصح فيكون عتقهما فسخاً. ولو أجاز البائع عتق العبد بعد ذلك فيكون إجازته إسقاطاً لخياره، فيكون من تقديم الفسخ على الإجازة.

نعم لو قلنا بجواز تصرّف المشتري في العبد بالعتق، فيكون الفرض كالفرض الأول في بطلان العتقين وبقاء العقد والخيار.

[١] يقع الكلام في المقام في جواز تصرّف من عليه الخيار فيما انتقل إليه بتصرّف يمنع عن رد العين على من له الخيار على تقدير فسخه.

الثانيان قدّس الله أسرارهم في ظاهر كلماتهم، بل في مفتاح الكرامة - في مسألة عدم انتقال حق الرجوع في الهبة إلى الورثة -: أن حق الخيار يمنع المشتري من التصرفات الناقلة عند الأكثر، وعن جماعة في مسألة وجوب الزكاة على المشتري للنصاب بخيار للبائع: أن المشتري ممنوع من كثير من التصرفات المنافية لخيار البائع، بل ظاهر المحكي عن الجامع - كعبارة الدروس - عدم الخلاف في ذلك، حيث قال في الجامع: وينتقل المبيع بالعقد وانقضاء الخيار، وقيل بالعقد، ولا ينفذ تصرف المشتري فيه حتى ينقضي خيار البائع. وستجيء عبارة الدروس. ولكن خلاف الشيخ وابن سعيد مبني على عدم قولهما بتملك المبيع قبل انقضاء الخيار،

ولو قيل بعدم حصول النقل والانتقال إلا بانقضاء الخيار، كما عن الشيخ^(١) وابن سعيد في جامع الشرائع^(٢) يكون عدم جواز تصرف كل من المتعاقدين فيما وصل إليه من صاحبه على القاعدة سواء كان التصرف متلفاً أو ناقلاً أو لم يمنع عن رد العين كركوب الدابة.

وإنما الكلام في عدم جواز على القول بحصول النقل والانتقال من حين تمام العقد كما عليه المشهور، وقد ينسب عدم الجواز إلى العلامة في القواعد^(٣) والمحقق والشهيد الثانيين^(٤)، بل في مفتاح الكرامة^(٥) - في مسألة عدم انتقال حق الرجوع عن الواهب إلى ورثته -: أن خيار البائع يمنع المشتري عن تصرفه في المبيع مع كون

(١) راجع المبسوط ٢: ٢١١ و ٩٦.

(٢) الجامع للشرائع: ٢٤٨.

(٣) القواعد ٢: ٧٠.

(٤) راجع جامع المقاصد ٤: ٣١٢ و ٣١٥، و ٩: ١٦٩، والمسالك ١: ٣٦٠.

(٥) مفتاح الكرامة ٩: ١٩٥.

فلا يُعَدُّ مثلُهما مخالفاً في المسألة. والموجود في ظاهر كلام المحقق في الشرائع: جواز الرهن في زمن الخيار، سواء كان الخيار للبائع أو المشتري أو لهما، بل ظاهره عدم الخلاف في ذلك بين كل من قال بانتقال الملك بالعقد، وكذا ظاهره في باب الزكاة حيث حكم بوجوب الزكاة في النصاب المملوك ولو مع ثبوت الخيار. نعم، استشكل فيه في المسالك في شرح المقامين على وجه يظهر منه: أنَّ المصنَّف معترف بمنشأ الإشكال. وكذا ظاهر كلام القواعد في باب الرهن وإن اعترض عليه جامع المقاصد بما مرَّ من المسالك. لكن صريح كلامه في التذكرة في باب الصرف

التصرّف متلفاً أو ناقلاً عند الأكثر.

وعن جماعة^(١): عدم وجوب الزكاة على مشتري النصاب فيما كان لبائعه خيار الفسخ وإن انقضى من حين الشراء حولاً كاملاً، لأنَّ من شرط الزكاة كون مالك النصاب متمكناً على التصرف في تمام الحول، والمشتري في الفرض لا يجوز له التصرف في النصاب المزبور ما دام للبائع خيار الفسخ.

ولكن عن الشرايع^(٢): أنه يجوز لمشتري العين رهنها عند آخر زمان الخيار سواء كان الخيار للبائع أو له أو لكليهما.

وكذا ذكر^(٣) - في مسألة شراء النصاب مع الخيار لبائعه -: وجوب الزكاة على المشتري بانقضاء حول الشراء. وإن استشكل عليه في المسالك^(٤) في كلِّ من المسألتين، بحيث يظهر منه أنَّ المحقق أيضاً ملتزم بمنشأ الإشكال، وأنَّ التصرف ينافي

(١) راجع مفتاح الكرامة ٣: ١٩، ومستند الشيعة ٩: ٣٠، والجواهر ١٥: ٣٩.

(٢) الشرائع ٢: ٧٧.

(٣) الشرائع ١: ١٤١.

(٤) راجع المسالك ١: ٣٦ و ٤: ٢٥.

جواز التصرف. وكذا صريح كلام الشهيد في الدروس حيث قال في باب الصرف: لو باع أحدهما ما قبضه على غير صاحبه قبل التفرق، فالوجه الجواز وفاقاً للفاضل، ومنعه الشيخ رحمته الله لأنه يمنع الآخر خياره. ورُدَّ بأننا نقول: يبقى الخيار، انتهى. وصرح في المختلف في باب الصرف: بأن له أن يبيع ماله من غير صاحبه، ولا يبطل حق خيار الآخر، كما لو باع المشتري في زمان خيار البائع. وهو ظاهر للমেعة بل صريحها في مسألة رهن ما فيه الخيار، وإن شرحها في الروضة بما لا يخلو عن تكلف.

حق استرداد العين للبائع.

وكذا يظهر جواز التصرف عن رهن القواعد^(١)، بل عن صريح العلامة في التذكرة^(٢) في باب الصرف.

وايضاً يظهر الجواز عن الشهيد رحمته الله في الدروس^(٣) حيث ذكر في باب الصرف: أنه يجوز لأحد المتصارفين في مجلس العقد بيع ما قبضه من شخص ثالث، ولا يمنع خيار المجلس الثابت لصاحبه عن جواز البيع الثاني، لأن حق الخيار لصاحبه يبقى، ويكون له على تقدير الفسخ استرداد مثل المقبوض.

وأيضاً ذكر الشهيد رحمته الله في اللمعة^(٤): أنه يجوز لمشتري العين رهنها ولو مع الخيار للبائع، وظهره جواز الرهن وجعلها وثيقة للدين عليه لثالث.

ولكن حمله الشهيد الثاني في الشرح^(٥) على ما كان الثمن ديناً على المشتري

(١) القواعد ٢: ١١٠.

(٢) التذكرة ١: ٥١٤.

(٣) الدروس ٣: ٣٠٢.

(٤) اللمعة الدمشقية: ١٣٨.

(٥) الروضة البهية ٤: ٧٠.

هذا، ويمكن أن يقال: إن قول الشيخ ومن تبعه [١] بالمنع ليس منشؤه القول بعدم انتقال المبيع ومتفرعاً عليه، وإلا لم يكن وجه لتعليل المنع عن التصرف بلزوم إبطال حق الخيار، بل المتعين حينئذ الاستناد إلى عدم حصول الملك مع وجود الخيار. بل لعل القول بعدم الانتقال منشؤه كون المنع عن التصرف مفروغاً عنه عندهم، كما يظهر من بيان مبنى هذا الخلاف في الدروس، قال: في تملك المبيع بالعقد أو بعد الخيار بمعنى الكشف أو النقل خلاف، مأخذه: أن الناقل العقد،

وجعل العين المبيعة رهناً على ذلك الثمن.

وهذا الحمل تكلف، فإنه لم يفرض الشهيد رحمته الله كون الثمن ديناً عليه.

[١] وحاصله: أن منع الشيخ وابن سعيد عن تصرف من عليه الخيار فيما وصل إليه ليس لأجل عدم حصول الملك إلى انقضاء الخيار، بحيث لو قالوا بحصول الملك من حين العقد لالتزما بجواز التصرف الناقل أو المتلف.

والوجه في ذلك أنه قد علل الشيخ رحمته الله عدم جواز بيع أحد المتصارفين ما قبضه من ثالث في مجلس العقد بأن البيع المزبور مانع عن خيار صاحبه، ولو كان عدم الجواز متفرعاً على عدم الملك لكان المتعين أن يعلل عدم الجواز بعدم صيرورة ما قبضه ملكاً لبائعه.

ويظهر عدم كون منعهما متفرعاً على عدم حصول الملك بالعقد عن الشهيد (١) رحمته الله في مسألة حصول الملك بالعقد أو بانقضاء الخيار، وإن انقضاء الخيار يعتبر بنحو الكشف أو بنحو النقل. وذلك فانه ذكر في وجه حصول الملك بالعقد أنه الناقل وثبوت الخيار للاستدراك، والاستدراك لا ينافي حصول الملك بالعقد. وذكر في وجه حصول الملك بانقضاء الخيار أن الغرض من الملك هو التصرف، والتصرف

والغرض بالخيار الاستدراك وهو لا ينافيه، وأن غاية الملك التصرف الممتنع في مدة الخيار، انتهى. وظاهر هذا الكلام كالمقدم عن جامع ابن سعيد - كون امتناع التصرف في زمن الخيار مسلماً بين القولين، إلا أن يراد نفوذ التصرف على وجه لا يملك بطلانه بالفسخ ولا يتعقبه ضمان العين بقيمتها عند الفسخ، والتصرف في زمن الخيار على القول بجوازه معرض لبطلانه عند الفسخ أو مستعقب للضمان لا محالة. وهذا الاحتمال وإن بعد عن ظاهر عبارة الدروس، إلا أنه يقربه أنه رحمته قال بعد أسطر: إن في جواز تصرف كل منهما في الخيار وجهين.

ممتنع في زمان الخيار.

وظاهر هذا الكلام أن عدم جواز التصرف زمان الخيار متسالم عليه عند القائلين بحصول الملك بالعقد، والقائلين بحصوله بانقضاء الخيار.

اللهم إلا أن يقال: إن المراد من التصرف الذي تسالم عليه القائل بحصول الملك بالعقد والقائل بحصوله بانقضاء الخيار على عدم جوازه هو التصرف الذي يكون نافذاً، بحيث لا يكون في معرض الانحلال ولا في معرض الضمان بأن لا يبطل ذلك التصرف بفسخ ذي الخيار، ولا يكون لذي الخيار الرجوع إلى بدل المال الذي أتلفه من عليه الخيار أو نقله إلى ثالث، فلا ينافي التسالم على ذلك الالتزام بجواز تصرف من عليه الخيار بحيث يبطل مع فسخ من له الخيار أو يرجع من له الخيار إلى بدله.

وكون المراد من التصرف الممنوع عند القائلين بالقولين ما ذكر خلاف ظاهر كلام الدروس في بيان مدرك القول بحصول الملك بالعقد أو بانقضاء الخيار، حيث إن ظاهره: أن التصرف ممتنع أي غير جائز، لا أنه غير نافذ على حد الملك اللازم، إلا أنه يقرب احتمال كون المراد التصرف النافذ قوله - بعد أسطر من بيان مدرك حصول الملك بالعقد أو بانقضاء الخيار - : إن في جواز تصرف كل منهما مع اشتراك الخيار

والحاصل: أن كلمات العلامة والشهيد - بل وغيرهما قدس الله أسرارهم في هذا المقام - لا تخلو بحسب الظاهر عن اضطراب. ثم إن الظاهر عدم الفرق بين العتق وغيره [١] من التصرفات، وربما يظهر من كلمات بعضهم تجويز العتق لبنائه على التغليب. وكذا الظاهر عدم الفرق بين الإتلاف والتصرفات الناقلة. واختار بعض أفاضل من عاصرناهم الفرق بالمنع عن الإتلاف وتجويز غيره، لكن مع انفساخه من أصله عند فسخ ذي الخيار، وقيل بانفساخه حينئذٍ من حينه. حجة القول بالمنع: أن الخيار حق يتعلّق بالعقد المتعلّق بالعوضين من حيث إرجاعهما

وجهين^(١).

ووجه التقريب: أن حصول الملك بالعقد أو بانقضاء الخيار يجري في الخيار المشترك والمختص كما يأتي، والاستدلال على الحصول بانقضاء الخيار بامتناع التصرف لابد من كونه المتسالم عليه في الخيار المختص والمشارك، فذكر الوجهين في جواز التصرف في الخيار المشترك يلزمه أن يكون المراد بالجواز غير امتناع التصرف المذكور في مبنى حصول الملك بالعقد أو بانقضاء الخيار بأن يكون الامتناع بمعنى النفوذ المتسالم عليه، وبمعنى عدم الصحة المختلف فيه.

[١] قد يقال: بأن من عليه الخيار يجوز له عتق العبد بمعنى أن عتق العبد الذي

اشتراه بخيار بئنه صحيح دون سائر التصرفات لبناء العتق على التغليب^(٢).

وفيه: أن معنى التغليب: تقديم العتق على غيره مع جواز كل منهما.

وقد يقال: بأن إتلاف من عليه الخيار العين المتقلة إليه غير جائز، وأما التصرفات

الاعتبارية الناقلة فلا بأس بها.

(١) الدروس ٣: ٢٧١.

(٢) راجع مفتاح الكرامة ٤: ٦٠٢.

بحل العقد إلى مالكما السابق، فالحق بالأخرة متعلق بالعين التي انتقلت منه إلى صاحبه، فلا يجوز لصاحبه أن يتصرف فيها بما يبطل ذلك الحق بإتلافها أو نقلها إلى شخص آخر. ومنه يظهر أن جواز الفسخ مع التلف بالرجوع إلى البدل لا يوجب جواز الإتلاف، لأن الحق متعلق بخصوص العين، فإتلافها إتلاف لهذا الحق وإن انتقل إلى بدله لو تلف بنفسه، كما أن تعلق حق الرهن ببذل العين المرهونة بعد تلفها لا يوجب جواز إتلافها على ذي الحق.

ولكن التزم هذا القائل بأنه مع فسخ ذي الخيار تنحل تلك التصرفات الصادرة عمن عليه الخيار من حين الفسخ^(١) أو من أصلها^(٢).

ولعل مبنى ذلك أن التصرفات الاعتبارية لانحلالها بفسخ البيع لا تمنع عن استرداد ذي الخيار عين المال، بخلاف الإتلاف فلا يكون تفصيلاً في التصرفات المانعة عن رد العين كما لا يخفى.

وكيف ما كان فيستدل على عدم جواز التصرف المتلف أو الناقل بأن الخيار وإن تعلّق بالعقد حيث إن السلطنة على فسخ العقد إلا أن تعلّق العقد بالعوضين مقتضاه تعلّق الحق بالأخرة بالعين المنتقلة عن ذي الخيار بأن يكون له حق استرجاعها إلى ملكه ثانياً فلا يجوز للأخر التصرف في تلك العين بما يمنع عن الاسترجاع سواء كان باتلافها أو نقلها إلى ثالث.

لا يقال: لو كان الحق متعلقاً بالعين لانتهى بتلف العين بنفسها مع أن لذي الخيار الفسخ بعد التلف والرجوع ببذلها.

فإنه يقال: لا تلازم بين عدم جواز الاتلاف أو النقل لتعلق الحق بالعين ابتداءً،

(١) لم نثر عليه.

(٢) وهو المحقق التسري في المقابس: ٢٠٠.

وإلى ما ذكر يرجع ما في الإيضاح: من توجيه بطلان العتق في زمن الخيار بوجوب صيانة حقّ البائع في العين المعيّنة عن الإبطال. ويؤيد ما ذكرنا: أنهم حكموا - من غير خلاف يظهر منهم - بأنّ التصرف الناقل إذا وقع بإذن ذي الخيار سقط خياره، فلو لم يكن حقّاً متعلّقاً بالعين لم يكن وقوع ذلك موجباً لسقوط الخيار، فإنّ تلف العين لا ينافي بقاء الخيار، لعدم منافاة التصرف لعدم الالتزام بالعقد وإرادة الفسخ بأخذ القيمة. هذا غاية ما يمكن أن يقال في توجيه المنع، لكنه لا يخلو عن نظر، فإنّ الثابت من خيار الفسخ [١] بعد ملاحظة جواز التفاسخ في حال تلف العينين هي سلطنة ذي الخيار على فسخ العقد المتمكّن في حالتي وجود العين وفقدها، فلا دلالة في مجرد ثبوت الخيار على حكم التلف جوازاً ومنعاً،

وبين التعلق ببذلها على تقدير تلفها نظير ما ارتهن العين، فانه لو تلف العين لتعلّق حق الرهن ببذلها، مع أنّه لا يجوز في الفرض للراهن إتلاف العين المرهونة، وإلى ذلك يرجع ما في الإيضاح^(١): من عدم جواز عتق العبد المُشترى بخيار البائع، لانه يجب صيانة حقّ ذي الخيار في العين المعيّنة.

ويؤيد تعلّق حقّ ذي الخيار بالعين ما تسالموا عليه من أنّه لو تصرف من عليه الخيار في العين المنتقلة إليه، وأجازه من له الخيار سقط خياره. والوجه في التأييد: أنّه لو لم يتعلّق حقّه بالعين لما كانت إجازة التصرف إسقاطاً للخيار، حيث لا منافاة بين صحة التصرف المزبور وفسخ العقد كما لا يخفى.

[١] الثابت من أدلة الخيار جواز الفسخ العقد بنحو الحق سواء كانت العين المنتقلة عن ذي الخيار تالفة أو باقية، فإنّ قوله ﷺ «ومشترى الحيوان بالخيار إلى ثلاثة

فالمرجع فيه أدلة سلطنة الناس على أموالهم، ألا ترى أن حق الشفع لا يمنع المشتري من نقل العين؟ ومجرد الفرق بينهما: بأن الشفعة سلطنة على نقل جديد فالملك مستقر قبل الأخذ بها غاية الأمر تملك الشفع نقله إلى نفسه، بخلاف الخيار فإنها سلطنة على رفع العقد وإرجاع الملك إلى الحالة السابقة، لا يؤثر في الحكم المذكور مع أن الملك في الشفعة أولى بالتزلزل، لإبطالها تصرفات المشتري اتفاقاً.

أيام^(١) مع ملاحظة أن الحدث في الحيوان مسقط لخيار المشتري مقتضاه جواز الفسخ للمشتري في ثلاثة أيام سواء كان الثمن بيد بائعه باقياً أو تالفاً.

وكذلك قوله عليه السلام «من اشترى ما به عيب وعوار الخ»^(٢) مقتضاه جواز فسخ شراء المعيب مع بقاءه سواء كان ثمنه باقياً بيد بائعه أو تالفاً، بل يثبت هذا الاطلاق في روايات^(٣) خيار المجلس أيضاً، فإن مقتضاها أن يجوز لبائع الشيء قبل الافتراق فسخ ذلك البيع ولو باع مشتره ذلك المتاع في مجلس العقد من آخر.

وعلى ذلك فلا دلالة في أدلة الخيارات الشرعية التأسيسية على أن من عليه الخيار يجب عليه إبقاء ما انتقل إليه ما دام لصاحبه خيار، بل مقتضى ما دل على سلطنة المالك على ماله جواز التصرف له كان التصرف خارجياً أو اعتبارياً.

والحاصل: أن ثبوت الحق لمن له فسخ العقد لا يمنع من عليه الخيار عن التصرف في العين المنتقلة إليه، كما أن ثبوت حق الشفعة للشفع لا يلزم منع مشتري الحصة عن التصرف في الحصة المزبورة.

لا يقال: الأخذ بالشفعة لا يوجب انحلال بيع تلك الحصة، حيث إن الأخذ

(١) وسائل الشريعة ١٨: ٥، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٢) وسائل الشريعة ١٨: ٢٩، الباب ١٦ من أبواب الخيار.

(٣) وسائل الشريعة ١٨: ٥، الباب ١ من أبواب الخيار.

وأما حقّ الرهن، فهو من حيث كون الرهن وثيقة يدلّ على وجوب إبقائه وعدم السلطنة على إتلافه، مضافاً إلى النصّ والإجماع على حرمة التصرف في الرهن مطلقاً ولو لم يكن متلفاً ولا ناقلاً. وأما سقوط الخيار بالتصرف الذي أذن فيه ذو الخيار، فللدلالة العرف، لا للمنافاة.

بالشفعة مبادلة أخرى بين مشتري الحصة وبين الشفيع، وأنّ الشفيع بالأخذ بالشفعة يتملك تلك الحصة بازاء مثل الثمن في الشراء، بخلاف خيار الفسخ فان بالفسخ ينحل الشراء.

فإنّه يقال: الكلام في تصرف من عليه الخيار وتصرّف من عليه الشفعة، ونقول كما أنّ حق الشفعة لا يمنع عن جواز تصرف من عليه الشفعة، ولا يكون حق الشفعة حقاً في تلك الحصة المبيعة، بل الحق متعلق بتملكها بمساو الثمن كذلك حق الخيار لا يوجب الحقّ في العين المنتقلة إلى من عليه الخيار.

بل جواز تصرف من عليه الشفعة أشكل، لأنّ تصرفه في معرض الانحلال بلا خلاف، فإنّه لو باع مشتري الحصة تلك الحصة من آخر يجوز للشفيع الأخذ بالشفعة من شراء ذلك الآخر والأخذ بالشفعة من الشراء الاول، فان أخذ بها من الشراء الأول ينحل البيع الثاني بلا خلاف، بخلاف خيار الفسخ فإنّ المشتري لو باع العين من آخر وفسخ البائع البيع بخياره فقد يأتي عدم انحلال البيع الثاني، وأنّ البائع بعد فسخه يرجع إلى بدل العين مثلاً أو قيمة.

لا يقال: تعلق حق الرهانة بالعين المرهونة يمنع الراهن عن التصرف في تلك العين، فلم لا يكون الخيار مثله.

فإنّه يقال: قد تقدّم أنّ الخيار حقّ يتعلّق بالفسخ، بخلاف حق الرهانة فإنّه يتعلّق بالعين المرهونة، مع أنّ حق الرهانة في نفسه يمنع الراهن عن التصرف في العين

والحاصل: أنّ عموم «الناس مسلّطون على أموالهم» لم يعلم تقييده بحق يحدث لذي الخيار يزاحم به سلطنة المالك، فالجواز لا يخلو عن قوة في الخيارات الأصلية.

وأما الخيارات المجعولة بالشرط [١] فالظاهر من اشتراطها إبقاء الملك ليستردّه عند الفسخ، بل الحكمة في أصل الخيار هو إبقاء السلطنة على استرداد

المرهونة، حيث إنّ الرهن في الحقيقة وثيقة للدين ومع جواز الإتلاف لا يتحقق الوثاقة.

ولذا ذكروا أنّه لا يجوز للراهن والمرتهن التصرّف في العين المرهونة كان التصرف متلفاً أو ناقلاً أو غيرهما.

ولكن ذكرنا في شرائط العوضين أنّه وإن لا يجوز للراهن إتلاف العين المرهونة، حيث إنّ الاتلاف ينافي كون العين وثيقة للدين إلّا أنّه لا بأس بالتصرّفات الناقلة فضلاً عن غيرها، فإنّ العين تنتقل إلى الثالث كما هي من تعلق حق الرهانة بها.

وما ذكروا من سقوط الخيار باذن ذي الخيار في التصرّف المتلف أو الناقل فلا يدل على تعلق الخيار بالعين، بل لأنّ الإذن المزبور كاشف بكشف نوعي عن إغماض ذي الخيار عن فسخ البيع والرضا ببقائه، فيدخل في الإسقاط من هذه الجهة لأنّ الإذن فيه ينافي بقاء الخيار عقلاً كما لا يخفى.

[١] ذكره الله أن الحكمة في ثبوت الخيار شرعاً إبقاء السلطنة على استرداد العين، ولذا لا ينافي الخيار الشرعي تصرّف من عليه الخيار في العين المنتقلة إليه، بخلاف الخيار المجعول باشتراط المتعاقدين فإنّ السلطنة المزبورة علّة لجعل الخيار باشتراطهما.

العين، إلا أنها في الخيار المَجْعُول علةٌ للجعل، ولا ينافي ذلك بقاء الخيار مع التلف، كما لا يخفى. وعليه فيتعين الانتقال إلى البديل عند الفسخ مع الإتلاف. وأما مع فعل ما لا يسوغ انتقاله عن المتصرف كالاستيلاء، ففي تقديم حق الخيار لسبقه، أو الاستيلاء لعدم اقتضاء الفسخ لرد العين مع وجود المانع الشرعي كالعقلي، وجهان، أقواهما الثاني. ومنه يعلم حكم نقله عن ملكه وأنه ينتقل إلى البديل، لأنه إذا جاز التصرف فلاداعي إلى إهمال ما يقتضيه التصرف من اللزوم وتسلسل العاقد الثاني على ماله، عدا ما يتخيل: من أن تملك العاقد الثاني مبني على العقد الأول، فإذا ارتفع بالفسخ وصار كأن لم يكن ولو بالنسبة إلى ما بعد الفسخ كان من لوازم ذلك ارتفاع ما بُني عليه من التصرفات والعقود.

وبقاء الخيار المَجْعُول حتى مع تصرف من عليه الخيار إتلافاً أو نقلاً وإن كان ممكناً لأن السلطنة على الاسترداد علة لجعله لا للخيار المَجْعُول، إلا أنه يقتضي أن لا يجوز لمن عليه الخيار الإتلاف أو النقل.

أقول: كون الغاية من جعل الخيار التمكن على استرداد العين لا يجري في جميع الخيارات المشروطة فضلاً عن التأسيس الشرعية، بل الغرض من جعلها تمكّن من له الخيار على تدارك ما فات عنه سواء كانت الفاتت مالا أو غرضاً.

وكيف يمكن أن يكون الغرض من جعل الخيار استرداد العين في موارد اشتراطه للمشتري مع أنه لا غرض للمشتري غالباً في عين الثمن، بل الأمر في البائع أيضاً كذلك فيما كان غرضه من البيع الاسترباح.

نعم، ما ذكر غاية في بيع الخيار، ولذا يكون اشتراط إبقاء العين فيه ارتكازياً، فلا يجوز لمن عليه الخيار إتلافه أو نقله عملاً لما اشترط عليه من التحفظ على العين في مدة الخيار.

والحاصل: أنَّ العاقد الثاني يتلقى الملك من المشتري الأول، فإذا فرض الاشتراء كأن لم يكن وملك البائع الأول العين بالملك السابق قبل البيع ارتفع بذلك ما استند إليه من العقد الثاني.

ويمكن دفعه: بأن تملك العاقد الثاني مستند إلى تملك المشتري له آنأما، لأن مقتضى سلطته في ذلك الآن صحة جميع ما يترتب عليه من التصرفات، واقتضاء الفسخ لكون العقد كأن لم يكن بالنسبة إلى ما بعد الفسخ لأنه رفع للعقد الثابت. وقد ذهب المشهور إلى أنه لو تلف أحد العوضين قبل قبضه وبعد بيع العوض الآخر المقبوض انفسخ البيع الأول دون الثاني، واستحق بدل العوض المبيع ثانياً على من باعه. والفرق بين تزلزل العقد من حيث إنه أمر اختياري كالخيار أو أمر اضطراري كتلف عوضه قبل قبضه، غير مجد فيما نحن بصدد.

لا يقال: ثبوت الخيار لأحد المتعاقدين يمنع من عليه الخيار عن التصرف فيما انتقل إليه سواء كان التصرف المزبور متلفاً للعين أو ناقلاً. وذلك فإن مع فسخ ذي الخيار وانحلال البيع تعود تلك العين إلى ملك الفاسخ كي يصح ضمانها مثلاً أو قيمة، ومع التصرف المتلف كالعق أو الناقل كييع العين من ثالث لا يمكن العود، فإن عودها يستلزم كون العبد معتقاً ومملوكاً للبائع الفاسخ في زمان واحد، أو كونه مملوكاً له ولثالث مع التصرف الناقل.

ولا يمكن الالتزام بانحلال العتق أو الشراء الثاني بانحلال البيع الأول من الأصل، أو من زمان وقوع فسخ البيع الأول، فإن لازم ذلك وقوع العتق أو الشراء الثاني مراعى أو متزلزلاً ولا يصح شيء منهما.

فإنه يقال: لا منافاة بين الخيار ونفوذ التصرف المتلف أو الناقل، ولا موجب للالتزام بانحلال التصرف المتلف أو الناقل لا من أصلهما أو من حين فسخ البيع الأول.

ثم إنّه لا فرق بين كون العقد الثاني لازماً أو جائزاً، لأنّ جواز العقد يوجب سلطنة العاقد على فسخه، لا سلطنة الثالث الأجنبي. نعم، يبقى هنا إلزام العاقد بالفسخ بناءً على أنّ البذل للحيلولة وهي مع تعذّر المبدل، ومع التمكن يجب تحصيله، إلا أن يقال باختصاص ذلك بما إذا كان المبدل المتعذّر باقياً على ملك مستحقّ البذل، كما في المغصوب الأبق. أمّا فيما نحن فيه، فإنّ العين ملك للعاقد الثاني، والفسخ إنما يقتضي خروج المعوِّض عن ملك من يدخل في ملكه العوض وهو العاقد الأول، فيستحيل خروج المعوِّض عن ملك العاقد الثاني، فيستقرّ بدله على العاقد الأول، ولا دليل على إلزامه بتحصيل المبدل مع دخوله في ملك ثالث، وقد مرّ بعض الكلام في ذلك في خيار الغبن. هذا، ولكن قد تقدّم: أنّ ظاهر عبارتي الدروس والجامع الاتفاق على عدم نفوذ التصرفات الواقعة في زمان الخيار.

والوجه في ذلك يظهر بملاحظة التلف الحقيقي للعين بيد من عليه الخيار، فإنّ معنى عود التالف إلى ملك الفاسخ اعتبار تلك العين عند تلفها ملكاً للفاسخ بمعنى أنّ تلفها وقع في ملكه مع كون العين بيد الغير لأنّ العين بعد تلفها عادت إلى ملك الفاسخ، فإنّ العود كذلك لا يوجب ضمان ذي الخيار.

وعلى ذلك فالعتق عمن عليه الخيار لوقوعه في ملكه يكون نافذاً فيحسب بعد فسخ ذي الخيار إتلافاً واقعاً في ملك الفاسخ، وكذلك الشراء الثاني فإنّه بعد فسخ ذي الخيار يحسب عند بيعها من ثالث إتلافاً واقعاً في ملك الفاسخ فيكون ضمانها على من أتلفها.

ولا وجه لانهلال العتق لا من الأصل ولا من حين الفسخ وكذا الشراء الثاني لكون كل من العتق والبيع الثاني في زمان وقوعه واجداً لتمام ما يعتبر في صحته ولزومه وقد شملهما خطاب النفوذ ودليل حل البيع ووجوب الوفاء بالعقد.

وتوجيهه بإرادة التصرف على وجه لا يستعقب الضمان بأن يضمنه ببدله بعد فسخ ذي الخيار بعيد جداً. ولم يظهر ممن تقدّم نقل القول بالجواز عنه الرجوع إلى البدل إلا في مسألة العتق والاستيلاد. فالمسألة في غاية الإشكال. ثم على القول بانفساخ العقد الثاني، فهل يكون من حين فسخ الأول، أو من أصله؟ قولان، اختار ثانيهما بعض أفاضل المعاصرين، محتجاً: بأن مقتضى الفسخ تلقّي كلّ من العوضين من ملك كل من المتعاقدين، فلا يجوز أن يتلقّى الفاسخ الملك من العاقد الثاني، بل لابد من انفساخ العقد الثاني بفسخ الأول ورجوع العين إلى ملك المالك الأول ليخرج منه إلى ملك الفاسخ، إلا أن يلتزم: بأن ملك العاقد الثاني إلى وقت الفسخ، فتلقّى الفاسخ الملك بعد الفسخ من العاقد الأول. وردّه القائل: بعدم معرفيّة التملك المؤقت في الشرع، فافهم.

ومما ذكر يظهر الحال فيما إذا وقع المعاوضة بين العيينين وتصرف من انتقل إليه إحدى العينين فيها بتصرف متلف أو ناقل ثم تلف العين الأخرى قبل قبضها، فانه يصحّ التصرف الناقل أو المتلف لوقوع كل منهما في ملك المتصرف، فيعمّه دليل النفوذ وخطاب الصحة بناءً على ما هو الصحيح من أنّ التلف قبل القبض يوجب انحلال البيع من حين التلف لا من أصله، لأنّ اشتراط القبض يختص ببيع السلم والتقابض ببيع الصرف.

وما دل على ضمان البائع التلف قبل القبض لا يستفاد منه إلا الانحلال من حين التلف.

ومما ذكرنا من أنّ التصرف الناقل عمن عليه الخيار يعتبر حين الفسخ إتلافاً لمال الغير فينتقل إلى الضمان أو القيمة يظهر عدم الفرق بين الناقل اللازم أو الجائز، وأنّه ليس لذي الخيار فسخ ذلك الناقل الجائز لأنّه أجنبي عن ذلك التصرف ولا إيجابار على

ثم إنَّ المتيقنَّ من زمان الخيار [١] الممنوع فيه من التصرف على القول به هو زمان تحقُّق الخيار فعلاً، كالمجلس والثلاثة في الحيوان والزمان المشروط فيه الخيار. وأمَّا الزمان الذي لم يتنجَّز فيه الخيار - إمَّا لعدم تحقُّق سببه كما في خيار التأخير بناءً على أنَّ السبب في ثبوته تضرُّر البائع بالصبر أزيد من الثلاثة، وإمَّا لعدم تحقُّق شرطه كما في بيع الخيار بشرط ردِّ الثمن، بناءً على كون الردِّ شرطاً للخيار وعدم تحقُّقه قبله، وكاشتراط الخيار في زمان متأخِّر - ففي جواز التصرف قبل تنجُّز الخيار خصوصاً فيما لم يتحقَّق سببه، وجهان: من أنَّ المانع عن التصرف هو تزلزل العقد وكونه في معرض الارتفاع وهو موجود هنا وإن لم يقدر ذو الخيار على

من عليه الخيار بفسخه، بل ليس لذي الخيار إلزام من عليه الخيار بدفع العين لو رجعت إليه بناقل آخر بل بفسخ ذلك الناقل الجائر أيضاً.

اللهم إلا أن يقال: إنَّ النقل الجائر إنما يحسب إتلافاً فيما إذا لم ترجع العين إلى ملك من عليه الخيار بفسخ الناقل الجائر، وإلا فلا إتلاف في اعتبار العقلاء والله سبحانه هو العالم.

[١] لا يخفى أنه لو كان المانع عن جواز تصرف من عليه الخيار تعلَّق الحق بالعين المتقلِّدة إليه لجاز له التصرف في تلك العين قبل زمان ثبوت الخيار، كما لو قيل بأنَّ خيار الغبن، بعد ظهور الغبن وإن خيار العيب بعد ظهور العيب، لأنَّ الموجب لتعلَّق الحق بالعين وهو الخيار لم يحصل.

وأما لو قيل بأنَّ المانع عن صحة التصرف ونفوذه أنَّ التصرف المزبور ينافي ثبوت الخيار فلا فرق بين التصرف قبل زمان فعلية الخيار والتصرف قبله، فإن مع كل من التصرفين لا يحصل الفسخ ويلزم كون العبد معتقاً ومملوكاً أو مملوكاً، للفساخ وللثالث فتدبر.

الفسخ حينئذٍ. ومن أنّه لاحقٌ بالفعل لذي الخيار فلامانع من التصرّف. ويمكن الفرق بين الخيار المتوقّف على حضور الزمان، والمتوقّف على شيء آخر كالتأخير والرؤية على خلاف الوصف، لأنّ ثبوت الحقّ في الأوّل معلوم وإن لم يحضر زمانه، بخلاف الثاني، ولذا لم يقل أحد بالمنع من التصرف في أحد العوضين قبل قبض الآخر من جهة كون العقد في معرض الانفساخ بتلف ما لم يقبض، وسيجيء ما يظهر منه قوّة هذا التفصيل. وعلى كلّ حال، فالخيار المتوقّف تنجزه فعلاً على ظهور أمر - كالغبن، والعيب، والرؤية على خلاف الوصف - غير مانع من التصرّف بلاخلاف ظاهراً.

فرعان:

الأول: لو منعنا من التصرّف [١] المتلف في زمان الخيار، فهل يمنع عن التصرّف المعرض لفوات حقّ ذي الخيار من العين، كوطء الأمة في زمان الخيار، بناءً على أنّ الاستيلاد مانع من ردّ العين بالخيار؟ قولان للمانعين، أكثرهم على الجواز، كالعلامة في القواعد والشارح في جامع المقاصد وحكي عن المبسوط والغنية والخلاف، لكن لا يلائم ذلك القول بتوقّف الملك على انقضاء الخيار، كما اعترف به في الإيضاح. ولذا حمل في الدروس تجويز الشيخ للوطء على ما إذا اختص الخيار بالواطئ. لكن قيل: إنّ عبارة المبسوط لا تقبل ذلك. وظاهر المحكي عن التذكرة وظاهر الدروس المنع عن ذلك، لكون الوطاء معرضاً لفوات حقّ ذي الخيار من العين.

[١] لو بنى على أنّ من عليه الخيار لا يجوز له التصرّف المتلف أو الناقل فهل يمنع عن

تصرف كانت العين معه في معرض عدم إمكان الرد على ذي الخيار بفسخه كوطء الأمة مع الإنزال في رحمها حيث يمكن كون الأمة مستولدة به.

الثاني: أنه هل يجوز إجراء العين في زمان الخيار [١] بدون إذن ذي الخيار؟ فيه وجهان: من كونه ملكاً له، ومن إبطال هذا التصرف، لتسلط الفاسخ على أخذ العين، إذ الفرض استحقاق المستأجر لتسلمه لأجل استيفاء منفعته. ولو أجره من ذي الخيار أو بإذنه ففسخ لم يبطل الإجارة، لأن المشتري ملك العين ملكية مطلقة مستعدة للدوام، ومن نماء هذا الملك المنفعة الدائمة، فإذا استوفاه المشتري

أقول: مع عدم العلم والاطمينان بالاستيلاد فالأصل جوازه أخذاً بأصالة الحلية، وأما مع العلم أو الاطمينان فلا يبعد عدم الجواز لكونه منعاً عن رد الأمة التي تعلق بها حق ذي الخيار، وعدم إمكان صيرورتها ملكاً للفاسخ مع كونها ملكاً للواطئ على ما تقدم من أن المانع عن التصرف تعلق حق ذي الخيار بالعين، أو تنافي التصرف مع الخيار.

[١] وحاصل ما ذكره في المقام: أن من عليه الخيار لو أجر العين التي اشتراها بخيار بايعها فهل تصح تلك الإجارة بحيث لو فسخ ذو الخيار البيع لعادت العين إليه مسلوبة المنفعة، أم لا تصح تلك الإجارة لاستلزامها أن لا يجوز للبائع بعد فسخه أخذ العين من يد مستأجرها مدة الإجارة، فتكون الإجارة منافية لحق الخيار على ما تقدم. نعم لو استأجر العين بائعها من مشتريها أو أجرها مشتريها لآخر باذن بائعها فلا تبطل الإجارة بفسخ البائع، بل تعود العين إليه مسلوبة المنفعة.

والوجه في عدم بطلان الإجارة: أن من عليه الخيار يملك منفعة العين تبعاً لملك العين بملكية مطلقة، فله استيفاء تلك المنفعة باستيجار العين.

وإذا فسخ بايعها يرجع العين إلى ملكه مسلوبة المنفعة، كما إذا أجر العين مالكة ثم باعها من آخر، فإن مشتريها يملك العين مسلوبة المنفعة على ما هو المقرر في محله.

ولا يقاس بما إذا أجر البطن الأول العين الموقوفة إلى مدة ثم انقرضوا قبل

بالإجارة، فلاوجه لرجوعها إلى الفاسخ، بل يعود الملك إليه مسلوب المنفعة في مدة الإجارة، كما إذا باعه بعد الإجارة. وليس الملك هنا نظير ملك البطن الأول من الموقوف عليه، لأن البطن الثاني لا يتلقى الملك منه حتى يتلقاه مسلوب المنفعة، بل من الواقف كالبطن الأول، فالملك ينتهي بانتهاء استعداده.

انقضاء تلك المدة، فإنه تبطل الإجارة بالاضافة إلى المدة الباقية بمعنى أنها فضوليّة تحتاج إلى إجازة البطن الثاني.

والوجه في عدم القياس: أن البطن الأول لا يملك العين ولا منفعتها بملكية مطلقة بل ما دام حياتهم، والبطن الثاني لا يلتقي الملك منهم بالوراثة ونحوها ليقال بأن العين تنتقل إليهم مسلوبة المنفعة، بل الملكية مجعولة لكل بطن من الواقف مدة حياتهم على ما تقدّم في بحث عدم جواز بيع الوقف بخلاف المقام فإنّ مشتري العين يملك العين بملكية مطلقة وتتبعها ملكية منافعتها، وإذا استوفي المنافع بالإجارة ونحوها لعادت العين إلى الفاسخ مسلوبة المنفعة.

لا يقال: إنما تبطل الإجارة بتملك العين فيما إذا كان تملكها بتمليك أو مملك جديد، كما أجر العين مالكة ثم باعها من ثالث، وأما إذا كان تملكها بزوال السبب الذي كانت العين بذلك السبب ملكاً لآخر، كما في تملك بايعها بفسخ بيعها الذي كان له خيار فيه فيوجب تملكها بطلان الإجارة التي أوقعها مشتريها، فإنّ زوال السبب بالفسخ كزواله بنفسه، كما في انقضاء البطن الأول فإنّ مقدار المنفعة في الفرض تتبع مقدار تملك العين.

فانه يقال: في بيع البائع العين بخيار يملك المشتري العين بالملك المطلق وكذا منفعتها، وإذا استوفي منفعتها باجارتها لعادت العين إلى بايعها بالفسخ مسلوبة المنفعة، نظير ما إذا وقع التفاسخ بالاقالة بعد إجارة المشتري العين التي اشتراها.

فإن قلت: إن ملك المنفعة تابع لملك العين، بمعنى أنه إذا ثبت الملكية في زمان وكان زوالها بالانتقال إلى آخر، ملك المنفعة الدائمة، لأن المفروض أن المنتقل إليه يتلقى الملك من ذلك المالك، فيتلقاه مسلوب المنفعة. وأما إذا ثبت وكان زوالها بارتفاع سببها لم يكن ملك من عاد إليه متلقى عن المالك الأول ومستنداً 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 فإن المنفعة تتبع مقدار تملكه.

والمراد بالملك ما يقبل البقاء والدوام لولا الرفع، ولا يقاس ذلك بملك البطون في الوقف.

ويظهر من صاحب القوانين رحمه الله في بعض أجوبة مسائله^(١): أن مشتري العين في بيع الخيار لو أجرها تبطل الإجارة بفسخ بايعها برده مثل الثمن، وعلل البطلان بأن الفسخ يكشف أن المشتري لم يكن مالكاً لمنفعة العين بالاضافة إلى ما بعد الفسخ وإن الاجارة بالاضافة إليه كانت فضولية ومراعاة.

وفيه: إن أريد ملكية المنفعة تتبع ملك نفس العين فتبقى مادام العين باقية في الملك، أو ما دام العين باقية في ملك من يستند ملكه العين إلى الملك الأول، كما في إجارة العين ثم بيعها من آخر فإن الإجارة تبقى لأن ملك العين للموجر وإن لم يكن باقياً، إلا أن الملك مشتري العين المستند إلى ملك بايعها حاصل فقد عرفت جوابه نقضاً بتفاسخ البيع بعد إجارة العين، وحلاً بأن ملكية منفعة العين مطلقة تتبع ملك العين القابل للدوام والبقاء لولا الرفع.

(١) راجع جامع الشتات (الطبعة الحديثة) ٣: ٤٣٢، جواب السؤال: ٢٠٣ من كتاب الإجارة.

قلت: أولاً: أنه منقوض بما إذا وقع التفاسخ بعد الإجارة مع عدم التزام أحد ببطلان الإجارة. وثانياً: أنه يكفي في ملك المنفعة الدائمة تحقق الملكية المستعدة للدوام لولا الرافع آنأماً. ثم إن الفاضل القمي في بعض أجوبة مسائله جزم ببطلان الإجارة بفسخ البيع بخيار ردّ مثل الثمن، وعلّله: بأنه يعلم بفسخ البيع: أن المشتري لم يملك منافع ما بعد الفسخ، وأن الإجارة كانت متزلزلة ومراعاة بالنسبة إلى فسخ البيع، انتهى. فإن كان مرجعه إلى ما ذكرنا: من كون المنفعة تابعة لبقاء الملك أو الملك المستند إلى ذلك الملك، فقد عرفت الجواب عنه نقضاً وحلاً، وأن المنفعة تابعة للملك المستعدّ للدوام، وإن كان مرجعه إلى شيء آخر فليبين حتى يُنظر فيه، مع أن الأصل عدم الانفساخ، لأنّ الشك في أن حق خيار الفسخ في العين يوجب تزلزل ملك المنفعة أم لا مع العلم بقابلية المنفعة بعد الفسخ للتملك قبله، كما إذا تقايلا البيع بعد الإجارة.

أقول: ملك المشتري العين بملكية مطلقة بمعنى أنه تكون ملكاً للمشتري كما كانت للبائع، ويحصل بالشراء سواء كان لبائعها خيار الفسخ أم لا، لما تقدم من أن الخيار حق يتعلّق بالعقد لا بالعين، غاية الأمر إذا فسخ الشراء بخيار أو إقالة تعود تلك الملكية إلى البائع بالسبب الذي كان في البين قبل العقد الناقل، وكما أن مشتري العين يملك نفس العين بملكية مطلقة كذلك يملك منفعتها بتبع ملكية العين، ولذا يجوز له التصرف في العين بنقلها من ثالث أو نقل منفعتها، حيث يعم التصرف المزبور ما دل على حلّ البيع والاجارة ولزوم الوفاء بالعقود.

وعليه فإن فسخ ذو الخيار بعد هذا التصرف يعدّ هذا التصرف النافذ بعد الفسخ إتلافاً لمال الفاسخ عيناً أو منفعة، فيكون على المتصرف بدل ما أتلّف المشتري من بدل العين أو بدل المنفعة أي أجره المثل بالإضافة إلى المدّة الباقية.

ثمَّ إنَّه لا إشكال في نفوذ التصرّف بإذن ذي الخيار [١] وأنَّه يسقط خياره بهذا التصرّف، إمّا لدلالة الإذن على الالتزام بالعقد عرفاً وإن لم يكن منافاة بين الإذن في التصرّف أو الإنلاف وإرادة الفسخ وأخذ القيمة، كما نبّهنا عليه في المسألة السابقة، وبه يندفع الإشكال الذي أورده المحقّق الأردبيلي: من عدم دلالة ذلك على سقوط الخيار. وإمّا لأنّ التصرّف الواقع تفويّتٌ لمحل هذا الحق - وهي العين - بإذن

وهذا مقتضى ما دلّ على ثبوت الخيار للبايع، وما دلّ على إمضاء البيع والإجارة أو غيرهما من التصرفات.

ويشبهه المقام ما إذا شهد الشاهدان بأنّ العين التي بيد زيد ملك لعمرو، وحكم الحاكم بشهادتهما أنّها لعمرو، ثمّ رجع الشاهدان عن شهادتهما، فإنّه يؤخذ بدل العين من الشاهدين، ويدفع إلى من كانت العين بيده، فإنّه مع رجوعهما بعد الحكم عن شهادتهما تحسب الشهادة السابقة النافذة إتلافاً للعين على ذي اليد على ما في الرواية. وكذلك ما إذا أقرّ ذواليد بأنّ العين لزيد ثمّ أقرّ أنّها لبكر، فإنّه بالاقرار الثاني يحسب الإقرار الاول النافذ إتلافاً للعين على بكر، فيضمن له بدلها، والله سبحانه هو العالم.

[١] لو تصرف من عليه الخيار فيما انتقل إليه باذن ذي الخيار فيصح ذلك التصرف متلفاً كان كالتعق أو ناقلاً كالبيع والهبة.

ولا ينبغي الإشكال في سقوط خيار من له الخيار بالتصرف المزبور، فإنّه لو كان الخيار حقّاً متعلّقاً بالعقد فالإذن في التصرّف وإن لا ينافي الخيار، فيمكن لذي الخيار فسخ البيع والرجوع إلى بدل ما أتلف عليه، إلّا أن الإذن المزبور كاشف عن رضا ذي الخيار ببقاء البيع، والإغماض عن خياره.

وكذا بناءً على أنّ الخيار حقّ يتعلّق بما انتقل إلى من عليه الخيار فإنّ ضمان من

صاحبه، فلا يفسخ التصرف ولا يتعلق الحق بالبدل، لأن أخذ البدل بالفسخ فرع تلف العين في حال حلول الحق فيه، لامع سقوطه عنه. ولو أذن ولم يتصرف المأذون، ففي القواعد والتذكرة: أنه يسقط خيار الأذن، وعن الميسية: أنه المشهور. قيل: كأن منشأ هذه النسبة فهم استناد المشهور في سقوط الخيار في الصورة السابقة إلى دلالة مجرد الإذن، ولا يقدح فيها تجرده عن التصرف. وقد منع دلالة الإذن المجرد في المسالك وجامع المقاصد والقواعد.

عليه الخيار تلف العين، وبطلان تصرفه لاجل الحق في العين، ومع إذنه في التصرف فيها ينتفي الحق، فلا يكون على المشتري ضمان لأن الضمان فيما إذا تلف العين وبها حق ذي الخيار.

وأما لو أذن ذو الخيار في التصرف ولكن لم يتصرف من عليه الخيار فهل يسقط خياره أم لا؟ فعن العلامة في القواعد^(١) والتذكرة^(٢): أنه يسقط، ولعله لدلالة الإذن على رضاه ببقاء البيع، وإغماضه عن خياره من غير دخالة تصرف من عليه الخيار في هذه الدلالة، ولكن عن جامع المقاصد^(٣) والمسالك^(٤) عدم سقوطه.

والأولى أن يقال: إنه لو أذن ذو الخيار لشخص ثالث في التصرف فيما انتقل إلى من عليه الخيار يكون هذا الإذن فسخاً، لأنه لا معنى للإذن للغير في التصرف فيما انتقل إلى المشتري نيابة عن ذي الخيار من غير أن يقصد انحلال البيع.

وأما لو أذن ذو الخيار للمشتري في التصرف فيما انتقل إليه ففي كونه إسقاطاً

(١) القواعد ٢: ٦٨.

(٢) التذكرة ١: ٥٢٨.

(٣) جامع المقاصد ٤: ٣٠٥ و ٣١١.

(٤) المسالك ٣: ٢١٣.

والأولى أن يقال: إنه لا ينبغي الإشكال في كون إذن ذي الخيار في التصرف عنه فيما انتقل عنه فسخاً، لأن التوكيل في بيع مال الغير لنفسه غير جائز شرعاً، فيحمل على الفسخ، كسائر التصرفات التي لا تصح شرعاً إلا بجعلها فسخاً. وأما كون إذن ذي الخيار للمشتري في التصرف بإجازة وإسقاطاً لخياره، فيمكن الاستشكال فيه، لأن الثابت بالنص والإجماع: أن التصرف فيما انتقل إليه بإجازة، وليس الإذن من ذلك، وإنما حكم بالسقوط في التصرف عن إذنه، للأجل تحقق الإسقاط من ذي الخيار بالإذن، بل لتحقيق المسقط، لما عرفت: من أن التصرف الواقع بإذنه صحيح نافذ، والتسلط على بدله فرع خروجه عن ملك المشتري متعلقاً للحق، فالإذن فيما نحن فيه نظير إذن المرتهن في بيع الرهن لا يسقط به حق الرهانة، ويجوز الرجوع قبل البيع. نعم، يمكن القول بإسقاطه من جهة تضمنه للرضا بالعقد، فإنه ليس بأدون من رضا المشتري بتقبيل الجارية. وقد صرح في المبسوط: بأنه إذا علم رضا البائع بوطء المشتري سقط خياره، ويؤيده رواية السكوني في كون العرض على البيع التزاماً. فهذا القول لا يخلو عن قوة.

لخياره إشكال، لأن المستفاد من الروايات كون تصرف ذي الخيار فيما انتقل إليه مسقطاً لخياره، والإذن المزبور ليس تصرفاً فيما انتقل إليه.

والحكم بسقوط خياره بتصرف من عليه الخيار بإذنه ليس لكون إذنه إسقاطاً للخيار يعني إنشاء لسقوطه، بل لأنه مع التصرف المزبور لا يبقى في العين حق لذي الخيار، ولا يكون على من عليه الخيار ضمان، لأن الضمان فيما إذا تلف العين وبها حق ذي الخيار كما تقدم، ومع الإذن لا يتحقق هذا التلف بخلاف ما إذا لم يتصرف فإنه يبقى مورد الحق، فيكون إذن ذي الخيار كإذن المرتهن للراهن في بيع العين المرهونة في عدم سقوط حق الرهانة عن العين بمجرد الإذن، ولذا يجوز له الرجوع عن إذنه قبل

مسألة: المشهور أنَّ المبيع يُملك بالعقد [١] وأثر الخيار تزلزل الملك بسبب القدرة على رفع سببه، فالخيار حق لصاحبه في ملك الآخر. وحكى المحقق وجماعة عن الشيخ: توقّف الملك بعد العقد على انقضاء الخيار. وإطلاقه يشمل الخيار المختصّ بالمشتري، وصرّح في التحرير بشموله لذلك. لكن الشهيد في الدروس قال: في تملك المبيع بالعقد أو بعد الخيار بمعنى الكشف أو النقل خلاف، مأخذه: أنَّ الناقل العقد، والغرض من الخيار الاستدراك وهو لا ينافي

بيعها.

ولكن مع ذلك كله يمكن القول بسقوط الخيار بالإذن وإن لم يتصرّف من عليه الخيار، فإنّ الإذن كاشف عن رضاه ببقاء العقد والإغماض عن خياره، فإنّ هذا الإذن لا يقصر في الكشف عن الرضا عن تقبيل الجارية التي اشتراها وقد تقدم من أنَّ المبسوط^(١) صرّح: بأنه لو علم رضا البائع بوطئ المشتري الأمة المبيعة منه سقط خياره.

ويؤيد هذا السقوط ما في ذيل معتبرة السكوني من أنَّ عرض المشتري ما اشتراه بشرط الخيار للبيع إسقاط لخياره، فانه روى عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنَّ أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل اشترى ثوباً بشرط إلى نصف النهار، فعرض له ربح فأراد بيعه - إلى ان قال -: فإن أقامه في السوق ولم يبع فقد وجب عليه»^(٢).

[١] وحاصله: أنَّ المشهور على حصول ملك المبيع للمشتري بالعقد، ولا يتوقّف على انقضاء الخيار - من غير فرق بين كون الخيار لهما أو لأحدهما -، وأن الخيار يوجب تزلزل الملك لتسلّط ذي الخيار على رفع السبب الناقل، فيتعلق حقّ ذي

(١) المبسوط ٢: ٨٣.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٢٥، الباب ١٢ من أبواب الخيار، الحديث ١.

الملك، وأن غاية الملك التصرف الممتنع في زمان الخيار. وربما قطع الشيخ بملك المشتري إذا اختص الخيار. وظاهر ابن الجنيّد توقّف الملك على انقضاء الخيار، انتهى. فإنّ في هذا الكلام شهادة من وجهين على عدم توقّف ملك المشتري على انقضاء خياره عند الشيخ، بل المأخذ المذكور صريح في عدم الخلاف من غير الشيخ رحمته الله أيضاً، لكن ينافيه جعل قول ابن الجنيّد مقابلاً لقول الشيخ، واللازم نقل كلام الشيخ رحمته الله في الخلاف والمبسوط. قال في محكي الخلاف: العقد يثبت بنفس الإيجاب والقبول، فإن كان مطلقاً فإنه يلزم بالافتراق بالأبدان، وإن كان مشروطاً

الخيار بما انتقل عنه إلى صاحبه.

وحكى المحقق ^(١) وجماعة عن الشيخ ^(٢): أنه رحمته الله التزم بعدم حصول الملك بانقضاء الخيار، والحكاية يعم ما إذا كان الخيار للمشتري فقط كما صرح بهذا الشمول العلامة في التحرير ^(٣).

ولكن تعرض في الدروس لحصول الملك بالعقد أو بانقضاء الخيار، وذكر لكل منهما وجهاً. وقال في وجه حصول الملك بالعقد: أنّ العقد هو الناقل والخيار لاستدراك ما فات بالعقد، فلا يكون منافياً لحصول الملك بالعقد. وقال في وجه عدم حصول الملك إلا بانقضاء الخيار: بأنّ الغرض من الملك جواز التصرف ولا يجوز التصرف مادام الخيار. ثم قال: وربما قطع الشيخ رحمته الله بحصول الملك بالعقد فيما كان الخيار مختصاً بالمشتري، وعن أبي الجنيّد عدم حصوله إلا بانقضاء الخيار ^(٤)، انتهى.

(١) حكاة في الشرائع ٢: ٢٣، والمختصر: ١٢٢، بلفظ «وقيل»، نعم علّق عليه في المسالك (٣: ٢١٥) بقوله «والمشهور أنّ القول المحكي للشيخ».

(٢) كشف الرموز ١: ٤٦١، والتفقيح الرائع ٢: ٥١، والمفاتيح ٣: ٧٥ وغيرها، وراجع مفتاح الكرامة ٤: ٥٩٢.

(٣) التحرير ١: ١٦٨.

(٤) الدروس ٣: ٢٧٠.

