

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الْقُرْآنُ الْمَجِيدُ

٥

الْحَيَّ الْقَيُّومُ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الْقُرْآنُ الْمَجِيدُ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مِنْهَا لِحَافُ الْفَيْصَانَا

التَّعْلِيْقُ عَلَى مَكَاتِبِ الشَّيْخِ الرَّضِيِّ

لِلَّيَّةِ الْعِزَّةِ السَّيِّدِ مُحَمَّدٍ صَادِقِ الْوَعْدِ الْوَعْدَانِي

الجزء الخامس



الكتاب: ..... منهاج الفقاهه / ج ٥  
المؤلف: ..... آيت الله العظمى السيد محمد صادق الروحاني  
الطبعة: ..... الرابعة  
تاريخ النشر: ..... ١٤١٨ هـق - ١٣٧٦ هـش  
المطبعة: ..... سپهر  
الكمية: ..... ١٠٠٠ نسخة  
السعر: ..... ٩٥٠ تومان

البَيْعُ  
الْمَخْيَارَاتِ



## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله على ما اولينا من التفقه في الدين والهداية الى الحق وفضل صلواته واكمل تسليماته على رسوله صاحب الشريعة الخالدة وعلى آله العلماء بالله الأمان على حلاله وحرامه، سيما بقية الله في الارضين ارواح من سواه فداه .

وبعد،

فهذا هو الجزء الخامس من كتابنا منهاج الفقاهة وقد وفقنا الى طبعه، والمرجو من الله تعالى التوفيق لنشر بقية المجلدات فانه ولى التوفيق.

حول اعتبار القدرة على التسليم ..... ٥

مسألة: الثالث من شروط العوضين القدرة على التسليم، [١] فإن الظاهر الاجماع على اشتراطها في الجملة كما في جامع المقاصد وفي التذكرة أنه اجماع. وفي المبسوط الاجماع على عدم جواز بيع السمك في الماء ولا الطير في الهواء. وعن الغنية أنه إنما اعتبرنا في المعقود عليه ان يكون مقدوراً عليه تحفظاً بما لا يمكن فيه ذلك كالسمك في الماء والطير في الهواء، فإن ماهذه حاله لا يجوز بيعه بلا خلاف

## اعتبار القدرة على التسليم

[١] قوله الثالث من شروط العوضين القدرة على التسليم

وقبل الشروع في اقامة الدليل على اعتبار هذا الشرط ينبغي تقديم امور:

الأول: ان ذكر هذا الشرط في شروط العوضين، مع ان القدرة قائمة بالمتعاقدين، وهذا يناسب جعلها من شروط المتعاقدين لعله من جهة ان عدم القدرة على التسليم بحسب الغالب يكون من جهة قصور في العين كالطير الطائر والعبء الأبق ونحوهما، بل ربما يقال انه اذا كان عدم القدرة على التسليم من ناحيه قصور العاقد - كما لو تعاوضا على عين معينة و هما في السجن ولا يرجى اطلاقها منه - لا يكون ذلك مانعا عن صحة البيع.

واما ما افاده المحقق النائيني رحمته في وجه ذلك من ان القدرة مناط مالية المال، فمع عدمها لا يكون مالا عند العقلاء

فيرد عليه: ما ستعرف من ان العجز لا يوجب سلب المالية.

الثاني: ان محل الكلام هو العجز عن التسليم من حين تحقق العقد، فلو كان حين حدوثه قادراً على التسليم و طراً العجز يدخل ذلك في طرّ العيب الموجب لثبوت الخيار. وبهذا ظهر الفرق بين تعذر التسليم الذي هو مانع عن صحة البيع، وتعذره الموجب للخيار.

ولعل هناك فرقا آخر، وهو انه اذا كان البائع غير قادر ولكن كان المشتري

واستدلّ في التذكرة على ذلك بأنه نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر [١] وهذا غرر والنهي هنا يوجب الفساد اجماعاً على الظاهر المصرح به في موضع من الايضاح واشتهار الخبر بين الخاصة والعامة يجبر ارساله. اما كون ما نحن فيه غرراً فهو الظاهر من كلمات كثير

فادراً على التسلم، يثبت الخيار.

وان كان هو ايضا غير قادر بطل العقد. وسيأتي الكلام في ذلك فانتظر.  
ومن هنا ظهر الأمر الثالث، وهو ان محل الكلام عجز البائع والمشتري عن ذلك، واما اذا كان المشتري قادرا على التسلم فهو خارج عن المقام. وسيأتي حكمه.  
اذا عرفت هذه الأمور.

فاعلم: انه قد تكرر من الفقهاء دعوى الإجماع على اعتبار هذا الشرط، بل ينظر من الانتصار ان عليه اجماع العامة ولم يذكر الخلاف عن احد سوى الفاضل القطيني.  
وقد استدلل لإعتباره بوجوه.

[١] الأول: النبوي المشهور بين الفريقين - بل قيل انه اجمع عليه المخالف والمؤلف :-  
نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر. (١)

وتنقيح القول في هذا الحديث الشريف يقتضي البحث في جهات:

الأولى: في سنده. والظاهر انه من افضية النبي صلى الله عليه وآله المروية من طرق اهل السنة برواية عبادة بن صامت مجتمعة، وهي بعينها مروية من طرقنا برواية عقبه متفرقة على حسب تفرق الابواب.

وعلى اي تقدير مع اعتماد الأصحاب عليه وتلقيهم اياه بالقبول وافتائهم مستنداً اليه لا يبقى مجال الاشكال في سنده.

الجهة الثانية: في معنى الغرر وتطبيقه على بيع ما لا يقدر على تسليمه. وقد ذكروا

(١) الوسائل - باب ٤٠ - من ابواب آداب التجارة حديث ٣ - والمستدرک باب ٣١ من ابواب آداب التجارة حديث ١ - الدعائم ج ٢ - ص ١٩ سنن بهيمي ج ٥ ص ٣٣٨ - و سنن الترمذي ج ٣ ص ٥٢٢ - واخرجه مسلم في صحيحه ج ٥ ص ٣ - وابو داود في كتاب البيوع.

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

وفي الصحاح الغرة الغفلة والغاز الغافل واغرته اي اتاه على غرة منه واغتر بالشيء اي خدع به والغرر الخطر ونهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر وهو مثل بيع السمك في الماء والطير في الهواء إلى ان قال: والتغيرير حمل النفس على الغرر، انتهى. وعن القاموس: ما ملخصه غره غراً وغروراً و غرة بالكسر فهو مغرور وغرير كامير خدعه وأطمعه في الباطل إلى ان قال: غرر بنفسه تغريراً أو تغره أي عرّضها للهلكة والأسم الغرر محرّكة إلى ان قال: والغاز الغافل، واغتر غفل والأسم الغرة بالكسر، انتهى.

وعن النهاية بعد تفسير الغرة بالكسر بالغفلة انه نهى عن بيع الغرر وهو ما كان له ظاهر يغتر المشتري وباطن مجهول، وقال الازهري: بيع الغرر ما كان على غير عهدة ولا ثقة ويدخل فيه البيوع التي لا يحيط بكنهها المتبايعان من كل مجهول وقد تكرر في الحديث ومنه حديث مطرف ان لي نفساً واحدة وانّي لأكره ان اغربها اي احملها على غير ثقة وبه سمي الشيطان غروراً لأنه يحمل الانسان على محابته ووراء ذلك ما يسوؤه، انتهى.

في تفسير الغرر امورا: الغفلة، والحديعة، والخطر، وعمل ما لا يؤمن معه من الضرر، وما كان على غير عهدة وثقة، وما له ظاهر محبوب وباطن مكروه.

وقد افاد بعض المحققين: ان هذه التفاسير ليست كلها بيانا للمعنى الحقيقي، بل بعضها بيان مفهومه، وبعضها الآخري بيان لازمه الدائمي، وبعضها بيان لازمه الغالبي، وبعضها بيان لمورده. ومعناه الحقيقي: ما يساوق الحديعة، ولازمه الدائمي هو الغفلة، ولازمه الغالبي هو الخطر والوقوع في الضرر، والمنخدع لا يكون على عهدة وثقة، ومورده ما كان له ظاهر محبوب وباطن مكروه.

والحق ان يقال: ان لمادة الغرر معان ثلاثة لاجماع بينها اصلا على ما يظهر من كتب اللغة. لأن ما يكون بمعنى الغفلة انما هو المعنى المشتق اللازم وهو غرير

وقد حكى ايضاً عن الاساس والمصباح والمغرب والجمل والمجمع تفسير الغرر بالخطر ممثلاً له في الثلاثة الاخيرة ببيع السمك في الماء والطير في الهواء. وفي التذكرة ان اهل اللغة فسروا ببيع الغرر بهذين ومراده من التفسير التوضيح بالمثال وليس في المحكى عن التّهاية منافاة لهذا التفسير كما يظهر بالتأمل.

وبالجملّة فالكلّ متفقون على اخذ الجهالة في معنى الغرر سواء تعلّق الجهل بأصل وجوده ام بحصوله في يد من انتقل اليه ام بصفاته كمثلاً او كيفاً. وربما يقال ان المنساق من الغرر المنهبي عنه الخطر من حيث الجهل بصفات المبيع ومقداره لامطلق الخطر الشامل لتسليمه و عدمه ضرورة حصوله في بيع كلّ غائب خصوصاً اذا كان في بحر ونحوه، بل هو اوضح شيء في بيع الثمار والزّرع ونحوهما.

والحاصل انّ من الواضح عدم لزوم المخاطرة في مبيع مجهول الحال بالنسبة إلى التسلم و عدمه خصوصاً بعد جبره بالخيار لو تعذر وفيه انّ الخطر من حيث حصول المبيع في يد المشتري اعظم من الجهل بصفاته مع العلم بحصوله فلا وجه لتقييد كلام اهل اللغة خصوصاً بعد تمثيلهم بالمثاليين المذكورين واحتمال إرادتهم ذكر المثاليين لجهالة صفات المبيع لا الجهل بحصوله في يده يدفعه ملاحظة اشتهاار التمثيل بهما في كلمات الفقهاء للعجز عن التسليم لا للجهالة بالصفات هذا مضافاً إلى استدلال الفريقين من العامّة والخاصّة بالتبوي

بكسر الغين، ومصدره الغرة بالكسر، واسم فاعله الغار بمعنى الغافل، ولا يكون له

اسم مفعول لكونه لازماً.

وما يكون بمعنى الخدعة انما يكون متعدياً وهو غريغر بضم الغين واسم مفعوله

المغرور، وغرير صفة مشبهة، واسم مفعول هذا الباب يلازم مع اسم فاعل ذلك الباب،

فالمغرور، يلازم مع كونه غافلاً، ومصدره غرور، والمستعمل في القرآن الكريم انما هو المعنى

الثاني، ولا جامع بين البابين.

واما لفظ الغرر فلم يستعمل في شيء منها، وانما هو بمعنى الخطر، ولا يكون معناه

حديثاً اشتقاقياً، بل هو جامد كما صرح بذلك في الأساس والمصباح والمغرب

المذكور على اعتبار القدرة على التسليم كما يظهر من الإلتصار حيث قال: فيما حكى عنه ومما انفردت به الامامية القول بجواز شراء العبد الآبق مع الضميمة ولا يشتري وحده إلا إذا كان بحيث يقدر عليه المشتري و خالف باقي الفقهاء في ذلك وذهبوا إلى أنه لا يجوز بيع الآبق على كل حال إلى ان قال: ويعول مخالفونا في منع بيعه على أنه بيع غرر وان نبينا ﷺ نهى عن بيع الغرر إلى ان قال: وهذا ليس بصحيح لأن هذا البيع يخرج عن ان يكون غرراً انضمام غيره إليه، انتهى.

وهو صريح في استدلال جميع العامة بالتبوي على اشتراط القدرة على التسليم. والظاهر اتفاق اصحابنا ايضاً على الاستدلال به كما يظهر للمتتبع وسيجىء في عبارة الشهيد التصريح به، وكيف كان، فالدعوى المذكورة مما لا يساعدها اللغة ولا العرف ولا كلمات اهل الشرع وما ابعد ما بينه وبين ما عن قواعد الشهيد ﷺ

---

والجمل والمجمع والقاموس، وقد فهم العلماء قدس الله اسرارهم منه ذلك، ولذا افاد المحقق المشار اليه انه انما يحمل الغرر في الخبر على الخطر لفهم العامة والخاصة لاتفاقهم ظاهراً على ذلك كما يتضح بالمراجعة الى استدلالات الفريقين في ابواب المعاملات. وبالجملة: الغرر بحسب تصريح اللغويين وفهم اهل العرف والعلماء انما هو بمعنى الخطر.

فان قيل انه اذا كان جامدا فكيف يقال: غرر بغير تغريرا. اجبنا عنه: بان بعض الجوامد بواسطة بعض ابواب المزيد فيها يصير مشتقا كالماء المشمس والتحجير وغيرهما.

والمقام من هذا القبيل، فعنى غرر بنفسه اوقعه في الخطر. وما عن القاموس من تفسير غرر بنفسه عرضها للهلكة، انما هو من جهة ان خطر النفس هو الهلكة، وما فيه من ان الاسم الغرر مراده منه ان اللفظ الأصلي هو معنى اسمي غير قابل الإشتقاق وهو الغرر، وما عن الامام على (عليه السلام) من تفسير



حيث قال: الغرر ما كان له ظاهر محبوب وباطن مكروه قاله بعضهم ومنه قوله تعالى: ﴿مَتَاعُ الْغُرُورِ﴾ وشرعاً هو جهل الحصول [١] ومجهول الصفة فليس غرراً وبينها عموم وخصوص من وجه لوجود الغرر بدون الجهل في العبد الأبق إذا كان معلوم الصفة من قبل أو وصف الان ووجود الجهل بدون الغرر في المكيل والموزون والمعدود إذا لم يعتبر.

وقد يتوغل في الجهالة كحجر لا يدري اذهب ام فضة ام نحاس ام صخر ويوجدان معاً في العبد الأبق المجهول الصفة ويتعلق الغرر والجهل تارة بالوجود كالعبد الأبق المجهول الوجود وتارة بالحصول كالعبد الأبق المعلوم الوجود وبالجنس كحب لا يدري ما هو وسلعة من سلع مختلفة وبالتنويع كعبد من عبيد وبالقدر ككيل لا يعرف قدره والبيع الى مبلغ السهم وبالعين كثوب من ثوبين مختلفين وبالبقاء كبيع الثمرة قبل بدو الصلاح عند بعض الاصحاب. ولو اشترط ان يبدو الصلاح لاحالة كان غرراً عند الكل كما لو شرط صيرورة الزرع سنبلأ والغرر قد يكون بماله مدخل ظاهر في العوضين وهو ممتنع اجماعاً وقد يكون بما يتساح به عادة لقلته كاسس الجدار وقطن الجبّة وهو معفو عنه اجماعاً ونحوه اشتراط الحمل وقد يكون مردداً بينها وهو محل الخلاف كالجزاف في مال الاجارة

الغرر بعمل لا يؤمن معه من الضرر، غير ثابت، ولم يحرز صدوره عنه، ولو سلم الصدور لا بد من تأويله لعدم كون الغرر بمعنى العمل على اي تقدير.

وقد يقال: ان بيع ما لا يقدر على تسليمه لا يكون غررياً بعد كون المبيع معلوما ذاتا ووصفا، وانما يكون الغرر والخطر من ناحية الآثار الخارجية، اي التسليم والتسلم.

وفيه: ان الملكية المجردة لا يترتب عليها شيء ولا يبذلون العقلاء بازاؤها شيئاً، فالبيع عليها غرري، وما ابعد ما بين هذه الدعوى. وما ادعاه الشهيد رحمته

[١] من اختصاص الغرر بمجهول الحصول، وان كان هو ايضا لا يخلو عن محذور، ويؤيد ما ذكرناه تمثيل اهل الفن للغرر ببيع السمك في الماء والطير في الهواء، وعن ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وآله: لا تشتري السمك في الماء فانه غرر. فلا ينبغي التوقف

والمضاربة والثمرة قبل بدو الصّلاح والآبق بغير ضميمة، انتهى.

وفي بعض كلامه تأمل ككلامه الآخر في شرح الارشاد حيث ذكر في مسألة تعيين الائمان بالتعيين الشّخصي عندنا قالوا يعني المخالفين من العامّة تعيّنهما غرر فيكون منهيّاً عنه. أمّا الصّغرى فلجواز عدمها او ظهورها مستحقّة فينسخ البيع. وأمّا الكبرى فظاهرة الى ان قال قلنا: انا منع الصّغرى لأنّ الغرر احتمال مجتنّب عنه في العرف بحيث لو تركه ويغ عليه وما ذكره لا يخطر ببال فضلاً عن اللّوم عليه، انتهى.

فإنّ مقتضاه أنّه لو اشترى الابق او الضال المرجو الحصول بثمن قليل لم يكن غرراً لأنّ العقلاء يقدمون على الضّرر القليل رجاء للنفع الكثير. وكذا لو اشترى المجهول المرّدّد بين ذهب ونحاس بقيمة النّحاس بناء على المعروف من تحقّق الغرر بالجهل بالصّفة. وكذا شراء مجهول المقدار بثمن المتيقّن منه فإنّ ذلك كلّه مرغوب فيه عند العقلاء بل يوجبون من عدل عنه اعتذاراً بكونه خطراً فالاولى انّ هذا النهي من الشّارع لسدّ باب المخاطرة المفضية الى التنازع في المعاملات وليس منوطاً بالنّهي من العقلاء ليخصّ مورده بالسّفهاء او المتسفهة

---

في صدق الغرر والمخاطر على بيع ما لا يقدر على تسليمه.

الجهة الثالثة: في بيان مفاد النهي.

الظاهر ان النهي عن المعاملة كما عرفت في اول الجزء الاول من هذا الشرح ظاهر في

كونه ارشادا الى الفساد، فاذاً ظاهر ذلك هو فساد البيع الغرري.

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

ارتفاعه بوجوه:

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

وفيه: ان نفوذ الشرط مشروط بكونه في ضمن العقد الصحيح، فلا يعقل تصحيح

العقد به.

ثانيها: انه مع تعذر تسليم المبيع له خيار التعذر، فله الفسخ واسترّ جاع الثمن.

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

ثمّ أنّه قد حكى عن الصّدوق في معاني الاخبار تعلييل فساد بعض المعاملات المتعارفة في الجاهلية كبيع المنابذة والملاسة وبيع الحصاة بكونها غرراً مع أنّه لاجهالة في بعضها كبيع المنابذة بناءً على ما فسّر به من أنّه قول احدهما لصاحبه انبذ الى الثوب او انبذه اليك فقد وجب البيع، وبيع الحصاة بأن يقول: اذا نبذت الحصاة فقد وجب البيع، ولعلّه كان على وجه خاصّ يكون فيه خطر والله العالم.

ثالثها: انه بالفحص اما ان يحصل في يده، او يصير مأيوساً من ذلك، فيكون بمنزلة التلف الموجب لإفساخ العقد الموجب لرجوع الثمن الى صاحبه، فهو مامون العاقبة من الخطر، لأنّه اما ان يصل اليه المبيع او بدله.

وقد ظهر الجواب عن ذلك مما تقدم، اذ الحكم بالإفساخ فرع صحة العقد. رابعها: انه مع امتناع تسليم المبيع للمشتري الإمتناع من تسليم الثمن فلا غرر وفيه: ان الإمتناع من تسليم الثمن بعد فرض كونه ملكاً للبائع لا يوجب تدارك ما ذهب من ملكه.

هذا كله مع ان الغرر باعتبار الغرض المعاملي لا ينجبر بالفسخ ولا بالإفساخ. فالحق دلالة النبوي على الفساد، الا انه مختص بصورة عدم احراز امتناع التسليم، لأن الخطر انما يطلق فيما اذا احتمل الحصول ولو ضعيفاً.

ولكن في هذا الفرد يثبت الحكم بالاولوية القطعية. الثاني: ان بذل المال بازاء ما لا يمكن تسليمه سفهي، فلا تشمله ادلة نفوذ المعاملات فانها مسوقة لبيان انفاذ المعاملات العقلانية.

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

وثانياً: ان ادلة نفوذ المعاملات تدل على نفوذ كل معاملة، والدليل انما دل على عدم نفوذ معاملة السفهية ولم يدل دليل على عدم نفوذ المعاملة السفهائية.

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

وكيف كان فلا اشكال في صحّة التمسك لاعتبار القدرة على التسليم بالتبوي المذكور الاّ أنّه اخصّ من المدّعي لانّ ما يمتنع تسليمه عادة كالغريق في بحر يمتنع خروجه منه عادة ونحوه ليس في بيعه خطر لأنّ الخطر انّما يطلق في مقام يحتمل السّلامة ولو صعباً لكنّ هذا الفرد يكفي في الاستدلال على بطلانه بلزوم السّفاهة وكون اكل الثمن في مقابله اكلاً للمال بالباطل بل لا يعدّ مالاً عرفاً [١] وان كان ملكاً فيصحّ عققه ويكون للمالكه لو فرض التمكن منه الاّ أنّه لا ينافي في سلب صفة التّمول عنه عرفاً. ولذا يجب على غاصبه ردّ تمام قيمته الى المالك [٢] فيملكه مع بقاء العين على ملكه على ما هو ظاهر المشهور.

---

وفيه: ان المراد بالأكل بالباطل بقرينة المقابلة بتجارة عن تراض التملك بالأسباب الباطلة كالتقهار ونحوه، والا فغاية ما هناك كون اعطاء المال مجانيا وبلا عوض، وليس هذا من قبيل اكل المال بالباطل.

[١] الرابع: ان ما لا يقدر على تسليمه لا يعدّ مالاً عرفياً فلا يصحّ بيعه.

وفيه: اولاً: ان المال انما هو من العناوين المنطبقة على الأشياء بانفسها مع قطع النظر عن الأشخاص، وهو ينتزع من كون ذلك الشيء موضوعاً لغرض موجب لمحدوث رغبة الناس فيه، وهي صفة تنتزع من نفس المال وان لم يكن هناك مالك.

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

[٢] وقد استشهد المصنف لسلب صفة التّمول عنه: بانه يجب على غاصبه قبلاً ان يدفع تمام القيمة بصير ورته كذلك من باب بدل الحيلولة.

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

ثم أنه ربما يستدل على هذا الشرط بوجوه آخر منها ما اشتهر عن النبي ﷺ من قوله: لا تبع ما ليس عندك، [١] بناء على أن كونه عنده لا يراد به الحضور لجواز بيع الغائب والسلف إجماعاً فهي كناية لا عن مجرد الملك لأن المناسب حينئذ ذكر لفظة اللأم ولا عن مجرد السلطنة عليه والقدرة على تسليمه لمنافاته لتمسك العلماء من الخاصة والعامة بها على عدم جواز بيع العين الشخصية للمملوكة للغير، ثم شرائها من مالكها خصوصاً اذا كان وكيلاً عنه في بيعه ولو من نفسه فإن السلطنة والقدرة على التسليم حاصلة هنا مع أنه مورد الرواية عند الفقهاء فتعين ان يكون كناية عن السلطنة التامة الفعلية التي تتوقف على الملك مع كونه تحت اليد حتى كأنه عنده وان كان غائباً [٢] وعلى أي حال فلا بد من اخراج بيع الفضولي عنه بادلته او بحمله على النهي المقتضى لفساده بمعنى عدم وقوعه لبائعه لو اراد ذلك وكيف كان فتوجيه الاستدلال بالخبر على ما نحن فيه ممكن. واما الايراد عليه بدعوى ان المراد به الاشارة الى ما هو المتعارف في تلك الأزمنة من بيع الشيء الغير المملوك ثم تحصيله

[١] الخامس: ما ذكره المصنف رحمه الله بقوله: منها ما اشتهر عن النبي صلى الله عليه وآله من قوله: لا تبع ما ليس عندك....

لا يخفى ان اقضية النبي صلى الله عليه وآله المذكورة في كتب العامة مجتمعة عن عبادة ابن الصامت بعينها مروية من طرق الخاصة برواية عقبة بن خالد متفرقة على حسب تفرق الأبواب.

وعليه فهذا النبوي<sup>(١)</sup> مروى من طرفتنا ومن طرق العامة، فلاوجه للمناقشة في سنده.

[٢] واما من حيث الدلالة، فحصل ما افاده المصنف رحمه الله: ان محتملات قوله عليه السلام عندك اربعة:

احدها: الحضور الذي هو معناه الحقيقي.

ثانيها: الملك.

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

بشرائه ونحوه ودفعه الى المشتري، فمدفوع بعدم الشّاهد على اختصاصه بهذا المورد وليس في الاخبار المتضمّنة لنقل هذا الخبر ما يشهد باختصاصه بهذا المورد. نعم يمكن ان يقال ان غاية ما يدلّ عليه هذا التّبوي بل التّبوي الأوّل ايضاً فساد البيع بمعنى عدم كونه علّة تامّة لترتّب الاثر المقصود فلا ينافي وقوعه مراعي بانتفاء صفة الغرر وتحقق كونه عنده ولو ابّيت الآ عن ظهور التّبويين في الفساد بمعنى لغويّة العقد رأساً المنافية لوقوعه مراعي دار الأمر بين ارتكاب خلاف هذا الظاهر وبين إخراج بيع الرّهن وبيع ما يملكه بعد البيع، وبيع العبد الجاني عمداً وبيع المحجور لرق أو سفه أو فلس

---

ثالثها: السلطنة عليه والقدرة على تسليمه.

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

ومن البين ان الأول ليس بمراد قطعاً لجواز بيع الغائب اجماعاً.

والثاني خلاف الظاهر، فان بيع المملوك بيع ماله لا بيع ما عنده، فبيع غير المملوك

بيع ما ليس له، لا بيع ما ليس عنده.

والثالث يدفعه استدلال الفقهاء بهذا النبوي على عدم جواز بيع العين الشخصية

المملوكة للغير.

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

فلا بد من اخراج بيع الفضولي عنه بادلته او بحمله على النهي المقتضي لفساده بمعنى عدم

وقوعه لبائعه لو اراد ذلك.

وفيه: ان ارادة القدرة على التسليم خاصة من التصرفات الخارجية الماسة للعين،

اما وحدها او مع الملكية خلاف الظاهر، بل اما ان يراد مطلق التصرفات الخارجية او لا

يكون ذلك بالخصوص بمراد، وحيث انه لا يعتبر السلطنة الخارجية الماسة للعين قطعاً، فلا

يكون ذلك بمراد لا مستقلاً ولا ضمناً، بل الظاهر منه ارادة السلطنة الإعتبارية على

التصرفات التسببية المعاملية، فيكون اجنبياً عن المقام.



فان البائع في هذه الموارد عاجز شرعاً من التسليم ولا رجحان لهذه التخصيصات. فحينئذ لا مانع عن التزام وقوع بيع كل ما يعجز عن تسليمه مع رجاء التمكن منه [مراعى بالتمكن منه] في زمان لا يفوت الإنتفاع المعتد به. وقد صرح الشهيد في اللمعة بجواز بيع الضال والمجحود من غير اباق مراعي بإمكان التسليم واحتمله في التذكرة لكن الإنصاف ان الظاهر من حال الفقهاء اتفاقهم على فساد بيع الغرر بمعنى عدم تأثيره رأساً كما عرفت من الإيضاح. ومنها ان لازم العقد وجوب تسليم كل من المتبايعين العوضين الى صاحبه [١] فيجب ان يكون مقدوراً لاستحالة التكليف بالممتنع

[١] السادس : ما ذكره المصنف رحمته، و حاصله: ان لازم العقد وجوب التسليم، وهو مشروط بالقدرة، فع عدمها لا لزوم للتسليم فيلزم عدم نفوذ العقد، والا لزم انفكك اللازم عن الملزوم.

وفيه: انه ان اريد بذلك ان لزوم التسليم من مقتضيات الملك الذي هو مدلول العقد فهو مسلم لوجوب رد المال الى صاحبه، الا ان هذا اللازم ليس لازماً لا ينفك، بل هو فرع التمكن منه، ومع عدم التمكن يكون ملكاً له لا يجب تسليمه لعدم القدرة.

وان اريد به انه من مقتضيات اطلاق العقد نفسه، فيرد عليه: ان العقد عبارة عن تمليك العين مثلاً لا هو مع اعتبار امر آخر او تكليف آخر.

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

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

اولاً: ان ﴿اوفوا بالعقود﴾<sup>(١)</sup> على ما حققناه في محله يكون ارشاداً الى لزوم العقد، وعلى فرض كونه تكليفيًا يكون مفاده لزوم العمل بمفاد العقد بعدم فسخه، فعلى كل تقدير لا ربط له بالتسليم.

ويضعف بانه ان اريد ان لازم العقد وجوب التسليم وجوباً مطلقاً منعنا الملازمة وان اريد مطلق وجوبه فلا ينافي كونه مشروطاً بالتكّن كما لو تجدد العجز بعد العقد. [١] وقد يعترض باصالة عدم تقيّد الوجوب، ثمّ يدفع بمعارضته باصالة عدم تقيّد البيع بهذا الشرط [٢] وفي الاعتراض والمعارضة نظر واضح، [٣] فافهم

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

[١] واجاب المصنف عنه: بانه يضعف بانه ان اريد ان لازم العقد وجوب التسليم... متعنا الملازمة

مراده: انه ان اريد ان لازم العقد وجوب التسليم وجوبا فعليا بحيث انه ان لم يكن قادرا عليه ينكشف عدم وجود الملزوم، نمنع الملازمة، اي لا دليل على ان ذلك من لوازم العقد.

وان كان المراد ان لازمه مطلق الوجوب الملازم مع الوجوب المشروط، فاللازم متحقق في الفرض، وكذلك الملزوم.

قال المصنف: وقد يعترض باصالة عدم تقيّد الوجوب، ثمّ يدفع بمعارضته باصالة عدم تقيّد البيع

[٢] المعترض، ودافعه، صاحب الجواهر رحمته.

وحاصل الاعتراض بما ذكره المصنف من الجواب: ان مقتضى اصالة عدم تقيّد الوجوب كون اللازم الوجوب المطلق، فع عدمه ينكشف عدم تحقق الملزوم.

ومحصل الدفع: انه معارض باصالة عدم تقيّد البيع بهذا الشرط، فان اطلاق ادلة نفوذ البيع يكشف عن عدم اعتبار القدرة في النفوذ، فالحجة على الإشتراط تعارض الحجة على عدمه.

[٣] واما ما ذكره المصنف رحمته من النظر الواضح في الاعتراض والمعارضة، فلعل وجه النظر في الاعتراض انه ان اريد باصالة عدم تقيّد الوجوب الأصل العملي - اي اصالة عدم وجوب المقيّد -

- فيرد عليه: انه معارض باصالة عدم وجوب المطلق

ومنها ان الغرض من البيع انتفاع كل منهما بما يصير إليه ولا يتم الا بالتسليم [١] ويضعفه منع توقف مطلق الانتفاع على التسليم بل منع عدم كون الغرض منه إلا الانتفاع [بعد التسليم لا الانتفاع] المطلق.  
ومنها ان بذل الثمن على غير المقدور سفة فيكون ممنوعاً وأكله اكلأ بالباطل.  
وفيه ان بذل المال القليل في مقابل المال الكثير المحتمل الحصول ليس سفهاً بل تركه اعتذاراً بعدم العلم بحصول العوض سفة، فافهم.

وان اريد به الاصل للفظي، اي اطلاق دليل الوجوب - فهو مقيد بالقدرة عقلا. ووجه النظر في الدفع: ان اطلاق دليل المقيد لو سلم لا ريب في حكومته على اصالة عدم تقيد البيع كما لا يخفى.

[١] السابع: ما ذكره المصنف بقوله: ومنها ان الغرض من البيع انتفاع كل منهما بما يصير إليه، ولا يتم الا بالتسليم....

وفيه: اولاً: ان تخلف الأغراض والدواعي لا يوجب فساد المعاملة وبطلانها.  
وثانياً: ان الغرض من المعاملة ليس هو الانتفاع المطلق، بل الانتفاع على فرض التسليم.

وثالثاً: مُنَعُ توقف مطلق الانتفاعات حتى التصرفات الاعتبارية على التسليم. فتحصل مما ذكرناه: ان دليل اعتبار هذا القيد هو النبوي المشهور:  
نهى النبي ﷺ عن بين الفرر.

### هل القدرة شرط او العجز مانع

وينبغي التنبيه على امور:

الأول: هل القدرة على التسليم شرط كما في التكاليف، ام يكون العجز عنه مانعاً؟ وجهان.

ثم أنّ ظاهر معاهد الاجماع كما عرفت كون القدرة شرطاً كما [١] هو كذلك في التكاليف وقد أكد الشرطية في عبارة الغنية المتقدمة حيث حكم بعدم جواز بيع ما لا يمكن فيه التسليم فينتفي المشروط عند انتفاء الشرط [٢] ومع ذلك كله فقد استظهر بعض من تلك العبارة ان العجز مانع لان القدرة شرط قال: ويظهر الثمرة في موضع الشك، ثم ذكر اختلاف الأصحاب في مسألة الضال والضالة وجعله دليلاً على أنّ القدر المتفق عليه ما إذا تحقّق العجز وفيه ما عرفت من أنّ صريح معاهد الإجماعات خصوصاً عبارة الغنية المتأكدة بالتصريح بالانتفاء عند الانتفاء هي شرطية القدرة أنّ العجز امر عديمي لأنّه عدم القدرة عمّن من شأنه صنفاً أو نوعاً أو جنساً أن يقدر. فكيف يكون مانعاً من [٣] ان المانع هو الامر الوجودي الذي يلزم من وجوده العدم، ثم لو سلّم صحّة اطلاق المانع عليه لا ثمرة فيه لا في صورة الشك الموضوعي او الحكمي ولا في غيرهما فإننا اذا شككنا في تحقّق القدرة والعجز مع سبق القدرة فالاصل بقاؤها اولا معه فالأصل عدمها اعني العجز سواء جعل

وملخص القول: ان الكلام في هذا التنبيه يقع في مواضع.

احدها: فيما هو مقتضى كلمات الأصحاب.

ثانيها: في معقولية مانعية العجز وعدمها.

ثالثها: فيما يقتضيه الدليل.

رابعها: في ترتب الثمرة على هذا النزاع.

[١] اما الأول: فظاهر كلمات القوم حيث قالوا: ومن شرائط العوضين القدرة على

التسليم كون القدرة شرطاً.

ومورد نزاع المصنف رحمته وصاحب الجواهر كلام الغنية، وذيله الذي نقله

المصنف رحمته

[٢] وهو صريح في شرطية القدرة، اللهم الا ان يكون ذلك من كلام المصنف رحمته.

[٣] واما الثاني: فقد ذهب المصنف رحمته الى عدم معقولية مانعية العجز، من جهة ان

العجز امر عديمي لأنه عدم القدرة عمّن من شأنه ان يقدر، والمانع هو الأمر الوجودي الذي

يلزم من وجوده العدم.

القدرة شرطاً أو العجز مانعاً وإذا شككنا في أنّ الخارج عن عمومات الصّحة هو العجز المستمرّ أو العجز في الجملة أو شككنا في أنّ المراد بالعجز ما يعمّ التّعسر كما حكى أم خصوص التّعذر فاللّازم التمسك بعمومات الصّحة من غير فرق بين تسمية القدرة شرطاً أو العجز مانعاً. [١]

والحاصل أنّ التردد بين شرطية الشيء ومانعية مقابله أنّما يصحّ ويشمر في الضّدين مثل الفسق والعدالة لا فيما نحن فيه و شبهه كالعلم والجهل واما اختلاف الاصحاب في مسألة الضال والضّالة فليس لشك المالك في القدرة والعجز ومبنيّاً على كون القدرة شرطاً أو العجز مانعاً كما يظهر من ادلّتهم على الصّحة والفساد بل لما سيجيء عند التّعرض لحكمها

وفيه: ان المانع في باب العلة والمعلول غير المانع في باب العقود والإيقاعات كما تقدم، فان المراد به في هذا الباب ما قيد صحة العقد بعدمه، او حكم بفساد العقد معه، وحيث ان هذا ممكن فما نعية العجز معقولة.

واما الموضوع الثالث: فالأظهر ان الاستفادة من الأدلة مانعية العجز، وذلك لأن ضم ادلة نفوذ البيع. بقوله صلوات الله عليه: نهى النبي عن بيع الغرر يقتضي ان يكون موضوع النفوذ البيع الذي ليس بغرري - اي لا يكون متصفاً به - لان الموضوع هو البيع المتصف بما يضاد الغرر كما هو واضح.

[١] واما الموضوع الرابع: ففي المتن ان اللّازم التمسك بعمومات الصّحة من غير فرق بين تسمية القدرة شرطاً أو العجز مانعاً ولكن يمكن ان يقال بظهور الثمرة فيما اذا شك في القدرة، فانه على القول بشرطية القدرة لا بد من احرازها في الحكم بصحة البيع، واما على القول بما نعية العجز فيحكم بالصّحة، وان لم يجر ذلك.

لوجهين: الأول: اصالة عدم المانع: الثاني: قاعدة المقتضى والمانع من جهة ان العقد مقتض والعجز مانع، فاذا شك في المانع مع احراز المقتضى يبني على تحقق المقتضى بالفتح. وفيها نظر:

اما الأول: فلأن الشبهة اما موضوعية، او حكمية.

ثمَّ انَّ العبرة في الشَّرط المذكور أنَّما هو في زمان استحقاق التَّسليم [١] فلا ينفع وجودها حال العقد اذا علم بعدمها حال استحقاق التَّسليم كما لا يقدر عدمها قبل الاستحقاق ولو حين العقد

فان كانت موضوعية فان كانت الحالة السابقة القدرة بيني عليها، وان كانت هي العجز بيني عليه، ومع عدم احراز الحالة السابقة او توارد الحالتين لا يجري الأصل الموضوعي وانما يرجع الى اصالة الفساد، من غير من فرق بين المسلكين. وان كانت حكمية، كما لو شك في ان الخارج هو العجز المستمر او العجز في الجملة، او شك في ان المراد بالعجز ما يشمل التعسر، يرجع الى عموماً الصحة اقتصاراً في المخصص على المتيقن منه.

وبالجملة: بعد كون العجز والقدرة من قبيل العدم والملكة لا من قبيل السلب والإيجاب، لا يبقى فرق بين مانعية الأول وشرطية الثانية كما لا يخفى. واما الثاني: فلعدم حجيتها أولاً وعدم جريانها في الأحكام الشرعية ثانياً لعدم تمييز المقتضي عن المانع والشرط. هذا كله مضافاً الى ان المدرك لإعتبار هذا القيد بما انه النبوي فلا يتصور الشك الموضوعي لتقوم الغرر بالجهل.

### المانع هو العجز في زمان الإستحقاق

[١] الثاني: هل العبرة في القدرة على التسليم هي القدرة في زمان استحقاق التسليم، ام في زمان البيع؟ وجهان.

الظاهر انه لا اشكال كما لا خلاف في ان العبرة في الشَّرط المذكور انما هو في زمان الإستحقاق من غير فرق بين كون المستند وجوب التسليم، او نهى النبي عن بيع الغرر، او لزوم السفاهة مع عدمه، او عدم الانتفاع، او لا تبع ما ليس عندك. اذ لا وجوب للتسليم قبل الإستحقاق.

والمعاملة التي يقدر البائع فيها على تسليم المبيع حال استحقاق المشتري لذلك ليست بفرعية فعلاً.



ويتفرع على ذلك عدم اعتبارها أصلاً إذا كانت العين في يد المشتري، [١] وفيما لم يعتبر التسليم فيه رأساً كما إذا اشترى من ينعق عليه فإنه ينعق بمجرد الشراء ولا سبيل لأحد عليه، [٢] وفيما إذا لم يستحق التسليم بمجرد العقد أما لاشتراط تأخيره مدة وأما لتزلزل العقد كما إذا اشترى فضولاً فإنه لا يستحق التسليم إلا بعد إجازة المالك [٣] فلا يعتبر القدرة على التسليم قبلها

والاقدام على بيع ما يتمكن من تحصيله في حال الإستحقاق ليس اقداما سفهياً، ولا يترقب الإنتفاع من المبيع الا بعد استحقاقه.

والمراد من عدم بيع ما ليس عنده على فرض دلالة على هذا الشرط بقريئة مناسبة الحكم والموضوع وبموجب المتفاهم العرفي عدم الإلتزام بما لا يقدر عليه، ومن كان قادراً حين الإستحقاق غير قادر حين البيع لا يكون ملزماً على نفسه بما لا يقدر عليه.

فما افاده المحقق الإصفهاني رحمته من انه لو كان المدرك النهي عن بيع ما ليس عنده لا بد من القدرة حال ورود البيع عليه، غير تام، فهذه الكلية لا كلام فيها.

انما الكلام في الفروع التي فرّعها المصنف رحمته على تلك:

[١] احدها: عدم اعتبارها اصلا اذا كانت العين في يد المشتري.

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

[٢] ثانيها: ما اذا اشترى من ينعق عليه.

وفيه: ان عدم اعتبارها في المورد انما يكون من جهة عدم دخوله في ملكه او خروجه عنه بعد دخوله اناما، لا من جهة عدم اعتبار القدرة حين البيع.

[٣] ثالثها: ما اذا اشترى فضولاً فانه لا يستحق التسليم الا بعد اجازة المالك.

وفيه: ان المعتبر هو قدرة من له العقد لا مجري الصيغة، وحيث ان العقد انما

لكن يشكل على الكشف من حيث أنه لازم [١] من طرف الاصيل فيتحقق الغرر بالنسبة اليه اذا انتقل اليه ما لم يقدر على تحصيله.

نعم هو حسن في الفضولي من الطرفين ومثله بيع الرهن قبل اجازة المرتهن او فكّه، [٢] بل وكذا لو لم يقدر على تسليم ثمن السلم [٣] لان تأثير العقد قبل التسليم في المجلس موقوف على تحققه فلا يلزم غرر ولو تعذر التسليم بعد العقد رجوع الى تعذر الشرط. ومن المعلوم ان تعذر الشرط المتأخر حال العقد غير قاذح بل لا يقدح العلم بتعذره فيما بعده في تأثير العقد اذا اتفق حصوله

يستند الى من له العقد - وهو المالك من حين الاجازة لا قبلها - فلو كانت العبرة بالقدرة حال البيع لما كانت معتبرة في بيع الفضولي حال البيع لعدم تحقق بيع المالك قبل الاجازة. [١] وربما يشكل على الكشف من حيث انه لازم من طرف الاصيل.

والظاهر ان منشأ الاشكال انه على القول بالكشف اذا كان احد الطرفين اصيلا، بما ان تمام الموضوع لوجوب الوفاء والمؤثر في الملكية هو العقد، فهو من حين البيع الى ما قبل الاجازة محروم عن التصرف في ما انتقل عنه، وما انتقل اليه. اما في الأول فلخروجه عن ملكه، واما في الثاني فلأنه لا يجب على مالكة التسليم فلا يقدر هو على تحصيله، فيلزم من ذلك الغرر.

وفيه: ان منشأ الاشكال ان كان حرمانه عن التصرف فيما انتقل اليه فهو يتحقق في الفضولي من الجانبين، وان كان حرمانه عن التصرف فيما انتقل عنه، فهو لا دخل له بالقدرة على التسليم والتسلم، كما لا دخل له بالغرر.

[٢] رابعها: بيع الرهن قبل اجازة المرتهن او فكّه.

هذا التفرع حسن من جهة ان المشتري لا يستحق التسليم قبل اجازة المرتهن على القول بتوقف نفوذه عليها، فلا تعتبر قدرته قبل الاجازة وانما العبرة بالقدرة بعدها، وان كان العقد منتسبا الى المالك من حين حدوثه.

[٣] خامسها: ما لو لم يقدر على تسليم ثمن السلم.

فإنَّ الشُّروط المتأخِّرة لا يجب احرازها حال العقد ولا العلم بتحققها فيما بعد. والحاصل ان تعذّر التسليم مانع في بيع يكون التسليم من احكامه لا من شروط تأثيره والسرفيه ان التسليم فيه جزء الناقل فلا يلزم غرر من تعلقه بغير المقدور.

وبعبارة اخرى الاعتبار بالقدرة على التسليم بعد تمام الناقل ولهذا لا يقدر كونه عاجزاً قبل القبول اذا علم بتجدد القدرة بعده والمفروض أن المبيع بعد تحقّق الجزء الاخير من الناقل وهو القبض حاصل في يد المشتري فالقبض مثل الاجازة بناء على الثقل واولى منها بناء على الكشف. وكذلك الكلام في عقد الرهن فإنَّ اشتراط القدرة على التسليم فيه بناء على اشتراط القبض انما هو من حيث اشتراط القبض فلا يجب احرازه حين الرهن ولا العلم بتحقيقه بعده فلو رهن ما يتعذّر تسليمه. ثم اتفق حصوله في يد المرتهن اثر العقد اثره وسيجيء الكلام في باب الرهن. اللهم الا ان يقال ان المنفي في الثبوي هو كلّ معاملة يكون بحسب العرف غرراً. فالبيع المشروط فيه القبض كالصّرف والسلم اذا وقع على عوض مجهول قبل القبض او غير مقدور غرر عرفاً لأنَّ اشتراط القبض في نقل العوضين شرعي لا عرفي فيصدق الغرر والمخطر عرفاً، وان لم يتحقّق شرعاً اذ قبل التسليم لا انتقال وبعده لا خطر لكن النهي والفساد يتبعان بيع الغرر عرفاً. [١]

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

[١] واورد عليه: بانه قبل القبض البيع العرفي موجود، والبائع بنظرهم يستحق التسليم، فالعجز عنه موجب لكون البيع غررياً عندهم فيشملة نهي النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر، فان الموضوع فيه البيع الغرري العرفي.

ومن هنا يمكن الحكم بفساد بيع غير المالك اذا باع لنفسه لا عن المالك ما لا يقدر على تسليمه. اللهم الا أن يمنع الغرر العرفي بعد الاطلاع على كون اثر المعاملة شرعاً على وجه لا يلزم منه خطر، فإنّ العرف اذا اطلعوا على اعتناق القريب بمجرد شرائه لم يحكموا بالخطر اصلاً، وهكذا فالمناط صدق الغرر عرفاً بعد ملاحظة الآثار الشرعية للمعاملة، [١] فتأمل.

ثم انّ الخلاف في اصل المسألة لم يظهر الا من الفاضل القطيني [٢] المعاصر للمحقق الثاني

---

[١] واجاب عنه المصنف رحمته الله: بان اهل العرف بعد اطلاعهم على عدم ترتب الأثر شرعاً قبل القبض لا يرونه غررياً في الفرض.

ويمكن الجواب بوجه آخر، وهو: ان دليل اعتبار القبض يكون حاكماً على دليل مانعية الغرر، ويدل على انه لا غرر في الفرض.

واما ما افاده المحقق الإيرواني في الجواب عن ذلك: بان ظاهر النبوي ان البيع الذي لولا الغرر كان صحيحاً مؤثراً هو الذي نهى النبي صلى الله عليه وآله عنه اذا كان غررياً، والبيع في الفرض قبل القبض لا يكون صحيحاً، فالغرر فيه لا يكون مانعاً.

فيرد عليه: ان دليل كل مانع انما يكون متكفلاً لبيان مانعية ذلك الشيء خاصة، ولا نظر له الى سائر الموانع والشرائط، ولذا لو فرض اقتران العمل بما نعين لا سبيل الى دعوى عدم مانعية شيء منها، مع ان مقتضى البرهان المزبور ذلك، فان دليل كل منهما مقيد على الفرض بعدم اقتران العمل بمانع آخر، والمفروض اقترانه به. فالحق ما ذكرناه.

[٢] التنبيه الثالث: قال ان الخلاف في اصل المسألة لم يظهر الا عن الفاضل القطيني:

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

وعليه فلا تنافي بين كلمات المصنف رحمته الله حيث نفى الخلاف في اول المسألة، وهنا نقل الخلاف عن الفاضل القطيني.

حيث حكى عنه أنه قال في إيضاح النافع ان القدرة على التسليم من مصالح المشتري فقط لانها شرط في اصل صحة البيع فلو قدر على التسليم صح البيع وان لم يكن البائع قادراً عليه بل لورضي بالابتياح مع علمه بعدم تمكن البائع من التسليم جاز وينتقل اليه ولا يرجع على البائع لعدم القدرة اذا كان البيع على ذلك مع العلم فيصح بيع المغصوب ونحوه [١]

نعم اذا لم يكن المبيع من شأنه ان يقبض عرفاً لم يصح المعاوضة عليه بالبيع، لأنه في معنى اكل مال بالباطل وربما احتتمل امكان المصالحة عليه. ومن هنا يعلم ان قوله يعني المحقق في النافع لو باع الآبق منفرداً لم يصح انما هو مع عدم رضا المشتري او مع عدم علمه او كونه بحيث لا يتمكن منه عرفاً ولو اراد غير ذلك فهو غير مسلم انتهى.

وفيه ما عرفت من الاجماع ولزوم الغرر الغير المندفع بعلم المشتري لأن الشارع نهى عن الاقدام عليه الا ان يجعل الغرر هنا بمعنى الخديعة [٢] فيبطل في موضع تحققه وهو عند جهل المشتري وفيه ما فيه.

[١] والظاهر ان المصنف رحمته فهم من كلام الفاضل القطيبي انه يلتزم باشتراط الصحة بامر لا يجامع العلم والرضا كعنوان الخدعة.

وبعبارة اخرى انه يعتبر في صحة المعاملة القدرة على التسليم ما لم يعلم المشتري عدم قدرة البائع على التسليم، والا فلو علم بذلك ورضى به فلا يعتبر القدرة على التسليم.

[٢] ولذا اورد عليه بان الغرر انما هو في النبوي بمعنى الخطر لا الخدعة، ولكن يجتمل ان يكون مراده ان القدرة انما تعتبر من ناحية حق تسلم المبيع للمشتري، فاذا علم بعدم القدرة واقدم على المعاملة راضيا بها فقد اسقط حقه.

والجواب عنه: ان الشارع اعتبر القدرة وكون ذلك من قبيل الحق القابل للاسقاط، غير ثابت، والأصل يقتضي عدمه.

ثم إنَّ الظَّاهر كما اعترف به بعض الاساطين انَّ القدرة على التَّسليم ليست مقصودة بالاشترط الآ بالتَّبَع وأما المقصد الاصلي هو التَّسليم [١] ومن هنا لو كان المشتري قادراً دون البائع كفى في الصَّحة كما عن الاسكافي والعلامة وكاشف الرَّموز والشَّهيدين والمحقِّق الثَّاني وعن ظاهر الانتصار ان صحَّة بيع الآبق على من يقدر على تسلِّمه ممَّا انفردت به الامامية وهو المتَّجه لأنَّ ظاهر معاهد الاجماع بضميمة التَّبَع في كلماتهم واستدلالاتهم بالغرر وغيره مختصَّ بغير ذلك ومنه يعلم ايضاً أنه لو لم يقدر احدهما على التَّحصيل لكن يوثق بمحصله في يد احدهما عند استحقاق المشتري للتَّسليم كما لو اعتاد الطائر العود صحَّ [٢] وفاقاً للفاضلين والشَّهيدين والمحقِّق الثَّاني وغيرهم.

نعم عن نهاية الاحكام احتمال العدم بسبب انتفاء القدرة في الحال على التَّسليم وان عود الطائر غير موثوق به، اذ ليس له عقل باعث، وفيه انَّ العادة باعثة كالعقل

[١] الرابع: الظاهر ان القدرة على التسليم ليست مقصودة بالاشترط الا بالتبع وانما المقصد الأصلي هو التسليم كما صرح به علاقه وغيره، وذلك لأن المستند لإعتبار هذا القيد إن كان نهي النبي عن الغرر، او لزوم السفاهة مع عدمه، او كونه اكلا للمال بالباطل فواضح: اذ لا غرر ولا سفاهة ولا اكل للمال بالباطل مع تمكن المشتري من التسلم. وان كان لا تبع ما ليس عندك فالوجه فيه: ان الظاهر بقريئة المناسبة بين الحكم والموضوع كون القدرة على التسليم انما تعتبر من جهة الطريقة الى وصول المال الى صاحبه، ولا موضوعية لها، نعم اذا كان التسلم متوقفا على بذل المال، للمشتري الرجوع الى البائع فيه، لأن ذلك وظيفته.

[٢] قوله لو لم يقدر احدهما على التحصيل لكن يوثق بمحصله....

مرجع الضمير هو ما استدل به على كفاية القدرة على التسليم وهو عدم لزوم الغرر وعدم شمول غيره من الأدلة الدالة على المنع لتلك الصورة - فان مقتضاها كفاية الوثوق بمحصله في يد احدهما، لا - كون المناط قدرة المشتري على التسلم



مع انّ الكلام على تقدير الوثوق ولو لم يقدر على التّحصيل وتعذرّ عليها الآ بعد مدّة مقدّرة عادةً، وكانت ممّا لا يتسّاح فيه كسنة او ازيد. [١] ففي بطلان البيع لظاهر الاجامعات المحكيّة ولثبوت الغرر او صحّته، لأنّ ظاهر معقد الاجماع التعذّر رأساً. ولذا حكم مدّعيه بالصّحة هنا، والغرر منفيّ مع العلم بوجود الصبرّ عليه الى انقضاء مدّة، كما إذا اشترط تأخير التّسليم مدّة وجهان بل قولان، تردّد فيها في الشرائع، ثمّ قوى الصّحة وتبعه في محكي السّرائر والمسالك والكفاية وغيرها.

نعم للمشتري الخيار مع جهله بفوات منفعة الملك عليه مدّة، ولو كان مدّة التعذّر غير مضبوطة عادة كالعبد المنفذ الى هند لأجل حاجة لا يعلم زمان قضائها، ففي الصّحة اشكال من حكمهم بعدم جواز بيع مسكن المطلّقة المعتدّة بالاقراء لجهالة وقت تسليم العين. وقد تقدّم بعض الكلام فيه في بيع الواقف للوقف المنقطع.

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

[١] التنبية الخامس: ولو لم يقدر على التّحصيل وتعذرّ عليها الآ بعد مدة فان كان التعذر ابدياً بطل البيع لما تقدم، وان كان في مدة يتسّاح فيها صح. وان كان في مدة لا يتسّاح فيها كسنة او ازيد.

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

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

كما انه لا تكون هذه المعاملة سفهية ولا اكلا للمال بالباطل.

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

ثم ان الشرط هي المقدرة المعلومة للمتبايعين، [١] لانّ الغرر لا يندفع بمجرد القدرة الواقعية.

ولو باع ما يعتقد التمكن فتبين عجزه في زمان البيع وتجددها بعد ذلك صحّ، ولو لم يتجدد بطل. والمعتبر هو الوثوق، فلا يكفي مطلق الظن ولا يعتبر اليقين.

وبذلك ظهر أن المصنف رحمته الله يتعين عليه البناء على البطلان، لأنه قد سلم دلالة هذا النبوي على اعتبار هذا الأمر، كما انه ظهر أن الأظهر هي الصحة على المختار. وان كان زمان التعذر غير معلوم بطل البيع للغرر.

[١] السادس: هل الشرط هي القدرة المعلومة للمتبايعين، او القدرة الواقعية. ملخص القول في المقام: انه لا اشكال في البطلان اذا لم يكن قادرا واقعا وكانا عالمين بذلك، كما لا اشكال في الصحة اذا كانا عالمين بالقدرة وكان قادراً واقعاً. انما الكلام فيما اذا كانا عالمين بالقدرة ولم يكن كذلك، او كانا جاهلين بها وكانت متحققة.

فلو كان الدليل لإعتبار هذا الشرط نهي النبي عن بيع الغرر تعين البناء على الصحة في الصورة الأولى، والبطلان في الثانية، من جهة ان الغرر قوامه بالجهل. ففي الأولى لم يقدم البائع على المعاملة الخطرية بخلاف الثانية.

وان كان المدرك لا تبع ما ليس عندك انعكس الأمر كما لا يخفى، وحيث انهما معا عند المصنف رحمته الله مدرك ذلك تعين عليه البناء على البطلان في الصورتين.

فما افاده من البطلان في الصورة الثانية لو تبين العجز، تام ولا يرد عليه ما افاده المحقق الإصفهاني رحمته الله، نعم ما ذكره من الصحة في تلك الصورة لو تجددت القدرة لا يتم، اذ المعاملة بعد وقوعها باطلّة لا تصح بالتجدد.

ودعوى ان مدرك البطلان في تلك الصورة لا تبع ما ليس عندك وهو انما يدل على عدم الصحة ما دام ليس عنده، فلو تجددت وصار مما عنده لا وجه للبطلان.

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

ثم لا اشكال في اعتبار قدرة العاقد إذا كان مالكا لا ما إذا وكيلاً في مجرد العقد، [١] فإنه لا عبرة بقدرته كما لا عبرة بعلمه. واما لو كان وكيلاً في البيع ولوازمه، بحيث يعدّ الموكل اجنبياً عن هذه المعاملة، فلا اشكال في كفاية قدرته، وهل يكفي قدرة الموكل الظاهر. نعم [٢] مع علم المشتري بذلك اذا علم بعجز العاقد فإن اعتقد قدرته لم يشترط علمه بذلك، وربما قيّد الحكم بالكفاية بما اذا رضي المشتري بتسليم الموكل ورضي المالك برجوع المشتري عليه [٣]

### حكم ما لو كان الوكيل عاجزا والموكل قادرا

[١] التنبيه السابع: قال المصنف: ثم لا اشكال في اعتبار قدرة العاقد اذا كان مالكا لا ما اذا كان وكيلاً.

لو كان المالك هو العاقد بالمباشرة لا اشكال في اعتبار قدرة نفسه.  
ولو كان العاقد غيره.

فان كان وكيلاً في اجراء الصيغة خاصة فلا اشكال في ان العبرة بقدرة الموكل ولا اعتبار بقدرته، لأنه ليس ملزماً بالتسليم، ويكون كالأجنبي، نعم لو علم بقدرته واعمال قدرته يكتفي بها لا من حيث انها قدرة من يعتبر قدرته بل من حيث الوثوق بحصول المال في يد المشتري الذي عرفت كفايته.

واما لو كان وكيلاً مفوضاً في البيع ولوازمه، فلا اشكال في الإكتفاء بقدرة الوكيل من جهة انه ملزم بالتسليم ومأمور بالوفاء بالعقد، والمناط في رفع الغرر قدرة من هو ملزم بالتسليم ومأمور بالوفاء بالعقد.

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

[٢] الأول: ما عن المصنف رحمته وتبعه غيره، وهو: الإكتفاء بذلك.

الثاني: ما افاده المحقق الإصفهاني رحمته، وهو: عدم كفاية قدرته من حيث انها قدرة من ينسب اليه العقد.

[٣] الثالث: ما اختاره العلامة الطباطبائي صاحب المصابيح، وهو: الكفاية مع رضا

وفرّع على ذلك رجحان الحكم بالبطلان في الفضولي [١] لأنّ التسليم المعتبر من العاقد غير ممكن قبل الاجازة وقدرة المالك أنّما تؤثر لو بنى العقد عليها وحصل التراضي بها حال البيع، لأنّ بيع المأذون لا يكفي فيه قدرة الآذن مطلقاً، بل مع الشرط المذكور وهو غير متحقّق في الفضولي والبناء على القدرة الواقعيّة باطل، اذ الشرط هي القدرة المعلومة دون الواقعية إلى ان قال، والحاصل ان القدرة قبل الاجازة لم توجد وبعدها ان وجدت لم تنفع.

---

المشتري بالرجوع الى الموكل، ورضا الموكل برجوع المشتري اليه. والأظهر هو الأول، لأن المناط هو ما يرتفع به الغرر، وهو يرتفع بقدرة من هو ملزم بالتسليم، وفي الفرض كل من المالك والوكيل ملزم به، فيكفي قدرة كل منهما في رفع الغرر. واستدل للثاني: بان الوكيل الذي يستند اليه العقد ليس بقادر، والموكل انما يجب عليه الوفاء بالعقد الصحيح المنسوب اليه، فلا بد من استجماع البيع الصادر من الوكيل، وحيث فرضنا انه غير قادر فيبطل البيع.

وفيه: ان كلاً منهما مكلف بالوفاء بالعقد الصحيح، وهذا مما لا كلام فيه، والعقد الصادر من الوكيل اذا كان الموكل قادرا على التسليم صحيح لعدم الغرر وارتفاعه بقدرته. وبعبارة اخرى: مع قطع النظر عن نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر، هذه المعاملة صحيحة ومستندة الى كل منهما، فكل منهما موظف بالوفاء بها، ولا يلزم منه الغرر لقدرة الموكل على التسليم.

واستدل للثالث: بان الموكل وان كان اجنبيا عن البيع - ولذا لا يكفي قدرته فقط - ولكنه مع التراضي والتزام الموكل لا غرر في البيع وان كان الوكيل عاجزا. [١] وفرع على ذلك بطلان بيع الفضولي، فان قدرة العاقد لا تكفي لعدم الوكالة، ولا تراضي ولا التزام بين المشتري والمالك كي تكفي قدرته.

ثم قال: لا يقال أنه قد يحصل الوثوق للفضولي بارضاء المالك، وأنه لا يخرج عن رأيه فيتحقق له بذلك القدرة على التسليم حال العقد، [١] لأن هذا الفرض يخرج الفضولي عن كونه فضولياً لمصاحبة الاذن للبيع، غاية الامر حصوله بالفحوى وشاهد الحال، [٢] وهما من انواع الاذن، فلا تكون فضولياً ولا يتوقف صحته على الاجازة ولو سلمنا بقاءه على الصفة، فمعلوم ان القائلين بصحة الفضولي لا يقصرون الحكم على هذا الفرض، [٣] وفيما ذكره من مبني مسألة الفضولي ثم في تفریع الفضولي ثم في الاعتراض الذي ذكره ثم في الجواب عنه اولاً وثانياً تأمل، بل نظر [٤] فتدبر.

[١] ثم اورد على هذا التفریع: بانه ربما يحصل للفضولي الوثوق بارضاء المالك فتتحقق له بذلك القدرة على التسليم حال العقد للقدرة على الاجازة المحققة لتقدرته على التسليم، والقدرة على السبب قدرة على المسبب.  
واجاب عنه بوجهين:  
[٢] الأول: انه تخرج المعاملة بذلك عن الفضولية لمصاحبة الاذن للبيع، غاية الامر حصوله بالفحوى وشاهد الحال.

[٣] الثاني: ان صحة بيع الفضولي في هذه الصورة خاصة لم يلتزم بها احد.  
[٤] والمصنف رحمته الله بعد نقله ذلك قال: وفيما ذكره من مبني مسألة الفضولي ثم في تفریع الفضولي ثم في الاعتراض الذي ذكره ثم في الجواب عنه اولاً وثانياً تأمل بل نظر.  
اما وجه النظر في المبني، فهو ما عرفت من ان الموكل ليس اجنبياً عن العقد وملزم بالتسليم، والعلم بقدرته يكفي في ارتفاع الغرر، والا فجرد التراضي لا يوجب رفع الغرر. واما وجه النظر في تفریع الفضولي، فهو: ان الفضولي اجنبي عن العقد، ولا يكون العقد تاماً ومنتسباً الى مالكة الا بعد الاجازة، ولذا بنينا على كفاية القدرة حال الاجازة، وعدم اعتبار القدرة حال البيع.  
واما وجه النظر في الاعتراض، فهو: ان قدرة العاقد لا اعتبار بها لعدم كونه مخاطباً بلزوم التسليم.

مسألة: لا يجوز بيع الآبق منفرداً على المشهور بين علمائنا كما في التذكرة، بل [١] إجماعاً كما عن الخلاف والغنية والرياض، وبلا خلاف كما عن كشف الرّموز لأنه مع اليأس عن الظفر بمنزلة التالف ومع احتماله بيع غرر منفي إجماعاً نصاً وفتوى، خلافاً لما حكاها في التذكرة عن بعض علمائنا، ولعله الاسكافي حيث ان المحكي عنه أنه لا يجوز ان يشتري الآبق وحده، إلا اذا كان بحيث يقدر عليه المشتري او يضمنه البائع انتهى.

وقد تقدّم عن الفاضل القطيفي في ايضاح النافع منع اشتراط القدرة على التسليم.

وقد عرفت ضعفه لكن يمكن ان يقال بالصحة في خصوص الآبق لحصول الانتفاع به بالعتق، خصوصاً مع تقييد الاسكافي بصورة ضمان البائع، فإنه يندفع به الغرر عرفاً، لكن سيأتي ما فيه، فالعمدة الانتفاع بعتقه، وله وجه لولا النص الآتي والاجامعات المتقدمة، مع ان قابلية المبيع لبعض الانتفاعات لا يخرجها عن الغرر، وكما لا يجوز جعله مثنياً

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

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

### عدم الحاق الصلح بالبيع

[١] التنبيه الثامن: وحيث عرفت اشتراط القدرة على التسليم في صحة البيع فاعلم: انه لا يجوز بيع الانى منفردا ان كان انه لو ضم اليه غيره صح بلا خلاف فيها. ولا يهمننا البحث في ذلك لعدم الموضوع، وانما نتعرض لمخصوص هذه المسألة لما في ذيل هذه من المسائل التي تعرض لها المصنف رحمته، و سائر الأساطين، وان لم تكن مرتبطة ببيع الآبق بل هي من تذييلات وفروع المسألة المتقدمة. وهي مسائل.

لا يجوز جعله منفرداً ثمناً لاشتراكهما في الأدلة. [١] وقد تردّد في اللّمة في جعله ثمناً بعد الجزم بمنع جعله مثنياً، وان قرّب أخيراً المنع منفرداً، ولعلّ الوجه الاستناد في المنع عن جعله مثنياً إلى النص والاجماع الممكن دعوى اختصاصهما بالمتن دون نفي الفرر الممكن منعه بجواز الانتفاع به في العتق، ويؤيده حكمه بجواز بيع الضال والمجحود مع خفاء الفرق بينهما وبين الآبق في عدم القدرة على التسليم، ونظير ذلك ما في التذكرة حيث ادّعى أولاً الاجماع على اشتراط القدرة على التسليم ليخرج البيع عن كونه بيع غرر.

ثمّ قال والمشهور بين علمائنا المنع من بيع الآبق منفرداً، الى ان قال: وقال بعض علمائنا بالجواز وحكاه عن بعض العامة ايضاً، ثمّ ذكر الضال ولم يحتمل فيه إلاّ جواز البيع منفرداً أو اشتراطه الضميمة، فإنّ التنافي بين هذه الفقرات الثلاث ظاهر، والتوجيه يحتاج إلى تأمل.

[١] الاولى: انه يختص اعتبار القدرة على التسليم بالمتن، بل هو يعتبر في الثمن ايضاً لاشتراك الأدلة بينهما، فكما انه من عدم احراز القدرة على تسليم المتن يلزم الفرر، كذلك يلزم الفرر من عدم احراز القدرة على تسليم المتن. الثانية: في الحاق سائر المعاملات بالبيع. والكلام تارة: في غير الصلح. واخرى: فيه.

اما في غير الصلح: فالأظهر اعتبارها لوجهين: احدهما: ان الاستفادة من نهي النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر بمناسبة الحكم والموضوع ان الموجب للبطلان هو الفرر من حيث انه غرر بلا خصوصية للبيع. ثانيهما: ما ارسل عن النبي صلى الله عليه وآله انه نهى عن الفرر<sup>(١)</sup>، المنجر ضعفه بعمل الأصحاب لإستدلالهم في جميع المعاوضات كالإجارة والمزارعة والمساقاة والجعالة وغيرها، بل في غير المعاوضات كالوكالة بذلك.

(١) التذكرة ج ١ ص ٤٦٦ - مسألة بيع الطير في الهواء - ونحوه عن الشهيد - وسبقهما الشيخ في الخلاف.

وكيف كان فهل يلحق بالبيع الصلح عمّا يتعدّر تسليمه. فيعتبر فيه القدرة على التسليم [١] وجهان، بل قولان من عموماً الصلح وما علم من التوسع فيه لجهالة المصالح عنه اذا تعدّر او تعسّر معرفته. بل مطلقاً [٢] واختصاص الغرر المنفي بالبيع، ومن انّ الدائر على ألسنة الأصحاب نفي الغرر من غير اختصاص بالبيع حتّى أنّهم يستدلّون به في غير المعاوضات كالوكالة فضلاً عن المعاوضات، كالأجارة والمزارعة والمساقاة والجمعالة. بل قد يرسل في كلماتهم عن النبي ﷺ أنّه نهى عن الغرر.

وقد رجّح بعض الاساطين جريان الاشتراط فيما لم يبين على المسامحة من الصلح، وظاهر المسالك في مسألة رهن ما لا يقدر على تسليمه على القول بعدم اشتراط القبض في الرهن جواز الصلح عليه.

[١] واما في الصلح: فالأظهر عدم اعتبارها،

وذلك لوجهين:

الأول: ان دليل الغرر انما يكون حاكماً على ادلة المعاملات التي لها صنفان غرري وغير غرري.

[٢] واما الصلح الذي ليس له صنفان - بل هو بطبعه مبني على المسامحة والمسائلة والتجاوز من جهة ان الغرض فيه ليس متقوماً بالمبادلة والمقابلة - فلا يكون دليل الغرر حاكماً عليه، بل هو حاكم على دليل الغرر.

الثاني: صحيح محمد بن مسلم عن ابي جعفر (عليه السلام): انه قال في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه ولا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه، فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك ولي ما عندي، فقال عَلَيْهِ السَّلَامُ: لا بأس بذلك اذا تراضيا وطابت انفسهما<sup>(١)</sup>

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



وأما الضال والمجحود والمغضوب ونحوها مما لا يقدر على تسليمه فالأقوى فيها عدم الجواز [١] وفاقاً لجماعة للغرر المنقّي المعتضد بالاجماع المدعى على اشتراط القدرة على التسليم، إلا أن يوهن بتردد مدّعيه، كالعلامة في التذكرة في صحة بيع الضال منفرداً ويمنع الغرر خصوصاً فيما يراد عتقه بكون المبيع قبل القبض مضموناً على البائع.

وأما فوات منفعته مدة رجاء الظفر به، فهو ضرر قد أقدم عليه، وجهالته غير مضرة مع امكان العلم بتلك المدة، [٢] كضالة يعلم أنّها لو لم توجد بعد ثلاثة أيام فلن توجد بعد ذلك وكذا في المغضوب والمنهوب.

والحاصل أنه لا غرر عرفاً بعد فرض كون اليأس عنه في حكم التلف المقتضى لانفساخ البيع من اصله، وفرض عدم تسلط البائع على مطالبته بالثمن، لعدم تسليم المثمن، فإنّه لا خطر حينئذ في البيع خصوصاً مع العلم بمدة الرجاء التي يفوت الانتفاع بالمبيع فيها هذا

### بيع الضال والمجحود والمغضوب

[١] الثالثة: ان مقتضى نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر، عدم جواز بيع الضال والمجحود والمغضوب كما افتى به جماعة. وبعبارة اخرى: مقتضاه عدم الفرق بين المتعذر بنفسه، وما تعذر بواسطة الغير وعن جماعة: الجواز، واستدل له بوجوه:

احدها: انه بالفحص عنه اما ان يحصل في يده او يبأس منه. فان حصل، والا فهو في حكم التلف الموجب لانفساخ العقد من اصله الموجب لرجوع الثمن الى صاحبه، فهذا البيع مأمون العاقبة من الخطر.

[٢] وأما فوات المنفعة مدة رجاء الظفر به فهو ضرر قد أقدم عليه، وجهالته غير مضرة خصوصاً مع العلم بمدة الرجاء التي يفوت الانتفاع بالمبيع فيها. وفيه: اولاً: انه مع عدم الحصول لا يجرز اليأس دائماً، بل ربما يرجى حصوله.

ولكن يدفع جميع ما ذكر ان المنفي في حديث الغرر كما تقدم، هو ما كان غرراً في نفسه عرفاً، مع قطع النظر عن الاحكام الشرعية الثابتة للبيع، ولذا قوينا فيما سلف جريان نفي الغرر في البيع المشروط تأثيره شرعاً بالتسليم.

ومن المعلوم ان بيع الضال وشبهه، ليس محكوماً عليه في العرف بكونه في ضمان البائع، بل يحكمون بعد ملاحظة اقدام المشتري على شرائه بكون تلفه منه، فالانفساخ بالتلف حكم شرعي عارض للبيع الصحيح الذي ليس في نفسه غرراً عرفاً ومماً ذكر يظهر انه لا يجدي في رفع الغرر الحكم بصحة البيع مراعى بالتسليم، فإن تسلّم قبل مدة لا يفوت الانتفاع المعتدّ به والّاّ تخيير بين الفسخ والامضاء، كما استقر به في اللمعة، [١] فإنّ ثبوت الخيار حكم شرعيّ عارض للبيع الصحيح الذي فرض فيه العجز عن تسلّم المبيع،

---

وثانيا: ان كون ذلك بمزلة التلف الموجب لانفساخ العقد غير ثابت.

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

ورابعا: ان الخطر من حيث الغرض المعاملي على حاله لا يرتفع بالانفساخ.

[١] ثانياها: انه مع تعذر تسليمه له خيار التعذر، فالصحة تكون مراعاة بالتسليم،

فان تسلّم قبل مدة لا يفوت الانتفاع المعتدّ به فيها والّاّ تخيير بين الفسخ والامضاء فلا غرر.

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

وثانيا: ان الغرر من ناحية الغرض المعاملي لا يرتفع بذلك.

ثالثها ان له الامتناع من تسليم الثمن مع امتناع البايع من تسليم المبيع فلا خطر

وفيه مضافا الى ما تقدم - ان الامتناع من تسليم الثمن مع عدم كونه مالكا له لا

يوجب تدارك ماذهب من ملكه - فالظاهر هو فساد بيعه.

فلا يندفع به الغرر الثابت عرفاً في البيع المبطل له، لكن قد مرّت المناقشة في ذلك بمنع اطلاق الغرر على مثل هذا بعد اطلاعهم على الحكم الشرعي اللاحق للمبيع من ضمانه قبل القبض ومن عدم التسلط على مطالبته الثمن، فافهم.

ولو فرض أخذ المتبايعين لهذا الخيار في متن العقد، فباعه على ان يكون له الخيار اذا لم يحصل المبيع في يده الى ثلاثة ايام، امكن جوازه لعدم الغرر حينئذ عرفاً، [١] ولذا لا يعدّ بيع العين الغير المرئية الموصوفة بالصفات المعينة من بيع الغرر، لأنّ ذكر الوصف بمنزلة اشتراطه فيه الموجب للتسلط على الرد، ولعلّه لهذا اختار في محكّي المختلف تبعاً للأسكافي جواز بيع الآبق اذا ضمنه البائع، فإنّ الظاهر منه اشتراط ضمانه، وعن حاشية الشّهيد ظهور الميل إليه، وان كان قد يرد على هذا عدم اندفاع الغرر باشتراط الضمان، فتأمل.

[١] رابعها: ان له شرط الخيار برد الثمن او مثله اذا لم يحصل المبيع في يده الى ثلاثة

ايام.

وفيه: اولاً: ان نفوذ الشرط منوط بوقوعه في العقد الصحيح، فلا يصح العقد به. وثانياً: ان الغرر الناشيء من حيث الغرض المعاملي لا يرتفع بذلك. الرابعة المشهور بين الاصحاب انه كما لا يجوز بيع غير المقدور منفرد الايجوز بيعه منضمًا بغيره وعن ظاهر الانتصار جوازه.

ويشهد للاول ان بيع المجموع من مقدور التسليم وغيره في صفقة واحدة غرري، وما عن الانتصار من ارتفاع الغرر بذلك ضعيف. واضعف منه الاستدلال بالنص الوارد في بيع العبد الابق الدال على جوازه مع الضميمة اذ المناط غير محرز والتعدي يحتاج الى دليل.

مسألة: المعروف أنه يشترط العلم بالثمن قدرًا، [١] فلو باع بحكم أحدهما بطل [٢] إجماعاً كما عن المختلف والتذكرة، واتفقاً كما عن الروضة وحاشية الفقيه للسُّلطان، وفي السُّرائر في مسألة البيع بحكم المشتري إبطاله بأن كل مبيع لم يذكر فيه الثمن. فإنه باطل بلا خلاف بين المسلمين، والأصل في ذلك حديث نفي الغرر المشهور بين المسلمين.

ويؤيده التعليل [٣] في رواية حماد بن مسيرة عن جعفر عن أبيه عليه السلام أنه كره أن يشتري الثوب بدينار غير درهم، لأنه لا يدرى كم الدينار من الدرهم.

### اعتبار العلم بقدر الثمن

[١] قوله المعروف انه يشترط العلم بالثمن قدرا لم يخالف في هذه الكلية احد وقد تكرر في كلماتهم دعوى الاجماع والاتفاق عليها. [٢] وصاحب الحدائق خالف الاصحاب في خصوص ما اذا باع بحكم المشتري للنص.

والاسكافي خالفهم في ما اذا باع بسعر ما باع:  
والمدرک لها حديث نفي الغرر المتقدم وفي المتن  
[٣] ويؤيده التعليل في رواية حماد<sup>(١)</sup>

وفي مرآت العقول ان الخبر يمتثل وجهين، أحدهما ان يكون المراد عدم معلومية نسبة الدرهم الى الدينار وقت البيع وان كان آنلا الى المعلومية وثانيتها، ان يكون المراد جهالتها بسبب اختلاف الدراهم او باختلاف الدنانير وعدم معلوميتها عند البيع او عند وجوب اداء الثمن ولعل هذا اظهر يعنى الوجه الثانى.

ثم نقل عن المسالك انه يجب تقييد الخبر بجهالة نسبة الدرهم من الدينار بان جعله مما يتجدد من النقل حالا او مؤجلا او من الحاضر مع عدم علمها بالنسبة فلو علمها صح وفي رواية السكوني<sup>(٢)</sup> اشارة الى ان العلة هي الجهالة، وفيها فلعل الدينار يصير بدرهم

لكن في صحيحة رفاة النخاس ما ظاهره المنافاة، قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام فقلت له: ساومت رجلاً تجارية له فباعنيها بحكمي فقبضتها منه، ثم بعثت اليه بالف درهم فقلت له: هذه الف درهم حكمي عليك ان تقبلها، فأبى ان يقبلها مني وقد كنت مسستها قبل ان ابعث اليه بالف درهم، فقال: ارى ان تقوم الجارية بقيمة عادلة، فإن كان قيمتها اكثر مما بعثتها إليه كان عليك ان تردّ ما نقص من القيمة، وان كان قيمتها اقلّ مما بعثت اليه فهو له قال: قلت له رأيت ان اصبت بها عيباً بعد ان مسستها، قال: ليس عليك ان تردّها عليه و لك ان تأخذ قيمة ما بين الصّحة والعيب، لكن التأويل فيها متعين [١] لمنافاة ظاهرها لصحة البيع، وفساده فلا يتوهم جواز التمسك بها لصحة هذا البيع، اذ لو كان صحيحاً لم يكن معنى لوجوب قيمة مثلها بعد تحقق البيع بثمن خاصّ.

نعم هي محتاجة الى ازيد من هذا التأويل بناء على القول بالفساد بأن يراد من قوله باعنيها بحكمي قطع المساومة على ان اقومها على نفسي بقيمتها العادلة في نظري حيث ان رفاة كان نخاساً يبيع ويشترى الرقيق فقومها رفاة على نفسه بألف درهم. اما معاطاة واما مع انشاء الايجاب وكالة والقبول اصالة، فلما مسها وبعث الدرهم لم يقبلها المالك لظهور غبن له في البيع وان رفاة مخطيء في القيمة، او لشبوت خيار الحيوان للبايع على القول به

وقد استدلل صاحب الحدائق رد لما ذهب اليه بصحيح<sup>(١)</sup> رفاة النخاس المذكور في المتن [١] واورد عليه المصنف عليه السلام: بان التأويل فيه متعين لمنافاة ظاهره لصحة البيع وفساده، اذ لو كان البيع صحيحاً لزم تعين المسمى دون القيمة الواقعية، فلما ذا امر (عليه السلام) بتقويم الجارية بقيمة عادلة؟ وان كان فاسداً فلما ذا حكم بتعين ما بعث اليه ان كانت القيمة الواقعية اقل؟ ولهذا التزم بانه يحمل على ارادة التوكيل في التقويم والبيع بعده بما يتعين في نظره لا بالقيمة الواقعية، والأمر برد ما نقص انما هو من جهة خيار الغبن، فكما انه اذا عين الموكل القيمة فظهر الغبن له الخيار كذلك اذا عينها الوكيل، وانما عين ذلك من جهة انه حيث لا حاجة للموكل في الجارية والوكيل محتاج اليها

وقوله ان كان قيمتها اكثر فعليك ان تردّ ما نقص امّا ان يراد به لزوم ذلك عليه من باب ارضاء المالك اذا اراد امسك الجارية. حيث ان المالك لا حاجة له في الجارية، فيسقط خياره ببذل التفاوت. واما ان يحمل على حصول الحبل بعد المسّ فصارت امّ ولد، وتعيّن عليه قيمتها اذا فسخ البائع، وقد يحمل على صورة تلف الجارية وينافيه قوله فيما بعد فليس عليك ان تردّها، الى آخره.

وكيف كان، فالحكم بصحة البيع بحكم المشتري وانصراف الثمن الى القيمة السوقية لهذه الرواية، كما حكي عن ظاهر الحدائق ضعيف، واضعف منه ما عن الاسكافي من تجويز قول البائع بعتك بسعر ما بعته، ويكون للمشتري الخيار ويرده ان البيع في نفسه اذا كان غرراً فهو باطل فلا يجبره الخيار. واما بيع خيار الرّؤية فذكر الاوصاف فيه بمنزلة اشتراطها المانع عن حصول الغرر كما تقدّم، عند حكاية قول الاسكافي في مسألة القدرة على التسليم.

فيسقط خياره ببذل التفاوت او يحمل على حصول الحبل بعد المسّ فصارت ام ولد.

واجيب عن ذلك بجوابين:

احدهما: ما افاده المحقق الايرواني رحمته، وهو: ان ما ذكره يتم لو كان المراد من البيع بحكم المشتري في الرواية البيع بتعيينه المطلق، اما اذا كان المراد تعيينه لقيمة المثل ويكون تعيينه طريقياً محضاً لا موضوعياً فيكون المراد من البيع بحكمه هو البيع بقيمة المثل من غير دخل لحكمه على وجه الموضوعية، فلا حاجة الى التأويل، بل تنطبق الرواية على القاعدة. وفيه: - مضافاً الى انها لا تنطبق على القاعدة اذ مقتضى القاعدة هو الفساد مع عدم العلم بقيمة المثل للغرر: ان ما افاده يستلزم استرجاع الزائد ان كانت قيمتها اقل مما بعته اليه، فهذا لا يلائم مع حكمه بعدم الرجوع الى الزائد.

ثانيهما: انه يحمل على ارادة تعيينه بحكمه وان تعيينه يكون موضوعياً، ولكن يشترط ان لا يكون اقل من قيمة المثل، وعليه فلو كانت القيمة السوقية اقل كان ما بعته

مسألة: العلم بقدر المثلثن كالتن شرط [١] باجماع علمائنا كما عن التذكرة، وعن الغنية العقد على المجهول باطل، بلاخلاف.

وعن الخلاف ما يباع كيبلاً فلا يصحّ بيعه جزافاً وان شوهد اجماعاً.

وفي السرائر ما يباع وزناً فلا يباع كيبلاً بلا خلاف والأصل في ذلك ما تقدّم من الثبوي المشهور [٢] وفي خصوص الكيل والوزن خصوص الأخبار المعتبرة [٣] منها صحيحة الحلبيّ في رجل اشترى من رجل طعاماً عدلاً بكيل معلوم، ثمّ أنّ صاحبه قال للمشتري: ابتع منّي هذا العدل الآخر بغير كيل فإنّ فيه مثل ما في الآخر الذي ابتعته، قال لا يصلح إلاّ بكيل. قال وما كان من طعام سميت فيه كيبلاً فإنّه لا يصلح مجازفة، هذا ممّا يكره من بيع الطّعام وفي رواية الفقيه فلا يصحّ بيعه مجازفة والإيراد على دلالة الصّحيحة

ليه له ولو كانت ازيد لا بد من رد الزايد لا شرطاً  
وفيه: انه خلاف الظاهر جدا وان تم ما افاده المصنف عليه السلام ولم نورد عليه: بان متعلق  
الوكالة ان كان هو البيع بقيمة المثل خاصة كان البيع بغيرها فضوليا وان كان عاما لغيرها لم  
يكن وجه لثبوت خيار الغبن - وايضا لوجه لسقوط الخيار بمجرد بذل التفاوت.  
والايفرد الصحيح الى اهله وعلى اى تقدير لا يمكن الاستدلال به على الصحة.

### عدم صحة بيع ما يكال او يوزن جزافا

[١] لاخلاف ولاشكال في انه شرط في المبيع ان يكون معلوما فلا يجوز بيع  
المكيل والموزون والمعدود الامع معرفة المقدار باحدها فلا يباع المكيل والموزون والمعدود  
جزافا ولو كان مشاهدا كالصبرة، ولا بمكيال مجهول كقصعة حاضرة ولا العدد المجهول  
كماً اليد ونحوها بلا خلاف، وعن غير واحد: دعوى الإجماع عليه.

[٢] ويشهد له حديث نهي النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر <sup>(١)</sup>

[٣] وجملة من النصوص: منها صحيح الحلبي <sup>(٢)</sup> المذكور في المتن.

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

(٢) باب ٤ من ابواب عقد البيع حديث ٢.

حول بيع ما يكال او يوزن جزافاً..... ٤٣

بالاجمال [١] وباشتمالها على خلاف المشهور من عدم تصديق البائع [٢] غير وجيه لأن الظاهر من قوله سميت فيه كَيْلاً أَنَّهُ يذکر فيه الكيل فهي كناية عن كونه مكياً في العادة. اللهم إلا أن يقال: أن توصيف الطَّعام بكونه كذلك الظَّاهر في التَّنويع مع أَنَّهُ ليس من الطَّعام ما لا يكال ولا يوزن إلا في مثل الزرع قائماً، يبعد إرادة هذا المعنى، فتأمل.

وأما الحكم بعدم تصديق البائع فمحمول على شرائه سواء زاد أو نقص خصوصاً إذا لم يطمئن بتصديقه لا شرائه على أَنَّهُ القدر المعين الذي أخبر به البائع، فإنَّ هذا لا يصدق عليه الجراف، قال في التذكرة: لو أخبره البائع بكيله ثمَّ باعه بذلك الكيل صحَّ عندنا.

وقال في التَّحرير لو اعلمه بالكيل فباعه بثمن سواء زاد أو نقص لم يجز.

---

وأورد عليه بايرادات:

[١] الأول: أن قوله (عليه السلام): وما كان من طعام سميت فيه كَيْلاً ... الخ مجمل، إذ لو كان المراد به ما يبيع بكيل فما معنى لا يصح مجازة؟ وإن كان المراد به ما من شأنه أن يباع بكيل - أي يقال أنه مكيل ويكون الخطاب إلى الراوي بما هو من أهل العرف والعادة - فلازمه تنويع الطعام، مع أنه ليس من الطعام ما لا يكال ولا يوزن.

وفيه: أنه يمكن اختيار الشق الثاني واخذ القيد توضيحياً، أو بان يقال أن من الطعام ما هو مكيل ومنه ما هو موزون ولو في بعض البلدان، فيكون مفاد قوله (عليه السلام) ذلك، أن ما يكون من الطعام مكياً إنما اعتبر فيه الكيل من جهة أنه لا يصلح بيعه مجازة، ولازم ذلك جواز بيعه بالوزن.

[٢] الثاني: أن الخبر مخالف لفتوى المشهور، فأنهم افتوا بتصديق البائع في اخباره

بان كيل المبيع كذا، وهذا الصحيح يدل على أنه لا يعتمد عليه.

وفيه: أنه في تلك المسألة إنما يلتزمون بالصحة إذا وقع البيع على ما أخبر به



وأما نسبة الكراهة الى هذا البيع فليس فيه ظهور في معنى المصطلح يعارض ظهور لا يصلح ولا يصح في الفساد. [١]

وفي الصحيح عن ابن محبوب عن زرعة عن سماعة، قال: سألته عن شراء الطعام وما يكال ويوزن بغير كيل ولا وزن، فقال: أما ان تأتي رجلاً في طعام قد كيل او وزن تشتري منه مراوحة، فلا بأس ان اشتريته منه ولم تكله او لم تنزله اذا اخذه المشتري الأول بكيل أو وزن، وقلت له عند البيع إني أربحك كذا وكذا [٢] ودلالاتها أوضح من الاولى.

بعنوان ان كيله ما اخبر به وانه لو نقص يأخذ الزائد ولو زاد يردده، لا يبيعه بما اخبر به سواء زاد او نقص كما هو ظاهر الخبر، مع انه في تلك المسألة يعتبرون كون البائع مؤتمناً.

الثالث: ما ذكره جماعة منهم المحقق الايرواني رحمته الله، وهو: ان المراد من قوله: وما كان من الطعام سميت... الخ ان البيع اذا انعقد بعنوان الكيل كما اذا بيع مناً من الحنطة - يعتبر الكيل في مقام التسليم صوناً عن التعقب بالتزاع والمشاجرة - فهو اجنبي عن المقام.

وفيه: ان هذا خلاف الظاهر، فانه يتوقف على تقدير كلمة قبضه او تسليمه بعد قوله فانه لا يصلح كما لا يخفى، وهو خلاف الظاهر.

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

وفيه: ان الكراهة في النصوص غير ظاهرة في الكراهة المصطلحة، بل ظاهرها المنع، مع انه لو سلم الإجمال وعدم ظهورها في ذلك بكون المرجع قوله عليه السلام لا يصلح مجازفة، بل المحكي عن الفقيه فلا يصح مجازفة.

فالأظهر دلالة الصحيح على اعتبار الكيل في المكيل.

[٢] ومنها: موثق سماعة: <sup>(١)</sup> المذكور في المتن

ورواية ابان عن محمد بن حمران قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام اشترينا طعاماً فزعم صاحبه أنه كاله فصدّ قناه وأخذناه بكيله قال: لا بأس، قلت: يجوز ان ابيعه كما اشتريت بغير كيل، قال: أما انت فلا تبعه حتى تكيله دلّت على عدم جواز البيع بغير كيل إلاّ، إذا أخبره البائع فصدّقه [١] وفحوى مفهوم رواية أبي العطارد وفيها قلت: فأخرج الكروالكرين فيقول الرجل اعطنيه بكيلك فقال: إذا تتمنك فلا بأس به، ومرسلة ابن بكير عن رجل سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري الجصّ فيكيل بعضه ويأخذ البقية بغير كيل، فقال: أما ان يأخذكّه بتصديقه، وأما ان يكيله كلّه فإنّ المنع من التبّعيض المستفاد منه ارشاديّ محمول على أنّه ان صدّقه فلا حاجة الى كلفة كيل البعض والأفلا يجزي كيل البعض، ويحتمل الرواية الحمل على استيفاء المبيع بعد الإشتراء، وكيف كان. ففي مجموع ما ذكر من الاخبار وما لم يذكر ممّا فيه ايماء الى المطلب، من حيث ظهوره في كون الحكم مفروغاً عنه عند السائل وتقرير الامام كما في رواية كيل ما لا يستطاع عدّه وغيرها، مع ما ذكر من الشّهرة المحقّقة

وارد عليه المحقق الإصفهاني رحمته الله: بان مورد الاستدلال.

ان كان هي الشرطية الأولى وهي قوله: فلا بأس ان اشتريته... الخ فمن الواضح ان نفي البأس عن اشتراؤه بلا كيل ولا وزن لا مفهوم له الا بلحاظ موضوع الشرطية وهو طعام قد كيل او وزن، وهو من مفهوم الوصف.

وان كان هي الشرطية الثانية وهي قوله: اذا اخذه المشتري الأول... الخ فمن البين انه تقرير لصدر الخبر حيث قال تاتي رجلا في طعام قد كيل ووزن والشرطية اذا كانت لتحقيق الموضوع او لتقريره لا مفهوم لها، فلا مفهوم في القضية الا مفهوم الوصف.

وفيه: انه يدل على المفهوم من جهة وروده في مقام التحديد كما يظهر من ملاحظة

السؤال والجواب.

[١] ومنها خبر<sup>(١)</sup> محمد بن حمران، وفحوى خبر<sup>(٢)</sup> ابي العطارد، ومرسل<sup>(٣)</sup> ابن

بكير، المذكورة في المتن.

(٢) نفس المصدر حديث ٦.

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

(٣) نفس المصدر حديث ٣.

والاتفاقات المنقولة كفاية في المسألة، ثم ان ظاهر اطلاق جميع ما ذكر ان الحكم ليس منوطاً بالغرر الشخصي [١] وان كان حكمته سد باب المسامحة المفضية الى الوقوع في الغرر، كما ان حكمة الحكم باعتبار بعض الشروط في بعض المعاملات رفع المنازعة المتوقعة عند اهمال ذلك الشرط، فحينئذ فيعتبر التقدير بالكيل والوزن وان لم يكن في شخص المقام غرر، كما لو باع مقداراً من الطعام بما يقابله في الميزان من جنسه او غيره [٢] المتساوي له في القيمة فانه لا يتصور هنا غرر اصلا مع الجهل بمقدار كل من العوضين، ويحتمل غير بعيد حمل الاطلاقات سيما الاخبار على المورد الغالب، وهو ما كان رفع الغرر من حيث مقدار العوضين موقوفاً على التقدير فلو فرض اندفاع الغرر بغير التقدير كفي

ومنها: غير ذلك من النصوص.

ولا يخفى ان ظاهر هذه النصوص اعتبار الكيل والوزن في المكيل والموزون، سواء ألزم من تركهما الغرر ام لا؟ كما ان مقتضى حديث نفي الغرر ما نعية الغرر الشخصي، سواء أكان العوض مما يكال او يوزن ام لا، فالنسبة بينها عموم من وجه، وحيث انها مثبتان لا تنافي بينهما فيتعين العمل بالدليلين والبناء على اعتبار الكيل والوزن في المكيل والموزون، مع عدم كون البيع غررياً.

[١] قوله ظاهر اطلاق جميع ما ذكر ان الحكم ليس منوطاً بالغرر الشخص  
لا اشكال في ان الغرر في حديث نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر شخصي ومالم يصر  
الغرر فعلياً لا يترتب عليه حكمه كما في ساير العناوين الماخوذة موضوعاً.  
واما في اخبار الكيل والوزن فلم يؤخذ عنوان الغرر كى يصح ما ذكره المصنف عليه السلام  
من ابتناء الصحة والفساد في الفروع التي ذكرها على كون الحكم منوطاً بالغرر الشخصي او  
النوعي فما ذكره عليه السلام من المبني لاصل له.

[٢] قوله كما لو باع مقداراً من الطعام بما يقابله في الميزان من جنسه  
يدل على فساد البيع في الفرض مضافاً الى ادلة اعتبار الكيل حديث نهى النبي ﷺ عن  
بيع الغرر فانه وان لم يلزم الغرر من حيث المالية الا انه يلزم من حيث الغرض المعامل: اذا اغراض

كما في الفرض المزبور، وكما اذا كان للمتبايعين حدس قوي بالمقدار نادر التّخلف عن الواقع، وكما اذا كان المبيع قليلاً لم يتعارف وزن الميزان مثله كما لو دفع فلساً واراد به رهناً لحاجة. فإنّ الميزان لم يوضع مثله فيجوز بما تراضيا عليه من التّخمين [١] ولا منافاة بين كون الشيء من جنس المكيل والموزون، وعدم دخول الكيل والوزن فيه لقلّته كالحبتين والثلاثة من الحنطة، او لكثرتة كزبرة الحديد كما نبه عليه في القواعد وشرحها وحاشيتها، ومما ذكرنا يتجّه عدم اعتبار العلم بوزن الفلوس المسكوكة، فإنّها وإن كانت من الموزون

ولذا صرّح في التذكرة بوقوع الرّبا فيها الآ أنّها عند وقوعها ثمناً حكمها كالمعدود في أنّ معرفة مقدار ما ليّتها لا يتوقّف على وزنها، فهي كالقليل والكثير من الموزون الذي لا يدخله الوزن. وكذا شبه الفلوس من المسكوكات المرّكبة من النّحاس والفضّة كأكثر نقود بغداد في هذا الزّمان، وكذا الدرهم والدينار الخالصان، فإنّهما وان كانا من الموزون ويدخل فيها الرّبا اجماعاً الآ أنّ ذلك لا يسا في جواز جعلها عوضاً من دون معرفة بوزنها لعدم غرر في ذلك اصلاً

المعاملية والمقاصد العقلائية كما تختلف باختلاف الاجناس ذاتا او وصفا كذلك تختلف باختلاف الحدود والمقادير من حيث الاحتياج الى مقدار خاص بلا نظر الى القيمة السوقية.

[١] وعلى ما ذكرناه، فان لم يكن المبيع مكيلا او موزونا - لقلّته كالحبتين والثلاثة من الحنطة، او لكثرتة كزبرة الحديد - او كان مكيلا وموزونا ولكن كان للمتبايعين حدس قوي بالمقدار نادر التّخلف عن الواقع، او كان الشيء في اصله كذلك ولكن كان ماليته بالعرض تابعة لإعتبار من بيده زمام الأمر بلا دخل للمقدار فيها كالمسكوكات - غير ما هو من الذهب والفضة والأوراق المطبوعة - صح البيع بلا كيل ولا وزن ان لم يلزم الغرر الشخصي كما هو المفروض.

اما في الأول: فلعدم شمول ادلة الكيل والوزن له وانصرافها عنه.

واما في الثاني: فلأنّ الكيل والوزن انما اعتبارا من جهة الطريقة الى معرفة المقادير

لعدم غرر في ذلك اصلاً. ويؤيد ذلك جريان سيرة الناس على المعاملة بهما من دون معرفة اغلبيهما بوزنهما.

نعم يعتبرون فيها عدم نقصانها عن وزنها المقرّر في وضعها من حيث تفاوت قيمتها بذلك. فالتقص فيها عندهم بمنزلة العيب. ومن هنا لا يجوز اعطاء الناقص منها لكونه غشاً وخيانة. وبهذا يمتاز الدرهم والدينار عن الفلوس السود وشبهها، حيث أنّ نقصان الوزن لا يؤثر في قيمتها، فلا بأس باعطاء ما يعلم نقصه وإلى ما ذكرنا من الفرق. اشير في صحيحة ابن عبد الرحمن قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام اشترى الشيء بالدرهم فاعطى الناقص الحبة والحبتين، قال: لا حتى تبيته، ثم قال: الآن تكون هذه الدرهم إلا وضاحية التي تكون عندنا عدداً. [١]

وبالجملّة فإناطة الحكم بوجود معرفة وزن المبيع وكيله مقدار الغرر الشّخصي قريب في الغاية إلا أنّ الظاهر كونه مخالفاً للكلمات الأصحاب في موارد كثيرة.

والحدود لا لخصوصية فيها بالخصوص، كما يشهد له - مضافاً الى مناسبة الحكم والموضوع - ما دل على الإعتدال على اخبار البائع بالكيل او الوزن، وقوله عليه السلام في ذيل الصحيح المتقدم فانه لا يصلح مجازفة الدال على ان المانع هو البيع جزافاً. فاذا كان الحدس موجبا للإطمئنان كفى.

واما في الثالث: فلعدم كونه مكيلاً ولا موزوناً.

هذا كله في المكيل والموزون.

[١] قوله والى ما ذكرنا من الفرق اشير في صحيحة ابن عبد الرحمن <sup>(١)</sup> رواها في المتن

ويمكن ان يكون وجه الفرق ان الدرهم الواضحة هي الدرهم الصحيحة فلا تكون هي ناقصة بما لا يتسامح فيه فلا بأس باعطائها من دون التبيين.

ثم ان الحكم في المعدود ووجوب معرفة العدد فيه حكم المكيل والموزون بلا خلاف ظاهر، [١] ويشير اليه بل يدلّ عليه تقرير الامام في الرواية الآتية، المتضمنة لتجوز الكيل في المعدود المتعدّر عدّه، [٢] ويظهر من المحكي عن المحقق الاردبيلي المناقشة في ذلك، بل الميل الى منعه، وجواز بيع المعدود مشاهدة، ويردّه رواية الجوز الآتية، والمراد بالمعدودات ما يعرف مقدار مالتها باعدادها، كالجوز والبيض بخلاف مثل الشاة والفرس والثوب وعدّ العلامة البطيخ والباذنجان في المعدودات حيث قال في شروط السلم من القواعد: ولا يكتفي في السلم وصحته العدّ من المعدودات بل لا بدّ من الوزن في البطيخ والباذنجان والرّمان، وأما اكتفى بعدها في البيع للمعاينة، انتهى.

وقد صرّح في التذكرة بعدم الرّبا في البطيخ والرّمان إذا كان رطباً، لعدم الوزن وثبوته مع الجفاف، بل يظهر منه كون القثاء والخوخ والمشمش أيضاً غير موزونة، وكلّ ذلك محلّ تأمل لحصول الغرر أحياناً بعدم الوزن. فالظاهر انّ تقدير المال عرفاً في المذكورات بالوزن لا بالعدد كما في الجوز والبيض.

[١] واما المعدود فالمشهور بين الأصحاب لزوم معرفة العدد كما مر، وعن مجمع البرهان: انه لا دليل على عدم جواز بيع المعدود الا عدّاً وان الأصل والعمومات وحصول التراضي - الذي هو العمدّة في الدليل - دليل قوي، فاثبات خلافه مشكل.

[٢] ولكن الذي يظهر من صحيح الحلبي عن مولانا الصادق عليه السلام عن الجوز لا نستطيع ان نعدّه فيكالم بمكيال ثم يعد ما فيه ثم يكال ما بقي على حساب ذلك العدد قال (عليه السلام): لا بأس به<sup>(١)</sup>

من جهة ظهوره في اعتقاد السائل، لزوم العد، وتقديره (عليه السلام) ذلك - هو لزوم العد، وبه تقييد اطلاقات الأدلة.

### بيع المكيل بالوزن، والعكس

واستقصاء الكلام في المقام انما يكون ببيان امور:

مسألة: لو قلنا بأن المناط في اعتبار تقدير المبيع في المكيل والموزون والمعدود بما يتعارف التقدير به هو حصول الغرر الشخصي، فلا اشكال في جواز تقدير كل منها بغير ما يتعارف تقديره به إذا انتفى الغرر بذلك [١]، بل في كفاية المشاهدة فيها من غير تقدير أصلاً. لكن تقدم أن ظاهر الأخبار الواردة في هذا الباب اعتبار التقدير من غير ملاحظة الغرر الشخصي لحكمة سد باب الغرر المؤدي الى التنازع المقصود رفعه من اعتبار بعض الخصوصيات في اكثر المعاملات زيادة على التراضي الفعلي حال المعاملة، وحينئذ فيقع الكلام والاشكال في تقدير بعض المقدرات بغير ما تعارف فيه.

فنقول اختلفوا في جواز بيع المكيل وزناً وبالعكس وعدمه، على أقوال ثالثها جواز المكيل وزناً دون العكس، لأن الوزن أصل الكيل واضبط، وإنما عدل إليه في المكيلات تسهياً، فالمحكي عن الدرّوس في السلم جوازه مطلقاً، حيث قال: ولو أسلم في المكيل وزناً وبالعكس فالوجه الصّحة لرواية وهب عن الصادق عليه السلام، وكأنه أشار بها إلى رواية وهب عن جعفر عن أبيه عن علي (صلوات الله عليهم) قال لا بأس بسلف ما يوزن فيما يكال وما يكال فيما يوزن. ولا يخفى قصور الرواية سنداً وبه ودلالة بأن الظاهر منها جواز أسلاف الموزون في المكيل وبالعكس، لا جواز تقدير المسلم فيه المكيل بالوزن وبالعكس، ويعضده ذكر

---

[١] الأول: في تقدير كل من المقدرات بغير ما يتعارف تقديره به اذا انتفى الغرر بذلك.

والكلام فيه في موردين:

(١) في بيع المكيل وزناً وبالعكس، وقد اختلفوا فيه على اقوال.

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

رابعها: التفصيل بين جعل كل من التقديرين طريقاً الى التقدير المعترف في المبيع في

نفسه فيصح، وبين ملاحظته مستقلاً فلا يصح.

فالكلام يقع في مقامين:

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

الشيخ للرواية في باب اسلاف الزيت في السمن، فالذي ينبغي ان يقال انّ الكلام تارة في كفاية كل من التقديرين في المقدّر بالآخر، من حيث جعله دليلاً على التقدير المعبر فيه، بأن يستكشف من الكيل وزن الموزون وبالعكس، وتارة في كفايته فيه أصلاً من غير ملاحظة تقديره المتعارف. أمّا الأول فقد يكون التفاوت المحتمل ممّا يتسامح فيه عادة، وقد يكون ممّا لا يتسامح فيه. [١] أمّا الأول، فالظاهر جوازه خصوصاً مع تعسّر تقديره بما يتعارف فيه، لأنّ ذلك غير خارج في الحقيقة عن تقديره ممّا يتعارف فيه، غاية ما في الباب ان يجعل التقدير الآخر طريقاً إليه. ويؤيده رواية عبد الملك بن عمر وقال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام اشترى مائة راوية من زيت فاعرض راوية او اثنتين فائتر منها ثم اخذ سائره على قدر ذلك قال: لا بأس، استدللّ بها في التذكرة على جواز بيع الموزون عند تعدّد وزنه [٢] بوزن واحد من المتعدّد ونسبة الباقي اليه

الثاني: في تقديره به مستقلاً.

[١] اما الأول: فقسّمه المصنف عليه السلام الى قسمين، اذ ربما يكون التفاوت المحتمل مما يتسامح فيه عادة، وربما يكون مما لا يتسامح فيه. اذا كان التفاوت المحتمل مما يتسامح فيه عادة فالأظهر هي الصحة لما عرفت من ان اعتبار التقدير الخاص انما هو لمعرفة حد المبيع ومقداره، والتقدير بما هو طريق الى ذلك - مع كون التفاوت المحتمل مما يتسامح فيه ينتج ذلك ويخرج البيع عن كونه جزافياً - فيصح. ويشهد له - مضافاً الى ذلك - صحيح الحلبي المتقدم بالتقريب الذي قدمناه وخبر<sup>(١)</sup> عبد الملك بن عمرو: المذكور في المتن.

[٢] وما عن التذكرة من حمل الخبر على صورة التعذر،

ليس من جهة هذا الخبر نفسه، فان ائتران مائة راوية زيت ليس بمتعذر، بل من جهة صحيح الحلبي الوارد في الجوز المختص بصورة عدم الإستطاعة. ولكن يرد عليه: انه لا مفهوم له كي يقيد اطلاق هذا الخبر به.



واردفة بقوله ولأنه يحصل المطلوب وهو العلم، واستدلالة الثاني يدلّ على عدم اختصاص الحكم بصورة التعذّر والتقييد بالتعذّر لعلّه استنبطه من الغالب في مورد السؤال وهو تعذّر وزن مائة راوية من الزّيت. ولا يخفى أنّ هذه العلة لو سلّمت على وجه يقدر في عموم ترك الاستفصال، أمّا يجب الاقتصار على موردها لو كان الحكم مخالفاً لعمومات وجوب التّقدير، وقد عرفت أنّ هذا في الحقيقة تقدير، وليس بجزاف. نعم ربّما ينافي ذلك التّقرير المستفاد من الصّحيحة الآتية في بيع الجوز كما سيجيء.

وأما لو كان التّفاوت ممّا لا يتسامح فيه، [١] فالظاهر أيضاً الجواز مع البناء على ذلك المقدّر المستكشف من التّقدير، اذا كان ذلك التّقدير اشارة على ذلك المقدار، لأنّ ذلك أيضاً خارج عن الجزاف، فيكون نظير اخبار البائع بالكيل، وبتخيّر المشتري لو نقص وما تقدّم من صحيحة الحلبيّ في أوّل الباب من المنع عن شراء احد العدلين بكيل احدهما قد عرفت توجيهه هناك، هذا كلّ مع جعل التّقدير الغير المتعارف اشارة على المتعارف.

[١] واما اذا كان التّفاوت المحتمل ممّا لا يتسامح فيه عادة فحكمه يظهر مما سنذكره في المقام الثاني.

وتصحيحه بالبناء على ذلك التّقدير

مخدوش، اذ البناء عليه الراجع الى شرط الخيار لو نقص لا يصحح العقد، لأن ذلك لا يخرج عن الجزافية، ولذا لا يصح البيع بالمشاهدة مبنياً على مقدار معين ممّا تعارف فيه. ودعوى اطلاق الخبر.

ممنوعة، فان الظاهر ولا اقل من المحتمل كون ما بقي من مائة راوية متحد الوزن مع ما وزن كما يظهر لمن تدبر فيه.

واما المقام الثاني: فالمشهور بين الأصحاب على ما نسب اليهم في محكي الرياض: جواز بيع المكيل وزناً، وعدم جواز بيع الموزون كيلاً.

وامّا كفاية احد التّقديرين عن الآخر اصالة من غير ملاحظة التّقدير المتعارف، فالظاهر جواز بيع الكيل وزناً على المشهور، كما عن الرّياض لأنّ ذلك ليس من بيع المكيل مجازفة، المنهى عنه في الاخبار ومعقد الاجماع لانّ الوزن اضبط من الكيل ومقدار مالية المكيلات معلوم به اصالة من دون ارجاع الى الكيل والمحكي المؤيد بالتّبع انّ الوزن اصل للكيل وانّ العدول الى الكيل من باب الرّخصة. [١] وهذا معلوم لمن تتبّع موارد تعارف الكيل في الموزونات. ويشهد لاصالة الوزن انّ المكاييل المتعارفة في الاماكن المتفرّقة على اختلافها في المقدار ليس لها مأخذ الآ الوزن، اذ ليس هنا كيل واحد يقاس المكائيل عليه. واما كفاية الكيل في الموزون من دون ملاحظة كشفه عن الوزن ففيه اشكال، بل لا يبعد عدم الجواز.

وقد عرفت عن السّرائر انّ ما يباع وزناً لا يباع كيلاً بلا خلاف، فإنّ هذه مجازفة صرفة

[١] واستدل له المصنف رحمته بان الوزن اصل للكيل، وان العدول الى الكيل من باب الرخصة، وعليه فبيع المكيل بالوزن ليس بيعاً جزافياً بخلاف العكس. وفيه: لا اشكال في ان الأصل للكيل هو الوزن، اذ الإغراض المعاملية العقلانية تختلف باختلاف مقادير الأشياء من حيث الخفة والثقل، ولهذه الحيثية مراتب معينة يعبر عنها بالمتاقيل وما دونها وما فوقها، وليس الكيل طريقاً الى معرفة ذلك في نفسه، فلا محالة يقدر الكيل من حيث انه يسع مقدارا من الوزن، الا انه بعد تعارف الكيل في شيء وعدم معرفة وزنه غالباً لا محالة لا يعرف مقدار تموله بالوزن، بل يكون ذلك ايضاً بيعاً جزافياً. وربما يستدل للجواز في الموردین بخبر وهب عن مولانا الصادق عليه السلام عن ابيه عن الإمام علي عليه السلام: لا باس بالسلف ما يوزن فيما يكال وما يكال فيما يوزن. (١)

اذ ليس الكيل فيما لم يتعارف فيه وعاء منضبط، فهو بعينه ما منعه من التقدير بقصعة حاضرة او ملاً اليد، فإن الكيل من حيث هو لا يوجب في الموزونات معرفة زائدة على ما يحصل بالمشاهدة، فالقول بالجواز فيما نحن فيه مرجعه الى كفاية المشاهدة.

ثم انه قد علم ممّا ذكرنا أنّه لو وقعت معاملة الموزون بعنوان معلوم عند أحد المتبايعين دون الآخر، [١] كالحقّة والرّطل والوزنة باصطلاح اهل العراق، الّذي لا يعرفه غيرهم خصوصاً الاعاجم فأنّه غير جائز، لأنّ مجرد ذكر احد هذه العنوانات عليه وجعله في الميزان ووضع صخرة مجهولة المقدار معلومة الاسم في مقابله لا يوجب للجاهل معرفة زائدة على ما يحصل بالمشاهدة. هذا كلّ في المكيل والموزون.

وفيه: اولاً: ان الخبر ضعيف السند لوهب.

وثانياً: انه يدل على انه يجوز ان يكون ثمن المكيل موزوناً وبالعكس، ولا يدل على جواز كل من الكيل والوزن في مورد الآخر.  
فالأظهر هو عدم الجواز مطلقاً.

[١] ولو وقعت معاملة الموزون بعنوان معلوم عند احد المتبايعين دون الاخر.

يمكن الإستدلال لصحتها:

- مضافاً الى سيرة المتدينين من المسافرين على الشراء بوزن البلد الذي يحضرونه

او بكيله مع جهلهم بالمقدار -

بان الغرر لا يلزم - بعد فرض علم المشتري بان الكيل او الوزن المشتري به متعارف في البلد - ونصوص اعتبار الكيل والوزن تدل على لزوم ان يكون البيع باحدهما. واما معلومية مقدار ما يوزن تفصيلاً فلا تدل عليه، بل اغلب الناس لا يعلمون مقدار الكيل والوزن المتعارفين في بلدهم.

وبعبارة اخرى: ان تلك النصوص تدل على المنع عن البيع جزافاً وبالتخمين بلا

وزن ولا كيل، ولا تدل على ازيد من ذلك.

ولكن ثبوت السيرة المتصلة الى زمان المعصوم عليه السلام محل تأمل، والظاهر صدق

الغرر مع الجهل بالمقدار من حيث ذلك وان لم يصدق من حيث المالية

وامّا المعدود فإن كان الكيل او الوزن طريقاً اليه فالكلام فيه كما عرفت في اخويه، [١] وربما ينافيه التقرير المستفاد من صحيحة الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام أنه سئل عن الجوز لا نستطيع ان نعدّه، فيقال بالميال ثم يعدّ ما فيه. ثم يقال ما بقي على حساب ذلك العدد قال: لا بأس به.

فإنّ ظاهر السّؤال اعتقاد السائل عدم جواز ذلك في غير حال الضّرورة، ولم يردعه الامام عليه السلام بالتّنبية على ان ذلك غير مختصّ بصورة الاضطرار، لكنّ التّقرير غير واضح، فلا ينهض الرّواية لتخصيص العمومات ولذا قوّى في الرّوضة الجواز مطلقاً. واما كفاية الكيل فيه اصالة فهو مشكل لأنّه، لا يخرج عن المجازفة، والكيل لا يزيد على المشاهدة.

وامّا الوزن، فالظاهر كفايته بل ظاهر قولهم في السلم أنّه لا يكفي العدّ في المعدودات، وان جاز بيعها معجلاً بالعدّ، بل لا بدّ من الوزن، أنّه لا خلاف في أنّه اضبط وأنّه يغني عن العدّ، فقولهم في شروط العوضين أنّه لا بدّ من العدّ في المعدودات محمول على اقل مراتب التقدير

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

واما صحيح الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام: لا يصلح للرجل ان يبيع بصاع غير صاع المصر. (١)

فالظاهر منه المنع عن البيع بغير صاع المصر بتدليس انه صاع المصر، فلا يدل على جواز البيع بصاع المصر وان لم يعلم مقداره.

[١] المورد الثاني: في بيع المعدود بالكيل او الوزن.

لا كلام في انه اذا كان الكيل او الوزن طريقاً الى العدد يجوز ذلك كما تقدم، وصحيح الحلبي المذكور (٢) في المتن المختص بصورة تعذر العدّ لا مفهوم له كي يدل على عدم جوازه مع الإمكان، وتقريره عليه السلام لما في ذهن السائل من عدم الجواز مع الإمكان غير ظاهر.

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

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

لكنه ربّما ينافي ذلك تعقيب بعضهم ذلك بقولهم ويكفي الوزن عن العدّ، فإنّه يوهوم كونه الاصل في الضبط، الآ أن يريدوا هنا الاصاله والفرعيّة بحسب الضبط المتعارف لا بحسب الحقيقة، فافهم.

بقي الكلام في تعيين المناط في كون الشيء مكيلاً او موزوناً [١] فقد قيل انّ الموجود في كلام الاصحاب اعتبار الكيل والوزن فيما بيع بهما في زمن الشّارع، وحكم الباقي في البلدان ما هو المتعارف فيها فما كان مكيلاً او موزوناً في بلد يباع كذا، والأ فلا.

وعن ظاهر مجمع البرهان وصرح الحدائق نسبتها الى الاصحاب، وربّما منع ذلك

واما اذا لم يكن ذلك بعنوان الطريقة فقد اختار المصنّف رحمته كفاية الوزن فيه، والظاهر ان وجهها اصاله الوزن في التقدير مطلقا حتى في المعدود. وفيه: ان اصاله الوزن لو سلمت لا تفيد بعد فرض كون مناط المالية في شيء العدد، فانه يلزم من بيعه بالوزن الفرر. فالأظهر عدم الكفاية.

## المناط في المكيل والموزون

[١] الثاني: في تعيين المناط في كون الشيء مكيلاً او موزوناً.

وقبل الشروع في بيان المختار ودليله، ينبغي تقدير امور: الأول: ان مورد البحث هو انه هل المدار على ما كان مكيلاً او موزوناً في عصر النبي صلّى الله عليه وآله لا على كيل عصره ووزنه، فانه لم يقل بذلك احد، ولا يكون ذلك رافعا للفرر.

وبعبارة اخرى: مورد الكلام تعيين ما هو مكيل او موزون لا تعيين الكيل والوزن، اذ لا كلام في ان المكيل يكال بالمكيل المتعارف في كل عصر، والموزون يوزن بالميزان المتعارف في كل زمان. فما في عبارة المبسوط المنقولة في المكاسب والمكيل مكيل اهل المدينة والميزان ميزان اهل مكة لا بد من تأويله، لا سيما وقد نفي الخلاف عنه

بعض المعاصرين قائلاً أنّ دعوى الاجماع على كون المدار هنا على زمانه ﷺ على الوجه المذكور غريبة [١]، فاني لم اجد ذلك في كلام احد من الاساطين، فضلاً عن ان يكون اجماعاً، نعم قد ذكروا ذلك بالنسبة الى حكم الرّبا لا أنّه كذلك بالنظر الى الجهالة والغرر الذي من المعلوم عدم المدخلية لزمانه ﷺ في رفع شيء من ذلك واثباته، انتهى.

اقول ما ذكره دام ظلّه من عدم تعرّض جلّ الفقهاء لذلك هنا يعني في شروط العوضين وإثما ذكره في باب الرّبا حقّ، إلا أنّ المدار وجوداً وعدمياً في الرّبا على اشتراط الكيل والوزن في صحّة بيع جنس ذلك الشيء.

واكثر الفقهاء لم يذكروا تحديد هذا الشرط والميعار فيه هنا يعني في شروط العوضين إلا أنّ الاكثر ذكروا في باب الرّبا ما هو الميعار هنا وفي ذلك الباب. واما اختصاص هذا الميعار بمسألة الرّبا وعدم جريانه في شروط العوضين كما ذكره فهو خلاف الواقع

الثاني: ان النزاع في المقام ليس في مفهوم المكيل والموزون، فان مفهومهما اللغوي واضح، ولا حقيقة شرعية لهما قطعاً، ولا تكون مكيلية شيء او موزونيته من الأمور الواقعية، ويكون نظر العرف والشرع طريقاً اليها حتى يكون الشارع مصوّباً للعرف تارة ومخظناً لهم اخرى، بل هما امران جعليان رتب الشارع على هذا الأمر الجعلي البنائي الذي بنى العرف عليه حكماً، وحيث ان الجعل والبناء يختلف باختلاف الأعصار والأمصار، فلذا وقع النزاع في انه هل الميعار عصر خاص ومصر مخصوص، ام الميزان صدق عنوان كون الشيء مكيلاً او موزوناً؟

الثالث: المحكي: عن ظاهر مجمع البرهان وصريح الحدائق: ان الأصحاب افتوا بان المراد بالمكيل والموزون ما ثبت فيها الكيل والوزن في زمانه صلى الله عليه وآله، وحكم الباقي في البلدان ما هو المتعارف فيها.

[١] واورد عليها صاحب الجواهر رحمته: باني لم اجد ذلك في كلام احد من الاساطين، فضلاً عن ان يكون اجماعاً نعم، قد ذكروا ذلك بالنسبة الى الرّبا. والمصنف رحمته ذكر طرقاً ثلاثة لإستفادة ان الفقهاء افتوا بذلك:

أما أولاً: فلشهادة تتبع كلمات الاصحاب بخلافه، [١] قال في المبسوط في باب الرِّبَا: اذا كانت عادة الحجاز على عهده ﷺ في شيء الكيل لم يجز الأكيلاً في سائر البلاد وما كانت فيه وزناً لم يجز الأ وزناً في سائر البلاد والمكيال مكيال اهل المدينة والميزان ميزان اهل مكة هذا كله بلا خلاف، فإن كان مما لا تعرف عادة في عهده ﷺ حمل على عادة البلد الذي فيه ذلك الشيء فما عرف بالكيل لا يباع الأ كياً، وما عرف فيه الوزن لا يباع الأ وزناً، انتهى.

ولا يخفى عموم ما ذكره من التحديد لمطلق البيع لا لخصوص مبيعة المتماثلين ونحوه كلام العلامة في التذكرة.

وأما ثانياً: فلأن ما يقطع به بعد التتبع في كلماتهم هنا. وفي باب الرِّبَا ان الموضوع في كلتا المسألتين شيء واحد، [٢] اعني المكيل والموزون قد حمل عليه حكمان، احدهما عدم صحة بيعه جزافاً، والآخر عدم صحة بيع بعضه ببعض متفاضلاً، وبزيده وضوحاً ملاحظة اخبار المسألتين المعنونة بما يكال أو يوزن فإذا ذكروا ضابطة لتحديد الموضوع فهي مرعية في كلتا المسألتين.

[١] الأول: ان التتبع في كلمات الأصحاب يشهد بذلك. وذكر منها عبارة المبسوط. وفيه: أن ما افاده في المبسوط الصريح في ذلك خيرة التذكرة ونهاية الأحكام والمختلف وحواشي الشهيد وغيرها، وهو المنقول عن القاضي كما عن مفتاح الكرامة، ولكن القديما من الأصحاب لم يصر حوا بذلك.

[٢] الثاني: ان المقطوع به بعد التتبع ان الموضوع في هذه المسألة وفي مسألة الربا واحد وهو المكيل والموزون، وقد حمل عليه حكمان: احدهما: عدم جواز بيعه متفاضلاً.

ثانيهما: عدم جواز بيعه مجازفة. فاذا ذكروا ضابطة لتحديد الموضوع فهي مرعية في كلتا المسألتين.

وفيه: ان ما ذكره ان كان ضابطة لتعيين المفهوم، او كان ضابطة لتعيين المصدق مع كونه ظاهراً في ضبط ما هو مصدق الموضوع في المقامين، كما اذا ذكروا المسألتين

وأما ثالثاً: فلأنه يظهر من جماعة تصريحاً أو ظهوراً أنّ من شرط الرّبا كون الكيل والوزن شرطاً في صحّة [١] بيعه قال المحقّق في الشّرائع بعد ذكر اشتراط اعتبار الكيل والوزن في الرّبا تفريعاً على ذلك أنّه لا ربا في الماء اذ لا يشترط في بيعه الكيل أو الوزن وقال في الدّروس ولا يجري الرّبا في الماء لعدم اشتراطهما في صحّة بيعه نقداً. ثمّ قال وكذا الحجارة والرّباب والمطب ولا عبرة ببيع المطب وزناً في بعض البلدان لأنّ الوزن غير شرط في صحّته، انتهى.

وهذا المضمون سهل الاصابة لمن لاحظ كلماتهم فلا حظ المسالك هنا وشرح القواعد وحاشيتها للمحقّق الثّاني والشّهيد عند قول العلامة والمراد بالمكييل والموزون هنا جنسه وان لم يدخله لقلّته كالحبّة والحبّتين من الحنطة او لكثرتة كالزّبرة ولازم ذلك يعني اشتراط دخول الرّبا في جنس باشتراط الكيل والوزن في صحّة بيعه أنّه اذا ثبت الرّبا في زماننا في جنس ثبوت كونه مكيلاً او موزوناً على عهد رسول الله ﷺ لزم ان لا يجوز بيعه جزافاً وإلّا لم يصدق ما ذكره من اشتراط الرّبا باشتراط التّقدير في صحّة بيعه.

وبالجمله فتلازم المحكمين اعني دخول الرّبا في جنس واشتراط بيعه بالكيل أو الوزن ممّا لا يخفى على المتّبع في كتب الاصحاب وحينئذ فنقول: كلّما ثبت كونه مكيلاً او موزوناً في عصره ﷺ فهو ربويّ في زماننا [٢] ولا يجوز بيعه جزافاً، فلو فرض تعارف بيعه جزافاً عندنا كان باطلاً وان لم يلزم غرر للاجماع.

بنحو الإتصال وفي ذيلها ذكروا ذلك تم ما افاده.

ولكن بما ان ما ذكره انما يكون في مقام ضبط ما هو المصدق في ذيل مسألة الربا خاصة ولا اطلاق له يشمل هذه المسألة، فلا يجدي ذلك في المقام بعد كون ظاهر الدليل ان الموضوع فيها كل ما صدق عليه هذا المفهوم لا خصوص مصدق خاص منه.

الثالث: ما هو مركب من امرين:

[١] احدهما: انه يشترط عند الأصحاب في الربا ان يكون الكيل والوزن شرطاً في

صحّة بيعه.

[٢] ثانيها: اتفقهم على ان العبرة في المكييل والموزون الجاري فيه الربا على ما هو



ولما عرفت من أنّ اعتبار الكيل والوزن لحكمة سدّ باب نوع الغرر لا شخصه فهو حكم لحكمة غير مطّردة نظير النهي عن بيع الثمار قبل الظهور، لرفع التنازع واعتبار الانضباط في المسلم فيه، لأنّ في تركه مظنة التنازع والتغابن ونحو ذلك. والظاهر كما عرفت من غير واحد أنّ المسألة اتّفاقية، وأمّا ما علم أنّه كان يباع جزافاً في زمانه عليه السلام. فالظاهر جواز بيعه كذلك عندنا مع عدم الغرر قطعاً. والظاهر أنّه اجماعيّ، كما يشهد به دعوى بعضهم الاجماع على أنّ مثل هذا ليس بربويّ والشهرة محقّقة على ذلك نعم ينافي ذلك بعض ما تقدّم من اطلاق النهي عن بيع المكيل او الموزون جزافاً.

الظاهر فيما تعارف كيّله في زمان الإمام عليه السلام او في عرف السائل او في عرف المتبايعين او احدهما وان لم يتعارف في غيره، وكذلك قوله عليه السلام ما كان من طعام سميت فيه كيلاً فلا يصلح مجازفة. الظاهر في وضع المكيال عليه عند المخاطب وفي عرفه، وان لم يكن كذلك في عرف الشارع. اللهم الاّ ان يقال: أنّه لم يعلم أنّ ما تعارف كيّله او وزنه في عرف الأئمة عليهم السلام واصحابهم

كذلك في عهد الشارع الأقدس. فانه يستنتج منها اعتبار الكيل والوزن في ما كان مكيلا وموزونا في عهده.

وان شئت قلت: بهيئة الشكل الأول ما كان مكيلا او موزونا في عهده يجري فيه الربا، وما يجري فيه الربا يشترط ان يباع بالكيل او الوزن، ونتيجتهما ان كل ما كان مكيلا او موزونا في عهده يشترط ان يباع بالكيل او الوزن.

وفيه: ان الأمر الأول - وهو الكبرى في القياس - ان اريد به ان من شرط جريان الربا كون الكيل او الوزن شرطا في صحة بيعه ولو في زمانه صلّى الله عليه وآله خاصة فهو حق، الا انه لا يفيد للمستدل. وان اريد به انه من شرطه كون ذلك شرطا في صحته الى الأبد، ومادام يجري فيه الربا فهو اول الكلام وغير ثابت.

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

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

كان غير مقدّر في زمان الشّارع، حتّى يتحقّق المنافاة، والاصل في ذلك أنّ مفهوم المكيل والموزون في الأخبار لا يراد بهما كلّ ما فرض صيرورته كذلك، حتّى يعمّ ما علم كونه غير مقدّر في زمان الشّارع، بل المراد بهما المصداق الفعلي المعنون بهما في زمان المتكلّم، وهذه الافراد لا يعلم عدم كونها مكيّلة ولا موزونة في زمن النبي ﷺ لكن يرد على ذلك مع كونه مخالفاً للظاهر المستفاد من عنوان ما يكال ويوزن، [١] أنّه لا دليل حينئذ على اعتبار الكيل في ما شكّ في كونه مقدّراً في ذلك الزّمان، مع تعارف التّقدير فيه في الزّمان الآخر، اذ لا يكفي في الحكم حينئذ دخوله في مفهوم المكيل والموزون، بل لا بدّ من كونه احد المصاديق الفعلية في زمان صدور الاخبار ولا دليل ايضاً على الحاق كلّ بلد لحكم نفسه مع اختلاف البلدان.

والحاصل انّ الاستدلال باخبار المسألة المعنونة بما يكال او يوزن على ما هو المشهور من كون العبرة في التّقدير بزمان النبي ﷺ، ثمّ بما اتفق عليه البلاد، ثمّ بما تعارف في كلّ بلدة بالنسبة الى نفسه في غاية الاشكال. فالاولى تنزيل الاخبار على ما تعارف تقديره عند المتبايعين

الأول: في بيان ما يستفاد من الأدلة.

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

اما المورد الأول: فالمستفاد منها: ان المدار في اعتبار الكيل والوزن على ماهو مكيل او موزون في زمان البيع وبلده، فما كان مكيلا او موزونا في زمان البيع وبلده اعتبر في صحة بيعه ذلك، وما لم يكن كذلك وان كان في زمان الشارح مكيلا او موزونا لا يعتبر في صحته ذلك، لأن دليل اعتبار هذا الأمر حديث نهي النبي ﷺ عن بيع الغرر. (١)

والنصوص الخاصة المتقدمة.

اما الحديث فدلالته على ما ذكرناه واضحة، فان من المعلوم عدم دخل المدخلية لزمانه ﷺ في رفع الغرر واثباته.

[١] واما النصوص فالماخوذ فيها عنوان المكيل والموزون من دون التقييد بزمان خاص وبلد

وابتبات ما ينافي ذلك من الاحكام المشهورة بالاجماع المنقول المعتضد بالشهرة المحققة، وكذا الاشكال لو علم التقدير في زمن الشارع ولم يعلم كونه بالكيل او بالوزن. ومما ذكرنا ظهر ضعف ما في كلام جماعة من التمسك لكون الاعتبار في التقدير عبادة الشرع بوجود حمل اللفظ على المتعارف عند الشارع [١] ولكون المرجع فيما لم يعلم عادة الشرع هي العادة المتعارفة في البلدان. بأن الحقيقة العرفية هي المرجع عند انتفاء الشرعية ولكون المرجع عادة كل بلد اذا اختلف البلدان بأن العرف الخاص قائم مقام العام عند انتفائه، انتهى.

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

مخصوص، ومقتضى اطلاقه دوران الحكم مدار فعلية هذا الموضوع عند ايقاع المعاملة من حيث زمانها ومكانها.

وبعبارة اخرى: قوله عليه السلام ما كان من طعام سميت فيه كيلا لا يصلح مجازفة من القضايا الحقيقية المتضمنة لإنشاء الحكم فيها على الموضوعات المقدّر وجودها، فكل ما صدق عليه هذا العنوان يشمله هذا الحكم، من غير فرق بين الأزمنة والأمكنة.

واما المورد الثاني: فالمنسوب الى المشهور دعويان:

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

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

وقد استدلل للأولى

بالاجماع

وبان المراد من المكيل والموزون المصداق الفعل المعنون بهما في زمان المتكلم

[١] وبوجود حمل اللفظ على المتعارف عند الشارع

السابق، ولا اثر للتغيير الطارىء للاستصحاب ولظاهر قوله ﷺ حكيمى على الواحد حكيمى على الجماعة. واما في الأقيار والأيان ونحوها فالظاهر الحوالة على عرف ذلك العصر الواقع فيه شيء عنها حملاً له على ما يفهمه الموقع، انتهى.

اقول ليس الكلام في مفهوم المكيل والموزون، بل الكلام فيما هو المعترف في تحقق هذا المفهوم، فإن المراد بقولهم ﷺ ما كان مكيلاً فلا يباع جزافاً أو لا يباع بعضه ببعض الاً متساوياً. اما ان يكون ما هو المكيل في عرف المتكلم او يراد به ما هو المكيل في العرف العام، او ما هو المكيل في عرف كل مكلف، وعلى اي تقدير، فلا يفيد الكلام لحكم غير ما هو المراد، فلا بد لبيان حكم غير المراد من دليل خارجي وارادة جميع هذه الثلاثة خصوصاً مع ترتيب خاص في ثبوت الحكم بها وخصوصاً مع كون مرتبة كل لاحق مع عدم العلم بسابقه، لا مع عدمه غير صحيحة كما لا يخفى. ولعل المقدس الاردبيلي اراد ما ذكرنا حيث تأمل فيما ذكره من الترتيب بين عرف الشارع والعرف العام والعرف الخاص، معللاً باحتمال ارادة الكيل والوزن المتعارف عرفاً عاماً او في اكثر البلدان او في الجملة مطلقاً او بالنسبة الى كل بلد، بلد كما قيل في المأكول والملبوس في السجدة من الامر الوارد بها لو سلم، والظاهر هو الاخير، انتهى.

وقد ردّه في الحدائق بأن الواجب في معاني الالفاظ الواردة في الاخبار حملها على

وفي الجميع نظر:

اما الأول: فلما تقدم. وما عن المبسوط من نفي الخلاف عنه، لا يدل على الإجماع، اذ عدم الخلاف في اصطلاح القدماء محمول على امر آخر غير الإتفاق الكاشف عن رأي المعصوم، مع انه لو ثبت ليس اجماعاً تعبدياً كاشفاً عن رأي المعصوم.

واما الثاني: فلأن الظاهر من هذه القضية كسائر القضايا الشرعية كونها قضية حقيقية لا خارجية، الا ترى انه لم يتوهم احد اختصاص ما دل على حرمة تنجيس المسجد بالمساجد الموجودة في عهد الشارع. وبالجملة: ما ذكرناه واضح.

عرفهم صلوات الله عليهم فكلّمها كان مكياً أو موزوناً في عرفهم وجب اجراء الحكم عليه في الازمنة المتأخّرة، وما لم يعلم، فهو بناء على قواعدهم يرجع الى العرف العامّ الى آخر ما ذكره من التّفصيل، ثمّ قال: ويمكن ان يستدلّ للعرف العامّ بما تقدّم في صحيحة الحلبيّ من قوله ما كان من طعام سمّيت فيه كياً، فإنّ الظاهر ان المرجع في كونه مكياً الى تسميته عرفاً مكياً، ويمكن تقييده بما لم يعلم حاله في زمانهم عليه السلام انتهى.

أقول: قد عرفت انّ الكلام هنا ليس في معنى اللفظ، لانّ مفهوم الكيل معلوم لغة، وانما الكلام في تعيين الاصطلاح الذي يتعارف فيه هذا المفهوم، [١] ثمّ لو فرض كون الكلام في معنى اللفظ، كان اللازم حمل على العرف العامّ اذا لم يكن عرف شرعيّ لا اذا جهل عرفه الشرعيّ فإنّه لم يقل أحد بحمل اللفظ حينئذ على المعنى العرفي، بل لا بدّ من الاجتهاد في تعيين ذلك المعنى الشرعي، ومع العجز يحكم بإجمال اللفظ، كما هو واضح، هذا كلّ مع انّ الاخبار انما وصلت اليها من الأئمة (صلوات الله وسلامه عليهم) فاللازم اعتبار عرفهم لا عرف الشارع. واما ما استشهد به للرّجوع الى العرف العامّ من قوله عليه السلام ما سميت فيه كياً الخ

واما الثالث: فلما عرفت من ان النزاع في المقام ليس في المفهوم، فانه مبين معلوم ولا حقيقة شرعية له.

[١] وانما الكلام في انه هل العبرة بمصداق خاص من هذا المفهوم، ام الميزان كلباً صدق عليه ذلك، مع ان النصوص انما وصلت اليها من الأئمة عليهم السلام لا منه صلى الله عليه وآله، فلو كان الميزان عرف المتكلّم كان اللازم اعتبار كيل زمانهم ووزنه كما لا يخفى. واستدلّ للثانية:

بالأجماع

وبان الحقيقة العرفية هي المرجع عند انتفاء الشرعية.

وبمضمر على بن ابراهيم الطويل: ولا ينظر فيما يكال او يوزن الا الى العامة ولا يؤخذ فيه الخاصة، فان كان قوم يأكلون اللحم ويكيلون الجوز فلا يعتبر بهم، لأن اصل اللحم ان يوزن، واصل الجوز ان يعد. (١)

وفي الجميع نظر:

اما الأول: فلما تقدم.

فيحتمل ان يراد عرف المخاطب فيكون الميعار العرف الخاصّ بالمبتايين. نعم مع العلم بالعرف العامّ لا عبرة بالعرف الخاصّ لمقطوعة ابن هاشم الآتية، فتأمل. وأبعد شيء في المقام ما ذكره في جامع المقاصد: من أنّ الحقيقة العرفيّة يعتبر فيها ما كان يعتبر في حمل اطلاق لفظ الشّارع عليها، فلو تغيّرت في عصر بعد استقرارها فيما قبله انتهى.

وبالجملة، فإنّما المسائل الثلاث بالأخبار مشكل، لكنّ الظّاهر أنّ كلّها متفق عليها. نعم اختلفوا فيما إذا كان البلاد مختلفة في أنّ لكلّ بلد حكم نفسه من حيث الرّبا او أنّه يغلب جانب التّحرّيم، كما عليه جماعة من اصحابنا، لكنّ الظّاهر اختصاص هذا الحكم بالرّبا، لا في جواز البيع جزافاً في بلد لا يتعارف فيه التّقدير، ثمّ أنّه يشكل الأمر فيما علم كونه مقدراً في زمان الشّارع، لكن لم يعلم أنّ تقديره بالكيل أو بالوزن ففيه وجوه أقواها وأحوطها اعتبار ما هو أبعد من الغرر، وأشكل من ذلك ما لو علم كون الشيء غير مكيل في زمن الشّارع أو في العرف العامّ، مع لزوم الغرر فيه عند قوم خاصّ ولا يمكن جعل ترخيص الشّارع لبيعه جزافاً تخصيصاً لأدلة نفي الغرر لاحتمال كون ذلك الشيء من المتبدلات في زمن الشّارع أو في العرف بحيث يتحرّز عن الغرر بمشاهدته. وقد بلغ عند قوم في العزّة إلى حيث لا يتسامح فيها، فالأقوى وجوب الإعتبار في الفرض المذكور بما يندفع به الغرر من الكيل أو الوزن أو العدّ.

وبالجملة فالأولى جعل المدار فيما لا اجماع فيه على وجوب التّقدير بما بنى الامر في مقام استعمال مائة الشيء على ذلك التّقدير، فإذا سئل عن مقدار ما عنده من الجوز فيجب بذكر العدد، بخلاف ما اذا سئل عن مقدار مائة ما عنده من الرّمان والبطّيخ، فإنّه لا يجب الآ بالوزن، واذا سئل عن مقدار الحنطة والشّعير، فربّما يجب بالكيل وربّما يجب بالوزن. لكنّ الجواب بالكيل مختصّ بمن يعرف مقدار الكيل من حيث الوزن، اذ الكيل بنفسه غير منضبط بخلاف الوزن وقد تقدّم أنّ الوزن اصل في الكيل وما ذكرنا هو المراد بالمكيل والموزون الّذين حمل عليها الحكم بوجوب الإعتبار بالكيل والوزن عند البيع وبدخول الرّبا فيها، وأمّا ما لا يعتبر مقدار مائة بالقياس بالتّقدير باحد الثلاثة كالماء والتبن والخضريات.

فالظاهر كفاية المشاهدة فيها من غير تقدير فإن اختلف البلاد في التّقدير والعدم، فلا اشكال في التّقدير في بلد التّقدير. وأما بلد عدم التّقدير فإن كان ذلك لا يتبدل الشيء عندهم بحيث يتسامح في مقدار التّفاوت المحتمل مع المشاهدة كفت المشاهدة، وان كان لعدم مبالاتهم بالغرر واقدامهم عليه حرصاً مع الاعتداد بالتّفاوت المحتمل بالمشاهدة، فلا اعتبار بعادتهم، بل يجب مخالفتها. فإنّ التّواهي الواردة في الشّرع عن بيوع الغرر والمجازفات، كبيع الملاقيح والمضامين والملامسة والمنازعة والحصاة على بعض تفاسيرها وثمر الشّجر قبل الوجود وغير ذلك لم يرد الأردأ على من تعارف عندهم الاقدام على الغرر والبناء على المجازفات الموجب لفتح ابواب المنازعات والى بعض ما ذكرنا اشارما عن علي بن ابراهيم، عن ابيه، عن رجاله ذكره في حديث طويل، قال: ولا ينظر فيما يكال او يوزن الا الى العامّة، ولا يؤخذ فيه الخاصّة، فإن كان قوم يكيلون اللّحم ويكيلون الجوز فلا يعتبر بهم، لأنّ اصل اللّحم ان يوزن واصل الجوز ان يعدّ، وعلى ما ذكرنا،

واما الثاني: فلما عرفت من ان النزاع في المقام ليس في مفهوم المكيل والموزون كي يتم فيه ذلك، بل في انه هل لمصداق خاص منه خصوصية ام لا.  
واما الثالث: فلعدم حجتيه لعدم اتصال الخبر الى المعصوم، وعدم حجية قول التابعي من حيث هو.

مع ان المراد بالعامّة ليس جميع الناس والا لما كان يوجد - سيما في عصر الخبر - شيء يحرز اتفاق الناس عليه، بل المراد منه ان بناء المتعاقدين لا يكفي، بل يعتبر بناء قوم كأهل بلد عليه، فهو ينطبق على ما ذكرناه.

مضافا الى انه لو اغمض عن ذلك وسلم كونه دالا على ما ذهب اليه المشهور يقع التعارض بينه وبين صحيح الحلبي الدال على ان الميزان هو ما يسمى كيلا عند المتعاقدين بما هما من افراد البلد، والمحل والترجيح معه كما لا يخفى.  
وبناء على ما اخترناه تسقط جملة من الفروع التي ذكرها المصنف رحمته، وهو واضح.

فالعبارة ببلد فيه وجود المبيع [١] لا ببلد العقد ولا ببلد المتعاقدين، وفي شرح القواعد لبعض الاساطين، ثم الرجوع الى العادة مع اتفاقها اتفائي، ولو اختلف فلكل بلد حكمه كما هو المشهور، وهل يراد به بلد العقد أو المتعاقدين الأقوى، الأوّل ولو تعاقد في الصحراء [٢] رجعا إلى حكم بلدهما، ولو اختلفا رجّح الأقرب أو الأعظم أو ذوالإعتبار على ذي الجراف، أو البائع في مبيعه والمشتري في ثمنه أو يبني على الأقراع مع الإختلاف، وما اتفقا عليه مع الإتفاق أو التّخيير ولعله الأقوى، ويجري مثله في معاملة الغرباء في الصحراء مع اختلف البلدان والأولى التّخلص بإيقاع المعاملة على وجه لا يفسدها الجهالة من صلح أو هبة بعوض أو معاطاة ونحوها، ولو حصل الإختلاف في البلد الواحد على وجه التّساوي فالأقوى التّخيير، ومع الإختصاص بجمع قليل اشكال، انتهى.

نعم يبقى منها فرعان:

الاول: لو فرضنا كون المبيع في بلد، والعقد في بلد آخر، والمتعاقدين اهل بلد ثالث، وكان ذلك الشيء في احد البلاد مقدرا بغير ما يقدر به في البلاد الاخر.

[١] فهل العبارة ببلد فيه وعود المبيع كما اختاره المصنف رحمته.

ام ببلد العقد.

ام ببلد المتعاقدين؟ وجوه:

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

الباع.

[٢] الثاني: انه لو وقعت المعاملة في الصحراء وكان البلاد مختلفة في التقدير ولم تكن الصحراء ملحقة باحدها، فان كان المتعاقدان اهل بلد لحقها حكمه كما تقدم، والا فلا يعتبر في بيعها الكيل والوزن لعمومات الصحة بعد عدم شمول دليل الكيل والوزن لهذا المورد كما هو واضح. نعم يعتبر رعاية عدم الفرر.



مسألة: لو أخبر البائع بمقدار المبيع جاز الإعتماد عليه [١] على المشهور، وعبرة التذكرة مشعرة بالاتفاق عليه، ويدلّ عليه غير واحد من الاخبار المتقدمة، وما تقدّم في صحيحة الحلبيّ الظاهرة في المنع عن ذلك محمول على صورة ايقاع المعاملة غير مبنية على المقدار المخبر به، وان كان الاخبار داعياً اليها، فإنّها لا تخرج بمجرد ذلك عن الغرر. وقد تقدّم عن التّحرير ما يوافق ذلك.

### اخبار البائع بقدر المبيع

[١] الثالث: لو اخبر البائع بمقدار المبيع جاز الإعتماد عليه على المشور. و ظاهر التذكرة الإتفاق عليه.

الظاهر ان الغرر وان كان يرتفع بايقاع المعاملة مبنية على المقدار المخبر به، الا انه قد عرفت انه يعتبر الكيل والوزن وان لم يلزم الغرر من عدمها، ومعلوم ان بذلك لا يتحقق هذا القيد، فعلى هذا يتعين الرجوع الى النصوص الخاصة. وهي على طوائف:

الأولى: ما دل على الإعتماد عليه مطلقاً: كخبر محمد بن حمران قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: اشترينا طعاماً فزعم صاحبه انه كاله فصدقناه واخذناه بكيله، فقال: لا بأس <sup>(١)</sup> ونحوه غيره.

الثانية: ما دل على عدم الإعتماد عليه: كصحيح الحلبي المتقدم <sup>(٢)</sup>.  
الثالثة: ما دل على الإعتماد عليه في صورة الإئتمان خاصة: كخبر ابي العطار عن مولانا الصادق عليه السلام: اذا ائتمنتك فلا بأس <sup>(٣)</sup>. ونحوه غيره.

والجمع بينها - لو سلم كون المقام مشمولاً لصحيح الحلبي، ولم نقل باختصاصه بما اذا كان الأخبار عن حدس لاعن حس كما هو ظاهره - يقتضي تقييد اطلاق الطائفة الأولى بمفهوم الثالثة، وتقييد اطلاق الثانية بمنطوقها، وبذلك يرتفع التعارض

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

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

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

ثم انّ الظاهر اعتبار كون الخبر طريقاً عرفياً للمقدار، [١] كما يشهد به الروايات المتقدمة، فلو لم يفتد ظناً فأشكال من بقاء الجهالة الموجبة للغرر ومن عدم تقييدهم الاخبار بإفادة الظن ولا الخبر بالعدالة، والاقوى بناء على اعتبار التقدير وان لم يلزم الغرر الفعلي هو الاعتبار. نعم لودار الحكم مدار الغرر، كما في صحّة المعاملة ابقاعها مبنية على المقدار المخبر به وان كان مجهولاً ويندفع الغرر ببناء المتعاملين على ذلك المقدار، فإنّ ذلك ليس بأدون من بيع العين الغائبة على اوصاف مذكورة في العقد، فيقول بعتك هذه الصبرة على أنّها كذا وكذا صاعاً، وعلى كلّ تقدير الحكم فيه بالصحة، فلو تبين الخلاف، [٢] فاما ان يكون بالنقيصة

وبما ذكرناه يظهر ما في كلام المحقق النائيني من حمل صحيح الحلي على الكراهة، كما انه يظهر اعتبار كون الخبر مؤتمناً، والظاهر ان هذا هو مراد المصنف رحمته.

[١] حيث قال: ثم ان الظاهر اعتبار كون الخبر طريقاً عرفياً للمقدار.

[٢] وعلى القول بالصحة فلو عامل وتبين الخلاف، فتارة: يكون بالنقيصة،

واخرى: يكون بالزيادة

فالكلام يقع في مقامين:

اما المقام الاول، فالاقوال والوجوه فيه خمسة

الأول: البطلان.

الثاني: الصحة لزوماً.

الثالث: الصحة مع ثبوت خيار الغبن.

الرابع: الصحة مع ثبوت خيار الشرط.

الخامس: الصحة مع ثبوت خيار تبعض الصفقة.

وتنقيح القول بالبحث في موارد:

الأول: في انه هل يصح ام يكون باطلاً؟

الثاني: في انه على فرض الصحة هل يكون على وجه اللزوم او الجواز؟

الثالث: في انه على فرض الجواز هل الثابت خيار تخلف الشرط، او خيار تبعض

الصفقة، او خيار الغبن؟

وأما ان يكون بالزيادة، فإن كان بالتقيصة تخير المشتري بين الفسخ وبين الإمضاء، بل في جامع المقاصد احتمال البطلان، كما لو باعه ثوباً على أنه كتان فبان قطناً، ثم رده بكون ذلك من غير الجنس وهذا منه وإنما الفائن الوصف لكن يمكن ان يقال مغايرة الموجود الخارجي لما هو عنوان العقد حقيقة مغايرة حقيقية [١] لا يشبه مغايرة الفاقد للوصف لواجده لاشتراكهما في أصل الحقيقة بخلاف الجزء والكل فتأمل.

فإن المتعين الصحة والخيار، ثم أنه قد عبر في القواعد عن ثبوت هذا الخيار للبائع مع الزيادة والمشتري مع التقيصة بقوله تخير المغبون، فربما تخيل بعض تبعاً لبعض أن هذا ليس من خيار فوات الوصف او الجزء، معللاً بأن خيار الوصف إنما يثبت مع التصريح باشتراط الوصف في العقد، ويدفعه تصريح العلامة في هذه المسألة من التذكرة: بأنه لو ظهر النقصان رجع المشتري بالناقص. وفي باب الصّرف من القواعد: بأنه لو تبين المبيع على خلاف ما اخبر البائع تخير المشتري بين الفسخ والإمضاء بحصة معينة من الثمن، وتصريح

اما المورد الأول: فقد استدلل للبطلان في المتن.

[١] مغايرة الموجود الخارجي لما هو عنوان العقد حقيقة مغايرة حقيقية.

فما وقع عليه العقد لا وجود له. افرض خمسة امنان اذا تبين ان الموجود اربعة امنان، وماله وجود لم يقع عليه العقد، فلا بد من البناء على البطلان.  
وفيه: ان العناوين على قسمين:

احدهما: ما هو مناط مالية الاشياء، وهي الصورة النوعية من غير فرق بين العقلية والعرفية، كعنوان الذهب، والعبد، وما شابهها.

ثانيهما: ما ليس مناط المالية، وإنما يبذل الثمن بازاء المعنون كالكلم الخاص والحد الخصوص، فان الثمن لا يبذل بازاء هذا العنوان بما هو كعنوان المن، بل يبذل بازاء المعنون، اي الاجزاء الخارجية المعنونة بهذا العنوان، وما ذكر يتم في القسم الأول، وهو اجنبي عن المقام ولا يتم في القسم الثاني، فانه ينحل العقد الى العقد على كل جزء جزء، فالمقدار الموجود لا مانع من تاثير العقد فيه، والمقصود ليس شيئاً كي يؤثر العقد في تملكه. وهذا بخلاف القسم الاول، فانه لا ينحل العقد فيه الى العقد على ذات الموجود والعقد على

جامع المقاصد في المسألة الاخيرة بابتنائها على المسألة المعروفة وهي ما لو باع متساوي الاجزاء على أنه مقدار معين فبان اقل، ومن المعلوم ان الخيار في تلك المسألة اما لفوات الوصف، واما لفوات الجزء على الخلاف الآتي. واما التعبير بالمغبون فليشمل البائع على تقدير الزيادة والمشتري على تقدير النقص، [١] نظير تعبير الشهيد في اللعة عن البائع والمشتري في بيع العين الغائبة برؤيتها السابقة مع تبين الخلاف، حيث قال: تخبر المغبون منها

واما ما ذكره من ان الخيار إنما يثبت في تخلف الوصف إذا اشترط في متن العقد فيه ان ذلك في الأوصاف الخارجة التي لا يشترط اعتبارها في صحة البيع ككتابة العبد وخياطته. واما الملحوظ في عنوان المبيع بحيث لو لم يلاحظ لم يصح البيع كمقدار معين من الكيل او الوزن او العدة فهذا لا يحتاج الى ذكره في متن العقد، فإن هذا اولى من وصف الصحة الذي يغني بناء العقد عليه عن ذكره في العقد، فإن معرفة وجود ملاحظة الصحة

عنوانه، فان المادة المشتركة لا مالية لها ولا يبذل المال بازائها. فالأظهر هي الصحة. واما المورد الثاني: فالأظهر هو الجواز، لأن التراضي لم يقع بالمبيع على كل تقدير والابل البيع للغرر والجهالة. وسيجيء في المورد الثالث زيادة توضيح لذلك. واما المورد الثالث: فقد ظهر مما ذكرناه في المورد الأول وجه ثبوت خيار تبعض الصفقة. واما ثبوت خيار الغبن فلا وجه له، لأن ذلك انما يثبت فيما اذا بيع بازيد من القيمة السوقية، وفي المقام ربما يكون بانقص منها كما لا يخفى، لا في موارد تخلف المبيع جزءاً او وصفاً.

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

[١] كما في المتن قال واما التعبير بالغبن فليشمل البائع على تقدير الزيادة والمشتري على تقدير النقص فلا كلام، والافه، غير تام.

واما ثبوت خيار تخلف الشرط فانما هو فيما اذا وقع البيع متلا على شيء واشترط صريحاً او ضمناً في ضمنه شيء آخر، بحيث لم يقع شيء من الثمن بازاء الشرط وان كان موجبا لإزدياد قيمة المبيع، والمقام ليس من هذا القبيل، فان كل جزء من المبيع وقع بازائه

ليست من مصححات العقد بخلاف معرفة وجود المقدار المعين، وكيف كان فلا اشكال في كون هذا الخيار خيار التخلّف، وأما الاشكال في انّ المتخلّف في الحقيقة هل هو جزء المبيع او وصف من اوصافه، فلذلك اختلف في انّ الامضاء هل هو بجميع الثمن، او بمحصّة منه نسبتها اليه كنسبة الموجود من الاجزاء الى المعدوم. [١] وتام الكلام في موضع تعرّض الاصحاب للمسألة، ثمّ انّ في حكم اخبار البائع بالكيل والوزن من حيث ثبوت الخيار عند تبيّن الخلاف كلّ ما يكون طريقاً عرفياً الى مقدار المبيع وواقع العقد بناءً عليه، كما اذا جعلنا الكيل في المعدود والموزون طريقاً الى عدّه او وزنه.

جزء من الثمن، وعليه فيسترد مقدار من الثمن وقع بازاء الجزء المفقود، وله الخيار بين الإيماء والفسخ بعد ذلك.

[١] والفرق بين هذه الأقسام من الخيار انه لو كان الثابت

خيار تبعّض الصفقة يرد جزء من الثمن ثمّ يتخير بين الفسخ والإيماء،

ولو كان هو خيار الشرط لا يرد شيء،

ولو كان خيار الغبن يتخير بينهما ما لم يبذل البائع التفاوت، والا فلا خيار له.

واما المقام الثاني: فمن التزم بالبطان في المقام الأول لا بد له من الإلتزام به في المقام،

ولكن عرفت فسادها فما عن المبسوط من البطان ضعيف، ولا وجه لخيار الغبن كما تقدم،

ولا لخيار التبعض لعدمه، ولا لخيار الشرط لما تقدم.

ودعوى ان العقد يؤثر في ملكية ذات المبيع وشرط وصف خاص مباين للموجود

لا يوجب الا الخيار بين الفسخ والإيماء بتمام الثمن، ونتيجة ذلك الصحة، وكون الزيادة

للمشتري وثبوت الخيار للبائع بين الإيماء بتمام الثمن، والفسخ كما التزم به المصنف رحمته في

باب الشروط،

مندفعة بان شرط المقدار غير سائر الشروط كما تقدم، فالعقد لا يؤثر الا في

المنتقد، والزائد باق على ملك البائع، ولذلك يثبت خيار تخلف الشرط للمشتري من جهة

حصول الشركة بينه وبين البائع، في ما اشتراه، والشركة تقص بناء المتعاملين على عدمه.

مسألة: قال في الشرائع يجوز بيع الثوب والأرض مع المشاهدة وان لم يسحاً [١] ولو مسحاً كان أحوط لتفاوت الغرض في ذلك وتعدّر ادراكه بالمشاهدة، انتهى.

وفي التذكرة لو باع مختلف الاجزاء مع المشاهدة صحّ كالثوب والدار والغنم اجمالاً.

وصرّح في التحرير بجواز بيع قطع الغنم وان لم يعلم عددها. أقول يشكل الحكم بالجواز في كثير من هذه الموارد [٢] لثبوت الغرر غالباً مع جهل اذرع الثوب وعدد قطع الغنم والاعتقاد في عددها على ما يحصل تخميناً بالمشاهدة عين المجازفة.

وبالجمله فإذا فرضنا ان مقدار مالية الغنم قلّه وكثرة يعلم بالعدد، فلا فرق بين الجهل بالعدد فيها وبين الجهل بالمقدار في المكيل والموزون والمعدود. وكذا الحكم في عدد الأذرع والطّاقات في الكرايس والجربان في كثير من الأراضي المقدّرة عادة بالجريب. نعم ربّما يتفق تعارف عدد خاصّ في اذرع بعض طاقات الكرايس، لكنّ الاعتقاد على هذه من حيث كونه طريفاً الى عدد الاذرع، نظير اخبار البائع، وليس هذا معنى كفاية المشاهدة وتظهر الثمرة في ثبوت الخيار، اذ على تقدير كفاية المشاهدة لا يشتر خيار مع تبيّن قلّه الأذرع بالنسبة الى ما حصل التّخمين به من المشاهدة، الا اذا كان النقص عيباً واشترط عدداً خاصاً من حيث الذراع طولاً وعرضاً.

### بيع الثوب والأرض مع المشاهدة

[١] الرابع: قال في الشرائع: يجوز بيع الثوب والأرض مع المشاهدة وان لم يسحاً. وقد صرح غير واحد بصحة بيع مختلفة الأجزاء كالثوب والدار والغنم مع المشاهدة، وادعوا ان عليها الإجماع.

واورد عليهم جمع منهم المصنف رحمته؛ قال بانه

[٢] يشكل الحكم بالجواز في كثير من هذه الموارد لثبوت الغرر،

وظاهر بعض الموردين وصریح آخرين الحكم بالجواز مع عدم لزوم الغرر.

وبالجملة فالمعيار هنا دفع الغرر الشّخصي اذ لم يرد هنا نصّ بالتّقدير ليحتمل اناطة الحكم به ولو لم يكن غرر، كما استظهرناه في المكيل والموزون، فافهم.  
مسألة: بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء [١] كصاع من صبرة مجتمعة الصّيعان او متفرقتها او ذراع من كرباس او عبد من عبيد وشبه ذلك يتصوّر على وجوه:

الأول: أن يريد بذلك البعض كسراً واقعيّاً من الجملة [٢] مقدّراً بذلك العنوان فيريد بالصّاع مثلاً من صبرة تكون عشرة اصوع عشرها، ومن عبد من العبيد نصفها

ولكن الأظهر عدم الصحة في جملة من تلك الموارد ولو لم يلزم الغرر، وهي الموارد التي يباع الشيء بالعد والذرع.  
اما في الأول: فلما تقدم من دلالة الدليل على اعتبار العد في المعدود، واما في الثاني: فلأن العد بالذرع ايضاً داخل في حقيقة العد، ولا فرق بين ان يقال جوزه وجوزتان وان يقال ذرع وذرعان، ومجرد كون الأول من قبيل الكم المنفصل، والثاني من قبيل الكم المتصل لا يصلح فارقا.  
نعم ما ذكره يتم فيما يباع لا بالعد ولا بالذرع، فانه يصح البيع ان لم يلزم الغرر، كما في العباء فان كل طاقة منه لها قيمة وهي مناط ماليته كانت اربعة اذرع او ازيد او انقص

### بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء

[١] الخامس في بيع بعض من جملة متساوية الاجزاء كصاع من صبرة مجتمعة الصّيعان او متفرقتها.  
والوجوه المتصورة ثلاثة.

[٢] الاول ان يكون المراد بالصاع الكسر الواقعي المشاع من الجملة مقدراً بالصاع، فلو كانت الصبرة عشرة اصوع كان المبيع عشرها، فيكون الصاع ملحوظاً مرآة الى الكسر المشاع المساوي للصاع.  
وقد اوضحنا حقيقة الاشاعة في اول مسألة بيع نصف الدار

ولا اشكال في صحّة ذلك، ولا في كون المبيع مشاعاً في الجملة، ولا فرق بين اختلاف العبدین في القيمة وعدمه، ولا بين العلم بعدد صيغان الصّبرة وعدمه، لأنّ الكسر مقدّر بالصّاع فلا يعتبر العلم بنسبته الى المجموع هذا، [١] ولكن قال في التذكرة والأقرب أنّه لو قصد الاشاعة في عبد من عبدین او شاة من شاتین بطل، بخلاف الذّراع من الأرض، انتهى. [٢]

ولو يعلم وجه الفرق الآّ منع ظهور الكسر المشاع من لفظ العبد والشّاة. [٣]

---

[١] لا اشكال في صحة البيع المذكور من غير فرق بين المثل وبين بيع عبد من عبدین، ومن غير فرق بين اختلاف العبدین والأصوع في القيمة وعدمه، ومن غير فرق بين العلم بعدد صيغان الصبرة وعدمه لتقدر الكسر بالصاع، والعلم بنسبته الى المجموع لا يكون معتبراً.

[٢] وعن العلامة رحمته: الإشكال في صحة بيع عبد من عبدین او شاة من شاتین لو قصد الاشاعة.

وغاية ما قيل في توجيهه امران:

[٣] الأول: منع ظهور الكسر المشاع من لفظ العبد والشّاة، والحال انه كما يعتبر في الإنشائيات كون الإنشاء بما هو ظاهر او صريح في ما قصد من المعاملة، يعتبر ذكر متعلق القصد بلفظ ظاهر فيه.

وبهذا يظهر ان ما ذكره المحقق النائيني رحمته من الجواب عن هذا الوجه بانّه ليس الكلام في مقام الإثبات كي يدعى عدم الظهور وانصراف المطلق الى بعض افراده بل في مقام الثبوت، غير تام.

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

الثاني: ان العبدین او الشاتین بما انه لا وحدة لهما حقيقة، فوحدتها تصحيحاً لبيع جزء مشاع منها انما تكون بالإعتبار، وحيث انه لا انشاء له غير انشاء البيع، فيلزم تكفل انشاء واحد لأمرين: تنزيل الشئین منزلة الشيء الواحد، وبيع الكسر المشاع في المجموع.



الثاني: ان يراد به بعض مردّد بين ما يمكن صدقه عليه من الافراد المتصورة في المجموع، [١] نظير تردد الفرد المنتشر بين الأفراد، وهذا يتّضح في صاع من الصّيعان المتفرّقة ولا اشكال في بطلان ذلك مع اختلاف المصاديق في القيمة، [٢] كالعبدین المختلفين لأنّه غرر.

لأنّ المشتري لا يعلم بما يحصل في يده منها. واما مع اتّفاقيهما في القيمة، كما في الصّيعان المتفرّقة، فالمشهور أيضاً كما في كلام بعض المنع، [٣] بل في الرّياض نسبتها الى الاصحاب.

وعن المحقّق الاردبيلي رحمته ايضاً نسبة المنع عن بيع ذراع من كرباس مشاهد من غير تعيين احد طرفيه الى الاصحاب، واستدلّ على المنع بعضهم بالجهالة التي تبطل معها البيع اجماعاً، [٤] وآخر بأنّ الابهام في البيع مبطل له [٥] لا من حيث الجهالة، ويؤيّد أنّه حكم في التذكرة مع منعه عن بيع احد العبدین المشاهدين المتساويين بأنّه لو تلف احدهما فباع الباقي ولم يدر أيهما هو صح، خلافاً لبعض العامة. [٦]

- وفيه: ان اعتبار الوحدة لا يحتاج الى الإنشاء كي يلزم ذلك.  
فالأظهر هي الصحة في هذا المثال ايضاً.
- [١] الثاني من الوجوه المتصورة: ان يراد به بعض مردد بين ما يمكن صدقه عليه من الأفراد المتصورة في المجموع، وهو على قسمين:  
احدهما: ما يكون له واقع معين ويكون مردداً عند المتبايعين.  
ثانيهما: ما لا يكون معيناً ولو في الواقع.
- [٢] اما في القسم الأول: فان كانت المصاديق مختلفة في القيمة بطل البيع للغرر، [٣] وان كانت متفقة فيها فالمشهور بين الاصحاب هو البطلان وعن سيد الرياض نسبتها الى الاصحاب وعن غير واحد دعوى الاجماع عليه.  
وقد استدلل للبطلان في المتن بوجوه.
- [٤] الاول بالجهالة التي يبطل معها البيع اجماعاً.  
[٥] الثاني بالابهام في البيع الذي هو مبطل له لا من حيث الجهالة.  
[٦] وايده المصنف بما نقله في المتن من حكم العلامة بصحة البيع في مورد الابهام مع عدم الجهالة.

وثالث بلزوم الغرر ورابع بأن الملك صفة وجودية محتاجة الى محلّ تقوم به كسائر الصفات الموجودة في الخارج وأحدهما على سبيل البدل غير قابل لقيامه به لآته امر انتزاعي من امرين معيّنين ويضعف الأوّل بمنع المقدّمتين لأنّ الواحد على سبيل البدل غير مجهول اذ لا تعيّن له في الواقع حتّى يجهل، والمنع عن بيع المجهول ولو لم يلزم غرر غير مسلم.

نعم وقع في معقد بعض الاجماع ما يظهر منه صدق كلتا المقدّمتين، ففي السرائر بعد نقل الرواية التي رواها في الخلاف على جواز بيع عبد من عبيدين قال: انّ ما اشتملت عليه الرواية مخالف لما عليه الامة بأسرها، مناف لاصول مذهب اصحابنا وفتاويهم وتصانيفهم، لأنّ المبيع إذا كان مجهولاً كان البيع باطلاً بغير خلاف انتهى، وعن الخلاف في باب السلم: أنّه لو قال اشترى منك أحد هذين العبيدين أو هؤلاء العبيد لم يضحّ الشراء، دليلنا أنّه بيع مجهول فيجب ان لا يضحّ ولآته بيع غرر لاختلاف قيمتي العبيدين ولآته لا دليل على صحّة ذلك في الشّرع، وقد ذكرنا هذه المسألة في البيوع.

وقلنا انّ اصحابنا رووا جواز ذلك في العبيدين.

فان قلنا بذلك تبعنا فيه الرواية ولم يقيس غيرهما عليهما، انتهى.

وعبارته المحكيّة في باب البيوع هي: أنّه روى اصحابنا أنّه اذا اشترى عبداً من عبيدين على انّ للمشتري ان يختار أيهما شاء أنّه جائز، ولم يرووا في التّوبين شيئاً، ثمّ قال: دليلنا إجماع الفرقة. وقوله صلى الله عليه وآله المؤمنون عند شروطهم وسيأتي ايضاً في كلام فخر الدين ان عدم تشخيص المبيع من الغرر الذي موجب النهي عنه الفساد اجماعاً

وظاهر هذه الكلمات صدق الجهالة، وكون مثلها قاذحة اتفاقاً، مع فرض عدم نصّ، بل قد عرفت ردّ الحليّ للنصّ المجوّز بمخالفته، لإجماع الامة. ومما ذكرنا من منع كبرى الوجه الأوّل يظهر حال الوجه الثاني من وجوه المنع، اعني كون الابهام مبطلاً.

[١] الثالث لزوم الغرر

[٢] الرابع ان الملك صفة وجودية محتاجة الى محلّ تقوم به كسائر الصفات الموجودة في الخارج واحدهما على سبيل البدل غير قابل لقيامها به

واما الوجه الثالث فيردّه منع لزوم الغرر مع فرض اتّفاق الافراد في الصّفات الموجبة لاختلاف القيمة، ولذا يجوز الاسلاف في الكلّي من هذه الافراد، مع أنّ الانضباط في السّلم اكد. وايضاً فقد جوزوا بيع الصّاع الكلّي من الصّبرة ولا فرقي بينهما من حيث الغرر قطعاً، ولذا ردّ في الايضاح حمل الصّاع من الصّبرة على الكلّي برجوعه الى عدم تعيين المبيع الموجب للغرر المفسد اجماعاً

وأما الرّابع فبمنع احتياج صفة الملك إلى موجود خارجيّ فإنّ الكلّي المبيع مسلماً أو حالاً مملوك للمشتري ولا وجود لفرد منه في الخارج بصفة كونه مملوكاً للمشتري فالوجه أنّ الملكيّة امر اعتباري يعتبره العرف والشرع أو احدهما في موارده وليست صفة وجوديّة متأصّلة كالحموضة والسّواد. [١]

ولذا صرّ حواصّته الوصيّة بأحد الشّيئين بل احد الشّخصين ونحوهما فالانصاف كما اعترف به جماعة أوّلهم المحقّق الاردبيلي عدم دليل معتبر على المنع، قال في شرح الارشاد على ما حكى عنه بعد ان حكى عن الاصحاب المنع عن بيع ذراع من كرباس من غير تقييد كونه من أيّ الطّرفين، قال: وفيه تأمّل، إذ لم يقيم دليل على اعتبار هذا المقدار من العلم، فاتّهما اذا تراضيا على ذراع من هذا الكرباس من أيّ طرف اراد المشتري او من أيّ جانب كان من الأرض. فما المانع بعد العلم بذلك، انتهى.

وفي الجميع نظر.

اما الاول: فلان الجهالة غير الموجية للغرر لا دليل على مبطلتها، والاجماع عليها ان كان ليس اجماعاً تعبدياً كاشفاً عن رأي المعصوم عليه السلام. واما الثاني: فلعدم الدليل على مبطلتها بما هو ابهام. واما الثالث: فلما تقدم.

واما الرابع: فلما افاده المصنف رحمه الله

[١] من ان الملكية امر اعتباري وليست صفة وجودية متأصلة كالسواد

واما في القسم الثاني، فالأظهر هو البطلان لا للوجوه الاربعة المتقدمة،

بل لان المردد من حيث هو لا ماهية له ولا تحقق وهو صرف مفهوم لا مطابق له، والملكية وان كانت امراً اعتبارياً، الا انها هوية تعلقية ومتقومة بطرفها، ويستحيل ان تتحقق في افق الإعتبار مع عدم الطرف المقوم لها، فهي لا يعقل تعلقها بالمردد.

وبعبارة اخرى: انه لا مطابق له في الخارج فلا ينطبق على ما في الخارج، فلا يصح اعتبار كونه مملوكاً لعدم الأثر، فبيع المردد بهذا المعنى باطل.

فالدليل هو الاجماع لو ثبت، وقد عرفت من غير واحد نسبته الى الاصحاب قال بعض الاساطين في شرحه على القواعد، بعد حكم المصنّف بصحة بيع الذراع من الثوب والأرض الرّاجع الى بيع الكسر المشاع، قال: وان قصدا معيّنًا من عين أو كلياً لا على وجه الاشاعة بطل، لحصول الغرر بالابهام في الأوّل، وكونه بيع المدوم وباختلاف الاغراض في الثاني غالباً فيلحق به التّادر، وللاجماع المنقول فيه الى ان قال: والظاهر بعد امعان النّظر ونهاية التّتبّع أنّ الغرر الشّرعي لا يستلزم الغرر العرفي وبالعكس، وارتفاع الجهالة في الخصوصية قد لا يثمر مع حصولها في اصل الماهية ولعلّ الدائرة في الشّرّع اضيق وان كان بين المصطلحين عموم وخصوص من وجهين، [١] وفهم الأصحاب مقدّم لأنهم أدري بمذاق الشّارع واعلم، انتهى.

ولقد اجاد حيث التجأ الى فهم الاصحاب فيما يخالف العمومات. فرع على المشهور، من المنع لو اتفقا على أنّها أرادا غير شائع لم يصحّ البيع لاتّفاقهما على بطلانه، [٢]

[١] قوله وان كان بين المصطلحين عموم وخصوص من وجهين

تقريب كون النسبة عموماً من وجه انه اذا اتحدت القيم في المحتملات لا يكون هناك غرر عرفي ويكون الغرر شرعياً، وقد يكون الغرر العرفي موجوداً ولا غرر شرعي كما في بيع الابق مع الضميمة - وقد يجتمعان وهو كثير وحيث ان مورد اذن الشارع في البيع مع صدق الغرر العرفي قليل فلذا قال لعل الدائرة في الشرع اضيق.

[٢] قوله لو اتفقا على أنّها أرادا غير شائع لم يصحّ البيع لاتّفاقهما على بطلانه

لا يخفى انه بعد ان ذكر صورتين من بيع متساوية الاجزاء ونسب الى المشهور، المنع في احدهما والجواز في الاخرى قال لو اتفقا على أنّها اراد اغير شائع، ومراده اتفقا على أنّها لم يريد الكسر المشاع وحيث ان ارادة الكلي في المعين مفروض عدمها فيتمحض في ارادة الفرد المنتشر فلذا افتي بعدم صحة البيع.

ولو اختلافاً فادّعى المشتري الإشاعة فيصحّ البيع، [١] وقال البائع أردت معيناً في التذكرة الأقرب قبول قول المشتري عملاً باصالة الصّحة وأصالة عدم التّعيين، انتهى.

وهذا حسن لو لم يتسأل على صيغة ظاهرة في احد المعنيين أمّا معه فالمتّبع هو الظاهر واصالة الصّحة لا تصرف الطّواهر. وأمّا اصالة عدم التّعيين فلم اتحقّقها [٢] وذكر بعض من قارب عصرنا أنّه لو فرض للكلام ظهور في عدم الاشاعة كان حمل الفعل على الصّحة قرينة صارفة وفيه نظر. [٣]

[١] قوله ولو اختلفاً فادّعى المشتري الاشاعة فيصحّ البيع

أي انها اراداً الاشاعة لخصوص المشتري والا فيبطل العقد لعدم التطابق بين الايجاب والقبول.

وكيف كان في مورد الاختلاف مقتضى اصالة الصحة البناء على صحة العقد ما لم يكن هناك لفظ ظاهر في ارادة الفرد المنتشر والا فلعدم صلاحية اصالة الصحة التي هي من الاصول التعبدية لمعارضة الظهور الذي هو من الامارات يبني على البطلان فما افاده المصنف رحمته من تقييد الحكم بالصحة عملاً باصالة الصحة بصورة عدم الظهور في المعين هو الصحيح

واظن ان العلامة رحمته لا يدعى الحكم بالصحة في هذه الصورة.

[٢] قوله واما اصالة عدم التّعيين فلم اتحقّقها

والوجه فيه ان التّعيين انما يكون في مقابل الاشاعة وقصد احدهما يضاد قصد الاخر فعلم بقصد احدهما - اصالة عدم التّعيين تعارض اصالة عدم الاشاعة - نعم - لو كان التّعيين عبارة عن الاشاعة متخصصة بمعين - كان قصد الاشاعة متيقناً وقصد التّعيين مشكوكاً فيه وكان يجري اصالة عدم التّعيين فتأمل.

[٣] قوله رحمته وفيه نظر

الظاهر ان وجه النظر ما تقدم من ان اصالة الصحة من الاصول التعبدية فلا تصلح لمقاومة الظهور الذي هو من الامارات - او انه وان كانت هي من الامارات الا ان طريقتها واماريتها انما تكون في ظرف عدم الظهور فتدبر.

حول بيع بعض من جملة متساوية الاجزاء ..... ١١

الثالث: من وجوه بيع البعض من الكل ان يكون المبيع طبيعة كليّة منحصر:  
المصاديق في الأفراد المتصورة في تلك الجملة. [١]

والفرق بين هذا الوجه والوجه الثاني كما حققه في جامع المقاصد بعد التمثيل  
للتاني بما إذا فرق الصّيعان وقال بعتك أحدها انّ المبيع هناك واحد من الصّيعان  
المتميّزة المتشخّصة غير معين، فيكون بيعه مشتملاً على الفرر. وفي هذا الوجه امر  
كلي غير متشخّص ولا متميّز بنفسه ويتقوّم بكلّ واحد من صيعان الصّبرة ويوجد  
به ومثله ما لو قسم الارباع وباع ربعاً منها من غير تعيين ولو باع ربعاً قبل القسما  
صحّ وتزل على واحد منها مشاعاً لأنّه حينئذ امر كليّ.

فإن قلت المبيع في الاولى ايضاً امر كليّ قلنا: ليس كذلك بل هو واحد من  
تلك الصّيعان المتشخّصة مهمم بحسب صورة العبارة فيشبه الأمر الكليّ وبحسب  
الواقع جزئي غير معين ولا معلوم والمقتضي لهذا المعنى هو تفريق الصّيعان وجعل  
كلّ واحد منها برأسه فصار اطلاق احدها منزلاً على شخص غير معلوم فصار كبيع  
أحدى الشّياة وأحد العبيد، ولو قال بعتك صاعاً من هذه شائعاً في جملتها لحكمت  
بالصحّة، انتهى.

---

[١] الثالث من الوجوه المتصورة: ان يكون المبيع هو الكلي في المعين.

والكلام فيه يقع في جهتين:

الأولى: في تصويره.

الثانية: في حكمه.

اما الأولى: فليس المراد به الكلي الذي المقيد بالفناء من الصبرة المعينة بحيث  
ينحل العقد عليه الى العقد على الكلي الذي واشترط وفائه وادائه من الصبرة الخاصة،  
فان لازم ذلك انه لو تلفت الصبرة يكون المبيع باقياً مع ثبوت الخيار لتعذر الشرط،  
مع ان الحكم في الكلي في المعين انه لو تلفت الصبرة يكون ذلك في حكم تلف المبيع  
وموجباً لإفساخ العقد.

مع ان لازمه جواز نقل الصبرة باجمعها الى الغير، ولا يلتزمون به في الكلي في المعين.  
وايضاً لازمه جواز اداء المبيع من غير الصبرة، غاية الامر ثبت خيار تخلف الشرط

و حاصله انّ البيع مع التّرديد جزئيّ حقيقيّ فيمتاز عن المبيع الكليّ الصادق على الافراد المتصورّة في تلك الجملة. [١]

وفي الايضاح انّ الفرق بينهما هو الفرق بين الكليّ المقيد بالوحدة وبين الفرد المنشئ، ثمّ الظاهر صحّة بيع الكليّ بهذا المعنى، كما هو صريح جماعة منهم: الشّيخ والشّهيدان والمحقّق الثّاني وغيرهم. بل الظاهر عدم الخلاف فيه وان اختلفوا في تنزيل الصّاع من الصّبرة على الكليّ او الاشاعة، لكن يظهر ممّا عن الايضاح وجود الخلاف في صحّة بيع الكليّ، وانّ منشأ القول بالتّنزيل على الاشاعة هو بطلان بيع الكليّ بهذا المعنى، والكليّ الذي يجوز بيعه هو ما يكون في الذمّة، قال في الايضاح في ترجيح التّنزيل على الاشاعة: أنّه لو لم يكن مشاعاً لكان غير معيّن، فلا يكون معلوم العين وهو الغرر الذي يدلّ التّهي عنه على الفساد اجماعاً، ولأنّ احدهما بعينه لو وقع البيع عليه ترجيح من غير مرجّح ولا بعينه هو المبهم وابهام المبيع مبطل، انتهى.

للمشتري، ولا يلتزمون به في المقام.

كما انه ليس المراد به الكلي الموجود خارجاً في الصّبرة، فان وجود الكلي بوجود افراده، فمع تعدد الافراد اما ان يقع العقد على احدها المعين، او غير المعين، او على جميع الوجودات، ولا رابع ليكون هو الكلي في المعين، وصرف الوجود بمعنى مالا يشذ عنه وجود لا يعقل انطباقه على الوجودات المحدودة، وبمعنى الناقض للعدم ليس له مصداق حقيقة، فان كل وجود بديل عدم نفسه،

بل المراد به هو الكلي المقيد بالصّبرة الخارجية.

والظاهر ان هذا هو مراد المصنّف رحمه الله حيث قال

[١] فيمّا زعن المبيع الكليّ الصادق على الافراد المتصورة في تلك الجملة

توضيح ذلك: ان الكلي كما يمكن تقييده بكلي آخر، ويكون القيد والمقيد كلياً ثالثاً اضيق من الأولين كالحنطة المقيدة بان تكون من محل مخصوص وبلد خاص، فيكون المجموع كلياً ينحصر افراده في الموجود الخارجي.

وتبعه بعض المعاصرين مستنداً تارة الى ما في الايضاح من لزوم الابهام والغرر، [١] واخرى الى عدم معهودية ملك الكلي في غير الذمة لا على وجه الاشاعة. [٢]

وثالثة: باتفاقهم على تنزيل الارطال المستثناة من بيع الثمرة على الاشاعة. [٣] ويردّ الاوّل ما عرفت من منع الغرر في بيع الفرد المنتشر، فكيف نسلم في الكلي والثاني بأنه معهود في الوصية والاصداق، مع أنّه لم يفهم مراده من المعهودية في مورد، فإنّ انواع الملك بل كلّ جنس لا يعهد تحقّق احدها في مورد الآخر الاّ ان يراد منه عدم وجود مورد يقيني حكم فيه الشارع بملكية الكلي المشترك بين افراد موجودة، فيكفي في رده التّقص بالوصية وشبهها. هذا كلّ مضافاً الى صحيحة الاطنان الآتية فإنّ موردها امّا بيع الفرد المنتشر واما بيع الكلي في الخارج.

واما الثالث: فسياقي الكلام فيه انشاء الله تعالى.

---

واما الثانية: فقد استدل لفساد البيع في هذه الصورة

[١] بلزوم الغرر

وبالجهالة،

[٢] وبانه لم يعهد ملك الكلي في غير الذمة،

[٣] وبتفاقهم على تنزيل الأرتال المستثناة من بيع الثمرة على الإشاعة.

ولكن يمكن دفع الجميع،

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

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

فان المبيع كلي ومعلوم.

واما الثالث: فلأن عدم المعهودية ممنوع، كيف وهو معهود في الوصية والإصداق، مع

ان عدم المعهودية لا يصلح دليلاً للمنع.

واما الرابع: فلأن حمل الكلام على معنى لظهوره فيه او للتعبذ لا يستدعي بطلان

غيره لو صرح بارادته.

وبعبارة اخرى: انه يدل على الحمل على الإشاعة اذا لم يحرز المراد، ومحل الكلام ما

لو احرز ان المراد هو الكلي في المعين، فالأظهر صحته.



مسألة: لو باع صاعاً من صبرة فهل ينزل على الوجه الأوّل من الوجود الثلاثة المتقدّمة اعني الكسر المشاع أو على الوجه الثالث وهو الكلي [١] بناءً على المشهور من صحّته وجهان: بل قولان حكى، ثانيهما عن الشيخ والشهيد والمحقّق الثاني وجماعة. واستدلّ له في جامع المقاصد بأنّه السابق الى الفهم وبرواية يزيد بن معوية عن أبي عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى عن رجل عشرة آلاف طن من أنبار بعضه على بعض من اجمة واحدة، والانبار فيه ثلاثون الف طن، فقال البائع: قد بعتهك من هذا القصب عشرة آلاف طن، فقال المشتري: قد قبلت واشتريت ورضيت

### إذا باع صاعاً من صبرة

[١] السادس: لو باع صاعاً من صبرة، فهل ينزل على الوجه الأوّل من الوجوه الثلاثة، اعني الكسر المشاع، او الوجه الثالث - اي الكلي في المعين - بناء على صحته وجهان. ولا يخفى انه لا فرق في هذه المسألة بين ما لو كان هناك قصد معين واريد تعيينه بظاهر اللفظ، وبين ما لو لم يكن قاصداً للمفهوم هذا اللفظ.

ثم انه وان كانت الوجوه المتصورة من بيع بعض من متساوية الأجزاء اربعة، الا انه حيث تكون التكررة والفرد المنتشر ماخوذة فيها خصوصية من الخصوصيات زيادة على وجود الطبيعي فتحتاج ارادة احدهما الى قرينة ودال آخر، ومع فقد ذلك لا محالة يدور الأمر بين ارادة الكسر المشاع، او الكلي في المعين.

اللهم الا ان يقال: ان المصنف عليه السلام يدعي ان مقتضى الوضع هو الفرد المنتشر، لكن ستعرف عدم تماميته،

واما بناء على مسلك الشيخ عليه السلام فلعل وجه حصره الوجوه في الوجهين ما ذكره من ان احتمال ارادة المنتشر يدفع باصالة الصحة.

وكيف كان: فالكلام يقع

اولاً فيما يقتضيه النص الخاص

ثم فيما يستفاد من اللفظ بحسب الظهور

واما النص وهو صحيح بريد<sup>(١)</sup> المذكور في المتن

فاعطاه المشتري من ثمنه الف درهم ووكل من يقبضه، فاصبحوا وقد وقع في القصب نار فاحترق منه عشرون الف طن وبقي عشرة آلاف طن، فقال عليه السلام العشرة آلاف طن التي بقيت هي للمشتري والعشرون التي احرقت من مال البائع، ويمكن دفع الأول بأن مقتضى الوضع في قوله صاعاً من صبرة هو الفرد المنتشر الذي عرفت سابقاً أن المشهور، بل الإجماع على بطلانه ومقتضى المعنى العرفي هو المقدار المقدر بصاع، وظاهره حينئذ الاشاعة لأن المقدار المذكور من مجموع الصبرة مشاع فيه. وأما الرواية فهي أيضاً ظاهرة في الفرد المنتشر كما اعترف به في الرياض، لكن الانصاف أن العرف يعاملون في البيع المذكور، معاملة الكلي، فيجعلون الخيار في التعيين الى البائع وهذه امارة فهمهم الكلي [١]

وأما الرواية فلو فرضنا ظهورها في الفرد المنتشر، فلا بأس بحملها على الكلي لأجل القرينة الخارجية، وتدلّ على عدم الاشاعة من حيث الحكم ببقاء المقدار المبيع، وكونه مالاً للمشتري، فالقول الثاني لا يخلو من قوة، بل لم نظفر بمن جزم بالأول وان حكاه في الايضاح قولاً ثمّ أنّه يتفرّع على المختار من كون المبيع كلياً امور:

فهو يشهد بالحمل على الكلي في المعين، فانه لو كان المبيع كسراً مشاعاً كان الباقي مشتركاً بين البائع والمشتري، غاية الأمر كان ينفسخ البيع بالنسبة الى المقدار التالف، فالمحكم يكون الباقي للمشتري خاصة آية الحمل على الكلي في المعين.

لا يقال: انه يلازم مع الفرد المنتشر ايضاً.

فانه يقال: انه بعد ما عرفت من بطلان بيع الفرد المنتشر وعدم امكان تصحيحه ولو بالتعبد، يتعين حمل الخبر على الكلي في المعين.

[١] واما الثاني فالمشهور بين الاصحاب الحمل على الكلي في المعين.

توضيح المقام: ان الصاع كسائر الفاظ اسماء الأجناس موضوع لطبيعي المعنى، وهو المقدار الخاص مع قطع النظر عن جميع الخصوصيات، وتوابعه اما ان يكون تنويهاً للتمكن و مجرد انحفاظ المادة في ضمن حركة اعرابية، او يكون للتكبير. وعلى الأول لا يزيد على الطبيعي شيء

احدها: كون التّخيير في تعيينه بيد البائع، [١] لأنّ المفروض أنّ المشتري لم يملك الاّ الطّبيعة المعرّاة عن التّشخص الخاصّ، فلا يستحقّ على البائع خصوصيّة، فإذا طالب بخصوصيّة زائدة على الطّبيعة فقد طالب بما ليس حقّاً له، وهذا جارٍ في كلّ من ملك كلياً في الذّمة او في الخارج، فليس لمالكة اقتراح الخصوصيّة على من عليه الكليّ، ولذا كان اختيار التّعيين بيد الوارث اذا وصى الميت لرجل بواحد من متعدّد يملكه الميت كعبد من عبيده ونحو ذلك

والثاني وان كان يتوهم ظهوره في الفرد المنتشر كما في المكاسب حيث ادعى المصنف <sup>تبرّك</sup> ظهوره في ارادة الفرد المنتشر، اذ لا وجه له سوى ذلك - الا انه يمكن ان يقال: ان المراد به مجرد عدم التّعيين لا النكرة المصطلحة.

واما كلمة من فهي للتّبويض، ففاد هذه الجملة ارادة صاع من الحنطة غير المتعين من جهة الا من جهة كونه بعضاً من الصبرة الموجودة في الخارج، فظاهاها هو الكلي المتقيد بالموجود الخارجي المشتمل على افراد خارجية، وقد عرفت ان هذا هو الكلي في المعين. وبعبارة اخرى: ان ظاهاها ارادة صاع من الحنطة الذي هو بعض من مجموع هذه الصبرة الموجودة في الخارج، وهذا هو الكلي في المعين، اذ الكسر المشاع بعض من الجميع لا المجموع.

مضافا الى ان ارادة الكسر المشاع تخالف الظاهر من وجه آخر وهو اخذ الصاع مرآة وطريقاً ومعرفاً للعشر او الثمن او نحو ذلك. وهذا بخلاف حمله على الكلي في المعين، فانه يكون الصاع بنفسه وعنوانه مبيعاً.

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

### ثمرات كون المبيع كلياً في المعين او مشاعاً

ويتفرع على المختار من كون المبيع كلياً امور:

[١] احدها كون التّخيير في تعيينه بيد البائع كما هو المشهور بين الأصحاب.

إلا أنه قد جزم المحقق القمي في غير موضوع من أجوبة مسأله بأن الإختيار في التعيين بيد المشتري [١] ولم يعلم له وجه مصحح فيالته قاس ذلك على طلب الطبيعة حيث ان الطالب لما ملك الطبيعة على المأمور واستحقها منه، لم يجز له بحكم العقل مطالبة خصوصية دون اخرى، وكذلك مسألة التملك كما لا يخفى، وأما على الاشاعة فلا اختيار لاحدهما لحصول الشركة، فيحتاج القسمة الى التراضي.

ومنها أنه لو تلف بعض الجملة وبقي مصداق الطبيعة انحصر حق المشتري فيه، [٢] لأن كل فرد من افراد الطبيعة وان كان قابلاً لتعلق ملكه به بخصوصه الا أنه يتوقف على تعيين مالك المجموع واقباضه، فكلما تلف قبل اقباضه خرج عن قابلية ملكيته للمشتري فعلاً فينحصر في الموجود

[١] وخالف القوم المحقق القمي رحمته، وذهب الى ان التخيير في تعيينه بيد المشتري. والظاهر ان منشأ مخالفته للقوم قياسه تملك الكلي في المعين بالأمر بالطبيعة والمشتري بالمامور، فكما ان هناك يكون التخيير في تعيين الفرد بيد المأمور، كذلك التخيير فيه في المقام انما يكون بيد المشتري.

وفيه: ان الأمر بامر به يصير مالكا لفرد من الطبيعي على المامور، وفي المقام يصير المشتري مالكا على البائع، فكان الحري قياس المشتري في المقام بالأمر هناك، فكما انه ليس اختيار الفرد هناك بيد الأمر، كذلك هنا ليس بيد المشتري.

وبالجملة: اذا كان البائع مملكا للكلي في المعين يصير المشتري مالكا للطبيعي دون الخصوصيات، فليس له حق في الخصوصيات ليعين بعضا منها لنفسه، فلا محالة يكون الخيار بيد البائع. وهذا بخلافه على الاشاعة، فان المال يكون مشتركا بينهما، فليس لأحدهما التعيين الا مع رضا الآخر.

[٢] ومنها: انه لو تلف بعض الجملة وبقي مصداق الطبيعة انحصر حق المشتري فيه والوجه في ذلك: انه مع بقاء مصداق واحد للكلي لا يكون الكلي تالفا، بل هو موجود، وحيث انه لا تعدد لمصداقه لا محالة يكون حق المشتري منحصرأ فيه، ويكون

وهذا بخلاف المشاع فإن ملك المشتري فعلاً ثابت في كل جزء من المال من دون حاجة الى اختيار واقباض، فكلما يتلف من المال فقد تلف من المشتري جزء بنسبة حصته.

ومنها أنه لو فرضنا انّ البائع بعد ما باع صاعاً من الجملة باع من شخص آخر صاعاً كلياً آخر.

فالظاهر أنه اذا بقي صاع واحد كان للأول، [١] لأنّ الكلي المبيع ثانياً، أمّا هو سار في مال البائع، وهو ما عدا الصاع من الصبرة، فإذا تلف ما عدا الصاع فقد تلف جميع ما كان الكلي فيه سارياً، فقد تلف المبيع الثاني قبل القبض [٢] وهذا بخلاف ما لو قلنا بالاشاعة،

نظير ما لو امر بطبيعة وانحصر مصداقها في فرد واحد، فإنه يتعين كونه مأموراً به. وهذا بخلافه على الإشاعة، فان كل ما تلف يكون مشتركاً بينهما، وكذلك الباقي.

ومنها: انه لو فرضنا ان البائع بعد ما باع صاعاً من الجملة باع من شخص آخر صاعاً كلياً في المتن

[١] انه اذا بقي صاع واحد كان للاول.

وقد ذكروا في وجه تعين الصاع الباقي للمشتري الأول وبكون المبيع بالنسبة الى الثاني من قبيل ما تلف قبل قبضه امرين:

[٢] الأول: ما افاده المصنف رحمته. وحاصله: ان البائع بعد ما باع صاعاً من الصبرة - التي هي عشرة اصوع - يكون مالكا لتسعة اصوع، فالمبيع الثاني يكون سارياً فيما يملكه البائع، فاذا تلف ما عدا الصاع فقد تلف جميع ما كان الكلي سارياً فيه، فقد تلف المبيع الثاني قبل القبض.

وفيه: ان تسعة اصوع للمالك بعد البيع الأول لا تميز لها واقعا كي يكون سريان الصاع المبيع ثانياً فيها. وبعبارة اخرى: كل من المبيعين يكون كلياً قابلاً للإنطباق على كل فرد من افراد الصبرة، وما دام لم يتلف ما عدا الصاع الواحد يكون كل منهما على حد سواء في التطبيق على كل فرد منها، ولا امتياز لأحدهما على الآخر، فبعد التلف ايضاً تكون هذه النسبة باقية. وان شئت قلت: ان الأولية انما تكون في المبيع وهو الكلي لافي التطبيق على الفرد

ثم اعلم انّ المبيع انما يبقى كلياً ما لم يقبض. واما اذا قبض [١] فإن قبض منفرداً عما عداه كان مختصاً بالمشتري، [٢] وان قبض في ضمن الباقي بأن اقبضه البائع بمجموع الصبرة فيكون بعضه وفاء والباقي امانة حصلت الشركة لحصول ماله في يده وعدم توقّفه على تعيين واقباض، حتّى يخرج التالف عن قابليّة تملك المشتري له فعلاً وينحصر حقّه في الباقي فحينئذ حساب التالف على البائع دون المشتري ترجيح بلا مرجح فيحسب عليها. [٣]

الثاني: ما افاده المحقق النائيني رحمته، وهو: انه اذا لم يبق الا مقدار حق أحد المشتريين فحيث ان المشتري الأول سابق على الثاني في المعاملة، فهو سابق في صرف الطبيعي الى نفسه، وجره الى ملكه وجعله منطبقاً على الصاع الباقي ويزاحم الآخر في صرف الوجود من الطبيعي.

وفيه: انه اذا كان هناك تزاحم في بادىء الأركان ما ذكر متيناً - كما لو فرضنا انه لم يكن له الاصاع من الصبرة - واما اذا لم يكن التزاحم الا بقاء فن حين حدوث التزاحم لا اولوية لأحدهما على الآخر، اذا لتقدم يكون في الحدوث، وفي ذلك الحين لم يكن تزاحم، وعليه فالأظهر انه لا ترجيح لأحدهما على الآخر، فالباقي بما ان نسبته اليها على حد سواء فيحكم بان لكل منهما نصفاً منه، وبالنسبة الى النصف الآخر يكون من قبيل تلف المبيع قبل القبض.

[١] ثم المبيع انما يبقى كلياً ما لم يقبض، واما ان قبض فلاقباضه صور اربع:

الأولى: ان يعين الكلي في فرد ويقبضه المشتري.

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

الثالثة: ان يقبضه المجموع، بان يكون كل واحد منها وفاء والكليات الأخر امانة.

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

[٢] لا اشكال ولا كلام في الصورة الأولى، فانه لو تلف المقبوض يحسب على

المشتري.

[٣] كما لا اشكال في انه يحسب التالف عليها في الصورة الثانية.

والمحصل ان كل جزء معين قبل الأقباض قابل لكونه كلاً او بعضاً ملكاً فعلياً للمشتري، والملك الفعلي له حينئذ هو الكلي الساري. فالتالف المعين غير قابل لكون جزئه محسوباً على المشتري، لأن تملكه لمعين موقوف على اختيار البائع واقباضه فيحسب على البائع بخلاف التالف بعد الإقباض، فإن تملك المشتري لمقدار منه حاصل فعلاً لتتحقق الاقباض، فنسبة كل جزء معين من الجملة الى كل من البائع والمشتري على حد سواء. نعم لو لم يكن قباض البائع للمجموع على وجه الايفاء بل على وجه التوكيل في التعيين او على وجه الامانة، حتى يعين البائع بعد ذلك كان حكمه حكم ما قبل القبض، [١] هذا كله مما لا اشكال فيه، وانما الاشكال في أنهم ذكروا فيما لو باع ثمرة شجرات، واستثنى منها ارطالاً معلومة، أنه لو خاست الثمرة سقط من المستثنى بحسابه. [٢]

وظاهر ذلك تنزيل الارطال المستثناة على الاشاعة، ولذا قال في الدروس:

وبعارة اخرى: لا ينبغي التوقف في حكم الصورة الثانية، وانه يحسب التالف عليها بالنسبة، لأن التعيين بيد البائع، من غير فرق بين ان يكون بنحو الإفراز او الإشاعة. [١] واما الصورة الثالثة: فان تلف المجموع يكون من التلف بعد القبض، واما ان تلف البعض فلا وجه لحساب التالف عليها، فان المبيع بعد القبض على كليته من دون ان يكون متعيناً في فرد بنحو الإفراز أو الإشاعة، فاذا كان الباقي بمقدار المبيع فلا يكون المبيع الكلي تالفاً لقابلية تطبيقه على هذا الفرد.

واما الصورة الرابعة: فبالنسبة الى التعيين حكمها حكم الصورة السابقة.

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

### الفرق بين الإستثناء والبيع

[٢] قوله وانما الاشكال في أنهم ذكروا فيما لو باع ثمرة شجرات... سقط من المستثنى بحسابه.

ان في هذا الحكم دلالة على تنزيل الصّاع من الصّبرة على الاشاعة، وحينئذ يقع الاشكال في الفرق بين المسألتين حيث ان مسألة الاستثناء ظاهرهم الاتفاق على تنزيلها على الاشاعة، والمشهور هنا التّزليل على الكلّي وهو ما تقدّم من الصّحيحة المتقدّمة، وفيه ان النّص ان استفيد منه حكم القاعدة لزم التّعدي عن مورده الى مسألة الاستثناء او بيان الفارق وخروجها عن القاعدة، وان اقتصر على مورده لم يتعدّ الى غير مورده حتّى في البيع، الاّ بعد ابداء الفرق بين موارد التّعدي وبين مسألة الاستثناء.

وبالجمله فالنّص بنفسه لا يصلح فارقاً مع البناء على التّعدي عن مورده الشّخصي واذعف من ذلك الفرق بقيام الاجماع على الاشاعة في مسألة الاستثناء لأنّنا نقطع بعدم استناد المجمعين فيها الى توقيف بالخصوص واذعف من هذين الفرق بين مسألة الاستثناء ومسألة الزّكاة وغيرهما ممّا يحمل الكلّي فيها على الاشاعة وبين البيع باعتبار القبض في لزوم البيع ويجابه على البائع فع وجود فرد يتحقّق فيه البيع يجب دفعه إلى المشتري إذ هو شبه الكلّي في الذمة.

---

محصل الإشكال: ان الأصحاب في مسألة استثناء الأبطال افتوا بانّه لو تلفت الثمرة سقط من المستثنى بحسابه، ولازم ذلك الحمل على الاشاعة، وحينئذ يقع الإشكال في الفرق بين المسألتين،

حيث ان ظاهرهم في مسألة الأبطال الحمل على الاشاعة، وفي المقام الحمل على الكلّي في المعين،

وايضاً فان لهم في مسألة الأبطال فتويين لا تلائم مع الاشاعة:

احدهما: انه لو تلف البعض بتفريط المشتري كان حصة البائع في الباقي.

ثانيتهما: استقلال المشتري في التصرف.

وقد ذكروا في مقام الفرق وجوها، وقد ذكر المصنف رحمته جملة منها مع ما يرد عليها

فلا حاجة الى الإعادة. والتوضيح

ومنها: ما افاده المصنف رحمته في آخر كلامه، وحاصله: ان المستثنى كما يكون كلياً،



وفيه مع انَّ إيجاب القبض متحقّق في مسألتي الرّكاة والاستثناء انَّ ايجاب القبض على البائع يتوقّف على بقاءه اذ مع عدم بقاءه كلاً او بعضاً يفسخ البيع في التّألف والحكم بالبقاء يتوقّف على نفي الاشاعة، فنفي الاشاعة بوجود الاقباض لا يخلو عن مصادرة، كما لا يخفى. واما مدخليّة القبض في اللّزوم فلا دخل له اصلاً في الفرق ومثله في الضّعف لو لم يكن عينه ما في مفتاح الكرامة من الفرق بأنّ التّلف من الصّبرة قبل القبض فيلزم على البائع تسليم المبيع منها وان بقي قدره، فلا ينقص المبيع لأجله بخلاف الاستثناء، فإنّ التّلف فيه بعد القبض والمستثنى بيد المشتري امانة على الاشاعة بينها فيوزّع النّاقص عليهما.

ولهذا لم يحكم بضمان المشتري هنا بخلاف البائع هناك، انتهى.

وفيه مع ما عرفت من انّ التّلف من الصّبرة قبل القبض إنّما يوجب تسليم تمام المبيع من الباقي بعد ثبوت عدم الإشاعة، فكيف يثبت به، أنّه ان أريد من كون التّلف

كذلك يكون عنوان المستثنى منه الذي انتقل الى المشتري كلياً، بمعنى انه ملحوظ بعنوان كلي يقع عليه البيع، فكل منها مالك للكلي، ونسبة الموجود الى كل منها على حد سواء، فتخصيص احدهما به ترجيح بلا مرجح، فتكون نسبة التالف اليهما على حد سواء فيحسب عليهما.

واما في البيع، فان المبيع وان كان كلياً الا ان مال البائع لم يلاحظ بعنوان كلي. وفيه: اولاً: ان الخصوصيات اما ان تكون باقية على ملك البائع في مسألة الإستثناء، او تكون داخلية في ملك المشتري. فعلى الأول: حكم المشتري في المقام حكمه في تلك المسألة فلا وجه لحساب التالف عليه وعلى الثاني كان حكم المشتري هناك حكم البائع في المقام فلا وجه لحساب التالف على البائع.

وثانياً: ان ظاهر بيع المجموع الا مقداراً منها بيع الموجود الخارجي لا الكلي. وثالثاً: انه لا يرتفع بذلك اشكال استقلال المشتري في التصرف، كما لا يرتفع به اشكال انه لو تلف بتفريط المشتري كان حصة البائع في الباقي كما لا يخفى.

في مسألة الاستثناء بعد القبض أنه بعد قبض المشتري، ففيه أنه موجب لخروج البائع عن ضمان ما يتلف من مال المشتري ولا كلام فيه ولا اشكال وانما الاشكال في الفرق بين المشتري في مسألة الصاع والبائع في مسألة الاستثناء حيث ان كلامهما يستحق مقداراً من المجموع لم يقبضه مستحقه فكيف يحسب نقص التالف على احدهما دون الاخر مع اشتراكهما في عدم قبض حقهما الكلي وان اريد من كون التالف بعد القبض ان الكلي الذي يستحقه البائع قد كان في يده بعد العقد فحصل الإشتراك فاذا دفع الكل الى المشتري فقد دفع مالاً مشتركاً فهو نظير ما إذا دفع البائع مجموع الصبرة الى المشتري، فالإشتراك كان قبل القبض، ففيه ان الأشكال بحاله إذ يبقى سؤال الفرق بين قوله: بعتك صاعاً من هذه الصبرة وبين قوله بعتك هذه الصبرة أو هذه الثمرة إلا صاعاً منها، وما الموجب للإشتراك في الثاني دون الأول؟ مع كون مقتضى الكلي عدم تعيين فرد منه أو جزء منه لمالكه، إلا بعد إقباض مالك الكل الذي هو المشتري في مسألة الإستثناء، فإن كون الكل بيد البائع المالك للكلي لا يوجب الإشتراك هذا مع أنه لم يعلم من الأصحاب في مسألة الإستثناء الحكم بعد

---

ومنها: ما افاده المحقق النائيني رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، وهو: ان المبيع في بيع الصاع كلي ولا يملك المشتري من الخصوصيات شيئاً، فما دام يكون صاع من الصبرة موجوداً لا وجه لحساب التالف عليه، والمبيع في مسألة الإستثناء ايضاً وان كان كلياً الا ان البائع يملك الكلي مع الخصوصية، فاحتساب التالف على المشتري لا وجه له، بل يحسب عليها، ومقتضى استحقاقه الكلي ان يستحق الباقي لو اتلف المشتري مقداراً من الثمرة، لأن حقه لم يكن مشاعاً في مال المشتري حتى يستحق القيمة، وعلى هذا يرتفع اشكال جواز تصرف المشتري في الثمرة بلا رضا من البائع، لأنه لم يكن شريكاً معه بعنوان الإشاعة.

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

العقد بالاشتراك وعدم جواز تصرف المشتري الا باذن البائع كما يشعر به فتوى جماعة منهم الشهيد ان والمحقق الثاني بانه لو فرط المشتري وجب اداء المستثنى من الباقي ويمكن ان يقال ان بناء المشهور في مسألة استثناء الارطال ان كان على عدم الاشاعة قبل التلف واختصاص الاشتراك بالتالف دون الوجود كما ينبت عنه فتوى جماعة منهم بانه لو كان تلف البعض بتفريط المشتري كان حصة البائع في الباقي ويؤيده استمرار السيرة في صورته استثناء الارطال المعلومة من الثمرة على استقلال المشتري في التصرف وعدم المعاملة مع البائع معاملة الشركاء، فالمسألان مشتركان في التزويل على الكلي ولا فرق بينهما الا في بعض ثمرات التزويل على الكل وهو حساب التالف عليهما، ولا يحضرنى وجه واضح لهذا الفرق الا دعوى ان المتبادر من الكلي المستثنى هو الكلي الشائع فيما يسلم للمشتري لا مطلق الموجود وقت البيع، وان كان بنائهم على الاشاعة من اول الامر يمكن ان يكون الوجه في ذلك ان المستثنى كما يكون ظاهراً في الكلي كذلك

ومنها: ما افاده المحقق الأصفهاني رحمته وحاصله: ان ظهور الصاع في بيع الصاع من الصبرة في الكلي في المعين لا مزاحم له، وظهوره فيه في مسألة الاستثناء مزاحم مع ظهور الاستثناء في كونه متصلاً لا منقطعاً، وهو اقوى فلا محالة يكون المستثنى جزئياً اخرج من الجزئيات،

وحيث ان الجزئي المفروز اما مجهول او مردد، والاول باطل والثاني محال، فلا بد من حمله على الجزئي بجزئية منشأ انتزاعه وهو الكسر المشاع. وفيه: - مضافاً الى انه بهذا لا يرتفع اشكال استقلال المشتري في التصرف، وانه لو تلف المجموع بتفريط من المشتري كان حصة البائع في الباقي - ان استثناء الكلي من المجموع ليس استثناءً منقطعاً بل يكون متصلاً: لأن الاستثناء المتصل هو ما لو اخرج شيء لو لم يكن استثناء كان داخلاً في المستثنى منه، وفي المقام كذلك.

يكون عنوان المستثنى منه الذي انتقل إلى المشتري بالبيع كلياً، بمعنى أنه ملحوظ بعنوان كلي يقع عليه البيع فعنى بعتك هذه الصبرة الأصاعاً منها بعتك الكلي الخارجي الذي هو المجموع المخرج عنه الصاع، فهو كلي كنفس الصاع فكل منها مالك لعنوان كلي، فالموجود مشترك بينهما لأن نسبة كل جزء منه إلى كل منها على نهج سواء، فتخصيص أحدهما به ترجيح من غير مرجح، وكذا التالف نسبته إليهما على السواء فيحسب عليهما، وهذا بخلاف ما إذا كان المبيع كلياً، فإن مال البائع ليس ملحوظاً بعنوان كلي في قولنا بعتك صاعاً من هذه الصبرة، إذ لم يقع موضوع الحكم في هذا الكلام حتى يلحظ بعنوان كلي كنفس الصاع.

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

فالحق أن يقال: إن المستثنى في مسألة الأبطال أيضاً كلي، ولذا يكون المشتري مستقلاً في التصرف، ولكن حيث أنه لا أشكال عند العرف في أنه لو تلف المجموع الإجمالي المستثنى ليس ذلك للبائع خاصة، يستكشف من ذلك أن المستثنى هو الكلي ذو مراتب، ويكون الإستثناء في قوة استثناءات عديدة متنازلة شيئاً فشيئاً، فمجموع الأبطال تكون مستثناة مع بقاء مجموع الثمرة، وشيء منها نسبته إلى الباقي نسبة المجموع إلى المجموع مع تلف شيء منه، وعدم الإستثناء مع تلف الجميع.

وبعبارة أخرى: إن المستثنى هو الكلي المتقدر بالكسر المشاع كعنوان العشر مثلاً، فكلما تلف يحسب عليها لا محالة، ومع ذلك يستقل المشتري بالتصرف، ولا يلزم من ذلك غرر، فإن المستثنى متعين وهو عشر المجموع مثلاً. وأما وجه أنه لو تلف البعض بتفريط المشتري كان حصة البائع في الباقي، فالظاهر أنه يكون هو الشرط الضمني لبناء المتعاملين على ذلك كما لا يخفى.

فاذا لم يبق الاّ صاع كان الموجود مصداقاً لعنوان ملك المشتري فيحكم بكونه مالاً له ولا يزاحمه بقاء عنوان ملك البائع فتأمل.

هذا ما خطر عاجلاً بالبال، وقد اوكلنا تحقيق هذا المقام الذي لم يبلغ اليه ذهني القاصر الى نظر الناظر البصير الخبير الماهر عفي الله عن الزلل في المعائر، قال في الروضة تبعاً للمحكي عن حواشي الشهيد: ان اقسام بيع الصبرة عشرة [١] لانها اما يكون معلومة المقدار او مجهولة، فان كانت معلومة صحّ بيعها اجمع وبيع جزء منها معلوم مشاع، وبيع مقدار كقفيز تشتمل عليه وبيعها كلّ قفيز بكذا [٢] لا يبيع كلّ قفيز منها بكذا، [٣]

### اقسام بيع الصبرة

[١] قال في محكي الروضة تبعاً للمحكي عن حواشي الشهيد: ان اقسام بيع الصبرة عشرة.

[٢] لا يخفى انه اذا كانت الصبرة معلومة المقدار صحّ بيعها في اربعة اقسام:

احدها: بيع جميع الصبرة.

ثانيها: بيع جزء معلوم منها كالعشر.

ثالثها: بيع صاع او صيعان منها مع العلم باشتغالها على هذا المقدار.

رابعها: بيع الصبرة جميعها كل صاع منها بكذا.

اذ المثلث في هذه الأقسام كالمثلث معلوم،

وبطل في القسم الخامس،

[٣] وهو بيع كل صاع منها بكذا،

لأن المبيع حينئذ غير معلوم فيكون البيع غررياً لصلاحية انطباق كل صاع بكذا على الواحد والزيادة.

وعن المحقق النائيني رحمته: انه يظهر مما افاده الشيخ في بعض كتبه من صحة الإجارة

لو قال المجر: آجرتك الدار كل شهر بكذا في الشهر الأول، لتضمن هذا القول اجارة هذا

الشهر يقينا صحة البيع في المقام بالنسبة الى صاع واحد.

وفيه - مضافاً الى فساد المبنى كما نبه هو عليه من جهة ان تردد متعلق العقد

والجهولة كلها باطله [١] الا الثالث وهو بيع مقدار معلوم يشتمل الصبرة عليه ولو لم يعلم باشتائها عليه. [٢] فظاهر القواعد والمحكي عن حواشي الشهيد وغيرها عدم الصحة واستحسنه في الروضة، ثم قال: ولو قيل بالاكتفاء بالظن باشتائها عليه كان متجهاً والمحكي عن ظاهر الدروس واللمعة: الصحة قال فيها، وان نقصت تخيير بين اخذ الموجود منها بخصه من الثمن وبين الفسخ لتبعض الصفقة وربما يحكى عن المبسوط والخلاف خلافه ولا يخلو عن قوة، وان كان في تعيينه نظر، لا لتدارك الضرر [الغرر] بالخيار لما عرفت غير مرة من ان الغرر انما يلاحظ في البيع مع قطع النظر عن الخيار الذي هو من أحكام العقد، فلا يرتفع به الغرر الحاصل عند العقد، بل لمنع الغرر وان قيل عدم العلم بالوجود من اعظم افراد الغرر، قلنا: نعم، اذا بنى العقد على جعل الثمن في مقابل الموجود.

واما اذا بنى على توزيع الثمن على مجموع المبيع الغير معلوم الوجود بتمامه فلا غرر عرفاً وربما يحتمل الصحة مراعي بتبين اشتائها عليه.

بين الأقل والأكثر يقتضي الجهل به - انه لو تم لما امكن البناء على الصحة في المقام، اذ في الأصل يدعى ان اجارة الشهر الأول متيقنة، وذلك الشهر ممتاز عما عداه. واما في الفرع فلا يمكن ان يقال ان بيع الصاع الواحد متيقن، فانه ان اريد به الواحد الشخصي فهو لتردده بين الأفراد لا يصح كما تقدم، وان اريد به الكلي في المعين فهو غير متيقن، اذ لو اخذ المشتري تمام الصبرة لم يقع العوض في مقابل الكلي في المعين، بل وقع بازاء الأشخاص الخارجية. فالأظهر هو البطلان في هذا القسم.

[١] واما اقسام بيع الصبرة الجهولة المقدار فلا كلام في بطلان بيع ثلاثة اقسام منها، وهي: بيع جميع الصبرة، وبيع جزء معين منها كالعشر، وبيع كل صاع منها بكذا. كما لا اشكال في صحة بيع مقدار معين منها كالصاع مع العلم باشتائها عليه، انما الكلام وقع في موردين:

[٢] الأول: في حكم القسم الأخير مع عدم العلم باشتال الصبرة عليه.

الثاني: في حكم بيع جميعها كل صاع منها بكذا، الذي حكمتنا فيه بالصحة في المعلومة

وفيه انّ الغرر ان ثبت حال البيع لم ينفع تبين الإشتغال هذا، ولكنّ الأوفق بكلماتهم في موارد الغرر عدم الصّحة الآ مع العلم بالاشتغال او الظنّ الذي يتعارف الاعتماد عليه ولو كان من جهة استصحاب الاشتغال.

وأما الرّابع مع الجهالة وهو بيعها كلّ قفيز بكذا، فالمحكّي عن جماعة المنع وعن ظاهر اطلاق المحكّي من عبارتي المبسوط والخلاف أنّه لو قال: بعتك هذه الصّبرة كلّ قفيز بدرهم صحّ البيع، قال في الخلاف لأنّه لا مانع منه والاصل جوازه. [١]

وظاهر اطلاقه يعمّ صورة الجهل بالاشتغال، وعن الكفاية نفي البعد عنه اذ المبيع معلوم بالمشاهدة والثمن ممّا يمكن ان يعرف بأن يكال الصّبرة ويوزع الثمن على قفزاتها، [٢] قال: وله نظائر ذكر جملة منها في التذكرة وفيه نظر.

اما المورد الأول: فعن القواعد والتذكرة وحواشي الشهيد والروضة وغيرها: البطلان، وعن ظاهر الدروس واللمعة: الصحة. والأظهر هو الأول للغرر. وغاية ما قيل في وجه الصحة ومنع الغرر: ان بناء العقد على توزيع الثمن على مجموع المبيع، فكل جزء من ذلك يقابل بجزء من الثمن، فما كان من المبيع موجوداً يصحّ البيع بالإضافة اليه، وما لم يكن موجوداً بطل بالقياس اليه وثبت للمشتري خيار تبعض الصّفقة.

وفيه: انه لو سلم ارتفاع الغرر بذلك، لما كان مجدياً بعد اعتبار معلومية كيل المبيع او وزنه ان كان مكيلا او موزونا، مع ان ارتفاع الغرر غير ثابت، فانه وان ارتفع من حيث المالية الا انه لا يرتفع من حيث الغرض المعاملي.

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

[١] وأما المورد الثاني: فالمشهور على ما نسب اليهم البطلان، وعن الشيخ في

الخلاف: انه لا مانع منه والأصل جوازه، وعن الكفاية: انه غير بعيد.

[٢] واستدل للصّحة: بان المبيع معلوم بالمشاهدة، والثمن ممّا يمكن ان يعرف بان

يكال الصّبرة ويوزع الثمن على قفزاتها.

مسألة: اذا شاهد عيناً في زمان سابق على العقد عليها، [١] فإن اقتضت العادة تغييرها عن صفاتها السابقة الى غيرها المجهول عند المتبايعين، فلا يصحّ البيع الاً بذكر صفات تصحّح بيع الغائب، لأنّ الرؤية القديمة غير نافعة وان اقتضت العادة بقاءها عليها، فلا إشكال في الصّحة ولا خلاف أيضاً إلا من بعض الشافعية وان احتمل الامران جاز الإعتماد على أصالة عدم التّغير والبناء عليها في العقد، [٢].

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

### كفاية مشاهدة العين سابقا

[١] وفيما يكفي المشاهدة لصحة العقد لو شاهد عيناً في زمان سابق على العقد: فلا إشكال في صحة العقد مع قضاء العادة ببقائها على ماهي عليه، كما لا اشكال في الفساد مع قضاء العادة تغييرها عن صفاتها السابقة الى غيرها المجهول عند المتبايعين للزوم الغرر، انما الكلام في موردين:

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

الثاني: في حكم ما لو احتمل الأمان.

اما الأول: فالظاهر صحة البيع مع اخبار البائع اذا كان مؤتمناً، او اشتراط تلك الصفات في ضمن العقد. اما مع اخبار البائع فللنصوص<sup>(١)</sup> الواردة في اخبار البائع بالكيل او الوزن المتقدمة بناءً على الغاء خصوصية موردها والتعدي الى سائر الخصوصيات التي يكون الجهل بها موجبا للغرر، واما مع الإشتراط فلا رتفاع الغرر به.

واما المورد الثاني: فقد افاد المصنف رحمه الله: انه

[٢] جاز الإعتماد على أصالة عدم التغير والبناء عليها في العقد فيكون نظير اخبار البائع بالكيل او الوزن، لأن الأصل من الطرق التي يتعارف التعويل عليها



فيكون نظير أخبار البائع بالكيل والوزن، لأنّ الاصل من الطّرق التي يتعارف التّعويل عليها ولو فرضناه في مقام لا يمكن التّعويل عليها لحصول اماراة على خلافه فإن بلغت قوّة الظنّ حدّاً يلحقه بالقسم الأوّل، وهو ما اقتضى العادة تغيّره لم يجز البيع وإلّا جاز مع ذكر تلك الصّفات لا بدونه، لأنّه لا ينقص عن الغائب الموصوف الذي يجوز بيعه بصفات لم يشاهد عليها، بل يمكن القول بالصّحة في القسم الأوّل اذا لم يفرض كون ذكر الصّفات مع اقتضاء العادة عدمها لغوّاً، لكن هذا كلّه خارج عن البيع بالرّؤية القديمة،

وفيه: ان الغرر لا يرتفع بالأصل. وان شئت قلت: انه انما يجري الإستصحاب فيما كان الأثر مترتباً على المتيقن واما بالنسبة الى اثر العلم فلا يكون الإستصحاب مفيداً بالإضافة اليه: فان الإستصحاب ان جرى وحكم ببقاء الحالة السابقة مع تحقّق الشرائط من اليقين السابق والشكّ اللاحق وثبوت الأثر للمتيقن تترتب عليه آثار العلم التي تكون مترتبة عليه من حيث انه موجب للجري العملي على طبق الحالة السابقة دون غيرها واما اذا لم يكن هناك اثر للمتيقن فلا يجري كي يقوم مقام القطع في تلك الآثار.

وفي المقام ان ارتفاع الغرر بما انه من آثار العلم فلا يترتب على الإستصحاب مضافاً الى انه من آثار العلم بما هو طريق لا بما انه مقتضى للجري العملي وعليه فلا يفيد الإستصحاب في المقام.

ولكن مع ذلك يمكن تصحيح العقد: بان ايقاع المعاملة على العين المرئية سابقاً يكون له ظهور عرفي في اشتراط وجود تلك الصّفات وليست هي من قبيل الأوصاف التي لا دخل لها في العقد كي لا يكفي مجرد البناء بل هي من قبيل الأوصاف التي تقع المعاملة مبنية عليها التي هي بمنزلة الأوصاف المذكورة: ولا اشكال في ارتفاع الغرر بذلك.

اللهم الان يقال ان ارتفاع الغرر من حيث المالية بذلك وان كان لا اشكال فيه كما في سائر موارد الإشتراط.

الان الغرر من حيث الغرض المعاملي لا يرتفع به. فتامل.

وكيف كان فاذا باع او اشترى برؤية قديمة، فانكشف التغيّر تخيّر المغبون [١] وهو البائع، ان تغيّر الى صفات زادت في ماليته والمشتري ان نقصت عن تلك الصفات لقاعدة الضرر، ولأنّ الصفات المبنيّ عليها في حكم الصفات المشروطة [٢] فهي من قبيل تخلف الشرط، كما اشار اليه في نهاية الاحكام والمسالك بقولهما: الرؤية بمثابة الشرط في الصفات الكائنة في المرئي فكلّ ما فات منها فهو بمثابة التخلف في الشرط، انتهى.

وتوهم أنّ الشروط اذا لم تذكر في متن العقد لا عبرة بها، فإنحن فيه من قبيل ما لم يذكر من الشروط في متن العقد مدفوع، بأن الغرض من ذكر الشروط في العقد صيرورتها مأخوذة فيه حتّى لا يكون العمل بالعقد بدونها وفاء بالعقد والصفات المرئية سابقاً حيث ان البيع لا يصحّ الاّ مبنياً عليها كانت دخولها في العقد اولى من دخول الشرط المذكور على وجه الشرطيّة، ولذا لو لم يبين البيع عليها ولم يلاحظ وجودها في البيع كان البيع باطلاً

---

[١] قوله وكيف كان فاذا باع او اشترى برؤية قديمه فانكشف التغير تخير المغبون

وتفصيل القول: ان صور البيع بالرؤية القديمة ثلاث:

الأولى: العلم العادي ببقاء تلك الصفات.

الثانية: اخبار البائع بها.

الثالثة: ايقاع المعاملة مبنيا عليها.

اما في الصورة الأولى والثانية فالأظهر صحة العقد ولزومه اما الصحة: فلما تقدم واما لزومه: فلأنه لا موجب للخيار لا خيار الغبن: لأن ذلك الخيار مورده زيادة القيمة السوقية او نقصها، ولا خيار الرؤية لما سيأتي من اختصاصه بما اذا اشترط الوصف، ولا خيار الشرط لعدمه، ولا غير ذلك، وهو واضح.

[٢] واما في الصورة الثالثة: فالأظهر ثبوت خيار الشرط لما تقدم من ان الصفات

المبني عليها العقد في حكم الصفات المشروطة كما افاده المصنف رحمه الله.

وما عن العلامة في نهاية الأحكام من احتمال البطلان، يمكن ان يكون مدرکه احد امور:

فالذكر اللفظي إنما يحتاج إليه في شروط خارجه لا يجب ملاحظتها في العقد واحتمل في نهاية الاحكام: البطلان، ولعله لأن المضي على البيع وعدم تقضه عند تبين الخلاف ان كان وفاء بالعقد وجب فلا خيار، وإن لم يكن وفاءً لم يدل دليل على جوازه، وبعبارة اخر العقد اذا وقع على الشيء الموصوف انتفى متعلقه بانتفاء صفته، وإلا فلا وجه للخيار [١] مع اصالة اللزوم، ويضعفه ان الاوصاف الخارجة عن حقيقة المبيع اذا اعتبرت فيه عند البيع. اما ببناء العقد عليها واما بذكرها في متن العقد لا يعد، من مقومات للعقد، كما انها ليست من مقومات المبيع، فقواتها فوات حق للمشتري ثبت بسببه الخيار دفعا لضرر الالتزام بما لم يقدم عليه، وتام الكلام في باب الخيار انشاء الله تعالى.

[١] الاول: ما افاده المصنف عليه السلام من ان العقداء اذا وقع على الشيء الموصوف انتفى متعلقه بانتفاء صفته، والا فلا وجه للخيار.

الثاني: ان المعتبر في صحة العقد عدم كونه بنفسه غرريا، والاشترط لا يرفع غررية البيع.

الثالث: ان الشرط الذي لم يذكر في العقد لا عبرة به.

والجميع كما ترى

اما الأول: فللنقض بجميع الشروط، وللحل، فان الشرط التزام في ضمن التزام. وسيأتي توضيح ذلك في محله.

واما الثاني: فلأن الشرط يوجب رفع الغرر عن البيع وعدم كونه غرريا.

واما الثالث: فلأن الشرط غير المذكور في العقد على قسمين:

الأول: ما يقع العقد مبنيا عليه ويكون له ظهور عرفي فيه.

الثاني: ما لا يكون كذلك

وما ذكر يتم في الثاني من جهة انه في باب العقود والايقاعات لا عبرة بالبنائات

القلبية ما لم تبرز،

ولا يتم في الأول، اذ لا يعتبر فيها غير الإبراز شيء آخر من كون الإبراز بالدلالة

المطابقة لا الإلتزامية.

فالأظهر هي الصحة والخيار.

فرعان الأول: لو اختلفا في التغيير فادّعاه المشتري، [١] في المبسوط والتذكرة في الايضاح والدروس وجامع المقاصد والمسالك تقديم قول المشتري، لأنّ يده على الثمن، كما في الدروس وهو راجع إلى ما في المبسوط والسرائر من انّ المشتري هو الذي ينتزع منه الثمن ولا ينتزع منع الاّ باقراره او بيّنة تقوم عليه، انتهى [٢]

### حكم ما لو اختلفا في التغيير

فرعان:

[١] قوله الأول: لو اختلفا في التغيير فادّعاه المشتري،

فمن المبسوط والتذكرة والايضاح وجامع المقاصد والمسالك وغيرها: تقديم قول المشتري، واستدلوا له باصول ستمر عليك،

وقبل بيانها لا يد وان يعلم ان مورد الكلام في هذا الفرع ما لو اتفقا على الصفات الموجودة حال العقد وكان الاختلاف في انها هي الصفات المرئية او ان الصفات المرئية كانت غيرها، لا ما لو اتفقا على الصفات المرئية وكان الاختلاف في انها كانت باقية الى حين العقد ام لا: فانه في هذه الصورة يجري استصحاب بقاءها على ما كانت عليه وهو حاكم على جميع الأصول المفروضة.

وايضا الغرض من الأصول التي تمسكوا بها تشخيص المدعى عن المنكر، واما انه على فرض كون المشتري منكراً يثبت له الخيار فهو انما يكون بموازين باب القضاء من اليمين والبيّنة.

فايراد المحقق الخراساني رحمته على القوم منهم المصنف بان الخيار لا يثبت بالأصل لترتبه على عنوان الضرر غير الثابت به، في غير محله.

اذا عرفت هذين الأمرين.

فاعلم: ان الأساطين القائلين بتقديم قول المشتري استندوا الى وجوه:

[٢] الأول: ان المشتري هو الذي ينتزع منه الثمن، ولا ينتزع منه الا باقراره او بيّنة تقوم عليه، وليس المراد بذلك استصحاب بقاء علقه المشتري بالثمن بناء على ان الخيار من مراتب العلقه الملكية التي كانت قبل البيع، اذ المبنى فاسد لأن الملكية من سنخ الوجود

وتبعه العلامة أيضاً في صورة الاختلاف في اوصاف المبيع الموصوف اذا لم يسبقه برؤية حيث تمسك باصالة براءة ذمّة المشتري من الثمن فلا يلزمه ما لم يقرّ به او يثبت بالبيّنة ولأنّ البائع يدّعي علمه بالمبيع على هذا الوصف الموجود والرضا به والاصل عدمه كما في التذكرة ولأنّ الاصل عدم وصول حقه اليه كما في جامع المقاصد، ويمكن ان يضعف الأوّل بأن يد المشتري على الثمن بعد اعترافه بتحقيق الناقل الصحيح يد امانة غاية الأمر أنّه يدّعي سلطنته على الفسخ فلا ينعف تشبّهه باليد الا ان يقال ان وجود الناقل لا يكفي في سلطنة البائع على الثمن [١] بناء على ما ذكره العلامة في احكام الخيار من التذكرة ولم ينسب خلاف إلا إلى بعض الشافعية من عدم وجوب تسليم الثمن، والمثمن في مدة الخيار وانّ تسلّم الآخر، وحينئذ فالشك في ثبوت الخيار يوجب الشك في سلطنة البائع على اخذ الثمن فلا مدفع لهذا الوجه الا اصالة عدم سبب الخيار لو تمّ كما سيجيء.

وليست ذا مراتب،

بل المراد به ظهور اليد في كون المشتري مسلّطاً على الثمن بالتصرف فيه ولو بالفسخ، فحينئذ ان كان الثمن بيده فلا كلام والا فيستصحب بقاء سلطنته المطلقة على الثمن.

وفيه: ان يد المشتري على الثمن بعد المعاملة يد امانية وليست امارة تسلطه عليه، وادعاء المشتري تسلّطه على الفسخ لا يفيد كما لا يخفى.

[١] والمصنف رحمته بعد هذا الجواب قال: الا ان يقال ان وجود الناقل لا يكفي في سلطنة البائع.

وحاصله: انه بناء على ما ذكره العلامة رحمته في التذكرة من ان البائع لا يكون مسلطاً على تسلّم الثمن في زمان الخيار كما ان المشتري لا يكون مسلطاً على تسلّم الثمن في ذلك الزمان يصير البائع مدعياً والمشتري منكرأً لموافقة قوله للأصل من وجه آخر وهو انه مع الشك في ثبوت الخيار يشك في حدوث سلطنة كل من البائع والمشتري والاصل عدمها

فقتضى الأصل عدم تسلط البائع على تسلم الثمن من المشتري، فاذا صار المشتري منكرًا ثبت له الخيار بمقتضى قوانين باب القضاء ثم قال: انه لا مدفع لهذا الأصل إلا أصالة عدم سبب الخيار.

والحق في الجواب عن هذا الوجه ما افاده المصنف رحمته في مبحث الخيارات بقوله: اني لا اجد لهذا الحكم وجهًا معتمداً، ولم اجد من عنونه وتعرض لوجهه. ولا ينافيه ما افاده في مبحث خيار المجلس بما حاصله: انه لو قلنا بوجود التقابض في عقد الصرف والسلم، فثمره الخيار واضحة وهي عدم وجوب التقابض. كما توهمه المحقق النائيني رحمته.

فان الظاهر ان مراده انه لو ثبت الخيار حيث ان له الفسخ لو فسخ لما وجب التقابض، وهذه ثمرة الخيار لانه لا يجب التقابض مع عدم الفسخ.

واما تفصيل المحقق المذكور بين الخيارات الزمانية وغيرها، وانه يتم ما افاده العلامة ره في القسم الأول دون الثاني من جهة ان حقيقة الخيار في القسم الأول عبارة عن كون امر العقد بيد ذي الخيار، فجميع آثاره تحت تصرفه ومنها التسليم والتسلم، واما في القسم الثاني فحقيقته عبارة عن ثبوت حق الاسترداد ما لم يصل الى ذي الخيار عوضه، فالخيار ابتداء لا يرجع الى العقد بل ثانياً، فقبل الفسخ لم يرد تخصيص على ادلة سلطنة الناس على اموالهم، فيجب على المشتري تسليم الثمن وان جازله استرداده بعده

فغير تام، فان حقيقة الخيار في القسمين واحدة وهي ملك فسخ العقد واقراره، ولا يؤثر هذا الا من حين وقوعه فيرفع اثر البيع لانه يكشف عن عدم صحة البيع من الأول، ولذا يجب التسليم في القسمين ما لم يتحقق الفسخ.

الوجه الثاني: ان البائع يدعي علم المشتري بهذا الوصف الموجود والرضا به، والمشتري ينكره، والأصل مع المشتري. ذكره العلامة في محكي التذكرة.

والثاني: مع معارضته باصالة عدم علم المشتري بالمبيع على وصف آخر [١] حتى يكون حقاً له يوجب الخيار بأن الشك في علم المشتري بهذا الوصف وعلمه بغيره مسبب عن الشك في وجود غير هذا الوصف سابقاً فإذا اتفق غيره بالأصل الذي يرجع إليه اصالة عدم تغيير المبيع لم يجز اصالة عدم علمه بهذا الوصف. [٢]  
 والثالث: بأن حق المشتري من نفس العين قد وصل اليه قطعاً، ولذا يجوز له امضاء العقد وثبوت حق له من حيث الوصف المفقود غير ثابت فعلياً الاثبات والمرجع أصالة لزوم العقد ولأجل ما ذكرنا قوى بعض تقديم قول البائع هذا

واجاب عنه المصنف رحمته بجوابين:

[١] أحدهما: ان المشتري يدعي علمه بالوصف الآخر الذي يدعيه الذي هو منشأ ثبوت الخيار لتخلف الوصف، والأصل عدمه، فالبايع يكون منكراً والمشتري مدعياً.  
 [٢] ثانيهما: ان الشك في علم المشتري بهذا الوصف وعلمه بغيره مسبب عن الشك في وجود غير هذا الوصف سابقاً، فإذا اتفق غيره بالأصل الذي يرجع اليه اصالة عدم تغير المبيع لم تجز اصالة عدم علمه بهذا الوصف.  
 وفي كل من الإستدلال وجوابي المصنف رحمته نظر،  
 اما الأول: فلأن اصالة عدم علم المشتري بالوصف الموجود لا تثبت وقوع البيع على الموصوف بالوصف الآخر الأعلى القول بالأصل المثبت.  
 وبه يظهر ما في الجواب الأول الذي ذكره المصنف رحمته، اذ لا يثبت بالأصل المزبور وقوع البيع على الموصوف بهذا الوصف الموجود.  
 واما الثاني: فلأن حكومة الأصل السببي على المسيبي انما تكون فيما اذا كانت السببية شرعية لا في مثل المقام مما تكون السببية عقلية.  
 الوجه الثالث: ان الأصل عدم وصول حق المشتري اليه كما عن جامع المقاصد.  
 وفيه: ان حقه من العين واصل اليه قطعاً، ومن الوصف المفقود غير ثابت،

ويمكن بناء المسألة على ان بناء المتبايعين حين العقد على الاوصاف [١] الملحوظه حين المشاهدة هل هو كاشتراطها في العقد فهي كشروط مضمرة في نفس المتعاقدين كما عرفت عن التهاية والمسالك، ولهذا لا يحصل من فقدها الا خيار لمن اشترطت له، ولا يلزم بطلان العقد او انها مأخوذة في نفس المعقود عليه بحيث يكون المعقود عليه هو الشيء المقيد، ولذا لا يجوز الغائها في المعقود عليه، كما يجوز الغاء غيرها من الشروط، فعلى الأول يرجع النزاع في التغيير وعدمه الى النزاع في اشتراط خلاف هذا الوصف الموجود على البائع وعدمه، والاصل مع البائع، وبعبارة اخرى النزاع في ان العقد وقع على الشيء الملحوظ فيه الوصف المفقود ام لا لكن الانصاف ان هذا البناء في حكم الاشتراط من حيث ثبوت الخيار لكنه ليس شيئاً مستقلاً حتى يدفع عند الشك بالاصل، بل المراد به ايقاع العقد على العين الملحوظ كونه متصفاً بهذا الوصف وليس هنا عقد على العين والتزام بكونه متصفاً بذلك الوصف فهو قيد ملحوظ في المعقود عليه نظير الأجزاء لا شرط ملزم في العقد، فحينئذ يرجع النزاع الى وقوع العقد على ما ينطبق على الشيء الموجود حتى يلزم الوفاء وعدمه والاصل عدمه ودعوى معارضته باصالة عدم وقوع العقد على العين المقيدة لا يثبت جواز العقد الواقع الا بعد اثبات وقوع العقد على العين الغير المقيدة باصالة عدم وقوع العقد على المقيدة وهو غير جائز، كما حقق في الاصول. وعلى الثاني يرجع النزاع الى رجوع العقد والتراضي على الشيء المطلق

---

واستصحاب بقاء كلي الحق من قبيل الإستصحاب في القسم الثالث من اقسام استصحاب الكلي، ولا نقول به، فهذه الوجوه لا تتم، ولذلك. قال المصنف [١] ويمكن بناء المسألة على ان بناء المتبايعين حين العقد على الأوصاف الملحوظة ... فهي كشروط مضمرة.

وحاصله: انه ان كان الوصف من قيود المبيع وكان الالتزام التزاماً وحدانياً متعلقاً بعنوان المتصف بالصفات، كان الأصل مع المشتري لرجوع النزاع الى وقوع العقد على الشيء المطلق بحيث يشمل الموصوف بهذا الوصف الموجود، وعدمه والأصل مع المشتري، وان كان في قوة اشتراطها، على ان يكون هناك التزامان، كان الأصل مع البائع لرجوع النزاع في التغيير وعدمه الى النزاع في اشتراط خلاف هذا الوصف الموجود على البائع، وعدمه والأصل مع البائع.



بمّ حيث يشمل الموصوف بهذا الوصف الموجود وعدمه، والأصل مع المشتري، ودعوى معارضته باصالة عدم وقوع العقد على الشيء الموصوف بالصفة المفقودة [١] مدفوعة، بأنّه لا يلزم من عدم تعلّقه بذلك تعلّقه بهذا، حتّى يلزم على المشتري الوفاء به، فالزام المشتري بالوفاء بالعقد موقوف على ثبوت تعلّق العقد بهذا، وهو غير ثابت والأصل عدمه، وقد تقرّر في الاصول أنّ نفي احد الضدّين بالأصل لا يثبت الضد الآخر ليرتّب عليه حكمه، وبما ذكرنا يظهر فساد التمسك باصالة اللزوم، حيث أن المبيع ملك المشتري والثمن ملك البائع اتفاقاً وأنما اختلافهما في تسلّط المشتري على الفسخ فينفي ما تقدّم من قاعدة اللزوم. توضيح الفساد أنّ الشك في اللزوم وعدمه من حيث الشك في متعلّق العقد، فإنّما نقول: الأصل عدم تعلّق العقد بهذا الموجود حتّى يثبت اللزوم وهو وارد على اصالة اللزوم.

والحاصل أنّ هنا امرين احدهما عدم تقييد متعلّق العقد بذلك الوصف المفقود واخذه فيه، وهذا الأصل ينفع في عدم الخيار لكنّه غير جار لعدم الحالة السابقة.

---

ولكن ما هو محل البحث من قبيل القسم الثاني، وذلك لوجهين:

الأول: ان تقييد المبيع وتضييقه يختص بالكلي، فانه قابل لذلك، ولا يكون الشخصي كذلك، وتعليق البيع على الوصف موجب للبطلان، فلا محالة يكون من قبيل الإلتزام به في ضمن العقد.

الثاني: ان البيع بالرؤية القديمة انما صححناه بالإشتراط، فراجع ما ذكرناه، وعليه فالأصل مع البائع.

وربما يقال في تقريب ان الأصل مع البائع وجوه اخرى:

[١] منها: اصالة عدم وقوع العقد على العين المقيدة بالوصف المفقود ليثبت الجواز: وفيه: انه ان اريد بها ما هو مفاد ليس التامة، فهي لا تقييد، فان عدم وقوع العقد المنتصف بالوصف المفقود لا اثر له الا ان يثبت به وقوعه على المنتصف بالوصف الموجود او المطلق غير المقيد بشيء من الوصفين، وان اريد به ما هو مفاد ليس الناقصة فلا حالة سابقة له

والثاني: عدم وقوع العقد على الموصوف بذلك الوصف المفقود، وهذا جار غير نافع نظير الشك في كون الماء [الخاص] المخلوق دفعة كراً من أصله، [١] فإن أصالة عدم كربيته نافعة غير جار واصالة عدم وجود الكرّ جارية غير نافعة، في ترتب آثار القلة على الماء المذكور فافهم واغتم.

وبما ذكرنا يظهر حال التمسك بالعمومات المقتضية للزوم العقد [٢] الحاكمة على الاصول العمليّة المتقدّمة، مثل ما دلّ على حرمة أكل المال الآن تكون تجارة عن تراض، وعموم ولا يحلّ مال امرئ مسلم إلاّ عن طيب نفسه، وعموم الناس مسلطون على أموالهم، بناء على أنّها تدلّ على عدم تسلّط المشتري على استرداد الثمن من البائع، لأنّ المفروض صيرورته ملكاً، إذ لا يخفى عليك أنّ هذه العمومات مخصّصة قد خرج عنها بحكم أدلّة الخيار المال الذي لا يدفع عوضه الذي وقع المعاوضة عليه إلى المشتري، فإذا شكّ في ذلك، فالأصل عدم دفع العوض، وهذا هو الذي تقدّم من أصالة عدم وصول حقّ المشتري إليه، فإنّ عدم وصول حقّه إليه يثبت موضوع خيار تخلف الوصف. فإن قلت: لا دليل على كون الخارج عن العمومات المذكورة معنوياً بالعنوان المذكور، بل نقول:

---

[١] والمصنف رحمته الله نظر المقام بالشك في كون الماء المخلوق دفعة كراً من أصله، بدعوى ان اصالة عدم كربيته نافعة غير جارية، واصالة عدم وجود الكرّ جارية غير نافعة في ترتب آثار القلة على الماء المذكور.

وفيه: انه في الماء المخلوق دفعة من جهة ان آثار القلة آثار للماء غير المتصف بعنوان الكرية يمكن اجراء عدم الكرية الأزلي كما ذكرناه في الجزء الأول من فقه الصادق مفصلاً، واما في المقام فلا يمكن ذلك من جهة ان موضوع اللزوم هو العقد الواقع على المتصف بالوصف الموجود او المطلق لا على العقد غير الواقع على المتصف بالوصف المفقود، فلا تنفع اصالة عدم الأزلي في المقام بخلافه في المثال.

[٢] ومنها: العمومات المقتضية للزوم العقد الحاكمة على الأصول العملية المتقدمة، مثل ما

قد خرج من تلك العمومات المال الذي وقع المعاوضة بينه وبين ما لم ينطبق على المدفوع. فإذا شك في ذلك فالأصل عدم وقوع المعاوضة المذكورة [١] قلت السبب في الخيار وسلطنة المشتري على فسخ العقد وعدم وجوب الوفاء به عليه هو عدم كون العين الخارجة منطبقة على ما وقع العقد عليه.

وبعبارة أخرى هو عدم وفاء البائع بالعقد بدفع العنوان الذي وقع العقد عليه الى المشتري، لا وقوع العقد على ما يطابق العين الخارجية، كما ان السبب في لزوم العقد مقتضاه من انتقال العين بالصفات التي وقع العقد عليها الى ملك المشتري والاصل موافق للأول ومخالف للثاني، مثلاً اذا وقع العقد على العين على أنها سمينة فبانت مهزولة، فالموجب للخيار هو أنه لم ينتقل اليه في الخارج ما عقد عليه، وهو السمين، لا وقوع العقد على السمين، فإن ذلك لا يقتضي الجواز وإنما المقتضي للجواز عدم انطباق العين الخارجية على متعلق العقد.

ومن المعلوم ان عدم الإنطباق هو المطابق للأصل عند الشك، فقد تحقّق ممّا ذكرنا صحّة ما تقدّم من اصالة عدم وصول حق المشتري اليه.

دل على حرمة اكل المال الا ان تكون تجارة عن تراض<sup>(١)</sup>، وعموم لا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه<sup>(٢)</sup>، وعموم الناس مسلطون على اموالهم<sup>(٣)</sup>.

وفيه: ان هذه العمومات قد خصصت بادلة الخيارات، فمع الشك في الخيار تكون الشبهة مصداقية، ولا يرجع فيها الى العمومات.

[١] ومنها: ان موضوع الخيار المعاوضة الواقعة على مال لا ينطبق على المدفوع،

فاذا شك في تلك فالأصل عدم وقوع المعاوضة المذكورة.

وفيه: ان موضوع الخيار هو عدم كون العين الخارجية منطبقة على ما وقع العقد عليه

(١) النساء آية ٢٩.

(٢) الوسائل - باب ٣ - من ابواب مكان المعطي - والمستدرک ج ١ ص ٢٢٢ والاحتجاج ص ٢٦٧.

(٣) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث و ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم.

وكذا صحّة ما في التذكرة من اصالة عدم التزام المشتري بتملك هذا الموجود حتى يجب الوفاء بما الزم. نعم ما في المبسوط والسرائر والدروس من اصالة بقاء يد المشتري على الثمن، كأنه لا يناسب اصالة اللزوم، بل يناسب اصالة الجواز عند الشك في لزوم العقد، كما يظهر من المختلف في باب السبق والرماية، وسيأتي تحقيق الحال في باب الخيار، وأما دعوى ورود اصالة عدم تغيير المبيع على الاصول المذكورة، [١] لأنّ الشك فيها مسبب عن الشك في تغيير المبيع، فهي مدفوعة مضافاً الى منع جريانه فيما اذا علم بالسمن قبل المشاهدة، [٢] فاختلف في زمان المشاهدة كما اذا علم بكونها سميئة وأنها صارت مهزولة، ولا يعلم أنّها في زمان المشاهدة كانت باقية على السمن او لا. فحيثئذ مقتضى الاصل تأخر الهزال عن المشاهدة، فالاصل تأخر التغيير لا عدمه الموجب للزوم العقد انّ مرجع أصالة عدم تغيير المبيع إلى عدم كونها حين المشاهدة سميئة.

ومن المعلوم انّ هذا بنفسه لا يوجب لزوم العقد، نظير اصالة عدم وقوع العقد على السمين. نعم لو ثبت بذلك الاصل هزالها عند المشاهدة، وتعلّق العقد بالمهزول ثبت لزوم العقد، ولكنّ الأصول العدمية في مجاريها لا يثبت وجود أضدادها، هذاكله

وبعبارة اخرى: عدم دفع البائع العنوان الذي وقع العقد عليه الى المشتري، والأصل موافق له، مع انه لو سلم ما ذكر لما كان يثبت به للزوم. ومنها: اصالة اللزوم.

وفيه: ان الشك في الجواز وللزوم مسبب عن الشك في وقوع العقد على المتصف بالوصف الموجود وعدمه، فاذا جرى الأصل في السبب لا يبقى شك في اللزوم كي يرجع الى اصالته.

[١] ومنها: ان اصالة عدم تغيير المبيع واردة على الأصول المذكورة، لأن الشك فيها مسبب عن الشك في تغيير المبيع.

وفيه مضافاً الى ما افاده المصنف بقوله

[٢] مضافاً الى منع جريانه فيما اذا علم بالسمن قبل المشاهدة فاختلف في زمان

مع دعوى المشتري التّقص الموجب للخيار، ولو ادّعى البائع الزيادة الموجبة لخيار البائع، [١] فمقتضى ما ذكرنا في طرف المشتري تقديم قول البائع، لأن الأصل عدم وقوع العقد على هذا الموجود حتّى يجب عليه الوفاء به. وظاهر عبارة اللّمة تقديم قول المشتري هنا ولم يعلم وجهه.

انه ان اريد بذلك استصحاب عدم التغير من حيث انه بنفسه حادث من الحوادث، فهو لا يفيد لعدم كونه موضوع الأثر.

وان اريد به استصحاب المعنون ففيه: اولاً: انه من الإستصحاب القهقري، لأنه يراد اثبات كون الصفة الموجودة كذلك حين العقد.

وثانياً: ان استصحاب كون هذه الصفة موجودة لا يكفي، فان موضوع الأثر وقوع العقد على المتصف بهذا الوصف الموجود لا وجود الصفة حين العقد.

فتحصل مما ذكرناه: انه ان كانت الأوصاف من قبيل الشرط والإلتزام في الإلتزام كان الأصل مع البائع، والافح المشتري.

[١] ولو ادعى البائع الزيادة الموجبة لخيار البائع.

فبناءً على ما اخترناه من ان اوصاف المبيع في البيع بالرؤية القيمة مع الشك فيها، انما تكون كالشروط الخارجية من قبيل الإلتزام في الإلتزام، وعليه نبينا في المسألة المتقدمة ان الأصل مع البائع، لا بد من البناء على ان الأصل مع المشتري، لأن البائع يدعي ان الشرط غير هذا الوصف الموجود، والمشتري ينكره، والأصل عدمه.

واما بناءً على كونها من قيود المبيع يكون الأصل مع البائع بعكس المسألة السابقة، فان المشتري يدعي وقوع البيع على هذا المتصف بالوصف الموجود، والبائع ينكره، والأصل معه.

وبذلك ظهر ان ما بنى عليه الشهيد رحمته من ان الأصل مع المشتري في المسألتين لا ينطبق على القواعد.

واما ما افاده المحقق النائيني رحمته في توجيه ما افاده الشهيد رحمته: بان الغالب يقدم

لو اختلفا في تقدم البيع على التغير وتاخره عنه ..... ١١٣

الثاني: لو اتفقا على التغير بعد المشاهدة ووقوع العقد على الوصف المشاهد واختلفا في تقدم التغير [١] على البيع ليثبت الخيار، وتأخره عنه على وجه لا يوجب الخيار تعارض كل من اصالة عدم تقدم البيع والتغير على صاحبه، وحيث ان مرجع الاصلين الى اصالة عدم وقوع البيع حال السمن مثلاً واصالة بقاء السمن وعدم وجود الهزال حال البيع.

والظاهر انه لا يترتب على شيء منها الحكم بالجواز واللزوم، لأن اللزوم من احكام وصول ما عقد عليه وانتقاله الى المشتري واصالة بقاء السمن لا يثبت وصول السمن، كما ان اصالة عدم وقوع البيع حال السمن لا ينفيه،

---

البائع على البيع كائنا ما كان ولا ينظر الى الوصف الزائد على ما رآه المشتري سابقا. فغير تام، اذ كما تختلف رغبات المشتري في مقام الإشتراء كذلك تختلف رغبات البائع سيما في الأوصاف الموجبة لإختلاف القيمة وجودا وعدما كما هو واضح.

لو اختلفا في تقدم البيع على التغير وتاخره عنه

[٢] الفرع الثاني: ما لو اتفقا على التغير بعد المشاهدة ووقوع العقد على الوصف المشاهد واختلفا في تقدم التغير.

والكلام في هذا الفرع يقع في موضعين:

الأول: فيما اذا صارت قيمته بعد التغير اقل وكان المدعي للخيار هو المشتري.

الثاني: فيما اذا صارت قيمته ازيد وكان المدعي للخيار هو البائع.

اما الموضع الأول: فالكلام فيه يقع في موردين:

احدهما: بناء على ان تلف الوصف بعد البيع وقبل القبض يوجب الخيار.

ثانيهما: بناء على عدم كونه موجبا للخيار.

وقبل الشروع في بيان الحق لا بد من تقديم مقدمة،

وهي: انه ربما يكون متعلق الحكم هو الفعل المتعلق بالموصوف المتصف بوصف

حاله وجود الوصف، وربما يكون متعلقه هو الفعل المتعلق بالوصف.

فا مرجع الى اصالة عدم وصول حقّ المشتري إليه، [١] كما في المسألة السابقة، إلا أنّ الفرق بينهما هو أنّ الشكّ في وصول الحقّ هناك ناشيء عن الشكّ في نفس الحقّ، وهنا ناشيء عن الشكّ في وصول الحقّ المعلوم. وبعبارة اخرى الشكّ هنا في وصول الحقّ، وهناك في حقه الواصل، ومقتضى الاصل في المقامين عدم اللزوم، ومن ذلك يعلم الكلام فيما لو كان مدعي الخيار هو البائع، بأن اتّفقا على مشاهدته مهزولاً، ووقوع العقد على المشاهد وحصل السمن.

مثال الأول: ما لو وجب اكرام زيد العالم.

ومثال الثاني: موارد ضمان الأوصاف، فانه مترتب على الإستيلاء على الوصف

نفسه.

وفي القسم الأول اذا كان الوصف متيقناً سابقاً ومشكوكاً فيه لا حقاً يجري فيه الإستصحاب و يترتب حكمه بضم الوجدان الى الأصل، فلو كان زيد عالماً وشك في بقاء علمه يستصحب ذلك ويكون اكرامه متعلقاً للوجوب.

وفي القسم الثاني لا يكفي استصحاب بقاء الصفة، لأنه لا يثبت به كون الفعل متعلقاً به، فلو كان الغنم سميماً سابقاً وشك في سمنه حال الغصب لا يكفي استصحاب بقاء السمن في الحكم بضمان هذا الوصف المترتب على غصب الوصف ايضاً وتام الكلام في ذلك موكول الى محل اخر

اذا عرفت هذه المقدمة فاعلم:

انه في المورد الأول: يكون الأصل مع المشتري لإصالة عدم وصول حقه اليه، واصالة عدم التغيير وبقاء الوصف الى زمان القبض لا يثبت قبض الصفة الذي هو موضوع اللزوم فلا تجري، وكذا لا تجري اصالة عدم القبض الى ما بعد التغيير، فانها ايضاً لا تثبت وقوع القبض على فاقد الوصف الذي هو موضوع الخيار، فهذان الأعلان لا يجريان. واما اصالة اللزوم فهي محكومة لإستصحاب عدم وصول حق المشتري اليه.

[١] وفي المورد الثاني افاد المصنف رحمته: ان الأصل مع المشتري وهو اصالة عدم

وصول حقه اليه، وهو غير تام، لأنه على الفرض القطع بعدم وصول حقه اليه لا يكون موجبا للخيار لعدم كون تلف الوصف قبل القبض موجبا للخيار، فكيف باستصحابه.

واختلفا في تقدّمه على البيع ليثبت الخيار للبائع فافهم وتدبّر. [١]  
 فإنّ المقام لا يخلو عن اشكال واشتباه، ولو وجد المبيع تالفاً بعد القبض فيما  
 يكفي في قبضه التخلية، واختلفا في تقدّم التلف على البيع وتأخّره، [٢] فالأصل بقاء  
 ملك المشتري على الثمن لاصالة عدم تأثير البيع، وقد يتوهم جريان اصالة صحّة  
 البيع هنا للشك في بعض شروطه وهو وجود المبيع.  
 وفيه أنّ صحّة العقد عبارة عن كونه بحيث يترتب عليه الاثر شرعاً، فإذا  
 فرضنا أنّه عقد على شيء معدوم في الواقع، فلا تأثير له عقلاً في تملك العين، لأنّ  
 تملك المعدوم لا على قصد تملكه عند الوجود

---

بل في المورد الثاني: يكون الأصل - وهو اصالة اللزوم واصالة عدم التغير وبقاء  
 الوصف الى حين البيع الجارية والمفيدة في المقام من جهة ان الأثر وهو اللزوم انما يترتب  
 على وقوع البيع على الموصوف في حال وجود تلك الصفة - مع البائع.  
 وما عن بعض من: ان الأصل الثاني معارض مع اصالة عدم وقوع البيع الى زمان  
 التغير.

يرده: انه لا اثر لهذا الأصل، لأن الخيار انما يترتب على وقوع البيع على الفاقد لذلك  
 الوصف.

[١] واما الموضع الثاني: وهو ما لو ادعى البائع الخيار، بان كانت العين في حال  
 المشاهدة فاقدة الوصف والبيع وقع عليها مع عدم الوصف وصارت بعد ذلك واجدة له،  
 وادعى البائع تقدم وجود الصفة على البيع والقبض، والمشتري يدعي التاخر فظاهر كلام  
 المصنف ان الأصل مع البائع، وصرح كلام المحقق النائيني رحمته ذلك.  
 ولكن الحق ان الأصل مع المشتري، اذ مضافا الى اصالة اللزوم تجري اصالة عدم  
 التغير وعدم وجود الوصف الى حين البيع، ولا تعارضها اصالة عدم البيع الى زمان التغير،  
 اذ لا يثبت بها وقوع البيع في حال وجود الوصف.

[٢] قوله ولو وجد المبيع تالفا بعد القبض فيما تكفي في قبضه التخلية  
 ولم يعلم وجه تعرضه لهذا الفرع في المقام وعلى كل حال لا تجرى الاصول  
 الموضوعية في شيء من الطرفين في المقام، من غير فرق بين الجهل بالتاريخ والعلم به



ولا على قصد تملك بدله مثلاً أو قيمته غير معقول، وبمجرد انشائه باللفظ لغو عرفاً يقيح مع العلم دون الجعل بالحال، فإذا شككنا في وجود العين حال العقد فلا يلزم من الحكم بعدمه فعل فاسد من المسلم [١] لأن التملك الحقيقي غير متحقق والصوري، وإن تحقق لكنه ليس بفساد، إذ اللغو فاسد عرفاً أي قبيح إذا صدر عن علم بالحال.

وبالجملة: الفاسد شرعاً الذي تنزه عنه فعل المسلم هو التملك الحقيقي المقصود الذي لم يعضه الشارع، فافهم.

هذا فإنه قد غفل عنه بعض في مسألة الاختلاف في تقدم بيع الزاهن على رجوع المرتهن عن اذنه في البيع وتأخيره عنه،

للمثبتية فإن استصحاب بقاء العين الى حين البيع لا يترتب عليه الاثر ما لم يحرز به تحقق البيع الذي هو تملك مال بعوض كما ان استصحاب عدم البيع الى ما بعد التلف لا يثبت كون البيع واقعاً على المعدوم فلا محالة يشك في تحقق البيع وعدمه وبالنتيجة يشك في انتقال الثمن عن المشتري وعدمه والاصل يقتضى عدم الانتقال وبقاء ملك المشتري على الثمن.

[١] وقد يتوهم انه تجرى اصالة الصحة في البيع لانه لو كان المبيع معد وما يكون البيع فاسداً وبلا اثر ولو كان موجوداً يكون صحيحاً واصالة الصحة تقتضى بالصحة وهي حاکمة على اصالة بقاء ملك المشتري على الثمن

ولكنه فاسد من جهة اختصاص دليل اصالة الصحة بما اذا شك في الصحة والفساد بعد احراز اصل العمل الموصوف بالصحة

لانه لا يعقل الشك في الوصف الامع احراز الموصوف بل لان دليل التعبد انما يتكفل التعبد بالوصف دون التعبد بالموصوف واثباته فلا تعبد بالوصف الامع احراز الموصوف

وفي المقام بما انه يشك في اصل وجود البيع الذي هو المقسم للصحيح والفساد لانه اذا كان المبيع معدوماً يكن ما وقع بيعاً ولو عرفاً فلا يكون مجرى لاصالة الصحة.

حيث تمسك باصالة صحّة الرجوع عن الاذن لان [١] الرجوع لو وقع بعد بيع الزاهن كان فاسداً لعدم مصادفته محلاً يؤثر فيه، نعم لو تحققت قابلية التأثير عقلاً أو تحقّق الإنشاء الحقيقي عرفاً ولو فيما إذا باع بلا ثمن [٢] أو باع ما هو غير مملوك، كالخمر والخنزير وكالتألف شرعاً كالغريق والمسروق أو معدوم قصد تملكه عند وجوده كالثمرّة المدومة أو قصد تمليك بدله مثلاً أو قيمة كما لو باع ما اتلفه زيد على عمرو [٣] أو صالحه اياه بقصد حصول اثر الملك في بدله تحقّق مورد الصّحة والفساد، فإذا حكم بفساد شيء من ذلك، ثم شكّ في أنّ العقد الخارجي منه ام من الصّحيح حمل على الصّحيح.

[١] قوله حيث تمسك باصالة صحة الرجوع عن الاذن

التمسك هو صاحب الجواهر رحمته وقد حققنا في رسالة القواعد الثلاث أنّه لا تجرى اصالة الصحة فيه من جهة ان الرجوع اذا وقع بعد البيع لا يترتب عليه شيء لعدم كونه قابلاً للتأثير ومن شرائط جريانها قابلية التأثير عقلاً.

[٢] قوله ولو فيما إذا باع بلا ثمن أو باع ما هو غير مملوك.

البيع بلا ثمن كالبيع بلا مبيع بعد فرض تقوم البيع بالعوضين فلو شك فيه لا تجرى اصالة الصحة لعين ما تقدم.

[٣] قوله كما لو باع ما اتلفه زيد على عمرو أو صالحه اياه

ان قلنا ان حقيقة الضمان كون التالف بشخصه في العهدة الى حين الاداء - صح البيع المذكور لاعتبار بقاء المبيع.

وان قلنا ان حقيقته انتقال المثل او القيمة الى الذمة كان يبيعه بعد التلف يبيعا لما لا وجود له وقدم عدم جريان الاصل لو شك في ذلك.

لزوم الإختبار

مسألة: لا بدّ من اختبار الطّعم واللّون والرّائحة فيما يختلف قيمته باختلاف ذلك، [١] كما في كلّ وصف يكون كذلك اذا لا فرق في توقّف رفع الغرر على العلم بين هذه الأوصاف وبين تقدير العوضين بالكيل والوزن والعدّ، ويعني الوصف عن الاختبار فيما ينضبط من الاوصاف دون ما لا ينضبط كمقدار الطّعم والرّائحة واللّون وكيفياتها، فإنّ ذلك ممّا لا يمكن ضبطه الاّ باختبار شيء من جنسه، ثمّ الشّراء على ذلك التّحو من الوصف مثل ان يكون الاعمى قد رأى قبل العمى لؤلؤة فيبيع منه لؤلؤة أخرى على ذلك الوصف.

### مسائل

[١] الأولى: لا بد وان يختبر الطعم واللون والرائحة فيما يختلف قيمته باختلاف ذلك كما في كل وصف يكون كذلك بلا خلاف: لدفع الغرر، وتفصيل القول في هذه المسألة: انه تارة تختلف قيمة الشيء باختلاف اوصافه الثلاثة، واخرى لا تختلف. وعلى الأول: قد يكون واجد الوصف صحيحا وفاقد فاسدا، وقد يكونان معا من مراتب الصحيح.

اما في القسم الأول: فلا ينبغي التوقف في بطلان البيع مع الجهل بالوصف من دون توصيف واشتراط ولو ضمنى للغرر، من غير فرق بين كون الفاقد فاسداً او مما لا مالية له المترتبة من ذلك الشيء، وبين كونه معيباً.

وهناك قول آخر، وهو: القول بصحة البيع اعتمادا على اصالة السلامة.

وفيه: انه لا دليل عليها لا من بناء العقلاء ولا من الشرع،

اما الأول: فلأنهم في اموراتهم لا يبنون على السلامة ما لم يطمئنوا بها.

وما اعترف به المصنف عليه السلام من بنائهم عليها في ما اذا كان الشك في طروء المفسد.

غير سديد، لأنهم في ذلك المورد ايضا لا يبنون عليها مع عدم الإطمئنان وما يرى

من ايقاع المعاملة على الشيء من دون اطمئنان بسلامته انما يكون من جهة الشرط الضمني. وسيأتي الكلام فيه.

واما الثاني: فلأن ما يتوهم كونه دليلا عليها ليس الا الإستصحاب، وهو لا يجري

في المقام، لأن الأثر مترتب على الإحراز دون المتيقن.

وكذا الكلام في الطعم والرائحة لمن كان مسلوب الذائقة والشامة. نعم لو لم يرد من اختبار الاوصاف الاستعلام صحته وفساده جاز شرائها بوصف الصحة، كما في الذبس والدهن مثلاً، فإن المقصود من طعمها ملاحظة عدم فسادها، بخلاف بعض انواع الفواكه والروائح التي تختلف قيمتها باختلاف طعمها ورائحتها، ولا يقصد من اختبار اوصافها ملاحظة صحتها وفسادها واطلاق كلمات الاصحاب في جواز شراء ما يراد طعمه ورائحته [١] بالوصف محمول على ما اذا اريد الاوصاف التي لها مدخل في الصحة لا الزائدة على الصحة التي يختلف بها القيمة، بقريئة تعرضهم بعد هذا البيان جواز شرائها من دون اختبار ولا وصف بناء على اصالة الصحة، وكيف كان فقد قوى في السرائر عدم الجواز اخيراً بعد اختيار جواز بيع ما ذكرنا بالوصف وفاقاً للمشهور المدعى عليه الإجماع في الغنية. قال يمكن أن يقال أن بيع العين المشاهدة المرئية لا يجوز ان يكون بالوصف، لأنه غير غائب، فيباع مع خيار الرؤية بالوصف. فإذن لابد من شمه وذوقه لأنه حاضر مشاهد غير غائب يحتاج إلى الوصف وهذا أقوى، انتهى.

[١] قوله واطلاق كلمات الاصحاب في جواز شراء ما يراد طعمه ورائحته بالوصف الكلمات بانفسها مقصورة على صورة التمكن من التوصيف ولا تشمل ما لا يمكن فيه ذلك لعدم الانضباط لانه من البديهي ان المراد بالتوصيف تعيين الصفات للمشتري لا مجرد ذكرها كما هو واضح.

كما لا ينبغي التوقف في صحة البيع مع العلم بالوصف بالاختبار او غيره، او اخبار البائع به ان كان مؤمناً، او اشتراط وجوده ولو بالشرط الضمني لإرتفاع الغرر بجميع ذلك. اما بالأول: فواضح.

واما بالثاني: فلما دل على حجية خبر الواحد في الموضوعات<sup>(١)</sup> وما دل على كفاية اخبار البائع بالكيل او الوزن ان كان مؤمناً<sup>(٢)</sup> بعد الغاء خصوصية المورد.

ويضعفه أنّ المقصود من الاختبار رفع الغرر، فإذا فرض رفعه بالوصف كان الفرق بين الحاضر والغائب تحكماً، بل الأقوى جواز بيعه من غير اختبار ولا وصف بناءً على أصالة الصحة وفاقاً للفاضلين، ومن تأخّر عنهما، لأنّه اذا كان المفروض ملاحظة الوصف من جهة دوران الصحة معه، فذكره في الحقيقة يرجع إلى ذكر وصف الصحة.

ومن المعلوم أنّه غير معتبر في البيع اجماعاً، بل يكفي بناء المتعاقدين عليه اذا لم يصرح البائع بالبراءة من العيوب. وأمّا رواية محمد بن العيص عن الرّجل يشتري ما يذاق ايدوقه قبل ان يشتري؟ قال: نعم، فليذقه ولا يذوقنّ ما لا يشتري، فالسؤال فيها عن جواز الذوق لا عن وجوبه، ثمّ أنّه ربّما نسب الخلاف في هذه المسألة الى المفيد والقاضي وسلاّر وابي الصّلاح وابن حمزة، [١] قال في المقتعة

واما بالنالت: فان كان الشرط صريحا واضحا، وان كان ضمنيا - اي كان القيد من القيود التي بناء المتعاملين عليها - فلما تقدم اجمالا، وسيأتي تفصيله من انه بحكم ذكر الشرط وليس من قبيل البناء القلبي المجرد كي يقال انه لا عبرة به في باب العقود والإيقاعات.

وخبر محمد بن العيص<sup>(١)</sup> المذكور في المتن لا يدل على لزوم الاختبار فانه سؤالاً وجواباً في مقام بيان جواز الذوق لا وجوبه.

واما في القسم الثاني: فما ذكرناه في هذا القسم يجري فيه طابق النعل بالنعل، والفرق بينها انه لا مجال في هذا القسم لإحتمال الإستناد الى أصالة السلامة.

واما في القسم الثالث: فالأظهر صحة البيع مع الجهل بالوصف وان لم يشترط وجوده لعدم لزوم الغرر.

[١] ثمّ انه ربّما نسب الخلاف في هذه المسألة الى المفيد.

ظاهر كلمات هؤلاء كصريح الحلّي تعين الاختبار وعدم كفاية التوصيف كما ان مقتضى اطلاق كلام الجميع عدم الفرق بين وصف الصحة وسائر الاوصاف التي تنضبط بالتوصيف.

كل شيء من المطعومات والمشمومات يمكن للإنسان اختباره من غير افساد له كالادهان المختبرة بالشَّم و صنف الطَّيب والحلوات المذوقة، فإنَّه لا يصحَّ بيعه بغير اختبار، فإنَّ ابتيع بغير اختبار كان البيع باطلاً والمتبايعان فيها بالخيار، [١] فإنَّ تراضيا بذلك لم يكن به بأس انتهى.

وعن القاضي أنَّه لا يجوز بيعه الآ بعد ان يختبر فإنَّ بيع من غير اختبار كان المشتري مخيراً في ردِّه له على البائع، والمحكي عن سلاً وأبي الصَّلاح وابن حمزة اطلاق القول بعد صحَّة البيع من غير اختبار فيما لا يفسده الاختبار من غير تعرُّض لخيار المتبايعين كالمفيد او للمشتري كالقاضي. ثمَّ المحكي عن المفيد وسلاً انَّ ما يفسده الاختبار يجوز بيعه بشرط الصَّحة.

وعن النَّهاية والكافي انَّ بيعه جائز على شرط الصَّحة أو البراءة من العيوب [٢].

وعن القاضي لا يجوز بيعه الآ بشرط الصَّحة أو البراءة من العيوب. قال في محكيِّ المختلف بعد ذكر عبارة القاضي: انَّ هذه العبارة توهم اشتراط احد القيدين. اما الصَّحة أو البراءة من العيوب وليس بجيد، بل الاولى انعقاد البيع سواء شرط احدهما أو خلَّى عنهما أو شرط العيب.

والظاهر أنَّه انما صار الى الایهام من عبارة الشَّيخين حيث قالوا: أنَّه جاز على شرط الصَّحة أو بشرط الصَّحة، ومقصودهما انَّ البيع بشرط الصَّحة أو على شرط الصَّحة جائز لا انَّ جوازه مشروط بالصَّحة أو البراءة، انتهى.

[١] قوله والمتبايعان فيه بالخيار

والمراد بالخيار هنا هو الخيار في احدث بيع جديد وان لهم ذلك لا الخيار المصطلح - وذلك للتصريح قبله بيطان البيع من دون اختبار و كذلك بعده - ولنسبة الخيار الى المتبايعين ولو كان المراد هو الخيار المصطلح كان المنسوب اليه احدهما لا كليهما.

[٢] قوله الا بشرط الصحة أو البرائة من العيوب

المراد بالبرائة من العيوب برائة المبيع منها فيكون عطف تفسير لشرط الصحة لابرائة البايع.

اقول: ولعلّه لنكتة بيان أنّ مطلب الشّيخين ليس وجوب ذكر الوصف في العقد كما عبّر في القواعد فيما يفسده الاختبار: بقوله جاز شرط الصّحة لكنّ الانصاف: أنّ الظّاهر من عبارتي المقنعة والنّهاية ونحوهما هو اعتبار ذكر الصّحة في العقد، كما يظهر بالتدبّر في عبارة المقنعة من أوّلها الى آخرها.

وعبارة النّهاية هنا هي عبارة المقنعة بعينها فلا حظ. وظاهر الكلّ كما ترى اعتبار خصوص الاختبار فيما لا يفسده، كما تقدّم من الحليّ فلا يكفي ذكر الاوصاف فضلاً عن الاستغناء عنها باصالة السّلامة، ويدلّ عليه أنّ هؤلاء اشترطوا في ظاهر عبارتهم المتقدّمة: اشترط الوصف او السّلامة من العيوب فيما يفسده الاختبار وان فهم في المختلف خلاف ذلك لكنّ قدّمنا ما فيه، فينبغي ان يكون كلامهم في الأمور التي لا تنضبط [١] خصوصيّة طعمها وريحها بالوصف.

والظّاهر أنّ ذلك في غير الاوصاف التي يدور عليها السّلامة من العيب، الآ أنّ تخصيصهم الحكم بما لا يفسده الاختبار [٢] كالشاهد على أنّ المراد بالأوصاف التي لا يفسد اختبارها ما هو مناط السّلامة، كما أنّ مقابله وهو ما يفسد الشيء باختباره كالبيض والبطيخ كذلك غالباً، ويؤيّد حكم القاضي بخيار المشتري.

عن عهدة العيوب فان هذا الشرط لا يعقل صيرورته موجبا لصحة البيع لو كان باطلا بدونه للجهاالة والغرر لانه لايرفعها لولم يؤكد.

[١] قوله فينبغي ان يكون كلامهم في الامور التي لا تنضبط

حاصله انه من افتاء القوم بكفاية التوصيف فيما يفسده الاختبار يستكشف انه يكفى في رفع الغرر وحيث انه لا يمكن البناء على كفايته في رفع الغرر في مورد دون آخر فيعلم من ذلك ان ما افتوا به من عدم كفاية التوصيف فيما لا يفسده الاختبار انما هو فيما لا يمكن فيه التوصيف الابدع الاختبار وهو ما اذا كانت الصحة ذات مراتب ولا يمكن تعيين مرتبة منها الا بعد سبق الاختبار.

[٢] قوله الا ان تخصيصهم الحكم بما لا يفسده الاختبار... مناط السلامة

حاصل ذلك انه من مقابلة ما لا يفسد بالاختبار بما يفسد به - يعلم ان الفساد المنق

تارة والمثبت اخرى واحد وهو ما يقابل الصحة

وكيف كان فإن كان مذهبهم تعيين الاختبار فيما لا ينضب بالوصاف، فلا خلاف معهم منّا ولا من الاصحاب، وان كان مذهبهم موافقاً للحلّي [١] بناء على ارادة الوصاف التي بها قوام السّلامة من العيب، فقد عرفت أنّه ضعيف في الغاية وان كان مذهبهم عدم كفاية البناء على اصالة السّلامة عن الاختبار والوصف وان كان ذكر الوصف كافياً عن الاختبار، فقد عرفت أنّ الظاهر من حالهم وحال غيرهم عدم التزام ذكر الوصاف الرّاجعة الى السّلامة من العيوب في بيع الاعيان الشخصية.

ويمكن ان يقال بعد منع جريان اصالة السّلامة في الاعيان لعدم الدليل عليها لا من بناء العقلاء الأفيما اذا كان الشك في طرّو المفسد، [٢] مع أنّ الكلام في كفاية اصالة السّلامة عن ذكر الأوصاف اعمّ، ولا من التّشرع لعدم الدليل عليه انّ السّلامة من العيب الخاصّ متى ما كانت مقصودة [٣] على جهة الرّكنيّة للمال، كالحلاوة في الدّبس والرّائحة في الجلابّ والحموضة في الحلّ وغير ذلك ممّا يذهب بذهابه معظم المائيّة، فلا بدّ في دفع الغرر من احراز السّلامة من هذا العيب الناشيء من عدم هذه الصّفات وحيث فرض عدم اعتبار اصالة السّلامة.

وفيه ان ما يفسده الاختبار كما يفسد باختبار وصف صحته يفسد باختبار مراتب صحته فلا شهادة في هذا التخصيص على القصر بوصف السلامة.

[١] قوله وان كان مذهبهم موافقاً للحلّي

قد عرفت ان الاظهر ذلك فراجع.

[٢] قوله الافيما اذا كان الشك في طرّو المفسد

قد عرفت انه لا بناء من العقلاء حتى في هذا المورد.

[٣] قوله ان السلامة من العيب الخاص متى ما كانت مقصودة

محصل هذا التفصيل ان السلامة ان كان فواتها موجبا لفوات معظم المائيّة وكانت هي مقصودة على وجه الرّكنيّة لزم احرازها حين البيع ويبطل بدونه ولا يصح الاعتماد على اصالة السلامة - وان لم تكن كذلك اى لم تكن مقومة للمائيّة فلا تكون متعلقة للغرض النوعي المعامل من العقلاء - لم يجب احرازها.



فلا بدّ من الاختبار او الوصف او الاعتقاد بوجودها، لا مارة عرفية مغنية عن الاختبار والوصف ومتى ما كانت مقصودة لا على هذا الوجه لم تجب احرازها. نعم لما كان الاطلاق منصرفاً الى الصحيح [١] جاء الخيار عند تبين العيب، فالخيار من جهة الانصراف نظير انصراف الاطلاق الى التقد لا التسية وانصراف اطلاق الملك في المبيع الى غير مسلوب المنفعة مدّة يعتدّ بها لا من جهة الاعتماد في احراز الصّحة والبناء عليها على اصالة السّلامة.

وبعبارة اخرى، الشكّ في بعض العيوب قد لا يستلزم الغرر، ككون الجارية ممّن لا تحيض في سنّ الحيض، ومثل هذا لا يعتبر احراز السّلامة عنه، وقد يستلزمه ككون الجارية خنثى، وكون الدّابة لا يستطيع المشي أو الرّكوب والحمل عليه، وهذه ممّا يعتبر احراز السّلامة عنها، وحيث فرض عدم احرازها بالاصل، فلا بدّ من الاختبار او الوصف، هذا ويؤيّد ما ذكرنا من التّفصيل أنّ بعضهم كالمحقّق في النّافع والعلامة في القواعد عنون المسألة بما كان المراد طعمه او ريحه، هذا، ولكنّ الانصاف أنّ مطلق العيب [٢] اذا التفت اليه المشتري وشكّ فيه فلا بدّ في دفع الغرر من احراز السّلامة عنه. أمّا بالاختبار وأمّا بالوصف وأمّا بالإطلاق إذا فرض قيامه مقام الوصف. أمّا لاجل الانصراف. وأمّا لأصالة السّلامة من غير تفرقة بين العيوب اصلاً، فلا بدّ أمّا من كفاية الاطلاق في الكلّ للأصل والانصراف.

وأمّا من عدم كفايته في الكلّ نظراً الى أنّه لا يندفع به الغرر إذا حصل منه الوثوق، حتّى أنّه لو شكّ في أنّ هذا العبد صحيح او أنّه اجذم لم يجز البناء على اصالة

[١] قوله نعم لما كان الاطلاق منصرفاً الى الصحيح

هذا دفع اعتراض مقدرو هوانه ما الوجه لثبوت الخيار على هذا التفصيل فانه في الصورة الاولى يبطل البيع وفي الثانية يصح ولكن لا موجب له.

وحاصل الجواب ان وجه ثبوت الخيار في الصورة الثانية ليس من حيث الاعتماد على اصالة السّلامة بل لاقتضاء اطلاق العقد - اى الشرط الضمنى بالتقريب المتقدم ذلك.

[٢] قوله ولكن الانصاف ان مطلق العيب... احراز السّلامة عنه

هذا هو الصحيح على ما تقدم.

السَّلَامَة إذا لم يفد الوثوق، بل لابدّ من الاختبار او وصف كونه غير اجزم، وهذا وان كان لا يخلو عن وجه الآ أنّه مخالف لما يستفاد من كلماتهم في غير موضع من عدم وجوب اختبار غير ما يراد طعمه أو ريحه من حيث سلامته من العيوب وعدمها.

مسألة: يجوز ابتياع ما يفسده الاختبار من دون اختبار [١] اجماعاً على الظاهر والاقوي عدم اعتبار اشتراط الصّحة في العقد، وكفاية الاعتماد على اصالة السَّلَامَة [٢] كما فيما لا يفسده الاختبار، خلافاً لظاهر جماعة تقدّم ذكرهم من اعتبار اشتراط الصّحة

---

ثم انه في القسم الأول لو تبين فقد الوصف، فان كان الفاقد مما لا مالية له بطل البيع، لأنه حينئذ ينظر العرف الفاقد غير الواجد حقيقة، فما وقع عليه العقد لا واقع له، وماله واقع لم يقع عليه العقد.

وبعبارة اخرى: مع عدم المالية للمبيع لا يصدق عنوان البيع، وان كان الفاقد معيباً وله مالية ايضا صح البيع وثبت خيار العيب.

واما في القسم الثاني، فان كان البيع مع اشتراط وجود الوصف ولو ضمنا ثبت خيار تخلف الشرط، وان كان مع الإختبار او اخبار البائع لم يثبت الخيار، لا خيار تخلف الشرط لعدمه، ولا خيار الغبن لأن مورده زيادة القيمة السوقية او نقصها، ولا خيار العيب لعدم كونه معيباً.

### حكم شراء ما يفسده الإختبار

[١] قوله يجوز ابتياع ما يفسده الاختبار من دون اختبار

محصل الكلام في المقام: ان الاوصاف التي تختلف المالية باختلافها على قسمين:

الأول: ما يوجب فقده كون الفاقد غير صحيح.

الثاني: ما لا يوجب فقده ذلك بل يكون الواجد والفاقد من مراتب الصحيح.

اما في الأول: فيجوز البيع مع التوصيف او الإشتراط ولو بنحو الشرط الضمني كما

تقدم فيما لا يفسده الإختبار، ولا يصح البيع بدون ذلك للزوم الغرر.

[٢] واما الإعتاد على اصالة السلامة فقد عرفت في المسألة المتقدمة ما فيه.

او البراءة من العيوب [١] او خصوص احدهما. وقد عرفت تأويل العلامة في المختلف لعبارتي المقنعة والتهاية الظاهرتين في ذلك وارجاعهما الى ما اراده من قوله في القواعد جاز بيعه بشرط الصحة من أنه مع الصحة يمضي البيع ولا معها يتخير المشتري وعرفت ان هذا التأويل مخالف للظاهر حتى ان قوله في القواعد ظاهر في اعتبار شرط الصحة.

ولذا قال في جامع المقاصد: وكما يجوز بيعه بشرط الصحة يجوز بيعه مطلقاً،

[١] واما ما عن جماعة من الإكتفاء بالبراءة من العيوب، فان كان المراد بها ما تقدم وهو براءة المبيع من العيوب. فهو متين، الا انه يرجع الى اشتراط الصحة، وان كان المراد بها براءة البائع عن عهدة العيوب. فيرد عليه: ان ذلك يوجب الغرر المبطل للبيع، ولا وجه للقول بصحة البيع معه. واما في القسم الثاني: فان كان الوصف مما يمكن ضبطه وتوصيفه اعتبر ذلك دفعا للغرر.

والأجاز بيعه وان لم يكن الوصف محرزا بلا اختبار للإجماع على عدم لزومه. والوجه في ذلك: اما انه لا يلزم الغرر من جهة ان لهذه الأمور عند العرف مالية معينة، وان كان لو انكشف كونها واجدة للوصف تصير ماليتها ازيد الا انه ما لم ينكشف ذلك يكون لها مقدار معين من المالية، او لأنه على فرض لزوم الغرر السيرة القطعية المستمرة توجب تخصيص دليل الغرر. (١)

والظاهر ان نظر صاحب الجواهر رحمته المدعي للسيرة على بيع ما يفسده الإختبار بمجرد المشاهدة الى هذا القسم، واما في القسم الأول فقد عرفت انه يمكن ان تكون السيرة من جهة البناء على السلامة بنحو الشرط الضمني.