يلزم بانقضاء الشرط، فإن كان الشرط لهما أو للبائع فإذا انقضى الخيار ملك المشتري بالعقد المتقدم، وإن كان الخيار للمشتري وحده زال ملك البائع عن الملك بنفس العقد، لكنه لم ينتقل إلى المشتري حتى ينقضي الخيار، فإن انقضى الخيار ملك المشتري بالعقد الأول، انتهى. وظاهر هذا الكلام - كما قيل - هو الكشف، فحينئذ يمكن الجمع بين زوال ملك البائع بمعنى عدم حق له بعد ذلك في المبيع - نظير لزوم العقد من طرف الأصيل إذا وقع مع الفضولي - وبين عدم انتقاله إلى المشتري بحسب الظاهر حتى ينقضي خياره، فإذا انقضى ملك بسبب العقد الأول بمعنى كشف الانقضاء عنه، فيصير انقضاء الخيار للمشتري نظير إجازة عقد الفضولي. ولا يرد حينئذ عليه: أن اللازم منه بقاء الملك بلا مالك. وحاصل هذا القول: أن الخيار يوجب تزلزل الملك. ويمكن حمله أيضاً على إرادة الملك اللازم

وهذا الكلام من الدروس يدل على حصول ملك المبيع للمشتري عند الشيخ أيضاً فيما كان الخيار للمشتري خاصة ودلالته من وجهين:

أحدهما: ما ذكر في مأخذ الخلاف ووجهه، فإنه إذا كان الوجه في عدم حصول الملك عدم جواز التصرف في المبيع فلا يجري في مثل خيار الحيوان، فإن المشتري يجوز له التصرف في الحيوان ويكون تصرفه مسقطاً لخياره.

وبتعبير آخر: عدم جواز التصرف يختص بمن عليه الخيار، ولا يعم من له الخيار كما تقدم في المسألة السابقة.

وثانيهما: ما ذكره من أنه ربما قطع الشيخ بملك المشتري بالعقد فيما إذا اختص بالخيار، بل ما ذكره رحمته في بيان مأخذ الخلاف صريح في أنه لا خلاف في حصول الملك بالعقد فيما إذا كان الخيار للمشتري من غير الشيخ في الخلاف والمبسوط فإن كلامه في الخلاف والمبسوط يعطي عدم حصول الملك أيضاً مادام لم ينقض خيار

الذي لاحقاً ولا علاقة لمالكه السابق فيه، فوافق المشهور، ولذا عبّر في غاية المراد بقوله: «ويلوح من كلام الشيخ توقّف الملك على انقضاء الخيار» ولم ينسب ذلك إليه صريحاً. وقال في المبسوط: البيع إن كان مطلقاً غير مشروط فإنه يثبت بنفس العقد ويلزم بالتفرّق بالأبدان، وإن كان مشروطاً لزومه بنفس العقد لزّم بنفس العقد، وإن كان مقيداً بشرط لزّم بانقضاء الشرط، انتهى. وظاهره - كظاهر الخلاف - عدم الفرق بين خيار البائع والمشتري. لكن قال في باب الشفعة: إذا باع شقصاً 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 لأنّ الملك يثبت للمشتري بنفس العقد، وله المطالبة بعد انقضاء الخيار. وحكم خيار المجلس

المشتري.

قال في الخلاف: إنّ الملك لا يحصل إلا بانقضاء الخيار فيما كان الخيار لهما أو للبائع، وأمّا إذا كان للمشتري فيخرج عن ملك البائع، ويدخل في ملك المشتري بعد انقضاء الخيار بالعقد، انتهى^(١).

وظاهر هذا الكلام الكشف وأنه لو انقضى الخيار ولم يفسخ المشتري العقد ينكشف حصول الملك للمشتري بالعقد، نظير كشف حصول الملك من حين العقد فضولاً بعد إجازة المالك، فيكون عدم حصول الملك للمشتري في زمان خياره حكماً ظاهرياً.

والمراد بخروج المبيع عن ملك بايعه عدم جواز تصرّفه في ذلك المبيع، نظير عدم جواز تصرف الأصيل في العقد فضولاً قبل إجازة المالك أو ردّه، لأنّ ذلك مقتضى لزوم الوفاء بالعقد من جهته.

(١) الخلاف ٣: ٢٢، المسألة ٢٩ من كتاب البيوع.

والشرط في ذلك سواء، على ما فصلناه. ولعل هذا مأخذاً ما تقدّم من النسبة في ذيل عبارة الدروس. هذا، ولكن الحلبي رحمته في السرائر ادّعى رجوع الشيخ عما ذكره في الخلاف. ويمكن أن يستظهر من مواضع من المبسوط ما يوافق المشهور. مثل استدلاله في مواضع على المنع عن التصرف في مدّة الخيار: بأنّ فيه إبطالاً لحقّ ذي الخيار، كما في مسألة بيع أحد النقيدين على غير صاحبه في المجلس، وفي مسألة رهن ما فيه الخيار للبائع، فإنّه لو قال بعدم الملك تعيّن تعليل المنع به، لا بإبطال حقّ ذي الخيار من الخيار، لأنّ التعليل بوجود المانع في مقام فقد المقتضي كما ترى!

ويحتمل في عبارة الشيخ أن يكون المراد بعدم حصول الملك إلّا بعد انقضاء الخيار حصول الملك اللازم فيكون موافقاً لما عليه المشهور. ويدل على كون مراده ذلك ما ذكره في عدّة مواضع من المبسوط، كقوله: بأنّه لا يجوز لاحد المتصارفين بيع ما اشتراه في المجلس من غير صاحبه ^(١)، وأنه لا يجوز لمشتري العين رهن ما اشتراه في مجلس العقد، لأنّ البيع أو الرهن ينافي خيار صاحبه ^(٢).

ووجه الدلالة أنه لو كان الحكم عنده عدم حصول الملك إلّا بعد انقضاء الخيار لكان المتعيّن تعليل عدم الجواز بعدم صيرورة المبيع ملكاً للمشتري، لانه مع عدم المقتضي للبيع أو الرهن لا معنى لتعليل عدم جوازهما بالمانع. وكيف ما كان فالأظهر ما عليه المشهور من حصول الملك بالعقد، لأنّ البيع عند العقلاء هو ناقل الملك حتّى في مورد شرط الخيار لأحدهما أو كلاهما.

(١) راجع المبسوط ٢: ٩٦.

(٢) راجع المبسوط ٢: ٢١١.

ومنها: أنه ذكر في باب الصرف جواز تباع المتصارفين ثانياً في المجلس، لأنَّ شروعهما في البيع قطع للخيار، مع أنه لم يصحَّ في باب الهبة البيع الذي يتحقَّق به الرجوع فيها، لعدم وقوعه في الملك. فلولا قوله في الخيار بمقالة المشهور لم يصح البيع ثانياً، لوقوعه في غير الملك على ما ذكره في الهبة. وربما ينسب إلى المبسوط اختيار المشهور فيما إذا صار أحد المتبايعين الذي له الخيار مفلساً، حيث حكم بأنَّ له الخيار في الإجازة والفسخ، لأنه ليس بابتداء ملك، لأنَّ الملك قد سبق بالعقد، انتهى. لكن النسبة لا تخلو عن تأمل لمن لاحظ باقي العبارة. وقال ابن سعيد رحمته الله في الجامع - على ما حكى عنه - : إنَّ المبيع يُملك بالعقد وبانقضاء الخيار، وقيل: بالعقد ولا ينفذ تصرف المشتري إلا بعد انقضاء خيار البائع، انتهى. وقد تقدَّم حكاية التوقف عن ابن الجنيْد أيضاً.

وظاهر قوله سبحانه ﴿أَخْلَ اللَّهُ التَّيْبِعَ﴾^(١) إمضاء البيع على ما هو المقرَّر عند العقلاء، ولأن قوله عليه السلام «التَّيْبَعَانِ بالخيار ما لم يفترقا»^(٢) ظاهره كون الخيار حكماً بعد تلبس كل من المتعاقدين بكون أحدهما بايعاً والآخر مشترياً. وأيضاً ظاهر قوله عليه السلام في خيار الحيوان من الحكم بلزوم البيع بنظر المشتري نظير إلى ما يحرم النظر إليه أو تقبيله أو لمسه الجارية المشتراة جواز هذه التصرفات للمشتري نظير إحداث الحدث في الحيوان، إلّا أن يلتزم بحصول الملك للمشتري مقارنة لهذه الأفعال نظير عود الزوجية بالوطئ في عدّة الطلاق الرجعي. وبتعبير آخر: عدم كون هذه الأفعال مسقطاً فعلياً للخيار، بل كون حدوثها غاية

(١) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

(٣) وسائل الشيعة ١٨: ١٣ و ١٤، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٣.

وكيف كان، فالأقوى هو المشهور، لعموم أدلة حل البيع، وأكل المال إذا كانت تجارة عن تراض، وغيرهما مما ظاهره كون العقد علة تامة لجواز التصرف الذي هو من لوازم الملك. ويدل عليه لفظ «الخيار» في قولهم البيع بالخيار: «البيع بالخيار»، وما دل على جواز النظر في الجارية في زمان الخيار إلى ما لا يحل له قبل ذلك، فإنه يدل على الحل بعد العقد في زمن الخيار، إلا أن يلتزم بأنه نظير حل وطء المطلقة الرجعية الذي يحصل به الرجوع. ويدل عليه: ما تقدم في أدلة بيع الخيار بشرط رد المبيع: من كون نماء المبيع للمشتري وتلفه منه فيكشف ذلك عن ثبوت اللزوم وهو الملك، إلا أن يلتزم بعدم كون ذلك من اشتراط الخيار، بل من باب اشتراط انفساخ البيع برد الثمن - وقد تقدم في مسألة بيع الخيار بيان هذا الاحتمال وما يشهد له من بعض العنوانات، لكن تقدم: أنه بعيد في الغاية - أو يقال: إن النماء في مورد الرواية نماء المبيع في زمان لزوم البيع، لأن الخيار يحدث برد مثل الثمن وإن ذكرنا في تلك المسألة: أن الخيار في بيع الخيار المعنون عند الأصحاب ليس مشروطاً حدوثه بالرد، إلا أن الرواية قابلة للحمل عليه، إلا أن يتمسك بإطلاقه الشامل لما إذا جعل الخيار من أول العقد في فسخه مقيداً برد مثل الثمن. هذا، مع أن الظاهر أن الشيخ يقول بالتوقف في الخيار المنفصل أيضاً.

الخيار فيقع في الملك.

و يدل أيضاً على حصول الملك بالعقد ما ورد في غلة المبيع ببيع الخيار، وإن الغلة للمشتري وتلفه منه. ولو لم يكن العين ملكاً للمشتري زمان خيار البائع لما كانت الغلة ملكاً للمشتري وتلفه منه، إلا أن يلتزم بأن رد مثل الثمن في ذلك البيع شرط لانفساخ العقد ولا يرتبط بالخيار، أو يقال: إن الخيار المشروط يحصل برد مثل الثمن، فيكون البيع قبله لازماً، فلا يصح الاستدلال به إلا على من التزم بأن الملك لا يحصل إلا

ربما يتمسك بالأخبار الواردة في العينة [١] وهي: أن يشتري الإنسان شيئاً بنسيئة ثم يبيعه بأقلّ منه في ذلك المجلس نقداً. لكنّها لادلالة لها من هذه الحيثية، لأنّ بيعها على بائعها الأوّل وإن كان في خيار المجلس أو الحيوان، إلّا أنّ بيعه عليه مسقط لخيارهما اتفاقاً. وقد صرح الشيخ في المبسوط بجواز ذلك، مع منعه عن بيعه على غير صاحبه في المجلس. نعم، بعض هذه الأخبار يشتمل على فقرات يستأنس بها لمذهب المشهور، مثل صحيح يسار بن يسار: «عن الرجل يبيع المتاع ويشتريه من صاحبه الذي يبيعه منه؟ قال: نعم لا بأس به. قلت: أشتري متاعي؟ فقال: ليس هو متاعك ولا بقرك ولا غنمك» فإنّ في ذيلها دلالة على انتقال المبيع قبل انقضاء الخيار. ولا استثناس بها أيضاً عند التأمل، لما عرفت: من أنّ هذا البيع

بعد انقضاء الخيار المنفصل أيضاً، أو يقال ما ورد في غلة المبيع يعم ما إذا كان رد الثمن شرطاً للخيار أو قيداً للفسخ فلاحظ.

[١] وقد يستدل^(١) على حصول الملك بالعقد بالأخبار الواردة في بيع العينة كرواية الحسين بن المنذر قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: يجيبني الرجل ويطلب العينة فأشتري المتاع له مرابحة ثم أبيعه إياه، ثم أشتريه مكاني، قال: إذا كان بالخيار إن شاء باع، وإن شاء لم يبع، وكنت أنت بالخيار، إن شئت اشتريت، وإن شئت لم تشتري فلا بأس»^(٢). فان ظاهرها كظاھر غيرھا جواز شراء ما باعه من طالب العينة في مجلس بيعه ولو لم يكن ملك المتاع حاصلاً لطالبها بمجرد البيع لما جاز الشراء ثانياً في ذلك المجلس. وأجاب المصنف رحمته الله عن الاستدلال: بأنّ الشراء ثانياً وإن كان في مجلس البيع، إلّا

(١) كما استدل بها صاحب الجواهر، أنظر الجواهر ٢٣: ٨٠، وراجع وسائل الشيعة ١٨: ٤٠ و ٤٨، الباب ٥ و ٨ من أبواب أحكام العقود.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٤١، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤.

جائز عند القائل بالتوقف، لسقوط خيارهما بالتواطؤ على هذا البيع، كما عرفت التصريح به من المبسوط. ويذب بذلك عن الإشكال المتقدم نظيره سابقاً: من أن الملك إذا حصل بنفس البيع الثاني مع أنه موقوف على الملك لزم الدور الوارد على من صحح البيع الذي يتحقق به الفسخ، وحينئذ فيمكن أن يكون سؤال السائل بقوله: «أشتري متاعي» من جهة ركوز مذهب الشيخ عندهم: من عدم جواز البيع قبل الافتراق، ويكون جواب الإمام عليه السلام مبنياً على جواز بيعه على البائع، لأنّ تواطؤهما على البيع الثاني إسقاط للخيار من الطرفين، كما في صريح المبسوط.

أنّ بيع المشتري المتاع من بائه ثانياً إسقاط لخيارهما ولو على القول بحصول الملك بانقضاء الخيار، ولذا جوز الشيخ رحمته الله بيع أحد المتصارفين ما اشتراه من بائه ثانياً في مجلس الصرف.

نعم في بعض أخبار الباب فقرات يمكن الاستفادة حصول الملك بالبيع منها. صحيحة بشار بن يسار قال: «سالت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع بنساء فيشتريه من صاحبه الذي يبيعه منه، قال: نعم لا بأس به، فقلت له: أشتري متاعي، فقال: ليس هو متاعك وبقرك ولا غنمك»^(١).

فإنّ الحكم بجواز الشراء ولو في مجلس البيع الأول وإن كان لا يدل على الحكم كما تقدم، إلّا أنّ قوله عليه السلام «ليس متاعك» ظاهر في كون المتاع أو البقر ملكاً للمشتري قبل بيعه من بايعه.

ولكن ناقش رحمته الله ذلك أيضاً بأنّ تواطؤهما على البيع بنسبة أولاً والشراء منه ثانياً بنقد يوجب عدم ثبوت خيار المجلس في البيع الأول، وقول السائل «أشتري متاعي» ناش من ارتكاز ما عليه الشيخ رحمته الله من عدم حصول الملك الا بانقضاء مجلس البيع.

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٤١، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٣.

فقوله: «ليس هو متاعك» إشارة إلى أن ما ينتقل إليك بالشراء إنما انتقل إليك بعد خروجه عن ملكك بتواطئكما على المعاملة الثانية المسقط لخياركما، لا بنفس العقد. وهذا المعنى في غاية الوضوح لمن تأمل في فقه المسألة. ثم لو سلم ما ذكر من الدلالة أو الاستثناس لم يدفع به إلا القول بالوقف دون الكشف، كما لا يخفى. ومثل هذه الرواية في عدم الدلالة والاستثناس صحيحة محمد بن مسلم: [١] «عن رجل أتاه رجل فقال: ابتع لي متاعاً لعلّي أشتريه منك بنقد أو بنسيئة، فابتاعه

وجواب الامام عليه السلام «ليس هو متاعك» إشارة إلى صيرورة المتاع ملكاً للمشتري لسقوط خيارهما بتوافقهما على هذا البيع والشراء.

أقول: التوافق على سقوط الخيار على تقديره يكون كالتواطؤ على البيع أولاً والشراء ثانياً في عدم كونه شرطاً في البيع الأول، كما يفصح عن ذلك قوله عليه السلام «إن شئت اشتريت، وإن شئت لم تشتتر».

ودعوى ارتكاز مذهب الشيخ في ذهن السائل مع اشتراطه سقوط خيار المجلس عجيب، واعجب منه قوله عليه السلام: وهذا في غاية الوضوح لمن تأمل في فقه المسألة. والظاهر أن سؤال السائل راجع إلى ما يخطر إلى بعض الأذهان من عدم الجد في البيع أو الشراء كذلك، وأجاب عليه: بأن الملاك في صحة المعاملات وقوعها بشرائنها بالقصد ولو كانت وسيلة إلى دفع المال نقداً، والأخذ بالأكثر نسيئة.

[١] وقد يستدل على الحكم الذي عليه المشهور بصحيفة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل أتاه رجل فقال: ابتع لي متاعاً لعلّي أشتريه منك بنقد أو نسيئة، فابتاعه الرجل من أجله، فقال ليس به بأس إنما يشتريه منه بعد ما يملكه»^(١).

الرجل من أجله؟ قال: ليس به بأس، إنما يشتريه منه بعدما يملكه». فإن الظاهر: أن قوله: «إنما يشتريه... إلخ» إشارة إلى أن هذا ليس من بيع ما ليس عندك، وأن بيعه لم يكن قبل استيجاب البيع مع الأول، فقوله: «بعد ما يملكه» إشارة إلى استيجاب العقد مع الأول، كما يظهر من قولهم للمبتاع في أخبار آخر واردة في هذه المسألة: «ولا توجب البيع قبل أن تستوجه» مع أن الغالب في مثل هذه المعاملة قيام الرجل إلى مكان غيره لياخذ منه المتاع ورجوعه إلى منزله لبيعه من صاحبه الذي طلب منه ذلك، فيلزم العقد الأول بالتفرق. ولو فرض اجتماعهما في مجلس واحد كان تعريضه للبيع ثانياً بحضور البائع دالاً عرفاً على سقوط خياره، ويسقط خيار المشتري بالتعريض للبيع.

فإن مقتضاها جواز البيع ثانياً بعد الشراء سواء كان خيار المجلس في ذلك الشراء باقياً أم لا.

وناقش رحمته في هذا الاستدلال بأمور:

الأول: أن هذه الرواية ناظرة إلى أن البيع من الطالب يقع ثانياً لا بمجرد تقاضاه أولاً، ليكون من بيع ما ليس عنده، ولذا ذكر في بعض الروايات الواردة في هذه المسألة: «ولا توجب البيع - أي مع الطالب - قبل أن تستوجه» ^(١) أي مع البائع الأول.

وثانياً: أن الغالب في هذا البيع جلوس الطالب في محل المطلوب منه، ويذهب المطلوب منه فيشتري المتاع من السوق ونحوه ثم يجيء به إلى محله، فبمجرد افتراق المطلوب منه من البائع الأول ينتهي خيار المجلس، فيكون بيعه من الطالب بعد لزوم البيع.

وبالجملة، ليس في قوله: «بعدما يملكه» دلالة على أن تملكه بنفس العقد، مع أنها على تقدير الدلالة تدفع النقل لا الكشف، كما لا يخفى. ونحوه في الضعف: الاستدلال في التذكرة بما دل على أن مال العبد المشتري لمشتريه مطلقاً أو مع الشرط أو علم البائع من غير تقييد بانقضاء الخيار، إذ فيه: أن الكلام مسوق لبيان ثبوت المال للمشتري على نحو ثبوت العبد له، وأنه يدخل في شراء العبد حتى إذا ملك العبد ملك ماله. مع أن الشيخ لم يثبت منه هذا القول في الخيار المختص بالمشتري، والتمسك بإطلاق الروايات لما إذا شرط البائع الخيار كما ترى!

ولو فرض اجتماع الطالب والمطلوب منه ومن باع المتاع أولاً في مكان لكان تعريض المشتري الأول بيعه من المشتري الثاني إسقاطاً لخياره وخيار بايعه. والحاصل: أنه ليس في قوله **إِنَّمَا يَشْتَرِيهِ** «إنما يشتريه منه بعد ما يملكه» دلالة على حصول الملك بمجرد العقد وعلى تقدير التسليم فيدفع احتمال النقل بأن يكون انقضاء الخيار دخیلاً في النقل والانتقال، ولا يدفع احتمال الكشف حيث إنه على الكشف يكون البيع ثانياً محكوماً بالصحة، لانه ينكشف بانقضاء الخيار وقوعه في ملك بائعه.

أقول: العمدة في الجواب هو الوجه الأول وهو نفي كون المقابلة الأولية بيعاً ليكون محكوماً بالبطان لوقوعه في غير الملك وأما البيع بعد الشراء وما هو شرائطه فليست الرواية ناظرة إليه ليتمسك باطلاها كما لا يخفى.

ومما ذكر يظهر الحال فيما ورد في مال العبد وأنه يكون للمشتري مطلقاً أو مع الاشتراط أو مع علم البائع بماله، فإن غاية مدلوله صيرورة المال للمشتري نحو صيرورة نفس العبد له، فان كان الملك بالعقد فالمال أيضاً كذلك ولو كان بانقضاء الخيار فالمال أيضاً تابع له كما لا يخفى.

وأشدَّ ضعفاً من الكل [١] ما قيل: من أنَّ المقصود للمتعاقدين والذي وقع التراضي عليه انتقال كلِّ من الثمن والمثمن حال العقد، فهذه المعاملة إما صحيحة كذلك - كما عند المشهور - فثبت المطلوب، أو باطلة من أصلها، أو أنها صحيحة إلا أنها على غير ما قصداه وتراضيا عليه.

[١] ذكر في الجواهر^(١) في وجه حصول الملك بالبيع: أنَّ مقصود المتعاقدين وما وقع عليه تراضيهما هو انتقال العوضين عند تمام العقد أي الإيجاب والقبول بشرائطهما، فهذه المعاملة على تقدير صحتها كذلك يثبت ما عليه المشهور وهو المطلوب، وإلا تكون المعاملة باطلة من أصلها، أو تكون صحيحة لا على وجه تراضيهما ومقصودهما.

وأجاب المصنف رحمته الله عن هذا الوجه: بأنه أضعف الوجوه، لأنَّ الزمان غير داخل في مدلول العقد ولا يكون مدلوله النقل من حين العقد، بل مدلوله نفس نقل المعوض بعوض وانتقال الأول بازاء الثاني.

نعم بما أنَّ المتعاقدين يرون العقد علّة تامة للنقل والانتقال يكون قصدهما النقل والانتقال من حين تمام العقد داعياً لهما إلى إنشائه.

ولكن العقد لا يدل إلا على النقل والانتقال، ولذا لو جعل الشرع شرطاً آخر في حصول النقل والانتقال كما في اشتراط التقابض الصرف لما كان حصول النقل والانتقال بعد القبض إلا من قبيل تخلف الداعي للمتعاقدين، لا وقوع مدلول العقد على غير وجهه، وهكذا الحال على تقدير اشتراط انقضاء الخيار.

وقد تقدّم في إجازة العقد الفضولي: أنّه لو كان النقل والانتقال حاصلًا من حين الإجازة لما كان ذلك من خلاف مدلول العقد الذي أجراه الفضولي مع الأصيل.

توضيح الضعف: أن مدلول العقد ليس هو الانتقال من حين العقد، لكن الإنشاء لما كان علةً لتحقيق المنشأ عند تحققه كان الداعي على الإنشاء حصول المنشأ عنده، لكن العلية إنما هو عند العرف، فلا ينافي كونه في الشرع سبباً محتاجاً إلى تحقق شرائط أخر بعده، كالقبض في السلم والصرف، وانقضاء الخيار في محل الكلام. فالعقد مدلوله مجرد التمليك والتملك مجرداً عن الزمان، لكنه عرفاً علة تامة لمضمونه، وإمضاء الشارع له تابع لمقتضى الأدلة، فليس في تأخير الإمضاء تخلف أثر العقد عن المقصود المدلول عليه بالعقد، وإنما فيه التخلف عن داعي المتعاقدين، ولا ضرر فيه. وقد تقدّم الكلام في ذلك في مسألة كون الإجازة كاشفة أو ناقلة.

وفيه: أنه إن أريد عدم كون النقل والانتقال من حين تمام الإيجاب والقبول مدلولاً للعقد ولو بإطلاقه فهذا غير صحيح قطعاً، لأن الإهمال في العاقد الملتفت إلى اعتبار الملك غير معقول، وعدم تعليقها البيع على حصول امر استقبالي أو الأمر الماضي مقتضاه كون المبدأ للملك المعتبر العقد.

نعم للشارع إمضاء ذلك الملك على تقدير حصول أمر كحصول التقابض في مجلس العقد في بيع الصرف.

ولا ينافي ذلك اعتبار المتعاقدين، ولا يكون من تخلف العقود عن المقصود، لأن الامضاء الشرعي غير مقصود من ألفاظ الإيجاب والقبول، بل المقصود منها الملك الذي يعتبره المتعاقدان وتخلفه عن المقصود لم يحصل، بل تعلق به الإمضاء على تقدير حصول أمر بنحو الشرط المقارن.

وهذا التقدير يحتاج إلى قيام قرينه عليه، وإلا فمقتضى الإطلاق في مثل قوله

وقد يستدل أيضاً بالنبوي المشهور [١] - المذكور في كتب الفتوى للخاصة والعامّة على جهة الاستناد إليه - وهو: أنّ «الخراج بالضمان» بناءً على أنّ المبيع في زمان الخيار المشترك أو المختص بالبائع في ضمان المشتري، فخرجه له، وهي علامة ملكه.

سبحانه ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(١) وقوع الإمضاء بلا تعليق.

ويأتي أنّه ليس في أدلة الخيارات وغيره دلالة على التقييد في الإمضاء، بل فيها ما ينفي هذا التقييد كما ذكرناه فيما ورد في بيع الخيار بيع العينة. والأظهر في الجواب عن صاحب الجواهر: أنّ ما ذكره لا يزيد على التمسك بإطلاق دليل حلّ البيع.

[١] وقد يستدل^(٢) على مسلك المشهور بالنبوي - المذكور في كتب الفتوى من الفريقين - من قوله ﷺ «الخراج بالضمان»^(٣) أي منافع الشيء تتبع ضمانه، وإذا كان ضمان الشيء على شخص يكون منافعه له وإذا كان منافع الشيء ملكاً له فيكون ذلك الشيء ملكاً له أيضاً.

ومن الظاهر أنه إذا كان الخيار مشتركاً بينهما أو مختصاً بالبائع يكون ضمان المبيع على المشتري، فيكون منافعه له، وملكية المنافع له علامة كون نفس المبيع له. وأجاب ﷺ بأنه لم يظهر أنّ القائل بحصول الملك بانقضاء الخيار يتسلم بأنّ ضمان المبيع على المشتري ليقال بأنّ منافعه أيضاً له، وبما أنّه يتبع ملكها ملكية العين

(١) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

(٢) كما استدّل به في الجواهر ٢٣: ٨١.

(٣) عوالي اللآلي ١: ٢١٩، الحديث ٨٩، وعنه في المستدرک ١٣: ٣٠٢، الباب ٧ من أبواب الخيار، الحديث

وفيه: أنه لم يعلم من القائلين بتوقّف الملك على انقضاء الخيار القول بكون ضمانه على المشتري حتّى يكون نماؤه له. وقد ظهر بما ذكرنا: أنّ العمدّة في قول المشهور عموم أدلّة «حل البيع» و«التجارة عن تراض» وأخبار الخيار. واستدل للقول الآخر بما دل على كون تلف المبيع من مال البائع زمان الخيار [١]

فيكون علامة للثاني.

أقول: مع أنه لا يمكن الاعتماد على النبوي المزبور، وذكره في بعض كتب أصحابنا لا يدل على الاعتماد عليه لا مكان ذكره تأييداً.

والعجب من المصنف رحمته من أنّه يتمسّك بإطلاق «حل البيع»^(١)، ويذكر أنه العمدّة في إثبات النقل والانتقال زمان الخيار، مع أنه التزم في الردّ على صاحب الجواهر رحمته بعدم كون مدلول البيع الملك من حينه.

فانه إذا لم يكن ذلك داخلاً في مدلوله وضعاً وإطلاقاً، فكيف يكون إمضاءه دالاً على كون الملك من حين البيع.

الهمّ إلّا أن يقال: إنّ الملكية مستفادة من حلّ التصرف بالبيع، ومقتضى إطلاق حليّة التصرف حصولها حين البيع، فيكشف الحلية من ذلك الحين عن حصول الملك الشرعي أيضاً عندها كما لا يخفى.

[١] يستدل^(٢) على القول الآخر^(٣) بما ورد^(٤) في أخبار خيار الحيوان، وشرط الخيار للمشتري من أن تلف المبيع في زمان خياره من بائع، وبضميمة أن «الخراج

(١) أي للآية: ﴿أَحْلَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾، سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

(٢) استدّل به في الرياض ٨: ٢٠٥، والجواهر ٢٣: ٨١.

(٣) وهو القول بأنّ الملك إنّما يتحقّق بانقضاء الخيار.

(٤) التهذيب ٧: ٢٤/١٠٣، ووسائل الشيعة ١٨: ١٤ و ١٥، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٥.

فبدل بضميمة قاعدة «كون التلف من المالك لأنه مقابل الخراج» على كونه في ملك البائع، مثل: صحيحة ابن سنان «عن الرجل يشتري العبد أو الدابة بشرط إلى يوم أو يومين، فيموت العبد أو الدابة أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟ فقال: على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري، شرط له البائع أو لم يشترط. قال: وإن كان بينهما شرط أياماً معدودة فهلك في يد المشتري،

بالضمان» يكون مقتضاه أن منافع المبيع أيضاً للبائع وإذا كانت منافعه له يكون المبيع أيضاً ملكاً له.

وأجاب المصنف رحمته: أن الشيخ رحمته يلتزم في الخيار المختص بالمشتري بحصول النقل والانتقال من حين البيع ما على ذكره في المبسوط^(١) في باب الشفعة، مع أن هذا الدليل لا يجري إلا في الخيار المختص به.

وعلى كل حال فقد تقدم أدلة المشهور وأن العمدية فيها إطلاق «حل البيع»^(٢)، وهذا الدليل المختص بصورة خيار المشتري إما أن يكون مقيداً لإطلاق «حل البيع» - والمراد بالمشار إليه الأخبار الواردة في ضمان خيار المشتري بضميمة «الخراج بالضمان» - أو تكون الأخبار المزبورة مخصصة لقاعدة «الخراج بالضمان».

ولو وصلت النوبة إلى الأصل العملي لعدم الترجيح لأحد التخصيصين يكون مقتضى الاستصحاب بقاء المبيع في ملك البائع، إلا أنه يتعين تخصيص ما دل على تبعية ضمان الشيء ملكه لوجوه عمدتها الشهرة المحققة المؤيدة بالإجماع المحكي عن السرائر^(٣).

(١) المبسوط ٣: ١٢٣.

(٢) مرّ آنفاً.

(٣) حكاة السيد في مفتاح الكرامة ٤: ٥٩٢، وراجع السرائر ٢: ٢٤٨ و ٣٨٦.

فهو من مال البائع». ورواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل اشترى أمة من رجل بشرط، يوماً أو يومين، فماتت عنده وقد قطع الثمن، على من يكون ضمان ذلك؟ قال: ليس على الذي اشترى ضمان حتى يمضي شرطه». ومرسلة ابن رباط: «إن حدث بالحيوان حدث قبل ثلاثة أيام فهو من مال البائع». والنبوي المروي في قرب الإسناد في العبد المشتري بشرط

أقول: لا حاجة إلى انضمام تلازم الضمان مع ملك العين، بل يمكن أن يدعى أن الأخبار الواردة في الحدث زمان خيار الحيوان والشرط ظاهرة في عدم صيرورة المبيع ملكاً للمشتري إلا بعد انقضاء الخيار.

وفي صحيحة عبد الله بن سنان: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الدابة أو العبد، ويشترط إلى يوم أو يومين، فيموت العبد أو الدابة أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟ فقال: على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام، ويصير المبيع للمشتري»^(١).

ولكن لا يخفى أنه يتعين حمل مثلها على صيرورة المبيع ملكاً لازماً لا أصل للملك، وذلك بقريئة صحيحة على بن رثاب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري اشترط أم لم يشترط، فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة أيام فذلك رضا منه فلا شرط، قيل له: وما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء»^(٢).

فإن ظاهرها جواز تصرف المشتري في الأمة بعد الشراء بما كان يحرم قبله على غير المالك، ومقتضى ذلك كونها بعد الشراء ملكاً له.

(١) التهذيب ٧: ٢٤ / ١٠٣.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ١٣، الباب ١٨ من أبواب الخيار، الحديث ١.

فيموت، قال: «يستحلف بالله ما رضىه، ثم هو بريء من الضمان». وهذه الأخبار إنما تجدي في مقابل من ينكر تملك المشتري مع اختصاص الخيار، وقد عرفت أن ظاهر المبسوط في باب الشفعة ما حكاه عنه في الدروس: من القطع بتملك المشتري مع اختصاص الخيار، وكذلك ظاهر العبارة المتقدمة عن الجامع.

ولو كان الملك حاصلًا بنفس النظر واللمس والتقبيل لكان الأنسب أن يقول: إن ينظر إلى ما كان يحرم عليه قبل ذلك، لا قبل الشراء. مع أن تحريم الشيء قبل ارتكابه وجوازه بمجرد الشروع في ارتكابه غير معقول.

والحاصل: أن ظاهر هذه الصحيحة حصول الملك بالشراء، وعدم اعتبار انقضاء الخيار في حصوله لا بنحو النقل ولا بنحو الكشف.

وعلى ذلك فلا موجب لرفع اليد عن إطلاق «حل البيع»^(١) بالالتزام بتوقف إمضائه على انقضاء الخيار، بل الخيار كما ذكرنا حكم لتمام البيع.

ويكشف عن ذلك قوله عليه السلام «وصاحب الحيوان بالخيار إلى ثلاثة أيام»^(٢).

وعلى ذلك فلو تم النبوي المزبور سنداً ودلالة على تلازم ضمان العين مع ملكها فيرفع اليد عن إطلاقه في المقام، كما رفعنا اليد عنه في ضمان اليد وفي صورة التلف قبل القبض كما لا يخفى.

وقد يقال: إنه يستفاد من بعض الروايات عدم صيرورة المبيع ملكاً للمشتري مع شرط الخيار له كمعتبرة السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «إن أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل اشترى ثوباً بشرط إلى نصف النهار فعرض له ربح فأراد بيعه، قال: ليشهد أنه قد

(١) مرآة.

(٢) وسائل الشريعة ١٨: ٥، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١.

وعلى أي حال، فهذه الأخبار إما أن تجعل مخصصة لأدلة المشهور بضميمة قاعدة تلازم الملك والضمان، أو لقاعدة التلازم بضميمة أدلة المسألة، فيرجع بعد التكافؤ إلى أصالة عدم حدوث الملك بالعقد قبل انقضاء الخيار. لكن هذا فرع التكافؤ المفقود في المقام من جهات، أعظمها الشهرة المحققة المؤيدة بالإجماع المحكي عن السرائر.

رضيه فاستوجه ثم لبيعه إن شاء، فإن أقامه في السوق ولم يبع فقد وجب عليه^(١). فانه لو كان المبيع ملكاً للمشتري بمجرد الشراء لما كان إسقاط خياره معتبراً في بيعه، مع أن قوله ﷺ «ليشهد أنه قد رضي فاستوجه» ظاهر في اعتبار ذلك في حصول الملك.

ولكن لا يخفى ما فيه فإنه لا دلالة في الرواية على عدم حصول الملك قبل انقضاء الخيار، بل غايته عدم جواز أن يبيع ما اشتراه بخيار قبل إسقاط خياره. ويمكن أن يكون الوجه في ذلك سقوط خيار الشرط بتصرف ذي الخيار فيما اشتراه فيما كان تصرفاً ناقلاً، كما يفصح عن ذلك صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله ﷺ «أنه سأل عن الرجل يبتاع الثوب من السوق لأهله، ويأخذه بشرط فيعطي الربح في أهله، قال: إن رغب في الربح فليوجب الثوب على نفسه، ولا يجعل في نفسه أن يرد الثوب على صاحبه إن رد عليه»^(٢).

ولا يبعد الالتزام بذلك في الخيار المشروط، بل جميع الخيارات بناءً على عدم احتمال الخصوصية في شرط الخيار وخيار الحيوان كما لا يخفى.

(١) وسائل الشريعة ١٨: ٢٥، الباب ١٢ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٢) المصدر: الحديث ٢.

ثم إن مقتضى إطلاق ما تقدّم في عبارتي المبسوط والخلاف [١] - من كون الخلاف في العقد المقيّد بشرط الخيار - عمومه للخيار المنفصل عن العقد، كما إذا شرط الخيار من الغد. كما أنّ مقتضى تخصيص الكلام بالعنوان المذكور عدم شموله لخيار غير الشرط والحيوان الذي يطلق عليه الشرط أيضاً. فخيار العيب والغبن والرؤية والتدليس الظاهر عدم جريان الخلاف فيها. ومما يدل على الاختصاص: أنّ ما ذكر من الأدلة مختصة بالخيارين، وأن الظاهر من لفظ

ويحتمل ان يكون ذلك حكماً استجوابياً كما عنون صاحب الوسائل رحمته الله الباب به فلاحظ.

[١] تعرض رحمته الله لشرط الخيار المنفصل وذكر ما حاصله: أنّ ظاهر كلام الشيخ في المبسوط ^(١) والخلاف ^(٢): أنه لا يحصل النقل والانتقال في مورد خيار الحيوان وخيار الشرط سواء كان الخيار المشروط متصلاً أو منفصلاً.

وأما إذا كان الخيار غيرهما كخيار العيب والغبن والرؤية فيحصل النقل والانتقال بنفس البيع، حيث خصص الشيخ رحمته الله في المبسوط والخلاف بما إذا كان المراد البيع مشروطاً.

والمراد بكون البيع مقيداً ومشروطاً شرط الخيار فيه، كما ان المراد بإطلاق البيع عدم اشتراط الخيار فيه.

وأما خيار المجلس فقد ذكر رحمته الله في كلماته في المبسوط ^(٣) والخلاف ^(٤) لحوقه

(١) المبسوط ٢: ٨٣.

(٢) الخلاف ٣: ٢٢، المسألة ٢٩.

(٣) المبسوط ٣: ١٢٣، وراجع المبسوط ٢: ٨٣.

(٤) راجع الخلاف ٣: ٢٢، المسألة ٢٩.

«الانقضاء» في تحريرات محل الخلاف انقطاع الخيار الزماني. وأما خيار المجلس، فالظاهر دخوله في محل الكلام، لنص الشيخ بذلك في عبارته المتقدمة عنه في باب الشفعة، ولقوله في الاستبصار: إن العقد سبب لاستباحة الملك إلا أنه مشروط بأن يتفرقا بالأبدان ولا يفسخا العقد، ولنص الشيخ في الخلاف والمبسوط على أن التفرق كانقضاء الخيار في لزوم العقد به. ومراده من اللزوم تحقق علة الملك، لا مقابل الجواز، كما لا يخفى. مع أن ظاهر عبارة الدروس المتقدمة في مأخذ هذا الخلاف: أن كل خيار يمنع من التصرف في المبيع فهو داخل فيما يتوقف الملك على انقضائه. وكذلك العبارة المتقدمة في عنوان هذا الخلاف عن الجامع. وقد تقدم عن الشيخ في صرف المبسوط: أن خيار المجلس مانع عن التصرف في أحد العوضين. ومن ذلك يظهر وجه آخر لخروج خيار العيب وإخوته عن محل الكلام،

بخيار الشرط والحيوان.

والمذكور في كلمات الأصحاب أيضاً في عنوان الخلاف حصول الملك بالبيع أو بانقضاء الخيار، وظاهر الانقضاء كون الخيار زمانياً فلا يعم مثل خيار العيب والغبن والرؤية.

نعم خيار المجلس لا حق بخياري الشرط والحيوان، كما صرح الشيخ رحمته الله ^(١): بأن الافتراق كانقضاء الخيار في لزوم العقد.

وقد صرح في الدروس ^(٢) في منشأ الخلاف: أن التصرف في زمان الخيار ممتنع. وهذا لا يجري في خيار العيب ونحوه، حيث إن التصرف في الخيارات المزبورة قبل ظهور العيب والغبن ورؤية المبيع على خلاف ما وصف جائز، فلا بد أن يلتزم

(١) الخلاف ٣: ٢٢، المسألة ٢٩، والمبسوط ٢: ٨٣.

(٢) الدروس ٣: ٢٧.

فإنَّ الظاهر عدم منعها من التصرف في العوضين قبل ظهورها، فلا بد أن يقول الشيخ باللزوم والملك قبل الظهور، والخروج عن الملك بعد الظهور وتنجز الخيار، وهذا غير لائق بالشيخ. فثبت أنَّ دخولها في محل الكلام مستلزم: إمَّا لمنع التصرف في موارد هذا الخيار، وإمَّا للقول بخروج المبيع عن الملك بعد دخوله، وكلاهما غير لائق بالالتزام. مع أنَّ كلام العلامة في المختلف كالصریح في كون التملك بالعقد اتفاقاً في المعيب، لأنَّه ذكر في الاستدلال: أنَّ المقتضي للملك موجود والخيار لا يصلح للمنع، كما في بيع المعيب. وذكر أيضاً أنَّه لا منافاة بين الملك والخيار، كما في المعيب. وقد صرح الشيخ رحمته أيضاً في المبسوط: بأنَّه إذا اشترى شيئاً فحصل منه نماء ثم وجد به عيباً ردَّه دون نمائه، محتجاً بالإجماع وبالنبوي: «الخراج بالضمان» وستجيء تتمَّة لذلك إن شاء الله تعالى.

الشيخ رحمته بحصول الملك في مورد الخيارات المزبورة بالعقد.

ويفصح عن ذلك ما ذكره في المبسوط^(١): من أنه لو ظهر للمعيب نماء ثمَّ ظهر عيبه فيرد المعيب دون نمائه.

والحاصل: أنَّ احتمال أنَّ الشيخ رحمته لا يلتزم بجواز التصرف قبل ظهور العيب والغبن والرؤية لا يليق به، كما أنَّ التزامه رحمته بجواز التصرف قبل حصول الخيارات المزبورة لحصول الملك قبلها، وأنَّه بعد حصول الخيار يزول الملك ويرجع المبيع إلى ملك بائعه أيضاً لا يليق بشأنه رحمته.

أقول: لو بنى على أن الخيار حق يتعلّق بالعين، وأنَّ تعلّقه به يمنع عن تصرف من عليه الخيار فيه فلا يجوز التصرف لمن عليه الخيار في جميع الخيارات.

مسألة: ومن أحكام الخيار كون المبيع في ضمان من ليس له الخيار [١] في الجملة، على المعروف بين القائلين بتملك المشتري بالعقد.

وتوضيح هذه المسألة: أنَّ الخيار إذا كان للمشتري فقط من جهة الحيوان فلا إشكال ولا خلاف في كون المبيع في ضمان البائع. ويدل عليه ما تقدّم في المسألة السابقة من الأخبار. وكذلك الخيار الثابت له من جهة الشرط بخلاف في ذلك، لقوله عليه السلام في ذيل صحيحة ابن سنان: «وإن كان بينهما شرط أيّاماً معدودة فهلك في يد المشتري، فهو من مال بائه». ولو كان للمشتري فقط خيار المجلس دون البائع، فظاهر قوله عليه السلام: «حتّى ينقضي شرطه، ويصير المبيع للمشتري» كذلك بناءً على أنَّ المناط انقضاء الشرط الذي تقدّم أنّه يطلق على خيار المجلس في الأخبار، بل ظاهره: أنَّ المناط في رفع ضمان البائع صيرورة المبيع للمشتري

ولو كان اعتبار الملك مع هذا المنع عن التصرف لغوّالما حصل الملك إلا بعد انتهاء الخيار وسقوطه من غير فرق بين خيار وخيار آخر، فإن الخيار المزبور يكون كشرط الخيار المنفصل.

نعم لو استدل في منع حصول الملك بالأخبار فلا يحصل النقل والانتقال في خياري المجلس والحيوان وخيار الشرط فيما كان المبيع من قبيل الحيوان لا سائر المتاع، كما تقدم في الخيار المشروط في بيع الخيار كما لا يخفى.

[١] يقع الكلام في المقام في المسألة المعروفة في أنَّ التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له، ويستفاد من كلماتهم فيها أن في عموم هذه القاعدة وعدم عمومها أقوال:

الأول: أن هذا الحكم يختص بخيار الحيوان وخيار الشرط فيما كان الخيار المشروط في شراء الحيوان أو غيره متصلاً بالعقد أم منفصلاً.

الثاني: كون الحكم كذلك فيما كان الخيار المشروط في شراء الحيوان.

واختصاصه به بحيث لا يقدر على سلبه عن نفسه. وإلى هذا المنأظر تعليل هذا الحكم في السرائر، حيث قال: فكل من كان له خيار فالمتاع يهلك من مال من ليس له خيار، لأنه قد استقرّ عليه العقد، والذي له الخيار ما استقر عليه العقد ولزم. فإن كان الخيار للبائع دون المشتري وكان المتاع قد قبضه المشتري وهلك في يده كان هلاكه من مال المشتري دون البائع، لأنّ العقد مستقرّ عليه ولازم من جهته. ومن هنا يعلم أنّه يمكن بناءً على فهم هذا المنأظر طرد الحكم في كل خيار، فتثبت القاعدة المعروفة: من «أنّ التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له» من غير فرق بين أقسام الخيار ولا بين الثمن والمثمن، كما يظهر من كلمات غير واحد من الأصحاب، بل نسبه جماعة إلى إطلاق الأصحاب. قال في الدروس في أحكام القبض: «وبالقبض ينتقل الضمان إلى القابض إذا لم يكن له خيار»، انتهى. فإنّ ظاهره كفاية مطلق الخيار في عدم ضمان المشتري للمبيع المقبوض، ونحوه كلامه ﷺ في اللمعة.

الثالث: أنّ الحكم يجري في خيارى الحيوان والشرط سواء كان الخيار المشروط للبائع أو للمشتري، وفي خيار المجلس مختصاً بأحد المتعاقدين، كما إذا شرط عدم خيار المجلس للبائع أو للمشتري، ويظهر من المصنف ﷺ اختيار ذلك.

الرابع: أنّ الحكم يجري في كلّ الخيارات فيما إذا اختص الخيار بأحد المتبايعين سواء كان الخيار متصلاً بالعقد أم منفصلاً.

والعمدة في وجه الاختلاف ملاحظة ما يستفاد منه الحكم، فانه قيل: يستفاد مما ورد في خيارى الحيوان والشرط أنّ البيع فيما لم يكن لازماً لأحد المتعاقدين، بحيث يمكن له إرجاع المال إلى من انتقل عنه يكون ضمان تلفه على من انتقل عنه.

وفي صحيحة عبدالله بن سنان «عن الرجل يشتري الدابة أو العبد ويشترط إلى يوم أو يومين، فيموت العبد والدابة أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟ فقال:

وفي جامع المقاصد في شرح قول المصنف رحمته: «ولو ماتت الشاة المصرة أو الأمة المدلسة فلا شيء له، وكذا لو تعيبت عنده قبل علمه» قال: وتقيد الحكم بما قبل العلم غير ظاهر، لأن العيب إذا تجدد بعد علمه يكون كذلك، إلا أن يقال: إنه غير مضمون عليه الآن لثبوت خياره، ولم أظفر في كلام المصنف وغيره بشيء في ذلك، انتهى. وقال في شرح قول المصنف رحمته: «ولا يسقط الخيار بتلف العين»: مقتضى إطلاق كلامهم أنه لو تلف المبيع مع خيار الغبن للمشتري انفسخ البيع، لاختصاص الخيار بالمشتري، ثم تردد فيه وفي خيار الرؤية. وفي المسالك - في مسألة أن العيب الحادث يمنع من الرد بالعيب القديم وأن الحادث في أيام خيار الحيوان مضمون على البائع - قال: وكذا كل خيار مخصص بالمشتري. وعن مجمع البرهان - في مسألة أن تلف المبيع بعد الثلاثة مع خيار التأخير من البائع استناداً إلى عموم قاعدة «تلف المبيع قبل الضمان» - قال: إن هذه القاعدة معارضة بقاعدة

على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري»^(١).

فإن ظاهرها أن انتقال الضمان إلى المشتري إنما هو فيما كان الشراء المزبور لازماً عليه.

وفي ذيل هذه الصحيحة على رواية الشيخ رحمته «وان كان بينهما شرط أيام معدودة فهلك في يد المشتري قبل أن يمضي الشرط فهو من مال البائع»^(٢)، وهذا الذيل يعم ما إذا كان شرط الأيام منفصلاً عن العقد، بل يعم شراء غير الحيوان أيضاً لرجوع ضمير بينهما إلى البائع والمشتري، لا إلى خصوص مشتري الحيوان وبائعه. والحاصل: أنه قد يقال: إن الاستفادة من الصحيحة أن الملاك في ضمان المبيع

(١) التهذيب ٧: ٢٤ / ١٠٣.

(٢) نفس المصدر السابق.

أُخرى، وهي: أن تلف المبيع في الخيار المختص بالبائع من مال المشتري، فإنَّ الظاهر من جعل هذه قاعدة كونها مسلَّمة بين الأصحاب. وصرَّح بنحو ذلك المحقِّق جمال الدين في حاشية الروضة، واستظهر بعد ذلك اختصاصه بما بعد القبض، معترفاً بعمومها من جهات أُخرى. وظاهر هذه الكلمات عدم الفرق بين أقسام الخيار، ولا بين الثمن والمثمن، ولا بين الخيار المختص بالبائع والمختص بالمشتري، ولذا نفى في الرياض الخلاف في أنَّ التلف في مدَّة الخيار ممَّن لا خيار له. وفي مفتاح الكرامة: أنَّ قولهم: «التلف في مدَّة الخيار ممن لا خيار له» قاعدة لا خلاف فيها. ثم ذكر فيها تبعاً للرياض: أنَّ الحكم في بعض أفراد المسألة مطابق للقاعدة.

على بايعه عدم صيرورته ملكاً لازماً للمشتري، ويجري ذلك في جميع الخيارات، فانه إن كان المراد بالشرط مطلق الخيار فالأمر واضح، وهذا ظاهر الدروس^(١) وقبله السرائر^(٢) وغيرها.

وقد تصدَّى المصنف رحمته الله لنقل كلمات الأصحاب في المقام لاستظهار القول بعموم القاعدة وعدم عمومها.

ولكن ناقش في استظهار عموم القاعدة من الصحيحة بأنَّها لا تعم غير خيار الحيوان والشرط.

نعم يدخل فيها خيار المجلس فيما إذا اختص بأحدهما، لأنه قد أطلق الشرط بخيار المجلس أيضاً، كما في صحيحة الفضيل عن أبي عبدالله عليه السلام «قلت له: ما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فإذا افترقا، فلا خيار بعد الرضا

(١) الدروس ٣: ٢١٠ - ٢١١.

(٢) السرائر ٢: ٢٧٧.

لكن الإنصاف: أنه لم يعلم من حال أحد من معتبري الأصحاب الجزم بهذا التعميم، فضلاً عن اتّفاقهم عليه. فإنّ ظاهر قولهم: «التلف في زمان الخيار» هو الخيار الزماني، وهو الخيار الذي ذهب جماعة إلى توقّف الملك على انقضائه، لا مطلق الخيار ليشمل خيار الغبن والرؤية والعيب ونحوها، ألا ترى أنّهم اتّفقوا على أنّه إذا مات المعيب لم يكن مضموناً على البائع ولو كان الموت بعد العلم بالعيب؟ ألا ترى أنّ المحقّق الثاني ذكر: أنّ الاقتصاص من العبد الجاني إذا كان في خيار المشتري كان من ضمان البائع؟ وأمّا ما نقلنا عنه سابقاً في شرح قوله: «ولو تعيبت قبل علمه» فهو مجرد احتمال، حيث اعترف بأنّه لم يظفر فيه على شيء، مع أنّه ذكر - في شرح قول المصنف في باب العيوب: «وكلّ عيب يحدث في الحيوان بعد القبض وقبل انقضاء الخيار، فإنّه لا يمنع الردّ في الثلاثة» -: نفى ذلك الاحتمال

منهما»^(١).

أقول: عمدة من استظهر من كلامه عموم القاعدة الشهيد رحمته الله في الدروس^(٢) واللمعة^(٣)، حيث قال رحمته الله في أحكام القبض: «وبالقبض ينتقل الضمان إلى القابض إذا لم يكن له خيار». فإنّ مقتضى التقييد بما إذا لم يكن للقابض خيار أنّه مع الخيار له لا ينتقل الضمان.

ولكن لا يخفى أنّه لو أخذ بهذا الظهور يكون مقتضاه عدم ضمان القابض مع الخيار له - سواء كان لصاحبه أيضاً خيار أم لا - فيعم موارد خيار المجلس وما إذا باع المعيب مع جهل المشتري بالعيب بأقل من القيمة السوقية، بحيث يكون للبائع خيار

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

(٢) الدروس ٣: ٢١٠ - ٢١١.

(٣) اللمعة الدمشقية: ١٣٢.

على وجه الجزم، حيث قال: الخيار الواقع في العبارة يراد به خيار الحيوان، وكذا كل خيار يختصّ بالمشتري كخيار الشرط له. وهل خيار الغبن والرؤية كذلك؟ يبعد القول به خصوصاً على القول بالفورية، لا خيار العيب، لأنّ العيب الحادث يمنع من الردّ بالعيب القديم قطعاً، انتهى. ومن ذلك يعلم حال ما نقلناه عنه في خيار الغبن. فلم يبق في المقام ما يجوز الركون إليه إلّا ما أشرنا إليه: من أنّ مناط خروج المبيع عن ضمان البائع - على ما يستفاد من قوله عليه السلام: «حتّى ينقضي شرطه ويصير المبيع للمشتري» - هو انقضاء خيار المشتري الذي يطلق عليه الشرط في الأخبار وصيرورة المبيع مختصّاً بالمشتري لازماً عليه بحيث لا يقدر على سلبه عن نفسه،

الغبن وللمشتري خيار العيب.

وكذا استظهر العموم من كلام المحقّق^(١) الثاني في توجيه القيد من كلام العلامة، حيث ذكر العلامة أنه: «لو ماتت الشاة المصّرة أو الأمة المدلّسة فلا شيء للمشتري»، يعني لا يستحق المشتري مطالبة البائع بشيء، لا بأخذ الثمن ولا الأرش، فيكون الحاصل أنه لا ضمان على البائع في موت الشاة المصّرة ولا في موت الأمة المدلّسة. اما عدم استحقاق الأرش لأنّ الأرش يختص بموارد خيار العيب، ولا يجري في موارد خيار التدليس حيث إنّ التدليس إيهام وصف كمال في المبيع مع عدم وجوده فيه.

واما عدم استحقاق الثمن فلا بد من أن يفرض الموت في غير زمان خيار الحيوان أو الشرط للمشتري، حيث إنّ كلام العلامة ناظر إلى عدم ضمان البائع بالتدليس، لانفي ضمانه بخيار آخر.

وقال العلامة عقيب ذلك: «وكذا لو تعيّن عنده قبل علمه بالتدليس» أي لا يكون

فيدل على: أن كل من له شرط وليس المعوض الذي وصل إليه لازماً عليه فهو غير ضامن له حتى ينقضي شرطه ويصير مختصاً به لازماً عليه. وفي الاعتماد على هذا الاستظهار تأمل في مقابلة القواعد، مع أنه يمكن منع دلالة هذا المناط المستنبط عليه، لأن ظاهر الصحيحة الاختصاص بما كان التزلزل وعدم كون المبيع لازماً على المشتري ثابتاً من أول الأمر، كما يظهر من لفظة «حتى» الظاهرة في الابتداء، وهذا

شيء للمشتري فيما إذا تعيب الأمة المدلّسة عنده قبل علمه بالتدليس.

وأورد المحقق الثاني^(١): بأنه لا وجه لتقييد عدم ضمان البائع بما إذا كان تعيب الأمة قبل علم المشتري بكونها مدلّسة، بل لو تعيب بعد علمه بالتدليس فلا يضمن البائع أيضاً، إلا أن يقال مع علمه بالتدليس: يثبت له خيار التدليس، فيكون التعيب زمان خياره، فلا يكون مضموناً عليه، بل يكون مضموناً على بايعه.

ولكن لم أظفر في كلام المصنف رحمته وغيره أن يكون على البائع ضمان تلف المبيع في زمان خيار التدليس للمشتري.

ولكن لا يخفى أنه ينبغي استظهار عموم قاعدة «أن التلف أو التعيب في زمان الخيار ممن لا خيار له» من التقييد في كلام العلامة لا من توجيه المحقق الثاني، فان توجيهه لا يزيد إلا كون العموم قولاً للعلامة.

مع أنه لا وجه لتقييد العلامة رحمته عدم ضمان البائع تعيب الأمة المدلّسة بما إذا كان قبل علم المشتري بالتدليس، وإطلاق عدم ضمان البائع موت الشاة المصّرة والأمة المدلّسة.

وكيف ما كان فما ذكره في مفتاح الكرامة^(٢): من أن قولهم «التلف في زمان الخيار

(١) جامع المقاصد ٤: ٣٥٤.

(٢) مفتاح الكرامة ٤: ٥٩٩ - ٦٠٠.

المعنى مختص بخيار المجلس والحيوان والشرط ولو كان منفصلاً، بناءً على أن البيع متزلزل ولو قبل حضور زمان الشرط، ولذا ذكرنا جريان الخلاف في المسألتين السابقتين فيه. وأما الغبن والعيب والرؤية وتخلف الشرط وتفليس المشتري وتبعّض الصفقة، فهي توجب التزلزل عند ظهورها بعد لزوم العقد.

ممن لا خيار له» قاعدة لا خلاف فيها. لا يمكن المساعدة عليه، فإن الناظر في كلماتهم يرى عدم التسالم عليها، بل ادعى الإجماع على أن حدوث العيب الجديد في يد المشتري يمنع عن الفسخ بالعيب القديم ويبقى المطالبة بالأرث من غير فرق بين حدوث العيب الجديد بعد العلم بالقديم أو قبله.

بل على تقدير التسالم أيضاً فلا يمكن الاعتماد عليه، لأنه لم يظهر من كلماتهم في مدرك القاعدة غير الأخبار المشار إليها، واستفادة القاعدة الكلية منها مشكل جداً، فان قوله عليه السلام «حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري»^(١) غاية لضمان البائع موت العبد أو الدابة أو حدوث العيب والنقض في أحدهما، وهذا لا يعم غير خيار الحيوان للمشتري، والتعدي إلى سائر الخيارات حتى خيار المجلس بلا وجه، فإن خيار المجلس وان أطلق عليه الشرط إلا أنه ليس ثلاثة أيام كما لا يخفى.

وأما ما في ذيل صحيحة عبدالله بن سنان من قوله عليه السلام «وان كان بينهما شرط أياماً معدودة فهلك في يد المشتري قبل أن يمضي الشرط فهو من مال البائع»^(٢)، فغايتها انه يعم شرط الخيار متصلاً أو منفصلاً للمشتري.

والضمير في «بينهما» يرجع إلى مطلق البائع والمشتري، لا بائع العبد أو الدابة ومشتريهما.

(١) وسائل الشريعة ١٨: ١٤-١٥، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

(٢) وسائل الشريعة ١٨: ٢٠، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

والحاصل: أن ظاهر الرواية استمرار الضمان الثابت قبل القبض إلى أن يصير المبيع لازماً على المشتري، وهذا مختص بالبيع المتزلزل من أول الأمر، فلا يشمل التزلزل المسبوق باللزوم، بأن يكون المبيع في ضمان المشتري بعد القبض ثم يرجع بعد عروض التزلزل إلى ضمان البائع، فاتضح بذلك أن الصحيحة مختصة بالخيارات الثلاثة، على تأمل في خيار المجلس. ثم إن مورد هذه القاعدة إنما هو ما بعد القبض، وأما قبل القبض فلا إشكال ولا خلاف في كونه من البائع من غير التفات إلى الخيار، فلا تشمل هذه القاعدة خيار التأخير.

وأما عموم الحكم للثمن والضمن [١] بأن يكون تلف الثمن في مدة خيار البائع المختص به من مال المشتري فهو غير بعيد، نظراً إلى المناط الذي استفدناه، ويشمله ظاهر عبارة الدروس المتقدمة، مضافاً إلى استصحاب ضمان المشتري له الثابت قبل القبض.

لا يقال: هذا الذيل يعم ما إذا كان الخيار المشروط لكل من البائع والمشتري لو لم نقل بشموله لما إذا اختص الخيار للبائع، فلا يمكن حمله على ما اختص المشتري بالخيار.

فانه يقال: ظاهر الذيل وحدة الخيار المشروط، وإلا لكان الأنسب التعبير بأن كان لهما شرط فيكون الخيار المشروط للمشتري بقرينة أن الموجب لانتفاء ضمان البائع انقضاء الشرط للمشتري، كما هو ظاهر موثقة عبدالرحمن^(١) عن رجل... الخ.

[١] ذكره ما حاصله: أنه كما أن ضمان تلف المبيع بيد المشتري زمان خياره على البائع كذلك ضمان تلف الثمن بيد البائع زمان خياره على المشتري.

(١) وسائل الشريعة ١٨: ١٤، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ١.

وتوهم: عدم جريانه مع اقتضاء القاعدة كون الضمان من مال المالك خرج منه ما قبل القبض، مدفوع: بأن الضمان الثابت قبل القبض وبعده في مدة الخيار ليس مخالفاً لتلك القاعدة، لأن المراد به انفساخ العقد ودخول العوض في ملك صاحبه الأصلي وتلفه من ماله. نعم، هو مخالف لأصالة عدم الانفساخ، وحيث ثبت المخالفة قبل القبض، فالأصل بقاءها بعد القبض في مدة الخيار. نعم، يبقى هنا: أن هذا مقتضى لكون تلف الثمن في مدة خيار البيع الخياري من المشتري، فينفسخ البيع ويرد المبيع إلى البائع. والتزام عدم الجريان من حيث إن الخيار في ذلك البيع إنما يحدث بعد رد الثمن أو مثله فتلف الثمن في مدة الخيار إنما يتحقق بعد رده قبل الفسخ لاقبله، مدفوع بما أشرنا سابقاً: من منع ذلك، مع أن المناط في ضمان غير ذي الخيار لما انتقل عنه إلى ذي الخيار تنزلزل البيع المتحقق ولو بالخيار

والوجه في ذلك ما يستفاد ممّا ورد في خيار الحيوان أن ضمان التلف قبل القبض لا يرتفع بالقبض عن الضامن فيما كان المقبوض ملكاً غير لازم لقابضه بحيث يمكن له سلبه عن نفسه، وهذا الملاك يجري في ناحية الثمن كما كان في ناحية المثلث.

ولو اغمض عن ذلك وفرضنا الشك في بقاء ضمان الثمن على المشتري إلى ما بعد القبض فيجري الاستصحاب في ناحية بقاء ضمانه الذي كان ثابتاً قبل القبض.

لا يقال: الثمن في الفرض ملك البائع وقد تلف في يده وضمان شخص آخر ذلك الثمن خلاف قاعدة الخراج بالضمان، فإن خراج الثمن المزبور للبائع فيكون ضمانه أيضاً عليه، فلا تصل النوبة إلى التمسك بالاستصحاب.

فإنه يقال: هذا الضمان لا يخالف تلك القاعدة، فإن معنى هذا الضمان رجوع الثمن عند تلفه إلى ملك المشتري فيتلف ملكاً له.

وكما أن الثمن زمان تلفه في ضمان المشتري كذلك خراج له وعينه أيضاً ملكه

المنفصل، كما أشرنا سابقاً. فالأولى الالتزام بجريان هذه القاعدة إذا كان الثمن شخصياً بحيث يكون تلفه قبل قبضه موجباً لانفساخ البيع، فيكون كذلك بعد القبض مع خيار البائع ولو منفصلاً عن العقد. وأما إذا كان الثمن كلياً، فحاله حال المبيع إذا كان كلياً، كما إذا اشترى طعاماً كلياً بشرط الخيار له إلى مدة قبض فرداً

كما هو الحال في تلف المبيع زمان خيار المشتري.

نعم استصحاب بقاء ضمان الثمن على المشتري إلى ما بعد قبض البائع مخالف لاستصحاب بقاء العقد، وعدم انحلاله بتلف الثمن بيد بائعه الذي يكون له خيار الشرط أو خيار المجلس بل خيار الحيوان، إلا أن استصحاب بقاء الضمان الثابت قبل القبض إلى ما بعده حاكم على استصحاب عدم انفساخ العقد، كحكومة استصحاب ضمان اليد على اصاله عدم اشتغال من تلف المال بيده بالمثل أو القيمة.

أقول: استصحاب بقاء الضمان قبل القبض من الاستصحاب في الشبهة الحكمية فلا اعتبار به، وعلى تقدير اعتباره فيها والقول بأن الضمان في نفسه أمر اعتباري لا يدخل استصحابه في الاستصحاب التعليقي، فلا ريب في أنه لا تصل النوبة إلى استصحاب الضمان، لأن استصحاب عدم الانفساخ ينفيه، لما تقدم من أن معنى الضمان - هو أن تلف الثمن بيد المشتري - كان مع الانفساخ فكذلك بعد قبض البائع، فيكون التشبث باستصحاب عدم الانفساخ من الأخذ بالاستصحاب المسيبي مع الأصل السببي، بل لعدم وصول النوبة إلى استصحاب بقاء ضمان الثمن على المشتري لعدم المورد للاستصحاب في المقام أصلاً، لأن المرجع عند الشك في تلف الثمن في يد البائع الذي له الخيار إطلاق حل البيع وإمضائه نظير قوله سبحانه ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(١) فإن مفاد الإطلاق إمضاء البيع إلى الأبد. وما دل على الخيار وضمن التلف

(١) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

منه فتلف في يده، فإنَّ الظاهر عدم ضمانه على البائع، لأنَّ مقتضى ضمان المبيع في مدّة الخيار على من لا خيار له - على ما فهمه غير واحد - بقاءه على ما كان عليه قبل القبض، ودخول الفرد في ملك المشتري لا يستلزم انفساخ العقد، بل معنى الضمان بالنسبة إلى الفرد صيرورة الكلّي كغير المقبوض، وهذا ممّا لا تدلّ عليه الأخبار المتقدّمة، فتأمّل.

قبل القبض وضمان البائع تلف المبيع يستفاد منها أنَّ الإمضاء إلى أن يقع الفسخ من ذي الخيار أو إلى أن يقع التلف قبل القبض أو إلى أن يتلف المبيع بيد المشتري الذي كان له الخيار، ويبقى باقي الصور تحت الإطلاق.

لا يقال: هذا التمسك مبنيّ على جواز التمسك بالعام فيما ورد عليه مخصص في زمان وشك بعد ذلك الزمان في حكم الفرد الخارج.

فانه يقال: ليس ما نحن فيه من صغريات تلك الكبرى وإن كان الصحيح في ذلك البحث أيضاً جواز التمسك بالعام حتّى ما لو كان حكم أفراد العام استمراريّاً. والوجه في عدم دخول المقام في تلك الكبرى أن البيع المفروض في المقام لم يكن خارجاً عن خطاب الإمضاء سابقاً، لعدم وقوع تلف الثمن قبل القبض كما لا يخفى.

ويبقى في البين دعوى أنه يستفاد من صحيحة عبدالله بن سنان^(١) المناط في الضمان المعاملي، ولكن قد تقدّم أنّه لا يستفاد منها إلّا ضمان البائع تلف المبيع بيد المشتري فيما كان له خيار الحيوان أو الشرط.

ثم بناءً على أنّ تلف الثمن في زمان خيار البائع على المشتري أنّه لو تلف الثمن بيد البائع في بيع الخيار فعلى المشتري أن يردّ المبيع إلى بائعه، وهذا فيما كان الثمن شخصياً.

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٢٠، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

ثم إنَّ ظاهر كلام الأصحاب وصريح جماعة منهم [١] - كالمحقق والشهيد الثانيين - : أنَّ المراد بضمان من لا خيار له لما انتقل إلى غيره، هو بقاء الضمان الثابت قبل قبضه وانفساخ العقد أنا ما قبل التلف، وهو الظاهر أيضاً من قول الشهيد رحمته الله في الدروس: «وبالقبض ينتقل الضمان إلى القابض ما لم يكن له خيار» حيث إنَّ مفهومه أنَّه مع خيار القابض لا ينتقل الضمان إليه، بل يبقى على ضمان ناقله الثابت قبل القبض. وقد عرفت أنَّ معنى الضمان قبل القبض هو تقدير انفساخ

وأما إذا كان كلياً وتلف الفرد المقبوض بيد البائع فلا يكون هذا التلف موجباً لانحلال البيع، لأنَّ تلف المقبوض من ملك المشتري لا يلازم الانفساخ في البيع، بل يكفي فيه انحلال القبض، فيستحق البائع المطالبة بفرد آخر. ويجري ذلك فيما إذا كان المبيع كلياً وقبض المشتري فرداً منه، وتلف ذلك الفرد في زمان خياره.

والحاصل: أنَّ الالتزام بالانحلال في القبض في العقد لتصحيح وقوع التلف على غير ذي الخيار، وهذا يحصل بالانحلال في القبض. ولو شك في انحلال البيع في هذه الصورة فالمرجع إطلاق دليل الإمضاء، ولا أقلَّ من استصحاب بقاء البيع.

[١] المراد من كون ضمان تلف المبيع في زمان خيار المشتري من بائعه على ما تقدّم انحلال البيع عند تلفه ليقع التلف في ملك البائع، فيرجع الثمن إلى ملك المشتري، ولو كان للمبيع نماء إلى زمان تلفه فالنماء للمشتري كما أنَّ نماء الثمن إلى ذلك الزمان للبائع.

وليس المراد من ضمان البائع ضمان التلف في اليد بأن يصحَّ البيع حتّى بعد تلف المبيع، بحيث يكون للمشتري فسخه بالخيار، فيرجع إلى البائع بالثمن، أو يبقى البيع

العقد وتلفه في ملك ناقله، بل هو ظاهر القاعدة، وهي: أن التلف في مدة الخيار ممن لا خيار له، فإن معنى تلفه منه تلفه مملوكاً له، مع أن هذا ظاهر الأخبار المتقدمة الدالة على ضمان البائع للمبيع في مدة خيار المشتري بضميمة قاعدة «عدم ضمان الشخص لما يتلف في يد مالكه» وقاعدة «التلازم بين الضمان والخراج»، فإننا إذا قدرنا المبيع في ملك البائع أنا ما لم يلزم مخالفة شيء من القاعدتين. والحاصل: أن إرادة ما ذكرنا من الضمان مما لا ينبغي الريب فيها.

بحاله، فيرجع إلى البائع ببذل المبيع مثلاً أو قيمة. والوجه في كون ضمان البائع على النحو الأول مضافاً إلى كونه ظاهر كلمات الأصحاب من أن التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له أنه لم يعهد أن يتلف مال مالك في يده، ويكون خسارته على غيره. وبتعبير آخر: الملازمة بين كون شيء ملكاً لشخص وذهابه عن كيسه عند تلفه في يده، ومقتضى قاعدة الخراج بالضمان وأن كون شخص مالكاً لعين يلزم ضمانه يقتضيان أن يكون المبيع عند تلفه في يد المشتري غير مملوكة له، بل تكون مملوكة لبائعها، ولا يكون هذا إلا بانحلال البيع عند تلفها.

أقول: لا ينبغي التأمل في أن معنى الضمان قبل القبض هو الضمان المعاملي أي انحلال البيع بتلف قبل قبضه، فإن ظاهر معتبرة عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام وقوع تلفه في ملك بايعه، قال: «في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجبه، غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه قال: آتيك غداً إن شاء الله تعالى فسرقت المتاع، من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع»^(١).

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٢٣ - ٢٤، الباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث ١.

ومع ذلك كله فظاهر عبارة الدروس في الفرع السادس من فروع خيار الشرط يومهم بل يدل على عدم الانفساخ، قال عليه السلام: لو تلف المبيع قبل قبضه بطل البيع والخيار، وبعده لا يبطل الخيار وإن كان التلف من البائع، كما إذا اختص الخيار بالمشتري، فلو فسخ البائع رجع بالبطل في صورة عدم ضمانه، ولو فسخ المشتري رجع بالثمن وغرم البطل في صورة ضمانه، ولو أوجب المشتري في صورة التلف قبل القبض لم يؤثر في تضمين البائع القيمة أو المثل. وفي انسحابه فيما لو تلف بيده في خياره نظر، انتهى.

وكذا الضمان في زمان الخيار كما هو ظاهر مرسله حسن بن علي بن رباط عن رواه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إن حدث بالحيوان قبل ثلاثة أيام فهو من مال البائع»^(١). بل ظاهر صحيحة عبد الله بن سنان^(٢) وغيرها أيضاً.

فإن المتفاهم منها أن الضمان المنفي عن المشتري هو الذي يثبت عليه بعد انقضاء الخيار، ومن الظاهر أن الضمان الثابت على المشتري بعد انقضاء خيار الحيوان هو الضمان المعاوضي.

ففي موثقة عبد الرحمن عن أبي عبد الله: «ليس على الذي اشترى حتى يمضي شرطه»^(٣).

وفي رواية عبد الله بن الحسن بن زيد عن أبيه عن جعفر بن محمد عليه السلام قال: قال رسول الله ﷺ: «يستحلف بالله ما رضيه ثم هو بريء من الضمان»^(٤).

(١) وسائل الشيعة ١٨: ١٥، الباب ٥ من أبواب الخمار، الحديث ٥.

(٢) المصدر: ١٤، الحديث ٢.

(٣) وسائل الشيعة ١٨: ١٤، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٤) المصدر: ١٥، الحديث ٤.

والعبارة محتاجة إلى التأمل [١] من وجوه. وقد يظهر ذلك من إطلاق عبارة التذكرة، قال: «لو تلف المبيع بأفة سماوية في زمن الخيار، فإن كان قبل القبض انفسخ البيع قطعاً، وإن كان بعده لم يبطل خيار المشتري ولا البائع ويجب القيمة على ما تقدّم» ثم حكى عن الشافعية وجهين في الانفساخ بعد القبض وعدمه، بناءً

وهذا هو العمدة، وإلا فمقتضى إطلاق الإمضاء حتى بعد تلف المبيع زمان خيار المشتري تعين ضمان التلف مع عدم فسخ ذي الخيار.

ولو فرض تعارض هذا الإطلاق مع قاعدة التلازم بين الضمان والملك فيرجع إلى استصحاب بقاء البيع والخيار، وتكون النتيجة ضمان التلف كما لا يخفى.

[١] وجه التأمل: فإن الشهيد رحمته الله ذكر في أول كلامه ^(١): أن البائع إذا فسخ البيع في صورة تلف المبيع بيد المشتري يرجع إليه ببدل المبيع فيما إذا لم يكن ضمان. ومفهوم القيد أن البائع الفاسخ إذا كان عليه ضمان فليس له مطالبة البدل من المشتري.

ولكن لا يخفى أنه لا يتصور كون البائع ذا الخيار وأن يكون عليه ضمان تلف المبيع بيد المشتري هذا أولاً.

وثانياً ذكر في آخر كلامه ^(٢): أنه إذا كان للمشتري خيار وتلف المبيع بيد بائعه قبل قبضه يبطل البيع، ولا يفيد إيجاب المشتري أي إمضائه في تضمين البائع بالمثل أو القيمة.

ثم ذكر ^(٣): أنه إذا تلف المبيع بيد المشتري زمان خياره ففي انسحاب الحكم الثابت قبل القبض بأن لا يفيد إيجاب المشتري في تضمين البائع بالمثل أو القيمة إشكال، مع أنه ذكر في أول كلامه ^(٤): أنه إذا تلف المبيع بعد قبض المشتري لا يبطل البيع،

(١) الدروس ٣: ٢٧١.

(٢) و(٣) و(٤) الدروس ٣: ٢٧١.

على الملك بالعقد. ويمكن حمله على الخيار المشترك، كما أن قوله في القواعد: «لا يسقط الخيار بتلف العين» محمول على غير صورة ضمان البائع للمبيع، لما عرفت من تعيين الانفساخ فيها. وربما يحتمل أن معنى قولهم: «إن التلف ممن لا خيار له»: [١] أن عليه ذلك إذا فسخ صاحبه، لأنه يفسخ كما في التلف قبل القبض. وأما حيث يوجب المشتري فيحتمل أنه يتخير بين الرجوع على البائع بالمثل أو القيمة، وبين الرجوع بالثمن. ويحتمل تعيين الرجوع بالثمن. ويحتمل أن لا يرجع بشيء، فيكون معنى له الخيار: أن له الفسخ. ثم الظاهر أن حكم تلف البعض حكم تلف الكل. [٢] وكذا حكم تلف الوصف الراجع إلى وصف الصحة

ولا خيار المشتري.

[١] الاحتمالات في ضمان التلف في زمان الخيار خمسة:

الأول: ما اخترناه من انحلال البيع وإتلاف المبيع في ملك بايعه.

الثاني: ما عن ظاهر الدروس من كون المشتري مخيراً بين فسخ البيع والرجوع إلى ثمنه، وإبقاء البيع ومطالبة البائع بالبدل.

الثالث: كون المشتري مخيراً بين الفسخ واسترداد ثمنه، وبين إبقاء البيع وإيجابه، فيتخير في صورة الإبقاء بين المطالبة بالبدل وبين المطالبة بالثمن.

الرابع: فسخ البيع واسترداد الثمن وإبقاء البيع والمطالبة بالثمن.

الخامس: أنه إذا فسخ البيع يسترد الثمن، وإلا فلا شيء له.

وغير الأول من الاحتمالات ينافيها إطلاق ما دل على أن الحدث بعد انقضاء زمان خيار المشتري عليه، وقبله على البائع على ما تقدّم تقريره.

[٢] لو اشترى حيوانين بصفقة واحدة وتلف أحدهما زمان خيار المشتري

يتبعض البيع فيرجع المشتري إلى البائع بما يقع من الثمن بازاء الحيوان التالف،

بلاخلاف على الظاهر، لقوله ﷺ في الصحيحة السابقة: «أو يحدث فيه حدث» فإنَّ المراد بالحدث أعمّ من فوات الجزء والوصف. هذا كلّ إذا تلف بأفة سماوية، ومنه حكم الشارع عليه بالإتلاف. وأمّا إذا كان بإتلاف ذي الخيار سقط به خياره ولزم العقد من جهته. وإن كان بإتلاف غير ذي الخيار لم يبطل خيار صاحبه، فيتخيّر بين إمضاء العقد والرجوع بالقيمة والفسخ والرجوع بالثمن.

ويحصل له خيار التبعض أيضاً بالإضافة إلى الحيوان الآخر. وبتعبير آخر: يكون تلف أحدهما في زمان الخيار كتلفه بيد بائعه قبل القبض.

وكذا لو اشترى حيواناً وقبضه وحصل فيه عيب في زمان خياره يكون ذلك كحدوث العيب فيه بعد البيع بيد بائعه قبل القبض في كونه موجباً لفسخ المشتري بالعيب، والمطالبة بالأرث.

ولو لم يعلم المشتري بحدوث العيب بيده إلّا بعد انقضاء خيار الحيوان، أو الشرط كان له الفسخ بالعيب الحادث.

ودعوى تعيّن الأرث في هذه الصورة، لأنّ الشرط في جواز الفسخ بالعيب بقاء المبيع على ما كان عليه عند الشراء لا يمكن المساعدة عليها لأنّ المعتبر في جواز الفسخ بقاء المبيع بحاله مع قطع النظر عن العيب الموجب لجواز الفسخ.

ثم إنّ من التلف في زمان الخيار الموجب لانفساخ المعاملة ما إذا كان بأفة سماوية، ويدخل في هذه الآفة حكم الشارع بتلف المبيع، كحكمه على العبد المشتري بالانعتاق بصيرورته مقعداً أو أعمى.

وأما إذا كان التلف بفعل المشتري يكون ذلك موجباً للزوم البيع، وسقوط خيار الحيوان بل خيار الشرط أيضاً على وجه.

وأما إذا كان التلف بفعل البائع فلا يوجب إتلافه زمان خيار المشتري بطلان

وإن كان باتلاف أجنبيّ تخيّر أيضاً [١] بين الإمضاء والفسخ، وهل يرجع حينئذٍ بالقيمة إلى المتلف [٢] أو إلى صاحبه، أو يتخيّر؟ وجوه: من أن البدل القائم

البيع، كما هو الحال كذلك في إتلافه قبل قبض المشتري فيكون للمشتري فسخ المعاملة والرجوع بثمنه، وبين إبقاء البيع بحاله ومطالبة البائع ببدل المبيع مثلاً أو قيمة. [١] ذكره رحمه الله أنه لو كان تلف المبيع زمان خيار المشتري بفعل الأجنبي يكون الامر كذلك فيتخيّر بين فسخ البيع واسترداد ثمنه، وبين إبقاء البيع ومطالبة الأجنبي المتلف بالمثل أو القيمة.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإن إتلاف الأجنبيّ من تلف المبيع سواء كان ذلك قبل قبض المبيع أو زمان خيار الحيوان أو الشرط للمشتري، وقد ذكر -سلام الله عليه- في معتبرة عقبة بن خالد^(١)، سرقة المبيع في يد بائعه من تلفه قبل القبض.

وما في صحيحة عبدالله بن سنان^(٢) وغيره^(٣) من الحدث في الحيوان في ثلاثة أيام ويعم التلف بفعل الأجنبيّ.

نعم يكون المشتري مخيراً بين الفسخ واسترداد ثمنه وبين إبقاء البيع ومطالبة المتلف «بالكسر» بالبدل في سائر الخيارات التي لا يكون فيها ضمان المبيع على بايعه، كما في خيار الغبن أو المجلس ونحوهما، ويجري في المقام أيضاً بناءً على عدم ضمان البائع إتلاف الأجنبيّ كما هو الفرض.

[٢] إذا فسخ المشتري البيع واسترد ثمنه يقع الكلام في رجوع البائع فهل يرجع إلى المتلف «بالكسر» ببدل المبيع، أو يرجع إلى صاحب الخيار الفاسخ، أو يتخيّر في

(١) وسائل الشريعة ١٨: ٢٣- ٢٤، الباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٢) وسائل الشريعة ١٨: ١٤- ١٥، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

(٣) وسائل الشريعة ١٨: ١٤- ١٥، الباب ٥ من أبواب الخيار.

مقام العين في ذمة المتلف فيستردّه بالفسخ، ولأنّ الفسخ موجب لرجوع العين قبل تلفها في ملك الفاسخ، أو لاعتبارها عند الفسخ ملكاً تالفاً للفاسخ بناءً على الوجهين في اعتبار يوم التلف أو يوم الفسخ، وعلى التقديرين فهي في ضمان المتلف، كما لو كانت العين في يد الأجنبي. ومن أنّه إذا دخل الثمن في ملك من تلف المثلث في ملكه خرج عن ملكه بدل المثلث وصار في ذمته، لأنّ ضمان المتلف محلّه الذمة لا الأموال الخارجية، وما في ذمة المتلف إنما تشخّص مالا للمالك، وكونه

الرجوع إلى كل منهما وجوه، وقوله ﷺ: «وهل يرجع حينئذٍ بالقيمة» إشارة إلى هذا الخلاف.

وقد ذكر في وجه رجوع البائع إلى المتلف بالبدل أمران:

أحدهما: أنّ بدل العين التالفة بذمة المتلف فيملك البائع المفسوخ عليه ذلك البدل بالفسخ.

ثانيهما: أنّ تلف العين وإن حصل حال كونها ملكاً للفاسخ أي المشتري، إلا أنه بعد الفسخ يعتبر عود تلك العين إلى البائع قبل تلفها بناءً على أنّ المعتبر في الضمان اعتبار زمان التلف، أو تعتبر العين التالفة ملكاً للمفسوخ عليه عند الفسخ بناءً على أنّ الاعتبار في الضمان بيوم الفسخ.

وعلى كلا التقديرين يكون البدل بذمة المتلف «بالكسر» للبائع، كما لو كانت العين بيد الأجنبي باقية عند فسخ ذي الخيار فإنّه كما تكون تلك العين مع بقائها ملكاً للبائع كذلك بدلها مع تلفها بفعل الأجنبي.

أقول: «في ملك الفاسخ» في قوله «الرجوع العين قبل تلفها في ملك الفاسخ» متعلق بالتلف لا بالرجوع، و«للفاسخ» في قوله «ملكاً تالفاً للفاسخ» سهو، والصحيح «للمفسوخ عليه».

وذكر في وجه الرجوع إلى صاحب الخيار أي الفاسخ أنه إذا رجع الثمن إلى ملك

بدلاً عن العين إنما هو بالنسبة إلى التلف من حيث وجوب دفعه إلى المالك كالعين لو وجدت، لا أنه بدل خارجي يترتب عليه جميع أحكام العين حتى بالنسبة إلى غير المتلف، فهذا البديل نظير بدل العين لو باعها المشتري ففسخ البائع، فإنه لا يتعين للدفع إلى الفاسخ، وأما الفسخ فهو موجب لرجوع العين قبل تلفها

ذي الخيار المزبور تلف العين في ملكه يلزم خروج بدل المثمن عن ملك صاحب الخيار.

ومقتضى خروجه عن ملكه ثبوت البديل على ذمته، لأن ضمان المال التالف وخروجه إلى ملك الغير بمعنى ثبوت بدله على الذمة.

وهذا هو المراد من قوله «لأن ضمان المتلف «بالفتح» محله الذمة» لا ضمان الأمور الخارجية أي الأعيان الخارجية الغير التالفة، فإن ضمانها ليس بمعنى العهدة.

لا يقال: بدل العين التالفة كان ثابتاً على ذمة المتلف «بالكسر» قبل الفسخ، فيدخل بالفسخ ذلك البديل في ملك البائع.

وبتعبير آخر: ذلك البديل المملوك لصاحب الخيار يرجع إلى البائع في مقابل رجوع الثمن إلى ملك صاحب الخيار الفاسخ.

فإنه يقال: البديل على ذمة المتلف «بالكسر» قد تشخص قبل الفسخ ملكاً لصاحب الخيار المزبور كونه مالاً للعين عند تلفها، فيكون ذلك البديل نظير ما إذا باع المشتري المتاع في زمان خيار البائع من ثالث وأخذ الثمن من ذلك الثالث أو كان على عهدة الثالث، فلا يحق للبائع بعد فسخه المطالبة بذلك الثمن، بل يكون على المشتري الأول بدل ذلك المتاع مثلاً أو قيمة.

وبتعبير آخر: البديل على عهدة المتلف «بالكسر» يترتب عليه البدلية في التلف

مضمونة لمالكها على متلفها بالقيمة في ملك الفاسخ، فيكون تلفها بهذا الوصف مضموناً على المالك، لا المتلف. ومن كون يد المفسوخ عليه يد ضمان بالعوض قبل الفسخ وبالقيمة بعده، وإتلاف الأجنبي أيضاً سبب للضمان، فيتخير في الرجوع. وهذا أضعف الوجوه.

خاصة، لا البدلية عن العين التالفة في جميع جهاتها. ولو كانت العين باقية بيد الأجنبي كانت راجعة إلى ملك بائعها بفسخ ذي الخيار، فلا يكون مع تلفها البذل الثابت على عهدة المتلف «بالكسر» مثل العين من هذه الجهة أيضاً.

والحاصل: أنه لا يكون ما على عهدة المتلف بدلاً خارجياً عن العين ليرتب عليه ما كان مترتباً على العين مع بقائها، وعلى ذلك فإذا فسخ صاحب الخيار البيع يعتبر رجوع العين قبل أن تتلف حال كونها مضمونة لذي الخيار على متلفها إلى ملك المفسوخ عليه، فيكون العين التالفة بالنحو المزبور على عهدة ذي الخيار، فيثبت بدلها على ذمته، ولا يكون على عهدة المتلف «بالكسر» بالإضافة إلى بائعها بدل.

أقول: مما ذكر في توضيح العبارة يظهر أن الصحيح إبدال «ملك الفاسخ» في عبارته: «مضمونة لمالكها على متلفها بالقيمة في ملك الفاسخ» بـ«ملك المفسوخ عليه».

وذكر في وجه الثالث أن يد الفاسخ يد ضمان بالبدل بعد الفسخ، كما أن إتلاف الأجنبي أيضاً موجب للضمان، فيجوز للبائع الرجوع إلى كل منهما بنحو التخيير.

أقول: قد ظهر أيضاً أن الصحيح إبدال «يد المفسوخ عليه» بـ«يد الفاسخ».

ثم قال: وأضعف الوجوه أخيرها، ولكن لا يخفى أنه أتمها، وذلك فإن يد المشتري في زمان خياره في مفروض الكلام يد ضمان، غاية الأمر أن الضمان على

مسألة: ومن أحكام الخيار ما ذكره في التذكرة فقال: لا يجب على البائع [١] تسليم المبيع ولا على المشتري تسليم الثمن في زمان الخيار، ولو تبرّع أحدهما بالتسليم لم يبطل خياره ولا يجبر الآخر على تسليم ما عنده، وله استرداد المدفوع قضية للخيار. وقال بعض الشافعية: ليس له استرداده وله أخذ ما عند صاحبه دون رضاه كما لو كان التسليم بعد لزوم البيع، انتهى. ويظهر منه أنّ الخلاف بين المسلمين إنّما هو بعد اختيار أحدهما التسليم، وأمّا التسليم ابتداءً فلا يجب من ذي الخيار إجماعاً. ثمّ إنّ إن أريد عدم وجوب التسليم على ذي الخيار من جهة أنّ له

تقدير بقاء البيع معاوضي، وعلى تقدير فسخه ضمان يد.

وإتلاف الأجنبي موجب لكونه مديوناً بالبدل لمن يعتبر العين التالفة عند إتلافها ملكاً له، وكان يعتبر قبل الفسخ أنها عند إتلافها ملكاً للمشتري، وبعد الفسخ يعتبر أنها عند إتلافها ملكاً للبائع مع كون اليد المشتري عليه يد ضمان، فيجوز للبائع الرجوع إلى كل منهما كما هو الحال في تعاقب الأيدي، غاية الأمر استقرار الضمان على المتلف. ويشهد لذلك أنّه لا يستحق المشتري مطالبة المتلف بالبدل فيما إذا فسخ البيع واسترد الثمن وأبرأ البائع ذمة المتلف، أو ذمة المشتري عن البدل فلا حظ وتدبر.

[١] ذكر العلامة في التذكرة^(١): أنّه لا يجب على المتبايعين تسليم مال صاحبه، ولو تبرّع أحدهما بالتسليم لا يجب على الآخر التسليم، ويجوز للمتبرّع استرداد ما سلمه إلى الآخر سواء كان الخيار له أو للآخر. ونقل عن بعض الشافعية: أنّه لا يجوز للمتبرّع الاسترداد، بل على الآخر التسليم، وإن امتنع يجوز للمتبرّع أخذ ما انتقل إليه ولو مع عدم رضاه، كما إذا لم يكن البيع خيارياً.

الفسخ فلا يتعيّن عليه التسليم، فمرجهه إلى وجوب أحد الأمرين عليه. والظاهر أنّه غير مراد. وإن أُريد عدم تسلّط المالك على ما انتقل إليه إذا كان للناقل خيار، فلذا يجوز منعه عن ماله، ففيه نظر، من جهة عدم الدليل المخصّص لعموم سلطنة الناس على أموالهم. وبالجمله، فلم أجد لهذا الحكم وجهاً معتمداً، ولم أجد من عنونه وتعرّض لوجهه.

وذكر المصنف رحمه الله: أنّه يظهر من كلام العلامة أنّ الخلاف بين المسلمين إنما هو في وجوب التسليم بعد اختيار أحدهما التسليم، وأمّا التسليم ابتداءً فلا يجوز على ذي الخيار بالاتفاق.

أقول: لا يخفى ما في الاستظهار من التهافت، فان حصر الخلاف في وجوب التسليم بما إذا اختار أحدهما التسليم معناه الاتفاق على عدم وجوب التسليم ابتداءً لا على ذي الخيار ولا على صاحبه، فيكون منافياً لتخصيص الإجماع على عدم وجوب التسليم ابتداءً بذي الخيار.

وكيف ما كان، فان قيل بعدم حصول النقل والانتقال زمان الخيار يكون الأمر كما ذكره في التذكرة. وأمّا على القول بحصولهما بالعقد فقد يقال: إن الخيار على تقدير كونه حقاً متعلقاً بما انتقل عنه لا يجب على ذي الخيار التسليم، كما لا يجب على صاحبه أيضاً، لأن امتناع كل منهما على تقدير امتناع الآخر شرط ارتكازي. نعم لو تبرّع ذو الخيار بالتسليم يجب على صاحبه أيضاً التسليم.

وفيه: أولاً: أنّ الخيار حقّ متعلّق بالعقد، فيكون لذي الخيار فسخه، ولا يتعلق الحق بما انتقل عنه.

وثانياً: على تقدير كون الحق متعلقاً بالعقد، فأيضاً لا يجوز الإمساك بما انتقل عنه، فإنّ متعلّق الحق استرداد تلك العين لا بالإمساك بها.

مسألة: قال في القواعد: «لا يبطل الخيار بتلف العين».[١] وهذا الكلام ليس على إطلاقه كما اعترف به في جامع المقاصد، فإن من جملة أفراد الخيار خيار التأخير، بل مطلق الخيار قبل القبض، أو الخيار المختص بعده، ومن المعلوم: أن

وبتعبير آخر: لا وجه لرفع اليد عن مقتضى عدم حل مال الغير بغير طيبة نفسه^(١) في موارد الخيارات، فإن الإمساك بمال الغير بغير رضا صاحبه داخل في العموم المزبور.

نعم إذا كان الإمساك لامتناع صاحبه عن التسليم جاز لما أشرنا إليه من أن حق كل منهما بالإمساك بمال الآخر ما دام صاحبه ممسكاً بماله شرط ارتكازي في جميع البيوع الحالية.

وذكر النائيني رحمته^(٢): أنه لا يجب على ذي الخيار التسليم وإن اختار صاحبه التسليم، بخلاف ما إذا تبرع ذو الخيار بالتسليم فإنه يجب التسليم على الآخر. وعلل ذلك بعدم وجوب الوفاء بالعقد على ذي الخيار، ومقتضى جواز نقضه عدم التزامه بتسليم ما بيده ما دام الخيار فيكون سلطنة صاحبه بذلك المال مضيقاً. وفيه: أن جواز نقض العقد بالفسخ لا يرتبط بالتسليم، وعدم الالتزام بالتسليم لو فسخ البيع قبله لا ينافي لزوم التسليم مادام لم يفسخ.

[١] ينبغي أن يراد أن الموارد التي لا ينحل البيع فيها بتلف العين لا يبطل الخيار أيضاً بتلفها، وأما مع انحلال البيع كما في تلف المبيع قبل القبض أو تلفه زمان خيار

(١) كما جاء في الحديث الشريف: «لا يحل مال امرئ مسلم لأخيه إلا عن طيب نفسه». وسائل الشيعة ٥:

١٢٠، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي، الحديث ١ و ٣، وعوالي اللآلي ٢: ١١٣، الحديث ٣٠٩، وتحف

العقول: ٣٤.

(٢) منية الطالب في شرح المكاسب ٣: ٣٤٧.

تلف العين حينئذٍ موجب لانفساخ العقد، فلا يبقى خيار، فيكون المراد: التلف مع بقاء العقد على حاله لا يوجب سقوط الخيار. وبعبارة أخرى: تلف العين في ملك من في يده لا يسقط به خياره ولا خيار صاحبه. وهو كذلك، لأن الخيار - كما عرفت - عبارة عن ملك فسخ العقد، ومعلوم: أن العقد بعد التلف قابل للفسخ، ولذا تشرع الإقالة حينئذٍ اتفاقاً، فلا مزيل لهذا الملك بعد التلف ولا مقيد له بصورة البقاء. اللهم إلا أن يعلم من الخارج أن شرع الخيار لدفع ضرر الصبر على نفس العين، فينتفي هذا الضرر بتلف العين، كما في العيب، فإن تخيره بين الرد والأرش لأن الصبر على العيب ضرر ولو مع أخذ الأرش، فتداركه الشارع بملك الفسخ والرد، فإذا تلف انتفى حكمة الخيار. أو يقال: إنه إذا كان دليل الخيار معنوياً بجواز الرد لا بالخيار اختص ثبوت الخيار بصورة تحقق الرد المتوقف على بقاء العين. هذا، مع قيام الدليل على سقوط الخيار بتلف المعيب والمدلس فيه، فلا يرد عدم

الحيوان والشرط للمشتري فبانحلال البيع بتلف المبيع لا يبقى مورد للخيار. وما ذكر صحيح لأن الخيار حق يتعلق بالعقد، وإذا فسخه ذو الخيار يرجع صاحبه إليه بالبدل مثلاً أو قيمة كما يرجع هو إلى صاحبه بالبدل لو كان ما انتقل عنه هو التالف. هذا في غير مورد قيام النص بأنه لا ينفذ الفسخ مع عدم بقاء العين كما في خيار العيب، حيث دل النص على أن عدم بقاء المعيب بيد مشتريه بحاله يتعين أخذ الأرش. وقد ذكر المصنف رحمته أنه يشكل الفسخ بعد تلف العين في موارد:

الأول: ما إذا كان الخيار لضرر الصبر على العين، كما في خيار العيب والتدليس.

الثاني: ما إذا كان مقتضى الدليل جواز رد العين كما ذكر ذلك في مسألة ظهور كذب البائع بعد تلف المبيع في بيعه مرابحة.

الثالث: ما إذا كان الغرض من شرط الخيار تمكن ذي الخيار من استرداد نفس

أطراد تلك الحكمة. نعم، هنا موارد تأملوا في ثبوت الخيار مع التلف، أو يظهر منهم العدم: كما تردّد العلامة رحمته في باب المراجعة فيما لو ظهر كذب البائع مرابحة في إخباره برأس المال بعد تلف المتاع، بل عن المبسوط وبعض آخر الجزم بالعدم، نظراً إلى أنّ الردّ إنّما يتحقّق مع بقاء العين. وفيه إشارة إلى ما ذكرنا: من أنّ الثابت هو جواز الردّ، فيختصّ الفسخ بصورة تحقّقه. لكن قوَى في المسالك وجامع المقاصد ثبوت الخيار، لوجود المقتضي وعدم المانع. وكما تردّد المحقّق الثاني في سقوط خيار الغبن بتلف المغبون فيه. وظاهر تعليل العلامة في التذكرة عدم الخيار مع نقل المغبون العين عن ملكه بعدم إمكان الاستدراك حينئذٍ هو عدم الخيار مع التلف، والأقوى بقاءه، لأنّ العمدة فيه نفي الضرر الذي لا يفرق فيه بين بقاء العين وعدمه، مضافاً إلى إطلاق قوله رحمته: «وهم بالخيار إذا دخلوا السوق» مع أنّه لو استند إلى الإجماع أمكن التمسك بالاستصحاب، إلّا أن يدعى انعقاده على التسلّط على الردّ، فيختصّ بصورة البقاء. وألحق في جامع المقاصد بخيار الغبن في التردّد خيار الرؤية. ومن مواضع التردّد ما إذا جعل المتعاقدان الخيار على

العين كما في بيع الشرط، فإنه يمكن القول بأنّه لا يجوز لبائع العين الفسخ بعد تلفها بيد المشتري، وكذا في كلّ مورد كان تصريح المتبايعين أو ظاهرهما عدم الغرض من شرط الخيار إلّا ردّ العين واستردادها.

أقول: إذا كان المشروط في البيع هو الخيار ولكن مع بقاء العين لا مطلقاً فالمتبع شرطهما، ولا ينبغي الريب في عدم الخيار مع تلفها.

وأما إذا كان المشروط هو الخيار فقط أو كان الخيار بلا قيد مدلول النص كما في خيار المجلس ونحوه فلا وجه لسقوط الخيار بتلف العين.

ومجرد كون الحكمة في جعل الخيار التمكن من استرداد العين، أو تدارك

وجه إرادتهما التسلّط على مجرد الردّ المتوقّف على بقاء العين، فإنّ الفسخ وإن لم يتوقّف على بقاء العين، إلّا أنّه إذا فرض الغرض من الخيار الردّ أو الاسترداد، فلا يبعد اختصاصه بصورة البقاء. والتمكّن من الردّ والاسترداد وإن كان حكمة في خيارى المجلس والحيوان، إلّا أنّ الحكم أعمّ مورداً من الحكمة إذا كان الدليل يقتضي العموم، بخلاف ما إذا كان إطلاق جعل المتعاقدين مقيداً - على وجه التصريح به في الكلام أو استظهاره منه - لعدم تعلّق الغرض إلّا بالردّ أو الاسترداد. ومن هنا يمكن القول بعدم بقاء الخيار المشروط بردّ 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 ولو عند التلف. لكن لم أجد من التزم بذلك أو تعرّض له. ومن هنا يمكن أن يقال في هذا المقام - وإن كان مخالفاً للمشهور - بعدم ثبوت الخيار عند التلف إلّا في موضع دلّ عليه الدليل، إذ لم تدل أدلّة الخيار من الأخبار والإجماع إلّا على التسلّط على الردّ أو الاسترداد، وليس فيها التعرّض للفسخ المتحقّق مع التلف أيضاً. وإرادة ملك الفسخ من الخيار غير متعيّنة في كلمات الشارع، لما عرفت في أوّل باب الخيارات: من أنّه استعمال غالب في كلمات بعض المتأخّرين. نعم، لو دلّ الدليل الشرعى على ثبوت خيار الفسخ المطلق الشامل لصورة التلف، أو جعل المتبايعان بينهما خيار الفسخ بهذا المعنى، ثبت مع التلف أيضاً. والله العالم.

الضرر، أو كون الداعي إلى شرطه استردادها لا يوجب اختصاص الخيار بصورة بقائها. ومما ذكر يظهر الحال في بيع الخيار، وأنه لا يتفاوت في جواز الفسخ بين بقاء العين

مسألة: لو فسخ ذو الخيار فالعين في يده مضمونة [١] بلا خلاف على الظاهر، لأنها كانت مضمونة قبل الفسخ، إذ لم يسلّمها ناقلها إلا في مقابل العوض، والأصل بقاؤه، إذ لم يتجدّد ما يدل على رضا مالكة بكونه في يد الفاسخ أمانة، إذ الفسخ إنّما هو من قبله. والغرض من التمسك بضمانها قبل الفسخ بيان عدم ما يقتضي كونها أمانة مالكيّة أو شرعيّة، لتكون غير مضمونة برضا المالك أو بجعل الشارع، وإذن الشارع في الفسخ لا يستلزم رفع الضمان عن اليد كما في القبض بالسوم. ومرجع ذلك إلى عموم «على اليد ما أخذت» أو إلى أنها قبضت مضمونة، فإذا بطل ضمانه بالثمن المسمّى تعيّن ضمانه بالعوض الواقعي - أعني المثل أو القيمة - كما في البيع الفاسد. هذا، ولكن المسألة لا تخلو عن إشكال. وأمّا العين في يد المفسوخ عليه، ففي ضمانها أو كونها أمانة إشكال: مما في التذكرة: من أنه قبضها قبض ضمان فلا يزول إلا بالردّ إلى مالكةا. ومن أن الفسخ لما كان من قبل الآخر، فتركه العين في يد صاحبه مشعر بالرضا به المقتضي للاستئمان. وضعفه في جامع المقاصد: بأنّ مجرد هذا لا يسقط الأمر الثابت، والله العالم.

[١] لو فسخ البيع بالخيار أو بالإقالة فالعين التي يرجع إلى ملك صاحب ذي الخيار مضمونة بيد ذي الخيار بضمان اليد، فإنّ اليد على مال الغير مع عدم كون ذي اليد أميناً بجعل مالك المال أو بجعل الشارع يوجب الضمان، كما ذكرنا ذلك في مدرك ضمان اليد من استقرار سيرة العقلاء من المتسرعة وغيرهم، ويقتضيه عموم حديث «على اليد»^(١).

ومن الظاهر أنّ مجرد الفسخ لا يجعل المال أمانة بيده سواء كان يده على ذلك

(١) عوالي اللآلي ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢.

هذا بعض الكلام في الخيارات وأحكامها، والباقي محوّل إلى الناظر الخبير بكلمات الفقهاء.

والحمد لله وصلى الله على محمد وآله.

القول في النقد والنسيئة

قال في التذكرة: ينقسم البيع باعتبار التأخير والتقديم [١] في أحد العوضين إلى أربعة أقسام: بيع الحاضر بالحاضر، وهو النقد. وبيع المؤجل بالمؤجل، وهو بيع الكالي بالكالي. وبيع الحاضر بالثمن المؤجل، وهي النسيئة. وبيع المؤجل بالحاضر، وهو السلم. والمراد بالحاضر أعم من الكلّي، وبالمؤجل خصوص الكلّي.

المال مضموناً بضمان معاملي قبل الفسخ، أو لم يكن كما إذا فسخ مشتري الحيوان الشراء ثم تلف الحيوان بيده.

وبتعبير آخر: الضمان في المقام نظير ضمان المقبوض بالسوم ضمان اليد، والموجب له عدم كون اليد على مال الغير يد أمانة مالكيّة كانت أو شرعية، وكذا الحال في تلف المال بيد غير ذي الخيار، فإن تلفه عليه سواء كان التلف قبل الفسخ أو بعده.

ويمكن أن يستدل على ذلك بقوله ﷺ في ذيل رواية ضمان البائع قبل القبض: «إذا أخرج من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يردّ ماله إليه»^(١) فإنّ ضمان الحق قبل الفسخ هو الثمن المسمّى، وبعده نفس العين مع بقائها وبدلها مع تلفها.

وبتعبير آخر: هذا الذيل يعمّ زمان الخيار وبعده وقبل الفسخ وبعده.

[١] ذكروا^(٢) للبيع أربعة أقسام: بيع الحاضر بالحاضر، وليس المراد بالحاضر خصوص العين الخارجية الموجودة بل يعم الكلّي على العهدة حالاً. وبيع المؤجل

(١) وسائل الشريعة ١٨: ٢٣-٢٤، الباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٢) التذكرة ١: ٥٤١، ومصباح الفقاهة ٥: ٥٧٤.

مسألة: إطلاق العقد يقتضى النقد [١] وعَلَّله في التذكرة: بأنَّ قضيّة العقد انتقال كلّ من العوضين إلى الآخر، فيجب الخروج عن العهدة متى طوّل صاحبها، فيكون المراد من «النقد» عدم حقّ للمشتري في تأخير الثمن. والمراد المطالبة مع الاستحقاق، بأن يكون قد بذل المثلّث أو مكّن منه، على الخلاف الآتي في زمان وجوب تسليم الثمن على المشتري. ويدل على الحكم المذكور أيضاً الموثق: «في رجل اشترى من رجل جارية بثمن مسمّى، ثم افترقا؟ قال: وجب البيع، والثمن إذا

بالمؤجل، ويعبّر عن ذلك ببيع الكالي بالكالي أي النسيئة بالنسيئة، والكالي من الكلاء وبمعنى التأخير وقد ورد^(١) النهي عنه في روايات مخالفيها، وما ورد^(٢) في روايتنا من النهي عن بيع الدين بالدين يأتي بيان المراد منه. وبيع الحاضر بالمؤجل ويعبّر عن ذلك بالبيع نسيئة. وبيع المؤجل بالحاضر، ويعبّر عن ذلك ببيع السلم.

[١] إطلاق العقد يقتضى كون الثمن كالثمن حالاً معبراً عن ذلك ببيع النقد، فيكون للبائع مطالبة المشتري بالثمن مع استحقاقه، ويحصل استحقاقه بدفع الثمن إليه أو تمكينه من أخذه على الخلاف في معنى الإقباض.

والوجه في ذلك أنّ البائع يملك الثمن على عهدة المشتري عيناً كان أو ديناً، وإذا قبض المبيع يستحق المطالبة بما ملكه بالبيع، فإن «الناس مسلطون على أموالهم»^(٣) وحبس الحق والمال على مالكة ظلم وعدوان، والإمساك بملك الغير لا يحل بغير طيبة نفس مالكة.

ويدل على الحكم موثقة عمار بن موسى عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل اشترى

(١) سنن البيهقي ٥: ٢٩٠، وكنز العمال ٤: ١٧٢/١٠٠٢٥.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٢٩٨، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

(٣) عوالي اللآلي ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩ و٤٥٧، الحديث ١٩٨ و٣: ٢٠٨، الحديث ٤٩.

لم يكونا شرطاً فهو نقد». ولو اشترطاً تعجيل الثمن كان تأكيداً لمقتضى الإطلاق على المشهور، بناءً على ما هو الظاهر عرفاً من هذا الشرط: من إرادة عدم المماطلة والتأخير عن زمان المطالبة، لأن يعجل بدفعه من دون مطالبة، إذ لا يكون تأكيداً حينئذٍ. لكنه خلاف متفاهم ذلك الشرط الذي هو محطّ نظر المشهور، مع أنّ مرجع عدم المطالبة في زمان استحقاقها إلى إلغاء هذا الحق المشترط في هذا المقدار من الزمان.

من رجل جارية بثمان مسمّى ثم افترقا، فقال: وجب البيع، والثمان إذا لم يكونا اشترطاً فهو نقد»^(١).

ثم إنه إذا اشترطاً تعجيل الثمن في العقد يكون شرطه عند المصنف رحمته الله تأكيداً لما يفيد إطلاق العقد، حيث إنّ ظاهر الاشتراط عدم المماطلة والتأخير مع المطالبة، وليس ظاهره دفع الثمن ولو بلا مطالبة، فإنه على ذلك وأن لا يكون الاشتراط تأكيداً إلا أنّ فهمه يحتاج إلى قرينة.

ثم ذكر أنّه لا معنى لاشتراط التعجيل إلا التأكيد، فإنّه إذا لم يطالب المشتري بالثمان يكون مرجع عدم مطالبة إلى إلغاء اشتراط التعجيل فلا يجب عليه، ومع المطالبة يثبت له وجوب التعجيل، كما هو الحال في صورة إطلاق العقد، فتكون النتيجة أنه لا يفيد اشتراط التعجيل إلا التأكيد.

والمراد بالتأكيد: التأكيد بالإضافة إلى وجوب قبض المال مع مطالبة المستحق، واما بالإضافة إلى ثبوت الخيار في الفسخ فقد ذكر في الدروس^(٢): أنّه لو عيّن للتعجيل زمان خاص ولم يؤد الثمن فيه يثبت للمشروط له خيار الفسخ.

(١) وسائل الشريعة ١٨: ٣٦، الباب ١ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢.

(٢) الدروس ٣: ٢٠٢.

وكيف كان، فذكر الشهيد عليه السلام في الدروس: أن فائدة الشرط ثبوت الخيار إذا عيّن زمان النقد، فأخلّ المشتري به. وقوى الشهيد الثاني ثبوت الخيار مع الإطلاق أيضاً، يعني عدم تعيين الزمان إذا أخلّ به في أوّل وقته. وهو حسن. ولا يقدح في

أقول: ما ذكره عليه السلام من كون اشتراط التعجيل تأكيداً ضعيف، والوجه في ذلك: أن المبيع بالبيع يصير ملكاً للمشتري، والتمن فيما كان كلياً يكون على عهدة المشتري ملكاً للبائع، فيستحق البائع المطالبة به بقبض المبيع، كما هو الحال في سائر الديون الحالية، فلا يجب على المشتري أداء ما عليه قبل مطالبة المستحق.

وعلى ذلك فاشتراط التعجيل بحسب المتفاهم العرفي في نفسه مطالبة لما على المشتري سواء عيّن للتعجيل زماناً أم لا.

وبهذا يظهر أن ترك المطالبة بعد اشتراط التعجيل لا يكون إسقاطاً لحق التعجيل. ثم إنه قد ذكر الشهيد الثاني ^(١): أن ثبوت الخيار للمشروط له لا ينحصر بما إذا عين للتعجيل زماناً معيناً، بل لو أطلق اشتراط التعجيل يثبت له الخيار مع ترك التعجيل في أوّل أزمته إمكانه عرفاً.

وناقش في هذا الإلحاق صاحب الجواهر عليه السلام ^(٢): بأن صورة إطلاق الاشتراط لا يلحق بصورة تعيين زمان خاص، فإنه مع إطلاق التعجيل يكون زماناً مجهولاً، فيبطل الشرط.

ولو فرض عدم بطلان الشرط فلا يثبت الخيار للمشروط له الا مع عدم التمكن من إجبار المشروط عليه بالتعجيل، فلا يصح أن يقال: إنه مع إطلاق الاشتراط يترتب عليه ثبوت الخيار بترك التعجيل مطلقاً، بل لابد من تقييده بصورة عدم التمكن من الاجبار.

(١) المسالك ٣: ٢٢٣.

(٢) الجواهر ٢٣: ٩٩.

الإطلاق عدم تعيّن زمان التعجيل، لأنّ التعجيل المطلق معناه: الدفع في أوّل أوقات الإمكان عرفاً. ولا حاجة إلى تقييد الخيار هنا بصورة عدم إمكان الإيجابار على التعجيل، لأنّ المقصود هنا ثبوت الخيار بعد فوات التعجيل، أمكن إجباره به أم لم

وقد ردّ المصنف رحمته الله على الجواهر: بأنّ إلحاق الشهيد الثاني حسن، حيث إنّ إطلاق الاشتراط مع انصرافه إلى أول أزمّة إمكان التعجيل عرفاً لا يكون مجهولاً.

ولا حاجة أيضاً إلى ذكر أنّ ثبوت الخيار إنما هو في فرض عدم التمكن من الاجبار، لأنّ كلام الشهيد الثاني: أنّ اشتراط الفعل على المشتري يترتب عليه ثبوت الخيار، ولكن هذا الخيار هل يترتب على مجرد ترك الفعل أو عليه مع عدم التمكن من إجبار المشروط عليه، فذلك مسألة أخرى سيالة في جميع شروط الفعل.

مع أنّه لو بنى على اختصاص ترتب الخيار بصورة عدم تمكن المشروط له من الاجبار في سائر شرائط الأفعال فلا يجري ذلك في المقام، لأنّه مع عدم حصول أول أزمّة الإمكان عرفاً فلا وجه للإجبار، ومع حصوله لا ينفع الإجبار لأنّ الفعل أي قبض الثمن يقع في ثاني أزمّة إمكانه وهو غير الزمان المشروط فيه.

أقول: قد ذكرنا سابقاً أنّ ترتب الخيار على ترك العمل المشروط لا يتوقف على عدم التمكن من الاجبار من غير فرق بين عمل وعمل آخر.

نعم للمشروط له الإجبار على العمل بحيث يقع العمل في زمانه المعين، وعليه فيجوز للمشروط له إجبار المشروط عليه قبل حصول الزمان المعين أو قبل أول أزمّة الإمكان بحيث يقع قبضه في ذلك الزمان المعين، أو أول أزمّة الإمكان، أو إجباره في أول ذلك الزمان ليقع القبض ولو في آخره فيما كان الزمان المعين أوسع من الفعل، كما هو الحال في أول أزمّة الإمكان.