وكيف كان، فإذا تبين فساد البيع، [١] فإن كان قبل التصرف فيه بالكسر ونحوه، فإن كان لفساده قيمة كبيض النعامة والجوز تخير بين الرد والارش، ولو فرض بلوغ الفساد الى حيث لا يعدّ الفاسد من افراد ذلك الجنس عرفاً كالجوز الا جوف الذي لا يصلح الا للاحراق، فيحتمل قوياً بطلان البيع ان لم يكن لفساده قيمة تبين بطلان البيع لوقوعه على ماليس بتمول، وان كان تبين الفساد بعد الكسر في الأوّل تبين الارش خاصّة لمكان التصرف، ويظهر من المبسوط قول بأنه لو كان تصرفه على قدر يستعلم فيه فساد المبيع لم يسقط الرد، والمراد بالارش تفاوت ما بين صحيحه وفساده الغير المكسور، لانّ الكسر نقص حصل في يد المشتري، ومنه يعلم ثبوت الارش ايضاً ولو لم يكن لمكسوره قيمة، لأنّ العبرة في التّمول بالفساد الغير المكسور، ولا عبرة بخروجه بالكسر عن التّمول، ويبطل البيع في الثاني

[١] قوله وكيف كان فاذا تبين فساد البيع.

ومحصل الكلام في المقام: انه ان كان تبين الفساد قبل التصرف بالكسر ونحوه، فربما يكون للفساد مقدار من المالية، ولكنه اقل من مقدار الصحيح. وربما لا تكون له المالية.

فان كان له مقدار من المالية، فان كان الفاسد بنظر العرف غير الصحيح كالجوز الأجوف الذي لا يصلح الا للاحراق، لا اشكال في فساد البيع، فان ما وقع عليه العقد غير موجود، والموجود لم يقع عليه العقد.

وبعبارة اخرى: ما قصد لا واقع له، وماله واقع لم يقصد، وان كان ذلك معيب الصحيح صح البيع وثبت خيار العيب، وان لم تكن له مالية بطل البيع لتقومه بتبديل المال. واما ان كان التبين بعد التصرف بالكسر ونحوه، فان كان للفساد مالية وكان مع الصحيح بنظر العرف واحدا لا وجه لبطلان البيع، ويسقط خياره للتصرف، فيتعين عليه اخذ الارش. ولو كان التصرف الكسري بالمقدار اللازم في الاختبار، فهل يكون ذلك مانعا عن الرد اولاً؟ وجهان،

لا يبعد اظهرية الثاني، فان البيع بشرط الصحة يتضمن شرط تقبل الرد بظهور العيب بالمقدار من الكسر المتوقف عليه الاختبار، وليس المقام كسائر موارد خيار العيب الساقط فيها الخيار بالتصرف. وان كان بنظر العرف مابيننا للصحيح بطل البيع

اعني ما لم يكن لفاسده قيمة وفاقاً للمبسوط والسرائر.  
 وظاهر من تأخّر عنها وظاهرهم بطلان البيع من رأس، كما صرّح به الشيخ  
 والحلي والعلامة في التذكرة مستدلين بوقوعه على ما لا قيمة له كالحشرات وهو  
 صريح جملة بمن تأخّر عنهم وظاهر آخرين عدا الشهيد في الدروس، فإنّ ظاهره  
 انفساخ البيع من حيث تبين الفساد لا من اصله، [١] وجعل الثاني احتمالاً ونسبه الى  
 ظاهر الجماعة، ولم يعلم وجه ما اختاره. ولذا نسب في الرّوضة خلافه الى الوضوح  
 وهو كذلك فإنّ الفاسد الواقعي ان لم يكن من الاموال الواقعية كان العقد عليه فاسداً  
 لأنّ اشتراط تمولّ العوضين واقعي لا علمي

وان لم تكن للفاسد مالية، فالكلام فيه في مواضع:  
 الأول: ان المبيع الفاسد الذي لا مالية لمكسوره كالبيض هل له مالية قبل الكسر من  
 جهة ان العقلاء يبذلون بازائه المال رجاء للسلامة وليس المال الا ما يبذل بازائه المال، ام  
 ليس له مالية نظراً الى ان المالية تتزعزع من كون الشيء موضوعاً لأثر يبيل العقلاء اليه  
 ويكون مورداً لرغبتهم؟ وجهان  
 اقوامها الثاني، وعليه فيكون البيع في الفرض باطلاً من اصله من جهة انكشاف  
 عدم المالية.

الثاني: انه على تقدير المالية قبل الكسر  
 [١] هل ينفسخ البيع من حين الكسر وتبين الفساد - كما عن الشهيد عليه السلام نظراً الى  
 ان الخروج عن المالية بالكسر حيث انه لأمر سابق على العقد فيكون مضموناً على البايع  
 ام لا ينفسخ من جهة ان الخروج عن المالية ليس لأمر سابق وهو فساداه فانه  
 اوجب نقصاً في المالية، ثم بالكسر ذهب المقدار الباقي فعلاً، وجهان: اقوامها الثاني.  
 فان قلت: انه يمكن تصحيح كلام الشهيد عليه السلام بان يقال: انه بالكسر يظهر العيب،  
 فحين الكسر يكون خيار العيب ثابتاً قطعاً، وفي ذلك الحين يتلف المبيع فيكون تالفاً في  
 زمان الخيار، فتشمله قاعدة التلف في زمن الخيار بمن لا خيار له. (١)  
 قلت: اولاً: ان الكسر اتلاف لا تلف، والقاعدة مختصة بالتلف.  
 وثانياً انها مختصة بالخيارات الزمانية بانفسها، وخيار العيب ليس زمانياً بذاته

وان كان من الأموال الواقعية، فإن لم يكن بينه وبين الصحيح تفاوت في القيمة لم يكن هنا ارش ولا ردّ [١] بل كان البيع لازماً وقد تلف المبيع بعد قبضه وان كان بينه وبين الصحيح الواقعي تفاوت فاللأزم هو استرجاع نسبة تفاوت ما بين الصحيح والفساد من الثمن لا جميع الثمن.

اللهم الآن يقال أنه مال واقعي الى حين تبين الفساد، فإذا سقط عن المالية لامر سابق على العقد وهو فساده واقعاً كان في ضمان البائع، فينفسخ البيع حينئذ بل يمكن ان يقال بعدم الانفساخ فيجوز له الامضاء، فيكون المكسور ملكاً له وان خرج عن المالية بالكسر وحيث انّ خروجه عن المالية لامر سابق على العقد كان مضموناً على البائع، [٢] وتدارك هذا العيب اعني فوات المالية، لا يكون الا بدفع تمام الثمن، لكن سيجيء ما فيه من مخالفة القواعد والفتاوى. وفيه وضوح كون ماليته عرفاً وشرعاً من حيث الظاهر.

الثالث: انه على تقدير المالية قبل الكسر وعدم انفساخ البيع، هل يسترجع ما يوازي تمام الثمن، ام يسترجع تفاوت ما بين الصحيح والمعيب؟ وجهان:  
اقواهما الثاني، فان الموجب للأرش هو العيب الموجود حال البيع دون الحادث بعده.

ودعوى ان الحادث في زمان الخيار ايضاً موجب له،  
مندفعة بان الحادث بالاتلاف ليس موجبا له كما هو واضح.

[١] قوله لم يكن هنا ارش والارش

عدم ثبوت الارش واضح لعدم التفاوت بين القيمتين واما عدم ثبوت الرد فغير ظاهر فانه اذا اشتراه بشرط الصحة ثبت خيار تخلف الشرط.

[٢] قوله وحيث ان خروجه عن المالية لامر سابق على العقد كان مضموناً

ليس مراده بذلك ضمان المعاوضة كي يرد عليه بان لازمه انفساخ البيع والمفروض

عدمه بل مراده ضمان الغرامة نظراً الى منشأ هذا العيب الحادث هو العيب السابق

فالصحيح ان يورد عليه بان الكسر الموجب لنقص مقدار من المالية المشترك بين

الصحيح والمعيب ليس منشأه العيب السابق.

وأما إذا انكشف الفساد حكم بعدم المآلية الواقعية من أول الامر مع أنه لو كان مالاً واقعاً فالعيب حادث في ملك المشتري، فإن العلم مخرج له عن المآلية لا كاشف فليس هذا عيباً مجهولاً ولو سلم فهو كالارمد يعمى بعد الاشتراء، والمريض يموت مع ان فوات المآلية يعدّ تلفاً لا عيباً، ثم ان فائدة الخلاف تظهر في ترتب آثار ملكية المشتري الثمن الى حين تبين الفساد، وعن الدروس واللمعة انها تظهر في مؤنة نقله [١] عن الموضع الذي اشتراه فيه إلى موضع اختباره، فعلى الأول على البائع وعلى الثاني على المشتري لوقوعه في ملكه، وفي جامع المقاصد الذي يقتضيه النظر أنه ليس له رجوع على البائع بها لانتفاء المقتضي وتبعه الشهيد الثاني قال لانه نقله بغير امره فلا يتجه الرجوع عليه بها وكون المشتري هنا كجاهل استحقاق المسبب حيث رجع بما غرم إنما يتجه مع الغرور وهو منفي هنا لاشتراكها في الجهل، انتهى.

واعترض عليه بأن الغرور لا يختص بصورة علم الغار، وهنا قول ثالث نفي عنه البعد بعض الاساطين، وهو كونه على البائع على التقديرين وهو بعيد على تقدير الفسخ من حين تبين الفساد، هذا كله في مؤنة النقل من موضع الاشتراء الى موضع الكسر.

[١] قوله وعن الدروس واللمعة انها تظهر في مؤنة نقله

الاقوال والوجوه في المسألة ثلاثة

الاول: ان المؤونة على البائع مطلقا

الثاني: انها على المشتري كذلك

الثالث: التفضيل بين القول بالانفساخ من حين التبين فعلى المشتري وبين القول

بانكشاف الفساد من الاول فعلى البائع

والاظهر انها على المشتري مطلقا الامع صدق التغير فان يرجع المشتري حينئذ

الى البائع لقاعدة الغرور - او كون النقل بامرّه - اما رجوعه الى البائع في المورد فواضح

واما عذم رجوعه في غيرهما فلعدم الموجب له.

واما مؤنة نقله من موضع الكسر، لو وجب تفريغه منه [١] لمطالبة مالكة، اولكونه مسجداً أو مشهداً، فإن كان المكسور مع عدم تمّوله ملكاً نظير حبة الحنطة: فالظاهر أنه على البايع على التقديرين، لأنه بعد الفسخ ملكه، واما لو لم يكن قابلاً للملك فلا يبعد مؤاخذه المشتري به وفي رجوعه على البائع ما تقدّم في مؤنة نقله الى موضع الكسر، ثم ان المحكي في الدروس عن الشيخ واتباعه أنه لو تبرأ البائع من العيب [٢] فيما لا قيمة لمكسوره صح، قال: ويشكل أنه اكل مال بالباطل، وتبعه الشهيد والمحقق الثانيان

[١] قوله واما مؤنة نقله من موضع الكسر

تارة يكون لزوم النقل لحق البايع من جهة ان المكسور ماله ومتملق حقه - واخرى - يكون لحق الله تعالى كما اذا كان في المسجد وكان بقائه فيه موجبا لهتكه - اما في الاول فمؤنة الرد على المشتري الا اذا كانت المؤنة زائدة عما يقتضيه طبعاً رد المال: فانه اذا كانت المؤنة بمقدار ما يقتضيه طبعاً رد المال لا محالة يكون دليل وجوب الرد اخص من حديث لا ضرر فيخصص به - وان كانت زائدة عليه كان مقتضى حديث<sup>(١)</sup> لا ضرر عدم وجوب البذل عليه

واما في الثاني فمؤنة النقل كاصل وجوبه تكون على عامة المسلمين وصيرورة المشتري سبباً لتوجيه التكليف لا توجب اختصاص التكليف به كما حققناه مفصلاً في الجزء الاول من فقه الصادق في مبحث تنجيس المسجد.

[٢] قوله لو تبرأ البايع من العيب فيما لا قيمة لمكسوره صح

الظاهر ان مراد الشيخ واتباعه انه مع الفراغ عن صحة البيع بالاطمينان بالصحة والسلامة من الاختبار او التوصيف او غيرهما اذا تبرأ من العيوب ثم تبين الفساد بالكسر صح وليس مراده تصحيح البيع بالتبري حتى يورد عليه بان ذلك موجب للزوم الفرر المبطل - او يوجه بان المراد اشتراط المشتري على البايع البرائة من العيوب.

وعلى ما ذكرناه فايراد الدروس عليهم بانه اكل للمال بالباطل انما يكون من جهة انكشاف عدم المالية له قبل الكسراى حين البيع.



وقد تصدّى بعض لتوجيه صحّة اشتراء البراءة [١] بما حاصله منع بطلان البيع وان استحقّ المشتري مجموع الثمن من باب الارش المستوعب، فإنّ الارش غرامة اوجبا الشّارع بسبب العيب، لا أنّه جزء من الثمن استحقّ بسبب فوات ما قابله من الثمن، ولذا يسقط بالاسقاط ولا يتعيّن على البائع الاعطاء من نفس الثمن ليسقط بالتبرّي وليس هذا كاشتراط عدم المبيع في عقد البيع اذ المثلث يتحقّق على حسب معاملة العقلاء، ولم يعلم اعتبار ازيد من ذلك في صحّة البيع، فع فرض رضاه بذلك يكون قادماً على بذل ماله على هذا النحو.

نعم لو لم يشترط استحقّ الرجوع بالارش المستوعب، ولعلّه اذا لم يعبروا بالبطان وان ذكر المحقّق وغيره الرجوع بالثمن، وفهم منه جماعة بطلان البيع، لكنّه قد يمنع بعدم خروجه عن المالية وان لم يكن له قيمة وهو اعمّ من بطلان البيع، انتهى محصله وفيه مواقع للنظر فإنّ المتعرّضين للمسألة بين مصرّح بطلان البيع، كالشيخ في المبسوط والحلي في السرائر والعلامة في التذكرة، معللين ذلك بأنّه لا يجوز بيع ما لا قيمة له، وبين من صرّح برجوع المشتري بتمام الثمن الظاهر في البطان، فإنّ الرجوع بعين الثمن لا يعقل من دون البطان، ويكفي في ذلك ما تقدّم من الدروس من أنّ ظاهر الجماعة البطان، من اول الامر، واختارته الانفساخ من حين تبين الفساد، فعلم ان لا قول بالصحة مع الأرش،

[١] قوله وقد تصدى بعض لتوجيه صحّة اشتراء البراءة

المتصدى للتوجيه هو صاحب الجواهر رحمته الله ويرد عليه.

انه ان اراد بذلك عدم اعتبار المالية الواقعية وانه يكتفى المالية الظاهرية في صحّة البيع - ففيه - ان البيع اذا كان هو تبديل المالين فع عدم المالية الواقعية يتعين البناء على الفساد الواقعي

وان اراد ان مال القيمة لمكسوره يكون ما لا واقعا قبل الكسر - ففيه - ما تقدم في اوائل هذه المسألة.

وان اراد كفاية الملكية في صحّة البيع ولا يعتبر المالية - ففيه - ما تقدم في الجزء الاول من هذا الشرح في مسألة بيع ما لا منفعة له وعرفت انه لا تصدق عناوين المعاملات مع عدم المالية.

وان اراد انه من حيث كونه محكوما بالارش المستوعب فهو ذو مالية على اى تقدير - ففيه - ان الارش لا يوجب صيرورة المبيع مالا.

بل ظاهر العلامة ﷺ في التذكرة عدم هذا القول بين المسلمين حيث أنه بعد حكمه بفساد البيع معللاً بوقوع العقد على ما لا قيمة له، وحكاية ذلك عن بعض الشافعية قال، وقال بعضهم بفساد البيع لا لهذه العلة، بل لأن الرد ثبت على سبيل استدراك الظلّامة، [١] وكما يرجع بجزء من الثمن عند انتقاص جزء من المبيع كذلك يرجع بكل الثمن عند فوات كل المبيع ويظهر فائدة الخلاف في أنّ القشور الباقية بمن يختصّ، حتّى يجب عليه تطهير الموضع عنها، انتهى.

هذا مع أنّه لا مجال للتأمل في البطلان بناء على ما ذكرنا من القطع بأنّ الحكم بمالية المبيع هنا شرعاً و عرفاً حكم ظاهري، وتموّل العوضين واقعاً شرط واقعي لا علمي، ولذا لم يتأمل ذو مسكة في بطلان بيع من بان حرّاً أو ما بان خمرأ [٢] وغير ذلك إذ انكشاف فقد العوض مشترك بينهما، ثمّ إنّ الجمع بين عدم خروجه عن المالية وبين عدم القيمة لمكسوره ممّا لم يفهم. [٣] فلعلّه اراد الملكية مضافاً الى أنّ الارش المستوعب للثمن لا يخلو تصوّره عن اشكال، لأنّ الارش كما صرّحوا به تفاوت ما بين قيمتي الصّحيح والمعيب. نعم ذكر العلامة في التذكرة والتحرير والقواعد أنّ المشتري للعبد الجاني عمداً يتخيّر مع الجهل بين الفسخ فيستردّ الثمن او طلب الارش، فإن استوعب الجناية القيمة كان الارش جميع الثمن ايضاً

#### [١] قوله على سبيل استدراك الظلّامة

الظلّامة هي ما للمظلوم عند الظالم واستدراكها تداركها اما باسترجاع عين ما يكون عنده او بآداء ما يمثله.

#### [٢] قوله ولذا لم يتأمل ذو مسكة في بطلان بيع من بان حرا

الفرق بين المقام وبين بيع الحر والخمر بعد اشتراكهما في عدم المالية: ان الحر والخمر ليسا ملكين بخلاف المبيع في المقام.

#### [٣] قوله ثم ان الجمع بين عدم خروجه عن المالية وبين عدم القيمة لمكسوره ممّا لم

يفهم

يمكن الجمع بينهما ان كان المراد عدم الخروج عن المالية قبل الكسر كما تقدم  
- نعم - لا يمكن الجمع بينهما ان لو حظا في حال واحد.

وقد تصدّى جامع المقاصد لتوجيه عبارة القواعد في هذا المقام بما لا يخلو عن بُعد فراجع، وكيف كان فلا جد وجهاً لما ذكره، واضعف من ذلك ما ذكره بعض آخر من منع حكم الشّيخ واتباعه بصحّة البيع واشتراط البائع على المشتري البراءة من العيوب، وزعم أنّ معنى اشتراط البراءة في كلامهم اشتراط المشتري على البائع البرائة من العيوب، فيكون مراداً لاشتراط الصّحة، وانت خبير بفساد ذلك، بعد ملاحظه عبارة الشّيخ والاتباع. فإنّ كلامهم ظاهر او صريح في أنّ المراد براءة البائع من العيوب لا المشتري. نعم لم اجد في كلام الشّيخين والمحكّي عن غيرهما تعرّضاً لذكر هذا الشرط في خصوص ما لا قيمة لمكسوره، ثمّ أنّه ربّما يستشكل في جواز اشتراط البراءة من العيوب [١] الغير المخرجة عن المائيّة أيضاً بلزوم الغرر، فإنّ بيع ما لا يعلم صحّته، وفساده لا يجوز الأبناء على اصالة الصّحة، واشتراط البراءة كان بمنزلة البيع من غير اعتداد بوجود العيوب وعدمها، وقد صرح العلامة وجماعة بفساد العقد لو اشترط سقوط خيار الرّؤية في العين الغائبة، وسيجيء توضيحه في باب الخيارات انشاء الله.

مسألة: المشهور من غير خلاف يذكر جواز بيع المسك في فأره [٢] والفأر بالهزمة قيل جميع فأرة كنمر وتمرّة.

وعن التّهايه أنّه قد لا يهزم تخفيفاً ومستند الحكم العمومات [٣] الغير المزامحة بما يصلح

[١] قوله ثمّ انه ربما يستشكل في جواز اشتراط البرائة من العيوب. بلزوم الغرر لا اشكال فيه اذا كان الاشتراط بعد كون البيع صحيحا غير غررى لعدم الجهل به والاطلاع على حاله بالاختبار ونحوه - وكان الغرض منه دفع الالتزام بالعيوب اذا ظهر الخطاء - نعم - يصح هذا الاشكال لو كان الاشتراط مع الجهل بالمبيع لدفع الغرر فانه يوجبه ولا يرفعه.

### بيع المسك في الفأرة

[٢] قوله المشهور من غير خلاف يذكر جواز بيع المسك في فأرة

[٣] مقتضى العمومات والسيرة جواز بيع ذلك

للتخصيص عدا توهم النجاسة [١] المنسفع في باب النجاسات بالنص والاجماع [٢] او توهم جهالته بناء على ما تقدم من احتمال عدم العبرة باصالة الصحة في دفع الغرر ويندفع بما تقدم من بناء العرف على الاصل في نفي الفساد [٣] وبناء الاصحاب على عدم التزام الاختبار في الاوصاف التي تدور معها الصحة لكنك خبير بأن هذا كله حسن لدفع الغرر المحاصل من احتمال الفساد. واما الغرر من جهة تفاوت افراد الصحيح الذي لا يعلم الا بالاختبار فلا رافع له. نعم قد روي في التذكرة مرسلًا عن الصادق عليه السلام جواز بيعه لكن لم يعلم ارادة ما في الفأرة، وكيف كان. فإذا فرض أنه ليس له اوصاف خارجية يعرف بها الوصف الذي له دخل في القيمة، فالاحوط ما ذكره من فتقه بإدخال خيط فيها بآبرة، ثم اخراجه وشمه

واستدل لعدم الجواز بوجهين:

[١] احدهما: أنه دم ولا يجوز بيع النجس.

[٢] واجاب عنه المصنف رحمه الله: بانه ليس بنجس للنص<sup>(١)</sup> والاجماع.

ويمكن ان يجاب عنه - مضافا الى ذلك بوجهين -

احدهما: عدم كونه نجسا اما للإستحالة - فتدبر - او لان المادة من اصلها ليست

مادة دم بل هي جرم خاص.

ثانيها: انه لا دليل على بطلان بيع الدم الذي ينتفع به منفعة محللة معتد بها، كما تقدم

تفصيل القول في ذلك في الجزء الاول من هذا الشرح.

الثاني: انه مجهول ولا يجوز بيع المجهول كما تقدم.

وفيه: انه تارة يحتمل الفساد، واخرى لا يحتمل ذلك، ويكون الفاقد لوصف محتمل

من مراتب الصحيح

اما في الصورة الاولى فقد افاد المصنف رحمه الله

[٣] ان بناء العرف على اصالة الصحة في نفي الفساد - وقد تقدم ما في ذلك في

المسألة السابقة

والحق انه مع اخبار البايع بالسلامة ان كان مؤتمنا او اشتراط الصحة ولو

ثمّ لو سُمِّه ولم يرض به فهل يضمن هذا النقص الدّاخل عليه من جهة الفتح لو فرض حصوله فيه، ولو بكونه جزءاً أخيراً لسبب النقص بأن فتح قبله بإدخال الخيط والابرة مراراً ووجهه، مبني على ضمان النقص في المقبوض بالسوم، [١] فالاولى ان يباشر البائع ذلك فيشتم المشتري الخيط، ثمّ انّ الظاهر من العلامة عدم جواز بيع اللؤلؤ في الصدف وهو كذلك، وصرّح بعدم جواز بيع البيض في بطن الدجاج للجهالة وهو حسن، اذا لم يعرف لذلك الدجاج فرد معتاد من البيض من حيث الكبر والصغر.

بالشرط الضمني يصح البيع لارتفاع الغرر.

اما بالاول فلما<sup>(١)</sup> دل على حجية خبر الواحد في الموضوعات ومادل<sup>(٢)</sup> على كفاية اخبار البائع بالكيل او الوزن ان كان مؤتمنا بعد الغاء خصوصية المورد. واما بالثاني فلما تقدم في المسألة السابقة - وبدون ذلك لا يكون البيع صحيحا للغرر واما في الصورة الثانية فان لم تختلف القيمة باختلاف الاوصاف صح البيع بلا كلام لعدم الغرر وأن كان يختلف به القيمة فيصح مع اخبار البائع او الاشتراط ولو ضمنا وبدونه يحتمل الوجهان وجه البطلان لزوم الغرر وجه الصحة سيرة المتسعة من التجار وغيرهم على البيع بدون الاختبار والاحوط ان يحتبر بفتحها بادخال خيط فيها بارة ثم اخراجه وشمه.

[١] قوله وجه مبني على ضمان النقص في المقبوض بالسوم

وفيه انه يمكن القول بعدم الضمان وان قلنا بالضمان في تلك المسألة: فان المشتري ان اختبر مع اذن البائع كان ظاهر ذلك هو المجانية وعدم ضمان النقص وهذا بخلاف المقبوض بالسوم.

[٢] قوله عدم جواز بيع اللؤلؤ في الصدف

الاشكال في بيع اللؤلؤ انما يكون من جهتين - الاولى - من جهة الجهل بالوجود - الثانية - من جهة الجهل بالصفة وانما يصح البيع مع التعارف اذا ارتفع الجهل من الجهتين للتعارف - والا فلا يصح -

مسألة: لا فرق في عدم جواز بيع المجهول بين ضمّ معلوم إليه وعدمه، [١] لأنّ ضمّ المعلوم إليه لا يخرجُه عن الجهالة، فيكون المجموع مجهولاً، إذ لا نغني بالمجهول ما كان كلّ جزء جزء منه مجهولاً، ويتفرّع على ذلك أنّه لا يجوز بيع سمك الاجام ولو كان مملوكاً لجهالته وان ضمّ إليه القصب أو غيره، ولا اللبن في الضرع ولو ضمّ إليه ما يجلب منه أو غيره على المشهور، كما في الرّوضة وعن الحدائق: وخصّ المنع جماعة بما إذا كان المجهول مقصوداً بالاستقلال أو منضمّاً إلى المعلوم، وجوّزوا بيعه إذا كان تابعاً للمعلوم، وهو المحكّي عن المختلف وشرح الإرشاد لفخر الإسلام والمقتصر، واستحسنه المحقّق والشهيد الثانيان. ولعلّ المانعين لا يريدون الآ ذلك، نظراً إلى أنّ جهالة التابع لا يوجب الفرر، ولا صدق اسم المجهول على المبيع عرفاً، حتّى يندرج في اطلاق ما دلّ من الاجماع على عدم جواز بيع المجهول. فإنّ أكثر المعلومات بعض اجزائها مجهول، خلافاً للشّيخ في النّهاية، وابن حمزة في الوسيلة، والمحكّي عن الاسكافي والقاضي، بل في مفتاح الكرامة أنّ الحاصل من التّبع أنّ المشهور بين المتقدّمين هو الصّحة، بل عن الخلاف والغنية الإجماع في مسألة السّمك، واختاره من المتأخّرين المحقّق الأردبيلي وصاحب الكفاية والمحدّث العاملي والمحدّث الكاشاني. وحكى عن ظاهر غاية المراد وصرّح حواشيه على القواعد

### بيع المجهول منضمًا إلى المعلوم

- [١] قوله لا فرق في عدم جواز بيع المجهول بين ضمّ معلوم إليه وعدمه الأتّوال في المسألة - اي في بيع المجهول مع الضميمة - ثلاثة:  
 احدها: الجواز مطلقاً، ذهب إليه السيد في محكي الانتصار.  
 الثاني: ما هو المشهور بين الأصحاب وهو عدم الجواز كذلك.  
 الثالث: ما عن المختلف وشرح الارشاد وغيرهما، وهو التفصيل بين ما إذا كان المجهول تابعاً للمعلوم فيصح البيع، وبين ما إذا لم يكن كذلك فيبطل.  
 والحق يقتضي البحث في موضعين:  
 الأول: فيما تقتضيه النصوص الخاصة

وحجّتهم على ذلك الاخبار المستفيضة الواردة في مسألتَي السّمك واللّبن وغيرهما.

ففي مرسلة البرنطي التي أرسلها كوجود سهل فيها سهل، [١] عن أبي عبدالله عليه السلام قال: إذا كانت أجمة ليس فيها قصب اخرج شيئاً من سمك فباع [فبيع] وما في الأجمة.

ورواية معاوية بن عمّار عن أبي عبدالله عليه السلام لا بأس بأن يشتري الآجام اذا كان فيها قصب، والمراد شراء ما فيها بقريئة الرواية السابقة واللاحقة. [٢] ورواية ابي بصير عن ابي عبدالله عليه السلام في شراء الأجمة ليس فيها قصب أنّما هي ماء، قال يصيد كفاً من سمك تقول اشتري منك هذا السّمك، وما في هذه الأجمة بكذا وكذا.

الثاني فيما تقتضيه القواعد

اما الموضوع الاول فلخص القول فيه، ان بعض النصوص يدل على انه يصح بيع مجهول الصفة مع الضميمة، كمرسل البرنطي<sup>(١)</sup> المذكور في المتن

[١] قوله التي ارسلها كوجود سهل فيها سهل

اما كون ارسلها سهلا فلان المرسل هو البرنطي الذي لا يرسل الا عن ثقة ومن اصحاب الاجماع واما كون وجود سهل سهلا، فلان الاظهر عند جماعة الاعتقاد على رواياته منهم الوحيد

ونحوه خبر ابي بصير<sup>(٢)</sup> المذكور في المتن، فانها ظاهر ان في صحة بيع المجهول من حيث المقدار بضمه الى المعلوم ينحوا لجزئية،

وفي المتن ان رواية<sup>(٣)</sup> معاوية بن عمار المذكورة فيه من هذا القبيل قال

[٢] والمراد شراء ما فيها بقريئة الرواية السابقة واللاحقة

وفيه ان ظاهر الخبر شراء رقبة الارض مع ما فيها من القصب لاشراء السمك فهو

اجنبي عن المقام

وجملة من تلك النصوص تدل على صحة بيع مجهول الحصول مع الضميمة

(١) الوسائل - باب ١٢ - من ابواب عقد البيع حديث ٢. (٢) نفس المصدر حديث ٦.

(٣) نفس المصدر حديث ٥.

وموثقه سماعاً عن أبي عبد الله عليه السلام كما في الفقيه، قال: سألته عن اللبن يشتري وهو في الضرع، قال: لا، إلا أن يحلب لك في سكرجة، [١] فيقول: اشتري مني هذا اللبن الذي في الاسكرجة وما في ضروعها بثمن مسمى، فإن لم يكن في الضرع شيء كان ما في السكرجة، وعليها تحمل صحيحة العيص بن القاسم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل له نعم يبيع البانها بغير كيل، قال: نعم حتى تنقطع أو شيء منها، بناء على أن المراد بيع اللبن الذي في الضرع بتمامه، [٢] أو يبيع شيء منه محلوب في الخارج، وما بقي في الضرع بعد حلب شيء منه. وفي الصحيح إلى ابن محبوب عن أبي إبراهيم الكرخي قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام ما تقول في رجل اشترى من رجل اصواف مائة نعجة وما في بطونها من حمل بكذا وكذا درهماً، قال: لا بأس أن لم يكن في بطونها حمل كان رأس ماله في الصوف.

كموثق سماعاً<sup>(١)</sup> المذكور في المتن، فتأمل فانه قابل للحمل على الجهل بالوجود [١] قوله يحلب لك في سكرجة - السكرجة معرب سكره وهي بالفارسية وعاء متخذ من الطين يحلب فيه اللبن وصحيح العيص<sup>(٢)</sup> المذكور في المتن.

[٢] قوله بناء على أن المراد بيع اللبن الذي في الضرع بتمامه وفيه أن المراد بالانتقاع أن كان هو النقاد - فلا تعرض فيه لاعتبار الضميمة إذ المراد حينئذ من قوله أو شيء منه يبيع بعض اللبن - وأن كان المراد به الانفصال من الضرع - وأن كان حينئذ المراد من قوله أو شيء منه انفصال بعض اللبن وبيعه منضمًا إلى ما في الضرع إلا أن الجزء السابق وهو يبيع جميعه مع الانفصال بيع المجهول ولم يعتبر فيه الضميمة فما هو ظاهر المتن من حمل الانتقاع على النقاد - وحمل أو شيء منه على حلب شيء من اللبن وضمه إلى ما في الضرع - تفكيك بين الجملتين وحمل لهما على معنيين لا تقابل بينهما أصلاً.

وبعضها يدل على أن بيع مجهول الوجود يصح مع الضميمة كصحيح الكرخي<sup>(٣)</sup> المذكور في المتن.

(١) الوسائل - باب ٨ - من أبواب عقد البيع حديث ٢. (٢) نفس المصدر حديث ١.

(٣) الوسائل - باب ١٥ - من أبواب عقد البيع حديث ١.



وموثقة اسماعيل بن الفضل الهاشمي عن ابي عبدالله عليه السلام في الرجل، يتقبل بخراج الرجال وجزية رؤوسهم وخراج النخل والشجر والآجام والمصائد والسّمك والطير وهو لا يدري، لعلّه لا يكون شيء من هذا ابداً أو يكون، يشتريه وفي ايّ زمان يشتريه ويتقبل به، قال عليه السلام اذا علم من ذلك شيئاً واحداً. أنّه قد ادرك فاشتره وتقبل به. وظاهر الاخيرين كموثقة سماعة أنّ الضميمة المعلومة أنّما تنفع من حيث عدم الوثوق بحصول المبيع، لا من حيث جهالته، فإنّ ما في الاسكرجة غير معلوم بالوزن والكيل. وكذا المعلوم الحصول من الاشياء المذكورة في رواية الهاشمي، مع أنّ المشهور، كما عن الحدائق المنع عن بيع الأصواف على ظهور الغنم، بل عن الخلاف عليه الاجماع، والقائلون بجوازه استدلّوا برواية الكرخي، مع منعهم عن مضمونها من حيث ضمّ ما في البطون الى الاصواف، فتبيّن أنّ الرواية لم يقل أحد بظاهاها، [١] ومثلها في الخروج عن مسألة ضمّ المعلوم إلى المجهول، روايتا أبي بصير والبرزطي فإنّ الكفّ من السّمك لا يجوز بيعه لكونه من الموزون. ولذا جعلوه من الربويات، ولا ينافي ذلك تجويز بيع سمك الآجام اذا كانت مشاهدة، لاحتمال ان لا يعتبر الوزن في بيع الكثير منه كالذي لا يدخل في الوزن لكثرتة كزبرة الحديد بخلاف القليل منه. وأما رواية معاوية بن عمّار فلا دلالة فيها على بيع السّمك الأبقريّة روايتي ابي بصير والبرزطي التّين عرفت حالهما، فتأمّل.

حبت ان المفروض فيه الجهل بالوجود ونحوه موثق<sup>(١)</sup> اسماعيل المذكور في المتن.  
[١] واورد عليها: المصنف رحمته: بانها متضمنة لجواز بيع المجهول مع ضمه الى مجهول آخر، اذ الأصواف على ظهر مائة نعجة في رواية الكرخي مجهولة بنفسها ولا يصح بيعها منفردة، والمستخرج والمتصيد من السمك اللذان تضمنهما مرسل البرزطي وخبر ابي بصير غير معينين، وما في الاسكرجة من اللبن غير معلوم الوزن، وعلى هذا فلم يفت احد بمضمونها فلا بد من رد علمها الى اهلها.

وفيه: ان اطلاقات النصوص واردة في مقام بيان شيء آخر وهو تصحيح بيع

ثمّ على تقدير الدلالة ان اريد انتزاع قاعدة منها وهي جواز ضمّ المجهول إلى المعلوم وان كان المعلوم غير مقصود، الأ حيلة لجواز نقل المجهول، فلا دلالة فيها على ذلك، ولم يظهر من العاملين بها التزام هذه القاعدة، بل المعلوم من بعضهم بل كلّهم خلافه فإنّا نعلم من فتاواهم عدم التزامهم لجواز بيع كلّ مجهول من حيث الوصف او التّقدير بمجرد ضمّ شيء معلوم اليه، كما يشهد به تتبّع كلماتهم، وان اريد الاقتصار على مورد التّصوص وهو بيع سمك الآجام ولبن الصّرع وما في البطون مع الاصواف فالامر سهل على تقدير الاغماض عن مخالفة هذه التّصوص للقاعدة المجمع عليها بين الكلّ، من عدم جواز بيع المجهول مطلقاً.

بقي الكلام في توضيح التّفصيل المتقدّم، واصله من العلامة قال في القواعد في باب شرط العوضين: كلّ مجهول مقصود بالبيع لا يصحّ بيعه وان انضمّ إلى معلوم. ويجوز مع الانضمام إلى معلوم اذا كان تابعاً، انتهى.

وارتضى هذا التّفصيل جماعة ممّن تأخر عنه إلا أنّ مرادهم من المقصود والتّابع غير واضح والذي يظهر من مواضع من القواعد والتّذكرة: أنّ مراده بالتّابع ما يشترط دخوله في البيع، [١] وبالمقصود ما كان جزءاً، قال في القواعد في باب الشرط في ضمن البيع:

المجهول لا تصحيح بيع الضميمة، فلا مورد للتمسك باطلاقها من هذه الجهة.

وبعبارة اخرى: ان النصوص انما سيقّت لبيان انه يمكن تصحيح بيع المجهول بالضميمة وليست في مقام بيان ما يعتبر في الضميمة، فلا يصح التمسك باطلاقها من تلك الجهة.

فالحق انها تدل على صحة بيع المجهول بالضميمة، ولكن لا تختص تلك بصورة كون المجهول تابعاً، وتكون مختصة بموارد خاصة وليست لها اطلاق او عموم يتمسك به للتعدي عنها.

واما الموضع الاول: فان لم يكن المجهول تابعاً لا كلام في البطلان للغرر.

واما التّابع فله معان:

[١] احدها: ما عن العلامة في القواعد والتّذكرة، وهو: ان التّابع ما احذ شرطاً

لو شرط انّ الأمة حامل والذّابة كذلك صحّ، أمّا لو باع الذّابة وحملها والجارية وحملها، بطل لأنّ كلّها لا يصحّ بيعه منفرداً لا يصحّ جزء من المقصود ويصحّ تابعاً، انتهى.

وفي باب ما يندرج في المبيع قال: السّادس العبد، ولا يتناول ماله الّذي ملكه مولاه الآ أن يستثنيه المشتري ان قلنا انّ العبد يملك فينتقل الى المشتري مع العبد، وكان جعله للمشتري ابقاء له على العبد، فيجوز ان يكون مجهولاً او غائباً. أمّا اذا احلنا تملكه وباعه وما معه صار جزء من المبيع، فيعتبر فيه شرائط البيع، انتهى.

ومبثل ذلك في الفرق بين جعل المال شرطاً وبين جعله جزء صرّح في التذكرة في فروع مسألة تملك العبد وعدمه معللاً بكونه مع الشرط كماء الآبار وأخشاب السّقوف.

وقال في التذكرة أيضاً في باب شروط العوضين: لو باع الحمل مع امه جاز إجماعاً.

وفي موضع من باب الشرط في العقد: لو قال بعتك هذه الذّابة وحملها لم يصحّ عندنا، لما تقدّم من أنّ الحمل لا يصحّ جعله مستقلاً بالشّراء ولا جزء.

وقال ايضاً: ولو باع الحامل ويشترط للمشتري الحمل، صحّ لأنّه تابع كأساس الحيطان وان لم يصحّ ضمّه في البيع مع الام للفرق بين الجزء والتّابع.

وقال في موضع آخر: لو قال بعتك هذه الشّياة وما في ضرعها من اللّبن لم يجز عندنا، وقال في موضع آخر لو باع دجاجة ذات بيضة وشرطها صحّ، وان جعلها جزء من المبيع لم يصح

في المبيع في مقابل ما جعل جزء منه، وعليه فعلى القول بالتفصيل لا فرق في الصحة في صورة الإشتراط بين ان يكون الشرط اصلاً في الغرض او تابعا، كما لا فرق في البطلان على الجزئية بين الصورتين.

واورد على ذلك المحقق الثّاني: بان هذا الفرق ليس بشيء لأن العبارة لا اثر لها. وردّه المحقق النّائبي رحمته: بان الجزء يقسط عليه الثمن، فاذا كان مجهولاً يفسد البيع، وهذا بخلاف الشرط، فان الثمن يقع بازاء المشروط، وهو معلوم.

وفيه: تارة يكون الإلتزام البيعي اجنبياً عن الإلتزام الشرطي، وانما اخذ الاول

وهذه كلّها صريحة في عدم جواز ضمّ المجهول على وجه الجزئية من غير فرق بين تعلق الغرض الداعي بالعلوم او المجهول. وقد ذكر هذا المحقق الثاني في جامع المقاصد في مسألة اشتراط دخول الزرع في بيع الأرض، قال: وما قد يوجد في بعض الكلام من أنّ المجهول ان جعل جزءاً من المبيع لا يصحّ وان اشترط صحّ، ونحو ذلك، فليس بشيء لأنّ العبارة لا اثر لها والمشروط محسوب من جملة المبيع، ولأنّه لو باع الحمل والأم صحّ البيع، ولا يتوقّف على بيعها، واشترطه انتهى.

وهو الظاهر من الشهيدين في اللّعة والرّوضة حيث اشترط في مال العبد المشروط دخوله في بيعه استجماعه لشروط البيع، وقد صرح الشيخ في مسألة اشتراط مال العبد اعتبار العلم بمقدار المال، وعن الشهيد: لو اشتراه وماله صحّ، ولم يشترط علمه ولا التفصي من الرّبا ان قلنا أنّه يملك، وان احلنا ملكه اشترط. قال في الدروس: لو جعل الحمل جزءاً من المبيع، فالاقوى الصّحة، لأنّه بمنزلة الاشتراط ولا يضّرّ الجهالة لأنّه تابع، انتهى.

واختاره جامع المقاصد، ثمّ التابع في كلام هؤلاء يحتمل ان يراد به ما يعدّ في العرف تابعاً كالحمل مع الأم، واللبن مع الشاة، والبيض مع الدجاج، ومال العبد معه والباغ في الدار، والقصر في البستان، ونحو ذلك [١] ممّا نسب البيع عرفاً الى المتبوع لا اليهما معاً وان فرض تعلق الغرض الشّخصي بكليهما في بعض الاحيان، بل بالتابع خاصّة، كما قد يتفق في حمل بعض افراد الخيل.

ظرفاً للثاني خاصة من جهة انه لا عبرة بالالتزام الابتدائي، كما لو كان الالتزام البيعي لزيد، والشرطي لعمر و اخرى يكونان مرتبطين.

اما في الصورة الأولى: فيتم ما افاده المحقق النائيني رحمته،

ولا يتم في الثانية، فان المبيع وان كان معلوماً الا انه من جهة تفاوت مالية المبيع بالعرض بوجود الشرط وعدمه لا محالة يلزم الغرر فيبطل لذلك

[١] ثانيها: ما يظهر من الشهيدين والمحقق الثاني، وهو: ان التابع هو ما يعد في العرف من التوابع، كمفتاح الدار وحمل الام والبيض الذي في جوف الدجاجة، ونحو تلكم.

وهذا هو الظاهر من كلماتهم في بعض المقامات، كما تقدّم عن الدّروس وجامع المقاصد، من صحّة بيع الأمّ وحملها، لأنّ الحمل تابع. قال في جامع المقاصد في شرح قوله المتقدّم في القواعد: ويجوز مع الانضمام الى معلوم اذا كان تابعاً ان اطلاق العبارة يشمل ما اذا شرط حمل دابة في بيع دابة اخرى، الا ان يقال التبعيّة انما تتحقّق مع الأم، لانه حينئذ بمنزلة بعض اجزائها ومثله زخرفة جدران البيت، انتهى. وفي التمثيل نظر، لخروج زخرفة الجدران من محلّ الكلام في المقام، الا ان يريد مثال الاجزاء لا مثال التابع، لكن هذا ينافي ما تقدّم من اعتبارهم العلم في مال العبد، وفاقاً للشيخ رحمته الله مع ان مال العبد تابع عرفي، كما صرح به في المختلف في مسألة بيع العبد واشترط ماله، ويحتمل ان يكون مرادهم التابع بحسب قصد المتبايعين، وهو ما يكون المقصود بالبيع غيره، وان لم يكن تابعاً عرفياً، كمن اشترى قصب الآجام وكان فيها قليل من السمك، او اشترى سمك الآجام وكان فيها قليل من القصب، وهذا ايضاً قد يكون كذلك بحسب التسوع، وقد يكون كذلك بحسب الشخص، كمن اراد السمك القليل لأجل حاجة، لكن لم يتهيأ له شراؤه الا في ضمن قصبه الاجمة، والاول هو الظاهر من مواضع من المختلف منها في بيع اللبن في الصّرع مع المحلوب منه، [١] حيث حمل رواية سماعه المتقدّمة على ما اذا كان المحلوب يقارب الثمن ويصير اصلاً، والذي في الصّرع تابعاً.

وعلى هذا ايضاً لا نظر الى الغرض الشخصي او النوعي.

والأظهر في التابع بهذا المعنى هو التفصيل بين ما لو جعل التابع جزء للمبيع، وبين ما لو اخذ شرطاً. وفي الأول جهالته موجبة للغرر، وفي الثاني لا توجب ذلك. والشاهد على هذا التفصيل هو اهل العرف، فانهم يفرّقون في صدق الغرر بين الموردین.

ثم ان التابع بهذا المعنى قسمان:

الأول: ما لا يدخل في ملك المشتري لو لم يصرح في العقد. الثاني: ما يكون بناء العرف والعقلاء على تبعيته في الملكية للمبيع ما لم يصرح بخلافه. فتدبر حتى لا يختلط الموردان.

[١] ثالثها: ما يظهر من العلامة في المختلف، وهو: ان المراد بالتابع ما يكون تابعا

وقال في مسألة بيع ما في بطون الانعام مع الضميمة والمعتمد ان نقول ان كان الحمل تابعاً صحّ البيع، كما لو باعه الأم وحملها، او باعه ما يقصد مثله بمثل الثمن، وضّم الحمل فهذا لا بأس به وإلاّ كان باطلاً. وأمّا الاحتمال الثاني أعني مراعاة الغرض الشّخصي للمتبايعين، فلم نجد عليه شاهداً إلاّ ثبوت الغرر على تقدير تعلق الغرض الشّخصي بالمجهول وانتفائه على تقدير تعلّقه بالمعلوم، ويمكن تنزيل اطلاقات عبارات المختلف عليه، كما لا يخفى وربّما احتمل بعض. بل استظهر أنّ مرادهم بكون المعلوم مقصوداً والمجهول تابعاً، كون المقصود بالبيع ذلك المعلوم، بمعنى الأقدام منها ولو لتصحيح البيع على أنّ المبيع المقابل بالثمن هذا المعلوم الذي هو وان سُمّي ضميمة لكنه المقصود في تصحيح البيع [١] قال ولا ينافيه كون المقصود بالنسبة إلى الغرض ما فيه الغرر، نظير ما يستعمله بعض الناس في التّخلص من الخاصمة بعد ذلك في الذي يراد بيعه لعارض من العوارض، بإيقاع العقد على شيء معين معلوم لا نزاع فيه، وجعل ذلك من التّوابع واللّواحق، لما عقد عليه البيع، فلا يقدر حصوله وعدم حصوله كما أومى إليه في ضميمة الآبق وضميمة الثمر على الشّجر، وضميمة ما في الضّروع وما في الآجام، انتهى.

ولا يخفى أنّه لم يوجد عبارة من عبارتهم تقبل هذا الحمل، إلاّ أن يريد بالتّابع جعل المجهول شرطاً، والمعلوم مشروطاً، فيريد ما تقدّم عن القواعد والتّدكرة، ولا أظنّ إرادة ذلك من كلامه

بالنسبة الى الغرض من المعاملة، سواء أكان غرضاً نوعياً او شخصياً، مثل ما لو اراد شراء السرج وكان مالكة لا يبيعه بدون الفرس فاشتراهما معاً، فان الفرس تابع بهذا المعنى، والظاهر ان جهالة التابع بهذا المعنى مضرة وموجبة للغرر.

[١] رابعها: ما يظهر من المحقق القمي وصاحب الجواهر، وهو: ان التابع ما هو كذلك في الجعل والتباني وان كان هو المقصود بالإصالة وانما يجعل تبعاً تخلصاً عن الغرر، نظير ما يستعمله بعض الناس في التّخلص من الخاصمة بعد ذلك في الذي يراد بيعه لعارض بايقاع العقد على شيء معين معلوم لانزاع فيه ويجعل ذلك من اللواحق. والظاهر عدم كفاية ذلك، والّا لزم تجويز بيع كل مجهول.

بقريئة استشهاده بأخبار الضميمة في المورد المتفرقة، والأوفق بالقواعد ان يقال: أما الشرط والجزء فلا فرق بينها من حيث لزوم الغرر بالجهالة، وأما قصد المتبايعين بحسب الشخص. فالظاهر أنه غير مؤثر في الغرر وجوداً وعدماً، لأنّ الظاهر من حديث الغرر من كلماتهم عدم مدخلية قصد المتبايعين في الموارد الشخصية، بل وكذلك قصدهما بحسب النوع على الوجه الذي ذكره في المختلف من كون قيمة المعلوم تقارب الثمن المدفوع له وللمجهول. وأما التابع العرفي فالمجهول منه وان خرج عن الغرر عرفاً، إلا أنّ المجهول منه جزء داخل ظاهراً في معقد الاجماع على اشتراط العلم بالمبيع المتوقف على العلم بالمجموع. نعم لو كان الشرط تابعاً عرفياً [١] خرج عن بيع الغرر وعن معقد الاجماع على اشتراط كون المبيع معلوماً فيقتصر عليه، هذا كله في التابع من حيث جعل المتبايعين. وأما التابع للمبيع الذي يندرج في المبيع، وان لم ينضم إليه حين العقد، ولم يخطر ببال المتبايعين. فالظاهر عدم الخلاف والاشكال في عدم اعتبار العلم به، إلا إذا استلزم غرراً في نفس المبيع، اذ الكلام في مسألة الضميمة من حيث الغرر الحاصل في المجموع لا الساري من المجهول الى المعلوم، فافهم.

---

وان شئت قلت ان الجهالة توجب غررية المعاملة، ومجرد البناء على كونه تابعا لا يوجب رفع الغرر.

[١] قوله نعم لو كان الشرط تابعا عرفيا خرج عن بيع الغرر

محصله اعتبار التبعية في مقام الوجود وفي مقام الجعل والانشاء باخذه شرطاً لاجزاء وقدمران هذا هو الاظهر.

مسألة: يجوز ان يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدار يحتمل الزيادة والتقيصة [١] على المشهور، بل لا خلاف فيه في الجملة. بل عن فخر الإسلام التصريح بدعوى الاجماع قال: فيما حكى عنه: نصّ الاصحاب على أنه يجوز الانذار للظروف بما يحتمل الزيادة والتقيصة، فقد استثنى من المبيع امر مجهول واستثناء المجهول مبطل للبيع، إلا في هذه الصورة، فإنه لا يبطل اجماعاً، انتهى.

والظاهر ان اطلاق الاستثناء باعتبار خروجه عن المبيع ولو من اول الامر، بل الاستثناء الحقيقي من المبيع يرجع الى هذا ايضاً، ثم ان الاقوال في تفصيل المسألة ستة: [٢]

الأول : جواز الانذار بشرطين: كون المندر متعارف الانذار عند التجار وعدم العلم بزيادة ما يندره، وهو للنهاية والوسيلة وعن غيرهما.

الثاني : عطف النقيصة على الزيادة في اعتبار عدم العلم بها وهو للتحرير.

الثالث : اعتبار العادة مطلقاً ولو علم الزيادة او التقيصة ومع عدم العادة فيما يحتملها وهو لظاهر اللعنة وصریح الروضة.

الرابع : التفصيل بين ما يحتمل الزيادة والتقيصة، فيجوز مطلقاً، وما علم الزيادة فالجواز بشرط التراضي.

الخامس : عطف العلم بالتقيصة على الزيادة. وهو للمحقق الثاني ناسباً له الى كل من لم يذكر التقيصة.

السادس: اناطة الحكم بالغرر.

## الانذار للظروف

[١] قوله: يجوز ان يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدار يحتمل الزيادة والتقيصة هذا هو المشهور بين الاصحاب وعن فخر الاسلام دعوى الاجماع عليه

[٢] واما الاقوال التي نقلها المصنف فهو كما افاده اقوال في تفصيل المسألة والفرق بين هذه المسألة والمسألة الاتية واضح حيث ان محل البحث في تلك المسألة بيع المظروف مع ظرفه ومحل البحث في المقام بيع المظروف بدون ظرفه



ثم إن صورة المسألة ان يوزن مظروف مع ظرفه فيعلم أنه عشرة ارطال، فإذا اريد بيع المظروف فقط كما هو المفروض وقلنا بكفاية العلم بوزن المجموع وعدم اعتبار العلم بوزن المبيع منفرداً على ما هو مفروض المسألة ومعقد الاجماع المتقدم، [١] فتارة يباع المظروف المذكور جملة بكذا. وحينئذ فلا يحتاج الى الانذار لأن الثمن والتمن معلومان بالفرض، [٢] واخرى يباع على وجه التسعير بأن يقول: بعته كل رطل بدرهم، [٣] فيجيء مسألة الانذار للحاجة الى تعيين ما يستحقه البائع من الدراهم.

ويمكن ان يحزر المسألة على وجه آخر وهو أنه بعدما علم وزن الظرف والمظروف، وقلنا بعدم لزوم العلم بوزن المظروف منفرداً، فانذار اي مقدر للظرف يجعل وزن المظروف في حكم المعلوم، وهل هو منوط بالمعتاد بين التجار، والتراضي او بغير ذلك.

[١] قوله على ما هو مفروض المسألة ومعقد الاجماع المتقدم والظاهر كما سيأتي ان مورد فتوى المشهور هو الانذار بعد البيع لتعيين ما يستحقه البايح لا الانذار حين البيع ولا يتوقف ذلك على القول بكفاية العلم بوزن المجموع وعدم اعتبار العلم بوزن المبيع منفرداً كما عرفت فهذا ليس مفروض المسألة ولا معقد الاجماع. وكيف كان فالكلام في المقام يقع في مقامين:

الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثاني: فيما يستفاد من النصوص.

اما المقام الأول: فملخص القول فيه: ان بيع المظروف يتصور على وجوه:

[٢] احدها: ان يوزن المظروف مع ظرفه فيباع المظروف جملة بكذا. وفي هذه الصورة لا يحتاج الى الانذار، وقد حكم المصنف عليه السلام بصحة بيعه بناء على كفاية العلم بوزن المجموع وعدم اعتبار العلم بوزن المبيع منفرداً.

ولكن بناء على هذا وان كان يتم ما افاده

الا ان الكلام في المبني، اذ الدليل دل على اعتبار العلم بوزن المبيع، وفي المقام وزنه

غير معلوم، ومعلومية وزنه منضما الى شيء آخر لا تكفي. فالأظهر هو البطلان.

[٣] ثانيها ان يوزن المظروف مع ظرفه ثم يباع المظروف على وجه التسعير

فالكلام في تعيين المقدار المنذر، لأجل احراز شرط صحّة بيع المظروف [١] بعد قيام الاجماع على عدم لزوم العلم بوزنه، بالتقدير، او بأخبار البائع، والى هذا الوجه ينظر بعض الاساطين حيث اناط المقدار المنذر بما لا يحصل معه غرر، واعترض على ما في القواعد ومثلها من اعتبار التراضي في جواز انداز ما يعلم زيادته، بأن التراضي لا يدفع غرراً ولا يصحّ عقداً، وتبعه في ذلك بعض أتباعه، ويمكن ان يستظهر هذا الوجه من عبارة الفخر المتقدمة حيث فرّع استثناء المجهول من البيع على جواز الانداز، اذ على الوجه الأوّل يكون استثناء المجهول متفرّعاً على جواز بيع المظروف بدون الظرف المجهول، لا على جواز انداز مقدار معين، اذ الانداز حينئذ لتعيين الثمن [٢] فتأمل:

وكيف كان فهذا الوجه مخالف لظاهر كلمات الباقيين فانّ جماعة منهم كما عرفت من الفاضلين وغيرهما خصّوا اعتبار التراضي بصورة العلم بالمخالفة، فلو كان الانداز لاحراز وزن المبيع وتصحيح العقد لكان معتبراً مطلقاً، اذ لا معنى لإيقاع العقد على وزن مخصوص بثمن مخصوص من دون تراض، وقد صرح المحقّق والشهيد الثّانين في وجه اعتبار التراضي مع العلم بالزيادة او التقيصة بأنّ الانداز من دون التراضي تضييع لمال احدهما، ولا يخفي أنّه لو كان اعتبار الانداز قبل العقد لتصحيحه لم يتحقّق تضييع المال لأنّ الثمن وقع في العقد في مقابل المظروف، سواء فرض زائداً او ناقصاً، هذا مع أنّه اذا فرض

بان يقول: بعته كل رطل بدرهم

والكلام في هذه الصورة يقع في جهتين:

[١] الأولى: في انه هل يعتبر الانداز قبل العقد لتصحيح البيع ام لا.

[٢] الثانية: في الانداز للحاجة الى تعيين ما يستحقه البائع من الدراهم.

اما الأولى: فقد تقدم الكلام فيها في مسألة بيع صاع من صبرة، وعرفت ان الاظهر هو البطلان اذا كان وزنه بتامه غير معلوم.

واما الثانية: فالأظهر هو الإكتفاء بما تراضيا عليه لو بنينا على صحة البيع وان الانداز

في هذا المقام لا يضر، فلو عين مقدراً للظرف وتراضيا عليه مع احتمال الزيادة والنقص

كون استقرار العادة على اندار مقدار معين يحتمل الزيادة والنقصان، [١] فالتراضي على الزائد عليه او الناقص عنه يقيناً لا يوجب غرراً، بل يكون كاشتراط زيادة مقدار على المقدار المعلوم غير قادح في صحة البيع، مثلاً لو كان المجموع عشرة ارطال، وكان المعتاد اسقاط رطل للظرف، فاذا تراضيا على ان يندر للظرف رطلان فكأنه شرط للمشتري ان لا يحسب عليه رطلاً ولو تراضيا على اندار نصف رطل، فقد اشترط المشتري جعل ثمن تسعة ارطال ونصف ثماً للتسعة، فلا معنى للاعتراض على من قال باعتبار التراضي في اندار ما علم زيادته أو نقيصته بأن التراضي لا يدفع غرراً، ولا يصحح عقداً، وكيف كان. فالظاهر هو الوجه الأول، فيكون دخول هذه المسألة في فروع مسألة تعيين العوضين من حيث تجوز بيع المظروف بدون ظرفه المجهول، كما عتوّن المسألة بذلك في اللّعة، بل نسبه في الحدائق إليهم لا من حيث اندار مقدار معين للظرف المجهول وقت العقد والتواطؤ على إيقاع العقد على الباقي بعد الإندار.

وذكر المحقق الاردبيلي رحمته الله في تفسير عنوان المسألة، ان المراد أنه يجوز بيع الموزون بأن يوزن مع ظرفه، ثم يسقط من المجموع مقدار الظرف تخميناً، بحيث يحتمل كونه مقدار الظرف لا أزيد ولا انقص، بل وان تفاوت لا يكون إلا بشيء يسير متساهل به عادة، ثم دفع ثمن الباقي مع الظرف الى البائع، انتهى.

لا اشكال فيه، اذ البيع على الفرض تام الأجزاء والشرائط، والتراضي انما يكون في مرحلة تسليم حق البائع، وفي هذا المقام كما له ان يبرء المشتري عن الثمن بتمامه او بعضه، كذلك له التراضي على مقدار معين وابرائه عن الزيادة لو كان، وللمشتري ايضا ان يرضى بان يأخذ البائع اكثر مما يستحقه.

[١] قوله استقرار العادة على اندار مقدار معين يحتمل الزيادة والنقصان

هذا دفع لما اورده بعض الاساطين على من اكتفى بالتراضي في اندار ما يعلم زيادته بان التراضي لا يدفع غرر او حاصله انه لو فرض استقرار العادة على اندار مقدار معين فالتراضي على الزائد عليه او الناقص يكون كاشتراط زيادة مقدار على المبيع غير قادح في صحة البيع ولا يكون ذلك من الغرر في شيء.

فظاهره الوجه الأوّل الذي ذكرنا حيث جوّز البيع بمجرّد وزن المظروف مع الظرف، وجعل الإندار لأجل تعيين الباقي الذي يجب عليه دفع ثمنه. وفي الحدائق في مقام الرّد على من الحقّ التقيصة بالزيادة في اعتبار عدم العلم بها، قال: إنّ الإندار حقّ للمشتري، لأنّه قد اشترى مثلاً مائة من السمن في هذه الظروف، فالواجب قيمة المائة المذكورة وله اسقاط ما يقابل الظروف من هذا الوزن، انتهى.

وهذا الكلام وإن كان مؤيداً لما استقرّ بناه في تحرير المسألة، إلاّ أنّ جعل الإندار حقاً للمشتري والتمثيل بما ذكر لا يخلو عن نظر، فإنّ المشتري لم يشتر مائة من السمن في هذه الظروف، لأنّ التعبير بهذا من العلم بعدم كون ما في هذه الظروف مائة من لغو، بل المبيع في الحقيقة ما في هذه الظروف التي هي مع المظروف مائة من، فإنّ باعه بثمن معيّن فلا حاجة الى الإندار ولا حقّ للمشتري وإن اشتراه على وجه التسعير بقوله: كلّ من بكذا، فالإندار، إنّما يحتاج اليه لتعيين ما يستحقّه البائع على المشتري من الثمن، فكيف يكون الواجب قيمة المائة كما ذكره المحدث. وقد علم ممّا ذكرنا أنّ الإندار الذي هو عبارة عن تخمين الظرف الخارج عن المبيع بوزن، إنّما هو لتعيين حقّ البائع وليس حقاً للمشتري.

ثالثها: إن يوزن الظرف والمظروف ثم يندر مقداراً للظرف فيبيع المظروف بعد ذلك، كما لو وزن المجموع وكان عشرة ارطال ثم اندر رطلين للظرف فباع المظروف الذي هو ثمانية ارطال تخميناً بعد الأندار ببلغ معيّن. وفي هذه الصورة إذا كان وزن الظرف من جهة الإعتياد معلوماً واطمأن بان وزنه بالمقدار الذي اندر صح البيع للاطمئنان بوزن المبيع، فلا جهالة ولا غرر، ولا يبطل البيع للجهالة والغرر. والتراضي لا يصحح البيع الغرري، كما إن معلومية وزن المجموع لا تكفي كما تقدم.

رابعها: إن يبيع مقداراً من المظروف الذي يعلم باشتائه عليه، ثم في مقام التسليم يوزن المظروف مع ظرفه ثم يندر مقداراً للظرف ويسلمه الى المشتري. وفي هذه الصورة يصح البيع، إذ لا غرر ولا جهالة. وأما في مرحلة الوفاء فحكها حكم الصورة الأولى - فراجع - هذا ما تقتضيه القواعد.

وأما الأخبار [١] فمنها موثقة حنان، قال: سمعت معمر الزيات قال لأبي عبدالله عليه السلام أنا نشترى الزيت في زقاقة، فيحسب لنا النقصان لمكان الزقاق، فقال له ان كان يزيد وينقص فلا بأس، وان كان يزيد ولا ينقص فلا تقربه [٢] قيل: وظهره عدم اعتبار التراضي.

أقول المفروض في السؤال هو التراضي، [٣] لأن الحاسب هو البائع أو وكيله وهما مختاران والمحسوب له هو المشتري والتحقق أن مورد السؤال صحة الأندار مع إبقاء الزقاق للمشتري بلا ثمن أو بتمن مغاير للمظروف، أو مع ردها الى البائع من دون وزن لها، فإن السؤال عن صحة جميع ذلك بعد الفراغ عن تراضي المتبايعين عليه، فلا اطلاق فيه يعم صورة عدم التراضي ويؤيده التهي عن ارتكابه مع العلم بالزيادة، فإن التهي عنه ليس ارتكابه بغير تراض، فافهم.

فالمتحصل منها: ان للأندار صورتين:

احدهما: الأندار بعد البيع وفي مقام الوفاء.

ثانيتهما: الأندار في ضمن المعاملة.

وفي الصورة الأولى: الأندار لا يضر بصحة المعاملة ان كانت صحيحة في نفسها.

ثم هو ان كان بما هو المعتاد الذي عليه بناء العرف والعقلاء لا يعتبر فيه التراضي،

والاعتبر فيه ذلك.

وفي الصورة الثانية: ان كان بالمتعارف صح البيع، والباطل حتى مع التراضي.

[١] وأما بحسب الأخبار: فما ورد من النصوص في المقام ثلاثة.

[٢] الأول موثق حنان<sup>(١)</sup> عن الامام الصادق عليه السلام المذكور في المتن.

[٣] قوله المفروض في السؤال هو التراضي لان الحاسب هو البائع أو وكيله

كون الحاسب هو البائع لا يكون شاهد التراضي فانه ربما لا يرضى المشتري به وعلى

اي حال فقد مر ظهور الخبر في اعتبار التراضي.

فحينئذ لا يعارضها ما دلّ على صحّة ذلك مع التراضي، مثل رواية عليّ بن ابي حمزة قال سمعت معمر الزيات: يسأل ابا عبدالله عليه السلام قال: جعلت فداك نطرح ظروف السمن والزيت كل ظرف كذا وكذا رطلاً، فربما زاد وربما نقص، قال: اذا كان ذلك عن تراض منكم فلا بأس، [١] فإن الشرط فيه مسوق لبيان كفاية التراضي في ذلك وعدم المانع منه شرعاً فيشبهه التراضي العلة التامة الغير المتوقفة على شيء، ونحوه اشتراط التراضي في خبر عليّ بن جعفر المحكي عن قرب الاسناد عن اخيه موسى عليه السلام عن الرجل يشتري المتاع وزناً في التاسية والجواثق، فيقول: ادفع التاسية رطلاً أو اكثر من ذلك أيحّل ذلك البيع؟ قال: اذا لم يعلم وزن التاسية والجواثق فلا بأس، إذا تراضيا، [٢] ثم انّ قوله ان كان يزيد وينقص في الرواية الاولى يحتمل ان يراد به الزيادة والنقص في هذا المقدار المندر في شخص المعاملة بمعنى زيادة مجموع ما اندر لمجموع الزقاق او نقصانه عنه، او بمعنى انه يزيد في بعض الزقاق وينقص في بعض آخر، وان يراد به الزيادة والنقص في نوع المقدار المندر [٣] في نوع هذه المعاملة، بحيث قد يتفق في بعض المعاملات الزيادة وفي بعض اخرى النقص. وهذا هو الذي فهمه في التهاية، حيث اعتبر ان يكون ما يندر للظروف مما يزيد تارة وينقص أخرى، ونحوه في الوسيلة ويشهد لاحتمال الاول رجوع ضمير يزيد وينقص الى مجموع النقصان المحسوب لمكان الزقاق، وللثاني عطف النقص على الزيادة بالو او الظاهر في اجتماع نفس المتعاطفين لا احتمالهما، وللثالث ما ورد في بعض الروايات [٤] من انه ربّما يشتري الطعام من اهل السفينة ثم يكيله فيزيد. قال عليه السلام: وربّما نقص، قلت: وربّما نقص، قال: فاذا نقص ردّوا عليكم، قلت: لا، قال: لا بأس.

[١] الثاني خبر علي بن حمزة<sup>(١)</sup> المذكور في المتن.

[٢] الثالث خبر علي بن جعفر عن اخيه عليه السلام المذكور في المتن<sup>(٢)</sup>.

[٣] قوله وان يراد به الزيادة والنقص في نوع المقدار المندر

سياق ان هذا الاحتمال هو المتعين، وخبر علي بن ابي حمزة صريح في ذلك

[٤] واما الرواية التي استشهد بها المتعين ارادة هذا الاحتمال فهي اجنبية عن مسألة الاندثار.

فيكون معنى الرواية أنه إذا كان الذي يحسب لكم زائداً مرةً وناقصاً أخرى، فلا بأس بما يحسب، وان بلغ ما بلغ، وان زاد دائماً فلا يجوز الأبهة او ابراء من الثمن او مع التراضي، بناء على عدم توقّف الشقّ الأوّل عليه، ووقوع المحاسبة من السمسار بمقتضى العادة من غير اطلاق صاحب الزيت، وكيف كان فالذي يقوى في النظر هو المشهور بين المتأخرين من جواز اندار ما يحتمل الزيادة والتقيصة، لأصالة عدم زيادة المبيع عليه وعدم استحقاق البائع ازيد مما يعطيه المشتري من الثمن، [١] لكنّ العمل بالاصل لا يوجب ذهاب حقّ احدهما عند انكشاف الحال.

[١] قوله لاصالة عدم زيادة المبيع عليه و عدم استحقاق البائع ازيد

اورد عليه المحقق النائيني رحمته الله بانه بمفاد ليس التامة وان كان صحيحا الا انه لا اثر له وبمفاد ليس الناقصة ليست له حالة سابقة واجراء العدم المحمول لترتيب آثار العدم النعتي مثبت يرد عليهما ان اصالة عدم زيادة المبيع عليه لا تجرى للعلم بعدم زيادة المبيع على ما في الظرف من غير فرق بين الانداحين البيع والانداربعده لان المفروض كون المبيع ما في الظرف ويرد على المحقق النائيني رحمته الله - ان اصالة عدم استحقاق البائع ازيد مما يعطيه المشتري تجرى للاثبات كون ما يعطيه تمام ما يستحقه كي يقال انه مثبت بل لبرائة ذمته.

وتمام الكلام في هذه الروايات بالبحث في جهات الأولى: في سندها.

فالاولان موثقان، واما الثالث فليس في طريقه من لم يوثق الآ عبد الله بن الحسن. ثم ان الغالب على الظن كون الأولين حاكيين عن قضية واحدة، اذ من المستبعد سؤال الزيات عن ابي عبد الله عليه السلام مسألة واحدة مرتين. والله العالم.

الثانية: في ان موردها هو الانداز بعد البيع او الأنداز في ضمن المعاملة.

ظاهر قوله في موثق حنان فيحسب لنا التقصان ترتب حساب النقصان على الإشتراء، فهو من الانداز بعد المعاملة لتسليم حق المشتري اليه وان ابيت عن ذلك فلا اقل من احتاله في مقابل احتمال كون الفاء تفسيرية وبيانا لكيفية الإشتراء، فلا يمكن استفادة حكم مخالف للقاعدة منه.

وأما مع العلم بالزيادة أو النقص، فإن كان هنا عادة تقتضيه كان العقد واقعاً عليها مع علم المتبايعين بها، لعله مراد من لم يقيد بالعلم ومع الجهل بها أو عدمها، فلا يجوز الأتع التراضي، لسقوط حقّ من له الحقّ، سواء تواطئاً على ذلك في متن العقد بأن قال: بعتك ما في هذه الظروف كلّ رطل بدرهم على ان يسقط لكلّ ظرف كذا، فهو هبة له، أو تراضياً عليه بعده باسقاط من الدّمة أو هبة للعين.

هذا كلّ مع قطع النظر عن النصوص. وأما مع ملاحظتها، فالمعول عليه رواية حنان [١] المتقدمة

وأما خبر علي بن أبي حمزة فإن كان متحدّاً مع خبر حنان فلا كلام، والا فيمكن ان يقال انه مهمل من هذه الجهة.

وأما خبر علي بن جعفر فظاهر صدره من جهة ترتب فيقول... الخ على اشتراء المتاع كون الانذار بعد البيع، وما في ذيله يحل ذلك البيع قابل للحمل على ارادة حليّة البيع بلازمه من حيث ان الانذار من توابع البيع المتعلق بما له ظرف. وعليه فهذا الخبر ايضاً ظاهر في الانذار بعد البيع، وقد مرّ أن جواز الانذار بعد البيع مما تقتضيه القواعد، فإذاً ما تقتضيه القواعد وتدل عليه النصوص هو جواز الانذار بعد البيع الذي هو المتعارف من الانذار، والظاهر ان ما هو المشهور بين الأصحاب ايضاً ذلك.

الثالثة: في القيود المعتبرة فيه.

ظاهر موثق حنان في باديء النظر اعتبار احتمال الزيادة والنقصان، وظاهر الأخيرين اعتبار التراضي.

وقد يقال في الجمع بين النصوص كما عن صاحب الجواهر رحمته الله: بانه يحمل الموثق على صورة العادة المقتضية للانذار بذلك المقدار، ولذا لم يعتبر فيه التراضي، ويحمل الخبرين الأخيرين على ما اذا لم تكن هناك عادة، ولذا اعتبر فيهما التراضي.

وفيه: انه جمع تبرعي لا شاهد له.

[١] وقد يقال كما في المكاسب: ان المعول عليه رواية حنان والظاهر انه لضعف سند الأخيرين او ضعف سند الأخير واتحاد الأول منها مع الموثقة



الظاهرة في اعتبار الاعتياد من حيث ظهورها في كون حساب المقدار الخاص متعارفاً، [١] واعتبار عدم العلم بزيادة المحسوب عن الظروف بما لا يتسامح به في بيع كلٍّ مظروف بحسب حاله، وكان الشيخ رحمته الله في النهاية فهم ذلك من الرواية، فعبر بضمونها كما هو دئبه في ذلك الكتاب وحيث أنّ ظاهر الرواية جواز الانداز واقعاً، بمعنى عدم وقوعه مراعي بانكشاف الزيادة والتقيصة علمنا بها كذلك، فيكون مرجع النهي عن ارتكاب ما علم بزيادته نظير ما ورد من النهي عن الشراء بالموازين الزائدة عمّا يتسامح به، فإنّ ذلك يحتاج الى هبة جديدة ولا يكفي اقباضها من حيث كونها حقاً للمشتري، هذا كله مع تعارف انداز ذلك المقدار وعدم العلم بالزيادة. وأما مع عدم القيد، فمع الشك في الزيادة والتقيصة وعدم العادة يجوز الإنداز، لكن مراعي بعدم انكشاف أحد الأمرين ومعها يجوز بناء على انصراف العقد لهما، لكن فيه تأمل لو لم يبلغ حدّاً يكون كالشرط في ضمن العقد، لأنّ هذا ليس من افراد المطلق حتى ينصرف بكون العادة صارفة له.

[١] وهي ظاهرة في اعتبار الإعتياد من حيث ظهورها في كون حساب المقدار الخاص متعارفاً، واعتبار عدم العلم بزيادة المحسوب عن الظروف بما لا يتسامح به في بيع كل مظروف بحسب حاله.

ما افاده رحمته الله من ان المعول عليه خصوص الموثق متين.

واما ما افاده من ان ظاهره كون حساب المقدار الخاص متعارفاً،

فيرد عليه: ان ظاهره كصرح خبر علي بن ابي حمزة احتمال الزيادة والنقصان، وهذا

لو لم يختص بصورة عدم التعارف لا يكون مختصاً بصورة التعارف كما لا يخفى.

والحق ان يقال: ان الزيادات حيث لم يكن سائلاً عن معاملة شخصية بل كان سؤاله

عن حكم ما هو شغله فلا محالة يكون المراد من قوله عليه السلام ان كان يزيد أو ينقص الزيادة

والتقيصة في نوع المقدار المندر في نوع هذه المعاملة بحيث قد يتفق في بعض المعاملات

الزيادة وفي بعض اخر التقيصة الذي هو الإحتمال الثالث في المتاجر فلا محالة يصير ذلك سببا

لإحتمال الزيادة والتقيصة في كل معاملة شخصية.

ثمّ الظاهر أنّ الحكم المذكور غير مختصّ بظروف السمن والزيت، بل يعمّ كلّ ظرف كما هو ظاهر معقد الاجماع المتقدّم عن فخر الدّين رحمته الله وعبارة النّهاية والوسيلة والفاضلين والشّهيدين والمحقّق الثّاني رحمته الله، ويؤيّد الرّواية المتقدّمة عن قرب الاسناد لكنّ لا يبعد ان يراد بالظّروف خصوص الوعاء المتعارف ببيع الشّيء فيه وعدم تفرّغه منه كقوارير الجلابّ والعطريات لا مطلق الظّرف اللّغوي اعني الوعاء، ويحتمل العموم وهو ضعيف. نعم يقوى تعدية الحكم الى كلّ مصاحب للمبيع يتعارف بيعه معه كالشّمع في الحليّ المصنوعة من الذهب والفضة، وكذا المظروف الّذي يقصد ظرفه بالشّراء اذا كان وجوده فيه تبعاً له كقليل من الدّبس في الرّزاق. واما تعدية الحكم الى كلّ ما ضم الى المبيع ممّا لا يراد بيعه معه فمما لا ينبغي احتماله.

مسألة: يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه، [١] وان لم يعلم الا بوزن المجموع على المشهور، بل لم يوجد قائل بخلافه من الخاصّة، إلاّ ما أرسله في الرّوضة، ونسب في التذكرة الى بعض العامّة استناداً الى أنّ وزن ما يباع وزناً غير معلوم، والظّرف لا يباع وزناً، بل لو كان موزوناً لم ينفع مع جهالة وزن كلّ واحد واختلاف قيمتها، فالغرر الحاصل في بيع الجزاف حاصل هنا، والّذي يقتضيه النّظر أنّها نحن فيه ممّا جوّز شرعاً بيعه منفرداً عن الظّرف مع جهالة وزنه، فالقطع بالجواز منضماً اذ لم يحصل من الانضمام مانع ولا ارتفع شرط.

---

فراده رحمته الله انه ان كان يحتمل الزيادة والنقيصة لا محالة يتراضيان. اما ان كان يحتتمل خصوص الزيادة فقد لا يرضى المشتري ففيه بأس.

فالمتحصل منه: اعتبار التراضي لا غير، فيتحد مفاده مع الأخيرين.

فتحصل: انه لا يستفاد من النصوص غير ما يستفاد من القواعد.

### بيع المظروف مع ظرفه

[١] قوله يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه وان لم يعلم الا بوزن المجموع تارة يكون كل من الظرف والمظروف مما يجوز بيعه منفردا اذا وزن المجموع

وأما في غيره من احد المتضمنين اللذين لا يكفي في بيعه منفرداً، معرفة وزن المجموع فالقطع بالمنع مع لزوم الغرر الشخصي، [١] كما لو باع سبيكة من ذهب مردد بين مائة مثقال وألف مع وصلة من رصاص قد بلغ وزنها ألف مثقال. فإن الاقدام على هذا البيع اقدام على ما فيه خطر يستحق لأجله اللوم من العقلاء. [٢] وأما مع انتفاء الغرر الشخصي وانحصار المانع في النصّ الدال على لزوم الاعتبار بالكيل والوزن والاجماع المنعقد على بطلان البيع اذا كان المبيع مجهول المقدار في المكيل والموزون، فالقطع بالجواز، لأنّ النصّ والاجماع انما دلّ على لزوم اعتبار المبيع لاكلّ جزء منه ولو كان احد الموزونين يجوز بيعه منفرداً مع معرفة وزن المجموع دون الآخر كما لو فرضنا جواز بيع الفضّة المحشّي بالشّمع وعدم جواز بيع الشّمع كذلك، فإن فرضنا الشّمع تابعاً لا يضرّ جهالته وإلا فلا،

واخرى يكون كل منها مما لا يجوز بيعه منفردا اذا وزن المجموع وثالثة يكون احدها يجوز بيعه منفردا مع معرفة وزن المجموع دون الاخر. اما في الصورة الاولى فلا ينبغي التوقف في جواز بيعها منضما اذا لمقتضى لصحة بيع المجموع موجود، وشرطه وهو العلم بوزن المبيع ومقدار الثمن متحقق، والمانع وهو الغرر مفقود.

واما في الصورة الثانية فان كان قيمة كل منها مساوية لقيمة الآخر فلا ريب في الجواز لعدم اعتبار العلم بوزن كل جزء من المبيع بل المعتبر العلم بوزن المجموع، والغرر غير لازم

وان كانت القيمتان مختلفتين كما لو باع سبيكة من ذهب مردد بين مائة مثقال والف مع وصلة من رصاص قد بلغ وزنها ألف مثقال

[١] فقد اختار المصنف رحمته بطلان البيع في الفرض معللا [٢] بان الاقدام على هذا البيع اقدام على ما فيه خطر يستحق لاجله اللوم من العقلاء ولكن الاظهر هي الصحة - وذلك يظهر بعد بيان مقدمتين الاولى: ان الغرر المبطل انما يكون متقوما بالجهل بالوجود او بالمقدار او بالصفة واما الجهل بالقيمة فقط فلا يكون موجبا للغرر ولذا لو علم بوجود المبيع ووصفه ومقداره

ثم ان بيع المظروف مع الظرف يتصور على صور: [١]  
احداها: ان يبيعه من ظرفه بعشرة مثلاً، فيقسط الثمن على قيمتي كل من  
المظروف والظرف لو احتيج الى التّقسيت، فإذا قيل قيمة الظرف درهم وقيمة  
المظروف تسعة كان للظرف عشر الثمن.

الثانية: ان يبيعه مع ظرفه بكذا على ان كل رطل من المظروف بكذا، [٣]  
فيحتاج الى اندار مقدار للظرف ويكون قيمة الظرف ما بقي بعد ذلك وهذا في معنى  
بيع كل منهما منفردا

---

ولم يعلم قيمته لا يكون يبيعه غرريا بل لو بيع الشيء باضعاف قيمته مع العلم  
لا يكون غرر وان كان يلام المشتري على ذلك البيع  
الثانية: ان الغرر المدعى في المقام انما يكون من جهة الجهل بالقيمة ولذا لو كانت قيمة  
كل منها مساوية لقيمة الآخر لم يكن توقف في الصحة - وعلى هذا - فالبيع في الفرض ليس  
غرريا ويكون صحيحا

ولكن الانصاف هو البطلان في الفرضين من جهة الجهل بوصف المبيع فانه كما يلزم  
الغرر لو اشترى المراد بين الذهب والرصاص ولو بقيمة الرصاص يلزم لو اشترى شيئا  
مركبا من المجموع مع الجهل بمقدار كل منها.

واما في الصورة الثالثة فان كان مالا يجوز بيعه منفردا تبعا صح البيع والابطل على  
القول بالبطلان في الصورة الثانية كما لا يخفى.

[١] قوله ثم ان بيع المظروف مع الظرف يتصور على صور.

بيان الصور واحكامها انما هو لاجل الاحتياج الى استرجاع جزء من الثمن لو ظهر  
الظرف مستحقا للغير.

وكيف كان في المقام صور.

[٢] احداها ان يبيعه مع ظرفه بعشرة مثلاً

وفي هذه الصورة لا ينظر الى نسبة الوزن بل يسترجع بحسب نسبة القيمة فلو كان  
وزن الظرف نصف وزن المجموع ولكن كانت قيمته العشر بحسب الثمن اعشار الا بالمناصفة.

[٣] الثانية: ان يبيعه مع ظرفه بكذا على ان كل رطل من المظروف بكذا

الثالثة: ان يبيعه مع الظرف كل رطل بكذا على ان يكون التسعير للظرف والمظروف، [١] وطريقة التقسيم لو احتيج اليه كما في المسالك ان يوزن الظرف منفرداً وينسب إلى الجملة، ويؤخذ له من الثمن بتلك النسبة، وتبعه على هذا غير واحد ومقتضاه أنه لو كان الظرف رطلين والمجموع عشرة اخذ له خمس الثمن، والوجه في ذلك ملاحظة الظرف والمظروف شيئاً واحداً، حتى أنه يجوز ان يفرض تمام الظرف كسراً مشاعاً من المجموع ليساوى ثمنه من المظروف. فالمبيع كل رطل من هذا المجموع لا من المركب من الظرف والمظروف، [٢] لأنه اذا باع كل رطل من الظرف والمظروف بدرهم مثلاً وزع الدرهم على الرطل والمظروف بحسب قيمة مثلها. فإذا كان قيمة خمس الرطل المذكور الذي هو وزن الظرف الموجود فيه مساوياً لقيمة اربعة الاخماس التي هي مقدار المظروف الموجود، فكيف يقسط الثمن عليه اخماساً.

وفي هذه الصورة يندر مقدار للظرف ثم يسترجع من الثمن ما فضل من حساب كل رطل بكذا في المظروف بلا احتياج الى النظر الى نسبة الوزن او نسبة القيمة.

[١] الثالثة ان يبيعه مع الظرف كل رطل بكذا على ان يكون التسعير للظرف

والمظروف

ولهذه الصورة فرضان

احدهما ان يلاحظ ارطال المظروف وارطال الظرف فيبيع جميع ارطالهما كل رطل

بدرهم

وفي هذا الفرض يسترجع من الثمن بنسبة الوزن

ثانيها: ان يلاحظ كل رطل ملفق من الظرف والمظروف بكذا

وفي هذا الفرض يسترجع من الثمن بنسبة القيمة كما في الصورة الاولى.

[٢] قوله فالمبيع كل رطل من هذا المجموع لا من المركب من الظرف والمظروف

الاول اشارة الى الفرض الاول، والثاني الى الثاني فتدبر.

مسألة: المعروف بين الاصحاب تبعاً لظاهر تعبير الشيخ بلفظ ينبغي استحباب التفقه في مسائل الحلال والحرام المتعلقة بالتجارات ليعرف صحيح العقد من فاسده ويسلم من الربا. [١]

وعن إيضاح النافع أنه قد يجب، وهو ظاهر عبارة الحدائق أيضاً وكلام المفيد عليه السلام في المنفعة أيضاً لا يأبي الوجوب لأنه بعد ذكر قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾.

وقوله تعالى: ﴿انْفِقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَلَا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ﴾ قال فندب الى الانفاق من طيب الاكتساب، ونهى عن طلب الخبيث للمعيشة والانفاق، فمن لم يعرف فرق ما بين الحلال من المكتسب والحرام لم يكن مجتنباً للخبيث من الاعمال، ولا كان على ثقة في تفقه من طيب الاكتساب. وقال تعالى: ايضاً: ﴿ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلَ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ فينبغي ان يعرف البيع المخالف للربا ليعلم بذلك ما احل الله وحرّم من المتاجر والاكتساب، وجاءت الرواية عن امير المؤمنين عليه السلام أنه كان يقول من اتجر بغير علم فقد ارتطم في الربا، ثم ارتطم ثم قال: قال الصادق عليه السلام من اراد التجارة فليتفقه في دينه ليعلم بذلك ما يحل له مما يحرم عليه ومن لم يتفقه في دينه ثم اتجر تورط في الشبهات، انتهى.

## التفقه في مسائل التجارات

[١] يشهد لوجوب التفقه في مسائل الحلال والحرام المتعلقة بالتجارات، ما يدل على وجوب التعلم في الاحكام الشرعية وهي طائفتان  
الاولى: ما تضمن الامر بالتفقه والحث والترغيب على فعله والذم على تركه كاية النفر<sup>(١)</sup> والنصوص الكثيرة<sup>(٢)</sup>

الثانية: ما تضمن مؤاخذة الجاهل بفعل المعصية لترك التعلم  
لاحظ ما عن الامالى عن الامام الصادق عليه السلام عن قوله تعالى فلله الحجة البالغة

اقول: ظاهر كلامه ﷺ الوجوب الآ أن تعبيره بلفظ ينبغي ربّما يدّعي ظهوره في الاستحباب، الآ أن الانصاف أن ظهوره ليس بحيث يعارض ظهور ما في كلامه في الوجوب من باب المقدّمة، فإن معرفة الحلال والحرام واجبة على كل احد بالنظر الى ما يبتلى به من الامور، وليس معرفة جميعها ممّا يتعلّق بالإنسان وجوبها فوراً دفعة، بل عند الالتفات الى احتمال الحرمة في فعل يريد ان يفعله، او عند ارادة الاقدام على افعال يعلم بوجود الحرام بينها، فإنّه معاقب على ما يفعله من الحرام لو ترك التعلّم، وان لم يلتفت عند فعله الى احتمال تحريمه، فإنّ التفاتة السّابق وعلمه بعدم خلوّ ما يريد مزاولتها من الافعال من الحرام كاف في حسن العقاب، والآلم يعاقب اكثر الجهّال على اكثر المحرّمات، لأنهم يفعلونها وهم غير ملتفتين الى احتمال حرمتها عند الارتكاب.

فقال ان الله تعالى يقول للعبد يوم القيامة عبدى اكنت عالما فان قال نعم قال له افلا عملت بما علمت، وان كان جاهلا قال له افلا تعلمت حتى تعمل فيخصمه فتلك الحجة البالغة<sup>(١)</sup>

واورد عليها المحقق العراقي

باختصاصها بالتعلم الموجب للعلم بالواقع، والمطلوب اعم من ذلك وبانها ظاهرة في الارشاد الى حكم العقل بلزوم الفحص لاجل استقرار الجهل الموجب لعذره

ويرد الاول ان الامارات قائمة مقام العلم

ويرد الثاني انها ظاهرة في الارشاد الى حكمه بلزوم الفحص عما جعله الشارع، وهذا ينفي كون وجوبه نفسيا، وبعبارة اخرى ان الخبر المذكور ظاهر في كونه في مقام افهام العبد بما يقال له هلا تعلمت ولو لم يكن وجوبه ارشاديا وكان نفسيا كان له ان يجيب بعدم علمه بوجوب التعلم، وبالجملة لاكلام في الواجبات المطلقة انما الكلام في وجوب التعلم اذا كان الواجب مشروطا بشرط غير حاصل. من جهة انه في ظرف امكان التعلم لم يثبت وجوب الواجب كى يجب تعلمه مقدّمة له، وفي ظرف حصول الشرط لاقدرة له على الامتثال

ولذا اجمعنا على ان الكفّار يعاقبون على الفروع، وقد ورد ذمّ الغافل المقصّر في معصيته في غير واحد من الاخبار، ثمّ لو قلنا بعدم العقاب على فعل المحرّم الواقعي الذي يفعله من غير شعور، كما هو ظاهر جماعة، تبعاً للاردبيلي رحمه الله: من عدم العقاب على الحرام المجهول حرّمته عن تقصير لقبح خطاب الغافل، فيقبح عقابه، لكن وجوب تحصيل العلم وازالة الجهل واجب على هذا القول، كما اعترفوا به.

وتنقيح القول في ذلك وفيما هو مورد بحث المصنف في المقام بالبحث في موارد  
 الاول: في ان التعلم هل هو واجب نفسى تهيبى كما اختاره المحقق الاردبيلي وتلميذه  
 الفقيه صاحب المدارك  
 ام يكون وجوبه وجوباً مقديماً بلاك وجوب المقدمات المفوتة لكونه من متمات  
 الخطاب بذى المقدمة كما اختاره المصنف ونسب الى المشهور  
 ام يكون وجوبه ارشادياً  
 ام يكون وجوبه طريقياً من قبيل وجوب الاحتياط في موارد لزومه كما اختاره  
 المحقق النائيني  
 الثانى: في انه هل يكون وجوب التعلم في باب المعاملات شرعياً كما اختاره المصنف  
 في المتن ام لافرق بين المعاملات وغيرها كما هو الحق.  
 الثالث اذا لم يمكن الجمع بين تعلم المسائل الواجب وكسب المعيشة اذا كان واجبا  
 ايها يقدم  
 اما المورد الاول فقد اشرنا الى ان فيه مسالك اربعة  
 احدها ان وجوبه نفسى تهيبى، ولازمه استحقاق العقاب على ترك التعلم وان لم يؤد  
 الى مخالفة الواقع  
 ثانيها ان وجوبه مقدمى ولازمه استحقاق العقاب على ترك التعلم المؤدى الى  
 مخالفة الواقع كما هو ظاهر المصنف  
 ثالثها ان وجوبه طريقى من قبيل وجوب الاحتياط، ولازمه استحقاق العقاب على  
 مخالفة الواقع  
 رابعها: ان وجوبه ارشادى.



والحاصل أنّ التزام عدم عقاب الجاهل المقصّر لا على فعل الحرام، ولا على ترك التعلّم، إلا إذا كان حين الفعل ملتفتاً الى احتمال تحريمه لا يوجد له وجه، بعد ثبوت أدلّة التّحرّيم ووجوب طلب العلم على كلّ مسلم، وعدم تقييح عقاب من التفت الى وجود الحرام في افراد البيع التي يزاوها تدريجياً على ارتكاب الحرام في هذا الاثناء، وان لم يلتفت حين ارادة ذلك الحرام.

ثمّ إنّ المقام يزيد على غيره، بأنّ الاصل في المعاملات الفساد، فالمكلّف اذا اراد التجارة وبنى على التصرف فيما يحصل في يده من اموال الناس على وجه العوضية يحرم عليه ظاهراً الاقدام على كلّ تصرف منها بمقتضى اصالة عدم انتقاله اليه الا مع العلم بامضاء الشّارع لتلك المعاملة، ويمكن ان يكون في قوله **عليه السلام**: التاجر فاجر، والفاجر في النّار الا من اخذ الحقّ واعطى الحقّ اشارة الى هذا المعنى بناء على أنّ الخارج من العموم ليس إلا من علم باعطاء الحقّ وأخذ الحقّ، فوجوب معرفة المعاملة الصحيحة في هذا المقام شرعي، لنهي الشّارع عن التصرف في مال لم يعلم انتقاله اليه بناء على أصالة عدم انتقاله اليه، وفي غير هذا المقام عقليّ مقدّمٌ لتلّاقع في الحرام.

وقد استدل المحقق الخراساني لوجوبه قبل حصول شرط الوجوب بقوله، من باب استقلال العقل بتنجز الاحكام على الانام بمجرد قيام احتمالها الا مع الفحص والياس عن الظفر بالدليل على التكليف فيستقل بعده بالبرائة انتهى.

وفيه: ان الاحتمال لا يزيد على العلم من حيث المنجزية للحكم، فكما ان العلم بالتكليف المشروط قبل حصول شرطه موجب للتنجز عند حصول الشرط مع بقائه على شرائط فعليته وتنجزه عند حصول الشرط فلذا لاعتقاب على مخالفته مع عروض الغفلة عند حصول شرطه، ولا يجب ابقاء الالتفات العلمي والتحفّظ على عدم النسيان كذلك الاحتمال انما يوجب التنجز في وقته مع بقائه على صفة الالتفات الى حين تنجز التكليف ولا يجب بقائه بالتحفّظ على عدم الغفلة المانعة عن الفحص عنه.

واما الشيخ الانصاري **عليه السلام** فقد استدل لما اختاره بما دل على وجوب المقدمات التي يترتب على تركها عدم القدرة على الواجب في ظرفه، وسياتي الكلام عليه عند بيان المختار.

وكيف كان فالحكم باستحباب التفقه للتاجر محلّ نظر، بل الاولى وجوبه عليه عقلاً وشرعاً، وان كان وجوب معرفة باقي المحرّمات من باب العقل فقط، ويمكن توجيه كلامهم بارادة التفقه الكامل ليطلع على مسائل الرّبا الدقيقة والمعاملات الفاسدة كذلك. ويطلع على موارد الشبهة والمعاملات الغير الواضحة الصّحة، فيجتنب عنها في العمل فإنّ القدر الواجب هو معرفة المسائل العامّة البلوى، لا الفروع الفقهية المذكورة في المعاملات، ويشهد للغاية الاولى قوله عليه السلام في مقام تعليل وجوب التفقه: انّ الرّبا اخفى من ديب الثملة على الصفا، وللغاية الثانية قول الصادق عليه السلام في الرّواية المتقدمة: من لم يتفقه ثمّ اتجر تورّط في الشبهات، لكن ظاهر صدره الوجوب فلا حظ.

واما المحقق النائيني رحمته الله فقد استدل لما اختاره بعد الاعتراض على الشيخ الاعظم رحمته الله، بان التعلم ليس من المقدمات العقلية التي لها دخل في القدرة، لان الجهل بالحكم لا يوجب سلب القدرة ومن هنا كانت الاحكام مشتركة بين العالم والجاهل. بما حاصله ان العقل مستقل بان لكل من المولى والعبد وظيفة، فوظيفة المولى اظهار مراداته وتبليغها بالطرق المتعارفة التي يمكن للعبد الوصول اليها ان لم يحدث هناك مانع فوظيفته ارسال الرسل وانزال الكتب وتشريع الاحكام. وبعد ذلك تصل التوبة الى وظيفة العبد، وانه على العبد الفحص عن مرادات المولى واحكامه، وحينئذ مستقل العقل باستحقاق العبد للعقاب عند ترك وظيفته، كما مستقل بقبح العقاب عند ترك المولى وظيفته، ولو لاستقلال العقل بذلك لانسد طريق وجوب النظر الى معجزة من يدعى النبوة، وللزم افحام الانبياء، اذ لو لم يجب على العبد النظر الى معجزة مدعى النبوة لما كان للنبي ان يحتج على العبد بعدم تصديقه له، اذ للعبد ان يقول لم اعلم بانك نبي، وبالجمله كما مستقل العقل بلزوم النظر الى معجزة من يدعى النبوة كذلك مستقل بوجوب تعلم احكام الشريعة، والمناطق في الجميع واحد وهو استقلال العقل بان ذلك من وظيفة العبد.

ومن هنا لا يختص وجوب التعلم بالبالغ كما لا يختص وجوب النظر في معجزة النبي به، بل يجب ذلك قبل البلوغ ان كان مميزا ليكون اول بلوغه مؤمنا مصدقا بالنبوة.

والالزم عدم وجوب الايمان عليه اول البلوغ، ويجب تعلم الصبي احكام العبادة الواجبة عليه اول البلوغ اذا لم يتمكن منه في وقته لو ترك التعلم قبل البلوغ. وفي كلامه موقعان للنظر يظهر ببيان ما هو الحق في المقام. وتفصيله، ان ترك التعلم قبل وقت الواجب أو شرطه يكون على اقسام.

احدها: ما لو تمكن المكلف مع تركه من تعلم الواجب بعد ذلك، والامتنال العلمي التفصيلي، كما لو ترك تعلم مسائل الحج قبل زمان وجوبه مع كونه متمكنا من تعلم احكامه تدريجيا من الوقت الذي يحرم فيه الى آخر اعمال الحج، ومن الضروري انه لاوجه للقول بوجوب التعلم قبل دخول الوقت حينئذ على القول بعدم كون وجوبه نفسيا، نعم بعد دخول الوقت لايجوز له تركه مع عدم امكان الامتنال الاجمالي.

ويلحق بهذا القسم الثاني، وهو ما لو فرض انه لو ترك التعلم قبل الوقت لما تمكن من الامتنال العلمي التفصيلي، الا انه كان متمكنا من الامتنال العلمي الاجمالي، كما لو دار امر الواجب بين المتباينين كالقصر والاتمام وكان بحيث لو ترك التعلم قبل الوقت لما تمكن من تمييز الواجب عن غيره بعده، ولكنه كان متمكنا من الاحتياط، وكما لو لم يعلم بمقدار النفقة الواجبة عليه على فرض الازدواج ولم يتمكن من معرفة ذلك بعده، ولكنه كان متمكنا من الاحتياط، بناءً على ما هو الحق من ان الامتنال الاجمالي انما هو في عرض الامتنال العلمي التفصيلي، فانه حينئذ لاوجه لوجوب التعلم قبل الازدواج.

واما من حيث الامتنال في غير موارد دوران الامر بين المتباينين كما في المورد الثاني فقد يقال انه حيث يكون شاكاً في التكليف فتجربى البرائة عنه وان تمكن من الاحتياط فلا يجب عليه شيء.

لكنه توهم فاسد اذ بعد حصول الشرط بما انه يحتمل التكليف، ولا محالة يحتمل العقاب على مخالفته، والعقل مستقل بوجوب دفع الضرر الاخرى المحتمل. بمعنى انه لو كان واجبا ولم يأت به أو كان حراما ففعل، وعاقبه المولى، يكون عقابه في محله فلا بد له من الاحتياط.

فان قيل انه ما المانع من جريان البرائة عن ذلك التكليف المحتمل، ويرفع احتمال العقاب بها، فيرتفع موضوع قاعدة وجوب دفع الضرر المحتمل.

اجبنا عنه بان عدم جريان البرائة العقلية انما هو من جهة ان موضوعها عدم البيان، وحيث ان بيان المولى، ليس بايصال التكليف الى العبيد باى نحو امكن، بل انما هو بجعل القانون، ووضعه فى معرض الوصول، بحيث لو تفحصوا عنه لو صلوا اليه، فلا موضوع لها فى المورد، و من لم يتفحص عنه مع التمكن منه قبل حصول الشرط لايجرى فى حقه هذه القاعدة، فان شئت فاختر ذلك من حال الموالى والعبيد العرفية فانه اذا ارسل المولى مكتوبا الى العبد، وعين فيه تكاليفه فى الشهر القادم، ووصل المكتوب الى العبد ولكنه لم ينظر اليه حتى يعرف وظائفه، مستندا الى انه لايجب المقدمة قبل وجوب ذبيها، وبعد تحقق الشرط لم يتمكن من المراجعة اليه وتمكن من الاحتياط، ومع ذلك لم يحتب وترك واجباته، فهل يتوهم احد بانه ليس للمولى ان يعاقبه على ذلك لقاعدة قبح العقاب بلا بيان، والظاهر ان هذا من الواضح بمكان.

واما عدم جريان البرائة الشرعية: فلما حققناه فى مبحث البرائة والاشتغال من انها لايجرى فى الشبهات قبل الفحص مطلقا.

ثالثها: ان المكلف لو ترك التعلم قبل الوقت فكما لا يتمكن من الامتثال العلمى التفصيلى، كذلك لا يتمكن من الامتثال الاجمالى بعد الوقت، ويكون متمكنا من الاتيان بذات الواجب أى الامتثال الاحتمالى، كما اذا فرض ان الوقت ضيق لا يتمكن المكلف الاباتيان احدى الصلاتين، الجمعة او الظهر، والقصر او الاتمام، وفى هذا القسم يجب التعلم لانه يحتمل ترك الواجب فى ظرفه لو ترك التعلم قبل حصول الشرط ويكون احتمال ذلك مستندا الى ترك التعلم فيجب التعلم، لا للمقدمية.

ولا لما افاده الشيخ الاعظم عليه السلام، من مادل على وجوب المقدمة التى لو تركت قبل الوقت لما تمكن من امتثال الواجب فى ظرفه كالسير الى الحج.

بل من باب وجوب دفع الضرر المحتمل حيث انه لاحتمال ترتب ترك الواجب على ترك التعلم يحتمل العقاب على المخالفة ولا مؤمن منه فيحكم العقل بوجوب الدفع، وهو لا يمكن بالتعلم قبل الوقت.

رابعها: ما لو كان ترك التعلم قبل الوقت موجبا لترك الواجب فى ظرفه، اما للغفلة عن التكليف، او لعدم التمكن من امتثاله، والاول كثيرا ما يتفق فى المعاملات فانه اذا لم يتعلم

احكام المعاملات ولم يميز الصحيحة عن الفاسدة فواقع المعاملة فاسدة في الخارج وتحقق الانتقال في نظره فلا محالة يتصرف فيما يراه منتقلا اليه غافلا عن حرمة، والثاني كثيرا ما يتفق في العبادات كالصلاة حيث انها مركبة من عدة اجزاء وشرائط، ومعلوم ان تعلمها يحتاج الى مدة من الزمن لا سيما لمن لا يحسن اللغة العربية.

وفي هذا القسم يجب التعلم قبل الوقت، لما افاده الشيخ الاعظم رحمته الله وهو الملاك الذي لاجله يبني على وجوب المقدمة، الموجب تركها فوت الواجب في ظرفه. وبذلك يظهر ان ايراد المحقق النائيني، في غير محله.

كما ان ما افاده من ان وجوب التعلم ثابت حتى فيما قبل البلوغ بالتقريب المتقدم. يرد ما دل على رفع القلم عن الصبي، فانه يشهد بعدم الوجوب، ولم يظهر وجه اختصاص هذا الحكم الطريقي بعدم شمول دليل الرفع له، سوى ما قيل.

من ان وجوب التعلم عقلي، وحديث الرفع لا يصلح لرفعه. وهو مردود بانه بعد ورود التعبد من الشارع بانه لا شيء على الصبي من ناحية مخالفة الاحكام الشرعية لا يحكم العقل بوجوب التعلم، فان شئت قلت، انه يرتفع موضوع الحكم العقلي بتعبد الشارع، فلا يلزم من ذلك التخصيص في الحكم العقلي، كى يقال انه ممتنع.

وقد حكم الشيخ الاعظم رحمته الله في رسالته العملية بفسق تارك تعلم مسائل الشك والسهو فيما يبتلى به عامة المكلفين.

واورد عليه المحقق النائيني رحمته الله، بان ذلك يبتنى على احد امور. ١ - اختيار مذهب المحقق الاردبيلي من كون وجوب التعلم نفسيا موجبا للعقاب. ٢ - كون التجري موجبا للفسق وان لم يوجب العقاب. ٣ - الفرق بين مسائل الشك والسهو وبين غيرها، من جهة قضاء العادة باستلزام ترك التعلم فيما يكثر الابتلاء به، لمخالفة الواقع، والاول لم يلتزم هو رحمته الله به، واما الثاني فالالتزام به بعيد، واما الثالث فالالتزام به ابعد بعد فرض كون الوجوب طريقيا.

ويمكن ان يقال انه على القول بان العدالة هي الملكة الباعثة للاتبان بالواجبات وترك المحرمات يتم ما افاده الشيخ لكشف التجري عن عدم وجود الملكة في النفس وان لم يكن الفعل حراما.

## وجوب التعلم عند الشك في الابتلاء

هذا كله فيما لو علم المكلف بالابتلاء، او اطمئن به. واما لو شك في ذلك فهل يجب التعلم كما هو المشهور بين الاصحاب، ام لا. قد استدل للاول بما استدل به لوجوب التعلم مع العلم بالابتلاء. ولكن قد يقال انه يمكن اجراء استصحاب عدم الابتلاء بالاضافة الى الزمان المستقبل، لليقين بعدم الابتلاء فعلا، والشك في الابتلاء فيما بعد، فيستصحب عدم الابتلاء، بناءً على ما هو الحق من جريان الاستصحاب في الامور الاستقبلية. واورد عليه المحقق النائيني رحمته الله بان الاستصحاب انما يجرى فيما اذا كان المستصحب اثرا شرعيا، او موضوعا ذا اثر شرعى، والا كما في المقام، حيث ان الاثر، وهو استقلال العقل بوجوب التعلم انما هو مترتب على مجرد احتمال الابتلاء، لقاعدة وجوب دفع الضرر المحتمل، لا على واقعه، فلا يجرى الاستصحاب.

وبعبارة اخرى، ان الاثر في كل مورد كان مترتبا على نفس الشك والاحتمال دون الواقع، متى شك فيه فالموضوع محرز بالوجدان، ومعه لامورد للتعبد بالواقع اصلا فانه لغو، وما نحن فيه كذلك، لان الموضوع هو احتمال الابتلاء، وهو محرز بالوجدان، واما الابتلاء الواقعي فلا اثر له كى يجرى الاستصحاب فيه.

وفيه: انه وان كان التعبد بما هو محرز بالوجدان لغواً صرفاً، ومن اراداً انحاء تحصيل الحاصل، والتخصيص في الحكم العقلي لاريب في امتناعه، ولكن التعبد بما يوجب رفع موضوع حكم العقل، لا محذور فيه، وبعبارة اخرى ان الحكم العقلي قابل للتخصص والخروج الموضوعى

وقد حكى توجيه كلامهم بما ذكرنا عن غير واحد، ولا يخلو عن وجه في مقام التوجيه، ثم إنَّ التَّفقه في مسائل التِّجارة لما كان مطلوباً للتَّخصُّص عن المعاملات الفاسدة الَّتِي أهمُّها الرِّبا، الجامعة بين اكل المال بالباطل وارتكاب الموبقة الكذائية، لم يعتبر فيه كونه عن اجتهاد. بل يكفي فيه التَّقليد الصَّحيح، فلا تعارض بين أدلَّة التَّفقه هنا، وأدلَّة تحصيل المعاش، نعم ربَّما اورد في هذا المقام وان كان خارجاً عنه التَّعارض بين ادلَّة طلب مطلق العلم الشَّامل لمعرفة مسائل العبادات، وانواع المعاملات المتوقِّف على الاجتهاد، وبين أدلَّة طلب الإكتساب والإستغال في تحصيل المال لأجل الإنفاق على من ينبغي ان ينفق عليه، وترك إلقاء كَلِّه على النَّاس الموجب لاستحقاق اللُّعن، فإنَّ الأخبار من الطَّرفين كثيرة يكفي في طلب الإكتساب ما ورد من: أنه أوحى الله تعالى الى داوود (على نبينا وآله وعليه السَّلام): يا داود إنَّك نعم العبد لو لا أنَّك تأكل من بيت المال ولا تعمل بيدك شيئاً. فبكى عليه أربعين صباحاً ثمَّ الآن الله تعالى له الحديدي، وكان يعمل كلَّ يوم درعاً ويبيعه بألف درهم، فعمل ثلاثمائة وستين درعاً فباعها واستغنى عن بيت المال، الحديث.

---

وما نحن فيه من هذا القبيل: فان موضوع حكم العقل هو الضرر المحتمل، والمطلوب بالاستصحاب ليس هو اثبات وجوب الدفع، بل المثبت بالاستصحاب عدم العقاب، والضرر، وبه يرتفع موضوع وجوب الدفع. وعلى الجملة كما انه يصح رفع موضوع قبح العقاب بلا بيان باستصحاب الوجوب، كذلك يصح رفع موضوع وجوب دفع الضرر المحتمل بالاستصحاب المذكور ولا محذور في ذلك.

ولكن يمكن الاستدلال لوجوب الدفع، وعدم جريان الاصل المذكور بوجهين.

١- العلم الاجمالي بمجمل من الاحكام الشرعية في ظرفها وهذا العلم الاجمالي مانع عن اجراء الاصل المذكور في كل ماهو من اطراف العلم الاجمالي.

٢- اطلاق ما دل على وجوب التعلم: اذ لو اقتص ذلك بموارد العلم او الاطمينان بالابتلاء لم يبق تحت تلك الادلة الاموارد نادرة.

وما أرسله في الفقيه عن الصادق عليه السلام: ليس منّا من ترك دنياه لآخرته، أو آخرته لدنياه، وإنّ العبادة سبعون جزءاً أفضلها طلب الحلال. وأما الأخبار في طلب العلم وفضله فهي أكثر من ان يذكر وأوضح من ان يحتاج إلى الذكر، وذكر في الحدائق: انّ الجمع بينهما بأحد وجهين أحدهما وهو الأظهر بين علمائنا تخصيص اخبار وجوب طلب الرزق بأخبار وجوب طلب العلم ويقال: بوجوب ذلك على غير طالب العلم المستقلّ تحصيله واستفادته وتعليمه وافادته، قال: وبهذا الوجه صرح الشهيد الثاني رحمته في رسالته المسماة «بمنية المرید في آداب المفید والمستفيد» حيث قال في جملة شرائط العلم: وان يتوكّل على الله ويفوض امره إليه ولا يعتمد على الأسباب فيتوكّل عليها، فيكون وبالاً عليه، ولا على احد من خلق الله تعالى بل يلتقي مقاليد امره إلى الله تعالى فيظهر له من نفحات قدسه ولحظات انسه ما به يحصل مطلوبه ويصلح به مراده. وقد ورد في الحديث عن النبي صلى الله عليه وآله انّ الله تعالى قد تكلف [تكفل] لطالب العلم برزقه عمّا ضمنه لغيره، بمعنى انّ غيره محتاج إلى السعي على الرزق حتّى يحصل له، وطالب العلم لا يكلف بذلك بل بالطلب وكفاه مؤنة الرزق ان احسن الثبّة، وأخلص القرية، وعندني في ذلك من الوقائع ما لو جمعته ما لا يعلمه إلا الله من حسن صنع الله تعالى وجمال ما اشتغلت بالعلم وهو مبادئ عشر الثلاثين وتسعمائة الى يومنا هذا وهو منتصف شهر رمضان سنة ثلاث وخمسين وتسعمائة.

وبالجملة ليس الخبر كالعيان، وروى شيخنا المقدّم محمّد بن يعقوب الكليني رحمته بإسناده الى الحسين بن علوان قال: كنّا في مجلس نطلب فيه العلم، وقد نفذت نفقتي في بعض الاسفار، فقال لي بعض اصحابي: من تؤمل لما قد نزل بك؟ فقلت: فلاناً، فقال اذا والله لا تسعف بمجانتك ولا تبلغ املك ولا تنجح طلبتك، قلت: وما علمك رحمك الله قال: انّ ابا عبدالله حدّثني أنّه قرأ في بعض كتبه انّ الله تبارك وتعالى يقول وعزّتي وجلالي ومجدي وارتفاع مكاني على عرشي لا قطعن امل كل مؤمل غيري باليأس ولا كسونه ثوب المذلة عند الناس ولا تحينه من قربي ولا بعدنه من وصلي أو يؤمل غيري في الشدائد والشدائد بيدي ويرجو غيري ويقرع باب غيري ويبيدي مفاتيح الابواب وهي مغلقة وبابي مفتوح لمن دعاني فن ذا الذي املني لنوابه فقطعته دونها، ومن ذا الذي رجاني لغظيمة فقطعت رجائه مني



جعلت آمال عبادي عندي محفوظة، فلم يرضوا بحفظي، وملأت سماواتي بمن لا يمل من تسيحي، وامرهم ان لا يغلقوا الأبواب بيني وبين عبادي فلم يثقوا، بقولي لم يعلم من طرفته نائبة من نوائي أنه لا يملك كشفها احد غيري الا من بعداني، فإراها لاهياً عنى اعطيته بجودي ما لم يسألني، ثم انتزعت منه فلم يسألني رده وسأل غيري، افتراي أبدأ بالعطايا قبل المسألة؟ ثم أسأل فلا اجيب سألني انيخيل انا فيبخلني عندي اوليس الجود والكرم لي، او ليس العفو والرحمة بيدي؟ او ليس انا محل الآمال؟ فننقطعها دوني؟ افلا يستحي المؤمنون ان يؤملوا غيري؟ فلو ان اهل سماواتي واهل ارضي أملموا جميعاً، ثم اعطيت كل واحد منهم مثل ما امل الجميع ما انتقص من ملكي مثل عضو ذرة، وكيف ينقص ملك انا قيمه، فيا بؤساً للقناطين من رحمتي، ويا بؤساً لمن عصاني ولم يراقبني، انتهى الحديث الشريف وانتهى كلام شيخنا الشهيد عليه السلام.

قال في الحدائق ويدل على ذلك بأصرح دلالة ما رواه في الكافي بإسناده إلى أبي إسحاق السبيعي عن حدثه قال سمعت امير المؤمنين عليه السلام يقول: أيها الناس ان كمال الدين طلب العلم والعمل به، الا وان طلب العلم أوجب عليكم من طلب المال، ان المال مقسوم مضمون لكم قد قسمه عادل بينكم وضمنه لكم، وسيتي لكم، والعلم مخزون عند اهله، وقد امرتم بطلبه من اهله فاطلبوه، الخبر.

قال: ويؤكد ما رواه في الكافي بسنده عن ابي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلوات الله عليه وآله يقول الله عزوجل وعزتي وجلالي وكبريائي ونوري.

وعظمتي وعلوي وارتفاع مكاني لا يؤثر عبد هواي على هواه إلا استحفظته ملائكتي وكفلت السموات والأرضين رزقه وكنت له من وراء تجارة كل تاجر فتأتيه الدنيا وهي زاعمة. الحديث. انتهى كلامه وانت خبير بأن ما ذكره من كلام الشهيد عليه السلام وما ذكره من الحديث القدسي لا ارتباط له بما ذكر من دفع التثافي بين ادلة الطرفين لأن ما ذكر من التوكل على الله وعدم ربط القلب لغيره لا ينافي الاشتغال بالاكْتساب، ولذا كان امير المؤمنين (صلوات الله عليه وعلى آخيه وزوجته وولديه وذريته) جامعاً بين أعلى مراتب التوكل، واشدّ مشاقّ الاكْتساب: وهو الاستقاء لحائط اليهودي، وليس التمهيد ايضاً في مقام ان طلب

العلم افضل من التّكسب، وان كان افضل، بل في مقام انّ طالب العلم اذا اشتغل بتحصيل العلم فليكن منقطعاً عن الاسباب الظّاهرة الموجودة غالباً لطلّاب العلوم من الوظائف المستمرّة من السّلاطين. والحاصلة من الموقوفات للمدارس واهل العلم؟ والموجودة الحاصلة غالباً للعلماء والمشتغلين من معاشره السّلاطان واتباعه والمرادة مع التّجار والاغنياء والعلماء الذين لا ينتفع منهم الاّ بما في ايديهم من وجوه الرّزق وورد المظالم والاحماس وشبه ذلك، كما كان متعارفاً في ذلك الزّمان بل في كلّ زمان فربّما جعل الاشتغال بالعلم بنفسه سبباً للمعيشة من الجهات التي ذكرناها.

وبالمجملة، فلا شهادة فيما ذكر من كلام الشّهيد عليه السلام من اوله الى آخره، وما اضاف اليه من الرّوايات في الجمع المذكور اعني تخصيص ادلّة طلب الحلال بغير طالب العلم. ثمّ أنّه لا اشكال في انّ كلّ من طلب العلم وطلب الرّزق ينقسم الى الاحكام الاربعة او الخمسة. ولا ريب انّ المستحبّ من احدهما لا يزاحم الواجب ولا الواجب الكفائي الواجب العيني، ولا اشكال ايضاً في انّ الاهم من الواجبين المعينين مقدّم على غيره، وكذا الحكم في الواجبين الكفائيين مع ظنّ قيام الغير به، وقد يكون كسب الكاسب مقدّمة لاشتغال غيره بالعلم، فيجب او يستحب مقدمة. بقي الكلام في المستحب من الامرين عند فرض عدم امكان الجمع بينهما. ولا ريب في تفاوت الحكم بالترجيح باختلاف الفوائد المرتبة على الامرين فربّ من لا يحصل له باشتغاله بالعلم الاّ شيء قليل لا يترتب عليه كثير فائدة، ويترتب على اشتغاله بالتجارة فوائد كثيرة، منها تكفّل احوال المشتغلين من ماله او مال اقرانه من التّجار المخاطبين معه، على وجه الصّلة او الصّدقة الواجبة والمستحبة فيحصل بذلك ثواب الصّدقة وثواب الإعانة الواجبة أو المستحبة على تحصيل العلم، وربّ من يحصل بالاشتغال مرتبة عالية من العلم يحبي بها فنون علم الدّين، فلا يحصل له من كسبه الاّ قليل من الرّزق فإنّه لا اشكال في انّ اشتغاله بالعلم والأكل من وجوه الصّدقات أرجح. وما ذكر من حديث داود (على نبينا وآله وعليه السّلام) فإنّما هو لعدم مزاحمة اشتغاله بالكسب لشيء من وظائف التّوبة والرّئاسة العلمية.

وبالجمله فطلب كل من العلم والرّزق اذا لو حظ المستحب منها من حيث النّفع العائد الى نفس الطالب كان طلب العلم ارجح، واذا لو حظ من جهة النّفع الواصل الى الغير كان اللازم ملاحظة مقدار النّفع الواصل، فثبت من ذلك كلّهُ أنّ تراحم هذين المستحبين كتراحم سائر المستحبات المتنافية، كالاشتغال بالاكْتساب او طلب العلم الغير الواجبين مع المسير الى الحجّ المستحبّ او الى مشاهد الأئمة عليهم السلام، او مع السّعي في قضاء حوائج الاخوان الذي لا يجمع طلب العلم او المال الحلال الى غير ذلك، ممّا لا يحصى.

واما المورد الثّاني، فافاد المصنف ان وجوب التّعلم في غير باب المعاملات يكون عقليا محضا وقد تقدم ما يمكن ان يستدل له ونقده واما في باب المعاملات فهو شرعي: لنهي الشارع عن التصرف مع الجهل بصحة المعاملة: لاصالة عدم الانتقال وفيه اولاً ان الاصل في العبادات ايضاً هو الاحتياط لاختصاص ادلة البرائة بالشبهات قبل الفحص

وان قيل: ان اصالة الاحتياط لا تجرى مع الغفلة

اجبنا عنه بان اصالة عدم الانتقال ايضاً توجب تنجز الواقع وعدم جواز التصرف في الاموال المكتسبة ولا تدل على وجوب معرفة احكام المعاملات

واما الثّالث فحصل القول فيه انه اذا لم يمكن الجمع بين تعلم المسائل الواجب وكسب المعيشة اذا كان واجبا - فايها يقدم ولقد اطال المصنف رحمته الله تبعا للحدائق الكلام في المقام

والحق انها من قبيل الواجبين المتراحمين فلا بد من ملاحظة الخصوصيات والموارد والفوائد المترتبة على كل منهما وترجيح الاهم من كل منهما على الاخر وليس ذلك تحت ضابط واحد فالمتعين ملاحظة كل مورد ثم الحكم بالتقديم.

مسألة: لا خلاف في مرجوحية تلقي الركبان بالشروط الأتية، [١] واختلفوا في حرمة وكرامته، فعن التقي والقاضي والحلي والعلامة في المنتهى الحرمة، وهو المحكي عن ظاهر الدروس وحواشي المحقق الثاني وعن الشيخ وابن زهرة، لا يجوز. وأول في المختلف عبارة الشيخ بالكره، وهي أي الكراهة مذهب الاكثر، بل عن ايضاح النافع ان الشيخ ادعى الاجماع على عدم التحريم.

وعن نهاية الاحكام تلقي الركبان مكروه عند اكثر علمائنا وليس حراماً اجماعاً ومستند التحريم ظواهر الاخبار. [٢]

منها ما عن منهل القصاب، قال: قال أبو عبدالله عليه السلام لا تلق، فإن رسول الله ﷺ نهى عن التلقي قلت: وما حدا لتلقي قال عليه السلام مادون غدوة اوروحة قلت وكم الغدوة والرّوحة، قال: اربعة فراسخ، قال ابن ابي عمير، وما فوق ذلك فليس بتلق

## حرمة تلقي الركبان

[١] قوله لا خلاف في مرجوحية تلقي الركبان بالشروط الاتية

تنقيح القول في المسألة بالبحث في مقامين

الأول: في اصل الحكم

الثاني: في الخصوصيات المعتبرة فيه

اما الاول ففيه قولان بعد الاتفاق ظاهر اعلى المرجوحية فعن التقي والفاضل والحلي والعلامة وغيرهم الحرمة - وعن الاكثر الكراهة.

[٢] ومستند الحكم جملة من النصوص<sup>(١)</sup> الظاهرة في التحريم المذكورة في المتن جملة منها

واورد على الاستدلال بهالحرمة - بوجوه

احدها ضعف السند - بدعوى - ان جميع تلك النصوص سبعة خمسة منها تنتهي

اسنادها الى منهل القصاب وهو مجهول وواحد منها روايه عمر بن شمر الضعيف عن عروة

ابن عبدالله المجهول - والسابع مرسل

وفيه ان في طريقين من روايات منهل من هو من اصحاب الاجماع فان في طريق

وفي خبر عروة لا يتلقّى احدكم تجارة خارجاً من المصر، ولا يبيع حاضر لباد والمسلمون يرزق الله بعضهم من بعض.

وفي رواية اخرى لا تلق ولا تشتري ما يتلقّى ولا تأكل منه.

وظاهر النهي عن الأكل كونه لفساد المعاملة، فيكون اكلا بالباطل، ولم يقل به إلا الإسكافي.

وعن ظاهر المنتهى الاتفاق على خلافه، فيكون الرواية مع ضعفها مخالفة لعمل الاصحاب [١] فيقصر عن افادة الحرمة والفساد، نعم لا بأس بحملها على الكراهة لو وجد القول بكراهة الأكل ممّا يشتري من المتلقّي، ولا بأس به حسماً لمادّة التلقّي، وممّا ذكرنا يعلم أنّ النهي في سائر الاخبار ايضاً محمول على الكراهة، لموافقته للاصل [٢] مع ضعف الخبر

احدهما ابن ابي عمير وفي طريق الاخر ابن محبوب فلا مورد للمناقشة فيها من

حيث السند

[١] ثانيها اعراض المشهور عنها

وفيه اولاً: ان جماعة افتنوا بالحرمة

وثانياً ان الاعراض الموهن هو الاعراض عن الخبر سند الادلالة والاصحاب عملوا

بهذه النصوص فانهم حكموا بالمرجوحية وافتنائهم بالكراهة لا يكون حجة علينا

[٢] ثالثها: موافقة القول بالكراهة للاصل ومخالفة القول بالحرمة له

وفيه: ان الاصل لا يقاوم الدليل ومع وجوده يرتفع موضوع الاصل بالورود او

الحكومة

مع ان القول بالكراهة ايضاً مخالف للاصل، وعدم الحرمة وان كان موافقاً له الا انه

لا يثبت به الكراهة

رابعها: كون الروايات موافقة للعامة

وفيه: ان مخالفة العامة من مرجحات احدى الحجتين على الاخرى بعد فقد جملة من

المرجحات لا من مميزات الحجّة عن اللاحجة

وبالجملة: موافقة العامة من حيث هي ليست من الموهنات

خامسها: ان النهي وان كان ظاهراً في نفسه في الحرمة الا ان النهي عن التلقّي من جهة

وقوعه في سياق النهي عن اكل المتلقّي بقوله لا تاكل منه وقوله لا تاكل من لحم ما تلتقى

ومخالفته للمشهور. ثم انَّ حدَّ التَّلقي أربعة فراسخ، [١] كما في كلام بعض. والظاهر انَّ مرادهم خروج الحدِّ عن المحدود، [٢] لأنَّ الظَّاهر زوال المرجوحية اذا كان اربعة فراسخ. وقد تبعوا بذلك مرسله الفقيه.

وروي انَّ حدَّ التَّلقي روحة فاذا بلغ إلى أربعة فراسخ فهو جلب، فإنَّ الجمع بين صدرها وذيلها لا يكون الاَّ بارادة خروج الحدِّ عن المحدود، كما انَّ ما في الرّواية السَّابقة ان حدّه ما دون غدوة او روحة محمول على دخول الحدِّ في المحدود، لكنَّ قال في المنتهى حدَّ علمائنا التَّلقي بأربعة فراسخ، ففكر هو التَّلقي الى ذلك الحدِّ، فإنَّ زاد على ذلك كان تجارة وجلباً وهو ظاهر لأنّه بمضيه ورجوعه يكون مسافراً، ويجب عليه القصر فيكون سفرأ حقيقياً، إلى ان قال ولا يعرف بين علمائنا خلافاً فيه انتهى.

الذى لم يرد منه الحرمة يقينا لعدم فساد المعاملة يحمل على الكراهة واجيب عنه بان الحرمة كما يمكن ان تكون منبعثة عن فساد المعاملة باعتبار ان اكل مال الغير بلا سبب شرعى حرام كذلك يمكن ان تكون منبعثة عن مصلحة في نفس ترك الاكل وحسم مادة التلقى المحرم.

بل الظاهر ان الاكل حرام من حيث انه اكل لما تلقى لا من حيث انه مال الغير وفيه: ان الظاهر منه كون النهى عنه من جهة كونه مال الغير فمع صرفه عن ظاهره لا وجه لحملة على ما ذكر فتامل

والاولى في الجواب ان يقال ان النواهي المتعددة الواقعة في سياق واحد لو حمل احدها على الكراهة للدليل على عدم حرمة متعلقه لاوجه لحمل غيره عليها بناء على ما حققناه في محله من ان الحرمة والكراهة خارجتان عن حریم الموضوع له والمستعمل فيه وانما تنتزعان من الترخيص في فعل ما تعلق النهى به وعدمه فتحصل ان الاظهر هو القول بالحرمة.

واما المقام الثاني فالكلام فيه يقع في جهات

الاولى في حد التلقى

[١] لا كلام في ان حده اربعة فراسخ، انما الكلام في دخول الحد في المحدود وخروجه

عنه.

[٢] قال المصنف والظاهر ان مرادهم خروج الحد عن المحدود

والتعليل بحصول السفر الحقيقي يدلّ على مسامحة في التعبير، ولعلّ الوجه في التّحديد بالاربعة أنّ الوصول الى الأربعة بلا زيادة وتقيصة نادر، فلا يصلح ان يكون ضابطاً لرفع الكراهة اذ لا يقال أنّه وصل الى الاربعة الا اذا تجاوز عنها ولو يسيراً.

فالظاهر أنّه لا اشكال في اصل الحكم وان وقع اختلاف في التعبير في التّصويف والفتاوى ثمّ أنّه لا اشكال في اعتبار القصد، [١] اذ بدونه لا يصدق عنوان التّلقّي، فلو تلقّى الرّكب في طريقه ذاهباً او جائياً لم يكره المعاملة معهم. وكذا في اعتبار قصد المعاملة من المتلقّي فلا يكره لغرض آخر ولو اتّفقت المعاملة.

مقتضى - خبر ابن ابي عمير - قلت وما حد التلقّي قال مادون غدوة اوروحة قلت وكم الغدوة والروحة قال اربعة فراسخ<sup>(١)</sup> هو الثاني

ومقتضى خبر ابن محبوب قال قلت له ما حد التلقّي قال روحة<sup>(٢)</sup> في بادى النظر هو

الاول

ولكن بما ان للحد معنيين - احدهما - ما ينتهى به الشئ - والاخر - ما ينتهى عنده الشئ - فالحد في الخبر الاول يحمل على المعنى الاول فان الحد بذلك المعنى داخل في المحدود - وهو في الخبر الثاني يحمل على المعنى الثاني فانه بذلك المعنى خارج عنه - فالجمع بين الخبرين يقتضى البناء على الخروج - والذي يسهل الخطب ان الوصول الى الاربعة بلا زيادة ولا تقيصة نادر جدا -

الثانية: في اعتبار القصد وعدمه.

[١] قال المصنف ثمّ انه لا اشكال في اعتبار القصد

واستدل عليه لا اعتبره بعدم صدق عنوان التلقّي بدونه

واورد عليه المحقق الايروانى عليه بان عنوان التلقّي ليس منهيًا عنه بالنهي النفسى

فانه ليس مرجوح قطعاً بل المرجوح السابق الى الاشتراء من قصد البلد بمتاعه

قيل ظاهر التعليل في رواية عروة المتقدمة اعتبار جهل الركب بسعر البلد [١] وفيه أنه مبني على عدم اختصاص القيد بالحكم الاخير، فيحتمل ان يكون العلة في كراهة التلقي مسامحة الركب في الميزان بما لا يتسامح به المتلقي، او مظنة حبس المتلقين ما اشتروه او ادخاره عن اعين الناس وبيعه تدريجياً، بخلاف ما اذا اتى الركب وطرحوا امتعتهم في الحانات والاسواق، فإن له اثراً يئناً في امتلاء اعين الناس خصوصاً الفقراء وقت الغلاء اذا اتى بالطعام، وكيف كان فاشترط الكراهة بجهلهم بسعر البلد محل مناقشة، ثم أنه لا فرق بين اخذ المتلقي بصيغة البيع أو الصلح أو غيرها. نعم لا بأس باستيهاهم ولو باهداء شيء اليهم

وعليه فنفس هذه المعاملة مرجوحة ولو لم يتلق اصلا وفيه: ان التلقي للاشتراء بنفسه منهي عنه والظاهر مرجوحيته ايضا كيف وقد جمع في النصوص بين النهي عنه والنهي عن الاشتراء والحق ان يقال ان المنهي عنه هو التلقي للاشتراء فاذا لم يكن من قصده التلقي اصلا او كان ولم يكن للاشتراء لا يكون ذلك مرجوحا واما الاشتراء فحيث ان الظاهر من الخبر مرجوحية الاشتراء اذا كان مع التلقي المرجوح لا مطلقا - فلا يكون مرجوحا اذا لم يكن التلقي عن قصد فالظاهر اعتباره الثالثة: في اعتبار جهل الركب بسعر البلد.

[١] قيل ظاهر التعليل في رواية عروة المتقدمة اعتبار جهل الركب بسعر البلد.

هذا التعليل وقع في خبرين

احدهما: خبر عروة عن الامام الباقر عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه وآله لا يتلقى احدكم تجارة خارجا عن المصر ولا يبيع حاضر لباد والمسلمون يرزق الله بعضهم من بعض (١) ثانيهما: ما عن الشيخ بسنده عن جابر عن رسول الله صلى الله عليه وآله لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض (٢)

١ - اورد صاحب الوسائل صدره في الوسائل - باب ٣٦ - من ابواب آداب التجارة حديث ٥ - وذيله في - باب ٣٧ - منها حديث ١. ٢ - الوسائل - باب ٣٧ - من ابواب آداب التجارة حديث ١.



ولو تلقاهم لمعاملات اخر غير شراء متاعهم فظاهر الروايات عدم المرجوحية، [١] نعم لو جعلنا المناط ما يقرب من قوله عليه السلام: المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض. قوى سراية الحكم الى بيع شيء منهم وبيعهم المساكين والخانات، كما أنه اذا جعلنا المناط في الكراهة غبن الجاهل، كما يدل عليه التَّبوي العامي: لا تلقوا الجلب فمن تلقاه واشترى منه فإذا اتى السوق فهو بالخيار قوى سراية الحكم الى كلِّ معاملة يوجب غبنهم كالبيع والشراء منهم متلقيًا، وشبه ذلك، لكن الاظهر هو الاول

وقد استدل العلامة رحمته الله به واستنده الى غير واحد على اعتبار الجهل ويرد عليه ان الظاهر ولا اقل من المحتمل كونه علة لحكم بيع الحضرى للبدوى والمناسب ايضا ذلك فانه اذا لم يصير الحاضر وكيلا للبادى في البيع يشترى به المشتري باقل فيرتزق منه فتدبر مع ان كونه من قبيل العلة المعممة والمخصصة غير ثابت - فالظاهر هو التعميم - لاطلاق الروايات وعدم معلومية علة الحكم ولعلها شيء موجود في فرض العلم. الرابعة: في انه هل يختص الحكم بالتلقى للاشتراء ام يعم التلقى للبيع منهم او لمعاملات اخر غير شراء متاعهم في المتن.

[١] ولو تلقاهم لمعاملات اخر... فظاهر الروايات عدم المرجوحية وجه الظهور مع اطلاق قوله عليه السلام في خبر منهال القصاب عن ابى عبدالله عليه السلام لا تلق فان رسول الله صلوات الله عليه وآله نهى عن التلقى (١) هو ورود اطلاق مورد الغالب المتعارف وهو التلقى للاشتراء كما هو مفاد ساير النصوص وبه يظهر حال قوله صلوات الله عليه وآله لا يتلقى احدكم تجارة خارجا عن المصر (٢) مع ان الصدوق رواه هكذا ولا يتلقى احدكم طعاما - وهو ظاهر في التلقى لاشراء الطعام.

١ - الوسائل - باب ٣٦ - من ابواب آداب التجارة حديث ١.

٢ - نفس المصدر حديث ٥.

وكيف كان فإذا فرض جهلهم بالسعر فثبت لهم الغبن الفاحش كان لهم الخيار. [١] وقد يحكى عن الحلّي ثبوت الخيار وان لم يكن غبن، ولعله لاطلاق النبوي المتقدم [٢] المحمول على صورة تبين الغبن بدخول السوق والاطلاع على القيمة، واختلفوا في كون هذا الخيار على الفور او التراخي على قولين سيجيء ذكر الاقوى منها في مسألة خيار الغبن انشاء الله.

مسألة: يحرم التجش على المشهور كما في الحدائق، [٣] بل عن المنتهى وجامع المقاصد: أنه محرمّ اجماعا لرواية ابن سنان عن ابي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله ﷺ الواشمة والمؤتشمه والتاجش والمنجوش ملعونون على لسان محمد ﷺ. وفي النبوي المحكي عن معاني الاخبار لا تناجشوا ولا تدابروا قال: ومعناه ان يزيد الرجل في ثمن السلعة، وهو لا يريد شرائها ليسمع غيره فيزيد بزيادته والتاجش خائن، والتدابير الهجران انتهى كلام الصدوق. والظاهر ان المراد بزيادة التاجش مواطاة البائع المنجوش له.

[١] الخامسة: اذا فرض جهلهم بالسعر فثبت لهم الغبن الفاحش كان لهم الخيار كما

هو المشهور بين الاصحاب

وعن الحلّي ثبوت الخيار وان لم يكن غبن وفي المتن

[٢] ولعله لاطلاق النبوي المتقدم

ولكنه كما افاده محمول على صورة تبين الغبن بدخول السوق والاطلاع على القيمة

وتمام الكلام فيه في خيار الغبن.

[٣] قوله مسألة يحرم التجش على المشهور كما في الحدائق

وقد تقدم الكلام فيه حكما وموضوعا في آخر المكاسب المحرمة في الجزء الثاني من

هذا الشرح مفصلا فلا نعيد.

مسألة: اذا دفع انسان الى غيره مالا ليصرفه في قبيل، يكون المدفوع اليه منهم [١] ولم يحصل للمدفع اليه ولاية على ذلك المال من دون الدافع، كمال الامام او ردّ المظالم المدفوع الى الحاكم، فله صور:

احداها: ان يظهر قرينة على عدم جواز رضاه بالاخذ منه كما اذا عين له منه مقدراً قبل الدفع او بعده، ولا اشكال في عدم الجواز لحرمة التصرف في مال الناس على غير الوجه المأذون فيه. [٢]

الثانية: ان يظهر قرينة حالية او مقالية على جواز اخذه منه مقدراً مساوياً لما يدفع إلى غيره او انتقص أو أزيد، ولا اشكال في الجواز حينئذ [٣] إلا أنه قد يشكل الأمر فيما لو اختلف مقدار المدفوع، الى الأصناف المختلفة، كان عين للمجتهدين مقدراً، وللمشتغلين مقدراً، واعتقده الدافع بعنوان يخالف معتقد المدفوع إليه [٤]

## كيفية صرف المال المدفوع للصرف في قبيل

[١] قوله اذا دفع انسان الى غيره مالا ليصرفه في قبيل يكون المدفوع اليه منهم لا يخفى انه تارة يدفع المال اليه من جهة كونه ولي الامر كدفع سهم الامام عليه السلام الى الحاكم الشرعي بما انه نائب الامام عليه السلام

واخرى يدفع اليه ليكون وكيلاً عن الدافع في صرفه في قبيل  
لا كلام في جواز اخذ المدفوع اليه من ذلك المال في الصورة الاولى  
وانما الكلام في الصورة الثانية.

وفي تلك الصورة - فروض

[٢] احدها: ان يظهر قرينة على عدم رضاه بالاخذ منه لاشكال في عدم جواز

الاخذ في هذا الفرض

[٣] ثانياً: ان يظهر قرينة على جواز اخذه منه لاشكال في جواز الاخذ حينئذ

[٤] انما الاشكال: فيما اذا اختلف مقدار المدفوع الى الاصناف المختلفة كان عين

للمجتهدين مقدار او لغيرهم مقدارا اقل منه واعتقد انه من المجتهدين، والدافع

والتحقيق هنا مراعاة معتقد المدفوع إليه ان كان عنوان الصنف على وجه الموضوعية [١] كأن يقول ادفع إلى كلٍّ مشتغل كذا، وإلى كلٍّ مجتهد كذا وخذانت ما يخصك. وان كان على وجه الداعي بأن كان عنوان الصنف داعياً إلى تعيين ذلك المقدار، كان المتبع اعتقاد الدافع لأنَّ الداعي إنما يتفرَّع على الاعتقاد لا الواقع. الثالثة: ان لا يقوم قرينة على احد الامرين، ويطلق المتكلم [٢] وقد اختلف فيه كلماتهم بل كلمات واحد منهم، فالمحكِّي عن وكالة المبسوط، وزكاة السرائر، ومكاسب النَّافع، وكشف الرموز، والمختلف، والتَّذكرة، وجامع المقاصد: تحريم الأخذ مطلقاً.

وعن النهاية ومكاسب السرائر والشرائع، والتَّحرير، والارشاد، والمسالك والكفاية: أنه يجوز له الاخذ منه ان اطلق من دون زيادة على غيره. ونسبه في الدروس الى الأكثر. وفي الحدائق إلى المشهور وفي المسالك هكذا شرط كلٍّ من سوِّغ له الأخذ.

وعن نهاية الاحكام والتَّنقيح والمهذب البارع والمقنعة: الاقتصار على نقل القولين، وعن المهذب البارع: حكاية التَّفصيل بالجواز ان كان الصِّيغة بلفظ ضعه فيهم، او ما أدى معناه، والمنع ان كانت بلفظ: ادفعه، وعن التَّنقيح عن بعض الفضلاء: أنه ان قال هو للفقراء جاز

يعتقد عدم كونه منهم

في المتن ما حاصله

[١] انه ان كان عنوان الصنف على وجه الموضوعية

يراعى معتقد المدفوع اليه وان كان ذلك العنوان داعياً الى تعيين ذلك المقدار كان

المتبع اعتقاد الدافع

وفيه ان العنوان في الافعال الخارجية المتعلقة بالاشخاص كالاقتداء والبيع والرضا

ونحو تلکم يكون داعياً ولا معنى لكونه موضوعاً والرضا وان كان يتعلّق بالعنوان الكلي الا

انه من حيث كونه مرآة وطريقاً الى الافراد وعليه فلا محالة يكون المناط اعتقاد الدافع فانه

اذا عين مقدارا للمجتهدين وكان يعتقد عدم كون المدفوع اليه مجتهداً لا يكون راضياً باخذه

ذلك المقدار.

[٢] ثالثها: ان لا يقوم قرينة على احد الامرين وقد اختلفت فيه كلماتهم لاحظ المتن.