ثم إنّ ظاهرهم في المقام أنّه مع عدم اشتراط التعجيل لا يجوز للبائع فسخ البيع

يمكن، وجب أو لم يجب، فإن مسألة أن ثمرة الشرط ثبوت الخيار مطلقاً أو بعد تعذر إجباره على الوفاء مسألة أخرى. مضافاً إلى عدم جريانها في مثل هذا الشرط، إذ قبل زمان انقضاء زمان نقد الثمن لا يجوز الإجبار، وبعده لا ينفع، لأنه غير الزمان المشروط فيه الأداء.

بمطالبة المشتري في أداء الثمن بعد مطالبة البائع، وأن الخيار يترتب على اشتراط التعجيل.

ولكن لا يخفى أن عدم مطالبة كل من المتبايعين في القبض والإقباض شرط ارتكازي في المعاملات، وعليه فلا يبعد ثبوت الخيار لكل من المتبايعين في صورة مطالبة صاحبه بلافق بين اشتراط التعجيل وعدمه، وبلا فرق بين كون مطالبة صاحبه عن عذر كالعسر في أداء ما عليه من الثمن أم لا، وبلا فرق بين كون المبيع من المستثنيات في أداء الدين وعدمه.

فيجوز للبائع أخذ الدار المباعة من المشتري ولو جعلها المشتري مسكناً وكانت مطاملته لعسره، فإن قوله سبحانه ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾^(١) لا يمنع عن فسخ البيع، وإنما يمنع عن المطالبة بالثمن مع إبقائه، والممنوع عنه بيع المسكن في استيفاء الدين، لا أخذ البائع المسكن بعد فسخ بيعه، كما هو الحال في صورة اشتراط التعجيل.

وما تقدم في خيار تأخير الثمن فهو خيار شرعي تأسيسي استفيد من الروايات، ومع عدم تحقق شرايطه ينتفي، ولكن لا يوجب انتفاء الخيار الذي ذكرناه في المقام والله سبحانه هو العالم.

(١) سورة البقرة: الآية ٢٨٠.

مسألة: يجوز اشتراط التأجيل الثمن مدة معينة [١] غير محتملة مفهوماً ولا مصداقاً للزيادة والنقصان الغير المسموح فيهما، فلو لم يعين كذلك بطل بلا خلاف ظاهراً، للغرر، ولما دلّ في السلم -الذي هو عكس المسألة- على وجوب تعيين الأجل وعدم جواز السلم إلى دياس أو حصاد. ولا فرق في الأجل

[١] يجوز بيع المتاع نسيئة ويعتبر فيه تعيين الأجل الذي يستحق البائع المطالبة فيه بالثمن بما لا يكون في الأجل المزبور جهالة من حيث المفهوم كالسنة حيث إنها مرددة بين القمرية والشمسية - نعم لو كان في البين الانصراف إلى أحدهما خرج عن الإجمال - ولا من حيث المصداق كيوم الجمعة من شهر رمضان هذه السنة حيث يتردد بين الأولى وغيرها.

ويدلّ على اعتبار التعيين كذلك النهي عن بيع الغرر الظاهر في فساد. وفي موثقة غياث بن إبراهيم بن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: لا بأس بالسلم كيلاً معلوماً إلى أجل معلوم، ولا تسلمه إلى دياس، ولا إلى حصاد»^(١). وفي موثقة سماعة المروية كما قبلها في باب السلم قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن السلم وهو السلف في الحرير والمتاع الذي يصنع في البلد الذي أنت به، قال: نعم إذا كان لأجل معلوم»^(٢) ونحوهما غيرهما^(٣).

ثم إنه لا فرق في المدة المعينة بين القصيرة والطويلة، وربما ينسب إلى الإسكافي^(٤): أنه منع التأجيل إلى ثلاث سنوات أو أزيد، ولعله للنهي الوارد عنه في

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٢٨٩، الباب ٣ من أبواب السلف، الحديث ٥.

(٢) المصدر: الحديث ٤.

(٣) المصدر: ٢٨٨ - ٢٩٠.

(٤) حكاه عنه العلامة في المختلف ٥: ١٣٦.

المعين بين الطويل والقصير. وعن الإسكافي المنع عن التأخير إلى ثلاث سنين. وقد يستشهد له بالنهي عنه في بعض الأخبار، مثل رواية أحمد بن محمد: «قلت لأبي الحسن عليه السلام: إني أريد الخروج إلى بعض الجبال - إلى أن قال: - إنا إذا بعناهم نسيئة كان أكثر للربح، فقال: نعم بتأخير سنة، قلت: بتأخير سنتين؟ قال: نعم، قلت: بتأخير ثلاث سنين؟ قال: لا».

بعض الأخبار^(١).

ففي رواية البزنطي قال: «قلت لأبي الحسن عليه السلام: إني أريد الخروج إلى بعض الجبال فقال: ما للناس بدّ من أن يضطربوا سنتهم هذه، فقلت له: جعلت فداك إنا إذا بعناهم بنسيئة كان أكثر للربح، قال: فبيعهم بتأخير سنة، قلت: بتأخير سنتين، قال: نعم، قلت: بتأخير ثلاث قال: لا»^(٢).

وفي صحيحة أخرى أنه قال لأبي الحسن الرضا عليه السلام: «إنّ هذا الجبل قد فتح على الناس منه باب رزق فقال: إن أردت الخروج فاخرج فإنّها سنة مضطربة، وليس للناس بدّ من معاشهم، فلا تدع الطلب، فقلت: إنهم قوم ملاء ونحن نحتمل التأخير فنباعهم بتأخير سنة، قال: بيعهم، قلت: سنتين قال: بيعهم، قلت: ثلاث سنين قال: لا يكون لك شيء أكثر من ثلاث سنين»^(٣).

ولكن لا يخفى أنّ ظاهر الصحيحة صحة البيع، وأنّه لا يصل إلى المخاطب البائع من البيع المزبور إلّا الانتظار، فلا يناسب الرواية إلّا المشورة مع الامام عليه السلام. والمراد بالإرشاد في عبارة المصنف عليه السلام: الإرشاد إلى غير الحكم الشرعي كالتنبيه

(١) سنن أبي داود ٢: ١١٨/٣٣٧٤، وسنن ابن ماجه ٢: ٧٤٧/٢٢١٨.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٣٥، الباب ١ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١.

(٣) المصدر: ٣٦، الحديث ٣.

والمحكي عن قرب الإسناد عن البيهقي أنه قال لأبي الحسن الرضا عليه السلام: «إن هذا الجبل قد فتح منه على الناس باب رزق، فقال عليه السلام: إذا أردت الخروج فاخرج فإنها سنة مضطربة، وليس للناس بدّ من معاشهم فلا تدع الطلب، فقلت: إنهم قوم ملاء، ونحن نحتمل التأخير فنبايعهم بتأخير سنة؟ قال: بعهم، قلت: ستين؟ قال: بعهم، قلت: ثلاث سنين؟ قال: لا يكون لك شيء أكثر من ثلاث سنين». وظاهر الخبرين الإرشاد، لا التحريم، فضلاً عن الفساد. وهل يجوز الإفراط في التأخير إذا

إلى ضياع المال، والمراد بالملاء في الصحيحة: الذين لا يهلك عندهم المال لغناهم.

والرواية الأولى مع ضعف سندها بسهل بن زياد تحتل اتحاد الواقعة.

ثم لا يخفى أنه بأس بتأجيل الثمن والافراط بتأخير، وما يقال من أن التأجيل يجوز إلى أن يعدّ بيع البائع مع التأجيل المزبور سفهياً، وأكل المشتري المبيع المزبور مع التأجيل المزبور أكلاً للمبيع بالباطل لا يمكن المساعدة عليه، فإنّ عدّ بيع البائع سفهياً لا يوجب بطلان البيع، فإن المحكوم بالفساد هو بيع السفه، لا البيع السفه. ودعوى انصراف أدلة البيع إلى غير السفه كما ترى، وأمّا الأكل بالباطل فتحققه وإن أوجب بطلان البيع، إلا أنه غير محقق كما نذكر.

نعم قيل: إنه لا يجوز تأجيل الثمن إلى مدّة يعلم بأن المشتري والبائع لا يعيشان إلى تلك المدّة، ووجه البطلان خروج الثمن عن انتفاع البائع.

ويردّه: أنه قابل لانتفاع البائع ببيع ذلك الدين بالحاضر بالتقيص، أو المصالحة عليه. وبهذا يظهر أن أكل المشتري وتملكه المبيع بازاء الثمن المزبور لا يكون أكلاً بالباطل.

لا يقال: إن الإفراط بالتأخير إلى أجل لا يعيش المشتري إلى ذلك المقدار لغو محض، فيكون غاية التأجيل حلول الموت ولجهالته يبطل البيع، بل التأجيل المزبور

لم يصل إلى حدّ يكون البيع معه سفهاً والشراء أكلاً للمال بالباطل؟ فيه وجهان: قال في الدروس: لو تمادى الأجل إلى ما لا يبقى إليه المتبايعان غالباً كألف سنة، ففي الصحة نظر، من حيث خروج الثمن عن الانتفاع به، ومن الأجل المضبوط وحلوله بموت المشتري، وهو أقرب. وما قرّبه هو الأقرب، لأنّ ما في الذمّة - ولو كان مؤجّلاً بما ذكر - مال يصح الانتفاع به في حياته بالمعاضة عليه بغير البيع، بل وبالبيع، كما اختاره في التذكرة. نعم يبقى الكلام في أنّه إذا فرض حلول الأجل شرعاً بموت المشتري كان اشتراط ما زاد على ما يحتمل بقاء المشتري إليه لغواً، فيكون فاسداً، بل ربما كان مفسداً، وإن أراد المقدار المحتمل للبقاء كان اشتراط مدّة مجهولة، فافهم. ثمّ إنّ الاعتبار في تعيين المدّة هل هو تعيينه في نفسه وإن لم يعرفه المتعاقدان، فيجوز التأجيل إلى انتقال الشمس إلى بعض البروج - كالنيروز والمهرجان ونحوهما - أم لا بدّ من معرفة المتعاقدين بهما حين العقد؟ وجهان، أقواها الثاني [١] تبعاً للدروس وجامع المقاصد، لقاعدة نفي الغرر. وربما احتمل

مخالف للسنة، فيوجب بطلان البيع نظير اشتراط مدّة مجهولة.

فإنّه يقال: الشرط صحيح بالإضافة إلى ما قبل موت المشتري، فيبطل بالإضافة إلى ما بعده، ولا يوجب ذلك بطلان البيع لمعلومية الأجل في صورة العقد. وجهالته بالانحلال والفساد بالإضافة إلى ما بعد موت المشتري لا يضر، على ما تقدّم في جهالته الثمن في موارد تبعض الصفقة، وانحلال البيع بالإضافة إلى بعض المبيع، وهذا بناءً على أنّ التأجيل أمر زائد على الثمن.

نعم، بناءً على أنّ التأجيل قيد للثمن وتضييق لدائرته فلا يبعد الحكم ببطلان البيع، لأنّ الثمن المزبور ليس عوضاً شرعاً ليملكه البائع على المشتري، هذا مع إمكان كون الغاية انتفاع الوارث.

[١] لا يبعد كون الأول هو الأظهر كما إذا كان الأجل معيناً بحسب الواقع ويعرفه

الاكتفاء في ذلك بكون هذه الآجال مضبوطة في نفسها كأوزان البلدان مع عدم معرفة المصدق، حيث إن له شراء وزنة مثلاً بعيار بلد مخصوص وإن لم يعرف مقدارها، وربما استظهر ذلك من التذكرة. ولا يخفى ضعف منشأ هذا الاحتمال، إذ المضبوطة في نفسه غير مجد في مقام يشترط فيه المعرفة، إذ المراد بالأجل الغير القابل للزيادة والقيصة ما لا يكون قابلاً لهما حتى في نظر المتعاقدين، لا في الواقع، ولذا أجمعوا على عدم جواز التأجيل إلى موت فلان، مع أنه مضبوط في نفسه، وضبطه عند غير المتعاقدين لا يجدي أيضاً. وما ذكر: من قياسه على جواز الشراء بعيار بلد مخصوص لا نقول به، بل المعين فيه البطلان مع الغرر عرفاً، كما تقدّم في شروط العوضين. وظاهر التذكرة اختيار الجواز، حيث قال بجواز التوقيت

أهل بلد المعاملة كالبيع إلى مهرجان - على وزن اصبهان اسم لعيد للفرس - ويكون الفرض نظير البيع والشراء بأوزان البلاد مع عدم معرفة المتعاقدين به أحياناً، فإنه لم تكن سيرة المتشركة عند الدخول في بلد معرفة أوزان ذلك البلد قبل شراء حاجاتهم منها. وكان الزوار يدخلون بلداً يشترون الفواكه والطعام وغيرهما بأوزان البلد المزبور قبل قياس تلك الأوزان بأوزان بلادهم لمعرفة معرفتها، ولم يحرز شمول النهي عن بيع الغرر^(١) لذلك، حيث إنه ليس في البين ما يقتضي أن الغرر عدم المعرفة. ولا استفاد من الأخبار الواردة في اعتبار كيل المبيع أو وزنه أزيد مما ذكر، واعتبار اليقين في ناحية الثمن وأجله أيضاً كذلك.

وإذا كان وصول الشمس إلى برج الحمل أجلاً يعرفه أهل السوق وأنه أول يوم من فصل الربيع فلا بأس بجعله البائع أجلاً وإن لم يعرفه المشتري، ولا استفاد من الأخبار الواردة في السلم أزيد من التعيين عند الناس.

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٤٤٨، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة، الحديث ٣.

بالنيروز والمهرجان، لأنّه معلوم عند العامّة، وكذا جواز التوقيت ببعض أعياد أهل الذمة إذا عرّفه المسلمون، لكن قال بعد ذلك: وهل يعتبر معرفة المتعاقدين؟ قال بعض الشافعية: نعم. وقال بعضهم: لا يعتبر، ويكتفى بمعرفة الناس وسواء اعتبر معرفتهما أو لا، لو عرفا كفى، انتهى. ثمّ الأقوى اعتبار معرفة المتعاقدين والتفاتهما إلى المعنى حين العقد، فلا يكفي معرفتهما به عند الالتفات والحساب.

مسألة: لو باع بضمن حالاً وبأزيد منه موجلاً [١] ففي المبسوط والسرائر وعن أكثر المتأخرين: أنّه لا يصح. وعلّله في المبسوط وغيره بالجهالة، كما لو باع إمّا هذا

وليس هذا من التأجيل إلى موت المشتري أو البائع ليكون البيع غريباً وإلى أجل غير معلوم، لأنّ موته مما لا يعرفه الناس ولا المتعاقدان، بخلاف ما إذا كان له واقع معين يعرفه الناس وأحد المتعاقدين.

وإذا كان الأجل بحسب الواقع معيّنًا ولا يعرفه أهل بلد المعاملة، بل يعرفه المتعاقدان كما إذا باع بمكة إيراني زميله متاعاً نسيئة، وجعل الأجل حلول نيروز صح، وأنّ عدم معرفة غيرهما في ذلك البلد لا يقدر في المعاملة.

وإلى ذلك يشير العلامة ^(١) في عبارته المنقولة في الكتاب بقوله: وسواء اعتبر معرفتهما أم لا، لو عرفا كفى.

[١] المنسوب إلى أكثر الأصحاب من المتأخرين ^(٢): أنّه لو قال في مقام إنشاء البيع «بعته بكذا نقداً وبكذا نسيئة» لا يصح، سواء قال المشتري «قبلته نقداً» أو قال «نسيئة» أو «أطلق القبول».

(١) التذكرة ١: ٥٤٨.

(٢) نسبه في الرياض (٨: ٢١٤) إلى عامّة من تأخر، ونسبه في مجمع الفائدة (٨: ٣٢٧) إلى ظاهر الأكثر،

وراجع تفصيله في مفتاح الكرامة ٤: ٤٢٨-٤٣٢.

العبد وإمّا ذاك. ويدلّ عليه أيضاً ما رواه في الكافي، أنه قال عليه السلام: «من ساوم بثمانين: أحدهما عاجلاً والآخر نظرة فليسّم أحدهما قبل الصفقة». ويؤيده ما ورد من النهي عن شرطين في بيع، وعن بيعين في بيع بناء على تفسيرهما بذلك. وعن الإسكافي كما عن الغنية: أنه روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: «لا يحل صفقتان في واحدة»، قال: وذلك بأن يقول: إن كان بالنقد فكذا، وإن كان بالنسيئة فكذا. هذا، إلّا أن في رواية محمد بن قيس - المعتبرة - أنه قال أمير المؤمنين عليه السلام: «من باع سلعة وقال: ثمنها كذا وكذا يبدأ بيد وكذا وكذا نظرة، فخذها بأي ثمن شئت، وجعل صفقتها واحدة، فليس له إلّا أقلّهما وإن كانت نظرة». وفي رواية السكوني عن جعفر، عن أبيه، عن آبائه عليهم السلام: «أنّ عليّاً عليه السلام قضى في رجل باع بيعاً واشترط شرطين بالنقد كذا وبالنسيئة كذا، فأخذ المتاع على ذلك الشرط، فقال: هو بأقل الثمنين وأبعد الأجلين، فيقول:

وفي رسالة الكليني رحمته الله: «من ساوم بثمانين أحدهما عاجلاً والآخر نظرة فليسّم أحدهما قبل الصفقة»^(١).

وفي رواية سليمان بن صالح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن سلف وبيع وعن بيعين في بيع»^(٢).

ولكن في صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: من باع سلعة فقال: إن ثمنها كذا وكذا يبدأ بيد، وثمنها كذا وكذا نظرة، فخذها بأي ثمن شئت، وجعل صفقتها واحدة فليس له إلّا أقلّهما وإن كانت نظرة»^(٣). ونحوها معتبرة السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام: «أنّ عليّاً عليه السلام قضى في

(١) الكافي ٥: ٢٠٦، الحديث ١، وعنه الوسائل ١٨: ٣٦-٣٧، الباب ٢ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٣٧-٣٨، الباب ٢ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤.

(٣) المصدر: ٣٦-٣٧، الحديث ١.

ليس له إلا أقلّ التقدين إلى الأجل الذي أجله نسية». وعن ظاهر جماعة من الأصحاب العمل بهما، ونسب إلى بعض هؤلاء القول بالبطلان. فالأولى - تبعاً للمختلف - الاقتصار على نقل عبارة هؤلاء من دون إسناد أحد القولين إليهم. قال في المقنعة: لا يجوز البيع بأجلين على التخيير، كقوله: «هذا المتاع بدرهم نقداً وبدرهمين إلى شهر أو سنة، أو بدرهم إلى شهر وبدرهمين إلى شهرين» فإن ابتاع إنسان شيئاً على هذا الشرط كان عليه أقلّ الثمنين في آخر الأجلين. وهذا الكلام يحتمل التحريم مع الصحة. ويحتمل الحمل على ما إذا تلف المبيع، فإنّ اللازم مع فرض فساد البيع الأقل الذي بيع به نقداً، لأنّها قيمة ذلك الشيء. ومعنى قوله: «في آخر الأجلين»: أنّه لا يزيد على الأقلّ وإن تأخّر الدفع إلى آخر الأجلين، أو المراد

رجل باع بيعاً، واشترط شرطين بالنقد كذا وبالنسيئة كذا، فأخذ المتاع على ذلك الشرط، فقال: هو بأقلّ الثمنين وأبعد الأجلين، يقول: ليس له إلا أقلّ التقدين إلى الأجل الذي أجله بنسيئة»^(١).

وربما التزم بعض الأصحاب^(٢) بظاهرهما وحكم بثبوت البيع بالأقل مع أبعد الأجلين.

وفيه: أنّه يعارضهما مع ما سبق موثقة عمار عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - «أنّ رسول الله ﷺ بعث رجلاً إلى أهل مكة وأمره أن ينهاهم عن شرطين في بيع»^(٣).

وظاهر الشرطين على ما تقدم بيع المتاع نقداً بكذا ونسية بكذا. والجمع بين الطائفتين بحمل الناهية على الكراهة لا يمكن المساعدة عليه، إذ الاهتمام كذلك ببعث الرسول أو الوالي إلى أهل مكة وأمره ﷺ أن ينهاهم «عن بيع ما

(١) المصدر: ٣٧، الحديث ٢.

(٢) حكاه عنهم صاحب الجواهر ٢٣: ١٠٣.

(٣) وسائل الشيعة ١٨: ٣٧، الباب ٢ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٣.

جواز التأخير لرضا البائع بذلك. ويحتمل إرادة الكراهة، كما عن ظاهر السيد عليه السلام في الناصريات: أنَّ المكروه أن يبيع بثمانين بقليل إن كان الثمن نقداً، أو بأكثر إن كان نسيئة. ويحتمل الحمل على فساد اشتراط زيادة الثمن مع تأخير الأجل، لكن لا يفسد العقد، كما سيجيء. وعن الإسكافي: أنه - بعد ما تقدّم عنه من النبوي الظاهر في التحريم - قال: ولو عقد البائع للمشتري كذلك وجعل الخيار إليه لم أختَر للمشتري أن يقدم على ذلك، فإن فعل وهلكت السلعة لم يكن للبائع إلا أقل الثمنين، لإجازته البيع به، وكان للمشتري الخيار في تأخير الثمن الأقل إلى المدّة التي ذكرها البائع بالثمن الأوفى من غير زيادة على الثمن الأقل. وفي النهاية: فإن ذكر المتاع بأجلين ونقدين على التأخير، مثل أن يقول: «بعتك هذا بدينار أو درهم عاجلاً أو إلى شهر أو سنة، وبدينارين أو درهمين إلى شهر أو شهرين أو سنتين»

لم يقبض، وعن شرطين في بيع، وعن ربح ما لم يضمن^(١). بأن يبيع المتاع مرابحة قبل أن يدخل في ضمانه أي قبل أن يشتريه لا يناسب الكراهة. وبذلك يظهر أن ما ذكر السيد عليه السلام في الناصريات^(٢): من كراهة البيع بثمانين بالأقل نقداً وبالأكثر نسيئة، لا يمكن المساعدة عليه.

ويبقى في البين الالتزام إما بفساد البيع المزبور، وحمل الروایتين على خلاف ظاهرهما بأن يقال: إن المذكور فيهما حكم صورة تلف القيمي، حيث إن قيمة يوم الضمان التي يجب دفعها إلى البائع هي الأقل ولو كان دفعها في الأجل المزبور، أو يقال: إن النهي في الموثقة إرشاد إلى فساد الشرط، لا إلى فساد أصل البيع بأن كان بيع المتاع بالأقل، وقول البائع «وإن كان بعد شهر مثلاً بكذا» تأجيل للثمن المزبور بزيادة،

(١) المصدر: ٥٨، الباب ١٠، الحديث ٦.

(٢) حكاة في الجواهر ٢٣: ١٠٦، وراجع الناصريات: ٣٦٥، المسألة ١٧٢.

كان البيع باطلاً، فإن أمضى البيعان ذلك بينهما كان للبائع أقل الثمنين في آخر الأجلين، انتهى. وعن موضع من الغنية: قد قدمنا أن تعليق البيع بأجلين وثمانين، كقوله: «بعت إلى مدة بكذا وإلى أخرى بكذا» يفسده، فإن تراضيا بإنفاذه كان للبائع أقل الثمنين في أبعد الأجلين بدليل إجماع الطائفة. وعن سَلار: ما علق بأجلين، وهو أن يقول: «بعتك هذه السلعة إلى عشرة أيام بدرهم وإلى شهرين بدرهمين» كان باطلاً غير منعقد، وهو المحكي عن أبي الصلاح. وعن القاضي: من باع شيئاً بأجلين على التخيير، مثل أن يقول: «أبيعك هذا بدينار أو بدرهم عاجلاً وبدرهمين أو دينارين إلى شهر أو شهرين أو سنة أو سنتين» كان باطلاً، فإن أمضى البيعان ذلك بينهما كان للبائع أقل الثمنين في آخر الأجلين. وقال في المختلف -بعد تقوية المنع -: ويمكن أن يقال: إنه رضي 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، انتهى. وفي الدروس: أن الأقرب الصحة ولزوم الأقل، ويكون التأخير جائزاً من طرف المشتري لازماً من طرف البائع، لرضاه بالأقل، فالزيادة رباء، ولذا ورد النهي عنه، وهو غير مانع من صحة البيع، انتهى.

ويأتي أن تأجيل الدين كذلك رباء موضوعاً أو حكماً فيكون شرطه باطلاً. لا يقال: الجمع بين الطائفتين كما ذكر لا يعد من الجمع العرفي، بل ظاهرهما متعارضان، فتصل النوبة إلى إطلاق حل البيع فيما إذا كان قبول المشتري لأحدهما على التعيين.

نعم، إذا كان قبول المشتري أيضاً على نحو التردد يحكم بالبطلان إذ لا يقع كلا البيعين، ولا معين لأحدهما، وأحدهما بلا تعيين غير داخل في إطلاق حل البيع حيث إن أفراد المعينات، كما هو الحال في كل الخطابات المتكفلة لبيان الحكم على الطبيعي

أقول: لكنه مانع من لزوم الأجل من طرف البائع، لأنه في مقابل الزيادة الساقطة شرعاً، إلا أن يقال: إن الزيادة ليست في مقابل الأجل [١] بل هي في مقابل إسقاط البائع حقه من التعجيل الذي يقتضيه العقد لو خلى وطبعه، فالزيادة وإن كانت رباً - كما سيجيء - إلا أن فساد المقابلة لا يقتضي فساد الإسقاط، كما احتمل ذلك في مصالححة حق القصاص بعبد يعلمان استحقاق الغير له أو حرّيته، بل قال في التحرير بالرجوع إلى الدية. وحينئذ فلا يستحقّ البائع الزيادة ولا المطالبة قبل

بنحو الشمول والاستيعاب.

فانه يقال: البطلان أفقد الإيجاب لتعلقه بالجامع.

[١] وحاصله: أنه لو كانت الزيادة في الثمن بازاء التأجيل فبطلان هذه المعاملة لكونها رباً حكماً أو موضوعاً لا يمنع البائع من المطالبة بالثمن الأقل حالاً. نعم، لو كان الزيادة بازاء إسقاط البائع حقه بالمطالبة بالثمن الأقل يسقط حق المطالبة، ولا يتعيّن إلا الثمن الأقل، نظير ما احتمل من انه إذا اسقط وليّ الدم حق القصاص بازاء عبد يعلمان انه ملك لغير القاتل أو أنه حرّ سقط حق القصاص ولا يكون على القاتل شيء أو يكون عليه الدية كما نقل عن العلامة في التحرير^(١).

وعلى ذلك فالتأجيل لازم على البائع بمعنى أنه لا يستحقّ مطالبة المشتري بالثمن الأقل قبل انقضاء المدّة، ولكن لو دفع المشتري الثمن في تلك المدّة فليس للبائع الامتناع عن أخذه، بخلاف موارد صحة التأجيل فانه يحقّ للبائع الامتناع عن أخذ الثمن إلى أن تنقضي المدّة.

أقول: لا يلزم التأخير المزبور على البائع بلافق بين وقوع المعاوضة بين المقدار الزائد من الثمن والتأجيل، أو تقع المعاوضة بين إسقاط البائع حقه في المطالبة

الأجل، لكن المشتري لو أعطاه وجب عليه القبول، إذ لم يحدث له بسبب المقابلة الفاسدة حق في التأجيل حتى يكون له الامتناع من القبول قبل الأجل، وإنما سقط حقه من التعجيل.

ويمكن أيضاً حمل الرواية على أن الثمن هو الأقل، لكن شرط عليه أن يعطيه على التأجيل شيئاً رائداً. وهذا الشرط فاسد، لما سيجيء: من أن تأجيل الحال بزيادة رباحاً محرم، لكن فساد الشرط لا يوجب فساد المشروط، كما عليه جماعة.

بالثمن الأقل وبين المقدار الزائد، لأنه إذا لم يصح أحد العوضين فلا يصح العوض الآخر، ويكون هذا نظير إسقاط الحق بنحو التعليق، فانه ببطان التعليق في الإيقاع لا يحصل الإسقاط.

وما ذكر في مسألة حق القصاص من سقوطه فيما إذا أسقطه الولي بازاء عبد الغير مع علم الولي والقاتل بالحال لا يمكن المساعدة عليه.

نعم لو علم الولي بأن العبد حر، ومع ذلك أسقط حق قصاصه بازائه سقط حق القصاص، فإنه من الإسقاط مجاناً بخلاف جهله بالحال أو إسقاطه بازاء عبد الغير مع الجهل بالحال أو مع العلم، فانه لا يسقط حق القصاص.

ولذا لا يكون بيع ماله بازاء عبد الغير مع العلم بالحال أو الجهل من تملكه مجاناً على ما تقدم في بيع الفضولي.

والمتحصل في المقام أنه لو قال «بعته نقداً بكذا ونسيه بكذا» وقبل المشتري أحدهما بعينه فيمكن الحكم بالصحة، بخلاف ما إذا قال المشتري «قبلته» بلا تعيين أحدهما فلا يمكن الحكم بصحة كل منهما ولا صحة أحدهما بعينه، فإنه ترجيح بلا معين، وأحدهما لا بعينه ليس فرداً لمثل قوله سبحانه ﴿أَحْلَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(١)، بل ذكرنا

وحينئذٍ للبايع الأقل وإن فرض أن المشتري أخره إلى الأجل، كما يقتضيه قوله في رواية محمد بن قيس: «وإن كانت نظرة» لفرض تراضيهما على ذلك بزعم صحة هذا الشرط، أو البناء عليها تشريعاً. ولعل هذا مبنى قول الجماعة - قدس الله أسرارهم -: «فإن أمضيا البيع بينهما كذلك - بمعنى أنهما تراضيا على هذه المعاملة - لم يجب في مقابل التأخير الواقع برضاها شيء زائد على الأقل، لفساد المقابلة» ومرادهم من بطلان البيع الذي حكموا به أولاً بطلانه بهذه الخصوصية وعدم ترتب الأثر المقصود عليه.

وقد تلخص من جميع ما ذكرنا: أن المعاملة المذكورة في ظاهر متن الروایتين لا إشكال ولا خلاف في بطلانها، بمعنى عدم مضيها على ما تعاقدوا عليه. وأمّا الحكم بامضاءهما كما في الروایتين، فهو حكم تعبدي مخالف لأدلة توقف حل

بطلانه حتى مع تعيين المشتري في قبوله.

نعم، لو قال «بعته بكذا وإن أجلته فعليك كذا» يكون البيع محكوماً بالصحة وثبوت الثمن الأقل حتى ما لو تأخر في أداء الثمن، لبطلان الشرط وعدم سريّة فساده إلى نفس البيع على ما تقدم في ذلك البحث، فلا يلزم الأجل على المشروط له، فإن له مطالبة المشتري بالثمن حالاً.

ودعوى أن المتعين في المقام العمل بموثقة السكوني^(١) وصحيحة محمد بن قيس^(٢) بأن يحكم بالثمن الأقل مؤجلاً، وتقييد النهي في موثقة عمار^(٣) عن الشرطين في بيع إلى غير هذه الصورة، كما إذا قال: «بعته مؤجلاً بشهر كذا أو بشهرين بكذا» ونحو

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٣٧، الباب ٢ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢.

(٢) المصدر: ٣٦-٣٧، الحديث ١.

(٣) المصدر: ٣٧، الحديث ٣.

المال على الرضا وطيب النفس وكون الأكل لا عن تراض أكلاً بالباطل، فيقع الإشكال في نهوض الروائين لتأسيس هذا الحكم المخالف للأصل. ثم إن الثابت منهما على تقدير العمل بهما هي مخالفة القاعدة في مورد هما. وأمّا ما عداه، كما إذا جعل له الأقل في أجل والأكثر في أجل آخر، فلا ينبغي الاستشكال في بطلانه، لحرمة القياس، خصوصاً على مثل هذا الأصل. وفي التحرير: البطلان هنا قولاً واحداً. وحكي من غير واحد ما يلوح منه ذلك. إلّا أنّك قد عرفت عموم كلمات غير واحد ممّن تقدّم للمسألتين وإن لم ينسب ذلك في الدروس إلّا إلى المفيد رحمته، لكن عن الرياض: أنّ ظاهر الأصحاب عدم الفرق في الحكم بين المسألتين، وهو ظاهر الحدائق أيضاً، وما أبعد ما بينه وبين ما تقدّم عن التحرير. ثم إنّ العلامة في المختلف ذكر في تقريب صحة المسألة: أنّه مثل ما إذا قال المستأجر لخياطة الثوب: «إن خطته فارسياً فبدرهم، وإن خطته رومياً فبدرهمين» وأجاب عنه بعد تسليم الصحة برجوعها إلى الجمالة.

مسألة: لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل [١] قبل حلول الأجل وإن

ذلك لا يمكن المساعدة عليه، فإن المتبادر عن النهي عن شرطين في بيعه نقداً بكذا ونسيئة بكذا بشهادة موثقة السكوني.

مع أنّه لا يحتمل الفرق بين قوله «بعته نقداً بكذا» و«إلى شهرين بكذا» كما لا يخفى.

[١] لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل، ولا يحق للبائع المطالبة قبل حلوله بخلاف، لأنّ التأجيل في الثمن مقتضاه أن للمشتري حق التأخير، ولا يختص هذا الحكم بالثمن المؤجل، بل يجري في كل دين سواء كان تأجيله بجعل المتعاقدين كالسلم والقرض المشروط فيه الأجل، أو بجعل الشارع كما

طوبل إجماعاً، لأنّ ذلك فائدة اشتراط التأجيل. ولو تبرّع بدفعه لم يجب على البائع القبول بلاخلاف، بل عن الرياض: الإجماع عليه. وفي جامع المقاصد - في باب السّلم - نسبة الخلاف إلى بعض العامة، وعلل الحكم في التذكرة - في باب السّلم - : بأنّ التعجيل كالتبرّع بالزيادة، فلا يكلف تقليد المنة، وفيه تأمل. ويمكن تعليل الحكم: بأنّ التأجيل كما هو حقّ للمشتري يتضمن حقاً للبائع من حيث التزام المشتري لحفظ ماله في ذمته وجعله إياه كالودعي، فإنّ ذلك حقّ عرفاً.

في الإقساط والنجوم المعتمدة في الدية.

والمشهور في كلام المتأخرين^(١): أنّه لا يجب على البائع تسلّمه فيما إذا تبرّع المديون قبل الأجل.

وعلل في التذكرة^(٢): بأنّ تعجيل المشتري ودفعه الثمن قبل الأجل كتبرّع المديون بالزيادة، حيث لا يجب على الداين قبول المنة بأخذ تلك الزيادة.

ويشهد بكون تعجيل المؤجل كالزيادة ما يذكر في باب الربا من عدم جواز بيع حنطة حالاً بحنطة أخرى مؤجلاً.

وفيه: أنّه لو لم يكن في أصل الدعوى تأمل فلا ينبغي الرب في أنّ إطلاقها ممنوعة، حيث ربما يكون التعجيل مصلحة للمشتري، أو يكون دفعه بعد حلول الأجل أو قبله على حد سواء، كما إذا أراد المشتري دفع الثمن قبل حلول الأجل بساعة أو ساعتين.

وذكر المصنف رحمته الله في وجه عدم وجوب التسليم: أنّ اشتراط الأجل كما يكون

(١) منهم العلامة في التذكرة ١: ٥٥٩، وصاحب جامع المقاصد ٤: ٢٤٩ (حيث نسب الخلاف إلى بعض العامة)، وصاحب الرياض ٨: ٢١٩ (قال: بالإجماع عليه).

(٢) التذكرة ١: ٥٥٩.

وبالجملة، ففي الأجل حق لصاحب الدين بلا خلاف ظاهر. ومما ذكرنا يظهر الفرق بين الحال والمؤجل، حيث إنه ليس لصاحب الدين الحال حق على المديون. واندفع أيضاً ما يتخيل: من أن الأجل حق مختص بالمشتري، ولذا يزداد الثمن من أجله، وله طلب النقصان في مقابل التعجيل، وأن المؤجل كالواجب الموسع في أنه يجوز فيه التأخير ولا يجب.

من جعل التأخير للمشتري كذلك يكون من جعل الحق للبائع في تأخيره أخذ الثمن إلى حلول الأجل، ويكون على المشتري حفظ مال البائع على العهدة، كالودعي الذي عليه حفظ مال المودع.

والحاصل: أن في التأجيل حق للدائن بلا خلاف ظاهر.

ولكن ربما يقال بعدم الفرق بين الدين المؤجل والحال في أنه كما يجب على الدائن تسلّم الدين في الثاني كذلك في الأول.

وبتعبير آخر: التأجيل حق للمديون في التأخير في الاداء وللدائن في التأخير في التسلم حق فغير داخل فيه.

ويشهد لذلك كون التأجيل موجباً لزيادة الثمن، وأن للبائع تنقيض الثمن لمؤجل حتى يؤديه المديون حالاً.

والحاصل: الدين المؤجل بالإضافة إلى المديون كالواجب الموسع فيجوز له الاداء وان لم يرض به البائع ويتضيّق بحلول الأجل.

وفيه: أن كون التأجيل موجباً لزيادة الثمن لا يمنع عن كون التأخير في التسلم حقاً للبائع أيضاً.

والأظهر أن يقال: إن الأجل في الثمن لو كان قيداً له فلا يجب على البائع تسلّمه قبل الأجل إلا بالتراضي، لأن المدفوع قبل الأجل ليس فرداً له.

ثمَّ إنَّه لو أسقط المشتري أجل الدين [١] ففي كتاب الدين من التذكرة

وإن كان التأجيل شرطاً كما هو الظاهر المتفاهم فليس الاشتراط إلّا حق التأخير للمديون.

نعم، لو قامت قرينة خاصّة في مورد أنّ في البيع نسيئة غرض آخر للبائع غير زيادة الثمن أو الإرفاق على المشتري كالفرار من كلفة حفظ المال في تلك المدّة، كما قد يتفق في المعاملات في الاسفار لكان على البائع الامتناع عن التسلم والله سبحانه هو العالم. [١] ذكر العلامة في التذكرة^(١) والقواعد^(٢): أنه لو أسقط المديون التأجيل في الدين لم يصح فلا يجوز للدائن المطالبة بالدين قبل الأجل بمعنى أنّه لا يجب على المديون اداء ما عليه بمطالبة البائع قبل الأجل.

وعلّل ذلك في جامع المقاصد^(٣) بوجهين.

الأول: أنّ التأجيل حق للمديون بالعقد اللازم، ومادام العقد باقياً لا يوجب إسقاط الأجل شيئاً.

والثاني: أنّ التأجيل حق للمديون أيضاً، ولذا لا يجب عليه التسلم فيما إذا تبرّع المديون بالأداء قبل حلول الأجل.

نعم، لو تقايلا في الأجل بأن اسقط كل منهما شرط الأجل لجاز للدائن مطالبة المديون.

والإقالة في الأجل نافذة في غير صورة نذرهما أو نذر أحدهما بيع المال أو شرائه مؤجلاً حيث إنّه مع النذر لا يجوز الإقالة، ولا يسقط الأجل، ويكون نفوذ الإقالة في

(١) التذكرة ٢: ٤.

(٢) القواعد ٢: ١٠٧.

(٣) جامع المقاصد ٥: ٤١.

والقواعد: أنه لو أسقط المديون أجل الدين ممّا عليه لم يسقط، وليس لصاحب الدين مطالبة في الحال، وعَلَّه في جامع المقاصد: بأنّه قد ثبت التأجيل في العقد اللازم، لأنّه المفروض فلا يسقط بمجرد الإسقاط، ولأنّ في الأجل حقاً لصاحب

العقد لا في النذر.

وفيه: أنّ شيئاً من الوجهين غير تام، فإنّ المشروط في العقد اللازم فيما إذا كان من قبيل الحق لأحد المتعاقدين أو كليهما فهو قابل للإسقاط، كما إذا باع العين منه بثمن واشترط عليه خياطة ثوبه، فيكون اشتراط الخياطة من حق البائع على المشتري، فيجوز للبائع إسقاط هذا الحق بحيث لا يجوز له بعد إسقاطه إجبار المشتري على خياطته، ولا فسخ العقد بتركه الخياطة.

وثبت حق الدائن على المشتري في حفظ ماله على عهده لا يمنع عن إجباره المشتري على الاداء قبل الأجل، فإنّ هذا الإجبار أثر لسقوط حق المديون في التأخر، ولا يوجب أن يمتنع البائع عن التسلم إلى أن ينقضي الأجل.

وما ذكر أخيراً من عدم صحة الإقالة مع نذر شرط الأجل ضعيف وإن لم يتعرض المصنف رحمته لضعفه، فانه لو كان نذره بيع المال أو شرائه مؤجلاً شاملاً لما بعد إنشاء البيع أيضاً يكون إسقاطه محرماً تكليفاً، والنهي بما أنّه من النهي عن المعاملة لا يقتضي فساد الإقالة.

ووجه في التذكرة^(١) عدم سقوط شرط الأجل بوجه آخر:

وحاصله: أنّ شرط التأجيل من قبيل الصفة التابعة لأحد المتعاقدين أي من الوصف المشروط لأحدهما، وفيما كان موصوفه من الكلّي كقول البائع في بيع السلف بعت منّا من الحنطة الموصوفة كذا يكون الوصف تقييداً لذلك الكلّي وتضييق دائرته

الدين، ولذا لم يجب عليه القبول قبل الأجل. أما لو تقايلا في الأجل فإنه يصح، أما لو نذر التأجيل فإنه يلزم وينبغي أن لا يسقط بتقايلهما، لأن التقايل في العقود لا في النذور، انتهى. وفيه: أنه الحق المشترط في العقد اللازم يجوز لصاحبه إسقاطه، وحق صاحب الدين لا يمنع من مطالبته من أسقط حق نفسه. وفي باب الشروط من التذكرة: لو كان عليه دين مؤجل فأسقط المديون الأجل لم يسقط، وليس للمديون مطالبته في الحال، لأن الأجل صفة تابعة، والصفة لا تُفرد بالإسقاط، ولهذا لو أسقط مستحق الحنطة الجيدة أو الدنانير الصحيحة الجودة أو الصحة لم يسقط، وللشافعي وجهان، انتهى.

فلا يكون الفاقد لذلك الوصف فرداً للمبيع، بخلاف وصف المذكور للعين الخارجية فإن الوصف فيه مرجعه إلى جعل الخيار مع تحلف ذلك الوصف، ولذا يمكن إسقاط الوصف المشترط في العين الخارجية دون الوصف المشترط للكلي.

والحاصل: كما أن وصف الصحة والجودة في الكلي، يوجب تقييد ذلك الكلي ولا يكون الفاسد المدفوع أو غير الجيد فرداً منه، ولا يجوز للمشتري فسخ العقد، بل له رد المدفوع ومطالبة البائع بالصحيح أو الجيد كذلك الأجل المذكور للثمن من قبيل الوصف المزبور.

أقول: الوصف المذكور للكلي وإن كان راجعاً إلى تقييده ولكن اشتراط الأجل كما ذكرنا ليس من قبيل الوصف، بل من قبيل اشتراط فعل آخر، كاشتراط خياطة الثوب على المشتري، كما إذا باع متاً من الحنطة سلماً واشترط تسليمها في البلد الفلاني، فإن هذا الشرط بما أنه شرط فعل لا يوجب تقييد المبيع، وتسليم الثمن في زمان أو مكان من هذا القبيل.

والصحيح في وجه عدم جواز إسقاط شرط الأجل ما أشار إليه المصنف رحمته الله من

ويمكن أن يقال: إنَّ مرجع التأجيل في العقد اللازم إلى إسقاط حقَّ المطالبة في الأجل، فلا يعود الحقَّ بإسقاط التأجيل، والشرط القابل للإسقاط ما تضمن إثبات حقَّ قابل لإسقاطه بعد جعله، ألا ترى أنَّه لو شرط في العقد التبري من عيوب المبيع لم يسقط هذا الشرط بإسقاطه بعد العقد ولم تعد العيوب مضمونة كما كانت بدون الشرط!

وأما ما ذكره: من أن لصاحب الدين حقاً في الأجل، فدلالته على المدعى موقوفة على أن الشرط الواحد إذا انحلَّ إلى حقَّ لكل من المتبايعين لم يجز

أنَّ مرجع شرط الأجل إلى إسقاط البائع حقَّه في المطالبة بالثمن إلى الأجل المزبور، فإنَّه مع البيع مطلقاً يكون للبائع حقَّ المطالبة بالثمن فالتأجيل شرط لسقوط هذا الحق. وكلما كان مقتضى الشرط في العقد سقوط حق من أحد المتعاقدين فلا يعود ذلك الحق الساقط، نظير اشتراط البائع التبري من عيوب المبيع، فإنَّ مقتضاه سقوط الخيار عن المشتري مع ظهور العيب في المبيع، وبعد هذا الإسقاط لا يمكن ثبوت الخيار بإسقاط البائع تبريه.

والحاصل: كلما كان مقتضى الشرط ثبوت حق لأحد المتعاقدين فهذا الحق يسقط بالإسقاط بعد العقد، بخلاف ما إذا كان مقتضى الاشتراط سقوط الحق، فإنَّ الحق بعد سقوطه كما هو فرض نفوذ الشرط لا يعود.

وقد ذكرنا أنَّ التأجيل يتضمن حقاً واحداً وليس فيه ثبوت حق للبائع على المشتري في حفظ أمواله أي إلى أن يحلَّ الأجل، ومع ثبوته أيضاً يكون حقاً آخر يثبت للبائع ولو مع سقوط حق مطالبته من الاول.

وعلى الجملة: فالوجه في عدم سقوط شرط الأجل ما أشرنا إليه من الوجه والله سبحانه هو العالم.

لأحدهما إسقاطه، لأنَّ الفرض اشتراكهما فيه، ولم يسقط الحق بالنسبة إلى نفسه، لأنَّه حقٌّ واحد يتعلَّق بهما، فلا يسقط إلَّا باتِّفاقهما الذي عبَّر عنه بالتقابل، ومعناه: الاتِّفاق على إسقاط الشرط الراجع إليهما، فلا يرد عليه منع صحة التقايل في شروط العقود لا في أنفسها. نعم، لو صار التأجيل حقًّا لله تعالى بالنذر لم ينفع اتِّفاقهما على سقوطه، لأنَّ الحقَّ معلَّق بغيرهما. وما ذكره حسن لو ثبت اتحاد الحق الثابت من اشتراط التأجيل أو لم يثبت التعدّد، فيرجع إلى أصالة عدم السقوط، لكن الظاهر تعدد الحق، فتأمل.

مسألة: إذا كان الثمن - بل كلّ دين - حالاً أو حلّ، وجب على مالكة قبوله عند دفعه إليه [١] لأن في امتناعه إضراراً وظلماً، إذ لاحق له على من في ذمّته

[١] المشهور بل من غير خلاف ظاهر أنه يجب على الدائن أخذ دينه الحال عند دفعه إليه سواء كان حالاً بالأصالة أو بانقضاء الأجل، بمعنى أنّه لا يجوز له الامتناع عن الأخذ وإبقاء المال بزمّة المديون.

ويذكر المصنّف لذلك وجهين:

الأول: أن للمديون سلطنة تفريغ عهده عن الدين، حيث إنّ للناس سلطنة على أنفسهم كما هو المفهوم من سلطنتهم على أموالهم^(١).

والثاني: أن امتناع الدائن عن الأخذ وإبقاء المال على عهدة المديون بلا رضاه إضرار وعدوان على المديون، فلا يكون له سلطنة على هذا التعدي، كما أنّ امتناع سمرة بن جندب عن الاستئذان في الدخول إلى عذقه كان إضراراً وتعدياً على الأنصاري، وقد دلّ الحديث على عدم سلطانه على الدخول المزبور.

(١) كما في الحديث: «الناس مسلطون على أموالهم»، عوالي اللآلي ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩ و ٤٥٧، الحديث

في حفظ ماله في ذمته، والناس مسلطون على أنفسهم. وتوهم: عدم الإضرار والظلم، لارتفاعه بقبض الحاكم مع امتناعه أو عزله وضمائه على مالكه، مدفوع: بأن مشروعية قبض الحاكم أو العزل إنما هي لدفع هذا الظلم والإضرار المحرم عن

وعلى الجملة: كل ما يكون إضراراً وتعدياً على مؤمن لا يكون للمالك سلطنة عليه. لا يقال: الضرر في المقام بإبقاء المال على عهدة المديون بلارضا، ومجرد الامتناع عن أخذ ما عليه لا يوجب هذا الضرر، حيث إن للمديون مراجعة الحاكم، ودفع ما عليه إليه، وبقبض الحاكم ينتهي عهده فلا يجب الأخذ على الدائن مع إمكان مراجعة الحاكم.

فإنه يقال: مراجعة الحاكم علاج ودفع لإضرار الدائن وظلمه، كما أن مراجعة الأنصاري إلى النبي وأمره ﷺ بقطع شجرته^(١) كان علاجاً لامتناع سمرة عن الدخول مع الاستئذان وعن بيع نخلته، فيكون قبض الحاكم في المقام كبيع مال الزوج الممتنع عن إنفاق زوجته، فكما أن العلاج المزبور لا ينافي وجوب الإنفاق على الزوج كذلك علاج الإضرار في المقام بقبض الحاكم لا ينافي وجوب القبض على الدائن. وتعبير آخر: مراجعته وقبضه لا يكون بدلاً اختيارياً، بل يترتب على امتناع الدائن وتركه العمل بوظيفته.

أقول: الوجهان ضعيفان فإن فحوى حديث سلطنة الناس على أموالهم^(٢) على تقديره هو أن للشخص سلطنة تفريغ ذمته التي تدخل في السلطنة على النفس. وأما بيان طريق فراغ ذمته وأنه أي نحو يكون أو أنه يجب على الآخرين كلما

(١) أنظر وسائل الشريعة ٢٥: ٤٢٧ و ٤٢٨، الباب ١٢ من كتاب إحياء الموات، الحديث ١ و ٣.

(٢) مرّ آنفاً.

المديون، وليس بدلاً اختيارياً عن قبض الحاكم أو العزل حتى يسقط الوجوب عن المالك لتحقق البدل، ألا ترى أن من يجب عليه بيع ماله لتفقه عياله لا يسقط عنه الوجوب لقيام الحاكم مقامه في البيع.

يتوقف عليه فراغ ذمته فلا دلالة على ذلك أصلاً.

فلاحظ مثلاً أن الحديث دال على سلطنة المالك على بيع ماله، ولكن لا دلالة له على صحة المعاطاة أو وجوب الشراء على الآخرين، وكذلك سلطنة المالك على هبة ماله لا تدل على وجوب قبول الهبة على الموهوب له.

والحاصل: أنه لا يمكن الاستدلال بالفحوى على وجوب الأخذ على الدائن، أو على تعيين الدين في المال المعزول في صورة امتناعه عن الأخذ.

وما ذكر في الوجه الثاني غير صحيح أيضاً، فإن بقاء المال على عهدة المديون وذمته لا يكون من إدخال النقص في مال المديون أو نفسه أو عرضه ليكون إضراراً عليه.

ولا يقاس بدخول سمرة بن جندب على حائط الأنصاري بلا استئذان، فإن الدخول كذلك من الضرر في عرضه حيث إنه ربما كان دخوله كما ذكر من الاطلاع على خلوات الناس وعوراتهم.

ولو كان بقاء المال على عهدة المديون بلا رضاه ضرراً عليه لكان مقتضاه سقوط المال عن ذمته بلا حاجة إلى قبض الحاكم كما هو المدعى.

والحاصل: أن قبض الحاكم وإن كان بدلاً اضطرارياً إلا أن البدلية إنما هو بالإضافة إلى أداء المديون، حيث أنه مع إمكان دفع المال إلى مالكة يتعين الدفع إليه، ومع امتناعه يدفع إلى الحاكم، وهذا النحو من البدل لا يقتضي وجوب الأخذ على الدائن.

ولا يبعد أن يقال: على الدائن الأخذ، لأن عهدة حفظ المال على مالكة، وإن الدين

وكيف كان، فإذا امتنع بغير حق سقط اعتبار رضاه، لحديث نفي الضرر، بل مورده كان من هذا القبيل، حيث إنَّ سمرة بن جندب امتنع من الاستئذان للمرور إلى عذقه الواقع في دار الأنصاري وعن بيعها، فقال النبي ﷺ للأنصاري: «أذهب فاقلعه وارم بها وجه صاحبها» فأسقط ولايته على ماله. ومقتضى القاعدة إجبار الحاكم له على القبض [١] لأنَّ امتناعه أسقط اعتبار رضاه في القبض الذي يتوقف

يتعين بغير قبض الدائن أيضاً، كما إذا ألقى المديون ما يكون فرداً لما عليه بين يدي الدائن مع التفات الدائن بذلك. ولو تلف المال بعد ذلك لا يكون على المديون شيء خصوصاً فيما إذا وقع هذا النحو من الإلقاء مع امتناع الدائن عن أخذه، فلا حاجة إلى المراجعة إلى الحاكم الشرعي أو عدول المؤمنين ولا مورد للإكراه على الأخذ، ولا يرجع الملقى إليه على عهدة الدافع إلا بموجب جديد على ما تسمع في التعليقات الآتية.

[١] لم يظهر وجه لتوقف تعين الكلّي بالمدفوع فيما إذا كان فرداً على رضا المستحق وطيب نفسه بأخذه ليرتفع اعتبار رضاه في صورة امتناعه بقاعدة نفي الضرر^(١)، أو بحديث سلطنة الناس على أنفسهم، بل يعتبر رضاه فيما كان المدفوع من غير ما عليه، حيث إنَّ مرجع الدفع في هذا الفرض إلى مبادلة ما عليه بالمدفوع، وهذه مبادلة بينهما فيعتبر في وقوعها رضا الطرفين.

ولو كان على زيد لعمرو من الشعير واعتقد عمرو أنَّ له عليه من الحنطة، وأكرهه زيد على أخذ الشعير برئت ذمته، ولا فرق في ذلك بين إكراه الحاكم والمديون. بل لا يبعد أن لا يعتبر في صورة قبض الدائن علمه بأنَّ المدفوع إليه وفاء لما على

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

ملكه عليه، لا أصل القبض الممكن تحقّقه منه كُرهاً، مع كون الإكراه بحق بمنزلة الاختيار، فان تعدّر مباشرته - ولو كُرهاً - تولّاه الحاكم [١] لأنّ السلطان وليّ الممتنع بناءً على أنّ الممتنع من يمتنع ولو مع الإكراه. ولو قلنا: إنّ من يمتنع بالاختيار، جاز للحاكم تولّي القبض عنه من دون الإكراه، وهو الذي رجّحه في جامع المقاصد. والمحكيّ عن إطلاق جماعة عدم اعتبار الحاكم.

المديون كما يفصح عن ذلك صحيحة عبدالرحمن عن أبي الحسن عليه السلام «في الرجل يكون عند بعض أهل بيته المال لأيتام فيدفعه إليه فيأخذ منه دراهم يحتاج إليها، ولا يعلم الذي كان عنده المال للأيتام أنّه أخذ من أموالهم شيئاً، ثم يُيسّر بعد ذلك، أي ذلك خير له، أيعطيه الذي كان في يده أم يدفع إلى اليتيم وقد بلغ؟ وهل يجزيه أن يدفعه إلى صاحبه على وجه الصلة ولا يعلمه أنّه أخذ له مالاً؟ فقال: يجزيه أي ذلك فعل إذا أوصله إلى صاحبه، فان هذا من السرائر إذا كان من نيّته إن شاء ردّه إلى اليتيم إن كان قد بلغ على أي وجه شاء... الحديث»^(١).

نعم إذا لم يكن أداء المديون بنحو أخذ الدائن بل إلقاء المال إليه، فيعتبر علم الدائن والتفاتة إلى أنّ الملقى إليه اداء لما على المديون، فلا يكون بعد ذلك ضمان على المديون لفراغ ذمته كما هو مقتضى السيرة العقلانية.

[١] يعني إذا لم يأخذ الدائن ما دفع إليه ولم يمكن إكراهه عليه يكون أخذ الحاكم بمنزلة أخذه في كونه موجباً لتعيّن الدين فيه وبراءة ذمة المديون بدفعه إليه، بحيث إنّ ذلك مقتضى ولايته على الممتنع، بل لو صدق الممتنع على الدائن المزبور بمجرد امتناعه لكان أخذ الحاكم موجباً لتعيينه، وبراءة ذمة المديون ولو مع إمكان إكراهه على

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٢٦١، الباب ٧٧ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١.

وليس للحاكم مطالبة المديون [١] بالدين إذا لم يسأله، لعدم ولايته عليه مع رضا المالك بكونه في ذمته. وعن السرائر: وجوب القبض على الحاكم عند الامتناع وعدم وجوب الإجبار. واستبعده غيره، وهو في محله. ولو تعذر الحاكم، فمقتضى القاعدة إجبار المؤمنين له، عدولاً كانوا أم لا، لأنه من المعروف الذي يجب الأمر به على كل أحد. فإن لم يمكن إجباره، ففي وجوب قبض العدول عنه نظر، أقواه عدم [٢] وحينئذٍ فطريق براءة ذمة المديون أن يعزل حقه ويجعله أمانة

الأخذ، كما اختار ذلك في جامع المقاصد^(١)، بل المحكى^(٢) عن جماعة عدم اعتبار أخذ الحاكم أيضاً، بل يتعين الدين بما أراد المديون دفعه وامتنع الدائن عن أخذه، فلو تلف المال المزبور بعد ذلك فلاحق للدائن في مطالبة المديون.

[١] يعني ليس للحاكم مطالبة المديون بالأداء لأنه لا حرج على المديون في بقاء المال على ذمته مع رضا الدائن وعدم مطالبته، ولا يجب على الحاكم أخذ المال فيما إذا لم يرد المديون تفرغ ذمته مع امتناع الدائن عن أخذه.

ولكن ظاهر السرائر^(٣) وجوب القبض وأنه لا يجب على الحاكم إكراه الدائن، والاستبعاد^(٤) في محله لأن مالك المال أي الدائن عاقل مختار حاضر غير قاصر ليكون الحاكم ولياً له ليراعي مصالحه في أمواله.