وان قال اعطه للفقراء، فإن علم فقره لم يجز اذلو اراده لخصه، وان لم يعلم جاز احتج القائل بالتحريم مضافاً الى ظهور اللفظ في مغايرة المأمور بالدفع للمدفع اليهم، [١] المؤيد بما قالوه فيمن وكلته امرأة ان يزوجه من شخص فزوجها من نفسه او وكله في شراء شيء فاعطاه من عنده بصحيحة ابن الحجاج المسندة في التحرير الى مولانا الصادق عليه السلام وان اضمرت في غيره، قال: سألته عن رجل اعطاه رجلاً مالا ليصرفه في محابيح او في مساكين، وهو يحتاج يأخذ منه لنفسه؟ ولا يعلمه هو، قال: لا يأخذ شيئاً حتى يأذن له صاحبه

واحتج المجوزون بأن العنوان المدفوع اليه شامل له والفرض الدفع الى هذا العنوان من غير ملاحظة لخصوصية الغير واللفظ وان سلم عدم شموله له لغة الا ان المنساق عرفاً صرفه الى كل من اتصف بهذا العنوان. فالعنوان موضوع لجواز الدفع يحمل عليه الجواز. نعم لو كان المدفوع اليهم اشخاصاً خاصة. وكان الداعي على الدفع اتصافهم بذلك الوصف لم يشمل المأمور، والزواية معارضة بروايات أخر،

فالمهم صرف عنان الكلام الى بيان المدرك

والكلام فيه يقع في موردين

الاول: فيما يقتضيه القواعد

والاظهر انه الجواز مطلقاً: فان ظاهر تعليق كل حكم على موضوع ثبوته لجمع

افراده فلو علق رضاه على المجتهد كان مقتضاه جواز تصرف كل مجتهد بما هو مجتهد

لا سيما مع احراز عدم خصوصية فرد في نظره فاذا كان المدفوع اليه يرى نفسه مجتهداً جازله

التصرف

[١] واما ظهور الدفع في مغايرة الدافع والمدفوع اليه والواضع والموضوع فيه فلو

سلم واغض عن اختصاصه ببعض الموارد

فهو لا يقاوم الظهور المشار اليه وعلي ذلك فيجوز له التصرف فيه.

الثاني فيما يقتضيه النصوص الخاصة - وهي - طائفتان

الاولى ما يدل على عدم الجواز كمصحح<sup>(١)</sup> ابن الحجاج المذكور في المتن

مثل ما عن الكافي الصحيح عن سعد بن يسار، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام الرجل يعطي الزكاة يقسمه في أصحابه يأخذ منه شيئاً؟ قال: نعم.  
وعن الحسين بن عثمان في الصحيح او الحسن با بن هاشم في رجل اعطى مالاً يفرقه ممن يحل له، يأخذ شيئاً لنفسه؟ وان لم يسم له قال: يأخذ منه لنفسه مثل ما يعطي غيره، وصحيحة ابن الحجاج قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يعطي الرجل الدرهم يقسمها ويضعها في مواضعها وهو ممن يحل له الصدقة، قال: لا بأس ان يأخذ لنفسه كما يعطي غيره، ولا يجوز له ان يأخذ اذا امره ان يضعه في مواضع مسأة الا باذنه.

والذي ينبغي ان يقال: اما من حيث دلالة اللفظ الدال على الاذن في الدفع والصرف فإن المتبع الظهور العرفي وان كان ظاهراً بحسب الوضع اللغوي في غيره كما ان الظهور الخارجي الذي يستفاد من القرائن الخارجية مقدّم على الظهور العرفي الثابت للفظ المجرد عن تلك القرائن، ثم ان التبعد في حكم هذه المسألة لا يخلو عن بعد.

الثانية: ما يدل على الجواز.

كصحيح سعد بن يسار<sup>(١)</sup>، وحسن الحسين بن عثمان<sup>(٢)</sup>، وصحيح ابن الحجاج<sup>(٣)</sup>

المذكورة في المتن لاحظها

والجمع بينهما انما يكون باحد انحاء

[١] اختصاص النصوص المجوزة بالمال الذي يكون من الحقوق الشرعية اما اختصاص الاول فواضح، واما الثاني فلقوله يفرقه فيمن يحل له، واما الثالث فلقوله وهو ممن يحل له الصدقة، وخبر المنع مختص بمال يكون للدافع

[٢] ان خبر المنع من جهة التعبير بالنكرة ظاهر في ارادة اشخاص معينين فلا يعارض الاخبار المجوزة

[٣] الجمع يحمل خبر المنع على الكراهة ومن المعلوم ان الاخير يتوقف على عدم تمامية الاولين وعدم امكان الجمع بنحو آخر

والاظهر هو الثاني فاذا لاتدل الاخبار على ما ينافي القواعد

١- الوسائل - باب ٤٥ - من ابواب المستحقين للزكاة حديث ١.

٢- نفس المصدر حديث ٣.

٣- نفس المصدر حديث ٢.

فالاولى حمل الأخبار المجوزة [١] على ما إذا كان غرض المتكلم صرف المدفوع في العنوان المرسوم له من غير تعلق الغرض بخصوص فرد دون آخر، وحمل الصحيحة المانعة [السابقة] على ما إذا لم يعلم الأمر بفقر المأمور فامرها بالدفع الى مساكين على وجه يكون المسكنة داعياً الى الدفع لا موضوعاً، ولما لم يعلم المسكنة في المأمور لم يحصل داع على الرضا بوصول شيء من المال اليه، ثم على تقدير المعارضة فالواجب الرجوع الى ظاهر اللفظ، [٢] لأن الشك بعد تكافؤ الأخبار في الصّارف الشرعي عن الظهور العرفي ولو لم يكن لللفظ ظهور، فالواجب بعد التكافؤ الرجوع الى المنع [٣] اذ لا يجوز التصرف في مال الغير الا باذن من المالك او الشارع. مسألة: احتكار الطعام وهو كما في الصّحاح وعن المصباح جمع الطّعام وحسه يتربّص به الغلاء لا خلاف في مرجوحيته. [٤]

فالاقوى هو الجواز مطلقاً.

[١] قوله فالاولى حمل الاخبار المجوزة على ما اذا كان غرض المتكلم صرف المدفوع في العنوان

وفيه انه جمع تبرعى لاشاهد له.

[٢] قوله ثم على تقدير المعارضة فالواجب الرجوع الى ظاهر اللفظ

وفيه انه على تقدير المعارضة يتعين الجمع بحمل خبر المنع على الكراهة لنصوية

الاخبار المجوزة في الجواز.

[٣] قوله فالواجب بعد التكافؤ الرجوع الى المنع

وفيه ان الواجب حينئذ الرجوع الى الاخبار العلاجية.

### حرمة الاحتكار

[٤] قوله مسألة احتكار الطعام وهو... لاخلاف في مرجوحيته

في المسألة قولان، بناء على ما هو الظاهر من ان مورد كلمات الفقهاء هو عدم وجود

بأذن الكفاية

واما بناء على ان مورد كلماتهم هو الاعم في المسألة اقوال

وقد اختلف في حرمة فغن المبسوط والمنقعة والحلي في كتاب المكاسب والشرائع والمختلف الكراهة وعن كتب الصدوق والإستبصار والسرائر والقاضي والتذكرة والتحرير والإيضاح والدروس وجامع المقاصد والرّوضة: التّحريم، وعن التّنقيح والميسية تقويته وهو الأقوى بشرط عدم باذل الكفاية لصحيحة سالم الحنّاط [١] قال: قال لي أبو عبدالله عليه السلام ما عملك؟ قلت: حنّاط وربّما قدمت على نفاق وربّما قدمت على كساد فحبست، قال: فما يقول من قبلك فيه قلت: يقولون يحتكر قال: يبيعه احد غيرك قلت: ما ابيع أنا من ألف جزء جزء قال: لا بأس إنّما كان ذلك رجل من قريش يقال له حكيم بن حذام، وكان إذا دخل الطّعام المدينة اشتراه كلّه فمرّ عليه النبي صلى الله عليه وآله فقال له يا حكيم بن حذام إنّك ان تحتكر، فإنّ الظّاهر منه ان علّة عدم البأس وجود الباذل فلولا ه حرم.

وصحيحة الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام أنّه سئل عن المحكرة فقال أنّما المحكرة ان يشتري طعاماً وليس في المصر طعام غيره فتحتركه فإن كان في المصر طعاماً غيره فلا بأس، ان تلتمس بسلعتك الفضل وزاد في الصّحيحة المحكيّة عن الكافي والتّهذيب قال وسألته عن الزّيت، قال ان كان عند غيرك فلا بأس بامساكه، وعن امير المؤمنين عليه السلام

الاول : ما هو الاشهر وهو كراهة الاحتكار

الثاني : ما ذهب اليه جمع من الفقهاء وهو التحريم

الثالث : ما ذهب اليه المصنف عليه السلام وهو التحريم مع عدم باذل الكفاية والكراهة معه وكيف كان فقد استدلل للحرمة مضافا الى وجوه اعتبارية.

بكثير من النصوص <sup>(١)</sup> وهي وان كان بعضها ضعيف السند - وبعضها قاصر الدلالة من جهة تضمنه اللعن على المحتكر الذي هو بمعنى الابعاد الملائم مع الكراهة - او وروده في مقام بيان موضوع الاحتكار المحكوم بالحرمة او الكراهة

الان : جملة منها صحيحة السند - ظاهرة الدلالة عليها

[١] كصحيح <sup>(٢)</sup> الحنّاط عن الامام الصادق عليه السلام المذكور في المتن.

١ - الوسائل - باب ٢٧ و ٢٨ - من ابواب آداب التجارة.

٢ - الوسائل - باب ٢٨ - من ابواب آداب التجارة حديث ٣.



في نهج البلاغة في كتابه الى مالك الاشتهر فامنع من الاحتكار فإن رسول الله منع منه [١] وليكن البيع بيعاً سمحاً في موازين عدل لا يححف بالفريقين البائع والمبتاع، فن قارف حكرة بعد نهيك آياه فنكّل به وعاقب في غير اسرافه وصحيحة الحلبي قال سألته عليه السلام عمن يحتكر الطعام ويتربص به هل يصلح ذلك؟ قال: ان كان الطعام كثيراً يسع الناس فلا بأس به، وان كان الطعام قليلاً لا يسع الناس فإنه يكره أن يحتكر وترك الناس ليس لهم طعام، فإن الكراهة في كلامهم عليهم السلام وان كان يستعمل في المكروه والحرام [٢] إلا أن في تقييدها بصورة عدم باذل غيره مع ما دل على كراهة الاحتكار مطلقاً قرينة على إرادة التحريم [٣] وحمله على تأكد الكراهة أيضاً مخالف لظاهر يكره كما لا يخفى وان شئت قلت: ان المراد بالباس في الشرطية الأولى التحريم لأن الكراهة ثابتة في هذه الصورة أيضاً فالشرطية الثانية كالمفهوم لها، ويؤيد التحريم ما عن المجالس بسنده عن ابي مريم الانصاري

[١] وما (١) في نهج البلاغة في كتابه عليه السلام الى مالك الاشتهر فامنع من الاحتكار فان رسول الله صلى الله عليه وآله منع منه - ونحوهما غيرهما -

ويؤيدها النصوص الاخر

[٢] ولا يعارضها صحيح (٢) الحلبي المذكور في المتن

فان الكراهة في اصطلاحهم عليهم السلام اعم من الكراهة المصطلحة وعليه فهو ايضا بمفهوم الشرط يدل على التحريم فانه يدل على ثبوت الباس مع عدم كثرة الطعام وهو ظاهر في التحريم

وبما ذكرناه ظهر مدرك القول بالكراهة وضعفه.

[٣] وقد استدلل المصنف عليه السلام لما اختاره بان جملة من النصوص متضمنة للنهي عن الاحتكار وظاهر ذلك مرجوحيته مطلقاً وظاهر صحيح الحناتط وصحيح الحلبي حرمة في صورة عدم باذل الكفاية

اما الاول فلان الظاهر منه ان علة عدم الباس وجود الباذل فلولا حرم

واما الثاني: فلانه قيد الحكم فيه بصورة عدم باذل غيره وهذا بواسطة ما دل على

عن ابي جعفر عليه السلام قال قال: رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما رجل اشترى طعاماً فحبسه أربعين صباحاً يريد به الغلاء للمسلمين، ثم باعه وتصدق بثمانه لم يكن كفارة لما صنع. وفي السنن بعض بني فضال، والظاهر ان الرواية مأخوذة من كتبهم التي [١] قال العسكري عليه السلام عند سؤاله عنها خذوا بما رووا وذروا ما رأو ففيه دليل على اعتبار ما في كتبهم فيستغنى بذلك عن ملاحظة من قبلهم في السنن، وقد ذكرنا ان هذا الحديث أولى بالدلالة على عدم وجوب الفحص عما قبل هؤلاء من الإجماع الذي ادعاه الكشي على تصحيح ما يصح عن جماعة ويؤيده أيضاً ما عن الشيخ الجليل الشيخ ورّام من أنه أرسل عن النبي صلى الله عليه وسلم عن جبرائيل قال: أطلعت على التار فرأيت في جهنم وادياً قفلت يا مالك لمن هذا؟ قال لثلاثة: المحتكر، والمدمنين للخمر، والقوادين.

ومما يؤيد التحريم ما دلّ على وجوب البيع عليه، فإن الزامه بذلك ظاهر في كون الحبس محرّماً اذ الإلزام على ترك المكروه خلاف الظاهر وخلاف قاعدة سلطنة الناس على اموالهم.

### كراهة الاحتكار مطلقاً قرينة على ارادة التحريم

وفيه: ان الخبرين يقيدان جميع نصوص الاحتكار المتضمنة للنهي عنه سواء حمل النهي فيها على الكراهة او الحرمة فورد الحكم صورة عدم وجود باذل غيره والا فلا يكون الاحتكار مكروها وبذلك يظهر ما في قوله وان شئت قلت الخ.

[١] قوله والظاهر ان الرواية (١) مأخوذة من كتبهم التي - ففيه دليل على اعتبار ما في كتبهم

قد ذكر المصنف عليه السلام هذا الكلام في كتاب الصلاة وعليه بنى حجية ما في كتبهم وان

كان المروي عنه ضعيفاً او مجهولاً

ويرد عليه ان ذلك النص (٢) سؤالاً وجواباً مسوق لبيان ان فساد عقايد وآراء بنى

فضال لا ينع عن الاخذ برواياتهم فغاية ما يدل عليه حجية قولهم ورواياتهم وانها

كالروايات المروية عنهم في حال استقامتهم بلا نظر فيه الى حجية الروايات من غير تلك

الجهة

١ - الوسائل - باب ٢٨ - من ابواب آداب التجارة حديث ٦.

٢ - الوسائل - باب ١١ - من ابواب صفات القاضى حديث ١٣.

ثم ان كشف الابهام عن اطراف المسألة يتمّ ببيان امور:  
 الأوّل: في مورد الإحتكار، [١] فإنّ ظاهر التفسير المتقدّم عن أهل اللّغة  
 وبعض الأخبار المتقدّمة: اختصاصه بالطّعام. وفي رواية غياث بن إبراهيم ليس  
 الحكرة الآ في الحنطة، والشّعير، والتمر، والزّبيب، وعن الفقيه: زيادة الزّيت، وقد  
 تقدّم في بعض الأخبار المتقدّمة أيضاً دخول الزّيت أيضاً.  
 وفي المحكّي عن قرب الاسناد برواية ابي البخري عن عليّ بن الحسين قال: ليس  
 الحكرة الآ في الحنطة والشّعير والتمر والزّيت والسمن.  
 وعن الخصال في رواية السّكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام قال: قال  
 رسول الله ﷺ الحكرة في ستّة اقسام الحنطة، والشّعير، والتمر، والزّيت، والزّبيب  
 والسمن، ثمّ ان ثبوته في الغلات الأربع بزيادة السمن لا خلاف فيه ظاهراً، وعن  
 كشف الرّموز وظاهر السرائر دعوى الاتفاق عليه.  
 وعن مجمع الفائدة نفي الخلاف فيه، واما الزّيت فقد تقدّم في غير واحد من  
 الاخبار ولذا اختاره الصدوق والعلامة في التحرير حيث ذكر انّ به رواية حسنة  
 والشّهيدان والمحقّق الثّاني وعن ايضاح الثّافع انّ عليه الفتوى.  
 واما الملح فقد أحقه بها في المبسوط والوسيلة والتذكرة ونهاية الاحكام  
 والدروس [٢] والمسالك ولعلّه لفحوى التعليل الوارد في بعض الأخبار: من حاجة  
 النّاس

---

واما اصحاب الاجماع فقد دل الدليل على الاستغناء برواياتهم عن ملاحظة من قبلهم في  
 السند

[١] قوله الاول في مورد الاحتكار  
 والظاهر ان ثبوته في الغلات الاربع والسمن لاخلاف فيه بل عن جماعة الاجماع عليه  
 وتشهد به النصوص<sup>(١)</sup> منها الروايات الثلاث في المتن وفيها الزيت ولا اشكال في شئ من ذلك  
 انما الكلام في الملح في المتن.  
 [٢] واما الملح فقد احقه بها في المبسوط والوسيلة والتذكرة ونهاية الاحكام والدروس

الثاني روى السكوني عن ابي عبدالله عليه السلام ان الحكرة في الخصب اربعون يوماً، وفي الغلاء والشدة ثلاثة ايام، فما زاد على الاربعين في الخصب، فصاحبه ملعون وما زاد في العسرة على ثلاثة ايام فلعون. [١]

ويؤيدها ظاهر رواية المجالس المتقدمة، وحكي عن الشيخ ومحكي القاضي والوسيلة العمل بها، وعن الدروس ان الاظهر تحريمه مع حاجة الناس ومظنتها الزيادة على ثلثه ايام في الغلاء وأربعين في الرخص للرواية، انتهى.  
واما تحديده بحاجة الناس فهو حسن، كما عن المقنعة وغيرها، ويظهر من الأخبار المتقدمة.

واما ما ذكره من حمل رواية السكوني عن بيان مظنة الحاجة فهو جيد، [٢] ومنه يظهر عدم دلالتها على التحديد بالعددین تعبدًا.

قال في محكى المبسوط يثبت الاحتكار في الملح ولم تقف على حديث دال عليه ولعله نظر في ذلك الى دعوى الحاجة اليه واساس الضرورة الى تناوله فصار كالطعام انتهى ولكن مقتضى الحصر في خبر<sup>(١)</sup> غياث عدم ثبوت هذا الحكم في الملح والعلة المستنبطة المشار اليها لا تصلح لاثبات الحكم الشرعي بها: لعدم كونها منصوصة بعنوان العلة للحكم كى تعمم ولذا لم يفت احد بثبوتها في غير ذلك من ما يحتاج اليه الناس فالأظهر عدم الالحاق.

[١] الثاني: روى<sup>(٢)</sup> السكوني عن ابي عبدالله عليه السلام ان الحكرة في الخصب الى اخر الخبر ظاهر الخبر تحديد الحكرة في الرخص باربعين يوماً وفي الغلاء بثلاثة ايام وعمل به الشيخ والقاضي وصاحب الوسيلة

والايراد عليه تارة بضعف السند، واخرى  
[٢] بانه محمول على بيان مظنة الحاجة كما عن الدروس واستحسنه المصنف رحمه الله  
في غير محله اما الاول فلما تقدم في هذا الشرح مرارا من اعتبار خبر السكوني  
واما الثاني فلان ذلك خلاف الظاهر لا شاهد له  
فالأظهر تمامية هذا التحديد.

الثالث: مقتضى ظاهر صحيحة المحلي المتقدمة في بادئ النظر حصر الاحتكار في شراء الطعام، لكنّ الاقوى التعميم بقريئة تفريع قوله: فإن كان في المصر طعام، ويؤيد ذلك ما تقدّم من تفسير الاحتكار في كلام اهل اللغة يطلق جمع الطعام وحبسه، سواء كان بالاشتراء او بالزّرع والحصاد والاحراز، الآ أن يراد جمعه في ملكه، ويؤيد التعميم تعليل الحكم في بعض الأخبار بأن يترك الناس ليس لهم طعام، وعليه فلا فرق بين ان يكون ذلك من زرعه أو من ميراث أو يكون موهوباً له، أو كان قد اشتراه لحاجة، فانقضت الحاجة وبقي الطعام لا يحتاج اليه المالك فحبسه مترتباً للغلاء.

الرابع: اقسام حبس الطعام كثيرة لأنّ الشّخص اما ان يكون قد حصلّ الطّعام لحبسه او لغرض آخر، او حصل له من دون تحصيل له، والجس اما ان يراد منه نفس تقليل الطّعام اضراراً بالنّاس في انفسهم او يريد به الغلاء وهو اضرارهم من حيث المال او يريد به عدم الخسارة من رأس ماله وان حصل ذلك لغلاء عارضي لا يتضرّر به اهل البلد، كما قد يتفق ورود عسكر وزوّار في البلاد وتوقّفهم يومين أو ثلاثة فيحدث للطّعام عزة لا يضرّ بأكثر اهل البلد، وقد يريد بالحبس لغرض آخر المستلزم للغلاء غرضاً آخرأ هذا كلّه مع حصول الغلاء بحبسه. وقد يجس انتظاراً لأيّام الغلاء من دون حصول الغلاء بحبسه بل لقلّة الطّعام آخر السنة أو لورود عسكر أو زوّار ينفد الطّعام، ثمّ حبسه لانتظار أيّام الغلاء قد يكون للبيع بأزيد من قيمة الحال. وقد يكون لحبّ اعانة المضطّرين ولو بالبيع عليهم والأرفاق بهم، ثمّ حاجة النّاس قد يكون لأكلهم وقد يكون للبذر أو علف الدّواب أو الإسترباح بالثمن وعليك في استخراج احكام هذه الأقسام [١] وتميز المباح والمكروه والمستحبّ من الحرام.

[١] قوله وعليك في استخراج احكام هذه الاقسام

الاحتكار المحرم هو الاحتكار مع حاجة الناس والمباح هو الاحتكار لا مع حاجتهم والواجب هو الاحتكار لاعانة المضطرين في ايام الغلاء والمستحب هو الاحتكار لاعانة الزوار واما المكروه فلم نجد له مثالا.

ثم ان الاحتكار بما هو احتكار لا يكون واجبا ولا مستحبا واتصافه بها انما يكون من جهة انطباق عناوين اخر عليه.

الخامس: الظاهر عدم الخلاف كما قيل في اجبار المحتكر على البيع، حتى على القول بالكراهة، بل عن المهذب البارع الاجماع عليه، وعن التنقيح كما في الحدائق عدم الخلاف فيه، وهو الدليل المخرج عن قاعدة عدم الاجبار لغير الواجب. ولذا ذكرنا ان ظاهر ادلة الاجبار تدل على التحريم، لان الزام غير اللازم خلاف القاعدة. نعم لا يسعّر عليه اجماعاً، كما عن السرائر، وزاد وجود الاخبار المتواترة. وعن المبسوط عدم الخلاف فيه، لكن عن المقنعة انه يسعّر عليه بما يراه الحاكم.

وعن جماعة منهم العلامة وولده والشهيد: انه يسعّر عليه ان اجحف بالثمن، لنفي الضرر، [١] وعن الميسي والشهيد الثاني: انه يؤمر بالزول من دون تسعير جمعاً بين النهي عن التسعير والجبر بنفي الاضرار.

### خاتمة

ومن أهم آداب التجارة الإجمال في الطلب والإقتصاد فيه. ففي مرسله ابن فضال عن رجل عن ابي عبدالله عليه السلام ليكن طلبك للمعيشة فوق كسب المضيع ودون طلب الحريص الراضي بديناه المطمئن اليها، وليكن انزل نفسك من ذلك منزلة النصف المتعقّف، ترفع نفسك عن منزلة الواهن الضعيف وتكسب ما لا بدّ للمؤمن منه، ان الذين اعطوا المال، ثم لم يشكروا لامال لهم.

وفي صحيحة الثمالي عن ابي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله في حجة الوداع الا ان روح الامين نفت في روعي: انه لن يموت نفس حتى يستكمل رزقها فاتقوا الله واجملوا في الطلب ولا يحملنكم استبطاء شيء من الرزق ان تطلبوه بشيء من معصية الله، فإن الله تبارك وتعالى قسم الأرزاق في خلقه حلالاً، ولم يقسمها حراماً،

[١] قوله انه يسعّر عليه ان اجحف بالثمن لنفي الضرر

قالوا ولانه لولاه لانتفت فائدة الجبر اذ بدونه يمتنع المالك من البيع الاباضاع ثمنه فلو سوغناه انتفت الحكمة في الزامه بالبيع.

وهو جيد: الا انه لا يدل على التسعير لملائمته مع ما عن الميسي والشهيد الثاني انه يؤمر بالزول من دون تسعير - والله العالم

فمن اتقى الله وصبر اتاه الله برزقه من حلّه ومن هتك حجاب السّتر وعجّل فأخذه من غير حلّه قصر به من رزق الحلال وحوسب عليه يوم القيامة.  
وعن أبي عبدالله عليه السلام أنّه كان أمير المؤمنين عليه السلام كثيراً ما يقول: اعلموا علماً يقيناً أنّ الله عزّ وجلّ لم يجعل للعبد وان اشتدّ جهده وعظمت حيلته وكثرت مكائده ان يسبق ما سمي له في الذّكر الحكيم، ولم يحل بين العبد في ضعفه وقلة حيلته ان يبلغ ما سمي له في الذّكر الحكيم.

أيها النّاس أنّه لن يزداد امرء نقيراً لحذفة ولم ينقص امرء نقيراً لحمقه، فالعالم بهذا العامل به اعظم النّاس راحة في منفعتة، والعالم بهذا التّارك له اعظم النّاس شغلاً في مضرتة، وربّ منعم عليه مستدرج بالاحسان اليه وربّ مغرور في النّاس مصنوع له فأبقر أيها السّاعي من سعيك، وابصر من عجلتك، واتبه من سنة غفلتك، وتفكّر فيما جاء عن الله عزّ وجلّ على لسان نبيّه صلّى الله عليه وآله.

وفي رواية عبدالله بن سليمان قال سمعت ابا عبدالله عليه السلام يقول: انّ الله عزّ وجلّ وسع في ارزاق الحمقى ليعتبر العقلاء، يعلموا انّ الدّنيا ليس ينال ما فيها بعمل ولا حيلة.

وفي مرفوعة سهل بن زياد أنّه قال قال أمير المؤمنين عليه السلام: ما فعل عمر بن مسلم قلت: جعلت فداك اقبل على العبادة وترك التّجارة، فقال: ويحه اما علم انّ تارك الطّلب لا تستجاب له دعوته، إنّ قوماً من اصحاب رسول الله صلّى الله عليه وآله لما نزل قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجاً وَيَرْزُقْهُ مِنْ حَيْثُ لَا يَحْتَسِبُ﴾ اغلقوا الابواب واقبلوا على العبادة وقالوا: قد كفيينا فبلغ ذلك النبي صلّى الله عليه وآله فأرسل اليهم، فقال لهم: ما دعاكم الى ما صنعتم؟ فقالوا يا رسول الله صلّى الله عليه وآله تكفل الله تعالى لنا بأرزاقنا فاقبلنا على العبادة. فقال صلّى الله عليه وآله أنّه من فعل ذلك لم يستجب له، عليكم بالطلب. وقد تقدّم رواية أنّه ليس منّا من ترك آخرته لدنياه، ولا من ترك دنياه لآخرته. وتقدّم أيضاً حديث داود على نبينا وآله وعليه السّلام وعلى جميع انبيائه الصّلاة والسّلام بعد الحمد لله الملك العلّام على ما انعم علينا بالتّعظيم الجسام التي من أعظمها الاشتغال بطالعة وكتابة كلمات اوليائه الكرام التي هي مصابيح الظلام للخاصّ والعامّ.

الْحَيَاتِ





القول في الخيار واقسامه وأحكامه:

مقدمتان الاولى: الخيار اسم مصدر من الاختيار غلب في كلمات جماعة من المتأخرين في ملك فسخ العقد [١] على ما فسره به في موضع من الايضاح فيدخل ملك الفسخ في العقود الجائزة. وفي عقد الفضولي وملك الوارث ردّ العقد على ما زاد على الثلث، وملك العمّة والحالة لفسخ العقد على بنت الاخ والاخت وملك الأمة المزوجة من عبد فسخ العقد اذا اعتقت وملك كلّ من الزّوجين للفسخ بالعيوب. ولعلّ التّعير بالملك

## معنى الخيار اصطلاحا

قبل بيان الخيار واقسامه واحكامه لا بد من تقديم مقدمتين:

احدهما: في معنى الخيار.

الخيار على ما في كتب اللغة اسم مصدر من تخير مثل الطيرة اسم تطير، وهو مرادف للاختيار.

واما في الاصطلاح فقد ذكروا له معنيين:

[١] أحدهما: ما عن موضع من الايضاح وجماعة من المتأخرين واختاره المصنف

ره، وهو: ملك فسخ العقد.

ثانيها: ما عرفه المحققون من القدماء، وهو: ملك اقرار العقد وازالته.

وقبل بيان ما هو الحق عندنا ينبغي تقديم مقدّمة.

وهي: ان الجواز واللزوم الثابتين في العقود على قسمين:

الأول: ما لا يقبل الاسقاط والانتقال الى الغير، كلزوم النكاح ولذا لا يصح جعل خيار الفسخ فيه ولا يقبل الاقالة، وجواز الهبة: فانه غير قابل للاسقاط والانتقال - ويعبر عنها باللزوم والجواز الحكيمين.

الثاني: ما يقبل ذلك كلزوم البيع وجوازه، ويعبر عنها باللزوم والجواز الحقيين،

وعن هذا الجواز يعبر بالخيار.

للتنبية على ان الخيار من الحقوق لا من الاحكام [١] فيخرج ما كان من قبيل الاجازة والرّد لعقد الفضولي والتّسلط على فسخ العقود المجازة فإنّ ذلك من الاحكام الشّرعيّة لا من الحقوق. ولذ لا تورّث ولا تسقط بالاسقاط. وقد يعرف بأنه ملك اقرار العقد وازالته ويمكن الحُدْثَة فيه بأنّه ان اريد من اقرار العقد ابقائه على حاله بترك الفسخ، [٢] فذكره مستدرك لأنّ القدرة على الفسخ عين القدرة على تركه اذ القدرة لا يتعلّق باحد الطرفين وان اريد منه الزام العقد وجعله غير قابل لان يفسخ. فيه ان مرجعه الى اسقاط حقّ الخيار، فلا يؤخذ في تعريف نفس الخيار

اذا عرفت هذه المقدمة

فاعلم: انه يرد على التعريف الأول: ان الملك المستعمل في المقام لا يراد به الملكية المصلحة المضافة الى الاعيان، بل المراد به الملك بمعناه اللغوي، وهو السلطنة، وهو بهذا المعنى كما يصدق على القسم الثاني من الجواز يصدق على القسم الأول، بل يشمل ملك حل النكاح بالطلاق.

وما افاده المصنف رحمته الله بان التعبير بالملك

[١] للتنبية على ان الخيار من الحقوق لا من الاحكام، فيخرج ما كان من قبيل الاجازة ان اراد به الملكية المصلحة من جهة ان الحق مرتبة ضعيفة من الملك، فيرد عليه: ما ذكرناه في اوائل الجزء الثالث عند بيان حقيقة الحق، وان اراد به الاستيلاء الخاص دون مطلق الاستيلاء - وهو ما كان نفس الاستيلاء تحت الاختيار بحيث يمكن للشخص سلب الاستيلاء وعزل نفسه عن السلطنة عزلا ابتدائيا - فيرد عليه: انه لا يعتبر في الملك إلا دخول المملوك تحت السلطان لا دخول السلطنة ايضا تحت السلطان.

واما التعريف الثاني: فاورد عليه المصنف رحمته الله بايرادين: احدهما:

[٢] انه ان اريد باقرار العقد ابقائه على حاله بترك الفسخ فذكره مستدرك، لان القدرة على الفسخ عين القدرة على تركه، وان اريد به الزام العقد كان مرجعه إلى اسقاط حق الخيار فلا يؤخذ في تعريف نفس الخيار.

وفيه: ان المتعين هو الثاني، وليس مرجعه إلى ما ذكر، بل حقيقته تثبيت العقد الذي هو امر وجودي، ولازمه سقوط الخيار.

وان شئت قلت: ان مرجعه الى اسقاط حق ازالة العقد لا اسقاط الخيار، فالخيار مركب من سلطنتين: السلطنة على ازالة العقد، والسلطنة على رفع هذه السلطنة.

مع انّ ظاهر الالتزام في مقابل الفسخ جعله لازماً مطلقاً فينتقض بالخيار المشترك فإنّ لكل منهما الزامه من طرفه لا مطلقاً. ثمّ انّ ما ذكرناه من معنى الخيار هو المتبادر منه عرفاً عند الاطلاق في كلمات المتأخّرين وإلاّ فاطلاقه في الاخبار وكلمات الاصحاب على سلطنة الاجازة والرّد لعقد الفضولي وسلطنة الرجوع في الهبة وغيرها من افراد السلطنة شائع.

الثانية : ذكر غير واحد تبعاً للعلامة في كتبه انّ الاصل في البيع اللزوم، [١] قال في التذكرة: الاصل في البيع اللزوم، لأنّ الشارع وضعه مفيداً لنقل الملك، والاصل الاستصحاب، والغرض تمكن كلّ من المتعاقدين من التصرف فيما صار اليه، وإنّما يتمّ باللزوم ليأمن من نقض صاحبه عليه، انتهى.

اقول المستفاد من كلمات جماعة: انّ الاصل هنا قابل لارادة معان:

ثانيهما: ان ظاهر الالتزام في مقابل الفسخ جعله لازماً مطلقاً فينتقض بالخيار المشترك.

وفيه: ان الذي بيد ذي الخيار الالتزام من طرفه لا من الطرفين، وانما يكون لازماً من الطرف الآخر من جهة عدم الخيار له، وهذا الظهور في الفسخ ايضاً ممنوع، فانه ازالة من جانبه، ولكن حيث لا يعقل انحلال العقد من طرف واحد يلتزم بانحلاله من الطرفين لا ان معنى الفسخ ذلك كي يلتزم به في الاجازة بقرينة المقابلة.

فظهر ان ما عرفه القدماء متين لا يرد عليه شيء.

## الاصل في البيع اللزوم

[١] الثانية: ذكر غير واحد تبعاً للعلامة في كتبه: ان الاصل في البيع اللزوم، قال في محكي التذكرة: الاصل في البيع اللزوم، لان الشارع وضعه مفيداً لنقل الملك، والاصل الاستصحاب، والغرض تمكن كل من المتعاقدين من التصرف فيما صار اليه، وانما يتم باللزوم ليأمن من نقض صاحبه عليه. انتهى.

وقد تقدم البحث والكلام في المقصود الاصيل من هذه المقدمة في اول كتاب البيع في مسألة المعاطاة، وانما تعرضنا هنا لها لجهتين:

**الأول:** الرَّاجِح: احتمله في جامع المقاصد مستنداً في تصحيحه الى الغلبة. [١] وفيه ان اراد غلبة الافراد فغالبا ينعقد جائزاً لأجل خيار المجلس، او الحيوان أو الشرط، وان أراد غلبة الأزمان فهي لا تنفع في الأفراد المشكوكة مع أنه لا يناسب ما في القواعد من قوله: وأما يخرج من الاصل لامرين ثبوت خيار او ظهور عيب.

**الثاني:** القاعدة المستفاد من العمومات التي يجب الرجوع اليها عند الشك في بعض الافراد، او بعض الاحوال، وهذا حسن، لكن لا يناسب ما ذكره في التذكرة في توجيه الاصل.

**الثالث:** الإستصحاب ومرجهه إلى أصالة عدم ارتفاع اثر العقد بمجرد فسخ احدهما وهذا حسن.

**الرابع:** المعنى اللغوي بمعنى [٢] ان وضع البيع وبنائه عرفاً وشرعاً على اللزوم وضرورة المالك الأول كالاجنبي، وأما جعل الخيار فيه حقاً خارجياً لاحدهما او لها يسقط بالاسقاط، وبغيره، وليس البيع كاهلية التي حكّم الشارع فيها بجواز رجوع الواهب، بمعنى كونه حكماً شرعياً له اصلاً وبالذات، بحيث لا يقبل الاسقاط.

الاولى: للتعرض لمحتملات الاصل الواقع في كلمات الفقهاء.

الثانية: للتسهيل على الطالب.

وكيف كان: فالاصل المزبور قابل لارادة معان:

[١] الأول: الراجح المستند الى الغلبة: ذكره في جامع المقاصد

وفيه: انه ممنوع صغرى وكبرى،

اما الأولى: فلأن أغلب افراد البيع تنعقد جائزة من جهة خيار المجلس وغيره،

وارادة غلبة الازمان لا تنفع، فانها توجب الالحاق لوشك في لزوم فرد في زمان خاص،

لا فيما اذا شك في لزوم فرد في جميع الازمنة.

واما الثانية: فلعدم الاساس لما اشتهر من ان الظن يلحق الشيء بالاعم الاغلب.

[٢] الثاني: المعنى اللغوي، وهو ما بينى عليه الشيء، بمعنى ان وضع البيع وبنائه

ومن هنا ظهر أنّ ثبوت خيار المجلس في أوّل ازمة انعقاد البيع، لا ينافي كونه في حدّ ذاته منبئاً على اللزوم، لأنّ الخيار حقّ خارجي قابل للتفكّك. نعم لو كان في أوّل انعقاده محكوماً شرعاً بجواز الرجوع بحيث يكون حكماً فيه لا حقاً مجموعاً قابلاً للسقوط، كان منافياً لبنائه على اللزوم. فالاصل هنا، كما قيل نظير قولهم: إنّ الاصل في الجسم الاستدارة فإنّه لا ينافي كون اكثر الاجسام على غير الاستدارة لأجل القاسر الخارجي ومما ذكرنا ظهر وجه النّظر في كلام صاحب الوافية حيث انكر هذا الاصل لأجل خيار المجلس، الآ أن يريد أنّ الاصل بعد ثبوت خيار المجلس بقاء عدم اللزوم، وسيأتي ما فيه.

بقي الكلام في معنى قول العلامة في القواعد والتّدكرة أنّه لا يخرج من هذا الاصل [١] الأبا مرين ثبوت خيار او ظهور عيب. فإنّ ظاهره أنّ ظهور العيب سبب لتزلزل البيع في مقابل الخيار، مع أنّه من اسباب الخيار وتوجيهه بعطف الخاصّ على العامّ، كما في جامع المقاصد [٢] غير ظاهر، اذ لم يعطف العيب على اسباب الخيار بل عطف على نفسه وهو مبين له لا اعمّ. نعم قد يساعد عليه ما في التّدكرة من قوله وأنما يخرج عن الاصل بأمرين:

عرفا وشرعا على اللزوم.

واحسن توجيهه لذلك ما افاده السيد الفقيه رحمته الله، وهو: ان بناء العرف على اللزوم،

فاذا ورد دليل الامضاء كفي.

وفيه انه لا ريب في ان بناء العرف على اللزوم في موارد وعدمه في موارد أخر كما في

المعيب والمغبون وشبههما، وعليه فاذا شك في مورد انه من قبيل الاول او الثاني لا وجه للتمسك بعموم بناء العرف، اذ لا عموم له.

وان قيل: انه يتمسك بعموم ادلة الامضاء.

يجاب عنه بانه تمسك حينئذ بالقاعدة المستفادّة من العمومات وسيأتي الكلام فيها.

[١] قوله بقي الكلام في معنى قول العلامة... انه لا يخرج من هذا الاصل الا بامرین

وقد ذكر في توجيه قول العلامة وجوه

[٢] منها ان عطف ظهور العيب على ثبوت الخيار من قبيل عطف الخاص على العام

أحدهما: ثبوت الخيار لهما أو لأحدهما من غير نقص في أحد العوضين بل للثروي خاصة.

والثاني: ظهور عيب في أحد العوضين، انتهى.

وحاصل التوجيه على هذا أن الخروج عن اللزوم لا يكون إلا بتزلزل العقد لاجل الخيار، والمراد بالخيار في المعطوف عليه ما كان ثابتاً بأصل الشرع أو بجعل المتعاقدين لا لاقتضاء نقص في أحد العوضين وبظهور العيب ما كان الخيار لنقص أحد العوضين لكنه مع عدم تماميته تكلف في عبارة القواعد مع أنه في التذكرة ذكر في الأمر الأول الذي هو الخيار فصلاً سبعة بعدد أسباب الخيار وجعل السابح منها خيار العيب، وتكلم فيه كثيراً ومقتضى التوجيه أن يتكلم في الأمر الأول فيما عدا خيار العيب ويمكن توجيه ذلك بأن العيب سبب مستقل لتزلزل العقد في مقابل الخيار [١] فإن نفس ثبوت الارش بمقتضى العيب، وإن لم يثبت خيار الفسخ موجب لاسترداد جزء من الثمن، فالعقد بالنسبة إلى جزء من الثمن متزلزل قابل لابقائه في ملك البائع وإخراجه عنه، ويكفي في تزلزل العقد ملك إخراج جزء مما ملكه البائع بالعقد عن ملكه، وإن شئت قلت: أن مرجع ذلك إلى ملك فسخ العقد الواقع على مجموع العوضين من حيث المجموع، ونقض مقتضاه من تملك كل من مجموع العوضين في مقابل الآخر، لكنه مبني على كون الارش جزءاً حقيقياً من الثمن كما عن بعض العامة ليتحقق انفساخ العقد بالنسبة إليه عند استرداده.

وقد صرح العلامة في كتبه بأنه لا يعتبر في الارش كونه جزءاً من الثمن، بل له ابداله، لأن الأرض غرامة، وحينئذ فثبوت الأرض لا يوجب تزلزلاً في العقد، [٢]

وفيه أن المعطوف عليه ليس مطلق السبب - كما أن المعطوف ليس خياراً خاصاً - بل المعطوف عليه مطلق الخيار والمعطوف سبب من أسبابه فلا يتم ذلك [١] ومنها ما أفاده العلامة رحمته، وحاصله أن العيب سبب مستقل لتزلزل العقد في مقابل الخيار فإن ثبوت الارش بمقتضى العيب موجب لاسترداد جزء مما ملكه البائع بالعقد عن ملكه فالعقد بالإضافة إلى جزء من الثمن متزلزل وإن لم يثبت الخيار [٢] وأورد المصنف عليه بأنه ليس الارش جزءاً حقيقياً من الثمن بل هو غرامة فلا يوجب ثبوته تزلزل العقد

ثم ان الاصل بالمعنى الرابع انما ينفع مع الشك في ثبوت خيار في خصوص البيع، لأن الخيار حق خارجي يحتاج ثبوته الى الدليل. اما لو شك في عقد آخر من حيث اللزوم والجواز فلا يقتضي ذلك الاصل لزومه لأن مرجع الشك حينئذ الى الشك في الحكم الشرعي. واما الاصل بالمعنى الاول فقد عرفت عدم تماميته. واما بمعنى الاستصحاب فيجري في البيع وغيره اذا شك في لزومه وجوازه. واما بمعنى القاعدة فيجري في البيع وغيره، لأن اكثر العمومات الدالة على هذا المطلب يعم غير البيع. وقد اشرنا في مسألة المعاطاة اليها ونذكرها هنا تسهيلاً على الطالب.

فنها قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [١] دل على وجوب الوفاء بكل عقد، والمراد بالعقد مطلق العهد، كما فسره في صحيحة ابن سنان المروية في تفسير علي بن ابراهيم،

---

والظاهر ان نظره قده الى ان العقد يقتضى اللزوم وكون احد العوضين فقط عوضا عن الاخر والمخرج عن الامر الاول هو الخيار وعن الثاني ظهور العيب فانه يوجب اخذ الارش مع المبيع.

ومنها غير ذلك مما ذكره العلامة، مع ما يرد عليه وغيره

### القاعدة المستفادة من العمومات

الثالث: القاعدة المستفادة من العمومات التي يجب الرجوع اليها عند الشك.

[١] فنها: قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾. (١)

وتقريب الاستدلال به: انه دل على وجوب الوفاء بكل عقد، والمراد بالعقد مطلق العهد او ما يسمى عقدا عرفا، ومعنى وجوب الوفاء العمل بما اقتضاه العقد في نفسه، فاذا دل العقد على تملك العاقد ماله من غيره وجب العمل بما يقتضيه، فاخذه منه بغير رضاه نقض لذلك، فهو حرام، فاذا حرم جميع ما يكون نقضا لمضمون العقد - ومن جملة ذلك التصرفات الواقعة بعد فسخ المتصرف من دون رضاه - كان هذا لازما مساويا للزوم العقد.



او ما يسمّى عقدا لغة وعرفاً، والمراد بوجوب الوفاء العمل بما اقتضاه العقد في نفسه بحسب الدلالة اللفظية، نظير الوفاء بالنذر، فإذا دلّ العقد مثلاً على تمليك العاقد ماله من غيره وجب العمل بما يقتضيه التملك، من ترتيب آثار ملكية ذلك الغير له، فأخذه من يده بغير رضاه والتصرف فيه كذلك، نقض لمقتضى [المضمون] ذلك العهد فهو حرام.

فإذا حرم باطلاق الآية جميع ما يكون نقضاً لمضمون العقد، ومنها التصرفات الواقعة بعد فسخ المتصرف من دون رضاه صاحبه، كان هذا لازماً مساوياً للزوم العقد وعدم انفساخه بمجرد فسخ احدهما، فيستدلّ بالحكم التكليفي على الحكم الوضعي اعني فساد الفسخ من احدهما بغير رضا الآخر، وهو معنى اللزوم، بل قد حَقَّق في الاصول ان لا معنى للحكم الوضعي الا ما انتزع من الحكم التكليفي، ومما ذكرنا ظهر ضعف ما قيل

واورد عليه بايرادات:

الأول: ان الوفاء انما يتعلق بالعهد والالتزام، وهو انما يتعلق بامر اختياري مثل النذر، ولا يتعلق بما هو خارج عن تحت الاختيار كالملكية الى الأبد، فلا معنى لوجوب الوفاء بمقتضى العقد.

وبعبارة اخرى: ان وجوب الوفاء بشيء فرع كونه تحت الاختيار والملكية وبقيائها الى الأبد خارجة عن تحت اختيار المكلف، فلا يتعلق بها وجوب الوفاء، وهذه آية اختصاص الاية الشريفة بباب النذر وشبهه.

وفيه: ان الوفاء بمعنى التمام او ما يقاربه، وعليه فان كان العقد متعلقاً بالفعل كان الوفاء به ايجابه، وان كان متعلقاً بالنتيجة كالعقد على الملكية كان الوفاء به اتمامه وعدم رفع اليد عنه بحله ونقضه.

الثاني: ما عن المحقق الخراساني رحمته الله، وهو: ان موضوع وجوب الوفاء هو العقد وبقيائه بعد الفسخ مشكوك فيه، فالتمسك بعموم الاية من باب التمسك فيما لا يعلم انطباق المطلق عليه. وفيه: انه لا كلام في بقاء العقد ما لم يفسخ، وعليه فالأمر بالوفاء ان كان ارشاداً كان مدلول الاية المطابق لزوم العقد وعدم تأخير الفسخ، وان كان مولوياً نفسياً كان عدم الفسخ

[القائل هو العلامة في المختلف] من أنّ معنى وجوب الوفاء بالعقد، العمل بما يقتضيه من لزوم وجواز، فلا يتم الاستدلال به على اللزوم. [١]

توضيح الضعف أنّ اللزوم والجواز من الاحكام الشرعية للعقد، وليس من مقتضيات العقد في نفسه، مع قطع النظر عن حكم الشارع. نعم هذا المعنى اعني وجوب الوفاء بما يقتضيه العقد في نفسه، يصير بدلالة الآية حكماً شرعياً للعقد، مساوياً للزوم واضعف من ذلك ما نشاء من عدم التفتن لوجه دلالة الآية على اللزوم، مع الاعتراف بأصل الدلالة لمتابعة المشهور، وهو أنّ المفهوم من الآية عرفاً حكمان تكليفي ووضعي. وقد عرفت ان ليس المستفاد منها الآ حكم واحد تكليفي يستلزم حكماً وضعياً ومن ذلك

---

ايضاً مأموراً به، فلو حرم الفسخ لم يكن مؤثراً اجماعاً.

مع ان حرمة الفسخ لو ثبتت فانما هي بمناط عدم ثبوت هذا الحق له، فيكون من قبيل حرمة الظلم، ومن عدم الحق يستكشف عدم تأثيره.

[١] الثالث: ما عن العلامة في المختلف، وهو: ان معنى وجوب الوفاء بالعقد العمل بما يقتضيه من لزوم او جواز، فلا يتم الاستدلال به على اللزوم.

وفيه: ان العقد الجائز لا يجب الوفاء به لجواز فسخه وحله، فمن الوجوب يستكشف كونه لازماً.

مع ان الجواز واللزوم من احكام العقد لا من منشآت المتعاقدين، ولذا لو اوقعا العقد اللازم غير قاصدين للزوم بل للجواز اتصف العقد به.

الرابع: ما افاده السيد الفقيه رحمته الله، وهو: ان العقد بمعنى العهد، وهو يشمل التكليف الالهية والعهد الذي بين الخالق والمخلوق كالنذر وما يكون بين المخلوقين بعضهم مع بعض، وحينئذ يدور الأمر بين حمل الأمر على الوجوب فيكون خروج العقود الجائزة والمستحبات من باب التخصيص، وحمله على القدر المشترك بين الوجوب والاستحباب فيسقط الاستدلال، وحيث انه يبعد خروج المستحبات على كثرتها فيتعين الثاني:

وفيه: اولاً: ستعرف عدم كون العقد بمعنى العهد.

وثانياً: ان الالتزام بالتخصيص لا محذور فيه.

ومن ذلك يظهر لك الوجه في دلالة قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ على اللزوم [١] فإنّ حليّة البيع التي لا يراد منها الآحليّة جميع التصرفات المترتب عليه التي منها ما يقع بعد فسخ احد المتبايعين بغير رضا الآخر مستلزما لعدم تأثير ذلك الفسخ وكونه لغواً غير مؤثّر،

وثالثا: ان الوجوب والاستحباب خارجان عن حريم الموضوع له والمستعمل فيه، وانما ينتزعان من الترخيص في الترك وعدمه، وعليه فعدم اللزوم في بعض الموارد للتخصيص في الترك لا يوجب الالتزام بالتخصيص ولا بعدم اللزوم في الموارد التي لم يرد فيها ذلك.

فتحصل: ان شيئا من هذه الايرادات لا يتم.

ولكن يرد عليه امور:

الأول: ان العقد غير العهد، اذ العهد هو الجعل والقرار، والعقد هو ربط شيء بشيء، وهو في اصطلاح الفقهاء في قبال الايقاع، فالعقد انما يطلق على البيع باعتبار ارتباط كل من المتعاقدين بالآخر.

الثاني: ان الوفاء عبارة عن التمام، فالإيفاء هو الاتمام والانتهاء.

الثالث: ان الأمر به ارشاد الى اللزوم، ولا يكون حكما تكليفيا، وان كان على هذا ايضاً تدل الاية على اللزوم، وقد تقدم تفصيل القول في كل واحد من هذه الامور في مبحث المعاطاة في الجزء الثالث وعلى ما ذكرناه دلالة الاية على اللزوم اظهر.

[١] ومنها: قوله تعالى ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ (١) وقد ذكر المصنف عليه السلام في وجه دلالة

الاية الشريفة على اللزوم: ان الحلية المستندة الى البيع ظاهرة في التكليفية لا سيما بواسطة مقابلة ذلك بحرم الله الربا، وحيث انه لا موهم لحرمة البيع - لا بما هو فعل ولا بما هو تسبب للملك - فلا بد من تقدير التصرفات، ومن حليّة التصرفات يستكشف صحة البيع، اما من جهة انها تدل على حليّة التصرفات المترتبة على البيع - ومرجع ذلك الى حليّة الاكل من هذا السبب - ولازم ذلك عرفا ثبوت الملكية، واما من جهة ان حلية التصرفات

المتوقفة على الملك كالبيع والوطء ونحوهما من آثار الملك، فإذا دلت الآية على جوازها دلت بالملازمة العقلية على الملكية، أو من جهة الملازمة العرفية بين حلّية التصرفات ونفوذ البيع.

ومقتضى اطلاق الآية حلّية التصرفات بعد فسخ احد المتبايعين بغير رضا الاخر، وهذا يستلزم عدم تأثير الفسخ وكونه لغوا، وهو لازم للزوم.

وهو <sup>مقتضى</sup> بعد اسطر اورد على هذا الوجه: بان المفروض الشك في تأثير الفسخ في رفع الاثار الثابتة باطلاق الآية، فلا يمكن التمسك في رفعه بالاطلاق.

وفي كلامه مواقع للنظر:

الاول: ما افاده من: ان المراد بالحلّية الحلّية التكليفية، فانه يرد عليه: ان الظاهر: منها من جهة استنادها الى البيع هي الوضعية منها، وهكذا في الحرمة المنسوبة الى الربا، وعليه فتدل الآية الشريفة على صحة البيع ونفوذه بالمطابقة بلا نظر لها الى اللزوم.

الثاني: ما افاده من تقدير التصرفات، فانه يرد عليه: انه لا وجه لذلك سوى توهم انه لا موجب لحرمة البيع بما هو عمل من الاعمال، فيتعين التقدير، وهذا عليل، فان البيع من حيث انه يتوصل به الى التصرفات قابل لان يكون حلالا وحراما، وعليه فلا وجه للتقدير، وعلى هذا فيستكشف من حلّية البيع بهذا المعنى نفوذه وصحته، اذ لولا نفوذه لم يكن وجه للترخيص فيه.

الثالث: ما اورده على نفسه، فانه يرد عليه: انه لو قدّر التصرفات وكان مقتضى اطلاق الآية حلّية التصرفات بعد الفسخ لم يكن الشك في تأثير الفسخ مانعا عن ذلك، فان التمسك بالاطلاق انما يكون لدفع مثل هذا الشك.

والمحقق النائيني رحمته الله وجه ايراد المصنف رحمته الله: بان القيود الراجعة الى الموضوع يمكن ان يكون الحكم بالنسبة اليها مطلقا او مقيدا، واما حالات نفس الحكم فلا يمكن ان يكون

ومنه يظهر وجه الاستدلال على اللزوم بإطلاق حلية اكل المال بالتجارة عن تراض، [١] فإنه يدل على أن التجارة سبب لحلية التصرف بقول مطلق حتى بعد فسخ احدهما من دون رضاء الآخر، فدلالة الآيات الثلاث على أصالة اللزوم على نهج واحد لكن يمكن ان يقال: أنه اذا كان المفروض الشك في تأثير الفسخ في رفع الآثار الثابتة باطلاق الآيتين الاخيرتين، لم يمكن التمسك في رفعه إلا بالاستصحاب ولا ينفع الاطلاق. [٢]

الحكم بالنسبة اليها مطلقاً ولا مقيداً، فضلا عن ان يكون مطلقاً أو مقيداً، بالاضافة الى رافعه، اذ المحكوم ليس ناظراً الى نفسه، فضلا عن ان يكون مطلقا بالنسبة الى حاكمه، وفي المقام الفسخ لو كان مؤثراً لكان رافعاً لا صل الحلية، ولا اطلاق لها بالنسبة الى رافعها. وفيه: اولاً: ان المصنف عليه السلام صرح بالاطلاق.

وثانياً: ان الفسخ لو كان مؤثراً لكان رافعاً لمنشأ الحلية وهو البيع والعقد لا للحكم نفسه، واطلاق الحكم بالنسبة الى رافع منشأه كسائر حالاته امر ممكن.

وثالثاً: ان هذا الوجه يجري في (اوفوا بالعقود) بان يقال: ان الفسخ لو كان مؤثراً لكان رافعاً لوجب الوفاء، فلا يمكن ان يكون ما دل عليه مطلقا بالنسبة الى رافعه.

وقد ظهر مما ذكرناه دلالة الآية الشريفة على نفوذ البيع وصحته دون لزومه. [١] قال المصنف عليه السلام: ومنه يظهر وجه الاستدلال على اللزوم باطلاق حلية اكل

المال بالتجارة عن تراض (١)

تقريب الاستدلال به: ان الاكل الذي رخصه الشارع عنوان للتصرفات المترتبة على المعاملة لانفسها - لما تقدم - فن جوازه يستكشف نفوذ المعاملة، ومن اطلاقه - لما بعد الفسخ - يستكشف اللزوم.

[٢] ثم اورد عليه بما اورده على سابقه.

وفيه: اولاً: ان الاكل في صدر الآية كناية عن التملك، فكذلك في المستثنى، فالمرخص فيه هو التملك.

وثانياً: ان الايراد غير تام كما تقدم.

ومنها قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾ [١] دلّ على حرمة الاكل بكلّ وجه يسمّى باطلاً عرفاً، وموارد ترخيص الشارع ليس من الباطل، فإنّ اكل المارّة من ثمرة الاشجار التي تمرّ بها باطل لولا اذن الشارع الكاشف عن عدم بطلانه، وكذلك الأخذ بالشّفعة والخيار، فإنّ رخصة الشارع في الأخذ بهما يكشف عن ثبوت حقّ لذوي الخيار والشّفعة، وما نحن فيه من هذا القبيل، فإنّ اخذ مال الغير وتملكه من دون اذن صاحبه باطل عرفاً، [٢] نعم لو دلّ الشارع على جوازه، كما في العقود المجائزة بالذات او بالعارض كشف ذلك عن حق للفاسخ متعلق بالعين

والمصنف قد استدل بالاية الشريفة على اللزوم بطريق آخر ذكره في المعاطاة، وقد تعرّضنا له هناك وبيننا عدم تماميته فراجع.

[١] ومنها: قوله تعالى ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾ (١)

تقريب الاستدلال به على اللزوم وجهان:

[٢] الأول: ان الأكل المنهي عنه كناية عن التصرف المعاملي، وهو التملك، فيدل على النهي عن التملك بالباطل، ومنه اخذ مال الغير وتملكه من دون اذن صاحبه.

وفيه: اولاً: ان المراد بالباطل اما هو الباطل العرفي او الشرعي او الفاسد الخالي عن الأثر الذي لا يختلف معناه عرفاً وشرعاً، وانما الاختلاف بينهما في المصداق؛

اما على الأول - الذي هو اساس الاستدلال - : فحيث ان اذن المالك الحقيقي موجب للخروج عن كونه باطلاً وفي المقام، يحتل الاذن في الفسخ، فلا محالة يشك في صدق الباطل عليه، ومعه لا يبقى مورد للتمسك باطلاق الحكم.

واما على الاخيرين فالشك في صدق الموضوع اظهر.

وثانياً: انه يحتل اختصاص الاية بالمعاوضات من جهة التعبير باموالكم بينكم الظاهر في اعطاء مال واخذ مال، والرجوع ليس منها، فانه رد للملك ويستتبع ذلك رجوع العوض لا انه تملك بعوض.

وثالثاً: ان الفسخ حل للعقد فلا تشمله الآية لعدم كونه سبباً للاكل بل هو رافع

ومما ذكرنا يظهر وجه الاستدلال بقوله ﷺ: لا يحلّ مال امرئ مسلم الآ

عن طيب نفسه. [١]

للسبب المملك وبعده يكون المملك بالسبب الأول.

الوجه الثاني: ان الاكل المنهي عنه كناية عن التصرفات، فتدل الاية على عدم جواز التصرفات بعد السبب الباطل ومنه الرجوع والفسخ. ويرد عليه ما اوردها على الوجه الأول.

[١] ومنها: قوله ﷺ: لا يحلّ مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه (١)

وتقريب الاستدلال به من وجهين:

الاول: ان الخبر يدل على عدم حليّة مال الغير بغير رضاه، وحيث انه لا معنى لحرمة المال، وتقدير تصرف دون آخر ترجيح بلا مرجح، فتقدر جميع التصرفات ومنها الفسخ ومن حرمة يستكشف عدم تأثيره

وفيه اولاً ان الحرمة حيث استندت الى المال تكون ظاهرة في ارادة حرمة التصرفات الخارجية المتعلقة به، ولا تشمل التصرف الاعباري.

وثانياً: ان حرمة المعاملة لاتستلزم فسادها كما تقدم في اول الجزء الثالث من هذا

الشرح.

الثاني: انه يدل على حرمة التصرفات في مال الغير بغير رضاه، ومقتضى اطلاقه حرمتها حتى بعد الفسخ، ولازم ذلك عدم تأثير الفسخ.

وفيه: انه حيث يحتمل تأثير الفسخ فيحتمل عدم كونه مال الغير بعد الفسخ، ومعه لامورد للتمسك باطلاق الحكم.

١ - هذا المضمون في كثير من الأخبار راجع الوسائل - باب ٣ - من ابواب مكان المصلي - والمستدرک ج ٩ ص ٢١٢ وغيرهما.

ومنها قوله: النَّاسُ مُسَلِّطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ، فَإِنَّ مَقْتَضَى السُّلْطَنَةِ الَّتِي أَمْضَاهَا الشَّارِعُ: أَنْ لَا يَجُوزُ اخْتِزَاعُهَا مِنْ يَدِهِ وَتَمَلُّكُهُ عَلَيْهِ مِنْ دُونِ رِضَاةِ [١] وَلِذَا اسْتَدَلَّ الْمُحَقِّقُ فِي الشَّرَائِعِ عَلَى عَدَمِ جَوَازِ رَجُوعِ الْمُقْرَضِ فِيهَا بِأَنَّ فَائِدَةَ الْمَلِكِ التَّسْلُطِ، وَنَحْوِهَا الْعَلَامَةُ فِي بَعْضِ كُتُبِهِ.

والمحاصل أن جواز العقد الرَّاجِعِ إِلَى تَسْلُطِ الْفَاسِخِ عَلَى تَمَلُّكِ مَا انْتَقَلَ عَنْهُ وَصَارَ مَالًا لِغَيْرِهِ وَاخْتِزَاعِهِ مِنْهُ بِغَيْرِ رِضَاةِ مَنْفَعِ هَذَا الْعَمُومِ.

ومنها قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ. [٢] وَقَدْ اسْتَدَلَّ بِهِ عَلَى الْإِزْمِ غَيْرُ وَاحِدٍ مِنْهُمْ الْمُحَقِّقُ الْإِرْدِئِيلِيُّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الشَّرْطَ مُطْلَقُ الْإِزْمِ وَالْإِزْمِ مِنْهُ لَوْ ابْتِدَاءً مِنْ غَيْرِ رِبْطٍ بِعَقْدٍ آخَرَ، فَإِنَّ الْعَقْدَ عَلَى هَذَا شَرْطٌ فَيَجِبُ الْوُقُوفُ عِنْدَهُ وَيَحْرَمُ التَّعْدِي عَنْهُ

[١] ومنها: قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: النَّاسُ مُسَلِّطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ. (١)

هذه الرواية وإن كانت ضعيفة السند إلا أن ضعفها مجبور بالعمل،

وتقريب الاستدلال بها: أنها تدل على ثبوت السلطنة التامة للمالكين على أموالهم، ومن مقتضيات السلطنة التامة رفع مزاحمة الأجنبي ومنهم المالك الأول، ولازمه عدم تأثير فسخه.

وبعبارة أخرى: خروج المال عن ملكه بغير رضاه مناف للسلطنة.

وأورد عليه بإيرادات -: وقد ذكرناها مع أجوبتها في مبحث المعاطاة.

والحق في الجواب عنه: أنها تدل على ثبوت السلطنة مادام كونه مالا له ولا تدل على تسلطه على إبقاء الموضوع وكون بقائه تحت اختياره كي تكون إزالته منافية للسلطنة الثابتة له فتدبر - وتام الكلام في ذلك المبحث كما أن التقريب الآخر لدلالته على ذلك مع جوابه المذكوران هناك فراجع.

[٢] ومنها: قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ. (٢)

وتقريب الاستدلال به: أن الشرط هو مطلق الإلزام، والإلزام ولو ابتداءً آمن غير ربط



فيدل على لزوم بالتقريب المتقدم في: اوفوا بالعقود. لكن لا يبعد منع صدق الشرط في الالتزامات الابتدائية، بل المتبادر عرفاً هو الالتزام التابع، كما يشهد به موارد استعمال هذا اللفظ حتى في مثله قوله عليه السلام في دعاء التوبة: ولك يا رب شرطي ان لا اعود في مكروهك وعهدي ان اهجر جميع معاصيك، وقوله عليه السلام في اول دعاء التوبة: بعد ان شرطت عليهم الزهد في درجات هذه الدنيا كما لا يخفى على من تأملها مع ان كلام بعض اهل اللغة يساعد على ما ادعينا من الاختصاص. ففي القاموس: الشرط الزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه ومنها الاخبار المستفيضة في ان البيعين بالخيار ما لم يفترقا، [١] وأنه اذا افترقا وجب البيع، وأنه لا خيار لهما بعد الرضا. فهذه جملة من العمومات الدالة على لزوم البيع عموماً او خصوصاً.

بعقد آخر، وعليه فالعقد شرط يجب الوقوف عنده، ويحرم التعدي عنه، فيدل على اللزوم بالتقريب المتقدم في ﴿أوفوا بالعقود﴾. ولكن تامة الاستدلال به تتوقف على امرين: صدق الشرط على المعاملات كالبيع، ودلالته على اللزوم.

اما الأول: فضافا الى ما سياتي في مبحث الشروط من عدم صدقه على الالتزامات المعاملية: انه يعتبر في صدقه كون الالتزام في ضمن التزام، وهو لا يصدق على الالتزام الابتدائي. وبعبارة اخرى: الشرط هو الالتزام التابع كما يظهر لمن راجع موارد استعماله، ولذا قال في محكي القاموس: الشرط الزام الشيء او التزامه في البيع ونحوه واما الثاني: فالظاهر انه انشاء حكم تكليفي لا وضعي، اذ مضمونه عدم انفكك المؤمن عن شرطه، وهذا ليس صفة في الشرط كي يكون ذلك ارشادا الى صحته او لزومه، بل هو صفة في المؤمن فلا محالة يكون ظاهراً في كونه امراً بالوفاء بالشرط تكليفاً، وعليه فيجري فيه ما ذكرناه في ﴿أوفوا بالعقود﴾

[١] ومنها: الاخبار المستفيضة في ان البيعين بالخيار<sup>(١)</sup> ما لم يفترقا وأنه اذا افترقا

وجب البيع

وقد عرفت أنّ ذلك مقتضى الاستصحاب ايضاً، وربّما يقال أنّ مقتضى الاستصحاب عدم انقطاع علاقة المالك عن العين، فإنّ الظاهر من كلماتهم عدم انقطاع علاقة المالك عن العين التي له فيها الرجوع، وهذا الإستصحاب حاكم على الإستصحاب [٢] المتقدّم المقتضى للزوم. وردّ بأنّه ان اريد بقاء علاقة الملك أو علاقة يتفرّع على الملك فلا ريب في زوالها بزوال الملك، وان أريد بها سلطنة اعادة العين في ملكه فهذه علاقة يستحيل اجتماعها مع الملك [٣] وأما تحدث بعد زوال الملك لدلالة دليل، فإذا فقد الدليل فالاصل عدمها

واورد على هذا الوجه:

بان هذه النصوص تدل على اللزوم الحيثي لا اللزوم من جميع الجهات، ولذا لاتنافي ثبوت خيار الحيوان والشرط ونحوهما. وبانها في مقام جعل الخيار لا جعل اللزوم، فلا وجه للتمسك باطلاقها من هذه الجهة.

ولكن يرد على الاول: انه خلاف اطلاق النصوص.

وعلى الثاني: انها في مقام بيان الجواز قبل التفرّق واللزوم بعده، ولذا في بعض تلك النصوص قال عليه السلام بعد ذلك: فاذا افترقا فلا خيار لهما.

## الاستدلال للزوم بالاستصحاب

[١] وربما يستدل على اللزوم بالاستصحاب.

بتقريب: ان مقتضى الاستصحاب عدم انقطاع علاقة المالك عن العين، وقد اشبعنا الكلام في هذا الاستصحاب وما يمكن، ان يورد عليه في مبحث المعاطاة، وانما نذكر في المقام الاشكال الذي لم يذكره المصنف عليه السلام هناك وذكره في المقام، وهو [٢] ان هذا الاصل محكوم باستصحاب بقاء علقه المالك الأول.

واستصحاب بقاء حق الفسخ الثابت في زمان ثبوت خيار المجلس.

[٣] واجاب المصنف عليه السلام عن الأول: بانه ان اريد بقاء علاقة الملك او علاقة تتفرع على الملك فلا ريب في زوالها بزوال الملك، وان اريد بها سلطنة اعادة العين في ملكه فهذه علاقة يستحيل اجتماعها مع الملك.

وان أريد بها العلاقة التي كانت في مجلس البيع، فإنها تستصحب عند الشك، فيصير الأصل في البيع بقاء الخيار، كما يقال الاصل في الهبة بقاء جوازها بعد التصرف في مقابل من جعلها لازمة بالتصرف، ففيه مع عدم جريانه فيما لا خيار فيه في المجلس [١]

#### توضيح ما افاده:

انه ربما يتوهم ان الملكية وان كانت امرأ اعتبارياً الا انها ليست بسيطة، بل هي ذات مراتب، فاذا انتقلت العين عن الشخص بنحو ليس له ارجاعها الى ملكه الا بعقد جديد فقد انقطعت العلاقة بالمرة، واذا انتقلت بنحو له ارجاعها الى ملكه متى ما شاء فقد بقيت مرتبة منها.

فلو شك في الجواز واللزوم يشك في ان علقه المالك الاول هل انقطعت بالمرة ام بقيت مرتبة ضعيفة منها فيستصحب بقائها بعد كون قوة العلاقة وضعفها من مراتب شيء واحد، فاذا جرى هذا الاصل لا يبقى شك في بقاء الملك كي يستصحب، فان الشك في بقائه بعد الرجوع مسبب عن الشك في ثبوت هذا الحق وعدمه.

وربما يتوهم ان للشخص سلطنة على ماله وسلطنة على تسليط الغير عليه حدوثا وبقاءً وبالبيع زالت السلطنة عليه، وكذلك السلطنة على تسليط الغير حدوثا. اما السلطنة على تسليط الغير بقاء فهي مشكوكه الارتفاع فيستصحب بقائها، ونتيجة ذلك جواز رفع سلطنة الغير بالفسخ.

وكلاهما فاسدان:

اما الأول: فلأن الملكية التي هي امر اعتباري ومن سنخ الوجود بسيطة وليست ذلت مراتب وهي قد زالت بالبيع ولم يبق منها شيء.

مع انه لو سلم كونها ذات مراتب - حيث ان ما يبق بعد العقد الجائز مباين مع الملكية، ولذا ترى ان خيار المجلس بنظر العرف مغاير مع الملكية - فلا يجري الاستصحاب. واما الثاني: فلأن السلطنة على رد الملك سلطنة جديدة ان ثبتت، فانها تثبت في

ظرف عدم الملك فكيف تكون من آثار الملك

واجاب المصنف عن الاصل الثاني بوجوه

[١] الاول ان الدليل اخص من المدعي لعدم جريانه في غير البيع.

بل مطلقاً بناء على أنّ الواجب هنا الرجوع في زمان الشك الى عموم: اوفوا بالعقود [١] لا الاستصحاب انه لا يجدي بعد تواتر الاخبار بانقطاع الخيار مع الافتراق، [٢] فيبقى ذلك الاستصحاب سليماً عن الحاكم، فتأمل.

[١] الثاني: ان الواجب هنا الرجوع في زمان الشك الى عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾<sup>(١)</sup> لا الاستصحاب.

وأورد عليه: بان ﴿أوفوا بالعقود﴾ حيث لا عموم زماني له فلا يكون هو المرجع في زمان الشك، بل المرجع استصحاب حكم الخاص على ما اسسه في الاصول. ويمكن دفعه بان ذلك يتم في ما اذا كان خروج الفرد في الاتناء لا من الاول كما في المقام، والا فالمرجع عموم العام. وتام الكلام في محله.

[٢] الثالث: انه لا يجدي بعد تواتر الاخبار بانقطاع الخيار مع الافتراق. واورد عليه: بان الكلام انما هو مع قطع النظر عن الادلة الاجتهادية، مع ان هذه الاخبار كما توجب عدم جريان هذا الاصل توجب عدم جريان الاصل المحكوم ايضاً.

وفيه: ان ما يثبت بهذه النصوص هو زوال ذلك الحق الثابت في المجلس، واما زوال الحق الاخر المشكوك الحدوث فهي لا تدل عليه، وحيث انه يحتمل ذلك فان قلنا بان الخيار واحد وان تعددت اسبابه يجري استصحاب بقاء الخيار الشخصي الثابت سابقاً،

وان قلنا بتعددته بتعدد اسبابه فيمكن اجراء استصحاب الكلي الجامع بينهما، فانه وان كان من قبيل القسم الثالث من اقسام الكلي الا انه حيث يحتمل حدوث فرد آخر مقارنة لحدوث المتيقن يجري استصحاب الكلي على مسلك المصنف رحمته الله.

ولكن المختار عدم جريان الاستصحاب فيه حتى في هذا الفرض فلا يجري الاصل المزبور في المقام.

فتحصل: ان الاستصحاب ايضاً من ادلة اللزوم.

ثمَّ أنه يظهر من المختلف في مسألة انَّ المسابقة لازمة أو جائزة، انَّ الأصل عدم اللزوم، [١] ولم يرد من تأخَّر عنه إلاَّ بعموم قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ [٢] ولم يكن وجه صحيح لتقرير هذا الاصل، نعم هو حسن في خصوص المسابقة وشبهه، ممَّا لا يتضمَّن تمليكاً أو تسليطاً [تسليماً] [٣] ليكون الاصل بقاء ذلك الاثر وعدم زواله بدون رضا الطرفين، ثمَّ انَّ ما ذكرنا من العمومات المثبتة لا صالة اللزوم انما هو في الشكِّ في حكم الشَّارع باللزوم، ويجري ايضاً فيما اذا شكَّ في عقد خارجي أنَّه من مصاديق العقد اللأزم أو الجائز، بناء على انَّ المرجع في الفرد المرذد بين عنواني العام، والمخصص الى العموم. واما بناءً على خلاف ذلك، فالواجب الرجوع عند الشكِّ في اللزوم الى الاصل، بمعنى استصحاب الأثر وعدم زواله بمجرد فسح احد المتعاقدين، إلاَّ انَّ يكون هنا أصل موضوعي يثبت العقد الجائز

[١] وقد افاد العلامة في مسألة المسابقة عند الشك في انها جائزة او لازمة انها غير لازمة لاصالة عدم اللزوم،  
[٢] ورده من تاخر عنه بعموم آية الوفاء بالعقد<sup>(١)</sup> والمصنف رحمته الله استحسّن الاصل المزبور في بعض الابواب قال

[٣] نعم هو حسن في خصوص المسابقة وشبهه ممَّا لا يتضمَّن تمليكاً او تسليطاً  
واورد عليه المحقق الايرواني، مضافاً الى ان غاية ما ذكره بطلان استصحاب بقاء الاثر بعد الفسخ الذي هو معنى اصالة اللزوم لاصالة الجواز.  
بانه بناءً على جريان الاستصحاب التعليقي يجري الاستصحاب في المقام: فانه يجري استصحاب بقاء استحقاق العوض لو سبق الثابت قبل الفسخ ويحكم بانه يستحق العوض لو سبق بعد الفسخ ثم ناقش قده فيه: بان المختار عدم جريان الاستصحاب التعليقي. وفيه: ان هذا الاستصحاب يجري وان بنينا على عدم جريان الاستصحاب التعليقي من جهة ان الاستصحاب التعليقي المصطلح انما هو فيما لو تحقق احد جزئي موضوع الحكم كالعصير العني ثم حين ما تحقق الجزء الاخر شك في الحكم من جهة الشك في بقاء الجزء الاول لا حتمال التبدل، وفي المقام ليس كذلك، بل المتيقن هو انشاء تملك على تقدير سبق

كما إذا شك في ان الواقع هبة أو صدقة. فإن الأصل عدم قصد القرية، فيحكم بالهبة الجائزة، [١] لكن الاستصحاب المذكور إنما ينفع في اثبات صفة الزوم. وأما تعيين العقد اللازم حتى يترتب عليه سائر آثار العقد اللازم كما اذا اريد تعيين البيع عند الشك فيه وفي الهبة فلا، بل يرجع في اثر كل عقد الى ما يقتضيه الاصل بالنسبة اليه، فإذا شك في اشتغال الذمة بالعوض، حكم بالبراءة [٢] التي هي من آثار الهبة

والمشكوك فيه بقاء هذا الاثر وارتفاعه عن موضوعه، فيجري الاصل فيه، ونظير المقام ما لو شك في وجوب الحج على المستطيع. وبالجملة: ما نحن فيه من قبيل الشك في بقاء التكليف المنشأ على الموضوع المقدر وجوده فيجري الاصل، وهذا غير الاستصحاب التعليقي المصطلح الذي ليس الشك فيه في بقاء الجعل.

ولا يخفى ان ما ذكرناه من دلالة العمومات على اصالة الزوم انما هو في الشك في حكم الشارع بالزوم.

واما اذا كان الشك في عقد خارجي انه من مصاديق العقد اللازم او الجائز فلا مورد للتمسك بالعمومات فيتعين حينئذ الرجوع الى الاستصحاب، الا ان يكون هناك اصل حاكم في المتن

[١] كما اذا شك في ان الواقع هبة او صدقة فان الاصل حينئذ عدم قصد القرية فيحكم بالهبة الجائزة.

ولكن يتم ذلك بناء على كون الهبة والصدقة حقيقة واحدة والفرق بينهما انما هو من قبيل الفرق بين الماهية بشرط لا والماهية بشرط شيء، فالتملك المجاني المجرد عن قصد القرية هبة، والتملك المجاني الذي قصد به القرية صدقة، اذ عليه تكون اصالة عدم قصد القرية نافية للزوم المترتب على الصدقة.

واما بناء على ما مال اليه في الجواهر من كونها حقيقتين متباينتين فلا اصل لهذا الاصل وتام الكلام في محله.

وإذا شك في الضمان مع فساد العقد حكم بالضمان، لعموم على اليد ان كان هو المستند في الضمان بالعقود الفاسدة، [١] وان كان المستند دخوله في ضمان العين [٢] أو قلنا بأن خروج الهبة من ذلك العموم مانع عن الرجوع إليه فيما احتتمل كونه مصداقاً لها كان الاصل البراءة أيضاً.

## القول في اقسام الخيار

وهي كثيرة الا ان اكثرها متفرقة والمجتمع منها في كل كتاب سبعة، [٣] وقد انهاها بعضهم الى ازيد من ذلك، حتى ان المذكور في اللمعة مجتمعاً اربعة عشر، مع عدم ذكره لبعضها، ونحن نقتني أثر المقتصر على السبعة كالمحقق والعلامة رحمهم الله، لأن ما عداها لا يستحق عنواناً مستقلاً، اذ ليس له احكام مغاير لسائر انواع الخيار، فنقول وبالله التوفيق.

الا ان يحصل العلم الاجمالي بالمخالفة القطعية من جريان اصالة اللزوم واصالة البرائة معا كما لو شك في ان الواقع هبة او بيع فان مقتضى اصالة اللزوم عدم رجوع العين الى مالكها الاول بعد الفسخ ومقتضى اصالة البرائة عدم استحقاقه العوض مع انه يعلم اجمالاً اما باستحقاقه العوض او رجوع ماله اليه بالفسخ فلا يجري شيء من الاصلين.

[١] قوله لعموم على اليد<sup>(١)</sup> ان كان هو المستند في الضمان بالعقود الفاسدة التمسك به في المقام مبنى على جواز التمسك بالعام في الشبهة المصدقية لانه قد خرج عنه ما اذا كانت اليد بعنوان تسليط المالك مجانا - وحيث ان المختار عدم جوازه فلا يجوز التمسك به في المقام

اللهم الا ان يقال ان الخارج عن العموم ليس هو التسليط المجاني بهذا العنوان بل بعنوان اسقاط المالك احترام ماله - وعليه - فاحترام المال معلوم وسقوطه مشكوك فيه والاصل عدمه.

[٢] قوله وان كان المستند دخوله في ضمان العين وقد تقدم في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد ان الاقدام على الضمان ليس دليلاً مستقلاً للضمان.

[٣] قوله وهي كثيرة الا ان اكثرها متفرقة والمجتمع منها في كل كتاب سبعة والحق في بيان الجامع لها ان الخيار تارة يكون يجعل الشارع ابتداءً ومطلقاً

## الاول في خيار المجلس:

فالمراد بالمجلس، مطلق مكان المتبايعين حين البيع، [١] وإنما عبر بفرده الغالب وإضافة الخيار اليه لاختصاصه به وارتفاعه بانقضائه الذي هو الإفتراق،

كخيار المجلس والحيوان، واخرى: يكون بجعل من المتعاملين مثل شرط الخيار، وثالثة: يكون وسطا بينها بان يلتزم المتبايعان في ضمن العقد وجود شرط او وصف، او عدمه، او عمل خارجي وتبين خلافه، فانه يثبت لمن له الالتزام الخيار حينئذ، والكلام يقع او لافيا يكون بجعل شرعي ابتداء.

## خيار المجلس

[١] قال المصنف رحمته الله فالمراد بالمجلس مطلق مكان المتبايعين. ولكن: ليس في ادلة هذا الخيار لفظ المجلس ولا مكان المتبايعين، بل في النصوص جعل هذا الخيار مغيا بالافتراق، ويستظهر من ذلك اعتبار الاجتماع العرفي في جانب المغيا،

فلو لم يكن بينها اجتماع حال البيع لم يكن هناك خيار، كما لو أوقعا العقد بواسطة التلفون مع كون كل منهما في بلد غير بلد الاخر. نعم حيث يكون المراد الاجتماع بالابدان فيكون المراد الاجتماع من حيث المكان، وحيث ان الغالب من مكان الاجتماع كونه محلاً للجلوس فلذا عبر بخيار المجلس، وعلى هذا فكما لا يعتبر المجلس لا يعتبر مكان البيع، بل لو افترقا عن مكان البيع مع بقاء اجتماع المتبايعين وعدم تفرق احدهما عن صاحبه كان الخيار باقيا، فهذا الخيار خيار الاجتماع في المجلس واضافته الى الاجتماع اضافة المسبب الى سببه، ويعبر عن سببه بمحل سببه من باب تنزيل المحل منزلة المحال.



ولا خلاف بين الامامية في ثبوت هذا الخيار، [١] والنصوص به مستقيضة، والموتق الحاكي لقول علي عليه السلام اذا صفق الرجل على البيع فقد وجب مطروح او مأوّل ولا فرق بين اقسام البيع وانواع المبيع، نعم سيجيء استثناء بعض اشخاص المبيع كالمعتق على المشتري، وتنقيح مباحث هذا الخيار ومسقطاته يحصل برسم مسائل.

[١] وفي الجواهر: اجماعا منا بقسميه، والنصوص المستفيضة شاهدة به، لاحظ صحيح محمد بن مسلم عن الامام الصادق عليه السلام: قال رسول الله ﷺ: البيعان بالخيار حتى يفترقا: الحديث (١) ونحوه صحيح زرارة عنه عليه السلام (٢).

وصحيح الفضيل عنه عليه السلام - في حديث - قال: قلت له: ما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منها (٣). ونحوها غيرها. واما موتق غيات عن جعفر عن ابيه عن الامام علي عليهم السلام: اذا صفق الرجل على البيع فقد وجب وان لم يفترقا (٤) فرمما يحمل على التقية. واورد عليه: بان الخبر علوي، وموجب التقية حدث في عصر الامامين الصادقين عليها السلام

ودفع بان الحاكي لهذه الرواية حيث انه الامام الصادق عليه السلام فيمكن التقية في مقام الحكاية والرواية عن الامير عليه السلام.

وفيه: ان التقية في مقام الحكاية بمعنى نقل جملة عن شخص مع عدم صدورها منه وكونه كذبا غير معهود،

ولعل احسن الوجوه ما افاده بعضهم من ان المراد من الصفق على المبيع هو الصفق بعنوان الالتزام بالمبيع لا الصفق المحقق للبيع، كيف وموضوعه المبيع، فيكون البيع محققا قبله. انتهى.

مسألة: لا اشكال في ثبوته للمتبايعين اذا كانا اصيلين، ولا في ثبوته للوكيلين في الجملة. [١] وهل يثبت لهما مطلقاً خلاف، قال في التذكرة: لو اشترى الوكيل او باع او تعاقد الوكيلان تعلّق الخيار بهما وبالموكّلين مع حضورهما في المجلس، والآ فبالوكيلين فلو مات الوكيل في المجلس والموكّل غائب انتقل الخيار اليه، لأنّ ملكه اقوى من ملك الوارث. وللشافعية قولان:

احدهما: أنّه يتعلّق بالموكّل، والاخر أنّه يتعلّق بالوكيل، انتهى.

اقول: والاولى ان يقال ان الوكيل ان كان وكيلاً في مجرد اجراء العقد، فالظاهر عدم ثبوت الخيار لهما وفاقاً لجماعة، منهم المحقّق والشّهيد الثّانين، لأنّ المتبادر من النّص غيرهما وان عمّمناه لبعض افراد الوكيل، ولم نقل بما قيل تبعاً لجامع المقاصد بانصرافه

وتنقيح مباحث هذا الخيار ومستقطاته يحصل برسم مسائل.

## ثبوت الخيار للوكيل

[١] الاولى: لا خلاف ولا اشكال في ثبوت هذا الخيار للمتبايعين اذا كانا اصيلين ولا في ثبوته للوكيلين في الجملة، الا ما عن المحقّق الثاني في جامع المقاصد من انكار ثبوته للوكيل بقول مطلق.

وكيف كان: فيقع الكلام في مقامين:

الاول: في ثبوت الخيار للوكيل.

الثاني: في ثبوته للموكّل.

اما المقام الاول فتوضيحه: ان الوكيل قد يكون وكيلاً في اجراء الصيغة خاصة، وقد يكون وكيلاً مستقلاً في ايجاد المعاملة فقط، وقد يكون وكيلاً مستقلاً في امر المعاملة ايجاداً وفسخاً - على كلام في معقوليته سيجيء - وقد يكون وكيلاً مفوضاً اليه امر المعاملة وجوداً وعندما ان شاء باع وان شاء لم يبيع.

اما القسم الاول: فقد استدل لعدم ثبوت الخيار له في قبال ما قيل من صدق البيع

بحكم الغلبة الى خصوص العاقد المالك، مضافاً الى ان مفاد ادلة الخيار اثبات حقّ وسلطنة لكلّ من المتعاقدين على ما انتقل الى الآخر بعد الفراغ عن تسلّطه، على ما انتقل اليه، فلا يثبت بها هذا التسلط لو لم يكن مفروغاً عنه في الخارج، [١] الا ترى أنّه لو شكّ المشتري في كون المبيع ممّن ينعق عليه لقرابة او يجب صرفه لنفقة او اعتاقه لنذر، فلا يمكن الحكم بعدم وجوبه، لادلّة الخيار بزعم اثباتها للخيار المستلزم لجواز ردّه على البائع وعدم وجوب عتقه

عليه فتشمله ادلة الخيار بوجوه

[١] احدها: ما افاده المصنف رحمته الله وتفرد به وهو: ان مفاد ادلة الخيار اثبات حق وسلطنة لكل من المتعاقدين على ما انتقل الى الاخر بعد الفراغ عن تسلطه على ما انتقل اليه، فلا يثبت بها هذا التسلط لو لم يكن مفروغاً عنه في الخارج. وفيه: ان الخيار اما ان يكون سلطنة على حل العقد، او على تراد العوضين، وعلى التقديرين ليس هو سلطنة على خصوص الاسترداد بعد ثبوت السلطنة على الرد. اما على الاول: فواضح،

واما على الثاني: فلأنه لا موجب للالتزام بكونه سلطنة على الاسترداد خاصة سوى ان المالك والوكيل المفوض، لها السلطنة على الرد بالاقالة ونحوها، فلا معنى لجعل الخيار لها الا السلطنة على الاسترداد.

وحيث انه لا يعقل السلطنة على الاسترداد دون الرد فلا محالة يكون الخيار مجعولا لمن له سلطنة على الرد،

وهو توهم فاسد:

لان الرد بما انه له مصاديق وما يكون ثابتا للمالك بعضها، فجعل الخيار بمعنى السلطنة على الرد والاسترداد بلا اعتبار رضا الاخر لا يلزم منه اللغوية، وعليه فالخيار هو السلطنة على تراد العينين لا على جلب ما ذهب خاصة.

ثم ان المحقق النائيني رحمته الله وجه كلام المصنف رحمته الله بما سنذكره في الوجه السابع. فانتظر.

هذا مضافاً الى ملاحظة بعض اخبار هذا الخيار المقرون فيه بينه وبين خيار الحيوان [١] الذي لا يرضي الفقيه بالتزام ثبوته للوكيل في اجراء الصيغة، فإنّ المقام وان لم يكن من تعارض المطلق والمقيّد إلاّ أنّ سياق الجميع يشهد باتحاد المراد من لفظ المتبايعين مع أنّ ملاحظة حكمة الخيار تتعدّ ثبوته للوكيل المذكور [٢] مضافاً الى ادلة سائر الخيارات. [٣] فإنّ القول بثبوتها لموقع الصيغة لا ينبغي من الفقيه. والظاهر عدم دخوله في اطلاق العبارة المتقدّمة عن التذكرة، فإنّ الظاهر من قوله: اشترى الوكيل او باع تصرف الوكيل بالبيع والشراء لا مجرد ايقاع الصيغة. ومن جميع

[١] ثانيها: ما افاده المصنف رحمته الله تبعاً لغيره، وهو: ان بعض<sup>(١)</sup> اخبار هذا الخيار قد قرن فيه بينه وبين خيار الحيوان الذي لا يلتزم الفقيه بثبوته للوكيل في اجراء الصيغة، وظاهر ذلك من جهة وحدة السياق كون موضوع الخيارين واحداً. وفيه: ان الموجب لاختصاص خيار الحيوان بغير الوكيل ما في بعض<sup>(٢)</sup> رواياته من جعل الخيار لخصوص صاحب الحيوان لا اختصاص الموضوع به. [٣] ثالثها: ما في المكاسب ايضاً، وهو: ان ملاحظة حكمة الخيار تتعدّ ثبوته للوكيل المذكور.

وفيه: ان الحكمة غير معلومة، مع ان الحكم لا يدور مدارها. [٣] رابعها: ما في المتن ايضاً، قال: مضافاً الى ادلة سائر الخيارات، فان القول بثبوتها لموقع الصيغة لا ينبغي من الفقيه.

وفيه: ان بعض تلك الخيارات مختص بالمالك لاختصاص دليله به كخيار الغنم لو قلنا ان مدركه حديث لا ضرر، وبعضها تابع لجعل المتبايعين ولو كان هو الاجنبي كشرط الخيار، وبعضها كخيار العيب يجري فيه ما هو الجاري في المقام. خامسها: ما في المكاسب في اواخر المبحث، وهو: ان ثبوت الخيار للوكيل يصاد مع سلطنة الموكل على ماله، لان بالفسخ يخرج المال عن ملكه قهراً عليه، فادلة الخيار على فرض شمولها له تعارض دليل سلطنة المالك، ويقدم دليل السلطنة، وان كانت النسبة

عموما من وجه لحكم العقل وبناء العقلاء، ولاقل من التسايط فيرجع الى استصحاب بقاء الملك بعد فسخه.

وفيه: ان النسبة بين دليل الخيار ودليل السلطنة عموم مطلق، لان خيار كل من المتعاملين ينافي سلطنة الاخر على ما انتقل اليه.

سادسها: ما افاده بعض المحققين عليه السلام، وهو: ان بعض<sup>(١)</sup> نصوص الباب تضمن ثبوت هذا الخيار للتاجر، وعدم شموله لمجرى الصيغة واضح، وبه يقيد اطلاق سائر النصوص.

وفيه: انه بما انها مثبتان لاوجه للحمل.

سابعها: ان دليل الخيار مخصص لعموم ﴿اوفوا بالعقود﴾<sup>(٢)</sup> فكل من يجب عليه الوفاء بالعقد مختار في الفسخ بدليل الخيار، والذي من شأنه الوفاء هو المتصرف في المال. والوكيل في اجراء الصيغة، حيث انه لايمك التصرف في المال المنتقل اليه لاوفاء له، فلا يكون ذلك واجبا عليه، ولا معنى لاستثنائه عن هذا الحكم في موارد خاصة. وبهذا وجه المحقق النائيني عليه السلام كلام المصنف عليه السلام الذي هو الوجه الاول الذي ذكرناه.

وفيه: ان الوفاء بمعنى التمام، فالماور به في الاية الشريفة - كما تقدم في اول هذا الجزء وفي مبحث المعاطاة - هو الاتمام والانهاء، وانهاء العقد واتمامه انما هو بعدم تقضه وحله، وليس المامور به ترتيب الاثار عملاكي يقال انها لاتشمل الوكيل المذكور، وعليه فهي شاملة له ايضا، وبدليل الخيار يخصص بالنسبة اليه.

فالحق في وجه عدم ثبوت الخيار له ان يقال: ان دليل الخيار منصرف عنه.

توضيحه: ان البائع - وكذا البيع - له اطلاقان: احدهما: هو المنشئ والموجد للبيع

ومن جميع ذلك يظهر ضعف القول بثبوته للوكيلين المذكورين كما هو ظاهر الحدائق، واضعف منه تعميم الحكم لصورة منع الموكل من الفسخ [١] بزعم ان الخيار حق ثبت للعاقدة بمجرد اجرائه للعقد، فلا يبطل بمنع الموكل، وعلى المختار فهل يثبت للموكلين، فيه اشكال من ان الظاهر من البيوع في النص المتعاقدان، فلا يعم الموكلين. [٢] وذكروا انه لو حلف على عدم البيع لم يحنث ببيع وكيله، ومن ان الوكيلين فيما نحن فيه كالألة للمالكين، ونسبة الفعل اليهما شائعة. ولذا لا يتبادر من قوله: باع فلان ملكه الكذائي كونه مباشراً للصيغة وعدم الحنث بمجرد التوكيل في اجراء الصيغة

الثاني: من كان حصول البيع باختياره واستقلاله وسلطانه، ولو كان غير مباشر له، فيقال: فلان باع داره وعقاره، وان كان البيع صادرا عن وكيله والمنصرف اليه، لفظ البائع عند الاطلاق هو الثاني، وعليه فهو لا يشمل الوكيل الموقع للصيغة.

ويؤيد ذلك، بل يدل عليه ما في بعض نصوص الباب من تعليل اللزوم بالافتراق بكون ذلك رضاه،<sup>(١)</sup> فانه يستكشف من ذلك ان الخيار انما يكون ثابتا لمن يكون رضاه معتبرا في المعاملة، والوكيل المجري للصيغة لا يكون رضاه معتبرا فيها ولا يربط له بالمعاملة كي يكون تصرفه دالا على رضاه، ولعله الى هذا نظر المصنف رحمته الله في ما ذكره من الوجه الذي ذكرناه اولا. فراجع وتدبر.

[١] قوله واضعف منه تعميم الحكم لصورة منع الموكل من الفسخ.

لم يظهر لي ولا لغيري وجه الاضعفية اذ على فرض القول بشمول دليل الخيار للوكيل، لا فرق فيه بين منع الموكل وعدمه.

### ثبوت الخيار للموكل

واما المقام الثاني: وهو ثبوت الخيار للموكل، فالكلام فيه يقع في موردين:

الاول: في اصل ثبوت الخيار للموكل.

الثاني: في الامور المتفرعة على ثبوته له.

اما الاول: فقد استدل لعدم ثبوت الخيار له بوجوه:

[٢] منها: ان الظاهر من البيوع في النص المتعاقدان، فلا يعم الموكلين، وذكروا انه

لو حلف على عدم البيع لم يحث ببيع وكيله.  
وفيه: ما تقدم من ان البيع بالاطلاق الثاني من الاطلاقين المتقدمين الذي هو المنصرف اليه عند اطلاقه - وهو من كان حصول البيع باختياره واستقلاله - يشمل الموكل دون الوكيل الا في مورد واحد.

مع انه لو سلم ان المراد به العاقد بما ان العقد كما ينسب الى الوكيل بالمباشرة ينسب الى الموكل بالتسبيب، لاسيا اذا كان الوكيل وكيلاً في اجراء الصيغة خاصة، يعم بيع الموكل ايضاً.

واما مسألة النذر فان نذران لا يباشر البيع لم يحث ببيع وكيله وان نذر ان لا ينقل ماله حث.

وان نذر ان لا يبيع بما له من المفهوم، فان باع وكيله المفوض الذي تكون وكالته قبل النذر لم يحث من جهة انه لم يصدر البيع عن اختياره ولم يندر ان يعزل وكيله، وان وكل غيره بعد النذر حث سيما اذا كان ملتفتاً اليه حين البيع. وتام الكلام في محله.

ومنها: انه لو سلم صحة انتساب البيع الى المباشر والسبب الا انه في الاستعمال الواحد لا بد ان يراد احدهما، فقولته <sup>البيعا</sup> البيعان لا بد ان يراد به الوكيلان او الموكلان، وحيث ان المفروض ثبوته للوكيل المفوض فلا يشمل الموكل.

وفيه: اولاً: ما تقدم من عدم شموله للوكيل الا اذا كان وكيلاً في البيع وعدمه. وثانياً: ان المستعمل فيه على فرض الشمول لها ليس هما معا بما هما معنيان، بل المستعمل فيه هو الجامع بينهما، وعليه فلا محذور من ارادتها معامنه.

ومنها: انه مع فرض تاتير فسخ الوكيل كيف يمكن الالتزام بتأثير فسخ الموكل، مع ان الحق الواحد لا يعقل قيامه باكثر من واحد.

وفيه: انه على فرض شمول النص لها لا يكون الثابت لها خياراً واحداً بل خيارين، فانه كسائر القضايا الحقيقية ينحل الى احكام عديدة بحسب ما موضوعه من الافراد، فالظاهر ثبوت الخيار للموكل.

ممنوع، فالأقوى ثبوته لهما ولكن مع حضورهما في مجلس العقد [١] والمراد به مجلسهما المضاف عرفاً إلى العقد، فلو جلس هذا في مكان وذاك في مكان آخر فاطلعا على عقد الوكيلين، فجزّد ذلك لا يوجب الخيار لهما، إلا إذا صدق كون مكانيهما مجلساً لذلك العقد، بحيث يكون الوكيلان كلسائي الموكلين والعبرة بافتراق الموكلين عن هذا المجلس لا بالوكيلين.

## توقف خيار الموكل على حضوره مجلس العقد

[١] ثم ان ثبوت الخيار للموكل هل يتوقف على حضوره مجلس العقد كما بنى عليه المصنف رحمته الله، او لا يتوقف عليه،

ام يفصل بين الوكيل في اجراء الصيغة فقط او في خصوص معاملة خاصة بحيث تنتهي وكالته بالعقد فلا يكفي اجتماع الوكيلين بل يعتبر حضور الموكلين مجلس العقد والا فلا خيار لهما، وبين الوكيل المفوض المستقل فيكون اجتماع الوكيلين ولا يعتبر حضور الموكلين كما ذهب اليه المحقق النائيني رحمته الله وجوه:

والحق في المقام ان يقال: ان موضوع هذا الخيار قوامه بامرين:

احدهما: صدق البيع

ثانيهما: كون البائع والمشتري مجتمعين لما عرفت من ان هذا الخيار حيث يكون مغنياً بافتراق فيعلم انه خيار الاجتماع، وحيث ان الافتراق المجمعول غاية يراد به الافتراق بدنا، يكون المراد به الاجتماع بدنا وفي المكان، ويعتبر فيه كون الاجتماع للبيع، فلو اجتمعا في مكان لا للبيع بل لغرض آخر وكانا غافلين عنه غير ملتفتين اليه لا يثبت لهما الخيار.

وعليه فاذا حضر الموكلان مجلس العقد متوجهين اليه او اجتمعا في مجلس للبيع ووكلا شخصين آخرين اجتمعا في محل آخر للبيع اولم يجتمعا ووقعا العقد غير مجتمعين كما اذا كانا في محلين متباعدين ووقعا العقد بواسطة التلفون - ثبت لهما الخيار.

واستدل للثاني بوجهين:

الاول : ما في محكي الجواهر احتاله، وهو: ان نصوص الباب مختصة بالوكيل



ولا تشمل الموكل لتبادر العاقد من البيع، وإنما نلتزم بثبوته للموكل من جهة ان هذا الحق الثابت متعلق بالمال فيتبعه في النقل والانتقال، وما تضمنه النصوص يكون مغيا بالافتراق، وأما ما ثبت من الخارج فلا وجه لتقييده به، بل حيث ان الحق الثابت بعقد الوكيل يكون مغيا به فيدور بقاء حق الوكيلين وثبوت حق الموكل وبقائه مدار عدم تفرق الوكيلين فقط.

وفيه: ما تقدم من ان ثبوت الحق للموكل ليس الا من جهة صدق البيع عليه، وعليه فيعتبر فيه ايضا الاجتماع، والا فلا وجه لثبوت له لان الخيار متعلق بالعقد لا بالمال، مع انه لو كان متعلقا به لما كان وجه لثبوت له للوكيل بعد فرض كون ثبوت له من جهة صدق البيع عليه. ودعوى ان الموكل كما انه بعقده يستفيد بازاء ماله ملكا وحقا فكذا بتوكيله يستفيد ما كان له مباشرة،

مندفعة بان الموكل انما يستفيد بازاء ماله ملكا من جهة كون المال له والبيع له، وهذا موجود في بيع وكيله، واما استفادته الحق فانما تكون لاجل بايعيته وعاقديته، وهذا العنوان مفقود في فرض التوكيل على الفرض، فلا وجه لثبوت له.

الثاني: ما افاده المحقق الايرواني رحمته الله، وهو: ان المجلس لاعتوان له في الخيار، ولا انيط به الخيار، وإنما العبرة ومدار الخيار على هيئة المتبايعين من النسبة والبعد حينما صارا متبايعين، فيحدث الخيار قائما بهذه الهيئة ويستمر ما استمرت الهيئة ويزول بزوال الهيئة بالافتراق، فاذا تعاقد الوكيلان وكان الموكلان حينئذ على نسبة خاصة من البعد يثبت لها الخيار متقوما بهذه الهيئة، دائما بدوامها ومنقطعا بانقطاعها.

وفيه: ما تقدم من انه من جعل هذا الخيار مغيا بالافتراق يعلم اعتبار الاجتماع في ثبوته وانه لا خيار مع عدم الاجتماع، اذ لا تفرق الا بعد الاجتماع. فراجع.

هذا كله ان كان وكيلاً في مجرد ايقاع العقد. وان كان وكيلاً في التصرف المالي كأكثر الوكلاء فإن كان مستقلاً في التصرف في مال الموكل بحيث يشمل فسخ المعاوضة بعد تحققها نظير العامل في القراض واولياء القاصرين [١].  
فالظاهر ثبوت الخيار له لعموم النص، [٢] ودعوى تبادل المالكين ممنوعة خصوصاً اذا استندت الى الغلبة، فإنّ معاملة الوكلاء والاولياء لا تخصي،

## ثبوت الخيار للوكيل المستقل

واما القسم الثاني: وهو الوكيل في ايجاد المعاملة مستقلاً فقط، فعمدة الوجوه التي ذكرناها لعدم ثبوت الخيار للوكيل في القسم الاول جارية في هذا القسم كما هو واضح، فالأظهر عدم ثبوت الخيار له.

[١] واما القسم الثالث: فقد اختار المصنف رحمته الله ثبوته له.

والكلام فيه في مواضع:

الاول: في ان عموم الوكالة لما يشمل فسخ المعاوضة صحيح ام لا؟

والحق عدم صحته، فانه ان اريد به الفسخ من قبل الموكل اعمالاً لحقه، فهذا لا ربط له بثبوت الخيار للوكيل، وان اريد به الفسخ بخيار نفسه فهو باطل، اذ لا معنى للوكالة فيما هو وظيفته ومستقل فيه، مع ان ثبوت الخيار متوقف على الوكالة فيه المتوقعة على ثبوت الخيار، وهذا دور واضح، وعلى هذا فلا فرق بين هذا القسم وسابقه.

الثاني: انه على فرض صحة ذلك، والفرق بينه وبين سابقه ما ذكره رحمته الله في وجه عدم ثبوت الخيار للوكيل من منافاته لدليل (الناس مسلطون على اموالهم) يجري في هذا القسم، وعليه فقوله:

[٢] فالظاهر ثبوت الخيار له لعموم النص، لاوجه له.

الثالث: ان ما اخترناه في وجه عدم ثبوت الخيار للوكيل في القسمين الاولين يجري في هذا القسم، فان البائع بالاطلاق الثاني الذي هو المنصرف اليه من لفظه عند الاطلاق، وهو من كان حصول البيع باختياره وسلطانه واستقلاله لايشمل هذا الوكيل ايضاً.

واما القسم الرابع: وهو الوكيل المفوض اليه امر المعاملة ان شاء او جدها وان شاء

وهل يثبت للموكلين أيضاً مع حضورهما كما تقدّم عن التذكرة اشكال، [١] من تبادل المتعاقدين من النص. وقد تقدّم عدم حنث الحالف على ترك البيع ببيع وكيله ومن أنّ المستفاد من أدلّة سائر الخيارات وخيار الحيوان المقرون بهذا الخيار في بعض النصوص كون الخيار حقّاً لصاحب المال شرعاً ارفاقاً له [٢] وان ثبوته للوكيل لكونه نائباً عنه يستلزم ثبوته للمنوب عنه [٣] الآن يدّعي مدخلة مباشرة للعقد، فلا يثبت لغير المباشر.

ولكنّ الوجه الاخير لا يخلو عن قوّة

---

لم يوجدها، فالظاهر ثبوت الخيار له لصدق البائع ولو بالاطلاق الثاني عليه كما هو واضح.

[١] قوله وهل يثبت للموكلين ايضاً مع حضورهما كما تقدم عن التذكرة اشكال والمصنف رحمته الله استدلل لثبوت الخيار للموكل فيما اذا صدر البيع من الوكيل المطلق في قبالة دعوى عدم شمول البيع للموكل بوجهين آخرين:

[٢] احدهما: ان المستفاد من الادلة كون الخيار حقاً لصاحب المال ارفاقاً.

[٣] ثانيهما: ان ثبوته للوكيل لكونه نائباً عنه يستلزم ثبوته للمنوب عنه.

وفيها نظر:

اما الاول: فلأنه لو سلم كون حكمة جعل الخيار الارفاق بالمالك، ان مفاد الادلة حينئذ ان الخيار مهما ثبت يكون للارفاق لا ان كل من يناسبه الارفاق يكون الخيار ثابتاً له. واما الثاني: فلأن ثبوت الخيار للوكيل ليس بعنوان كونه وكيلاً ونائباً كي يقال انه يستلزم ثبوته للمنوب عنه، بل بعنوان كونه يبيعا غير الصادق هذا العنوان على الفرض على الموكل، فالصحيح في وجه ثبوت الخيار للموكل صدق عنوان البيع عليه

وهل يعتبر حضور الموكل مجلس العقد في ثبوت الخيار لو كان الوكيل وكيلاً مفوضاً

كما هو صريح المتن

ام لا يعتبر ذلك كما افاده المحقق النائيني وجهان،

قد استدلل المحقق النائيني لما اختاره بانه اذا كانت الوكالة منتهية ببيع الوكيل كان

وحينئذ فقد يتحقق في عقد واحد الخيار لاشخاص كثيرة من طرف واحد او من الطرفين فكل من سبق من اهل الطرف الواحد الى اعماله نفذ وسقط خيار الباقيين [١] بلزوم العقد أو بانفساخه، وليس المقام من تقديم الفاسخ على المجيز، فان تلك المسألة فيما اذا ثبت للجانبين وهذا فرض من جانب واحد،

اجتماع الوكيلين كاجتماع الاجنبيين، والمفروض عدم اجتماع الموكلين، وحيث انه يعتبر في ثبوت هذا الخيار الاجتماع فلا يكون ثابتا لهما. واما اذا كانت الوكالة باقية بعد البيع وكان الوكيل وكيلاً مفوضاً مستقلاً، كان اجتماع الوكيلين اجتماعاً للموكلين، لانها بدنان تنزلياً للموكلين فيثبت لهما الخيار وان لم يكونا بيدهما الحقيقيين مجتمعين.

وفيه: ان الاجتماع كسائر الافعال التي يكون قيامها بفاعلها على نحو الحلول كالفرح والسواد ونحوهما لا يستند الى شخصين طولاً، احدهما: المباشر، والاخر السبب، فكما لا يقال لسبب وجود الفرح في زيد انه فرح، ولا لسبب وجود السواد في جسم انه اسود، بخلاف الافعال التي يكون قيامها بفاعلها على نحو الايجاد والاصدار كالتكلم والتوفي والبيع ونحوها، فانها تستند الى المباشر والسبب، ولذا ورد تارة ﴿الله يتوفى الانفس حين موتها﴾<sup>(١)</sup> واخرى ﴿قل يتوفىكم ملك الموت﴾<sup>(٢)</sup>

فكذلك لا يقال للموكل السبب لاجتماع الوكيلين انه مجتمع مع غيره، بل هو مجمع لاحدهما مع الاخر.

وبالمجمل: الاجتماع من الافعال التي لا تنسب الى غير المباشر، فالصحيح ما ذكرناه. واما المورد الثاني فالكلام فيه في فروع

## تقدم الفسخ على الاجازة

[١] الاول انه لو ثبت الخيار للموكل والوكيل ففسخ احدهما واجاز الاخر هل

يقدم الفاسخ على المميز - كما في مورد ثبوت الخيار للبائع والمشتري - ام يكون اعمال السابق خياره نافذا ويسقط الخيار عن الباقي كما اختاره المصنف رحمته الله؟ وجهان.

وغاية ما يمكن ان يقال في وجه ما ذهب اليه المصنف رحمته الله امران.

احدهما: ان تقدم الفاسخ على المميز انما هو في فرض ثبوت الخيار لكل من الشخصين اللذين لهما الخيار كما في مورد الخيار من الجانبين.

وفما نحن فيه يكون الثابت خيارا واحداً قائماً بطبيعة البائع وطبيعة المشتري المنطبقة في كل جانب على المتعدد، فاذا سبق واحد من افراد الطبيعة الى الاعمال فسخا او امضاءً سقط خيار البقية لانه يصدق ان الطبيعة فسخت او ابرمت لفسخ واحد منها او اجازته.

ثانيهما: انه وان كان الثابت للموكل والوكيل خيارين الا ان الموكل اذا عمل خياره باجازه او فسخ يكون ذلك فسخاً عملياً للوكالة.

ومعه لامورد لاعمال الوكيل خياره لانه سقط بالعزل، واذا عمل الوكيل خياره كان ذلك اعمالاً للموكل خياره، لان فعل الوكيل فعل للموكل وان لم يقصد الوكالة والنيابة بل وان قصد عدمها، كما لو باع الوكيل دار موكله بعنوان الفضولية، وعليه فلا يبقى مورد لاعمال الموكل خياره.

وفي كلا الوجهين نظر:

اما الاول: فلأن قوله عليه السلام (١) البيعان بالخيار كسائر القضايا الشرعية يكون من قبيل القضية الحقيقية المنحلة الى قضايا عديدة حسب ما للموضوع من الافراد الخارجية، ويثبت به لكل فرد من افراد الموضوع حكم واحد غير ما هو الثابت لغيره من الافراد، وعليه فكل من الموكل والوكيل له خيار غير ما يكون للاخر.

واما الثاني: فلأن الخيار الثابت للوكيل ليس ثابتاً له بعنوان الوكالة بل بعنوان انه بائع، فاعماله خياره ليس اعمالاً للموكل، مع ان فعل الموكل يكون عزلاً للوكيل اذا كان

ثمّ على المختار من ثبوته للموكلين فهل العبرة فيه بتفرّقها عن مجلسها حال العقد أو عن مجلس العقد أو بتفرّق المتعاقدين أو بتفرّق الكلّ، فيكفي بقاء اصيل مع وكيل اخر في مجلس العقد وجوه أقواها الاخير، [١]

وان لم يكن مستقلاً في التصرف في مال الموكل قبل العقد وبعده، بل كان وكيلاً في التصرف على وجه المعاوضة كما اذا قال له اشتر لي عبداً.

والظاهر حينئذ عدم الخيار للوكيل لا لانصراف الاطلاق الى غير ذلك، بل لما ذكرنا في القسم الاول من ان اطلاق أدلة الخيار مسوق لافادة سلطنة كلّ من العاقدين على ما نقله عنه بعد الفراغ عن تمكّنه من ردّ ما انتقل اليه فلا تنهض لاثبات هذا التمكن عند الشك فيه، ولا لتخصيص ما دلّ على سلطنة الموكل على ما انتقل اليه المستلزمة لعدم جواز تصرف الوكيل فيه برده الى مالكة الاصيل. وفي ثبوته للموكلين ما تقدّم

---

منافيا مع بقاء الوكالة، واما في مثل المقام فلا.  
فلاظهران المقام من موارد تقديم الفاسخ على الجيز.

### بيان حقيقة تفرق الموكلين

[١] الثاني: هل العبرة فيه بتفرّقها عن مجلسها حال العقد، او عن مجلس العقد، او بتفرق المتعاقدين، او بتفرق الجميع وجوه، قوى المصنف رحمته الله الاخير.

واورد عليه السيد في الحاشية: بان الظاهر ان الحكم معلق على صدق التفرق لا على صدق عدم التفرّق، والمفروض صدقه، وان كان يصدق عدم التفرّق ايضاً مع بقاء اصيل او وكيل، فيكتفي في سقوط الخيار بتفرّق احد الشخصين الوكيل او الموكل.

تحقيق القول في المقام: ان الاستفادة من النصوص <sup>(١)</sup> كون شرط الخيار عدم التفرّق، وغاية ثبوته التفرّق - وهما نقيضان لا يرتفعان ولا يجتمعان - وعليه فان كان الخيار ثابتا لجنس البائع والمشتري بلا نظر الى الافراد كان الخيار ثابتا ما لم يفترق الجميع عن الجميع وان تفرّق البعض عن البعض، لانه لا يصدق افتراق الجنس وان صدق افتراق

والاقوى اعتبار الافتراق عن مجلس العقد كما عرفت في سابقه، ثم هل للموكل بناء على ثبوت الخيار له تفويض الأمر الى الوكيل بحيث يصير ذا حقّ خيارى الاقوى العدم، [١] لأنّ المتيقنّ من الدليل ثبوت الخيار للعاقده في صورة القول به عند العقد لالحوقه له بعده، نعم يمكن توكيله في الفسخ او في مطلق التصرف فسخاً او التزاماً.

بعض المصاديق فما افاده المصنف رحمته الله متين.

الا انه يرد عليه - مضافا الى ما تقدم من منافاة المبني لظاهر القضية - ان لازم ذلك الالتزام بثبوت الخيار للموكلين وان لم يجتمعا لصدق اجتماع الجنس مع اجتماع الوكيلين. وان قلنا بان الخيار ثابت للأفراد للجنس كما هو الحق، فاما ان يكون مجلس الموكلين غير مجلس الوكيلين، او يكون مجلس الجميع واحدا.

فان كان المجلس متعددًا يكون سقوط خيار كل من الصنفين تابعًا لتفرقه، فلو تفرّق الوكيلان سقط خيارهما دون خيار الموكلين، ولو انعكس الامر انعكس.

وان كان مجلس الجميع واحدا، وكان اجتماعهم للمعاملة اجتماعا واحدا، لاحالة يكون لكل بائع مشتريان، ولكل مشتر بائعان، اذ مجموع الموكل والوكيل بائع، كما ان مجموع الوكيل والموكل مشتر، وحينئذ لو تفرّق الموكل والوكيل سقط الخيار، وان تفرّق الموكل من طرف او هو مع الوكيل من الطرف الاخر سقط خيار المتفرق وبقي خيار من لم يتفرق، لانه يصدق عدم تفرق البائع عن المشتري، وبهذا يظهر ما في كلمات القوم في المقام. وان هذا وجه رابع لم يذكره المصنف رحمته الله.

### تفويض الامر الى الوكيل

[١] الثالث: بناء على ثبوت الخيار للموكل هل له تفويض الامر الى الوكيل بحيث

يصير ذا حقّ خيارى؟

قوى المصنف رحمته الله العدم، لان المتيقن من الدليل ثبوته للعاقده عند العقد لالحوقه له بعده. وقد اورد عليه جل المحشين: بان ما ذكره المصنف رحمته الله علة للعدم غير مرتبط بدعواه

اذ لا يراد اثبات الخيار للوكيل بادلته كي يقال ان متيقن الادلة ثبوت الخيار فيما ثبت من حال العقد، وانما يراد اثبات الخيار له بنقل من الموكل، وخيار الموكل ثابت من حين العقد.

وتحقيق الكلام يستدعي البحث في مقامين.

الاول: في صحة نقل الخيار الى الوكيل وعدمها.

الثاني: في بيان مراد المصنف رحمته الله.

اما المقام الاول: فالظاهر صحة النقل، لابعنى التوكيل في الفسخ والامضاء، فان ذلك مما لا كلام في صحته، ولا بمعنى جعل حقه الثابت له شرعا لغيره ابتداء، اذ هذا مما لا كلام في عدم صحته، اذ ليس امر الجعل بيده.

بل بمعنى نقل حقه اليه بناقل، لانه بعد القطع بانه قابل للاسقاط كما ياتي تفصيله.

مقتضى عموم ﴿اوفوا بالعقود﴾<sup>(١)</sup> جواز نقله ونفوذ العقد الواقع عليه.

وقد استدلل المحقق الاصفهاني رحمته الله لعدم جواز نقله: بان حق خيار المجلس حيث انه مغيا بافتراق فثبوته مع عدم لحاظ الغاية مناف لفرض كونه مغيا، وثبوته الى افتراق المنقول اليه عن طرفه بلاوجه، لان افتراق المنقول اليه ليس مقابلا للاجتماع على المعاملة المستفاد من الغاية، وثبوته للمنقول اليه الى حصول الافتراق من الناقل خلاف ظاهر النص، لان ظاهره استمرار الخيار الى افتراق ذي الحق عن طرفه، والناقل ليس له حق حتى يمتد الخيار الى زمان افتراقه.

وفيه: انا نختار الشق الاخير، وما ذكره يرد: ان الافتراق قيد للموضوع، وهو مركب من امرين: كونه يبيعا، ومجتمعا مع طرفه، والمنقول انما هو الحكم الثابت لهذا الموضوع بلا تصرف فيه، فما دام بقاء هذا الموضوع يكون الخيار المنقول ثابتا للمنقول اليه



ومما ذكرنا اتضح عدم ثبوت الخيار للفضوليين وان جعلنا الاجازة كاشفة [١] لالعدم صدق المتبايعين، لأنّ البيع التّقل ولا نقل هنا كما قيل لاندفاعه بأنّ البيع التّقل العرفي وهو موجود هنا.

نعم ربّما كان ظاهر الاخبار حصول الملك شرعاً بالبيع وهذا المعنى منتف في الفضولي قبل الاجازة، ويندفع ايضاً بأنّ مقتضى ذلك عدم الخيار في الصّرف والسّلم قبل القبض، مع أنّ هذا المعنى لا يصحّ على مذهب الشّيخ القائل بتوقف الملك على انقضاء الخيار

فاذا ارتفع الموضوع بارتفاع احد جزئيه سقط الخيار عن المنقول اليه. واما المقام الثاني: فالظاهر ان مراد المصنف عليه السلام ليس نقل الخيار الى الوكيل، ولا يكون هذا مورد كلامه، بل محل كلامه اثبات خيار آخر للوكيل غير خيار الموكل فيما اذا فوض الموكل امر المال اليه بعد العقد.

توضيح ذلك: انه ذكر المصنف عليه السلام سابقا: انه يعتبر في ثبوت الخيار امران: الاول: صدق البيع، الثاني: تسلطه على ما انتقل اليه، وفي هذه المسألة فرض المصنف ما لو كان وكيلا تنتهي وكالته بالعقد فلا خيار له في نفسه،

وانما الكلام في انه اذا فوّض الموكل امر المال بعد البيع اليه قبل التفرّق، هل يثبت له الخيار نظراً الى تحقق كلا القيدين، ام لا؟

وقد اختار عدمه من جهة ان ظاهر الادلة او متيقنها ثبوت الخيار من حين العقد، وهذا الوكيل حين العقد لم يكن مسلطاً على ما انتقل اليه، فلم يكن الخيار ثابتاً له، فبعد ما صار مسلطاً عليه لا يثبت له الخيار.

وعلى هذا فما افاده متين ولا يرد عليه ايراد المحشين. والشاهد على ان مراده ذلك - مضافاً الى ظهور كلامه فيه - ان مسألة نقل الخيار بحث عام غير مربوط بالوكالة والوكيل والاجنبي فيه سواء، ولا وجه لجعله في ذيل هذه المسألة.

## ثبوت الخيار للفضولي

[١] المسألة الثانية: اذا كان العاقدان فضوليين فهل يثبت الخيار لهما او للسالكين؟

وحق القول في المسألة بالبحث في مقامين:

فالوجه في عدم ثبوته للفضوليين فحوى ما تقدّم من عدم ثبوته للوكيلين الغير المستقلين، [١] نعم في ثبوته للمالكين بعد الاجازة مع حضورهما في مجلس العقد وجه، واعتبار مجلس الاجازة على القول بالنقل له وجه [٢] خصوصاً على القول بانّ الاجازة عقد مستأنف، على ما تقدّم توضيحه في مسألة عقد الفضولي ويكفي حينئذ الانشاء اصالة من احدهما، والاجازة من الاخر اذا جمعها مجلس عرفاً،

الاول : في ثبوت الخيار للفضولين وعدمه.

الثاني: في ثبوته للمالكين مع الاجازة.

اما الاول: فتقريب ثبوته - بعد صدق البيّع على الفضولي - ان الخيار ملك حل العقد لاملك استرجاع العين، وموضوعه العقد الاعم من المؤثر الفعلي والاقتضائي - كما يشهد لكلا الامرين ثبوت الخيار في الصرف والسلم قبل القبض - وعلى ذلك فمقتضى اطلاق الادلة ثبوت الخيار لهما.

[١] واستدل المصنف رحمته الله لعدم ثبوته: بفحوى ما تقدم من عدم ثبوته للوكيلين غير المستقلين.

وفيه: ان بعض ما ذكره وجهاً لعدم ثبوته لهما، وهو ان المتبادر من النص غيره لايجري في المقام على اعترافه بصدق المتبايعين عليهما، وبعضه كعدم تسلط العاقد على ما انتقل اليه بعينه يجرى فيه، فلا وجه لدعوى الاولوية، ولكن حيث عرفت ان الوجه في عدم ثبوت الخيار للوكيل عدم صدق البيّع عليه، فعلى فرض تسليم صدقه على الفضولي يتعين البناء على ثبوت الخيار له.

واما المقام الثاني: فالأقوال فيه اربعة:

[٢] احدها: ما مال اليه المصنف رحمته الله، وهو ثبوت الخيار للمالكين مع حضور مجلس العقد، او مجلس الاجازة على القول بالنقل.

ثانيها: ما اختاره المحقق الاصفهاني، وهو عدم ثبوت الخيار لهما مطلقاً.

ثالثها: ما افاده المحقق النائيني رحمته الله، وهو الثبوت لو اجازا في مجلس العقد، وعدم الثبوت لو اجازا في مجلس آخر.

رابعها: الثبوت مع حضور مجلس العقد، او مجلس الاجازة مطلقا، اي حتى على القول بالكشف.

واستدل لعدم الثبوت مطلقا: بان موضوع الخيار هو البيع، وهو لا يصدق الأعلى من صدر عنه البيع - اما بالمباشرة او بالتسبيب - وبمجرد الاجازة لا يصح الانتساب المذكور، وليست الاجازة محققة للقيام باحد الوجهين وان صار البيع يبعه بالاجازة، الا انه ليس بائعه، ولا يقال انه باعه.

وفيه: انه ان قلنا بان حقيقة الانشاء هي الايجادتم ما افاده، واما بناء على ما اخترناه وذكرناه في اوائل الجزء الثالث من هذا الشرح - من ان الانشاء عبارة عن ابراز أمر نفساني من اعتبار ونحوه - فلا يتم، اذ المجيز حينما يميز تعتبر ملكية طرفه لما له في مقابل ملكية ماله له، ويبرز ذلك بالاجازة، فهو حين الاجازة يصير بائعا حقيقة.

واستدل المحقق النائيني رحمته الله لما ذهب اليه من عدم الثبوت اذا لم يحضرا مجلس العقد: بانه يحتمل دخل خصوصية الاجتماع حال العقد، ولا دافع لهذا الاحتمال، واطلاق البيعان بالخيار ليس بصدد البيان من هذه الجهة.

وفيه: ان البيعان بالخيار يثبت الخيار لكل من صدق عليه البيع وكان مجتمعا حين صدق هذا العنوان عليه مع طرفه، واحتمال دخل الخصوصية المشار اليها يدفع بالاطلاق، ودعوى عدم كونه بصدد البيان من هذه الجهة كما ترى.

فالحق ثبوت الخيار لهما في صورة الاجتماع مع المجيز الاخر، اما في مجلس العقد او مجلس آخر حين الاجازة،

وما ذكره المصنف رحمته الله من الاختصاص بالقول بالنقل لوجه له، فانه لافرق بين القولين سوى حصول الملكية من حين العقد على القول بالكشف وهذا غير دخيل في الخيار

نعم يحتمل في اصل المسألة ان يكون الاجازة من المجيز التزاماً بالعقد، [١] فلا خيار بعدها خصوصاً اذا كانت بلفظ التزمت، فتأمل.

ولا فرق في الفضوليين بين الغاصب وغيره، فلو تباع غاصبان، ثم تفاسخا لم يزل العقد عن قابلية لحوق الاجازة، [٢] بخلاف ما لو ردّ الموجب منها قبل قبول الآخر لاختلال صورة المعاودة والله العالم.

مسألة: لو كان العاقد واحداً لنفسه او غيره عن نفسه او غيره ولاية او وكالة [٣] على وجه يثبت له الخيار مع التعدد، بان كان ولياً او وكيلاً مستقلاً في التصرف. فالحكمي عن ظاهر الخلاف والقاضي والمحقق والعلامة والشهيدان والمحقق الميسي والصيغري وغيرهم، ثبوت هذا الخيار له عن الاثنين، لأنه بائع ومشتري، فله مال الكل منها.

ولذا يثبت الخيار في بيع الصرف والسلم مع عدم حصول الملك قبل القبض فالظاهر هو القول الرابع.

[١] قوله نعم يحتمل في اصل المسألة ان يكون الاجازة من المجيز التزاماً بالعقد لكنه احتمال ضعيف فان الاجازة وان كانت بلفظ التزمت تكون التزاماً بالمعاملة - وهذه بخلاف اجازة من له الخيار فانها التزام باللزوم بمعنى انها تكون ابر اما للعقد او اسقاطا لحقه الخياري - ولعله - الى هذا اشار بالامر بالتامل

[٢] قوله فلو تباع غاصبان ثم تفاسخا لم يزل العقد عن قابلية لحوق الاجازة ملخص القول في المقام انه على القول بثبوت الخيار للفضوليين كما تقدم لاسيما في الفضولي المستولى على العين - ينحل العقد بذلك ويسقط عن قابلية لحوق الاجازة - وعلى القول بعدم الثبوت لم يزل العقد عن قابلية لحوق الاجازة.

### اذا كان العاقد واحداً

[٣] المسألة الثالثة: لو كان العاقد واحداً لنفسه او غيره عن نفسه او غيره ولاية او وكالة، فالحكمي عن ظاهر الخلاف والقاضي والمحقق والمصنف والشهيدان والمحقق الثاني

كسائر احكامها الثابتة لهما من حيث كونهما متبايعين، واحتمال كون الخيار لكلّ منهما بشرط انفراده بإنشائه فلا يثبت مع قيام العنوانين لشخص واحد، مندفع باستقرار سائر احكام المتبايعين، وجعل الغاية التفرق المستلزم للتعدّد مبني على الغالب خلافاً للمحكّي في التّحرير من القول بالعدم واستقر به فخر الدّين، ومال اليه المحقّق الاردبيلي والفاضل الخراساني والمحدّث البحراني واستظهره بعض الافاضل ممّن عاصرناهم. ولا يخلو عن قوّة بالنظر الى ظاهر النصّ، لأنّ الموضوع فيه صورة التعدّد [١] والغاية فيه الافتراق المستلزم للتعدّد، ولولاها لأمكن استظهار كون التعدّد في الموضوع لبيان حكم كلّ من البائع والمشتري كسائر احكامها

وغيرهم ثبوت هذا الخيار له عن الاثنين لانه بائع ومشتري، فله ما لكل منهما، ولكن قد ذكر في وجه عدم ثبوت الخيار له من ناحيتين:

الاولى: من ناحية تثنية موضوع الخيار.

الثانية: من ناحية الغاية وهي الافتراق.

[١] اما من الناحية الاولى: فتقريبه ان الموضوع هو البيعان، وهذا اللفظ ظاهر في

التعدّد ولا يشمل ما اذا كان البائع والمشتري واحدا.

وفيه: ان التثنية في المقام باعتبار العنوان، اي البائع والمشتري لا الافراد، والعنوان في

المقام متعدد.

وبعبارة اخرى: هذه قضية حقيقية ومتضمنة لثبوت الخيار على كل فرد صدق عليه

عنوان البائع او المشتري والعاقدين في المقام يكون مجمع العنوانين فيثبت له الخيار.

واما من الناحية الثانية: فتقريبه من وجوه:

منها: ما عن المحقّق الخراساني رحمته الله من ان الافتراق المجمعول غاية، ومقابلته الذي هو

قيد للموضوع من قبيل العدم والملكة والشخص الواحد غير قابل لعروض الافتراق عليه،

فيكون خارجا عن مورد الحكم.

وفيه: ان الافتراق ليس عبارة عن عدم الاجتماع كي يكون هو وما يقابله من قبيل

اذ لا يفرق العرف بين قوله المتبايعان كذا، وقوله لكلّ من البائع والمشتري، إلاّ أنّ التقييد بقوله حتّى يفترقا، ظاهر في اختصاص الحكم بصورة امكان فرض الغاية، ولا يمكن فرض التفرّق في غير المتعدد. [١]

ومنه يظهر سقوط القول بأنّ كلمة، حتّى تدخل على الممكن والمستحيل، إلاّ ان يدّعي أنّ التفرّق غاية مختصة بصورة التعدد، لا مخصّصة للحكم بها. وبالجملّة فحكم المشهور بالنظر الى ظاهر اللفظ، مشكل نعم لا يبعد بعد تنقيح المناط لكنّ الأشكال فيه والاولى التوقف، تبعاً للتحرير وجامع المقاصد، ثمّ لو قلنا بالخيار فالظاهر بقائه الى ان يسقط بأحد المسقطات غير التفرّق. [٢]

العدم والملّكة، بل الافتراق وعدمه من قبيل السلب والايجاب، لا يعقل ارتفاعها.

ولعله الى ما افاده المحقّق الخراساني رحمته الله نظر المحقّق النائيني رحمته الله، حيث قال: ان قوله عليه السلام ما لم يفترقا قيد للموضوع، فيختص الخيار بمورد يمكن فيه الافتراق والاجتماع.

[١] ومنها: ان الغاية لا بد وان تكون امراً ممكنًا، والا لا معنى لجعلها غاية، وحيث ان التفرّق في شخص واحد غير معقول، وظاهر النص كون الغاية غاية في كل مورد يثبت الخيار، فيختص الخيار بمورد تعدد البائع والمشتري المعقول فيه التفرّق.

وفيه: ان عدم صحة جعل امر غير معقول غاية انما يكون من جهة اللغوية، وعليه فاذا امكن تحقق الغاية في مورد ولم يمكن في مورد آخر صح جعل الحكم بنحو الاطلاق وجعل ذلك الشيء غاية، كما ان الامر كذلك في شرائط الموضوع وقيوده. لاحظ الاستطاعة المجعولة قيدها لوجوب الحج.

ومنها: ان الغاية قيد للحكم، فالحكم هو الخيار المقيد بما قبل الافتراق، اي الخيار الملحوق بالافتراق، فاذا لم يمكن الافتراق لم يكن الخيار ثابتا.

وفيه: ان الغاية ما ينتهي عنده الحكم لانها مقيدة للحكم فالظاهر ثبوت الخيار له من الجانبين.

[٢] وقد ظهر مما ذكرناه انه: لو قلنا بالخيار فالظاهر بقائه الى ان يسقط باحد المسقطات غير التفرّق.

مسألة: قد يستثنى بعض اشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار. [١]  
 منها من يعتقد على أحد المتبايعين والمشهور كما قيل عدم الخيار مطلقاً، بل  
 عن ظاهر المسالك أنه محلّ وفاق، واحتمل في الدروس ثبوت الخيار للبائع، والكلام  
 فيه مبني على قول المشهور من عدم توقّف الملك على انقضاء الخيار، والأفلا اشكال  
 في ثبوت الخيار  
 والظاهر أنه لا اشكال في عدم ثبوت الخيار بالنسبة الى نفس العين، لأنّ  
 مقتضى الادلة الانعتاق بمجرد الملك والفسخ بالخيار من حينه لا من اصله، ولا دليل  
 على زواله بالفسخ مع قيام الدليل على زوال الحرّية بعد تحقّقها إلا على احتمال ضعفه  
 في التحرير

وفي حاشية السيد: يمكن ان يقال يبق الى مقدار طول مجلس نوع المتعاقدين، بمعنى  
 مقدار اطول المجالس او اوسطها.  
 وفيه: ان الافتراق لم يجعل غاية من جهة كونه طريقاً الى مقدار من الزمان كي يجري  
 فيه ذلك، بل الظاهر من النص دخله فيه من حيث هو.  
 فالأظهر بقائه الى ان يسقط باحد المسقطات.

### استثناء من يعتقد على احد المتبايعين

[١] المسألة الرابعة: قد يستثنى بعض اشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار.

منها من يعتقد على احد المتبايعين.

والوجوه بل الاقوال في هذا المورد ثلاثة:

احدها: الثبوت مطلقاً.

ثانيها: ما هو المشهور بين الاصحاب، وهو العدم كذلك.

ثالثها: ما احتمله في محكي الدروس، وهو التفصيل بين البائع والمشتري والثبوت للاول.

والكلام في المقام مبني على عدم توقّف الملك على انقضاء الخيار، والأفلا اشكال في

ثبوت الخيار، كما انه ينبغي نفي الاشكال عن عدم الثبوت بناء على عدم دخول من يعتقد  
 على شخص في ملكه، اذ المعاملة حينئذ اما ان تكون استنقاذاً محضاً كاشترى المسلم الاسير

فيا لو ظهر من ينعتق عليه معيماً مبني على تزلزل العتق. واما الخيار بالنسبة إلى اخذ القيمة فقد يقال مقتضي الجمع بين أدلة الخيار ودليل عدم عود الحرّ الى الرقيّة، فيفرض المعتق كالتالف

من الكافر، او وان كانت معاملة عقلائية متضمنة للتملك، الا ان الشارع الاقدس لم يمضها وحكم بعدم انتقاله الى المشتري وصيرورته منعتقا، او ان البيع في الفرض ليس تمليكا بل الاعطاء بعوض الذي هو حقيقة البيع اثره في مثل هذا البيع الانعتاق، ففي الحقيقة يكون المال بازاء الانعتاق.

وعلى جميع التقادير لوجه لثبوت الخيار،

اما على الاول: فلأنه لا يصدق على المتعاقدين البيعان.

واما على الثاني: فلأن الخيار حكم شرعي ثابت للبيع الصحيح، وهذا البيع على الفرض ليس كذلك.

واما على الثالث: فلأن الالتزام المزبور غير قابل للفسخ للاجماع على عدم رجوع الحر عبداً.

انما الكلام فيما لو بنينا على عدم توقف الملك على انتضاء الخيار وانتقال من ينعتق الى من ينعتق عليه ثم انعتاقه والكلام فيه يقع في جهتين.

الاولى: في وجود ما يقتضي الخيار، بمعنى شمول ادلة الخيار له.

الثانية: في انه على فرض الشمول في نفسه هل هناك ما يمنع عن ثبوته ام لا؟

اما الاولى: فقد استدلل المحقق الايرواني رحمته الله لعدم المقتضي: بان الاستفادة من دليل الخيار تقوم حق الخيار بقيام العوضين، اما بتعلق الحق به ابتداءً، وان كان الحق قائماً بالعقد لكن ذلك لغرض استرجاع العوضين فلا يكون حيث لا يكون العوضان قائمين.

وفيه: ان حق الخيار متعلق بالعقد، والمراد من كون الغرض استرجاع العوضين ان كان هو غرض من له الخيار، فيرد عليه: ان ذلك ليس قيداً للخيار، وان كان غرض الشارع، فيرد عليه: انه غير ثابت. فالحق ثبوت المقتضى له.



فلمن انتقل اليه ان يدفع القيمة ويسترد الثمن وما في التذكرة من أنه وطن نفسه على الغبن المالي، [١] والمقصود من الخيار أن ينظر ويتروى لدفع الغبن عن نفسه ممنوع لأن التوطين على شرائه عالمياً بانعناقه عليه ليس توطيناً على الغبن من حيث المعاملة، وكذا لمن انتقل عنه ان يدفع الثمن ويأخذ القيمة، وما في التذكرة من تغليب جانب العتق إنما يجدي مانعاً عن دفع العين، لكن الانصاف أنه لا وجه للخيار لمن انتقل اليه، لأن شرائه اتلاف له في الحقيقة، واخراج له عن المالية، وسيجيء سقوط الخيار بالاتلاف [٢] بل بأدنى تصرف، فعدم ثبوته به اولى ومنه يظهر عدم ثبوت الخيار لمن انتقل عنه، لأن بيعه ممن يعتق عليه اقدام على اتلافه

واما الثانية: فقد استدل لوجود المانع عن ثبوته بوجوه:

[١] الاول: ما عن العلامة وهو: انه لا خيار لمن انتقل اليه لانه وطن نفسه على الغبن المالي، والمقصود من الخيار ان ينظر ويتروى لدفع الغبن عن نفسه، ولا لمن انتقل عنه لتغليب جانب العتق.

وفيه: ان المشتري وطن نفسه على انعقاد من يشتره بازاء قيمته الواقعية، لا على الغبن من حيث المعاملة، وتغليب جانب العتق انما يقتضي عدم رجوع الحر عبداً. ولا كلام في ذلك، وانما محل الكلام الرجوع الى قيمته.

الثاني: ان ثبوت الخيار او سقوطه انما هو بعد تحقق القبض من المشتري، ثم دعوى الرجوع الى القيمة لثبوت الخيار وامتناع تعلقه بالعين او سقوطه، وعليه فحيث ان البيع اتلاف للمبيع وموجب لخروجه عن المالية، فلا يتحقق القبض، فلامورد لثبوت الخيار او سقوطه.

وفيه: ان القبض المعتبر في البيع المترتبة عليه الاثار ليس هو القبض الخارجي، بل عبارة عن رفع اليد عنه وجعله تحت سلطانه ويده، وعليه فنفس انعناقه عليه اقباض، ولولا ذلك لا بد وان يكون التلف من مال البائع ولا يستحق شيئاً من الثمن والقيمة. وهذا مما لم يقل به احد.

[٢] الثالث: ما افاده المصنف رحمته الله: بان البائع والمشتري قد تواطئا على اخراجه عن

واخراجه عن المائيّة.

والمحصل أنّا اذا قلنا أنّ الملك فيمن ينعق عليه تقديري لا تحقيقي فالمعاملة عليه من المتبايعين مواطاة على اخراجه عن المائيّة، وسلكه في سلك ما لا يتموّل لكنّه حسن مع علمها، فتأمّل.

وقد يقال أنّ ثبوت الخيار لمن انتقل عنه مبنيّ على أنّ الخيار والانعقاد، هل يحصلان بمجرد البيع أو بعد ثبوت الملك آنأماً، أو الأوّل بالأوّل والثاني بالثاني، أو العكس [١] فعلى الاولين والاخير يقوى القول بالعدم لانصيّة أخبار العتق وكون القيمة بدل العين

المالية الذي هو بمنزلة اتلافه. وسيجيء سقوط الخيار بالاتلاف بل بادنى تصرف، فعدم ثبوته به اولى.

وفيه : ان سقوط الخيار بالتصرف والاتلاف ليس من الامور البرهانية حتى يكون ما ذكر وجها له جاريا في المقام، بل انما هو من جهة ما في نصوص<sup>(١)</sup> خيار الحيوان من التعليل بكون ذلك رضا منه بالبيع، فلا بد من الاقتصار على التصرفات الكاشفة نوعا عن الرضا بالبيع. وهذا يختص بما اذا كان التصرف وارداً على ملكه، ولا يجري في التصرف قبله او حينه كما لا يخفى.

وان شئت قلت: ان الاولوية ممنوعة، فان سقوط الخيار باتلاف المشتري ماله الذي له فيه الخيار لا يقتضي عدم ثبوته له باتلافه مال الغير، فان العبد انما يخرج عن المالية بقبول المشتري العقد الواقع عليه، مع ان البيع ليس اتلافا للمبيع بل انما يكون البيع اقدا ما على ايجاد الملكية، والانعقاد حكم شرعي مترتب عليه قهراً. فالأظهر ثبوت الخيار.

[١] القائل هو صاحب المقاييس وحاصل ما افاده: انه ان قلنا بان الخيار والانعقاد معلولان للبيع في عرض واحد، او معلولان للملك المعلول له، او ان الخيار معلول للملك والانعقاد معلول للبيع، يقوى القول بعدم ثبوت الخيار، اما على الاخير فلسبق الانعقاد على الخيار.

فيمنع استحقاقها من دون المبدل ولسبق تعلُّقه على الاخير ويحتمل قريباً الثبوت جمعاً بين الحقيين [١] ودفْعاً للمنافاة من البين، وعملاً بالنصين [٢] وبالاجماع على عدم امكان زوال يد البائع عن العوضين، وتنزيلاً للفسخ منزلة الارش [٣] مع ظهور عيب في احدهما، وللعقق بمنزلة تلف العين، ولائهم حكموا بجواز الفسخ والرجوع الى القيمة فيما اذا باع بشرط العتق، فظهر كونه ممن ينعتق على المشتري او تعيب بما يوجب ذلك. والظاهر عدم الفرق بينه وبين المقام، وعلى الثالث يتجه الثاني لما مرّ ولسبق تعلُّق حق الخيار وعروض العتق، ثم قال: وحيث كان المختار في الخيار انه بمجرد العقد وفي العتق انه بعد الملك.

واما على الاولين فلا نصية اخبار العتق. ولا يتوهم امكان الجمع بالرجوع الى القيمة، لانها بدل العين فيمنع استحقاقها من دون المبدل. ثم احتمل قريبا ثبوت الخيار، وذكر في وجهه وجوها:

[١] احدها: انه جمع بين الحقيين.

[٢] ثانيها: ان التعارض بين النصين انما يكون بالنسبة الى نفس العين، واما بالنسبة الى القيمة فلا منافاة اصلا، بل هو عمل بالنصين، ومقتضى ذلك الرجوع الى القيمة للاجماع على عدم امكان زوال يد البائع عن الثمن وعن قيمة المبيع.

[٣] ثالثها: تنزيل الفسخ منزلة الارش، فكما ان الاعتناق لا يوجب سقوط حق المشتري من الارش اذا ظهر المبيع معيبا، فكذا لا يوجب سقوط حق البائع بالنسبة الى القيمة لعدم التنافي بينهما.

واما لو قلنا بان الخيار معلول للبيع والاعتناق معلول للملك المعلول له، فيقوى القول بثبوت الخيار لسبق تعلق حق الخيار. ثم اختار هو قده الاخير.

وفي كلامه مواقع للنظر:

الاول: ما ذكره من انصية اخبار العتق، في وجه السقوط

ودلّ ظاهر الاخبار وكلام الاصحاب على ان احكام العقود والايقاعات تتبعها بمجرد حصولها اذ لم يمنع عنها مانع من غير فرق بين الخيار وغيره، بل قد صرّ حوا بانّ الخيار يثبت بعد العقد، وانه علة والمعلول لا يتخلف عن علته، كما انّ الانتاق لا يتخلف عن الملك، فالاقرب هو الاخير، كما هو ظاهر المختلف والتحرير، ومال اليه التمهيدان لم يثبت الاجماع على خلافه، ويؤيده اطلاق الاكثر ودعوى ابن زهرة الاجماع على ثبوت خيار المجلس في جميع ضروب المبيع من غير استثناء، انتهى كلامه رفع مقامه.

اقول ان قلنا انه يعتبر في فسخ العقد بالخيار او بالتقاييل خروج الملك عن ملك من انتقل اليه [١] الى ملك من انتقل عنه نظراً الى انّ خروج احد العوضين عن ملك احدهما

فانه يرد عليه: ان الانصية لاتنافي ثبوت الخيار بالنسبة إلى القيمة، وما ذكره من امتناع استحقاقها من دون المبدل لا يرجع الى محصل، اذ المفروض حصول المبدل - وهو العين - في ملكه، والتلف عليه. مع ان تعارض اخبار الانتعاق<sup>(١)</sup> واخبار الخيار<sup>(٢)</sup> ليس من باب تعارض الدليلين، بل من باب تراحم الحقين، فانصية احدهما غير مفيدة.

الثاني: ما ذكره من الاجماع على عدم امكان زوال يد البائع عن العوضين.

فانه يرد عليه: انه على فرض الفسخ بالخيار لاتزول يد البائع عنها، اذ مع الفسخ ياخذ القيمة.

الثالث: ما ذكره من تنزيل الفسخ منزلة الارش.

فانه يرد عليه: ان عدم مانعية الانتعاق من اخذ الارش انما هو من جهة عدم منافاة دليل الارش لدليل الانتعاق، بخلاف المقام كما لا يخفى.

[١] قوله ان قلنا انه يعتبر في فسخ العقد بالخيار او بالتقاييل خروج الملك عن ملك من انتقل اليه.

مبنى الشرطيتين ان الخيار حق حل العقد حقيقة او رفع اثره - وعلى الاول - بما ان عقد المعاوضة مقتض لخروج كل من العوضين عن محل يدخل فيه الاخر فيكون حله مقتضيا لخروج المعوض عن ملك المشتري الى ملك البائع، كذلك العكس فلا محالة يكون الفاسخ متلقيا للملك من المفسوخ عليه - واما على الثاني - فلا يقتضى ذلك بل حيث

يستلزم دخول الآخر فيه ولو تقديراً، لم يكن وجه للخيار فيما نحن فيه، [١] ولو قلنا بكون الخيار بمجرد العقد والانعقاد عقيب الملك آنأ ما اذ برفع العقد لا يقبل المنتق عليه، لان يخرج من ملك المشتري الى ملك البائع ولو تقديراً، اذ ملكية المشتري لمن ينعقد عليه ليس على وجه يترتب عليه سوى الانعقاد، ولا يجوز تقديره بعد الفسخ قبل الانعقاد خارجاً عن ملك المشتري الى ملك البائع، ثم انعقاده مضموناً على المشتري، كما لو فرض بيع المشتري للمبيع في زمن الخيار، ثم فسخ البائع.

والحاصل انّ الفاسخ يتلقّى الملك من المفسوخ عليه وهذا غير حاصل فيما نحن فيه. وان قلنا انّ الفسخ لا يقتضى ازيد من ردّ العين، ان كان موجوداً وبدله ان كان تالفاً او كالتالف، ولا يعتبر في صورة التالف امكان تقدير تلقّى الفاسخ الملك من المفسوخ عليه و تملكه منه، بل يكفي ان يكون العين المضمونة قبل الفسخ بثمنها مضمونة بعد الفسخ بقيمتها مع التالف، كما يشهد به الحكم بجواز الفسخ والرجوع الى القيمة فيما تقدّم

ان اثر العقد بقاء مضمونية العين بمطلق البدل فرفعه انما هو بضمان قيمته.

[١] قوله لم يكن وجه للخيار في ما نحن فيه

غاية ما يمكن ان يقال في وجه ذلك ان رجوع العين الى المشتري حتى يتلقّى الفاسخ منه اما تحقيق او تقديري والاول مستلزم لعود الحررقا وهو ممتنع شرعا - والثاني لا يجدي فان الملكية الفرضية التقديرية للانعقاد لا اثرها سوى الانعقاد ولكن يمكن رد الاول: بان عود المبيع حقيقة ان كان يعود بشخصه جاء المحذور المذكور وان كان عوده بماليتها المتحفظة تارة بعينه واخرى يبدله الذي لا بد للقائل بثبوت الخيار مع تلف العين من الالتزام بذلك فلا يكون واردا كما لا يخفى.

ويمكن رد الثاني بان المقدر بعد الفسخ على فرض الخيار ليس هو الملكية التي اثرها الانعقاد بل الملكية التي اثرها رجوع البائع في قيمته الى المشتري وهذا لا محذور فيه.

في مسألة البيع بشرط العتق، ثمّ ظهور المبيع منعتا على المشتري وحكمهم برجوع الفاسخ الى القيمة لو وجد العين منتقلة بعقد لازم مع عدم امكان تقدير عود الملك قبل الانتقال الذي هو بمنزلة التلّف الى الفاسخ كان الا وفق بعمومات الخيار القول به هنا، والرّجوع الى القيمة، الاّ مع اقدام المتبايعين على المعاملة مع العلم بكونه ممن ينعق عليه، [١] فالاقوى العدم لانّهما قد تواطئا على اخراجه عن المائيّة الذي هو بمنزلة اتلافه.

وبالجملة فإنّ الخيار حقّ في العين وأنما يتعلّق بالبدل بعد تغذّره لا ابتداءً، فاذا كان نقل العين ابطالاً للمائيّة وتفويتاً محلّ الخيار كان كتفويت نفس الخيار باسّترات سقوطه فلم يحدث حقّ في العين حتّى يتعلّق ببدله.

وقد صرّح بعضهم بار تفاع خيار البائع باتلاف المبيع ونقله الى من ينعق عليه كالاتلاف له من حيث المائيّة، فدفع الخيار به اولى واهون من رفعه فتأمّل.

[١] قوله الامع اقدام المتبايعين على المعاملة مع العلم بكونه ممن ينعق عليه.

اورد عليه المحقق النائيني رحمته الله: بانه يمكن ان يقال بسقوط الخيار حتى في مورد الجهل لان انشاء البيع اذا كان سببا للاتلاف فالجهل به لا يقتضى عدم تأثير السبب كما في كل ما كان من قبيل الاسباب والمسببات وفيه: انه في ساير الموارد انما نلتزم بعدم مانعية الجهل وثبوت الحكم في ذلك المورد من جهة اطلاق الادلة.

وفي المقام الدليل يختص بصورة العلم لان الدليل ينحصر في النصوص الواردة في خيار الحيوان المتضمنة لمسقطية الاتلاف للخيار وهى لاسيا من جهة ما فيها من التعليل بانه رضا منه، تختص بصورة العلم.

ومنها العبد المسلم المشتري من الكافر [١] بناءً على عدم تملك الكافر للمسلم اختياراً، فإنه قد يقال بعدم ثبوت الخيار لاحدهما. أما بالنسبة إلى العين فلنفسه عدم جواز تملك الكافر للمسلم وتمليكها إياه. وأما بالنسبة إلى القيمة، فلما تقدم من أن الفسخ يتوقف على رجوع العين إلى مالكة الأصلي ولو تقديراً، لتكون مضمونة له بقيمته على من انتقل إليه ورجوع المسلم إلى الكافر غير جائز، [٢] وهذا هو المحكي عن حواشي الشهيد رحمته الله حيث قال أنه يباع ولا يثبت له خيار المجلس ولا الشرط، ويمكن أن يريد بذلك عدم ثبوت الخيار للكافر فقط، وإن ثبت للمشتري، فيوافق مقتضى كلام فخر الدين في الإيضاح، من أن البيع بالنسبة إلى الكافر استنفاذ، وبالنسبة إلى المشتري كالبيع بناءً منه على عدم تملك السيد الكافر له لأن الملك سبيل، وأما له حق استيفاء ثمنه منه.

لكن الانصاف أنه على هذا التقدير لا دليل على ثبوت الخيار للمشتري أيضاً، لأن الظاهر من قوله: البيعان بالخيار اختصاص الخيار بصورة تحقق البيع من الطرفين، مع أنه لا معنى لتحقيق العقد البيعي من طرف واحد، فإن شروط البيع إن كانت موجودة تحقق من الطرفين والالم يتحقق أصلاً

[١] ومنها: العبد المسلم المشتري من الكافر.

والاقوال والوجوه في المسألة أربعة:

أحدها: عدم ثبوت الخيار مطلقاً.

ثانيها: الثبوت مطلقاً ورجوع العبد نفسه.

ثالثها: الثبوت مطلقاً، وتقدير ملك الكافر للمسلم بعد الفسخ بمقدار ما يستحق به

البدل. اختاره المصنف رحمته الله.

رابعها: التفصيل بين البائع والمشتري، وثبوت الخيار للثاني دون الأول، وثبوت

الخيار للمشتري أما بإرجاع العبد نفسه أو قيمته.

[٢] وقد استدلل لأول: بأن الكافر لا يملك المسلم، وبمجرد الإسلام يخرج عن ملكه، وأما

كان له حق في قيمة من تملكه كارت الزوجة من العقار، فتكون المعاملة عليه حينئذ تملك

المسلم إياه بقيمته، واستيفاء الكافر لثمن العبد عليه، فليست هي يباع، فلا تشملها أدلة الخيار.

كما اعترف به بعضهم في مسألة بيع الكافر الحرابي من من ينعتق عليه، والاقوى في المسألة وفاقاً لظاهر الاكثر وصرح كثير ثبوت الخيار في المقام، وان تردّد في القواعد بين استرداد العين او القيمة، وما ذكرنا من ان الرجوع بالقيمة مبني على امكان تقدير الملك في ملك المالك الاصلي، لو اغمضنا عن منعه كما تقدّم في المسألة السابقة غير قاذح هنا، لانّ تقدير المسلم في ملك الكافر بمقدار يثبت عليه بدله ليس سبيلاً للكافر على المسلم، [١] ولذا جوزنا له شراء من ينعتق عليه، وقد مرّ بعض الكلام في ذلك في شروط المتعاقدين

وفيه: انه لا دليل على خروج العبد بمجرد الاسلام عن ملك ماله وآية نفي السبيل<sup>(١)</sup> لاتدل على ذلك، لان الملكية التي يكون صاحبها محجوراً عن التصرف في المملوك لاتعد سبيلاً، مع ان ما دل على انه يجبر على البيع<sup>(٢)</sup> يدل على بقاء الملكية. واستدل للثاني: بما عن العلامة في القواعد، وهو خروج الملك القهري كالارث عما دل على ان الكافر لايملك المسلم، والملك العائد بجل العقد قهري لاتملك ابتدائي بالاختيار. وفيه: ان ذلك يتم بالنسبة الى فسخ المشتري دون فسخ البائع، فان التملك حينئذ باختياره. وبه يظهر مدرك القول الرابع.

[١] واستدل للثالث: بان ثبوت الملكية للكافر بمقدار يثبت عليه بدله ليس سبيلاً للكافر على المسلم.

وفيه: ان الملكية الحقيقية في ذلك المقدار من الزمان وان لم تكن سبيلاً، الا انها في الزمان الطويل مع محجوريته عن التصرف ولزوم البيع عليه ايضا لاتعد سبيلاً. فتحصل: ان الاظهر هو القول الرابع بعد البناء على عدم تملك الكافر للمسلم اختياراً على ما هو المفروض في عنوان المسألة.



ومنها شراء العبد نفسه بناء على جوازه، [١] فإن الظاهر عدم الخيار فيه ولو بالنسبة الى القيمة لعدم شمول ادلة الخيار، له [٢] واختاره في التذكرة، وفيها ايضاً أنه لو اشترى جمداً في شدة الحرّ في الخيار اشكال، [٣] ولعلّه من جهة احتمال اعتبار قابلية العين للبقاء بعد العقد ليتعلق بها الخيار، [٤] فلا يندفع الاشكال بما في جامع المقاصد من أنّ الخيار لا يسقط بالتلف بأنّه لا يسقط به اذا ثبت قبله، فتأمل.

### شراء العبد نفسه

[١] قوله ومنها: شراء العبد نفسه بناء على جوازه مفروض المسألة: شراء العبد نفسه من مولاه لنفسه، وذلك اما بالشراء بمال في ذمته، او بمال شخصي خارجي، مع عدم كون ماله لمولاه او بمال غيره، بناءً على ما هو الحق من جواز شراء شيء لشخص بمال آخر كما تقدم تحقيقه.

وقد ذهب المصنف رحمته الله الى عدم ثبوت الخيار ولو بالنسبة الى القيمة.

[٢] قال: لعدم شمول ادلة الخيار له.

وفيه ان وجه عدم الشمول ان كان عدم عود الحر رقاً.

فيرد عليه: ان ما ذكره في وجه عود القيمة في بيع من ينعق عليه يجري في المقام. وان كان هو ما افاده المحقق الايرواني رحمته الله من ان ملك الشخص لنفسه ليس الا عين الحرية فكان بيع العبد لنفسه عبارة اخرى عن العتق، ومن المعلوم عدم جريان الخيار في العتق. فيرد عليه: ان بيع العبد لنفسه بيع حقيقة، واثره الانعتاق على ما تقدم تحقيقه في اول مبحث البيع عند بيان حقيقته، فلا محذور في ثبوت الخيار فيه.

[٣] قوله وفيها: أيضاً: انه لو اشترى جمداً في شدة الحر في الخيار اشكال.

والمحقق الثاني وجه الاشكال: بان كون المبيع تالفاً شيئاً فشيئاً مانع عن اعمال الخيار فيه. ثم اورد عليه: بان الخيار لا يسقط بالتلف.

[٤] والمصنف رحمته الله وجه الاشكال: باحتمال اعتبار قابلية العين للبقاء بعد العقد في

تعلق الخيار بها توضيحه: ان التلف ربما يكون متأخراً عن ثبوت الخيار، وربما يكون مقارناً

مسألة: لا يثبت خيار المجلس في شيء من العقود سوى البيع [١] عند علمائنا، كما في التذكرة، وعن تعليق الارشاد وغيرهما وعن الغنية: الاجماع عليه، وصرح الشيخ في غير موضع من المبسوط بذلك ايضاً، بل عن الخلاف الاجماع على عدم دخوله في الوكالة والعارية والقراض والحوالة والوديعة الاّ أنه في المبسوط بعد ذكر جملة من العقود التي يدخلها الخيار والتي لا يدخلها قال: واما الوكالة والوديعة، والعارية والقراض والمجاعة فلا يمنع من دخول الخيارين فيها مانع، انتهى. [٢]

ومراده خيار المجلس والشروط، وحكي نحوه عن القاضي ولم يعلم معنى الخيار في هذه العقود، بل جزم في التذكرة بأنه لا معنى للخيار فيها لانّ الخيار فيها ابدأً. واحتمل في الدروس ان يراد بذلك عدم جواز التصرف قبل انقضاء الخيار، ولعلّ مراده التصرف المرخص فيه شرعاً للقابل في هذه العقود لا الموجب، اذ لا معنى لتوقف جواز تصرف المالك في هذه العقود

للخيار المترتب على العقد، وما ذكره من انه لا يسقط الخيار بالتلف يكون المراد به التلف المتأخر لا التلف المقارن كما في المقام.

وفيه: انه لا دليل على اعتبار عدم التلف في ثبوت الخيار.

والحقق النائبي رحمته وجه الاشكال: بان مورد خيار المجلس هو البيع الذي لم يكن بناء المتعاقدين على الاعراض عن العوضين، ومع علمها بان المال بمجرد البيع يخرج عن المالية اما شرعاً او عادة كما في المثال، فقد أقدم على ذهاب مالها.

وفيه: ان البيع ليس اقداما على ذهاب المال، بل هو يذهب باعاً ام لا، والبيع انما يكون اقداما على الملكية، والتلف انما هو شدة، الحر. فالظاهر ثبوت الخيار فيه.

### اختصاص خيار المجلس بالبيع

[١] المسألة الخامسة: ولا يثبت خيار المجلس في شيء من العقود سوى البيع عند علمائنا كما عن التذكرة.

[٢] قوله الا انه في المبسوط بعد ذكر جملة من العقود ... فلا يمنع من دخول الخيارين

فيها مانع

يمكن ان يكون نظر الشيخ رحمته مما افاده في المبسوط الى ما ذكرناه من عدم المانع

على انقضاء الخيار، لأن اثر هذه العقود تمكّن غير المالك من التصرف، فهو الذي يمكن توقفه على انقضاء الخيار الذي جعل الشيخ عليه السلام اثر البيع متوقفاً عليه، لكن الانصاف أنّ تتبّع كلام الشيخ في المبسوط في هذا المقام يشهد بعدم ارادته هذا المعنى، فأنّه صرّح في مواضع قبل هذا الكلام وبعده باختصاص خيار المجلس بالبيع، والذي يخطر بالبال أنّ مراده دخول الخيارين في هذه العقود اذا وقعت في ضمن عقد البيع [١] فتفسخ بفسخه في المجلس، وهذا المعنى وان كان بعيداً في نفسه الآن ملاحظة كلام الشيخ في المقام يقربه الى الذهن. وقد ذكر نظير ذلك في جريان الخيارين في الرهن والضمان. وصرّح في السرائر بدخول الخيارين في هذه العقود لانها جائزة [٢] فيجوز الفسخ في كلّ وقت، وهو محتمل كلام الشيخ، فتأمل، وكيف كان فلا اشكال في اصل هذه المسألة.

في ثبوته - والجمع بين كلامه هذا وما ذكره في غير موضع من عدم ثبوت خيار المجلس فيها انه وان لم يكن مانع عن ثبوته الا انه لامقتضى له والله العالم.

[١] قوله مراده دخول الخيارين في هذه العقود اذا وقعت في ضمن عقد البيع.

وفيه ان الخيار حينئذ ثابت في البيع لا في ذلك.

[٢] قوله بدخول الخيارين في هذه العقود لانها جائزة.

بمعنى ان ذلك الخيار بما انه ثابت في المجلس، فيصح ان يقال ان خيار المجلس ثابت.

وهو كما ترى

احسن التوجيهات ما ذكرناه

وكيف كان فالكلام في هذه المسألة يقع في مقامين.

الاول: في العقود اللازمة.

الثاني: في العقود الجائزة.

اما الاول: فالظاهر عدم ثبوت الخيار فيها لعدم المقتضى له، فان الادلة مختصة بالبيع، والمناط غير معلوم كي يتعدى عنه الى غيره. ولا يقاس ذلك بالاحكام الثابتة للبيع على القاعدة كخيار العيب، فان نفس ما يدل على ثبوته في البيع - وهو الاشتراط الضمني الذي بناء كل عاقد عليه - يدل على ثبوته في غيره. وهذا بخلاف هذا الخيار، فان جعله

مسألة: مبدأ هذا الخيار من حين العقد، [١] لأن ظاهر النص كون البيع علة تامّة [٢] ومقتضاه كظاهر الفتاوى شمول الحكم للصرف والسلم قبل القبض، ولا اشكال فيه

تعبد صرف فلا يتعدى منه الى غيره.

واما المقام الثاني: فقد استدل لعدم ثبوت الخيار في العقود الجائزة - مضافا الى عدم المقتضى - بوجود المانع، وتقريبه من وجهين:

أحدهما: عدم المعقولية، بدعوى ان الخيار ذاتي لها، فما معنى جعل الخيار.

وفيه: انه بعد شمول دليل الخيار لها يكون الخيار ثابتاً من جهتين: ذاتية وعرضية، كالخيارات المتعددة العرضية.

وان شئت قلت: ان الخيار الذاتي ايضاً يكون بجعل من الشارع، فكلاهما مجعولان، ولا اولوية لأحدهما على الاخر كي يلتزم بثبوته دونه.

ثانيهما: لزوم اللغوية من جعله.

وفيه: ان للخيار آثار وفوائد، ومع عدم اولوية احدهما على الاخر لا معنى لكون خيار المجلس لغواً دون الجواز: مع انه على القول بعدم جواز تصرف غير ذي الخيار في زمان الخيار، عدم اللغوية واضح، فان ذلك اثر الخيار الحقي خاصة. فالوجه في عدم ثبوته فيها عدم المقتضى ايضاً.

ولا يخفى ان محل هذه المسألة بعد المسألة السابعة قدمت اشتباها.

## مبدأ خيار المجلس

[١] المسألة السادسة: لا خلاف ولا اشكال في ان مبدأ هذا الخيار من حين العقد.

[٢] اذ ظاهر الأخبار ان البيع علة تامّة.

وهل يشمل الحكم للصرف والسلم قبل القبض؟

فيه اشكال من جهتين:

الاولى: في انه هل يجب التقابض في المجلس ام لا؟

الثانية: في جريان الخيار فيها على كل من القولين.

لو قلنا بوجوب التقابض في المجلس في الصّرف والسّلم وجوباً تكليفاً أمّا للزوم الرّبا كما صرّح به في صرف التذكرة [١]. وأمّا لوجوب الوفاء بالعقد [٢] وإن لم يكن بنفسه مملكاً، لأنّ ثمره الخيار حينئذ جواز الفسخ فلا يجب التقابض.  
 أمّا لو قلنا بعدم وجوب التقابض وجواز تركه الى التفرق المبطل للعقد

اما الجهة الاولى: فقد استدل لوجوب التقابض بوجوه:

[١] الاول: ما عن العلامة قده، وهو التحفظ على عدم صيرورة المعاملة ربوية. وتوضيحه: انه اذا كان العوضان من جنس واحد وحصل القبض من جانب واحد قبل الافتراق تصير المعاملة كالنسيئة مع المساواة ذامدة واجل، فتكون به ربوية، لأن للأجل قسطاً من الثمن.

وفيه: انه مع عدم اشتراط التأخير لا تكون ربوية، ومجرد الشباهة بالرّبا لا يوجب البطلان، مع ان هذا الوجه لو تم لدل على وجوب القبض شرطاً لا وجوبه مؤلواياً.  
 مع انه لو تم لدل على وجوب القبض بعد قبض احدهما حقه.

[٢] الثاني: ما افاده المصنف رحمته الله، وهو آية وجوب الوفاء بالعقد<sup>(١)</sup>.

بدعوى ان للعقد بنفسه آثاراً مع قطع النظر عن مملكته، ويجب ترتيبها ولو قبل حصول الملكية، ومنها الاقباض في المقام.

وفيه: انه ان قلنا: بان معنى الاية الشريفة هو لزوم ابقاء العقد على حاله واتمامه بعدم فسخه وحله كما قويناه، فعدم دلالة الاية حينئذ على وجوب التقابض واضح، بل تكون حينئذ ارشاداً الى اللزوم.

وان قلنا: بان معناها هو ترتيب آثار العقد كما عن المصنف رحمته الله، فعناها هو ترتيب الاثار التي التزما به، ومن المعلوم ان ما التزما به هو اقباض كل منها على فرض اقباض الاخر لا مطلقاً، فلا تدل على لزوم التقابض، ولا ينتقض بلزوم اقباض كل منها في سائر البيوع، فان فيها انما يجب الاقباض من جهة تاثير البيع في الملكية ويجب رد المال الى صاحبه، وهذا بخلاف باب الصرف.

ففي اثر الخيار خفاء، لأن المفروض بقاء سلطنة كل من المتعاقدين على ملكه وعدم حق لاحدهما في مال الآخر، ويمكن ان يكون اثر الخيار خروج العقد بفسخ ذي الخيار عن قابلية لحوق القبض المملك فلو فرض اشتراط سقوط الخيار في العقد، لم يخرج العقد بفسخ المشروط عليه عن قابلية التأثير قال في التذكرة: لو تقابضا في عقد الصّرف، ثمّ اجازا في المجلس لزم العقد، وان اجازا قبل التّقابض. فكذلك وعليهما التّقابض، فان تفرّقا قبله انفسخ العقد، ثمّ ان تفرّقا عن تراض لم يحكم بعصيانهما، فان انفرد احدهما بالمفارقة عصي، انتهى.

واما ما اورده السيد الفقيه وتبعه المحقق الايرواني عليه: بان بيع الصرف لا اثر له الا بعد التقابض فلا يجب الوفاء به الا بعده.

فيرد عليه: ان للعقد مرحلة، ولتأثيره في الملك مرحلة اخرى، ولكل منهما آثار، فاذا كان التقابض من آثار العقد يجب ترتيبه على هذا العقد، وان لم يحصل الملك. الثالث: النصوص<sup>(١)</sup> المتضمنة للأمر بالتقابض والنهي عن البيع الا يداً بيد. وفيه: ان تلك الأوامر والنواهي تكون ارشاداً الى شرطية التقابض لصحة العقد وتأثيره في الملك لا مولوية لما حقق في محله من ظهور الأوامر والنواهي في المعاملات في الارشاد. فالأظهر عدم لزوم التقابض.

واما الجهة الثانية: فالكلام فيها من ناحيتين:

احدهما: من ناحية الأثر.

الثانية: من ناحية المقتضى.

اما من الناحية الاولى: فثبوت الأثر للخيار على القول بوجود التقابض واضح، فان اثره حينئذ ان له فسخ العقد واسقاط وجوب التقابض باعدام موضوعه.

لا يقال: انه على القول بوجود التقابض كيف يجري الخيار الذي لازمه عدم وجوبه. فانه يجاب بان الخيار معناه السلطنة على حل العقد، ولا ينافي ذلك وجوب التقابض على فرض بقاء العقد. ونظير هذا التكليف في الشرع كثير، لا حظ ما لو وهب امته للغير

وفي الدّروس يثبت يعني خيار المجلس في الصّرف تقابضاً او لا فان التّزما به قبل القبض وجب التّقابض، فلو هرب احدهما عصى وانفسخ العقد، ولو هرب قبل الالتزام فلا معصية ويحتمل قوياً عدم العصيان مطلقاً لأنّ للقبض مدخلاً في اللّزوم فله تركه، انتهى.

وصرّح الشّيخ ايضاً في المبسوط بثبوت التخاير في الصّرف قبل التّقابض، وممّا ذكرنا يظهر الوجه في كون مبدأ الخيار للمالكين الحاضرين في مجلس عقد الفضوليين على القول بثبوت الخيار لهما من زمان اجازتهما على القول بالنّقل، وكذا على الكشف [١] مع احتمال كونه من زمان العقد.

فانه مع جواز الرجوع يجرم عليه وطئها مع عدم الرجوع، ووجب القصر مادام مسافراً مع ان له ان يقصد الإقامة أو يصير حاضراً.

واما على القول بعدم وجوب التقابض، قال المصنف في اثر الخيار خفاء.... وفيه انه لا خفاء فيه، فان السلطنة على حل العقد والغائه عن قابلية التأثير على فرض التقابض غير السلطنة على حله بالتفرق.

واما من الناحية الثانية: فيمكن ان يقال بقصور ادلة خيار المجلس عن الشمول له من جهة ان ذيل النصوص الدالة على ثبوت خيار المجلس يدل على لزوم البيع بالافتراق، فيصلح ذلك قرينة على صدرها، ويكون الخيار ثابتاً في بيع لو حصل افتراق البيعين يصير لازماً، واما بيع الصرف الذي يبطل بالافتراق قبل التقابض فلا يكون مشمولاً لها.

هذا بناء على عدم دخول التقابض في البيع شرعاً، والا فعدم ثبوت الخيار في غاية الوضوح لحكومة ما دل على ذلك على ادلة الخيار.

[١] قوله من زمان اجازتهما على القول بالنقل وكذا على الكشف.

وذلك لان مبدأ الخيار انما هو من حين صدق عنوان البيع وهذا العنوان انما يصدق من حين الاجازة فيثبت الخيار من ذلك الحين من غير فرق بين القول بالنقل او الكشف.

## القول في مسقطات الخيار

وهي اربعة على ما ذكرها في التذكرة: اشتراط سقوطه في ضمن العقد، واسقاطه بعد العقد، والتفرق، والتصرف، [١] فيقع الكلام في مسائل: مسألة: لا خلاف ظاهراً في سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه في ضمن العقد وعن الغنية الاجماع عليه، [٢] ويدلّ عليه قبل ذلك عموم المستفيض المؤمنون او المسلمون عند شروطهم

### سقوط الخيار باشتراط سقوطه

[١] السابعة: ذكر العلامة في التذكرة ومن تاخر عنه: ان هذا الخيار يسقط باربعة اشياء: اشتراط سقوطه، اسقاطه بعد العقد، التصرف، التفرق.

فالكلام في مواضع:

[٢] الأول: لاخلاف ظاهراً في سقوطه باشتراط سقوطه في ضمن العقد، وعن الغنية: الاجماع عليه، وعموم ادلة نفوذ الشرط<sup>(١)</sup> شاهد به.

وانما الخلاف هنا فيما افاده العلامة في التبصرة بقوله: (او يشترط سقوطه قبل العقد او بعده) بعد معلومية ان مراده من بعد العقد ليس بعد تمامية العقد، بل بعد الشروع فيه.

ومورد الخلاف الاشتراط قبل العقد، فعن الشيخ في الخلاف: سقوط الخيار به، وعن المختلف بعد نقل ذلك عنه: وعندني في ذلك نظر لأن الشرط انما يعتبر حكمه لو وقع في متن العقد، نعم لو شرطاً قبل العقد وتبايعاً على ذلك الشرط صح ما شرطاه. انتهى.

واظن ان مراده في التبصرة هو ما ذكره اخيراً في المختلف.

وكيف كان: فشرط سقوط الخيار في قبال شرط عدم الفسخ، وشرط اسقاط الخيار الذان - هما من قبيل شرط الفعل - يتصور على وجهين

احدهما: شرط سقوطه، بحيث يرجع الى اسقاط الخيار.

ثانيهما: شرط عدم كون العقد خيارياً، والاشكالات الاتية عمدتها تخص بالثاني، وبعضها يختص بالأول، وبعضها يشترك بينهما.



وقد يتخیل معارضته بعموم ادلة الخيار، [١] ويرجع على تلك الادلة بالمرجحات [٢] وهو ضعيف، لأنّ التّرجیح من حيث الدّلالة والسّند مفقود، [٣] وموافقة عمل الاصحاب لا یصیر مرجّحاً بعد العلم بانحصار مستندهم في عموم ادلة الشّروط، كما یظهر من كتبهم

---

وكيف كان: فيقع الكلام في مقامين:

الأول: في شمول ادلة الشروط لهذا الشرط وعدمه.

الثاني: في انه هل يعارض ادلة الخيار لادلة الشروط على فرض شمولها به ام لا.

وتبعاً للمصنف تقدم البحث في المقام الثاني على البحث في المقام الاول

[١] المقام الثاني: قد يتوهم انه يعارض ادلة الشروط مع ادلة الخيار، والنسبة بينهما

عموم من وجه، فلا وجه لتقديم الأولى.

ولكنه فاسد، فان كل مشروط لا محالة يكون محكوماً بحكم قبل ان يقع في حيز

الشرط، فحيثنذا اما ان يوافق حكمه مع الشرط كما لو شرط فعل واجب او مستحب، واما

ان يخالفه، لاسبيل الى تخصيص ادلة الشروط بالقسم الأول كما هو واضح.

وحيث ان نسبة دليل الشرط مع كل واحد من ادلة تلك الأحكام عموم من وجه،

فيدور الأمر بين تقديم جميعها على دليل الشرط، وتقديمه على جميعها، وتقديمه على بعضها

والأخير مستلزم للتّرجیح بلا مرجح، والأول مستلزم لالغاء دليل الشرط.

فيتعين الثاني.

[٢] وقد يقال انه يرجح على تلك الادلة بالمرجحات

[٣] واجاب عنه المصنف رحمته الله بان التّرجیح من حيث الدّلالة والسّند مفقود.

وفيه انه بناء على المذهب الحق انه في موارد التعارض بالعموم من وجه يرجع الى

ادلة التّرجیح واول المرجحات الشهرة الفتوائية.

وعليه ففي المقام يتعين ترجيح ادلة الشروط: للاشهرية.

ونحوه في الضعف التمسك بعموم اوفوا بالعقود بناء على صيرورة شرط عدم الخيار كالجزة من العقد الذي يجب الوفاء به، [١] اذ فيه ان ادلة الخيار اخص، فيخصص بها العموم [٢] بل الوجه مع انحصار المستند في عموم دليل الشروط عدم نهوض ادلة الخيار للمعارضة، لانها مسوقة لبيان ثبوت الخيار بأصل الشرع [٣]، فلا ينافي سقوطه بالمسقط الخارجي وهو الشرط لوجوب العمل به شرعاً، بل التأمل في دليل الشرط يقضي

[١] وقد يتوهم التمسك بعموم ﴿اوفوا بالعقود﴾ بناءً على صيرورة شرط عدم الخيار كالجزة من العقد الذي يجب الوفاء به.

[٢] واجاب عنه المصنف: بان ادلة الخيار اخص، فيخصص به العموم. وفي حاشية السيد تقريبات الاستدلال بآية وجوب الوفاء بتقريب آخر، وحاصله: انحلال العقد المشروط الى عقدين: بيع وشرط، واخصية دليل الخيار انما ينفع بالنسبة الى حيثية البيعية لا بالنسبة الى حيثية الشرطية، فيكون عموم ﴿اوفوا بالعقود﴾ بالنسبة الى عقد الشرط حاكماً على دليل الخيار نظير ما لو صالح على سقوط الخيار في ضمن عقد البيع، فان عموم ﴿اوفوا بالعقود﴾ بالنسبة الى الصلح مقدم على ادلة الخيار.

وفيه: ان الشرط حيث انه مرتبط بالبيع لاحالة يكون دليل الخيار باطلاقه شاملاً للبيع المجرد والبيع المشروط به، وهذا بخلاف الصلح، فانه عقد مستقل ليس من شؤون البيع المحكوم بالخيار بدليله، فلا يشمل دليل الخيار باطلاقه البيع المجرد عنه والمقيد به، فدليل الخيار لا يعارض دليل نفوذ الصلح بخلاف دليل لزوم الشروط. وعليه فحيث ان دليل الخيار اخص فيقدم عليه.

واجاب المصنف رحمته عنه عن معارضة ادلة الخيار مع ادلة الشروط [٣] بعدم نهوض ادلة الخيار للمعارضة لانها مسوقة لبيان ثبوت الخيار بالصلح.

محصل ما افاده في المقام جوابان

احدهما: ان الخيار لم يلاحظ في موضوعه الاذات البيع من حيث هو فلا ينافي ان يثبت له حكم آخر بعنوان عرضي،

الثاني: ان موضوع الخيار البيع المجرد عن الشرط ومعه فهو موضوع آخر

بان المقصود منه رفع اليد عن الاحكام الاصلية الثابتة للمشروطات قبل وقوعها في حيز الاشتراط فلا تعارضه ادلة تلك الاحكام فحاله حال ادلة وجوب الوفاء بالتذرع والعهد في عدم مزاحمتها باءلة احكام الافعال المنذورة، لولا التذرع. ويشهد لما ذكرنا من حكومة ادلة الشرط وعدم معارضتها للاحكام الاصلية حتى يحتاج الى المرجح استشهاد الامام في كثير من الاخبار بهذا العموم على مخالفة كثير من الاحكام الاصلية، [١] منها صحيحة مالك بن عطية قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل كان له اب مملوك وكان تحت ابيه جارية مكاتبه قد ادت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد، هل لك ان اعينك في مكاتبك حتى تؤدي ما عليك بشرط ان لا يكون لك الخيار بعد ذلك على ابي اذا انت ملكت نفسك؟ قالت نعم، فاعطاها في مكاتبها على ان لا يكون لها الخيار بعد ذلك قال عليه السلام لا يكون لها الخيار المسلمون عند شروطهم، والرؤية محمولة بقريئة الاجماع على عدم لزوم الشرط الابتدائية على صورة وقوع الاشتراط في ضمن عقد لازم [٢] أو المصالحة على اسقاط الخيار المتحقق سببه بالمكاتبه بذلك المال، وكيف كان فالاستدلال فيها بقاعدة الشرط على نفي الخيار الثابت بالعمومات دليل على حكومتها عليها لا معارضتها المحوجة الى التماس المرجح.

وله حكم واحد بالذات من دون تفاوت بالذاتية والعرضية.  
 [١] ثم ان المصنف استشهد بصحيح مالك بن عطية<sup>(١)</sup> المذكور في المتن على ان ادلة الخيار كسائر ادلة الاحكام الاولية لاتصلح للمقاومة مع ادلة الشروط بل هي حاكمة على جميعها وتبين المراد منها، وتدل على ان المورد مشمول لادلة الشروط.  
 واورد عليه: بان مورد الصحيح الشرط الابتدائي، وهو غير نافذ بالاجماع.  
 [٢] واجاب عنه المصنف عليه السلام: بانه مطلق قابل لأن يقيد بصورة وقوع الاشتراط في ضمن عقد لازم او المصالحة على اسقاط الخيار المتحقق سببه بالمكاتبه بذلك المال

نعم قد يستشكل التمسك بدليل الشُّروط في المقام من وجوه: [١]

وفي حاشية السيد: الانصاف ان هذه الرواية دليل على شمول ادلة الشروط للشروط البدوية، وانها ايضاً واجبة الوفاء، والاجماع على الخلاف ممنوع. وفيه: ان مورد الرواية الشرط في ضمن عقد الهبة، لاحظ قوله فاعطاها في مكاتبتها على ان لا يكون لها الخيار.

ولم يظهر لي منشأ اشتباه القوم وتخيلهم كون مورد الشرط الابتدائي. والايراد عليه بان الهبة جائزة والشرط في ضمن العقد الجائز غير لازم الوفاء سيأتي الجواب عنه.

واما ما احتمله المصنف، من احتمال حمل الصحيح على المصالحة على اسقاط الخيار فهو يوجب خروجه عن محل الكلام واجنبيته عنه من جهتين. احدهما: من جهة ان المصالحة خارجة عن عنوان الشرط. ثانيتهما: من جهة انها مصالحة على الاسقاط دون السقوط. وكلاهما خلاف الظاهر.

اما الاول: فلاستدلال الامام عليه السلام على نفوذه بدليل الشرط. واما الثاني: فلان صريحه شرط عدم الخيار لاسقاطه وقد تقدم ان مورد الشرط في ضمن عقد الهبة فراجع.

[١] اما المقام الأول: فقد اشكل على التمسك بدليل الشروط في المقام من وجوه: احدها: ان مفاد المستفيض (المؤمنون - او المسلمون - عند شروطهم) <sup>(١)</sup> لزوم العمل بالشروط، فلا بد وان يكون الشرط فعلاً اختيارياً للشروط عليه، واختيارياً له، فلا يشمل الشروط الخارجة عن تحت اختياره وقدرته، ومنها شرط عدم الخيار. وفيه ان هذا يتم في نفسه، الا ان صحيح <sup>(٢)</sup> مالك المتقدم آنفاً المذكور في المتن يدل على صحة شرط عدم الخيار، وان المستفيض يشمل، وهو يصلح قرينة على ارادة نفوذ

١ - الوسائل - باب ٦ - من ابواب الخيار و - باب ٤ - من ابواب المكاتبه وغيرهما من الابواب.

٢ - الوسائل - باب ١١ - من ابواب المكاتبه.

الأوّل: أنّ الشرط يجب الوفاء به اذا كان العقد المشروط فيه لازماً، لأنّ الشرط في ضمن العقد الجائز لا يزيد حكمه على اصل العقد، [١] بل هو كالوعد فلزوم الشرط يتوقف على لزوم العقد، فلو ثبت لزوم العقد بلزوم الشرط لزم الدّور.

كل شرط يكون مربوطاً بالمشروط عليه

[١] ثانياً: ان الشرط في ضمن العقد الجائز لا يجب الوفاء به، لأنّه لا يزيد حكمه على حكم الأصل، بل هو كالوعد، فلزوم الشرط يتوقف على لزوم العقد، فلو ثبت لزوم العقد بلزوم الشرط لزم الدور.

وفيه: اولاً: انه لا دليل على اعتبار كون العقد المشروط فيه لازماً، بل مقتضى عموم دليل وجوب الوفاء به لزومه حتى في العقود الجائزة.

ودعوى انه لا يزيد حكمه على حكم اصل العقد.

ان اريد بها انه تابع والتابع لا يزيد حكمه على حكم المتبوع.

فيردها: انه ليس بتابع بهذا المعنى، بل هو مستقل في الاعتبار والدليل.

وان اريد بها انه ينافي جواز العقد الذي لازمه جواز اعدامه وحله مع وجوب الوفاء بالشرط.

فيردها: ان الجواز وللزوم لا يردان على محل واحد كي يتنافيان، بل الجواز انما هو متعلق بما هو كالموضوع للزوم، ومقتضاها معا انه يجوز حل العقد، ولكن على فرض عدم الحل يجب الوفاء بالشرط، وكم له نظير في الفقه، فالحاضر يجب عليه الصوم ولكن له ان يسافر فلا يصوم، وهكذا غيره.

وثانياً: انه لو تم البرهان المذكور كان لازمه اعتبار ان لا يبقى العقد جائزاً مع لزوم شرطه لا لزوم العقد قبل لزوم العقد، فلا يكون هناك محذور من هذه الناحية.

واما ما ذكره المحقق الاصفهاني رحمته الله زائداً على ذلك: بان لزوم الشرط حسب الفرض

وان توقف على لزوم العقد، الا ان لزوم العقد لا يتوقف على لزوم الشرط بل يتوقف

الثاني: انّ هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد على ما هو ظاهر قوله: البيعان بالخيار فاشترط عدم كونها بالخيار اشترط لعدم بعض مقتضيات العقد. [١]

الثالث: ما استدللّ به بعض الشافعية على عدم جواز اشترط السقوط من انّ اسقاطه الخيار في ضمن العقد اسقاط للمالم يجب، لانّ الخيار لا يحدث الا بعد البيع فاسقاطه فيه كاسقاطه قبله، هذا، ولكن شيء من هذه الوجوه لا يصلح للاستشكال.

اما الأوّل: فلانّ الخارج من عموم الشرط الشروط الابتدائية لانّها كالوعد والواقعة في ضمن العقود الجائزة بالذات او بالخيار مع بقائها على الجواز، لانّ الحكم بلزوم الشرط مع فرض جواز العقد المشروط به ممّا لا يجتمعان، لانّ الشرط تابع وكالتقييد للعقد المشروط به. اما اذا كان نفس مؤدّي الشرط لزوم ذلك العقد المشروط به كما فيما نحن فيه لا التزاماً آخر مغايراً لالتزام اصل العقد، فلزومه الثابت بمقتضى عموم وجوب الوفاء بالشرط عين لزوم العقد، فلا يلزم تفكيك بين التابع والمتبوع في اللزوم والجواز.

وأما الثاني: فلانّ الخيار حقّ للمتعاقدين اقتضاه العقد لو خلى ونفسه، [٢]

على صحته، لأن مجرد صحته يكفي في سقوط الخيار.

فيرد عليه: ان دليل صحة الشرط ولزومه واحد، فمع عدم شمول دليل اللزوم لاسبيل الى الحكم بالصحة. فالصحيح ما تقدم.

[١] ثالثها: ان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد، والمراد من مقتضى العقد في المقام - على ما ذكره المصنف رحمته الله: ما يشمل لازمه كالحكم الشرعي.

وعليه فلا يرد على المصنف رحمته الله بالتهافت بين كلماته، حيث جعل الاشكال اولاً في منافاته لمقتضى العقد، واخيراً في منافاته لحكمه الشرعي كما في الحاشية.

واجاب المصنف رحمته الله عن هذا الاشكال بوجهين:

[٢] الأوّل: ان المتبادر من اطلاق دليل الخيار صورة الخلو عن اشترط سقوطه، وغاية ما يمكن ان يقال في توجيهه: ان الخيار حيث انه من باب الافراق بالمالك كي يتروى في امر المعاملة، فدليله ينصرف الى صورة عدم الالتزام بالمعاملة واشترط عدم الخيار

فلا ينافي سقوطه بالشرط، وبعبارة اخرى المقتضى للخيار العقد بشرط لا، لاطبيعة العقد من حيث هي، حتى لا يوجد بدونه وقوله: البيعان بالخيار وان كان له ظهور في العلية التامة، الا ان المتبادر من اطلاقه صورة الحلو عن شرط السقوط، مع ان مقتضى الجمع بينه وبين دليل الشرط كون العقد مقتضياً لاتمام العلة ليكون التخلف ممتنعاً شرعاً، [١] نعم يبقى الكلام في دفع توهم انه لو بنى على الجمع بهذا الوجه بين دليل الشرط وعمومات الكتاب والسنة لم يبق شرط مخالف للكتاب والسنة. بل ولا لمقتضى العقد ومحل ذلك وان كان في باب الشروط الا ان يحمل القول في دفع ذلك فيما نحن فيه، انا حيث علمنا بالنص والاجماع ان الخيار حق مالي قابل للاسقاط والارث، لم يكن سقوطه منافياً للمشروع [للمشروط] فلم يكن اشتراطه اشتراط المنافي، كما لو اشترط في هذا العقد سقوط الخيار في عقد آخر.

وفيه: ان هذا الانصراف بدوي لا يصلح لتقييد الاطلاق.

[١] الثاني: ان مقتضى الجمع بين دليل الخيار ودليل الشرط كون العقد مقتضياً لاتمام

العلة.

وفيه: بعد اصلاحه بان المراد من كون العقد تارة علة تامة واخرى مقتضياً، هو: ان

تمام الموضوع تارة نفس العقد، واخرى العقد المجرد عن الشرط، مثلاً

انه على فرض شمول اطلاق دليل الخيار لصورة الاشتراط ومنافاة الشرط له، يكون

دليل الخيار مقدماً لتقييد دليل الشرط بالشرط غير المخالف للكتاب والسنة.

والحق ان يقال: - بعد عدم كون هذا الشرط منافياً لمقتضى العقد بمعناه الأخص وهو

المنافي لحقيقة العقد كالبيع بشرط ان لا يملك، والمنافي لما يتقوم به العقد كالبيع بشرط ان

لا يكون له عوض.

ان هذا الشرط ليس مخالفاً للكتاب والسنة، فان الخيار من الحقوق القابلة للاسقاط

والنقل، فله ان يسقطه بعد تحققه، ومن اول آن ثبوته بان يمنع عن ثبوته، فشرط عدم الخيار

بهذا المعنى او سقوطه ليس مخالفاً للشرع لفرض جوازه وان له ذلك. وتام الكلام في ذلك

موكول الى محله.

حول سقوط الخيار باشتراط سقوطه ..... ٢٤٧

وأما عن الثالث بما عرفت من أنّ المتبادر من النصّ المثبت للخيار صورة الخلوّ عن الاشتراط واقدام المتبايعين على عدم الخيار، ففائدة الشرط ابطال المقتضى لا اثبات المانع، [١] ويمكن ان يستأنس لدفع الاشكال من هذا الوجه الثالث ومن سابقه، بصحيفة مالك بن عطية المتقدّمة.

ثمّ انّ هذا الشرط يتصوّر على وجوه:

احدها: ان يشترط عدم الخيار وهذا هو مراد المشهور من اشتراط السقوط [٢] فيقول: بعث بشرط ان لا يثبت خيار المجلس، كما مثل به في الخلاف والمبسوط والغنية والتذكرة لأنّ المراد بالسقوط هنا عدم الثبوت لا الارتفاع.

---

رابعها: ان اسقاط الخيار في ضمن العقد اسقاط لما لم يجب، فان الخيار لا يحدث بعد العقد، فاسقاطه في ضمن العقد كاسقاطه قبله.

[١] واجاب المصنف رحمته الله عنه: بانه مع شرط الخيار لا تشمل ادلته ذلك العقد، ففائدة الشرط ابطال المقتضى لا اثبات المانع. وقد عرفت الجواب عن ذلك. والحق ان يقال: اولاً: ان هذا الوجه مختص بشرط السقوط ولا يجري في شرط عدم الخيار، بمعنى اشتراط عدم ثبوته.

وثانياً: ان شرط سقوطه عند حصوله لا مانع منه سوى التعليق الذي لا دليل على المنع عنه سوى الاجماع المختص بغير الشرط، كيف وقد ادعى الاجماع على سقوط خيار المجلس باشتراط سقوطه في ضمن العقد.

فتحصل: ان شرط سقوط الخيار بكلا معنييه لا مانع عنه، وتشمله ادلة الشروط.

ثم ان هذا الشرط يتصور على وجوه:

[٢] احدها: ان يشترط عدم الخيار، قال المصنف: وهذا هو مراد المشهور من اشتراط السقوط فيقول بعث بشرط ان لا يثبت خيار المجلس كما مثل به في الخلاف والمبسوط والغنية والتذكرة، لأن المراد بالسقوط هنا عدم الثبوت لا الارتفاع.



الثاني: ان يشترط عدم الفسخ فيقول: بعث بشرط ان لا افسخ في المجلس، [١] فيرجع الى التزام ترك حقه، فلو خالف الشرط وفسخ، فيحتمل قوياً عدم نفوذ الفسخ، لانّ وجوب الوفاء بالشرط مستلزم لوجوب اجباره عليه وعدم سلطنته على تركه، كما لو باع منذور التصدق به على ما ذهب اليه غير واحد، فمخالفة الشرط وهو الفسخ غير نافذة في حقه، ويحتمل النفوذ لعموم دليل الخيار والالتزام بترك الفسخ لا يوجب فساد الفسخ على ما قاله بعضهم من انّ بيع منذور التصدق حث موجب للكفارة لا فاسد،

الثاني: ان يشترط سقوطه في فرض ثبوته وهذان القسمان من قبيل شرط النتيجة بخلاف القسمين الاخرين اللذين هما من قبيل شرط الفعل.

## اشتراط عدم الفسخ

[١] الثالث: ان يشترط عدم الفسخ، فيقول بعث بشرط ان لا افسخ

والكلام في هذا الوجه يقع في جهات:

الاولى: انه لو فسخ وعصى هل يؤثر هذا الفسخ في حل العقد ام لا؟

وقد ذكر في وجه عدم التأثير في قبال عموم دليل الخيار المقتضي للانحلال وجوه:

احدها: ما اشار اليه المصنف رحمته الله في ابتداء كلامه واوضحه المحقق الثاني رحمته الله، وهو:

انه يشترط في نفوذ كل تصرف معاملي السلطنة عليه، ومع تعين عدم الفسخ عليه بمقتضى عموم دليل الشرط لا سلطنة له على الفسخ، لأن الالتزام بعدم الفسخ موجب لسلب القدرة عليه شرعاً فلا يكون مؤثراً.

وفيه: ان المعتبر في نفوذ التصرف السلطنة الوضعية لا التكليفية، ومقتضى عموم

دليل الشرط سلب السلطنة التكليفية، دون الوضعية. وقد تقدم توضيح ذلك في اول الجزء

الاول من هذا الشرح فراجع.

ثانيها: ان الشرط يوجب حدوث حق للمشروط له في خيار المشروط عليه، ولذا

يجوز اجباره عليه، فهو ممنوع عن اعمال خياره لكونه متعلق حق الغير كما في بيع

وحينئذ فلا فائدة في هذا غير الاثم على مخالفته اذ ما يترتب على مخالفة الشرط في غير هذا المقام من تسلط المشروط له على الفسخ لو خولف الشرط غير مرتب هنا، والاحتمال الأول اوفق بعموم وجوب الوفاء بالشرط الدال على وجوب ترتب آثار الشرط، وهو عدم الفسخ في جميع الاحوال حتى بعد الفسخ، [١] فيستلزم ذلك كون الفسخ الواقع لغواً، كما تقدم نظيره في الاستدلال بعموم وجوب الوفاء بالعقد على كون فسخ احدهما منفرداً لغواً، لا يرفع وجوب الوفاء.

منذور التصديق.

وفيه: ان غاية ما يدل عليه دليل الشرط لزوم العمل به، واما حدوث حق اعتباري للمشروط له فلم يدل عليه دليل، وجواز الاجبار مشترك بين التكليف والحق.

ثالثها: ان دليل الخيار بالدلالة المطابقية يدل على الترخيص التكليفي في الفسخ، ومن ذلك يستفاد الخيار، وان المعاملة تنحل بفسخ من رخص له الفسخ، فاذا دل دليل الشرط على رفع ذلك الترخيص وحرمة الفسخ ارتفع الخيار ايضاً، لأن المدلول الالتزامي يتبع المدلول المطابق في الحجية كتبعيتها لها في الوجود.

وفيه: ان المدلول المطابق لدليل الخيار هو الوضع لا التكليف المحض.

[١] رابعها: ما ذكره المصنف رحمته الله اخيراً، وهو: ان مقتضى عموم دليل الشرط ترتيب

آثار الشرط وهو عدم الفسخ حتى بعد الفسخ، ولازم ذلك وقوع الفسخ لغواً.

وفيه: ان مفاد دليل الشرط ليس ترتيب آثار المشروط، ولذا لو اشترط بيع شيء لا يحكم بترتيب آثار البيع بدونه، بل مفاده نفوذ الشرط وصحته او لزوم العمل به.

فتحصل مما ذكرناه: ان شرط عدم الفسخ لا يوجب عدم تأثير الفسخ.

الثانية: في صحة هذا الشرط وشمول العموم له.

وقد يقال بعدم صحته من جهة المحذور الثاني من المحاذير المتقدمة، وهو كونه شرطاً

في ضمن عقد جائز.

والجواب عنه: ما تقدم من ان الشرط في ضمن العقد الجائز لازم الوفاء

الثالث: ان يشترط اسقاط الخيار، [١] ومقتضى ظاهره وجوب الاسقاط بعد العقد [٢] فلو اخلّ به وفسخ العقد ففي تأثير الفسخ الوجهان المتقدمان والاقوى عدم التأثير،

نعم لا يندفع ذلك بما اجاب به الشيخ رحمته الله من لزوم العقد بلزوم الشرط بناءً على القول بتأثير الفسخ كما لا يخفى.

الثالثة: في اثر هذا الشرط على القول بتأثير الفسخ. الظاهر انه لا اثر له سوى الاثم على مخالفته، وما يترتب على مخالفة الشرط في سائر الموارد من تسلط المشروط له على الفسخ عند مخالفة الشرط لا يترتب هنا كما لا يخفى. [١] الرابع: ان يشترط اسقاط الخيار.

والكلام في جواز هذا الشرط هو الكلام في جواز شرط عدم الفسخ، كما ان الكلام في تأثير الفسخ هو الكلام في تأثيره في الوجه المتقدم كما سنشير اليه.

وفي المقام خصوصيات لا بد من الاشارة اليها:

احداها: هل يجب الاسقاط، ام لا؟ فيه وجهان، قال المصنف:

[٢] ان مقتضى ظاهره وجوب الاسقاط بعد العقد.

وعلق عليه السيد الفقيه بقوله: يعني ان ظاهر الاشتراط الاسقاط بعد العقد بلا فصل، والافطلق الاسقاط بعد العقد مقتضى صريحه.

ولكن يمكن ان يكون نظر المصنف رحمته الله الى احد الوجهين:

اما الى انه بعد فرض اتحاد الاسقاط والسقوط حقيقة واختلافهما اعتباراً لو اشترط الاسقاط يمكن حمله على ارادة السقوط، فيسقط بعد البيع ويمكن ان يكون مراده الفعل، والظاهر ارادة الثاني.

او الى انكار هذا الظاهر، وانه لا يحتاج الى الاسقاط، بل يسقط الخيار بنفس هذا الشرط، ولم يكن للفسخ بعده اثر كما يختاره.

ثانيها: على فرض وجوب الاسقاط، لو اخل به، ففي تأثير الفسخ الوجهان المتقدمان، اذ مع لزوم الاسقاط لا سلطنة للمشروط عليه على ضده، وهو اعمال الخيار بفسخ العقد وكذا دليل الشرط على فرض دلالة على لزوم ترتيب اثار الشرط يشمل

وهل للمشروط له الفسخ بمجرد عدم اسقاط المشترط الخيار بعد العقد وان لم يفسخ [١] وجهان من عدم حصول الشرط ومن ان المقصود منه ابقاء العقد، فلا يحصل التخلف الا اذا فسخ، [٢] والاولى بناءً على القول بعدم تأثير الفسخ هو عدم الخيار، لعدم تخلف الشرط وعلى القول بتأثيره ثبوت الخيار لأنه قد يكون الغرض من الشرط عدم تزلزل العقد [٣] ويكون بقاء المشترط على سلطنة الفسخ مخالفاً لمصلحة المشروط له.

اطلاقه بعد انشاء الفسخ فيكشف عن عدم تأثيره، وكذا الوجهان الاخران كما هو واضح، وقد عرفت فساد الجميع، فالأظهر تأثير فسخه.

[١] هل للمشروط له الفسخ بمجرد عدم اسقاط المشترط الخيار بعد العقد وان لم يفسخ؟ فيه اقوال:

الأول: ان له ذلك مطلقا.

الثاني: عدم ثبوته له مطلقا.

الثالث: ما اختاره المصنف رحمته الله، وهو التفصيل بين القول بتأثير الفسخ وعدمه، واختيار أن له ذلك على الأول دون الثاني.

والأظهر هو الأول لماد على ثبوت الخيار للمشروط له اذا تخلف المشترط ولم يعمل بالشرط في سائر الموارد، فانه يجري في المقام طابق النعل بالنعل.

[٢] واستدل للثاني: بان المقصود منه ابقاء العقد، فلا يحصل التخلف الا اذا فسخ، وبعده لا موضوع له.

[٣] والمصنف رحمته الله قال: والاولى بناءً على القول بعدم تأثير الفسخ هو عدم الخيار لعدم تخلف الشرط، وعلى القول بتأثيره ثبوت الخيار، لأنه قد يكون الغرض من الشرط عدم تزلزل العقد.

والظاهر ان مراده من عدم تخلف الشرط عدم تخلفه من حيث الغاية والنتيجة المرادة.

ويرد عليه: - مضافا الى ان الغرض قد يكون سقوط الحق لا خروج العقد عن التزلزل - ان الموجب للخيار تخلف الشرط بعنوانه لا من حيث تخلف الغاية المقصودة. فالأظهر ثبوته مطلقا.

وقد يموت ذوالخيار وينتقل الى وارثه. بقي الكلام في ان المشهور ان تأثير الشرط انما هو مع ذكره في متن العقد، [١] فلو ذكره قبله لم يفد لعدم الدليل على وجوب الوفاء به، وصدق الشرط على غير المذكور في العقد غير ثابت، لان المتبادر عرفاً هو الالتزام المرتبط بمطلب آخر. [٢] وقد تقدّم عن القاموس انه الالتزام والالتزام في البيع ونحوه.

وعن الشيخ والقاضي تأثير الشرط المتقدم قال في محكي الخلاف لو شرط قبل العقد ان لا يثبت بينهما خيار بعد العقد صح الشرط ولزم العقد بنفسه الايجاب والقبول، ثم نقل الخلاف عن بعض اصحاب الشافعي ثم قال: دليلنا انه لا مانع من هذا الشرط والاصل جوازه وعموم الاخبار في جواز الشرط يشمل هذا الموضع، انتهى.

### الشرط غير المذكور في متن العقد

[١] قوله بقي الكلام في ان المشهور ان تأثير الشرط انما هو مع ذكره في متن العقد بناء على جواز الشرط كما هو المفروض في المقام، وستعرف في محله تفصيل القول فيه. لا كلام في نفوذ الشرط المذكور في متن العقد ولو بان يذكره قبل العقد ويشير اليه في العقد بان يقول مثلاً: بعث على ما ذكر.

كما لا كلام معتد به في عدم نفوذ الشرط غير المذكور في العقد ولم ينشأ العقد مبنيًا عليه بان يكون حين العقد غافلاً عنه.

انما الكلام فيما لو ذكر الشرط قبل العقد ووقع العقد مبنيًا عليه. فظاهر جماعة نفوذه.

وصرح آخرين عدمه.

واستدل لعدم العبرة به بوجوه:

[٢] الأول: ما في المكاسب، وحاصله: ان الشرط هو الالتزام او الالتزام المرتبط بمطلب آخر، وعليه فالشرط المذكور سابقاً لا يجب الوفاء به، لأنه اما وعد بالالتزام او التزام تبرعي لا يجب الوفاء به، وهو وان كان باقياً الى حين العقد الا انه لا يرتبط بالالتزام العقدي الا يجعل المتكلم.

ونحوه المحكي عن جواهر القاضي وقال في المختلف على ما حكى عنه بعد ذلك وعندى في ذلك نظر، فإنَّ الشرطَ إنما يعتبر حكمه لو وقع في متن العقد، نعم لو شرطاً قبل العقد وتبايعاً على ذلك الشرط صح ما شرطاه، انتهى.

اقول التبايع [التباني] على ذلك الشرط ان كان بالاشارة اليه في العقد بأن يقول مثلاً: بعت على ما ذكر فهو من المذكور في متن العقد وان كان بالقصد اليه والبناء عليه عند الانشاء، فهذا هو ظاهر كلام الشَّيخ. نعم يحتمل ان يريد الصورة الاولى واراد بقوله قبل العقد قبل تمامه، وهذا هو المناسب للاستدلال له بعدم المانع من هذا الاشتراط ويؤيده أيضاً بل يعينه ان بعض اصحاب الشافعي انما يخالف في صحة هذا الاشتراط في متن العقد وقد صرح في التذكرة بذكر خلاف بعض الشافعية في اشتراط عدم الخيار في متن العقد، واستدلَّ عنهم بأنَّ الخيار بعد تمام العقد، فلا يصحَّ اسقاطه قبل تمامه.

وفيه: ان الالتزام الشرطي والبيعي كليهما من مقولة المعنى لا اللفظ، واللفظ مبرز لهما، وعليه فاذا كان الالتزام الشرطي باقياً الى حين العقد ووقع العقد مبنيًا عليه - اي قيد التزامه البيعي بالالتزام الشرطي بالنحو الصحيح الذي سيمر عليك في باب الشروط، الذي به يخرج العقد عن التعليق - صدق على ذلك الالتزام الضمني الشرط حتى على القول بانه التزام مربوط بمطلب آخر، فيشملة دليل وجوب الوفاء بالشرط.

الثاني: ما افاده المحقق النائيني رحمته الله، وهو: ان القصد والدواعي غير معتبرة في العقود ما لم ينشأ لفظ على طبقها، فمجرد وقوع العقد مبنيًا على شرط مع عدم ذكره في متن العقد لا يؤثر.

ثم تفتن لاشكال، وهو: انه لا اشكال في الاكتفاء بالقصد في الشروط التي جرت العادة والعرف على الالتزام بها في العقد، كوصف الصحة، وتسليم المبيع وماشبهها.

فاجاب عنه: بانه في تلك الشروط انشاء العقد انشاء لها لأنها من لوازم الفاضل العقود، فكما انه ينشأ بها معانيها المطابقة فكذا مدليلها الالتزامية، وهذا بخلاف الشرط

والحاصل انّ ملاحظة عنوان المسألة في الخلاف والتذكرة واستدلال الشّيخ على الجواز وبعض الشافعية على المنع، يكاد يوجب القطع بعدم ارادة الشّيخ صورة ترك الشّرط في متن العقد وكيف كان. فالاقوى انّ الشّرط الغير المذكور في متن العقد، غير مؤثر لانه لا يلزم بنفس اشتراطه السابق، لانّ المتحقّق في السابق. اما وعد بالتزام، او التزام تبرّعي لا يجب الوفاء به، والعقد اللاحق وان وقع مبنياً عليه لا يلزمه لانه الزام مستقل لا يرتبط بالتزام العقد الّا يجعل المتكلّم، والّا فهو بنفسه ليس من متعلّقات الكلام العقدي مثل العوضين وقيودهما حتّى يقدر شرطاً منوياً، فيكون كالمحذوف التّحوي بعد نصب القرينة، فانّ من باع داره في حال بنائه في الواقع على عدم الخيار له، لم يحصل له في ضمن بيعه ان شاء التزام بعدم الخيار ولم يقيّد انشائه بشيء بخلاف قوله: بعتك على ان لا خيار لي الذي مؤداه بعتك ملتزماً على نفسي وبانيا على ان لا خيار لي فانّ انشائه للبيع قد اعتبر مقيد بانشائه

---

الخاص للعقاد الخاص، فانه ليس من المدليل الالتزامية، فليس هو المنشأ في العقد الامع ارتباط العقد به صريحا او اشارة.

وفيه: انه في باب العقود والايقاعات يعتبر وجود اللفظ او مبرز آخر بلاكلام، واما في باب الشروط فلا دليل على اعتباره، ولعل الاكتفاء بالقصد والالتزام النفساني في الشروط التي جرت العادة على الالتزام بها في العقد اقوى شاهد على ذلك: اذ ليس ذلك الالتزام من لوازم الالتزام البيعي كي يكون اللفظ المبرز للالتزام البيعي مبرزاً له بالالتزام. ولو بنى على كفاية ذلك لا بد من البناء على كفاية بناء المتعاقدين ايضا، فان بناء غيرهما من اهل العرف غير دخيل في الدلالة بهذا المعنى.

الثالث: النصوص الواردة في النكاح الدالة على انه لا عبرة بالشّرط قبل العقد: منها: موثق ابن بكير عن مولانا الصادق عليه السلام: اذا اشترطت على المرأة شروط المتعة فرضيت به واوجبت التزويج فاردد عليها شرطك الأول بعد النكاح فان اجازته فقد جاز

حول الشرط غير المذكور في العقد ..... ٢٧٥  
التزام عدم الخيار فحاصل الشرط الزام في التزام مع اعتبار تقييد الثاني بالاول  
وتمام الكلام في باب الشروط انشاء الله تعالى.

وان لم تجزه فلا يجوز عليها ما كان من شرط قبل النكاح. (١)  
ومنها: موقوف محمد بن مسلم عن الامام الباقر عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة متعة: انها  
يتوارثان اذا لم يشترطا، وانما الشرط بعد النكاح. (٢)  
ومنها: موقوف ابن بكير عن الامام الصادق عليه السلام: ما كان من شرط قبل النكاح هدمه  
النكاح، وما كان بعد النكاح فهو جائز. (٣)  
وفيه: اولا: ان هذه النصوص مختصة بشروط المتعة، وتدل على انه اذا لم تذكر في  
ضمن العقد تنقلب دائما.

اما الأولان فواضح.

واما الأخير فللقوله هدمه النكاح فان شروط المتعة يهدمها النكاح بدون الشرط.  
واما سائر الشروط فغاية الأمر عدم وجوب العمل بها لهدمها وجعلها كالعدم.  
وثانيا: انه لا وجه للتعدي عن باب النكاح الى سائر الموارد والأبواب.  
وثالثا: انها قابلة للحمل على ما كان من الشروط سابقا ولم يكن مضمرا حال العقد  
على وجه يكون مبنيا عليه، اذ لا يصدق كون الشرط قبل النكاح خاصة بعد فرض قصده  
في اثناؤه.

فتحصل: ان الأظهر نفوذه ووجوب العمل به.

المنذور عتقه

١ - الوسائل - باب ١٩ - من ابواب المتعة من كتاب النكاح حديث ١.  
٢ - الوسائل - باب ١٩ - من ابواب المتعة حديث ٤.  
٣ - الوسائل - باب ١٩ - من ابواب المتعة حديث ٢.



فرع ذكر العلامة في التذكرة مورداً لعدم جواز اشتراط نفي خيار المجلس وغيره في متن العقد، وهو ما اذا نذر المولى ان يعتق عبده اذا باعه بأن قال الله: عليّ ان اعتقك اذا بعتك قال لو باعه بشرط نفي الخيار لم يصحّ البيع لصحة النذر، [١] فيجب الوفاء به ولا يتمّ برفع الخيار وعلى قول بعض علمائنا من صحة البيع مع بطلان الشرط يلغو الشرط ويصحّ البيع ويعتق انتهى.

اقول هذا مبنيّ على انّ النذر المعلق بالعين يوجب عدم تسلّط الناذر على التصرفات المنافية له. [٢] وقد مرّ انّ الاقوى في الشرط ايضاً كونه كذلك.

[١] ذكر العلامة في محكي التذكرة مورداً لعدم جواز اشتراط نفي خيار المجلس وغيره في متن العقد، وهو ما اذا نذر المولى ان يعتق عبده اذا باعه، قال: لو باعه بشرط نفي الخيار لم يصحّ البيع لصحة النذر.

وتصوير النذر المزبور بنحو يجب الوفاء به ويكون صحيحاً: ان يندر التملك ثم العتق، اذ لو نذر العتق وهو ملك المشتري بطل النذر، ولو نذر العتق بعد التملك على ان يكون التملك شرطاً للنذر لم يجب التملك والوفاء بالنذر.

وحيث تارة لا يمكن الاقالة او الشراء منه ثانياً.

واخرى يمكن ذلك

فالكلام يقع في موردين:

الأول: اذا لم يمكن الاقالة او الشراء منه ثانياً.

لا اشكال في صحة البيع اشترط عدم الخيار ام لا، بناءً على ان الشرط الفاسد لا يفسد البيع واما شرط عدم الخيار فهل يكون باطلاً وفاسداً ام لا؟ وجهان.

قد استدل المصنف رحمته الله للأول:

[٢] بان النذر المتعلق بالعين يوجب عدم تسلط الناذر على التصرفات المنافية له.

وفيه: اولاً: ان غاية ما يقتضيه ذلك حرمة الشرط لا فساداً لما تقدم من عدم دلالة

الحرمة على الفساد، الا ان يضم اليه ما سنذكره.

وثانيا: ان وجوب الوفاء بالندر انما يكون بعد البيع، فما لم يتم البيع لا وجوب من ناحية النذر كي يوجب عدم تسلط البائع على هذا الشرط.

والحق ان يقال: ان هذا الشرط من قبيل المقدمات المفوتة الموجبة لفوت الغرض وعدم القدرة على امتثال التكليف في ظرفه - وقد حققنا في الاصول حرمتها - فيصير الشرط حراما، فلا يكون نافذاً من جهة انه يعتبر في نفوذ الشرط ان لا يكون مخالفاً للكتاب والسنة، والشرط المخالف سواء كان المشروط مخالفا او الشرط نفسه لا يكون نافذاً على ما سيجيء في باب الشروط.

ودعوى ان الشرط المخالف بنفسه لا من جهة مخالفة المشروط انما لا يكون نافذاً اذا كان الشرط مخالفاً للشرع، وفي المقام الشرط لا يكون مخالفاً بنفسه وانما يكون المحرم اسقاط الخيار.

مندفعة بان الشرط بنفسه اسقاط، فيكون حراماً ومخالفاً للشرع.

المورد الثاني: ما اذا امكن الاقالة او الشراء منه ثانيا، فقد افاد السيد الفقيه عليه السلام: انه يصح الشرط ولا مانع عنه.

واورد عليه المحقق النائيني عليه السلام: بان الاقالة او الشراء ليس تحت قدرة الناذر، لأن تحقق هذه العناوين يتوقف على ارادة شخص آخر، وقد لا يريد لها، وما هو تحت قدرته اعمال الفسخ، فيجب على الناذر اعماله، ومقتضاه عدم صحة شرط سقوط الخيار.

وفيه: ان حرمة شرط سقوط الخيار انما تكون لأجل كونه تقويتاً للغرض، فلو فرضنا العلم بعدم الفوت - ولو بفعل غير اختياري - لا يكون هذا الفعل مفوتاً، فلا يكون حراماً، فيكون صحيحاً وناظراً.

فالأظهر ما افاده السيد عليه السلام.

مسألة: ومن المسقطات اسقاط هذا الخيار بعد العقد [١] بل هذا هو المسقط الحقيقي ولا خلاف ظاهراً في سقوطه بالاسقاط، ويدلّ عليه بعد الاجماع، فحوى ما سيجيء من النصّ الدال على سقوط الخيار بالتصرف، معللاً بأنّه رضاء بالبيع، [٢] مضافاً الى القاعدة المسلّمة من ان لكلّ ذي حقّ اسقاط حقّه، [٣] ولعلّه لفحوى تسلّط النّاس على اموالهم فهم اولى بالتسلّط على حقوقهم المتعلقة بالاموال،

## الاسقاط بعد العقد

[١] الثاني: من المسقطات: اسقاط هذا الخيار بعد العقد.

واستدل لسقوطه بالاسقاط بوجوه:

الأول: الاجماع.

وفيه: انه لمعلومية مدرك الجمع لا يعتمد عليه.

[٢] الوجه الثاني: فحوى ما سيجيء من النص<sup>(١)</sup> الدال على سقوط الخيار

بالتصرف، معللاً بانه رضا بالبيع، استدل بها المصنف رحمته الله.

واورد عليه المحقق الايرواني رحمته الله: بان النص بعموم التعليل يدل على حكم المقام

بلا حاجة الى الفحوى، بل ومع منع الفحوى.

ولكن تقريب الفحوى على مسلك المصنف رحمته الله - الملتمزم بان لزوم العقد بالرضا

واقارره انما يكون من جهة ان مرجعه الى اسقاط الخيار: انه اذا دل الدليل على مسقطية

الرضا وكونه موجبا للزوم من جهة ان مرجعه الى اسقاط الخيار، فنفس الاسقاط اولى بان يكون مسقطاً للخيار.

فلا يرد عليه ما اورده المحقق المذكور.

[٣] الثالث: القاعدة المسلّمة من ان لكلّ ذي حق اسقاط حقه لفحوى تسلط الناس

على اموالهم<sup>(٢)</sup> فهم اولى بالتسلط على حقوقهم المتعلقة بالاموال.

واورد عليه بوجوه:

احدها: ان دليل السلطنة ضعيف السند.

وفيه: انه لاعتماد الأصحاب عليه وتمسكهم به يكون معتبرا.  
ثانيهما: ما افاده المحقق الايرواني رحمته الله، وهو: ان علقه الحق اضعف من علقه المال، والسلطنة في القوي لاتقتضي السلطنة في الضعيف بل الأمر بالعكس، فلو ثبتت السلطنة في الحق اقتضى فحواها السلطنة في المال.

وفيه: انه على فرض تسليم دلالة هذا الدليل على سلطنة الانسان على اعدام الملك، والاعراض عنه يتم هذه الاولوية، اذ السلطنة على اعدام القوي واذاهاه توجب بالاولوية السلطنة على اعدام الضعيف.

وان شئت قلت: ان السلطنة في الشيء غير السلطنة على الشيء، والاولوية في الثانية بخلاف الاولوية في الاولى.

ثالثها: ان دليل السلطنة لايدل على ان للمالك الاعراض عن ماله وسلب الملكية عن نفسه لما تقدم في الجزء الثالث من هذا الشرح في مبحث المعاطاة من انه كسائر الأدلة انما يدل على ثبوت الحكم على فرض وجود الموضوع، ولانظر له الى بقاء الموضوع وارتفاعه، وموضوع السلطنة المال المضاف باضافة الملكية، فلايدل على ان له الاعراض عنها.

وبعبارة اخرى: انه يدل على ان له السلطنة على التصرفات في المال، ولايدل على ان له السلطنة على السلطنة باعدامها والاعراض عنها، وعليه فلايدل بالفحوى على ان له اسقاط الحق واعدامه.

لايقال: انه حيث لامعنى لتسلطهم على مثل هذه الحقوق غير القابلة للنقل الآنفوذ تصرفهم فيها بما يشمل الاسقاط كما عن المصنف فلو دل هذا الدليل على ثبوت السلطنة على الحقوق بالاولوية دل على ان له الاسقاط.

فانه يقال: ان هذا يتم لو كان ذلك - اي ثبوت السلطنة على الحقوق - مفاد دليل

ولا معنى لتسلطهم على مثل هذا الحقوق الغير القابلة للتقل، [١] الأ نفوذ تصرفهم فيها بما يشمل الاسقاط، ويمكن الاستدلال له بدليل الشرط لو فرض شموله للالتزام الابتدائي. ثم ان الظاهر سقوط الخيار بكل لفظ يدل عليه باحدى الدلالات العرفية [٢] للفحوى المتقدمة [٣] وفحوى ما دل على كفاية بعض الافعال في اجازة عقد الفضولى [٤].

خاص لا فيما اذا كان مستفادا من الدليل العام، فان الالتزام بعدم السلطنة في مثل هذه الحقوق رأسا لعدم المعنى لها لا يترتب عليه محذور.

[١] قوله لا معنى لتسلطهم على مثل هذه الحقوق... الان فوذ تصرفهم فيها فقد أورد عليه السيد بانه على فرض كونه قابلا للنقل ايضا يمكن الاستدلال بان يراد الأعم من النقل والاسقاط.

وقد عرفت في ذيل الايراد الثالث على الوجه الثاني: انه يمكن توجيه كلام المصنف ره بنحو لا يرد عليه هذا الايراد، وان كان غير تام على اي تقدير. فراجع.

[٢] قوله ثم ان الظاهر سقوط الخيار بكل لفظ يدل عليه باحدى الدلالات. وقد استدلل له بوجوه:

[٣] الأول: فحوى ما دل على سقوط الخيار بالتصرف، فانه اذا كان الفعل الكاشف عن الرضا بالبيع والالتزام به مسقطا للخيار فاللفظ الدال على ذلك اولى بان يكون مسقطا لا قوائية اللفظ من الفعل.

وهذا هو مراد المصنف عليه السلام من قوله للفحوى المتقدمة.

فلا يرد عليه ما عن المحقق الخراساني عليه السلام من: ان دليل السلطنة لا يتكفل نفوذ السبب بل يتكفل مشروعية السبب: فانه يتوقف على ارادة الفحوى الثانية لا الاولى.

[٤] الثاني فحوى ما دل على كفاية بعض الأفعال في اجازة عقد الفضولى.

وفيه: أن لم نجد ما يدل على ذلك سوى طائفتين من النصوص.

وصدق الاسقاط التآفذ بمقتضى ما تقدّم من التسلط على اسقاط الحقوق وعلى هذا فلو قال احدهما: اسقطت الخيار من الطرفين، فرضى الآخر سقط خيار الرّاضى [١] ايضاً، لكون رضاه باسقاط الآخر خياره اسقاطاً ايضاً.

احدهما: في العبد يزوّج نفسه بغير اذن مولاه، المتضمنة: ان سكوت المولى بعد العلم اقرار منه. (١)

ثانيتهما: في المرأة تزوج نفسها في حال السكر، المتضمنة: انها لو اقامت معه بعد الافاقه يكون التزويج نافذاً. (٢)

ومورد هما ما يكون العقد تاماً من جميع الجهات سوى عدم احراز رضا من يعتبر رضاه بالعقد، ومن المعلوم ان الرضا القلبي يكفي باي شيء احرز، وهذا بخلاف الموارد التي يكون العقد فيها ناقصاً من جهة اخرى وتتوقف تماميته من تلك الناحية على الانشاء كبيع الفضولي، حيث انه ناقص من جهتين: من ناحية الرضا، ومن ناحية عدم كونه مستندا الى المالك، وهو من الجهة الثانية يحتاج الى الانشاء، ولهذا لا يكفي في الاجازة الرضا القلبي، بل لا بد من الانشاء.

والمقام من هذه الموارد، اي يتوقف على الانشاء ولا يكفي مجرد الرضا القلبي بسقوط الخيار، فهذا الوجه غير تام.

الثالث: ان مقتضى اطلاق الدليل كفاية كل ما يصدق عليه الاسقاط وفرع المصنف على ذلك وقال

[١] وعلى هذا فلو قال احدهما اسقطت الخيار من الطرفين فرضى الآخر سقط خيار الراضى

لعل وجه التفريع على ما سبق انه بناءً على كفاية كل ما يدل على الاسقاط في سقوط الحق لو انشأ احدهما السقوط من الطرفين ورضى الآخر كفى ذلك في سقوط الخيار لتحقق الانشاء والرضا.

ولكن يرد عليه ان انشاء احدهما السقوط من طرف الآخر لا يكفي بل لا بد من استناده اليه وعلى فرض جريان الفضولى في الايقاع لا بد من اعتبار الاجازة تحقيقاً للاستناد والرضا بالاسقاط ليس انشاءً للسقوط واسقاطاً.

١ - الوسائل - باب ٢٦ - من ابواب نكاح العبيد والاماء.

٢ - الوسائل - باب ١٤ - من ابواب عقد النكاح واولياء العقد.

مسألة : لو قال احدهما لصاحبه: اختر، [١] فإن اختار المأمور الفسخ فلا اشكال في انفساخ العقد، وان اختار الامضاء في سقوط خيار الأمر ايضاً مطلقاً كما عن ظاهر الأكثر بل عن الخلاف، الإجماع عليه، أو بشرط إرادته تمليك الخيار لصاحبه، وإلا فهو باق مطلقاً كما هو ظاهر التذكرة، أو مع قيد ارادة الاستكشاف دون التفويض ويكون حكم التفويض كالتمليك، اقوال ولو سكت فخير السّاكت باق اجماعاً، ووجهه واضح. وأما خيار الامر في بقائه مطلقاً أو بشرط عدم ارادة تمليك الخيار، كما هو ظاهر التذكرة، أو سقوط خياره مطلقاً كما عن الشيخ، اقوال والاولى ان يقال: ان كلمة اختر

### لو قال احدهما لصاحبه اختر

[١] مسألة: لو قال احدهما لصاحبه اختر فان اختار الفسخ فلا اشكال في انفساخ العقد، وان اختار الامضاء في سقوط خيار الأمر ايضاً اقوال:  
 احدها: السقوط مطلقاً. نسب ذلك الى جمع من الأساطين فيما لو اختار الامضاء،  
 واما لو سكت فلم اظفر بمن يقول بالسقوط وان نسب الى الشيخ رحمته الله، ولكن الثابت خلافه.  
 ثانياً: السقوط اذا قصد التمليك.  
 ثالثاً: السقوط اذا قصد التمليك او التفويض.  
 رابعها: السقوط اذا قصد التمليك واسقط الآخر.  
 خامسها: عدم السقوط.

ولا يخفى ان عنوان هذه المسألة انما يكون تبعاً للنص: روى نافع عن ابن عمر: ان النبي صلى الله عليه وآله قال: المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا او يقول احدهما لصاحبه اختر. <sup>(١)</sup> من جهة ان الأصحاب لم يفهموا منه التبعد المحض فالتجأوا الى تطبيقه على القواعد، وحيث انه نبوي ولم يصل إلينا بطريق معتبر، واعتماد الأصحاب عليه غير ثابت، فهو لا يصلح لأن يعتمد عليه في الحكم، فلا بد من ملاحظة القواعد.

بحسب وضعه لطلب اختيار المخاطب احد طرفي العقد من الفسخ والامضاء، وليس فيه دلالة على ما ذكره من تمليك الخيار او تفويض الامر او استكشاف الحال نعم الظاهر عرفاً من حال الأمر أنّ دأبيه استكشاف حال المخاطب [١] وكأنه في العرف السابق كان ظاهراً في تمليك المخاطب امر الشيء، كما يظهر من باب الطلاق فإن تمّ دلالتة حينئذ على اسقاط الأمر خياره بذلك والأفلا مزيل لخياره.

---

وملخص القول فيه: انه لاختلاف في معنى كلمة اختر مادة وهيته، ولكن بعد عدم ارادة طلب الاختيار حقيقة يحتمل فيها معان:

احدها: ان يكون انشاء الطلب بها بقصد اسقاط حقه والاعراض عنه.

ثانيها: ان يكون لغرض نقل خياره الى صاحبه وتمليكه اياه.

ثالثها: ان يكون بقصد تفويض اعمال خياره بفسخ او امضاء الى صاحبه.

[١] رابعها: ان يكون بغرض استعمال حال المخاطب.

وعلى جميع هذه المحتملات لو اختار الاخر الفسخ لا اشكال في الانفساخ، كما انه لو سكت لا كلام في عدم سقوط خياره، ولو اجاز لا كلام في سقوط خياره.

انما الكلام فيما لو اختار الامضاء او سكت في انه هل يسقط خيار الأوامر لا.

اما على الاول: فيسقط خياره بمجرد الأمر.

واما على الثاني: فان قبل صاحبه التمليك سقط والا فلا.

لا يقال: انه قد تقدم عن المصنف عليه السلام وغيره: ان هذا الخيار لا يقبل النقل، فكيف يحكم بسقوط خياره.

فانه يجب اولاً: قد مرأنه قابل له.

وثانياً: ان من يقول بعدم قابليته للنقل انما يلتزم به في النقل الى الأجنبي من جهة انه خيار المجتمعين ويكون مغياً بافتراقها، فلا يمكن نقله الى غير من هو طرف المعاملة.

واما في النقل الى من هو طرف المعاملة فلا يلتزم به لعدم جريان هذا الوجه فيه.

واما على الثالث: فان سكت ببقى خياره، وان اختار الامضاء من الطرفين



وعليه يحمل على تقدير الصحة ما ورد في ذيل بعض اخبار خيار المجلس، أمهما بالخيار ما لم يفتقرا، او يقول احدهما لصاحبه اختر. [١]

ثمّ أنّه لا اشكال في ان اسقاط احدهما خياره لا يوجب سقوط خيار الآخر، ومنه يظهر أنّه لو اجاز احدهما وفسخ الآخر، انفسخ العقد لأنّه مقتضى ثبوت الخيار، فكان العقد بعد اجازة احدهما جائزاً من طرف الفاسخ دون المجيز، كما لو جعل الخيار من اول الأمر لاحدهما وهذا ليس تعارضاً بين الاجازة والفسخ وترجيحاً له عليها.

نعم لو اقتضت الاجازة لزوم العقد من الطرفين [٢] كما لو فرض ثبوت الخيار من طرف احد المتعاقدين او من طرفها لمتعدّد كالاصيل والوكيل فأجاز احدهما وفسخ الآخر دفعة واحدة او تصرف ذو الخيار في العوضين دفعة واحدة، كما لو باع عبداً تجارية، ثمّ اعتقها جميعاً، حيث انّ اعتاق العبد فسخ، وإعتاق الجارية، اجازة، او اختلف الورثة في الفسخ والاجازة تحقّق التعارض. وظاهر العلامة في جميع هذه الصور، تقديم الفسخ، ولم يظهر له وجه تامّ وسيجيء الاشارة الى ذلك في موضعه.

سقط، اذ خيار الموكل لا يسقط ما لم يجز الوكيل من طرفه.

واما على الرابع: فلا يسقط خياره اصلا حتى بعد الاجازة.

ولا يبعد دعوى ظهوره في الأول او الثاني، وعلى فرض عدم الظهور في شيء منها مقتضى الاستصحاب بقاء الخيار حتى بعد الامضاء.

[١] قوله وعليه يحمل على تقدير الصحة ماورد في ذيل بعض... اختر

من المقطوع به عدم كون هذه الكلمة الصادرة من احدهما غاية لخيار كل منهما وعليه فلا بد من حمل ذلك على انها غاية لمجموع الخيارين لالكل واحدهما.

[٢] قوله نعم لو اقتضت الاجازة لزوم العقد من الطرفين.

وضابط ذلك ان يكون الخيار ثابتاً للطبيعة المنطبقة على كل منهما كما في خيار الورثة على احتمال - او يكون اجازة احدهما اجازة للاخر ومستندة اليه ايضاً كما في الخيار الثابت للوكيل والاصيل - فان اجازة الوكيل اجازة للموكل ومستندة اليه اللهم الا ان يقال ان فسخ الاصيل مقارنة لاجازة الوكيل يكون عزلاً وعليه فيؤثر الفسخ اثره.

مسألة: من جملة مسقطات الخيار افتراق المتبايعين [١] ولا اشكال في سقوط الخيار به ولا في عدم اعتبار ظهوره في رضاها بالبيع، [٢] وان كان ظاهر بعض الاخبار ذلك [٣] مثل قوله، فإذا افترقا فلا خيار لها بعد الرضا ومعنى حدوث افتراقهما المسقط مع كونها متفرقين حين العقد، افتراقهما بالنسبة الى الهيئة الاجتماعية المحاصلة لها حين العقد فإذا حصل الافتراق الاضا في ولو بمسأه ارتفع الخيار

### من المسقطات افتراق المتبايعين

[١] الثالث: من جملة مسقطات الخيار: افتراق المتبايعين.

لا كلام في مسقطية الافتراق - بمعنى انتهاء امد الخيار به.

انما الكلام وقع في موارد ثلاثة:

الأول: في ان مسقطية الافتراق هل تكون من جهة كاشفيتها عن الرضا بلزوم العقد، أو أنه بنفسه مسقط وغاية للخيار.

الثاني: في تعيين اقل ما يحصل به الافتراق.

الثالث: في انه هل يلزم حركة كل منها الى جانب ام يكفي حركة احدهما؟

[٢] اما المورد الأول: فالحق انه بنفسه غاية له، اذ لا طريقية ولا كاشفية للترقق عن الرضا، والشاهد به ملاحظة حال سائر اقسام الخيار، فهل يتوهم احد كاشفية التفرق عن الرضا فيها، مع ان مقتضى اطلاق النصوص<sup>(١)</sup> عدم اعتبار شيء في ذلك غير عنوان التفرق. واستدل لاعتبار كشفه عن الرضا وان مسقطيته بهذا الاعتبار بوجهين:

احدهما: قوله عليه السلام في صحيح جميل فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منها. <sup>(٢)</sup> واليه

اشار المصنف بقوله .

[٣] وان كان ظاهر بعض الاخبار ذلك.

فلا يعتبر الخطوة، [١] ولذا حكي عن جماعة: التَّعبير بأدنى الانتقال. والظاهر أن ذكره في بعض العبارات لبيان أقلّ الافراد خصوصاً مثل قول الشيخ في الخلاف أقلّ ما ينقطع به خيار المجلس خطوة مبنيّ على الغالب في الخارج او في التمثيل لأقلّ الافتراق فلو تبايعا في سفينتين متلاصقتين كفي مجرد افتراقها ويظهر من بعض اعتبار الخطوة اغتراراً بتمثيل كثير من الاصحاب. وعن صريح آخر التأمّل، وكفاية الخطوة لانصراف الاطلاق الى ازيد منها فيستصحب الخيار، ويؤيّده قوله في بعض الروايات: فلما استوجبتها قت فمشت خطأ ليجب البيع حين افترقنا، وفيه منع الانصراف ودلالة الرواية.

ثانيها: ان الطريقة العقلانية جارية على انهم اذا اجتمعوا على انفاذ معاملة لايفترقون الأبعد التزامهم بها، فالمطلقات محمولة على الغالب، فلا دليل على انتهاء امد الخيار في غير مورد الرضا.  
وفيها نظر:

اما الأول: فلما عرفت من منع الكاشفية، نعم كاشفيته عن الرضا بالبيع لا تنكسر، مع ان المطلق لا يحمل على الغالب.

واما الثاني: فلأنه حيث لم يذكر متعلق الرضا في الخبر فيمكن ان يكون المراد الرضا باصل المعاملة اما بان يكون المراد انها او جدا البيع عن الرضا، او انها رضيا بالبيع بمعنى عدم الاكراه والفسخ قبل التفريق، ويمكن ان يكون المراد الرضا بالتفرّق في مقابل صدوره عن كره، ويمكن ان يكون المراد الرضا بلزوم العقد.

ولو لم ندع ظهوره في الأول فلاقل من الاجمال، وحيث ان الاستدلال يتوقف على ارادة الثالث فهو لا يتم لعدم ثبوتها.

الغريب ان المصنف رحمته الله في المقام بنى على عدم اعتبار هذا الظهور، وفي المسألة الاتية يصرح باعتباره استنادا الى الصحيح.

واما المورد الثاني: فالأقوال فيه ثلاثة:

[١] احدها: كفاية مجرد الافتراق ولو كان اقل من خطوة. ذهب اليه المصنف رحمته الله.

ثمّ اعلم أنّ الافتراق على ما عرفت من معناه يحصل بحركة احدهما وبقاء الآخر في مكانه فلا يعتبر الحركة من الطرفين في صدق افتراقها، [١] فالحركة من احدهما لا يسمّى افتراقاً حتّى يحصل عدم المصاحبة من الآخر، فذات الافتراق من المتحرّك واتصافها بكونها افتراقاً من السّاكن، ولو تحرّك كلّ منهما، كان حركة كلّ منهما افتراقاً بملاحظة عدم مصاحبة الآخر، وكيف كان فلا يعتبر في الافتراق المسقط، حركة كلّ منهما الى غير جانب الآخر، كما يدلّ عليه الرّوايات الحاكية لشراء الإمام عليّ ارضا وأنّه عليّ قال:

ثانيها: اعتبار الخطوة وكفايتها.

ثالثها: عدم كفايتها ايضاً، وان المدار على صدق الافتراق عرفاً.

والأظهر هو الأخير لوجهين:

الأول: ان الافتراق المجمعول غاية في مقابل الاجتماع البدني الصادق على ما اذا كان الفصل بينها خطوة او اقل او اكثر من المفاهيم العرفية الذي لا يشك احد في عدم صدقه بمجرد التباعد بخطوة او خطوتين.

الثاني: قوله عليّ في جملة من النصوص: فلما استوجبتها قت فمشيت خطأً ليجب البيع<sup>(١)</sup> تقريب الاستدلال به: تعليقه عليّ وجوب البيع على المشي خطأً، ولاريب في ظهوره في عدم كفاية الأقل، وليس مورد الاستدلال به فعله عليّ كي يقال انه لا يدل على اعتبارها.

واستدل: للأول: بان الموضوع هو الافتراق الصادق على الأقل من الخطوة.

وفيه: ان الافتراق غير التباعد، والثاني يصدق بادنى فصل بخلاف الأول.

واما المورد الثالث: فحل الكلام ليس صدق التفرّق مع عدم تأثير من المتفرّقين، بل هذا يبحث فيه في المسألة الاتية، والمفروض في المقام صدقه بدونه.

[١] بل هو كفاية حركة احدهما مع سكون الاخر. والأظهر ذلك، لأن الهيئة

الاجتماعية الحاصلة للمتبايعين محققة لصدق الاجتماع، وان كلاً منهما مجتمع مع الاخر،

فلما استوجبتها قت فمشت خطأ ليجب البيع حين افترقنا [١] فانبت افتراق الطرفين بمشبهه عليه السلام فقط.

مسألة: المعروف أنه لا اعتبار بالافتراق عن إكراه إذا منع من التّخاير أيضاً [٢] سواء بلغ حدّ سلب الاختيار ام لا لأصالة بقاء الخيار بعد تبادل الاختيار من الفعل المسند الى الفاعل المختار، [٣] مضافاً الى حديث: رفع ما استكروهوا عليه [٤] وقد تقدّم في مسألة

وعدم تلك محقق لعنوان الافتراق - اي افتراق كل منها عن صاحبه - وعليه فلو تحرك احدهما وسكن الاخر تعدم الهيئة الاجتماعية، فلا محالة يصدق الافتراق. واضف الى ذلك اثبات الامام عليه السلام افتراق الطرفين بمشبهه عليه السلام فقط حين قال: [١] فمشت خطأ ليجب البيع حين افترقنا.

## الافتراق عن اكراه

[٢] قوله المعروف: انه لا اعتبار بالافتراق عن اكراه اذا منع من التّخاير. وقد استدل لذلك بوجوه:

[٣] الأول: تبادل الاختيار من الفعل المسند الى الفاعل المختار.

واجاب عنه المصنف رحمته الله: بان المتبادر هو الاختياري في مقابل الاضطراري لافي مقابل المكره الفاعل بالاختيار.

والحق ان يقال: انه لا يتبادر الاختياري في مقابل الاضطراري ايضاً، لأن هيناث الأفعال موضوعة نوعياً، مثلاً هيئة فعل وضعت لافادة النسبة التحقيقية في ضمن اي مادة كانت. وقد تكون المادة اختيارية، ولا سبيل الى غير الاختيارية فيها كبيع وطلق، وقد تكون بالعكس كمات ووجد وغيرهما. وقد يجوز الأمران فيها والهيئة في جميع ذلك تستعمل في معنى واحد ولها وضع واحد. وبذلك يستكشف عدم دخل الاختيار في معناها اصلاً.

[٤] الثاني: حديث رفع ما استكروهوا عليه<sup>(١)</sup> بدعى انه يدل على ان الافتراق

اشتراط الاختيار في المتبايعين ما يظهر منه عموم: الرّفْع للحكم الوضعيّ المحمول على المكلف فلا يختصّ برفع التّكليف، هذا. ولكن يمكن منع التّبَادِر فإنّ المتبادر هو الإختياريّ في مقابل الإضطراريّ الذي لم يعدّ فعلاً حقيقيّاً قائماً بنفس الفاعل، بل يكون صورة فعل قائمة بجسم المضطرّ لا في مقابل المكره الفاعل بالاختيار لدفع الضرر المتوّعد على تركه، فإنّ التّبَادِر ممنوع، فإذا دخل الاختياريّ المكره عليه دخل الاضطراريّ لعدم القول بالفصل، مع أنّ المعروف بين الاصحاب أنّ الافتراق ولو اضطراراً مسقط للخيار، اذا كان الشخص متمكناً من الفسخ والامضاء، مستدلّين عليه بحصول التّفرق المسقط للخيار

عن كره لا يترتب عليه الأثر ووجوده كالعدم وقد تقدم في مسألة اشتراط الاختيار في المتبايعين ما يظهر منه شمول الحديث للحكم الوضعي.

وقد اورد على الاستدلال به بوجوه:

احدها: ما افاده المحقق النائيني رحمته الله والسيد في الحاشية، وهو: انه من التزام القائل باعتبار الاختيار في مقابل الاكراه بسقوط الخيار مع النسيان والغفلة يستكشف ان ذات الافتراق من حيث هو جعل من المسقطات لانبأ هو فعل صادر عن اختيار، وحديث الرّفْع انما يجري فيما كان الفعل منوطاً بالقصد كالعقود.

وفيه: ان النقص بالنسيان والغفلة يمكن ان يجاب عنه بما اجبنا به عن ايراد المصنف وهو ثالث الوجوه وسيأتي.

واما ما افاده من اختصاص الحديث بالأفعال القصدية.

فيرد عليه ما حققناه في محله من منع التخصيص بعد اطلاق الدليل.

ثانيها: ما افاده المحقق النائيني رحمته الله من انه من كون مورد بعض المرفوعات منحصراً في متعلق التّكليف كالحسد يستكشف اختصاص الحديث بمتعلقات التّكليف، ولا يعم الموضوعات لعدم الجامع بين المتعلق والموضوع، ولذا لو تحقق الاقامة عن كره لا يرفع حكمها بالحديث، والتفرّق من قبيل الموضوع لا المتعلق فلا يشملها الحديث.

وفيه: ان الحديث يدل على رفع كل ما هو في عالم التشريع عن ذلك العالم اذا كان

قال في المبسوط في تعليل الحكم المذكور، لأنّه إذا كان متمكناً من الامضاء والفسخ فلم يفعل، حتّى وقع التّفرق كان ذلك دليلاً على الرّضا والامضاء، انتهى. وفي جامع المقاصد تعليل الحكم المذكور بقوله لتحقّق الافتراق مع التّمكن من الاختيار انتهى.

ومنه يظهر أنّه لا وجه للاستدلال بحديث رفع الحكم عن المكره للاعتراف بدخول المكره والمضطرّ اذا تمكّنا من التّخاير.

والحاصل انّ فتوى الأصحاب هي انّ التّفرق عن إكراه عليه وعلى ترك التّخاير غير مسقط للخيار، [١] وأنّه لو حصل احدهما باختياره سقط خياره، وهذا لا يصحّ الاستدلال عليه باختصاص الأدلّة بالتّفرق الاختياري، ولا بأنّ مقتضى حديث الرّفْع جعل التّفرق للمكره عليه كلا تفرّق، لأنّ المفروض انّ التّفرق الاضطراري ايضاً مسقط

عن كره، من غير فرق بين الموضوع والمتعلق، ولذا لو شرب الخمر عن اكراه يجوز الاقتداء به وان ورد لاتصل خلف شارب الخمر. وقد صرح بذلك هو قده في حديث الرّفْع. واما مسألة الاقامة فالجواب عنها: ان الاقامة ليست موضوع وجوب التمام، بل الموضوع هو العلم بها، وهو لا يكون اكراهياً، وما هو اكراهي ليس متعلق التكليف ولا موضوعه.

[١] ثالثها: ما افاده المصنف عليه السلام: بانه لو كان الحديث مدرك هذا الحكم كان اللازم البناء على عدم مسقطية التفرّق الاكراهي مع عدم المنع من التّخاير، ولم يلتزموا بذلك، فيستكشف منه انه لا يكون الحديث مدركاً له.

وفيه: انه ان كان اجماع تعديدي على السقوط كان هو المقيد للاطلاق، وبه ترفع اليد عما يقتضيه الحديث، والا يلتزم المستدل بعدم السقوط في هذا الفرض أيضاً.

رابعها: - وهو الصحيح - وهو: ان لسان الحديث هو رفع الحكم لا وضعه، ولذا لو تعلق الاكراه بعدم التزويج لا يحكم بتحقيق الزوجية، والتفرّق ليس موضوع الحكم

مع وقوعه في حال التمكن من التّخاير، فالأولى الإستدلال عليه مضافاً إلى الشهرة المحققة المجابرة للإجماع المحكّي وإلى أنّ المتبادر من التّفرق ما كان عن رضا بالعقد [١] سواء وقع اختياراً أو اضطراراً بقوله عليه السلام في صحيحة الفضيل: فإذا افترقا فلا خيار بعد الرّضا منها، [٢] دلّ على أنّ الشرط في السّقوط الافتراق والرّضا منها، ولا ريب أنّ الرّضا المعتبر ليس إلاّ المتّصل بالتّفرق [٣] بحيث يكون التّفرق عنه اذ لا يعتبر الرّضا في زمان آخر اجماعاً، او يقال انّ قوله بعد الرّضا اشارة الى اناطة السّقوط بالرّضا بالعقد المستكشف عنه عن افتراقهما، فيكون الافتراق مسقطاً لكونه كاشفاً نوعاً عن رضاها بالعقد [٤] واعراضها عن الفسخ

بل هو سبب لارتفاع ما هو الموضوع للخيار. واما اللزوم فهو يثبت بادلته وموضوعه العقد. وبالجملة: موضوع الخيار اجتماع المتبايعين، والافتراق سبب لانعدامه، وهو ليس موضوعاً لحكم، فلا يصح ان يقال ان التّفرق الاكراهي كالتّفرق، فكان الاجتماع باق. فالأظهر عدم صحة الاستدلال به.

[١] الثالث: ان المتبادر من التّفرق ما كان عن رضا بالعقد. استدل به المصنف رحمته الله. وفيه: ما تقدم في المسألة المتقدمة من منع كاشفيته عن الرضا، فلا وجه لهذه الدعوى اصلاً.

[٢] الرابع: قوله عليه السلام في صحيح الفضيل: فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منها. (١) وذكر المصنف رحمته الله في تقريب الاستدلال به وجهين: [٣] الأول: انه يدل على ان الافتراق المفعول غاية هو الذي ينبعث عن الرضا بالعقد، بمعنى انه بعد الفراغ عن امر العقد والرضا به يفترقان.

[٤] الثاني: ان الافتراق من حيث كاشفيته عن الرضا بالعقد جعل غاية، وعلى التقديرين الافتراق الاكراهي غير مشمول له، لأنه غير منبعث عن الرضا ولا كاشف



وعلى كلِّ تقدير. فيدلُّ على أنَّ المتفرِّقين ولو اضطرَّاراً، اذا كانا متمكِّنين من الفسخ ولم يفسخا كشف ذلك نوعاً عن رضاها بالعقد فسقط خيارهما، فهذا هو الَّذي استفاده الشَّيخ رحمته كما صرَّح به في عبارة المبسوط المتقدِّمة

---

عنه والفرق بين الوجهين هو الفرق بين مقام الثبوت والاثبات.

وفيه: اولاً: ما عرفت من تطرُّق احتمالات في الرضا الموجود في الحديث.

وثانياً: انه لو سلم ان المراد بالرضا هو الرضا بلزوم العقد والالتزام به.

انما نلتزم بالتقييد اذا كان لسان الخبر هكذا، فلا خيار لهما ان افترقا بعد الرضا منهما.

واما مفاد ما في الخبر فهو كون الافتراق التزاماً عملياً، ويكون قوله بعد الرضا بياناً للافتراق.

وبعبارة اخرى: مفاد ما في الخبر انه لاخيار بعد الافتراق لكونه رضا بالعقد.

الخامس: ان تشريع الخيار انما هو للارفاق بالمتبايعين، وهذا لايلتزم مع سقوطه

بالافتراق الاكراهي.

وفيه: اولاً: ان ذلك حكمة لايدور الحكم مدارها.

وثانياً: ان اصل ثبوت الخيار انما هو للارفاق، وهذا لايلتزم مع كون غاية الخيار

ايضاً ملائمة له.

السادس: الاجماع المحكى عن غير واحد.

وفيه: انه للمعلومية مدرك المجمعين لايعتمد عليه.

فالأظهر سقوط الخيار بالافتراق الاكراهي ايضاً.

هذا اذا كان الاكراه على التفرُّق مع المنع من التخاير، واما مع عدم المنع منه فالأمر واضح.

لو اكره احدهما على التفرُّق

مسألة: لو اكره احدهما على التفرق ومنع عن التّخاير وبقي الآخر في المجلس [١] فإن منع من المصاحبة والتّخاير لم يسقط خيار احدهما، لأنّها مكرهان على الافتراق وترك التّخاير، فدخل في المسألة السابقة وان لم يمنع من المصاحبة. ففيه أقوال وتوضيح ذلك، أنّ افتراقهما المستند الى اختيارهما كما عرفت، يحصل بمرّة احدهما اختياراً وعدم مصاحبة الآخر كذلك، وانّ الاكراه على التفرق لا يسقط حكمه ما لم ينضمّ معه الاكراه على ترك التّخاير، فحينئذ نقول تحقّق الاكراه المسقط في احدهما دون الآخر يحصل تارة بإكراه احدهما على التفرق وترك التّخاير وبقاء الآخر في المجلس مختاراً في المصاحبة أو التّخاير، واخرى بالعكس بإبقاء احدهما في المجلس كرهاً مع المنع عن التّخاير، وذهاب الآخر اختياراً، ومحلّ الكلام هو الأوّل وسيّضح به حكم الثاني والاقوال فيه اربعة:

سقوط خيارهما، كما عن ظاهر المحقّق والعلامة وولده السعيد والسيد العميد وشيخنا الشهيد (قدّس الله اسرارهم).

وثبوتها لهما كما عن ظاهر المبسوط والمحقّق والشّهيدين الثانيين ومحمّل الارشاد. وسقوطه في حقّ المختار خاصّة. وفصل في التّحرير بين بقاء المختار في المجلس، فالثبوت لهما وبين مفارقتة فالسقوط عنها

[١] قوله ولو اكره احدهما على التفرّق ومنع عن التّخاير، وبقي الاخر في المجلس.

بناءً على ما اخترناه في المسألة السابقة من سقوط الخيارين بالتفرّق الكرهى لاجمال لهذا البحث، بل يكون الخياران ساقطين بالاولوية. نعم لو قلنا فيها بمقالة المشهور كان لهذا البحث مجال. ومورد البحث في المقام: ان التفرّق اذا كان عن اكره احدهما هل يوجب سقوط الخيار ام لا؟ واما الجهات الاخرى فهي لا يبحث عنها في المقام.

وبعبارة اخرى: البحث في المقام متمحض في مانعية اكره احدهما عن السقوط وعدمها، وعليه فلا وجه للنزاع في ان التفرّق هل يحصل بمرّة احدهما وسكون الاخر ام لا؟ وقد تقدم حصوله بذلك كما تقدم عدم دخل الاختيار في ذلك.

وهكذا لا وجه لجعل النزاع في المقام ومبنى الأقوال فيه بقاء الاكوان وعدمه

ومبني الاقوال على ان افتراقها المجعول غاية لخيارها هل يتوقف على حصوله عن اختيارها او يكفي فيه حصوله عن اختيار احدهما؟ وعلى الاول هل يكون اختيار كل منهما مسقطاً لخياره او يتوقف سقوط خيار كل واحد على مجموع اختيارها فعلى الاول يسقط خيار المختار خاصة، كما عن الخلاف وجواهر القاضي، وعلى الثاني يثبت الخياران، كما عن ظاهر المبسوط والمحقق والشهيد الثانيين. وعلى الثاني فهل يعتبر في المسقط لخيارها كونه فعلاً وجودياً وحركة صادرة باختيار احدهما او يكفي كونه تركاً اختيارياً، كالبقاء في مجلس العقد مختاراً، فعلى الاول يتوجه التفصيل المصرح به في التحرير بين بقاء الآخر في مجلس العقد وذهابه على الثاني يسقط الخياران كما عن ظاهر المحقق والعلامة وولده السعيد والسيد العميد وشيخنا الشهيد.

واعلم ان ظاهر الايضاح ان قول التحرير ليس قولاً مغيراً للثبوت لهما وان محل الخلاف ما اذا لم يفارق الآخر المجلس اختياراً والأسقط خيارها اتفاقاً، حيث قال في شرح قول والده: لو حمل احدهما ومنع عن التخابر لم يسقط خياره على اشكال. واما الثابت فان منع من المصاحبة والتخاير لم يسقط خياره وإلا فالاقرب سقوطه، فيسقط خيار الأول، انتهى.

وافتقار الباقي الى المؤثر وعدمه، اذ لو قلنا ببقاء الأكوان وعدم احتياج الباقي الى المؤثر فغاية ما يلزم منه ان بقاء الساكن ليس بفعله، وقد مر ان الافتراق يحصل ولو مع عدم تأثير من المتفرقين.

وتنقيح القول في المقام انما هو بالبحث في مقامين:

الأول: في ان مقتضى الأدلة المتقدمة في المسألة السابقة ماذا.

الثاني: في ما تقتضيه الروايات الحاكية لفعله <sup>العلامة</sup> عليه السلام.

اما المقام الأول: فمقتضى كون المتبادر من التفرّق ما كان عن رضا بالعقد، ومقتضى

الاجماع سقوط الخيارين في المقام،

ومقتضى حديث الرفع <sup>(١)</sup> ثبوتها معاً،

قال انّ هذا مبنيّ على بقاء الاكوان وعدمه وافتقار الباقي الى المؤثّر وعدمه وانّ الافتراق ثبوتيّ او عدميّ فعلى عدم البقاء او افتقار الباقي الى المؤثّر يسقط، لأنّه فعل المفارقة، وعلى القول ببقائها واستغناء الباقي عن المؤثّر وثبوتية الافتراق لم يسقط خياره، لأنّه لم يفعل شيئاً.

وان قلنا: بعدمية الافتراق والعدم ليس بمعلّل فكذلك.

وان قلنا انه يعلّل سقط ايضاً والاقرب عندي السقوط لأنّه مختار في المفارقة، انتهى. وهذا الكلام وان نوقش فيه بمنع بناء الاحكام على هذه التّدقيقات الاّ أنّه على كلّ حال صريح في انّ الباقي لو ذهب اختياراً فلا خلاف في سقوط خياره، وظاهره كظاهر عبارة القواعد انّ سقوط خياره لا ينفكّ عن سقوط خيار الآخر فينتفي القول المحكيّ عن الخلاف والمجواهر، لكنّ العبارة المحكيّة عن الخلاف ظاهرة في هذا القول، قال: لو اكرها، او احدهما على التفرق بالابدان على وجه يتمكّنان من الفسخ والتّخاير فلم يفعلوا، بطل خيارهما او خيار من تمكّن من ذلك ونحوه المحكي عن القاضي، فإنّه لو لا جواز التّفكيك بين الخيارين لاقتصر على قوله: بطل خيارهما، فتأمّل.

ومقتضى صحيح الفضيل<sup>(١)</sup> هو التفصيل بين المكره وغيره وسقوط خيار غير المكره خاصة.

اما التبادر فلأنّ المتيقن اعتبار رضا احدهما، وليس المتبادر خصوص ما كان عن رضاها. واما الاجماع فلعدم وجوده في المقام.

واما حديث الرفع فلأنّ غاية ما قيل في توجيه دلالتّه على التفصيل انه يدل على ارتفاع حكم ما تعلق الاكراه به خاصة دون غيره.

ودعوى انه لو شمل الحديث تفرّق المكره وحكم عليه بكون افتراقه كلا افتراق كان لازمه بقاء اجتماع صاحبه معه، ومع بقاء الهيئة الاجتماعية شرعا يكون خيار كليهما باقياً شرعا. مندفعة اولاً: بان لسان الحديث ليس تنزيل الموجود منزلة المعدوم، لأنّه حينئذ وضع لرفع، بل لسانه رفع الحكم بلا نظر الى بقاء الموضوع وعدمه كما حقق في الاصول.

بل حكي هذا القول عن ظاهر التذكرة او صريحها وفيه تأمل، وكيف كان فالأظهر في بادئ النظر ثبوت الخيارين للأصل وما تقدّم من تبادل تفرّقهما عن رضا منهما فإنّ التفرّق وان لم يعتبر كونه اختيارياً من الطرفين ولا من أحدهما إلا أنّ المتبادر رضاها بالبيع حين التفرّق، فرضا احدهما في المقام وهو الماكث لا دليل على كفايته في سقوط خيارهما، ولا في سقوط خيار خصوص التراضي، اذ الغاية غاية للخيارين فإن تحققت سقطا والأثبتا، ويدلّ عليه ما تقدّم من صحیحة الفضيل المصرّحة باناطة سقوط الخيار بالرضا المنفي بانتفاء رضا احدهما، [١] ولكن يمكن التّفصي عن الأصل بصدق تفرّقهما وتبادل تقيده بكونه عن رضا كليهما ممنوع، بل المتيقّن اعتبار رضا احدهما.

وثانياً: ان مقتضى كون افتراق المكره كلا افتراق كونه مجتمعا مع صاحبه تعبدا لاكون صاحبه مجتمعا معه، وعدم الانفكاك بينهما واقعا لا يلزم عدم الانفكاك بينهما تنزيلا وتعبدا.

ولكن الأرجح في النظر انه يقتضي ثبوت الخيارين معا، لأن الغاية للخيارين امر واحد من جهة ان الافتراق من المعاني المتضايقة كالاتّحاد، ولا يعقل افتراق احدهما عن صاحبه من دون ان يفترق صاحبه عنه، وعليه فجعل الغاية متعددة لغو فلا محالة تكون الغاية واحدة.

لا يقال: انه مع لحوق خصوصية الاكراه يكون قابلا للانفكاك فيصح جعل الغاية متعددة.

فانه يقال: ان الاكراه لا يكون قيد الافتراق واقعا كالرضا، بل خصوصية عدم الاكراه انما تعتبر بحديث الرفع الحاكم على الأدلة الواقعية، فليس في عرض الواقع ما يثبت القيدية، وعليه فحديث الرفع انما يرفع حكم الافتراق المجموع غاية وهو سقوط الخيارين معا، ولازم ذلك ثبوتها معا. فتدبر فانه دقيق.

واما صحيح الفضيل، فقد افاد المصنف عليه السلام وتبعه المحقق النائيني عليه السلام:

[١] بان الظاهر منه تقييد السقوط بالرضا منها المنتفي بانتفاء رضا احدهما او

كليهما، فيبقى الخيار حتى بالنسبة الى المختار.

وظاهر الصحيحة وان كان اعتبار ذلك إلا أنه معارض بإطلاق ما يستفاد من الرواية السابقة المحاكية لفعل الامام عليه السلام وأنه قال: فمشيت خطأً ليجب البيع حين افترقنا جعل مجرد مشيه سبباً لصدق الافتراق المجعول غاية للخيار، وجعل وجوب البيع علةً غائية له من دون اعتبار رضا الآخر او شعوره بمشي الامام عليه السلام، [١] ودعوى انصرافه الى صورة شعور الآخر وتركه المصاحبة اختياراً ممنوعة.

وظاهر الصحيحة وان كان اخصّ [٢] إلا أنّ ظهور الرواية في عدم مدخلية شيء آخر زائداً على مفارقة احدهما صاحبه مؤيد بالتزام مقتضاه في غير واحد من المقامات، مثل ما اذا مات احدهما وفارق الآخر اختياراً. فإنّ الظاهر منهم عدم الخلاف في سقوط الخيارين. وقد قطع به في جامع المقاصد مستدلاً بأنه قد تحقّق الافتراق، فسقط الخياران، مع انّ المنسوب اليه ثبوت الخيار لهما فيما نحن فيه، وكذا لو فارق احدهما في حال نوم الآخر، أو غفلته عن مفارقة صاحبه مع تأيّد ذلك بنقل الإجماع عن السيد عميد الدّين.

وفيه: ان مقتضى مقابلة التثنية بالتثنية كمقابلة الجمع بالجمع هو التوزيع، وان خيار كل من البائع والمشتري يكون مغياً برضاه، ولازم ذلك هو التفصيل بين المكره وغيره. فتحصل: أنه لو كان المدرك في المسألة هو التبادر او الاجماع كان الحكم في هذه المسألة سقوط الخيارين، ولو كان هو صحيح الفضيل كان هو التفصيل بين المكره وغيره، ولو كان هو حديث الرفع كان الحكم في المقام ثبوت الخيارين.

[١] واما المقام الثاني: فقد استدل المصنف عليه السلام لسقوط الخيارين في المقام بالرواية المتقدمة المحاكية لفعله عليه السلام وانه قال: فمشيت خطأً ليجب البيع حين افترقنا. فانها تدل على ان مجرد مشيه سبب لصدق الافتراق المجعول غاية للخيار، وجعل وجوب البيع علة غائية له من دون اعتبار رضا الاخر او شعوره بمشي الامام عليه السلام.

وفيه: انها متضمنة لقضية شخصية، ولعل تجريده في مقام الاستناد من جهة حصول الشرط وهو الرضا منه او منها.

[٢] قال المصنف عليه السلام: وظاهر الصحيحة وان كان اخص الا ان ظهور الرواية في عدم

وظاهر المبني المتقدم عن الإيضاح أيضاً عدم الخلاف في عدم اعتبار الرضا من الطرفين. وإنما الخلاف في أن البقاء اختياراً مفارقة اختيارية أم لا، بل ظاهر القواعد أيضاً أن سقوط خيار المكره متفرّع على سقوط خيار الماكث من غير إشارة الى وجود خلاف في هذا التفرّيع وهو الذي ينبغي، لأن الغاية إن حصلت سقط الخياران والإبقاء، فتأمل:

وعبارة الخلاف المتقدمة وان كانت ظاهرة في التفكيك بين المتبايعين في الخيار الآتية ليست بتلك الظهور لاحتمال ارادة سقوط خيار المتمكّن من التّخاير من حيث تمكّنه مع قطع النظر عن حال الآخر، فلا ينافي سقوط خيار الآخر لأجل التّلازم بين الخيارين من حيث اتّحادهما في الغاية، مع أنّ شمول عبارته لبعض الصّور التي لا يختصّ بطلان الخيار فيها بالمتمكّن ممّا لا بدّ منه، كما لا يخفى على المتأمّل، وحملها على ما ذكرنا من إرادة المتمكّن، لا بشرط إرادة خصوصه فقط أولى من تخصيصها ببعض الصّور. ولعلّ نظر الشّيخ والقاضي إلى أنّ الإفتراق المستند إلى اختيارها جعل غاية لسقوط خيار كلّ منهما، فالمستند الى اختيار احدهما مسقط لخياره خاصّة وهو استنباط حسن لكن لا يساعد عليه ظاهر النّص. ثمّ أنّه يظهر ممّا ذكرنا حكم عكس المسألة

---

مدخلية شيء آخر زائداً على مفارقة احدهما صاحبه مؤيد بالتزام مقتضاه في غير واحد من المقامات انتهى.

والذي اظنه ان هذا الكلام منه قده مبني على ما ذكره في الاصول في مبحث التعادل والترجيح من ان الخاص اذا كان ظني الدلالة لا يقدم على العام مطلقا، بل لا بد من ملاحظة اقوى الظهورين: فانه في المقام دلالة الصحيح على عدم سقوط الخيارين بدون رضاها ليست قطعية بل ظنية ومن باب الظهور فلا بد من ملاحظة اقوى الظهورين منه ومن ظهور الرواية، وحيث ان ظهور الرواية اقوى من جهة التزام مقتضاها في كثير من المقامات حسب ما ذكره المصنف رحمته الله، فيكون هو مقدما على ظهور الصحيح.

وعليه فما اورده المحقق الايرواني رحمته الله عليه بعد بيان مراده بغير ذلك في غير محله.

وهي ما اذا اكره احدهما على البقاء ممنوعاً من التّخاير وفارق الآخر اختياراً، فإنّ مقتضى ما تقدّم من الايضاح من مبنى الخلاف في سقوط الخيارين هنا، ومقتضى ما ذكرنا من مبنى الاقوال جريان الخلاف هنا ايضاً وكيف كان، فالحكم بسقوط الخيار عنهما هنا أقوى كما لا يخفى.

مسألة: لو زال الاكراه، [١] فالمحكّي عن الشّيخ وجماعة، امتداد الخيار بامتداد مجلس الزّوال. [٢] ولعلّه لأنّ الافتراق الحاصل بينهما في حال الاكراه كالمعدوم، فكأنّهما بعد مجتمعان في مجلس العقد، فالخيار باق [٣] وفيه أنّ الهئية الاجتماعيّة المحاصلة حين العقد قد ارتفعت حسّاً غاية الامر عدم ارتفاع حكمها وهو الخيار بسبب الاكراه، ولم يجعل مجلس زوال الاكراه

## لو زال الاكراه

[١] ولو زال الاكراه وهو لم يرد، ففيه اقوال:

[٢] الأول ما عن الشّيخ وجماعة، وهو: انه يمتد الخيار بامتداد مجلس الزوال. الثاني: ما عن التذكرة، وهو: انه ينقطع خياره ببقائه سائراً، قال: وليس عليه الانقلاب الى مجلس العقد ليجتمع مع العاقد الاخر ان طال الزمان، وان لم يطل ففيه احتمال عند الجويني. انتهى.

الثالث ما عن جمع منهم السيد في الحاشية وهو: بقاء الخيار الى ان يحصل احد المسقطات الاخر.

[٣] وقد استدلّ للأول: بان الافتراق الحاصل عن كره كالمعدوم، فكأنّهما بعد مجتمعان في مجلس العقد، فالخيار باق الى ان يحصل الافتراق. وفيه: ما تقدم من ان حديث الرفع لا ينفي الموضوع، وانما يتضمن رفع الحكم خاصة.

واستدلّ للثالث بوجهين:

احدهما: ان النص ساكت عن غاية هذا الخيار، فيرجع الى استصحاب الخيار. وفيه: - مضافاً الى ما حققناه في محله من عدم جريان الاستصحاب في الأحكام



بمنزلة مجلس العقد. والحاصل أنّ الباقي بحكم الشرع هو الخيار لا مجلس العقد، فالنص ساكت عن غاية هذا الخيار، فلا بدّ أمّا من القول بالفور كما عن التذكرة، ولعلّه، لأنّه المقدار الثابت يقيناً لاستدراك حقّ المتبايعين، وأمّا من القول بالتراخي إلى ان يحصل المسقطات لاستصحاب الخيار والوجهان جاريان في كلّ خيار لم يظهر حاله من الادلة.

– انه لو سلم ذلك لا سبيل له في المقام مع وجود عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾<sup>(١)</sup> فانه وان لم يكن له عموم ازمانى الا ان المخصص بما انه من الابتداء لان الوسط يكون هو المرجع دون الاستصحاب.

ثانیهما: ما افاده السيد عليه السلام وهو: ان النص يدل على ذلك، فانه جعل المسقط الافتراق الاختياري والمفروض عدم تحققه وعدم بقاء شأنية التحقق له ايضا، لأن المفروض حصول الافتراق حساً، فيكون كما لم يكن الافتراق في الأصل. هذا اذا قلنا بان الافتراق منصرف الى الاختياري، وان قلنا بذلك من جهة حديث الرفع فكذلك لأن مقتضاه ان الافتراق الاكراهي لا اثر له في الاسقاط، والمفروض عدم مسقط آخر فلا بد من بقاء الخيار.

وفيه: اولاً: ان ذلك لو تم فانما هو على القول بان الغاية هي حدوث الافتراق، اما لو قلنا بانها مطلق الافتراق حدوثا كان او بقاءً فيمكن ان يقال: ان الغاية وان كانت حدوثا عن اكراه وعن غير رضا الا انها بقاءً تكون لاعتراضه، ومع تحقق الغاية بتحقيق شرطها او زوال مانعها يرتفع المغيا وهو الخيار. وعليه فلا يكون الخيار باقيا لافورا ولا بنحو التراخي.

وثانياً: انه لو سلم كون الغاية هي حدوث الافتراق، فالغاية وان كانت ممتنعة التحقق الا ان بقاء الخيار يتوقف على ثبوت الاطلاق لدليله، ويمكن منعه من هذه الحيثية – اي حيثية امتناع تحقق غايته وامكانه – فتأمل.

وبما ذكرناه ظهر مدرك القول الثالث وما يمكن ان يرد عليه.

مسألة: ومن مسقطات هذا الخيار التصرف [١] على وجه يأتي في خيار الحيوان والشروط، ذكره الشيخ في المبسوط في خيار المجلس وفي الصرف، والعلامة في التذكرة، ونسب الى جميع من تأخر عنه، بل ربما يدعي اطلاقهم عليه وحكى عن الخلاف والجواهر والكافي والسرائر ولعله لدلالة التعليل في بعض اخبار خيار الحيوان [٢]

## مسقطية التصرف

[١] الرابع: من ما ذكر من مسقطات هذا الخيار: التصرف، ولا بد اولاً من بيان الموضوع، ثم حكمه. الظاهر ان مرادهم منه هو تصرف البائع في الثمن، والمشتري في المبيع، واما العكس فلو دل على شيء فهو الفسخ لا لزوم العقد، وايضا المراد مسقطية تصرف كل منهما لخصوص خياره دون صاحبه. وكيف كان فقد استدل لمسقطيته بوجوه:

الأول: ما افاده المحقق النائيني رحمته، وهو: ان التصرف اجازة فعلية، فمسقطيته تكون على القاعدة.

وفيه: انه قد صرح في غير مورد بانه يعتبر في الانشاء ان يكون ما ينشأ به مصداقاً للعنوان المقصود انشائه، فكل تصرف ليس مصداقاً للاجازة لا يصح الانشاء به، نعم التصرف الذي يكون كذلك. وبعبارة اخرى يكون مبرزاً عرفياً يصح انشاء الاجازة به.

[٢] الثاني: ما في المتن، وهو عموم العلة المذكورة في خيار الحيوان، وهي قوله عليه السلام: (١) فذلك رضا منه فلا شرط له.

بتقريب: انه يدل على ان التصرف كاشف نوعي عن الرضا بالعقد، والشارع الأقدس امضى هذه الكاشفية، ومن المعلوم انه لا اختصاص للكاشفية بخيار الحيوان.

وهو الوجه أيضاً في اتّفاقهم على سقوط خيار الشّرط والّا فلم يرد فيه نصّ بالخصوص، بل سقوط خيار المشتري بتصرّفه، مستفاد من نفس تلك الرواية المعلّلة حيث قال: فإنّ احدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة ايام فذلك رضا منه فلا شرط [١] فإنّ المنفي يشمل شرط المجلس والحيوان، فتأمّل.  
وتفصيل التّصرف المسقط سيّجىء انشاء الله تعالى.

وفيه: انه سيّجىء ان محتملات هذه الجملة متعددة  
واظهرها انه على بصدد التعبد بكون تلك الأفعال التزاما واجازة، وعليه فلا سبيل الى التمسك بعموم العلة: فانه انما تكون العلة معممة فيما اذا كانت علة عرفا ويفهم العرف علية، ولا تكون تعبدية والا فيدور الحكم مدار مقدار التعبد، وحيث ان النص مختص بخيار الحيوان، فلا وجه للتعدى.

[١] الثالث: ما في المتن، ايضاً، وهو: ان سقوط خيار المشتري بتصرفه مستفاد من نفس الرواية المعلّلة حيث قال: فان احدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل ثلاثة ايام فذلك رضا منه فلا شرط فان الشرط يشمل شرط المجلس.

وفيه: ان الشرط المنفي خصوص خيار الحيوان، اذ الشرط الذي يسقط بذلك قبل ثلاثة ايام خصوص ذلك.

واما خيار المجلس فلا فرق فيه بين قبل الثلاثة وبعدها ولعله لذلك امر بالتأمل.  
فالحق عدم مسقطية التصرف من حيث هو،  
نعم الأفعال التي تكون مبرزة لذلك وقصد بها السقوط تكون مسقطه لكونها اسقاطاً، لا لمسقطية التصرف، هذا تمام الكلام في خيار المجلس.

## خيار الحيوان

والثاني: خيار الحيوان، [١] لا خلاف بين الامامية في ثبوت الخيار في الحيوان للمشتري، وظاهر النص والفتوى، العموم لكل ذي حياة فيشمل مثل الجراد والزنبور والسّمك والعلق ودود القزّ ولا يبعد اختصاصه بالحيوان، المقصود حياته في الجملة فمثل السّمك المخرج من الماء والجراد المحرز في الاناء وشبه ذلك خارج، لأنّه لا يباع من حيث أنّه حيوان، بل من حيث أنّه لحم و [٢] يشكل فيما صار كذلك لعارض كالصيد المشرف على الموت

[١] الثاني: خيار الحيوان الذي هو في الجملة اجماعي بل ضروري عند علماء المذهب كذا في الجواهر، والنصوص الشاهدة به مستقيضة ان لم تكن متواترة، واستقصاء القول في المقام بالبحث في امور:

احدها: هل يثبت الخيار في بيع كل حيوان حتى مثل الجراد والزنبور والسّمك والعلق ودود القز، وحتى الحيوان المشرف على الموت، ام يختص بما يقصد حياته، فلا يشمل المقصود لحمه، ام يختص بما يقصد لحمه وحياته معا؟ وجوه.

الظاهر من النص والفتوى العموم لكل ذي حياة، وقد وقع الكلام في الحيوان الذي يكون المقصود لحمه لاحتياته لعدم بقاء حياته بالاصالة كالسّمك المخرج من الماء، او لعارض كالصيد المشرف على الموت، ظاهر الفتوى ثبوت الخيار فيه، وعن جماعة من متاخري المتأخرين عدم ثبوته فيه.

[٢] والمصنف رحمته الله نفى البعد عن عدم ثبوت هذا الخيار في القسم الاول واستشكل في القسم الثاني واستدل للاول بالنص

وفيه: ان الظاهر من اخذ كل عنوان في الموضوع دخله فيه من حيث هو لاكونه اشارة ومعرفا للمصاديق الخارجية، وعليه فيما ان الماخوذ في موضوع هذا الخيار بيع الحيوان، فيكون الخيار ثابتا فيما يباع بما انه حيوان - اي ذونفس واما ما يباع لانه هذا العنوان بل بما هو لحم فلا يكون مشمولاً لهذا الحكم، من غير فرق بين ما هو كذلك بالاصالة، او بالعارض، بل لو بيع حيوان سالم باق لا بما هو حيوان بل بما انه لحم لا يكون مشمولاً له.

باصابة السهم او بجرح الكلب المعلم، وعلى كل حال فلا يعدّ زهاق روحه تلفاً من البائع قبل القبض، او في زمان الخيار، [١] وفي منتهى خياره مع عدم بقاءه الى الثلاثة، وجوه، [٢]

وهل يعد زهاق روح المشرف على الموت تلفاً من البائع قبل القبض او في زمان الخيار على القول به، او في المجلس، ام لا؟ وجهان،  
[١] مختار المصنف الثاني.

واورد عليه: بانه بناءً على ثبوت الخيار لم لا يعد زهاق روحه تلفاً في زمان الخيار. وبعبارة اخرى: ان لوحظ جهة اللحمية لا خيار ولا تلف من البائع، وان لوحظ جهة الحيوانية دخل الخيار فيه وكان تلفه من البائع.

وفيه: ان ملاك ثبوت الخيار هو وقوع البيع على ذات ما هو حيوان وان لم يقصد هذه الجهة، واما ملاك التلف فهو زوال الوصف والمقوم للمالية، والحياة في الفرض غير مقومة لها، فلا يعد زوالها تلفاً.

[٢] ولو كان الحيوان لا يبقى الى ثلاثة ايام، ففي منتهى خياره وجوه واقوال.  
مقتضى ظاهر النص: ان كل حيوان ثبت فيه الخيار كان خياره باقياً الى الثلاثة، وقد يقال: بان منتهاه في المقام التلف.

وفيه: انه مبني على كون متعلق الخيار العين، وهي الحيوان، فمع نفاذه يزول الخيار، والمبني فاسد، فانه متعلق بالعقد.

وقد يقال: بانه خيار ثابت لم يشب منتهاه من الدليل، فان النصوص من جهة حكمة جعل الخيار - وهي الاطلاع على عيوب الحيوان - تكون منصرفة عنه، فيأتي فيه الوجهان من امتداد الخيار الى ان ياتي احد المسقطات للاستصحاب، ومن كونه على الفور لأنه القدر المتيقن.

وفيه: ان الحكمة لاسيما غير المنصوطة منها لا يعتنى بها، فالمتبع هو اطلاق النصوص.

هذا كله لو كان المبيع معيناً،

ثمّ أنّه هل يختصّ هذا الخيار بالمبيع المعين، [١] كما هو المنساق في النّظر من الاطلاقات مع الاستدلال به في بعض معاهد الاجماع كما في التذكرة، بالحكمة الغير الجارية في الكلّي الثابت في الذمة او يعمّ الكلّي كما هو المترافى من النّص والفتوى لم اجد مصرّحاً بأحد الأمرين.

نعم يظهر من بعض المعاصرين الأوّل ولعلّه الاقوى، وكيف كان، فالكلام فيمن له الخيار وفي مدّته من حيث المبدأ والنتهى، ومسقطاته يتمّ برسم مسائل.  
مسألة: المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري، [٢] حكى عن الشّيخين والصدّوقين والإسكافي وابن حمزة والشّامين الخمسة والحليين السّنة ومعظم المتأخّرين،

[١] قوله ثم انه هل يختص هذا الخيار بالمبيع المعين.

وملخص القول فيه: انه ان كان المبيع كلياً في المعين لا كلام في ثبوت الخيار فيه، وان كان كلياً في الذمة مقتضى اطلاق النصوص ثبوت الخيار فيه.  
وقد استدلل للعدم بوجهين:

الأول: انصراف النصوص الى الشخصي من حيث ان المتداول بين الناس في بيع الحيوان هو الشخصي، فالخيار الثابت في بيع الحيوان ينصرف الى ما هو المتداول عندهم. وفيه: ان التعارف والتداول لا يوجب الانصراف المقيد للاطلاق، فهل يتوهم احد انصراف ﴿احلّ الله البيع﴾<sup>(١)</sup> عنه؟

الثاني: ان حكمة جعل الخيار لاتجري في الكلي.  
وفيه: ان الحكمة لاتوجب تقييد الاطلاق، فالأظهر ثبوت الخيار في الكلي مطلقاً

### اختصاص الخيار بالمشتري

[٢] المشهور بين الاصحاب اختصاص هذا الخيار بالمشتري، وعن الغنية

والدروس دعوى الاجماع عليه.

وعن الغنية، وظاهر الدّروس، الاجماع عليه، لعموم قوله عليه السلام اذا افترقا  
وجب البيع، [١] خرج المشتري وبقي البائع،

وتنقيح القول في هذا الأمر بالبحث في مقامين:  
الأول: في انه هل يختص هذا الخيار بمن انتقل اليه الحيوان، ام يكون ثابتا لمن  
انتقل عنه ايضا

الثاني: في انه هل يثبت لمن انتقل اليه مطلقا، ام يختص بخصوص المشتري.  
اما المقام الأول: فالمشهور بين الأصحاب هو الاختصاص، وعن السيد الأجل  
المرتضى: ثبوته لمن انتقل عنه، وقواه في محكى المسالك مع قطع النظر عن الشهرة، وتبعه في  
ذلك صاحب المفاتيح، وتوقف في محكى غاية المراد وحواشي القواعد، وتبعه في محكى  
المقتصر.

وتحقيق الكلام يقتضي البحث في موردين:

الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثاني: فيما تقتضيه النصوص الخاصة.

اما المورد الأول: فقد استدل المصنف رحمته الله لعدم الثبوت بوجهين:

[١] احدهما: عموم قوله عليه السلام: فاذا افترقا وجب البيع<sup>(١)</sup>. خرج المشتري وبقي

البائع.

وفيه: اولاً: انه مختص ببيع غير الحيوان، لأن التفصيل قاطع للشركة، فالتفصيل بين  
الحيوان وغيره في صحيح الفضيل الآتي. وغيره موجب لاختصاص ذلك بغير الحيوان.  
وثانياً: ان الوجوب الذي تثبته هذه الجملة هو الوجوب الاضافي، وقد ورد نظيره  
في خيار الحيوان، ولذا لا تكون ادلة الخيارات متعارضة،

وثالثاً: ان الوجوب بمعنى لزوم العقد وعدم قابليته للانحلال، فاذا ثبت الخيار

بل لعموم: اوفوا بالعقود بالنسبة الى ما ليس فيه خيار المجلس بالاصل او بالاشتراط، ويثبت الباقي بعدم القول بالفصل [١] ويدلّ عليه ايضاً ظاهر غير واحد من الاخبار [٢]

- ولو للمشتري - لم يكن البيع واجبا، وليس وجوب البيع من قبيل العام كي يقال انه خصص بالاضافة الى المشتري وتخصيصه بالنسبة الى البائع مشكوك فيه فيتمسك بالعموم.

وبما ذكرناه ظهر عدم صحة الاستدلال بقوله <sup>الغلاة</sup>عليه السلام: فاذا افترقا فلا خيار. (١)

[١] ثانيهما: العمومات العامة للبيع وغيره مثل ﴿اوفوا بالعقود﴾ (٢) فيما لا يكون

فيه خيار المجلس بالأصل او بالاشتراط، ويثبت في الباقي بعدم القول بالفصل.

وفيه: انه يصح التمسك بها حتى فيما ثبت فيه خيار المجلس، فانه لو سلم كون المرجع استصحاب حكم الخاص اذا لم يكن للعام عموم ازماني - مع انه غير تام - فانما هو فيما اذا لم يكن التخصيص من الابتداء، والا فالمرجع هو عموم العام.

واستدل للقول الآخر: باصالة جواز العقد من الطرفين بعد ثبوت خيار المجلس.

وفيه: بعد تصحيحه بان اجتماع السببين للخيار موجب لثبوت خيار واحد ذي

جهتين، وعليه فتصح دعوى استصحاب الكلي الموجود بوجود خيار المجلس، فانه من قبيل الكلي المردد بين الطويل والقصير،

مضافا الى ان المختار عدم جريان الاستصحاب في الأحكام

ان المقام، كما تقدم، مورد التمسك بالعموم لا الاستصحاب.

فتحصل: ان الأظهر بحسب القواعد عدم الثبوت لمن انتقل عنه.

[٢] واما المورد الثاني: فقد استدل للاختصاص بصحاح خمسة.



منها صحيحة الفضيل بن يسار عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قلت له: ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثة ايام للمشتري، قلت: وما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افتراقا فلا خيار بعد الرضا منها، وظهوره في اختصاص الخيار بالمشتري، واطلاق نفي الخيار لهما في بيع غير الحيوان بعد الافتراق يشمل ما اذا كان الثمن حيواناً، [١] ويتلوها في الظهور رواية علي بن اسباط عن ابي الحسن الرضا عليه السلام قال الخيار في الحيوان ثلاثة ايام للمشتري فإن ذكر القيد مع اطلاق الحكم قبيح إلا لنكتة جليّة، [٢] ونحوها صحيحة الحلبي في الفقيهة عن أبي عبدالله عليه السلام قال: في الحيوان كله شرط ثلاثة ايام للمشتري

منها صحيح الفضيل<sup>(١)</sup> المذكور في المتن وتقريب الاستدلال به ما في المتن [١] قال واطلاق نفي الخيار لهما في بيع غير الحيوان بعد الافتراق يشمل ما اذا كان الثمن حيوانا وفيه ان الظاهر كما تقدم ان الخيار المنفى خصوص خيار المجلس لا مطلق الخيار وقد افاد صاحب الجواهر في وجه اختصاصه وغيره من النصوص، بان اللام تفيد الاختصاص وفيه: ان الاختصاص الذي تفيدته اللام غير الانحصار الموجب لثبوت المفهوم، فان الاختصاص ليس الا ان المشتري لاشريك له في حق الخيار غير المنافي بثبوت فرد آخر منه للبايع ومنها رواية علي بن اسباط<sup>(٢)</sup> المذكورة في المتن، وتقريب الاستدلال بها ما في المتن.

وهو الوجه عنده في دلالة سائر النصوص قال.  
[٢] فان ذكر القيد مع اطلاق الحكم قبيح الا لنكتة جليّة.  
وفيه: ان هذا ذكر وجهاً لدلالة الوصف، واللقب على المفهوم، وقد حقق في الاصول عدم تماميته.  
ومنها صحيح الحلبي<sup>(٣)</sup> الذي ذكر في المتن وتقريب الاستدلال به ما في سابقه.