[٢] وجه القوة عدم الدليل على ولايتهم، وما ورد في أن السلطان ولي الممتنع غايته أنه يعم الحاكم، وعلى عدول المؤمنين بل غيرهم أمر الدائن وإجباره على الأخذ

(١) جامع المقاصد ٤: ٢٤٨.

(٢) انظر الجواهر ٢٣: ١١٦، ومفتاح الكرامة ٤: ٤٨٣.

(٣) السرائر ٢: ٢٨٨.

(٤) استبعده الشهيد في الدروس ٣: ٢٠٥، وقرره صاحب الجواهر ٢٣: ١١٧.

عنده، فإن تلف فعلى ذي الحقّ، لأنّ هذه فائدة العزل وثمره إلغاء قبض ذي الحقّ. ولكن لم يخرج عن ملك مالكة، لعدم الدليل على ذلك، فإنّ اشتراط القبض في التملك لا يسقط بأدلة نفي الضرر، وإنّما يسقط بها ما يوجب الضرر وهو الضمان، وحينئذ فناء المعزول له، وقاعدة مقابلة الخراج بالضمان غير جارية هنا. وقد يستشكل في الجمع بين الحكم ببقاء ملكية الدافع وكون التلف من ذي الحقّ، ووجهه: أنّ الحقّ المملوك لصاحب الدين إن تشخّص في المعزول كان ملكاً له، وإن بقي في ذمة الدافع لم يمكن تلف المعزول منه، إذ لم يتلف ماله. ويمكن أن يقال: إنّ الحقّ قد سقط من الذمة ولم يتشخّص بالمعزول، وإنّما تعلّق به تعلّق حقّ المجنّي عليه برقبة العبد الجاني، فبتلفه يتلف الحقّ، ومع بقائه لا يتعين الحقّ فيه،

من باب الأمر بالمعروف من غير أن يوجب ذلك الولاية لهما كما لا يخفى.

ثمّ إنّه يستفاد من كلام المصنّف رحمه الله إمكان القول ببراءة ذمة المديون عند امتناع الدائن، وعدم إمكان مراجعة الحاكم بأمر:

الأوّل: عزل الدين وتعيّنه بالمعزول نظير تعيين الزكاة بالمعزول.

الثاني: عزل الدين في المال، لا نظير عزل الزكاة، بل يدخل المعزول في ملك الدائن قبل تلفه أنّاً ما فيلتفت عليه.

والثالث: سقوط الدين عن عهدة المديون، وبقاء المعزول في ملك المديون أيضاً، غاية الأمر يكون للدائن حقّ في المال الخارجي بتملكه حتّى مع عدم رضا المديون، نظير ما إذا جنّى العبد فانه بالجناية لا يخرج عن ملك مولاه، بل يكون للمجنّي عليه أو وليه حقّ تملك العبد واسترقاقه، وحيث لا يخرج عن مولاه فيجوز لمولاه التصرف فيه حتّى التصرف الموقوف على الملك مع كون العبد عرضة للاسترقاق، وهذا عيب يثبت لمشتريه مع جهله بالحال خيار الفسخ. وكذا الحال في

فضلاً عن أن يتشخص به. ويمكن أن يقال: بأنه يقدّر أنّ ما قبل التلف في ملك صاحب الدين. ثم إنّ الظاهر جواز تصرفه في المعزول، فينتقل المال إلى ذمته لو أتلفه. ومقتضى القاعدة عدم وجوب حفظه من التلف، لأنّ شرعية عزله وكون تلفه من مال صاحب الدين إنّما جاء من جهة تضرّر المديون ببقاء ذمته مشغولة، وتكليفه بحفظ المعزول أضّرّ عليه من حفظ أصل المال في الذمة. وعن المحقق الثاني: أنّه يتّجه الفرق بين ما إذا عرضه على المالك بعد تعيينه ولم يأت به [١]

المال المعزول في المقام فإنّه ملك للمديون ولكن للدائن حق تملكه وناقش عليه السلام في العزل بالنحو الأول والتزم بأحد الأخيرين.

والأظهر عدم تمام الأخيرين أيضاً، لأنّه ليس في البين ما يصلح الاعتماد عليه في الالتزام بشيء منهما، وقد تقدم أن قاعدة نفي الضرر^(١) على تقدير جريانها مقتضاه سقوط المال عن العهدة لا تعلّق حقّه بالمال الخارجي.

[١] يعني^(٢) فيما إذا لم يأت بالمعزول بل ذكر أنّه يريد أداء دينه فقال الدائن: لا آخذه، ففي هذه الصورة يجب على المديون حفظ ذلك المال المعزول، بخلاف ما إذا أتاه فأبى الدائن عن أخذه، ففي هذه الصورة لا يجب عليه حفظه، بل له وضعه عنده وإعلامه.

والوجه في براءة الذمة في الفرض الثاني أنه يتعين الدين في المعزول ويكفي الوضع المزبور في ردّ الأمانات على أهلها، ومع وضعها في تناول يد مالكها مع الإعلام بالحال يتحقّق الردّ المأمور به حتى وإن لم يأخذه الدائن، بخلاف ما إذا لم يأت بالمعزول فانه مأمور برده على الدائن الموقوف على حنطة إلى ذلك الحين.

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

(٢) أي ما يعنيه المحقّق الثاني في جامع المقاصد ٥: ٤١.

لكن أعلم بالحال، وبين ما إذا أتاه وطرحه عنده، فيلغى وجوب الحفاظ في الثاني دون الأول. ولعل وجهه: أن المبرئ للعهد التخلية والإقباض المتحقق في الثاني دون الأول، وسيجيء في مسألة قبض المبيع ما يؤيده. وعن المسالك: أنه مع عدم الحاكم يخلّى بينه وبين ذي الحق وتبرأ ذمته وإن تلف، وكذا يفعل الحاكم لو قبضه إن لم يمكن إلزامه بالقبض. ثم إن المحقق الثاني ذكر في جامع المقاصد [١]

أقول: قد تقدم عدم تعيين الدين بمجرد العزل، وأنه يتحقق الردّ بإلقاء فرد ما عليه إلى الدائن فلا حظ.

[١] وحاصله: ^(١) أنه بعد ما ذكر في تعيين الدين بالمعزول وإن فائدة تعيينه حساب تلفه على الدائن، فهل يجري ذلك التعيين فيما إذا أكره الظالم أحد الشريكين على دفع حصة شريكه الغائب، فدفع مقدار حصته إليه، أو باشر الظالم بأخذ مقدار معين من المشاع بعنوان أنه لشريكه الغائب، أو أن كلا التلغين يكون على الشريكين معاً. لم أجد للأصحاب تصريحاً بالحساب عليه أو عليهما معاً، ومقتضى قاعدة نفي الضرر ^(٢) هو الحساب على الشريك الغائب فقط.

وفيه: أنه لا وجه للحساب على ذلك الشريك خاصة في الفرع الثاني أي فيما باشر الظالم بأخذ مقدار معين بعنوان أنه حصته، فإن قصد الجائر بكون المأخوذ حصته لا يوجب تعيينها فيه ليكون تلفه عليه، بل المقدار المتلف نسبته إلى الشريكين على حد سواء فيحسب عليهما معاً.

وأما في الفرع الأول - أي فيما أكرهه الجائر على دفع حصة شريكه إليه - فيمكن أن يقال فيه: أن بقاء الشركة إلى زمان دفع الشريك المكروه «بالفتح»، فيكون مقتضى

(١) أي حاصل ما ذكره المحقق الثاني في جامع المقاصد ٥: ٤٠ - ٤١.

(٢) مرّ آنفاً.

- 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 مال على جهة الإشاعة بحيث يتعين المدفوع للشريك ولا يتلف منهما تردداً. ومثله ما لو تسلط الظالم بنفسه وأخذ قدر نصيب الشريك. لم أجد للأصحاب تصريحاً بنفي ولا إثبات، مع أن الضرر هنا قائم أيضاً، والمتجه عدم الانسحاب، انتهى. وحكي نحوه عنه في حاشية الإرشاد من دون فتوى.

قاعدة نفي الضرر عدم اعتبار رضاه في حصول القسمة.

ولكن القول ضعيف، فإنه لا مجرى لقاعدة نفي الضرر في أمثال المقام، ولا يجوز القسمة مع الغاصب لتعارض الضررين، فان بقاء الشركة ضرر على المكروه «بالفتح»، وزوالها ضرر على الشريك الآخر.

أضف إلى ذلك أن الأخذ بقاعدة نفي الضرر من غير ملاحظة عمل الأصحاب بها يوجب تأسيس فقه جديد.

أقول: العمدة عدم حكومة قاعدة لا ضرر، وأنه لا تثبت ولاية المكروه على القسمة للتعارض.

لا يقال: الضرر في إرادة المكروه «بالكسر» متوجه إلى الشريك الغائب، فلا يجب على هذا المكروه «بالفتح» دفعه عنه بتحمل ذلك الضرر.

فانه يقال: قد مر سابقاً المناقشة في ذلك، وعلى تقديره فلا يرتبط بالمقام، فانه فيما إذا كان مال الآخر معيناً في الخارج، فلا يجب على المكروه «بالفتح» حفظه ودفع ضرره بإيراد الضرر على نفسه.

وفي المقام لا يكون مال الشريك الآخر معيناً في الخارج، بل كل ما يدفع المكروه «بالفتح» إلى الجائر نسبته إليه وإلى الشريك الآخر على السواء، ولازم ذلك حساب

أقول: أمّا الفرع الثاني، فلأوجه لإلحاقه بما نحن فيه، إذ دليل الضرر بنفسه لا يقضي بتأثير نيّة الظالم في التعمين، فإذا أخذ جزءاً خارجياً من المشاع فتوجيه هذا الضرر إلى من نواه الظالم دون الشريك لأوجه له، كما لو أخذ الظالم من المديون مقدار الدين بنية أنّه مال الغريم. وأمّا الفرع الأول، فيمكن أن يقال: بأنّ الشريك لمّا كان في معرض التضرّر لأجل مشاركة شريكه جعل له ولاية القسمة. لكن فيه: أنّ تضرّره إنّما يوجب ولايته على القسمة حيث لا يوجب القسمة تضرّر شريكه، بأن لا يكون حصّة الشريك بحيث تلف بمجرّد القسمة، كما في الفرض، وإلا فلا ترجيح لأحد الضررين، مع أنّ التمسك بعموم «نفي الضرر» في موارد الفقه من دون انجباره بعمل بعض الأصحاب يؤسّس فقهاً جديداً.

مسألة: لاخلاف - على الظاهر من الحقائق المصرّح به في غيره - في عدم جواز تأجيل الثمن الحال [١] بل مطلق الدين، بأزيد منه، لأنه رباً، لأنّ حقيقة الربا

تلفه عليهما.

ولذا ذكرنا أن ما ورد في إقرار أحد الورثة بوارث آخر - من نفوذ اعترافه بمقدار حصته، وأن ما في يد سائر الورثة يحسب تالفاً على المقرّ خاصة - على خلاف القاعدة، حيث إنّ مقتضى القاعدة كون ما بيد المتصرف وحساب تلف ما بيد سائر الورثة عليهما كما لا يخفى.

[١] يظهر من الحقائق^(١): عدم الخلاف في عدم جواز تأجيل الدين الحال بالزائد منه، بل عدم الجواز مصرّح به في غير الحقائق^(٢).

ولو كان له على زيد ألفاً وقال: امهلك شهرين، ولكن عليك ألف ومأتان، لا يصح

(١) راجع الحقائق ١٩: ١٣٤.

(٢) كما في السرائر ٢: ٢٨٩، والجواهر ٢٣: ١٢٠.

في القرض راجعة إلى جعل الزيادة في مقابل إمهال المقرض وتأخير المطالبة إلى أجل، فالزيادة الواقعة بإزاء تأخير المطالبة رباً عرفاً، فإن أهل العرف لا يفرقون في إطلاق الربا بين الزيادة التي تراضيا عليها في أول المدينة - كأن يقرضه عشرة بأحد عشر إلى شهر - وبين أن يتراضيا بعد الشهر إلى تأخير شهر آخر بزيادة واحد، وهكذا... بل طريقة معاملة الربا مستقرة على ذلك، بل الظاهر من بعض التفاسير: أن صدق الربا على هذا التراضي مسلم في العرف، وأن مورد نزول قوله تعالى في مقام الرد على من قال: ﴿إِنَّمَا النَّبِيعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ النَّبِيعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ هو التراضي

بمعنى أن الدائن لا يستحق الزائد حتى ما إذا أخر المديون إلى تمام الشهرين. وذكر المصنف رحمته الله: أن الوجه في عدم جواز ذلك كون الزيادة ربا، حيث إن حقيقة الربا في الفرض هو أخذ الزيادة في مقابل الإمهال للمديون، ولا فرق في الإطلاق العرفي بين جعل الزيادة لإمهاله في عقد القرض والمدينة، أو جعلها بازاء إمهاله بعد المدينة، كما إذا قال: بعثك بعشرة دنانير وأمهلتك شهرين وعليك اثنا عشر، أو يقول بعد تمام عقد المدينة: لا أطلبك بالدين وعليك كذا.

ويظهر من بعض التفاسير: أن صدق الربا عرفاً على تأجيل الدين الحال بزيادة أمر مسلم، وأن مورد نزول قوله سبحانه ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ النَّبِيعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ هو التأجيل بالزيادة، ففي مجمع البيان ^(١): عن ابن عباس: أنه كان الرجل في الجاهلية إذا حل دينه يقول لدائنه: زدني في الأجل أزيدك في المال فيتراضيان على ذلك، وإذا قيل له هذا ربا يقول: البيع مثل هذا يعني: لا فرق بين بيع المال بذلك المقدار من الأول على تلك المدة أو يزيد في الثمن بعد البيع.

بعد حلول الدين على تأخيرهِ إلى أجل بزيادة فيه. فمن مجمع البيان عن ابن عباس: أَنَّهُ كَانَ الرَّجُلُ مِنْ أَهْلِ الْجَارِيَةِ إِذَا حُلَّ دِينُهُ عَلَى غَرِيمِهِ فُطَالِبُهُ، قَالَ الْمَطْلُوبُ مِنْهُ: زِدْنِي فِي الْأَجْلِ أَزِيدُكَ فِي الْمَالِ، فَيَتَرَضَّيَانِ عَلَيْهِ وَيَعْمَلَانِ بِهِ، فَإِذَا قِيلَ لَهُمْ: رَبَا، قَالُوا: هُمَا سَوَاءٌ، يَعْنُونَ بِذَلِكَ: أَنَّ الزِّيَادَةَ فِي الثَّمَنِ حَالُ الْبَيْعِ وَالزِّيَادَةُ فِيهِ بِسَبَبِ الْأَجْلِ عِنْدَ حُلُولِ الدِّينِ سَوَاءٌ، فَذَمَّهُمُ اللَّهُ وَأَلْحَقَ بِهِمُ الْوَعِيدَ وَخَطَأَهُمْ فِي ذَلِكَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾. وَيُؤَيِّدُهُ بَلْ يَدُلُّ عَلَيْهِ حَسَنَةُ ابْنِ أَبِي عَمِيرٍ أَوْ صَحِيحَتُهُ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: «سُئِلَ عَنِ الرَّجُلِ يَكُونُ لَهُ دِينَ إِلَى أَجَلٍ مَسْمًى، فَيَأْتِيهِ غَرِيمُهُ فَيَقُولُ لَهُ: أَنْقِذْنِي كَذَا وَكَذَا وَأَضْعُ عَنْكَ بَقِيَّتَهُ، أَوْ: أَنْقِذْنِي بَعْضُهُ وَأَمَدٌ لَكَ فِي الْأَجْلِ فِيمَا بَقِيَ عَلَيْكَ؟ قَالَ: لَا أَرَى بِهِ بَأْسًا، إِنَّهُ لَمْ يَزِدْ عَلَى رَأْسِ مَالِهِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ عَلِلَّ جَوَازَ

أقول: لا حاجة في إثبات عدم جواز الزيادة إلى إثبات كونها ربا لدلالة النص على عدم جوازها وأنها خلة في الربا موضوعاً أو حكماً.

وفي صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام «فِي الرَّجُلِ يَكُونُ عَلَيْهِ دِينَ إِلَى أَجَلٍ مَسْمًى، فَيَأْتِيهِ غَرِيمُهُ فَيَقُولُ: أَنْقِذْنِي مِنَ الَّذِي لِي كَذَا وَكَذَا وَأَضْعُ لَكَ بَقِيَّتَهُ، أَوْ يَقُولُ: أَنْقِذْنِي بَعْضاً وَأَمَدٌ لَكَ فِي الْأَجْلِ فِيمَا بَقِيَ فَقَالَ: لَا أَرَى بِهِ بَأْسًا مَا لَمْ يَزِدْ عَلَى رَأْسِ مَالِهِ شَيْئاً يَقُولُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾»^(١).

حيث إن استشهاده عليه السلام في ذيل الرواية بقوله سبحانه شاهد لكون الزيادة ربا ولكن يمكن كونه ربا حكماً لعدم جريان أصالة الحقيقة في موارد العلم بالمراد كما لا يخفى.

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٣٧٦، الباب ٣٢ من أبواب الدين، الحديث ١.

التراضي على تأخير أجل البعض بنقد البعض بعدم الازدياد على رأس ماله، فيدل على أنه لو ازداد على رأس ماله لم يجز التراضي على التأخير، وكان ربا بمقتضى استشهاده بذيل آية الربا، وهو قوله تعالى: ﴿فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾. ويدل عليه بعض الأخبار الوارد في تعليم طريق الحيلة في جواز تأخير الدين بزيادة باسئراط التأخير في ضمن معاوضة غير مقصودة للفرار

والحاصل: أنه يستفاد من الصحيحة المباركة حكمان:

أحدهما: أنه لا بأس بتعجيل الدين المؤجل بتنقيصه بإسقاط بعضه. وثانيهما: عدم جواز تأجيل الدين بالزيادة فيه.

وليس في البين ما يرفع اليد من مدلوليها، بل يؤيده أو يدل عليه أيضاً رواية محمد بن إسحاق بن عمار «قال: قلت للرضا عليه السلام: الرجل يكون له المال، فيدخل على صاحبه يبيعه لؤلؤة تسوى مائة درهم بألف درهم ويؤخر عنه المال إلى وقت قال: لا بأس به، قد أمرني أبي ففعلت ذلك»^(١).

وموثقة إسحاق بن عمار «قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: يكون لي على الرجل دراهم، فيقول: أخرني بها وأنا اربحك، فابيعه جبة تقوم علي بألف درهم بعشرة آلاف درهم، أو قال: بعشرين ألفاً وأؤخره المال، قال: لا بأس»^(٢) ونحوها غيرها.

فانه لو كانت الزيادة في الدين للتأجيل فيه جايزاً لما احتاجوا إلى اعمال الحيل وتعليمها حتى وقعوا في اعمال بعضها مورد اعتراض العامة، كما ورد ذلك في ضم غير الجنس في بيع المتجانسين إلى العوض الأقل.

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٥٥، الباب ٩ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٦.

(٢) المصدر: الحديث ٤.

عن الحرام، فلو جاز التراضي على التأجيل بزيادة لم يكن داع إلى التوصل بأمثال تلك الحيل حتى صاروا عليه السلام مورداً لاعتراض العامة في استعمال بعضها، كما في غير واحد من الأخبار الواردة في بعضها. ويدل عليه أيضاً أو يؤيده بعض الأخبار الواردة في باب الدين، فيما إذا أعطى المديون بعد الدين شيئاً مخافة أن يطلبه الغريم بدينه. ومما ذكرنا - من أن مقابلة الزيادة بالتأجيل رباءاً - يظهر عدم الفرق بين المصالحة عنه بها والمقاوله عليها [١] من غير عقد. وظهر أيضاً أنه يجوز المعاوضة اللازمة على الزيادة بشيء واشترط تأخير الدين عليه في ضمن تلك المعاوضة. وظهر أيضاً من التعليل المتقدم في رواية ابن أبي عمير جواز نقص المؤجل بالتعجيل. وسيجيء تمام الكلام في هاتين المسألتين في باب الشروط أو كتاب القرض إن شاء الله تعالى.

[١] يعني لافرق في عدم الجواز بين المصالحة عن التأجيل بالزيادة، وبين المقاوله على تلك الزيادة.

والمراد من المقاوله الملزمة بحسب قرارهم بحيث يكون على المديون تلك الزيادة على تقدير إمهال الدين.

وأما إذا لم تكن ملزمة بحيث لم ير الدائن لنفسه تلك الزيادة حتى مع الإمهال، كما إذا علم المديون أنه لو لم يعط للدائن مالا لطلبه بالدين، ويعطى له هدية لثلا يطلبه بالدين فلا بأس بذلك.

وفي موثقة إسحاق بن عمار عن أبي الحسن عليه السلام «قال: سألته عن الرجل يكون له مع رجل مال قرضاً فيعطيه الشيء من ربحه مخافة أن يقطع ذلك عنه، فيأخذ ماله من غير أن يكون شرطاً عليه، قال: لا بأس بذلك ما لم يكن شرطاً»^(١).

مسألة: إذا ابتاع عيناً شخصيةً بثمن مؤجل جاز بيعه من بائعه وغيره قبل حلول الأجل وبعده [١] بجنس الثمن وغيره، مساوياً له أو زائداً عليه أو ناقصاً، حالاً أو مؤجلاً، إلا إذا اشترط أحد المتبايعين على صاحبه في البيع الأول قبوله منه بمعاملة ثانية. أما الحكم في المستثنى منه، فلا خلاف فيه إلا بالنسبة إلى بعض صور المسألة - فمنع منها الشيخ في النهاية والتهذيبين، وعن الشهيد: أنه تبع الشيخ جماعة - وهي: بيعه من البائع بعد الحلول بجنس الثمن لا مساوياً. قال في النهاية:

ثم لا يخفى أنّ تعجيل الثمن المؤجل أو الدين المؤجل لو كان بعنوان الوفاء ببعض الدين مع الإبراء عن بعض الآخر لم يكن فرق بين كون الدين من المكيل أو الموزون أو غيرهما.

وان كان بعنوان معاوضة ما على المديون بالأقل نقداً فيعتبر ان لا يكون من المكيل أو الموزون، لأنه مع كونه منهما يدخل البيع المزبور في البيع الربوي. ومما ذكر يظهر أنه لا فرق في جواز نقد البعض على تمديد الأجل في الباقي بين كون الدين من المكيل أو الموزون أو غيرهما، لأن تأجيل البعض الآخر ليس بزيادة بل يكون شرطاً في ضمن الوفاء ببعض الدين.

[١] يقع الكلام في مقامين:

الأول: في المستثنى منه في عنوان المسألة يعني جواز شراء البائع من المشتري - قبل حلول الأجل، أو بعده - العين الشخصية التي قد باعها منه مؤجلاً.

الثاني: في المستثنى يعني حكم شراء البائع من المشتري فيما إذا كان الشراء شرطاً في البيع الأول.

أما المقام الأول: فالمعروف جواز الشراء المزبور، ولم ينسب الخلاف إلا إلى

إذا اشترى نسيئةً فحلَّ الأجل ولم يكن معه ما يدفعه إلى البائع جاز للبائع أن يأخذ منه ما كان باعه إياه من غير نقصان من ثمنه، فإن أخذه بنقصان ممَّا باع لم يكن ذلك صحيحاً ولزمه ثمنه الذي كان أعطاه به، فإن أخذ من المبتاع متاعاً آخر بقيمته في الحال لم يكن بذلك بأس، انتهى. وظاهر الحدائق: أن محلَّ الخلاف أعم ممَّا بعد الحلول وأنه قَصَّر بعضهم التحريم بالطعام.

الشيخ^(١) رحمه الله في بعض صور المسألة، وهو بيع العين بعد حلول الأجل من بائه ثانياً بجنس الثمن بتفاوت، كما إذا كان الثمن في البيع الأول مائة درهم فباعها بعد حلول الأجل من بائعها بتسعين.

وذكر الشهيد^(٢) رحمه الله: أنه لا ينفرد الشيخ رحمه الله بهذا القول، بل تبعه على ذلك جماعة. وذكر صاحب الحدائق^(٣): عدم انحصار خلافهم بصورة البيع بعد حلول الأجل، بل لا يجوز البيع الثاني قبل حلول الأجل أيضاً، وقال: إنَّ خلافهم لا يعم جميع الأشياء بل يختص بما إذا كان المبيع طعاماً، حيث إنَّ الطعام عندهم إذا بيع إلى أجل لا يجوز لمشتريه بيعه من بائه ثانياً قبل حلول الأجل أو بعده بجنس الثمن بتفاوت.

وكيف ما كان، فالأظهر عند المصنف رحمه الله ما عليه المشهور من الجواز مطلقاً، ويقتضيه عموم وجوب الوفاء بالعقد^(٤)، وإطلاق حلِّ البيع^(٥) مع روايات خاصة دالة على الجواز في المقام، كصحيحة بشار بن يسار قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع نسيئةً فيشتريه من صاحبه الذي يبيعه منه، قال: نعم لا بأس به، فقلت له: أشتري

(١) النهاية: ٣٨٨.

(٢) غاية المراد ٢: ٨٠، وانظر مفتاح الكرامة ٤: ٤٣٤.

(٣) الحدائق ١٩: ١٢٥.

(٤) للآية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، سورة المائدة: الآية ١.

(٥) للآية ﴿وَأَحْلَلْ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾، سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

وكيف كان، فالأقوى هو المشهور، للعمومات المجوزة كتاباً وسنةً وعموم ترك الاستفصال في صحيحة بشار بن يسار، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع بنسأً، فيشتريه من صاحبه الذي يبيعه منه؟ فقال: نعم، لا بأس به. فقلت له: أشتري متاعي وغنمي! قال: ليس هو متاعك ولا غنمك ولا بقرك». وصحيحة ابن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام: «رجل كان له على رجل دراهم من ثمن غنم اشتراها منه،

متاعي؟ فقال: ليس هو متاعك ولا بقرك ولا غنمك»^(١).

فإن ترك الاستفصال فيها عن كون الشراء ثانياً بجنس الثمن بتفاوت أم لا، مقتضاه عدم الفرق بذلك في نفي البأس.

وكذا رواية الحسين بن المنذر قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: يجيئني الرجل فيطلب العينة، فأشتري له المتاع مرابحة ثم أبيع له إياه ثم أشتريه منه مكاني، قال: إذا كان بالخيار إن شاء باع، وإن شاء لم يبيع، وكنت أنت بالخيار إن شئت اشتريت وإن شئت لم تشتري فلا بأس»^(٢).

وهذا أيضاً دالة على جواز الاشتراء بتفاوت كما لا يخفى.

وصحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: «سألته عن رجل باع ثوباً بعشرة دراهم إلى أجل ثم اشتراه بخمسة نقداً، قال: إذا لم يشترطاً ورضياً فلا بأس»^(٣).

وهذه الروايات تعم بعض الصور التي نسب الخلاف فيها إلى الشيخ عليه السلام.

وقد يستدل على الجواز أيضاً بموثقة يعقوب بن شعيب وعبيد بن زرارمة معاً

(١) وسائل الشريعة ١٨: ٤١، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٣.

(٢) المصدر: ٤١-٤٢، الحديث ٤.

(٣) مسائل علي بن جعفر: ١٢٧/١٠٠.

فأتى الطالب المطلوب يتقاضاه، فقال له المطلوب: أبيعك هذه الغنم بدراهمك التي لك عندي، فرضي؟ قال: لا بأس بذلك». ورواية الحسين بن منذر، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يجيئني فيطلب العينة فأشتري له المتاع من أجله ثم أبيع له إياه ثم أشتريه منه مكاني؟ قال: فقال: إذا كان هو بالخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبع، وكنت أنت بالخيار إن شئت اشتريت وإن شئت لم تشتري فلا بأس. قال: فقلت: إن أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسد ويقولون: إنه إن جاء به بعد أشهر صح، قال: إنما هذا تقديم وتأخير ولا بأس».

قالا: «سألنا أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع طعاماً بدراهم إلى أجل فلما بلغ ذلك الأجل تقاضاه، فقال: ليس عندي دراهم خذ مني طعاماً فقال: لا بأس به، إنما له دراهم يأخذ بها ما شاء»^(١).

ولكن في دلالتها على حكم المقام تأمل، فإن المفروض في المقام شراء البائع من المشتري نفس ما باعه منه، وليس في الرواية دلالة على كون الطعام الذي أراد المشتري بيعه من البائع بدلاً عن الدرهم ما اشتراه منه أولاً، اللهم إلا أن يتمسك بعدم الاستفصال في الجواب.

وقد يدعى أنه تعارض الروايات المتقدمة صحيحة خالد بن الحجاج قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل بعته طعاماً بتأخير إلى أجل مسمى، فلما حل الأجل أخذته بدراهمي، فقال: ليس عندي دراهم ولكن عندي طعام فاشتريه مني؟ قال: لا تشتريه منه فإنه لا خير فيه»^(٢).

ولكن لا دلالة في هذه على أن المشتري أراد بيع نفس الطعام الذي اشتراه منه أولاً.

(١) الكافي ٥: ١٨٦/٨.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٣١١-٣١٢، الباب ١٢ من أبواب السلف، الحديث ٣.

وفي المحكي عن قرب الإسناد عن علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: «سألته عن رجل باع ثوباً بعشرة دراهم اشتراه منه بخمسة دراهم، أيحل؟ قال: إذا لم يشترط ورضيا فلا بأس». وعن كتاب علي بن جعفر قوله: «باعه بعشرة إلى أجل ثم اشتراه بخمسة بنقد»، وهو أظهر في عنوان المسألة.

وظاهر هذه الأخبار - كما ترى - يشمل صور الخلاف. وقد يستدل أيضاً برواية يعقوب بن شعيب وعبيد بن زارة، قالوا: «سألنا أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع طعاماً بدراهم إلى أجل، فلمّا بلغ ذلك تقاضاه، فقال: ليس لي دراهم خذ منّي طعاماً، فقال: لا بأس به، فإنّما له دراهمه يأخذ بها ما شاء» وفي دلالتها نظر. وفيما سبق من العمومات كفاية، إذ لا معارض لها عدا ما ذكره الشيخ عليه السلام من رواية خالد بن الحجاج، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل بعته طعاماً بتأخير إلى أجل

مع أنّ كلمة خير اسم تفضيل، فنفية لا يدل على عدم الجواز. وأمّا رواية عبد الصمد بن بشير - المحكية عن الفقيه - قال: «سأله محمد بن القاسم الحنات فقال: أصلحك الله أبيع الطعام من الرجل إلى أجل فأجبيء وقد تغير الطعام من سعره، فيقول: ليس عندي دراهم قال: خذ منه بسعر يومه، قال: أفهم - أصلحك الله - أنّه طعامي الذي اشتراه منّي، قال: لا تأخذ منه حتى يبيعه ويعطيك، قال: أرغم الله أنفي رخص لي فرددت عليه فشدد علي»^(١)، فلضعف سندها غير قابلة للاعتماد عليها، بل على تقدير كونها معتبرة - لكون القاسم بن محمد الجوهري من المشاهير ولم يرد فيه قدح - محمولة على الكراهة جمعاً بينها وبين ما تقدّم من الروايات المجوّزة.

(١) الفقيه ٣: ٢٠٧-٢٠٨/٣٧٧٧، والوسائل ١٨: ٣١٢، الباب ١٢ من أبواب السلف، الحديث ٥.

مسمّى، فلمّا جاء الأجل أخذته بدراهمي، فقال: ليس عندي دراهم، ولكن عندي طعام، فاشتره منّي؟ فقال: لا تشتريه منه، فإنّه لا خير فيه». ورواية عبد الصمد بن بشر -المحكيّة عن الفقيه - قال: «سأله محمد بن قاسم الحنات فقال: أصلحك الله! أبيع الطعام من رجل إلى أجل، فأجيء وقد تغيّر الطعام من سعره فيقول ليس عندي دراهم؟ قال: خذ منه بسعر يومه. فقال: أفهم - أصلحك الله - أنّه طعامي الذي اشتريته منّي، فقال: لا تأخذ منه حتى يبيعه ويعطيك، فقال: أرغم الله أنفي! رخص لي، فرددت عليه فشدد عليّ». وحكي عن الشيخ عليه السلام: أنّه أوردّها في الاستبصار دليلاً على مختاره. وحكي عن بعض ردّها بعدم الدلالة بوجه من الوجوه.

أقول: لا يظهر من رواية خالد دلالة على مذهب الشيخ، وعلى تقدير الدلالة فتعليل المنع بأنّه: «لا خير فيه» من أمارات الكراهة. واعلم أنّه قال الشيخ في المبسوط: إذا باع طعاماً [١] بعشرة مؤجلة، فلمّا حلّ الأجل أخذ بها طعاماً جاز إذا

[١] ظاهر هذه العبارة ^(١): أنّه لا يجوز للبائع أخذ الطعام الأكثر من المشتري بدلاً عما عليه من الثمن بلافق بين كون ذلك الطعام هو الذي باعه منه أولاً أو غيره.

والوجه في عدم الجواز على ما يظهر مما ذكره عليه السلام في الخلاف هو رجوع البيعين إلى بيع الطعام بالطعام ولو كان البيع بتفاوت لكان رباحاً.

وقد تقدّم أيضاً أنّه قال في النهاية ^(٢): إذا اشترى نسيئة فحلّ الأجل ولم يكن عنده ما يدفعه إلى البائع جاز للبائع أن يأخذ ما باعه إياه من غير نقصان من ثمنه، فإن أخذ بنقصان لم يكن صحيحاً.

(١) وهي عبارة الشيخ في المبسوط ٢: ١٢٣.

(٢) مرّ آنفاً.

أخذ ما أعطاه، فإن أخذ أكثر لم يجز. وقد روي أنه يجوز على كل حال. وحكي في المختلف عن الخلاف: أنه إذا باع طعاماً قفيزاً بعشرة دراهم مؤجلة، فلما حل الأجل أخذ بها طعاماً جاز إذا أخذ مثل ذلك، فإن زاد عليه لم يجز. واحتج بإجماع الفرق وأخبارهم وبأنه يؤدي إلى بيع الطعام بالطعام. ثم حكي عن بعض أصحابنا الجواز مطلقاً، وعن بعضهم المنع مطلقاً. ثم حكي عن الشيخ في آخر كلامه، أنه قال: والقول الآخر الذي لأصحابنا قوي، وذلك أنه بيع طعام بدراهم، لا بيع طعام بطعام، فلا يحتاج إلى اعتبار المثلية، انتهى.

والحاصل: أن ما ذكر في المبسوط^(١) والخلاف^(٢) والنهاية^(٣) متفرع على القاعدة التي أشار إليه المصنف رحمته الله وهي: أنه يجري على عوض الجنس الربوي حكم ذلك الجنس الربوي بمعنى أنه لا يجوز مبادلة ذلك العوض بذلك الجنس بالأكثر أو بالأقل، مثلاً إذا باع مقداراً من الحنطة الأخرى ثانية بالزيادة أو النقص من الحنطة المباعة أولاً، فإنها ترجع إلى مبادلة الحنطة بالحنطة بتفاوت، كما أنه لو اشترى نفس ما باعه أولاً لكان من بيع الدراهم بالدراهم مع الاختلاف.

والقاعدة المشار إليها تستفاد من التعليل الوارد في صحيحة علي بن جعفر المروية في باب السلم، قال: «سألته عن رجل له على آخر تمر أو شعير أو حنطة أيأخذ بقيمته دراهم؟ قال: إذا قومه دراهم فسد، لأن الأصل الذي اشترى به دراهم فلا يصلح دراهم بدراهم»^(٤).

(١) المبسوط ٢: ١٢٣.

(٢) راجع الخلاف ٣: ١٠١، المسألة ١٦٦ من كتاب البيوع، وانظر المختلف ٥: ٢٨٩.

(٣) مرآة ١: ١٢٣.

(٤) وسائل الشيعة ١٨: ٣٠٨، الباب ١١ من أبواب السلف، الحديث ١٢.

أقول: الظاهر أَنَّ الشيخ رحمته جرى في ذلك وفيما تقدّم عنه في النهاية - من عدم جواز بيع ما اشترى بجنس الثمن متفاضلاً - على قاعدة كَلْيَة تظهر من بعض الأخبار: من أَنَّ عوض الشيء الربوي لا يجوز أن يعوّض بذلك الشيء بزيادة، وأنَّ عوض العوض بمنزلة العوض، فإذا اشترى طعاماً بدراهم لا يجوز أن يأخذ بدل الطعام دراهم بزيادة، وكذلك إذا باع طعاماً بدراهم لا يجوز أن يأخذ عوض الدراهم طعاماً. وعوّل في ذلك على التعليل المصرّح به في رواية علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام - المعتضد ببعض الأخبار المانعة عن بعض أفراد هذه القاعدة هنا وفي باب السلم - قال: «سألته عن رجل له على آخر تمر أو شعير أو حنطة، يأخذ قيمتها دراهم؟ قال: إذا قومها دراهم فسد، لأنَّ الأصل الذي يشتري به دراهم،

ويؤيد ذلك بعض الروايات^(١) الواردة في منع المشتري في السلم عن بيع ما على البائع منه إلا برأس ماله.

وبتعبير آخر: إذا كان الدين على المشتري فلا يجوز للبائع شراء جنس ما باعه بدلاً عن الدين ولا عين ما باعه مع الاختلاف والتفاضل، كما أنه إذا كان الدين على البائع - كما في بيع السلم - فلا يجوز للمشتري بيع ذلك الدين من بائعه بجنس الثمن مع التفاضل، حيث إنّه يجري على عوض الثاني للدين حكم العوض الأوّل للدين في أنه لا يجوز معاوضة ذلك الدين بجنس العوض الأوّل مع التفاضل، بلافرق بين كون المعاوضة الثانية بعد حلول الأجل، أو قبله، وكون العوض الثاني أقلّ من العوض الأوّل أو أكثر.

أقول: هذه القاعدة لا أساس لها، فإنَّ الأخبار الواردة^(٢) في بيع العينة دلالتها

(١) انظر وسائل الشيعة ١٨: ٣٠٣، الباب ١١.

(٢) مرّت آنفاً.

فلا يصلح دراهم بدراهم»، قال في محكي التهذيب: الذي أفني به ما تضمنه 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 زيادة أو نقصان وذلك ربا انتهى. وهنا يقول أيضاً قبلاً لمسألة السلم التي هي عكس مسألتنا: إنه إذا كان الذي باعه طعاماً لم يجوز أن يشتري بضمنه طعاماً، لأنه يكون باع طعاماً بطعام.

واضح في أن للبائع شراء ما باعه مؤجلاً أولاً وبنقصان نقداً ثانياً. وصحيفة على بن جعفر^(١) لا يرتبط بالمقام، فإن الالتزام بعدم جواز البائع في بيع السلف ما باعه إلا برأس المال ظاهر بعض الروايات المعتبرة كصحيفة محمد بن قيس عن أبي جعفر^(٢) قال: «قال أمير المؤمنين^(٣) في رجل أعطى رجلاً ورقاً في وصيف إلى أجل مسمى، فقال له صاحبه: لا نجد وصيفاً أو ورقه الذي أعطاه أول مرة لا يزداد عليه شيئاً»^(٤).

ولا يعارضها مثل رواية حسن بن علي بن فضال قال: «كتبت إلى أبي الحسن^(٥): الرجل يسلفني في الطعام فيجيء الوقت وليس عندي طعام أعطيه بقيمته دراهم؟ قال: نعم»^(٦).

فإنه مع الإغماض عن السند يحمل إطلاقه على ما إذا كانت الدراهم مساوية مع الثمن المسمى من غير زيادة جمعاً بينهما كما لا يخفى، بل لا يبعد أن يقال: لا يختص الحكم ببيع السلف، بل إذا كان المبيع كلياً في العهدة لا يجوز بيعه من بانه إلا برأس المال أخذاً بإطلاق صحيفة علي بن جعفر المتقدمة كما لا يخفى.

(١) مَرَّتْ أَنْفًا.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٣٠٧، الباب ١١ من أبواب السلف، الحديث ٩.

(٣) المصدر: ٣٠٦، الحديث ٨.

وبالجملة، فمدار فتوى الشيخ رحمته الله على ما عرفت من ظهور بعض الأخبار بل صراحته فيه: من أن عوض العوض في حكم العوض في عدم جواز التفاضل مع اتحاد الجنس الربوي، فلا فرق بين اشتراء نفس ما باعه منه، وبين اشتراء مجانسه منه، ولا فرق أيضاً بين اشترائه قبل حلول الأجل أو بعده، كما أطلقه في الحقائق. وتقييده بما بعد الحلول في عبارة النهاية المتقدمة لكون الغالب وقوع المطالبة والإيفاء بعد الحلول، وإن قصر المشهور خلافه به. لكن الأظهر هو الإطلاق. كما أن تقييد المنع في كلامه بأخذ ما باعه بالناقص، لأنه الغالب، لأن الغالب في رد نفس ما اشتراه رده بالناقص، لا لخصوصية في النقص لا تجري في الزيادة، ولذا ذكر جواز أخذ المتاع الآخر بقيمته في الحال زادت أو نقصت، فيعلم منه: أن أخذ ما باعه بقيمته في الحال غير جائز زادت أو نقصت. ويؤيد الحمل على الغالب: أنه رحمته الله ذكر في مسألة السلم - التي هي عكس المسألة - : أنه لا يجوز له أخذ جنس الثمن رائداً على ما أعطاه، فإن الغالب مع إعطاء الطعام بدل الدراهم النقص مما اشترى، ومع العكس العكس. وظهر أيضاً مما ذكرنا: أن الحكم مختص في كلام الشيخ رحمته الله بالجنس الربوي، لا مطلق المتاع ولا خصوص الطعام. وأمّا الحكم في المستثنى [١]

[١] أما الكلام في المستثنى أي بيع المتاع على أن يبيعه من بائعه ثانياً فقد يستدل على

بطلان البيع المزبور بوجوه:

منها: ما ذكره في التذكرة^(١) من كون البيع دورياً لأن تحقق البيع موقوف على حصول شرطه، كما هو مقتضى توقف كل مشروط على تحقق شرطه، وتحقق الشرط موقوف على حصول البيع، لأن المشتري ما لم يملك المبيع فلا يمكن له بيعه من بائعه. نعم لا بأس إذا شرط في بيع المتاع بيعه من شخص آخر، لأن هذا الشرط

- وهو ما إذا اشترط في البيع الأول نقله إلى من انتقل عنه - فهو المشهور، ونص عليه الشيخ في باب المراجعة واستدلوا عليه أولاً بالدور، كما في التذكرة. قال في باب الشروط: لو باعه شيئاً بشرط أن يبيعه إياه لم يصح، سواء اتحد الثمن قدرأً ووصفاً وعيناً أم لا، وإلا جاء الدور، لأن بيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقفة على بيعه فيدور، أما لو شرط أن يبيعه على غيره صحّ عندنا حيث لا منافاة فيه للكتاب والسنة. لا يقال: ما التزمتوه 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، انتهى.

لا يخالف الكتاب والسنة.

لا يقال: ما ذكر من لزوم الدور يجري في هذه الصورة أيضاً.

فإنه يقال: بيع المشتري المتاع من شخص آخر لا يتوقف على تملكه ذلك المتاع لإمكان وقوعه على نحو بيع الفضولي أو البيع بالوكالة، بخلاف بيعه من بايعه فإنه لا يتصور فيه الفضولية أو الوكالة.

أقول: الشرط في المعاملات بمعنى الالتزام الآخر، ولا يكون المشروط معلقاً عليه البيع ليلزم في الفرض الدور.

وما ذكر من صحة اشتراط بيعه من شخص آخر، وأنه لا يلزم منه الدور ضعيف جداً، لأنه لو كان المراد من بيعه من آخر بيعه فضولاً أو وكالة لكان المشروط منافياً لمقتضى البيع لأن مقتضى البيع أن لا يكون البيع من الآخر بالوكالة أو فضولاً، ومقتضى الشرط أن يكون بالوكالة والفضولية على الفرض.

ثم إنه ﷻ التزم في التذكرة^(١) بجواز اشتراط رهن المبيع على الثمن، وعليه يبقى

أقول: ظاهر ما ذكره من النقص أنه يعتبر في الشرط أن يكون معقولاً في نفسه مع قطع النظر عن البيع المشروط فيه، وبيع الشيء على غير مالكة معقول ولو من غير المالك كالوكيل والفضولي، بخلاف بيعه على مالكة، فإنه غير معقول أصلاً. فاندفع عنه نقض جماعة ممن تأخّر عنه باشتراط بيعه على غيره أو عتقه. نعم، يتنقض ذلك باشتراط كون المبيع رهناً على الثمن، فإن ذلك لا يعقل مع قطع النظر عن البيع، بل يتوقف عليه. وقد اعترف عليه السلام بذلك في التذكرة، فاستدل بذلك لأكثر الشافعية المانعين عنه، وقال: إن المشتري لا يملك رهن المبيع إلا بعد صحة البيع، فلا يتوقف عليه صحة البيع وإلا دار. لكنه عليه السلام مع ذلك جوّز هذا الاشتراط. إلا أن يقال: إن أخذ الرهن على الثمن والتضمين عليه وعلى دركه ودرك المبيع من توابع البيع ومن مصالحه، فيجوز اشتراطها، نظير وجوب نقد الثمن أو عدم تأخيره عن شهر مثلاً ونحو ذلك، فتأمل. وقرّر الدور في جامع المقاصد: بأن انتقال الملك موقوف على حصول الشرط، وحصول الشرط موقوف على الملك. وهذا بعينه ما تقدّم عن التذكرة بتفاوت في ترتيب المقدّمتين.

بيان الفرق بين اشتراط ذلك واشتراط المبيع من بائعه ثانياً.

وربما يفرق بينهما بأن الرهن على الثمن من توابع البيع ومن مصالح تمامه، ولأبأس باشتراط ما يكون من توابع البيع وأحكامه، نظير اشتراط عدم تأخير الثمن، بخلاف بيع المبيع من بائعه ثانياً، فإنه ربما يكون منافياً لقصد البيع الأول كما يأتي. نعم، يرد عليه النقض ببيع المتاع والاشتراط على المشتري أن يوقفه على البائع وولده، فإن هذا الاشتراط صحيح عند العلامة مع أن الوقف المزبور ليس من توابع البيع ومصلحه.

أقول: لم يظهر الوجه لدعوى أن الرهن على الثمن من توابع البيع دون بيعه من

وأجيب عنه تارةً: بالنقض باشتراط بيعه من غيره. وقد عرفت أَنَّ العلامة رحمته تفتن له في التذكرة، وأجاب عنه بما عرفت انتفاضه بمثل اشتراط رهنه على الثمن، وعرفت تفتنه لذلك أيضاً في التذكرة.

وأخرى: بالحل، وهو أَنَّ انتقال الملك ليس موقوفاً على تحقق الشرط، وإنما المتوقف عليه لزومه.

وثالثة: بعدم جريانه فيما لو شرط بيعه منه بعد أجل البيع الأول، فإن ملك المشتري متخلل بين البيعين. ومبنى هذين الجوابين على ما ذكره العلامة في الاعتراض على نفسه والجواب عنه بما حاصله: أَنَّ الشرط لابد من صحته مع قطع النظر عن البيع، فلا يجوز أن يتوقف صحته على صحة البيع. ولا فرق في ذلك بين اشتراط بيعه قبل الأجل أو بعده، لأنَّ بيع الشيء على مالكة غير معقول مطلقاً. ولو قيّد بما بعد خروجه عن ملك مالكة لم يفرق أيضاً بين ما قبل الأجل وما بعده. واستدل عليه أيضاً بعدم قصد البائع [١] بهذا الشرط إلى حقيقة الإخراج عن ملكه،

بايعه ثانياً، فإن التابع بمعنى كونه حكماً للبيع الأول غير حاصل في شيء منهما، وبمعنى التوقف على حصول البيع موجود في كل منهما كما لا يخفى.

نعم لا يكون البيع الثاني من مصلحة البيع الأول بخلاف الرهن، ولكن هذا لا يوجب الفرق في الدور وعدمه.

[١] وهذا هو الوجه الثاني لبطلان البيع المشروط فيه بيع الشيء من بايعه ثانياً. وحاصله: عدم قصد البائع حقيقة إخراج المال عن ملكه، وتمليكه من مشتريه بالعوض، واستحسن الشهيد رحمته (١) هذا الوجه في غاية الامر.

حيث لم يقطع علاقة الملك عنه. وجعله في غاية المراد أولى من الاستدلال بالدور بعد دفعه بالجوابين الأولين، ثم قال: وإن كان إجماع على المسألة فلا بحث. وردّ عليه المحقّق والشهيد الثانيان: بأنّ الفرض حصول القصد إلى النقل الأول لتوقّفه عليه، وإلا لم يصحّ ذلك إذا قصد ذلك ولم يشترطاه مع الاتفاق على صحّته، انتهى. واستدل في الحقائق بقوله عليه السلام - في رواية الحسين بن المنذر [١] المتقدّمة في السؤال عن بيع الشيء واشترائه ثانياً من المشتري -: «إن كان هو بالخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبع، وكنت أنت بالخيار إن شئت اشتريت وإن شئت لم تشتري، فلا بأس»

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّه يرد عليه ما ذكره الشهيد والمحقّق الثانيان^(١) من أنّ لازم ذلك هو الحكم ببطلان البيع الأوّل حتّى فيما لم يجعل الباع من بايعه شرطاً، بل كان مجرد بناء خارجي مع الإجماع على الصحة معه، كما هو مقتضى مشروعية بيع العينة. أضف إلى ذلك أنّ عدم تحقّق القصد على تقديره ينحصر بما إذا لم يختلف البيعان في الثمن ولم يختلفا بالنقد والنسيئة، كيف والبيع الثاني المقصود يتوقّف على البيع الأوّل، فلا بدّ من كونه مقصوداً أيضاً كما لا يخفى.

[١] استدل في الحقائق^(٢) على بطلان البيع المشروط فيه بيع الشيء من بايعه ثانياً بقوله عليه السلام - في رواية الحسين بن المنذر المتقدّمة -: «إذا كان بالخيار إن شاء باع، وإن شاء لم يبع، وكنت أنت بالخيار، إن شئت اشتريت، وإن شئت لم تشتري فلا بأس»^(٣). ووجه الاستدلال أن المراد بالخيار فيه هو الاختيار.

(١) جامع المقاصد ٤: ٢٠٤، والمسالک ٣: ٢٢٥.

(٢) الحقائق ١٩: ١٢٨ - ١٢٩.

(٣) وسائل الشيعة ١٨: ٤١ - ٤٢، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤.

فإن المراد بالخيار هو الاختيار عرفاً في مقابل الاشتراط على نفسه بشرائه ثانياً، فدلّ على ثبوت البأس إذا كان أحد المتبايعين غير مختار في النقل من جهة التزامه بذلك في العقد الأول. وثبوت «البأس» في الرواية، إمّا راجع إلى البيع الأول فثبت المطلوب، وإن كان راجعاً إلى البيع الثاني فلا وجه له إلا بطلان البيع الأول، إذ لو صحّ البيع الأول والمفروض اشتراطه بالبيع الثاني لم يكن بالبيع الثاني بأس، بل كان لازماً بمقتضى الشرط الواقع في متن العقد الصحيح. هذا، وقد يُردّ دلالتها بمنع دلالة «البأس» على البطلان. وفيه ما لا يخفى. وقد تُردّ أيضاً بتضمّنها لاعتبار ما لا يقول به أحد: من عدم اشتراط المشتري ذلك على البائع.

وحاصل الجواب: أنّه على تقدير كون المشتري مختاراً في بيع المبيع ثانياً وأنت على اختيار من شرائه فلا بأس، ونفي البأس إمّا راجع إلى البيع الأول فيكون مفهوم الجواب أنّه إن لم يكن الطرفان على اختيار مما ذكر ففي البيع الأول بأس، وإمّا راجع إلى بيع الثاني فيكون مفهومه إن لم يكونا على اختيار ففي البيع الثاني بأس.

والبأس في الثاني يكشف عن بطلان البيع الأول، حيث إنّ لو صحّ الأول فلا موجب لبطلان الثاني، بل يكون الثاني لازماً لا يجري فيه حتّى الخيار الثابت في سائر البيوع، كما هو مقتضى الشرط.

لا يقال: ثبوت البأس بالمفهوم لا يدلّ على المنع الوضعي لاحتمال كونه كراهة، وكراهة الثاني أو الأول لا تنافي صحتها.

فإنّه يقال: ثبوت البأس في المعاملة ظاهره فسادها، كما أنّ ظاهره في الأفعال الخارجية حرمتها.

لا يقال: كما إنّ الرواية بمفهومها دالة على البطلان فيما إذا اشترط البائع على المشتري بيع المبيع منه ثانياً كذلك تدلّ على البطلان فيما إذا اشترط المشتري على

وفيه: أن هذا قد قال به كل أحد من القائلين باعتبار عدم اشتراط البائع، فإن المسألتين من وادواحد، بل الشهيد رحمته الله في غاية المراد عنوان المسألة بالاستثناء بشرط الاشتراء. وقد يُرد أيضاً: بأن المستفاد من المفهوم لزوم الشرط وأنه لو شرطاه يرتفع الخيار عن المشروط عليه وإن كان يحرم البيع الثاني أو هو والبيع الأول مع الشرط ويكون الحاصل حينئذ حرمة الاشتراط وإن كان لو فعل التزم به، وهو غير التزام المحرّم الذي يفسد ويُفسد العقد.

البائع شرائه منه ثانياً، مع أنّه لا خلاف في الجواز في صورة اشتراط المشتري على البائع. فإنّه يقال: كلا الفرضين متحد في الحكم، ودعوى الاتفاق على الجواز في الثاني غير صحيحة.

ولكن الإنصاف: عدم دلالة الرواية على بطلان البيع الأول بل ظاهرها بطلان البيع الثاني، وبطلانه لبطلان الشرط في البيع الأول، وعدم وقوع الثاني مع الغمض عنه بالاختيار.

وبطلان الشرط في البيع الأول لا يسري إلى نفس البيع على ما تقدّم، فيكون حاصل الرواية أنّه لا بأس بالبيع الثاني فيما إذا لم يكن الطرفان غير ملزمين به، وفيه بأس مع كونهما ملزمين عليه بمقتضى الشرط في البيع الأول خلافاً لأهل المسجد، حيث كانوا على اعتقاد البطلان في البيع الثاني حتّى فيما إذا لم يكونا ملزمين عليه ولم يشترطاه في البيع الأول، وأنّه إنّما يصحّ البيع الثاني فيما إذا وقع مع فصل شهر أو أزيد حتّى فيما إذا اشترطوا البيع المنفصل في البيع الأول. ويظهر ذلك من صحيحة علي بن جعفر المتقدمة أيضاً حيث ذكر - سلام الله عليه فيها - «إذا لم يشترطوا ورضيا فلا بأس» ^(١) فإنّ الضمير المقدّر في قوله «لم يشترط» وفي قوله «رضيا» وفي قوله

(١) مسائل علي بن جعفر: ١٢٧/١٠.

وفيه: أنَّ الحرمة المستفادة من «البأس» ليس إلا الحرمة الوضعية أعني الفساد، ولا يجمع ذلك صحة الشرط ولزومه. نعم، يمكن أن يقال - بعد ظهور سياق الرواية في بيان حكم البيع الثاني مع الفراغ عن صحة الأول، كما يشهد به أيضاً بيان خلاف أهل المسجد المختص بالبيع الثاني -: إنَّ المراد أنَّه إن وقع البيع الثاني على وجه الرضا وطيب النفس والاختيار فلا بأس به، وإن وقع لا عن ذلك بل لأجل الالتزام به سابقاً في متن العقد أو قبله وإلزامه عرفاً بما التزم كان الشراء فاسداً، لكن فساد الشراء لا يكون إلا لعدم طيب النفس فيه وعدم وجوب الالتزام بما التزم على نفسه، إمّا لعدم ذكره في متن العقد، وإمّا لكون الشرط لغواً لا يجب الوفاء به، وأمّا فساده لأجل فساد العقد الأول من جهة فساد الالتزام المذكور في متنه حتّى لو وقع عن طيب النفس فهو مخالف لما عرفت من ظهور اختصاص حكم الرواية منعاً وجوازاً بالعقد الثاني. وأمّا رواية علي بن جعفر فهي أظهر في اختصاص الحكم بالشراء الثاني، فيجب أيضاً حمله على وجه لا يكون منشأ فساد البيع الثاني فساد البيع الأول، بأن يكون مفهوم الشرط: أنَّه إذا اشترط ذلك في العقد أو قبله ولم يرضيا

«لا بأس» مرجعه واحد، ولا ينبغي الريب في أن المرجع في الأولين هو البيع الثاني، فيكون نفي البأس أيضاً راجعاً إليه.

ثم إنَّ العمدة في سند الحكم بالبطلان وكون الشرط في البيع الأول فاسداً هي هذه الصحيحة، لا رواية الحسين بن المنذر حتى يناقش في سندها.

وبما أنَّ المفروض اختلاف الثمنين في البيعين، فيحكم بالصحة في صورة تساويهما ولو مع شرط البيع الثاني في البيع الأول.

وقد ذكرنا أنَّ المتيقّن لولا ظاهرها بطلان البيع الثاني في صورة اشتراطه، وأمّا البيع الأول فيؤخذ فيه بإطلاق حل البيع كما لا يخفى.

بوقوع العقد الثاني بل وقع على جهة الإلجاء من حيث الالتزام به قبل العقد أو فيه فهو غير صحيح، لعدم طيب النفس فيه ووقوعه عن إلجاء، وهذا لا يكون إلا مع عدم وجوب الوفاء، إِمَّا لعدم ذكره في العقد، وإِمَّا لكونه لغوًا فاسدًا مع عدم تأثير فسادِه في العقد.