(١) ذكره صدره في باب ٣ وذيله في باب ١ من ابواب الخيار في الوسائل.

(٢) الوسائل - باب ٣ - من ابواب الخيار حديث ٨. (٣) الوسائل - باب ٤ - من ابواب الخيار حديث ١.

حول اختصاص الخيار بمن انتقل اليه ..... ٣٠٩

وصحيحة ابن رثاب عن ابي عبدالله عليه السلام قال: الشرط في الحيوانات ثلاثة ايام للمشتري، اظهر من الكل، صحيحة ابن رثاب [١] المحكيّة عن قرب الاسناد قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى جارية، لمن الخيار للمشتري أو للبائع أو لهما كليهما، قال الخيار لمن اشترى نظرة ثلاثة ايام، فإذا مضت ثلاثة ايام فقد وجب الشراء.

---

ومنها صحيح ابن رثاب<sup>(١)</sup> المذكور في المتن وتقريب الاستدلال به وما يرد عليه ما في سابقه

[١] نعم لا كلام في دلالة صحيح<sup>(٢)</sup> على بن رثاب الثاني المذكور في المتن على ذلك، فان المسؤول عنه انما هو جنس الخيار لا فرد منه، اذ لا مقابلة بين ثبوت فرد للبائع وفرد آخر للمشتري، بل المقابلة بين ثبوت الجنس للبائع واختصاصه به وثبوته للمشتري، فجوابه عليه السلام كالنص في الاختصاص، فيدل بالمفهوم على نفيه عن البائع. وفي مقابل هؤلاء من يدعى عدم دلالة شيء من تلك النصوص على الاختصاص، اما صحيح ابن رثاب فلأنه وارد في الجارية دون الحيوان، واما غيره فلأنه يحمل قوله عليه السلام ثلاثة ايام للمشتري على ان جعل الخيار لأجل رعاية حال المشتري لا ان المجمعول له الخيار هو المشتري، فكأن اللام للغاية لا للاختصاص. وفيه: الظاهر ان عدم الفرق بين الجارية وسائر الحيوانات من المتسالم عليه، وحمل اللام على الغاية خلاف الظاهر، لاسيما بعد وقوع هذه الجملة جوابا عن السؤال عن حد الخيار.

فالأظهر دلالتها على الاختصاص من جهة ورودها في مقام الضبط والتحديد، لاسيما ما وقع منها جوابا عن السؤال عما هو الشرط في الحيوان، ويؤيده تغيير التعبير،

---

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

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

وعن سيدنا المرتضى رحمته وابن طاووس ثبوته للبائع أيضا [١] وحكى عن الانتصار دعوى الإجماع عليه لأصالة جواز العقد من الطرفين بعد ثبوت خيار المجلس، [٢] ولصحيحة محمد بن مسلم: المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان، وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا، [٣] وبها تخصص عمومات اللزوم مطلقاً أو بعد الافتراق وهي ارجح بحسب السند من صحيحة ابن رئاب المحكيّة عن قرب الاسناد. [٤]

لاحظ صحيح محمد بن مسلم: البيعان بالخيار مالم يفترقا، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام. <sup>(١)</sup>  
ودعوى ان صاحب الحيوان مطلق من حيث ارادة الصاحب الفعلي والسابق، فيعم كليهما مندفعة بان المشتق حقيقة في المتلبس.

[١] وعن السيد الاجل المرتضى ثبوته لمن انتقل عنه، وقواه في محكى المسالك مع قطع النظر عن الشهرة، وتبعه في ذلك صاحب المفاتيح، وتوقف في محكى غاية المراد وحواشى القواعد وقد استدلل له بوجهين

[٢] احدهما اصالة جواز العقد من الطرفين بعد ثبوت خيار المجلس وفيه بعد تصحيحه بان اجتماع السببين للخيار موجب لثبوت خيار واحد ذى جهتين وعليه فيصح دعوى استصحاب الكلى الموجود بوجود خيار المجلس فانه من قبيل الكلى المردد بين الطويل والقصير

مضافا الى ان المختار عدم جريان الاستصحاب فى الاحكام ان المقام كما تقدم مورد التمسك بالعموم لا الاستصحاب فنحصل ان الاظهر بحسب القواعد عدم الثبوت لمن انتقل عنه [٣] ثانيهما صحيح محمد بن مسلم <sup>(٢)</sup> المذكور فى المتن قال [٤] وبها تخصص عمومات اللزوم مطلقا وبعد الافتراق وهي ارجح بحسب السند من صحيح ابن رئاب والمصنف اتعب نفسه فى ارجحية سنده - وكيف كان فحيث لاشبهة فى ظهوره فى عدم الاختصاص فيتعين بيان ما يقتضيه الجمع بين الروايات

وقد صرّحوا بترجيح رواية مثل محمد بن مسلم وزرارة واضرابهما على غيرهم من الثقات مضافاً الى ورودها في الكتب الأربعة المرجّحة على مثل قرب الإسناد من الكتب التي لم يلتفت اليها اكثر اصحابنا مع بعد غفلتهم عنها او عن مراجعتها. وأما الصحاح الأخر المكافئة سنداً لصحيحه ابن مسلم فالانصاف أنّ دلالتها بالمفهوم لا تبلغ في الظهور مرتبة منطوق الصحيحة، [١] فيمكن حملها على بيان الفرد الشديد الحاجة، لأنّ الغالب في المعاملة خصوصاً معاملة الحيوان كون ارادة الفسخ في طرف المشتري لاطلاعاً على خفايا الحيوان ولاريب ان الاظهرية في الدلالة متقدمة في باب الترجيح على الاكثرية.

وأما ما ذكر في تأويل صحيحة ابن مسلم، من أنّ خيار الحيوان للمشتري على البائع، فكان بين المجموع، ففي غاية السقوط. وأما الشهرة المحققة فلا تصير حجة على السيد، بل مطلقاً بعد العلم بمسند المشهور، وعدم احتمال وجود مرجّح لم يذكره، واجماع الغنية لو سلّم رجوعه الى اختصاص الخيار بالمشتري لا مجرد ثبوته له معارض باجماع الانتصار الصريح في ثبوته للبائع، ولعلّه لذا قوى في المسالك قول السيد مع قطع النظر عن الشهرة، بل الإتفاق على خلافه وتبعه على ذلك في المفاتيح، وتوقف في غاية المراد وحواشي القواعد وتبعه في المختصر هذا ولكنّ الانصاف أنّ اخبار المشهور من حيث المجموع لا يقصر ظهورها عن الصحيحة [٢] مع اشتهاها بين الرواة حتىّ محمد بن مسلم الراوى للصحيحة

[١] وقد افاد المصنف رحمته الله في مقام الجمع بينه وبين الروايات المتقدمة اولاً: بان تلك النصوص - سوى ما عن قرب الاسناد - انما تكون دلالتها بالمفهوم لا تبلغ في الظهور مرتبة منطوق الصحيح، فيمكن حملها على بيان الفرد الشديد الحاجة، اذ الغالب كون ارادة الفسخ في طرف المشتري، ولاريب ان الأظهرية في الدلالة متقدمة في باب الترجيح على الأكثرية. وأما صحيح ابن رثاب، فصحيح ابن مسلم ارجح منه من حيث السند، لأنّ راويه من اجل الثقات، وهو مروى في الكتب الأربعة، وقرب الأسناد ليس في الاعتبار بتلك المكانة. ثم قال:

[٢] الانصاف ان اخبار المشهور من حيث المجموع لا يقصر ظهورها عن الصحيحة مع اشتهاها بين الرواة، حتى محمد بن مسلم الراوى للصحيحة

مع ان المرجع بعد التكافو عموم أدلة لزوم العقد بالافتراق والمتيقن خروج المشتري، [١] فلا ريب في ضعف هذا القول.

[١] مع ان المرجع بعد التكافؤ عموم ادلة لزوم العقد بالافتراق، والمتيقن خروج المشتري.

ولكن يرد على ما افاده قده اولاً: ان قوة دلالة احد المتعارضين في نفسها ليست موجبة للتقديم لعدم دلالة دليل على ذلك، وانما توجب ذلك فيما اذا كان قرينة على الآخر ولم يكونا عند العرف متنافيين،

وضابط ذلك انه لو جمعاً في كلام واحد وفرض صدور المجموع عن شخص واحد لا يكون هذا الكلام متهافتاً صدره مع ذيله، وكان احدهما قرينة على الآخر، كما لو ورد اغتسل للجمعة ثم ورد لابس بترك غسل الجمعة.

وهذا الضابط لا ينطبق على المقام، فاناً اذا جمعنا قوله ﷺ في صحيح الفضيل في جواب السائل ما الشرط في الحيوان ثلاثة ايام للمشتري مع قوله ﷺ في صحيح محمد بن مسلم المتبايعان بالخيار ثلاثة ايام في الحيوان لا يرى العرف احدهما قرينة على الآخر، بل يكون هذا الكلام متهافتاً صدره مع ذيله.

ويرد على ما افاده ثانياً: انه في الخبرين المتعارضين لا يحكم بالتساقط والرجوع الى العام الفوق، بل لا بد من الرجوع الى المرجحات، ومع فقدتها يحكم بالتخيير

وقد جمع بين الطائفتين المحقق النائيني رحمته الله بوجه آخر وهو: ان صحيح محمد بن مسلم باطلاقه يشمل ما اذا كان الثمن او المثلث او كلاهما حيواناً، فيقيد بواسطة النصوص الاخر التي منها صحيحه الاخر بما اذا كان العوضان حيوانين

وفيه: انه حمل على الفرد النادر، وفي مثله يكون المطلق معارضاً مع المقيد. ودعواه ان قوله ﷺ صاحب الحيوان اظهر في الاختصاص، لا تكون جواباً عن ذلك، فان ما ذكره تقريب لدلالته على المفهوم، وصيرورته مقيداً، وهذا لا يلزم صلاحيته لتقييد الاطلاق بهذا النحو من التقييد.

نعم هنا قول ثالث، لعلّه أقوى منه وهو ثبوت الخيار لمن انتقل اليه الحيوان ثمناً او مثنماً، نسب الى جماعة من المتأخرين منهم الشَّهيد في المسالك [١] لعموم صحيحة محمد بن مسلم البيعان بالخيار ما لم يفترقا وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام، [٢] ولا ينافيه تقييد صاحب الحيوان بالمشتري في موثقة ابن فضال لاحتمال ورود التقييد مورد الغالب لأن الغالب، كون صاحب الحيوان مشترياً، [٣] ولا ينافي هذه الدَعوى التمسك باطلاق صحيحة محمد بن مسلم

فالحق: ان الطائفتين متعارضتان، ولا يمكن الجمع بينهما،

والترجيح مع اخبار المشهور لوجهين:

احدهما: انها المشهورة بين الأصحاب رواية وفتوى:

ثانيهما: انها موافقة للكتاب، فانها تدل على عدم ثبوت الخيار للبائع، وصحيح ابن

مسلم يدل على ثبوته له، وهي موافقة لقوله تعالى ﴿اَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(١)</sup> فتقدم هي.

هذا على فرض تسليم حجية صحيح ابن مسلم في نفسه،

مع انها قابلة لل منع من جهة اعراض الأصحاب عنه وعدم افتائهم بمضمونه.

فالأظهر هو اختصاص هذا الخيار بمن انتقل اليه، وعدم ثبوته لمن انتقل عنه.

واما المقام الثاني: فظاهر المشهور الاختصاص بالمشتري.

[١] وعن جماعة من المتأخرين منهم الشهيد في المسالك: ثبوته لمن انتقل اليه

الحيوان ثمنا او مثنماً

واستدل للعموم بصحيح محمد بن مسلم المذكور في المتن<sup>(٢)</sup>

واورد عليه بايرادات:

الأول: انه مطلق يقيد اطلاقه بموثق ابن فضال عن علي بن موسى عليه السلام: صاحب

الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة ايام.

[٢] واجاب عنه المصنف باحتمال ورود التقييد مورد الغالب، اذا لغالب كون

صاحب الحيوان مشترياً.

ثم اورد على نفسه: بانه كما يحتمل ذلك يحتمل ورود الاطلاق في الصحيح مورد

الغالب، بان يكون المراد من صاحب الحيوان هو المشتري، وانما لم يذكر القيد من باب

الاتكال على الغلبة.

لأن الغلبة قد تكون بحيث تنزّل التقييد عليها، ولا يوجب تنزّل الاطلاق، [١] ولا ينافيها ايضاً ما دلّ على اختصاص الخيار بالمشتري لورودها مورد الغالب من كون الثمن غير حيوان. ولا صحيحة محمد بن مسلم المثبتة للخيار للمتبايعين، [٢] لا مكان تقييدها وان بعد

[١] واجاب عنه: بانه قد تكون الغلبة بحيث توجب تنزّل التقييد عليها ولا توجب تنزّل الاطلاق.

واورد عليه السيد الفقيه وتبعه المحقق الايرواني عليه السلام: بان مجرد الدعوى والامكان لا يصح الاستدلال.

اقول: توضيحا لما افاده المصنف عليه السلام بنحو يظهر عدم ورود ما اورد عليه مع ما هو الحق في المقام: ان المطلق في الأحكام الانحلالية لا يحمل على المقيد اذا كانا متوافقين - كما في اكرم العلماء و اكرم الفقهاء - لعدم التنافي بينهما، والمقام من هذا القبيل، ولا ينافي ثبوت الخيار لهما مع ثبوته للمشتري، فلا يحمل المطلق على المقيد.

نعم يبقى حينئذ سؤال، وهو: انه على هذا ما فائدة القيد ولم ذكر ذلك؟ والجواب عنه: انه انما ذكر القيد لكونه غالبيا كما في الاية الشريفة ﴿وربائبكم اللاتي في حجوركم﴾<sup>(١)</sup>. فان قيل: لم لا يحمل المطلق على الغالب؟

اجبنا عنه: بانه مع تمامية مقدمات الحكمة ينعقد للفظ ظهور في الاطلاق، ولا يصح ارادة المقيد منه الا مع ضم ما يصلح عرفا ان يتكل عليه في مقام ارادة المقيد وبعض مراتب الغلبة لا يصلح لذلك، وهذا بخلاف حمل المقيد عليه فانه لا يراد بحمله على الغلبة صرفه عن كونه مقيدا، بل هو بنفسه غير قابل لذلك، وانما يحمل على الغالب خروجا عن اللغوية. وعلى هذا فتكون الغلبة موجبة لتنزّل التقييد عليها غير موجبة لتنزّل الاطلاق، مع انه يمكن ان يكون المشتري وصفا للحيوان بان يقرأ بفتح الراء.

[٢] الثاني: ما ذكره المصنف عليه السلام بقوله: ولا صحيحة محمد بن مسلم المثبتة

للخيار للمتبايعين لا مكان تقييدها وان بعد بما اذا كان العوضان حيوانين

بما اذا كان العوضان حيوانين، لكن الأشكال في اطلاق الصّحيحة الأولى من جهة قوّة انصرافه الى المشتري فلا مخصّص يعتدّ به لعمومات اللزوم مطلقاً أو بعد المجلس، [١] فلا محيص عن المشهور.

مسألة: لا فرق بين الأمة وغيرها في مدّة الخيار، [٢] وفي الغنية، كما عن الحلبيّ أنّ مدّة خيار الأمة مدّة استبرائها، بل عن الأوّل دعوى الاجماع، وربّما ينسب هذا الى المقنعة والنّهاية والمراسم من جهة حكمهم بضمان البائع لها مدّة الاستبراء، ولم اقف لهم على دليل.

---

ولكن لم يظهر لي وجه هذا الايراد، وانه كيف يكون ايرادا على هذا الدليل، بل الصحيح لو لم يكن معاضدا ليس بمناف قطعاً.  
الثالث: انه يقيد اطلاقه بمادل على اختصاص الخيار بالمشتري من النصوص المتقدمة في المقام الأول.

والجواب عنه: انه لا مفهوم لها، لأن صحيح ابن رثاب مورده اشترء الجارية، وغيره يتوقف ثبوت المفهوم له على القول بثبوت المفهوم للوصف واللقب.  
الرابع: ما افاده المصنف رحمته الله وتبعه المحقق الاصفهاني ره، وهو:  
[١] انصرافه الى المشتري، فلا مخصص يعتد به لعمومات اللزوم مطلقاً او بعد المجلس.

وفيه: انه لا منشأ لتوهم الانصراف سوى الغلبة، وهي لا توجب الانصراف المقيد للاطلاق كما حقق في محله.

فالاظهر ثبوت هذا الخيار لمن انتقل اليه مطلقاً  
[٢] قوله لا فرق بين الامّة وغيرها في مدة الخيار  
وقد استدل لما عن جمع من ان مدة خيار الامّة مدة استبرائها - بحكم الاصحاب بضمان البائع لهامدة الاستبراء من جهة تسالمهم على ان التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له فانه يستكشف من ذلك ان مدة الاستبراء مدة الخيار.

وفيه اولاً: انه لا دليل على ضمان البائع في تلك المدة  
وثانياً: انه لو تم ذلك لم يفد في الحكم بثبوت الخيار في تلك المدة فان الملازمة



مسألة: مبدأ هذا الخيار من حين العقد، [١] فلو لم يفتقرا ثلاثة أيام انقضى خيار الحيوان أو بقي خيار المجلس، لظاهر قوله عليه السلام إن الشرط في الحيوان ثلاثة أيام. وفي غيره حتى يفتقرا خلافاً للمحكّي عن ابن زهرة فجعله من حين التفرق. وكذا الشيخ والحلي في خيار الشرط المتحد مع هذا الخيار في هذا الحكم من جهة الدليل الذي ذكره قال في المبسوط: الاولى ان يقال: أنه يعني خيار الشرط يثبت من حين التفرق

انما تكون بالعكس

وثالثا: ان صحيح ابن رثاب المحكى عن قرب الاسناد المتقدم صريح، في ان امد الخيار في الجارية انتهاء ثلاثة ايام  
ولولا هذا الصحيح وصحيحه الاخر الاتي لكان للتشكيك في ثبوت الخيار في بيع الامة مجال لانصراف الحيوان عن الانسان - وكيف كان -  
فالظاهر هو ثبوت الخيار فيها وانتهاء امده بانتهاء ثلاثة ايام.

### ثبوت خيار المجلس لو كان المبيع حيوانا

[١] الرابع: مبدأ هذا الخيار من حين العقد كما صرح به جماعة، وهو ظاهر الباقيين، بل هو المشهور بين الأصحاب كما عن مجمع البرهان، وعن ظاهر الدروس، التوقف،  
وعن الغنية: اطلاق التحديد بالتفرق في ابتداء مدة الخيار بحيث يشمل خيار الحيوان.  
ونص على ذلك الشيخ وابن ادريس في خيار الشرط، ويلزمهما القول به في غيره لعموم ما علا به.

وكيف كان: فالكلام في هذه المسألة يقع في مقامين:

الأول: في انه هل يختص خيار المجلس بما اذا لم يكن المبيع حيوانا، ام يعم ما اذا كان حيوانا؟

الثاني: في انه على فرض التعميم، هل يكون مبدأه من بعد التفرق، او من حين العقد؟

اما المقام الأول: فقد ذهب السيد الفقيه وتبعه المحقق الايروانى رحمته الله الى الأول. واستدل له: بان النصوص من جهة تضمنها المقابلة بين النوعين، وان نوعا من الخيار وهو خيار الحيوان ثابت فيه ونوعا اخر منه ثابت في غيره، تدل على الاختصاص، وبها يقيد اطلاق ما دل على خيار المجلس مطلقا كقوله عليه السلام: ايما رجل اشترى من رجل يبيعا فهما بالخيار حتى يفترقا، فاذا افترقا وجب البيع<sup>(١)</sup>.

وفيه: اولاً: ان المقابلة الواقعة بين الخيارين انما هي من حيث منتهاهما لا في انفسهما، وعليه فالنصوص المشار اليها تدل على ان امد الخيار في الحيوان ثلاثة ايام، وبعدها لا خيار، ونصوص خيار المجلس باطلاقها تدل على ان امد الخيار مطلقا التفرق ولا خيار بعده، ولا تعارض بين الجملة الايجابية من كل منهما مع الجملة الايجابية من الاخرى، وانما التعارض بين الايجابية من كل منهما مع السلبية من الاخرى، والنسبة بما انها عموم مطلق فيقيد اطلاق السلبية من كل منهما بايجابية الاخرى.

وثانياً: ان النصوص المشار اليها بانفسها لا تصلح دليلاً للتفصيل القاطع للشركة، وذلك لأن صحيح محمد بن مسلم المتقدم في المسألة المتقدمة دليلاً على السيد المرتضى رحمته الله وان كان مفصلاً، الا انه قد عرفت انه مطروح اما للاعراض او لترجيح غيره عليه.

لا يقال: انه متضمن لحكمين احدهما: ثبوت خيار الحيوان للمتبايعين. الثاني: عدم ثبوت خيار المجلس فيه وهو غير حجة في المدلول الأول دون الثاني، اذ لا مانع من طرح الخبر من جهة والعمل به من جهة اخرى.

فانه يرد: بان دلالته على الحكم الثاني انما تكون من جهة التفصيل، فاذا سقط

لان الخيار يدخل اذا ثبت العقد، والعقد لم يثبت قبل التفرق، [١] انتهى.

عن الحجية بالاضافة الى احد طرفي التفصيل وهو ثبوت خيار الحيوان للمتبايعين تبعه سقوطه عن الحجية في الحكم المترتب على التفصيل.

واما خبر علي بن اسباط: المتقدم فهو ضعيف السند، لأن في طريقه الحسين بن محمد بن عامر (عمران) وهو مجهول.

واما صحيح الفضيل المتقدم: فالتفصيل فيه انما يكون في كلام السائل لا الامام عليه السلام. واما الصحيح الآخر لمحمد بن مسلم: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة ايام. <sup>(١)</sup> فهو لا يدل على عدم ثبوت خيار المجلس في الحيوان، فانه ذكر عليه السلام اولاً: ان خيار المجلس ثابت في كل بيع، ثم عقبه ببيان حكم آخر لبعض افراد البيع وهو بيع الحيوان، فيكون من قبيل ذكر الخاص بعد العام، وترتيب حكم آخر على الخاص غير المنافي لحكم العام، فلا يكون مخصصاً له. وبه يظهر حال صحيح الحلبي.

فالأظهر هو ثبوت خيار المجلس فيما اذا كان المبيع حيواناً.

### مبدأ هذا الخيار

واما المقام الثاني: فظاهر النصوص كالفتاوى كون المبدأ من حين العقد،

وقد استدلل لكون المبدأ من حين التفرق بوجوه:

[١] الأول: ما عن الشيخ في المبسوط، وهو: ان الخيار يدخل اذا ثبت العقد، والعقد

لم يثبت قبل التفرق.

ونحوه المحكّي عن السّرائر وهذه الدعوى لم نعرفها نعم ربّما يستدلّ عليه بأصالة عدم ارتفاعه بانقضاء ثلاثة من حين العقد [١] بل أصالة عدم حدوثه قبل انقضاء المجلس [٢]

وفيه: انه ان اريد من عدم الثبوت عدم تأثيره في الملكية، فيرد عليه: انه مؤثر فيها من حين العقد، غاية الأمر تكون جائزة قبل التفرّق.

وان اريد به عدم اللزوم الذاتي، فيرده: ان البيع من العقود اللازمة.

وان اريد به عدم اللزوم الفعلي، فيرده: ان اللزوم الفعلي مع وجود الخيار غير معقول، لأنهما ضدان لا يجتمعان، واللزوم الفعلي مع قطع النظر عنه موجود، اذ لوجه للبناء على ثبوت خيار المجلس ابتداءً، ثم ملاحظة خيار الحيوان بعد كونهما في عرض واحد. [١] الثاني: استصحاب عدم ارتفاع الخيار بانقضاء ثلاثة ايام من حين العقد.

وفيه: -مضافا الى انه لا يجري مع ظهور الدليل - انه لا يجري في جميع الموارد، فانه اذا فرض عدم التفرّق قبل مضي ثلاثة ايام وحصوله بعده، لا يجري هذا الأصل، فانه ان اريد استصحاب بقاء خيار المجلس فهو متيقن الارتفاع، وان اريد استصحاب بقاء خيار الحيوان فهو مشكوك الحدوث بعد الثلاثة، وان اريد استصحاب الخيار الجامع بينهما فهو من قبيل استصحاب القسم الثالث من اقسام الكلّي، والمختار عدم جريانه. فتأمل.

مع انه لا يترتب على هذا الأصل الآثار المترتبة على عدم ثبوته قبل التفرّق من كون اسقاطه اسقاطاً لما لا يجب ونحوه، لأنه بالنسبة اليها مثبت.

[٢] الثالث: اصل عدم حدوثه قبل انقضاء المجلس.

ويرد عليه: انه لا يجري مع ظهور الدليل.

واورد عليه بايرادين آخرين:

احدهما: ما افاده المحقق النائيني رحمته الله، وهو: انه بمعناه المحمولي - وهو عدم تحقق

الخيار قبل بيع الحيوان - لا اثر له، وبمعناه النعتي مثبت.

وبلزوم اجتماع السببين على مسبب واحد، وما دلّ على أنّ تلف الحيوان في الثلاثة من البائع [٢] مع ان التلف في الخيار المشترك من المشتري، ويردّ الاصل ظاهر الدليل مع أنّه بالتقرير الثاني مثبت [١]

وفيه: ان العدم المحمولي والنعتي انما يكون مقسمهما الوصف والموصوف، فيقال عدم الوصف قبل الموصوف عدم محمولي، وعدمه بعده عدم نعتي، ولا يربط لذلك بالمقام، فان من له الخيار في المقام هو هذا المعنى.

[١] ثانيهما: ما افاده المصنف رحمته الله، وهو: انه مثبت، فان عدمه قبل الافتراق لازم عقلي لبقائه الى الثلاثة من حين التفرّق.

وفيه: انه كذلك بالنسبة الى آثار وجوده بعد انقضاء الثلاثة من حين العقد، واما بالنسبة الى الاثار المترتبة على عدم ثبوته قبل التفرّق فلا يكون مثبتا. وبذلك يظهر ان هذين الأصليين بالنسبة الى الاثار متعاكسان، وكل منهما يترتب عليه سنخ خاص من الاثار ومثبت بالنسبة الى السنخ الاخر، فلا وجه للاشكال في جريان احدهما خاصة بالمتبينة.

ويمكن تقريب جريان الأصل بوجه آخر، وهو استصحاب عدم جعل الشارع خيار الحيوان قبل التفرّق، ويكون المستصحب العدم النعتي، فانه سئل الله في اول بعثته لم يجعل خيار الحيوان قبل التفرّق قطعاً، ويستصحب ذلك.

وما عن المحقق النائيني رحمته الله من ان استصحاب عدم الجعل لا يثبت به عدم المجعول، اجبنا عنه في الاصول في مبحث البراءة حلا وتقضا، ولكن يرد عليه: انه لا يثبت به منتهى الخيار، مضافا الى محكوميته بالنسبة الى الروايات الظاهرة في ان المبدأ من حين العقد.

[٢] الرابع: ان جملة من النصوص <sup>(١)</sup> تدل على ان تلف الحيوان في الثلاثة من البائع لا المشتري. وبضم هذه النصوص الى ما دل على ان التلف في زمان الخيار المشترك ممن انتقل اليه يستكشف ان مبدأ خيار الحيوان ممّا بعد التفرّق، اذ لو كان من حين العقد

وأدلة التّلف من البائع محمول على الغالب، من كونه بعد المجلس [١] ويرد التّداخل بأنّ الخيارين ان اختلفا من حيث الماهية فلا بأس بالتّعدد وان اتّحدا. فكذاك

لم يكن التلف في جزء من الثلاثة من البائع.

[١] واجاب المصنف رحمته الله عن ذلك: بان ادلة التلف من البائع محمولة على الغالب من كونه بعد المجلس.

وفيه: اولاً: ان الغلبة ممنوعة، اذ نسبة التلف الى كل جزء من الأجزاء كنسبته الى سائر الأجزاء بـلاتفاوت.

وثانياً: ان الغلبة لا توجب الانصراف المقيّد للاطلاق.

والحق في الجواب ان يقال:

اولاً: انه لو سلم التعارض بين هذين الدليلين المتكفلين لحكمين لما كان وجه للتصرف في الدليل الظاهر في ان مبدأ خيار الحيوان من حين العقد.

وثانياً: انه لا دليل بالخصوص على ان التلف في زمان الخيار المشترك من المنتقل اليه، وانما يلتزم به على القاعدة، فتخصص القاعدة بالنصوص الدالة على ان تلف الحيوان في الثلاثة من البائع.

وثالثاً: انه لو سلم التعارض وعدم التخصيص ولزوم التصرف في ادلة الخيار، نقول: انه كما يرتفع التعارض حينئذ بما ذكر، كذلك يرتفع بالالتزام بعدم وجود خيار المجلس، وبان خيار الحيوان يثبت بعد المجلس الى أن تتم ثلاثة ايام من حين العقد، بل لعل الأخير اظهر من جهة انه مقتضى ثبوت المقتضي لخيار الحيوان مع وجود المانع في المجلس.

الخامس: انه لو كان مبدأ خيار الحيوان من حين العقد يلزم اما اجتماع المثليين او اجتماع السببين على مسبب واحد، لأن الثابت قبل التفرّق اما خياران او احدهما، فعلى الأول يلزم اجتماع المثليين، وعلى الثاني يلزم اجتماع السببين على مسبب واحد.

والمصنف رحمته الله في مقام تقريب الاشكال اقتصر على المحذور الثاني، والعلامة

لأنّ الاسباب معرّفات، وأما لأنّها علل ومؤثرات يتوقّف استقلال كلّ واحد منها في التأثير على عدم مقارنة الآخر أو سبقه فهي علل تامّة الأ من هذه الجهة [١] وهو المراد ممّا في التذكرة في الجواب عن ان الخيارين مثلان فلا يجتمعان، من أنّ الخيار واحد والجهة متعددة.

ثمّ إنّ المراد بزمان العقد هل زمان مجرّد الصيغة كعقد الفضولي على القول بكون الاجازة ناقلة، او زمان الملك؟ [٢] عبّر بذلك للغلبة الظاهر هو الثاني، كما استظهره بعض المعاصرين

اقتصر على المحذور الأول، وعليه

فمن الغريب ان المصنف رحمته الله حمل جواب العلامة رحمته الله على ما ذكره في مقام الجواب، مع انه في مقام الجواب عما ذكره من المحذور لا ما افاده المصنف رحمته الله [١] وكيف كان: فقد اجاب المصنف رحمته الله عنه: بان الخيار - الذي هو السبب - ان كان مختلف الحقيقة باختلاف الموارد فلا محذور في تعدد السبب لفرض تعدد السبب، ولا يلزم مع ذلك اجتماع المثليين، وان كان في جميع الموارد متحد الحقيقة فلا باس بتعدد السبب، اما لأنّ الاسباب معرفات والسبب الحقيقي واحد، واما لأنّ السببين عند الاجتماع معاً علة تامّة وعند الافراد كل منهما علة تامّة، وعلى التقديرين السبب واحد. وفيه: ان الاسباب لامعرفات ولا مؤثرات، بل المؤثر في جعل الأحكام الشرعية ارادة الجاعل، وهي تكون موضوعات للأحكام، ولا يعقل تخلف الأحكام عنها. والحق في الجواب ان يقال انه عند تعدد السبب ان امكن الالتزام بتعدد السبب فهو المتعين، والا فان امكن الالتزام بالتعدد من حيث الاضافة الى الاسباب كالقتل بالنسبة الى اسبابه يتعين ذلك، والا فيلتزم بالتاكيد ان امكن، والمقام من قبيل الثاني، فان الخيار الذي هو ملك الالتزام لا يقبل التعدد ولا التاكيد، ولكنه يمكن تقييده من جهة السبب واثره انه يمكن اسقاطه من جهة وابقائه من جهة.

[٢] وهل المراد بزمان العقد هو زمان مجرد الصيغة كعقد الفضولي على القول بالنقل، او زمان الملك؟ وجهان: أقربهما الثاني ويدلنا على ذلك ان الخيار انما يثبت في العقد الذي لولاه كان لازم الوفاء. وبعبارة اخرى: دليل الخيار مخصص لعموم ﴿أو فوا بالعقود﴾ اذ على هذا فهو يكون ثابتاً

قال: فعلى هذا لو اسلم حيواناً في طعام وقلنا بثبوت الخيار لصاحب الحيوان وان كان بائعاً كان مبدؤه بعد القبض وتمثيله بما ذكر مبني على اختصاص الخيار بالحيوان المعين وقد تقدّم التردد في ذلك.

ثم إن ما ذكره في خيار المجلس من جريانه في الصّرف ولو قبل القبض يدلّ على أنّه لا يعتبر في الخيار الملك، لكن لا بدّ له من اثر. وقد تقدّم الاشكال في ثبوته في الصّرف قبل القبض لو لم نقل بوجود التّقابض.

مسألة: لا إشكال في دخول اللّيلتين المتوسّطتين في الثلاثة أيّام، [١] لا لدخول اللّيل في مفهوم اليوم، بل للإستمرار المستفاد من الخارج، ولا في دخول اللّيالي الثلاث عند التّفليق مع الإنكسار ولو عقد في اللّيل.

فالظاهر بقاء الخيار الى آخر اليوم الثالث، ويحمل النّقص عن اليوم الثالث بمقدار ما بقي من ليلة العقد، لكن فيه أنّه يصدق حينئذ الاقلّ من ثلاثة أيّام،

---

من حين صدق عنوان البائع والمشتري، وهما انما يصدقان من حين الاجازة، من غير فرق بين القول بالنقل او الكشف.

نعم التعبير بصاحب الحيوان في بعض النصوص موهم لكون المدار على الملكية، وعليه فالتفصيل بين القول بالنقل او الكشف في محله، ولكن الظاهر - ولو بقريئة سائر النصوص - ان المراد بالصاحب المتلقي للحيوان لا المالك الفعلي، والغرض منه تخصيص الخيار بالمشتري،

فالأظهر ثبوت الخيار من حين الاجازة على جميع المسالك.

فما افاده المحقق النائيني رحمته الله من انه على القول بالكشف الحقيقي يتعين البناء على ثبوت الخيار من حين اجراء الصيغة، في غير محله.

### دخول الليلتين المتوسّطتين في ثلاثة الخيار

[١] لا اشكال في دخول الليلتين المتوسّطتين في الثلاثة أيام.

والوجه في ذلك: ظهور النصوص في امتداد الخيار من اول تحققه الى حين زواله



والاطلاق على المقدار المساوي للنَّهَار ولو من اللَّيْل خلاف الظَّاهر. قيل:  
 والمراد بالأَيَّام الثلاثة ما كانت مع اللَّيالي الثلاثة لدخول اللَّيلتين أصالة، فتدخل  
 الثلاثة، وإلا لاختلف مفردات الجمع في استعمال واحد، انتهى.  
 فإن اراد اللَّيلة السَّابقة على الأَيَّام فهو حسن الآ أَنَّهُ لا يعلَّل بما ذكر وان اراد  
 اللَّيلة الاخيرة فلا يلزم من خروجها اختلاف مفردات الجمع في استعمال واحد اذ لا  
 نقول باستعمال اليومين الأوَّلين في اليوم واللَّيلة واستعمال اليوم الثالث في خصوص  
 النَّهَار، بل نقول انَّ اليوم مستعمل في خصوص النَّهَار او مقداره من نهارين لا في  
 مجموع النَّهَار واللَّيل او مقدارهما، ولا في النَّهَار ولو ملقَّقا من اللَّيل، [١] والمراد من  
 الثلاثة ايام هي لباليها اي ليالي مجموعها لا كلَّ واحد منها فالليالي لم ترد من نفس  
 اللَّفظ، وأما اريدت من جهة الاجماع وظهور اللَّفظ الحاكمين في المقام باستمرار  
 الخيار، فكأنَّه قال: الخيار يستمرّ الى ان يمضي ستّ وثلاثون ساعة من النَّهَار.

---

ولا اشكال ايضا في دخول الليلة الاولى ان وقع العقد في الليل،  
 اما الكلام فيما لو وقع العقد في اول اليوم، وانه هل تدخل الثالثة ام لا؟  
 قد يقال بالدخول، واستدل له:  
 بظهور اليوم في النهار مع الليل، اما لأنه اسم للمجموع او للتغليب،  
 وبانه تدخل الليلتين في الثلاثة كما تقدم فتدخل الثالثة، والا لاختلف مفردات  
 الجمع في استعمال واحد.

وفيهما نظر:  
 اما الأول: فلأنَّ اليوم في اللغة وبحسب المتفاهم العرفي اسم لبياض النهار، والتغليب  
 ليس بنحو يوجب الظهور.

واما الثاني: فلأنَّ دخول الليلتين ليس من جهة دخولهما في المستعمل فيه، بل لما  
 عرفت، فلا يلزم الا اختلاف في مفردات الجمع.

[١] ثم يقع الكلام في ان المراد باليوم هل هو اليوم التام فلا يكفي الملقَّق او مقداره  
 ولو من نهارين، او مقداره من الزمان ولو بضم الليل؟ والأظهر هو الأوسط،

مسألة: يسقط هذا الخيار بأمر:

احدها: اشتراط سقوطه في العقد [١] ولو شرط سقوط بعضه، فقد صرح بعض بالصحة ولا بأس به.

والثاني: اسقاطه بعد العقد، [٢] وقد تقدّم الامر.

والثالث: التصرف ولا خلاف في اسقاطه في الجملة لهذا الخيار، [٣] ويدلّ عليه قبل الاجماع التّصوُّص:

---

لأن الظاهر من الدليل اعتبار اليوم اي بياض النهار على نحو الطريقة الى الساعات النهارية، وعليه فيكفي الملقق من نهارين، ولا يكفي الملقق من يوم وليل.

### التصرّف مسقط للخيار

الخامس: ان هذا الخيار يكون باقيا ما لم يتحقق احد المسقطات وهي امور:

[١] احدها اشتراط سقوطه في العقد

[٢] والثاني اسقاطه بعد العقد

وقد تقدم الأمران في خيار المجلس، فلا حاجة الى ذكر مالهما من المباحث.

[٣] والثالث التصرف ولاخلاف في اسقاطه في الجملة لهذا الخيار

وكلمات القوم في المقام مشوشة ومضطربة والاقوال كثيرة حتى ان بعضهم افتي في كتاب بغير ما افتي به في كتاب آخر، وافرط بعضهم وحكم بمسقطية التصرف اذا كان اجازة فعلية وفرط آخر وحكم بمسقطية كل تصرف حتى التصرف للاستخبار والتصرف في طريق الرد وبينهما اقوال لا يهمننا التعرض لها، والغريب مع ذلك دعوى الاجماع في المقام اللهم، الا ان يراد به الاجماع على مسقطية التصرف في الجملة ولو بمعنى اسقاط الرضا المستكشف به.

وكيف كان فالاولى صرف عنان الكلام الى بيان ما هو الحق المستفاد من نصوص

الائمة الاطهار صلوات الله عليهم.

ففي صحيحة ابن رثاب، فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة أيام فذلك رضاءً منه ولا شرط له، قيل له: وما الحدث؟ قال ان لامس او قتل او نظر منها الى ما كان محرماً عليه قبل الشراء، وصحيحة الصفار كتبت الى ابي محمد عليه السلام في الرجل اشترى دابةً من رجل فحدث فيها حدثاً من اخذ الحافر او نعلها او ركب ظهرها فراسخ اله ان يردّها في الثلاثة الايام التي له فيها الخيار بعد الحدّث الذي يحدث فيها أو الرّكوب الذي يركبها فراسخ؟ فوقع عليه السلام اذا احدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء انشاء الله تعالى.

وفي ذيل الصحيحة المتقدمة عن قرب الاسناد قلت له رأيت ان قبّلها المشتري او لامس؟ فقال اذا قبّل او لامس او نظر منها الى ما يحرم على غيره، فقد انقضى الشرط ولزم البيع. واستدلّ عليه في التذكرة بعد الاجماع بأنّ التصرف دليل الرضا وفي موضع آخر منها أنّه دليل الرضا بلزوم العقد، وفي موضع آخر منها كما في الغنية ان التصرف اجازة.

وتنقيح القول في المقام بالبحث في موارد:

الأول: في بيان ما يستفاد من الأخبار. المذكورة في المتن وهي صحيح ابن رثاب<sup>(١)</sup> وصحيح الصفار<sup>(٢)</sup> والصحيح المتقدم<sup>(٣)</sup> عن قرب الاسناد

الثاني: في المبعديات المذكورة لكون التصرف بنفسه مسقطاً.

الثالث: فيما توهم من منافاة طائفة اخرى من الأخبار لهذه الروايات.

اما المورد الأول: فالكلام فيه في جهات:

الأولى: ان قوله عليه السلام في صحيح الصفار اذا احدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء ونحوه ما في صحيح ابن رثاب يدل على ان احداث الحدث بنفسه مسقط، والمراد به اعمال عمل جديد لم يكن من شأنه قبل العقد، فهو لا يشمل كل تصرف كسقي الدابة واعلافها، كما لا يشمل التصرف للاستخبار او للرد لأنه ليس هذا التصرف من باب تصرف

(١) الوسائل - باب ٤ - من ابواب الخيار حديث ١. (٢) الوسائل - باب ٤ - من ابواب الخيار حديث ٢.

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

اقول: المراد بالحدث ان كان مطلق التصرف الذي لا يجوز لغير المالك الا برضاه كما يشير اليه قوله: او نظر الى ما كان يحرم عليه قبل الشراء، فلازمه كون مطلق استخدام المملوك بل مطلق التصرف فيه مسقطاً، كما صرح به في التذكرة في بيان التصرف المسقط للرد بالعيب من أنه لو استخدمه بشيء خفيف مثل اسقني او ناولني الثوب او اغلق الباب، سقط الرد، ثم استضعف قول بعض الشافعية بعدم السقوط معللاً بأن مثل هذه الأمور قد يؤمر به غير المملوك بأن المسقط مطلق التصرف، وقال ايضاً لو كان له على الدابة سرج او ركاب فتركها عليها بطل الرد، لأنه استعمال وانتفاع، انتهى.

وقال في موضع من التذكرة: عندنا أن الاستخدام بل كل تصرف يصدر من المشتري قبل عمله بالعيب أو بعده يمنع الرد، انتهى.  
وهو في غاية الاشكال لعدم تبادر ما يعم ذلك من لفظ الحدث، وعدم دلالة ذلك على الرضا بلزوم العقد، مع أن من المعلوم عدم انفكاك المملوك المشتري عن ذلك في اثناء الثلاثة، فيلزم جعل الخيار فيه كاللغو مع أنهم ذكروا أن الحكمة في هذا الخيار الاطلاع على امور خفية في الحيوان

---

المالكين في املاكهم، ولذا قيد الراوي ركوب الدابة بركوب ظهرها فراسخ الذي هو من شؤون المالك ومن وجوه الانتفاع بماله، كما ان الامام عليه السلام قيد النظر بما كان محرماً قبل الشراء، وعلى هذا فالمستفاد من هذه النصوص ان كل تصرف مالكي لم يكن للمشتري قبل الشراء اذا وقع بعده يكون مسقطاً للخيار، ولو لم يكن اجازة فعلية.  
الثانية: انه قد يتوهم ان الأمثلة المذكورة في النصوص من تقبيل الجارية ولمسها والنظر اليها ليست مصاديق لاحداث الحدث بل هي من قبيل الأمر باغلاق الباب، فكيف حكم بمسقطيتها،

لكنه فاسد اذ قد عرفت ان احداث الحدث يعم كل تصرف لم يكن من شأنه قبيل العقد وهذه منه.

الثالثة: ان في صدر صحيح ابن رثاب فان احداث المشتري فيما اشترى حدثا

توجب زهادة المشتري، وكيف يطلع الانسان على ذلك بدون النَّظَر الى الجارية ولسمها وامرها بغلاق الباب والسقي وشبه ذلك.

وان كان المراد مطلق التصرف بشرط دلالاته على الرضا بلزوم العقد، كما يرشد اليه وقوعه في معرض التعليل في صحيحة ابن رثاب، [١] ويظهر من استدلال العلامة وغيره على المسألة، بأنَّ التصرف دليل الرضا بلزوم العقد، فهو لا يناسب اطلاقهم الحكم باسقاط التصرفات التي ذكروها ودعوى ان جميعها مما يدل لو خلى وطبعه على الالتزام بالعقد، فيكون اجازة فعلية كما ترى.

ثمَّ انَّ قوله عليه السلام في الصحيحة فذلك رضاء منه يراد منه الرضا، بالعقد في مقابلة كراهة ضده اعني الفسخ والافالرضا بأصل الملك مستمر من زمان العقد الى حين الفسخ، ويشهد لهذا المعنى رواية عبدالله بن الحسن بن زيد بن علي بن الحسين عن ابيه عن جعفر عن ابيه عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله في رجل اشترى عبداً بشرط الى ثلاثة ايام فمات العبد في الشرط قال: يستحلف بالله تعالى ما رضيه، ثم هو بريء من الضمان، فإن المراد بالرضا الالتزام بالعقد، والاستحلاف في الرواية محمولة على سماع دعوى التهمة أو على صورة حصول القطع للبائع بذلك، إذا عرفت هذا فقوله عليه السلام فذلك رضاء منه ولا شرط له [١] يحتمل وجوها

قبل الثلاثة الأيام فذلك رضاء منه فلا شرط

[١] رتب سقوط الخيار على كون احداث الحدث رضا بالبيع،

وقد وقع الكلام في ما هو المراد من هذه الجملة، وقبل بيان ما ذكره المصنف رحمته الله من المحتملات لايد من بيان ما هو الحق عندنا وهو يتوقف على مقدمة،

وهي ان المراد بالرضا ليس هو طيب النفس الذي هو من صفات النفس، بل المراد به الاختيار الذي هو من الأفعال، وذلك لوجوه

منها: حملة على احداث الحدث الذي هو من الأفعال، ولا يصح حمل الصفة على الفعل الامع العناية.

ومنها: انه لا عبرة بالرضا غير المبرز في باب المعاملات قطعا.

ومنها: ان الرضا بمعنى طيب النفس يتعدى بكلمة باء، وبمعنى الاختيار يتعدى بنفسه، وهو في هذه النصوص تعدي بنفسه، وعلى هذا فالمراد من قوله فذلك رضاء منه انه اختيار واجازة، فيكون مفاد هذه الجملة من الصحيح التعبد بان كل ما يكون احداث

احدها: ان يكون الجملة جواباً للشَّروط فيكون حكماً شرعياً بأنَّ التَّصرف التزم بالعقد وان لم يكن التزاماً عرفاً. [١]

الثاني: ان يكون توطئة للجواب وهو قوله: ولا شرط له [٢] لكنَّه توطئة لحكمة الحكم وتهييد لها لا علَّة حقيقة، فيكون اشارة الى انَّ الحكمة في سقوط الخيار بالتَّصرف دلالتة غالباً على الرِّضا، نظير كون الرِّضا حكمة في سقوط خيار المجلس بالتفرق في قوله فإذا افترقا فلا خيار بعد الرِّضا منها، فإنَّه لا يعتبر في الافتراق دلالة على الرِّضا، وعلى هذين المعنيين فكلَّ تصرف مسقط وان علم عدم دلالتة على الرِّضا.

الثالث: ان تكون الجملة اخباراً عن الواقع نظراً الى الغالب وملاحظة نوع التَّصرف لو خلَّى وطبعه، ويكون علَّة للجواب [٣] فيكون نفي الخيار معللاً بكون التَّصرف غالباً دالاً على الرِّضا بلزوم العقد، وبعد ملاحظة وجوب تقييد اطلاق الحكم بمؤدَّى علته، كما في قوله: لا تأكل الرِّمان لأنَّه حامض. دلَّ على اختصاص الحكم بالتَّصرف الذي يكون كذلك. اي دالاً بالتَّوَّع غالباً على التزم العقد، وان لم يدلَّ في شخص المقام

الحدث يكون اجازة للعقد وموجبا لسقوط الخيار، فيتحد مفادها مع سائر النصوص المطلقة.

اذا عرفت هذا فاعلم: ان المصنف رحمته الله لما بنى على ان المراد من الرضا هو طيب النفس احتمل وجوها فيها:

[١] احدها: ان الرضا محمول على التصرف بعنوان التعبد والتنزيل.

[٢] ثانيها: ان قوله فذلك رضا منه توطئة للجواب الذي هو قوله ولا شرط له ويكون المراد منه ان التصرف لكونه كاشفا نوعيا عن الرضا يكون مسقطاً، لكن لوحظ هذا العنوان على وجه الحكمة غير المطردة، فيكون التصرف مسقطاً ولو علم في مورد عدم الرضا بالعقد.

[٣] ثالثها: ان يكون المراد من قوله فذلك رضا منه هذا المعنى المشار اليه في

فيكون المسقط من التصرف ما كان له ظهور نوعي في الرضا، نظير ظهور الالفاظ في معانيها مقيداً بعدم قرينة يوجب صرفه عن الدلالة، كما اذا دلّ الحال او المقام على وقوع التصرف للاختبار، او اشتباهاً بعين اخرى مملوكة له ويدخل فيه كلّمًا دلّ نوعاً على الرضا وان لم يعدّ تصرفاً عرفاً كالتعريض للبيع والأذن للبائع في التصرف فيه.

الرابع: ان يكون اخباراً عن الواقع ويكون العلة هي نفس الرضا الفعلي والشخصي ويكون اطلاق الحكم مقيداً بتلك العلة، فيكون موضوع الحكم في الحقيقة هو نفس الرضا الفعلي، فلو لم يثبت الرضا الفعلي لم يسقط الخيار. [١] ثم انّ الاحتمالين الأولين وان كانا موافقين لاطلاق سائر الاخبار واطلاقات بعض كلماتهم، مثل ما تقدّم من التذكرة من انّ مطلق التصرف لمصلحة نفسه مسقط، وكذا غيره كالحقّق والشهيد الثانيين بل لاطلاق بعض معاهد الاجماع، الا أنّهم بعيدان عن ظاهر الخبر، مع مخالفتها لأكثر كلماتهم. فإنّ الظاهر منها عدم السقوط بالتصرف للاختبار والحفظ. بل ظاهرها اعتبار الدلالة في الجملة على الرضا كما سيجيء

الوجه الثاني، لكنه ماخوذ على وجه العلية، فيكون مفاده ان كل تصرف يكون كاشفاً نوعياً عن الرضا يكون مسقطاً للخيار.

[١] رابعها: هذا المعنى مع ارادة الكاشفية الفعلية الشخصية عن الرضا، وهو قد اختار الوجه الثالث.

وجميع هذه الوجوه بعيدة،

اما الأول: فلأن الرضا بنفسه لاحكم له في باب المعاملات كي ينزل التصرف منزلته.

واما الثاني: فلأن الظاهر مما يذكر في مقام العلة كونه علة لاحكمة.

واما الثالث: فلعدم انطباق ذلك على الأمثلة المذكورة في النصوص لعدم كونها كاشفة عن الرضا لو خليت وطبعها.

واما الرابع: فيرد عليه - مضافاً الى ما اورد على الوجه الثالث - انه لم يلتزم به احد، وادف الى ذلك ما عرفت من فساد المبني، فالمتعين هو ما ذكرناه.

ويؤيده حكم بعضهم بكفاية الدال على الرضا.

وان لم يعد تصرفاً كتقبيل الجارية للمشتري [١] على ما صرح به في التحرير والدروس، فعلم ان العبرة بالرضا وانما اعتبر التصرف للدلالة وورود النص أيضاً بأن العرض على البيع اجازة، [٢] مع انه ليس حدثاً عرفاً. ومما يؤيد عدم ارادة الاصحاب كون التصرف مسقطاً إلا من جهة دلالته على الرضا، حكمهم بأن كل تصرف يكون اجازة من المشتري في المبيع يكون فسخاً من البائع، [٣] فلو كان التصرف مسقطاً تعدياً عندهم من جهة النص لم يكن وجه للتعدي عن كونه اجازة الى كونه فسخاً.

وقد صرح في التذكرة بأن الفسخ كالاجازة يكون بالقول وبالفعل، وذكر التصرف مثلاً للفسخ والاجازة الفعليين، فاندفع ما يقال في تقريب كون التصرف مسقطاً للدلالة على الرضا بأن الاصحاب يعدونه في مقابل الاجازة.

ثم مع الاغماض عما ذكرناه، فغاية الأمر اجمال هذه الجملة، فلا مقيد لاطلاق النصوص، فالمستفاد من النصوص ان احداث الحدث بنفسه مسقط للخيار. فما عن المحقق النائيني رحمته الله من حمل النصوص على ارادة ان كل تصرف يكون اجازة فعلية يكون مسقطاً، غير تام.

واما المورد الثاني: فقد ذكروا من مبعديات كون كل احداث الحدث مسقطاً امورا [١] ومنها: حكم بعضهم بكفاية الدال على الرضا، وان لم يعد تصرفاً كتقبيل

الجارية

وفيه: انه وان لم يكن ذلك تصرفاً الا انه احداث الحدث.

[٢] ومنها: ورود النص ايضاً بان العرض على البيع اجازة، مع انه ليس حدثاً عرفاً

والكلام في النص سيأتي مفصلاً في المورد الثالث

وفيه: ان التعريض للبيع اذا كان بعنوان بيعه لا بعنوان استخبار قيمته من الحدث

عرفاً.

[٣] ومنها: ان الاصحاب ذكروا ان كل فعل وتصرف يكون اجازة اذا كان فيما

انتقل اليه يكون رداً وفسخاً اذا كان في ما انتقل عنه، ومن المعلوم ان كل تصرف فيما



وأما المعنى الرَّابِع فهو وان كان اظهر الاحتمالات من حيث اللَّفْظ، بل جزم به في الدُّروس ويؤيِّده ما تقدّم من رواية عبدالله به الحسن بن زيد، الحاكية للنَّبوي الدَّال كما في الدُّروس ايضاً على الاعتبار بنفس الرِّضَا.

وظاهر بعض كلماتهم الآتية أنّ المستفاد من تتبع الفتاوى الاجماع على عدم اناطة الحكم بالرِّضَا الفعلي بلزوم العقد، مع أنّ اظهرته بالنسبة إلى المعنى الثالث غير واضحة، فتعيّن ارادة المعنى الثالث، ومحصله دلالة التّصرف لو خَلَى وطبعه على الالتزام وان لم يفد في خصوص المقام، فيكون التّصرف اجازة فعلية في مقابل الاجازة القولية وهذا هو الذي ينبغي ان يعتمد عليه، قال في المقنعة: انّ هلاك الحيوان في الثلاثة من البائع، الا ان يحدث فيه المبتاع حدثاً يدلّ على الرِّضَا بالابتیاع، انتهى.

ومثّل للتّصرف في مقام آخر بأن ينظر الى الأمة الى ما يحرم لغير المالك. وقال في المبسوط في احكام العيوب: اذا كان المبيع بهيمة واصاب بها عيباً فله ردّها. واذا كان في طريق الرّد جاز له ركوبها وسقيها وعلفها وحلبها وأخذ لبسها، وان نتجت كان له نتائجها، ثمّ قال: ولا يسقط الرّد لآته إنّما يسقط بالرِّضَا بالعيب او بترك الرّد بعد العلم بالعيب او بأن يحدث فيه عيب عنده، وليس هنا شيء من ذلك، انتهى.

انتقل عنه لا يكون رداً، فكذا الاجازة.

وفيه: انه قد عرفت ان احداث الحدث بنفسه مسقط لابما انه اجازة فعلية، والملازمة التي ذكرها الأصحاب انما هي بين ما هو اجازة فعلية وفسخ فعلى، لابين احداث الحدث والفسخ، فلا ربط لذلك بالمقام.

منها: انه لو كان كذلك لزم لغوية جعل الخيار، اذ من المعلوم عدم انفكاك المملوك او الحيوان المشتري عن تصرف ما في اثناء الثلاثة.

وفيه: قد مر أن احداث الحدث اخص من وجه من التصرف.

وبه يظهر الجواب عن الأمر الثاني وهو ان الحكمة في هذا الخيار الاطلاع على امور

خفية في الحيوان توجب زهادة المشتري، وكيف يمكن ان يطلع الانسان على ذلك مع عدم التصرف.

وفي الغنية: لو هلك المبيع في مدة الخيار فهو من مال بائعه، إلا أن يكون المبتاع قد احدث فيه حدثاً يدل على الرضا، انتهى.

وقال الحلبي في الكافي في خيار الحيوان: فإن هلك في مدة الخيار فهو من مال البائع، إلا أن يحدث فيه حدثاً يدل على الرضا، انتهى.

وفي السرائر بعد حكمه بالخيار في الحيوان الى ثلاثة ايام، قال: هذا اذا لم يحدث في هذه المدة حدثاً يدل على الرضا ويتصرف فيه تصرفاً ينقص قيمته، او يكون لمثل ذلك التصرف اجرة، بأن يركب الدابة أو يستعمل الحمار أو يقبل الجارية أو يلامسها، أو يدبرها تدبيراً، ليس له الرجوع فيه كالمندور، انتهى.

وقال في موضع آخر: إذا لم يتصرف فيه تصرفاً يؤذن بالرضا في العادة. وأما العلامة: فقد عرفت أنه استدلل على اصل الحكم بأن التصرف دليل الرضا بالزوم.

وقال في موضع آخر لو ركب الدابة ليردها سواء قصرت المسافة او طالت، لم يكن ذلك رضاء بها، ثم قال: ولو سقاها الماء او ركبها ليسقيها ثم يردها لم يكن ذلك رضاء منه بامساكه، ولو حلبها في طريقه فالاقرب أنه تصرف يؤذن بالرضا. وفي التحرير في مسألة سقوط رد المعيب بالتصرف قال: وكذا لو استعمل المبيع او تصرف فيه بما يدل على الرضا وقال في الدروس: استثنى بعضهم من التصرف ركوب الدابة والطحن عليها وحلبها، إذ بها يعرف حالها ليختبر وليس ببعيد.

وقال المحقق الكركي: لو تصرف ذو الخيار غير عالم، كأن ظنّها جاريتها المختصة فتبينت ذات الخيار او ذهل عن كونها المشتراة. ففي الحكم تردّد، ينشأ من اطلاق الخبر بسقوط الخيار بالتصرف ومن أنه غير قاصد الى لزوم البيع اذ لو علم لم يفعل، والتصرف أتما عد مسقطاً لدلالته على الرضا بالزوم وقال في موضع آخر: ولا يعدّ ركوب الدابة للاستخبار او لدفع جموحها او للخوف من ظالم او ليردها تصرفاً، ثم قال وهل يعدّ حملها للاستخبار تصرفاً ليس ببعيد ان لا يعدّ. وكذا لو اراد ردها وحلبها لأخذ اللبن على اشكال ينشأ من أنه ملكه، فله استخلاصه، انتهى.

وحكى عنه في موضع آخر أنه قال والمراد بالتصرف المسقط ما كان المقصود منه التملك لا الاختبار ولا حفظ المبيع كركوب الدابة للسقي، انتهى.

ومراده من التملك البقاء عليه والإلتزام به ويحتمل أن يراد به الإستعمال للانتفاع بالملك لا للاختبار أو الحفظ، هذا ما حضرني من كلماتهم في هذا المقام، الظاهرة في المعنى الثالث. وحاصله التصرف على وجه يدل عرفاً لو خلى وطبعه، على الإلتزام بالعقد، ليكون اسقاطاً فعلياً للخيار فيخرج منه ما دلّت القرينة على وقوعه لا الإلتزام لكن يبقى الاشكال المتقدم سابقاً من أن أكثر امثلة التصرف المذكورة في النصوص والفتاوى ليست كذلك بل هي واقعة غالباً مع الغفلة أو التردد أو العزم على الفسخ مطلقاً. وإذا اطلع على ما يوجب زهده فيه. فهي غير دالة في نفسها عرفاً على الرضا. ومنه يظهر وجه النظر في دفع الاستبعاد الذي ذكرناه سابقاً من عدم انفكاك اشتراء الحيوان من التصرف فيه في الثلاثة، فيكون مورد الخيار في غاية الندرة بأنّ الغالب في هذه التصرفات وقوعها مع عدم الرضا باللزام فلا يسقط بها الخيار، اذ فيه ان هذا يوجب استهجان تعليل السقوط بمطلق الحدث بأنّه رضاء، لأنّ المصحح لهذا التعليل مع العلم بعدم كون بعض افراد رضاء هو ظهوره فيه

واما المورد الثالث: فما توهم منافاته للنصوص المتقدمة خبران:

احدهما: خبر عبدالله بن الحسن الحاكي للنبي: في رجل اشترى عبداً بشرط الى ثلاثة ايام فمات العبد في الشرط قال عليه السلام: يستحلف بالله ما رضيه ثم هو بريء من الضمان. (١)  
بتقريب: انه عليه السلام لم يستفصل بين احداث الحدث وعدمه، وحكم بالبراءة ولو احدث الحدث، فيستكشف من ذلك ان المسقط انما هو الرضا، ومسقطية احداث الحدث انما تكون لأجل كاشفيته عن الرضا لا انه بنفسه مسقط.

وفيه: اولاً: ان الخبر ضعيف السند.

وثانياً: ان المراد بالرضا فيه ليس هو طيب النفس، اذ هو ليس مسقطاً للخيار

عرفاً من اجل الغلبة، فإذا فرض انّ الغالب في مثل هذه التصرفات وقوعها لا عن التزام بالعقد بل مع العزم على الفسخ أو التردد فيه أو الغفلة، كان تعليل الحكم على المطلق بهذه العلة الغير الموجودة الاّ في قليل من افراده مستهجناً. واما الاستشهاد لذلك بما سيجيء من انّ تصرّف البائع في ثمن بيع الخيار غير مسقط لخياره اتفاقاً، وليس ذلك الاّ من جهة صدوره لا عن التزام بالعقد، بل مع العزم على الفسخ برّد مثل الثمن. ففيه ما سيجيء ومما ذكرنا من استهجان التعليل على تقدير كون غالب التصرفات واقعة لا عن التزام يظهر فساد الجمع بهذا الوجه يعني حمل الاخبار المتقدمة على صورة دلالة التصرفات المذكورة على الرضا بلزوم العقد جمعاً بينها وبين ما دلّ من الاخبار على عدم سقوطه بمجرد التصرف مثل رواية عبدالله بن الحسن المتقدمة التي لم يستفصل في جوابها بين تصرّف المشتري في العبد المتوفى في زمان الخيار وعدمه، وإنما انيط سقوط الخيار فيها بالرّضا الفعلي ومثل الخبر المصحح في رجل اشترى شاة فامسكها ثلاثة ايام ثم ردّ قال: ان كان تلك الثلاثة ايام شرب لبنها يرّد معها ثلاثة امداد، وان لم يكن لها لبن فليس عليه شيء، ونحوه الآخر [١] وما فيها من ردّ ثلاثة امداد لعلّه محمول على الاستحباب مع انّ ترك العمل به لا يوجب ردّ الرّواية، فتأمل.

قطعاً، بل المراد به الالتزام بالعقد والاختيار، وقد مر أن احداث الحدث منه تعبداً وبالحكومة.

وثالثاً: ان الخبر وارد لبيان حيثية التلف في زمان الخيار خاصة لا للبيان من جهة اخرى، فلا يمكن التمسك بترك الاستفصال فيه بين احداث الحدث وعدمه.

[١] ثانيهما: المصحح<sup>(١)</sup> المذكور في المتن ونحوه الاخر

وفيه: اولاً: ان موردهما الرد بعد الثلاثة، فهما اجنبيان عن المقام ويحملان على ارادة

الرد بخيار العيب، والتصرف ليس مسقطاً له.

وثانياً: انه لم يعمل بهما لتضمنهما رد ثلاثة امداد.

وقد افتي بذلك في المبسوط فيما لو باع شاة غير مصراة وحلبها ايتاماً، ثم وجد المشتري فيها عيباً ثم قال وقيل ليس له ردّها لانه تصرّف بالحلب. وبالجملة فالجمع بين النص والفتوى الظاهرين في كون التصرف مسقطاً لدلالته على الرضا بلزوم العقد وبين ما تقدّم من التصرفات المذكورة في كثير من الفتاوى خصوصاً ما ذكره غير واحد من الجزم بسقوط الخيار بالركوب في طريق الرد أو التردد فيه، وفي التصرفات للإستخبار مع العلم بعدم اقتراها بالرضا بلزوم العقد في غاية الأشكال والله العالم بحقيقة الحال.

الثالث: خيار الشرط اعني الثابت بسبب اشتراطه في العقد [١] ولا خلاف في صحة هذا الشرط ولا في أنه لا يتقدّر بحدّ عندنا ونقل الاجماع عليه مستفيض، والاصل فيه قبل ذلك الاخبار العامة المسوّغة لاشتراط كلّ شرط الا ما استثنى والاخبار الخاصة الواردة في بعض افراد المسألة.

فمن الأولى: الخبر المستفيض الذي لا يبعد دعوى تواتره أنّ المسلمين عند شروطهم، [٢] ويزيد في صحيحة ابن سنان، الأكّل شرط خالف كتاب الله فلا يجوز. وفي مؤثقة اسحاق بن عمّار: الأ شرطاً حرّم حلالاً او حلّ حراماً.

فتحصل: ان الاظهر كون احداث الحدث - اي اعمال عمل جديد - لم يكن له قبل الاشتراء من المسقطات بنفسه.

## خيار الشرط

[١] الثالث: خيار الشرط بالضرورة بين علماء المذهب والكتاب والسنة عموماً وخصوصاً في بعض افراده. كذا في الجواهر وهو يثبت في كل مبيع اشترط الخيار فيه. وقد استدل لصحة هذا الشرط بوجهين.

[٢] الأول: الأخبار العامة المسوّغة لاشتراط كل شرط الا ما استثنى، كالخبر المستفيض: المسلمون عند شروطهم.<sup>(١)</sup>

.....

وقد اورد على الاستدلال بها بامور:

احدها: ما عن المستند من ان هذا الشرط مخالف للكتاب والسنة. اذ السنة دلت على ان البيع يجب بالافتراق، فاشتراط عدم وجوبه مخالف للسنة، فلا يكون مشمولاً لتلك الأخبار، لأنه قد استثنى من الشروط لازمة الوفاء ما خالف الكتاب والسنة. وفيه: ان وجوب البيع ولزومه حقي لاحكامي لجريان الاقالة فيه، فشرط عدمه ليس مخالفاً للكتاب والسنة، اذا الشرط المخالف للسنة هو شرط فعل، او ترك محكوم بحكم الزامي، او عدم حكم وضعي غير حقي كما تقدمت الاشارة اليه، وسيجيء تفصيله في باب الشروط.

ثانيها: انه شرط مخالف لمقتضى العقد، لأن مقتضاه لزوم البيع.

وفيه: ان اللزوم من احكام العقد لا من مقوماته، فشرط عدمه ليس مخالفاً لمقتضى العقد.

ثالثها: ما افاده المحقق الايرواني رحمته الله، وهو: ان ظاهر الاخبار الحكم التكليفي ووجوب ان يكون المؤمن عند شرطه، فلا يعم ما هو من قبيل شرط النتيجة الذي منه المقام، وهو شرط الخيار وثبوت حق الرجوع.

وفيه: اولاً: قد تقدم في مسألة اشتراط سقوط خيار المجلس ان مفاد هذه النصوص بقرينة غيرها من الأخبار نفوذ الشرط الذي له ربط بالمشروط عليه، فتشمل شرط النتيجة.

وثانياً: انه يمكن ارجاع هذا الشرط الى شرط الفعل بان يشترط ان يفسخ متى ما اراد.

رابعها: ما افاده المحقق الايرواني رحمته الله ايضاً، وهو: ان المقام داخل في شرط فعل الله - اعني حكمه بالخيار - وهو خارج عن الاختيار، غير مشمول لخطاب المؤمنون.

نعم في صحيحة اخرى لابن سنان من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا يجوز على الذي اشترط عليه، والمسلمون عند شروطهم، فيما وافق كتاب الله لكن المراد منه بقرينة المقابلة عدم المخالفة للاجماع على عدم اعتبار موافقة الشرط لظاهر الكتاب، وتام الكلام في معنى هذه الاخبار وتوضيح المراد من الاستثناء الوارد فيها يأتي في باب الشرط في ضمن العقد انشاء الله، والمقصود هنا بيان احكام الخيار المشترط في العقد وهي تظهر برسم مسائل.

مسألة: لافرق بين كون زمان الخيار متصلاً بالعقد او منفصلاً عنه، [١] لعموم أدلة الشرط، [٢] قال في التذكرة: لو شرط خيار الغد صح عندنا خلافاً للشافعي

وفيه: - مضافا الى ما تقدم من امكان ارجاعه الى شرط الفعل - ان هذا الحكم الشرعي بما انه مجعول في ظرف انشاء المكلف - كما في سائر الانشائيات - يكون مقدوراً بالواسطة. وان شئت قلت: ان المشروط هو الخيار عند المتبايعين، والشارع الأقدس امضى ذلك وحكم بالخيار لانه هو المشروط. فتدبر، فالأظهر تمامية هذا الوجه الوجه الثاني: الأخبار الخاصة الواردة في بعض افراد المسألة:

منها: النصوص المستفيضة الواردة في اشترط الفسخ برد الثمن الاتي نقلها.

ومنها: صحيح ابن سنان عن الامام الصادق عليه السلام: ان كان بينهما شرط اياماً معدودة فهلك في يد المشتري قبل ان يمضي الشرط فهو من مال البائع. (١)

ومنها: غير ذلك، وقد جعلها صاحب المستند مخصصة لما دل على عدم صحة الشرط المخالف.

واورد عليه: بان سياق ادلة عدم صحة الشرط المخالف آب عن التخصيص.

### لو جعل الخيار ولم يعين المدة

[١] قوله لافرق بين كون زمان الخيار متصلاً بالعقد او منفصلاً عنه محل الكلام في هذا المقام ليس جواز كون زمان الخيار منفصلاً - بل اتفقت كلماتهم على جواز ذلك.

[٢] لعموم ادلة الشروط.

واستدل له في موضع اخر بلزوم صيرورة العقد جائزاً بعد اللزوم [١] ورد بعدم المانع من ذلك، مع أنه كما في التذكرة منتقض بخيار التأخير وخيار الرؤية. نعم يشترط تعيين المدة فلو تراضيا على مدة مجهولة [٢] كقدوم الحاج بطل بلا خلاف، بل حكى الاجماع عليه صريحاً

[١] ودعوى انه يلزم منه جواز العقد بعد لزومه، مندفعة بانه لامحذور في ذلك، مضافا الى ثبوت نظيرها في الشرع كخيار التأخير - ولا في جواز تقدير اي مدة شاء.

[٢] وانما الكلام وقع فيما لو عين مدة مجهولة كقدوم الحاج، والكلام فيه في موردين:

الأول: في صحة الشرط وفساده.

الثاني: في صحة البيع وفساده.

اما المورد الأول: فقد استدل على بطلان الشرط بوجوه:

احدها: الاجماع وهو كما ترى.

ثانيها: ما ارسله بعض من نهي النبي ﷺ عن الغرر. (١) وهو عام شامل للشرط ايضاً، ولا بأس به، وهو وان كان ضعيف السند الا ان عمل الأصحاب واستدلالهم به في جملة من المواضع يوجب جبره.

ثالثها: ان البيع يبطل، فيكون الشرط باطلا بالتبع.

رابعها: ما في الجواهر، وهو: ان اشتراطه مخالف للسنة.

وفيه: انه ان اريد بذلك ان البيع بواسطة هذا الشرط يصير غررياً فهذا شرط مخالف للسنة، ففيه: ان الظاهر من قوله الا شرطاً خالف كتاب الله كون الالتزام بنفسه او الملتزم به مخالفاً للكتاب او السنة، واما الشرط الموجب لمخالفة شيء آخر للكتاب او السنة فهو غير مشمول له، وان اريد به ان الشرط الغرري بنفسه منهي عنه فيكفي في فساده نفس دليل الغرر.

واما المورد الثاني: فقد استدل لبطلان البيع بوجوه:

(١) التذكرة ج ١ - ص ٤٦٦ - مسألة بيع الطير في الهواء - وعن الشهيد ره نحوه.



لصيرورة المعاملة بذلك غررية، [١] ولا عبرة بمساحة العرف في بعض المقامات واقدام العقلاء عليه احيانا، [٢] فإنّ المستفاد من تتبّع احكام المعاملات عدم رضاء الشارع بذلك، اذ كثيراً ما يتفق التشّاح في مثل السّاعة والسّاعتين من زمان الخيار فضلاً من اليوم واليومين.

وبالجملة، فالغرر لا ينتفي بمساحة النّاس في غير زمان الحاجة الى المداّقة والآلّم يكن بيع الجزاف وما تعدّر تسليمه، والثّمن المحتمل للتفاوت القليل وغير ذلك من الجهالات غرراً، لتساع النّاس في غير مقام الحاجة الى المداّقة في اكثر الجهالات. ولعلّ هذا مراد بعض الاساطين من قوله انّ دائرة الغرر في الشّرع اضيق من دائرته في العرف، وإلّا فالغرر لفظ لا يرجع في معناه الآلى العرف. نعم الجهالة التي لا يرجع الامر معها غالباً الى التشّاح بحيث يكون التّادر كالمعدوم لا تعدّد غرراً، كتفاوت المكائيل والموازن

احدها: الاجماع. وهو كما ترى.

ثانيها: ان الشرط اذا فسد فسد المشروط، وقد تقدم فساد الشرط.

وفيه: ما سيجيء في محله من ان الشرط الفاسد لا يكون مفسداً.

[١] ثالثها: صيرورة المعاملة بذلك غررية.

[٢] واورد عليه تارة: بان العقلاء يقدمون على مثل هذه المعاملة ويسامحون في

مثل هذه الجهالة.

واخرى: بان الشرط انما يكون التزاما في ضمن التزام، وجهالة المظروف لا تسري

الى الظرف، وهو معلوم من جميع الجهات فلا يكون غررياً.

وثالثة: بما عن المحقق الايرواني رحمته الله، وهو: ان الغرر المنهي عنه لا يشمل الغرر

الحاصل بجهالة مدة الخيار، والا بطل كل البيوع بجهالة مدة خيار المجلس.

وفي الجميع نظر:

اما الأول: فلأن اقدم العقلاء لا يوجب رفع الغرر، فانهم ربما يقدمون على المعاملة

الخطرية، والشارع الأقدس لسد هذا الباب نهى عن البيع الغرري.

واما الثاني: فلأن الشرط وان كان التزاما في ضمن التزام الا ان المشروط بما

ويشير الى ما ذكرنا الاخبار الدالة على اعتبار كون السلم الى اجل معلوم، وخصوص موثقة غياث: لا بأس بالسلم في كيل معلوم الى اجل معلوم لا يسلم إلى دياس أو إلى حصاد. مع ان التأجيل الى الدياس والحصاد وشبههما فوق حدّ الاحصاء بين العقلاء المجاهلين بالشرع، وربما يستدلّ على ذلك بأنّ اشتراط المدة المجهولة مخالف للكتاب والسنة، لأنّه غرر. [١] وفيه انّ كون البيع بواسطة الشرط مخالفاً للكتاب والسنة غير كون نفس الشرط مخالفاً للكتاب والسنة، ففي الثاني يفسد الشرط ويتبعه البيع، وفي الأوّل يفسد البيع فيلغو الشرط. اللهم الا ان يراد انّ نفس الالتزام بخيار في مدة مجهولة غرر وان لم يكن بيعاً فيشمله دليل نفي الغرر فيكون مخالفاً للكتاب والسنة، لكن لا يخفى سراية الغرر الى البيع، [٢] فيكون الاستناد في فساده الى فساد شرطه المخالف للكتاب كالاكل من القفاء.

انه جواز العقد - ومن المعلوم ان الملكية اللازمة غير الملكية الجائزة - فلا محالة تسري الجهالة الى البيع ويصير البيع بذلك غررياً كما لا يخفى.

واما الثالث: فلأن خيار المجلس انما يكون بجعل من الشارع، واما المتعاملان فهما عالمان بما ينشآن ولا جهالة فيه بوجه ولا غرر. وحكم الشارع لا يوجب غررية البيع. فالأظهر تمامية هذا الوجه، فتحصل بطلان البيع.

[١] قوله ان اشتراط المدة المجهولة مخالف للكتاب والسنة لانه غرر

قد عرفت ان مراد من استدلال بهذا الوجه اثبات بطلان الشرط، بمخالفته للكتاب والسنة، وبكون نفس الشرط غرر يافنفس الشرط مشمول لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ نهى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن الغرر، واذا كان الشرط باطلا كان البيع باطلا لان الشرط الفاسد مفسد وعليه فلا يرد عليه ما اورده المصنف بقوله.

[٢] لكن لا يخفى سراية الغرر الى البيع

وفيه انه اذا كان الشرط غررياً وباطلاً لا يسرى ذلك الى البيع لما سيأتي في محل ان الشرط التزام في ضمن التزام الا بالتقريب الذي ذكرناه فراجع

مسألة: لافرق في بطلان العقد بين ذكر المدّة المجهولة كقدوم الحاجّ، وبين عدم ذكر المدّة اصلاً كان يقول: بعتك على ان يكون لي الخيار وبين ذكر المدّة المطلقة، كان يقول بعتك على ان يكون لي الخيار مدّة لاستواء الكلّ في الغرر، [١] خلافاً للمحكّي عن المنفعة والانتصار والخلاف والجواهر والغنية والحلبى فجعلوا مدة الخيار في الصورة الثانية ثلاثة ايام ويحتمل حمل الثالثة عليها وعن الانتصار والغنية والجواهر، الاجماع عليه. وفي محكّي الخلاف وجود اخبار الفرقه به ولا شكّ ان هذه الحكاية بمنزلة ارسال اخبار [٢] فيكفي في انجبارها الاجماع المنقولة. ولذا مال اليه في محكّي الدروس لكنّ العلامة في التذكرة لم يحك هذا القول الا عن الشيخ رحمته واوله بارادة خيار الحيوان.

وعن العلامة الطباطبائي في مصابحه: الجزم به، وقوّاه بعض المعاصرين منتصراً لهم بما في مفتاح الكرامة من أنّه ليس في الادلّة ما يخالفه اذ الغرر مندفع بتحديد الشّرع و ان لم يعلم به المتعاقدان

[١] وقد صرح غير واحد بعدم الفرق في بطلان العقد بين ذكر المدة المجهولة وبين عدم ذكر المدة، وبين ذكر المدة المطلقة بان يقول بعتك بشرط ان يكون لي الخيار مدة لاستواء الجميع في الغرر بالتقريب المتقدم.

وقيل ان المشهور بين المتقدمين الصحة في الثالث والانصراف الى ثلاثة ايام، وعن جماعة: دعوى الاجماع عليه.

[٢] واستدل له: بوجوه الاول ما عن محكّي الخلاف من وجود اخبار الفرقه به. بتقريب: ان هذه الحكاية بمنزلة ارسال اخبار، فيكفي في انجبارها الاجماع المنقولة. وفيه ان عمل الأصحاب انما يوجب انجبار ضعف السند لو علم استنادهم الى الخبر، والاف مجرد مطابقة الفتاوى مع الخبر لا يوجب جبر الضعف، وفي المقام حيث لم يحرز ذلك، ولعلمهم استندوا الى الوجه الثاني، بل يحتمل ان يكون مراد الشيخ من الأخبار ذلك، فلا يكون الضعف منجبراً

مع ان العمل يوجب جبر ضعف السند لا الدلالة، وحيث انه يحتمل عدم دلالتها على فرض وجودها فلا يصح الاستدلال بها.

كخيار الحيوان الذي لا اشكال في صحّة العقد مع الجهل به او بمدّته، وزاد في مفتاح الكرامة التعليل بأنّ الجهل يؤل الى العلم الحاصل من الشّرع. وفيه ما تقدّم في مسألة تعدّد التسليم من انّ بيع الغرر موضوع عرفي حكم فيه الشّارع بالفساد، والتّحديد بالثلاثة تعبد شرعي لم يقصده المتعاقدان، فإن ثبت بالدليل كان مخصّصاً لعموم نفي الغرر وكان التّحديد تعدياً نظير التّحديد الوارد في بعض الوصايا المهمة او يكون حكماً شرعياً ثبت في موضوع خاصّ، وهو اهمال مدّة الخيار.

والحاصل انّ الدّعوى في تخصيص ادلّة نفي الغرر لا في تخصصها والانصاف انّ ما ذكرنا من حكاية الاخبار ونقل الاجماع لا ينهض لتخصيص قاعدة الغرر، لانّ الظاهر بقريئة عدم تعرّض الشّيخ لذكر شيء من هذه الاخبار في كتابيه الموضوعين لإيداع الاخبار، أنّه عوّل في هذه الدّعوى على اجتهاده في دلالة الاخبار الواردة في شرط الحيوان، [١] ولا ريب انّ الاجماع المحكيّة انما تجبر قصور السند المرسل المتّضح دلالته

وما افاده المحقق الايرواني رحمته الله بان المسند المنقول بالمعنى حجة عندهم والمرسل بعد الجبر يبلغ مبلغه،

يرده انه فرق بين الخبر المنقول بالمعنى من غير ان يدخل فيه اجتهاد الراوي، وبين نقل مفاده بحسب اجتهاده، والأول حجة دون الثاني، والمقام من قبيل الثاني.

[١] الثاني الأخبار الواردة في شرط الحيوان، بدعوى ان قوله على الشرط في الحيوان ثلاثة ايام للمشتري اشترط ام لم يشترط. <sup>(١)</sup> يدل بالفحوى على ان الشرط في غيره ثلاثة ايام مع اشتراط الخيار وان لم يشترط ثلاثة ايام لا اشتراطها لعدم اختصاصه به، اذ ضرورة صحة اشتراط اي عدد شاء فالمختص بها حينئذ اطلاق اشتراط الخيار. وفيه انه لا مفهوم لتلك الأخبار اصلا، وعلى فرضه فهو عدم ثبوت الثلاثة في غير الحيوان لا الثلاثة مع الاشتراط.

والقاصر دلالة لا المرسل المجهول العين المحتمل لعدم الدلالة رأساً فالتعويل حينئذ على نفس الجابر ولا حاجة الى ضم المنجبر، اذ نعلم اجمالاً انّ المجمعين اعتمدوا على دلالات اجتهاديّة استنبطوها من الاخبار.

ولا ريب انّ المستند غالباً في اجماعات القاضي وابن زهرة اجماع السيّد في الانتصار، نعم قد روي في كتب العامّة انّ حنان بن منقذ كان يخدع في البيع لشجّة اصابته في رأسه فقال له النبي ﷺ: اذا بعت فقل لا خلابة، وجعل له الخيار ثلاثاً، في رواية: ولك الخيار ثلاثاً، [١] والخلابة: الخديعة، وفي دلالاته فضلاً عن سنده ما لا يخفى وجبرها بالاجماع كما ترى

[١] وقد يستدل بالنبويين الواردين في حنان بن منقذ الذي كان يخدع في البيع، قال ﷺ له: اذا بعت فقل لا خلابة ولك الخيار ثلاثا كما في احدهما: وجعل له الخيار ثلاثا كما في الاخر. (١)

وفيه انهما ضعيفان سندا وقاصران دلالة.

اما الأول فواضح، واما الثاني فلما عن التذكرة من ان قوله لا خلابة عبارة في الشرع عن اشتراط الخيار ثلاثاً، واذا اطلقها عالمين بمعناها كان كالتصريح بالاشتراط، انتهى.

فالأظهر ان حكم هذه الصورة حكم الصورة الاولى.

واستدل للقول الاخر: بان الغرر مندفع بتحديد الشرع، وان لم يعلم به المتعاقدان كما في خيار الحيوان، فالأظهر هو التفصيل بين علمهما بتحديد الشارع وعدمه.

فعلى الأول لا غرر، اذ التزامهما بالخيار التزام به في ثلاثه ايام.

وعلى الثاني: يكون غررياً، فانه لا اقدم على الحكم الشرعي، وما اقدم عليه حيث انه غرري والحكم الشرعي لا يرفع الغرر فلا محالة يكون الدليل المفروض مخصصاً لدليل الغرر، ولا يقاس بالجهل بخيار الحيوان ومدته، فانه ليس هناك اقدم معاملي على الخيار.

اذ التّعويل عليها مع ذهاب المتأخرين الى خلافها في الخروج عن قاعدة الغرر مشكل، بل غير صحيح، فالقول بالبطلان لا يخلو عن قوّة، ثمّ أنّه ربّما يقال ببطلان الشرط دون العقد ولعلّه مبنيّ على أنّ فساد الشرط لا يوجب فساد العقد، وفيه أنّ هذا على القول به فيما اذا لم توجب الشرط فساداً في اصل البيع كما فيما نحن فيه، حيث أنّ جهالة الشرط يوجب كون البيع غررياً وإلّا فالتّجه فساد البيع ولو لم نقل بسرّاية الفساد من الشرط الى المشروط، وسيجيء تمام الكلام في مسألة الشرط.

مسألة: مبدأ هذا الخيار من حين العقد، لأنّه المتبادر من الاطلاق [١] ولو كان زمان الخيار منفصلاً كان مبدئه أوّل جزء من ذلك الزّمان، فلو شرط خيار الغد كان مبدؤه من طلوع فجر الغد، فيجوز جعل مبدؤه من انقضاء خيار الحيوان بناء على أنّ مبدؤه من حين العقد

---

وفي الصورة الثالثة، وهي: ما لو ذكر مدة مطلقة اما ابداً او مادام العمر، ذهب المحقق النائيني رحمته الله: الى الحكم بفساد الشرط بدعوى انه مخالف لمقتضى العقد، فان مقتضاه بمدلوله الائتماني هو التزام كل من المتبايعين بما انشأه، فلو لم يلتزم احدهما به في مقدار من الزمان فهو ينافي اطلاقه، ولا باس به. واما لو لم يلتزم به ابدا فهو ينافي مقتضاه ويفسد. وفيه: ان الشرط المخالف لحقيقة العقد او لما يتقوم به انما لا يكون نافذا فيما اذا كان منافيا لمقتضاه حتى مع الشرط واما ما ينافي مقتضاه الذي يكون مقتضاه لولا الشرط فلا مانع من نفوذه كما سيأتي تنقيحه في مبحث الشروط، والمقام من هذا القبيل كما لا يخفى. فالأظهر صحة البيع والشرط في هذه الصورة.

### مبدأ خيار الشرط

[١] قوله مبدأ هذا الخيار من حين العقد لأنه المتبادر من الاطلاق. وقد تقدم في مبحث خيار الحيوان ما يمكن ان يستدل به على كون المبدأ من بعد انتهاء امد سائر الخيارات، وانه لا يتم شيء مما ذكره، فلا مانع ثبوتاً من الالتزام بان مبدؤه في المقام من حين العقد، واذا كان المتبادر من الاطلاق كون المبدأ من حين العقد

ولو جعل مبدأه من حين التفرق، بطل لأدائه الى جهالة مدّة الخيار. [١]

وعن الشيخ والحلي أنّ مبدأه من حين التفرق، وقد تقدّم عن الشيخ وجهه مع عدم تماميته، نعم يمكن ان يقال هنا أنّ المتبادر من جعل الخيار جعله في زمان لولا الخيار لزم العقد، كما أشار إليه في السرائر، لكن لو تمّ هذا لا تقتضى كونه في الحيوان من حين انقضاء الثلاثة، مع أنّ هذا إنّما يتمّ مع العلم بثبوت خيار المجلس والإفّع الجهل به لا يقصد الآلّجعل من حين العقد، بل الحكم بثبوته من حين التفرق حكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما [٢]

نلتزم به، وانما الكلام في المقام في موردين:

[١] الأول: فيما افاده المصنف رحمته الله: بقوله ولو جعل مبدأه من حين التفرق بطل لأدائه الى جهالة مدة الخيار...

فانه يرد عليه: انه لو جعل الخيار من حين التفرق الى ثلاثة ايام يكون المجعول معلوما بحسب المقدار، وانما المجهول وقته ولا يوجب ذلك الفرر، بل لو جعل الخيار من حين التفرق الى ما يكمل مع المجلس ثلاثة ايام صح للعلم بمدّة الخيار الثابت له الأصلي والجعلي، وجهالة كل واحد منهما لا توجب الفرر. فتأمل.

[٢] الثاني: فيما افاده بقوله: بل الحكم بثبوته من حين التفرق حكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما...

فانه اورد عليه المحقق النائيني رحمته الله: بانه اذا قلنا ان المبدأ من حين انقضاء الخيار من جهة عدم امكان تأثير الشرط في زمان وجود خيار آخر لا يلزم هذا المحذور، اذ المانع من التأثير قهري، فلا يلزم مخالفة القصد التي لا يمكن الالتزام بها.

وفيه: ان ذلك خلاف ممشى المصنف رحمته الله، فان مورد بحثه ما اذا كان الالتزام يكون المبدأ من حين انقضاء الخيار من جهة الانصراف لامن جهة عدم امكان تأثير الشرط في زمان وجود خيار آخر، اذ عليه مع الجهل بخيار المجلس لا محالة يقصد الخيار من حين العقد، فالحكم بثبوته من حين التفرق حكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما، وهو وان لم يكن محذور فيه لو ساعدنا الدليل الا انه لفقده لا يمكن الالتزام به

مسألة: يصحّ جعل الخيار لأجنبيّ، قال في التذكرة: لو باع العبد وشرط الخيار للعبد صحّ البيع والشرط عندنا معاً، [١] وحكي عنه الاجماع في الاجنبيّ، قال لأنّ العبد بمنزلة الاجنبي

## جعل الخيار للأجنبي

[١] قال في التذكرة لو باع العبد وشرط الخيار للعبد صحّ البيع والشرط عندنا معا وحكى عنه الاجماع فى الاجنبي، وهذا مما لا كلام فيه  
انما الكلام في هذه المسألة يقع في موارد:  
الأول: في انه هل يصح جعل الخيار للأجنبي ام لا؟  
وقد استدلل للثاني بوجوه:

احدها: ما ذكره المحقق النائيني رحمته الله، وهو: ان الخيار عبارة عن رد كل مال الى مالكه الأصلي أو اقراره في ملك مالكه الفعلي، وهذا ينفذ ممن كان زمام المال بيده، واما الأجنبي فاجنبي عنه. وبعبارة اخرى: وان كان الأصل في كل حق ان يكون قابلا للاسقاط الا انه ليس كل حق قابلا للنقل الى الغير، وعلى فرض كونه قابلا له فليس قابلا للنقل الى كل احد، فان حق القسم قابل للتمليك الى الزوج والضرورة ولا يقبل التملك الى الأجنبي، فالخيار وان كان قابلا للتمليك الى احدهما الا انه لا يقبل التملك الى الأجنبي.

وفيه: ان الخيار عبارة عن حل العقد، ولازمه رد كل مال الى مالكه الأصلي، مع انه لو سلم كون ذلك معناه لم يدل دليل على اعتبار كون الرد ممن كان زمام المال بيده، وما ذكره بعد. وبعبارة اخرى: غير مربوط بالمقام، فانه انما هو في نقل الحق الثابت له كخيار المجلس ونحوه، ومحل الكلام جعل الخيار له ابتداءً.

ثانيها: ما ذكره المصنف رحمته الله في مسألة ثبوت الخيار للوكيل، واستند بعضهم اليه في المقام، وحاصله: ان مفاد ادلة الخيار اثبات سلطنة لكل من المتعاقدين على ما انتقل الى الاخر بعد الفراغ عن تسلطه على ما انتقل اليه، والأجنبي حيث انه لا سلطنة له على ما انتقل الى جاعل الخيار، فلا معنى للخيار، ولعل ما افاده المحقق النائيني رحمته الله يرجع الى ذلك



ولو جعل الخيار لمتعدّد كان كلّ منهم ذا خيار، فإن اختلفوا في الفسخ والاجازة قدّم الفاسخ [١] لأنّ مرجع الإجازة إلى اسقاط خيار المميز [خاصّة] بخلاف ما لو وكلّ جماعة في الخيار، فإنّ النّافذ هو تصرّف السّابق لفوات محلّ الوكالة بعد ذلك

وفيه: اولاً: ان الخيار انما يكون سلطنة على حل العقد.

وثانياً: انه لو تنزلنا عن ذلك فهو سلطنة على التراد لخصوص الاسترداد، وقد تقدم في تلك المسألة توضيح ذلك.

ثالثها: ما افاده المحقق الاصفهاني رحمته الله، وهو: ان الخيار بناءً على تعلقه بالعقد انما يناسب من له عقد ومن شأنه الوفاء به، والأجنبي اجنبي عنه وعن الوفاء به، ولذا قلنا ان دليل الخيار مخصص لدليل الوفاء بالعقد وانه لا يتوجه الا الى من له العقد، فـدليل الوفاء بالشرط لا تصور له من حيث شموله لكل شرط، بل القصور من ناحية الخيار، حيث انه لا معنى له الا بالاضافة الى من له العقد.

وفيه: اولاً: انه لم يدل دليل على كون الخيار ثابتاً لخصوص من يكون ماموراً بالوفاء بالعقد، وما افاده مجرد الاعتبار.

وثانياً: ان المأمور به على ما تقدم في مبحث المعاظة هو عدم حل العقد ونقضه، وليس هو ترتيب الاثار عملاكي لا يشمل الأجنبي، وعليه فالاية تشمل الأجنبي، ودليل الشرط يكون مخصصاً لها.

رابعها ما ذكره المصنف رحمته الله في آخر المسألة وسيمر عليك وما يرد عليه [١] الثاني: لو جعل الخيار لمتعدد ففي المكاسب: كان كل منهم ذا خيار، فان اختلفوا في الفسخ والاجازة قدم الفاسخ.

ولكن جعل الخيار للمتعدد يتصور على وجوه:

احدها: جعل خيار واحد للمجموع من حيث المجموع.

ثانيها: جعل الخيار لكل واحد مستقلاً.

حول جعل الخيار للاجنبي ..... ٣٤٩

وعن الوسيلة: أنه اذا كان الخيار لهما واجتمعا على فسخ او امضاء نفذ، وان لم يجتمعا بطل [١] وان كان لغيرهما ورضي، نفذ البيع، وان لم يرض كان المبتاع بالخيار بين الفسخ والامضاء، [٢] انتهى

ثالثها: جعل الخيار للطبيعة المنطبقة على المتعدد.  
وعلى الأول: لا اثر لفعل واحد منهم مالم يوافقه الاخرون.  
وعلى الثاني: يقدم الفاسخ، لأن مرجع الاجازة الى اسقاط خيار المجيز خاصة.  
وعلى الثالث: يقدم فعل المقدم في فعله اجازة كان ام فسحا.  
[١] وعن الوسيلة: انه اذا كان الخيار لهما واجتمعا على فسخ او امضاء نفذ وان لم يجتمعا بطل.

وقد احتمل في توجيه هذه العبارة وجهان  
الأول: ان يكون مراده جعل المتبايعين الخيار لأنفسهما بقيد الاجتماع، وعليه فان اجتماعا فهو، وان خالف احدهما الاخر بطل، اي لم يؤثر الفسخ ولا الاجازة.  
الثاني: ان يكون مراده جعل الخيار لكل واحد مستقلا، فقوله ولم يجتمعا اي فسخ احدهما وامضى الاخر، بطل اي بطل البيع، اي يكون الفسخ مؤثرا.  
يرد على الوجه الأول: ان جعل الخيار بالنحو المزبور لغو بعد ان لهما الاقالة.  
[٢] قال فيها ايضا: وان كان لغيرهما ورضي نفذ البيع، وان لم يرض كان المبتاع بالخيار بين الفسخ والامضاء

مراده من الرضا ليس هو اجازة العقد بل المراد الرضا بجعل الخيار وقبوله، وعليه فمراده من هذه العبارة: ان الأجنبي المجعل له الخيار ان قبل نفذ البيع من ناحية المتبايعين - اي ليس للمشارط خيار - وان لم يقبل فالمبتاع بالخيار لتعذر الشرط.  
وعلى هذا فلا يرد عليه ما عن المختلف بان هذا الخيار ان جعل للأجنبي لم يكن لأحد المتبايعين خيار، فان اختار الأجنبي الامضاء نفذ، وان اختار الفسخ انفسخ ولا عبرة بالمتبايعين.

وفي الدروس يجوز اشتراطه لأجنبي منفرداً ولا اعتراض عليه ومعها او مع احدهما، ولو خولف امكن اعتبار فعله والألم يكن لذكره فائدة، انتهى. [١]

اقول ولو لم يميز فسخ الاجنبي مع اجازته والمفروض عدم مضي اجازته مع فسخه لم يكن لذكر الأجنبي فائدة، [٢] ثم أنه ذكر غير واحد ان الأجنبي يراعى المصلحة للجاعل ولعله لتبادره من الاطلاق وإلا فمقتضى التحكيم نفوذ حكمه على الجاعل من دون ملاحظة مصلحة، [٣] فتعليل وجوب مراعاة الاصلح بكونه اميناً لا يخلو عن نظر.

كما انه لا يرد عليه ما في الحاشية من: ان مقتضى كون الخيار للأجنبي كون الأمر بيده، فلا معنى لكون الأمر بيد المبتاع مع فرض فسخه. فان منشأ هذين الايرادين توهم كون مراده من الرضا امضاء العقد واجازته.

[١] وعن الدروس: يجوز اشتراطه لأجنبي منفرداً ولا اعتراض عليه ومعها او مع احدهما ولو خولف امكن اعتبار فعله...

مراده بحسب الظاهر: انه لو جعل الخيار للأجنبي مع احدهما او معهما فان اتفقا على فسخ او امضاء فهو، وان خولف بان فسخ الأجنبي واجاز الأصيل امكن تقديم فسخه، اذ لو لم يقدم - والمفروض انه لا يقدم اجازته لأنها لا توجب سقوط خيار الأصيل - لم يكن لذكر الأجنبي فائدة.

[٢] وعلى هذا فكلام المصنف رحمته الله مؤيد له،

ولكن يرد عليه: انه ان كان المجعول خياراً واحداً لهما عدم تقديم فسخه على اجازة الأصيل لا يوجب لغوية ذكره، اذ فائدته حينئذ تاتى بفسخه في صورة موافقة الأصيل، وان كان المجعول متعدداً قدم فسخه كما هو الشأن في جميع الموارد لا للغوية ذكره لو لم يقدم.

[٣] الثالث ان جعل الخيار للأجنبي هل هو من باب التملك او التوكيل او

التحكيم؟

فقد يقال - كما عن المحقق النائيني رحمته الله - بانه ليس من قبيل التملك، لأنه لو كان على نحو جعل الملك فلازمه ارث وارث الأجنبي عنه، لأن ما تركه لوارثه،

ثم انه ربما يتخيل ان اشتراط الخيار للأجنبي مخالف للمشروع، [١] نظراً الى انّ الثابت في الشّرع صحّة الفسخ بالتّفاسخ او بدخول الخيار بالاصل كخيارى المجلس والشّروط او بالعارض كخيار الفسخ برد الثمن لنفس المتعاقدين وهو ضعيف لمنع اعتبار كون الفسخ من احد المتعاقدين شرعا ولا عقلا

ولامن باب التوكيل، والامكن عزله، بل هو متوسط بين الملكية والوكالة نظير التولية على الوقف، وهذا هو المراد من التحكيم الذي ذكره الفقهاء رحمهم الله في المقام. ولكن يمكن ان يقال: انه من قبيل التملك وجعل الحق له، وانما لا يرثه وارثه من جهة ضيق مقدار الجعل والمجعول، لأن المجعول هو حق الخيار للأجنبي بما انه ذونظر وراي يعتمد عليه في امر العقد، ولا يجوز نقله الى الغير لأنه حق خاص لا يتعداه. كما انه يمكن ان يقال: انه من باب التوكيل، وانما لا يجوز عزله لأنه بعنوان الشرط في عقد لازم، اذ الوكالة جائزة بعنوانها، ولا ينافي اللزوم اذا وقعت موقع الاشرط في ضمن العقد اللازم، والظاهر من جعل الخيار للأجنبي كونه من قبيل الأول. وهل يراعي المصلحة للجاعل ام لا؟ وجهان  
قد استدلل للأول: بانه امين فيجب عليه مراعاة الغبطة.  
واورد عليه المصنف رحمته الله: بان مقتضى التحكيم نفوذ حكمه على الجاعل من دون ملاحظة مصلحة.

وفيه: انه كان جعل الخيار من باب التحكيم او التملك او التوكيل لابد من رعاية غبطة الجاعل. اما على الأخير فواضح، واما على الأولين فلأن جعل الخيار للأجنبي بحسب الغالب انما يكون للوثوق بنظر من جعل له الخيار، فالاطلاق وارد مورد الغالب من حيث اعتبار ما يراه صلاحا، وعليه فيصح التعليل المذكور، فانه تأمين بتفويض امر العقد اليه لاجعل الحق له خاصة.

[١] قوله ربما يتخيل ان اشتراط الخيار للاجنبي مخالف للمشروع

هذا هو رابع الوجوه التي ذكروها لعدم صحّة جعل الخيار للاجنبي، وهو انه

مخالف للمشروع

بل المعتبر فيه تعلّق حقّ الفاسخ بالعقد او بالعين وان كان اجنبياً، [١] فحينئذٍ يجوز للمتبايعين اشتراط حقّ للاجنبي في العقد وسيجيء نظيره في ارث الزوجة للخيار مع عدم ارثها من العين.

مسألة: يجوز لهما اشتراط الإستثمار [٢] بان يستأمر المشروط عليه الأجنبي في امر العقد فيأتمر بأمره او بأن يأتّمه اذا امره ابتداء وعلى الاول فإنّ فسخ المشروط عليه من دون استثمار لم ينفذ ولو إستأمره، فإن أمره بالإجازة لم يكن له الفسخ قطعاً، إذ الغرض من الشرط ليس مجرد الإستثمار، بل الالتزام بأمره مع أنّه لو كان الغرض مجرد ذلك لم يوجب ذلك ايضاً ملك الفسخ، وان امره بالفسخ لم يجب عليه الفسخ بل غاية الأمر ملك الفسخ حينئذٍ، اذ لا معنى لوجوب الفسخ عليه. اما مع عدم رضا الآخر بالفسخ فواضح اذ المفروض ان الثالث لا سلطنة له على الفسخ والمتعاقدان لا يريدانه. واما مع طلب الآخر

نظراً الى ان الثابت في الشرع صحة الفسخ بالتفاسخ او بدخول الخيار بالأصل او بانعراض.

[١] والجواب عنه ما افاده ره، وهو: منع اعتبار كون الفسخ من احد المتبايعين شرعاً ولا عقلاً، بل المعتبر فيه تعلّق حق الفاسخ بالعقد او بالعين وان كان اجنبياً فالأظهر صحة جعل الخيار للأجنبي.

### جواز اشتراط الاستثمار

[٢] لا خلاف بين الأصحاب في انه يجوز لكل منهما اشتراط الاستثمار بان يستأمر المشروط عليه الأجنبي في امر العقد، فيأتمر بامره، او بان يأتّمه اذا امره ابتداء.

والكلام في هذه المسألة يقع في مقامين:

الأول: في الحكم الوضعي.

الثاني: في الحكم التكليفي.

اما الأول: فتارة: يجعل الخيار لنفسه ويشترط عليه ان لا يختار احد الأمرين من الفسخ او الامضاء الا بتعيين المستأمر بالفتح

واخرى: يجعل الخيار لنفسه عند امر الاجنبى باحدهما

للفسخ فلأنّ وجوب الفسخ حينئذ على المستأمر بالكسر، راجع الى حقّ صاحبه عليه، فإنّ اقتضى اشتراط الاستثمار ذلك الحقّ على صاحبه عرفاً فعناه سلطنة صاحبه على الفسخ [١] فيرجع اشتراط الاستثمار الى شرط لكلّ منها على صاحبه.

وثالثة: يجعل لنفسه حق الفسخ عند امر الأجنبي به ولا يجعل شيئاً عند امره بالاجازة.

ورابعة: يجعل الخيار للأجنبي ويقيد بان لا يباشر اعماله بل يامر العاقد بما يريد. ففي الصورة الاولى: اذا فسخ قبل الاستثمار او بعده مع امره به او بالاجازة يكون نافذاً لفرض ثبوت الخيار له. غاية الأمر تخلف ما اشترط عليه في الفرض الأول والثالث.

فما افاده من انه لو فسخ المشروط عليه من دون استثمار لم ينفذ  
لا يتم في هذه الصورة

وفي الصورة الثالثة: لا ينفذ فسخه قبل الاستثمار، وكذا بعده، وامره بالاجازة والامضاء.

وفي الصورة الرابعة: لا ينفذ فسخه الا بعد امره به، لكون الحق للامر، والمأمور الته. هذا في الفسخ.

وفي هاتين الصورتين الاخيرتين يتم ما افاده فان امره بالاجازة لم يكن له الفسخ دون الاوليتين

واما الاجازة: فان كانت قبل الاستثمار لم تنفذ في الصور الثلاث الأخيرة ونفذت في الاولى، ولا يخفى وجهه.

وان كانت بعد الاستثمار وامره بالفسخ نفذت في الصورتين الاوليتين ولم تنفذ في الأخيرتين.

وان كانت بعده وامره بالامضاء نفذت في جميع الصور. ولا يخفى وجهه.

[١] قوله فان اقتضى اشتراط الاستثمار ذلك الحق على صاحبه

وفيه ان اشتراط الاستثمار من الطرفين يقتضى سلطنة كل منهما على فسخ العقداذا

اذن الثالث لا سلطنة المطالبة بالفسخ من صاحبه.

والمحاصل: انّ اشتراط الاستثمار من واحد منها على صاحبه أنّما يقتضي ملكه للفسخ، اذا اذن له الثالث المستثمر واشترطه لكلّ منها على صاحبه يقتضي ملك كلّ واحد منها للفسخ عند الاذن، ومما ذكرنا يتّضح حكم الشقّ الثاني وهو الإلتزام بأمره الابتدائيّ فإنّه ان كان شرطاً لأحدهما ملك الفسخ لو امره به وان كان لكلّ منهما ملكاً، كذلك. ثمّ في اعتبار مراعاة المستثمر للمصلحة وعدمه وجهان [١] او جهها العدم ان لم يستفد الاعتبار من اطلاق العقد بقرينة حالية او مقالية.

[١] قوله ثم في اعتبار مراعاة المصلحة وعدمه وجهان

الغرض من هذه العبارة بيان الحكم الوضعي وانه هل يثبت حق الخيار للمستثمر بالكسر عند اذن الثالث مطلقا او عند اذنه بشرط مراعاته للمصلحة.

واما المقام الثاني: فان كان المشروط ثبوت الحق من دون ان يعمل احدهما عملا ولو معلقا على امر المستثمر بالفتح كما في الصورة الثانية والثالثة لا كلام في عدم وجوب الاستثمار ولا العمل بامره، فان غاية ما هناك ثبوت الحق بهذا الشرط، فلا ملزم له بالاستثمار او الفسخ لو امر به.

وان كان المشروط مع ذلك عملا،

فتارة: يكون ذلك حقا للمستثمر على صاحبه خاصة كما في الصورة الاولى لو اشترط المستثمر بالكسر ان يكون اختياره للفسخ او الامضاء عن امر المستثمر.

واخرى: يكون حقا لصاحبه عليه اما خالصا او بالمشاركة.

وفي الفرض الأول: لا يجب عليه شيء، اذ لا يجب للمشروط له استيفاء شرطه، لأن الحق له، وجاز له ان يرفع اليد عن حقه، فلو امره بالفسخ له ان لا يفسخ.

وفي الفرض الثاني: يجب عليه العمل بما يامره.

وعلى اي حال لا يجب الاستثمار الا اذا اشترط احدهما على صاحبه ان يستثمر زائداً على جعل الخيار بعد الاستثمار.

مسألة: من افراد خيار الشرط ما يضاف البيع اليه، ويقال له بيع الخيار [١] وهو جائز عندنا كما في التذكرة، وعن غيرها الإجماع عليه وهو ان يبيع شيئاً ويشترط الخيار لنفسه مدة بأن يرد الثمن فيها ويرتجع المبيع، والأصل فيه بعد العمومات المتقدمّة في الشرط النصوص المستفيضة، منها موثقة اسحاق بن عمار، وقال سمعت من يسأل أبا عبدالله عليه السلام وسأله رجل وانا عنده، فقال له رجل مسلم احتاج الى بيع داره فمضى [فجاء] إلى أخيه فقال له: ابيعك داري هذه ويكون لك أحبّ إلىّ من ان يكون لغيرك على ان تشتري لي اني إذا جئتك بثمانها إلى سنة تردّها عليّ قال لا بأس بهذا ان جاء بثمانها ردّها عليه قلت: رأيت [فإنها كانت فيها الغلّة كذا في الوسائل] لو كان للدّار غلّة لمن تكون الغلّة؟ فقال للمشتري: ألا ترى أنّها لو احترقت كانت من ماله

## بيع الخيار

[١] مسألة: من افراد خيار الشرط ما يضاف البيع اليه ويقال له بيع الخيار، وهو اشتراط مدة يرد فيها البائع الثمن ويرتجع المبيع. وهو جائز عندنا كما عن التذكرة، وعن غيرها: دعوى الاجماع عليه، وفي الجواهر: اجماعاً بقسميه عليه.

والكلام في هذه المسألة يقع اولاً: في مدرّكها، ثم في الفروع المستخرجة من الاخبار. اما الأول: فالنصوص الواردة في المقام اربعة: الاول موثق<sup>(١)</sup> اسحاق بن عمار المذكور في المتن، وهو على ما فى الكافى والتهذيب يكون مرسلًا، فانه لم يذكر المخبر لاسحاق، نعم على ما عن الصدوق يكون موثقاً

والظاهر من الموثق ان الشارط هو المشتري، والمشروط له هو البائع، والمعلّق عليه هو رد الثمن، والمشروط رد المبيع. وعلى هذا فليس الالتزام برد المبيع فسخا اذا لمشتري ليس له الخيار، لأن من له الخيار هو البائع، بل المتعين اما ارادة الاقالة او ارادة رد المبيع رداً ملكياً معاطاتياً.



ورواية معاوية بن ميسرة قال سمعت أبا الجارود ويسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع داراً له من رجل وكان بينه وبين الذي اشتري منه الدار خلطة فشرط أنك ان اتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك فأتاه بماله قال له شرطه قال له أبو الجار رود فإن هذا الرجل قد أصاب في هذا المال في ثلاث سنين، قال هو ماله وقال عليه السلام أ رأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت يكون الدار دار المشتري. وعن سعيد بن يسار في الصحيح قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام أنا نخالط اناساً من اهل السواد او غيرهم فنيبعهم ونربح عليهم في العشرة اثني عشر وثلاثة عشر ونؤخر ذلك فيما بيننا وبينهم السنة ونحوها، ويكتب لنا رجل منهم على داره او ارضه بذلك المال الذي فيه الفضل الذي أخذنا شراءاً بأنه باع وقبض الثمن منا فنعه ان جاء هو بالمال إلى وقت بيننا وبينهم ان تردّ عليه الشراء فإن جاء الوقت ولم يأتنا بالدرهم فهو لنا، فما ترى في هذا الشراء؟ قال: أرى أنه لك ان لم يفعله وان جاء بالمال الموقت فردّ عليه.

الثاني خبر معاوية بن ميسرة<sup>(١)</sup> المذكور في المتن

وهذا الخبر من حيث السند قابل لأن يחדش فيه، إذ ابن ميسرة لم يوثق، واما من حيث الدلالة فظاهاه شرط النتيجة، اما شرط ملكية الدار للبائع عند اعطاء الثمن او انفساخ البيع،

ولا يبعد دعوى اظهرية الثاني من جهة تعارف رد المبيع بعنوان الانحلال.

الثالث صحيح سعيد بن يسار<sup>(٢)</sup> المذكور في المتن

وما استظهرناه في الموثق المتقدم جارها

ويحتمل فيه معنى آخر، وهو: اشتراط تحقق البيع في رأس المدة اذا لم يرد مثل الثمن وكان الواقع فعلاً صورة بيع. ويؤيده ان الظاهر من السؤال عدم اخذهم اجرة المبيع من البائع، ولو كان البيع حقيقياً كان اللازم الأخذ منه.

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

(١) الوسائل - باب ٨ - من ابواب الخيار حديث ٣.

الانحاء التي يقع الشرط عليها ..... ٣٥٧

وعن أبي الجارود عن أبي جعفر عليه السلام قال إن بعث رجلاً على شرط، فإن اتاك بمالك وإلا فالبيع لك، [١] اذا عرفت هذا فتوضيح المسألة يتحقق بالكلام في امور: الأول: ان اعتبار رد الثمن في هذا الخيار يتصور على وجوه: احدها: ان يؤخذ قيداً للخيار على وجه التعليق او التوقيت فلا خيار قبله [٢] ويكون مدة الخيار منفصلة دائماً عن العقد ولو بقليل ولا خيار قبل الرد، والمراد برد الثمن فعل ماله دخل في القبض من طرفه وان ابي المشتري.

---

[١] الرابع خبر ابي الجارود<sup>(١)</sup> عن الامام الباقر عليه السلام المذكور في المتن وهذا الخبر ضعيف سنداً واجنبى عن المقام، اما ضعفه فلان ابا الجارود زياد بن المنذر ضعيف، واما اجنبيته عن المقام فلان ظاهره ارادة ان من باع شيئاً على شرط ولم يعمل المشروط عليه بالشرط يثبت الخيار للبائع. فتحصل: ان ما يستفاد من نصوص الباب امران: احدهما: شرط الاقالة او التمليك الجديد. ثانيهما: شرط الانفساخ عند رد الثمن، لاتعليق الخيار على رده.

## الانحاء التي يقع الشرط عليها

اذا عرفت ثبوت هذا الخيار من الأخبار والفتوى، فاعلم ان توضيح المسألة يتحقق بالبحث في امور: الأول: ما في الانحاء التي يمكن ان يقع الشرط عليها وهي خمسة: [٢] احدها: ان يكون الخيار معلقاً على رد الثمن، او موقتاً من حيث المبدأ بزمان رد الثمن. والفرق بين التعليق والتوقيت انما هو في مقام الاثبات. وقد اورد على صحة الشرط في هذه الصورة في خصوص الأول بالتعليق الممنوع عنه شرعاً، وفي كليهما بجهالة مدة الخيار من حيث المبدأ لأنه لا يعلم وقت رد الثمن

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

الثاني: ان يؤخذ قيداً للفسخ بمعنى ان له الخيار في كل جزء من المدة المضروبة والتسلط على الفسخ على وجه مقارنته لرد الثمن او تأخره عنه. [١]

الثالث: ان يكون رد الثمن فسخاً فعلياً بأن يراد منه تمليك الثمن ليمتلك منه المبيع [٢] وعليه حمل في الرياض ظاهر الاخبار الدالة على عود المبيع بمجرد رد الثمن.

ويندفع الأول: بانه لا دليل على مبطلية التعليق في غير العقود.

وقد يقال في مقام اندفاع الثاني: بان الجهالة لاتضرهنا لعدم الفرر، لأن امر الخيار بيده كما عن المحقق الخراساني.

وفيه: ان الفرر اللازم انما هو بالنسبة الى المشتري، لأنه لا يعلم متى يفسخ العقد.

وعن المحقق النائيني الجواب عنه: بان الخيار هنا غير مجهول الامن باب الجهل بالمعلّق عليه، وهو يرجع الى اشكال التعليق لا الجهالة.

وفيه: ان الجهل بالمعلّق عليه يوجب الجهل بمبدأ الخيار، وهو يوجب الفرر المبطل، مع قطع النظر عن التعليق.

فالأظهر هو البطان الا مع تعيين المدة كتحديده بالرد في رأس السنة التي هي الصورة الثانية في كلام المحقق النائيني رحمته الله.

[١] ثانيها: ان يكون الفسخ معلّقاً على الرد لا الخيار، بان يكون الحق ثابتاً من حين العقد متعلقاً بالفسخ عند رد الثمن،

ففي الحقيقة ينحل الى شرط الخيار مطلقاً، وشرط عدم اعماله الا عند رد الثمن، والشرط في هذه الصورة لا كلام في مشروعيته.

[٢] ثالثها: ان يكون الرد فسخاً فعلياً، بان يشترط حق الخيار متعلقاً بالفسخ برد الثمن، فيكون رد الثمن ما به الفسخ.

وسياتي الكلام في صحة الفسخ به عند تعرض المصنف رحمته الله له، فصحة هذا الشرط تتبع صحة الفسخ به.

الرابع: ان يؤخذ ردّ الثمن قيّدا لانفساخ العقد [١] فمرجع ثبوت الخيار له إلى كونه مسلطاً على سبب الانفساخ لا على مباشرة الفسخ وهذا هو الظاهر من رواية معاوية بن ميسرة، ويحتمل الثالث كما هو ظاهر روايتي سعيد بن يسار وموثقة اسحاق بن عمار وعنوان المسألة بهذا الوجه هو الظاهر من الغنية حيث لم يذكر هذا القسم من البيع في الخيار اصلاً، وأما ذكره في امثلة الشروط الجائزة في متن العقد، قال: ان يبيع ويشترط على المشتري ان ردّ الثمن عليه في وقت كذا كان المبيع له، انتهى.

[١] رابعها: ان يكون رد الثمن قيّداً للانفساخ، بان يشترط انفساخ العقد عند رد

الثمن.

واورد على صحة هذا النحو من الاشتراط

تارة: بان انفساخ البيع بنفسه بدون انشاء مخالف للمشروع، لأن المسببات متوقفة

على اسبابها الشرعية كما في المكاسب في ذيل الوجه الخامس

واخرى: بانه من قبيل شرط النتيجة.

وثالثة: بانه يلزم منه اما انفساخ البيع بلا سبب، واما اقتضاء وجود الشيء عدم

نفسه، اذ لو كان اشتراط الانفساخ انشاءً للفسخ لزم انفساخ البيع بهذا الشرط، فلا بيع

حتى يشترط في ضمنه انفساخه برد مثل الثمن، والا كان الشرط الانفساخ بلا سبب، وهو

مخالف للسنة كما عن المحقق النائيني رحمته الله.

وفي الجميع نظر:

اما الأول: فلأن الشرط يكفي في سببته للفسخ.

واما الثاني: فلما سيأتي في مبحث الشروط من صحة شرط النتيجة.

واما الثالث: فلأن الشرط ليس هو انفساخ البيع من حين الشرط كي يرد المحذور

الثاني، بل الشرط هو الانفساخ من حين رد الثمن، فحين الشرط يكون البيع متحققاً ثابتاً،

والشرط لا يقتضي عدمه،

هذا كله مضافاً إلى ما عرفت من دلالة النصوص الخاصة على صحة الاشتراط بهذا النحو.

الخامس: ان يكون ردّ الثمن شرطاً لوجوب الاقالة على المشتري بأن يلتزم المشتري على نفسه ان يقبله اذا جاء بالثمن واستقاله [١]  
 وهو ظاهر الوسيلة حيث قال اذا باع شيئاً على ان يقبله في وقت كذا بمثل الثمن الذي باعه منه لزمته الاقالة اذا جاءه بمثل الثمن في المدة، انتهى.  
 فإن [وان] ابي اجبره الحاكم او اقال عنه وإلا استقلّ بالفسخ وهو محتمل روايتي سعيد بن يسار واسحاق بن عمار على ان يكون ردّ المبيع الى البائع فيها كناية عن ملزومه وهي الاقالة، لان يكن وجوب الرد كناية عن تملك البائع للمبيع بمجرد فسخه بعد ردّ الثمن على ما فهمه الاصحاب ومرجعه الى احد الأولين، والاطهر في كثير من العبارات مثل الشرائع والقواعد والتذكرة هو الثاني لكن الظاهر صحة الاشتراط بكلّ من الوجوه الخمسة عدا الرابع، فان فيه اشكالاً من جهة انّ انفساخ البيع بنفسه بدون انشاء فعلي او قولي يشبه انعقاده بنفسه في مخالفة المشروع [٢] من توقف المسببات على اسبابها الشرعية وسيجيء في باب الشروط ما يتضح به صحة ذلك وسقمه.  
 الأمر الثاني: الثمن المشروط ردّه إمّا أن يكون في الذمة وإمّا أن يكون معيناً [٣] وعلى كلّ تقدير امّا ان يكون قد قبضه واما لم يقبضه، فإن لم يقبضه فله الخيار، وان لم يتحقق ردّ الثمن

---

[١] خامسها: ان يكون رد الثمن شرطاً لوجوب الاقالة على المشتري او التمليك الجديد، وهذا لا اشكال في مشروعيته، وهناك انحاء اخر يظهر حكمها مما ذكرناه.  
 [٢] وقد مر توضيح هذا الايراد وسيجيء في باب الشروط ما يتضح به ان الشرط يكفي في سببته للفسخ

### الثمن المشروط رده لفسخ البيع

[٣] الأمر الثاني: الثمن المشروط رده اما ان يكون في الذمة واما ان يكون معيناً، وعلى كلّ تقدير تارة يقبضه واخرى لا يقبضه.  
 فالكلام في المقام يقع في موضعين:  
 الأول: فيما اذا لم يقبض البائع الثمن المعلق على رده الخيار من المشتري الى ان اتى رأس المدة.  
 الثاني: فيما اذا قبضه.

لأنه شرط على تقدير قبضه وان لم يفسخ حتى انقضت المدة لزم البيع ويحتمل العدم، بناء على ان اشتراط الرد بمنزلة اشتراط القبض قبله، [١] وان قبض الثمن المعين فإمان ان يشترط ردّ عينه او يشترط ردّ ما يعمّ بدله مع عدم التمكن من العين بسبب لامنه، او مطلقاً او ولو مع التمكن منه على اشكال في الاخير من حيث اقضاء الفسخ شرعاً بل لغة ردّ العين مع الامكان. وفي جواز اشتراط ردّ القيمة في المثلّي وبالعكس وجهان. واما ان يطلق، فعلى الأوّل لا خيار الأبرد العين، فلو تلف لا من البائع. فالظاهر عدم الخيار [٢]

اما الموضوع الأول: فالكلام فيه انما هو في ثبوت الخيار وعدمه [١] وقد بنى المصنف رحمته الله المسألة على ان الرد شرط للخيار على تقدير القبض لاطلقاً، او ان اشتراط الرد بمنزلة اشتراط القبض قبله. فعلى الأوّل يثبت الخيار وعلى الثاني لا يثبت.

لا اشكال في كون الوجه الأول خلاف الظاهر: فان مآله الى كون الخيار مطلقاً على تقدير عدم القبض، ومشروطاً على تقدير القبض، وظاهر القضية كونه مشروطاً مطلقاً. بل المسألة مبنية على ان الرد الذي اخذ شرطاً هل هو ماخوذ على وجه الطريقة لوصول الثمن وحصوله عند البائع، ام يكون ماخوذاً على وجه الموضوعية. فعلى الأوّل يثبت الخيار، وعلى الثاني لا يثبت، ولعل الظاهر المتعارف هو الأوّل. وعلى كل تقدير لو لم يفسخ حتى انقضت المدة لزم البيع.

واما الموضوع الثاني: فالكلام فيه في موارد:

الأول: ما اذا كان الثمن عيناً شخصية.

الثاني: ما اذا كان في ذمة المشتري.

الثالث: ما اذا كان في ذمة البائع.

[٢] اما المورد الأول: فان كان الشرط رد العين بنفسها فلا شبهة في انه لا خيار مع عدم ردها من غير فرق بين صورة التلف وغيرها، وفي التلف بين كونه بفعل البائع او المشتري او الأجنبي او بأفة سماوية.

الأَن يكون اطلاق اشتراط ردّ العين في الخيار لافادة سقوطه باتلاف البائع، فيبقى الخيار في اتلاف غيره على حاله، وفيه نظر.  
وعلى الثّاني: فله ردّ البديل في موضع صحّة الاشتراط.  
وامّا الثّالث: فمقتضى ظاهر الشّرط فيه ردّ العين ويظهر من اطلاق محكي الدّروس وحاشية الشّرائع انّ الاطلاق لا يحمل على العين [١] ويحتمل حمله على الثّمّن الكلي وسيأتي

وان كان الشرط رد العين مع وجودها ورد بدلها مع تلفها، فلا كلام ايضا في تحقق الخيار على التقديرين.  
وان كان الشرط رد بدلها مع وجودها بالخصوص او بالاطلاق، فقد اشكل عليه: بان مقتضى الفسخ رجوع كل من العينين الى صاحبها الأصلي، فاشتراط رجوع البديل مع بقاء الأصل شرط مخالف لما يقتضيه الفسخ. ولذا قطع السيد في الحاشية بالفساد. ولكن ذلك انما هو فيما اذا قيّد الفسخ بالرد، ويكون الرد فسخا فعلياً، وهي الصورة الثالثة من الصور المتقدمة في الأمر السابق، ولا يتم في باقي الصور من كون الرد مقدمة للفسخ او معلقاً عليه الخيار او مقدمة للاقالة او التملك الجديد، اذ الفسخ لا يتحقق به، بل يصير المردود في يد البائع بمنزلة المقبوض بالسوم، فان فسخ البائع بعد ذلك يرجع الثمن الى المشتري، والمردود باق في ملك البائع. فلهما التراضي على كون كل منهما بدلا عن الاخر.

ويمكن ان يقال: ان المعاملة بينهما وهي تملك عين الثمن الراجع الى البائع ببذله الذي احضره انما يتحقق بشرط حصولها في ضمن العقد، بلا احتياج الى معاملة اخرى.  
وان كان الشرط رد الثمن بنحو الاطلاق من دون تعيين عينه او بدلها، فمقتضى الجمود على ظاهر العبارة ان العبرة برد العين فيسقط الخيار بتلفها ولكن لا يبعد دعوى ان المتعارف المنصرف اليه الاطلاق ان المقصود دفع الاعم من العين والبديل

[١] قوله ويظهر من اطلاق محكي الدروس وحاشية الشرايع ان الاطلاق لا يحمل على العين  
الظاهر ان مرادهما ان الاطلاق منزل على المتعارف من كون المقصود رفع الاعم من العين والبديل.

وان كان الثمن كليياً فإن كان في ذمة البائع، كما هو مضمون رواية سعيد بن يسار المتقدمة فردّه بأداء ما في الذمة، سواء قلنا أنه عين الثمن أو بدله، من حيث أنّ ما في ذمة البائع سقط عنه بصيرورته ملكاً له، فكأنه تلف، فالمراد برده المشتري ردّ بدله [١] وان لم يكن الثمن في ذمة البائع وقبضه، فإن شرط ردّ ذلك الفرد المقبوض أو ردّ مثله بأحد الوجوه المتقدمة، فالحكم على مقتضى الشرط، وان أطلق فالمتبادر بحكم الغلبة في هذا القسم من البيع المشتري بيع الخيار هو ردّ ما يعمّ البديل. أمّا مطلقاً، أو مع فقد العين، ويدلّ عليه صريحاً بعض الاخبار المتقدمة الآ أن المتيقن منها صورة فقد العين.

الأمر الثالث: قيل ظاهر الاصحاب، بناء على ما تقدّم، من أنّ ردّ الثمن في هذا البيع عندهم مقدّمة لفسخ البائع، أنّه لا يكفي مجرد الردّ في الفسخ [٢] وصرّح به في الدروس وغيره

[١] واما المورد الثاني: فالخيار فيه معلق على رد البديل يقينا، فان ما في ذمة البائع، يسقط بالبيع، وصيرورته له، فكأنه تلف، فالمراد برده المشتري رد بدله. واما المورد الثالث: فقد يقال: بان رده -اي رد الثمن- يتحقق بمثله ايضاً، كما يتحقق بنفس المقبوض، اذ كل فرد من مصاديق الكلي، وشرط رد الكلي معناه شرط رد ما كان مصداقاً له كما عن المحقق النائيني رحمته الله.

وفيه: ان الثمن وان كان هو الكلي في الذمة الا انه بعد اداء فرد منه -بما انه اداء للكلي - يستقر الثمن على الفرد المقبوض، والفرد الآخر بدله لانه مصداق للثمن، فيلحقه حكم العين الشخصية.

## الفسخ بالرد

[٢] الثالث: هل يصح انشاء الفسخ بالرد، ام لا كما هو ظاهر الاصحاب نظراً الى ان رد الثمن في هذا البيع مقدمة لفسخ البائع؟ وجهان.



وملخص القول: ان الكلام في المقام ليس في كفاية الرد في الفسخ اذا قصد به ذلك، بل البحث في المقام انما هو في ان الرد المعلق عليه الخيار، او الفسخ، او الاقالة، هل يمكن ان ينشأ به الفسخ ام لا؟

والكلام فيه في مقامين:

الأول: في معقولية ذلك في مقام الثبوت.

الثاني: في الدلالة عليه في مقام الاثبات.

اما الأول: فعمدة ما قيل في وجه عدم المعقولية: ان الخيار وحق الفسخ انما هو في رتبة لاحقة على الرد، فكيف يحصل به الفسخ.

وفيه: اولاً: انه لو تم لاختص بوجهين من الوجوه المزبورة، وهما الوجه الأول - وهو تعليق الخيار على الرد - والوجه الثالث - وهو اشتراط الفسخ بالرد من غير ان يكون خيار قبله - ولا يتم في سائر الوجوه.

اما في الوجه الثاني: فلأنه يكون الخيار قبله وان اشترط ان لا يفسخ الا بعد الرد، وهذا لا يوجب عدم تأثير فسخه في مرتبة مقارنة، بل او سابقة على الرد.

واما في الوجه الرابع: فلأن لهما الاقالة او المعاملة الجديدة قبل ان يرد الثمن.

وثانياً: انه لا يتم، فان الرد شرط مقارن لحق الخيار، فمقارنا للرد يحدث الخيار ويثبت له حق السلطنة على الفسخ، وفي ذلك الزمان اذا عمل خياره له ذلك، وبه ينفسخ العقد. ومجرد تقدم الرد على الخيار رتبة لا يوجب عدم المعية في الوجود التي هي المعيار في الأسباب والمسببات الشرعية.

وبالجمله حين الرد يثبت الخيار، ولمن له الخيار استيفاء حقه في نفس ذلك الزمان، فلا مانع من جعله آلة للأعمال، نعم اذا كان الرد شرطاً متقدماً صح ما ذكر.

واما الثاني: فقد استدل على عدم دلالاته على الفسخ بوجهين:

ولعلّ منشأ الظهور أنّ هذا القسم فرد من خيار الشّرط، مع اعتبار شيء زائد فيه وهو ردّ الثمن، وعلّلوا ذلك أيضاً بأنّ الرّد من حيث هو لا يدلّ على الفسخ أصلاً، [١] وهو حسن مع عدم الدّلالة. أمّا لو فرض الدّلالة عرفاً. أمّا بأن يفهم منه كونه تمليكاً للثمن من المشتري ليمتلك منه المبيع على وجه المعاطاة، وأمّا بأن يدلّ الرّد بنفسه على الرضا بكون المبيع ملكاً له والثمن ملكاً للمشتري، فلا وجه لعدم الكفاية مع اعترافهم بتحقيق الفسخ فيما هو اخفى من ذلك دلالة، وما قيل من أنّ الرّد يدلّ على ارادة الفسخ والارادة غير المراد. [٢] ففيه ان المدعي دلّته على ارادة كون المبيع ملكاً له والثمن ملكاً للمشتري [٣] ولا يعتبر في الفسخ الفعلي ازيد من هذا مع أنّ ظاهر الأخبار كفاية الرّد في وجوب ردّ المبيع [٤] بل قد عرفت في رواية معاوية بن ميسرة حصول تملك المبيع برّد الثمن، فيحمل على تحقّق الفسخ الفعلي به [٥]

[١] احدهما: ان الرد من حيث هو لا يدل على الفسخ اصلا.

[٢] ثانيهما: ان الرد يدل على ارادة الفسخ، والارادة غير المراد.

والجواب ان الرد من حيث هو وان كان لا يدل على الفسخ الا انه مع قصد الفسخ يدل عليه، كما ان الاعطاء بنفسه لا يدل على التمليك ولكن مع قصده يدل عليه.

واجاب عنهما المصنف رحمته الله بوجوه اخرى:

[٣] الأول: ان الرد بنفسه يدل على الرضا بكون المبيع ملكاً له والثمن ملكاً للمشتري، والفرق بين هذا الوجه وما اخترناه الذي ذكره ايضاً قبل ذلك ان السبب المؤثر في الوجه المختار الرد بنفسه، وفي هذا الوجه ما ينكشف به وهي الكراهة الباطنية. فالقول دال على ما به الفسخ لا انه هو ما به الفسخ.

وفيه: ان الفسخ من الانشائيات، ولا يتحقق بمجرد القصد، بل يحتاج الى دال ومظهر خارجي من قول او فعل.

[٤] الثاني: ظهور الأخبار في كفاية رد الثمن في وجوب رد المبيع.

وفيه: انه قد عرفت ان المستفاد من الروايات امران: شرط الاقالة او التمليك الجديد بعد الرد، وشرط الانفساخ عند رد الثمن. وبه يظهر ما في الوجه الثالث الذي ذكره بقوله،

[٥] بل قد عرفت في رواية معاوية بن ميسرة حصول تملك المبيع برّد الثمن، فيحمل

على تحقّق الفسخ الفعلي به.

الأمر الرابع: يسقط هذا الخيار بإسقاطه بعد العقد [١] على الوجه الثاني من الوجهين الأولين، بل وعلى الوجه الأول بناء على ان تحقق السبب وهو العقد كاف في صحة اسقاط الحق [٢] لكن مقتضى ما صرح به في التذكرة: من أنه لا يجوز إسقاط خيار الشرط او الحيوان بعد العقد بناء على حدوثها من زمان التفريق عدم الجواز ايضاً، إلا أن يفرق هنا بأن المشروط له مالك للخيار قبل الرد، ولو من حيث تملكه للرد [٣] الموجب له فله اسقاطه بخلاف ما في التذكرة

## مسقطات خيار الشرط

يسقط هذا الخيار بامور

[١] منها: اسقاطه بعد العقد ذكره جماعة واستشكل فيه العلامة في التذكرة وعلى ضوء عدم جواز اسقاط الخيار قبل ثبوته اما منجزا كما هو المختار أو ولو معلقاً كما ذهب اليه جمع من جهة انه اسقاط لما لا يجب تعرض الفقهاء لانه:  
هل يصح اسقاط هذا الخيار بعد العقد ام لا؟  
لا اشكال في صحته على الوجه الثاني من الوجهين الاولين لتحقق الخيار وثبوته بعد العقد.

واما على الوجه الأول - وهو تعليق الخيار على الرد - فقد ذكر في وجه صحة اسقاطه وجوه:

[٢] احدها: ما في المتن وهو ان تحقق السبب هو العقد - يكفي في صحة اسقاط الحق. وفيه: اولاً: ان الرد ايضاً جزء السبب.  
وثانياً: ان البرهان المذكور لعدم صحة اسقاط ما لم يجب لا يفرق فيه بين تحقق سببه وعدمه.

[٣] ثانياً: ما في المتن ايضاً، وهو: ان المشروط له مالك للخيار قبل الرد، ولو من حيث تملكه للرد.

ويسقط ايضاً بانقضاء المدّة [١] وعدم ردّ الثمن او بدله مع الشرط أو مطلقاً على التفصيل المتقدم، ولو تبين المردود من غير الجنس فلا رد ولو ظهر معيباً كفى في الرد وله الاستبدال، [٢]

وفيه: ان هذا لو تم لاقتضى جواز الاسقاط قبل العقد ايضاً لكونه مالكا لسببه وهو العقد. والفرق بين السبب وهو العقد، والشرط وهو الرد والالتزام بكفاية ملك الثاني دون الأول تحكم.

ثالثها: ما افاده السيد الفقيه والمحقق النائيني عليه السلام وهو: ان حق الخيار وان لم يمكن اسقاطه الا ان حق الشرط، وهو الحق الثابت للمشروط له على المشروط عليه بعد العقد، والشرط في ضمنه فعلي وقابل للاسقاط، فلا يحدث الخيار بالرد.

وفيه: ان المشروط ان كان فعلا من افعال المشروط عليه كان لثبوت حق الشرط معنى معقول: وان كان من قبيل النتيجة لا معنى له، لأنه بنفوذ الشرط تثبت تلك النتيجة، ولا حالة منتظرة كي يستحق المشروط له. والمقام من قبيل الثاني، فان المشروط ثبوت الخيار على تقدير الرد، ونفس ذلك ليس من الحقوق الفعلية، بل حق تعليقي. فتدبر فانه دقيق.

فالأظهر ان حق الخيار على القول بعدم نفوذ اسقاط ما لم يجب لا يصح اسقاطه قبل الرد وبعد العقد. نعم لو قلنا بان اسقاط ما لم يجب لا دليل على عدم نفوذه سوى الاجماع والمتيقن منه عدم تحقق السبب ايضاً، امكن ان يقال بصحة اسقاطه في المقام بعد العقد.

[١] ومنها انقضاء المدة وعدم رد الثمن او بدله مع الشرط او مطلقاً

ويشهد به الاجماع والنصوص على ماتقدم

[٢] قوله ولو تبين المردود من غير الجنس فلا رد ولو ظهر معيباً كفى في الرد

وقد اورد عليه المحقق الايرواني عليه السلام بان الرد الذي علق عليه الخيار ان كان هو رد

خصوص الصحيح لم يكف رد المعيب وكان رده كرد غير الجنس

ويسقط أيضاً بالتصرف [١] في الثمن المعين مع اشتراط ردّ العين [٢] او حمل الإطلاق عليه، وكذا الفرد المدفوع من الثمن الكلي إذا حمل الإطلاق على اعتبار ردّ العين المدفوع، كلّ ذلك لاطلاق ما دلّ على أنّ تصرف ذي الخيار فيما انتقل اليه رضاً بالعقد ولا خيار. وقد عمل الاصحاب بذلك في غير مورد النصّ كخيارى المجلس والشّرط،

وان كان هورد الاعم من الصّح والمعيّب لم يكن له الاستبدال وكان المعيب فردا من حقه. وان كان رد الاعم شرطا لحدوث الخيار من غير ان يكون الفرد المدفوع هو المتعين للعوضية فسخ العقد برده ثم اخذه واعطى مكانه الصحيح. كان ذلك خلاف ظاهر ما هو المتداول من البيع الخياري مع انه جاز تعليق الخيار على رد غير الجنس على هذا الوجه ايضاً. فلا فرق بين رد المعيب والخارج عن الجنس في كل صورته وفروضة

وفيه: ان هناك شقاربا وهو المتعارف. وهو تعليق الخيار على رد كلّى مثل الثمن الشامل للمعيّب ايضاً. مع اشتراط كونه صحيحاً ضمناً. فالمعيّب مصداق لما علق عليه الخيار وانما له الاستبدال من جهة انه فاقد للوصف المشترط فله المطالبة بتلك الخصوصية وهي لا يمكن ادائها الا بالتبديل، وهذا بخلاف ما لورد من غير الجنس فانه ليس مصداقا لما علق عليه الخيار.

### التصرف في الثمن المعين مسقط

[١] ومنها: التصرف في الثمن المعين.

محل الكلام في المقام ذو قيود:

الأول: ان يكون الخيار فعليا، واعماله معلّقا على الرد، او كون الخيار معلّقا عليه.

[٢] الثاني: ان يكون المشروط رد الثمن المعين لامثله، والا لم يكن التصرف فيه

مسقطا بلا كلام، اذ لا يكون التصرف حينئذ كاشفا عن الرضا بلزوم العقد لعدم المناقاة بين فسخ العقد وصحة هذا التصرف.

الثالث: ان يكون التصرف مسقطا للخيار مطلقا لا في خصوص خيار الحيوان

والمحكّي عن المحقّق الأردبيلي وصاحب الكفاية: إنّ الظاهر عدم سقوط هذا الخيار بالتّصرف في الثمن، لأنّ المدار في هذا الخيار عليه، لأنّه شرع لانتفاع البائع بالثمن فلو سقط الخيار سقط الفائدة، [١] وللموتقّ المتقدم المفروض في مورده تصرّف البائع في الثمن وبيع الدّار لأجل ذلك، [٢] والمحكّي عن العلامة الطّباطبائيّ في مصابيح الرّد على ذلك بعد الطّعن عليه بمخالفته لما عليه الاصحاب بما محصّله أنّ التّصرف المسقط ما وقع في زمان الخيار ولا خياراً بعد الرّد [٣] ولا ينافي شيء ممّا ذكر لزومه بالتّصرف بعد الرّد لأنّ ذلك منه بعده لا قبله وان كان قادراً على إيجاد سببه فيه، إذ المدار على الفعل لا على القوّة على أنّه لا يتمّ فيما اشترط فيه الرّد

وعلى هذا فمحل الكلام صورتان:

احدهما: ما اذا كان الخيار فعلياً واعماله معلقاً على رد الثمن: لا ينبغي التوقف في مسقطية التصرف في هذه الصورة،

وما ذكره من الوجوه الثلاثة لعدم مسقطية التصرف لهذا الخيار وهي:

[١] منافاة ذلك لمشروعية الخيار لانتفاع البائع بالثمن،

[٢] موتق اسحاق المتقدم،

[٣] وان التصرف المسقط ما وقع في زمان الخيار ولا خياراً بعد الرّد.

لا يجري شيء منها في هذه الصورة.

اما الاول فلان المفروض في هذه الصورة تعلق الغرض برد عين الثمن فلا يكون

الغرض الانتفاع بعينه

واما الثاني: فلأن مورد الموتق شرط رد مثل الثمن لاعينه، مع انه قد مر عدم كون

مورده بيع الخيار بشرط رد الثمن.

واما الثالث: فلأن الخيار في هذه الصورة ثابت من حين العقد.

ثانيتها: ما اذا كان الخيار معلقاً على الرّد: فقد ذكر في وجه عدم مسقطية التصرف

له الوجوه الثلاثة المشار إليها آنفاً، وقد ظهر جواب الأولين منها،

واما الثالث: فقد اجاب عنه المصنف فيما سيأتي بان الاستفادة من النص والفتوى

ان التصرف مسقط فعلى كالمقول يسقط الخيار به في كل مورد يصح اسقاطه بالقول

في وقت منفصل عن العقد كيوم بعد سنة مثلاً، انتهى. محصل كلامه وناقش بعض من تأخّر عنه فيما ذكره من كون حدوث الخيار بعد الرد لا قبله بأن ذلك يقتضي جهالة مبدأ الخيار.

وبأن الظاهر من اطلاق العرف وتضعيف كثير من الأصحاب قول الشيخ بتوقّف الملك على انقضاء الخيار ببعض الاخبار المتقدّمة في هذه المسألة الدالة على ان غلّة المبيع للمشتري هو كون مجموع المدّة زمان الخيار، انتهى. اقول في اصل الاستظهار المتقدّم والرد المذكور عن المصاييح والمناقشة على الرد نظر [١]

أما الأول: فلأنه لا مخصّص لدليل سقوط الخيار بالتصرف المنسحب في غير مورد النص عليه باتفاق الأصحاب. وأما بناء هذا العقد على التصرف فهو من جهة انّ الغالب المتعارف، البيع بالثمن الكلي.

وقد تقدم جواز الاسقاط قولاً قبل العقد.

وفيه: ما تقدم من عدم جوازه على القول بعدم جواز اسقاط الخيار قبل مجيء زمانه. نعم على القول بجواز اسقاط الخيار قبل مجيئه معلقاً امكن البناء على مسقطية التصرف الذي يكون كاشفاً عن الرضا والالتزام بسقوطه في فرض مجيء زمانه. هذا كله في الكبرى، واما الصغرى فالظاهر ان بيع الخيار المتعارف بين الناس كما يظهر من الروايات هو البيع بشرط الخيار برد مثل الثمن لاعينه، وهو الموافق لبناء هذه المعاملة على التصرف في الثمن،

كما ان الظاهر كون المتعارف بين الناس تعليق اعمال الخيار على الرد لانفسه.

[١] قوله في اصل الاستظهار المتقدم والرد المذكور عن المصاييح والمناقشة على

الرد نظر

الاستظهار من المحقق الاردبيلي، وصاحب الكفاية، والرد من المصاييح، والمناقشة من صاحب الجواهر

ومحصل ما افاده المحقق الأردبيلي وصاحب الكفاية ان الظاهر عدم سقوط هذا الخيار بالتصرف في الثمن، لأن المدار في الخيار عليه،

وظاهر الحال فيه كفاية ردّ مثل الثمن، ولذا قوينا حمل الاطلاق في هذه الصورة على ما يعمّ البدل، وحينئذ فلا يكون التصرف في عين الفرد المدفوع دليلاً على الرضا بلزوم العقد، إذ لا منافاة بين فسخ العقد وصحة هذا التصرف واستمراره وهو مورد الموثق المتقدم او منصرف اطلاقه او من جهة تواطىء المتعاقدين على ثبوت الخيار مع التصرف ايضاً، او للعلم بعدم الالتزام بالعقد بمجرد التصرف في الثمن، وقد مرّ ان السقوط بالتصرف ليس تعبداً شرعياً مطلقاً حتى المقرون منه بعدم الرضا بلزوم العقد.

واما الثاني: فلأنّ المستفاد من النصّ والفتوى كما عرفت، كون التصرف مسقطاً فعلياً، كالقولي يسقط الخيار في كلّ مقام يصحّ اسقاطه بالقول.

والظاهر عدم الاشكال في جواز اسقاط الخيار قولاً قبل الردّ، هذا، مع أنّ حدوث الخيار بعد الردّ مبنيّ على الوجه الاوّل المتقدم من الوجوه الخمسة في مدخلية الردّ في الخيار ولا دليل على تعينه في بيع الخيار المتعارف بين الناس. بل الظاهر من عبارة غير واحد، هو الثاني، او نقول ان المتبع مدلول الجملة الشرطية الواقعة في متن العقد، فقد يؤخذ الردّ فيها قيماً للخيار وقد يؤخذ قيماً للفسخ، نعم لو جعل الخيار والردّ في جزء معيّن من المدة كيوم بعد السنة

---

لانه شرع لانتفاع البائع بالثمن، فلو سقط الخيار سقطت الفائدة، وللموثق المتقدم المفروض في مورده تصرف البائع في الثمن وبيع الدار لأجل ذلك.

ويرد عليهما انه ان كان مرادهما ان التصرف لا يسقط هذا الخيار فيما هو المتعارف بين الناس من هذه المعاملة، تم ما افاده كما عرفت، وان كان مرادهما عدم مسقطيته لهذا الخيار اصلاً - كما يظهر من التعليل - فيرد عليهما ما تقدم من مسقطيته له في بعض الصور.

واما المحكي عن العلامة الطباطبائي في مصابحه في الرد على ذلك، فحاصله: ان التصرف انما يسقط الخيار اذا وقع في زمان الخيار وما قبل الرد ليس زمان الخيار، والخيار وان كان مقدوراً في المدة المشروطة للقدره على سببه الا ان التمكن منه لا يقتضي الفعلية، والحكم منوط بالفعلية دون القوة، مع ان القوة غير مطردة اذ لو اشترط الخيار لورد في وقت منفصل عن العقد كيوم بعد سنة مثلاً لا خيار هناك لا بالفعل ولا بالقوة



كان التصرف قبله تصرفاً مع لزوم العقد، وجاء فيه الاشكال في صحة الاسقاط هنا، ولو قولاً من عدم تحقق الخيار ومن تحقق سببه. واما المناقشة في تحديد مبدأ الخيار بالرد بلزوم جهالة مدة الخيار [١] ففيه أنها لا تندرج مع تحديد زمان التسلط على الرد والفسخ بعده إنشاء، نعم ذكر في التذكرة أنه لا يجوز اشتراط الخيار من حين التفرق إذا جعلنا مبدأه عند الاطلاق من حين العقد لكن الفرق يظهر بالتأمل واما الإستشهاد عليه بحكم العرف، [٢] ففيه أن زمان الخيار عرفاً، لا يراد به إلا ما كان الخيار متحققاً فيه شرعاً، أو يجعل المتعاقدين والمفروض أن الخيار هنا جعلي، فالشك في تحقق الخيار قبل الرد يجعل المتعاقدين. واما ما ذكره بعض الأصحاب في رد الشيخ من بعض اخبار المسألة [٣] فلعلهم فهموا من مذهبه توقف الملك على انقضاء زمان الخيار مطلقاً حتى المنفصل كما لا يبعد عن اطلاق كلامه، واطلاق ما استدلل له به من الأخبار.

وفيه ان ما افاده ان تم فانما هو في غير بيع الخيار المتعارف بين الناس، وهو تعليق اعماله على الرد، مع ان تماميته فيه ايضاً محل كلام كما تقدم وافاد صاحب الجواهر في رد صاحب المصاييح بما حاصله يرجع الى امور ثلاثة: [١] الأول: ان تعليق الخيار على الرد موجب لجهالة مبدأه. [٢] الثاني: انه خلاف فهم اهل العرف، لأنهم يفهمون من هذا الشرط جعل الخيار في طول المدة.

الثالث: ان المنقول من الشيخ عليه السلام عدم ثبوت الملك في زمان الخيار، [٣] ورده الأصحاب ببعض نصوص<sup>(١)</sup> الباب الدال على ان غلة المبيع للمشتري، ولولا كون ذلك مدة الخيار لم يصح هذا الرد، فيستكشف من ذلك انهم فهموا من هذه النصوص ان مجموع المدة ظرف للخيار. أما الوجه الاول فقد عرفت في اول مبحث خيار الشرط تماميته، وان ما ذكر في جوابه لا يتم.

الأمر الخامس: لو تلف المبيع كان من المشتري [١] سواء كان قبل الرد أو بعده ونمائه أيضاً له مطلقاً. والظاهر عدم سقوط خيار البائع فيسترد المثل أو القيمة برد الثمن أو بدله ويحتمل عدم الخيار بناء على أن مورد هذا الخيار هو الزام أن له رد الثمن وارتجاع البيع وظاهره اعتبار بقاء المبيع في ذلك فلا خيار مع تلفه. [٢]

واما الوجه الثاني فقد عرفت آنفاً تماميته.

واما الوجه الثالث فقد اجاب عنه المصنف رحمته الله: بانه لعل الأصحاب فهموا من كلام الشيخ ان مذهبه توقف الملك على انقضاء زمان الخيار ولو منفصلاً. فتامل.  
وبما ذكرناه ظهر ما في كلمات المصنف وموارد الرد والقبول منها

### حكم تلف المبيع

[١] الخامس: وقد طفحت كلماتهم بانه لو تلف المبيع كان من المشتري والنماء له

اما كون النماء له فواضح،

واما كون التلف منه فالكلام فيه في مقامين:

الأول: في حكم تلف المبيع.

الثاني: في حكم تلف الثمن.

اما المقام الأول: فلا كلام في ان التلف يكون من المشتري، سواء كان قبل الرد ام

بعده، وانما الكلام في انه هل يسقط خيار البائع ام لا، وفيه اقوال:

الأول: السقوط مطلقاً.

الثاني: عدمه كذلك.

الثالث: التفصيل بين ما قبل الرد وما بعده، والسقوط في الأول دون الثاني اختاره في

الجواهر.

واستدل للأول بوجهين:

[٢] احدهما: ان الخيار متعلق بالعين، فمع تلفها يسقط الخيار لانتفاء الموضوع.

وفيه: انه متعلق بالعقد، وهو ملك حل العقد، ولا مانع من ثبوته بعد تلف العين، وهذا مضافا الى انه محقق في محله نفس تشريع بيع الخيار اقوى شاهد له، فانه انما يكون المتعارف فيه التصرف في الثمن بالنقل والاتلاف، ومع ذلك يكون الخيار باقيا.  
ثانيهما: ان الغرض من البيع الخياري نوعا هو ان يصون البائع ماله بماله من الخصوصية العينية، فلامحالة يشترط ارتجاع المبيع عند رد الثمن، فمع تلف العين يسقط الخيار.

وفيه: ان المتعارف في هذه المعاملة هو ان الغرض صون البائع ماله من التلف بماله من المالية، من دون غرض له في الخصوصية العينية، والعين وجودا وعدماً عنده على حد سواء، ولو كان في مورد غرض شخصي متعلق بالعين يشترط ذلك على المشتري صريحا. وبما ذكرناه ظهر وجه عدم السقوط.

واما القول الثالث: فغاية ما ذكره صاحب الجواهر رحمته الله في وجهه: ان التلف بعد الرد حيث انه في زمان الخيار، فله حينئذ الفسخ ثم الرجوع الى المثل او القيمة، واما التلف قبل الرد فحيث انه ليس في زمان الخيار كي يستحق الرجوع عليه فيتجه سقوط الخيار. وفيه: انه ان كان نظره تدبره الى قاعدة: التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له، فيرد عليه: ان مقتضاها الانفساخ لا ثبوت حق الفسخ،

مع انه لو دلت القاعدة على ذلك كان مفادها ثبوت الخيار للبائع من هذه الجهة ايضا، وهذا لا ينافي ثبوته له قبل الرد من جهة اخرى.

مع ان تلك القاعدة انما هو فيما لو تلف عند من انتقل اليه في زمان خياره، وهنا يتلف عند المشتري الذي لا خيار له.

مضافا الى انه في جواب المصاييح التزم بان قبل الرد ايضا يكون الخيار ثابتا، وان كان نظره الى غير تلك القاعدة فعليه البيان.  
فالأظهر عدم السقوط مطلقا.

ثمَّ أنّه لا تنافي بين شرطية البقاء وعدم جواز تفويت الشرط [١] فلا يجوز للمشتري اتلاف المبيع كما سيجيء في احكام الخيار لأنَّ غرض البائع من الخيار استرداد عين ماله ولا يتمّ إلاّ بالتزام ابقائه للبائع ولو تلف الثمن، [٢] فإن كان بعد الرّد وقبل الفسخ، فمقتضى ما سيجيء من أنّ التّلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له [٣] كونه من المشتري وان كان ملكاً للبائع إلاّ أن يمنع شمول تلك القاعدة للثمن ويدعى اختصاصها بالمبيع، كما ذكره بعض المعاصرين واستظهره من رواية معاوية ابن ميسرة المتقدمة ولم اعرف وجه الاستظهار [٤]

[١] قوله ثم انه لا تنافي بين شرطية البقاء وعدم جواز تفويت الشرط وجه التنافي انه اذا كان الخيار معلقا على بقاء العين وكان ذلك شرطا فهو من قبيل المقدمة الوجودية وهي لا تكون واجبه فكيف حكموا هنا بعدم جواز اتلاف العين والجواب عنه انه انما يلتزم بذلك من جهة ان هناك شرطين - احدهما - شرط الخيار على تقدير رد الثمن - ثانيهما - شرط ابقاء ليتمكن من استرداد العين.

## حكم تلف الثمن

[٢] واما المقام الثاني: وهو ما لو تلف الثمن، فالكلام فيه في موضعين:  
الأول: في ان تلف الثمن من البائع او المشتري.  
الثاني: في سقوط الخيار وبقائه.  
اما الموضع الأول: فان كان التلف بعد الرد وقبل الفسخ فمقتضى القاعدة كونه من البائع لأنه مملوك له، وتكون يد المشتري امانية.  
وقد استدل لكونه من المشتري  
[٣] بقاعدة التّلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له.  
وفيه: ان مورد نصوص<sup>(١)</sup> تلك القاعدة خيار الحيوان، والشرط مع كون التالف هو المبيع، والتعدي الى غيرهما والى تلف الثمن يحتاج الى دليل مفقود.  
[٤] قوله ولم اعرف وجه الاستظهار  
الظاهر ان وجهه جعل نماء الثاني في قبالة تلف المبيع، فكما ان الثاني من مالكة فكذلك الاول

اذ ليس فيها إلا أن نماء الثمن للبائع وتلف المبيع من المشتري وهما إجماعان حتى في مورد كون التلف ممن لا خيار له فلا حاجة لهما الى تلك الرواية ولا يكون الرواية مخالفة للقاعدة، وأما المخالف لها هي قاعدة أن الخراج بالضمان [١] اذا انضمت الى الاجماع على كون النماء للمالك، نعم الاشكال في عموم تلك القاعدة للثمن كعمومها لجميع افراد الخيار، لكن الظاهر من اطلاق غير واحد عموم القاعدة للثمن واختصاصها بالخيارات الثلاثة اعني خيار المجلس والشروط والحيوان وسيجيء الكلام في احكام الخيار وان كان التلف قبل الرد فمن البائع بناء على عدم ثبوت الخيار قبل الرد. وفيه مع ما عرفت من منع المبنى منع البناء، [٢] فإن دليل ضمان من لا خيار له مال صاحبه هو تزلزل البيع سواء كان بخيار متصل او منفصل كما يقتضيه اخبار تلك المسألة كما سيجيء ثم إن قلنا بأن التلف الثمن من المشتري انفسخ البيع وان قلنا بأنه من البائع. فالظاهر بقاء الخيار فيردّ البدل ويرتجع المبيع.

وهذا يكشف عن ان النماء كالتلف والبائع، كالمشتري والثمن كالمثمن ولكنه كما ترى. [١] وقد يقال ان مقتضى قاعدة ان الخراج بالضمان اذا انضمت الى الاجماع على ان النماء للمالك، كون تلف المبيع من المشتري، وتلف الثمن من البائع. وفيه اولاً: ان سند ما تضمن<sup>(١)</sup> القاعدة ضعيف للارسال، وجبره بالعمل غير معلوم كما بيناه في الجزء الثالث من هذا الشرح في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد وثانياً: ان احتملات هذه العبارة كثيرة اظهرها ان المراد بالضمان المعنى المصدرى مع امضاء الشارع له، فنختص بالعقود المعاوضية الصحيحة، وهذا هو الذي فهمه المشهور منها، فهي اجنبية عن المقام.

مع انه سيأتي في احكام الخيار ان قاعدة التلف في زمان الخيار حاكمة عليها. وبما ذكرناه ظهر حكم تلف الثمن قبل الرد وانه من البائع.

[٢] قوله مع ما عرفت من منع المبنى منع البناء

محصل ما افاده انه ان كان الخيار ثابتاً قبل الرد فلا ريب في كونه مشمولاً

الأمر السادس: لا اشكال في القدرة على الفسخ برد الثمن على نفس المشتري، أو برده على وكيله المطلق، أو الحاكم، أو العدول، مع التصريح بذلك في العقد، [١] وان كان المشروط هو رده إلى المشتري مع عدم التصريح ببذله [٢] فامتنع رده إليه عقلاً لغيبه ونحوها أو شرعاً لجنون ونحوه

لقاعدة التلف في زمان الخيار، وهي تدل على انه من المشتري، والا فحيث ان البيع متزلزل - ولو بواسطة الخيار المنفصل - فتشمله القاعدة ايضاً كما هو مقتضى اخبار المسألة، والظاهر ان نظره الشريف الى ما في نصوص الباب من قوله <sup>(١)</sup> **عَلَى الْبَائِعِ** : حتى يمضى شرطه، بدعوى شموله لما اذا كان البيع في معرض حدوث الخيار، والا فموردها خيار الحيوان المتصل بالعقد، فهو كما ترى.

فالأظهر كونه من البائع في الصورتين.

واما الموضع الثاني: فان كان الشرط رد عين الثمن، فان كان التلف قبل الرد سقط الخيار لعدم امكان رده، والا فهو باق، كان الشرط رد مثل الثمن او كان التلف بعد الرد، ووجهه واضح.

## رد الثمن الى الوكيل او الولي

[١] السادس: لا خلاف ظاهراً في القدرة على الفسخ برد الثمن على نفس المشتري، او برده على وكيله المطلق، او الحاكم، او العدول مع التصريح بذلك في العقد، ووجهه ظاهر، انما الكلام فيما اذا لم يعلّق الخيار على ما يشمل الرد الى غير المشتري من الوكيل او غيره، والا فلا ريب في الكفاية، بل لو علّق الخيار على الالتقاء في البحر او الوضع في مكان مخصوص ثبت الخيار بذلك.

كما انه ليس مورد البحث ما لو علّق الخيار على الرد الى خصوص المشتري بنحو التقييد، اذ لا ريب حينئذ في عدم الكفاية وانه لو امتنع الرد اليه سقط الخيار لتعذر شرطه [٢] بل مورد البحث ما لو علّق الخيار على الرد الى خصوص المشتري لابنحو التقييد بل الرد اليه فقط يكون ثابتاً بالقصر الذاتي لابلحاضه بما هو مشتري فقط

ففي حصول الشرط برده إلى الحاكم كما اختاره المحقق القمي في بعض أجوبة مسائله وعدمه كما اختاره سيد مشائخنا في مناهله قولان: [١] وربما يظهر من صاحب الحدائق الإتفاق على عدم لزوم ردّ الثمن إلى المشتري مع غيبته حيث أنّه بعد نقل قول المشهور بعدم اعتبار حضور الخصم في فسخ ذي الخيار وأنه لا اعتبار بالأشهاد خلافاً لبعض علمائنا قال: إنّ ظاهر الرواية اعتبار حضور المشتري ليفسخ البائع بعد دفع الثمن فما ذكروه من جواز الفسخ مع عدم حضور المشتري وجعل الثمن أمانة إلى ان يجيء المشتري وان كان ظاهرهم الإتفاق عليه إلاّ أنّه بعيد عن مساق الأخبار المذكورة، انتهى.

اقول لم اجد فيما رأيت من تعرّض لحكم ردّ الثمن مع غيبة المشتري في هذا الخيار ولم يظهر منهم جواز الفسخ بجعل الثمن أمانة عند البائع حتّى يحضر المشتري، وذكرهم لعدم اعتبار حضور الخصم في فسخ ذي الخيار إنّما هو لبيان حال الفسخ من حيث هو في مقابل العامّة وبعض الخاصّة، حيث اشترطوا في الفسخ بالخيار حضور الخصم، ولا تنافي بينه وبين اعتبار حضوره لتحقيق شرط آخر للفسخ وهو ردّ الثمن إلى المشتري، مع أنّ ما ذكره من اخبار المسألة لا يدلّ على اعتبار حضور الخصم في الفسخ وان كان موردها صورة حضوره لأجل تحقّق الردّ، إلاّ أنّ الفسخ قد يتأخّر عن الردّ بزمان، بناء على مغايرة الفسخ للردّ وعدم الإكتفاء به عنه.

إذا عرفت هذا فاعلم: انه يقع الكلام في هذا الأمر في موارد:

الأول: في انه هل يكفي الرد الى وكيل المشتري ام لا.

[١] الثاني: في كفاية الرد الى الحاكم الشرعي كما عن المحقق القمي وعدمها كما

عن سيد المناهل

الثالث: في انه اذا كان المشتري هو الأب واشترى للصغير هل يكفي الرد الى الجدام

لا؟

الرابع: في انه اذا كان المشتري هو الحاكم الشرعي واشترى ولاية هل يكفي الرد الى

حاكم آخر ام لا؟

الخامس: في انه اذا اشترى شخص فمات هل يكفي الرد الى وارثه ام لا؟

نعم لو قلنا بمحصول الفسخ بالردّ اختصّ موردها بحضور الخصم لكنّ الأصحاب لم ينكروا اعتبار الحضور في هذا الخيار، خصوصاً لو فرض قولهم بمحصول الفسخ بمجرد ردّ الثمن، فافهم،

وكيف كان، فالأقوى فيما لم يصرّح باشتراط الردّ الى خصوص المشتري هو قيام الولى مقامه، [١] لأنّ الظاهر من الردّ الى المشتري حصوله عنده وتملّكه له، حتى لا يبقى الثمن في ذمّة البائع بعد الفسخ، ولذا لو دفع الى وارث المشتري كفى، وكذا لو ردّ وارث البائع مع أنّ المصرّح به في العقد ردّ البائع وليس ذلك لأجل ارثه للخيار، لأنّ ذلك متفرّع على عدم مدخليّة خصوص البائع في الردّ، وكذا الكلام في وليّه ودعوى أنّ الحاكم إنّما يتصرّف

اما المورد الأول: فان لم يكن وكيلا في قبض الثمن لا اشكال في عدم الكفاية، وان كان وكيلا فيه فقد يقال كما عن المحقق النائيني رحمته الله وغيره: ان عموم دليل الوكالة على فرض اطلاق الوكالة لماله وعليه كما هو المفروض في المقام يدل على ان قبض الوكيل قبض الموكل، فاذا كان قبض الموكل يشمل الاطلاق الرد اليه.

وفيه: ان كان المعلّق عليه الخيار قبض الموكل بما هو فعل من افعاله صح ذلك، واما ان كان المعلّق عليه احضار البائع الثمن عند المشتري لم يصلح دليل الوكالة للتعميم من هذه الجهة، فان معنى التوكيل الاستنابة فيما هو من وظائف الموكل، ويكون تحت اختياره وسلطانه، ولا تقتضي الوكالة تنزيل ذات الوكيل منزلة ذات الموكل، ولا تنزيل صفاته منزلة صفاته، فليس رد البائع اليه واحضار الثمن عنده ردّاً للثمن الى الموكل واحضاراً لديه، فلا يكون ذلك كافياً

ولعله الى هذا نظر السيد الفقيه رحمته الله حيث قال: ان عموم دليل النيابة لا يجعل الرد الى الوكيل ردّاً اليه.

[١] واما المورد الثاني: فقد استدلّ المحقق النائيني رحمته الله للكفاية: بعموم دليل ولاية الحاكم. (١)

وفيه: ان ولاية الحاكم ان كانت من جهة ولايته على الغائب لا يشمل دليله



في مال الغائب على وجه الحفظ والمصلحة، والثمن قبل ردّه باق على ملك البائع وقبضه عنه الموجب لسלטنة البائع على الفسخ قد لا يكون مصلحة للغائب أو شبهه فلا يكون ولياً في القبض فلا يحصل ملك المشتري المدفوع بعد الفسخ مدفوعة بأنّ هذا ليس تصرفاً اختيارياً من قبل الولي حتّى يناط بالمصلحة، بل البائع حيث وجد من هو منصوب شرعاً لحفظ مال الغائب صحّ له الفسخ اذ لا يعتبر فيه قبول المشتري او وليّه للثمن حتّى يقال إنّ ولايته في القبول متوقّفة على المصلحة، بل المعتبر تمكين المشتري او وليّه منه اذا حصل الفسخ، ومما ذكرنا يظهر جواز الفسخ بردّ الثمن الى عدول المؤمنين ليحفظوها حسبة عن الغائب وشبهه، ولو اشترى الاب للطفل بخيار البائع فهل يصحّ له الفسخ مع ردّ الثمن الى الولي الآخر، اعنى الجدد مطلقاً، [١] او مع عدم التمكن من الردّ الى الاب، او لا؟ وجوه ويجري مثلها

المقام، فان موردها مال الغائب، والغائب لامال له في المقام قبل الرد، فانه للبائع لا المشتري. وان كانت من جهة ولايته على الممتنع فلا بد من التفصيل المتقدم، فان دليل الولاية يدل على ان للحاكم تصدي ما هو فعل الممتنع، وعليه فان كان المعلق عليه الخيار قبض المشتري بما هو فعله كان مقتضى عموم دليل الولاية ان للحاكم ذلك وان فعله بمنزلة فعله، وان كان المعلق عليه احضار البائع الثمن عنده لم يكف دليل الولاية، فانه ليس هناك فعل امتنع المشتري عنه كي يكون للحاكم الولاية عليه.

هذا بناءً على شمول دليل الولاية للامتناع الاضطراري، والا لم يكف في الفرض الأول ايضاً.

[١] واما المورد الثالث: فالأظهر عدم الكفاية مطلقاً حتى في مورد قيام الحاكم والوكيل مقامه، فان دليل ولاية الجدد انما يدل على ولايته في عرض ولاية الأب بخلاف دليل نيابة الوكيل وولاية الحاكم، فلا يقيم الجدد مقام الأب، ولا يكون فعله فعله، وعليه فان كان الشرط الرد الى الأب بما هو ولي كفى الرد الى الجدد، لكنه خارج عن فرض المسألة، وان كان هو الرد الى الأب بما هو لم يكف الرد الى الجدد قطعاً.

وما افاده المحقق النائيني رحمته الله من انه يكفي: لولاية كل منهما على الطفل، فقبض

فيا لو اشترى الحاكم للصغير، فردّ البائع إلى حاكم آخر وليس في قبول الحاكم الآخر مزاحمة للأول حتى لا يجوز [١] قبوله للثمن ولا يجزى ولايته بالنسبة الى هذه المعاملة بناء على عدم جواز مزاحمة حاكم لحاكم آخر في مثل هذه الامور لما عرفت من ان اخذ الثمن من البائع ليس تصرفاً اختيارياً بل البائع اذا وجد من يجوز ان يتملك الثمن عن المشتري عنه فسخه جاز له الفسخ وليس في مجرد تملك الحاكم الثاني الثمن عن المشتري مزاحمة للحاكم الأول غاية الأمر وجوب دفعه إليه مع احتمال عدم الوجوب لأن هذا ملك جديد للصغير لم يتصرف فيه الحاكم الأول فلا مزاحمة لكن الأظهر انها مزاحمة عرفاً. [٢]

كل منهما قبض الطفل،

غريب، فان المعلق عليه ليس قبض الطفل بل قبض الأب الذي هو المشتري  
واما المورد الرابع: فقد استدل المصنف رحمته الله للكفاية فيه:

[١] بان قبول الحاكم الاخر وتملكه ليس مزاحمة للحاكم الأول كي لا يجوز، ثم قال:  
[٢] لكن الأظهر انها مزاحمة عرفاً.

واستدل المحقق النائيني رحمته الله لعدم الكفاية: بانه بتصرف الحاكم الأول ووضع يده عليه خرج مال الطفل عن المال الذي لاولي له، فليس للحاكم الاخر التصرف في هذا المال.

الظاهر ان هذه الكلمات اجنبية عما هو محل البحث، فان مورد البحث كفاية رد البائع الثمن الى الحاكم الاخر مع اشتراط الرد الى الحاكم المشتري نفسه، ولاريب في انه ليس له ذلك لعدم ولايته على الحاكم الاخر، نعم اذا كان الشرط الرد الى الحاكم كفى. فتدبر حتى لا يتبادر بالاشكال.

واما المورد الخامس: فالأظهر عدم الكفاية، فان الرد الى الوارث ليس ردأ الى المورث الذي علق عليه الخيار.

وما افاده المحقق النائيني رحمته الله: بان الوارث ينتقل اليه المال على نحو تعلق حق المورث البائع اليه فالرد اليه كالرد الى مورثه،

غير تام، فان ما افاده يتم في ورثة البائع، والكلام انما هو في ورثة المشتري.

الأمر السابع: اذا اطلق اشتراط الفسخ برّد الثمن لم يكن له ذلك الأبرد الجميع، [١] فلورّد بعضه لم يكن له الفسخ وليس للمشتري التصرف في المدفوع اليه لبقائه على ملك البائع. والظاهر أنه ضامن له لو تلف اذا دفعه اليه على وجه التّمنية الآ ان يصرح بكونها امانة عنده الى ان يجتمع قدر الثمن فيفسخ البائع، ولو شرط البائع الفسخ في كلّ جزء برّد ما يخصّه من الثمن [٢] جاز الفسخ فيما قابل المدفوع وللمشتري خيار التّبعض اذا لم يفسخ البائع بقية المبيع وخرجت المدّة وهل له ذلك

### حكم الفسخ برّد بعض الثمن

[١] الأمر السابع: لا خلاف ولا كلام في انه اذا اطلق اشتراط الفسخ برّد الثمن ليس له الفسخ الا برّد الجميع،

فلو رد بعضه لم يكن له الفسخ، وليس للمشتري التصرف في المدفوع اليه لبقائه على ملك البائع.

كما لا كلام في انه لو اشترط الفسخ برّد بعضه له ذلك،

[٢] انما الكلام في انه لو اشترط الفسخ في كل جزء برّد ما يخصه من الثمن،

والكلام فيه يقع في موردين:

الأول: في صحة هذا الشرط وفساده.

الثاني: في انه على فرض فسخ البعض لو قلنا بصحة هذا الشرط هل يثبت

للمشتري الخيار ام لا؟

اما المورد الأول فقد استدلل للفساد بوجهين:

احدهما: ما عن المستند، وهو: ان شرط الخيار في نفسه شرط مخالف للسنة، وانما

التزمنا به للاجماع والنصوص<sup>(١)</sup> الخاصة، ومورد النصوص شرط الخيار بالفسخ في الجميع، والتعدي يحتاج الى دليل مفقود، والمتيقن من الاجماع غير المقام.

وفيه: ما تقدم مفعلا من انه ليس شرطا مخالفا للسنة، وانه يصح على القاعدة.

قبل خروجها الوجه ذلك [١] ويجوز اشتراط الفسخ في الكلّ بردّ جزء معيّن من الثمن في المدّة بل بجزء غير معيّن [٢] فيبقى الباقي في ذمّة البائع بعد الفسخ.

ثانیهما: ان الالتزام العقدي امر بسيط، فاما ان يجعل للمشروط له تمام الالتزام واما يبطل. وبعبارة اخرى: انه غير قابل للتبويض.

وفيه: ان الالتزام وان كان واحداً واذا لم يجعل الخيار بهذا النحو كان جميع اجزاء الملتزم به متحد الحكم، ولا يجوز الفسخ في البعض.

واما اذا جعل له الخيار بهذا النحو فالالتزام المزبور ينحل الى الالتزام بكون كل جزء من المبيع في مقابل كل جزء من الثمن، بلاربط له بسائر الأجزاء، فكانه التزامات عديدة، وعليه فلا مانع من فسخ البعض دون البقية، فالأظهر صحة هذا الشرط.

واما المورد الثاني: فان كان المجهول رد كل جزء مستقلا ولو لم يرد البقية لاختيار للمشتري قطعاً، فانه الذي اقدم على ذلك.

وان كان رد الجميع بهذا النحو فما دام لم تخرج المدة وكانت باقية لاختيار له، فان المشتري اقدم على الفسخ تدريجاً،

واما ان خرجت المدة فلم يفسخ الجميع بل فسخ البعض فحينئذ ان كان جعل الخيار له بهذا منوطاً برد الثمن بتمامه تدريجاً كشف ذلك عن بطلان ما فعله من الفسخ لعدم حصول المعلق عليه، وان لم يكن منوطاً به بل شرط في ضمن هذا الجعل ان يفسخ الجميع كان للمشتري خيار تخلف الشرط.

وعلى اي حال لا وجه لثبوت خيار التبويض الذي افاده المصنف رحمته

[١] واضعف منه الالتزام بثبوته وان لم تخرج المدة.

[٢] قوله بل بجزء غير معيّن فيبقى الباقي في ذمّة البائع بعد الفسخ

لا يقال انه يبطل حينئذ للجهل بالجزء غير المعين

فانه يجاب عنه بان هذا الجهل لا يوجب الغرر المبطل بعد ضبط مدة الخيار من حيث المبدأ والمنتهى، اذ لا يرب في صحة جعل الخيار مع عدم التعليق على رد الثمن فاذا لم يكن اصله معتبر الم يكن وجه لاعتبار تعينه.

الأمر الثامن: كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ بردّ الثمن كذا يجوز للمشتري اشتراط الفسخ بردّ الثمن [١] ولا اشكال في انصراف الاطلاق الى العين ولا في جواز التصريح بردّ بدله مع تلفه، لأنّ مرجعه إلى اشتراط الخيار بردّ المبيع مع وجوده وبدله مع تلفه، وعدم بقاء مال البائع عند المشتري بعد الفسخ وفي جواز اشتراط ردّ بدله ولو مع التمكن من العين اشكال، من أنّه خلاف مقتضى الفسخ، لأنّ مقتضاه رجوع كلّ من العوضين الى صاحبه فاشتراط البدل اشتراط للفسخ على وجه غير مشروع بل ليس فسخاً في الحقيقة، نعم لو اشترط ردّ التالف بالمثل في القيمي، وبالقيمة في المثلي [٢] امكن الجواز لأنّه بمنزلة اشتراط ايفاء ما في الذمة بغير جنسه، لا اشتراط ضمان التالف المثلي بالقيمة والقيمي بالمثل، ولا اشتراط رجوع غير ما اقتضاه العقد الى البائع، فتأمل. ويجوز اشتراط الفسخ لكلّ منها بردّ ما انتقل اليه او بدله والله العالم.

مسألة: لا اشكال ولا خلاف في عدم اختصاص خيار الشرط بالمبيع، [٣] وجريانه في كلّ معاوضة لازمة، كالإجارة والصلح والمزارعة والمساقات، بل قال في التذكرة الأقرب عندي دخول خيار الشرط في كلّ عقد معاوضة خلافاً للجمهور،

[١] الكلام في صحة هذا الشرط هو الكلام في صحة شرط الخيار برد المبيع في جميع الصور الخمس أو الست المتقدمة مع جميع فروعه فلا وجه للاعادة.

[٢] قوله نعم لو اشترط رد التالف بالمثل في القيمي  
اذ كما ان مرجع هذا الاشتراط الى اشتراط الايفاء ولا يكون منافيا لحقيقة الفسخ، كذلك اشتراط رد البدل مع وجود العين فان مرجعه الى اشتراط تملك البدل بدلا عن العين المرجوعة بمقتضى الفسخ.

### جريان خيار الشرط في العقود المجازة

[٣] مسألة: هل يختص خيار الشرط بالمبيع ام يعم كل معاوضة لازمة، او العقود مطلقا، ام يدخل خيار الشرط في الايقاعات ايضاً؟  
وتمام الكلام فيها بالبحث في مقامات

ومراداه ما يكون لازماً [١] لأنه صرّح بعدم دخوله في الوكالة والجماعة والقراض والعارية والوديعة لأنّ الخيار لكلّ منهما دائماً فلا معنى لدخول خيار الشرط فيه. والأصل فيما ذكر عموم المؤمنون عند شروطهم، بل الظاهر المصرّح به في كلمات جماعة دخول في غير المعاوضات من العقود اللائمة ولو من طرف واحد، بل إطلاقها يشمل العقود الجائزة، إلاّ أن يدّعي من الخارج عدم معنى للخيار في العقد الجائز، ولو من الطرف الواحد، فعن الشرائع والارشاد والدروس وتعليق الارشاد ومجمع البرهان والكفاية، دخول خيار الشرط في كلّ عقد سوى التّكاح والوقف والإبراء والطلاق والعتق وظاهرها ما عدا الجائز. ولذا ذكر نحو هذه العبارة في التّحرير بعدما منع الخيار في العقود الجائزة وكيف كان. فالظاهر عدم الخلاف بينهم في أنّ مقتضى عموم أدلّة الشرط الصّحة في الكلّ وإنّما الإخراج لما منع، [٢] ولذا قال في الدروس بعد حكاية المنع من دخول خيار الشرط في الصّرف عن الشيخ عليه السلام أنّه لم يعلم وجهه مع عموم صحيحة ابن سنان: المؤمنون عند شروطهم. فالهم هنا بيان ما خرج عن هذا العموم.

الأول: في العقود الجائزة.

الثاني: في الايقاعات.

الثالث: في العقود اللائمة.

اما الأول: فظاهر الشرائع، والارشاد، والدروس، وتعليق الارشاد، ومجمع

البرهان، والكفاية دخول خيار الشرط فيها:

[١] وتوجيه الشيخ كلماتهم بان مرادهم العقود اللائمة، لا وجه له: اذ لم يذكر وجهها

له سوى أنّ هذه العبارة التي في هذه الكتب ذكرها في التحرير بعدما منع من الخيار في العقود الجائزة، وهو كما ترى.

[٢] وكيف كان: فقد استدل لعدم الجريان في مقابل عموم مادّل على نفوذ كل

شرط وصحته <sup>(١)</sup>. بوجه:

فنقول أما الايقاعات فالظاهر عدم الخلاف في عدم دخول الخيار فيها [١] كما يرشد اليه استدلال الحلّي في السّرائر على عدم دخوله في الطّلاق بخروجه عن العقود، قيل لأنّ المفهوم من الشرط ما كان بين اثنين [٢] كما ينبّه عليه جملة من الاخبار والايقاع أنّما يقوم بواحد

منها: انه من قبيل تحصيل الحاصل، فان السلطنة على الفسخ فيها ثابتة دائما ولا تنفك عنها ولا تسقط بالاسقاط.

وفيه: ان الثابت بالشرط فرد آخر من السلطنة دون ما هو من لوازمها.

ومنها: انه يلزم اجتماع المثليين. وقد تقدم الجواب عن ذلك في خيار الحيوان.

ومنها: لزوم اللغوية، فانها جائزة ذاتا، فجعل الخيار فيها لغو راسا.

وفيه: ان هذه السلطنة المجعولة غير ما هو من لوازم العقد وثابت فيها، فيان تلك

السلطنة غير قابلة للمصالحة والاسقاط والارث، وهذه قابلة لتلك، فيمكن ان ينقلها الى غيره بالصلح ونحوه ويرثها وارثه. فالأظهر صحة جعل الخيار فيها.

ثم ان هذه الوجوه لو تمت فانما هي في جعل الخيار للعاقدة، واما جعله للأجنبي

فلا يجري شيء منها فيه.

وافاد المحقق النائيني رحمته الله: ان العقود الاذنية كالوكالة لا يجري فيها الخيار لوجه آخر،

وهو: ان اطلاق العقد عليها انما هو لكونها واقعة بين اثنين، والا فانفس حقيقتها مستقومة

بالاذن المحض والرضا الصرف.

وفيه: ان مجرد ذلك لا يمنع من جعل الخيار بعد كون هذا الاذن والرضا بعنوان العقد

والالتزام، وله آثار غير ما هو مترتب على الاذن المحض.

### جريان الخيار في الايقاعات

[١] واما المقام الثاني: وهو انه هل يثبت هذا الخيار في الايقاعات ام لا؟

وقد استدلل لعدم دخول ذلك فيها بوجوه:

[٢] منها: ان المفهوم من الشرط ما كان بين اثنين، كما بنبه عليه جملة من الأخبار،

والايقاع انما يقوم بواحد.

وفيه انّ المستفاد من الاخبار كون الشرط قائماً بشخصين المشروط له والمشروط عليه لا كونه متوقفاً على الايجاب والقبول، الا ترى أنّهم جوّزوا ان يشترط في اعتاق العبد خدمة مدّة، تمسكاً بعموم: المؤمنون عند شروطهم غاية الأمر توقف لزومه كاشتراط مال على العبد على قبول العبد، على قول بعض، لكن هذا غير اشتراط وقوع الشرط بين الايجاب والقبول. فالاولى الاستدلال عليه مضافاً الى امكان منع صدق الشرط وانصرافه [١] خصوصاً على ما تقدّم عن القاموس بعد مشروعية الفسخ في الايقاعات حتّى تقبل لاشتراط التسلط على الفسخ فيها والرّجوع في العدة ليس فسحاً للطلاق، بل هو حكم شرعيّ في بعض اقسامه لا يقبل الثبوت في غير مورده، بل ولا السقوط في مورده، ومرجع هذا الى أنّ مشروعية الفسخ لا بدّها من دليل، وقد وجد في العقود من جهة مشروعية الاقالة، وثبوت خيار المجلس والحيوان وغيرها في بعضها بخلاف الايقاعات، [٢] فإنّه لم يعهد من الشّارع تجويز نقض اثرها بعد وقوعها حتّى يصحّ اشتراط ذلك فيها.

وفيه: ان الشرط متقومّ بامرین: مشروط له، ومشروط عليه، وهذا غير كون مورده ومحلّه متقومّاً بامرین، فلو سلّم احتياج الشرط الى القبول فانما هو محتاج الى قبول الشرط لا قبول محلّه ومورده.

ومنها: الاجماع الذي ادعاه في المبسوط على عدم دخوله في الطلاق والعتق، والذي ادعاه في المسالك على عدم دخوله في الابرء.

وفيه: انه مضافاً الى كونه اخص من المدعى، ليس اجماعاً تعديداً كاشفاً عن رأي المعصوم عليه السلام.

[١] ومنها: ما في المتن، وهو: منع صدق الشرط وانصرافه عما هو في ضمن الايقاع وفيه: ان غاية ما يثبت بالدليل خروج الشروط الابتدائية عن تحت ادلة الشروط اما تخصيصاً او تخصصاً، واما لزوم كونه في ضمن التزامين وعدم كفاية ما هو في ضمن التزام واحد فمما لم يدل عليه دليل، بل النصوص الاتية تدل على عدم لزوم ذلك.

[٢] ومنها: ما في المتن ايضاً، وحاصله: ان دليل الشرط انما يدل على ايجاب ما هو سائغ في نفسه، ومشروعية الفسخ لا بد لها من دليل، وقد وجد في العقود من جهة



وبالجملّة فالشّروط لا يجعل غير السّبب الشّرعي سبباً، فإذا لم يعلم كون الفسخ سبباً لارتفاع الإيقاع او علم عدمه بناء على أنّ اللّزوم في الإيقاعات حكم شرعيّ كالجواز في العقود الجائزة فلا يصير سبباً باشتراك التّسلط عليه في متن الإيقاع هذا كلّهُ مضافاً الى الإجماع عن المبسوط ونفي الخلاف عن السّرائر على عدم دخوله في العتق والطلاق وإجماع المسالك على عدم دخوله في العتق والإبراء، ومما ذكرنا في الإيقاع يمكن ان يمنع دخول الخيار فيما تضمن الإيقاع ولو كان عقداً كالصلح المفيد فائدة الإبراء كما في التّحرير وجامع المقاصد

مشروعية الاقالة وثبوت خيار المجلس والحيوان فيها، ولم يثبت ذلك في الإيقاعات.

وفيه: انه لم تثبت مشروعية الفسخ في العقود -اي الفسخ الذي يجعل للمشروط له - بل الثابت عدمها قبل الشرط،

ومشروعية الاقالة والفسخ بسبب خيار المجلس او الحيوان لا توجب مشروعية الفسخ بسبب آخر،

مع انها غير ثابتة، بالاضافة الى الأجنبي، ويصح جعل الخيار له. ومنها: ما افاده المصنف عليه السلام في آخر كلامه، وحاصله: اناطة دخول الشرط بصحة التقايل، فيكون الالتزام في ضمن العقد مثلاً بمنزلة رضا المتعاقدين بعده، فاذا كان تراضيهما بعد العقد كافياً في الانحلال كان الالتزام به في ضمن العقد كافياً في تسلط المشروط له على حله، والا فلا.

وفيه: ان اعتبار كون الالتزام بمنزلة التراضي بعد العقد لا يكون من منشآت الشارط ولم يدل دليل على كونه كذلك بحسب الجعل الشرعي فلا وجه له.

ومنها: ان دليل الشرط خصص بمادل على عدم نفوذ ما خالف الكتاب والسنة، وشرط الخيار في الإيقاع ان علم كونه مخالفاً للسنة من جهة كون لزومه حكماً لاحقياً، فهو والا فالنتيجة نتيجة ثبوته في عدم جواز شرط الخيار، لعدم جواز التمسك بالعام في الشبهة المصدقية.

وفيه: انه سيجيء في محله انه في موارد الشك مقتضي اصالة عدم المخالفة البناء على شمول العموم لها.

وفى غاية المرام انّ الصّلىح ان وقع معاوضة دخله خيار الشّرط وان وقع عما فى الذّمة مع جهالته او على اسقاط الدّعوى قبل ثبوتها لم يدخله لأنّ مشروعيّته لقطع المنازعة فقط، واشترط الخيار لعود الخصومة ينافى مشروعيّته وكلّ شرط ينافى مشروعيّة العقد غير لازم، انتهى والكبرى المذكورة فى كلامه راجعة الى ما ذكرنا فى وجه المنع عن الايقاعات، ولا اقلّ من الشكّ فى ذلك الرّاجع الى الشكّ فى سببية الفسخ لرفع الايقاع.

ومنها: ان الخيار ملك الفسخ والحل، ولا حل الا بين امرين مرتبطين، فلا يعقل فى الايقاع الذى هو التزام واحد.

وفيه: ان الفسخ رفع الأمر الثابت كان واحداً ام متعدداً.

ومنها: ما افاده المحقق النائيني رحمته الله، وحاصله: ان الايقاع حيث انه اذا انشأ يوجد المنشأ ولا يتوقف على القبول، فالشرط الواقع بعده اما يرجع الى الشرط الابتدائي لو لم ينط المنشأ به، واما الى تعليق المنشأ الذى هو باطل لوانيط اصل المنشأ به،

واما الى تخصيص المنشأ بخصوصية. وعلى اى تقدير فهو خارج عن الالتزام فى ضمن الالتزام الذى هو محل الكلام، وهذا بخلاف العقود، فانه يعقل فيها اناطة المنشأ به بحيث يصير الشرط ضميمة لأحد العوضين.

وفيه: انه فى العقود لا يباطل المنشأ به بهذا المعنى، ولذا لا يرد من العوض بمقدار ما يقابل به الشرط، وسيأتي فى باب الشروط بيان حقيقة الشرط وانه امر يوجد فى العقد والايقاع بلافاتوت بينهما.

فتحصل: ان الأظهر صحة شرط الخيار فى الايقاع الا ما خرج بالدليل،

ويشهد له - مضافا الى ذلك - النصوص الواردة فىمن يعتق عبده او جاريتة ويشترط عليه العمالة او الخدمة. <sup>(١)</sup>

وأما العقود فنها ما لا يدخله اتفاقاً، ومنها ما اختلف فيه، ومنها ما يدخله اتفاقاً. [١]

فالأول: النكاح، [٢] فإنه لا يدخله اتفاقاً، كما عن الخلاف والمبسوط والسرائر وجامع المقاصد والمسالك، الإجماع عليه ولعله لتوقف ارتفاعه شرعاً على الطلاق [٣] وعدم مشروعية التقايل فيه. [٤]

## جريان الخيار في غير البيع من العقود اللازمة

[١] وأما المقام الثالث: وهو جريان الخيار في العقود اللازمة، فملخص القول فيه: انها على اقسام:

الأول: ما ادعى انه لا يدخله شرط الخيار اتفاقاً.

الثاني: ما اختلف فيه.

الثالث: ما يدخله اتفاقاً.

[٢] اما القسم الأول: فهو النكاح وقد استدل على المنع فيه بوجوه:

[٣] احدها: ما ذكره المصنف رحمته الله في المقام، وهو: توقف ارتفاعه شرعاً على

الطلاق.

وفيه: انه لو كان دليل الطلاق دالاً على عدم ارتفاعه ولو بنحو رفع علقه النكاح من دون انشاء البيئونة والفرقة بغير الطلاق اما بالمنطوق او بالمفهوم كان ما افاده متيناً جداً، ولكن حيث انه لا يدل على ذلك فلا يصح هذا الاستدلال.

[٤] ثانيها: ما افاده المصنف رحمته الله ايضاً، وهو: عدم مشروعية التقايل فيه. وتقدم

تقريبه مع جوابه.

ثالثها: ما افاده صاحب الجواهر رحمته الله، وهو: ان فيه شائبة العبادة التي لا تقبل الخيار

وفيه: ان مجرد ذلك لا يكفي لكونه عبادة لا يجري فيها الخيار، فانه لا يعتبر فيه القرية

قطعاً.

رابعها: ما عن الجواهر ايضاً، وهو: ان اشتراط الخيار فيه يفضي الى ابتذال المرأة،

وهو ضرر لها.

ومن الثَّانِي: الوقف، فَإِنَّ المشهور عدم دخوله فيه [١] وعن المسالك أَنّه موضع وفاق ويظهر من محكّمي السَّرَائِر والدَّرُوس وجود الخلاف فيه، وربّما علّل باشتراط القرّبة فيه [٢] وَأَنّه فكّ ملك بغير عوض والكبرى في الصغريين ممنوعة، [٣] ويمكن الاستدلال له

---

وفيه: انه مع اقدمها عليه لا يوجب دليل نفي الضرر نفيه.  
خامسها: ان شرط الخيار مناف للدوام المعتبر في النكاح الدائم، فهو شرط مخالف لمقتضى العقد.

وفيه: ان الخيار لا ينافي الدوام، فانه رفع للموجود لا توقيت له في البيع، ولذا في البيع لا اشكال في صحة شرطه، مع انه ايضا انشاء للملكية الدائمة.  
سادسها: انه شرط مخالف للسنة، لأن لزوم النكاح حكمي لاحقي، ولا اقل من الشك في ذلك، فلا يجوز التمسك بالعام.  
وفيه: انه لم يثبت كونه كذلك، وقد مر أن الشك في ذلك يكفي في التمسك بالعام لاصالة عدم المخالفة.  
فالأظهر انه لا دليل على المنع سوى الاجماع المدعى في كلمات غير واحد، ولا بأس به.

[١] واما القسم الثاني: فمنه الوقف.

فقد استدلل للمنع فيه بوجوه:

[٢] منها: انه يشترط القرّبة فيه، وما كان لله لا يرجع.

[٣] والمصنف اورد عليه: بمنع الكبرى

واورد عليه السيد قده وتبعه المحقق الايرواني: بانه قده سيترف بصحة الكبرى في الصدقة.

ولكن يمكن ان يقال: ان ما ذكره في المقام لا ينافي مع ما ذكره في الصدقة، فانه يسلم دلالة النصوص<sup>(١)</sup> المتضمنة لذلك المضمون على اللزوم غير القابل للفسخ، الا ان منعه في المقام من جهة عدم شمولها بما لها من المعنى للمقام، فان المراد بها ليس ما يقع في الخارج

---

(١) الوسائل - باب ١١ - من ابواب كتاب الوقوف والصدقات و - باب ٦ - من ابواب الكتاب الهيات و - باب ٢٤ - من ابواب الصدقة.

الموثقة المذكورة في مسألة شرط الواقف كونه احقّ بالوقف عند الحاجة وهي قوله عليه السلام من اوقف أرضاً ثم قال: ان احتجتُ إليها فانا احقّ بها، ثم مات الرجل فإنها ترجع في الميراث [١] وقريب منها غيرها وفي دلالتها على المدعي تأمل، ويظهر من المحكي عن المشايخ الثلاثة في تلك المسألة تجوز اشتراط الخيار في الوقف ولعله المخالف الذي أشير إليه في محكي السرائر والدروس

لله وان امكن ان يقع لغيره كالبيع، ولا ما يشترط في صحته الوقوع لله كالوقف، بل المراد بها ما لا يقع في ذاته الا لله كالصدقة بالمعنى الأخص التي تكون القرية من قبيل الفصل المقوم لها لا الشرط.

ويمكن ان يورد على هذا الوجه: يمنع الصغرى ايضاً، فانه وان كان المشهور اعتبار القرية في الوقف الا ان الأظهر تبعاً لجمع من الأساطين عدم اعتبارها للاطلاقات ولما دل على صحة وقف الكافر، واطلاق الصدقة عليه انما يكون باعتبار الأفراد التي تقع في الخارج مع قصد القرية. وتام الكلام في محله.

ومنها: انه فك ملك بلا عوض، وشرط الخيار يصح في العقود المعاوضية.

وفيه اولاً: ان الوقف حقيقته ليست فك الملك بل حبس العين وتسييل المنفعة.

وثانياً: انه قد مر جريان شرط الخيار في الايقاع فضلاً عما هو بمنزله.

ومنها خبر اسماعيل بن الفضل عن مولانا الصادق عليه السلام عن الرجل يتصدق ببعض

ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير، وقال: ان احتجت الى شيء من المال فانا احق به ترى ذلك له وقد جعله الله يكون له في حياته، فاذا هلك الرجل يرجع ميراثاً الى اهله او يمضى صدقة قال عليه السلام: يرجع ميراثاً على اهله (١).

[١] وموثقه الاخر (٢) المذكور في المتن

وتقريب دلالتهما: انهما يدلان على بطلان الوقف، وليس الا من جهة اشتماله على الشرط المزبور.

(١) الوسائل - باب ٣ - من ابواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ٣.

(٢) التهذيب ج ٩ ص ٩٥٠ طبع النجف.

وأما حكم الصدقة فالظاهر أنه حكم الوقف، قال في التذكرة في باب الوقف: أنه يشترط في الوقف الإلزام فلا يقع لو شرط الخيار فيه لنفسه ويكون الوقف باطلاً كالتق والصدقة، انتهى.

لكن قال في باب خيار الشرط: أما الهبة المقبوضة فإن كانت لأجنبي غير معوّض عنها ولا قصد بها القرية ولا تصرف المتّهب، يجوز للواهب الرجوع فيها وإن اختل أحد القيود لزمّت، وهل يدخلها خيار الشرط الاقرب ذلك، انتهى. وظاهره دخول الخيار في الهبة اللازمة حتى الصدقة، وكيف كان فالأقوى عدم دخوله فيها لعموم ما دلّ على أنه لا يرجع فيما كان لله، [١] بناء على أن الاستفادة منه كون اللزوم حكماً شرعياً لماهية الصدقة نظير الجواز للعقود الجائزة، ولو شك في ذلك كفي في عدم سببية الفسخ التي يتوقّف صحّة اشتراط الخيار عليها وتوهم إمكان اثبات السببية بنفس دليل الشرط واضح الاندفاع

---

وفيه: انه يمكن ان يقال بدلالتهما على الصحة بقريئة التعبير بالرجوع، اذ مع البطلان لارجوع بل هو باق على ملكه، فيدلان على صحة الوقف والشرط، وانه يعود اليه عند الحاجة، ثم ان مات يرثه وارثه، وعلى فرض دلالتهما على البطلان يمكن ان يكون الوجه فيه ادخال نفسه في الوقف. وقد استدل للمنع ببعض الوجوه المتقدمة، فالأظهر تبعاً للمشايع الثلاثة جواز اشتراط الخيار في الوقف. ومنه: الصدقة.

[١] وقد استدل المصنف رحمته لعدم دخول خيار الشرط فيها: بعموم ما دل على انه لا يرجع فيما كان لله، وهي اخبار مستفيضة: منها: قوله عليه السلام (١): انما الصدقة لله عز وجل، فما جعل لله عز وجل فلا رجعة له فيه. ونحوه غيره. وتقريب الاستدلال بها: انها تدل على ان اللزوم حكم لماهية الصدقة، وانها ماهية منافية للرجوع، وهذا المعنى آب عن لحوق خصوصية توجب تغيير الحكم. فلا يصح جعل الخيار فيها.

ومنه الصلح، [١] فإن الظاهر المصرح به في كلام جماعة كالعلامة في التذكرة، دخول الخيار فيه مطلقاً، بل عن المهذب البارع في باب الصلح الاجماع على دخوله فيه بقول مطلق. وظاهر المبسوط كالمحكّي عن الخلاف عدم دخوله فيه مطلقاً. وقد تقدم التفصيل عن التحرير وغاية المرام ولا يخلو عن قرب [٢]

واورد على الاستدلال بها السيد الفقيه رحمته الله: بأنه لا يصدق الرجوع الى الصدقة على الفسخ بالخيار، لأن اخراجه للمال ليس على كل تقدير، والاخراج الخياري المتزلزل ليس اخراجاً حقيقياً، فالرجوع انما يصدق مع كون المال باقياً على الوقفية او الصدقة او نحو ذلك لا مثل المقام.

وفيه: ان الرجوع الحقيقي هو رد الملك وهو المراد في هذه النصوص، اذ الرجوع الممنوع عنه في الصدقة هو ما يكون جائزاً في الهبة، ومن المعلوم ان الرجوع الجائز فيها رد الملك لا التصرف في الموهوب مع بقاء الهبة، فالأظهر عدم دخول خيار الشرط فيها. [١] ومنه: الصلح.

وفيه: اقوال:

الأول: دخوله فيه مطلقاً، ولعله المشهور، وعن غير واحد: دعوى الاجماع عليه. الثاني: عدم دخوله كذلك، وهو المنسوب الى الشيخ في المبسوط والخلاف. الثالث: التفصيل بين الصلح الذي فائدته البراء فلا يدخل فيه، وغيره فيدخل، ذهب اليه العلامة في التحرير والمحقق الثاني في جامع المقاصد، [٢] واختاره المصنف رحمته الله.

وقد استدلل للمنع في المفيد فائدة البراء بوجوه:

• احدها: ما عن غاية المرام بان مشروعيته لقطع المنازعة فقط، واشترط الخيار لعود الخصومة ينافي مشروعيته، وكل شرط ينافي مشروعية العقد غير لازم. وفيه: اولاً: ان مشروعيته ليست لخصوص قطع المنازعة، ولذا الصلح في غير

حول جريان الخيار فى العقود اللازمة غير البيع ..... ٣٩٥

لما تقدّم من الشكّ فى سببىّة الفسخ لرفع البراء او ما يفيد فائدته [١] ومنه الضمان: [٢] فإنّ المحكّي عن ضمان التذكرة والقواعد: عدم دخول خيار الشّرط فيه، وهو ظاهر المبسوط والاقوى دخوله فيه لو قلنا بالتّقايل فيه، ومنه الرّهن [٣] فإنّ المصرّح به فى غاية المرام عدم ثبوت الخيار للرّاهن لأنّ الرهن وثيقة للدين، والخيار ينافى الاستيثاق [٤] ولعلّه لذا استشكل فى التّحرير وهو ظاهر المبسوط، ومرجعه الى انّ مقتضى طبيعة الرّهن شرعاً بل عرفاً كونها وثيقة، والخيار مناف لذلك.

مقام الدعوى صحيح.

وثانياً: ان مجرد ذلك لا يصلح للمنع لأنّه حكمة لاعلة.

[١] الثانى: ما افاده المصنف رحمته الله، قال: لما تقدم من الشك فى سببىة الفسخ لرفع

البراء، او ما يفيد فائدته. انتهى.

وفيه: ما تقدم من ان الشك فى السببىة لا يمنع من نفوذ الشرط.

الثالث: انه ايقاع، ولا يدخل شرط الخيار فى الايقاع.

وفيه: اولاً: انه عقد لا ايقاع، وان كان البراء ايقاعاً.

وثانياً: انه قد تقدم دخوله فى الايقاع.

فالأظهر جريانه فيه مطلقاً.

[٢] ومنه: الضمان.

وقد استدل المحقق النائيني رحمته الله للمنع من دخول شرط الخيار فيه: بان لزومه حكيمى

كالنكاح، لأن من آثاره انتقال الدين الى ذمة الضامن وبراءة المديون، فارجاعه الى ما كان

لا يمكن الا بضمان آخر.

وفيه: ما تقدم من انه لولا الاجماع لكنا ملتزمين بدخوله فى النكاح فضلاً عن الضمان

[٣] ومنه: الرهن.

[٤] وقد استدل للمنع فيه: بان الرهن وثيقة، للدين والخيار ينافى الاستيثاق.



وفيه أنّ غاية الأمر كون وضعه على اللزوم، فلا ينافي جواز جعل الخيار بتراضي الطرفين، [١] ومنه الصّرف فإنّ صريح المبسوط والغنية والسّرائر عدم دخول خيار الشّروط فيه، مدّعين على ذلك الاجماع ولعلّه لما ذكره في التذكرة للشافعي المانع عن دخوله في الصّرف والسّلم من أنّ المقصود من اعتبار التقابض فيها ان يفترقا ولا يبقى بينهما علقه ولو اثبتنا الخيار بقيت العلقه، والملازمة ممنوعة، كما في التذكرة، ولذا جزم فيها بدخوله في الصّرف [٢] وان استشكله أو لا كما في القواعد.

ومن الثّالث: اقسام البيع ما عدا الصّرف ومطلق الاجارة والمزارعة والمساقاة وغير ما ذكر من موارد الخلاف، فإنّ الظاهر عدم الخلاف فيها. واعلم أنّه ذكر في التذكرة تبعاً للمبسوط دخول خيار الشّروط في القسمة وان لم يكن فيها رد، ولا يتصوّر الأبان يشترط الخيار في التراضي القولي بالنّسبام. وأمّا التراضي الفعلي فلا يتصوّر دخول خيار الشّروط فيه، بناء على وجوب ذكر الشّروط في متن العقد، ومنه يظهر عدم جريان هذا الخيار في المعاطاة. [٣]

---

[١] واجاب عنه المصنف رحمته الله: بان غاية الأمر كون وضعه على اللزوم، فلا ينافي جواز جعل الخيار بتراضي الطرفين.

وفيه: ان المدعى منافاة الخيار والتزلزل لحقيقة الرهن لا لحكمه، فيكون من قبيل الشرط المخالف لمقتضى العقد.

وبما ذكرناه في هذه الأبواب يظهر الحكم في سائر الأبواب التي لم تتعرض لها. [٢] قوله والملازمة ممنوعة كما في التذكرة ولذا جزم فيها بدخوله في الصّرف لان العلقه الحقيه تتعلق بالعقد لا بالعوضين فهما يفترقان ولا علقه بينهما ولا يستحق احدهما شيئاً من صاحبه ولو كان الخيار ثابتاً - ويمكن منع المقدمه الاولى، اذ لاسبيل لنا الى اثبات ان المقصود من اعتبار التقابض ما ذكر.

[٣] وهل يجري هذا الخيار في المعاطاة ام لا نظرا الى ان الشرط القولي لا يمكن ارتباطه بالانشاء الفعلي ذكره في محكى التذكرة تبعاً للمبسوط.

وان قلنا بلزومها من أول الأمر او بعد التّلف، والسرّ فى ذلك أنّ الشرط القولى لا يمكن ارتباطه بالانشاء الفعلى، وذكر فيها أيضاً دخول الخيار فى الصّدق، [١] ولعلّه لمشروعية الفسخ فيه فى بعض المقامات، كما اذا زوّجها الولى بدون مهر المثل، وفيه نظر وذكر فى المبسوط أيضاً دخول هذا الخيار فى السّبِق والرّماية للعموم.

اقول: والظاهر بحسب القواعد اناطة دخول خيار الشرط بصحّة التّقايل فى العقد فتى شرع التّقايل مع التّراضى بعد العقد جاز تراضيها حين العقد على سلطنة احدهما او كليهما على الفسخ، فإنّ اقدامه على ذلك حين العقد كاف فى ذلك بعد ما وجب عليه شرعاً القيام والوفاء بما شرطه على نفسه، فيكون امر الشّارع اياه بعد العقد بالرّضا بما يفعله صاحبه من الفسخ والالتزام وعدم الاعتراض عليه، قائماً مقام رضاه الفعلى بفعل صاحبه وان لم يرض فعلاً

---

والحق: ان للعقود والشروط مقامين:

احدهما: مقام الثبوت والتحقق، وهو مقام الالتزامات النفسانية.

ثانيهما: مقام اظهارها وبراها.

اما فى المقام الأول فلا دخل لللفظ ولا للفعل فيه،

واما المقام الثانى فلا مانع من ان يدل على الالتزام العقدي باللفظ، وعلى الالتزام

الشرطى بالفعل.

وبعبارة اخرى: ان ربط الالتزامين انما هو فى المرتبة السابقة على الأبراز، واللفظ او الفعل كاشف عن ذلك ودال عليه، وعليه فكما ان الفعل ربما يحتف بالكلام ويوجب صرفه عن ظاهره، كذلك يمكن ان يدل على ربط ما انكشف به بما ينكشف باللفظ، فلو قال مقارنا للفعل بشرط كذا يكون قوله مرتبطاً بفعله.

[١] وعن التذكرة والمبسوط: دخول الخيار فى الصّدق، ولكن ربما يقال: ان

الصّدق ليس عقداً كي يمكن حله وفسخه، ولكن يمكن ان يقال: ان المهر حيث لا يكون ركناً لعقد النكاح يكون من قبيل الالتزام الضمنى، والفسخ يوجب رفعه، فكانه لم يقع على الصّدق اصلاً والظاهر عدم الخلاف فى دخول الخيار فيه، وقد عرفت انه على القاعدة فلا حاجة الى ما استدل به المصنف.

وأما إذا لم يصح التقايل فيه لم يصح اشتراط الخيار فيه، لأنّه إذا لم يثبت تأثير الفسخ بعد العقد عن تراض منهما، فالالتزام حين العقد لسלטنة احدهما عليه لا يحدث له أثراً لما عرفت من أنّ الالتزام حين العقد لا يفيد إلاّ فائدة الرضاء الفعلي بعد العقد بفسخ صاحبه ولا يجعل الفسخ مؤثراً شرعياً والله العالم.

الرابع: خيار الغبن [١] واصله الخديعة، قال في الصّحاح: هو بالتسكين في البيع والغبن بالتّحريك في الرأى، وهو في اصطلاح الفقهاء تمليك ماله بما يزيد على قيمته مع جهل الآخر [٢] وتسمية المملّك غابناً والآخر مغبوناً مع أنّه قد لا يكون خدع اصلاً، كما لو كانا جاهلين

## خيار الغبن

[١] الرابع: خيار الغبن وفي المتن: اصله الخديعة.

ولكن الظاهر ان الغبن والخديعة يتصادقان على مورد احيانا ولا اتحاد بينهما مفهوماً، بل الظاهر انه بسكون الوسط نقص في المعاملة والمقاسمة كما صرح بذلك ائمة الفن، وعليه فيوم التغابن في الآية الشريفة ﴿ذلك يوم التغابن﴾<sup>(١)</sup> مستعار من تغابن القوم في التجارة.

وفي الحديث:<sup>(٢)</sup> نعمتان مغبون فيهما كثير من الناس الصحة والفراغ. واستعمال الغبن فيه انما هو من جهة ان اشتغال المكلف ايام الصحة والفراغة بالامور الدنيوية الدنية يوجب كونه مغبوناً لأنه قد باع ايام الصحة والفراغة بشيء لا قيمة له.

وهو بتحريك الوسط نقص في العقل والرأى، وفي المجمع: وغبن رأيه غبنا من باب تعب، قلت: فظنته وذكأؤه، ومغابن البدن الارفاغ والاباط الواحد المغبن كمسجد، ومنه حديث الميت: فامسح بالكافور جميع مغابنه.<sup>(٣)</sup>

وبما ذكرناه يظهر ان ما افاده الفقهاء في تفسيره

[٢] وهو تمليك ماله بما يزيد على قيمته مع جهل الآخر

ليس من جهة ان لهم اصطلاحاً خاصاً وانما يطلقونه بماله من المعنى اللغوى

(٢) سفينة البحار ج ٢ ص ٣٠٥.

(١) سورة التغابن: ٩.

(٣) جامع احاديث الشيعة - باب ٦ - من ابواب تحنيط الميت حديث ١.

لأجل غلبة صدور هذه المعاوضة على وجه الخدع [١] والمراد بما يزيد أو ينقص العوض مع ملاحظة ما انضم إليه الشرط، فلو باع ما يساوي مائة دينار بأقل منه مع اشتراط الخيار للبائع، فلا غبن لأن المبيع يبيع الخيار ينقص ثمنه عن المبيع بالبائع اللازم وهكذا غيره من الشروط.

والظاهر ان كون الزيادة مما لا يتسامح به شرط خارج عن مفهومه [٢] بخلاف الجهل بقيمته، ثم ان ثبوت الخيار به مع الشرط المذكور هو المعروف بين الاصحاب، ونسبه في التذكرة الى علمائنا وعن نهج الحق نسبته إلى الامامية. وعن الغنية والمختلف الاجماع عليه صريحاً، نعم المحكي عن المحقق رحمته في درسه انكاره ولا يعد ذلك خلافاً في المسألة [٣] كسكوت جماعة عن التعرض له.

---

[١] قوله لاجل غلبة صدور هذه المعاوضة على وجه الخدع بناءً على ما ذكرناه يكون تسمية المملك غابنا والاخر مغبوناً في مورد جهلها على طبق المعنى اللغوي للالغبية.

[٢] قوله والظاهر ان كون الزيادة مما لا يتسامح به شرط خارج عن مفهومه ربما تكون الزيادة يسيرة جداً، بمقدار لا يصدق الغبن من جهة ان تحديد القيمة بحد ليس على وجه التحقيق بل على نحو التخمين، وربما تكون بمقدار يصدق ذلك وفي مثل ذلك لا دليل على عدم ثبوت الخيار بعد عموم دليله.

وكيف كان: فاذا ثبت الغبن يثبت للمغبون الخيار كما هو المشهور بين الأصحاب، وقد تكرر في كلماتهم دعوى الاجماع عليه، ولم ينقل الخلاف الا عن الاسكافي والمحقق. [٣] وما افاده المصنف رحمته من ان انكاره في مجلس درسه اعم من كون فتواه ذلك

كما ترى،

وسكوت جماعة من القدماء عن التعرض له لا يكون كاشفاً عن خلافهم بعد دعوى غير واحد الاجماع عليه.

وعلى اي حال لا يكون حجة بعد معلومية المدرك، فالعمدة ملاحظة ادلتهم.

نعم حكى عن الاسكافي منعه وهو شاذ، واستدل في التذكرة على هذا الخيار بقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [١] قال: ومعلوم أن المغبون لو عرف الحال لم يرض وتوجيهه أن رضا المغبون يكون ما يأخذه عوضاً عما يدفعه مبني على عنوان مفقود، [٢] وهو عدم نقصه عنه في الماليتة، فكأنه قال: اشترت هذا الذي يسوي [يساوي] درهماً بدرهم، فإذا تبين أنه لا يسوي [يساوي] درهماً تبين أنه لم يكن راضياً به عوضاً لكن لما كان المقصود صفة من صفات المبيع لم يكن تبين فقده كاشفاً عن بطلان البيع بل كان كسائر الصفات المقصودة التي لا يوجب تبين فقدها، إلا الخيار فراراً عن استلزام لزوم المعاملة الزامه بما لم يلتزم ولم يرض به، فالآية إنما تدل على عدم لزوم العقد، فإذا حصل التراضي بالعوض الغير المساوي كان كالرضا السابق لفحوى حكم الفضولي والمكره

وقد استدل لثبوت هذا الخيار بوجوه:

[١] الأول: ما عن التذكرة، وهو قوله تعالى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾<sup>(١)</sup> قال: ومعلوم أن المغبون لو عرف الحال لم يرض، وحيث ان ظاهر ذلك مانعية الكراهة التقديرية مع الرضا الفعلي، وجهه المصنف رحمته الله بقوله:

[٢] وتوجيهه ان رضا المغبون يكون ما ياخذه عوضاً عما يدفعه مبني على

عنوان مفقود

وحاصله: ان الرضا الفعلي مفقود، بتقريب: ان الرضا متعلق بعنوان مفقود وهو عدم نقصه عنه في الماليتة، وحيث ان العنوان المفقود وصفي في المبيع فلا يوجب تخلفه الا الخيار كما في سائر موارد تخلف الوصف، فالآية تدل على عدم لزوم العقد، فاذا حصل التراضي بالعوض غير المساوي كان كالرضا السابق، فكما ان الرضا السابق بالفاقد للوصف مؤثر في اللزوم كذلك الرضا اللاحق مؤثر فيه، فان رضا المالك المتأخر اذا كان مؤثراً في الصحة وفي انعقاد البيع في الفضولي والمكره كان رضاه المتأخر اولى بالتأثير في لزومه بعد صحته. وبما ذكرناه في تقريب هذا الوجه اندفع ايراد المحقق السيد الفقيه رحمته الله عليه

ويضعف يمنع كون الوصف المذكور عنواناً بل ليس إلا من قبيل الداعي الذي لا يوجب تخلفه شيئاً، [١] بل قد لا يكون داعياً أيضاً. [٢]

كما اذا كان المقصود ذات المبيع من دون ملاحظة مقدار ماليته، فقد يقدم على اخذ الشيء وان كان ثمنه اضعاف قيمته والتفت الى احتمال ذلك مع ان اخذه على وجه التقييد لا يوجب خياراً اذا لم يذكر في متن العقد، [٣]

---

بان مقتضى البيان المذكور بطلان البيع لا الخيار كما هو مقتضى قوله: فاذا حصل ... الخ فانه ايضاً انما يناسب البطلان بدون الرضا، والافع فرض الدلالة على عدم اللزوم لا حاجة الى اجراء فحوى حكم الفضولي والمكره، انتهى.

واجاب المصنف رحمته الله عنه باجوبة:

[١] احدها: ان الوصف المذكور من قبيل الداعي الذي لا يوجب تخلفه شيئاً.

وفيه: ان الداعي هو الغرض من الفعل والعلة الغائية له، ومن المعلوم ان عنوان ما يساوي بالثمن ليس علة غائية للفعل.

[٢] ثانيها: انه قد لا يكون داعياً ايضاً، كما اذا كان المقصود ذات المبيع من دون ملاحظة مقدار ماليته، فقد يقدم على اخذ الشيء وان كان ثمنه اضعاف قيمته والتفت الى احتمال ذلك.

وفيه: انه في مثل هذا المورد لا يكون خيار الغبن ثابتاً لاقدامه عليه.

[٣] ثالثها: ان اخذه على وجه التقييد لا يوجب خياراً اذا لم يذكر في متن العقد.

وفيه: ان هذا يصلح وجها لعدم ثبوت خيار تخلف الشرط لالعدم ثبوت خيار الغبن الثابت بالتعبد على الفرض.

فالاولى ان يورد عليه اولاً: بما تقدم في مبحث المعاطاة وبيع المكره من ان الاستثناء في الآية الشريفة منقطع غير مفرغ، فلا تدل على الحصر، ولا على عدم جواز الأكل بغير التجارة عن تراض.

وثانياً: ان العنوان المشار اليه لا يكون قيداً للمبيع فضلاً عن كونه عنواناً له.

وثالثاً: انه لو سلم كونه عنواناً للمبيع وقيداً في متعلق الرضا على نحو وحدة

ولو ابدل **بِئِنَّكَ** هذه الآية بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ كان اولى [١] بناء على ان اكل المال على وجه الخدع يبيع ما يسوى درهما بعشرة مع عدم تسلط المخدوع بعد تبين خدعه على ردّ المعاملة وعدم نفوذ ردّه اكل المال بالباطل، اما مع رضاه بعد التبين بذلك فلا يعدّ اكلاً بالباطل، ومقتضى الآية وان كان حرمة الأكل حتى قبل تبين الخدع، إلاّ أنّه خرج بالإجماع وبقي ما بعد اطلاع المغبون وردّه للمعاملة لكن يعارض الآية ظاهر قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ بناءً على ما ذكرنا من عدم خروج ذلك عن موضوع التراضي، فع التكاؤف يرجع إلى أصالة اللزوم، [٢] إلاّ ان يقال انّ التراضي مع الجهل بالحال لا يخرج عن كون اكل الغابن لمال المغبون الجاهل اكلاً بالباطل، [٣]

المطلوب لزم منه بطلان المعاملة، والا كان داخل في منطوقها. فتدبر حتى لاتبادر بالاشكال.

[١] الثاني: قوله تعالى ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾. (١)

وتقريب ما افادوه في تقريب الاستدلال هو: ان البيع الغبني اذا وقع على وجه الخديعة يكون الأكل به اكلاً بالباطل، وهو حرام سوء في ذلك قبل تبين الخديعة او بعده، وسواء رد المغبون ام لم يرد، نعم لو تبين ورضى المغبون لا يكون اكلاً للمال بالباطل، وحرمة الأكل بعد الرد مساوقة لتأثيره وان له ذلك، ومقتضى اطلاق الآية وان كان حرمة الأكل حتى قبل تبين الخديعة الا انه خرج بالاجماع وبقي ما بعد اطلاع المغبون وردّه للمعاملة.

[٢] واجاب المصنف عنه بما حاصله: ان قوله تعالى ﴿الان تكون تجارة عن

تراضٍ﴾ بناء على ما تقدم من وجود الرضا الفعلي قبل تبين الخديعة يدل على لزوم هذه التجارة، فيتعارضان فيرجع الى اصالة اللزوم. ثم استدرك عن ذلك بما حاصله:

[٣] ان مورد آية التجارة عن تراضٍ انما هو قبل تبين الخديعة ورد المغبون،

وتدل الآية على انه سبب صحيح، ومورد آية النهي عن الأكل بعد التبين ورد البيع ولا تعارض بين كونه سبباً صحيحاً في نفسه

ويمكن ان يقال: ان آية التراخي يشمل غير صورة الخدع، كما إذا اقدم المغبون على شراء العين محتملاً لكونه بإضعاف قيمته فيدل على نفي الخيار في هذه الصورة من دون معارضة فيثبت عدم الخيار في الباقي بعدم القول بالفصل فتعارض مع آية النهي المختصة بصورة الخدع الشاملة غيرها بعدم القول بالفصل [١] فيرجع بعد تعارضهما بضميمة عدم القول بالفصل وتكافؤهما إلى أصالة اللزوم. واستدل أيضاً في التذكرة بأن النبي ﷺ اثبت الخيار في تلقي الركب ان وثم اثبت للغبن، [٢]

الا انه من جهة تعنون التصرف الواقع بعد هذا السبب بعنوان آخر، وهو كون الأكل بعد رد المغبون اكلا بالباطل يصير منهيا عنه، وعلى هذا فكلمة (لا) في قوله ولا يخرج ليست زائدة كما توهمه جمع منهم المحقق الايرواني رحمته الله.

وبالجملة: بعد فرض ان لكل منهما موردا مختصا به، فلا تعارض بينهما.

[١] ثم اورد عليه بوجه آخر وحاصله: ان مورد كل منهما وان كان غير مورد الاخر الا انه من جهة عدم القول بالفصل بين الموردين يتحقق التعارض بالعرض. ولكن يرد على الاستدلال بالآية: ان التجارة المفروضة بما انه يصدق عليها التجارة عن تراض لا تكون مشمولة لآية النهي، اما من جهة عدم تصادقهما على مورد واحد ومن جهة الاستثناء، واما الأكل بعد رد المغبون فمضافاً الى عدم كونه مشمولاً للآية لأن نظرها الى التصرفات المعاملية بقرينة كلمة بينكم الظاهرة في اعطاء مال واخذ مال، انه من جهة كونه بعد التجارة عن تراض لا يكون مشمولاً لها.

وبذلك ظهر عدم تمامية الجواب الثاني الذي افاده المصنف رحمته الله.

[٢] الثالث: النبوي الذي استدل به جماعة من الأصحاب: ان النبي ﷺ نهى ان يتلقى الجلب، فان تلقاه انسان فابتاعه فصاحب السلعة فيها بالخيار اذا ورد السوق. (١)

(١) اخرجه مسلم في ٢١ كتاب البيوع حديث رقم ١٧. واخرجه ابوداود في ٢٢ كتاب البيوع باب في التلقى حديث رقم ٣٤٣٧. ورواه الشيخ في الخلاف ج ٢ ص ٧٦ طبع قم عن ابي هريرة.



ويمكن ان يمنع صحة حكاية اثبات الخيار لعدم وجودها في الكتب المعروفة بين الامامية ليقبل ضعفه الإنجبار بالعمل [١] وأقوى ما استدلل به على ذلك في التذكرة وغيرها قوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام [٢]

والكلام فيه يقع اولا: في سنده، وثانيا: في دلالته. اما من حيث السند:

[١] فقد اورد عليه المصنف عليه السلام بعدم وجوده في الكتب المعروفة بين الامامية، فلا يقبل ضعفه الانجبار بالعمل.

وفيه: انه مع تسليم العمل كما هو كذلك، فان المحكي عن الشيخ في الخلاف الاستناد اليه، وكذلك ابن زهرة في الغنية، مع انه لا يعمل الا بالمقطوع به من الأخبار، والظاهر انه مشهور عند قدماء الأصحاب ولذا يعدون غيب الركبان من احد اسباب الخيار، وظاهر التذكرة الاستناد اليه، لوجه عدم البناء على الانجبار، اذ لا يشترط في الجبر وجود الرواية في الكتب المعروفة، مع انه موجود في الغنية.

وقد يقال: ان قول ابن زهرة: نهى النبي صلى الله عليه وآله الى آخر الحديث يشعر باذعانه بمضمون الخبر، فهو توثيق لجميع من في سند الخبر المحذوفين، فتشمله ادلة حجية الخبر الواحد.

وفيه: ان غاية ما يثبت بذلك اذعانه بمضمون الخبر، وحيث يحتمل ان يكون ذلك للقرائن الخارجية فلا يكون توثيقا للوسائط، فالعمدة ما ذكرناه.

واما من حيث الدلالة فيرد عليه: انه لا يدل على ان ما اثبتته من الخيار هو خيار الغيب، بل مقتضى اطلاقه بالنسبة الى غير مورد الغيب عدمه، وقد افتى الحلبي بثبوت هذا الخيار مع عدم الغيب.

[٢] الرابع: حديث: لا ضرر ولا ضرار في الاسلام. (١)

(١) الوسائل - باب ١ - من ابواب موانع الارث والتذكرة المسألة الاولى من خيار الغيب وهو مروري مع حذف كلمة في الاسلام في الوسائل - باب ١٧ - من ابواب الخيار وباب ١٢ و ٧ من ابواب كتاب احياء الموات وباب ٥ من ابواب كتاب الشفعة وفي الكتب الاخر وايضا مروري مع اضافة كلمة على مؤمن في الوسائل في جملة من الأبواب وفي المستدرک وغيرها.

وكان وجه الاستدلال أنّ لزوم مثل هذا البيع وعدم تسلط المغبون على فسخه ضرر عليه، واضرار به فيكون منفيًا، فحاصل الرواية أنّ الشارع لم يحكم بحكم يكون فيه الضرر ولم يسوّغ اضرار المسلمين بعضهم بعضاً، ولم يمض لهم من التصرفات ما فيه ضرر على الممضي عليه، ومنه يظهر صحة التمسك لتزول كل عقد يكون لزومه ضرراً على الممضي عليه، سواء كان من جهة الغبن ام لا، وسواء كان في البيع، ام في غيره كالصلح الغير المبني على المسامحة والاجارة وغيرها من المعاوضات، هذا.

ولكن يمكن الحدشة في ذلك بأن انتفاء اللزوم وثبوت التزلزل في العقد لا يستلزم ثبوت الخيار للمغبون بين الرد والامضاء بكل الثمن، [١] اذ يحتمل ان يتخير بين امضاء العقد بكل الثمن ورده في المقدار الزائد، [٢] غاية الامر ثبوت الخيار للغابن لتبعض المال عليه، فيكون حال المغبون حال المريض اذا اشترى بأزيد من ثمن المثل، وحاله بعد العلم بالقيمة حال الوارث اذا مات ذلك المريض المشتري في أنّ له استرداد الزيادة من دون ردّ جزء من العوض، كما عليه الاكثر في معاوضات المريض المشتملة على المحابات، وان اعترض عليهم العلامة بما حاصله ان استرداد بعض احد العوضين من دون ردّ بعض الآخر ينافي مقتضى المعاوضة [٣]

بتقريب: ان لزوم مثل هذا البيع وعدم تسلط المغبون على فسخه ضرر عليه واضرار به، فيكون منفيًا.

واورد عليه بوجوه:

[١] الأول: ما عن المصنف عليه السلام من: ان حديث لا ضرر لا يدل على ثبوت الخيار بين الفسخ والامضاء بتمام الثمن كما هو المدعى، فانه يمكن تدارك الضرر باحد انحاء ثلاثة:

الأول: الخيار بين امضاء العقد بكل الثمن، ورده كذلك

[٢] الثاني: الخياريين رد مقدار ما تضرر به من المثل او الثمن. وبين امضاء العقد

بكل الثمن.

وظاهر صدر كلامه - بل صريحه - ارادة الرد من عين الثمن او المثل،

[٣] ولذا اورد عليه ما ذكره العلامة في مسألة محاباة المريض من منافاته لمقتضى المعاوضة

ولكن ظاهر عبارته المتأخرة عنها قوله: فالمبدول غرامة، ومنها قوله: ان المبدول ليس

ويحتمل أيضاً أن يكون نفي اللزوم بتسلط المغبون على الزام الغابن بأحد الامرين من الفسخ في الكل. ومن تدارك ما فات على المغبون بردّ القدر الزائد او بدله، ومرجعه الى انّ للمغبون الفسخ اذا لم يبذل الغابن، التّفاوت، [١] فالمبذول غرامة لما فات على المغبون على تقدير امضاء البيع، لا هبة مستقلة، كما في الايضاح وجامع المقاصد حيث انتصرا للمشهور القائلين بعدم سقوط الخيار ببذل الغابن للتفاوت بأنّ الهبة المستقلة لا تخرج المعاملة عن الغبن الموجب للخيار، وسيجيء ذلك، وما ذكرنا نظير ما اختاره العلامة في التذكرة واحتمله في القواعد من أنّه اذا ظهر كذب البائع مراوحة في اخباره برأس المال فبذل المقدار الزائد مع ربحه فلا خيار للمشتري فإنّ مرجع هذا الى تخيير البائع بين ردّ التّفاوت وبين الالتزام بفسخ المشتري.

وحاصل الاحتمالين عدم الخيار للمغبون مع بذل الغابن للتفاوت فالمتيقن من ثبوت الخيار له صورة امتناع الغابن من البذل، ولعلّ هذا هو الوجه في استشكل العلامة في التذكرة في ثبوت الخيار مع البذل، بل قول بعض بعدمه، كما يظهر من الرّياض،

ولا جزء من احد العوضين - ارادة رد مقدار منه او بدله غرامة.

[١] الثالث: تخيير الغابن بين رد الزائد غرامة وفسخ المغبون، نظير ما احتمله في القواعد من انه اذا ظهر كذب البائع مراوحة في اخباره برأس المال وبذل المقدار الزائد مع ربحه فلا خيار للمشتري.

والظاهر ان تدارك ضرر المغبون باحد الاحتمالين الأخيرين اللذين حاصلهما عدم الخيار للمغبون مع بذل الغابن للتفاوت اولى من اثبات الخيار، لأن الزام الغابن بالفسخ ضرر عليه، وهذا وان كان لا يصلح لمعارضة ضرر المغبون الا انه يصلح لترجيح احد الاحتمالين المذكورين على ما هو المشهور من ثبوت الخيار.

ولا يخفى ان المصنف رحمته الله لا يدعي ان بذل التفاوت تدارك للضرر، والحديث ينفي الضرر غير المتدارك، فان ذلك خلاف مناه، بل يدعي ان اللزوم عبارة عن عدم التسلط على حل العقد، بالاضافة الى تمام الثمن، وبالاضافة الى المقدار الزائد، وعدم التسلط

ثم ان المبدول ليس هبة مستقلة حتى يقال انها لا تخرج المعاملة المشتملة على الغبن عن كونها مشتملة عليه ولا جزء من احد العوضين حتى يكون استرداده مع العوض الآخر جمعاً بين جزء المعوض وتمام العوض منافياً لمقتضى المعاوضة، بل هو غرامة لما اتلفه الغابن عليه من الزيادة بالمعاملة الغبنية، فلا يعتبر كونه من عين الثمن نظير الارش في المعيب.

ومن هنا ظهر الخدشة فيما في الايضاح وجامع المقاصد من الاستدلال على عدم السقوط مع البذل بعد الاستصحاب، بأن بذل التفاوت لا يخرج المعاملة عن كونها غبنية لانها هبة مستقلة حتى انه لو دفعه على وجه الاستحقاق لم يحل اخذه، اذ لاريب في ان من قبل هبة الغابن لا يسقط خياره، انتهى بمعناه، وجه الخدشة ما تقدم

على حله مع عدم بذل الغابن لما به التفاوت وارتفاع هذا اللزوم كما يكون بثبوت السلطنة على الحل في الجميع كذلك بثبوتها على الحل في المقدار الزايد، وبثبوتها على الحل مع عدم بذل ما به التفاوت، فلا يتعين ارتفاع اللزوم الضروري بالنحو الأول. فتدبر فانه دقيق.

ولكن يرد عليه: ان بذل مقدار من احد العوضين غير صحيح، فانه مناف لمقتضى المعاوضة كما اعترف به في اثناء كلامه، وبذل ما به التفاوت بعنوان الغرامة بلاوجه، فان الغرامة عبارة عن تدارك ما اشتغلت به الذمة، ومجرد كون الطرف غابنا لا يصير سبباً لضمانه، فلا محالة يكون هبة، وهي لا توجب انقلاب المعاملة عن كونها غبنية.

وبالجملة: ان اللزوم لا معنى له سوى عدم السلطنة على حل العقد في تمام الثمن، ونفي ذلك لا يقتضي سوى الجواز المشهور.

الثاني: ما عن المحقق النائيني رحمته الله، بناءً على ان لا يكون اعتبار التساوي في المالية من قبيل الشرط الضمني، بان مفاد حديث لا ضرر ان الحكم الذي ينشأ منه الضرر بحيث يكون الضرر عنواناً ثانوياً له فهو مرفوع دون ضرر لا يكون عنواناً للحكم، بل يكون عنواناً لنفس فعل المكلف، وباقدام واختيار صدر الفعل عنه، ومنشأ الضرر في المقام ليس حكم الشارع، لأن العاقد من دون ان يكون ملزماً شرعاً أقدم على المعاملة

من احتمال كون المبدول غرامة لما اتلفه الغابن على المغبون قد دلّ عليه نفي الضرر. وأما الاستصحاب ففيه أنّ الشك في اندفاع الخيار بالبذل لا في ارتفاعه به إذ من المحتمل ثبوت الخيار على الممتنع دون الباذل، ثم إنّ الظاهر أنّ تدارك ضرر المغبون بأحد الاحتمالين المذكورين أولى من اثبات الخيار له، لأنّ الزام الغابن بالفسخ ضرر لتعلّق غرض التّاس بما ينتقل اليهم من اعواض امواهم خصوصاً التّقود ونقض الغرض ضرر وان لم يبلغ حدّ المعارضة لضرر المغبون، الآ أنّه يصلح مرجحاً لأحد الاحتمالين المذكورين على ما اشتهر من تخيره بين الرّد والامضاء بكلّ الثمن الآن يعارض ذلك بأنّ غرض المغبون قد يتعلّق بتملّك عين ذات قيمة لكون المقصود اقتنائها للتجمل. وقد يستنكف عن اقتناء ذات القيمة اليسيرة للتجمل، فتأمل.

فلا معنى لرفعه.

وفيه: ان المعاملة الغبنية الواقعة - مع قطع النظر عن حكم الشارع بالصحة واللزوم - لا تكون ضرورية لفرض بقاء ماله على ملكه، ومع فرض حكمه بالصحة دون اللزوم يكون حدوثاً ضرورياً وبقاءً غير ضروري، فاللزوم منشأً لضرورية المعاملة بقاء، فهو يكون مرفوعاً بحكم الحديث.

الثالث: ما افاده جمع منهم المحقق الايرواني رحمته الله، وهو: ان الضرر ينشأ من الحكم بالصحة، وملك اليسير في مقابل الكثير لا من الحكم باللزوم، وانما الفسخ علاج لما وقع فيه من الضرر، فكان الحكم بالخيار معالجة للضرر، وليس مفاد دليل نفي الضرر تشريع ما يعالج به الضرر الواقع فيه المكلف باختياره، وانما مفاده رفع ما يقتضي الضرر من الأحكام، فنتيجة دليل نفي الضرر هو خروج المعاملة الغبنية عن ادلة الصحة والحكم بفسادها.

وفيه: ما تقدم من ان الصحة واللزوم كلاهما ضرريان، تلك باعتبار حدوث المعاملة وذلك باعتبار بقائها، نعم يبقى حينئذ سؤال وهو: انه ما الموجب للتفكيك والحكم بالصحة دون اللزوم؟ والجواب: ان الصحة لا تكون مشمولة له لوجهين:

وقد يستدلّ على الخيار بأخبار واردة في حكم الغبن، [١] فعن الكافي بسنده إلى اسحاق بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام قال: غبن المسترسل سحت، وعن الميسر عن أبي عبدالله عليه السلام قال غبن المؤمن حرام،

احدهما: الاجماع.

ثانيهما: ان حديث لا ضرر انما ينفي الحكم الذي رفعه منته، ورفع الصحة لا امتنان فيه، بخلاف رفع اللزوم.

هذا بناء على كون المرفوع في الحديث الحكم الذي ينشأ منه الضرر، واما بناءً على مسلك المحقق الخراساني عليه السلام من ان مفاد الحديث نفي الحكم بلسان نفي الموضوع، وانه انما ينفي الحكم الذي يكون موضوعه ضرورياً، فالأمر واضح، فان الصحة اذا كانت ضرورية فهي لا ترتفع بالحديث، وبما انها موضوع للزوم فيكون اللزوم مرفوعاً.

الرابع: ما عن المحقق الخراساني عليه السلام، وهو: ان غاية ما يثبت بحديث لا ضرر هو مجرد السلطنة على الحل الموجود مثلها في الهبة لا الخيار الذي يعد من الحقوق، ويقبل الاسقاط، ويكون حقاً خارجياً لا دخل له بالجواز، فان لسان الحديث هو النفي لا الاثبات.

ما أفاده عليه السلام لا باس به بناءً على شمول الحديث له،

واولى من ذلك المنع من شموله له، فان اللزوم ليس حكماً وجودياً مجعولاً، بل هو امر عديمي، وهو عدم السلطنة على الحل. وقد حققنا في محله ان حديث لا ضرر لا يشمل الأحكام العدمية، فان النفي انما يتعلق بما هو وجودي، والعدم ليس شيئاً قابلاً لتعلق النفي به الا بالعناية.

[١] الخامس: من ادلة هذا الخيار النصوص الواردة في حكم الغبن، لا حظ

خبر اسحاق بن عمار عن ابي عبدالله عليه السلام: غبن المسترسل سحت. (١)

وخبر ميسر عنه عليه السلام: غبن المؤمن حرام. (٢)

(١) الوسائل - باب ١٧ - من ابواب الخيار حديث ١ وذكره في باب ٩ من أبواب آداب التجارة.

(٢) الوسائل - باب ١٧ - من ابواب الخيار حديث ٢.

وفي رواية اخرى لاتغيب المسترسل فان غيبه لايحل  
وعن مجمع البحرين: أن الاسترسال: الاستئناس والطمأنينة الى الانسان  
والثقة به فيما يحدثه واصله السكون والثبات، ومنه الحديث أيما مسلم استرسل الى  
مسلم فغيبه فهو كذا ومنه غيب المسترسل سحت انتهى.  
ويظهر منه ان ما ذكره اولاً حديث رابع والانصاف عدم دلالتها على المدعي،  
فان ما عدا الرواية الاولى ظاهرة في حرمة الخيانة في المشاورة، [١] فيحتمل كون  
الغيب بفتح الباء.

والمرسل: لا يغيب المسترسل فان غيبه لايحل. (١)  
وخبر السكوني عن جعفر بن محمد عن ابيه عن آباءه عليهم السلام عن رسول الله صلى الله عليه وآله:  
غيب المسترسل ربا. (٢)  
وخبر دعائم الاسلام عن مولانا الصادق عليه السلام - في حديث - وان كان امرأ فاحشاً  
وغيباً بينا - الى ان قال - ثم قيل للمشتري: ان شئت خذها بمبلغ القيمة وان شئت فدع. (٣)  
ولكن يرد على هذا الوجه: ان اكثر هذه الأخبار ضعيفة الاسناد، لأن في طريق  
الأول ابا جميلة، والثالث مرسل، وفي طريق الرابع، احمد بن علي بن ابراهيم، وهو لم يوثق،  
والخامس مرسل.

واما من حيث الدلالة فالأخير صريح فيما ذكر، والبقية لاتدل على ذلك،  
[١] اما الثاني والثالث فقد استظهر المصنف عليه السلام دلالتها على حرمة الخيانة في  
المشاورة، ثم قال: فيحتمل كون الغيب بفتح الباء.  
ولكن كان بفتح الباء او سكونها لادخل لهما بما افاده كما ستعرف،  
مع ان الظاهر كونه بسكون الباء، اذ هو بالفتح لازم، وقد استعمل في الخبر متعدباً.

(١) الوسائل - باب ٢ - من ابواب آداب التجارة حديث ٧. (٢) المستدرک - باب ١٣ - من ابواب الخیار حديث ١.

(٣) المستدرک - باب ١٣ - من ابواب الخیار حديث ٢.

وأما الرواية الأولى فهي وإن كانت ظاهرة فيما يتعلّق بالاموال، لكن يحتمل حينئذ ان يراد كون الغابن بمنزلة آكل السحت في استحقاق العقاب على اصل العمل [١] والخديعة في أخذ المال، ويحتمل ان يراد كون المقدار الذي يأخذه زائداً على ما يستحقّه بمنزلة السحت في الحرمة والضمان، [٢] ويحتمل إرادة كون مجموع العوض المشتتمل على الزيادة بمنزلة السحت في تحريم الأكل في صورة خاصة وهي اطلاق المغبون وردّه للمعاملة المغبون فيها، ولا ريب في ان الحمل على احد الأولين أولى ولا أقل من المساواة للثالث، فلا دلالة، فالعمدة في المسألة الإجماع المحكيّ المعتضد بالشهرة المحققة، وحديث نبي الضرر بالنسبة إلى خصوص الممتنع عن بذل التفاوت، ثم ان تنقيح هذا المطلب يتم برسم مسائل.

والحق ان يقال: ان النهي اما بملاحظة تضمنه للمكر والخديعة، او بملاحظة ان المعاملة المشتتملة على الزيادة اذا صدرت عن علم وعمد حرام، وعلى اي تقدير غاية ما يثبت بهما الحرمة التكليفية دون الفساد او الجواز.

واما الخبر الأول فالسحت وان كان في نفسه ظاهراً فيما يتعلق بالاموال، الا انه من جهة حمله على الغبن الظاهر في المعنى المصدري لا بد من التصرف في احدهما اما بارادة المال المغبون فيه من الغبن ثم تقييده بما بعد فسخ المغبون للاجماع على عدم حرمة قبل ذلك، او بارادة الحرام من لفظ السحت، ولا ريب في اظهرية الثاني.

وهذا الذي ذكرناه اولى مما افاده المصنف رحمته الله

[١] من الحمل على ان الغابن بمنزلة آكل السحت،

[٢] او الحمل على ارادة كون المقدار الزائد عما يستحقّه بمنزلة السحت في

الحرمة والضمان.

السادس: ان الغرض النوعي في المعاملات المعاوضية الذي عليه بناء العقلاء في معاملاتهم حفظ مالية اموالهم مع التبديل باعطاء مال واخذ ما يقوم مقامه في المالية، وهذا شرط ضمني ارتكازي في جميع المعاملات غير المبينة على التسامح، ومثل هذا الغرض النوعي العقدي يكون العقد بما هو مبني عليه، ولا يعتبر ذكره صريحاً في متن العقد.

وبعبارة اخرى: ان بنا العقلاء وان كان على عدم ترتيب الاثار على الالتزامات



مسأله: يشترط في هذا الخيار أمران: [١]  
 الأول: عدم علم المغبون بالقيمة فلو علم بالقيمة فلا خيار بل لا غبن، [٢] كما  
 عرفت بلا خلاف ولا اشكال، لأنه أقدم على الضرر، [٣]

النفسانية ما لم تبرز ولم تنشأ، الا ان ذلك، في غير الشروط المبني عليها العقد،  
 وفي تلك بنائهم على الترتيب، بل يرون ذلك بحكم الذكر، وعليه فتخلفه موجب للخيار  
 من باب تخلف الشرط.  
 فتحصل: ان دليل هذا الخيار الالتزام الضمني.

### اعتبار عدم علم المغبون بالقيمة

وتمام الكلام بالبحث في مواضع.  
 [١] الأول: انه يشترط في هذا الخيار امران:  
 [٢] احدهما: عدم علم المغبون بالقيمة فلو علم بها لا خيار بلا خلاف ولا اشكال  
 في ذلك.

والوجه في ذلك بناءً على الوجه المختار - وهو الالتزام الضمني - واضح، فانه مع  
 علمه بالقيمة لانه لا يشترط، ويكون اقدمه اسقاطا للشرط المزبور  
 واما بناءً على كون المدرك حديث لا ضرر،

[٣] فقد يقال كما في المتن وعن المحقق النائيني رحمته الله: انه اقدم على الضرر.  
 توضيحه: ان منشأ الضرر اذا كان حكم الشارع يكون منفيًا بالحديث، وان كان  
 فعل المكلف لا يكون حكمه مشمولاً له، ومع العلم بالضرر واقدمه عليه يكون منشأ  
 الضرر فعل المكلف، فلا يشمل الحديث.

وفيه: انه في صورة العلم بالضرر والاقدام بقاء المعاملة ولزومها منشأ لبقاء الضرر،  
 اذ لو كانت المعاملة جائزة وتمكن المكلف من التخلص عن الضرر بالفسخ لا يكون الضرر  
 باقياً، فحكم الشارع باللزوم ضرري يكون مشمولاً للحديث.

هذا بناءً على تسليم المبني وان حديث لا ضرر انما ينفي الحكم الذي يكون

ثم إن الظاهر عدم الفرق بين كونه غافلاً من القيمة بالمرّة أو ملتفتاً إليها، ولا بين كونه مسبقاً بالعلم وعدمه، ولا بين كونه الجهل المركّب والبسيط مع الظن بعدم الزيادة والتقيصة أو الظن بهما أو الشك، [١] ويشكل في الأخيرين إذا أقدم على المعاملة بانياً على المسامحة على تقدير الزيادة والتقيصة فهو كالعالم، بل الشاك في الشيء إذا أقدم عليه بانياً على تحمّله فهو في حكم العالم من حيث استحقاق المدح عليه أو الذم، ومن حيث معذوريته لو كان ذلك الشيء ممّا يعذر الغافل فيه والحاصل أنّ الشاك الملتفت إلى الضرر مقدم عليه، [٢] ومن أنّ مقتضى عموم نفي الضرر واطلاق الأجماع المحكيّ ثبوته بمجرد تحقق الضرر، خرج المقدم عليه عن علم

---

منشأ للضرر، واما بناء على القول بشموله لما اذا كان موضوع الحكم ضروريا ويرفع حكمه فالأمر واضح،

فالحق في وجه عدم الشمول ان يقال: ان الحديث انما ينفي الحكم الذي في رفعه منته، ومع العلم بالغبن والضرر واقدامه عليه لا يكون نفي اللزوم امتنانيا، فلا ينفى الحديث. وينبغي التنبيه على امور:

[١] الاول انه لا خلاف ولا كلام ولا اشكال في ما اذا كان غافلا من القيمة او ملتفتا مع كونه عالما او مطمئنا بالتساوي، وانه في هذين الموردين يثبت الخيار،

كما لا اشكال في عدم ثبوت الخيار مع علمه بعدم التساوي، انما الكلام فيما اذا كان شاكا او ظانا بالظن غير المعتبر، فان كان مدرك هذا الخيار حديث لا ضرر فقد يقال كما في المكاسب وتبعه غيره: بانه يثبت الخيار،

[٢] اذ الحديث يدل على النفي في غير مورد الاقدام، ولا يصدق الاقدام على الضرر مع رجاء عدم الضرر.

وفيه: انه مع الاحتمال ان كانت المعاملة معلقة على المساواة بطلت، والا فلامحالة يكون مقدما على المعاملة كيفما كانت القيمة، فلا محالة يكون مقدما على الضرر، الا ترى ان من يحتمل ان يكون في طريقه سبع يفترسه لو مشى من ذلك الطريق يصدق انه

بل مطلق الشاك ليس مقدما على الضرر، بل قد يقدم برجاء عدمه ومساواته للعالم في الآثار ممنوعة حتى في استحقاق المدح والذم، لو كان المشكوك مما يترتب عليه ذلك عند الإقدام عليه، ولذا قد يحصل للشاك بعد اطلاعه على الغبن حالة اخرى لو حصلت له قبل العقد، لم يقدم عليه، نعم لو صرح في العقد بالالتزام به ولو على تقدير ظهور الغبن كان ذلك راجعاً إلى اسقاط الغبن، ومما ذكرنا يظهر ثبوت الخيار للجاهل وان كان قادراً على السؤال، كما صرح به في التحرير والتذكرة، ولو اقدم عالماً على غبن يتسامح به فبان أزيد بما لا يتسامح بالمجموع منه ومن المعلوم فلا يبعد الخيار [١] ولو اقدم على ما لا يتسامح، فبان ازيد بما يتسامح به منفرداً، او بما لا يتسامح في الخيار وجه،

ا قدم على ذلك وينسب الفعل اليه، فعلى هذا المسلك لا بد من البناء على سقوط الخيار. واما بناء على الالتزام الضمني فالأظهر ثبوت الخيار، اذ لا اختصاص بالشرط سواء كان صريحاً ام ضمنياً ثابتاً ببناء العقلاء بصورة العلم، بل الغالب هو الشرط في صورة الشك.

ثانيها: لو اقدم عالماً على غبن فبان ازيد، فتارة يكون ما اقدم عليه مما يتسامح به واخرى يكون مما لا يتسامح به، وعلى كل تقدير، قد تكون الزيادة مما يتسامح به، واخرى مما لا يتسامح به.

فصور المسألة اربع:

[١] الاولى: ان يقدم على ما يتسامح به فبان ازيد مما يتسامح به منفرداً ولا يتسامح به منضمّاً، ففي المتمعن فلا يبعد الخيار

وقد اختار المحقق النائيني رحمته الله عدم سقوط الخيار فيها من جهة ان المجموع لم يكن مقدماً عليه، والاقدام على القدر المتسامح به لا اثر له لكونه مقيداً بهذا المقدار.

وفيه: ان المجموع مركب من المقدار الذي اقدم عليه، والمقدار الذي يتسامح

.....

به، وليس شيئاً وراثهما، وشيءٍ منهما لا يقتضي الخيار، فالأظهر عدم الخيار.

الثانية: هذه الصورة مع كون الزائد بنفسه مما لا يتسامح به،

فالأظهر في هذه الصورة ثبوت الخيار.

الثالثة: ان يقدم على ما لا يتسامح به فبان ازيد بما يتسامح به منفرداً،

والأظهر في هذه الصورة عدم الخيار، لأن ما يوجب الخيار اقدم عليه، وما لم

يقدم عليه لا يوجب الخيار.

الرابعة: هذه الصورة مع كون الزائد مما لا يتسامح به،

والأقوى في هذه الصورة الخيار.

لا يقال: انه مع الاقدام على ما لا يتسامح به اسقط شرط التساوي ومعه كيف يبني

على الخيار.

فانه يقال: ان المشروط ليس هو التساوي بل عدم الزيادة، وللزيادة مراتب

فيمكن ان يسقط اشتراط بعض مراتبها دون بعض.

### الخيار يدور مدار الغبن الموجود حال العقد

ثالثها: هل العبرة بالقيمة حال العقد فلو زادت بعده ولو قبل اطلاع المغبون على

النقصان حين العقد لم ينفع كما هو المشهور، ام لاخيار له في الفرض كما عن التذكرة

وجهان؟

ان كان مدرك هذا الخيار حديث لا ضرر يمكن ان يقال بسقوط الخيار لو زادت

قيمه السوقية قبل الرد مطلقا، لأنه بعد ازدياد القيمة لا يكون لزوم العقد بقاءً ضرورياً،

ومع عدم كونه ضرورياً لوجه لرفع اللزوم، اذالحكم وجوداً وعدمياً يدور مدار ما اخذ

ثمَّ إنّ المحتبر القيمة حال العقد فلو زادت بعده ولو قبل اطلاق المعبون على النقصان حين العقد لم ينفع لان الزيادة انما حصلت في ملكه والمعاملة وقعت على الغبن. ويحتمل عدم الخيار حينئذ لأنّ التدارك حصل قبل الردّ، فلا يثبت الردّ المشروع لتدارك الضرر، [١] كما لو برء المعيوب قبل الاطلاق على غبنه بل في التذكرة أنّه مهما زال العيب قبل العلم او بعده قبل الردّ سقط حق الردّ، واشكل منه ما لو توقف الملك على القبض فارتفع الغبن قبله، [٢] لأنّ الملك قد انتقل إليه حينئذ من دون نقص في قيمته

في موضوعه، ولعل هذا مراد المصنف رحمته الله حيث قال:

[١] ويحتمل عدم الخيار حينئذ لأنّ التدارك حصل قبل الرد فلا يثبت الردّ المشروع لتدارك الضرر.

وما ذكره وجها للخيار قبل ذلك بان الزيادة قد حصلت في ملكه والمعاملة وقعت على الغبن،

لا يفيد، فانه وان حصلت الزيادة في ملكه الا انها توجب ارتفاع الضرر من بقاء المعاملة،

وان كان المدرك الالتزام الضمني فالشرط الضمني ليس خصوص التساوي حين العقد، فان المقصد الأصلي تسلم شيء لا ينقص ماليته عن مالية ما اعطاه،

فالزيادة بعد العقد قبل القبض توجب عدم الخيار قطعاً،

وكذلك الزيادة بعد القبض قبل الرد ان كان في زمان قصير، والا فيمكن ان يقال بسقوط الخيار ايضاً من جهة ان حدوث الخيار وبقائه تابعان لانتفاء الشرط، فاذا حصل الشرط ارتفع الخيار.

فتحصل: ان الأقوى سقوط الخيار في موارد الزيادة بعد العقد وقبل الرد.

[٢] قوله واشكل منه ما لو توقف الملك على القبض فارتفع الغبن قبله

لما اشكل على ثبوت الخيار في صورة الزيادة بعد العقد وقال ويحتمل عدم الخيار قال واشكل منه الخ يعني احتمال عدم الخيار في الصرف والسلم اظهر ان ارتفاع الغبن بعد العقد وقبل القبض اذ الملك انتقل اليه من غير نقص فلم يتوجه اليه ضرر لانه توجه وارتفع كما في الفرض السابق.

نعم لو قلنا بوجود التّقايض بمجرّد العقد، [١] كما صرّح به العلامة في الصّرف يثبت الخيار لثبوت الضّرر بوجود اقباض الزّائد في مقابلة النّاقض، لكن ظاهر المشهور عدم وجوب التّقايض ولو ثبت الزّيادة أو التّقيصة بعد العقد، [٢] فإنّه لا عبرة بهما إجماعاً كما في التّذكرة، ثمّ أنّه لا عبرة بعلم الوكيل في مجرّد العقد، بل العبرة بعلم الموكل وجهله. [٣]

[١] قوله نعم لو قلنا بوجود التقايض بمجرد العقد... يثت الخيار بعد ما وجه عدم ثبوت الخيار في الفرض الثاني: بعدم توجه الضرر اليه، توجه الى اشكال وهو انه

اذاوجب التقايض فقبل ارتفاع الغبن المفروض وجوب الاقباض ونفس حكم الشارع بوجود اقباض الزايد ضرر ينفيه الحديث وحيث انه من لوازم لزوم العقد بل لاعمى للزوم في هذه المعاملة الا ذلك فيرتفع المنشأ وهو اللزوم فيثبت الخيار فيكون حكم هذه المعاملة حكم المعاملات الاخر المذكور في الفرض السابق وبهذا البيان اندفع ايراد المحقق الايرواني رحمته الله عليه بانه يرتفع بالحديث وجوب الاقباض لانه يثبت به الخيار

ولكن يرد عليه ما تقدم في خيار المجلس من ضعف المبنى.

[٢] قوله ولو ثبتت الزيادة او التقيصة بعد العقد فانه لا عبرة بهما

مورد الكلام فيما ذكره سابقا واشكل فيه ما اذا كان الغبن موجودا ثم ارتفع وفي المقام ما اذا لم يكن حين العقد موجودا بل تحقق بعد العقد وقد ادعى قده الاجماع على عدم ثبوت الخيار

### لا عبرة بعلم مجرى الصيغة

[٣] رابعها: هل العبرة بعلم الوكيل، او الموكل، او هما معا؟ وجوه،

وملخص القول فيه: انه

لا اشكال في ان الوكيل في مجرد اجراء الصيغة لا عبرة بعلمه ولا بجهله، ولا يثبت له

الخيار، واما الوكيل المفوض، فالكلام فيه في موردين:

الأول: في انه متى يثبت الخيار.

الثاني: فيمن يثبت له.

نعم لو كان وكيلًا في المعاملة والمساومة، فع علمه وفرض صحّة المعاملة حينئذ لا خيار للموكل [١] ومع جهله يثبت الخيار للموكل الآ أن يكون عالماً بالقيمة، وبأنّ وكيله يعقد على ازيد منها ويقرّره له، وإذا ثبت الخيار في عقد الوكيل فهو للموكل خاصّة، الآ أن يكون وكيلاً مطلقاً بحيث يشمل مثل الفسخ، فإنّه كالوليّ حينئذ وقد مرّ ذلك مشروحاً في خيار المجلس، [٢]

اما الأول: فلا اشكال في ثبوته لو كان الوكيل والموكل جاهلين،  
انما الكلام فيما اذا كان الوكيل عالماً بالغيب والموكل جاهلاً او عالماً، وفيما اذا انعكس الأمر،

اما في الصورة الاولى:

فقد يقال: ان التوكيل اما ان يشمل المعاملة الغيبية او يختص بغيرها، لا اشكال في اللزوم في الفرض الأول وعدم الصحة في الثاني، فما معنى ثبوت الخيار. وفيه: انه يمكن ان يقال انه يشمل التوكيل المعاملة الغيبية ولكن بمالها من الأحكام والخصوصيات ومنها ثبوت الخيار،

[١] وصريح المصنف عليه السلام وغيره عدم ثبوت الخيار،

والوجه فيه ان طرف المعاملة انما هو الوكيل، والموكل اجنبي عن المعاملة فلا بناء من الموكل كي يوجب تخلفه الخيار، ولا اقدام منه على معاملة ضرية.

واما في الصورة الثانية: فظاهر المصنف عليه السلام عدم ثبوت الخيار، وصريح المحقق النائيني عليه السلام ثبوته، وهو الحق، لأن طرف المعاملة هو الوكيل فهو الملتزم بالمساواة ويوقع المعاملة مبنية عليها، والمعاملة الضرية لزومها مستند الى الشارع دون المكلف، ومجرد علم الموكل بالغيب لا يوجب عدم ثبوت الخيار.

واما المورد الثاني: فان كان مدرك الخيار حديث لا ضرر كان الخيار ثابتاً للموكل كما افاده المصنف عليه السلام، لأنه الذي يتضرر من المعاملة، وان كان المدرك هو الالتزام الضمني كان الخيار للوكيل لأنه طرف المعاملة والبناء منه.

[٢] قوله وقد مرّ ذلك مشروحاً في خيار المجلس

وفيه انه لا يكون طريق المسألتين واحداً فان موضوع الخيار في تلك المسألة عنوان

البيع وهو يصدق على الوكيل وفي المقام المتضرر على مسلكه وهو لا يصدق عليه.

ثم انّ الجهل أنّما يثبت باعتراف الغابن وبالبيّنة ان تحققت وبقول مدّعيه مع اليمين، [١] لاصالة عدم العلم [٢] المحاكمة على اصالة اللزوم، مع أنّه قد يتعسّر اقامة البيّنة على الجهل، ولا يمكن للغابن الحلف على علمه لجهله بالحال، فتأمّل.

هذاكلّه اذا لم يكن المغبون من اهل الخبرة بحيث لا يخفى عليه القيمة الآّ لعارض من غفلة او غيرها، والآّ فلا يقبل قوله. كما في الجامع والمسالك. [٣]

### ما يثبت به الجهل

خامسها: فيما يثبت به الجهل، فقد يقال كما في المتن: انه

[١] يثبت باعتراف الغابن وبالبيّنة ان تحققت وبقول مدعيه مع اليمين،

وظاهر ذلك جعل المغبون مدعيا،

[٢] واستدل له باصالة عدم العلم، فيثبت قوله باعتراف الغابن له او باقامه البيّنة

عليه او بيمينه حيث يتعذر عليه اقامة البيّنة عليه.

وفي كلامه ﷺ موقعان للنظر:

الأول: انه ان جرى الأصل المزبور لزم منه كون المغبون منكرًا لموافقة قوله

الأصل لامدعيا، نعم لو كان المدعي من لوترك ترك صح جعل المغبون مدعيا.

الثاني: ان المانع عن ثبوت الخيار انما هو اقدام المغبون على الضرر والغبن، وبه

يسقط اشتراط التساوي ولا يكون مشمولًا لحديث نفي الضرر، والعلم من حيث هو

لادخل له في ذلك، واجراء اصالة عدم العلم لاثبات اثر عدم الاقدام من اوضح انحاء

الأصل المثبت.

فالحق ان يقال: ان المنكر هو الغابن لموافقة قوله للأصل وهو اصالة اللزوم، وعليه

فان اقام المغبون البيّنة على جهله فهو والا فيحلف الغابن، وان رد الحلف يحلف المغبون.

[٣] وقد ذكر صاحبها المسالك والجامع: انه اذا كان المغبون من اهل الخبرة لا يقبل

قوله



وقد يشكل بأن هذا إنما يوجب عدم قبول قوله من حيث تقديم الظاهر على الاصل، فغاية الامر ان يصير مدعياً من جهة مخالفة قوله للظاهر لكن المدعي لما تعسر اقامة البيّنة عليه ولا يعرف الاّ من قبله يقبل قوله مع اليمين، فليكن هذا من هذا القبيل. [١] الاّ ان يقال ان مقتضى تقديم الظاهر جعل مدعيه مقبول القول بيمينه [٢] لا جعل مخالفه مدعياً يجري عليه جميع أحكام المدعي حتى في قبول قوله اذا تعسر عليه اقامة البيّنة الا ترى انهم لم يحكموا بقبول قول مدعي فساد العقد إذا تعسر عليه إقامة البيّنة على سبب الفساد، هذا مع عموم تلك القاعدة، [٣] ثمّ اندراج المسألة فيها محلّ تأمل، [٤]

[١] والمصنف اورد عليهما: بان غاية ما هناك موافقة قول الغابن للظاهر، فالمغبون يصير مدعيًا، والمدعي اذا تعسر عليه اقامة البيّنة - لأن ما يدعيه لا يعرف الا من قبله - يقبل قوله مع اليمين، والمقام من هذا القبيل. وقد رد هو ذلك بوجوه:

[٢] الأول: ان مقتضى تقديم الظاهر قبول قول موافقه باليمين، فتكون القاعدة المشار اليها - اي سماع قول المدعي بيمينه مع تعسر البيّنة عليه - مختصة بما اذا لم يكن قول المدعي مخالفا للظاهر.

[٣] الثاني: ان عموم تلك القاعدة محلّ تأمل، اذ لا وجه له سوى انه يلزم من عدم تقديمه ايقاف الدعوى وضياع الحقوق، وهذا اللازم مختص بما اذا لم يتمكن المدعي عليه من الحلف، والا لكان الفصل ممكنا، وفي المقام يتمكن المنكر من ذلك.

[٤] الثالث: ان المقام غير داخل في تلك القاعدة، لأنه ليس اقامة البيّنة متعسرة عليه نوعا.

وفي ما أفاده عنه موقعان للنظر:

احدهما: ان العلمين انما حكما بعدم قبول قول المغبون لامن جهة كونه مدعيًا، بل من جهة ان من شرط سماع الدعوى ان يكون ما يدعيه محتملا بالاحتمال العقلائي والعادي، والا لاتسمع الدعوى،

ولو اختلفا في القيمة وقت العقد، او في القيمة بعده، مع تعذر الاستعلام، فالقول قول منكر سبب الغبن [١] لأصالة عدم التغير [٢] وأصالة اللزوم، ومنه يظهر حكم ما لو اتفقا على التغير واختلفا في تاريخ العقد، ولو علم تاريخ التغير فالأصل وان اقتضى تأخر العقد الواقع على الزائد عن القيمة، إلا أنه لا يثبت به وقوع العقد على الزائد حتى يثبت العقد.

الآثرى انه اذا ادعى الفقير على غني فصا بقيمة عشرة آلاف ليرة لاتسمع دعواه، والمقام من هذا القبيل، فان الخبير اذا ادعى الجهل بالقيمة لغير عارض لا يحتمل عقليا صدقه.

ثانيها: ان ما افاده في الجواب الأول يرد عليه: انه اذا ثبت كون من يكون قوله مخالفا للظاهر مدعيا كيف لا ترتب عليه جميع احكام المدعي وما المخصص للقاعدة المشار اليها.

سادسها لو اختلفا في القيمة وقت العقد، او في القيمة بعده مع تعذر الاستعلام، [١] ففي المتن: القول قول منكر سبب الغبن،

والظاهر ان مورد كلامه ما لو اتفقا على القيمة الفعلية، ومدعي الغبن يدعي تغير القيمة وانها كانت حين العقد ازيد مثلا.

[٢] وفي هذا المورد ادعى المصنف رحمته الله ان اصالة عدم التغير تجري ويثبت بها قول منكر الغبن،

واورد عليه المحقق النائيني رحمته الله: بان هذا الاستصحاب من قبيل الاستصحاب القهقري ولا نقول بحجيته، مع ان الأثر لم يترتب على هذا الأمر الانتزاعي، بل على منشأ انتزاعه وهو عدم التساوي.

ولكن الظاهر ان مراد المصنف رحمته الله من اصالة عدم التغير اصالة عدم وقوع العقد على الزائد، وعليه فليس هو من الاستصحاب القهقري ولا مشبها، فان موضوع الخيار ووقوع العقد على الزائد، وبه ينتفي موضوع الخيار.

ولا تعارضها اصالة عدم وقوع العقد على المساوي لعدم ترتب الأثر عليه، اذ الأثر ترتب على العقد الواقع على الزائد او الناقص، وقد اشبعنا الكلام في هذه المسألة في اواخر كتاب البيع في الجزء الرابع من هذا الشرح. فراجع.

الأمر الثاني: كون التفاوت فاحشاً، [١] فالواحد بل الأثنان في العشرين لا يوجب الغبن وحده عندنا، كما في التذكرة ما لا يتغابن الناس بمثله، [٢] وحكى فيها عن مالك أنّ التفاوت بالثلث لا يوجب الخيار، وإن كان بأكثر من الثلث أوجبه، وردّه بأنّه تخمين لم يشهد له أصل في الشّرع، انتهى.

والظاهر أنّه لا اشكال في كون التفاوت بالثلث بل الرّبع فاحشاً، نعم الاشكال في الخمس ولا يبعد دعوى عدم مسامحة النّاس فيه: كما سيجيء التّصريح من المحقّق القمي في تصويره لغبن كلا المتبايعين، ثمّ الظّاهر أنّ المرجع عند الشّك في ذلك هو أصالة ثبوت الخيار، لأنّه ضرر لم يعلم تسامح النّاس فيه، ويحتمل الرجوع إلى أصالة اللّزوم، لأنّ الخارج هو الضّرر الذي يناقش [يتفاحش] فيه لا مطلق الضّرر بقي هنا شيء

### اشتراط كون التفاوت فاحشا

[١] الأمر الثاني الذي يعتبر في ثبوت الخيار: كون التفاوت فاحشا، ذكره الاصحاب و تنقيح القول فيه بالبحث في موارد:

الأول: في اعتبار ذلك في الجملة.

الثاني: في ضابطه.

الثالث: في ما لو شك في انه مما يتسامح فيه اولاً.

اما الأول: فلا ينبغي التوقف في اعتباره، لأن مدرك هذا الخيار ان كان هو الشرط الضمني فالشرط عدم التفاوت بمقدار لا يتسامح فيه، وان كان قاعدة لا ضرر يكون المتعاملان مقدمين على هذا المقدار من الضرر، وبنائهم على تحمله.

واما الثاني: فاحسن ما قيل في المقام، ما ذكره العلامة رحمته الله بقوله

[٢] ما لا يتغابن الناس بمثله اي لا يعدونه غبنا ولا يردون المعاملة بمثل هذا التفاوت، من غير فرق بين كون التفاوت في مقام العقد معتنى به ام لا، بل العبرة بعدم الاعتناء به في مقام فسخ العقد، وهذا يختلف بحسب اختلاف المقامات، مثلاً في المعاملات الحقيرة مع التفاوت بالنصف بل بالمساوي لا يقدمون على رد المعاملة، كما اذا اشترى شيئاً

وهو ان ظاهر الأصحاب وغيرهم انّ المناط في الضّرر الموجب للخيار كون المعاملة ضرريّة مع قطع النّظر عن ملاحظة حال أشخاص المتبايعين، [١] ولذا حدّوه بما لا يتغابن به النّاس أو بالزائد على الثلث، كما عرفت عن بعض العامة.

وظاهر حديث نفي الضّرر المستدلّ عليه في أبواب الفقه ملاحظة الضّرر بالنسبة إلى شخص الواقعة، ولذا استدلّوا به على عدم وجوب شراء ماء الوضوء بمبلغ كثير إذا اضّرّ بالمكّلف، ووجوب شرائه بذلك المبلغ على من لا يضّرّ به ذلك، مع ان أصل شراء الماء بأضعاف قيمته معاملة ضرريّة في حق الكلّ.

والحاصل انّ العبرة اذا كان بالضّرر المالي لم يجب شراء ماء الوضوء باضعاف قيمته، وان كانت بالضّرر الحاليّ تعيّن التّفصيل في خيار الغبن بين ما يضّرّ بحال المغبون وغيره، وإلاظهر اعتبار الضّرر المالي [٢] لأنّه ضرر في نفسه من غير مدخليّة، لحال الشّخص، وتحمّله في بعض المقامات أمّا خرج بالنّص،

بقرائين يسوى قرانا واحدا، وفي المعاملات الخطيرة ربما يقدمون على الرد مع كون التفاوت بالعشر، كما اذا اشترى شيئاً بعشرة ملايين تومان وهو يسوى تسعة، فما افاده المصنّف رحمته الله في مقام الضابط كغيره لا يتم.

واما الثالث: فان كان مدرك الخيار قاعدة نفى الضرر فلا يمكن التمسك بها، لأن مخصص القاعدة في موارد الاقدام وان لم يكن لفظياً، الا انه القرينة المقارنة، وفي مثله لا يتمسك بالعموم، فيتعين الرجوع الى اصالة اللزوم، وان كان هو الشرط الضمني فشبوته غير محرز، فالمتعين الرجوع الى اصالة اللزوم ايضاً.

[١] بقي في المقام اشكال، ومحصله: ان المدار في الضرر في باب العبادات والمعاملات ان كان على الضرر المالي فلم يجب شراء ماء الوضوء باضعاف قيمته، وان كان على الضرر الحالي كما هو فتوى الأصحاب في باب الوضوء تعين التّفصيل في خيار الغبن بين ما يضّر بحال المغبون وغيره.

واجاب المصنّف رحمته الله عن ذلك بجوابين:

[٢] الأول: ان المدار على الضرر المالي، وانما لا يلتزم به في باب الوضوء للنص

الخاص.

ولذا اجاب في المعبر عن الشافعي المنكر لوجوب الوضوء في الفرض المذكور، بأن الضرر لا يعتبر مع معارضة النص ويمكن ايضاً ان يلتزم الضرر المالي في مقام التكليف لا لتخصيص عموم نفي الضرر بالنص. بل لعدم كونه ضرراً بملاحظة ما يازائه من الأجر [١] كما يشير إليه قوله لا يزال بعد شرائه لا يزال ماء وضوئه باضعاف قيمته ان ما يشترى به مال كثير.

نعم لو كان الضرر محققاً بالمكلف، انتفى بأدلة نفي الحرج [٢] لادليل نفي الضرر، فنفي الضرر المالي في التكليف لا يكون الا اذا كان تحمّله حرجاً اشكالاً،

[١] الثاني: ان المدار على الضرر المالي، وعدم الالتزام به في باب الوضوء من جهة انه لا يعد بذل المال في مقابل ماء الوضوء ضرراً بملاحظة ما يازائه من الأجر. ثم انه تنبه لاشكال وهو: انه على هذين الجوابين لابد من البناء على وجوب الوضوء وان كان مضراً بحاله، فاجاب عنه:

[٢] بانه انما يلتزم بعدم الوجوب لأدلة نفي الحرج.

وفي ما ذكره تتبع موقعان للنظر:

الأول: تسليمه لكون بذل المال الكثير بازاء ماء الوضوء ضرراً،

فانه يرد عليه: ان قيمة الماء اذا كانت في نفسها كثيرة واكثر من ثمنه المعتاد - كما لو كان الماء في محل يعتبرون العقلاء له هذا المقدار من المالية لقلته وكثرة الحاجة اليه - لا يعد بذل الماء بازائه ضرراً مالياً.

الثاني: ما افاده من عدم كون بذل المال الكثير بازاء ماء الوضوء ضرراً بملاحظة ما يازائه من الأجر،

فانه يرد عليه: ان الأجر متوقف على ثبوت الأمر، وهو على عدم الضرر،

مع ان الالتزام بذلك مستلزم لعدم جريان قاعدة الضرر في باب العبادات فالمتحصل مما ذكرناه: انه في باب الوضوء ايضاً المدار على الضرر المالي لولا النص<sup>(١)</sup> المخرج.

ذكر في الروضة والمسالك تبعاً لجامع المقاصد في اقسام الغبن ان المغبون امان يكون هو البائع او المشتري او هما، انتهى.

فيعق الاشكال في تصوّر غبن كلّ من المتبايعين معاً، والمحكي عن بعض الفضلاء في تعليقه على الرّوضة، ما حاصله: استحالة ذلك حيث قال: قد عرفت انّ الغبن في طرف البائع اّما هو اذا باع بأقل من القيمة السّوقيّة. وفي طرف المشتري اذا اشترى بأزيد منها ولا يتفاوت الحال بكون الثمن والمثمن من الاثمان او العروض او مختلفين، وحينئذ فلا يعقل كونها معاً مغبونين، وإلّا لزم كون الثمن اقل من القيمة السّوقية واكثر وهو محال، فتأمل، انتهى.

وقد تعرّض غير واحد ممّن قارب عصرنا لتصوير ذلك في بعض الفروض منها ما ذكره المحقّق القمّي صاحب القوانين في جواب من سأله عن هذه العبارة من الرّوضة، قال: أنّها تفرض فيما اذا باع متاعه باربعة توامين من الفلوس على ان يعطيه عنها ثمانية دنانير معتقداً أنّها يسوي بأربعة توامين ثمّ تبين انّ المتاع يسوي خمسة توامين وانّ الدنانير تسوي خمسة توامين الأخمساً، فصار البائع مغبوناً من كون الثمن اقل من القيمة السّوقية بخمس تومان، والمشتري مغبوناً من جهة زيادة الدنانير على أربعة توامين فالبائع مغبون في اصل البيع والمشتري مغبون فيما التزمه من اعطاء الدنانير عن الثمن وان لم يكن مغبوناً في أصل البيع، انتهى.

اقول الظاهر انّ مثل هذا البيع المشروط بهذا الشرط يلاحظ فيه حاصل ما يصل الى البائع بسبب مجموع العقد والشرط، كما لو باع شيئاً يسوي خمسة دراهم بدرهين، على ان يخيط له ثوباً مع فرض كون اجرة الخياطة ثلاثة دراهم. ومن هنا يقال انّ للشرط قسطاً من العوض وان ابيت الا عن انّ الشرط معاملة مستقلة ولا مدخل له في زيادة الثمن وخرج ذلك عن فرض غبن كلي من المتبايعين في معاملة واحدة لكن الحق ما ذكرنا من وحدة المعاملة، وكون الغبن من طرف واحد.

ومنها ما ذكره بعض المعاصرين من فرض المسألة فيما اذباغ شيئين في

بشمنين، فغبن البائع في احدهما والمشتري في الآخر. وهذا الجواب قريب من سابقه في الضعف لأنه ان جاز التفكيك بينها عند فرض ثبوت الغبن لأحدهما خاصة حتى يجوز له الفسخ في العين المغبون فيها خاصة فهما معاملتان مستقلتان كان الغبن في كل واحدة منهما لاحدهما خاصة فلا وجه لجعل هذا قسماً ثالثاً لقسامي غبن البائع خاصة والمشتري خاصة، وان لم يجز التفكيك بينها لم يكن غبن اصلاً مع تساوي الزيادة في احدهما للتقيصة في الآخر، ومع عدم المساواة فالغبن من طرف واحد.

ومنها ان يراد بالغبن في المقسم معناه الاعم الشامل لصورة خروج العين المشاهدة سابقاً على خلاف ما شاهده او خروج ما اخبر البائع بوزنه على خلاف خبره، وقد اطلق الغبن على هذا المعنى الاعم العلامة في القواعد والشهيد في اللعة وعلى هذا المعنى الاعم تحقق الغبن في كل منها وهذا حسن، لكن ظاهر عبارة الشهيد والمحقق الثانيين ارادة ما عنون به هذا الخيار وهو الغبن بالمعنى الاخص على ما فسروه به.

ومنها ما ذكره بعض من أنه يحصل بفرض المتبايعين وقت العقد في مكانين، كما إذا حصر العسكر البلد وفرض قيمة الطعام خارج البلد ضعف قيمته في البلد، فاشترى بعض اهل البلد من وراء سور البلد طعاماً من العسكر بشمن متوسط بين القيمتين فالمشتري مغبون لزيادة الثمن على قيمة الطعام في مكانه، والبائع مغبون لنقصانه عن القيمة في مكانه، ويمكن رده بأن المبيع بعد العقد باق على قيمته حين العقد، ولا غبن فيه للمشتري ما دام في محل العقد، وإنما نزلت قيمته بقبض المشتري ونقله اياه الى مكان الرخص.

وبالجملة: الطعام عند العقد لا يكون الا في محل واحد له قيمة واحدة. ومنها ما ذكره في مفتاح الكرامة من فرضه فيما اذا ادعى كل من المتبايعين الغبن، كما اذا بيع ثوب بفرس بظن المساواة، ثم ادعى كل منهما نقص ما في يده عما في يد الآخر، ولم يوجد المقوم ليرجع اليه فتحالفا، فيثبت الغبن لكل منهما فيما وصل اليه وقال ويتصور غبنها في احد العوضين، كما لو تبايعا شيئاً بمائة درهم، ثم ادعى البائع كونه يسوي بمأتين والمشتري كونه لا يسوي إلا بخمسين، ولا مقوم يرجع اليه فيتحالفاً ويثبت الفسخ لكل منهما، انتهى.

وفيه انّ الظاهر انّ لازم التّحالف عدم الغبن في المعاملة اصلاً، مع انّ الكلام في الغبن الواقعي دون الظّاهري، والاولى من هذه الوجوه هو الوجه الثالث، [١] والله العالم.

واما ما اورده المحقق الايرواني رحمته الله على تمسكه بقاعدة نفي الحرج <sup>(١)</sup> بانه ياتي في الحرج ما تقدم في الضرر من اعتبار الحرج النوعي او الشخصي،  
فمندفع بان الاشكال لم يكن مربوطاً بنوعيته وشخصيته. فراجع.

### تصوير الغبن من الطرفين

ذكر في الروضة - في اقسام الغبن - ان المغبون اما ان يكون هو البائع او المشتري او هما.

وقد اشكل في تصور غبن كل من المتبايعين بانه يلزم منه كون الثمن اقل من القيمة السوقية واكثر، وهو محال، وقد ذكر وافي تصويره وجوها، ذكر المصنف رحمته الله جملة منها مع ما يرد عليها،

[١] وقد استحسن هو رحمته الله الوجه الثالث في كلامه،

ويرد عليه ايضاً ما افاده من ان عبارات الأعلام لا توافقه.

ويمكن ان يتصور بوجهين آخرين:

احدهما: ما لو فرضنا قيمة الشيء منضمّاً ازيد من قيمته منفرداً، كمصراعي الباب بان تكون قيمة كل مصراع تومانيين وقيمتها معا ستة تومانيين، فباعت من له مصراعان مصراعاً واحداً بتخيل انه ليس له الا ذلك بثلاثة تومانيين، فان المشتري حينئذ مغبون بتومان، والبائع ايضاً كذلك من جهة زوال حيثية الانضمام الموجب لنقص ما عنده. ثانيهما: ان يكون شيء واحد مختلف القيمة بالاضافة الى شخصين، كما لو



مسألة: ظهور الغبن، شرط شرعيّ لحدوث الخيار او كاشف عقليّ عن ثبوته حين العقد، [١] وجهان، منشأهما اختلاف كلمات العلماء في فتاويهم ومعاهد اجماعهم واستدلالاتهم.

فظاهر عبارة المبسوط والغنية والشرائع وغيرها هو الأوّل، وفي الغنية الاجماع على أنّ ظهور الغبن سبب للخيار وظاهر كلمات اخرين الثاني وفي التذكرة ان الغبن سبب لثبوت الخيار عند علمائنا وقولهم لا يسقط هذا الخيار بالتّصرف، فإنّ المراد التّصرف قبل العلم بالغبن وعدم سقوطه ظاهر في ثبوته،

فرض ان للشخص امة تسوى مائة تومان، ولها ولد يسوى مائة ايضا، فباع الامة بمائة وخمسين وفرض ان الولد يموت بالتفريق بينه وبين امه، فالبايع مغبون من جهة ان الامة تسوى بالاضافة اليه باكثر من ما باعها به، والمشتري مغبون لفرض اكثرية ثمنها من قيمتها.

### ظهور الغبن كاشف عن ثبوت الخيار

[١] الثاني: ظهور الغبن شرط شرعيّ لحدوث الخيار او كاشف عقليّ عن ثبوته حين العقد. وجهان،

والكلام في هذه المسألة يقع في جهات:

الاولى: في ان مدرك هذا الخيار هل يقتضي ثبوته من حين العقد او من حين ظهور الغبن.

الثانية: في ان الحق الخياري هل هو عين السلطنة الفعلية ام غيرها.

الثالثة: في انه هل تكون السلطنة الفعلية من حين العقد او من حين ظهور الغبن

الرابعة: في ان الاثار المجعولة للخيار هل هي باجمعها مترتبة على الحق او على

السلطنة ام هناك تفصيل.

اما الجهة الاولى: فان كان مدرك هذا الخيار حديث لا ضرر فهو يقتضي ثبوته من

حين العقد، لأن لزوم العقد المشتتمل على النقص المالي ضرر وان لم يكن البايع

ومما يؤيد الأول أنّهم اختلفوا في صحّة التصرفات الناقلة في زمان الخيار ولم يحكموا ببطلان التصرفات الواقعة من الغابن حين جهل المغبون، بل صرح بعضهم بنفوذها وانتقال المغبون بعد ظهور غبنه الى البدل، ويؤيده ايضاً الاستدلال في التذكرة والغنية على هذا الخيار بقوله سَلَّمَ اللَّهُ في حديث تلقى الرّكبان أنّهم بالخيار اذا دخلوا السوق، فإنّ ظاهره حدوث الخيار بعد الدّخول الموجب لظهور الغبن، هذا ولكن لا يخفى امكان ارجاع الكلمات الى احد الوجهين بتوجيه ما كان منها ظاهراً في المعنى الآخر.

وتوضيح ذلك أنّه ان أريد بالخيار السلطنة الفعلية التي يقتدر بها على الفسخ والامضاء قولاً او فعلاً فلا يحدث الأبعد ظهور الغبن، وان اريد ثبوت حقّ للمغبون لو علم به لقيام بمقتضاه فهو ثابت قبل العلم [١] وإنما يتوقف على العلم اعمال هذا الحقّ،

ملتفتا اليه، وكذلك ان كان المدرك الشرط الضمني، فان الشرط هو التساوي بين المالين واقعا لافي اعتقاد الشارط.

واما ان كان المدرك نصوص الغبن فيمكن ان يقال: انها تقتضي حدوث الخيار بعد ظهور الغبن، فانه علق الخيار فيها على دخول السوق الذي هو كناية عن ظهور الغبن، اللهم الا ان يقال انه يمكن ان يكون التعليق على دخول السوق لكونه طريق الضرر  
واما الجهة الثانية: فالظاهر ان الحق الخياري غير السلطنة من جهة ان الخيار حق وهو امر اعتباري كالملكية والسلطنة التي هي عبارة عن جواز التصرفات، ونفوذها غير ذلك الأمر الاعتباري، بل ربما تفارقه كما في التصرف في مال الصغير: فان الحق والملك للصغير، ومن له السلطنة هو الولي،

فما افاده المحقق الايرواني رحمته الله من انه لا معنى للخيار الا السلطنة غير تام.

واما الجهة الثالثة: فالحق ان السلطنة الفعلية التي هي اثر الخيار ثابتة من حين حدوثه، فكما ان المغبون له الخيار من حين العقد وان لم يعلم به، كذلك له السلطنة وان لم يلتفت اليها. فما افاده المصنف رحمته الله في مقام الجمع بين كلمات القوم من [١] كون الحق ثابتاً من حين العقد والسلطنة حادثة من حين ظهور الغبن، في غير محله.