وبالجملة، فالحكم بفساد العقد الثاني في الروايتين لا يصح أن يستند إلى فساد الأول، لما ذكرنا: من ظهور الروايتين في ذلك، فلا بد من أن يكون منشؤه عدم طيب النفس بالعقد الثاني، وعدم طيب النفس لا يقدر إلا مع عدم لزوم الوفاء شرعاً بما التزم، وعدم اللزوم لا يكون إلا لعدم ذكر الشرط في العقد، وإِمَّا لكونه لغوًا غير مفسد. ثم إنه قال في المسالك: إنهما لو شرطاه قبل العقد لفظاً، فإن كانا يعلمان أن الشرط المتقدم لاحكم له فلا أثر له، وإلا اتجه بطلان العقد به كما لو ذكراه في متنه، لأنهما لم يقدمَا إلا على الشرط ولم يتم لهما. ويمكن أن يقال: إن علمهما بعدم حكم للشرط لا يوجب عدم إقدامهما على الشرط. فالأولى بناء المسألة على تأثير الشرط المتقدم في ارتباط العقد به وعدمه، والمعروف بينهم عدم التأثير كما تقدّم، إلا أن يفرّق بين الشرط الصحيح فلا يؤثر وبين الفاسد فيؤثر في البطلان. ووجهه غير ظاهر، بل ربما حكى العكس عن بعض المعاصرين، وقد تقدّم توضيح الكلام في ذلك.

القول في القبض

وهو لغة: الأخذ مطلقاً، أو باليد، أو بجميع الكف، على اختلاف عبارات أهل اللغة.

والنظر في ماهيته، ووجوبه، وأحكامه يقع في مسائل:

مسألة: اختلفوا في ماهية القبض في المنقول - بعد اتّفاقهم على أنها «التخية»

في غير المنقول - على أقوال:

أحدها: أنها التخلية أيضاً، صرح به المحقق في الشرائع، وحكي عن تلميذه كاشف الرموز. وعن الإيضاح نسبته إلى بعض متقدمي أصحابنا. وعن التنقيح نسبته إلى المبسوط.

الثاني: أنه في المنقول: النقل، وفيما يعتبر كيله أو وزنه: الكيل أو الوزن.
الثالث: ما في الدروس: من أنه في الحيوان: نقله، وفي المعتمر: كيله أو وزنه أو عدّه أو نقله، وفي الثوب: وضعه في اليد.

الرابع: ما في الغنية وعن الخلاف والسرائر واللمعة: أنه التحويل والنقل.
الخامس: ما في المبسوط: من أنه إن كان مثل الجواهر والدراهم والدنانير وما يتناول باليد فالقبض فيه هو تناول باليد، وإن كان مثل الحيوان - كالعبد والبهيمة - فالقبض في البهيمة أن يمشي بها إلى مكان آخر، وفي العبد أن يقيمه إلى مكان آخر. وإن كان اشتراه جزافاً كان القبض فيه أن ينقله من مكانه. وإن كان اشتراه مكايلاً فالقبض فيه أن يكيله. وزاد في الوسيلة: أنه في الموزون: وزنه، وفي المعدود: عدّه. ونسب عبارة الشرائع الراجعة إلى ما في المبسوط إلى المشهور.

السادس: أنه الاستقلال والاستيلاء عليه باليد، حكي عن المحقق الأردبيلي وصاحب الكفاية، واعترف به في المسالك - تبعاً لجامع المقاصد - لشهادة العرف بذلك، إلا أنه أخرج عن ذلك المكيل والموزون، مستنداً إلى النص الصحيح. وفيه ما سيجيء.

السابع: ما في المختلف: من أنه إن كان منقولاً فالقبض فيه النقل أو الأخذ باليد، وإن كان مكياً أو موزوناً فقبضه ذلك أو الكيل أو الوزن.

الثامن: أنه التخلية مطلقاً بالنسبة إلى انتقال الضمان إلى المشتري، دون النهي عن بيع ما لم يقبض. نفى عنه البأس في الدروس.

أقول: لا شك أن القبض للمبيع هو فعل القابض وهو المشتري، ولا شك أن

الأحكام المترتبة على هذا الفعل لا تترتب على ما كان من فعل البائع من غير مدخل للمشتري فيه، كما أنَّ الأحكام المترتبة على فعل البائع - كالوجوب على البائع والراهن في الجملة، واشتراط القدرة على التسليم - لا يحتاج في ترتبها إلى فعل من المشتري، فحينئذ نقول: أمّا ما اتّفق عليه: من كفاية التخلية في تحقّق القبض في غير المنقول، إن أُريد به «القبض» ما هو فعل البائع بالنسبة إلى المبيع، وهو جميع ما يتوقّف عليه من طرفه وصوله إلى المشتري، ويعبر عنه مسامحة بالإقباض والتسليم - وهو الذي يحكمون بوجوبه على البائع والغاصب والراهن في الجملة، ويفسرونه به «التخلية» التي هي فعله - فقد عرفت أنّه ليس قبضاً حقيقياً حتّى في غير المنقول وإن فسرت برفع جميع الموانع وإذن المشتري في التصرف. قال كاشف الرموز في شرح عبارة النافع: القبض مصدر يستعمل بمعنى التقبّض وهو التخلية، ويكون من طرف البائع والواهب بمعنى التمكين من التصرف، انتهى.

بل التحقيق أنَّ القبض مطلقاً استيلاء المشتري [١] عليه وتسلّطه عليه الذي يتحقّق به معنى «اليد» ويتصوّر فيه الغصب. نعم، يترتب على ذلك المعنى الأوّل،

[١] وحاصل ما ذكره رحمته في المقام أنَّ قبض المبيع فعل المشتري، والمراد به استيلاءه على المبيع سواء كان قابلاً للنقل الخارجي أم لا كالأراضي والبساتين.

والاستيلاء على المبيع يختلف بحسب اختلاف الأشياء، ولا يلزم المباشرة في كلّها باليد فضلاً عن المباشرة بجميع اليد لا بمثل رؤوس الأصابع.

وأما التخلية فهي فعل البائع ويتوقّف عليه وصول المبيع إلى المشتري، كرفع البائع جميع الموانع بين المال والمشتري، واذنه له في التصرف الخارجي فيه، وربما يعبر عن هذه التخلية بالتسليم والإقباض.

ثم إنَّ الأحكام المترتبة على وضع اليد على مال الغير عدواناً أو بغيره لا يترتب

الأحكام المترتبة على الإقباض والتسليم الواجبين على البائع، فينبغي ملاحظة كل حكم من الأحكام المذكورة في باب القبض وأنه مترتب على القبض الذي هو فعل المشتري بعد فعل البائع أو على الإقباض الذي هو فعل البائع، مثلاً إذا فرض أن أدلة اعتبار القبض في الهبة دلت على اعتبار حيازة المتهب الهبة، لم يكتف في ذلك بالتخلية التي هي من فعل الموهب وهكذا... ولعل تفصيل الشهيد في البيع بين حكم الضمان وغيره من حيث إن الحكم الأول منوط بالإقباض وغيره منوط بفعل المشتري.

إلا على الاستيلاء المزبور، وربما يترتب بعض الأحكام على القبض بمعنى التخلية، كوجوب تسليم المبيع، ووجوب رد الأمانة على مالكيها، ووجوب قبض العين المرهونة على الراهن فيما إذا كان الرهن لازماً كاشتراطه في عقد لازم إلى غير ذلك. وعلى ذلك فاللازم في الموارد ملاحظة أن الحكم فيها مترتب بحسب ظاهر الخطاب على القبض بمعنى الاستيلاء الذي هو فعل القابض، أو على التخلية التي هي فعل المقبض «بالكسر».

ولذلك فصل الشهيد رحمته الله في الدروس^(١) بين قبض البائع الموجب لارتفاع ضمان المبيع عنه، وبين مثل بيع المشتري المكيل أو الموزون من آخر، حيث إنه اكتفى في ارتفاع الضمان بالتخلية، والتزم بعدم كفايتها في بيع المشتري المكيل أو الموزون. وهذا على تقدير الاستناد في ارتفاع الضمان إلى النبوي: «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه»^(٢) غير ظاهر فإن ظاهره اعتبار القبض الذي من فعل المشتري.

(١) الدروس ٣: ٢١٣.

(٢) المستدرک ١٣: ٣٠٣، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ١.

وكيف كان، فلا بدّ من مراعاة أدلة أحكام القبض، فنقول: أمّا رفع الضمان، فإن استند فيه إلى النبويّ: «كُلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» فالمناط فيه حصول الفعل من المشتري. وإن استند إلى قوله ﷺ في رواية عقبة بن خالد: «حتّى يقبض المتاع ويخرجه من بيته» احتمل فيه إناطة الحكم بالتخلية، فيمكن حمل النبوي على ذكر ما هو مقارن غالباً للتخلية. واحتمل وروده مورد الغالب: من ملازمة الإخراج للوصول إلى المشتري بقرينة ظاهر النبوي، ولذا قال في جامع المقاصد - بعد ما نقل ما في الدروس -: إنّ الخبر دالّ على خلافه. وهو حسن إن أراد به ظاهر النبوي، لا ظاهر رواية عقبة أو غيرها.

نعم، لو استند في ارتفاعه إلى رواية عقبة بن خالد^(١) فظاهرها اعتبار التخلية في ارتفاع ضمان البائع.

وعلى ذلك فيمكن حمل النبويّ على ظاهر الرواية بأن يكون الاعتبار في ارتفاع الضمان بالتخلية، وذكر قبض المشتري في النبوي من جهة كونه مقارناً غالباً بالتخلية. ويمكن أن يكون الاعتبار في ارتفاع الضمان بقبض المشتري واستيلائه كما هو ظاهر النبوي، وذكر ما يقرب إلى التخلية في الرواية لكونها ملازماً غالباً للوصول المال إلى يد المشتري.

ويشهد لكون ظاهر النبويّ هو الأخذ والاستيلاء أنّ جامع المقاصد^(٢) نقل القول الثامن - أي التخلية - عن الشهيد ﷺ في الدروس، ثم قال: وظاهر الخبر خلاف ذلك. وهذا الكلام من جامع المقاصد حسن لو كان مراده بالخبر النبويّ. وأمّا إذا كان مراده رواية عقبة بن خالد فقد ذكرنا أنّ ظاهرها التخلية، وينبغي عدّ القول الثامن موافقاً لها

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٢٣ - ٢٤، الباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٢) جامع المقاصد ٤: ٣٩٢.

والإنصاف: أن ما ذكره الشهيد قريب بالنسبة إلى ظاهر رواية عقبة. وربما يُخدش فيها بظهورها في اعتبار الإخراج من البيت مع أنه غير معتبر في رفع الضمان اتفاقاً.

وفيه: أن الإخراج عن البيت كناية عن الإخراج عن السلطنة ورفع اليد، ولا ينبغي خفاء ذلك على المتأمل في الاستعمال العرفي. وما ذكره الشهيد من رفع الضمان بالتخلية يظهر من بعض فروع التذكرة حيث قال: لو أحضر البائع السلعة، فقال المشتري: ضعه، تم القبض، لأنه كالتوكيل في الوضع. ولو لم يقل المشتري شيئاً، أو قال: لا أريد شيئاً، حصل القبض، لوجود التسليم، كما لو وضع الغاصب المغصوب بين يدي المالك، فإنه يبرأ من الضمان، انتهى. وظاهره: أن المراد من التسليم المبحوث عنه ما هو من فعل البائع ولو امتنع المشتري. لكنه عليه السلام صرح في عنوان المسألة وفي باب الهبة بضعف هذا القول بعد نسبته إلى بعض الشافعية. فالظاهر أن مراده - بل مراد الشهيد عليه السلام - : رفع الضمان بهذا وإن لم يكن قبضاً، بل عن الشهيد في الحواشي: أنه نقل عن العلامة عليه السلام: أن التخلية في المنقول وغيره يرفع الضمان، لأنه حق على البائع وقد أدى ما عليه.

لا مخالفاً لها.

لا يقال: ظاهر معتبرة عقبة بن خالد على خلاف الاجماع، وذلك لأنه اعتبر فيها في ارتفاع الضمان أمر آخر غير تخلية البائع وغير أخذ المشتري. والأمر الآخر هو إخراج البائع المتاع من بيته مثلاً إذا باع متاعاً من زيد وسلمه إليه وتلف المتاع في يد زيد قبل خروجه من بيت البائع فظاهر الرواية ضمانه على البائع، مع أنه خلاف المتسالم عليه. والحاصل أن الرواية بظاهرها معرض عنها. والجواب: أن إخراج البائع المتاع من بيته كناية عن عدم إمساكه وتسليمه إلى

أقول: وهذا كما أن إتلاف المشتري يرفع ضمان البائع، وسيجيء من المحقق الثاني: أن النقل في المكيل والموزون يرفع الضمان وإن لم يكن قبضاً. هذا، ولكن الجمود على حقيقة اللفظ في الرواية يقتضي اعتبار الوصول إلى يد المشتري، لأن الإقباض والإخراج وإن كانا من فعل البائع، إلا أن صدقهما عليه يحتاج إلى فعل من غير البائع، لأن الإقباض والإخراج بدون القبض والخروج محال. إلا أن استفاد من الرواية تعلق الضمان على ما كان من فعل البائع، والتعبير بـ«الإقباض» و«الإخراج» مسامحة مست الحاجة إليها في التعبير. وقد ظهر ممّا ذكرنا: أن لفظ «القبض» الظاهر بصيغته في فعل المشتري يراد به الاستيلاء على المبيع، سواء في المنقول وغيره،

المشتري، فيكون مساوفاً لاعتبار التخلية، والتعبير عن رفع البائع يده عمّا باعه بما في الرواية متعارف، واعتبار إخراج المال من بيت البائع أمر يقتضيه الجمود على اللفظ في الرواية بحمله على الاستعمال الحقيقي دون الكناية.

أقول: لا يبعد اعتبار رواية عقبة بن خالد لأن عقبة بن خالد من المشاهير المشار إليهم، ولا استفاد منها غير التخلية على ما تقدم.

ولو كان النبوي ظاهراً في اعتبار فعل القابض في ارتفاع ضمان البائع فلضعف سنده لا يمكن حمل الرواية عليه خصوصاً بملاحظة السيرة الجارية من العقلاء على انحلال البيع بتلف المبيع الشخصي، بل الثمن الشخصي أيضاً قبل التخلية.

وقد تقدّم سابقاً أن إتلاف المشتري المبيع بيد بائعه، وإتلاف البائع الثمن بيد المشتري خارج عن مدلول الرواية والسيرة العقلانية المشار إليها.

وعلى الجملة: فلا بد في سائر الموارد من ملاحظة الأدلة الواردة فيها، وأن مقتضى تلك الأدلة اعتبار فعل القابض، أو فعل المقبض أي التخلية، أو أن المعتبر فعل المقبض بما هو إقباض لا تخلية كما لا يخفى.

لأن القبض - لغة - الأخذ مطلقاً، أو باليد، أو بجميع الكف، على اختلاف التعبيرات. فإن أُريد الأخذ حساً باليد، فهو لا يتأتى في جميع المبيعات، مع أن أحكامه جارية في الكل، فاللازم أن يراد به في كلام أهل اللغة أو في لسان الشرع - الحاكم عليه بأحكام كثيرة في البيع والرهن والصدقة وتشخيص ما في الذمة - أخذ كل شيء بحسبه، وهو ما ذكرنا من الاستيلاء والسلطنة. وأما ما ذكره بعضهم: من اعتبار النقل والتحويل فيه - بل ادعى في الغنية الإجماع على أنه القبض في المنقول الذي لا يكتفى فيه بالتخية - فهو لا يخلو عن تأمل وإن شهد من عرفت بكونه موافقاً للعرف في مثل الحيوان، لأن مجرد إعطاء المَقود 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 عبارة المبسوط المتقدمة المصرح به في جامع المقاصد. وأمّا رواية عقبة بن خالد - المتقدمة - فلا دلالة فيها على اعتبار النقل في المنقول وإن استدل بها عليه في التذكرة، لما عرفت: من أن الإخراج من البيت في الرواية - نظير الإخراج من اليد - كناية عن رفع اليد والتخية للمشتري حتى لا يبقى من مقدمات الوصول إلى المشتري إلا ما هو من فعله. وأمّا اعتبار الكيل أو الوزن أو كفايته في قبض المكيل والموزون [١] فقد اعترف غير واحد بأنه تعبد، لأجل

[١] وحاصله: أنه يحتمل أن يعتبر الكيل والوزن في قبض المكيل والموزون وأن

يكون الكيل أو الوزن بمجردهما كافياً في تحقق القبض في المكيل والموزون.

وعلى كل منهما فالاعتبار كما اعترف غير واحد^(١) بأنه تعبد مستفاد من مثل

صحيحة معاوية بن وهب قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه،

(١) راجع جامع المقاصد ٤: ٣٩٢، والمسالك ٣: ٢٣٩ و ٢٤١.

النَّصَّ الذي ادَّعى دلالة عليه. مثل صحيحة معاوية بن وهب، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن الرجل يبيع البع قبل أن يقبضه، فقال: ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيّله أو تزنه إلا أن تولّيه الذي قام عليه». وصحيحة منصور بن حازم: «إذا اشتريت متاعاً فيه كيل أو وزن، فلا تبعه حتى تقبضه، إلا أن تولّيه». وفي صحيحة علي بن جعفر عن أخيه: «عن الرجل يشتري الطعام، أ يصلح يبعه قبل أن يقبضه؟ قال: إذا لم يربح عليه فلا بأس، وإن ربح فلا يبعه حتى يقبضه». ورواية أبي بصير: «عن رجل اشترى طعاماً ثم باعه قبل أن يكيّله؟ قال: لا يعجبني أن يبيع كيلاً أو وزناً قبل أن يكيّله أو يزنه، إلا أن يولّيه كما اشتراه». إلى غير ذلك ممّا دلّ على اعتبار الكيل والوزن لا من حيث اشتراط صحّة المعاملة بهما، وإلا لم يفرق بين التولية وغيرها، فتعيّن لأمر آخر، وليس إلاّ لكون ذلك قبضاً، للإجماع - كما في

فقال: ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيّله أو تزنه إلا أن تولّيه الذي قام عليه»^(١). وصحيحة منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا اشتريت متاعاً فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه إلا أن تولّيه»^(٢).

وفي صحيحة علي بن جعفر عن أخيه أنّه سأل أخاه موسى بن جعفر عليه السلام «عن الرجل يشتري الطعام أ يصلح يبعه قبل أن يقبضه؟ قال: إذا ربح لم يصلح حتى يقبض، وإن كان يولّيه فلا بأس»^(٣).

ورواية أبي بصير قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى طعاماً ثمّ باعه قبل أن يكيّله قال: لا يعجبني أن يبيع كيلاً أو وزناً قبل أن يكيّله أو يزنه، إلا أن يولّيه كما

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٦٨، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١١.

(٢) المصدر: الحديث ١٢.

(٣) المصدر: الحديث ٩.

المختلف - على جواز بيع الطعام بعد قبضه. ومنه يظهر ما في المسالك، حيث إنه -بعد ذكر صحيحة ابن وهب -قال: والتحقيق: أن الخبر الصحيح دلّ على النهي عن بيع المكيل والموزون قبل اعتباره بهما، لا على أن القبض لا يتحقق بدونهما. وكون السؤال فيه وقع عن البيع قبل القبض لا ينافي ذلك، لأن الاعتبار بهما قبض وزيادة، وحينئذ فلو قيل بالاكْتفاء في نقل الضمان فيهما بالنقل عملاً بالعرف والخبر الآخر، وتوقف البيع ثانياً على الكيل والوزن، أمكن إن لم يكن إحداث قول، انتهى. والظاهر أن مراده بالخبر، خبر «عقبة بن خالد» وقد عرفت عدم ظهوره في اعتبار النقل. ثم إن ظاهر غير واحد كفاية الكيل والوزن في القبض من دون توقف على النقل. والظاهر أنه لا بدّ مع الكيل والوزن من رفع يد البائع، كما صرح به في جامع المقاصد، ولذا نبّه في موضع من التذكرة: بأن الكيل شرط في القبض.

اشتراه إذا لم يربح فيه أو يضع»^(١)، إلى غير ذلك.

فإن اعتبار الكيل أو الوزن قبل البيع الثاني ليس لإحراز مقدار المبيع ليتمّ الشرط بالإضافة إلى البيع المزبور، حيث إنه لو كان ذكرهما لذلك لم يكن وجه للفرق بين التولية وغيرها، لأن إحراز كيل المبيع أو وزنه شرط في كلّ بيع تولية كانت أو غيرها، فتعيّن أن يكون ذكر الكيل أو الوزن لجهة أخرى، وتلك الجهة قبض المكيل أو الموزون، وإن الكيل والوزن معتبر في قبضهما.

وبذلك يظهر ضعف ما ذكر في المسالك^(٢)، وحاصله: أنه ليس ذكر الكيل أو الوزن لعدم تحقّق القبض بدونهما، بل هما لتصحيح البيع، وأمّا القبض الرافع للضمان

(١) المصدر: ٦٩، الحديث ١٦.

(٢) المسالك ٣: ٢٤٣ - ٢٤٤، وانظر المسالك - الطبعة القديمة - في المبحث الثامن من المباحث المتعقّدة

ذيل البحث عن القبض.

وكيف كان، فالأولى في المسألة ما عرفت: من أن القبض له معنى واحد يختلف باختلاف الموارد، وأن كون القبض هو الكيل أو الوزن - خصوصاً في باب الصدقة والرهن وتشخيص ما في الذمة - مشكل جداً، لأن التعبد الشرعي على تقدير تسليمه مختص بالبيع، إلا أن يكون إجماع على اتحاد معنى القبض في البيع وغيره، كما صرح به العلامة والشهيدان والمحقق الثاني وغيرهم في باب الرهن والهبة، وحكي فيها الاتفاق على الاتحاد عن ظاهر المسالك واستظهره الحاكي أيضاً. وظاهر المبسوط في باب الهبة: أن القبض هي التخلية فيما لا ينتقل، والنقل والتحويل في غيره. لكن صرح في باب الرهن: بأن كل ما كان قبضاً في البيوع كان قبضاً في الرهن والهبات والصدقات، لا يختلف ذلك. وعن القاضي: أنه لا يكفي

فيحصل بدونهما.

وهذا مقتضى الجمع بين هذه الروايات والخبر الآخر يعني رواية عقبة بن خالد الدالة على ارتفاع الضمان باخراج البائع يده عن المال، وتسليمه إلى المشتري. لا يقال: قد عبر الروايات عن الكيل أو الوزن بالقبض فيكون ذكرهما لاعتبارهما في القبض.

فإنه يقال: التعبير عن الكيل والوزن بالقبض باعتبار الغالب من أن البائع يرفع يده عن الطعام بكيله أو وزنه، فيكون الكيل أو الوزن قبضاً وزيادة، ولذا عبر عنهما بالقبض. ووجه ظهور الضعف أنه لو كان الكيل أو الوزن لإحراز الشرط للبيع الثاني لم يكن وجه للفرق بين كون ذلك البيع تولية أو غيرها.

أقول: يمكن دعوى أن مقتضى رواية عقبة بن خالد حصول القبض في المكيل والموزون أيضاً بالتخلية، فيخرج بها البائع عن ضمان ما أقبضه، كما إذا اشترى طعاماً خارجياً بإخبار بئعه بكيله أو وزنه، فإنه يخرج بئعه عن ضمانه بالتخلية، ولكن

في الرهن التخلية ولو قلنا بكفايته في البيع، لأن البيع يوجب استحقاق المبيع فيكفي التمكين منه، وهنا لاستحقاق، بل القبض سبب في الاستحقاق. ومقتضى هذا الوجه لحقوق الهبة والصدقة بالرهن. وهذا الوجه حكاه في هبة التذكرة عن بعض الشافعية، فقال رحمته الله: القبض هنا كالقبض في البيع، ففيما لا ينقل ولا يحوّل: التخلية، وفيما ينقل ويحوّل: النقل والتحويل، وفيما يكال أو يوزن: الكيل والوزن. ثم حكى عن بعض الشافعية عدم كفاية التخلية في المنقول لو قلنا به في البيع،

لا يجوز للمشتري ان يبيعه بغير التولية قبل أن يكيّله.

وبتعبير آخر: إذا كان المكيل والموزون مما اشتراه بغير كيل أو وزن بأن اشتراه باخبار البائع بوزنه أو كيّله يجوز بيعه تولية قبل قبضه وقبل كيّله.

ويدل على عدم اعتبار القبض في الفرض صحيحة على بن جعفر حيث سأل أخاه عليه السلام «عن الرجل يشتري الطعام أ يصلح بيعه قبل أن يقبضه؟ فقال عليه السلام: إذا ربح لم يصلح حتى يقبض، وإن كان يوليه فلا بأس».

ويدل على عدم اعتبار الكيل والوزن في الفرض صحيحة معاوية بن وهب المتقدمة «عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه، فقال: ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيّله أو تزنه إلا أن تولّيه الذي قام عليه».

والتعرض لاعتبار الكيل والوزن مع وقوع السؤال عن جواز البيع قبل القبض لأجل أن كيل المشتري أو وزنه غالباً يحصل به تخلية المالك، أو تحصل التخلية قبل ذلك.

والحاصل: أنه يعتبر في جواز بيع ما اشتراه بغير الكيل أو الوزن - للاعتماد على إخبار البائع بهما أو يكون المبيع كلياً في الذمة أو في المعين - القبض والكيل أو الوزن قبل البيع الثاني فيما كان بغير التولية، لأن الكيل أو الوزن يعتبر في تحقق القبض

مستنداً إلى أن القبض في البيع مستحق وفي الهبة غير مستحق، فاعتبر تحققه ولم يكتف بالوضع بين يده، ولذا لو أتلّف المتَّهب الموهوب لم يصر قابضاً، بخلاف المشتري. ثمّ ضعّفه: بأنّه ليس بشيء، لاتّحاد القبض في الموضعين واعتبار العرف فيهما، انتهى. وظاهر عدم اكتفائه هنا بالوضع بين يديه مخالف للفرع المتقدّم عنه، إلّا أن يلتزم بكفاية التخلية في رفع الضمان وإن لم يكن قبضاً، كما أشرنا إليه سابقاً.

فروع:

الأوّل: قال في التذكرة: لو باع داراً أو سفينةً مشحونةً [١] بأمتعة البائع ومكّنه

المخرج البائع عن ضمان ما أقبضه، كما هو ظاهر المصنف وغيره في المقام. وفي رواية محمد بن حمران قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: اشترينا طعاماً فرعم صاحبه أنّه كاله، فصدقناه وأخذناه بكيله، فقال: لا بأس، فقلت: أيجوز بيعه كما اشتريته بغير كيل؟ قال: لا، أمّا أنت فلا تبعه حتى تكيله»^(١).

وعلى الجملة: هذه الروايات في مقام اعتبار الكيل أو الوزن في جواز بيع ما اشتراه بغير التولية، ولا دلالة لها على اعتبارهما في القبض المخرج البائع عن ضمان ما باعه وأقبضه كما لا يخفى.

[١] هذا^(٢) من التعرّض للصغرى بعد بيان كبرى القبض، وحاصله: أنّه لو باع داراً أو سفينة مشحونة بأمتعة باقية في ملك بائعها، ولكن أذن للمشتري تحويل تلك الأمتعة ونقلها إلى مكان آخر يكون هذا من قبض الدار أو السفينة، فيترتب عليه حكمه من خروج البائع عن الضمان وغيره.

وإذا باع متاعاً منقولاً وكان المتاع في موضع غير مملوك للبائع يكون نقل

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٣٤٥، الباب ٥ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٤.

(٢) راجع الكلام العلامة في التذكرة ١: ٤٧٢.

منها بحيث جعل له تحويلها من مكان إلى مكان كان قبضاً. وقال أيضاً: إذا كان المبيع في موضع لا يختصّ بالبائع كفى في المنقول النقل من حيز إلى حيز، وإن كان في موضع يختصّ به فالتنقل من زاوية إلى أخرى بغير إذن البائع لا يكفي لجواز التصرف، ويكفي لدخوله في ضمانه. وإن نقل بإذنه حصل القبض، وكأنه استعار البقعة المنقول إليها.

الثاني: قال في المسالك: لو كان المبيع مكيلاً أو موزوناً [١] فلا يخلو إما أن

المشتري المتاع إلى موضع آخر قبضاً.

وإن كان المتاع في موضع مملوك للبائع واذن للمشتري في نقله فبنقله إلى موضع آخر مملوك للبائع أيضاً يحصل القبض، وكأن المشتري استعار من البائع الموضع المنقول إليه.

وإن كان بغير إذن البائع لم يجز النقل، ولكن مع ذلك يدخل المتاع في ضمان المشتري وإن لم يعد ذلك قبضاً.

أقول: لا يبعد تحقق القبض أيضاً ولو مع عدم إذن البائع للمشتري في نقل الأمتعة إلى مكان آخر، وأن يكون للمشتري تفرغ الدار أو السفينة من تلك الأمتعة رضى البائع أم لا، وأيضاً أن تحقق القبض في المنقول لا يتوقف على النقل على ما تقدّم.

[١] وحاصله^(١): أن جواز البيع الأول أي إحراز كيل المبيع أو وزنه قد يكون بالكيل أو الوزن عند البيع، وقد يجوز البيع الأول من غير وزن أو كيل عند ذلك البيع، بأن أخبر البائع بمقدار المبيع كيلاً أو وزناً أو لوقوع البيع على نحو الكلي في المعين، كما إذا اشترى عشر كيلوات حنطة من صبرة مشتملة عليها.

وفي الفرض الذي لم يحصل الكيل أو الوزن مع صحة البيع فاللازم الكيل أو

(١) حاصل كلام الشهيد الثاني في المسالك ٣: ٢٤١.

يكون قد كيل قبل البيع أو وزن، أو لا، بأن أخبر البائع بكيّله أو وزنه أو باعه قدرًا معيّنًا من صبرة مشتملة عليه. فإن كان الآخر فلا بدّ في تحقّق قبضه من كيّله أو وزنه، للنصّ المتقدّم. وإن كان الأول، ففي افتقاره إلى الاعتبار ثانيًا لأجل القبض أو الاكتفاء بالاعتبار الأول وجهان: من إطلاق توقّف الحكم على الكيل والوزن وقد حصل، وقوله عليه السلام في النصّ «حتى تكيله أو تزنه» لا يدلّ على اعتبار أزيد من اعتبار الكيل والوزن الشامل لما وقع قبل البيع. ومن أنّ الظاهر أنّ ذلك لأجل القبض لا لتحقّق شرط صحّة البيع، فلا بدّ له من اعتبار جديد بعد العقد، وبه صرح العلامة والشهيد وجماعة. وهو الأقوى، ويدلّ عليه قوله عليه السلام: «إلا أن تولّيه»، فإنّ الكيل السابق شرط لصحة البيع، فلا بدّ منه في التولية وغيرها، فدلّ على أنّ ذلك لأجل القبض، لا لصحة البيع، انتهى المهم من كلامه عليه السلام.

أقول: يبعد التزام القائلين بهذا القول ببقاء المكيل والموزون بعد الكيل والوزن والعقد عليه والأخذ والتصرّف في بعضه في ضمان البائع حتّى يكيّله ثانيًا

الوزن قبل البيع الثاني فيما لم يكن بنحو التولية للروايات المتقدمة.

وأما في فرض الكيل أو الوزن عند البيع الأول فيحتمل الاكتفاء به وعدم لزوم إعادة الكيل أو الوزن قبل البيع الثاني، لأنّه لا يصدق على البيع الثاني من غير تجديد الكيل أو الوزن العنوان المنهي عنه في الروايات - وهو أنّ المشتري قد باع الطعام قبل أن يكيّله أو يزنه - بل يصدق أنّه قد باعه بعد كيّله أو وزنه.

ويحتمل لزوم تجديد الكيل أو الوزن، وذلك فإنّ الكيل أو الوزن ليس شرطًا في معرفة مقدار البيع ليقال بتحقّقه بالكيل أو الوزن قبل ذلك، بل الكيل أو الوزن قبض للمبيع، ولا يجوز البيع الثاني بغير التولية قبله، والكيل والوزن الأول شرط لإحراز مقدار المبيع بلا فرق بين بيع التولية وغيرها.

أو يزنه وإن لم يرد بيعه، وكذا لو كاله وقبضه ثم عقد عليه. وقد تفتن لذلك المحقق الأردبيلي رحمته الله فيما حكى من حاصل كلامه، حيث نزل ما دل على اعتبار الكيل والوزن في البيع الثاني على ما إذا لم يعلم كيله أو وزنه، بل وقع البيع الأول من دون كيل، كما إذا اشترى أصوعاً من صبرة مشتملة عليها أو اشترى بإخبار البائع. أما إذا كاله بحضور المشتري ثم باعه إياه فأخذه وحمله إلى بيته وتصرف فيه بالطحن والعجن والخبز، فلا شك في كونه قبضاً مسقطاً للضمان مجوزاً للبيع، ولا يلزم تكلف البائع بكياله مرة أخرى للإقباض - إلى أن قال ما حاصله -: إن كونه وجوب الكيل مرة أخرى للقبض مع تحققه أولاً عند الشراء - كما نقله في المسالك عن العلامة والشهيد وجماعة قدس الله أسرارهم وقواه - ليس بقوي انتهى. وقال في جامع المقاصد - عند شرح قول المصنف: إن التسليم بالكيل والوزن فيما يكال أو

وهذا الاحتمال الثاني هو الأقوى كما عليه العلامة ^(١) والشهيد ^(٢) وجماعة ^(٣) انتهى. وأورد على كلامه المصنف رحمته الله بأن لازم اعتبار تجديد الكيل أو الوزن في حصول القبض كون المبيع في ضمان البائع قبل الكيل أو الوزن الثاني حتى ما أخذه المشتري بعد الكيل أو الوزن الأول وتصرف فيه بالطحن أو غيره ولو بعد حمله إلى منزله، ويبقى هذا الضمان حتى يكياله أو يزنه ثانياً وإن لم يرد بيعه ثانياً. وكذا يلزم أن يبقى في ضمان البائع فيما إذا كاله أو وزن قبل البيع الأول وقبض الموزون أو المكيل، وعقد عليه مع البائع الأول.

(١) القواعد ٢: ٨٥.

(٢) الدروس ٣: ٢١٣.

(٣) كالمحقق الثاني في جامع المقاصد ٤: ٣٩٣.

يوزن على رأي :- إنَّ المراد الكيل الذي يتحقَّق به اعتبار البيع، ولا بدَّ من رفع البائع يده، فلو وقع الكيل ولم يرفع يده، فلا تسليم ولا قبض، ولو أخبره البائع بالكيل أو الوزن فصدَّقه وأخذه على ذلك حصل القبض، كما نصَّ عليه في التذكرة. ثمَّ قال: ولو أخذ المبيع جزافاً أو أخذ ما اشتراه كيلاً وزناً أو بالعكس، فإنَّ تيقَّن حصول الحقِّ فيه صحَّ، وإلا فلا، ذكره في التذكرة. والذي ينبغي أن يقال: إنَّ هذا الأخذ بإعطاء البائع موجب لانتقال ضمان المدفوع إلى المشتري وانتفاء سلطنة البائع لو أراد حبسه لدفع الثمن، لا التسلُّط على بيعه، لأنَّ بيع ما يكال أو يوزن قبل كيله أو وزنه على التحريم أو الكراهة، ولو كيل قبل ذلك فحضر كيله أو وزنه، ثمَّ اشتراه وأخذه بذلك فهو كما لو أخبره بالكيل أو الوزن، بل هو أولى، انتهى.

ولذا خصَّص المحقِّق الأردبيلي^(١): اعتبار الكيل أو الوزن في البيع الثاني بما إذا كان البيع الأوَّل بإخبار البائع بمقدار مبيعه، أو كان البيع الأوَّل بعنوان الكلِّي في المعين، حيث إنَّ القبض في المبيع كذلك يكون بالكيل أو الوزن على ما في الروايات. وأما إذا كان البيع الأوَّل بعد تعيين المبيع فيه بالكيل أو الوزن يكون القبض فيه بالأخذ لخروج ذلك عن مورد النهي في الروايات المتقدِّمة.

أقول: يرد على المصنف أيضاً فيما إذا أخبر البائع الأوَّل بمقدار المبيع وقد أخذه المشتري وطحنه، فإنَّ القول بأنَّه لم يحصل قبضه فالمبيع بعدُ من ضمان البائع كما ترى. والصحيح أنَّ الكيل أو الوزن لا يعتبر في حصول القبض مطلقاً، بل يحصل القبض بالتخلية أو استيلاء المشتري بلا فرق بين الموزون والمكيل وغيره حتَّى ما إذا باع كيلاً على العهدة، أو في المعين ثمَّ سلَّم فرداً من ذلك الكلِّي بإخباره بأنَّه بمقدار

ثمّ الظاهر أنّ مراد المسالك مما نسبته إلى العلامة والشهيد^(١) وجماعة - من وجوب تجديد الاعتبار لأجل القبض - ما ذكره في القواعد تفريعاً على هذا القول: «أنّه لو اشترى مكايلة وباع مكايلة فلا بدّ لكلّ بيع من كيل جديد ليتم القبض». قال جامع المقاصد في شرحه: إنّ لو اشترى ما لا يُباع إلّا مكايلة وباع كذلك لا بدّ لكلّ بيع من هذين من كيل جديد، لأنّ كلّ بيع لا بدّ له من قبض. قال بعد ذلك: ولو أنّه حضر الكيل المتعلّق بالبيع الأوّل فاكتفى به أو أخبره البائع فصدّقه كفى نقله وقام

المبيع، فالنهي عن بيعه قبل الكيل أو الوزن لرعاية إخبار المشتري، حيث إنّ ظاهر إخباره الشهادة بكيل المبيع أو وزنه، نظير ما ورد في شراء العصير مع إخبار بئنه بذهاب ثلثيه، بأنّه لا يجوز للمشتري بيعه ثانياً اعتماداً على إخبار البائع الأول فتدبر. [١] هذا تعرض للوجه الموجب لنسبة المسالك^(٢) اعتبار الكيل أو الوزن الثاني إلى العلامة^(٣) والشهيد^(٤) وجماعة^(٥).

والوجه في النسبة إلى العلامة أنّه ذكر في القواعد تفريعاً على القول باعتبار القبض بالكيل أو الوزن قبل البيع الثاني - لو اشترى مكايلة وباع مكايلة فلا بدّ لكل بيع كيل جديد ليتمّ القبض - مع انه قد شرح في جامع المقاصد هذا الكلام بما ظاهره: أنّه مع حضور المشتري للكيل الأوّل أو إخبار بئنه به كفى نقل المبيع في تحقّق القبض وقيام عند كيله أو إخبار بئنه به، وقيام الحضور عند كيله أو إخبار البائع بمقداره منزلة الكيل أو الوزن في تحقّق القبض.

(١) المسالك ٣: ٢٤١.

(٢) القواعد ٢: ٨٥.

(٣) الدروس ٣: ٢١٣.

(٤) كالمحقّق الثاني في جامع المقاصد ٤: ٣٩٣.

ذلك مقام كيله. وفي الدروس - بعد تقوية كفاية التخلية في رفع الضمان لا في زوال
تحريم البيع أو كراهته قبل القبض - قال: نعم لو خلى بينه وبين المكيل فامتنع حتى
يكتاله لم ينتقل إليه الضمان، ولا يكفي الاعتبار الأول عن اعتبار القبض، انتهى. هذا
ما يمكن الاستشهاد به من كلام العلامة والشهيد والمحقق الثاني لاختيارهم
وجوب تجديد الكيل والوزن لأجل القبض وإن كيل أو وزن قبل ذلك.

وأما وجه النسبة إلى الشهيد عليه السلام أنه ذكر في دروسه بعد اختياره كفاية التخلية في القبض
الموجب لارتفاع ضمان البائع، وقوله: إنه لو لم يأخذ المشتري المبيع حتى يكتاله أو
يزنه لم يرتفع الضمان، أنه لا يكفي اعتبار الأول في القبض يعني لا يكفي الكيل الأول
عن الكيل المحقق للقبض.

وذكر عليه السلام: أنه يبعد أن يقول الشيخ عليه السلام ومن تبعه والعلامة باعتبار الكيل أو الوزن في
قبض المبيع فيما إذا كيل أو وزن عند شرائه بحضور المشتري، لأنه لا يحتاج تسمية
مقدار الكيل في شرائه في الفرض، وإنما يحتاج إلى تسمية مقدار الكيل أو الوزن فيما
إذا كان الشراء اعتماداً على إخبار البائع بالوزن أو الكيل.

وفي هذا الفرض يمكن اعتبار الكيل أو الوزن في القبض حتى في غير البيع أيضاً
مثلاً إذا رهن إناء معيناً من صفر لا يحتاج قبضه إلى الوزن، مع أن الصفر من الموزون
بخلاف ما إذا رهنه على أن وزنه كذا، فانه يمكن أن يدعى أن تحقق القبض فيه بالوزن
وإن القبض بلا وزن كلا قبض.

وعلى ذلك فقول العلامة ^(١): لو اشترى مكيلة وباع مكيلة راجع إلى وقوع
الشراء والبيع ثانياً باشتراط مقدار الكيل الحاصل بإخبار بائعه، فإنه يعتبر في هذه
الصورة في قبضه الكيل.

لكن الإنصاف: أنه ليس في كلامهم ولا غيرهم ما يدل على أن الشيء الشخصي المعلوم كيله أو وزنه قبل العقد إذا عقد عليه وجب كيله مرة أخرى لتحقق القبض، كما يظهر من المسالك. فلا يبعد أن يكون كلام الشيخ رحمته الله ومن تبعه في هذا القول، وكلام العلامة ومن ذكر فروع هذا القول مختصاً بما إذا عقد على كيل معلوم من كلي أو من ضربة معينة أو على جزئي محسوس على أنه كذا وكذا، فيكون مراد الشيخ والجماعة من قولهم: «اشترى مكايلة»: أنه اشترى بعنوان الكيل والوزن، في مقابل ما إذا اشترى ما علم كيله سابقاً من دون تسمية الكيل المعين في العقد، لكونه لغواً. والظاهر أن هذا هو الذي يمكن أن يعتبر في القبض في غير البيع أيضاً من الرهن والهبة، فلو رهن إناءً معيناً من صفر مجهول الوزن أو معلوم الوزن أو وهبه - خصوصاً على القول بجواز هبة المجهول - فالظاهر أنه لا يقول أحد: بأنه يعتبر في قبضه وزنه، مع عدم تعلّق غرض في الهبة بوزنه أصلاً. نعم، لو رهن أو وهب مقداراً معيناً من الكيل أو الوزن أمكن القول باشتراط اعتباره في قبضه، وأن قبضه جزافاً ك: لا قبض. فظهر أن قوله في القواعد: «اشترى مكايلة» - وهو العنوان المذكور في المبسوط لهذا القول، كما عرفت عند نقل الأقوال - يراد به ما ذكرنا، لا ما عرفت من جامع المقاصد. ويؤيده تكرار المكايلة في قوله: «وباع مكايلة» ويشهد له أيضاً قول العلامة في غير موضع من التذكرة: لو قبض جزافاً ما اشتراه

وكذا الوباع من مشتري آخر من غير حضور ذلك الآخر كيله بأن باعه باشتراط كيله يعتبر في تحقّق قبضه من ذلك الآخر الكيل الجديد.

ويؤيد هذا الاحتمال تكرار المكايلة، ووجه التأييد أنه لو لم يكن المراد بالمكايلة تسمية مقدار كيل الشيء اشتراطاً في بيعه لكان الأنسب أن يقول: لو اشترى المكيل وباعه فلا بد لكل من الشراء والبيع من كيل جديد.

مكايلة. ويشهد له أيضاً قوله في موضع آخر: لو أخذ ما اشترى كيلاً وزناً وبالعكس، فإن تيقن حصول الحق فيه... الخ. وأظهر من ذلك فيما ذكرنا ما في المبسوط، فإنه بعدما صرح باتحاد معنى القبض في البيع والرهن وغيرهما ذكر: أنه لو رهن صبرة على أنه كيل كذا فقبضه بكيله، ولو رهنها جزافاً فقبضه بنقله من مكانه. مع أنه اختار عدم جواز بيع الصبرة جزافاً، فافهم. وأمّا قوله في الدروس: «ولا يكفي الاعتبار الأول عن اعتبار القبض» فلا يبعد أن يكون تتمّة لما قبله من قوله: «نعم، لو خلى بينه وبينه فامتنع حتى يكتاله» ومورده بيع كيل معيّن كليّ، فلا يدلّ على وجوب تجديد اعتبار ما اعتبر قبل العقد. ثم إن ما ذكره في المسالك في صحيحة ابن وهب أولاً: من أن قوله: «لا تبعه حتّى تكيّله» يصدق مع الكيل السابق، ثم استظهاره ثانياً - بقرينة استثناء بيع التولية -: أن المراد غير الكيل المشتراط في صحّة العقد، لم يعلم له وجه، إذ المراد من الكيل والوزن في تلك الصحيحة وغيرها هو الكيل المتوسط بين البيع الأوّل والثاني، وهذا غير قابل لإرادة الكيل المصحح للبيع الأوّل، فلا وجه لما ذكره أولاً أصلاً، ولا وجه لإرادة المصحح للبيع الثاني حتى يكون استثناء التولية قرينة على عدم إرادته، لاشتراك التولية مع غيرها في توقّف صحتها على الاعتبار،

ويشهد بأن المراد بالمكايلة ما ذكر من اشتراط مقدار الكيل قول العلامة في التذكرة^(١): إنه لو قبض ما اشتراه مكايلة جزافاً، حيث لا معنى بالأخذ الجزاف في الشراء بحضور الكيل، كما يشهد بذلك قوله في موضع آخر من التذكرة^(٢): أنه لو أخذ ما اشتراه كيلاً بالوزن فإن تيقن بحصول الحق فيه الخ، فإن الشك لا يتصور مع حضور المشتري الكيل ولو وزنه عند قبضه ثانياً.

لأنّ السؤال عن بيع الشيء قبل قبضه. ثمّ الجواب بالفرق بين المكيل والموزون لا يمكن إرجاعهما إلى السؤال والجواب عن شرائط البيع الثاني، بل الكلام سؤالاً وجواباً نصّ في إرادة قابلية المبيع قبل القبض للبيع وعدمها. فالأولى أنّ استثناء التولية ناظر إلى الفرق بين البيع مكايلة - بأن يبيعه ما اشتراه على أنّه كيل معيّن، فيشترط قبضه بالكيل والوزن ثمّ إقباضه - وبين أن يولّيه البيع الأوّل من غير تعرّض في العقد لكيله ووزنه، فلا يعتبر توسط قبض بينهما، بل يكفي قبض المشتري الثاني عن الأوّل.

وبالجملة، فليس في الصحيحة تعرّض لصورة كيل الشيء أولاً قبل البيع ثمّ العقد عليه والتصرّف فيه بالنقل والتحويل، وأنّ بيعه ثانياً بعد التصرّف هل يحتاج إلى كيل جديد لقبض البيع الأوّل، لا لاشتراط معلوميّة المبيع في البيع الثاني، أم لا؟ بل ليس في كلام المتعرّضين لبيع ما لم يقبض تعرض لهذه الصورة.

القول في وجوب القبض

مسألة: يجب على كلّ من المتبايعين تسليم ما استحقّه الآخر بالبيع، لاقتضاء العقد لذلك. فإن قال كلّ منهما: لا أدفع حتّى أقبض، فالأقوى إجبارهما معاً، وفاقاً للمحكّي عن السرائر والشرائع وكتب العلّامة والإيضاح والدروس وجامع المقاصد والمسالك وغيرها، وعن ظاهر التنقيح: الإجماع عليه، لما في التذكرة: من أنّ كلّاً منهما قد وجب له حقّ على صاحبه. وعن الخلاف: أنّه يجبر البائع أولاً على تسليم المبيع، ثمّ يجبر المشتري على تسليم الثمن، سواء كان الثمن عيناً أو في الذمة، لأنّ الثمن إنّما يستحقّ على المبيع، فيجب أولاً تسليم المبيع ليستحقّ الثمن. ولعلّ وجهه دعوى انصراف إطلاق العقد [١] إلى ذلك، ولذا استقرّ العرف

[١] لم يظهر وجهه للانصراف المزبور فإنّ المطالبة بالثمن عند إرادة تسليم المبيع

على تسمية الثمن عوضاً وقيمةً، ولذا يقبّحون مطالبة الثمن قبل دفع المبيع، كما يقبّحون مطالبة الأجرة قبل العمل أو دفع العين المستأجرة. والأقوى ما عليه الأكثر. ثم إن ظاهر جماعة أن محلّ الخلاف في هذه المسألة بين الخاصّة والعامة: ما لو كان كلّ منهما باذلاً وتشاحاً في البداية بالتسليم، لا ما إذا امتنع أحدهما عن البذل. قال في المبسوط - بعد اختياره أولاً إجبارهما معاً على التقابض ثمّ الحكم بأنّ تقديم البائع في الإيجاب أولى - قال: هذا إذا كان كلّ منهما باذلاً. وأما إذا كان

أمر متعارف وليس أمراً قبيحاً ولا مقبّحاً.

ولا يقاس ذلك بالمطالبة بالأجرة قبل العمل، لأنّ المطالبة بالأجرة يكون مع تسليم العمل، وتسليمه يكون بتمامه لا قبله.

نعم المتعارف في بعض الموارد كاستنابة الحج تسليم الأجرة قبل العمل، وهذا التعارف كاشتراط ضمنّي يرفع اليد به عن مقتضى إطلاق العقد في سائر الموارد.

ومما ذكرنا أنّه لا قبح في مطالبة الأجرة عند تسليم العين المستأجرة حيث تكون تسليم المنفعة بتسليمها.

نعم يكون في بعض الأعيان وفي بعض البلاد تعارف يعتبر شرطاً ضمنياً كما لا يخفى.

وتوضيح المقام: أنّه قد يقال: بما أنّ البيع تمليك عين بعوض فبتمامه يكون المبيع ملكاً للمشتري والثمن ملكاً للبائع، فيترتب على كلّ من الملكين حكمه من عدم جواز الإمساك بمال صاحبه، فيلزم دفعه إليه خروجاً عن الإمساك بمال الآخر بغير رضا صاحبه.

نعم لو كان أحد العوضين من قبيل الدين يترتب عليه حكمه من وجوب الوفاء به مع مطالبة الدائن.

أحدهما غير باذل أصلاً، وقال: لا أَسْلَمَ ما عليّ، أجبره الحاكم على البذل، فإذا حصل البذل حصل الخلاف في أيّهما يدفع. هذا إذا كان موسراً قادراً على إحضار الثمن، فإن كان معسراً كان للبائع الفسخ والرجوع إلى عين ماله كالمفلس، انتهى. قال في التذكرة: توهم قوم أن الخلاف في البدأة بالتسليم خلاف في أن البائع هل له

وعلى ذلك يجبر الممتنع عن التسليم والوفاء عليهما من باب الأمر بالمعروف، ولو امتنعا يجبران على التسليم والوفاء من ذلك الباب، فلا يجوز لأحدهما الامتناع حتى مع امتناع صاحبه وعدم إمكان إجباره.

وهذا ظاهر كلام الأردبيلي رحمته حيث قال في المحكي عنه: إن وجوب التسليم على كلّ منهما ليس مشروطاً بتحقيقه من الآخر، فلا يسقط التكليف بقاء مال الغير عن أحدهما بمعصية الآخر، وإن ظلم أحدهما لا يسوّغ ظلم الآخر، ويترتب على ذلك أنه لو وقع ماله بيده بدون الإقباض تمّ القبض.

وقد يقال: إنه وإن كان يصير المبيع بتمام البيع ملكاً للمشتري والثمن ملكاً للبائع، إلا أن في البين شرط ضمنيّ، وهو أن على كلّ منهما الإقباض فيما لو حصل منه لكان مقارناً لإقباض الآخر.

ولو أحرز أنه على تقدير إقباضه لا يحصل الإقباض من الآخر معه لا يجب عليه الإقباض، ولا يكون هذا ظلماً بل الظالم هو الآخر، حيث يمسك بمال الآخر مع إحرازه أنه على تقدير إقباضه يتسلّم ماله من الآخر.

ويترتب على ذلك أنه لو كان كلّ واحد منهما ممتنعاً عن الإقباض فلا موجب لإجبارهما على التقبض لو كان كل منهما باذلاً وتشاحاً في الإقباض أولاً.

وقد يقال: بإقباض البائع وإجباره به أولاً وقد ذكرنا ضعفه، بل الوجه التقابض معاً وإجبارهما عليه لما تقدّم من أن على كلّ منهما الإقباض مع كون الآخر باذلاً عنده، فما

حقّ الحبس أم لا؟ إن قلنا بوجوب البدأة للبائع فليس له حبس المبيع إلى استيفاء الثمن، وإلاّ فله ذلك. ونازع أكثر الشافعية فيه وقالوا: هذا الخلاف مختصّ بما إذا كان نزاعهما في مجرّد البدأة وكان كلّ منهما يبذل ما عليه ولا يخاف فوت ما عند صاحبه، فأما إذا لم يبذل البائع المبيع وأراد حبسه خوفاً من تعذّر تحصيل الثمن، فله ذلك بلا خلاف، وكذا للمشتري حبس الثمن خوفاً من تعذّر تحصيل المبيع، انتهى. وقد صرح أيضاً بعدم الخلاف في جواز الحبس لامتناع الآخر من التسليم بعض آخر. ولعل الوجه فيه: أنّ عقد البيع مبنيّ على التقابض وكون المعاملة يداً

هو القيد في وجوب عمل كل منهما على ما التزم به حاصل كما لا يخفى، هذا كله فيما كان عدم إقباض الآخر عن غير عذر.

وأما مع العذر كما إذا كان الثمن كلياً وكان معسراً فقد تقدّم أنّ للآخر الفسخ والرجوع إلى عين ماله.

ويدل على ذلك مضافاً إلى كونه مقتضى الشرط الارتكازي ما ورد في المفلس من أنّ صاحب المتاع إذا وجد عين ماله فلا يحاصّه الغرماء.

وقد ذكرنا أنّ ذلك الفسخ لا يختصّ بما إذا كان البيع حالاً، بل يجري في النسيئة أيضاً فيما إذا حلّ الأجل، وامتنع المشتري عن الوفاء بالدين بالعذر وبغيره، كما يقتضيه أيضاً إطلاق ما ورد في المفلس فراجع.

نعم لا يجوز في مورد كون الثمن نسيئة الإمساك بالمبيع حتى يتسلّم الثمن، فإنّ التأجيل في الثمن إسقاط لحق المطالبة إلى ذلك الأجل، والتزام بقبض المبيع من غير تسلّم الثمن.

مع أنّه لو لم يتفق تسليم المبيع حتّى حلّ الأجل لم يكن له الحبس، بل يكون للمشتري حبس الثمن وترك الاداء حتى يتسلّم المبيع، لأنّ الساقط في بيع النسيئة

بيد، فقد التزم كلّ منهما بتسليم العين مقارناً لتسليم صاحبه، لا بدونه، فقد ثبت بإطلاق العقد لكلّ منهما حقّ الامتناع مع امتناع صاحبه. فلا يرد أن وجوب التسليم على كلّ منهما ليس مشروطاً بتحقيقه من الآخر، فلا يسقط التكليف بأداء مال الغير عن أحدهما بمعصية الآخر، وأنّ ظلم أحدهما لا يسوّغ ظلم الآخر. هذا كله مع عدم التأجيل في أحد العوضين، فلو كان أحدهما مؤجلاً لم يجز حبس الآخر. قال في التذكرة: ولو لم يتفق تسليمه حتّى حلّ المؤجل لم يكن له الحبس أيضاً.

الاشتراط على المشتري، لا الاشتراط على البائع كما لا يخفى.

ثم إنّه قد ذكر المصنف رحمته الله أن عدم جواز حبس البائع المبيع على المشتري بعد حلول الأجل لالتزامه على نفسه بتسليمه من دون تعليق.

ويؤيده أن حقّ الحبس لمجرد ثبوت حقّ للحابس على صاحبه بأن يمتنع عن إقباض ما عنده حتّى يتسلم ما عند صاحبه ولو كان صاحبه باذلاً كما نقل العلامة ^(١) عن قوم توهم ذلك، بل ثبوت حقّ الحبس للحابس بازاء حبس صاحبه وامتناعه وحيث لم يكن من ناحية من عليه الثمن المؤجل حبس فلا يثبت للبائع حقّ الحبس في الفرض.

أقول: لا تأييد لذلك فيما ذكر وذلك فانه لو ثبت حقّ الحبس للحابس مطلقاً وكان له الامتناع عن التسليم حتّى يتسلم العوض لما كان للبائع في الفرض حقّ الحبس أيضاً لإسقاطه ذلك الحق ببيع المال نسيئة كما لا يخفى.

ولا يبعد دعوى أن حبس المال المنتقل إلى الغير على ماله بازاء حبس ذلك المالك لا يختص بالبيع، ولا سائر المعاولات المالية، بل هو مما يترتب على وضع

(١) التذكرة ١: ٥٦٤.

ولعل وجهه: أن غير المؤجل قد التزم بتسليمه من دون تعليق على تسليم المؤجل أصلاً. وهذا مما يؤيد أن حق الحبس ليس لمجرد ثبوت حق للحابس على الآخر، فيكون الحبس بإزاء الحبس. ثم مقتضى ما ذكرنا - من عدم وجوب التسليم مع امتناع الآخر وعدم استحقاق الممتنع لقبض ما في يد صاحبه - : أنه لو قبضه الممتنع بدون رضى صاحبه لم يصح القبض [١] فصحة القبض بأحد أمرين: إما إقباض ما في يده لصاحبه، فله حينئذ قبض ما في يد صاحبه ولو بغير إذنه. وإما إذن صاحبه سواء أقبض ما في يده أم لا، كما صرح بذلك في المبسوط والتذكرة،

اليد واستيلاء الغير على ملك الشخص من غير حق، أو الامتناع عن أداء ما عليه مع التمكن عليه، وهذا مما جرت السيرة العقلانية عليه ولم يردع عنه الشرع.

وعلى ذلك فلو امتنع من عليه الثمن المؤجل بعد حلول الأجل عن أداء الدين فللبائع أخذ العين أو غيرها من يده، أو عدم تسليمها إليه حتى يبذل ذلك الثمن المؤجل.

وهذا من التقاص في الإمساك، ولا يجري في موارد البذل والتشاح في البدء، بل يختص بموارد الامتناع وحبس المال على مالكه.

ولو فرض امتناع كل منهما عن التسليم بحيث لو فرض بذل صاحبه لحبس ماله عليه أيضاً أجبراً على التبادل والخروج عن الامتناع، لأنه ليس امتناع أحدهما تقاصاً كما يخفى.

[١] يعني لا يسقط حق صاحبه بالإمساك بذلك المال حتى يتسلم العوض.

نعم قد حصل بذلك القبض الموجب لخروج المال عن عهدة صاحبه. /
وأما سائر الأحكام فقد ذكر في التذكرة: أنه لا يجوز بيع ذلك المال إذا كان من المكيل والموزون، ولعل وجهه انصراف ما دل على كون البيع بعد قبضهما إلى القبض

وَصَرَحَ فِيهِمَا: بَأَنَّ لَهُ مَطَالِبَةَ الْقَابِضِ بَرْدَ مَا قَبِضَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، لِأَنَّ لَهُ حَقَّ الْحَبْسِ وَالتَّوَقُّعَ إِلَى أَنْ يَسْتَوْفِيَ الْعَوِضَ. وَفِي مَوْضِعٍ مِنَ التَّذَكُّرَةِ: أَنَّهُ لَا يَنْفُذُ تَصَرُّفُهُ فِيهِ. وَمُرَادُهُ التَّصَرُّفَ الْمَتَوَقَّفَ عَلَى الْقَبْضِ، كَالْبَيْعِ أَوْ مَطْلُوقِ الْإِسْتِبْدَالِ. ثُمَّ إِذَا ابْتَدَأَ أَحَدُهُمَا بِالتَّسْلِيمِ - إِمَّا لَوْجُوبِهِ عَلَيْهِ كَالْبَائِعِ عَلَى قَوْلِ الشَّيْخِ، أَوْ لِتَبَرُّعِهِ بِذَلِكَ - أُجْبِرَ الْآخَرُ عَلَى التَّسْلِيمِ، وَلَا يَحْجَرُ عَلَيْهِ فِي مَا عِنْدَهُ [١] مِنَ الْعَوِضِ وَلَا فِي مَالٍ آخَرَ، لِعَدَمِ الدَّلِيلِ.

الصَّحِيحُ أَيُّ بَعْدِ الْقَبْضِ الَّذِي لَا يَكُونُ لِبَايَعِهِ حَقُّ الْإِمْسَاكِ بِالْمَقْبُوضِ. أَقُولُ: لَا يَخْفَى أَنَّ فُسَادَ الْقَبْضِ بِمَعْنَى عَدَمِ كَوْنِ الْإِسْتِيلَاءِ بِإِذْنِ الْبَائِعِ وَرِضَاهُ بِاعْتِبَارِ أَنَّ لِلْبَائِعِ حَقَّ الْإِمْسَاكِ بِالْعَيْنِ، فَيَكُونُ أَخْذُهُ وَالْإِمْسَاكِ بِهَا بِإِذْنِهِ مَنَافِيًا لِذَلِكَ الْحَقِّ، فَيَكُونُ تَعْدِيًا وَظُلْمًا عَلَى الْبَائِعِ.

وَبِتَعْبِيرٍ آخَرَ: يَكُونُ الْأَخْذُ كَذَلِكَ مُحَرَّمًا وَلَا يَسْقُطُ حَقُّ الْبَائِعِ بِهِ. وَأَمَّا سَائِرُ التَّصَرُّفَاتِ فِي الْعَيْنِ الْمَقْبُوضَةِ فَلَا مُوجِبَ لِحَرَمَتِهَا كَالِاتِّفَاعِ بِتِلْكَ الْعَيْنِ، بَلِ التَّصَرُّفَاتُ النَّاظِلَةُ أَيْضًا كَذَلِكَ، غَايَةُ الْأَمْرِ لَا يَسْتَنْفِي بِتِلْكَ التَّصَرُّفَاتِ حَقَّ الْإِمْسَاكِ لِبَائِعِهَا عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي بَيْعِ الْعَيْنِ الْمَرْهُونَةِ.

ثُمَّ إِنَّهُ لَا يَبْعُدُ أَنْ يَكُونَ ظَاهِرُ النَّهْيِ عَنْ بَيْعِ الْمَكِيلِ وَالْمُوزُونِ قَبْلَ قَبْضِهِ هُوَ صُورَةُ بَقَاءِ الْمُبِيعِ عَلَى عَهْدَةِ بَايَعِهِ الْأَوَّلِ، وَالْمَفْرُوضُ خُرُوجُهُ عَنِ الْعَهْدَةِ بِالْقَبْضِ الْمَزْبُورِ وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ هُوَ الْعَالِمُ.

[١] يَعْنِي لَا يَحْجَرُ عَلَى الْآخَرِ فِي الْعَوِضِ الَّذِي سَلَّمَهُ صَاحِبُهُ إِلَيْهِ، وَلَا فِي مَالٍ آخَرَ، مِثْلًا لَوْ كَانَ مَا عَلَيْهِ مِنْ مَالٍ صَاحِبَهُ كَلِيًّا عَلَى الذِّمَّةِ فَلَا يَحْجَرُ عَلَيْهِ فِي مَالِهِ الْخَارِجِيِّ الْمَسَاوِي لِمَا عَلَى عَهْدَتِهِ.

مسألة: يجب على البائع تفريغ المبيع من أمواله مطلقاً [١] ومن غيرها في الجملة. وهذا الوجوب ليس شرطياً بالنسبة إلى التسليم وإن أوهمه بعض العبارات، ففي غير واحد من الكتب: أنه يجب تسليم المبيع مفرغاً. والمراد إرجاع الحكم إلى القيد، وإلا فالتسليم يحصل بدونه، وقد تقدّم عن التذكرة.

وكيف كان، فيدل على وجوب التفريغ ما دلّ على وجوب التسليم، فإن إطلاق العقد كما يقتضي أصل التسليم كذلك يقتضي التسليم مفرغاً، بل التسليم من دون التفريغ كالعدم بالنسبة إلى غرض المتعاقدين وإن ترتّب عليه أحكام تعبدية،

[١] يجب على البائع تفريغ المبيع من أمواله بلا استثناء ومن أموال غيره أيضاً في الجملة - أي في الموارد التي يكون مأذوناً في التصرف فيها - بتحريكها ونقلها، وإلا فيجب التفريغ على مالك تلك الأموال.

وهذا الوجوب لكون إبقائها في المبيع تصرف فيما صار ملكاً للمشتري فيحتاج إلى إذنه أو رضاه.

والحاصل: أن وجوب التفريغ ليس لعدم حصول إقباض المبيع بدونه، بل وجوب التفريغ حكم آخر غير وجوب الإقباض، وقد مرّ عن التذكرة^(١): إقباض الدار والسفينة المشتريّة مع كونهما مشغولتين بأموال البائع.

والوجه المزبور لوجوب التفريغ هو الوجه الموجب لوجوب إقباض المبيع وتسليمه يعني الشرط الارتكازي، حيث إنّ التسليم بدون التفريغ كالعدم بالإضافة إلى غرض المتعاقدين من التسليم والتسلّم وإن يترتب على التسليم بلا تفريغ بعض الأحكام، كخروج البائع عن ضمان المبيع.

أقول: قد تقدّم أن وجوب التسليم هو لكون إمساك البائع بالمبيع بلا رضا

كالدخول في ضمان المشتري ونحوه. فلو كان في الدار متاع وجب نقله فوراً، فإن تعذر ففي أول أزمته الإمكان. ولو تراخى زمان الإمكان وكان المشتري جاهلاً كان له الخيار لو تضرر بفوات بعض منافع الدار عليه. وفي ثبوت الأجرة لو كان لبقائه أجرة إلى زمان الفراغ وجه. ولو كان تأخير التفريغ بتقصيره فينبغي الجزم بالأجرة،

المشتري تصرفاً في ملك الغير بلا رضا صاحبه، ويجري هذا الوجه بالإضافة إلى إبقاء البائع أمتعته في المبيع، وعدم تفريغها منه سواء كان تسليم المبيع غير مفرغ مخالفاً لغرض المشتري من قبض المبيع أم لا.

وهنا فروع أشار إليها المصنف رحمته الله:

منها: أنه لو كان في الدار المبيعة متاع للبائع وجب عليه تفريغ الدار ونقله منها فوراً مع تمكنه، فإن تعذر ففي أول زمان التمكن.

ولو تأخر عن أول أزمته الإمكان وكان المشتري حين الشراء جاهلاً بالحال كان له الخيار في فسخ البيع في فرض تضرره بتأخير التفريغ لفوت بعض منافع الدار عليه. وهل يثبت للمشتري أجرة بقاء متاع البائع في المبيع إلى زمان التفريغ، لها وجه. هذا ما ذكره في هذا الفرع. والظاهر أنه أخذ بقاعدة نفي الضرر في نفي لزوم المعاملة بالإضافة إلى المشتري مع جهله بالحال ولكن فيما كان عالماً بالحال فلا يكون له خيار لإقدامه بالمعاملة مع العلم بكون لزومها ضررياً.

أقول: قد ذكرنا مراراً أن قاعدة «نفي الضرر»^(١) لا تنفي لزوم المعاملة وإثبات الخيار، بل لو جرت كان مقتضاها بطلان المعاملة، حيث إن صحتها ضرورية.

والأصح أن ثبوت الخيار في الفرض باعتبار تخلف الشرط الارتكازي وهو تسليم المبيع مفرغاً، وهذا الشرط الارتكازي لا يثبت مع علم المشتري بالحال من

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

كما جزموا بها مع امتناعه من أصل التسليم. ولو كان في الأرض زرع قد أُحصَد وجب إزالته، لما ذكرنا. وإن لم يُحصَد وجب الصبر إلى بلوغ أوانه، للزوم تضرر البائع بالقلع، وأمّا ضرر المشتري فينجبر بالخيار مع الجهل، كما لو وجدها مستأجرة. ومن ذلك يُعلم عدم الأجرة، لأنّه اشترى أرضاً تبين أنّها مشغولة،

الأول، نظير ما ذكرنا من عدم ثبوت خيار الغبن للمشتري مع علمه حال البيع باختلاف الثمن المسمّى مع القيمة السوقية بالفاحش، هذا كلّ ما إذا لم يمكن التفريغ. وأمّا إذا أمكن عادة فقصر في إفراغه فلا ينبغي الشك في استحقاق المشتري مطالبة البائع بالأجرة على إبقاء متاعه في الدار أو غيرها لو كان للإبقاء أجرة عادة، كما جزموا باستحقاقه الأجرة مع امتناع البائع عن أصل تسليم الدار، فإنّ للمشتري المطالبة بالأجرة لمنفعتها الفائتة عليه.

ولا يبعد استحقاق الأجرة في فرض العجز عن التفريغ أيضاً فيما كان العجز الحاصل عند البيع من جهة قد ارتفعت، وحصل قبل ارتفاعها العجز من جهة أخرى لم تكن حال البيع، فإنّه لا يفرق في استحقاق الأجرة لاستيفاء منفعة العين المملوكة بين كونه لعذر أم لا.

نعم لا يستحق الأجرة بالاضافة إلى ما كان حال البيع، فإنّ إبقاء المتاع زمان ذلك العجز استيفاء لمنفعة العين قبل بيعها وكونه بالأجرة شرط ارتكازي، غاية الأمر بما أنّ التسليم مفرّغاً أيضاً شرط ارتكازي يثبت مع جهل المشتري بعدم إمكانه الخيار لتخلّف هذا الشرط كما تقدم.

ومنها: لو كان في الأرض المبيعة زرع لبائعه فإن كان قد احصد وجب على البائع إزالته، وتسليم الأرض إلى المشتري مفرّغاً، لأنّ إبقائه تصرّف في ملك الغير بلا رضاه وتسليمها مفرّغاً شرط ارتكازي كما مرّ.

فلا يثبت أكثر من الخيار. ويحتمل ثبوت الأجرة، لأنه اشترى أرضاً لا يستحقّ عليها الاشتغال بالزرع، والبائع قد ملك الزرع غير مستحق للبقاء، فيتخير بين إبقائه بالأجرة وبين قلعه، لتقديم ضرر القلع على ضرر فوات منفعة الأرض بالأجرة.

نعم، لو كان في البين قرينة على عدم التزام البائع بتسليم المبيع مفرغاً إلى مدّة معروفة، كما إذا باع الأرض المزروعة قبل أوان حصاده فلا يجوز للمشتري في الفرض قلع الزرع - بدعوى أنّ الأرض مملوكة له بالشراء، وأنّ له تخليص ملكه من مال الغير - ولو بقلع الزرع بالأرض، بل لا يجوز له مطالبة الأجرة على بقاء الزرع إلى حصاده، فإنّ الإبقاء في الفرض بمنزلة بيع الأرض المستأجرة قبل بيعها.

والحاصل: أنّ إبقاء الزرع إلى أوان حصاده مجاناً بنظر العرف استيفاء لمنفعة الأرض قبل بيعها، كما هو الحال في وضع متاع في الدار لا يتمكن من تفرغها منه قبل مدّة معروفة بل غير معروفة، فيكون نظير بيع العين المستأجرة بعد إيجارها، فلا يثبت للمشتري غير خيار الفسخ مع جهله بالحال عند البيع.

لا يقال: التنظير غير صحيح فإنّ منافع المبيع مع استنجاهه قبل البيع غير مملوكة للبائع، فينتقل المبيع إلى ملك المشتري أو الدار مسلوبة المنفعة، ولذا يثبت للمشتري مع جهله بالحال خيار الفسخ خاصة، بخلاف المقام فإنّ المفروض فيه أنّ منافع الأرض مملوكة لبائعها، وبالبيع تدخل في ملك المشتري، ومقتضى دخولها في ملكه جواز مطالبته بالأجرة أو بالقلع.

فانه يقال: كما أنّ الإجارة قبل البيع استيفاء لمنافعها قبل البيع كذلك زرعها، وهذا لا يوجب إلّا ثبوت خيار الفسخ.

نعم، لو كانت الأرض تصلح لزرع جديد فعلاً يجب على بائعها إزالة ذلك الزرع، أو إرضاء مشتريها بالإبقاء بالأجرة أو مجاناً.

ويحتمل تخيير المشتري بين إبقائه بالأجرة وقلعه بالأرض. ويحتمل ملاحظة الأكثر ضرراً. ولو احتاج تفريغ الأرض إلى هدم شيء هدمه بإذن المشتري، وعليه طم ما يطم برضا المالك وإصلاح ما استهدم أو الأرض، على اختلاف الموارد، فإن مثل قلع الباب أو قلع ساحة منه إصلاحه إعادته، بخلاف هدم حائط، فإن الظاهر لحقوقه بالقيمي في وجوب الأرض له. والمراد بالأرض نفس قيمة الهدم لا أرض العيب.

ومما ذكرنا يظهر أنه لا وجه لما ذكره المصنف رحمته الله من ثبوت الأجرة على البائع في الفرض، وأنه يتخير بين الإبقاء بالأجرة، أو قلعها تقديماً لضرر القلع على ضرر اشتغال ذمته بأجرة منفعة الأرض.

ومنها: أنه لو احتاج تفريغ الأرض إلى هدم شيء هدمه البائع بإذن المشتري فعلى البائع طم ما يطم ويكون الطم أيضاً كالحفر بإذن المشتري، كما أن على البائع إصلاح ما هدمه أو يعطى أرض المهذوم على اختلاف الموارد، فيكون المتعين في بعض الموارد الإصلاح كما في قلع باب أو ساحة منه، فإن إصلاحه إعادته إلى موضع قلعه، ويكون في بعضها الأخرى الأرض كما هو في هدم الحائط، فإن المهذوم من الحائط قيمى، فعليه الأرض أي قيمة المهذوم، لا التفاوت بين ما يكون الحائط بعضها مهذوماً وبين ما لم يكن مهذوماً.

وعلى الجملة: قد يكون المهذوم بنظر العرف مثلياً، وقد يكون قيمياً، ولو قيل: بأن المهذوم مطلقاً قيمى كان له وجه.

ويظهر منهم في مسألة هدم أحد الشريكين الجدار المشترك بغير إذن صاحبه أقوال ثلاثة: الإعادة مطلقاً، كما في الشرائع^(١) والمحكي عن المبسوط^(٢) فيكون مثلياً،

(١) الشرائع ٢: ١٢٥.

(٢) المبسوط ٢: ٣٠٣.

وبالجملة، فمقتضى العرف إلحاق بعض ما استهدم بالمثلي وبعضه بالقيمي، ولو ألحق مطلقاً بالقيمي كان له وجه. ويظهر منهم فيما لو هدم أحد الشريكين الجدار المشترك بغير إذن صاحبه أقوال ثلاثة: الإعادة مطلقاً كما في الشرائع وعن المبسوط. والأرض كذلك كما عن العلامة والمحقق والشهيد الثانيين.

والأرض مطلقاً كما عن العلامة^(١)، والتفصيل بين ما كان من نوع واحد وكيفية واحدة كما في حائط البساتين والمزارع، وما كان مختلفاً كما في الحائط الدور والمخازن فيكون قيمياً كما حكى ذلك عن الدروس^(٢).

والظاهر جريان الاختلاف بحسب الموارد في كسر الباب والشبابيك وفتح الثوب أيضاً من قبيل ما ذكر.

أقول: لو توقّف إخراج أمتعة البائع على هدم حائط الدار المبيعة أو كسر بابه أو قلعه فظاهر المصنف أنّ الهدم والكسر كظم الحفر والإصلاح لا يجوز إلا بإذن المالك ورضاه، ومقتضاه أنّه إذا لم يرض المشتري بذلك يتعيّن الرجوع إلى الحاكم لأنّه وليّ الممتنع.

ولكن الأظهر عدم توقّف ذلك إلى إذن المشتري ورضاه، فإنّ التفريغ المزبور شرط ارتكازي في بيع الدار ونحوه، نظير اشتراط عدم غبن البائع في بيع ماله، غاية الأمر لو لم يكن المشتري عالماً بكون الدار مشغولة بمتاع يتوقّف إخراجها على كسر بابه ونحوه يكون ذلك في بعض الموارد نقصاً في المبيع يوجب الخيار للمشتري.

(١) القواعد ٢: ١٧٤-١٧٥.

(٢) الدروس ٣: ٣٤٥، وحكاه عنه الشهيد الثاني في المسالك ٤: ٤٩١.

والفصيل بين ما كان مثلياً كحائط البساتين والمزارع وإلا فالأرض كما عن الدروس. والظاهر جريان ذلك في كسر الباب والشبابيك. وفتق الثوب من هذا القبيل.

مسألة: لو امتنع البائع من التسليم فإن كان لحق [١] - كما لو امتنع المشتري عن تسليم الثمن - فلا إثم. وهل عليه أجره مدّة الامتناع؟ احتمله في جامع

[١] لو امتنع البائع عن تسليم المبيع وكان امتناعه لحق، كما لو امتنع المشتري عن تسليم الثمن فلا يكون البائع بامتناعه المفروض عاصياً لما تقدّم من ثبوت الحق له في ذلك. وهل عليه أجره مدّة الامتناع فلا ينبغي الإشكال في ضمانه لو استوفى منفعة العين في تلك المدّة، وكون استيفائها بلا رضا المشتري محرّم تكليفاً، لأنّ الثابت له الإمساك بالعين، لاستيفاء منافعتها أيضاً، ويكون ضمان استيفائها من مقتضى قاعدة احترام مال المسلم^(١).

وإنما الكلام في ضمان الأجرة على المنفعة غير المستوفاة الفاتئة على المشتري في مدّة إمساكه، ولكن الأظهر عدم الضمان، فإنّ الإمساك بالعين مجّاناً حتى يبذل المشتري الثمن من الشرط الارتكازي، أو من جهة جواز التقاص عن إمساك المشتري بالثمن، أو عدم وفائه به كما لا يخفى.

وقد يقال: إنّ على المشتري نفقة المبيع في تلك المدّة، لأنّ نفقة العين تابعة لمليكتها، فمن كان مالكاً لها فعليه نفقتها إلّا أن يشترط نفقتها على غيره بموجب شرعي من شرط ونحوه.

ويمكن استفادة كون النفقة على المشتري ممّا ورد من التعليل في صحيحة

(١) وسائل الشيعة ٥: ١٢٠، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي، الحديث ١ و ٣، وعوالي اللآلي ٢: ١١٣،

المقاصد، إلا أن منافع الأموال الفاتنة بحق لا دليل على ضمانها، وعلى المشتري نفقة المبيع. وفي جامع المقاصد: ما أشبه هذه بمثل منع الزوجة نفسها حتى تقبض المهر، فإن في استحقاقها النفقة تردداً، قال: ويحتمل الفرق بين المוסر والمعسر، انتهى. ويمكن الفرق بين النفقة في المقامين. ولو طلب من البائع الانتفاع به في يده، ففي وجوب إجابته وجهان. ولو كان امتناعه لالحق، وجب عليه الأجرة، لأنه عادٍ، ومقتضى القاعدة أن نفقته على المشتري.

أبي ولاد^(١) الواردة في اجارة البغل.

وفي جامع المقاصد^(٢) شبه المقام بنفقة الزوجة التي تمنع زوجها من نفسها قبل قبض مهرها، فإن المشهور أن لها الحق من الامتناع حتى تقبض مهرها وذكروا أن ذلك مقتضى معاوضة البضع والمهر، ويستفاد من بعض الروايات أن لها هذا الحق كموتقة سماعة قال: «سألته عن رجل تزوج جارية، أو تمتع بها ثم جعلته من صداقها في حل، أيجوز أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئاً؟ قال: نعم، إذا جعلته في حل فقد قبضته منه»^(٣).

فان ظاهرها عدم جواز الدخول بها قبل أن يقبضها مهرها، وبما أن المطالبة بالقبض من حقوق المرأة قطعاً، فيختص عدم الجواز بصورة مطالبته، ولكن مع ذلك لا يخلو دلالتها على الحكم من تأمل.

ثم هل تستحق المرأة النفقة زمان امتناعها لعدم قبض مهرها، ذكروا فيه وجهين: أوجههما أن عليه نفقتها فيما كان الزوج متمكناً على أداء مهرها، فإنه في هذا الفرض

(١) وسائل الشريعة ١٩: ١١٩، الباب ١٧ من كتاب الإجارة، الحديث ١.

(٢) جامع المقاصد ٤: ٤١٢.

(٣) وسائل الشريعة ٢١: ٦٣، الباب ٣٠ من أبواب المتعة، الحديث ١.

الكلام في أحكام القبض

وهي التي تلحقه بعد تحققه.

مسألة: من أحكام القبض انتقال الضمان [١] ممن نقله إلى القابض، فقبله يكون مضموناً عليه بعوضه إجماعاً مستفيضاً، بل محققاً، ويسمى ضمان المعاوضة. ويدل عليه - قبل الإجماع - النبوي المشهور: «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائنه» وظاهره - بناءً على جعل «من» للتبعض -: أنه بعد التلف يصير مالاً للبائع، لكن إطلاق المال على التالف إنما هو باعتبار كونه مالاً عند التلف. وبهذا الاعتبار

يصدق كونها في اختيار زوجها، وكونها عنده هو الموضوع لوجوب الإنفاق في صحيحة محمد بن قيس الواردة في النفقات الواجبة.

وأما كون المشتري متمكناً من أداء الثمن أو عدمه فلا أثر له في المقام لما ذكرنا من أن نفقة المال تتبع ملكه، فاحتمال جامع المقاصد التفصيل بين المشتري الموسر والمعسر بالإضافة إلى أداء الثمن بلاوجه، فقد ظهر إمكان التفرقة في النفقة بين المقامين.

ولو طلب الانتفاع بالمبيع وهو في يده ففي وجوب إجابته وجهان، ولكن الشرط الارتكازي المشار إليه يدفع هذا الوجوب كما لا يخفى.

[١] من الأحكام المترتبة على القبض بمعنى الإقباض انتقال ضمان المال إلى المنتقل إليه.

ولو تلف المال قبل إقباضه يكون ضمانه على ناقله، والمراد بالضمان الضمان المعاوضي أي انحلال البيع عند تلفه بحيث يقع التلف في ملك ناقله، ومقتضى الانحلال رجوع العوض إلى من دفعه بازاء التالف.

ويستدل على ذلك مع الغمض عن الإجماع عليه بالنبوي المشهور في كلمات

يصحّ أن يقع هو المصالح عنه إذا أتلّفه الغير لاقيمته - كما صرح به في باب الصلح من الشرائع والتحرير - وحينئذٍ فلا بد من أن يكون المراد بالنبوي: أن المبيع يكون تالفاً من مال البائع، ومرجع هذا إلى انفساخ العقد قبيل التلف آنأما، ليكون التالف مالاً للبائع.

الأصحاب «كلّ مبيع تلف قبل قبضه، فهو من مال بائعه»^(١).
وظاهره - كظهور كلّ خطاب مشتمل على الموضوع والحكم في فعلية الحكم بعد فعلية الموضوع بقيوده - أنه بعد تلف المبيع يصير مالاً لبائعه.
ولكن الحكم أي إطلاق المال قرينة على كون المراد أن المبيع عند تلفه أي قبله ملك لبائعه، حيث إن التالف بعد تلفه لا يكون مالاً وإن فرض كونه ملكاً.
وبذلك الاعتبار يقع مورد المصالحة فيما إذا أتلّفه الغير، لأنّ بدله أي قيمته فيما كان قيمياً يقع مورد المصالحة، كما صرح بذلك في باب صلح الشرائع^(٢) والتحرير^(٣)،
والحال أن مقتضى الظهور بقرينة ما ذكر انحلال المعاملة ورجوع المبيع إلى بائعه آنأما ليكون التالف مالاً لبائعه.

ومن هنا ذكر في التذكرة^(٤) - وتبعه من تأخر عنه^(٥) - أنه يتجدّد انتقال المبيع إلى بائعه قبل التلف بجزء من الزمان ولو كان ذلك الزمان لا يتجزأ، ويسمّى ذلك الضمان

(١) المستدرك ١٣: ٣٠٣، الباب ٩ من أبواب الخيار.

(٢) الشرائع ٢: ١٢٢.

(٣) التحرير ١: ٢٣٠.

(٤) التذكرة ١: ٥٦٢.

(٥) كالمحقّق الثاني في جامع المقاصد ٤: ٤٠٣، والشهيد الثاني في المسالك ٣: ٢١٦، والمحدث البحراني

في الحدائق ١٩: ٧٦، والسيد الطباطبائي في الرياض ٨: ٢٠٨.

والحاصل: أنَّ ظاهر الرواية صيرورة المبيع مالاً للبائع بعد التلف، لكن لما لم يتعلَّق ذلك تعيّن إرادة وقوع التلف على مال البائع، ومرجعه إلى ما ذكره في التذكرة - وتبعه من تأخّر عنه - : من أنّه يتجدّد انتقال الملك إلى البائع قبل الهلاك بجزء لا يتجزأ من الزمان. وربما يقال - تبعاً للمسالك - : إنّ ظاهر «كون المبيع التالف قبل القبض من مال البائع» يوهّم خلاف هذا المعنى. ولعله لدعوى: أنَّ ظاهر كونه من ماله كون تلفه من ماله، بمعنى كون دركه عليه، فيوهم ضمانه بالمثل والقيمة. ومما ذكرنا - من أنَّ معنى الضمان هنا يرجع إلى انفساخ العقد بالتلف

المعاوضة.

وأما ما في المسالك:^(١) من أنَّ ظاهر النبوي أنَّ التلف يقع على البائع، بمعنى أنّه يكون خسارته عليه، كما في موارد ضمان اليد كتلف المغصوب والمال المأخوذ للشراء المعبر عنه بالمستام لا يمكن المساعدة عليه، حيث إنّ ظاهر النبوي أنَّ التالف مال لبائعه، لأنّه مال لمشتريه، ولكن يكون دركه وضمانه على بائعه.

والحاصل: أنَّ الضمان بمعنى انحلال البيع بتلف المبيع قبل قبضه حكم شرعي تأسيسي أو إمضائي، وليس بمعنى ثبوت البدل على العهدة ليسقط بإسقاطه بالاشتراط في العقد أو بعده.

وأوضح من النبوي في كون المراد انحلال المعاملة ما في ذيل معتبرة عقبة بن خالد من أنّه إذا قبض المتاع يكون المبتاع ضامناً لحقّ البائع ليردّه عليه، فلا وجه لاحتمال كون المراد من الضمان في المقام ضمان اليد.

ولا يقاس ذلك الضمان في ثبوته وسقوطه بالاشتراط في العقد أو إسقاطه بعده كما لا يخفى.

وتلف المبيع في ملك البائع ويسمى «ضمان المعاوضة» لاضمانه عليه مع تلفه من المشتري، كما في المغصوب والمستام وغيرهما ويسمى «ضمان اليد» - يعلم أن الضمان فيما نحن فيه حكم شرعي لاحق مالي، فلا يقبل الإسقاط، ولذا لو أبرأه المشتري من الضمان لم يسقط، كما نص عليه في التذكرة والدروس. وليس الوجه في ذلك: أنه «إسقاط ما لم يجب»، كما قد يتخيل. ويدل على الحكم المذكور أيضاً رواية عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجبه،

ثم إن ظاهر المصنف أن استفادة الضمان المعاوضي مبني على كون «من» في النبوي بمعنى التبعض مع أنه غير مبني عليه، بل لو فرض كونه زيادة فالمعنى كما ذكر، بل كان أوضح فتدبر.

ثم إن مقتضى قوله سبحانه ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(١) إمضاءه قبل تلف المبيع بيد بائعه وبعده، ويرفع اليد عن إطلاقه بالإضافة إلى ما بعد التلف بالنبوي^(٢) ومعتبرة عقبة بن خالد^(٣)، ويبقى إمضاءه بالإضافة إلى قبل تلفه بحاله، فيكون الحاصل أن المبيع بعد البيع إلى زمان تلفه ملك المشتري، فيكون نماءه له.

ولا حاجة في إثبات ذلك إلى استصحاب بقاء البيع إلى ذلك الزمان ليقال إنه لا اعتبار بالاستصحاب في الشبهات الحكمية.

ويلحق بنماء المبيع في ذلك الزمان الركاز - أي الكنز - الذي يجده العبد بعد بيعه، وهو بيد بائعه، فإنه إذا تلف العبد في ذلك الزمان قبل تسليمه إلى المشتري لا يخرج الكنز عن ملك المشتري.

(١) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

(٢) مرّ آنفاً.

(٣) وسائل الشيعة ١٨: ٢٣ - ٢٤، الباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث ١.

غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه، فسرق المتاع، من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد إليه ماله» ولعل الرواية أظهر دلالة على الانفساخ قبل التلف من النبوي.

ومن ذلك المال الذي يوهب للعبد المزبور وقد قبله وأخذ المال قبل موته، فيكون المال الموهوب لمشتريه، وكذا في المال الموصى به للعبد، وقبوله الوصية قبل موته.

وقد صرح العلامة: بأن مؤنة تجهيز العبد لبائعه وهو مبني على رجوعه إلى بائعه قبل تلفه بأن ملكاً حقيقياً، لا مجرد الملك التقديري المصحح لانحلال المعاملة فقط من غير أن يترتب عليه سائر آثار ملك البائع.

ثم إن المراد بالتلف ليس هو التلف الحقيقي فقط، بل يعم تعذر الوصول إلى المبيع عادة مثل سرقة بحيث لا يرجى عوده.

وما ورد في رواية عقبة^(١) من فرض سرقة المال محمول على مثل هذه السرقة، ووقوع الدرة في البحر قبل إقباضها من قبيل التلف، وكذا الطير والصيد المتوحش، فإن خروجها عن اليد يحسب تلفاً.

وأما لو غرق الأرض المبيعة بارتفاع ماء البحر، أو وقع عليها صخور من جبل، أو كسى الأرض رمل فهل هي من قبيل التلف، أو من قبيل التعيب الموجب للخيار؟ للشافعية وجهان، والأقوى عند العلامة في التذكرة^(٢): أنه من حدوث العيب.

(١) مرّ آنفاً.

(٢) التذكرة ١: ٥٦٢.

وكيف كان، فلا خلاف في المسألة، أعني بطلان البيع عند التلف لا من أصله، لأن تقدير مالية البائع قبل التلف مخالف لأصالة بقاء العقد، وإنما احتيج إليه لتصحيح ما في النص: من الحكم بكون التالف من مال البائع، فيرتكب بقدر الضرورة. ويترتب على ذلك كون النماء قبل التلف للمشتري. وفي معناه الركاز الذي يجده العبد، وما وهب منه فقبل، أو أوصي له به فقبل، كما صرح به في المبسوط والتذكرة. وصرح العلامة: بأن مؤونة تجهيزه لو كان مملوكاً على البائع، وهو مبني على ثبوت الملك الحقيقي قبل التلف، لا مجرد تقدير الملك الذي لا بد فيه من الاقتصار على الحكم الثابت المحجوج إلى ذلك التقدير، دون ما عده من باقي آثار المقدّر إلا أن يقال: بأن التلف من البائع يدل التزاماً على الفسخ الحقيقي ثم إنه يلحق بالتلف تعذر الوصول إليه عادة، مثل سرقة على وجه لا يرجى عوده، وعليه تحمل رواية عقبة المتقدمة. قال في التذكرة: ووقوع الدرة في البحر قبل القبض كالتلف، وكذا انفلات الطير والصيد المتوحش. ولو غرق البحر الأرض المبيعة أو وقع عليها صخور عظيمة من جبل أو كساها رمل، فهي بمثابة التلف، أو ثبت به الخيار؟ للشافعية وجهان: أقواهما الثاني. ولو أبق العبد قبل القبض أو ضاع في انتهاب العسكر لم يفسخ البيع، لبقاء المالية ورجاء العود، انتهى. وفي التذكرة أيضاً لو هرب المشتري [١] قبل وزن الثمن وهو معسر مع عدم الإقباض احتمل أن

[١] قال في التذكرة^(١) ما حاصله: أنه لو امتنع المشتري من دفع الثمن إلى البائع كماله هرب المشتري قبل دفع الثمن حيث يحصل دفعه بوزنه وكان المشتري معسراً والمبيع بيد بائعه احتمل أن يثبت البائع خيار الفسخ في الحال لتعذر أخذ الثمن

يملك البائع الفسخ في الحال لتعذر استيفاء الثمن، والصبر ثلاثة أيام للرواية. والأول أقوى، لورودها في البازل. وإن كان موسراً أثبت البائع ذلك عند الحاكم، ثم إن وجد له مالاً قضاؤه وإلا باع المبيع وقضى منه، والفاضل للمشتري والمعوز عليه، انتهى. وفي غير موضع مما ذكره تأمل. ثم إن ظاهر كثير من الأصحاب: أنه لا يعتبر في القبض المسقط لضمان البائع وقوعه صحيحاً جامعاً لما يعتبر فيه، فلو وقع بغير إذن ذي اليد كفى في رفع الضمان، كما صرح به في التذكرة والدروس وغيرهما. ولو لم يتحقق الكيل والوزن بناءً على اعتبارهما في قبض المكيل، ففي سقوط الضمان بمجرد نقل المشتري قولان. قال في التذكرة - في باب بيع الثمار -: إنه لو اشترى طعاماً مكايلاً فقبض جزافاً فهلك في يده، فهو من ضمان المشتري لحصول القبض وإن جعلنا الكيل شرطاً فيه فالأقرب أنه من ضمان البائع، انتهى. وقد تقدّم عن جامع المقاصد سقوط الضمان هنا بناءً على اشتراط الكيل في القبض. ولا يخلو عن قوة. وهل يكتفى بالتخلية على القول بعدم كونها قبضاً في سقوط الضمان؟ قولان: لا يخلو السقوط من قوة وإن لم نجعله قبضاً. وكذا الكلام فيما لو وضع المشتري يده عليه ولم ينقله بناءً على اعتبار النقل في القبض. هذا كله حكم التلف السماوي.

المشروط على المشتري، ويحتمل أن يثبت في حقّه خيار التأخير المشروط بمضي ثلاثة أيام، ولكن الأظهر هو الأول، فإن الروايات الواردة في خيار التأخير ظاهرها كون المشتري باذلاً. وإذا كان المشتري الممتنع موسراً رفع البائع أمره إلى الحاكم، فإن أثبت امتناعه عند الحاكم يدفع الحاكم من مال المشتري الثمن، وإن لم يظفر بغير المبيع من مال المشتري باعه، ويردّ فاضل الثمن على المشتري.

ولكن لا يخفى أنه لو تمّ الموضوع لخيار التأخير فعليه الصبر إلى ثلاثة أيام، وفي

وأما الإتلاف: فإما أن يكون من المشتري [١] وإما أن يكون من البائع، وإما أن يكون من الأجنبي. فإن كان من المشتري، فالظاهر عدم الخلاف في كونه بمنزلة القبض في سقوط الضمان، لأنه قد ضمن ماله بإتلافه. وحيثه الإجماع لو تم، وإلا فانصراف النص إلى غير هذا التلف، فيبقى تحت القاعدة. قال في التذكرة: هذا إذا كان المشتري عالماً، وإن كان جاهلاً، بأن قدّم البائع الطعام المبيع إلى المشتري فأكله، فهل يجعل قابضاً؟ الأقرب أنه لا يصير قابضاً، ويكون بمنزلة إتلاف البائع. ثم مثل له بما إذا قدّم المغصوب إلى المالك فأكله.

غيره يثبت له خيار الفسخ في الحال بلافق بين الموسر وغيره. ولا حاجة في الفسخ إلى المراجعة إلى الحاكم الشرعي، فإن التقابض شرط ارتكازي في البيوع على ما تقدّم التفصيل.

[١] لا ينحل البيع بإتلاف المشتري المبيع ولا يرجع الثمن إلى ملكه، فإن السيرة العقلانية المشار إليها لا يجري في الفرض، ولا يبعد انصراف معتبرة^(١) عقبة بن خالد عن هذا الفرض.

نعم إذا كان المشتري جاهلاً بالحال، كما إذا قدمه البائع عليه بأن له إتلافه مجاناً فأكله المشتري، فهذا يرجع إلى إتلاف البائع تسبباً، ويعم ذلك حتى فيما إذا كان البائع أيضاً مشتبهاً.

ويلحق بإتلاف المشتري مثل ما إذا صال العبد المشتري على مشترته فقتله المشتري دفاعاً عن نفسه، فلا يكون في هذا انحلال البيع حتى مع جهل المشتري بالحال، ولا يجري فيه التسبب وقاعدة الغرر.

(١) مرّ آنفاً.

أقول: هذا مع غرور البائع لأبأس به، أمّا مع عدم الغرور ففي كونه كالتلف السماوي وجهان. ولو صال العبد على المشتري فقتله دفعاً، ففي التذكرة: أن الأصح أنه لا يستقرّ عليه الثمن. وحكي عن بعض الشافعية: الاستقرار، لأنه قتله في غرض نفسه. ولو أتلفه البائع، ففي انفساخ البيع، كما عن المبسوط والشرائع والتحرير، لعموم التلف - في النص - لما كان بإتلاف حيوان أو إنسان أو كان بأفة. أو ضمان البائع للقيمة، لخروجه عن منصرف دليل الانفساخ فيدخل تحت قاعدة «إتلاف مال الغير». أو التخيير بين مطالبته بالقيمة أو بالثمن، إمّا لتحقيق سبب الانفساخ وسبب الضمان فيتخير المالك في العمل بأحدهما، وإمّا لأنّ التلف على هذا الوجه إذا خرج عن منصرف دليل الانفساخ لحقه حكم تعذر تسليم المبيع، فيثبت الخيار للمشتري، لجريان دليل تعذر التسليم هنا. وهذا هو الأقوى، واختاره في التذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك وغيرها، وعن حواشي الشهيد نسبته إلى أصحابنا العراقيين. فإن اختار المشتري القيمة، فهل للبائع حبس القيمة على الثمن؟

وما عن التذكرة^(١): من عدم استقرار الثمن فيه على الأصح، ضعيف جداً.

وعلى الجملة: فإتلاف المبيع المستند إلى المشتري استيفاء لذلك المبيع.

وأما إذا كان الإتلاف من الأجنبي فقد ذكرنا سابقاً أنه يلحق بالتلف، كما هو مقتضى رواية عقبة بن خالد.

ولكن هذا فيما إذا لم يكن عادة الرجوع إلى ذلك المتلف «بالكسر»، فإنّ هذا الفرض خارج عن الرواية، ويكون كإتلاف البائع في أنه يتخير المشتري بالرجوع إليه بالبدل، أو فسخ البيع، فإن تسليم المبيع إليه شرط ارتكازي له على البائع، فمع تخلفه

وجهان، أقواهما العدم. ولو قبض المشتري بغير إذن البائع - حيث يكون له الاسترداد - فأُتلفه البائع في يد المشتري، ففي كونه كإتلافه قبل القبض فيكون في حكم الاسترداد، كما أن إتلاف المشتري في يد البائع بمنزلة القبض، أو كونه إتلافاً له بعد القبض موجباً للقيمة، لدخول المبيع في ضمان المشتري بالقبض وإن كان ظالماً فيه، وجهان. اختار أولهما في التذكرة. ولو أُلّفه أجنبي جاء الوجوه الثلاثة المتقدمة، إلا أن المتعين منها هو التخيير، لما تقدّم، ولولا شبهة الإجماع على عدم تعيين القيمة تعين الرجوع إليها بعد فرض انصراف دليل الانفساخ إلى غير ذلك.

مسألة: تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين [١] في جميع ما ذكر، كما صرح به في التذكرة، وهو ظاهر عبارة الدروس، حيث ذكر: أن بالقبض

يكون له الفسخ على ما تقدّم.

وهل يكون للبائع حبس البدل حتى يتسلم الثمن من المشتري، فقد يقال: إن حبس المبيع كان للشرط الارتكازي، ولا يجري بالإضافة إلى بدله. وقد أشرنا إلى أن حبس المبيع نوع تقاص عن إمساك المشتري، وامتناعه عن أداء الثمن، ولا يختص هذا النوع من التقاص بخصوص المبيع كما لا يخفى.

[١] قد أشرنا إلى أن تلف الثمن المعين قبل قبضه يشترك مع تلف المبيع قبل قبضه في أنه يوجب انحلال البيع، حيث إنه لا فرق في السيرة العقلانية بين تلفهما في ذلك.

ويترتب على ذلك أنه لو باع المشتري ما اشتراه قبل إقباض الثمن ثم تلف الثمن يرجع البائع إلى المشتري ببذل المبيع مثلاً أو قيمته، لأن بيع المشتري لوقوعه في زمان ملكه محكوم بالصحة وال لزوم.

وبيعه النافذ يعتبر بعد تلف الثمن من إتلاف مال البائع على ما تقدّم في فسخ

ينتقل الضمان إلى القابض، بل الظاهر أنه ممّا لا خلاف فيه. قال في المبسوط: لو اشترى عبداً بثوب وقبض العبد ولم يسلم الثوب، فباع العبد صحّ بيعه، وإذا باعه وسلمه ثمّ تلف الثوب انفسخ البيع ولزمه قيمة العبد لبائعه، لأنه لا يقدر على رده، انتهى. وفي باب الصرف من السرائر نظير ذلك. وقد ذكر هذه المسألة أيضاً في الشرائع وكتب العلامة والدروس وجامع المقاصد والمسالك وغيرها - أعني مسألة من باع شيئاً معيناً بشيء معين ثمّ بيع أحدهما ثمّ تلف الآخر - وحكموا بانفساخ البيع الأول، وقد صرحوا بنظير ذلك في باب الشفعة أيضاً.

ذي الخيار بعد نقل أحد العوضين، كما يظهر ذلك من المبسوط^(١) وغيره^(٢) في مسألة من باع شيئاً بثمن معين ثمّ بيع أحدهما قبل تلف الآخر قبل إقباضه.

وإنما الكلام في استفادة ذلك من الروايات، فقيل: إنّ المبيع في النبوي يعم الثمن، بمعنى أن قوله «كلّ مبيع تلف قبل قبضه»^(٣) بمعنى كلّ ما تعلّق به البيع مثمناً كان أو ثمناً.

وفيه: أنّ ظاهر المبيع ما تعلّق به التملك بعوض، ولا يعم ما تعلّق به التملك بعوض.

وذكر المصنف رحمه الله أنه يمكن استفادة ذلك من معتبرة عقبة بن خالد، حيث ذكر - سلام الله عليه - فيها «فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتّى يردّ ماله إليه»^(٤)

(١) المبسوط ٢: ١٢٤.

(٢) راجع السرائر ٢: ٢٦٨، والشرائع ٢: ٣٢، والقواعد ٢: ٨٧، والتحريير ١: ١٧٦، والتذكرة ١: ٤٧٤ و ٥٦١، والإرشاد ١: ٣٨١، والدروس ٣: ٢١١، وجامع المقاصد ٤: ٤٠٢، والمسالك ٣: ٢٥٧، والحدائق ١٩:

١٨٩، والجواهر ٢٣: ١٨٢، وانظر مفتاح الكرامة ٤: ٧١٨ و ٧١٩ و ٣٩١.

(٣) المستدرک ١٣: ٣٠٣، الباب ٩ من أبواب الخيار.

(٤) وسائل الشيعة ١٨: ٢٣-٢٤، الباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث ١.

وبالجملة، فالظاهر عدم الخلاف في المسألة. ويمكن أن يستظهر من رواية عقبة المتقدمة حيث ذكر في آخرها: «أن المبتاع ضامن لحقه حتى يرد إليه ماله» بناءً على عود ضمير الـ«حق» إلى «البائع» بل ظاهر بعضهم شمول النبوي له بناءً على صدق المبيع على الثمن. قال في التذكرة: لو أكلت الشاة ثمنها المعين قبل القبض، فإن كانت في يد المشتري فكإتلافه، وإن كانت في يد البائع فكإتلافه، وإن كانت في يد أجنبي فكإتلافه، وإن لم تكن في يد أحد انفسخ البيع، لأن المبيع هلك قبل القبض بأمر لا ينسب إلى آدمي فكان كالسماوية، انتهى.

فانه بناءً على رجوع الضمير في «لحقه» إلى البائع يكون المراد من حقه هو الثمن. فالمعنى أنه إذا أقبض البائع المبيع يكون المشتري ضامناً لحق البائع أي الثمن حتى يخرج الثمن إلى البائع، كما أن المراد من ضمان المشتري ضمانه المعوضي، بمعنى أنه لو تلف الثمن يرجع البائع بالمبيع، كما كان الحال في ضمان البائع بالإضافة إلى المبيع.

لا يقال: ضمان المشتري حق البائع أي الثمن بضمان معاوضي قبل القبض لا يختص بصورة إخراج البائع المبيع من بيته، بل لو كان المبيع عند بائعه أيضاً يكون المشتري ضامناً بالثمن بضمان معاوضي، هذا أولاً.

وثانياً: لا دليل على كون ضمان المشتري الثمن حتى يردّه على البائع ضمان معاوضي، بل يحتمل كونه ضمان اليد، نظير ما ورد في حديث «على اليد...»^(١) من أن عليه ما أخذه حتى يردّه، فيكون المراد من الرواية أنه مع إقباض المبيع يكون المشتري ضامناً للثمن، بحيث لو تلف لكان عليه مثله أو قيمته.

(١) عوالي اللآلي ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢.

ثم إنه هل يلحق العوضان في غير البيع [١] من المعاوضات به في هذا الحكم؟ لم أجد أحداً صرح بذلك نفيًا أو إثباتاً. نعم، ذكروا في الإجارة والصدّاق وعوض الخلع ضمانها لو تلف قبل القبض، لكن ثبوت الحكم عموماً مسكوت عنه في كلماتهم. إلّا أنّه يظهر من بعض مواضع التذكرة عموم الحكم لجميع المعاوضات على وجه يظهر كونه من المسلّمات. قال في مسألة البيع قبل القبض وجواز بيع ما انتقل بغير البيع، قال: والمال المضمون في يد الغير بالقيمة كالعارية

وثالثاً: يحتمل كون المراد بالضمير في «لحقه» هو المشتري، وحقه عبارة عن المبيع، فالمراد أنّ المبيع بعد إخراج البائع إيّاه عن بيته يدخل في ضمان المشتري إلى أن يصل بيده، فيكون «يردّ» في قوله «حتّى يردّ ماله عليه» بالتخفيف من الورود بمعنى الوصول. فانه يقال: لا ينبغي الرب في ظهور الرواية في رجوع الضمان الثلاثة إلى مرجع ضمير الفاعل في قوله «فإذا أخرجه من بيته»، فيكون حاصل الشرطية في الجواب أنّ البائع إذا أخرج المتاع من بيته ووقع السرقة بعده فعلى المشتري أن يرد الثمن على البائع، ونفى الضمان عنه قبل ذلك لانحلال البيع بالسرقة قبل قبض المتاع، فلا نظر في الرواية إلى صورة بقاء المبيع، وتلف الثمن بيد المشتري.

ولا يمكن استفاده انحلال البيع بتلف الثمن قبل قبضه من الرواية فتدبر جيداً.

[١] هل يجرى التلف قبل القبض في غير البيع من سائر المعوّضات، بأن تنحل الإجارة مثلاً بتلف الأجرة المعيّنة قبل قبض المستأجر أو الموَجَر، أو تلف المصالح عنه أو به قبل القبض إلى غير ذلك، فقد ذكر المصنف رحمته الله أنّ عموم هذا الحكم مسكوت عنه في كلماتهم.

نعم ذكروا: الضمان قبل القبض لو تلف المهر قبل قبض المرأة^(١)، وعوض

(١) المبسوط ٤: ٢٧٦، والشرائع ٢: ٣٢٥، والمسالك ٨: ١٨٧، والجواهر ٣١: ٣٩.

المضمونة أو بالتفريط - ويسمى ضمان اليد - يجوز بيعه قبل قبضه، لتام الملك فيه - إلى أن قال :- أمّا ما هو مضمون في يد الغير بعوض في عقد معاوضة، فالوجه جواز بيعه قبل قبضه كـ: مال الصلح، والأجرة المعيّنة. وقال الشافعي: لا يصح، لتوهم الانفساخ بتلفه كالبيع، انتهى. وظاهر هذا الكلام كونه مسلماً بين الخاصة والعامة.

طلاق الخلع قبل أخذ الزوج^(١)، وكذا في الاجارة^(٢)، وظاهرهم بطلان المهر والبذل والاجارة.

ولكن يظهر من بعض مواضع التذكرة: أنّ الجريان والعموم متسالم عليه بين العامة والخاصة، حيث إنّه قال - في مسألة جواز بيع ما يملكه الشخص بغير البيع قبل قبضه :- وما يكون ملكاً له ولكن كان بيد الآخر بيد ضمان بالقيمة - أي بضمان اليد - كالعارية المشروط فيها ضمان المستعير، أو المضمونة لتفريط المستعير، أو غيره أنّه يجوز البيع لتام ملك البائع.

وهكذا بالإضافة إلى المضمون بالعوض كمال الصلح والأجرة المعيّنة لما ذكر من تمام ملك البائع وإن لم يقبض المال. وقال الشافعي: لا يصح البيع في المضمون بالعوض لاحتمال انفساخ ذلك الضمان بالعوض أي تلك المعاملة بتلف المال قبل قبضه^(٣)، انتهى.

وظاهر تعليل عدم الجواز باحتمال حدوث الانفساخ في المعاوضة بتلف المال قبضه يعطى أن الانحلال بالتلف قبل القبض متسالم عليه في المعاوضات.

(١) المبسوط ٤: ٣٥٥، والشرائع ٣: ٥١، والمسالك ٩: ٣٩٨، والجواهر ٣٣: ٣١.

(٢) راجع المبسوط ٣: ٢٢٢ - ٢٢٣، والشرائع ٢: ١٨٣، وانظر تفصيل ذلك في مفتاح الكرامة ٧: ٩١.

(٣) التذكرة ١: ٤٧٥.

مسألة: لو تلف بعض المبيع قبل قبضه [١] فإن كان ممّا يقسّط الثمن عليه انفسخ البيع فيه فيما يقابله من الثمن، لأنّ التالف مبيع تلف قبل قبضه، فإنّ البيع يتعلّق بكلّ جزء، إذ البيع عرفاً ليس إلّا التملك بعوض، وكلّ جزء كذلك. نعم، إسناد البيع إلى جزء واحد مقتصرأ عليه يوهّم انتقاله بعقد مستقلّ، ولذا لم يطلق على بيع الكل «البيع المتعددة».

وكيف كان فلا إشكال ولا خلاف في المسألة.

أقول: لا دلالة في التعليل المزبور على أنّ انحلال المعاوضة بتلف المال قبل القبض متسالم عليه عندنا أيضاً، بل وعند غير الشافعي، فانه كما يحتمل أن يكون الوجه لجواز البيع عند العلامة الملك مع الالتزام بانحلال المعاوضة كذلك يحتمل ان يكون تمام الملك بمعنى حصوله مع عدم انحلال المعاوضة.

نعم لا يبعد عموم القاعدة في التلف قبل القبض لما أشرنا من جريان السيرة عليها.

[١] لو تلف بعض المبيع قبل قبضه فان كان البعض ممّا يقسّط عليه الثمن كالمَنْ من الحنطة فيما إذا تلف بعضه فلا ينبغي الرب في بطلان البيع بالإضافة إلى ذلك التالف باعتبار كونه مبيعاً قد تلف قبل قبضه، ويصحّ بالإضافة إلى بعضه الباقي، فإنه مبيع لمن يتلف قبل قبضه، غاية الأمر يثبت لكل من البائع والمشتري خيار الفسخ بالإضافة إلى بيع الباقي لتبعض الصفقة.

لا يقال: نعم بيع الكل ينحل إلى بيع أجزائه الخارجيّة بعضاً كما في بيع مثل المَنْ من الحنطة، ولكن بيع الجزء الخارجي يكون من البيع الضمني، لا الاستقلالي نظير وجوب كلّ جزء من أجزاء الكل، فأنّه كما يكون ضمناً كذلك بيعه في ضمن الكل.

والحكم المجعول في الخطاب على بيع شيء ظاهره ترتبه عليه فيما إذا كان

وإن كان الجزء مما لا يتقسط عليه الثمن كيد العبد، فالأقوى أنه كالوصف الموجب للتعيّب. فإن قلنا بكونه كالحادث قبل العقد، فالمشتري مخير بين الردّ والأرش، وإلا كان له الردّ فقط، بل عن الإيضاح: أنّ الأرش هنا أظهر، لأنّ المبيع هو مجموع بدن العبد، وقد نقص بعضه، بخلاف نقصان الصفة. وفيه تأمل. بل ظاهر الشرائع عدم الأرش هنا مع قوله به في العيب، فتأمل.

استقلالياً، ولذا لا يطلق على بيع الكلّ البيوع المتعدّدة.

فإنه يقال: انحلال البيع في موارد تقسيط الثمن من قبيل انحلال الحكم في خطاب العام الاستغراقي، لا من قبيل الوجوب الضمني في العام المجموعي أو الواجب الارتباطي.

والحاصل: أنه يكون الشيء في موارد تقسيط الثمن عليه مبيعاً حصل بيعه وبيع الآخر بإنشاء واحد، ومقتضى مناسبة الحكم والموضوع أنّ الانحلال حكم لتلف المبيع سواء كان بيعه بإنشاء مستقل أم لا، نظير ما ذكر في خيار الحيوان من أنه لو باع الحيوان مع غيره بصفقة يثبت الخيار في شراء الحيوان إلى ثلاثة أيّام، بخلاف ما إذا بيع حيوان مع حيوان آخر بصفقة واحدة، فإنه يثبت في ذلك البيع خيار واحد، حيث إنّ ظاهر خطاب خيار الحيوان ثبوت خيار واحد في إنشاء واحد بالإضافة إلى بيع الحيوان سواء كان الحيوان متعدّداً أم واحداً.

وإن لم يكن التالف مما يقسط عليه الثمن ولو فرض تقسيطه على جزئه المشاع كما في ثمن العبد، فإنه لا يقسط على أعضائه، ويكون تلف يد العبد مثلاً قبل قبضه نظير ما كان للعبد يد واحدة قبل بيعه ويعدّ ذلك عيباً.

ويبقى الكلام في حكم العيب الحادث في المبيع بعد بيعه وقبل قبضه، ويجري هذا الكلام في العيب الحادث في الأيّام التي يكون المبيع فيها في ضمان البائع، كأيّام

وكيف كان، فالمهم نقل الكلام إلى حكم العيب الحادث قبل القبض. والظاهر المصرح به في كلام غير واحد: أنه لا خلاف في أن للمشتري الرد. وأما الخلاف في الأرض، ففي الخلاف عدمه، مدعياً عدم الخلاف فيه، وهو المحكي عن الحلبي وظاهر المحقق وتلميذه كاشف الرموز، لأصالة لزوم العقد وإنما ثبت الرد لدفع تضرر المشتري به. وعن النهاية: ثبوته، واختاره العلامة والشهيدان والمحقق الثاني وغيرهم، وعن المختلف: نقله عن القاضي والحلي، وعن المسالك: أنه المشهور. واستدلوا عليه: بأن الكل مضمون قبل القبض، فكذا أبعاضه وصفاته. وأورد عليه: بأن معنى ضمان الكل انفساخ العقد ورجوع الثمن إلى المشتري والمبيع إلى البائع، وهذا المعنى غير متحقق في الوصف، لأن انعدامه بعد العقد في ملك البائع لا يوجب رجوع ما قابله من عين الثمن، مع أن الأرض لا يتعين كونه من عين الثمن.