فيكون حال الجاهل بموضوع الغبن كالجاهل بحكمه او بحكم خيارى المجلس او الحيوان او غيرها، ثم ان الآثار المعجولة للخيار بين ما يترتب على تلك السلطنة الفعلية، كالتسقوط بالتصرف فإنه لا يكون الآ بعد ظهور الغبن فلا يسقط قبله كما سيجيء ومنه التلّف.

فإن الظاهر أنه قبل ظهور الغبن من المغبون اتفاقاً لو قلنا بعموم قاعدة كون التلّف في زمان الخيار ممن لا خيار له، لمثل خيار الغبن، كما جزم به بعض وتردّد فيه آخر وبين ما يترتب على ذلك الحقّ الواقعي كإسقاطه بعد العقد قبل ظهوره، [١] وبين ما يتردّد بين الأمرين كالتصرفات الناقلّة، [٢] فإنّ تعليلهم المنع عنها بكونها مفوّته لحقّ ذي الخيار من العين ظاهر في ترتّب المنع على وجود نفس الحقّ، وان لم يعلم به، وحكم بعض من منع من التصرف في زمان الخيار بمضي التصرفات الواقعة من الغابن قبل علم المغبون يظهر منه انّ المنع لأجل التسلّط الفعليّ، والمتبع دليل كلّ واحد من تلك الآثار فقد يظهر منه ترتّب الأثر على نفس الحقّ الواقعي ولو كان مجهولاً لصاحبه. وقد يظهر منه ترتّبه على السلطنة الفعلية، ويظهر ثمره الوجهين أيضاً فيا لو فسخ المغبون الجاهل اقتراحاً أو بظنّ وجود سبب معدوم في الواقع

[١] واما الجهة الرابعة: فعلى ما ذكرناه في الجهة الثالثة لا فرق بين كون جميع الاثار آثار الحق او السلطنة ام يكون هناك تفصيل،

واما بناءً على المسلك الاخر فالظاهر انها باجمعا آثار الحق كما هو لسان الأدلة، نعم ان كان سقوط الخيار بالتصرف بمناط كاشفيته عن الرضا والالتزام بالعقد لا يكون التصرف قبل ظهور الغبن مسقطاً، لأنه لا يكون كاشفاً عن الرضا مع الجهل.

واما التلّف فجماعة وهم الأكثرون انما افتوا بكونه من المغبون قبل ظهور الغبن من جهة انهم يرون قاعدة التلّف في زمان الخيار ممن لا خيار له مختصة بغير هذا الخيار، وجماعة آخرون ممن يرى عدم الاختصاص لعلهم حكموا بانه من المغبون من جهة انهم يرون ثبوت هذا الخيار من حين ظهور الغبن.

[٢] واما التصرفات الناقلّة التي تردّد المصنّف رحمته الله فيها بين الأمرين، فظاهر ما ذكر في وجه المنع من كونها تصرفاً في متعلق حق الغير المنع عنها قبل ظهور الغبن، وحكم بعض

فصادف الغبن، ثم انّ ما ذكرناه في الغبن من الوجهين جار في العيب، وقد يستظهر من عبارة القواعد في باب التّدليس، الوجه الأوّل قال: وكذا يعني لا ردّ لو تعيبت الأمة المدلّسة عنده قبل علمه بالتّدليس، انتهى.

فإنّه ذكر في جامع المقاصد أنّه لا فرق بين تعيّبها قبل العلم وبعده، لأنّ العيب مضمون على المشتري، ثمّ قال: الّا ان يقال انّ العيب بعد العلم غير مضمون على المشتري لثبوت الخيار وظاهره عدم ثبوت الخيار قبل العلم بالعيب، لكون العيب في زمان الخيار مضموناً على من لا خيار له، لكنّ الاستظهار المذكور مبنيّ على شمول قاعدة التّلف ممّن لا خيار له لخيار العيب وسيجيء عدم العموم ان شاء الله تعالى. واما خيار الرّؤية فسيأتي انّ ظاهر التّدكرة حدوثة بالرّؤية، فلا يجوز اسقاطه قبلها. مسألة يسقط هذا الخيار بأمر: احدها: اسقاطه بعد العقد، [١] وهو قد يكون بعد العلم بالغبن، فلا اشكال في صحّة اسقاطه بلا عوض مع العلم بمرتبة الغبن ولا مع الجهل بها اذا اسقط الغبن المسبّب عن ايّ مرتبة كان فاحشا كان او افحش

من منع من التصرف في زمان الخيار بمضي التصرف الناقل قبل ظهور الغبن، اما من جهة انه يرى حدوث الخيار من حين الظهور، او يكون الاشكال واردا عليه.

### اسقاط خيار الغبن بعد العقد

[١] الثالث: يسقط هذا الخيار بامور احدها اسقاطه بعد العقد.

وقد جعل المصنف رحمته الله صحة الاسقاط مفروغا عنها، مع انها محل البحث، فانه اذا كان مدرك هذا الخيار حديث لا ضرر فقد مرأن مقتضاه نفي اللزوم خاصة لا اثبات خيار حقي قابل للاسقاط والمصالحة، بل هو يلائم مع كونه جوازاً حكيمياً، ومقتضى الاستصحاب عدم سقوطه بشيء من المسقطات.

نعم اذا كان مدركه الشرط الضمني كان الثابت خيار كسائر الخيارات القابلة للاسقاط.

كما انه كذلك لو كان المدرك نصوص الغبن او الاجماع، والظاهر ان الاسقاط متعلق بالحق ومن الانشائيات ولا يكفي فيه الرضا النفساني

ولو اسقطه بزعم كون التفاوت عشرة، فظهر مائة. ففي السقوط وجهان [١] من عدم طيب نفسه بسقوط هذا المقدار من الحق، كما لو اسقط حق عرض بزعم أنه شتم لا يبلغ القذف، فتبين كونه قذفاً، ومن ان الخيار امر واحد مسبب عن مطلق التفاوت الذي لا يتسامح به ولا تعدد فيه فيسقط بمجرد الاسقاط، [٢] والقذف وما دونه من الشتم حقان مختلفان.

بل يحتاج الى الانشاء.

وبعد ذلك يقع الكلام فيما ذكره المصنف رحمته الله من انه

[١] لو اسقطه بزعم كون التفاوت عشرة فظهر مائة، ففي السقوط وجهان،  
والكلام فيه في موردين:

الأول: في الاسقاط بلا عوض.

الثاني: في الاسقاط مع العوض بمعنى المصالحة عنه به.

[٢] اما الأول: فقد بنى المصنف المقام على تعدد الحق ووحدته، وانه على الأول

لا يسقط لو اسقطه بتخيل كون التفاوت عشرة فظهر مائة، وعلى الثاني يسقط،  
ولكن هذا المقدار لا يكفي، اذ يمكن ان يقال انه على الوحدة ايضا يمكن اسقاطه  
على تقدير دون آخر.

وفي حاشية السيد الفقيه رحمته الله: ان مبنى الوجهين ان اعتقاد مرتبة من الغبن من قبيل  
الداعي او التقييد، فعلى الأول يسقط دون الثاني.

ويرد عليه: انه ليس من قبيل الداعي ولا من قبيل التقييد،

اما الأول: فلأن الداعي هو العلة الغائية المترتبة على الفعل، ومن الواضح ان  
الاعتقاد المزبور ليس كذلك.

واما الثاني: فلأن متعلق الاسقاط وهو الحق جزئي خارجي، وهو غير قابل  
للتقييد.

وقد يقال: ان مبنى الوجهين كون الاسقاط معلّقاً على كونه مسبباً من مرتبة  
يعتقدها، أو انه متعلق به كائناً ما كان سببه، فعلى الأول لا يسقط، وعلى الثاني يسقط.

وامّا الاسقاط بعوض بمعنى المصالحة عنه به فلا اشكال فيه مع العلم بمرتبة الغبن او التصريح بعموم المراتب، ولو اطلق وكان للاطلاق منصرف، كما لو صالح عن الغبن المحقق في المتاع المشتري بعشرين بدرهم، فإن المتعارف من الغبن المحتمل في مثل هذه المعاملة هو كون التفاوت اربعة او خمسة في العشرين، فيصالح عن هذا المحتمل بدرهم فلو ظهر كون التفاوت ثمانية عشر، وان المبيع يسوي درهمين. ففي بطلان الصلح لأنه لم يقع على الحق الموجود، او صحته مع لزومه لما ذكرنا من أنّ الخيار حقّ واحد له سبب واحد وهو التفاوت الذي له افراد متعدّدة، فإذا اسقطه سقط او صحته مترزلاً، لأنّ الخيار الذي صالح عنه باعتقاد انّ عوضه المتعارف درهم تبيّن كونه ممّا يبذل في مقابله ازيد من الدرهم ضرورة أنّه كلّما كان التفاوت المحتمل ازيد يبذل في مقابله ازيد ممّا يبذل في مقابله لو كان اقلّ فيحصل الغبن في المصالحة [١] اذ لا فرق في الغبن بين كونه للجهل بمقدار ماليته مع العلم بعينه، وبين كونه لأجل الجهل بعينه وجوه، وهذا هو الأقوى فتأمّل

وفيه: انه لو كان معلقا بطل الاسقاط، ولو لم يكن الاعتقاد خطأً، لأنه من الانشائيات، مع ان الاسقاط بما انه من الانشائيات لا يكتفى فيه ولا في قيده بالقصد المجرد، بل يتوقف على الانشاء،

فاذا اسقط الخيار غير معلق كان منشأ سقوط الخيار كائنا ما كان سببه واعتقاد كونه من سبب خاص من المقارنات، فالأظهر السقوط.

واما الثاني: فالكلام فيه من حيث الصحة والبطلان ما تقدم،

واما من حيث ثبوت الخيار، فقد افاد المصنف رحمته الله في وجهه:

[١] انه يحصل الغبن في المصالحة من جهة انه لا فرق في الغبن بين كونه للجهل

بمقدار ماليته مع العلم بعينه، وبين كون للجهل بعينه

واورد عليه المحقق الايرواني رحمته الله: بان بناء الصلح على المغابنة، فكيف يطرقه خيار

الغبن.

وفيه: ان الصلح المقصود به حقيقة المعاوضة، اما لعدم امكان البيع لعدم كون

المعوض عيناً، او لعدم وجود شرائط البيع لا يكون مبنياً على المغابنة، والمقام من هذا القبيل.

وأمّا اسقاط هذا الخيار بعد العقد قبل ظهور الغبن. [١]  
 فالظاهر أيضاً جوازه، ولا يقدح عدم تحقق شرطه بناء على كون ظهور الغبن  
 شرطاً لحدوث الخيار

وربما يورد عليه: بان حقيقة الصلح التسالم، والغبن انما يدخل في المعاوضات.  
 وفيه: انه لا ينافي كونه عبارة عن التسالم، مع كونه تمليك شيء بعوض،  
 فالاولى ان يورد عليه: بان الغبن في المقام ايضاً من جهة الجهل بمقدار المالية  
 لفرض ان التفاوت المحتمل كلما كان ازيد يبذل في مقابله ازيد مما يبذل في مقابله لو  
 كان اقل؛  
 ولعله الى هذا اشار بقوله، فتامل.

### اسقاط الخيار قبل ظهور الغبن

[١] هذا كله في اسقاط هذا الخيار بعد العلم بالغبن، واما اسقاطه قبل ظهور الغبن،  
 فالكلام فيه يقع اولاً: في الاسقاط،  
 ثم في الصلح عليه.  
 اما الأول: فقد اشكل على جوازه بوجوه اربعة، اثنان منها متوجهان كان الغبن  
 شرطاً شرعياً ام كان كاشفاً عقلياً، واثنان منها مختصان بما اذا كان الغبن شرطاً شرعياً.  
 اما المحذوران المشتركان:  
 فاحدهما: انه لا جزم بالاسقاط، فلا يكون الاسقاط جدياً لعدم تعقل الجدل الى  
 الشيء مع عدم الجزم به.  
 و ثانيهما: التعليق.  
 اما الأول: فيمكن دفعه: بان الانشاء بقصد حصول المنشأ على تقدير حصول قيده  
 امر ممكن لا استحالة فيه.

واما الثاني: فيندفع: بان التعليق لا دليل على مبطليته سوى الاجماع، وهو على  
 فرض شموله لجميع العقود والايقاعات المتيقن منه التعليق على ما لا يتوقف عليه الشيء،  
 والاكمافي تعليق البيع على الملكية والطلاق على الزوجية، فلا محذور فيه، والمقام من هذا القبيل.

اذ يكفي في ذلك تحقق السبب المقتضي للخيار، وهو الغبن الواقعي [١] وان لم يعلم به، وهذا كاف في جواز اسقاط المسبب قبل حصول شرطه، كما براء المالك الودعي المفرط عن الضمان، [٢] وكبراء البائع من العيوب الرجعة الى اسقاط الحق المسبب عن وجودها قبل العلم بها، ولا يقدرح في المقام ايضاً كونه اسقاطاً لما لم يتحقق، اذ لا مانع منه إلا التعليق وعدم الجزم الممنوع عنه في العقود فضلاً عن الايقاعات، وهو غير قاذح هنا، فإن الممنوع منه هو التعليق على ما لا يتوقف تحقق مفهوم الإنشاء عليه.

اما المحذوران المختصان:

فاحدهما: ما اشار اليه المصنف وهو ان اسقاط ما لم يجب كضمان ما لم يجب باطل

وثانيهما: ما افاده المحقق الاصفهاني رحمته الله، وهو: ان اسقاط الخيار لادليل على نفوذه شرعا سوى قاعدة ان لكل ذي حق اسقاط حقه، والظاهر منها ان من كان له حق فعلا له اسقاطه فعلا، ولا تشمل المقام.

اما المحذور الأول: فقد اجاب المصنف رحمته الله عنه: بانه

[١] يكفي في ذلك تحقق السبب المقتضي للخيار وهو الغبن الواقعي،

ثم نظر المقام ببراء المالك الودعي المفرط عن الضمان، مع ان اشتغال ذمته بالبدل انما يكون بعد التلف، وبالتبري من العيوب الموجب لسقوط خيار العيب، مع ان ظهور العيب شرط.

ويرد على جوابه ما تقدم في خيار المجلس من انه لاثبوت للشيء مع عدم تحقق اجزاء علته وان تحقق مقتضيه، ولا سقوط حقيقة قبل الثبوت، مع ان تمييز المقتضى عن الشرط في باب الأحكام الشرعية مشكل، بل لاتكون الموضوعات والأسباب والشرائط مقتضيات قطعاً. وتام الكلام في محله.

[٢] واما مسألة الودعي فهي غير ثابتة: وعلى فرض الثبوت الودعي بمجرد التفريط تنتقل العين الى عهدته، ومن آثار العهدة رد بدلها مع التلف، وهي امر ثابت لا مانع من اسقاطه.

واما التبري من العيوب فالكلام فيه هو الكلام في المقام.



وأما ما نحن فيه وشبهه [١] مثل طلاق مشكوك الزوجية، واعتاق مشكوك الرقية منجزاً أو الإبراء عما احتمل الاشتغال به، فقد تقدّم في شرائط الصيغة أنه لا مانع منه، لأن مفهوم العقد معلق عليها في الواقع من دون تعليق المتكلم، ومنه البراءة عن العيوب المحتملة في المبيع وضمان درك المبيع عند ظهوره مستحقاً للغير. [٢]

نعم قد يشكل الأمر من حيث العوض المصالح به، فإنه لا بدّ من وقوع شيء بإزائه [٣] وهو غير معلوم

أما ما افاده المحقق النائيني رحمته في مقام الجواب من أنه ليس إسقاط المالم يجب بل هو إسقاط لحق الشرط، بناءً على كون مدرك هذا الخيار الشرط الضمني، فقد تقدم في إسقاط الخيار المشروط برد الثمن قبل الرد اندفاعه. فراجع.

فالحق في الجواب أن يقال: إن إسقاط ما لم يجب معلقاً على ثبوته، أي إسقاطه في زمان وجوده لا دليل على المنع عنه، ولو سلم الإجماع عليه فهو يختص بصورة عدم تحقق السبب، فلا يشمل المقام.

وأما المحذور الثاني فيمكن دفعه: بأن القاعدة التي أشار إليها ليست مضمون رواية خاصة كي يستدل بظاهر تلك الجملة، بل هي مستفادة من دليل السلطنة بالتقريب المتقدم في خيار المجلس، وهو غير مختص بالصورة المفروضة،

مع أنه قد تقدم في ذلك المبحث أن مدرك مشروعيته فحوى ما دل<sup>(١)</sup> على أن التصرف إنما يكون مسقطاً لكونه التزاماً بالعقد وإسقاطاً للخيار. فراجع.

[١] قوله وأما ما نحن فيه وشبهه مثل طلاق مشكوك الزوجية  
هذه الامثلة إنما ذكرت نظير للمقام من حيث التعليق وعدم الجزم - لامن حيث كفاية وجود السبب في إسقاط المسبب كما توهم.

[٢] قوله وضمان درك المبيع عند ظهوره مستحقاً للغير  
الظاهر أن مراده ضمانه مع كون الثمن تالفاً والأوجب دفع الثمن إلى مالكه.  
[٣] وأما الصلح عن الحق، فقد اشكل عليه بأنه مع عدم الحق المعوض عنه كيف

فالاولى ضمّ شيء الى المصالح عنه المجهول التّحقّق [١] او ضمّ سائر الخيارات اليه بأن يقول صالحتك عن كلّ خيار لي بكذا ولو تبين عدم الغبن لم يقسط العوض عليه [٢] لأنّ المعدوم إنّما دخل على تقدير وجوده لا منجزاً باعتقاد الوجود.

يمكن المعاوضة الصلحية، ولذا قال المصنّف رحمته الله

[١] فالاولى ضم شيء الى المصالح عنه المجهول التحقق

وقد افيد في وجه صحته، والجواب عن هذا الاشكال امور:

الأول: ما افاده السيد الفقيه رحمته الله، وهو: ان المعوض هو المحتمل بما هو محتمل لا الحق

الواقعي. وبعبارة اخرى: انه احتمال الحق وهو ثابت محقق.

وفيه: ان الاحتمال والمحمّل غير قابلين للنقل والاسقاط.

الثاني: ما افاده المحقق الخراساني رحمته الله، وهو: ان المعوض نفس الصلح، فياخذ العوض

بازائه لا الحق المجهول.

وفيه: انه حينئذ لا مصالح عنه، ولا يمكن تحقق الصلح بدونه.

الثالث: ما افاده المحقق الايرواني رحمته الله، من ان المعوض الرضا بالعقد ولزومه، وهو

فعلي.

وفيه: ان الرضا بلزوم العقد انما يكون موجبا للزوم من جهة ان مرجعه الى اسقاط

الخيار كما تقدم في خيار المجلس

فالأظهر تمامية هذا الايراد، فلا يصح الصلح عنه مع الالتزام بكون ظهور الغبن

شرطاً شرعياً لحدوث الخيار،

واما بناء على ما اخترناه من كونه كاشفاً عقلياً فالاشكال مندفع من اصله.

[٢] قوله ولو تبين عدم الغبن لم يقسط العوض عليه

والوجه فيه ان الصلح انما وقع بنحو يكون الحق المجهول جزء المعوض على

تقدير وجوده والا فالضميّة مستقلة في العوضيّة

فلا يرد عليه ما ذكره المحقق الايرواني رحمته الله من انه لو صح الاشكال لم يجد في

دفعه ضم شيء الى المصالح عنه المجهول فان الخيار المجهول ان لم يقابل بالمال على

انفراده لم يقابل بالمال مع الضميّة لوقوع جزء من العوض بازائه فيعود المحذور.

الثاني من المسقطات اشتراط سقوط الخيار في متن العقد [١] والاشكال فيه من الجهات المذكورة هنا او المتقدّمة في اسقاط الخيارات المتقدّمة قد علم التّفصي عنها، نعم هنا وجه آخر للمنع يختصّ بهذا الخيار وخيار الرّؤية وهو لزوم الغرر من اشتراط اسقاطه قال في الدّروس في هذا المقام ما لفظه: ولو اشتراط رفعه او رفع خيار الرّؤية. فالظاهر بطلان العقد للغرر، انتهى.

ثمّ احتمل الفرق بين الخيارين بأنّ الغرر في الغبن سهل الازالة وجزّم الصيمري في غاية المرام ببطلان العقد والشّروط، وتّرّد فيه المحقّق الثّاني الآ أنّه استظهر الصّحة ولعلّ توجيه كلام الشّهيد هو أنّ الغرر باعتبار الجهل بمقدار مالّيّة المبيع كالجهل بصفاته لأنّ وجه كون الجهل بالصفات غرراً هو رجوعه الى الجهل بمقدار مالّيّته، [٢] ولذا لاغرر مع الجهل بالصفات التي لا مدخل لها في القيمة لكنّ الاقوى الصّحة، لأنّ مجرد الجهل بمقدار المالّيّة لو كان غرراً لم يصحّ البيع مع الشكّ في القيمة، [٣] وايضاً فإنّ ارتفاع الغرر عن هذا البيع ليس لأجل الخيار حتّى يكون اسقاطه موجباً لثبوته، وإلّا لم يصحّ البيع اذ لا يجدي في الاخراج عن الغرر ثبوت الخيار

## اشتراط سقوط الخيار في متن العقد

[١] الثّاني من المسقطات: اشتراط سقوط الخيار في متن العقد واستدل الشّهيد رحمته الله على بطلان العقد الذي اشترط فيه سقوط خيار الغبن بلزوم الغرر. ووجهه: المصنّف رحمته الله

[٢] بان الجهل بصفات المبيع او الثمن انما يوجب الغرر لا لأجل الجهل بالصفات من حيث هي، والآزم بطلان البيع مع الجهل بالصفات غير الدخيلة في التمول، بل انما هو لأجل ادائه الى الجهل بالمالية، ولازمه بطلان البيع في المقام. واجاب المصنّف رحمته الله عنه بجوابين تقيضين:

[٣] احدهما: انه لو كان الجهل بالقيمة موجبا للغرر لزم بطلان البيع مع الشك فيها.

لأنه حكم شرعى لا يرتفع به موضوع الغرر، وإلا لصحّ كل بيع غررى على وجه التزلزل وثبوت الخيار [١] كبيع المجهول وجوده والمتعذر تسليمه.

وأما خيار الرؤية [٢] فاشتراط سقوطه راجع الى اسقاط اعتبار ما اشترطه

---

[١] ثانيهما: ان الخيار لا يرفع الغرر والالزم صحة كل بيع غررى بشرط الخيار.

والحق فى الجواب عنه ان يقال: ان هذا الوجه اساسه امران.

الأول: كون الجهل بالقيمة موجبا للغرر.

الثانى: ارتفاع الغرر بالخيار.

ويندفع الأول: بان الموجب للغرر الذى نهى عنه هو الجهل بذات المبيع او صفاته

الدخيلة فى المالية، وذلك لأن غررية البيع انما هي من ناحية متعلقه، وجهالة المبيع او

الثمن انما هي من ناحية ذاته او صفاته، اما جهالة قيمته السوقية غير المربوطة به فهي

اجنبية عن البيع ولا توجب الغرر.

وبالجملة: الموجب للغرر هو الجهل بذات المبيع او الصفات الدخيلة فى المالية لا

الصفات من حيث هي ولا المالية المجردة، فالجهل بالقيمة لا يوجب الغرر.

ويندفع الثانى: بان الخيار متوقف على صحة العقد، فاذا كانت صحته متوقفة على

الخيار لزم الدور.

ويمكن ان يوجه كلام الشهيد رحمته الله: بان شرط سقوط الخيار - مع كون ثبوته غير

معلوم - غررى للجهل بالمشروط، وهو يوجب بطلان العقد لأن الشرط الفاسد مفسد.

والظاهر انه الى هذا نظر الصيمري فى غاية المرام الملتزم بفساد العقد والشرط.

ولكن يرد عليه: ان الشرط الفاسد غير مفسد، مع ان شرط سقوط الخيار بما انه يؤل الى

شرط لزوم العقد الثابت المحقق لا يكون غرريا، فالحق صحة الشرط والعقد.

[٢] قوله واما خيار الرؤية،

الاولى ايكال البحث عن ذلك الى محله

من الاوصاف في العين الغير المرئية، فكأتمها تبايعا، سواء وجد فيها تلك الاوصاف ام لا فصحة البيع موقوفة على اشتراط تلك الاوصاف واسقاط الخيار في معنى الغائها الموجب للبطلان مع احتمال الصحة هناك ايضاً، لأن مرجع اسقاط خيار الرؤية الى التزام عدم تأثير تحلّف تلك الشّروط لا الى عدم التزام ما اشترطه من الاوصاف، ولاتنافي بين ان يقدم على اشتراء العين بانياً على وجود تلك الأوصاف، وبين الإلتزام بعدم الفسخ لو تحلّفت فتامل

وسيجيء تمام الكلام في خيار الرّؤية، وكيف كان فلا ارى اشكالا في اشتراط سقوط خيار الغبن من حيث لزوم الغرر، اذ لو لم يشرع الخيار في الغبن اصلاً لم يلزم منه غرر

الثالث: تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدّمة بعد علمه بالغبن، [١] ويدلّ عليه ما دلّ على سقوط خياري المجلس والشّروط به، مع عدم ورود نصّ فيها واختصاص النصّ بخيار الحيوان، وهو اطلاق بعض معاقدة الاجماع، بأنّ تصرف ذي الخيار فيما انتقل اليه اجازة وفيما انتقل عنه فسخ،

## تصرف المغبون بعد العلم بالغبن

[١] الثالث: تصرف المغبون باحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدمة بعد

علمه بالغبن

ذكره بعضهم، والمشهور بين الأصحاب عدم سقوط الخيار به، وفي الحدائق: وظاهرهم انه سواء كان المتصرف الغابن في مال المغبون او بالعكس خرج به عن الملك كالبيع ام منع من الرد كالاستيلاء ام لا، ولهم في هذه المسألة تفاصيل وشقوق انهاها شيخنا في الروضة والمسالك الى ما يزيد على مائتي مسألة. انتهى.

فالكلام في موردین:

الأول: في التصرف غير المخرج عن الملك.

لا اشكال في مسقطية التصرف الكاشف عن الرضا بلزوم العقد مع قصده ذلك، فانه حينئذ اسقاط فعلي، كما لا اشكال في عدم مسقطية التصرف لا بعنوان الالتزام بالبيع اذا كان قبل الاطلاع، بل الظاهر اجماعهم عليه.

وعموم العلة المستفادة من النص في خيار الحيوان المستدلّ بها في كلمات العلماء على السقوط وهي الرضا بلزوم العقد مع أنّ الدليل هنا أنّ نفي الضرر واما الاجماع. [١] والاول منتف، فإنه كما لايجري مع الاقدام عليه فكذلك لايجري مع الرضا به

بعده

واما الاجماع فهو غير ثابت مع الرضا الاّ ان يقال انّ الشك في الرفع لا الدفع فستصحب، [٢] فتأمل.

او ندعي انّ ظاهر قولهم فيما نحن فيه انّ هذا الخيار لا يسقط بالتصرف شموله للتصرف بعد العلم بالغبن واختصاص هذا الخيار من بين الخيارات بذلك، لكنّ الإنصاف عدم شمول التصرف في كلماتهم لما بعد العلم بالغبن وغرضهم من تخصيص الحكم بهذا الخيار انّ التصرف مسقط لكلّ خيار ولو وقع قبل العلم بالخيار، كما في العيب والتدليس سوى هذا الخيار، ويؤيد ذلك ما اشتهر بينهم من انّ التصرف قبل العلم بالعيب والتدليس ملزم لدلالته على الرضا بالبيع فيسقط الرد، وإنّما يثبت الأرش في خصوص العيب عدم دلالة التصرف على الرضا بالعيب، وكيف كان، فاختصاص التصرف الغير المسقط في كلامهم بما قبل العلم لا يكاد يخفى على المتتبع في كلماتهم.

اما التصرف بعد العلم بالغبن مع عدم كونه اجازة فعلية: فقد استدل على مسقطيته بطريقتين: احدهما: من ناحية المانع. ثانيهما: من ناحية عدم المقتضى.

اما الأول: فهو اطلاق بعض معاهد الاجماع، وعموم العلة في خبر الحيوان، وقد تقدم الكلام عليهما في خيار المجلس وعرفت عدم تماميتهما.

[١] واما الثاني: فتقريبه: ان مدرك خيار الغبن اما حديث نفي الضرر، واما الاجماع، والأول لايشمل المقام، لأنه كما لايشمل المعاملة الغبنية التي اقدم عليها، كذلك لايشمل المعاملة الضرورية التي رضي المغبون بها بقاء: فانه لا يكون للزوم بقاء ضرورياً، بل الضرر ناش من اختيار المغبون حقيقة.

[٢] واورد المصنف رحمته الله عليه: بان الشك في الرفع لا الدفع، فيستصحب الخيار، ثم امر بالتأمل

نعم لم اجد لهم تصريحاً بذلك عدا ما حكى عن صاحب المسالك وتبعه جماعة لكن الاستشكال من جهة ترك التصريح مع وجود الدليل، مما لا ينبغي، بل ربّما يستشكل في حكمهم بعد السقوط بالتصرف قبل العلم مع حكمهم بسقوط خيار التدليس والعيب بالتصرف قبل العلم والاعتذار بالنصّ إنما يتم في العيب دون التدليس، فإنّه مشترك مع خيار الغبن في عدم النصّ ومقتضى القاعدة في حكم التصرف قبل العلم فيها واحد والتّحقيق ان يقال: ان مقتضى القاعدة عدم السقوط بقاء الضّرر وعدم دلالة التصرف مع الجهل على الرّضا بلزوم العقد وتحمل الضّرر. نعم قد ورد النصّ في العيب على السقوط وأدعى عليه الاجماع مع انّ ضرر السقوط فيه متدارك بالارش، وان كان نفس امسك العين قد تكون ضرراً، فإن تمّ دليل في التدليس ايضاً، قلنا به، والآ وجب الرجوع الى دليل خياره، ثمّ انّ الحكم بسقوط الخيار بالتصرف بعد العلم بالغبن مبنيّ على ما تقدّم في الخيارات السابقة من تسليم كون التصرف دليلاً على الرّضا بلزوم العقد، والآ كان اللّازم في غير ما دلّ فعلاً على الالتزام بالعقد من افراد التصرف الرجوع الى اصالة بقاء الخيار.

وقد قيل في وجه التأمل امور:

منها: ما افاده السيد الفقيه رحمته الله، وهو: ان الشك في بقاء الخيار من قبيل الشك في المقتضى لعدم احراز مقدار استعداد المستصحب مع التصرف، فلا يجري فيه الاستصحاب.

ومنها: ان المورد مما يجب فيه الاستدلال بعموم العام لاستصحاب حكم المخصص. ومنها: ما افاده المحقق النائيني رحمته الله، وهو: ان الشك في الموضوع، لأن موضوع من له الخيار ليس ذات المغبون ولا العقد الغبني، بل يحتمل ان يكون لوصف عدم الرضا ولو نوعاً دخل في الموضوع، فلا يجري الاستصحاب. وبعض هذه الوجوه لا يخلو عن النظر، ولكن في بعضها الآخر - بضميمة ان المختار عدم جريان الاستصحاب في الأحكام - كفاية،

ولكن مع ذلك كله يرد على اصل الاستدلال: ان مفروض البحث هو التصرف غير الكاشف عن الالتزام بالعقد، وعليه فلا مانع من اجراء قاعدة لا ضرر.

الرابع: من المسقطات تصرف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن تصرفاً مخرجاً عن الملك على وجه اللزوم كالبيع والعتق، [١] فإن المصّرح به في كلام المحقق ومن تأخر عنه هو سقوط خياره حينئذ. وقيل: أنه المشهور وهو كذلك بين المتأخرين.

نعم ذكر الشيخ في خيار المشتري مراجعة عند كذب البائع أنه لو هلك السلعة او تصرف فيها سقط الرد، والظاهر اتحاد هذا الخيار مع خيار الغبن، كما يظهر من جامع المقاصد في شرح قول الماتن، ولا يبطل الخيار بتلف العين فراجع، واستدل على هذا الحكم في التذكرة بعدم إمكان استدراكه مع الخروج عن الملك، وهو بظاهره مشكل، لأن الخيار غير مشروط عندهم بإمكان ردّ العين ويمكن ان يوجه بأن حديث نفي الضرر لم يدل على الخيار

## التصرف المخرج عن الملك

[١] الثاني: في التصرف المخرج عن الملك، وقد ذكره المصنف رابع المسقطات، وفي بعض الكلمات بعد تسليم مسقطيته: ان الاولى تبديل عنوان التصرف بالتلف، لأن عنوان هذا المسقط ليس هو التصرف بما هو تصرف، فانه هو المسقط السابق بل بما هو اتلاف. وكيف كان: فالتلف قد يكون حقيقياً وقد يكون حكماً، ومجموع ما ذكر في وجه المسقطية وجوه اربعة ثلاثة منها جارية في كلا التلفين وواحد منها مختص بالتلف الحكمي، ولا يجري في التلف الحقيقي، وهي على قسمين:

الأول: من طريق عدم المقتضى للخيار بعد التلف.

الثاني: من طريق المانع.

اما القسم الأول فهو اثنان:

احدهما: ان دليل هذا الخيار اما الاجماع او قاعدة نفي الضرر، والمتيقن من الاجماع صورة بقاء العين، وقد افتى المشهور بسقوط الخيار في صورة تلفها - يعني تلف ما في



بل المتيقن منه جواز ردّ العين المغبون فيها، فإذا امتنع ردّها، فلا دليل على جواز فسخ العقد، [١] وتضرر المغبون من جهة زيادة الثمن معارض بتضرر الغابن بقبول البدل فإنّ دفع الضرر من الطرفين إنّما يكون بتسلّط المغبون على ردّ العين فيكون حاله من حيث ان له القبول والرّد حال العالم بالغبن قبل المعاملة في أنّ له ان يشتري وان يترك وليس هكذا بعد خروج العين عن ملكه، مع أنّ اخراج المغبون العين عن ملكه التزام بالضرر، ولو جهلاً منه به [٢] هذا، ولكن اعترض عليهم شيخنا الشهيد قدّس روحه السعيد في اللّمة بما توضيحه: انّ الضرر الموجب للخيار قبل التصرف ثابت مع التصرف، والتّصرف مع الجهل بالضرر ليس اقدماً عليه، لما عرفت من أنّ الخارج عن عموم نفي الضرر ليس الآ صورة الاقدام عليه عالماً به، فيجب تدارك الضرر باسترداد ما دفعه من الثمن الزائد برّد نفس العين مع بقائها على ملكه وبدلها مع عدمه، وفوات خصوصيّة العين على الغابن ليس ضرراً

[١] وقاعدة نفي الضرر انما تنفي اللزوم وتثبت الجواز، والمتيقن من الجواز الثابت بها حق رد العين، فاذا امتنع ردها فلا دليل على جواز فسخ العقد. وفيه: اولاً: ان حديث نفي الضرر ينفي اللزوم، فيثبت بديله، وبديل لزوم العقد جوازه، وتراد العوضين غير مربوط بحديث نفي الضرر. وثانياً: انه لو تم لاختص بتلف العين الحقيقي، ولايجرى في التلف الحكمي - اي الانتقال بالعقد اللازم - فان حديث نفي الضرر لحكومته على جميع الأدلة يصلح لرفع لزومه، وجواز حل المغبون ذلك العقد ايضاً. وثالثاً: ان مدرك هذا الخيار كما عرفت هو الشرط الضمني دون حديث نفي الضرر. [٢] ثانيهما: ان اتلاف المغبون العين واخراجها عن ملكه التزام بالضرر ولو جهلاً منه به، وتوطين للنفس على الالتزام بالبيع ولو كان مغبوناً فيه واقعا، والاقدام بحسب الدوام كالاقدام ابتداء في اسقاط الخيار.

لأنّ العين المبيعة ان كانت مثليّة فلا ضرر بتبديّها بمثلها، وان كانت قيمية، فتعريضها للبيع يدلّ على ارادة قيمتها، فلا ضرر اصلاً فضلاً عن ان يعارض ضرر زيادة الثمن على القيمة خصوصاً مع الافراط في الزيادة والانصاف انّ هذا حسن جداً، لكنّ قال في الروضة: ان لم يكن الحكم اجماعاً [١]

اقول: والظاهر عدمه [٢] لأنك عرفت عدم عنوان المسألة في كلام من تقدّم على المحقق فيما تتبعت، ثمّ انّ مقتضى دليل المشهور عدم الفرق في المغبون المتصرّف بين البائع والمشتري، قال في التّحرير بعد ان صرّح بثبوت الخيار للمغبون بائعاً كان او مشترياً. ولا يسقط الخيار بالتّصرف مع امكان الرّد، ومقتضى اطلاقه عدم الفرق بين التّافل اللازم وبين فك الملك كالتعق والوقف، وبين المانع عن الرّد مع البقاء على الملك كالاستيلاء. بل ويعم التلف

---

وفيه: ان التصرف قبل العلم بالغبن ليس التزاماً بالعقد ورضاً ببقائه، والا كان الاقدام على المعاملة مع الجهل اقدماً على الضرر موجبا لعدم ثبوت الخيار رأساً، مع ان الرضا بالعقد ما لم يرجع الى اسقاط الخيار لا يوجب سقوطه. واما القسم الثاني فهو ايضا اثنان: احدهما: ظهور الاجماع، [١] قال الشهيد في محكي الروضة: ان الحكم بعدم السقوط حسن ان لم يكن الحكم اجماعاً.

[٢] وفيه: اولاً: ما افاده المصنف رحمته الله من ان الظاهر عدمه. وثانياً: انه ليس اجماعاً تعديداً كاشفاً عن رأي المعصوم عليه السلام. ثانيهما: ان دليل نفي الضرر في جانب المغبون مزاحم به في جانب الغابن، لأن قبول البديل ضرر على الغابن، كما ان الالتزام بالبيع ضرر على المغبون، وبعد التساقط يرجع الى اصالة اللزوم. وفيه: ان ضرر الغابن ان كان بلحاظ فوات خصوصية العين فهو ضرر اقدم عليه بالبيع، وان كان بلحاظ النقص في المالية، والمفروض انه ياخذ مالية ماله باخذه القيمة. فتحصل: ان الأظهر عدم كونه مسقطاً.

وعن جماعة تخصيص العبارة بالمشتري، فإن ارادوا قصر الحكم عليه فلا يعرف له وجه، إلا أن يبني على مخالفته لعموم دليل الخيار، اعني نفي الضرر فيقتصر على مورد الاجماع

ثم إن ظاهر التقييد بصورة امتناع الرد، وظاهر التعليل بعدم امكان الإستدراك ما صرح به جماعة من أن الناقل الجائز لا يمنع الرد بالخيار [١] إذا فسخه فضلاً عن مثل التدبير والوصية من التصرفات الغير الموجبة للخروج عن الملك فعلاً وهو حسن، لعموم نفي الضرر [٢] ومجرد الخروج عن الملك لا يسقط تدارك ضرر الغبن،

## فروع

وذكر المصنف رحمته الله في المقام فروعاً: ولكن بناء على ما اخترناه من عدم مسقطيته التلف لهذا الخيار لا محل للكلام في هذه الفروع،

وأما بناء على ما هو المشهور من المسقطية فيقع الكلام فيها، وهي فروع:

[١] الأول: أن الناقل الجائز هل يمنع الرد ام لا؟

[٢] وقد استدلل المصنف رحمته الله للثاني بعموم نفي الضرر، وأن مجرد الخروج عن الملك

لا يسقط تدارك ضرر الغبن.

وفيه: انه ان كان مدرك مسقطية التلف الاجماع صح ما ذكر من عدم مسقطية الناقل الجائز، وان كان غيره فحكمه حكم اللازم: فانه اذا لم يفسخ العقد الجائز، كما هو مفروض البحث، الرد غير ممكن.

ولو قيل: ان دليل الخيار يقتضي فسخ العقد الجائز توطئة لفسخ العقد الغبني،

اجبنا عنه انه يقتضي اعادة العين الى ملكه ولو بالشراء او الاقالة.

وان قيل: انه يقتضي انفساخ العقد الجائز،

قلنا: انه يقتضي انفساخ اللازم ايضاً.

وبالجملة: لافرق بين اللازم والجائز اصلاً.

ولو اتفق زوال المانع كموت ولدأم الولد وفسخ العقد اللازم لعيب او غبن. [١]  
ففي جواز الرد وجهان من أنه متمكن حينئذ، ومن استقرار البيع [٢] وربما  
بينان على أن الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد، [٣] وكذا الوجهان فيما لو  
عاد إليه بناقل جديد وعدم الخيار هنا اولى لأن العود هنا بسبب جديد، وفي الفسخ  
برفع السبب السابق وفي لحوق الإجارة بالبيع، قولان [٤] من امتناع الرد وهو مختار  
الصيمري وإبي العباس، ومن أن مورد الاستثناء هو التصرف المخرج عن الملك [٥]  
وهو المحكي عن ظاهر الأكثر، ولو لم يعلم بالغبن إلا بعد انقضاء الإجارة توجه الرد،  
وكذا لو لم يعلم به حتى انفسخ البيع

---

[١] الثاني: لو اتفق زوال المانع، كموت ام الولد، وفسخ العقد اللازم لعيب او غبن،  
ففي المتن ففي جواز الرد وجهان، وقد ذكر في مبنى الوجهين امرين:  
[٢] احدهما: انه يتمكن من الرد فله ذلك، وان البيع استقر وصار لازماً فلا يعود  
حق الخيار.

الظاهر ان مدرك مسقطية التلف، ان كان تراحم فردين من الضرر، أو أن لا ضرر  
انما يثبت حق رد العين لاجل العقد، كان الاوجه هو الأول: لأن سقوط الخيار ولزوم  
العقد انما هو لمانع عن شمول لاضرر، فمع ارتفاعه لمانع من شموله،  
وان كان هو كون الناقل اللازم التزاماً بالعقد الاوجه هو الثاني كما لا يخفى.  
[٣] ثانيهما: ان الزائل العائد كالذي لم يزل، او كالذي لم يعد.

الظاهر ان الزائل في المقام بما انه امر اعتباري وهي الملكية، فهي ان عادت بفسخ  
السبب كالتي لم تزل، لأن العائد وان كان غير الزائل بالدقة العقلية الا انه عينه اعتباراً  
وعرفاً، وان عادت بسبب آخر فالظاهر انه غيره، ولو اعتباراً، لكن شيئاً من المبنيين ليس  
وجهاً لثبوت الخيار، وعود ذلك الحق وعدمه، فانه وان كان العائد كالذي لم يزل يمكن ان  
يقال بعد سقوط هذا الحق ما السبب لرجوعه.

[٤] الثالث: وهل يلحق الاجارة بالبيع كما عن الصيمري، ام لا كما عن ظاهر  
الأكثر؟ قولان.

[٥] وقد استدل لعدم اللحق: بان مورد الاستثناء هو التصرف المخرج عن الملك.

وفي لحوق الامتزاز مطلقاً أو في الجملة بالخروج عن الملك وجوه أقواها  
اللحوق [١] لحصول الشركة، فيمتنع ردّ العين الذي هو مورد الاستثناء.

ويرد عليه: ان مدرك سقوط الخيار في هذه المسألة لم يكن خصوص الاجماع، ولا رواية خاصة متضمنة لمسقطية التصرف المخرج عن الملك كي يستدل بظاهاه. فلا بد من ملاحظة سائر الأدلة.

والحق هو اللحوق، فان العين لا يمكن ردها خارجا ولا ملكا على ما هي عليه من المنفعة، فان كان هذا الخيار هو جواز رد العين لا محالة يسقط في الفرض.

[١] الرابع: ما ذكره بقوله: وفي لحوق الامتزاز مطلقا او في الجملة بالخروج عن الملك، وجوه اقواها اللحوق.

الامتزاز تارة بوجب تلف المال من جهة الاستهلاك كما لو امتزج ماء الورد بماء مطلق كثير موجب لاستهلاكه فيه، واخرى بوجب الشركة على القول بذلك كامتزاز دهن بدهن آخر، وثالثة لا يوجب شيئا منهما.  
مورد الكلام هو الوسط، اما الأول فهو ملحق بالتلف قطعاً، واما الأخير فهو لا يمنع من الرد كذلك،

وانما الكلام في الموجب للشركة،

ثم ان الامتزاز، قد يكون بملك الغابن، وقد يكون بملك المغبون وقد يكون بملك شخص ثالث، فان كان الامتزاز بملك الغابن بما هو من جنس المبيع لا ارى مانعا من الرد، واحتمال اعتبار رد العين متميزة لا يعتنى به،

واما في سائر صور الامتزاز فالحق هو اللحوق، فان الملكية المشاعة غير الملكية غير المشاعة، وهي اما عبارة عن الملكية الناقصة كما هو المختار وبيناه في الجزء الثالث من هذا الشرح، او عبارة عن كون كل جزء نصفه له ونصفه لشريكه. وعلى التقدير الأول تتبدل الملكية التامة المتعلقة بالنصف مثلاً بالملكية الناقصة المتعلقة بالمجموع، وعلى التقدير الثاني يوجب انتقال نصف ماله الى شريكه بازاء نصف مال شريكه.

وكذا ولو تغيرت العين بالتقيصة، [١] ولو تغيرت بالزيادة العينية أو الحكيمية أو من الجهتين فالأقوى الرد في الوسطي [٢] بناء على حصول الشركة في غيرها المانعة عن رد العين، فتأمل. هذا كله في تصرف المغبون.  
وأما تصرف الغابن فالظاهر أنه لا وجه لسقوط خيار المغبون به، [٣]

[١] الخامس: ما ذكره بقوله: وكذا لو تغيرت العين بالتقيصة.

الأظهر فيه أيضا للحوق، فانه مع التغير بالتقيصة لا يمكن رد العين بعينها وبحدّها، وهو موجب لسقوط الخيار كما تقدم.

[٢] السادس: ما ذكره بقوله: ولو تغيرت بالزيادة العينية أو الحكيمية أو من الجهتين

فالأقوى الرد في الوسطي.

الظاهر: ان المراد، من الحكيمية ترقّي القيمة السوقية، ومن العينية الزيادة غير المنفصلة، وعليه فالزيادة الحكيمية لا تمنع من الرد، ان لم تكن بمقدار الغبن، والا فتمنع كما تقدم عند بيان إن العبرة بالقيمة حال العقد أو بها بعده أيضا

وأما الزيادة العينية فعلى القول بان الشركة مانعة عن الرد كما تقدم فهي تمنع من الرد لاستلزامه الشركة كما لا يخفى.

## تصرف الغابن المخرج عن الملك

الموضع الرابع: في تصرف الغابن.

وتمام الكلام فيه في طي فروع:

[٣] الأول: اختار المصنف رحمته الله كغيره، وتبعه غير واحد من عدم سقوط الخيار

بتصرف الغابن المخرج عن الملك: وانه لا وجه لسقوطه،

وهو يتم لو كان مدرك سقوط الخيار باتلاف المغبون هو كونه التزاما بالعقد وتوطينا

للفنس على تحمل الضرر، واما لو كان مدركه تعلق حق الخيار بالرد لا العقد وهو لا يمكن بعد خروجه عن ملكه، فلا فرق بين التصرفين

وحينئذ فان فسخ ووجد العين خارجة عن ملكه لزوماً بالعتق او الوقف او البيع اللآزم، ففي تسلطه على ابطال ذلك من حينه [١] او من اصلها كما المرتهن والشفيع، [٢] او رجوعه الى البدل، [٣] وجوه من وقوع العقد في متعلق حق الغير فإن حق المغبون ثابت بأصل المعاملة الغبنية. وأما يظهر له بظهور السبب فله الخيار في استرداد العين اذا ظهر السبب وحيث وقع العقد في ملك الغابن فلا وجه لبطلانه من رأس

اذ الخيار لو كان هو السلطنة على الرد ليس المراد بها السلطنة عليه خاصة، بل عليه وعلى الاسترداد، بل قيل انه السلطنة على الاسترداد خاصة ومع عدم التمكن من الاسترداد لامعنى للخيار حينئذ،

ولكن قد عرفت ان الخيار لا يسقط بتصرف المغبون فضلاً عن تصرف الغابن.

[١] الثاني: مع بقاء خيار المغبون ان فسخ العقد ووجد العين خارجة عن ملكه لزوماً بالبيع او الوقف أو ما شاكل ففي تسلطه على ابطال ذلك من حينه، او من اصله او رجوعه الى البدل، او بطلان تصرف الغابن وجوه،

محل البحث في الوجه الأخير انما هو مبحث احكام الخيار،

فالكلالام في المقام في الوجوه الثلاثة الأول التي ذكرها المصنف رحمته الله:

[١] الأول: تسلطه على حل العقد الثاني الذي وقعه الغابن من حين الفسخ.

[٢] الثاني: تسلطه على حل ابطاله من اصله.

[٣] الثالث: رجوعه الى البدل.

والظاهر ان مراده من التسلط على حل العقد من حينه وابطاله من اصله، كون الفسخ موجبا لبطلانه من حينه او من اصله،

فلا يرد عليه ما اورده المحقق الايرواني رحمته الله من انه لاوجه لابطاله، بل هي اما ان تنفسخ او تبقى نافذة لاتنفسخ بنفسه.

وقد استدل للأول: بانه مقتضى الجمع بين تسلط الناس على اموالهم <sup>(١)</sup> المقتضي لنفوذ تصرف الغابن لوقوعه في ملكه، وبين دليل الخيار المقتضي لاستحقاق العين بالفسخ.

وفيه: ان الخيار ان كان متعلقا بالعقد لما اقتضى رجوع العين بعد خروجها عن

ومن أن وقوع العقد في متعلق حق الغير يوجب تزلزله من رأس، [١] كما في بيع الرهن ومقتضي فسخ البيع الأوّل تلقى الملك من الغابن الذي وقع البيع معه، لا من المشتري الثاني، ومن أنه لا وجه للتزلزل، أما لأنّ التصرف في زمان خيار الغير المتصرّف صحيح لازم، كما سيجيء في احكام الخيار فيستردّ الفاسخ البديل. وأما لعدم تحقّق الخيار قبل ظهور الغبن فعلاً على وجه يمنع من تصرّف من عليه الخيار، كما هو ظاهر الجماعة هنا وفي خيار العيب قبل ظهوره، فإنّ غير واحد ممن منع من تصرّف غير ذي الخيار بدون اذنه او استشكل فيه حكم بلزوم العقود الواقعة قبل ظهور الغبن والعيب، وهذا هو الأقوى، وسيأتى تتمّة لذلك في أحكام الخيار.

ملكه، وان كان متعلقا بالعين اقتضى توقف نفوذ تصرف الغابن على اذن المغبون واجازته. والمحقق الاصفهاني رحمته الله استدل له بوجه آخر، وهو: ان تصرف الغابن بدليله صحيح، وفسخ المغبون يوجب حل العقد من حينه، وحيث ان مقتضى الفسخ عود العين الى ملك الفاسخ فلا محالة يؤثر في انحلال التصرف المترتب على المعاملة الغبنية. ويرده ما ذكره رحمته الله من ان مقتضى الفسخ ان كان عود العين فعدم امكانه يوجب امتناع الفسخ وسقوط الحق، وليس مقتضاه ولاية ذي الخيار على حل التصرف المترتب عليها، وان لم يكن مقتضيا لعودها حقيقة فلا موجب لانحلال التصرف.

[١] وقد استدلل للثاني: بان دليل الخيار يقتضي استحقاق العين. بالفسخ وتلقاها من الغابن، وحيث ان العقد الثاني الواقع بين الغابن والمشتري متزلزل من رأسه لكون المبيع حق المغبون، فالفسخ يوجب حله من رأس.

وفيه: ما تقدم من ان حق الخيار ان كان متعلقا بالعقد اقتضى رجوع العين مع الامكان، وبديها مع التلف ولو تعبدًا، وان كان متعلقا بالعين اقتضى توقف تصرف الغابن على اذن المغبون او اجازته،

مع انه لو تمت المقدمات اقتضى انفساخ المعاملة الثانية أنّا ما قبل فسخ الاولى. فتحصل: ان المتعين هو الوجه الثالث.



وكذا الحكم لو حصل مانع من رده كالاستيلاء [١] ويحتل هنا تقديم حق الخيار لسبق سببه على الاستيلاء، ثم ان مقتضى ما ذكرنا جريان الحكم في خروج المبيع عن ملك الغائب بالعقد الجائز، [٢] لأن معنى جوازه تسلط احد المتعاقدين على فسخه، اما تسلط الاجنبي وهو المغبون فلا دليل عليه بعد فرض وقوع العقد صحيحاً.

وفي المسالك لو كان الناقل ممّا يمكن إبطاله كالبيع بخيار، ألزم بالفسخ، فإن امتنع فسّخه الحاكم، وإن تعذر فسخه المغبون، [٣] ويمكن النظر فيه بأن فسخ المغبون إمّا بدخول العين في ملكه وإمّا بدخول بدلها. [٤]

[١] قال المصنف: وكذا الحكم لو حصل مانع من رده كالاستيلاء

يعني: ان الوجوه الثلاثة المتقدمة في بيع الغائب جارية في الاستيلاء بناء على تأثيره مطلقاً، ويحتل فيه زائداً على تلك بطلان الاستيلاء وعدم تأثيره في المنع عن الاسترداد من جهة ان الاستيلاء يوجب حدوث حق لام الولد مانع عن انتقالها، فتقع المزامحة بين الحقين: حق الاستيلاء وحق خيار المغبون الموجب لجواز الاسترداد، وحيث ان سبب الخيار مقدم على سبب حق الاستيلاء لأنه العقد وهذا الاستيلاء، فيقدم حق الخيار لسبق سببه، فلا يؤثر الاستيلاء شيئاً، ولو فسخ المغبون يستردها،

ويرد هذا الاحتمال ان سبق السبب زماناً لا يوجب تقديم دليل السابق، مع انه لاتزاحم بينهما، فان حق الخيار متعلق بالعقد، وحق الاستيلاء متعلق بالعين، فلا منافاة بينهما ولا تزاحم.

[٢] الثالث: لو فسخ العقد وقد خرج المبيع عن ملك الغائب بالعقد الجائز فقد يقال كما عن المصنف: ان الوجوه الثلاثة الجارية في العقد اللازم جارية في العقد الجائز، لأنه بالنسبة الى المغبون لازم، وجوازه بالاضافة الى الغائب لاربط له بفسخ المغبون. وان تعذر فسخه المغبون.

[٤] واورد عليه المصنف رحمته: بانه لاوجه لالزام الغائب بالفسخ، اذ مقتضى

فعلى الأول لا حاجة الى الفسخ حتى يتكلم في الفاسخ. وعلى الثاني فلا وجه للعدول

عما استحقه بالفسخ الى غيره اللهم الا ان يقال انه لا منافاة لأنّ البدل المستحقّ بالفسخ انما هو للحيلولة، فإذا امكن ردّ العين وجب على الغابن تحصيلها، [١] لكن ذلك انما يتمّ مع كون العين باقية على ملك المغبون، [٢] واما مع عدمه وتملك المغبون للبدل فلا دليل على وجوب تحصيل العين، ثمّ على القول بعدم وجوب الفسخ في المجاز، لو اتفق عود الملك اليه لفسخ، فان كان ذلك قبل فسخ المغبون.

فالظاهر وجوب ردّ العين، وان كان بعده، فالظاهر عدم وجوب ردّه [٣] لعدم الدليل بعد تملك البدل ولو كان العود بعقد جديد فالأقوى عدم وجوب الردّ مطلقاً، لأنّه ملك جديد تلقاه من ملكه، والفاسخ انما يملك بسبب ملكه السابق بعد ارتفاع السبب الناقل

---

الاولين انفساخ معاملة الغابن ودخول العين في ملك المغبون، فلا مورد لفسخه، ومقتضى الوجه الثالث دخول بدلها في ملكه، ومعه لا يستحق شيئاً على الغابن كي يوجب الزامه بالفسخ.

[١] ثم اورد على نفسه: بانه يمكن ان يقال ان البدل انما هو للحيلولة: فاذا امكن رد العين على الغابن وجب تحصيلها.

[٢] واجاب عنه: بان مورد بدل الحيلولة ما اذا كانت العين باقية في ملكه، وفي المقام تكون هي لمن انتقلت اليه من الغابن، وللمغبون البدل.

ولكن هذا الايراد على الشهيد يتم اذا كان مراده الزام الغابن بالفسخ بعد فسخ المغبون المعاملة، واما ان كان مراده الزامه بالفسخ قبله توطئة لفسخ المغبون فلا يرد عليه هذا الايراد، وعليه

فالصحيح ان يورد عليه بان الزام الغابن بالفسخ مما لا وجه له.

[٣] الرابع: ولو اتفق عود الملك اليه لفسخ فقد افاد المصنف رحمته الله: انه اذا فسخ الغابن معاملته ثم فسخ المغبون المعاملة الغبنية فالظاهر وجوب رد العين، واما ان تملكها الغابن بعقد جديد ثم فسخ المغبون فالظاهر عدم وجوب ردها.

ولو تصرف الغابن تصرفاً مغيّراً للعين، [١] فإمّا ان يكون بالتقيصة او بالزيادة او بالامتزاج فإن كان بالتقيصة، فإمّا ان يكون نقصاً يوجب الأرش، وأمّا ان يكون ممّا لا يوجبه [٢] فإن اوجب الأرش اخذه مع الأرش، كما هو مقتضى الفسخ، لأنّ الفئات مضمون بجزء من العوض

ومحصل ما ذكره عليه السلام في مقام الفرق: ان الفسخ انما يرفع السبب الناقل ويوجب صيرورته كالعدم، فتعود الملكية السابقة، وهذا بخلاف التملك بسبب آخر، فانها غير الملكية السابقة، فاذا كان الغابن مالكا بالملكية السابقة، والمفروض فسخ المغبون، والفسخ يعدم السبب ويوجب تملك الفاسخ بالملكية السابقة، فلا محالة تعود هي اليه، وان كان الغابن مالكا بملكية جديدة، فالفسخ لا يوجب انتقالها اليه.

وفيه: ان المغبون له ان يرجع العين الى ملكه بمقتضى حديث لا ضرر او غيره، وبحسب الدليل لا فرق بين كونها ملكا للغابن بالملكية الجديدة او السابقة، مع ان الملكية جديدة على اي تقدير، اذ المعدوم لا يعود. فتأمل.

### تصرف الغابن الموجب للتقيصة

[١] الخامس: فيما لو تصرف الغابن تصرفاً مغيّراً للعين.

والكلام فيه في مقامات:

الأول: في التصرف الموجب للتقيصة.

الثاني: في التصرف الموجب للزيادة.

الثالث: في الامتزاج.

[٢] اما الأول: فقد قسمه المصنف عليه السلام الى قسمين:

احدهما: ما يوجب التقيصة بالنقص الموجب للارش.

ثانيهما: ما يوجب التقيصة بما لا يوجبه.

ومراده من الأول: نقص وصف الصحة المساوق للعيب، وبالثاني: نقص وصف

الكمال لا النقص المالي وغير المالي، لجعله العين المستأجرة من القسم الثاني.

فإذا ردّ تمام العوض وجب ردّ مجموع المعوّض فيتدارك الفأنت منه ببذله [١] ومثل ذلك ما لو تلف بعض العين، وان كان ممّا لا يوجب شيئاً ردّه بلا شيء،

وكيف كان: فالكلام يقع في موردين:

الأول: في النقصان الموجب للارش.

وقد استدل لضمان الغابن للنقص بوجوه: الأول: ما في المتن

[١] وحاصله: ان وصف الصحة الفأنت مضمون بجزء من العوض، فاذا ردّ تمام

العوض وجب ردّ مجموع المعوض فيتدارك الفأنت منه ببذله.

وفيه: ان الوصف سواء كان من قبيل وصف الصحة او كان من قبيل وصف الكمال

- كان مقوماً للمال وموجباً لازدياد المالية ام لم يكن - لا يقابل بجزء من العوض،

والشيخ رحمته الله ايضاً ملتزم بذلك، فلا وجه لعود بذله ان كان تالفاً.

الثاني: ان مقتضى قاعدة التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له <sup>(١)</sup> بناء على شمولها

لخيار الغبن ولتلف وصف الصحة ضمان الغابن للنقص.

وفيه: ان تلك القاعدة لاتشمل خيار الغبن، ولا الأوصاف.

الثالث: ان الفسخ يوجب رجوع العين على ما هي عليه حين البيع ليكون العائد ما

وقع عليه العقد، ولازم ذلك ضمان كل وصف فأنت، سيما اذا كان القوت بفعل الغابن كما

هو المفروض.

الظاهر أنّه وجه متين وسيأتي تمام الكلام فيه في مسألة تلف احد العوضين او كليهما

فانتظر.

المورد الثاني: في النقصان غير الموجب للارش.

فان كان وصفاً لمالية له ولا يوجب ازدياد المالية لا اشكال في عدم ضمان شيء،

والا فان كان مدرك الضمان في المورد الأول الوجه الأول او الثاني لم يكن عليه شيء في

المقام، فان وصف الكمال غير مقابل بجزء من الثمن قطعاً، كما انه غير مشمول

ومنه ما لو وجد العين مستأجرة، [١] فإنّ على الفاسخ الصّبر إلى ان ينقضي مدّة الإجارة، ولا يجب على الغابن بذل عوض المنفعة المستوفاة بالنّسبة إلى بقية المدّة بعد الفسخ، لأنّ المنفعة من الزوائد المنفصلة المتخلّلة بين العقد والفسخ، فهي ملك للمفسوخ عليه، فالمنفعة الدائمة تابعة للملك المطلق، فإذا تحقّق في زمان ملك منفعة العين بأسرها ويحتمل انفساخ الإجارة في بقية المدّة، لأنّ ملك منفعة الملك المترزل مترزل [٢] وهو الذي جزم به المحقّق القميّ فيما اذا فسخ البائع بخياره المشروط له في البيع، وفيه نظر، لمنع تزلزل ملك المنفعة.

نعم ذكر العلامة في القواعد فيما اذا وقع التّفاسخ لأجل اختلاف المتبايعين أنّه اذا وجد البائع العين مستأجرة، كانت الأجرة للمشتري المؤجر ووجب عليه للبائع اجرة المثل للمدّة الباقية بعد الفسخ، وقّره على ذلك شراح الكتاب وسيجيء ما يمكن ان يكون فارقا بين المقامين

لقاعدة التلّف في زمان الخيار. وان كان هو الوجه الأخير كان الأوجه الضمان في المقام، اذ لا فرق في اقتضاء الفسخ الذي حقيقته ما عرفت بين فوات وصف الصحة او الكمال، فتفصيل الشيخ رحمته الله بينهما في غير محله.

[١] وفي المتن: ومنه ما لو وجد العين مستأجرة.

والكلام فيه تارة: في حكم الاجارة،

واخرى: في تدارك المنفعة المستوفاة بالاجارة.

اما الكلام من الجهة الاولى: فقد استدل لانفساخ الاجارة:

[٢] بان ملكية العين بما انها مترزلة فملكية المنافع ايضاً كذلك، لأنها تابعة لها.

وفيه: ان ملكية العين في زمان تتبعها ملكية المنفعة الى الأبد، فيصح لمالك العين

استيفائها بالاجارة، فاذا صحت الاجارة شملتها ادلة لزومها، فلا وجه للانفساخ.

واما الكلام من الجهة الثانية:

فالحق ان الفسخ يوجب تدارك النقص المالي الوارد على العين بسبب استيفاء

منافعها بالاجارة، فان المنافع شؤون وحيثيات قائمة بالعين موجبة للمالية، فحيث ان

المفسوخ عليه اتلفها باستيفائها بالاجارة فيكون ضامنا لها، ولا يهمننا النزاع في انه هل

يضمن اجرة المثل للمنافع، او النقص المالي الوارد على العين اذ هما متطابقان دائما.

وان كان التّغيير بالزيادة فإن كانت حكيمّة محضة كقصرارة الثّوب وتعليم الصّنعَة، فالظاهر ثبوت الشّركة فيه بنسبة تلك الزيادة بأن يقوّم العين معها ولا معها ويؤخذ النسبة، [١] ولو لم يكن للزيادة مدخل في زيادة القيمة.

فالظاهر عدم شيء لمحدثها لأنّه إنّما عمل فيما له وعمله لنفسه غير مضمون على غيره ولو لم يحصل منه في الخارج ما يقابل المال، ولو في ضمن العين

### تصرف الغابن الموجب للزيادة

واما المقام الثاني: فالكلام فيه في موردين:

الأول: في الزيادة الحكمية، وهي ما ليس لها ما بحذاء في الخارج كقصرارة الثوب، وملخص القول فيه: ان الزيادة ان لم تكن موجبة لزيادة القيمة لا اشكال في عدم الشركة، ولا في عدم استحقاق اجرة العمل.

اما الأول فواضح،

واما الثاني فلأنه عمل عملا في ملكه.

وان كان لها دخل في زيادة القيمة ففي المتن

[١] فالظاهر ثبوت الشركة فيه بنسبة تلك الزيادة بان يقوّم العين معها ولا معها

ويؤخذ النسبة.

واورد عليه المحقق الايرواني: بانه لا وجه للشركة بعد عدم حصول امتزاج مالين من شخصين، فان المال جميعا لواحد، واما الوصف فذلك لا يقابل بالمال بل يوجب زيادة قيمة الموصوف.

وفيه: ان منشأ الشركة ان الوصف الحادث الموجب لازدياد القيمة الباقي

لا يدخل هو ولا ما هو معلوله واثره، وهو زيادة القيمة في ملك الفاسخ،

بل يكون باقيا في ملك المفسوخ عليه، وحيث ان ذلك المقدار من المالية غير

متميزة واقعا فلا محالة تحصل الشركة.

ولو كانت الزيادة عيناً محضاً كالغرس. [١] ففي تسلط المغبون على القلع بلا ارش، [٢] كما اختاره في المختلف في الشفعة او عدم تسلطه عليه مطلقاً، كما عليه المشهور فيما اذا رجع بائع الأرض المغروسة بعد تفليس المشتري او تسلطه عليه مع الأرض كما اختاره في المسالك هنا وقيل به في الشفعة والعارية وجوه

[١] المورد الثاني: في الزيادة العينية المحضة كالغرس.

والكلام فيها في جهات:

[٢] الأولى: في انه هل للغابن سلطنة على الابقاء فلا يجوز للمغبون قلعه ولا اجبار

المالك بالقلع، ام لا؟ نسب الى المشهور الأول،

وقد استدل له بوجوه:

الأول: ان الغرس وقع من اهله في محله، فالغارس مالك الغرس بوصف الشجرية.

وبعبارة اخرى: الغارس بغرسه الشجر قد استوفى منفعة الأرض مادام غرسه باقياً، فيكون الغرس كالاستيفاء الاعتباري بالاجارة، فبالفسخ تنتقل العين بدون هذه المنفعة المستوفاة بالغرس الى المغبون، فلا منفعة له حتى تكون له السلطنة على المنع من استيفاء الغابن.

وفيه: ان استيفاء المنفعة اما ان يكون حقيقياً او اعتبارياً، وشيء منهما لا يكون في

هذه المنفعة بعد الفسخ،

اما الأول: فلأن استيفاء هذه المنفعة انما يكون تدريجياً بانتفاع الشجرة بتشربها

من اعماق الأرض، ومن الضروري ان ما كان منه بعد الفسخ لا يكون حاصلًا بمجرد الغرس.

واما الثاني: فهو مفروض العدم، فمنفعة الأرض تعود الى المغبون.

الثاني: ما في حاشية السيد رحمته الله؛ وحاصله: ان مقتضى الجمع بين تسلط مالك

الأرض على ماله، وتسلط مالك الشجر على غرسه بما هو غرس الذي يكون عرقه حقا هو سلطنة مالك الغرس على الابقاء، غاية الأمر مع الاجرة.

وفيه: ان مالك الشجر مسلط على ماله وهو الشجر لا على انتفاع الشجرة

بتشربها من اعماق الأرض، والابقاء مستلزم لذلك ايضاً.  
الثالث: ان سلطنة المغبون على القلع ولو بمعنى المنع عن ابقاء الشجر تستلزم تضرر الغابن بصيرورته حطبا، وقاعدة نفي الضرر حاكمة على دليل السلطنة كسائر ادلة الأحكام.

وفيه: اولاً: انه يعارض ذلك بتضرر المغبون ببقاء الغرس في ملكه، وبعد التساقط يرجع الى القواعد الأولية.

وثانياً: انه مع العلم بالغبن قد اقدم على ذلك فلا تشمله قاعدة نفي الضرر فالأظهر ان له السلطنة على المنع من البقاء.

الجهة الثانية: في انه على فرض السلطنة على عدم البقاء هل يجوز للمغبون مباشرة القلع، ام له مطالبة المالك بالقلع، فان امتنع يجبره الحاكم، او يقلعه هو؟ وجوه:  
والأظهر هو الأخير، فانه وان لم يكن له من ابتداء الأمر القلع لأنه تصرف في مال الغير وهو غير جائز، الا انه بعد امتناعه يجوز له قلعه، اما لأنه اسقط حرمة ماله بالامتناع، او لأن توقف جواز القلع على الاذن ضرري مرفوع بالحديث.

وعلى اي حال لا دليل على لزوم الرجوع الى الحاكم، فانه انما يرجع اليه في

موردين:

الأول: فيما اذا كان لشخص حق على الاخر وامتنع من عليه الحق منه، فانه يرجع اليه لكونه ولي الممتنع.

الثاني: فيما اذا كان لشخص ولاية على تصرف لازم عليه، والمقام ليس داخل في

شيء من الموردين،

اما الأول: فلأنه لا حق للمغبون على الغابن،

واما الثاني: فلأن الغابن لا ولاية له على التصرف بل انما يجب عليه القلع فقط.

فالأظهر هو الرجوع اليه، فان امتنع قلعه بنفسه.



من ان صفة كونه منصوباً المستلزمة لزيادة قيمته إنما هي عبارة عن كونه في مكان صار ملكاً للغير، فلا حق للغرس كما اذا باع ارضاً مشغولة بماله وكان ماله في تلك الأرض ازيد قيمة، [١] مضافاً الى ما في المختلف في مسألة الشفعة، من ان الفأنت لما حدث في محل معرض للزوال لم يجب تداركه ومن ان الغرس المنصوب الذي هو مال للمشتري مال مغاير للمقلوع عرفاً وليس كالمنازع الموضوع في بيت بحيث يكون تفاوت قيمته باعتبار المكان مضافاً الى مفهوم قوله ﷺ: ليس لعرق ظالم حق [٢] فيكون كما لو باع الأرض المغروسة، ومن ان الغرس إنما وقع في ملك متزلزل، ولا دليل على استحقاق الغرس [٣] على الأرض البقاء، وقياس الأرض المغروسة على الأرض المستأجرة حيث لا يفسخ اجارتها ولا تغرم لها اجرة المثل فاسد للفرق بتملك المنفعة في تمام المدّة قبل استحقاق الفاسخ هناك بخلاف ما نحن فيه

الجهة الثالثة: في انه لو قلعه هل يستحق الغابن ارش الغرس ام لا؟ وجهان:

[١] قد استدل للأول: بما في المكاسب، وحاصله: ان الغابن مستحق لصفة منصوبية الغرس، فاذا زال هذا الوصف بقلع المغبون غرم له تفاوت ما بين كون الغرس منصوباً وغير منصوب.

وفيه: ان الغابن في ابتداء الأمر غرس بحق، ولكن بعد ما فسخ المغبون المعاملة وانتقلت العين بمالها من المنافع الى المغبون يكون بقاء الغرس ومنصوبيته في هذا المكان بقاء بغير حق، فلا موجب للأرش، كيف وليس لعرق ظالم حق، فالحق انه لا يستحق الارش.

[٢] قوله مضافاً الى مفهوم قوله ﷺ ليس لعرق ظالم حق (١)

قد مران المقام داخل في منطوق قوله ﷺ

[٣] قوله ومن ان الغرس انما وقع في ملك متزلزل ولا دليل على استحقاق الغرس

محصل هذا الوجه، ان الغابن يستحق الغرس مع وصف منصوبيته، نعم لا يستحق

المنصوبية في المكان الخاص وعليه فلمالك الارض قلعه مع الارش، اما القلع فلعدم

استحقاق الغابن النصب في هذا المكان واما الارش فلفوات وصف المنصوبية

فإنَّ المستحقَّ هو الغرس المنصوب من دون استحقاق مكان في الأرض. فالتحقيق أن كلاً من المالكين يملك ماله لا بشرط حق له على الآخر ولا عليه له [١] فلكلَّ منهما تخليص ماله عن مال صاحبه، فإن اراد مالك الغرس قلعه فعليه ارش طمَّ الحفر، وان اراد مالك الأرض تخليصها فعليه ارش الغرس، اعني تفاوت ما بين كونه منصوباً دائماً، وكونه مقلوعاً، وكونه مالاً للمالك على صفة النصب دائماً ليس اعترافاً بعدم تسلطه على قلعه، [٢] لأنَّ المال هو الغرس المنصوب ومرجع دوامه الى دوام ثبوت هذا المال الخاص له، فليس هذا من باب استحقاق الغرس للمكان، فافهم. ويبقى الفرق بين ما نحن فيه وبين مسألة التقليل حيث ذهب الأكثر الى أن ليس للبائع الفاسخ قلع الغرس ولو مع الأرض، ويمكن الفرق بكون حدوث ملك الغرس في ملك متزلزل فيما نحن فيه، فحق المغبون أنما تعلق بالأرض قبل الغرس بخلاف مسألة التقليل لأنَّ سبب التزلزل هناك بعد الغرس فيشبهه بيع الأرض المغروسة [٣]

وفيه: ان المتحقق وصف خاص وهو النصب في مكان خاص لاوصفين النصب والنصب في مكان خاص ليستحق الغابن احدهما دون الاخر، فمع عدم استحقاقه ذلك الوصف لا حق له على صاحب الارض لو قلعه، [١] وبذلك يظهر ما في تحقيق المصنف رحمه الله. [٢] قوله وكونه مالا للمالك على صفة النصب دائماً ليس اعترافاً بعدم تسلطه على قلعه

حاصل الاشكال انه اذا استحق الغابن خصوصية النصب ولذا تكون ملحوظة في مقام التدارك يستحق الابقاء وهو مضاد لاستحقاق المغبون القلع ومحصل الجواب ان هناك امرين - النصب، والنصب في مكان خاص، والذي يصاد حق المغبون الثاني، والذي يكون منشأ الغرامة هو الاول وقد عرفت ما فيه فلا تعيد. [٣] قوله فيشبهه بيع الارض المغروسة

ما ذكرناه في المقام يجرى بعينه في تلك المسألة فان البائع اذا باع العين من غير استثناء شيء من المنافع وانتقلت المنافع الى المشتري، يكون بقاء الغرس بغير حق فلا يستحق شيئاً نعم في تلك المسألة يمكن ان يقال

وليس للمشتري قلعه، ولو مع الارش بلا خلاف. بل عرفت انّ العلامة في المختلف جعل التزلزل موجباً لعدم استحقاق ارش الغرس، ثمّ إذا جاز القلع فهل يجوز للمغبون مباشرة القلع ام له مطالبة المالك بالقلع ومع امتناعه يجبره الحاكم او يقلعه؟ وجوه ذكرها فيما لو دخلت اغصان شجر الجار الى داره، ويحتمل الفرق بين المقامين [١] من جهة كون الدخول هناك بغير فعل المالك. ولذا قيل فيه بعدم وجوب اجابة المالك الجار الى القلع وان جاز للجار قلعها بعد الامتناع او قبله. هذا كلّه حكم التخليص واما لو اختار المغبون الابقاء فقضى ما ذكرنا من عدم ثبوت حقّ لأحد المالكين على الآخر استحقاقه الأجرة على البقاء لأنّ انتقال الأرض الى المغبون [٢] بحق سابق على الغرس، لا بسبب لاحق له، هذا كلّه حكم الشجر. واما الزرع في المسالك أنّه يتعيّن ابقائه بالأجرة لأنّ له أمداً ينتظر، [٣] ولعلّه لامكان الجمع بين الحقيين على وجه لا ضرر فيه على الطرفين بخلاف مسألة الشجر، فإن في تعيين ابقائه بالأجرة ضرراً على مالك الأرض لطول مدّة البقاء، فتأمل.

بظهور البيع مع استثناء الشجر في استثناء هذه المنفعة واستحقاق البقاء، بخلاف المقام فانه بالفسخ يعود العين مع جميع منافعها وصفاتها بلا استثناء شيء منها.

[١] قوله ويحتمل الفرق بين المقامين

وفيه: ان الدخول في ملك الغير هناك وان كان حدوده بغير فعل المالك الا انه بقاء يكون بفعله فان ابقاء الاغصان في دار الغير اشغال للفضاء.

[٢] قوله واما لو اختار المغبون الابقاء... لان انتقال الارض الى المغبون بحق

سابق

كون الانتقال بحق سابق ولاحق لا دخل له في استحقاق الاجرة بل المدار فيه انتقال هذه المنفعة من الارض الى المغبون وعدمه، اذ على الاول يستحق الاجرة، ولا يستحقها على الثاني:

[٣] قوله واما الزرع - لان له امداً ينتظر ولعله لامكان الجمع بين الحقيين

واورد عليه المحقق الايرواني رحمته الله بان دفع الاجرة لو كان ساد للضرر

ولو طلب مالك الغرس القلع فهل لمالك الأرض منعه [١] لاستلزام نقص أرضه، فإن كلاً منهما مسلط على ماله ولا يجوز تصرفه في مال غيره إلا بأذنه أم لا؟ لأنّ التسلط على المال لا يوجب منع مالك آخر عن التصرف في ماله، وجهان أقواهما الثاني.

ولو كان التغيير بالامتزاج [٢] فإمّا ان يكون بغير جنسه، وأمّا ان يكون بجنسه.

في الزمان القصير لكان ساداً له في الزمان الطويل

وفيه: ان دفع الاجرة ساد من حيث المالية في الموردين، والفرق بينهما انما هو من ناحية نقص الارض من حيث القيمة - فان اشتغال الارض بالغرس في المدة الطويلة، يوجب نقص قيمتها بخلاف اشتغالها بالزرع فانه لا يوجب نقص قيمتها لقصر المدة، نعم يرد عليه بَيِّنَةٌ ما اورده اولا وهو ان مناط استحقاق القلع لم يكن هو الضرر بل مناطه عدم استحقاق صاحب الغرس للمكان وهذا مشترك بين الموردين.

[١] قوله ولو طلب مالك الغرس القلع فهل لمالك الارض منعه

قد مرانه لاحق لمالك الغرس في الارض، ولا لمالك الارض في الغرس فله ان ينقله الى مكان آخر ولا ارى وجهالجواز منعه الا من جهة استلزامه التصرف في ارض الغير وعلاجه مراجعته في ذلك فان امتنع قلعه بنفسه او تصداه الحاكم، وعليه اجرة طم الارض - بل اجرة المثل من يوم الغرس الى يوم القلع، وبما ذكرناه يظهر ما في كلمات القوم في المقام.

## التغيير بالامتزاج

[٢] واما المقام الثالث: - وهو التغيير بالامتزاج - فقبل الدخول في البحث لابد من

تقديم امرين:

الأول: ان خلط مال بمال يتصور على وجوه:

الأول: ان يكون بنحو لا يميز احدهما من الاخر حساً كما امتزاج الخل بالعسل

الموجب لحصول حقيقة ثالثة.

فان كان بغير جنسه، فإن كان على وجه الاستهلاك عرفاً بحيث لا يحكم في مثله بالشركة كامتزاج ماء الورد المبيع بالزيت، فهو في حكم التالف يرجع الى قيمته [١] وان كان لا على وجه يعدّ تالفاً كالحلّ الممتزج مع الانجيين

الثاني: ان يكون بنحو يتميز حسا ويكون كل من المالين باقيا على ما هو عليه من الصورة.

الثالث: ان يكون بنحو لا يتميز حساً ولا تحصل صورة ثالثة، ويعد احد الخليطين مستهلكا في الاخر وتلفا كخلط ماء الورد بالنفط.

ومورد الشركة هو الوجه الأول، ودليله مضافا الى الاجماع: ان الخصوصية الشخصية لكل من المالين زالت وتلفت والتالف لا يتعلق به تكليف او وضع، فمالك المال قبل الامتزاج لا يمكن ان يكون مالكا لشخص ماله بعد الامتزاج، فلا محالة يوجب التلف الاشاعة فهرا، ولا فرق في ذلك بين المتحدين وصفا والمختلفين.

فما افاده المحقق الايرواني رحمته الله، بان دليل الشركة هو الاجماع المختص بالمتماثلين ذاتا ووصفا، غير تام.

الثاني أنه للشركة مراتب:

الاولى: الشركة في العين بنسبة المالين في المقدار كما في مزج الجنس بالجنس مع تساويهما في الصفات، والوجه فيها ان التالف خصوص الخصوصية الشخصية لا اصل المال ووصفه وماليتيه.

الثانية: الشركة في العين بمقدار المالية لا الوزن كما في المزج بغير الجنس كمزج الخل بالعسل، اذ الفائت حينئذ غير الخصوصية الشخصية الصورة النوعية، فلا محالة يشتركان في قيمة الممزوج، ولكن من نفس الممتزج.

الثالثة: الشركة في الثمن كما في قسارة الثوب.

اذا عرفت هذين الأمرين،

فاعلم: ان الامتزاج تارة يكون بغير جنسه، واخرى يكون بجنسه.

[١] اما المورد الأول: فان كان على وجه الاستهلاك عرفا فهو في حكم التالف

ويرجع الى قيمته كما في المكاسب، وان كان لا على وجه يعدّ تالفا كاخل الممتزج مع

حول الامتزاج بغير الجنس..... ٤٦٥

ففي كونه شريكاً [١] او كونه كالمعدوم وجهان، من حصول الاشتراك قهراً لو كانا لمالكين ومن تغير حقيقته، [٢] فيكون كالتلف الرافع للخيار [٣]

الانجيين فقد ذكر المصنف رحمته الله فيه وجهين:

[١] احدهما: الشركة لحصول الاشتراك قهراً لو كانا لمالكين،

[٢] ثانيهما: كونه كالمعدوم لتغير حقيقته.

واورد المحقق الايرواني رحمته الله على الوجه الثاني: بانه لو كان هذا كالتالف كان الممتزج الاخر ايضا كالتالف، لأن نسبة الصورة الحادثة بالامتزاج الى كل من الممتزجين نسبة واحدة، ولازم ذلك ان لا يكون الممتزج مالا لواحد منهما، مع ان ذلك باطل بالضرورة.

و: تنقيح القول في المقام بنحو يظهر ما هو الحق ويوجب عن ايراد المحقق الايرواني رحمته الله: ان الشركة انما تكون في مالين لشخصين، واما اذا حدثت الصورة الثالثة في حال يكون المالكين لمالك واحد فلا معنى لحصول الشركة، وعليه فلو مزج الغابن الخل الذي اشتراه بالانجيين ثم فسخ المغبون المعاملة لا معنى لرجوع الخل بالفسخ، الى صاحبه لعدم بقائه، والصورة الثالثة لم تملك بالبيع كي تعود بالفسخ، فلا بد من اجراء حكم التلف عليه وهو رجوعه بماليته الى الفاسخ.

[٣] واما ما في المتن من ان حكمه ارتفاع الخيار، فالظاهر ان مراده ارتفاعه على

وجه يوجب رجوع العين.

## حكم الامتزاج بالجنس

واما المورد الثاني: فالكلام فيه في مواضع:

الأول: في الامتزاج بالمساوي.

الثاني: في الامتزاج بالارداً.

الثالث: في الامتزاج بالاجود.

وان كان الامتزاج بالجنس، فإن كان بالمساوي يثبت الشَّرْكة، [١] وان كان بالأردني فكذلك وفي استحقاقه لارش النقص أو تفاوت الرداءة من الجنس الممتزج أو من ثمنه وجوه، [٢]

[١] اما في الموضع الأول: فقد حكم المصنف رحمته الله بالشركة.

واورد عليه المحقق الاصفهاني رحمته الله بما حاصله: ان المزج ان كان بمال الأجنبي وحصلت الشركة بين الغابن والأجنبي لا يبقى مجال لعود العين، اذ يستحيل عود الملك الاستقلالي بعد زواله، والملك الاشاعي لم يكن بسبب البيع حتى يوجب فسخه عوده الى المغبون ليكون شريكا للمغبون،

وان كان الامتزاج بمال الغابن فلا شركة قبل الفسخ، اذ الانسان لا يكون شريكا لنفسه، وفسخ العقد ان اوجب رجوع العين الى المغبون حقيقة فلا شركة وان لم يوجب رجوع العين نظرا الى ان الامتزاج يمنع عن اعتبار الملك الاستقلالي شرعا فلا عود للعين.

ولكنه يمكن ان يكون نظر المصنف رحمته الله الى انه وان لم يمكن عود العين بالفسخ فيعدّ بحكم التالف، الا انه حيث يمكن ان يرجع بعض العين ممتزجاً بما هو مثله كان ذلك متعيّنا في مقام اداء التالف، فيتعين ارجاع ذلك، ولهذا يحكم بالشركة.

[٢] واما الموضع الثاني: فقد احتمل المصنف رحمته الله فيه وجوها:

احدها: الشركة بنسبة المالين، ويكون الغابن ضامنا لارش النقص.

ثانيها: الشركة في العين بمقدار المالية.

ثالثها: الشركة في قيمة العين.

وقد اختار المحقق النائيني رحمته الله الوجه الأول، وعلمه: بانه اذا امكن الشركة في

العين بنسبة المالين لا تصل النوبة الى المرتبتين اللاحقتين.

وفيه: انه لا وجه للشركة في العين، اذ العين كما عرفت في الموضع الأول بحكم

التالف، وليس رد بعضها ممتزجا بالأردأ اقرب الى التالف.

وعن المحقق الاصفهاني رحمته الله: اختيار الوجه الثالث نظرا الى انه وان لم يكن وجه

للشركة في العين الا انه حيث يمكن عود العين بماليتها من المالية الشخصية فهو المتعين

ولو كان بالاجود احتمل الشركة في الثمن، بأن يباع ويعطي من الثمن بنسبة قيمته، ويحتمل الشركة بنسبة القيمة [١] فإذا كان الاجود يساوي قيمتي الردي كان المجموع بينهما اثلاثاً ورده الشيخ في مسألة رجوع البائع على المفلس بعين ماله بأنه يستلزم الربا، قيل: وهو حسن مع عموم الربا لكل معاوضة. بقي الكلام في حكم تلف العوضين مع الغبن [٢] وتفصيله ان التلف. اما ان يكون فيما وصل الى الغابن، او فيما وصل الى المغبون، والتلف. اما بأفة او باتلاف احدهما او باتلاف الاجنبي

لأنه اقرب من المالية المطلقة.

ولكن: هذا يتم اذا كان المال من القيميات، والظاهر انه من المثليات، فيتعين دفع المثل ان امكن، والا فما افاده متين، اللهم الا ان يقال ان المالية الخاصة اقرب الى التالف من المثل ولا بعد فيه، وعليه فيتعين ذلك.

[١] واما الموضوع الثالث: فقد احتمل المصنف رحمته الله فيه احتمالين:

احدهما: الشركة بنسبة المالية.

ثانيهما: الشركة في الثمن.

ثم رد الأول: بانه يستلزم الربا، ووجهه انتقال ثلث المجموع الى المغبون بازاء نصفه، فانه بالامتزاج يعطي النصف ويأخذ الثلث، ومع وجود سائر الشرائط من كون المبيع من المكيل والموزون وعموم حرمة الربا لكل معاوضة ولو كانت قهرية يتوجه حكم الربا. والجواب ان هذا الوجه غير تام لعدم شمول دليل حرمة الربا للمعاوضة القهرية، ولكن بما ذكرناه في الموضوعين الأولين ظهر ضعف الاحتمال الأول، فالمتعين هو الثاني

## حكم تلف العوضين

[٢] قوله بقي الكلام في حكم تلف العوضين مع الغبن

الظاهر ان حكم التلف لا بد وان يذكر في احكام الخيار، وانما اشار اليه المصنف ره

في المقام من جهة ان المشهور بين الأصحاب ان تصرف المغبون قبل العلم بالغبن



وحكمها أنه لو تلف ما في يد المغبون، فإن كان بأفة، فمقتضى ما تقدّم من التذكرة في الاخراج عن الملك من تعليل السقوط بعدم امكان الاستدراك سقوط الخيار [١] لكنك قد عرفت الكلام في مورد التعليل فضلاً عن غيره. ولذا اختار غير واحد بقاء الخيار، فإذا فسخ غرم قيمته يوم التّلف أو يوم الفسخ وأخذ ما عند الغابن أو بدله. وكذا لو كان بإتلافه ولو كان باتلاف الاجنبي ففسخ المغبون اخذ الثمن ورجع الغابن الى المتلف ان لم يرجع المغبون عليه وان رجع عليه بالبدل. ثمّ ظهر الغبن ففسخ ردّ على الغابن القيمة يوم التّلف او يوم الفسخ ولو كان باتلاف الغابن فإن لم يفسخ المغبون اخذ القيمة من الغابن وان فسخ اخذ الثمن، ولو كان اتلافه قبل ظهور الغبن فأبراه المغبون من الغرامة ثمّ ظهر الغبن ففسخ وجب عليه ردّ القيمة لأنّ ما ابراه بمنزلة المقبوض، ولو تلف ما في يد الغابن بأفة او باتلافه

---

المخرج للمال عن ملكه مسقط لخياره، فتوهم ان التلف ايضاً كذلك، بل هو اولى بان يكون مسقطاً، فذكر حكم التلف في المقام لتنقيح ذلك.

ولا فرق بين تلف ما في يد المغبون وتلف ما بيد الغابن في الأحكام الآ من جهتين نشير اليهما، فلا وجه للبسط والأطناب في بيان الأحكام لكل منهما مستقلاً، فلنفرض تلف ما في يد المغبون، وبه يظهر حال تلف ما في يد الغابن.  
 وحق القول فيه يقتضي البحث في جهات:

الاولى: في انه هل يوجب سقوط الخيار ام لا؟ ومحصل القول فيها: انه ان قلنا بان هذا الخيار متعلق بالعوضين وحقيقته جواز الرد والاسترداد

[١] كما هو مقتضى الوجه الذي ذكره العلامة ووجهه المصنف رحمته الله لمسقطية التصرف - تعين البناء على مسقطية التلف، بل هو اولى بان يكون مسقطاً، فانه في التصرف يمكن ان يقال بجواز الرد وانفساخ معاملته، وفي المقام لاسبيل الى ذلك. وبهذا يظهر امران:

احدهما: ان المصنف رحمته الله الملتزم بمسقطية التصرف من جهة ما افاده في تلك المسألة ليس له البناء على العدم في المقام.

ثانيهما: ان ظاهر تبصرة العلامة ان التلف اولى من التصرف في عدم صحة الاستدلال، مع ان الامر بالعكس

فسخ المغبون، اخذ البدل وفي اعتبار القيمة يوم التّلف أو يوم الفسخ، قولان. ظاهر الأكثر الأوّل.

ولكن صرّح في الدروس والمسالك ومحكي حاشية الشرائع للمحقّق الثّاني وصاحب الحدائق وبعض آخر: أنّه لو اشترى عيناً بعين فقبض احدهما دون الأخرى فباع المقبوض، ثمّ تلف غير المقبوض، إنّ البيع الأوّل يفسخ بتلف متعلّقه قبل القبض بخلاف البيع الثّاني، فيغرم البائع الثّاني قيمة ما باعه يوم تلف غير المقبوض. [١]

وهذا ظاهر بل صريح في أنّ العبرة بقيمة يوم الانفساخ دون تلف العين، والفرق بين المسألتين مشكل، وتام الكلام في باب الاقالة ان شاء الله تعالى،

واما ان قلنا بان هذا الخيار كسائر الخيارات متعلق بالعقد، فحيث ان العقد باق مع تلف العين ايضا، فلا وجه لسقوط الخيار بالتلف، والأظهر هو الثاني.  
نعم لو قلنا بشمول قاعدة التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له<sup>(١)</sup> لخيار الغبن يكون التلف بأفة سماوية موجبا لكون تلف ما عند المغبون من الغابن وانفساخ العقد، ولكن المبني فاسد كما سيأتي.

[١] الثانية: ان قيمة التالف التي يرجع اليها هل هي قيمة يوم التلف كما احتمله العلامة ولعله ظاهر الأكثر، ام قيمة يوم الفسخ، كما ذهب اليه جماعة، ام قيمة يوم الأداء. كما عليه المحقق الخراساني رحمته الله - ؟ وجوه.

وجه الأوّل: ان القيمة في يوم التلف تقوم مقام العين في كونها متعلقة لحق الخيار. ووجه الثاني: ما افاده السيد الفقيه من ان الانتقال الى الغابن انما هو من حين الفسخ، فلا بد من اعتبار قيمته حينه لا حين التلف الذي كان للمغبون.  
وجه الثالث: انه في موارد الضمانات تكون العين ثابتة في الذمة الى حين الأداء. ولذا بنينا على ان الضامن يدفع قيمة يوم الأداء.

ولو تلف باتلاف الاجنبي رجع المغبون بعد الفسخ الى الغابن لأنه الذي يرد إليه العوض فيؤخذ منه المعوض أو بدله، ولأنه ملك القيمة على المتلف، ويحتمل الرجوع إلى المتلف، [١] لأن المال في ضمانه، وما لم يدفع العوض فنفس المال في عهده ولذا صرح في الشرائع بجواز المصالحة على ذلك المتلف بما لو صالح به على قيمته لزم الربا، وصرح العلامة بأنه لو صالحه على نفس المتلف بأقل من قيمته لم يلزم الربا، وان صالحه على قيمته بالأقل لزم الربا، بناء على جريانه في الصلح

وفي المقام وان كان التالف حين تلفه للمغبون، فلا يكون ضامنا، الا ان البيع بما هو متزلزل ومتعلق لحق الخيار فتعتبر العين باقية في عهدة من هي عنده، والفسخ يقتضي عود العين التي تكون في العهدة الى الفاسخ، وعليه فيتعين قيمة يوم الأداء. وبه يظهر ما في الوجهين الأولين.

الثالثة: انه لو اتلف المال الأجنبي، فهل الفسخ يقتضي الرجوع الى الغابن او المتلف

[١] واحتمل المصنف رحمه الله في المقام، الرجوع الى الغابن، والرجوع الى المتلف، والتخيير وفي تلف ما عند الغابن وان كان يذكر وجوها ولكن ظاهره اختيار ان المغبون يرجع الى الغابن ويذكر له وجهين جارين في المقام ايضا وكيف كان: فقد استدلل للرجوع الى طرف المعاملة بوجهين:

احدهما: ان العوض يرجع الى الغابن، فيؤخذ منه المعوض او بدله. وفيه: انه اذا اتلف الأجنبي المال تثبت العين في عهده، ومقتضى الفسخ رجوع العين الى المغبون، وحيث انها في عهدة الاجنبي فيرجع اليه.

ثانيهما: ان الغابن يملك القيمة على الأجنبي، وليس لشيء واحد الآقيمة واحدة، فلا يعقل رجوع المغبون الى الأجنبي.

وفيه: ما تقدم من ان العين تثبت في عهده، فالأظهر انه يرجع الى الأجنبي، ولكن لا يتعين ذلك، بل له ان يرجع اليه، وان يرجع الى المفسوخ عليه، لأن المال كان في عهده قبل وضع الأجنبي يده عليه.

الرابعة: انه لو اتلف الغابن ما في يد المغبون ثم فسخ المغبون العقد، فقبل الفسخ

ويحتمل التخيير أما الغالبين فلأنه ملك البدل وأما المتلف فلأن المال المتلف في عهده [١] قبل اداء القيمة، وان كان باتلاف المغبون، فإن لم يفسخ غرم بدله ولو أبرأه الغابن من بدل المتلف فظهر الغبن ففسح رد الثمن واخذ قيمة التلف لأن المبرأ منه كالمقبوض هذا قليل من كثير ما يكون هذا المقام قابلاً له من الكلام، وينبغي احالة الزائد على ما ذكره في غير هذا المقام والله العالم بالأحكام ورسوله وخلفائه الكرام صلوات الله عليه وعليهم إلى يوم القيام.

مسألة: الظاهر ثبوت خيار الغبن في كل معاوضة مالية بناء على الاستناد في ثبوته في البيع الى نفي الضرر، [٢] نعم لو استند الى الاجماعات المنقولة امكن الرجوع في غير البيع الى اصالة اللزوم وممن حكي عنه التصريح بالعموم فخر الدين رحمته في شرح الارشاد وصاحب التنقيح وصاحب ايضاح النافع وعن اجارة جامع المقاصد جريانه فيها مستنداً الى أنه من توابع المعاوضات. نعم حكي عن المهذب البارع عدم جريانه في الصلح.

ولعله لكون الغرض الاصلي فيه قطع المنازعة، فلا يشرع فيه الفسخ وفيه ما

لا يخفى

كانت العين التالفة في عهدة الغابن، وبعده تثبت في عهدة المغبون، ونتيجة ذلك سقوط العهدة بالنسبة الى كل منهما كما لا يخفى.

[١] قوله ويحتمل التخيير اما الغابن فلانه ملك البدل واما المتلف فلان المال

المتلف في عهده

هذا الاحتمال وان كان هو الاظهر كما عرفت الا انه لما ذكرناه، لا لما افاده رحمته فان

مبنى احد فردي التخيير في كلامه اشتغال ذمة المتلف بالقيمة -ومبنى الاخر دخول العين في العهدة وهما متقابلان

## ثبوت خيار الغبن في غير البيع

[٢] الموضوع الخامس: في ثبوت خيار الغبن في سائر المعاوضات اقوال:

احدها: ثبوته فيها، اختاره فخر الدين وصاحب التنقيح وايضاح النافع.

وفي غاية المرام التفصيل [١] بين الصّحّ الواقع على وجه المعاوضة فيجري فيه، وبين الواقع على اسقاط دعوى قبل ثبوتها، ثمّ ظهر حقيقة ما يدّعيه وكان مغبوناً فيما صالح به والواقع على ما في الذّم وكان مجهولاً، ثمّ ظهر بعد عقد الصّحّ وظهر غبن احدهما على تأمل. ولعلّه للاقدام في هذين على رفع اليد عمّا صالح عنه كائناً ما كان. فقد اقدم على الضّرر وحكى عن بعض التفصيل [٢] بين كلّ عقد وقع شخصه على وجه المسامحة وكان الإقدام فيه على المعاملة مبنياً على عدم الإلتفات إلى النقص والزيادة بيعاً كان او صلحاً او غيرها فإنّه لا يصدق فيه اسم الغبن، وبين غيره. وفيه مع أنّ منع صدق الغبن محلّ نظر أنّ الحكم بالخيار لم يعلّق في دليل على مفهوم لفظ الغبن حتّى يتّبع مصاديقه. فإنّ الفتاوى مختصّة بغبن البيع وحديث نفي الضّرر عامّ لم يخرج منه إلاّ ما استثنى في الفتاوى من صورة الاقدام على الضّرر عالماً به، نعم لو استدللّ بأية التجارة عن تراض او النهي عن اكل المال بالباطل امكن اختصاصها بما اذا اقدم على المعاملة محتملاً للضّرر مسامحاً في دفع ذلك الاحتمال والحاصل أنّ المسألة لا يخلو عن اشكال من جهة أصالة اللزوم واختصاص معقد الاجماع والشهرة بالبيع وعدم تعرّض الأكثر لدخول هذا الخيار في غير البيع،

ثانيها: عدم ثبوته فيها، ولعله الظاهر من اجارة جامع المقاصد.

ثالثها: عدم جريانه في خصوص الصلح، حكي عن المذهب البارع.

رابعها: التفصيل بين كل عقد وقع شخصه على وجه المسامحة وبين غيره.

[١] قوله في غاية المرام التفصيل، قد عرفت تماميته.

[٢] قوله وحكى عن بعض التفصيل

بما حققناه ظهر تمامية ما افاده هذا البعض، فلا حاجة الى التكرار، ودفع ما اورده

المصنف عليه.

وكيف كان فالكلام يقع في مقامين:

الأول: في شمول دليل هذا الخيار لغير البيع.

الثاني: في قابلية الصلح في ذاته للخيار.

كما تعرضوا لجرىان خيار الشرط وتعرّضهم لعدم جريان خيار المجلس فى غير البيع، لكونه محلّ خلاف لبعض العامّة فى بعض افراد ما عدا البيع، فلا يدلّ على عموم غيره لما عدا البيع ومن دلالة حديث نفي الضّرر، على عدم لزوم المعاملة المغبون فيها فى صورة امتناع الغابن، عن بذل التّفاوت بعد الحاق غيرها بظهور عدم الفصل عند الاصحاب. وقد استدلّ به الاصحاب على اثبات كثير من الخيارات، فدخوله فيما عدا البيع، لا يخلو عن قوّة. [١] نعم يبقى الاشكال فى شموله للصورة المتقدّمة، وهى ما اذا علم من الخارج بناء شخص تلك المعاملة بيعاً كان أو غيره على عدم المغابنة والمكايسة من حيث الماليّة، كما اذا احتاج المشتري الى قليل من شيء مبتذل لحاجة عظيمة دينيّة او دنيويّة، فإنّه لا يلاحظ فى شرائه مساواته للثمن المدفوع بازائه، فإنّ فى شمول الادلّة لمثل هذا خفاء، بل منعاً، الا ان يتمّ بعدم القول بالفصل، [٢] والله العالم.

اما المقام الثانى: فقد تقدم الكلام فيه فى خيار الشرط. فراجع.

[١] واما المقام الأول: فان كان مدرك هذا الخيار هو الاجماع، كان مختصا بالبيع لأنه المتيقن من معقده وان كان غيره من الشرط الضمني، او نفي الضرر،<sup>(١)</sup> او آية التجارة،<sup>(٢)</sup> او آية لا تأكلوا<sup>(٣)</sup>، او خبر تلقي الركبان،<sup>(٤)</sup> او خبر غبن المسترسل سحت،<sup>(٥)</sup> لم يكن مختصا بالبيع لعدم الفرق فى هذه الأدلة بين البيع وغيره من المعاوزات المالية المبنية على المداقة،

وحيث ان المختار كون مدركه الشرط الضمني فلا وجه لدعوى الاختصاص.

[٢] ثم انه بناء على المختار، ان كانت المعاملة مبنية على تساوي المالين نوعا كالبيع

والاجارة والصلح القائم مقامهما جرى فيها خيار الغبن الا مع الاقدام على المعاوضة

١) الوسائل - باب ١٢ و ٧ - من ابواب كتاب احياء الموات وغيرهما من الأبواب المتقدم بها الاشارة.

٢) النساء آية ٢٩.

٣) نفس المصدر.

٤) وهو النبوي المروي عن غير طرفنا المتقدم.

٥) الوسائل - باب ١٧ - من ابواب الخيار حديث ١.

مسألة: اختلف اصحابنا في كون هذا الخيار على الفور أو على التراخي على قولين [١]

واستند للقول الأوّل: وهو المشهور ظاهراً الى كون الخيار على خلاف الأصل فيقتصر فيه على المتيقّن وقرّره في جامع المقاصد بأنّ العموم في أفراد العقود يستتبع عموم الأزمنة وإلّا لم ينتفع بعمومه، انتهى. [٢]

وللقول الثّاني: الى الاستصحاب [٣] وذكر في الرّياض ما حاصله أنّ المستند في هذا الخيار ان كان الاجماع المنقول اتّجه التمسك بالاستصحاب وان كان نفي الضّرر وجب الاقتصار على الزّمان الأوّل اذ به يندفع الضّرر.

بالغة ما بلغت فانه حينئذ يكون مسقطاً لشرط التساوي، وان كانت لعكس تلك وكان بناؤها على التسالم والتجاوز عن الحق كائنا ما كان كالصلح الواقع في مقام رفع الخصومة لا يكون هذا الخيار ثابتاً فيها: لأنه يسقط شرط التساوي، وان لم تكن مبنية لا على ذلك ولا على هذا كالجعالة، فثبتت هذا الخيار فيها وعدمه يدوران مدار الاشتراط وعدمه.

## كون هذا الخيار على الفور او التراخي

[١] مسألة: اختلف اصحابنا في كون الخيار على الفور او على التراخي على قولين. لا يخفى ان هذا النزاع جار في كل خيار لم يكن لمدة الخيار تحديد من الشرع كخيار العيب ونحوه.

وتنقيح القول في المقام يقتضي البحث في موارد:

[٢] الاول: في عموم ﴿أو فوّاً بالعقود﴾<sup>(١)</sup> وانه هل يتمسك به في زمان الشك ام لا الذي هو مدرك القول بالفور.

[٣] الثّاني: في استصحاب الخيار الذي هو مدرك القول بالتراخي.

الثالث: في انه على فرض المناقشة في كليهما هل هناك ما يرجع اليه لتعيين

احدهما ام لا.

اقول: ويمكن الخدشة في جميع الوجوه المذكورة، أما في وجوب الاقتصار على المتيقن فلاّنه غير متّجه مع الاستصحاب. وأما ما ذكره في جامع المقاصد من عموم الازمنة، فإن اراد به عمومها المستفاد من اطلاق الحكم بالنسبة الى زمانه الرّاجع بدليل الحكمة الى استمراره في جميع الازمنة، فلا يخفى انّ هذا العموم في كلّ فرد من موضوع الحكم تابع لدخوله تحت العموم، فإذا فرض خروج فرد منه، فلا يفرق فيه بين خروجه عن حكم العام دائماً او في زمان ما اذ ليس في خروجه دائماً زيادة تخصيص في العامّ حتّى يقتصر عند الشكّ فيه على المتيقن، نظير ما اذا ورد تحريم فعل بعنوان العموم [١] وخرج منه فرد خاصّ من ذلك الفعل، لكن وقع الشكّ في انّ ارتفاع الحرمة عن ذلك الفرد مختصّ ببعض الازمنة او عام لجميعها، فإنّ اللازم هنا استصحاب حكم الخاصّ [٢] اعني الحلية لا الرّجوع فيما بعد الزمان المتيقن الى عموم التّحريم، وليس هذا من معارضة العموم للاستصحاب، والسرّ فيه ما عرفت من تبعية العموم الزماني للعموم الافرادي فإذا فرض خروج بعضها، فلا مقتضى للعموم الزماني فيه حتّى يقتصر فيه من حيث الزمان على المتيقن، بل الفرد الخارج واحد دام زمان خروجه او انقطع.

[١] قوله نظير ما اذا ورد تحريم فعل بعنوان العموم

التنظير بالتحريم من جهة انه يقتضى الدوام والاستمرار مع كون الزمان ظرفاً محضاً غير ماخوذ في موضوع الحكم.

[٢] قوله فان اللازم هنا استصحاب حكم الخاص

وربما يورد عليه بان مدار جريان استصحاب حكم الخاص على كون الزمان ظرفاً في دليل الخاص لاعلى كونه ظرفاً في دليل العام

ولكن يمكن الجواب عنه بانه يُتَّهَمُ يصرح في الاصول بانه اذا كان الزمان قيدياً في دليل الخاص يستكشف منه كونه قيد افي دليل العام ومثل لذلك بما اذا ورد اكرم العلماء ثم ورد لا تكرم زيد ايوم الجمعة قال اذا الاستثناء قرينة على اخذ كل زمان فرداً مستقلاً فحينئذ يعمل عند الشك بالعموم وعلى هذا اذا كان الزمان ظرفاً بالنسبة الى حكم العام يكون ظرفاً بالنسبة الى الخاص فلا مانع من جريان الاستصحاب من هذه الجهة.



نعم لو فرض افادة الكلام للعموم الزماني على وجه يكون الزمان مكثراً  
 الافراد العام، بحيث يكون الفرد في كل زمان مغايراً له في زمان آخر كان اللازم بعد  
 العلم بخروج فرد في زمان ما، الإقتصار على المتيقن، لأن خروج غيره من الزمان  
 مستلزم لخروج فرد آخر من العام غير ما علم خروجه، كما اذا قال المولى لعبده:  
 اكرم العلماء في كل يوم بحيث كان اكرام كل عالم في كل يوم واجباً مستقلاً غير إكرام  
 ذلك العالم في اليوم الآخر، فإذا علم بخروج زيد العالم وشك في خروجه عن العموم  
 يوماً او ازيد، وجب الرجوع في ما بعد اليوم الأول الى عموم وجوب الاكرام، لا  
 الى استصحاب، عدم وجوبه بل لو فرضنا عدم وجود ذلك العموم لم يجز التمسك  
 بالاستصحاب بل يجب الرجوع إلى أصل آخر، كما ان في الصورة الاولى لو فرضنا  
 عدم حجية الاستصحاب لم يجز الرجوع الى العموم فما اوضح الفرق بين  
 الصورتين. [١]

### التمسك بأية الوفاء بالعقد عند الشك

واما المورد الاول فالكلام فيه في جهتين:

الاولى: في انه اذا ورد عام فرادي يتضمن العموم الازماني وخصص ذلك بخروج  
 بعض افراد العام عن الحكم بالتخصيص في بعض الأزمنة ثم شك في ان خروجه عنه في تمام  
 الأزمنة او بعضها، فهل يرجع في زمان الشك الى عموم العام ام لا؟  
 الثانية: في خصوص ﴿أوفوا بالعقود﴾.

اما الاولى: فتفصيل الكلام فيها في الاصول، وانما نشير الى ما هو الحق في المقام  
 بنحو الاجمال وحاصله:

[١] ان المصنف عليه السلام ذهب الى ان العام ان كان له عموم ازماني وكان كل زمان  
 موضوعاً مستقلاً لحكم مستقل لينحل العموم الى احكام عديدة بتعدد الزمان يتمسك  
 بعموم العام، فانه من عدم التمسك به يلزم التخصيص الزائد واما اذا لم يكن له عموم  
 ازماني بهذا المعنى، بل كان الزمان ظرفاً للحكم، وكان المجعول حكماً واحداً مستمراً  
 لموضوع واحد فلا يتمسك به، فانه ليس في خروجه عن تحت العام دائماً زيادة  
 تخصيص

ثم لا يخفى ان مناط هذا الفرق ليس كون عموم الزمان في الصورة الاولى من الاطلاق المحمول على العموم بدليل الحكمة وكونه في الصورة الثانية عموماً لغوياً، بل المناط كون الزمان في الاولى ظرفاً للحكم وان فرض عمومه لغوياً، فيكون الحكم فيه حكماً واحداً مستمراً لموضوع واحد، فيكون مرجع الشك فيه الى الشك في استمرار حكم واحد وانقطاعه فيستصحب والزمان في الثانية مكثر لافراد موضوع الحكم فرجع الشك في وجود الحكم في الان الثاني الى ثبوت حكم الخاص لفرد من العام مغاير للفرد الأوّل ومعلوم ان المرجع فيه إلى أصالة العموم، فافهم واغتنم.

في العام حتى يقتصر عند الشك فيه على المتيقن.

والجواب عنه امران:

الأول: انه لا بد من التمسك بالعام في المورد الثاني ايضا، وذلك يبتني على بيان

مقدمات:

منها: ان الاطلاق عبارة عن رفض القيود، وعدم دخل شيء من الخصوصيات لادخل جميع القيود.

ومنها ان العام الذي اخذ الزمان ظرفاً لاستمرار حكمه له حيثيتان: احدهما: عمومه الافرادي، ثانيتهما: اطلاقه الزماني، بمعنى ان مقتضى اطلاقه استمرار الحكم الثابت لكل فرد في الزمان المستمر.

ومنها ان المطلق اذا خرج منه فرد بقي الباقي بنفس الظهور الذي استقر فيه اولاً اذا عرفت هذه الامور تعرف انه بعد مضي زمان التخصيص يتمسك بعموم العام لابهائية عمومه بل بحيثية اطلاقه، بلافق بينه وبين سائر المطلقات.

لا يقال: انه اذا ثبت الحكم بعد ذلك الزمان لا يكون استمراراً للحكم الأول بل هو حكم آخر، فيلزم تعدد الواحد.

فانه يرد بان معنى استمراره الثابت بالاطلاق المزبور ليس استمراره خارجاً، بل جعل ظرف واحد لهذا الحكم الوجداني لاجعل حصتين من طبيعي الظرف.

وبذلك يظهر فساد دفع كلام جامع المقاصد بأن آية أوفوا وغيرها مطلقة لا عامة، فلا تنافي الاستصحاب الآن يدعي أن العموم الاطلاقي لا يرجع الآلى العموم الزماني على الوجه الأول، فقد ظهر أيضاً ممّا ذكرنا من تغاير موردي الرجوع الى الاستصحاب والرجوع الى العموم، فساد ما قيل في الأصول من أن الاستصحاب قد يخصّص العموم ومثّل له بالصّورة الاولى، زعماً منه أن الاستصحاب قد خصّص العموم. وقد عرفت أن مقام جريان الاستصحاب لا يجوز فيه الرجوع الى العموم ولو على فرض عدم الاستصحاب، ومقام جريان العموم لا يجوز الرجوع الى الاستصحاب ولو على فرض عدم العموم، فليس شيء منها ممنوعاً بالآخر في شيء من المقامين، اذا عرفت هذا فما نحن فيه من قبيل الأول، لأنّ العقد المغبون فيه اذا خرج عن عموم وجوب الوفاء فلا فرق بين عدم وجوب الوفاء به في زمان واحد وبين عدم وجوبه رأساً، نظير العقد الجائر دائماً فليس الامر دائراً بين قلّة التخصيص وكثرته، حتى يتمسك بالعموم فيما عدا المتيقن [١]

فان قلت: ان المطلق له ظهور واحد في معنى واحد مستمر، فاذا انقطع لظهور يتمسك به.

يرد عليك ان التقييد انما يكون لقيام حجة اقوى من الحجة المزبورة، فلا يرفع اليد عن ذلك الظهور الواحد. وتمام الكلام في محله.

الثاني: انه لو تم ما افاده كان مختصاً بما اذا كان التخصيص من الوسط، واما اذا كان فرد خارجاً عن العام من الأول فمن عدم التمسك بالعام بعد مضي زمان التخصيص يلزم التخصيص في العموم الافرادي ايضاً، فنفس عمومته من تلك الحيشية يكفي في الحكم بثبوت حكم العام والتمسك به.

وفي المقام وجهان آخران: احدهما للمحقق اليزدي، والآخر للمحقق النائيني رحمتهما الله، ذكراهما لعدم جواز التمسك بالعام بعد مضي زمان التخصيص اذا لم يكن له عموم زمني وقد اجبنا عنهما في زبدة الاصول وليس المقام مقام ذكره  
فالاظهر هو التمسك بالعام مطلقاً

[١] واما الجهة الثانية فالحق انه لاعموم زمني له بنحو يكون العقد في كل زمان

فلو فرض عدم جريان الاستصحاب في الخيار على ما سنشير إليه لم يجز التمسك بالعموم ايضاً، نعم يتمسك فيه حينئذ بأصالة اللزوم الثابتة بغير العمومات. واما استناد القول بالتراخي الى الاستصحاب، فهو حسن على ما اشتهر من المسامحة في تشخيص الموضوع في استصحاب الحكم الشرعي الثابت بغير الادلة اللفظية المشخصة للموضوع، مع كون الشك من حيث استعداد الحكم للبقاء. واما على التحقيق من عدم احراز الموضوع في مثل ذلك على وجه التحقيق، فلا يجري فيما نحن فيه الاستصحاب، فإن المتيقن سابقاً ثبوت الخيار لمن لم يتمكن من تدارك ضرره بالفسخ فإذا فرضنا ثبوت هذا الحكم من الشرع فلا معنى لانسحابه في الآن اللاحق، مع كون الشخص قد تمكن من التدارك ولم يفعل، لأن هذا موضوع آخر يكون اثبات الحكم له من القياس المحرم. [١] نعم لو احرز الموضوع من دليل لفظي على المستصحب أو كان الشك في رافع الحكم حتى لا يحتمل ان يكون الشك لأجل تغير الموضوع اتجه التمسك بالاستصحاب.

موضوعاً مستقلاً، ولكن له اطلاقاً زمانياً، بمقتضى مقدمات الحكمة، وانه لو لم يكن حكماً ثابتاً في عمود الزمان لزم لغوية جعله: اذ لا اثر للزوم العقد في زمان واحد، وبناء على ما اخترناه من ثبوت الخيار من حين العقد يكون الخارج خارجاً من الأول: فيتمسك بالعام حتى على المسلك الاخر.

### استصحاب الخيار

اما المورد الثاني فقد اورد على التمسك بالاستصحاب بوجوه:

[١] الاول في المتن، وحاصله: انه اذا كان دليل الحكم لفظياً مشخصاً للموضوع وكان الشك في بقاء الحكم مع احراز الموضوع يجري الاستصحاب، واما اذا كان غير لفظي او لفظياً غير مشخص له وكان يحتمل كون الموضوع عنواناً لا يكون باقياً، فلا يجري الاستصحاب للشك في بقاء الموضوع،

والمقام من قبيل الثاني، فان دليل هذا الخيار الاجماع او حديث لا ضرر،

وأما ما ذكره في الرياض، ففيه أنه ان بنى الأمر على التّدقيق في موضوع الاستصحاب كما اشرنا هنا وحقّقناه في الاصول، فلا يجري الاستصحاب وان كان المدرك للخيار الاجماع، وان بنى على المسامحة فيه كما اشتهر جرى الاستصحاب وان استند في الخيار الى قاعدة الضّرر، كما اعترف به ولده عليه السلام في المناهل مستنداً الى احتمال ان يكون الضّرر علّة محدثة يكتفي في بقاء الحكم وان ارتفع الآن يدّعي أنه اذا استند الحكم الى الضّرر، فالموضوع للخيار هو المتضرّر العاجز عن تدارك ضرره وهو غير محقّق في الزمان اللاحق كما اشرنا

ولا يكون الموضوع مشخصاً في شيء منهما، ولعله العاجز عن تدارك الضرر بالفسخ لا المتضرر بما هو متضرر، فلا يكون الاستصحاب جارياً.  
وفيه: اولاً: ان الموضوع ليس هو العاجز قطعاً، لأنه لا يبقى مع الخيار ونفس الخيار رافع للعجز، فلا يعقل ان يكون هو الموضوع له.  
نعم يمكن ان يقال بكونه علة لثبوت الخيار، لكن ذلك كالاجنبي عن دخله في الموضوع.

وثانياً: ان ما افاده لو تم فانما هو لو قلنا بان المعتبر في الاستصحاب بقاء الموضوع الدليلي، واما ان قلنا بان المعتبر بقاء الموضوع العرفي وان لم يكن الموضوع الدليلي باقياً كما هو مبناه في الاصول، فلا يتم، فان الميزان حينئذ بقاء الموضوع بنظر اهل العرف الذين يرونه موضوعاً بواسطة مناسبة الحكم والموضوع.

الثاني: ما افاده المحقق النائيني رحمته الله من ان الشك في بقاء الخيار في المقام شك في المقتضى لا في الرفع، فانه لا يشك في مسقطية شيء للخيار، بل في بقاء الخيار بحسب طبعه في عمود الزمان، مع قطع النظر عن طروء زمني عليه، فلا يجري.

وفيه: ان الخيار انما يشك في بقائه لو تمكن المكلف من اعماله ولم يعمله، واما مع قطع النظر عن ذلك فله استعداد البقاء في عمود الزمان، فليس من قبيل الشك في المقتضى، مع ان الحق جريان الاستصحاب في موارد الشك في المقتضى ايضاً.

الثالث: ما افاده المحقق النائيني رحمته الله ايضاً، وهو: ان دليل هذا الخيار ان كان هو

ثمَّ أنه بنى المسألة بعض المعاصرين [١] على ما لا محصّل له فقال ما لفظه انّ المسألة مبتنية على انّ لزوم العقد معناه انّ اثر العقد مستمرّ الى يوم القيامة، وانّ عموم الوفاء بالعقد عموم زماني للقطع، بأن ليس المراد باية الوفاء بالعقد آنأماً، بل على الدوام وقد فهم المشهور منها ذلك باعتبار انّ الوفاء بها العمل بمقتضاها. ولا ريب انّ مفاده عرفاً وبجسب قصد المتعاقدين الدوام، فإن دُلّ دليل على ثبوت خيار من ضرر، او اجماع او نصّ في ثبوته في الماضي، او مطلقاً

حديث لا ضرر يكون الموضوع عنوان المتضرر، وحيث انه يحتمل ان يكون الموضوع هو الموصوف، فيكون باقيا، وان يكون هو الوصف فلا يكون باقيا، فلا يكون بقاء الموضوع محرزا، فلا يجري الاستصحاب.

وفيه: اولاً: ان عنوان المتضرر ووصفه يكون باقيا، ومجرد تمكنه من تداركه لا يرفعه.

وثانياً: ان المعتبر بقاء الموضوع عرفاً لا دليلاً كما تقدم.

الرابع: ما افاده المحقق النائيني رحمته الله ايضاً، وهو: ان مدرك هذا الخيار ان كان حديث لا ضرر يكون الموضوع هو الحكم المعنون بالضرر، ويدل الحديث على رفعه، فلزوم العقد ان كان ضررياً يكون مرفوعاً، والا فلا، ومن يتمكن من اعمال الخيار ولو آنأماً ما فاللزوم ليس ضررياً عليه اصلاً فالقضية المتيقنة غير المشكوك فيها باسرها موضوعاً ومحمولاً ونسبة.

وفيه: بعد اصلاحه بارادة كون اللزوم بعد ذلك الان ضروريا اقدم عليه، والحديث يرفع حكم ما لم يقدم عليه، ان مدرك هذا الخيار عندنا وعنده هو الشرط الضمني، ولازمه ثبوت الخيار للشخص، فمع الشك في بقائه يستصحب،

فالحق ان هذا الاستصحاب لا محذور فيه سوى كونه من قبيل استصحاب الحكم، والمختار عدم جريانه لمحكوميته لاستصحاب عدم الجعل على ما حققناه في محله.

[١] قوله ثم انه بنى المسألة بعض المعاصرين على ما لا محصّل له

محصل ما يفيد هذا المحقق ان المسألة مبنية على ثبوت العموم الزماني وعدمه

بناء على الإهمال لا الإطلاق في الأخبار، فيكون استثناء من ذلك العام ويبقى العام على عمومته، كاستثناء أيام الأقامة والثلاثين ووقت المعصية ونحوها من حكم السفر، أو أن اللزوم ليس كالعموم وإنما يثبت ملكاً سابقاً، ويبقى حكمه مستصحباً إلى المزيل، فتكون المعارضة بين استصحابين، والثاني وارد على الأول فيقدم عليه والأول أقوى، لأن حدوث الحادث مع زوال العلة السابقة يقضى بعدم اعتبار السابق أما مع بقائها فلا يلغو اعتبار السابق، انتهى.

ولا يخفى أن ما ذكره من المبني للرجوع إلى العموم وهو استمرار اللزوم مبني لطرح العموم والرجوع إلى الاستصحاب. [١] وأما ما ذكره أخيراً لمبني الرجوع إلى الاستصحاب.

وعلى الأول يحكم بأنه على الفور وعلى الثاني يحكم بأنه على التراخي فهو ممن لا يفرق في التمسك بعموم العام بين أن يكون الزمان ظرفاً له أم قيداً كما اخترناه وقد ذكر في وجه وجود العموم في المقام أمرين أحدهما أن معنى الوفاء العمل بما يقتضيه العقد أبداً ولو من جهة أن مفاد العقد الدوام،

ثانيهما القطع بأنه ليس المراد بالاية الوفاء بالعقد أنا ما بل على الدوام وذكر في وجه عدمه أن معنى أوفوا بالعقود ترتيب أثر الملكية في أول الوهلة وعلى الثاني أنه إنما يحكم ببقاء الملكية من جهة أن شأن الملكية المطلقة البقاء ما لم يرفعها رافع - وإنما يحكم باللزوم للاستصحاب وعليه فعلى الأول بما أن العموم موجود فمع الشك في الخيار يتمسك به ويحكم بعدم الخيار - وعلى الثاني - مع الشك في الخيار بما أن الخيار ثابت قبل ذلك فيستصحب بقاءه وهو حاكم ومقدم على بقاء أثر العقد وهو بَيِّنَةٌ يختار الأول ومحصل ما ذكره في وجهه أن اللزوم ووجوب الوفاء المستفاد من الآية الشريفة إنما لا يحكم ببقائه لوزال علته وأما مع بقائها كما في الآية من جهة أن علته المعاهدة على الملكية الدائمة وهي باقية فاللزوم أيضاً باق.

[١] قوله مبني لطرح العموم والرجوع إلى الاستصحاب هذا على مسلك المصنف رحمته من التفصيل في التمسك بالعموم بين كون الزمان ظرفاً

وحاصله انّ اللزوم انّما يثبت بالاستصحاب، فإذا ورد عليه استصحاب الخيار قدّم عليه، ففيه انّ الكلّ متفقون على الاستناد في اصالة اللزوم الى عموم آية الوفاء، [١] وان امكن الاستناد فيه الى الاستصحاب ايضاً، فلا وجه للأغماض عن الآيّة. وملاحظة الاستصحاب المقتضى للزوم مع استصحاب الخيار، ثمّ أنّه قد علم من تضاعيف ما اوردناه على كلمات الجماعة انّ الاقوى كون الخيار هنا على الفور، لأنّه لما لم يجر التمسك في الزمان الثاني بالعموم لما عرفت سابقاً من انّ مرجع العموم الزماني في هذا المقام الى استمرار الحكم في الافراد، فإذا انقطع الاستمرار فلا دليل على العود اليه، كما في جميع الاحكام المستمرة اذا طرأ عليها الانقطاع ولا باستصحاب الخيار لما عرفت من انّ الموضوع غير محرز لاحتال كون موضوع الحكم عند الشارع هو من لم يتمكّن من تدارك ضرره بالفسخ، فلا يشمل الشخص المتمكّن منه التارك له، بل قد يستظهر ذلك من حديث نفي الضرر تعين الرجوع الى اصالة فساد فسخ المغبون [٢] وعدم ترتّب الأثر عليه، وبقاء آثار العقد فيثبت اللزوم من هذه الجهة وهذا ليس كاستصحاب الخيار، لأنّ الشك هنا في الواقع. فالموضوع محرز كما في استصحاب الطهارة بعد خروج المذي، فافهم واغتم والحمد لله.

---

ام قيذا واما على مبنى المستدل الذي هو المختار عندنا فاستدلاله تام لا يرد عليه هذا الايراد

[١] قوله ففيه ان الكل متفقون على الاستناد... الى عموم آية الوفاء  
يرد عليه انه ايضاً ممن يتمسك بعموم الاية ولكن يقول انه على فرض عدم العموم  
للآية يكون مدرك اللزوم الاستصحاب فاستصحاب الخيار يقدم عليه للحكومة.

### اصالة فساد فسخ المغبون

واما المورد الثالث: فقد تمسك المصنف عليه السلام للقول بالفور  
[٢] باصالة فساد فسخ المغبون، وعدم ترتّب الاثر عليه  
مراده بها بحسب الظاهر استصحاب بقاء الملكية الثابتة قبل فسخ المغبون، وقد تقدم  
في مبحث المعاطاة ان هذا الأصل يجري، ولا يرد عليه شيء مما اورد عليه.



هذا مضافاً إلى ما قد يقال هنا وفيما يشبهه من اجازة عقد الفضولي ونكاحه وغيرهما من أن تجوز التأخير فيها ضرر على من عليه الخيار وفيه تأمل.

ثم إن مقتضى ما استند اليه للفورية عدا هذا المؤيد الاخير هي الفورية العرفية [١] لأن الاقتصار على الحقيقية حرج على ذي الخيار، فلا ينبغي تدارك الضرر به والزائد عليها لا دليل عليه عدا الاستصحاب المتسالم على رده بين اهل هذا القول، لكن الذي يظهر من التذكرة في خيار العيب على القول بفوريته ما هو اوسع من الفور العرفي. قال خيار العيب ليس على الفور على ما تقدم، خلافاً للشافعي، فإنه اشترط الفورية والمبادرة بالعادة فلا يؤمر بالعدد ولا الرخص للزاد وان كان مشغولاً بصلاة او اكل او قضاء حاجة فله الخيار الى ان يفرغ، وكذا لو اطلع حين دخل وقت هذه الأمور فاشتغل بها، فلا بأس اجماعاً. وكذا لو لبس ثوباً او اغلق باباً ولو اطلع على العيب ليلاً فله التأخير الى ان يصبح وان لم يكن عذر، انتهى.

وقد صرح في الشفعة على القول بفوريته بما يقرب من ذلك وجعلها من الاعذار، وصرح في الشفعة بأنه لا يجب المبادرة على خلاف العادة، ورجع في ذلك كله الى العرف فكل ما لا يعد تقصيراً لا يبطل به الشفعة وكل ما يعد تقصيراً وتوانياً في الطلب، فإنه مسقط لها، انتهى.

---

فتحصل: ان مقتضى العمومات والاستصحاب هو القول بالفور، ولكن بما ان مدرك خيار الغبن هو الشرط الضمني، فما دام لم يجز العقد ولم يلتزم به، يكون الخيار باقياً ولا يرد عليه بان تجوز ذلك ضرر على من عليه الخيار، فانه لا ضرر عليه مع فرض انه غير ممنوع من التصرف في زمان الخيار، فالأظهر انه على التراخي.

### المراد من الفورية

[١] بقي الكلام في المراد من الفورية،

وتنقيح القول في ذلك: ان الفورية قسمان: فورية حقيقية، وهي اول مراتب الامكان دقة

وفورية عرفية ولها مراتب، منها ما لا يلزم من الاقتصار عليه حرج على من له الخيار.

والمسألة لا يخلو عن اشكال لأن جعل حضور وقت الصلاة او دخول الليل عذراً في ترك الفسخ المتحقق بمجرد قوله فسخت لا دليل عليه، نعم لو توقّف الفسخ على الحضور عند الخصم او القاضي او على الاشهاد، توجه ما ذكر في الجملة مع أنّ قيام الدليل عليه مشكل الآن يجعل الدليل على الفورية لزوم الاضرار لمن عليه الخيار، فيدفع ذلك بلزوم المبادرة العرفية بحيث لا يعدّ متوانياً فيه، فإنّ هذا هو الذي يضرب مجال من عليه الخيار من جهة عدم استقرار ملكه وكون تصرفاته فيه في معرض النقص، لكنك عرفت التأمّل في هذا الدليل، فالانصاف أنّه ان تمّ الاجماع الذي تقدّم عن العلامة على عدم البأس بالأمر المذكورة وعدم قرح امثالها في الفورية، [١] فهو وإلّا وجب الإقتصار على أوّل مراتب امكان انشاء الفسخ والله العالم.

ثمّ إنّ الظاهر أنّه لا خلاف في معذوريّه الجاهل بالخيار في ترك المبادرة لعموم نفي الضّرر، [٢] اذ لا فرق بين الجاهل بالغبن، والجاهل بحكمه، وليس ترك الفحص عن الحكم الشرعي منافياً لمعذوريّته كترك الفحص عن الغبن وعدمه ولو جهل الفورية.

فظاهر بعض الوفاق على المعذورية ويشكل بعدم جريان نفي الضّرر هنا لتمكّنه من الفسخ وتدارك الضّرر، فيرجع إلى ما تقدّم من أصالة بقاء آثار العقد وعدم صحّة فسخ المغبون بعد الزمان الاول

[١] ومنها: ما هو اوسع من ذلك كالأتمثلة المذكورة في كلام العلامة ره

ومنها: ما هو اوسع من ذلك، وهو ما اذا لم يلزم منه ضرر على من عليه الخيار، الا ان هذا اللفظ لم يرد في الدليل كي يقع النزاع في المراد منه، بل لا بد من الرجوع الى دليل الفورية واستخراج الحكم، وقد عرفت ان دليل الخيار لا اطلاق له فيشك في الخيار بعد مضي زمان يتمكن من انشاء الفسخ، والمرجع فيه عموم ﴿اوفوا بالعقود﴾، وعليه فاذا كان الفسخ غير متوقّف على شيء سوى قول فسخت فالمتعين هو البناء على الفورية العرفية بالمعنى الأول كما لا يخفى.

[٢] وهل يكون الجاهل بالخيار معذوراً في ترك المبادرة الى الفسخ على القول بالفورية ام لا؟ وجهان.

وقد حكي عن بعض الأساطين عدم المعذورية في خيار التأخير والمناط واحد ولو ادعى الجهل بالخيار فالاقوى القبول الآ أن يكون ممّا لا يخفى عليه هذا الحكم الشرعي الألعراض ففيه نظر.

وقال في التذكرة في باب الشفعة أنه لو قال أني لم اعلم ثبوت حقّ الشفعة او قال أخرت، لأنني لم اعلم أن الشفعة على الفور، فإن كان قريب العهد بالاسلام او نشأت في بريّة لا يعرفون الاحكام قبل قوله وله الاخذ بالشفعة وإلا فلا، انتهى.

فإن اراد بالتقييد المذكور تخصيص السماع بمن يحتمل في حقّه الجهل فلا حاجة اليه، لأن أكثر العموم وكثير من الخواص لا يعلمون مثل هذه الاحكام، وان أراد تخصيص السماع بمن يكون الظاهر في حقّه عدم العلم ففيه أنه لا داعي الى اعتبار الظهور مع أن الأصل العدم والاقوى أن الناسي في حكم الجاهل وفي سماع دعواه النسيان نظر من أنه مدّع ومن تعرّس اقامة البيّنة عليه وأنه لا يعرف الآ من قبله. واما الشك في ثبوت الخيار فالظاهر معذوريته ويحتمل عدم معذوريته لتمكّنه من الفسخ بعد الاطلاع على الغبن ثمّ السؤل عن صحّته شرعاً فهو متمكّن من الفسخ العرفي، اذ الجهل بالصحة لا يمنع عن الإنشاء فهو مقصّر بترك الفسخ لالعذر فافهم والله العالم.

الظاهر ان مدرك القول بعدم ثبوت الخيار مع العلم بالغبن وحكمه انما هو انه مع ذلك لا يكون شارطاً بالشرط الضمني تساوي المالين، ويكون مقدماً على الضرر، فالضرر انما يجيء من ناحية اقدامه، وحديث لا ضرر لا يرفع مثل ذلك، وعليه فلاوجه للتوقف في معذورية الجاهل بالجهل المركب والغافل ولو كان جهله عن تقصير، فانه مع ذلك يكون شارطاً وغير مقدم على الضرر.

وتوهم ان العالم بالخيار لا يبقى خياره، والمفروض ان الجاهل بالحكم غير معذور، فيجري عليه حكم العالم

فاسد، فان الحكم ببقاء الخيار مع الجهل ليس من جهة الجهل بعنوانه، بل من جهة كون الجاهل مشمولاً لدليل الخيار بالتقريب المتقدم، مع ان هذا الحكم ليس لزومياً كي يكون مقصراً غير معذور في عدم تعلمه فيكون محكوماً بحكم العالم.

والحمد لله اولا وآخراً وظاهراً وباطناً

## فهرس الجزء الخامس

- ٥ ..... اعتبار القدرة على التسليم
- ١٨ ..... هل القدرة شرط او العجز مانع
- ٢١ ..... المانع هو العجز في زمان الإستحقاق
- ٣٠ ..... حكم ما لو كان الوكيل عاجزا والموكل قادرا
- ٣٣ ..... عدم الحاق الصلح بالبيع
- ٣٤ ..... بيع الضال والمجود والمغصوب
- ٣٩ ..... اعتبار العلم بقدر الثمن
- ٤٢ ..... عدم صحة بيع ما يكال او يوزن جزافا
- ٤٩ ..... بيع المكيل بالوزن، والعكس
- ٥٥ ..... بيع المعدود بالكيل اوالوزن
- ٥٦ ..... المناطق في المكيل والموزون
- ٦٨ ..... اخبار البائع بقدر المبيع
- ٧٣ ..... بيع الثوب والأرض مع المشاهدة
- ٧٤ ..... بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء
- ٨٤ ..... اذا باع صاعاً من صبرة
- ٨٦ ..... ثمرات كون المبيع كلياً في المعين او مشاعا
- ٩٠ ..... الفرق بين الإستثناء والبيع
- ٩٦ ..... اقسام بيع الصبرة
- ٩٩ ..... كفاية مشاهدة العين سابقا
- ١٠٣ ..... حكم ما لو اختلفا في التغيير
- ١١٣ ..... لو اختلفا في تقدم البيع على التغيير وتاخره عنه
- ١١٧ ..... لزوم الإختبار

٤٨٨	.....	منهاج الفقاهة / ج ٥
١٢٥	.....	حكم شراء ما يفسده الإختبار
١٣٤	.....	بيع المسك في الفأرة
١٣٧	.....	بيع المجهول منضما الى المعلوم
١٤٧	.....	الانذار للظروف
١٥٧	.....	بيع المظروف مع ظرفه
١٦١	.....	التفقه في مسائل التجارات
١٦٧	.....	حول وجوب التعلم
١٦٩	.....	وجوب التعلم عند الشك في الابتلاء
١٧١	.....	الاخبار الواردة في الحث على التعلم
١٧٥	.....	حرمة تلقي الركبان
١٨٢	.....	كيفية صرف المال المدفوع للصراف في قبيل
١٨٦	.....	حرمة الاحتكار
١٩٣	.....	خاتمة - في مطلوية الاجمال في الطلب
١٩٧	.....	معنى الخيار اصطلاحا
١٩٩	.....	الاصل في البيع للزوم
٢٠٣	.....	القاعدة المستفادة من العمومات
٢١٣	.....	الاستدلال للزوم بالاستصحاب
٢١٨	.....	اقسام الخيار
٢١٩	.....	خيار المجلس:
٢٢١	.....	ثبوت الخيار للوكيل
٢٢٥	.....	ثبوت الخيار للموكل
٢٢٧	.....	توقف خيار الموكل على حضوره مجلس العقد
٢٢٩	.....	ثبوت الخيار للوكيل المستقل
٢٣١	.....	تقدم الفسخ على الاجازة
٢٣٣	.....	بيان حقيقة تفرق الموكلين

٢٣٤	تفويض الامر الى الوكيل
٢٣٦	ثبوت الخيار للفضولي
٢٣٩	اذا كان العاقد واحدا
٢٤٢	استثناء من ينعتق على احد المتبايعين
٢٤٩	المسلم المشتري من الكافر
٢٥٢	شراء العبد نفسه
٢٥٣	اختصاص خيار المجلس بالبيع
٢٥٥	مبدأ خيار المجلس
٢٥٩	القول في مسقطات الخيار
٢٥٩	سقوط الخيار باشتراط سقوطه
٢٦٨	اشتراط عدم الفسخ
٢٧٢	الشرط غير المذكور في متن العقد
٢٧٥	المنذور عتقه
٢٧٨	الاسقاط بعد العقد
٢٨٢	لو قال احدهما لصاحبه اختر
٢٨٥	من المسقطات افتراق المتبايعين
٢٨٨	الافتراق عن اكراه
٢٩٢	لو اكراه احدهما على التفرق
٢٩٩	لو زال الاكراه
٣٠١	مسقطية التصرف
٣٠٣	خيار الحيوان
٣٠٥	اختصاص خيار الحيوان بمن انتقل اليه
٣١٣	اختصاص الخيار بالمشتري
٣١٦	ثبوت خيار المجلس لو كان المبيع حيوانا
٣١٨	مبدأ هذا الخيار من حين العقد

٢٩٠..... منهاج الفقهة / ج ٥

- ٣٢٣ ..... دخول الليلتين المتوسطتين في ثلاثة الخيار
- ٣٢٥ ..... التصرف مسقط للخيار
- ٣٣٦ ..... خيار الشرط
- ٣٣٨ ..... لو جعل الخيار ولم يعين المدة
- ٣٤٥ ..... مبدأ خيار الشرط
- ٣٤٧ ..... جعل الخيار للأجنبي
- ٣٥٢ ..... جواز اشتراط الاستثمار
- ٣٥٥ ..... بيع الخيار
- ٣٥٧ ..... الانحاء التي يقع الشرط عليها
- ٣٦٠ ..... الثمن المشروط رده لفسخ البيع
- ٣٦٣ ..... الفسخ بالرد
- ٣٦٦ ..... مسقطات خيار الشرط
- ٣٦٨ ..... التصرف في الثمن المعين مسقط
- ٣٧٣ ..... حكم تلف المبيع
- ٣٧٥ ..... حول تلف الثمن
- ٣٧٧ ..... رد الثمن الى الوكيل او الولي
- ٣٨١ ..... رد الثمن الى الحاكم
- ٣٨٢ ..... حول الفسخ برد بعض الثمن
- ٣٨٥ ..... جريان خيار الشرط في العقود المجازة
- ٣٨٦ ..... جريان الخيار في الاقاعات
- ٣٩٠ ..... جريان الخيار في غير البيع من العقود اللازمة
- ٣٩٨ ..... خيار الغبن
- ٤١٢ ..... اعتبار عدم علم المغبون بالقيمة
- ٤١٥ ..... الخيار يدور مدار الغبن الموجود حال العقد
- ٤١٧ ..... لاعبرة بعلم مجري الصيغة

٤٩١	فهرس المحتوى
٤١٩	ما يثبت به الجهل
٤٢٢	اشتراط كون التفاوت فاحشا
٤٢٧	تصوير الغبن من الطرفين
٤٢٨	ظهور الغبن كاشف عن ثبوت الخيار
٤٣١	اسقاط خيار الغبن بعد العقد
٤٣٤	اسقاط الخيار قبل ظهور الغبن
٤٣٨	اشتراط سقوط الخيار في متن العقد
٤٤٠	تصرف المغبون بعد العلم بالغبن
٤٤٣	التصرف المخرج عن الملك
٤٤٦	فروع
٤٤٩	تصرف الغابن المخرج عن الملك
٤٥٤	تصرف الغابن الموجب للتنقيصة
٤٥٧	تصرف الغابن الموجب للزيادة
٤٦٣	التغير بالامتزاج
٤٦٥	حكم الامتزاج بالجنس
٤٦٧	حكم تلف العوضين
٤٧١	ثبوت خيار الغبن في غير البيع
٤٧٤	كون هذا الخيار على الفور او التراخي
٤٧٦	التمسك بآية الوفاء بالعقد عند الشك
٤٧٩	استصحاب الخيار
٤٨٣	اصالة فساد فسخ المغبون
٤٨٤	المراد من الفورية