الخيار المختص للمشتري، فهل يكون التلف المزبور موجباً لثبوت خيار للفسخ للمشتري، أو يكون الثابت الأرض فقط، أو يثبت للمشتري التخيير بين الرد والأرض، نظير العيب البائع قبل قبضه سواء تلف كله أو بعضه أو وصفه.

لا يقال: ما ورد في ضمان البائع بالتلف قبل القبض ظاهره تلف العين، ومعنى ضمانه رجوع العين إلى ملكه قبل تلفه بزمان، فينحل البيع ويرجع تمام الثمن في فرض تلف المبيع كله، أو بعضه في فرض تلف بعضه إلى ملك المشتري. وهذا بخلاف تلف الوصف، فإن الوصف لا يقابل بشيء من الثمن ليفرض عند تلفه انحلال البيع بالإضافة إلى الوصف.

نعم، يقع بازائه ما يعم غير الثمن، حيث إن الأرض لا يتعين أن يكون من الثمن. فانه يقال: لو صح هذا الاعتراض فلازمه عدم جواز مطالبة المشتري بجزء من الثمن، وأما جواز المطالبة بما يعم مساويه فهو داخل في الضمان بمعنى انحلال البيع.

ويدفع: بأن وصف الصّحة لا يقابل بجزء عين من الثمن، ولذا يجوز دفع بدله من غير الثمن مع فقدّه، بل يقابل بالأعمّ منه ومما يساويه من غير الثمن، وحيث إنّ فتلّفه على المشتري لا يوجب رجوع جزء من عين الثمن، بخلاف الكلّ والأجزاء المستقلة في التقويم، فحاصل معنى الضمان في المقامين هو: تقدير التلف المتعلّق بالعين أو الوصف في ملك البائع وأنّ العقد من هذه الجهة كأن لم يكن، ولازم هذا انفساخ العقد رأساً إذا تلف تمام المبيع، وانفساخه بالنسبة إلى بعض أجزائه إذا تلف البعض، وانفساخ العقد بالنسبة إلى الوصف بمعنى فواته في ملكه وتقدير العقد كأن لم يكن بالنسبة إلى حدوث هذا العيب، فكأنّ العيب حدث قبل العقد والعقد قد وقع على عين معيبة، فيجري فيه جميع أحكام العيب: من الخيار، وجواز التبرّي منه في العقد، وجواز إسقاط الخيار بعده ردّاً وأرشاً. ويؤيّد ما ذكرنا:

ولكن الصحيح أنّ الأوصاف التي لا تكون مقوّمه للمبيع لا تقابل في المعاملة بشيء، لا من الثمن، ولا من غيره، بل لها دخل في زيادة قيمة المبيع، ولذا يجوز للمشتري إمضاء البيع على المعيب بلا أرش.

ولكن عدم انحلال البيع بتلف الوصف وعدم مقابلته بشيء لا يلزم عدم ضمان البائع الوصف، لأنّ ضمان البائع معناه تنزيل هذا التلف منزلة التلف قبل البيع، وإن الأثر المترتب على التلف قبل البيع يترتب على تلفه بعد البيع وقبل قبضه.

وحيث إنّ التلف قبل البيع بالإضافة إلى عين المبيع موجب لعدم انعقاده فيكون التلف المزبور بعده موجباً لانحلاله على ما مرّ.

والتلف قبل البيع في الوصف كان موجباً لخيار الفسخ، أو التخيير بينه وبين الأرش، فيكون تلفه بعد البيع وقبل القبض أيضاً كذلك.

ويؤيّد أنّ الضمان يعمّ ضمان العين والوصف بضمان معاملي ما ورد في بعض

من اتّحاد معنى الضمان بالنسبة إلى ذات المبيع ووصف صحته، الجمع بينهما في تلف الحيوان في أيام الخيار وتعيّبه في صحيح ابن سنان: «عن الرجل يشتري الدابة أو العبد فيموت أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟ قال: على البائع حتى يمضي الشرط». نعم، قد يشكل الحكم المذكور، لعدم الدليل على ضمان الوصف، لأنّ الضمان بهذا المعنى حكم مخالف للأصل يقتصر فيه على محلّ النصّ والإجماع، وهو تلف الكل أو البعض. ولولا الإجماع على جواز الردّ لأشكل

أخبار التلف في زمان الخيار كصحيحة عبدالله بن سنان «عن الرجل يشتري الدابة أو العبد فيموت، أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك، قال: على البائع حتّى ينقضي الشرط»^(١)، والمراد بالحدث النقص الموجب لجواز الفسخ فقط، أو أخذ الأرض أيضاً. لا يقال: ليس في البين ما يدل على كون المبيع قبل قبضه في ضمان البائع ليقال بأنّ المراد بالضمان ما يعم الأوصاف، وأنّ ضمان الوصف نظير ضمانه العين ضمان معاوضي، بل الوارد كون تلف المبيع قبل قبضه على بائعه، وهذا لا يشمل غير تلف العين، وبما أنّ التسالم على ثبوت جواز الفسخ بتلف الوصف في يد بائعه متحقّق يلتزم به، ولكن لا وجه للالتزام بجواز أخذ الأرض.

وما ذكر في ذيل معتبرة عقبة بن خالد «فالمبتاع ضامن لحقه حتّى يرد عليه ماله» يحتمل ضمان المبيع وإن ضمانه بعد تخلية بائعه على المشتري ولو كان تلفه قبل وصوله إلى يده.

وعلى تقدير رجوعه إلى ضمان الثمن، فالضمان بمعنى وجوب الرد بقرينة فرض تلف المبيع وبقاء الثمن أو كونه على العهدة، ولذا ذكرنا أنّ الضمان لفرض تلف المبيع بعد التخلية.

(١) وسائل الشريعة ١٨: ١٤-١٥، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

الحكم به أيضاً، إلا أنه لما استندوا في الرد إلى نفي الضرر قالوا: إن الضرر المتوجه إلى المبيع قبل القبض يجب تداركه على البائع. وحيثُ قد يستوجه ما ذكره العلامة: من أن الحاجة قد تمس إلى المعاوضة، فيكون في الرد ضرر، وكذلك في الإمساك بغير أرض، فيوجب التخيير بين الرد والأرض، لنفي الضرر. لكن فيه: أن تدارك ضرر الصبر على المعيب يتحقق بمجرد الخيار في الفسخ والإمضاء، كما في سائر موارد الضرر الداعي إلى الحكم بالخيار. هذا، ومع ذلك فقول المشهور لا يخلو عن قوة. هذا كله مع تعييه بأفة سماوية.

وأما لو تعيَّب بفعل أحد، فإن كان هو المشتري فلا ضمان بأرضه، وإلا كان له على الجاني أرض جنايته، لعدم الدليل على الخيار في العيب المتأخر إلا أن يكون بأفة سماوية. ويحتمل تخيير المشتري بين الفسخ والإمضاء، مع تضمين الجاني لأرض جنايته بناءً على جعل العيب قبل القبض مطلقاً موجباً للخيار، ومع الفسخ يرجع البائع على الأجنبي بالأرض.

مسألة: الأقوى من حيث الجمع بين الروايات [١] حرمة بيع المكيل

فانه يقال: قد جمع في صحيحة عبدالله بن سنان بين موت العبد والدابة وحدوث الحدث في ثلاثة أيام من خيار الحيوان، وحكم بأن الضمان فيها على البائع، وإذا كان ضمان البائع بالإضافة إلى التلف من الضمان المعاوضي فيكون ضمانه الوصف أيضاً كذلك.

ولا يحتمل الفرق في هذا الضمان بين كونه أيام خيار الحيوان، أو كونه قبل القبض كما لا يخفى.

[١] الأظهر بحسب الروايات عدم جواز بيع المكيل والموزون قبل قبضه إلا

تولية.

والموزون قبل قبضه إلا توليةً، لصحيفة ابن حازم المروية في الفقيه: «إذا اشترت متاعاً فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه، إلا أن توليه، فإن لم يكن فيه كيل أو وزن فبعه». وصحيفة الحلبي في الكافي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «في الرجل يبتاع الطعام، ثم يبيعه قبل أن يكتاله؟ قال: لا يصلح له ذلك». وصحيفته الأخرى في الفقيه، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قوم اشتروا بزاً، فاشتركوا فيه جميعاً، ولم يقسموا، أ يصلح لأحد منهم بيع بزه قبل أن يقبضه ويأخذ ربحه؟ قال: لا بأس به، وقال: لأن هذا ليس بمنزلة الطعام، لأن الطعام يكال» بناءً على أن المراد ما قبل أن يقبضه من البائع، أما إذا أريد من ذلك عدم قبض حصته من يد الشركاء فلا يدل على ما نحن فيه، لتحقق القبض بحصوله في يد أحد الشركاء المأذون عن الباقي.

ففي صحيفة منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا اشترت متاعاً فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه إلا أن توليه، فإذا لم يكن فيه كيل أو وزن فبعه»^(١). وفي صحيفة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام «أنه قال في الرجل يبتاع الطعام ثم يبيعه قبل أن يكال قال: لا يصلح له ذلك»^(٢).

وفي صحيفته الأخرى قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قوم اشتروا بزاً فاشتركوا فيه جميعاً ولم يقسموه، أ يصلح لأحد منهم بيع بزه قبل أن يقبضه، قال: لا بأس به، وقال: إن هذا ليس بمنزلة الطعام أن الطعام يكال»^(٣).

بناءً على أن المراد قبل أن يقبضه من البائع، فإنه لو أريد قبض حصته من الشركاء فلا يدل على حكم المقام، لأن قبض أحد الشركاء المأذون من الباقي يكفي في

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٦٥، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١.

(٢) المصدر: ٦٦، الحديث ٥.

(٣) المصدر: ٦٧-٦٨، الحديث ١٠.

ورواية معاوية بن وهب، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع البع قبل أن يقبضه؟ فقال: ما لم يكن كيل أو وزن فلا يبعه حتى يكيله أو يزنه، إلا أن يوليه بالذي قام عليه». وصحيحة منصور في الفقيه، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى مبيعاً ليس فيه كيل ولا وزن، أله أن يبيعه مرابحة قبل أن يقبضه ويأخذ ربحه؟ قال: لا بأس بذلك ما لم يكن كيل أو وزن، فإن هو قبضه كان أبرأ لنفسه». وصحيح الحلبي: «في الرجل يتاع الطعام أ يصلح يبعه قبل أن يقبضه؟ قال: إذا ربح لم يصلح حتى يقبضه وإن كان توليةً فلا بأس». وخبر حزام المروي عن مجالس الطوسي، قال: «ابتعت طعاماً من طعام الصدقة، فأربحت فيه قبل أن أقبضه، فأردت بيعه فسألت النبي صلى الله عليه وآله، فقال: لا تبعه حتى تقبضه». ومفهوم رواية خالد بن حجاج الكرخي قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أشتري الطعام إلى أجل مسمى، فيطلبه التجار مني بعدما اشتريت قبل أن أقبضه؟ قال: لا بأس أن تباع إلى أجل، كما اشتريت»

القبض.

ولا يبعد كون المراد القبض من بانه، حيث إنه لو كان المبيع طعاماً يجوز لمشتريه بيعه وهو في يد شريكه المأذون.

وصحيحة معاوية بن وهب - المعبر عنها في عبارة المصنف رحمته الله بالرواية - قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع البع قبل أن يقبضه، فقال: ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه، إلا أن توليه الذي قام عليه»^(١).

وفي معتبرة منصور بن حازم قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى بيعاً ليس فيه كيل ولا وزن، أله أن يبيعه مرابحة قبل أن يقبضه ويأخذ ربحه؟ فقال: لا بأس

والمراد تأجيل الثمن، وقوله: «كما اشتريت» إشارة إلى كون البيع توليةً فيدلّ على ثبوت البأس في غير التولية. ومصحّحة علي بن جعفر عن أخيه: «عن الرجل يشتري الطعام أ يصلح بيعه قبل أن يقبضه؟ قال: إذا ربح لم يصلح حتّى يقبض، وإن كان توليةً فلا بأس» وفي معناها روايته الأخرى. خلافاً للمحكي عن الشيخين - في المقنعة والنهاية - والقاضي والمشهور بين المتأخرين، فالكراهة، لروايات صارفة لظواهر الروايات المتقدّمة إلى الكراهة، مثل ما في الفقيه في ذيل رواية الكرخي - المتقدمة - : «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أشتري الطعام من الرجل، ثم أبيع من رجل آخر قبل أن أكتاله، فأقول له: ابعت وكيلك حتّى يشهد كيّله إذا قبضته؟ قال: لا بأس». ورواية جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام «في الرجل يشتري الطعام ثم يبيعه قبل أن يقبضه؟ قال: لا بأس، ويوكّل الرجل المشتري من يكيّله ويقبضه».

بذلك ما لم يكن كيل ولا وزن، فإن هو قبضه فهو أبرأ لنفسه»^(١).

وصحيحة علي بن جعفر عليه السلام «عن الرجل يشتري الطعام أ يصلح بيعه قبل أن يقبضه؟ قال: إذا ربح لم يصلح حتّى يقبض، وإن كان يوكّله فلا بأس»^(٢).

وفي رواية حزام بن حكيم بن حزام المروية في المجالس، «قال: ابتعت طعاماً من طعام الصدقة، فأربحت فيه قبل أن أقبضه، فأردت بيعه، فسألت النبي صلى الله عليه وآله، فقال: لا تبعه حتّى تقبضه»^(٣).

وفي رواية ابن الحجاج الكرخي قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أشتري الطعام إلى

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٦٩، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٨.

(٢) المصدر: ٦٧، الحديث ٩.

(٣) الأُمالي للطوسي: ٣٩٩، الحديث ٨٩١، وعنه الوسائل ١٨: ٧٠، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود،

الحديث ٢١.

وهذه الروايات مطلقة يمكن حملها على التولية، وهو أولى من حمل تلك الأخبار على الكراهة، مع أن استثناء التولية حينئذٍ يوجب نفي الكراهة فيها، مع أن الظاهر عدم الخلاف في الكراهة فيها أيضاً بين أرباب هذا القول وإن كانت أخف. ومن ذلك يعلم ما في الاستئناس للجمع بالكراهة بخبر أبي بصير: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى طعاماً، ثم باعه قبل أن يكيّله؟ قال: لا يعجبني أن يبيع كيلاً أو وزناً قبل أن يكيّله أو يزنه، إلا أن يولّيه كما اشتراه فلا بأس أن يولّيه كما اشتراه إذا لم يربح به أو يضع، وما كان عنده من شيء ليس بكيل ولا وزن فلا بأس أن يبيعه قبل

أجل مسمى، فيطلبه التجار بعد ما اشتريته قبل أن أقبضه، قال: لا بأس أن تبيع إلى أجل كما اشتريت، وليس لك أن تدفع قبل أن تقبض، قلت: فإذا قبضته جعلت فداك فلي أن أدفعه بكيّله؟ قال: لا بأس إذا رضا»^(١).

وذكر المصنف رحمه الله: أن المراد بالاشتراء إلى أجل بنحو النسئنة بقريئة السؤال عن بيعه بعد شرائه قبل قبضه، ومقتضى تقييد نفي البأس بقوله «كما اشتريت» ثبوت البأس في بيعه بغير التولية.

أقول: الرواية كما قبلها ضعيفة لعدم توثيق ابن الحجّاج، مع أنه لم يظهر أن الشراء كان بالبيع نسئنة، بل يحتمل الشراء بنحو السلف، ولم يثبت عدم التعبير عن السلف والسلم بشراء الشيء إلى أجل.

وفي رواية إسماعيل بن عمر: أنه كان له على رجل دراهم، فعرض عليه الرجل أن يبيعه بها طعاماً إلى أجل... الخ^(٢).

ثم إنه لا ينبغي الريب في ظهور الأخبار المتقدمة منطوقاً في بعضها ومفهوماً في

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٦٩ - ٧٠، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٩.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٢٩٨، الباب ٨ من أبواب السلف، الحديث ١.

أن يقبضه». بناءً على أن قوله: «لا يعجبني» ظاهر في الكراهة، فإن ذلك يوجب رفع الكراهة رأساً في التولية، لأنه في قوة: «إن ذلك في التولية ليس ممّا لا يعجبني» مع أن القائلين بالكراهة لا يفرّقون بين التولية وغيرها في أصل الكراهة وإن صرح

بعضها الآخر في عدم جواز بيع المكيل أو الموزون قبل قبضه، وأن البيع إذا كان بنحو التولية فلا بأس سواء باعه من بائعه أو من غيره.

ولكن في مقابلها روايات يستظهر منها الجواز، فيحمل النهي في الأخبار المتقدمة على الكراهة في مقام الجمع.

منها: رواية خالد بن الحجاج الكرخي قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام أشتري الطعام من الرجل ثم أبيعه من رجل آخر قبل أن أكتاله، فأقول: ابعت وكيلك حتى يشهد كيـله إذا قبضته، قال: لا بأس»^(١).

وفي رواية جميل بن درّاج عن أبي عبد الله عليه السلام «في الرجل يشتري الطعام ثم يبيعه قبل أن يقبضه، قال: لا بأس، ويوكل الرجل المشتري منه يقبضه وكيله قال: لا بأس»^(٢). ونحوها رواية إسحاق المدائني^(٣).

ولكن لا يخفى أنها مع الغمض عن ضعف اسنادها مطلقة من حيث كون البيع قبل القبض بنحو بيع التولية أو غيره، فيرفع عن الإطلاق بالمنع الوارد في الروايات المعتمدة المتقدمة عن البيع بغير التولية.

ولكن ربما يحمل الأخبار المتقدمة المانعة على الكراهة بقرينة رواية أبي بصير

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٣٤٦، الباب ٥ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٩ و ١٨: ٦٥، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٣.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٦٦، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٦.

(٣) المصدر: الحديث ٧.

بعضهم بكونها في التولية أخف. وربما يستدل على الجواز بصحيحة الحلبي وابن مسلم في جواز بيع الثمرة المشتراة قبل قبضها. لكن لا يبعد إرادة الثمرة على الشجرة، فيخرج عن المكيل والموزون.

قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى طعاماً ثم باعه قبل أن يكيّله، قال: لا يعجبني أن يبيع كيلاً أو وزناً قبل أن يكيّله أو يزنه، إلا أن يولّيه، كما اشتراه إذا لم يربح فيه أو يضع، وما كان من شيء عنده ليس بكيل ولا وزن فلا بأس أن يبيعه قبل أن يقبضه»^(١). فان التعبير بعدم الإعجاب ظاهر في صحة البيع المزبور وكراهته. ولكن نوقش في هذا الحمل بأن الكراهة عندهم لا تختص بالبيع بغير التولية، بل يجري فيها أيضاً، وإن كانت الكراهة في التولية أخف.

أقول: لو كانت ظاهرة في الكراهة المصطلحة فلا يوجب رفع اليد عن ظهور الأخبار المتقدمة لضعف سندها، ولم يثبت الكراهة في بيع التولية.

ويبقى في البين صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يشتري الثمرة ثم يبيعها قبل أن يأخذها، قال: لا بأس به، إن وجد بها ربحاً فليبيع»^(٢).

وفي صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام أنه قال «في رجل اشترى الثمرة ثم يبيعها قبل أن يقبضها قال: لا بأس»^(٣).

ولكن لا يمكن رفع اليد بهما عن ظهور الأخبار المتقدمة في المنع، فإنه لو لم نقل بانصرافهما إلى بيع الشيء على الشجرة، كما لا يبعد ذلك بملاحظة الأخبار الواردة في بيع الثمار، فلا ينبغي الريب في أنّ صحيحة محمد بن مسلم مطلقة من حيث كونها على

(١) المصدر: ٦٩، الحديث ١٦.

(٢) المصدر: ٦٥-٦٦، الحديث ٤.

(٣) وسائل الشريعة ١٨: ٢٢٥-٢٢٦، الباب ٧ من أبواب بيع الثمار، الحديث ٣.

الشجرة، ومن حيث كونها بنحو التولية، كما أنَّ صحيحة الحلبي مطلقة من حيث كونها على الشجرة أم لا. ولكن يعارضهما موثقة سماعة «قال: سألت عن بيع الطعام أو الثمرة وقد كان اشتراها ولم يقبضها قال: لا حتى يقبضها، إلا أن يكون معه قوم يشاركونهم، فيخرجه بعضهم من نصيبه من شركته بريح، أو يوليه بعضهم فلا بأس»^(١).

فإن مقتضاها عدم جواز الثمرة، إلا بنحو التولية، أو بريح فيما كان البيع بنحو التشريك، ويحمل هذه على الثمرة المقطوعة.

فان مثل معتبرة منصور قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل اشترى بيعاً ليس فيه كيل ولا وزن - إلى أن قال: - لا بأس بذلك ما لم يكن كيل ولا وزن»^(٢)، مقتضاها جواز بيع غير المكيل والموزون قبل القبض سواء كان ثمرة على الشجرة أو غيرها. ومقتضى موثقة سماعة عدم جواز بيع الثمرة قبل قبضها بالمراوحة سواء كانت على الشجرة أم لا، فيتعارضان في الثمرة على الشجرة، ويؤخذ بالمعتبرة لموافقتها للكتاب العزيز من قوله سبحانه «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»^(٣) فتكون النتيجة جواز بيع الثمرة على الشجرة قبل قبضها.

وأما إذا كانت الثمرة مقطوعة فلا يجوز بيعها قبل قبضها إلا بنحو بيع التولية أو التشريك في النصيب بالمراوحة، فتكون الموثقة بعد هذا أخص مطلقاً بالإضافة إلى صحيحتي الحلبي^(٤) ومحمد بن مسلم^(٥) كما لا يخفى.

(١) وسائل الشريعة ١٨: ٦٨ - ٦٩، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٥.

(٢) المصدر: ٦٩، الحديث ١٨.

(٣) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

(٤) و(٥) مر آنفاً.

وربما يستأنس للجواز بالأخبار الواردة في بيع السلم على من هو عليه [١] بناءً على عدم الفرق بين المسألتين. وفيه تأمل، لعدم ثبوت ذلك، بل الظاهر أن محل الخلاف هنا هو بيع غير المقبوض على غير البائع، كما يستفاد من ذكر القائلين بالجواز في تلك المسألة والقائلين بالتحريم هنا. وقد جعل العلامة بيع غير

[١] وحاصل الاستئناس للجواز: أن الأخبار الواردة في بيع السلم على المسلم إليه أي بئعه يوجب الجواز في المسألة، ووجهه: أنه قد ورد في تلك الأخبار جواز بيع الطعام المسلم فيه من بايعه ثانياً، وإذا جاز بيع الطعام المزبور من بئعه جاز المكيل أو الموزون في مسألتنا قبل قبضه من بايعه أو من غيره، حيث لا يحتمل جواز بيع المسلم فيه من بايعه قبل القبض، ولا يجوز بيع المكيل أو الموزون قبل قبضهما.

وفيه: أنه يمكن الالتزام بجواز بيع المسلم فيه على بئعه قبل قبضه قبل حلول الأجل أو بعده، بخلاف غير السلم أي المكيل أو الموزون في مسألتنا بأن لا يجوز بيع المكيل أو الموزون قبل قبضهما من غير بايعهما.

وأما بيع المكيل أو الموزون من بايعهما قبل قبضهما فهذه مسألة أخرى كما جعل العلامة^(١)، حيث ذكر: أن بيع الشيء قبل قبضه من غير بئعه جائز عند جماعة وممنوع عند أخرى، وأما بيعه من بايعه فجائز عند الجماعة الأولى، ومختلف فيها عند الثانية. وبالجمل: غاية ما يستفاد مما ورد في السلم جواز بيع المكيل أو الموزون من بايعها قبل قبضهما، وأما بيعهما من شخص آخر فلا يستفاد الجواز.

ويظهر أيضاً من كلام القائلين بجواز بيع السلم على بئعه قبل قبضه ومن كلام القائلين بعدم جواز بيع المكيل أو الموزون قبل قبضهما أن مورد الجواز في السلم غير

المقبوض على بائه مسألة أخرى ذكرها بعد مسألتنا وفروعها، وذكر: أن المجوزين في المسألة الأولى جزموا بالجواز هنا، واختلف المانعون فيها هنا. ومن العجب ما عن التنقيح: [١] من الإجماع على جواز بيع السلم على من هو عليه مع إجماع المبسوط على المنع عن بيع السلم قبل القبض، مصرّحاً بعدم الفرق بين المسلم إليه وغيره. ثم إن صريح التحرير والدروس: الإجماع على الجواز في غير المكيل والموزون، مع أن المحكي في التذكرة عن بعض علمائنا القول بالتحريم مطلقاً،

مورد المنع في مسألتنا، وأن مورد الجواز في الأول البيع من بائه، ومورد المنع في الثاني البيع من غيره.

ثم لا يخفى أن مورد الجواز في السلم في بيعه من بايعه ثانياً ما إذا كان الثمن في البيع الثاني من غير جنس الثمن الأول، وأما إذا كان بجنس الثمن الأول فلا يجوز بيعه إلا برأس المال سواء كان قبل حلول الأجل أو بعده فلاحظ الروايات الواردة فيها، كما أنه لا يجوز فيه بعد حلول الأجل البيع من غيره بغير التولية إلا بعد القبض فيما كان المسلم فيه مكيلاً أو موزوناً، وأما إذا كان من غير المكيل والموزون فيجوز بعد حلول الأجل بالتولية أو بغيرها.

[١] يعني بعدما ذكر العلامة رحمته الله (١): أن بيع غير المقبوض من بائه مورد الخلاف عند المانعين عن بيعه من غير بايعه، لا يتم للتنقيح (٢) دعوى الإجماع على جواز بيع السلم على من هو عليه.

ولا يناسبه أيضاً كلام الشيخ رحمته الله حيث ذكر في المبسوط (٣) الإجماع على عدم

(١) راجع التذكرة ١: ٤٧٥.

(٢) التنقيح الرائع ٢: ١٤٥.

(٣) المبسوط ٢: ١٢١.

ونسبه في موضع آخر إلى جماعة منّا. وصريح الشيخ في المبسوط اختيار هذا القول، قال في باب السلم: إذا أسلف في شيء فلا يجوز أن يشرك فيه غيره ولا أن يولّيه، لأنّ النبي ﷺ نهى عن بيع ما لم يقبض، وقال: «من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره» إلى أن قال: ويوع الأعيان مثل ذلك إن لم يكن قبض المبيع، فلا يصحّ الشركة والتولية، وإن كان قد قبضه صحّت الشركة والتولية فيه بلا خلاف. وقد روى أصحابنا جواز الشركة فيه والتولية قبل القبض. ثم إن المحكي عن المهدّب البارع عدم وجدان العامل بالأخبار المتقدّمة المفصّلة بين التولية وغيرها. وهو عجيب، فإن التفصيل حكاه في التذكرة قولاً خامساً في المسألة لأقوال علمائنا، وهي الكراهة مطلقاً والمنع مطلقاً والتفصيل بين المكيل والموزون وغيرهما، والتفصيل بين الطعام وغيره بالتحريم والعدم - وهو قول الشيخ في المبسوط مدّعياً عليه الإجماع - وبالكراهة والعدم. وهنا سادس اختاره في التحرير وهو: التفصيل في خصوص الطعام بين التولية وغيرها بالتحريم والكراهة في غيره من المكيل والموزون. والمراد بالطعام يحتمل أن يكون مطلقاً ما أعدّ للأكل، كما قيل: إنّه موضوع له لغة. ويحتمل أن يكون خصوص الحنطة والشعير، بل قيل: إنّه معناه شرعاً، وحكي عن فخر الدين نقله عن والده، وحكي اختياره عن بعض المتأخّرين. وعن الشهيد: أنه حكى عن التحرير أنّه الحنطة خاصّة، وحكي عن بعض أهل اللغة.

ثم إن الظاهر أن أصل عنوان المسألة [١] مختص بالمبيع الشخصي، كما يظهر

جواز بيع السلم قبل قبضه، مع تصريحه بعدم الفرق بين بائعه أم من غيره.

[١] ليس في البين وجه صحيح لاختصاص الحكم في المسألة بالمبيع الشخصي

بعد فرض كون المستند في المسألة للمنع أو الكراهة هي الأخبار.

من الاستدلال في التذكرة للمانعين بضعف الملك قبل القبض، لانفساخه بالتلف وكون المبيع مضموناً على البائع، فولاية المشتري على التصرف ضعيفة. وذكر في التذكرة الكلبي الغير المقبوض في فروع المسألة، وقال: المبيع إن كان ديناً لم يجز بيعه قبل قبضه عند المانعين، لأن المبيع مع تعيينه لا يجوز بيعه قبل قبضه، فمع عدمه أولى، فلا يجوز بيع السلم قبل قبضه، ولا الاستبدال به، وبه قال الشافعي، انتهى.

نعم من يكون المستند له في المنع هو الوجه الاستحساني يعني ضعف الملك قبل القبض باعتبار كونه معرض الزوال بتلف المبيع، فلا اختصاص الوجه بالمبيع الشخصي، وعدم جريانه في المبيع الكلبي يتعين التخصيص.

ثم بناءً على عدم الجواز في المكيل والموزون في بيعهما قبل قبضهما بغير التولية، كما هو مقتضى الجمع بين الروايات يكون عدم الجواز لكونه في المعاملة وضعياً، فيحكم ببطالان البيع المزبور.

وحمله على الحكم التكليفي يحتاج إلى قرينة، كما هو الحال في جميع موارد النهي عن البيع وسائر المعاملات.

أقول: اعتبار التقابض في المجلس في بيع الصرف لا يوجب اعتبار قبض الثمن قبل البيع، بحيث يبطل بيع الصرف ببيع الثمن قبل قبضه.

ولو فرض أن البائع الذي له الدنانير على المشتري باعها من شخص آخر، ودفعها المشتري المزبور إلى ذلك الشخص قبل افتراق البائع وذلك الشخص تم بيع الصرف.

واستدل في التذكرة^(١) على عدم جريان الحكم في ناحيه الثمن بصحیحة

(١) التذكرة ١: ٤٧٤-٤٧٥.

وكيف كان، فلا فرق في النص والفتوى بناءً على المنع بين المبيع المعين والكلّي، بل ولا بناءً على الجواز. ثم إنَّ ظاهر أكثر الأخبار المتقدّمة المانعة بطلان البيع قبل القبض، وهو المحكي عن صريح العماني، بل هو ظاهر كلّ من عبّر بعدم الجواز الذي هو معقد إجماع المبسوط في خصوص الطعام، فإنَّ جواز البيع وعدمه ظاهران في الحكم الوضعي. إلّا أنَّ المحكي عن المختلف: أنّه لو قلنا بالتحريم لم يلزم بطلان البيع. لكن صريحه في مواضع من التذكرة وفي القواعد: أنَّ محلَّ الخلاف الصّحة والبطلان.

يعقوب بن شعيب قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع طعاماً بدراهم، فلما بلغ الأجل تقاضاه، فقال: ليس عندي دراهم خذ منّي طعاماً، فقال: لا بأس إنماله دراهمه يأخذ بها ما شاء»^(١).

حيث إنَّ مقتضى التعليل جواز المعاملة على الدراهم المزبورة قبل قبضها بجعلها ثمناً للطعام أو غيره.

وأورد المصنف عليه السلام على الاستدلال بوجهين:

الأول: أنَّ مورد الكلام في المسألة جعل الثمن من الدين المكيل أو الموزون قبل القبض مبيعاً في البيع الثاني، وظاهر الصحيحة جعل الدراهم في البيع الثاني كالبيع الأول ثمناً.

والثاني: أنَّ مدلول الرواية بيع الدراهم على من هي عليه، ولا يدخل فيه بيعها على غيره، وقد تقدّم عدم البأس بالأول، والكلام في المسألة في الثاني.

أقول: لا حاجة في الحكم بالجواز في بيع الثمن الكلّي قبل قبضه إلى هذه الرواية

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٣٠٧، الباب ١١ من أبواب السلف، الحديث ١٠.

وبالجملة، فلا ينبغي الإشكال في أن محلّ الخلاف في كلمات الأصحاب هو الحكم الوضعي. وينبغي التنبيه على أمور:

الأول: أن ظاهر جماعة عدم لحوق الثمن بالمبيع في هذا الحكم، فيصح بيعه قبل قبضه. قال في المبسوط: أما الثمن إذا كان معيناً فإنه يجوز بيعه قبل قبضه، وإن كان في الذمة فكذلك يجوز، لأنه لا مانع منه ما لم يكن صَرَفاً، فأما إذا كان صَرَفاً لا يجوز بيعه قبل القبض. وفي موضعين من التذكرة قوى الجواز إذا كان الثمن كلياً في الذمة. وهو ظاهر جامع المقاصد في شرح قول المصنف رحمته الله: ولو أحال من له طعام من سلم... الخ. واستدلّ عليه في التذكرة بقول الصادق عليه السلام - وقد سُئل عن الرجل باع طعاماً بدراهم إلى أجل، فلما بلغ الأجل تقاضاه، فقال: ليس عندي دراهم خذ منّي طعاماً - قال: «لا بأس إنَّما له دراهمه يأخذ بها ما شاء».

ويمكن أن يقال: إنَّ المطلوب جعل الثمن مبيعاً في العقد الثاني، لاثماً أيضاً كما هو ظاهر الرواية، مع اختصاصها بالبيع ممَّن هو عليه، فلا يعمُّ إلّا بعدم الفصل لو ثبت. وصرَّح في أواخر باب السَّلَم بإلحاق الثمن المعين بالمبيع. ويؤيده تعليل المنع في طرف المبيع بقصور ولاية المشتري لانفساخ العقد بتلفه فإنه جارٍ في الثمن المعين.

أو غيرها، بل هو مقتضى العمومات وإطلاق حلّ البيع^(١).

وأما تعليل المنع بضعف الملك قبل القبض فهو وإن يجر في ناحية الثمن المعين أيضاً، إلّا أنه كما تقدّم وجه استحساني، وإلّا لم يجز البيع في غير المكيل والموزون أيضاً قبل القبض، بل كان بيع المكيل والموزون ممنوعاً ولو بالتولية.

(١) للآية ﴿أَحْلَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾. سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

الثاني: هل البيع كناية عن مطلق الاستبدال [١] فلا يجوز جعله ثمناً ولا عوضاً في الصلح ولا أجره ولا وفاء عمّا عليه، أم يختصّ بالبيع؟ ظاهر عنواناتهم الاختصاص بالبيع. وأظهر منها في الاختصاص قوله في التذكرة: الأقرب عندي أن النهي به متعلق بالبيع لا بغيره من المعاوضات. وأظهر من الكلّ قوله في موضع آخر: لو كان لزيد عند عمرو طعام من سلم، فقال لزيد: خذ هذه الدراهم عن الطعام الذي لك عندي، لم يجز عند الشافعي، لأنه بيع المسلم فيه قبل القبض، والأولى عندي الجواز، وليس هذا بيعاً وإنما هو نوع معاوضة، انتهى. وأصرح من الكلّ تصريحه في موضع ثالث بجواز الصلح عن المسلم فيه قبل القبض، لأنه عقد مستقل لا يجب مساواته للبيع في أحكامه. وقد صرح جامع المقاصد أيضاً في غير موضع باختصاص الحكم بالبيع دون غيره. وقد تقدّم في كلامه: أنه لا يجوز بيع السلم قبل قبضه، والاستبدال به. لكن العلامة قد عبّر بلفظ «الاستبدال» في كثير

[١] قد تعلق النهي في الروايات ببيع المكيل والموزون قبل قبضهما، ويحتمل أن يكون ذكر البيع فيها لكونه الفرد الغالب في الاستبدالات، كما يحتمل كون النهي عنه لخصوصية فيه دون سائرهما، فالمتعين هو الثاني.

وكون البيع هو الفرد الغالب في الاستبدال ينفع فيما إذا كان في البين عموم أو إطلاق، ولا أقل من اطمئنان بعدم الخصوصية، وليس المقام كذلك.

وقد اشكل في التعدي إلى الثمن، فكيف يتعدى إلى سائر الاستبدالات، وأيضاً المأخوذ في متعلق النهي بيع ما اشتراه من المكيل والموزون قبل قبضهما.

وأما إذا ملك المكيل أو الموزون بغير الشراء، كالإرث أو الإجارة أو الصلح وغيرها، وأراد بيعه قبل قبضه فلا يدخل هذا في متعلق النهي في الروايات، بل مقتضى

من فروع مسألة البيع قبل القبض، مع أنَّ ما استدَلَّ به للمانعين: من قصور ولاية المشتري في التصرف لانفساخ العقد بالتلف، جارٍ في مطلق التصرف فضلاً عن المعاوضة. وقد صرَّح الشيخ في المبسوط في باب الحوالة: بأنَّها معاوضة، والمعاوضة على المسلم فيه قبل القبض غير جائزة. وهو وإن رجع عن الصغرى فيما بعد ذلك، لكنَّه لم يرجع عن الكبرى. وصرَّح في الإيضاح بابتناء الفرع الآتي - أعني إحالة من عليه طعام لغريمه على من له عليه طعام - على أنَّ الحوالة معاوضة أو استيفاء، وأنَّ المعاوضة قبل القبض حرام أو مكروه. وإرادة خصوص البيع من المعاوضة ليست بأولى من إرادة مطلق المعاوضة من البيع في قولهم: «إنَّ الحوالة بيع أو ليست بيعاً» بل هذه أظهر في كلماتهم، وقد صرَّح الأكثر: بأنَّ تراضي المسلم والمسلم إليه على قيمة المسلم فيه من بيع الطعام قبل القبض، فاستدلَّوا بأخباره على جوازه. ويؤيِّده أيضاً قوله في التذكرة: لو كان لزيد طعام على عمرو سَلَمًا، ولخالد مثله على زيد، فقال زيد: «أذهب إلى عمرو واقبض لنفسك مالي عليه» لم يصحَّ لخالد عند أكثر علمائنا، وبه قال الشافعي وأحمد، لأنَّ النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام بالطعام حتَّى يجري فيه صاعان: صاع البائع وصاع المشتري.

إطلاق حلِّ البيع^(١) وعموم الوفاء بالعقود^(٢) جوازه.

نعم ذكر المصنف رحمه الله أنه لو انتقل ما اشتراه إلى الوارث قبل قبضه، أو انتقل إلى الزوجة بعنوان الصداق ونحوه، وأراد الوارث أو الزوجة بيعه قبل قبضه فيدخل في متعلِّق النهي.

(١) لآية ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾. سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

(٢) لآية ﴿... أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...﴾. سورة المائدة: الآية ١.

وسياتي ابتداء هذا الفرع في كلام جماعة على مسألة البيع قبل القبض. نعم، ذكر الشهيد: أنه كالبيع قبل القبض، وصرح بابتداء الحكم فيما لو قال للمسلم: «اشتر لي بهذه الدراهم طعاماً واقبضه لنفسك» على حكم البيع قبل القبض. وكيف كان، فالمسألة محل إشكال من حيث اضطراب كلماتهم، إلا أن الاختصار في مخالفة الأصل على المتيقن هو المتعين. ومنه يظهر جواز بيع ما انتقل بغير البيع من المعاوضات كالصلح والإجارة والخلع - كما صرح به في الدروس - فضلاً عن مثل الإرث والقرض ومال الكتابة والصدّاق وغيرها. نعم، لو ورث ما اشترى ولم يقبض أو أصدقه أو عوّض عن الخلع جرى الخلاف في بيعه.

الثالث: هل المراد من البيع المنهي إيقاع عقد البيع [١] على ما لم يقبض، أو ما

ولعل نظره ﷺ إلى رواية معاوية بن وهب قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه، فقال: ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتّى تكيله أو تزنه...»^(١) حيث إنّ السؤال في الرواية يشمل ما إذا كان البيع المزبور من الوارث أو الزوجة. وأمّا سائر الروايات فمدلوها نهى المشتري عن أن يبيع ما اشتراه قبل قبضه، ولا يعم ما إذا انتقل المبيع إلى الوارث أو الزوجة، فأراد بيعه قبل قبضه.

أقول: لو قيل بشمول هذه الصحيحة لما إذا كان البائع في البيع الثاني غير المشتري الأول لما اختصّ المنع بالموارد المزبورة، بل يعم ما إذا وقع الصلح على المبيع قبل القبض، وأراد من انتقل إليه ذلك المبيع بيعه قبل قبضه كما لا يخفى.

[١] إذا كان المكيل أو الموزون معيناً خارجاً، وأراد مشتره بيعه قبل قبضه فهذا يدخل في المنهي عنه في الأخبار المتقدمة.

يعمّ تشخيص الكلّي المبيع به؟ فيكون المنهي عنه نقل ما لم يقبض بسبب خاص هو البيع، كما لو نهى عن بيع أم الولد، أو حلف على أن لا يبيع مملوكه، حيث لا فرق بين إيقاع البيع عليه أو دفعه عن الكلّي المبيع.

ظاهر النصّ والفتوى وإن كان هو الأول، بل هو المتعين في الأخبار المفصلة بين التولية وغيرها. إلا أن المعنى الثاني لا يبعد عن سياق مجموع الأخبار. وعليه،

وإن أراد مشتريه دفعه وفاءً للبيع على الكلّي في الذمة، كما إذا اشترى صبرة خارجية على أنها كذا وكذا صاعاً، ثم باع المشتري من الآخر بنحو الكلّي على العهدة مقداراً من الحنطة يساوي تلك الصبرة، وأراد أن يأخذ ذلك الآخر الصبرة المزبورة من البائع الأول، فهل أخذ الآخر تلك الصبرة من بيع المكيل أو الموزون قبل قبضه ليكون فاسداً، بأن يبقى المأخوذ في ملك المشتري الأول، وملك ذلك الآخر بعد على عهدة المشتري الأول أو أن النهي في الأخبار لا يعمه.

الأظهر عدم العموم، فإنّ الأخذ المزبور وفاءً للبيع الجاري على الكلّي، لا من بيع الصبرة قبل قبضها كما لا يخفى.

والحاصل: أن مورد النهي ما إذا صار المبيع المكيل قبل قبضه مبيعاً في بيع آخر. ويشهد لذلك استثناء بيع التولية في بعض تلك الأخبار، حيث إنّ التولية تتحقّق بإجراء البيع الثاني على ما اشتراه أولاً بثمن مساوٍ، فلا يكون إجراء العقد على ما في العهدة ولو بثمنٍ مساوٍ للثمن في بيع الصبرة من بيع تلك الصبرة تولية.

نعم ربما يكون مناسبة الحكم والموضوع أو غيرها موجباً للظهور في أنّ المنهي عنه نقل المال بسبب البيع من غير فرق بين كون المال مبيعاً في ذلك البيع أو كونه وفاءً لذلك البيع، كما في النهي عن بيع أمّهات الأولاد، وكما إذا نذر أو حلف على عدم بيع عبده، لا في مثل المقام الذي لم يظهر فيه ملاك الحكم، بل النهي عن بيع المكيل أو

فلو كان عليه سلم لصاحبه، فدفَع إليه دراهم وقال: «اشتر لي بها طعاماً واقبضه لنفسك» جرى فيه الخلاف في بيع ما لم يقبض، كما صرح به في الدروس. ولكن في بعض الروايات دلالة على الجواز، مثل صحيحة يعقوب بن شعيب قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له على الآخر أحمال من رطب أو تمر فيبعث إليه بدنانيير، فيقول: اشتر بهذه واستوف منه الذي لك، قال: لا بأس إذا ائتمنه». لكن في صحيحة الحلبي قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أسلفته دراهم في طعام فلمّا

الموزون قبل قبضه يشبه التعبد المحض.

هذا مع ظهور جواز النقل بالوفاء قبل القبض من بعض الروايات، كصحيحة الحلبي التي عبّر عنها المصنف رحمته الله بصحيحة يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألت عن الرجل يكون له على الآخر أحمال من رطب أو تمر، فيبعث إليه بدنانيير، فيقول: اشتر بهذه واستوف منه الذي لك، قال: لا بأس إذا ائتمنه»^(١).

وتقريب الاستدلال: أنّ مقتضى كون الدراهم ملكاً لمن عليه الأحمال من الرطب أو التمر أن يكون عوض تلك الدراهم أي ما يشتريه الدائن ملكاً لمن عليه الأحمال، وقد أذن للدائن أن يتملك ما اشتراه قبل قبضه ذلك المبيع.

والحاصل: أنّ مدلول الصحيحة أنّه لا بأس بأن يتعيّن ما على الشخص من المال في المكيل أو الموزون الذي لم يقبض.

لا يقال: لا دلالة للصحيحة على الجواز، فإنّ قول المدين للدائن اشتر بهذه، واستوف حقك بمنزلة توكيله في الشراء والقبض للمدين ثمّ الاستيفاء.

فانه يقال: لا دلالة لقول المدين على التوكيل في القبض للمدين أولاً فيما كان ما

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٣١٠-٣١١، الباب ١٢ من أبواب السلف، ذيل الحديث ١ عن الحلبي، والتهذيب ٧:

٤٢، الحديث ١٨٠ عن يعقوب بن شعيب.

حلّ طعامي عليه بعث إليّ بدراهم، فقال: اشتر لنفسك طعاماً واستوف حقّك، قال: أرى أن يولّي ذلك غيرك وتقوم معه حتّى تقبض الذي لك، ولا تتولّى أنت شراءه». وفي مؤثقة عبدالرحمن: «يكون معه غيره يوفيه ذلك». لكن ظاهر الخبرين كراهة مباشرة الشراء من جهة كونه في معرض التهمة، والمطلوب صحّة الشراء وعدم جواز الاستيفاء.

اشتراه الدائن من العين الخارجية.

نعم، لا بأس بالالتزام في التوكيل على القبض فيما كان ما اشتراه الدائن كلياً، لأنّ تعيّن ذلك الكلّي يكون بالقبض للمالك أصالةً أو وكالة ثم الاستيفاء، أو كان قول المدين في الفرض من إنشاء الحوالة.

ولكن في صحيحة الحلبي الأخرى قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أسلفه دراهم في طعام، فلمّا حلّ طعامي عليه بعث الي بدراهم، وقال: اشتر لنفسك طعاماً، واستوف حقّك، قال: أرى أن تولّي ذلك غيرك، وتقوم معه حتّى تقبض الذي لك، ولا تتولّى أنت شراءه»^(١).

وفي مؤثقة عبدالرحمن بن أبي عبدالله قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أسلف دراهم في طعام فحل الذي له، فأرسل إليه بدراهم، فقال: اشتر طعاماً، واستوف حقّك، هل ترى به بأساً؟ قال: يكون معه غيره يوفيه ذلك»^(٢).

ولكن المراد من الصحيحتين بقرينة الأولى منهما الكراهة لكون شراء الدائن من معرض التهمة هذا أولاً.

(١) وسائل الشريعة ١٨: ٣١٠-٣١١، الباب ١٢ من أبواب السلف، الحديث ١.

(٢) المصدر: ٣١١، الحديث ٢.

ثم إن هذا كله إذا كان الطعام المشتري شخصياً. [١]
وأما إذا وكله في شراء الكلي فلا يجري فيه ذلك، لأنّ تشخيص ما باعه سلماً
في الطعام الكلي المشتري موقوف على قبضه ثمّ إقباضه، وبدون ذلك لا يمكن
الإيفاء إلا بالحوالة أو التوكيل، فتدخل المسألة فيما ذكره في الشرائع وغيرها - تبعاً
للمبسوط بل نسب إلى المشهور - : من أنّه لو كان له على غيره طعام من سلّم عليه
مثل ذلك، فأمر غريمه أن يكتال لنفسه من الآخر، فإنّه يكره أو يحرم على الخلاف.
وقد علّل ذلك في الشرائع: بأنّه قبضه عوضاً عن ماله قبل أن يقبضه صاحبه. وذكر
المسألة في القواعد بعنوان الحوالة، قال: لو أحوال من عليه طعام من سلّم بقبضه
على من له عليه مثله من سلم، فالأقوى الكراهة، وعلى التحريم يبطل، لأنّه قبضه
عوضاً عن ماله قبل أن يقبضه صاحبه. وبنى في الإيضاح جريان الخلاف في
المسألة على أنّ الحوالة معاوضة أو استيفاء، وأنّ المعاوضة على مال السّلم قبل
القبض حرام أو مكروه. وأنكر جماعة ممّن تأخّر عن العلامة كون هذه المسألة من
محلّ الخلاف في بيع ما لم يقبض، بناءً على أنّ الحوالة ليست معاوضة فضلاً عن
كونها بيعاً، بل هي استيفاء.

وثانياً: مدلولهما المنع عن تولّي الشراء، لا عدم جواز الاستيفاء بعد شراء شخص
آخر وقبل قبضه، والكلام في دلالتهما على جواز الشراء وعدم جواز الاستيفاء كما
لا يخفى.

[١] الكلام في أنّ توكيل الدائن في الشراء لنفسه داخل في متعلق النهي في
الأخبار المتقدّمة الناهية عن بيع المكيّل أو الموزون قبل قبضهما، أم لا ينحصر في
شراء الطعام الشخصي.

وأما إذا اشترى طعاماً بنحو الكلي فلا يكون قبض الدائن ذلك الكلي إلا بوجهين:

أقول: ذلك إما وكالة وإما حوالة، وعلى كل تقدير يمكن تعميم محل الخلاف لمطلق المعاوضة ويكون البيع كناية عنها، ولذا نسب فيما عرفت من عبارة التذكرة المنع في هذه المسألة إلى أكثر علمائنا وجماعة من العامة محتجّين بالنبوي المانع عن بيع ما لم يقبض، واستند الشيخ رحمته الله أيضاً في المنع إلى الإجماع على عدم جواز بيع ما لم يقبض. وقد عرفت ما ذكره الشيخ في باب الحوالة. ولعلّه لذا قال الشهيد في الدروس في حكم المسألة: إنه كالبيع قبل القبض.

أحدهما أن يقع القبض للمديون ثم استيفائه وإقباضه من المديون وكالة، أو يكون قول المدين اشتر واستوف حقك من الحوالة إلى ذمة البائع من الدائن. وكلا التقديرين محكوم بالصححة، حيث إن إقباض المكيل أو الموزون في الأول يكون بعد قبضه بالوكالة، والثاني حوالة جامعة لشرائطها. ولكن تأمل بعض الأصحاب في الثاني، ووجهه أن الأخبار وإن كان مدلولها عدم جواز بيع المكيل أو الموزون قبل قبضهما، إلا أن ذكر البيع بما هو من المعاوضة لا لخصوصية فيه.

والحوالة أيضاً معاوضة حيث ينتقل بها الكلي على المديون من ملك الدائن إلى المديون بازاء ما على عهدة البائع، حيث ينتقل إلى ملك الدائن المحال كما لا يخفى، وعليه بما أن ما على البائع غير مقبوض فيكون المعاوضة عليه قبل قبضه.

وأجيب عن ذلك أولاً: بأن الحوالة ليست معاوضة، بل هي استيفاء، وتعيين لما على المديون فيما له على ذمة الغير بحيث لا يكون للدائن إلا مطالبة ذلك الغير، بل لو فرض كون الحوالة معاوضة، فليس مطلق معاوضة المكيل أو الموزون قبل القبض مورد النهي، بل الوارد في الروايات النهي عن بيعهما قبل قبضهما، إلا بالتولية كما تقدم.

لكنه رحمه الله تعرّض في بعض تحقیقاته لتوجيه إدراج المسألة في البيع: بأن مورد السلم لما كان ماهية كلية ثابتة في الذمة منطبقة على أفراد لانهاية لها، فأی فرد عينه المسلم إليه تشخص بذلك الفرد وانصب العقد عليه، فكأنه لما قال الغريم: «اكتل من غريمي فلان» قد جعل عقد السلم معه وارداً على ما في ذمة المستلف منه ولما يقبضه بعد، ولا ريب أنه مملوك له بالبيع، فإذا جعل مورداً للسلم الذي هو بيع يكون بيعاً للطعام قبل قبضه، فيتحقّق الشرطان ويلحق بالباب، وهذا من لطائف الفقه، انتهى. واعترضه في المسالك: بأن مورد السلم ونظائره - من الحقوق الثابتة في الذمة - لما كان أمراً كلياً كان البيع المتحقّق به هو الأمر الكلي، وما يتعين لذلك من الأعيان الشخصية بالحوالة وغيرها ليس هو نفس المبيع وإن كان الأمر الكلي إنما يتحقّق في ضمن الأفراد الخاصة، فإنها ليست عينه، ومن ثمّ لو ظهر المدفوع مستحقاً أو معيياً يرجع الحق إلى الذمة، والمبيع المعين ليس كذلك، وحينئذٍ فانصباب العقد على ما قبض وكونه حينئذٍ مبيعاً غير واضح، فالقول بالتحريم به عند القائل به في غيره غير متوجّه، انتهى.

أقول: ما ذكره من منع تشخيص المبيع في ضمن الفرد الخاص المدفوع وإن كان حقاً من حيث عدم انصباب العقد عليه، إلا أنه يصدق عليه انتقاله إلى المشتري بعقد البيع، فإذا نهى الشارع عن بيع ما لم يقبض نظير نهيه عن بيع أم الولد وعن بيع ما حلف على ترك بيعه، فإنه لا فرق بين إيقاع العقد عليه وبين دفعه عن الكلي المبيع. لكن يرد على ما ذكره الشهيد عدم تشخص الكلي بالكلي إلا بالحوالة الراجعة إلى الاستيفاء أو المعاوضة، وهذا لا يسوّغ إطلاق البيع على الكلي المتشخص به بحيث يصدق أنه انتقل إلى المحال بناقل البيع. نعم، هذا التوجيه إنما يستقيم في الفرع المتقدّم عن الدروس وهو: ما إذا أمره بقبض الطعام الشخصي الذي اشتراه للمشتري، فإن مجرد قبضه بإذن البائع مشخص للكلي المبيع في

ضمنه، فيصدق أنه انتقل بالبيع قبل أن يقبض.

ويمكن أن يقال: إن تشخيص الكلّي المبيع في الكلّي المشتري يكفي فيه إذن البائع في قبض بعض أفراد الكلّي المشتري من دون حاجة إلى حوالة، فإذا وقع فرد منه في يد المشتري صدق أنه انتقل بالبيع قبل القبض.

وكيف كان، فالأظهر في وجه إدخال هذه المسألة في محلّ الخلاف تعميم مورد الخلاف لمطلق الاستبدال حتّى المتحقّق بالحوالة وإن نقل بكونها بيعاً. والمسألة تحتاج إلى فضل تتبّع، والله الموفّق.

واستدلّ في الحداثق على الجواز [١] بما عن المشايخ الثلاثة بطريق صحيح وموثّق عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل عليه كُرّ من طعام، فاشترى كُرّاً من رجل آخر، فقال للرجل: انطلق فاستوف كُرّك، قال: لا بأس به».

[١] وتوضيح الحال: أنه قد ظهر ممّا تقدّم أنّ مورد الإشكال ما إذا باع كلياً على العهدة سلماً أو حالاً ثم اشترى البائع المزبور من ثالث مثل ذلك المبيع بنحو الكلّي على عهدة ذلك الثالث، وقال للمشتري الأوّل: خذ مالك عليّ من ذلك الثالث، فإنّ القول المزبور لا بد من كونه بنحو الحوالة، أو بنحو التوكيل بأن يكون المشتري الأوّل وكيلاً في قبض ما على عهدة الثالث للبائع، ثم إقباض المال عنه لنفسه.

والوجه في ذلك أنّ ما على عهدة البائع الأول يتشخّص بالفرد مع قبض مستحقه، لا بالكلّي الثابت بذمة الآخر، فيحتاج سقوط المال من عهدة البائع الأول إلى عقد الحوالة أو الوكالة المزبورة.

ولكن نوقش في صحة الحوالة بأنّها في مفروض الكلام تستلزم المعاوضة على البيع المكيل الكلّي قبل قبضه، حيث إنّ الحوالة في الحقيقة معاوضة بين المالين

وفيه: أنه لا دلالة لها على محلّ الكلام، لأنّ الكلام فيما إذا كان المالان سَلَمِينَ، ومورد الرواية إعطاء ما اشترى به قبل قبضه وفاءً عن دين لم يعلم أنه سَلَم أو قرض أو غيرهما. وقد استدلّ به في التذكرة على جواز إيفاء القرض بمال السَلَم، ولذا قال جامع المقاصد في شرح قوله عليه السلام: «ولو أحال من له عليه طعام من سَلَم بقبضه على مَنْ عليه مثله من سَلَم... الخ» فإن قلت: لِمَ اعتبر كون المالين معاً سَلَمِينَ؟ قلت: لأنّ المنع إنّما هو من بيع ما لم يقبض، وإذا كان أحد المالين سَلَمًا دون الآخر لم يتعيّن لكونه مبيعاً، لإمكان اعتباره ثمنًا، إذ لا معيّن لأحدهما، انتهى. ويمكن أن يقال: إنّ ظاهر الحوالة بناءً على كونها معاوضةً كون المحيل مملّكاً ما له في ذمّة غريمه بإزاء ما لغريمه عليه، فماله معوّض ومال غريمه عوض، فإذا كان ما له على غريمه سَلَمًا كفى في المنع عن تملكه بإزاء ما لغريمه عليه، لأنّه من بيع ما لم يقبض، وحينئذٍ فيتم الاستدلال بالرواية. نعم، لو كان ما عليه سَلَمًا دون ما له

الثابتين في العهدين، فيقع في المسألة المعاوضة بين البائع الأول ومشتريه في الكلّي الثابت بعهدته البائع بازاء الكلّي الثابت بعهدته الثالث.

وبما أنّ المعاوضة بغير التولية وقبل القبض فلا تصحّ، فينحصر صحة الحوالة بكون المالين على العهدين من غير المكيل أو الموزون، أو كان منهما ولكن ثبوتهما على العهدة بغير البيع والشراء، كما إذا اقترض زيد منّا من الحنطة من بكر، وأقرض عمراً منّا آخر، ثم أحال بكرًا على عمري.

ولكن استدلّ في الحدائق^(١) على جواز الحوالة في مسألة ثبوت المكيل والموزون على العهدة بالبيع والشراء بما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح في بعض والموثوق في بعض عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن